

# PRZEGLĄD USTAWODAWSTWA GOSPODARCZEGO BUSINESS LAW JOURNAL

Rok LXXII Nr 11(857)

Warszawa listopad 2019

PL ISSN 0137-5490

Nr indeksu 371319

Influence of the European Funds Officer  
on the effectiveness of spending EU funds

Wdrażanie Programu Operacyjnego Infrastruktura  
i Środowisko w procedurach Prawa zamówień publicznych

Aktualne wyzwania w zakresie funkcjonowania struktury  
instytucjonalnej ochrony konsumenta na rynku  
usług finansowych w Polsce

Odpowiedzialność za wady wykonawcy budowlanego  
w prawie cywilnym niemieckim

[www.pug.pl](http://www.pug.pl)



POLSKIE  
WYDAWNICTWO  
EKONOMICZNE



# Drodzy Czytelnicy!

## Prenumerata na rok 2020

roczna — rabat 25%

półroczna — rabat 10%

*U wydawcy najtaniej!*



[www.pug.pl](http://www.pug.pl)

[www.pwe.com.pl](http://www.pwe.com.pl)

### Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego

Pismo naukowe analizujące bieżące ustawodawstwo gospodarcze. Publikuje artykuły z zakresu prawa publiczno-prywatnego, prawa działalności gospodarczej związanego z ustawodawstwem dotyczącym samorządu, prawa energetycznego i górnictwa. Obszerne omawia tematykę dotyczącą spółek, w tym m.in. prawo konkurencji, rodzaje umów w obrocie gospodarczym, arbitraż gospodarczy oraz prawo podatkowe. Odrębnymi działami w piśmie jest tematyka dotycząca prawa własności intelektualnej, orzecznictwo gospodarcze Sądu Najwyższego i konsultacje, które zawierają praktyczne komentarze do zmian w polskim ustawodawstwie oraz wyjaśniają wątpliwości w sferze stosowania prawa. Dział „Z praktyki gospodarczej” przedstawia omówienia rozstrzygnięć sądów gospodarczych. Autorami publikacji są specjaliści z poszczególnych dziedzin prawa z ośrodków naukowych, polskich i zagranicznych uczelni, także radcowie prawni i sędziowie. Pismo adresowane jest do środowisk naukowych, kadry zarządzającej, prawniczej i administracji samorządowej.

### Business Law Journal

Scientific journal, analyzing current commercial legislation. There are published articles regarding public and private law, economic activity law, regulations relating to local government, energy and mining law. There are widely discussed the subjects regarding companies, competition law, agreements used in trade turnover, tax law, economic arbitration. Within the journal there are also separate divisions regarding intellectual property law, economic jurisdiction of Supreme Court and consultations, which include practical comments to Polish legislation and they also explain some doubts in a scope of law in practice. The division “From economic practice” presents relations from sentences issued by commercial courts. The authors of publications are specialists from particular law branches from scientific centres of Polish and foreign universities, legal advisers and judges. The journal is addressed to scientific centres, management personnel, as well as personnel of courts, public administration and self government administration.

 **Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne**

# PRZEGLĄD USTAWODAWSTWA GOSPODARCZEGO BUSINESS LAW JOURNAL

NR 11 LISTOPAD PL ISSN 0137-5490

MIESIĘCZNIK

## Redaktor naczelny:

Dr hab. **Bartłomiej Nowak**  
Prof. Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie  
Sekretarz redakcji: **Klaudiusz Kaleta**

## 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-Chyła**  
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](mailto:pug@pwe.com.pl)

© Copyright by Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne S.A.,  
Warszawa 2019

## Wydawca:

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne SA  
E-mail: [pwe@pwe.com.pl](mailto:pwe@pwe.com.pl)

WARUNKI PUBLIKACJI: <http://www.pug.pl>

PRENUMERATA na 2020 r.:

**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>

## „RUCH” SA

Zamówienia na prenumeratę w wersji papierowej i na e-wydania moż-  
na składać bezpośrednio na stronie [www.prenumerata.ruch.com.pl](http://www.prenumerata.ruch.com.pl)  
Ewentualne pytania prosimy kierować na adres e-mail: [prenu-merata@ruch.com.pl](mailto:prenu-merata@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 7<sup>00</sup>–17<sup>00</sup>. Koszt połącze-  
nia wg taryfy operatora.

**Poczta Polska SA** — infolinia 801 333 444  
<http://www.poczta-polska.pl/prenumerata>

**GLM Sp. z o.o.** — Dział Dystrybucji Prasy  
tel. (22) 649 41 61

e-mail: [prenumerata@glm.pl](mailto:prenumerata@glm.pl) \* <http://www.glm.pl>

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

**Sigma-Not** — Zakład Kolportażu  
tel. (22) 840 30 86

e-mail: [bok-kol@sigma-not.pl](mailto: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 na 2020 r.:

Roczna — 744,00 zł Półroczna — 334,80 zł

## Prenumerata u wydawcy:

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne SA  
00-252 Warszawa, ul. Podwale 17, lok. 2, tel. (22) 828 19 61,  
602 733 682, [handel@pwe.com.pl](mailto:handel@pwe.com.pl)  
Prenumerata roczna — 25% rabatu.  
Prenumerata półroczna — 10% rabatu.

Nakład: 850 egzemplarzy

Cena 1 egz. — 62 zł (w tym 8% VAT)

Skład i łamanie: Koncept tel. 501 132 246

Druk: Sowa Sp. z o.o.

# SPIS NUMERU

## ARTYKUŁY

### Justyna Przadańska

Influence of the European Funds Officer  
on the effectiveness of spending EU funds  
Wpływ Rzecznika Funduszy Europejskich na efektywność  
wydatkowania środków unijnych

2

### Agnieszka Piwowarczyk

Wdrażanie Programu Operacyjnego Infrastruktura  
i Środowisko w procedurach Prawa zamówień publicznych  
Implementation of the Infrastructure and Environment Operational  
Program in public procurement law procedures

8

### Edyta Rutkowska-Tomaszewska

Aktualne wyzwania w zakresie funkcjonowania struktury  
instytucjonalnej ochrony konsumenta na rynku usług  
finansowych w Polsce  
Current challenges concerning the functioning of the institutional  
structure of consumer protection on the financial services market  
in Poland

15

### Janusz A. Strzępka

Odpowiedzialność za wady wykonawcy budowlanego  
w prawie cywilnym niemieckim  
Liability for construction works contractor's defects in German  
civil law

24

### Igor B. Nestoruk

Zakazy praktyk marketingowych w obrocie podręcznikami  
szkolnymi — uwagi na tle obowiązującej regulacji  
Prohibited marketing practices in the trade of schoolbooks  
in Poland: comments on the applicable regulation

30

## Z PRAKTYKI GOSPODARCZEJ

### Tomasz Szczurowski

Specyfika nowego postępowania odrębnego  
w sprawach gospodarczych  
Specific of new proceedings in economic case

41

## 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>

„Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego”  
jest czasopismem naukowym punktowanym przez  
Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego (40 punktów)

# Influence of the European Funds Officer on the effectiveness of spending EU funds

## Wpływ Rzecznika Funduszy Europejskich na efektywność wydatkowania środków unijnych

*dr Justyna Przedńska*

Assistant Professor, Department of the Public Administration System, Administration and Economics,  
Institute of Administrative Studies, Faculty of Law, University of Wrocław  
E-mail: justyna.przedanska@uwr.edu.pl; ORCID: 0000-0002-3558-3969

### Summary

The institution of European Funds Officer was established in July 2017 to assume responsibility for improving and streamlining the process of performing tasks related to spending EU funds. The task of the European Funds Officer is to monitor and inform individual institutions about the system of implementing proposed improvements in the fulfilment of national and regional operational programmes through his contact with the applicants, beneficiaries and other entities interested in implementing European funds. The article describes the European Funds Officer and his tasks; and presents an analysis of the activities of the Officer at the Ministry of Investment and Development, as well as the Officers appointed by the regional operational programme managing authorities, on the basis of their annual reports.

**Key words:** European Funds Officer, national operational programmes, regional operational programmes, managing authority

### Streszczenie

W lipcu 2017 r. powołano do życia instytucję Rzecznika Funduszy Europejskich, który ma być odpowiedzialny za usprawnienie i ulepszenie procesu realizacji zadań związanych z wydatkowaniem środków unijnych. Rzecznik Funduszy Europejskich poprzez kontakt zarówno z wnioskodawcami, beneficjentami, jak i innymi podmiotami zainteresowanymi wdrażaniem funduszy europejskich ma za zadanie monitorowanie i sygnalizowanie poszczególnym instytucjom systemu wdrażania propozycji ułatwień związanych z realizacją krajowych i regionalnych programów operacyjnych. Autorka w artykule dokonuje charakterystyki Rzecznika Funduszy Europejskich oraz jego zadań, jak również na podstawie rocznych raportów przeprowadza analizę działalności Rzecznika powołanego w Ministerstwie Inwestycji i Rozwoju oraz Rzeczników powołanych przez instytucje zarządzające regionalnymi programami operacyjnymi.

**Słowa kluczowe:** Rzecznik Funduszy Europejskich, krajowe programy operacyjne, regionalne programy operacyjne, instytucja zarządzająca

**JEL:** O17

The decentralized model of implementing the Law of the European Union (Harding, 1996, p. 21 *et seq.*), referred to as shared management (shared management has been central to the implementation of EU policy; this includes areas where the EU expends funds, such as the Common Agricultural Policy and the Structural Funds, and areas where the EU intervenes through regulatory policy; Craig, 2012, p. 77 *et seq.*; Middelhoek, Ahlenius, Lelong, Tizzano, Gerven, 1999, pp. 79–115), which is also implemented with respect to the spending of EU funds, guarantees Member States that they can themselves both establish the principles applied for awarding, spending and settling EU funds, as well as the rights to which private entities are entitled in this

area (Łacny, 2015, pp. 25–26; Domańska, 2007, p. 325 *et seq.* Cf. Regulation (EU, Euratom) No. 966/2012 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on the financial rules applicable to the general budget of the Union and repealing Council Regulation (EC, Euratom) No. 1605/2002, OJ EU L 298, p. 1).

One manifestation of the model understood in this way came with the establishment of the institution of the European Funds Officer in Poland by the provisions of the Act on the amendment of the Act on the principles of implementing programmes regarding the financial cohesion policy in the 2014–2020 financial perspective and certain other Acts of 7 July 2017 (Journal of Laws of 2017, item 1475).

## Genesis of the appointment of the European Funds Officer

According to the justification of 13 June 2017 of the draft amendment to the Act on the principles of implementing programmes regarding the financial cohesion policy in the 2014–2020 financial perspective and certain other Acts (Justification of the bill on the amendment to the Act on the principles of implementing programmes regarding the financial cohesion policy in the 2014–2020 financial perspective and certain other Acts with the draft secondary regulations, Sejm of the 8th term of office, form no. 1636, hereinafter the justification for the bill), the desire to amend the Act on the principles of implementing programmes regarding the financial cohesion policy in the 2014–2020 financial perspective was a result of two years of experience in implementing cohesion policy operational programmes in this financial perspective, which, in accordance with the motions and postulates submitted by the institutions and entities involved in the implementation and spending of funds, showed that improvements, simplifications and the assurance of the efficient use of EU funds were necessary (Kubicka-Żach, 2018). According to the justification of the bill, the objective of the key institutional change, namely the establishment of the European Funds Officer, was meant to streamline and improve the process of performing tasks related to spending EU funds. The European Funds Officer is to be responsible for monitoring and informing individual institutions about the system of implementing proposed improvements in the fulfilment of national and regional operational programmes through his contact with the applicants, beneficiaries and other entities interested in implementing European funds.

## The tasks of the European Funds Officer

Therefore, the added Article 14a, which regulates the principles of operation of the institution of the European Funds Officer, started to apply on 2 September 2017, as a result of the Act on the principles of implementing programmes regarding the financial cohesion policy in the 2014–2020 financial perspective of 11 July 2014. According to para. 1 and 2, the managing authority is required to appoint an Officer, which, in addition to the establishment of a European Funds Officer in the Ministry of Investment and Development, meant the appointment of 16 Officers, one for each voivodship. However, the Act mentioned that this has to be a person appointed from among the employees of that institution. Furthermore, optionally, the Officer may also appoint (also from among his employees) an institution taking part in the implementation of operational programmes, in addition to the managing authority. However, in this case, para. 5 and 6 provide that the Officer appointed by the managing authority will be able to request information from the Officer appointed by another institution taking part in the implementation of the

operational programme on the tasks performed, which is justified by the overall responsibility of the managing authority for the operational programme.

Para. 3 of Article 14a of the Implementation Act indicates an open-ended list of the Officer's tasks, but the Act itself does not prejudge whether the Officer within a given institution may perform other tasks assigned to that institution. However, there must not be a conflict of interests, in which the Officer considers matters regarding activities which he performs as a part of his other official duties. According to para. 4, the responsible institution is required to ensure that the person holding the post of Officer will not perform tasks that could directly or indirectly affect the way in which he performs the tasks specified by law in Article 14a, para. 3, items 1–5. This obligation is therefore related to such a definition of the job description and designation of the scope of the Officer's tasks to assure him of an independent position with regard to the tasks he performs.

The Officer's tasks include, in particular, receiving and analysing (considering) complaints about difficulties, as well as proposals of improvements in the operational programme by the responsible institution, namely regarding the activities of both the institution in question and the implementation of the national or regional operational programme, as well as the provision of appropriate explanations on this. This obviously applies to the implementation of the national operational programmes in the 2014–2020 financial perspective, namely the Infrastructure and Environment Programme, the Smart Growth Programme, the Knowledge Education Development Programme, the Digital Poland Programme, the Eastern Poland Programme and the Technical Assistance Programme. Furthermore, the Officer is responsible for periodically reviewing the procedures in the operational programmes that apply to the respective institution, which involves the simultaneous formulation of proposals of improvements to the implementation of the given operational programme by the appropriate institution.

An important duty of the Officer is to prepare, by 31 March each year, of the annual report on his activities during the previous year and to submit the same to the managing authority, which posts a collective report on its website. However, in accordance with para. 8–10, with the exception of Chapter VIII, regarding complaints and motions, which applies accordingly, the provisions of the Administrative Procedures Code of 14 June 1960 (Journal of Laws of 2018, item 2096) do not apply to the tasks performed by the Officer. Furthermore, the provisions on proceedings before the Officer regarding the appeal procedure regulated in Chapter 15 of the Implementation Act do not apply to proceedings before the Officer, as these regulations provide a detailed specification of proceedings with respect to those applicants who have received a negative assessment of the project selected in the tender procedure (Poździk, Wołyniec-Ostrowska, 2016). However, in accordance with para. 10, the Officer will not be appointed for European Territorial Cooperation

programmes because of their international nature.

### Practice of the functioning of the European Funds Officer at the Ministry of Investment and Development

The institution of Officer, whose objective is to improve the implementation of national operational programmes, as well as the Officers who are similarly appointed by the managing authorities to improve the efficiency of implementing regional operational programmes, have already been in existence for over two years. This is both long and short at the same time. It is long enough for applicants, beneficiaries and other entities interested in implementing EU funds to know about such an institution and to want to and be able to benefit from its support. On the other hand, it is relatively short for the Officers to make a real contribution to systemic changes through their recommendations of improvements.

The author's analysis of the reports, the submission and publication of which on the given managing authority's website is a statutory obligation of the Officer (Article 14a, para. 7 of the Implementation Act), suggests that either these two years are not enough at all, or the very idea of establishing such an institution was not entirely correct, or that it fails to inspire an appropriate trust of the parties to the process of spending EU funds in its current form.

According to the Report on the activities of the European Funds Officer for 2018 (Report, 2019) prepared by the Officer appointed to the Ministry of Investment and Development in order to monitor the implementation of the Officer's statutory tasks and assess the impact of his activities on the implementation of national operational programmes, it would appear that the statutory framework of the Officer's activities is not flawed.

This is because, throughout the 2018, the Officer received 135 cases (on the side-line, it should be observed that the Officer did not post an appropriate report on the website for three months of 2017), of which 55 were complaints, 48 were notices and 32 were applications (see Table 1), where most cases were received from beneficiaries (39 cases) and potential applicants (38 cases). The applicants for projects submitted 23 applications, while project participants and recipients of grants submitted 10 and 2, respectively. A reasonably numerous category, in which 23 applications were qualified, is the 'other' category which includes, among others, bidders or potential bidders, business environment institutions and final beneficiaries (most cases — 31% applied to horizontal issues; within the national operational programmes, the most frequently reported cases applied to the Smart Growth Operational Programme — 21% and the Knowledge Education Development Operational Programme — 12%. To a lesser extent, applications received concerned the Infrastructure and Environment Operational Programme — 4% and the Digital Poland Operational Programme — 3%. Matters related to the

Eastern Poland Operational Programme and Technical Assistance Operational Programme represented a marginal percentage of cases — approximately 1% each. Furthermore, 24% of cases submitted to the Officer concerned issues related with the implementation of regional operational programmes and approximately 4% concerned subjects related to the Rural Development Programme 2014–2020). In terms of problems, the largest group were those regarding project implementation — 37% (50 cases). The remaining matters applied to issues related to the possibility of obtaining the funding — 20% (27 cases), assessments of co-financing applications — 12% (16 cases), the quality of service of the institution — 6% (8 cases), control — 5% (7 cases), the organization of tenders — 4% (6 cases) and problems of potential applicants — 3% (4 cases). Additionally, 13% (17 cases) were individual cases on various topics, e.g. related to digitization and IT systems or to the appeal procedure.

The Officer also performed three actions on his own initiative. Firstly, he conducted a survey addressed to 600 randomly selected beneficiaries of national operational programmes, entitled 'Cooperation with project supervisors implemented under national operational programmes for 2014–2020 from the beneficiary's point of view'. Basing on 113 questionnaires returned, he prepared a report summarizing the survey (unfortunately, this report is not publicly available), in which he formulated recommendations for individual managing authorities. Secondly, he developed a model checklist to check the correctness of the proceedings conducted in the procedure of surveying the market/principles of competition, recommending that institutions post them on the websites of the individual operational programmes. Thirdly, together with social partners, he developed proposals of changes to the guidelines of the Minister of Development regarding the eligibility of expenditure within the European Regional Development Fund, the European Social Fund and the Cohesion Fund for 2014–2020 (Guidelines on the eligibility of expenditures under the European Regional Development Fund, the European Social Fund and the Cohesion Fund in 2014–2020; The guidelines specify the harmonized conditions and procedures regarding eligibility of expenditure for the structural funds and the Cohesion Fund, as well as the Youth Employment Initiative. The current version is dated 22 August 2019).

In fulfilling his statutory obligation, the Officer jointly formulated a dozen or so recommendations to the system of implementing operational programmes for institutions. These recommendations are of various nature. For example, several recommendations were submitted in the middle of 2018, which were not implemented by the end of 2018 (and there is no information on their implementation to date). This applies to the following proposals:

- 1) regarding the preparation of an on-line instructional training or a series of vlogs on the application of the principle of competitiveness when awarding contracts in projects co-financed with EU funds;
- 2) regarding the organization of workshops initiating the

cooperation of institutions on the implementation system regarding the development of good practices with respect to the award of contracts in projects co-financed with EU funds;

3) to enter the project named 'Upwards and outwards extension of the former Grunwald cinema building located at ul. Warszawska 11 in Toruń intended to build a theatre — Establishment of a "Big Stage" of the Kujawsko-Pomorskie *Impresaryjny Teatr Muzyczny* [Impresario Music Theatre] in Toruń' — onto the list of investment projects that will be taken into account first when signing the co-financing contract in the event of obtaining an additional allocation;

4) to pay overdue training and internship scholarships, and to identify, as soon as possible, the injured participants of the POWR.01.02.01-30-0146/15 project in order to help those among them who wish so by specifying a possibility to benefit from other training/internships.

In turn, after reviewing, in December 2018, the procedures which were addressed to the individual national operational programmes, the implementation of the recommendations formulated by the Officer is not currently verifiable. This applies, for instance to the following proposals:

1) for the institutions to specify a clear deadline in their procedures for checking and approving payment applications, together with a precise breakdown into individual activities and the expected time for their implementation;

2) to shorten the time set for checking successive versions of payment applications;

3) to monitor the process of verifying and confirming payment applications (Report, 2019).

It should also be added that the Ministry of Investment and Development organized quarterly information meetings which were attended by all European Funds Officers.

### **Activities of European Funds Officers appointed by the regional operational programme managing authorities**

A slightly different picture of the activities of the Officers arises from the reports for 2018, which are available on the websites of 16 regional operational programme (ROP) managing authorities. First, it should be noted that not all institutions posted the reports on their websites; there is no report of the ROP Officer of the Dolnośląskie Voivodship or of the Officer at the ROP Managing Authority of the Świętokrzyskie Voivodship (although in this case the 2017 report was available, containing an information that no matters related to the implementation of European funds were reported to the Officer in that period, while the Officer did not submit any recommendations for improvement either).

The next issue that is worth noting is the transparency itself and the content of the posted reports. It is a singular paradox that the Officers appointed to improve the

efficiency and introduce improvements do not necessarily take particular care in providing clear information about the cases they are handling. However, the issues that cannot be resolved in this article, but which are worth considering, are a small number of cases (see Table 1) received by the Officers in the second year of their operation, their nature, as well as the reporting channels (matters reported during telephone conversations prevailed in many places; however, it does not arise from the reports whether they were just complaints and in which form the person providing the notice was then informed about the outcome or whether he/she was informed at all). Additionally, in principle, there is no optimism about the nature of recommendations that are included in the reports (or should have been be weren't included, e.g. the report of the Officer appointed to the Managing Authority of the Wielkopolska ROP).

On the one hand, beneficiaries, applicants or other entities interested in obtaining European funds do not reach out for this form of assistance where, for instance, difficulties arise under the regional operational programme being implemented. Perhaps they don't because they are unaware of these possibilities. This is because the Officers do not take too many initiatives, even of an informational nature, not to mention those improving the process of implementing European funds. It is unknown why the Ministry of Investment and Development has not undertaken any promotional activities informing about the establishment of the new institution of Officer to reach the largest possible audience. Likewise, apart from creating an appropriate tab (does not apply to the Marshal's Office of the Dolnośląskie Voivodship) on the website (which are often not easy to find, by the way), the regional operational programme managing authorities do not implement any information activities, as if they themselves did not believe in the success of appointing the Officer.

However, on the other hand, the reason for the low level of activity of the Officers, the result of which is the small number of cases they receive, can be related to the position of the Officer within the structure of the managing authority. At the regional level, the Officers should be people who look after the interests of both the applicants applying for co-financing from the given voivodship's operational programme and beneficiaries of EU funds. This means that the Officers should be experts who, in a way, look at the process of implementing European funds from the outside and simultaneously spot the problems and propose improvements in the given system. The condition of being an expert can be inferred from Article 14a, para. 1 of the Implementation Act, according to which the managing authority appoints a person to the position of Officer from among its employees. But at the same time, this provision severely restricts or even prevents the given expert from becoming an impartial Officer. One can hardly be independent of the institution from which one comes from and where one works. In turn, this can translate (the effects of which can probably be seen in the annual reports) into difficulty in proposing recommendations to improve a programme that the person in question has, in many cases,

Table 1

**Number of cases received by the European Fund Officers (EFO) in 2018**

Officers at the Ministry of Investment and Development, and at the ROP Managing Authorities	Number of cases, including			
	total	complaints	notices	applications
Ministry of Investment and Development	135	55	48	32
Dolnośląskie	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.
Kujawsko-Pomorskie	40	0	39	1
Lubelskie	66	n.a.	n.a.	n.a.
Lubuskie	30	0	27	3
Łódzkie	13	n.a.	n.a.	n.a.
Małopolskie	6	n.a.	n.a.	n.a.
Mazowieckie	15	n.a.	n.a.	n.a.
Opolskie	22	0	22	0
Podkarpackie	29	9	8	0
Podlaskie	25	16	7	2
Pomorskie	12	0	12	0
Śląskie	40	13	23	4
Świętokrzyskie	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.
Warmińsko-Mazurskie	9	0	9	0
Wielkopolskie	46	32	14	0
Zachodniopomorskie	44	16	26	2

Source: Own study based on reports on the activities of the European Fund Officers for 2018 available on the websites of the Ministry of Investment and Development (MI&D) and the regional operational programme managing authorities (IZ RPO).

contributed to. By setting such a framework for the appointment of the Officer and simultaneously granting him powers and imposing obligations on him to submit proposals for improving the process of implementing European funds, the lawmakers have condemned the Officer to perform a type of self-control, which is an extremely difficult task to fulfil (Bruczuk-Figiel, 2018).

In turn, all this can translate into very limited trust (and therefore a lack of reports) on the part of the applicants or beneficiaries as to the impartiality and objectivity of the Officer, who is, after all, an employee of the managing authority, namely, in fact the counter-party of the system of implementing the operational programme.

## Conclusions

The objective of establishing the institution of the Officer was to improve contacts between the individual institutions on the one hand and the applicants and beneficiaries on the other. Meanwhile, the comments and opinions reported to the Officer were supposed to contribute to an improvement in the efficiency of implementing national and regional operational programmes which, in turn, should improve the efficiency of spending public and private funds. The Officer's role should be to indicate the barriers and to suggest potential improvements in the implementation of European funds. The Officer should look after the interests of the beneficiaries and, in case of any problems, should provide support in contacts with the individual institutions that are

implementing EU funds. The Officer should be an entity located outside the process of implementing a given programme as he is supposed to objectively and independently assess the operational programme's measures, as well as submit proposals of solutions intended to improve the procedure of its implementation.

However, the lawmakers considered it more important to position the Officer within the structure of the managing authority, also by choosing a person for this position from among the employees of the given institution. This means that, by definition, he cannot be perceived by applicants and beneficiaries as being an independent and impartial party, likely to support them in any problem situation, where the managing authority is the counterparty. After all, in a way, the Officer is a part of that authority. In this situation and with the legal framework designed this way, it appears that only time and the attitude of the given Officer can work to his favour so as to inspire trust among beneficiaries and applicants. This is because trust is a prerequisite for the entities spending public funds to submit proposals for improvements to the Officer, as well as requests for assistance in contacts or complaints, without being concerned about any negative consequences from the managing authority.

Secondly, it is also probably only time (which, in terms of the processes of implementing EU funds, is mostly gone by now) that can enable the Officer to rise to the level of self-control, noticing and recommending improvements in the procedure he had most frequently jointly created in the first place. What the managing authorities will do with the given recommendations is a different matter; it arises from the



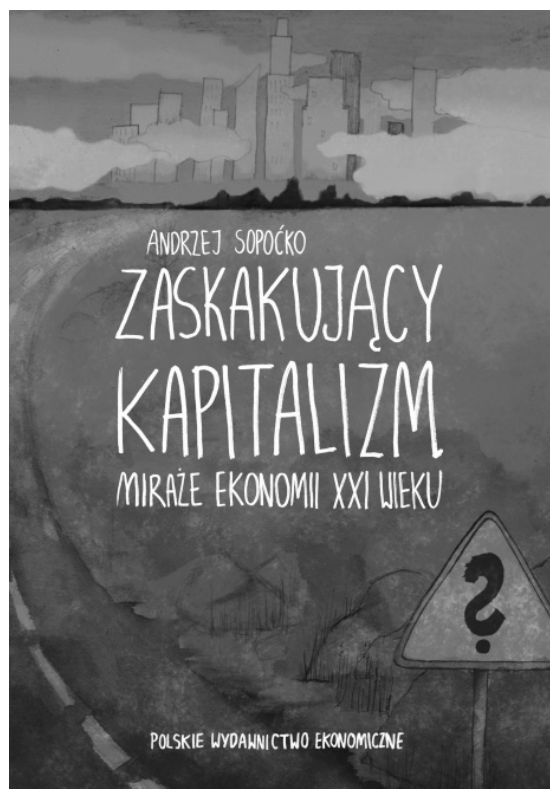
reports that, if recommendations are appearing, they will most frequently fall into the proverbial black hole. It is, of course, possible — just like the European Funds Officer at the Managing Authority of the Pomorskie Voivodship Regional Operational Programme did — that conclusions

different than mine would be drawn, namely that a relatively small number of cases suggests that both the procedures and their practical application are optimal, namely they do not suggest that any problem areas exist.

## References

- Bruczek-Figiel M. (2018). *Rzecznicy Funduszy Europejskich — interes publiczny kontra niełatwa praktyka*, <https://www.forum-ekonomiczne.pl/rzecznicy-funduszy-europejskich-interes-publiczny-kontra-nielatwa-praktyka/> (8 October 2019).
- Craig P. (2012) *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Domańska M. (2007). Zasada autonomii proceduralnej państw członkowskich i jej ograniczenia wynikające z zasady efektywności. In: A. Wróbel ed., *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, vol. II, *Zasady-orzecznictwo-piśmiennictwo*. Warsaw: Wolters Kluwer.
- Harding C. (1996). Models of enforcement: direct and delegated enforcement and the emergence of 'joint action' model. In: C. Harding, B. Swart ed., *Enforcing European Community Rules. Criminal proceedings. Administrative procedures and Harmonization*. London: Brookfield.
- Kubicka-Żach K. (2018). *Konieczne są uproszczenia procedur realizacji projektów unijnych*, <http://Prawo.pl> (25 September 2019).
- Łacny J. (2015). Ochrona praw podstawowych w wydatkowaniu funduszy Unii Europejskiej. *Państwo i Prawo* (12), 25–26.
- Middelhoeck A. (chair). Ahlenius I.-B., Lelong P., Tizzano A., Gerven W. van. (1999). *Second Report on Reform of the Commission Analysis of Current Practice and Proposals for Tackling Mismanagement, Irregularities and Fraud* (vol. I, 79-115), [https://ec.europa.eu/sites/antifraud/files/docs/body/rep\\_sages\\_2\\_en](https://ec.europa.eu/sites/antifraud/files/docs/body/rep_sages_2_en) (28 September 2019).
- Późdź R., Wołyniec-Ostrowska A. (2016). Komentarz do art. 53. In: R. Późdź ed., *Komentarz do ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020*. Warsaw: Wydawnictwo Sejmowe.
- Report on the activities of the European Funds Officer for 2018 [*Raport z działalności Rzecznika Funduszy Europejskich za 2018 rok*] (2019). Ministry of Investment and Development, Warsaw [https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/media/71855/Raport\\_roczny\\_RFE\\_za\\_rok\\_2018.doc](https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/media/71855/Raport_roczny_RFE_za_rok_2018.doc) (12 October 2019).

nowość



W książce autor próbuje wyjaśnić przyczyny obecnego rozwarstwienia społecznego, przede wszystkim osłabienia klasy średniej. Obecnie, przynajmniej w krajach rozwiniętych, ta właśnie klasa ulega osłabieniu. Proces ten jeszcze nie dotknął krajów rozwijających się, ale można się obawiać, że wkrótce tam też się pojawi. Przykłady idą od góry, czyli z krajów ze światowej czołówki. Statystyki są tu niepokojące, ale jeszcze gorzej jest z analizą źródeł i procesów prowadzących do pogłębiających się różnic. Zdaniem autora za rozwarstwienie społeczne odpowiedzialne są procesy, będące zarazem *signum temporis* obecnych czasów, a więc: globalizacja, sekurytyzacja, cyfryzacja i komputeryzacja. Sposoby ich działania różnią się od siebie ale łączy jedno — w podstawowej części są zupełnie odmienne od zakorzenionych w świadomości społecznej oczekiwań i poglądów. Konstrukcję książki oparto więc na obalaniu istniejących przekonań, przedstawianych jako *miraże*.

Księgarnia internetowa: [www.pwe.com.pl](http://www.pwe.com.pl)

# Wdrażanie Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko w procedurach Prawa zamówień publicznych

## Implementation of the Infrastructure and Environment Operational Program in public procurement law procedures

*dr Agnieszka Piwowarczyk*

Adiunkt w Katedrze Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa i Administracji  
Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach  
E-mail: agnieszka.piwowarczyk@us.edu.pl; nr ORCID: 0000-0002-4490-4330

### Streszczenie

Najliczniejszą grupę beneficjentów ubiegających się o przyznanie dotacji ze środków unijnych stanowią jednostki sektora finansów publicznych zobligowane do stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych. Wdrażanie funduszy unijnych związane jest z wieloma uregulowaniami prawnymi na szczeblu zarówno UE, jak i danego kraju członkowskiego, efektywna absorpcja środków unijnych nierozdzielnie związana jest zaś z procedurami prawa zamówień publicznych. Niniejszy artykuł prezentuje absorpcję środków unijnych największego programu operacyjnego w kontekście procedur prawa zamówień publicznych, a także zagadnienia dotyczące nieprawidłowości identyfikowanych w procesie udzielania zamówień współfinansowanych.

**Słowa kluczowe:** fundusze unijne, procedury zamówień publicznych, nieprawidłowości

### Summary

The most numerous group of beneficiaries applying for grants from EU funds are entities of the public finance sector obliged to obey the regulations of the PPL. The implementation of EU funds is connected with a number of legal regulations, both at the EU and Member State level, and the effective absorption of EU funds is inextricably linked to public procurement law procedures. This article presents the absorption of EU funds from the largest operational program in the context of public procurement law procedures, as well as issues related to irregularities identified in the co-financed procurement process.

**Key words:** EU funds, public procurement procedures, irregularities

### Wprowadzenie

Fundusze strukturalne stanowią podstawowe instrumenty finansowe polityki spójności realizowanej przez Unię Europejską (Ryszkiewicz, 2013, s. 59–82)<sup>1</sup>. Ich zadaniem jest pomoc władzom centralnym i regionalnym słabiej rozwiniętych regionów w rozwiązaniu ich najważniejszych problemów gospodarczych. Mają przyczynić się do poprawy sytuacji gospodarczej i społecznej Unii poprzez zmniejszanie różnic w poziomie życia ludności, rozwój infrastruktury w poszczególnych regionach oraz wzrost zatrudnienia (Gasz, 2014, s. 86). Fundusze strukturalne są nastawione na wspieranie restrukturyzacji i modernizacji gospodarki krajów UE. Wpływają na zwiększenie spójności ekonomicznej i społecznej Unii, skierowane są do tych sektorów gospodarki i regionów, które bez pomocy finansowej nie są w stanie dorównać średniemu po-

ziomowi ekonomicznemu w UE (Gostomczyk, 2016, s. 15; Tomaszewicz, 2014, s. 236; Bujnowski, 2009, s. 84).

Środki UE w perspektywie finansowej 2014–2020 wdrażane są poprzez krajowe programy operacyjne oraz na poziomie regionalnym w ramach 16 dwufunduszowych<sup>2</sup> regionalnych programów operacyjnych<sup>3</sup>.

Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko, dalej POIiŚ, realizowany w perspektywie finansowej 2014–2020, stanowi największy pod względem wartości program krajowy, na którego realizację przeznaczono 27,4 mld euro.

Najliczniejszą grupę beneficjentów ubiegających się o przyznanie dotacji z POIiŚ stanowią jednostki sektora finansów publicznych i dlatego analiza zagadnień będących przedmiotem niniejszego opracowania zostanie przeprowadzona pod kątem właśnie takich jednostek — zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy z 29.01.2004 r. — Prawo zamówień

publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej p.z.p.

Wdrażanie funduszy unijnych obwarowane jest licznymi uregulowaniami prawnymi na szczeblu zarówno UE, jak i danego kraju członkowskiego, efektywna absorpcja środków unijnych jest zaś nierozzerwalnie związana z procedurami prawa zamówień publicznych (Nowicki, 2012, 91–101; Szostak, 2012, s. 139–159). Zawarte umowy o udzielenie zamówienia publicznego podlegają weryfikacji, a to oznacza, że każde zamówienie współfinansowane zostanie objęte kontrolą (Piwoarczyk, 2016b, s. 65–75). Wykryte nieprawidłowości związane z procedurą udzielania zamówień publicznych, również po rozliczeniu projektu, mogą skutkować korektą finansową. Zgodnie z art. 2 pkt 12 ustawy z 11.07.2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (Dz.U. z 2018 r. poz. 1431 ze zm.), dalej ustawa wdrożeniowa, korekta finansowa jest to kwota, o jaką pomniejsza się dofinansowanie z UE dla projektu lub programu operacyjnego w związku z nieprawidłowością indywidualną lub systemową.

Zwiększenie wykorzystania środków unijnych oraz zminimalizowanie ryzyka niekwalifikowalności środków możliwe jest w szczególności poprzez usprawnienie procesu udzielania zamówień publicznych. Kontrola Najwyższej Izby Kontroli z 2017 r., dotycząca zarządzania wykorzystaniem środków UE na lata 2014–2020 w ramach polityki spójności, wykazała bardzo niski poziom wydatkowania środków unijnych. Jedną z przyczyn były nieprawidłowości występujące w projektach dotyczące udzielania zamówień publicznych (<https://www.nik.gov.pl/plik/id,15818.pdf>, 29.07.2019).

Jak wynika z najnowszych ustaleń kontrolnych Najwyższej Izby Kontroli z 2019 r., realizacja programów operacyjnych w Polsce przebiega prawidłowo, nie zawsze jednak beneficjenci przestrzegają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszając postanowienia umów o dofinansowanie projektu (NIK, 2019).

## Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko

Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2014–2020 stanowi kontynuację działań realizowanych w poprzedniej perspektywie finansowej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007–2013. Cele programu wpisują się w priorytety Strategii Europa 2020 (Komunikat EUROPA 2020, „Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu”), tj. zrównoważony wzrost poprzez rozwój gospodarki w najważniejszych sektorach, przyjazny środowisku i konkurencyjny. Najważniejsze priorytety tego programu w ramach nowej perspektywy to: zmniejszenie emisyjności gospodarki i poprawa bezpieczeństwa energetycznego, ochrona środowiska, rozwój infrastruktury drogowej, rozwój transportu kolejowego, ochrona zdrowia, ochrona dziedzictwa kulturowego i rozwój zasobów kultury.

W przypadku Polski zakładanym celem, w którym spodziewane są największe efekty, jest poprawa efektywności ener-

getycznej w obszarze budownictwa zarówno publicznego, jak i mieszkaniowego w sektorze ciepłownictwa oraz transportu. Dlatego nadal promowane są projekty związane z modernizacją energetyczną budynków, w szczególności modernizację sieci dystrybucji ciepła. Duże przedsiębiorstwa motywowane są do wdrażania pozyskanych funduszy w zakresie zastosowania energooszczędnych technologii produkcji, a także wprowadzania nowoczesnych systemów zarządzania energią<sup>4</sup>. Warto również zwrócić uwagę na postulowane podniesienie standardów jakości powietrza, ponieważ problem zanieczyszczonego powietrza widoczny jest zwłaszcza w dużych miastach Polski zlokalizowanych na terenach aglomeracji śląsko-dąbrowskiej oraz krakowskiej.

Program POLiŚ realizuje cele zaplanowane w najważniejszych krajowych dokumentach strategicznych oraz w tzw. dziewięciu strategiach zintegrowanych<sup>5</sup>. W Długookresowej Strategii Rozwoju Kraju<sup>6</sup> jeden z obszarów: konkurencyjność i innowacyjność gospodarki zawiera działania dotyczące bezpieczeństwa energetycznego i środowiska. Strategia Rozwoju Kraju 2020<sup>7</sup> określa natomiast zadania państwa związane z bezpieczeństwem energetycznym i środowiskiem, a także zachowanie zasobów przyrodniczych w stanie nie pogorszonemu.

## Zasady udzielania zamówień publicznych współfinansowanych z POLiŚ

Beneficjent, który udziela zamówień publicznych ze środków unijnych, musi się liczyć z licznymi wymogami, wynikającymi z podpisanej umowy o dofinansowanie, która odsyła nie tylko do przepisów prawa krajowego i unijnego, ale także do Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego, Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego oraz Funduszu Spójności na lata 2014–2020. Wytyczne nie są aktami prawnymi obowiązującymi *erga omnes*, jednak beneficjenci projektów współfinansowanych ze środków unijnych zobowiązani są do ich stosowania poprzez zawarcie umowy o dofinansowanie projektu. I chociaż w trzeciej perspektywie finansowej 2014–2020 szczególne wymagania dla beneficjentów realizujących projekty współfinansowane ze środków funduszy strukturalnych nie budzą już kontrowersji, to jednak stanowią dodatkowe obowiązki, które nie dotyczą zamówień finansowanych ze środków krajowych.

Zagadnienie usytuowania systemu realizacji (w tym wytycznych) wśród źródeł prawa było przedmiotem analizy w ponad 100 orzeczeniach sądów administracyjnych. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego przedstawionym w wyroku z 12.12.2011 r., P 1/11, Dz.U. nr 279, poz. 1644, systemowi realizacji nie można zaliczyć do źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Nie został on bowiem wymieniony w art. 87 ust. 1 i 2 Konstytucji RP; wydawany jest przez organy, które nie dysponują konstytucyjnymi uprawnieniami prawotwórczymi, jak również nie jest należycie publikowany. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w ukształtowanej linii orzecniczej sądów powszechnych.

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 22.01.2015 r., II GSK 2004/13, LEX nr 1769714, stwierdził, że „procedury te mogą wynikać nie tylko z aktu prawa powszechnie obowiązującego, ale także z łączącej strony umowy o dofinansowanie, w której zostaje określony uzgodniony sposób działania beneficjenta. Sposób ten jest obowiązujący i odstępstwo od niego stanowi naruszenie procedur, o jakich mowa w art. 184 u.o.f.p. ... Wytyczne co do zasady pozbawione mocy prawnej należy zaliczyć do *soft law* (Senden, 2004, s. 105–106), które stosowane jest i przestrzegane przez adresatów ze względu na autorytet instytucji wydających te akty. Ich ranga rośnie również w kontekście zasady pomocniczości, która nakazuje korzystanie z aktów niewiążących (Mik, 2000, s. 523; Piwowarczyk, 2017, s. 269–271). Stanowisko takie podtrzymał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku w wyroku z 27.01.2017 r., I SA/Bk 899/16, LEX nr 2203221.

Wskazać należy, że ustawa z 7.07.2017 r. o zmianie ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1475), która weszła w życie 2.09.2017 r., uchyliła art. 7 ustawy wdrożeniowej, zgodnie z którym Instytucja Zarządzająca krajowym albo regionalnym programem operacyjnym mogła wydawać wytyczne programowe uszczegóławiające kwalifikowalność wydatków dla danego programu operacyjnego.

Od 3.12.2017 r. beneficjentów obowiązują zatem jedynie wytyczne kwalifikowalności (dawniej horyzontalne) niezależnie od programu, w jakim wydatkowane są środki realizowanego projektu. Zmiana ta ma niezwykle istotne znaczenie dla beneficjentów, ponieważ ujednoliciła zasady wydatkowania środków dla wszystkich programów operacyjnych.

Wytyczne programowe wprowadzały bardzo liczne obowiązki w zakresie udzielania zamówień publicznych, niewynikające z Prawa zamówień publicznych (Piwowarczyk, 2017, s. 22–37). Co istotne, w zależności od programu operacyjnego konkretne wytyczne programowe mogły się bardzo różnić w zakresie wymagań dotyczących wydatkowania środków. W postanowieniach Sekcji 6.2.1 wytycznych programowych POIiŚ znalazł się wymóg dotyczący wydatków wynikających z umów o wartości od 2 tys. PLN do 50 tys. PLN<sup>8</sup>. Beneficjent dokonujący wydatków od 2 tys. PLN do 50 tys. PLN musiał posiadać dokumenty potwierdzające rozeznanie rynku wskazujące, iż dana usługa, robota lub dostawa została wykonana po cenie nie wyższej od ceny rynkowej. Podkreślić trzeba, że tak restrykcyjny wymóg nie dotyczył wydatków dokonywanych z pozostałych programów operacyjnych.

Zgodnie z obowiązującymi od 9.09.2019 r. Wytycznymi kwalifikowalności beneficjent zobowiązany do stosowania Prawa zamówień publicznych przeprowadza postępowanie zgodnie z przepisami ustawy, jednak dodatkowo zobowiązany jest do przestrzegania zasady konkurencyjności i procedury rozeznania rynku, które zostały opisane w sekcji 6.5.1 i 6.5.2 Wytycznych kwalifikowalności (M. P. 2019 poz. 796)<sup>9</sup>. Wydatki w ramach projektu muszą być ponoszone w sposób przejrzysty, racjonalny i efektywny. O ile ten wymóg nie jest niczym nowym dla beneficjentów, o tyle zastrzeżenie, że w przypadku zamówień o wartości od 20 tys. PLN netto do 50 tys. PLN netto jego wypełnienie następuje w drodze przepro-

wadzenia i udokumentowania rozeznania rynku stanowi dodatkowy obowiązek. W celu potwierdzenia przeprowadzenia rozeznania rynku konieczne jest udokumentowanie dokonanej analizy cen potencjalnych wykonawców zamówienia — wraz z cennikami. (Piwowarczyk, 2017, s. 79–80 i 96–99).

W przypadku zamówień o wartości od 20 tys. PLN netto do 50 tys. PLN netto włącznie możliwe jest zastosowanie zasady konkurencyjności. Zupełnie nowym rozwiązaniem jest nieprzeprowadzanie rozeznania rynku dla najczęściej finansowanych towarów i usług, dla których Instytucja Zarządzająca określiła wymagania dotyczące standardu oraz cen rynkowych<sup>10</sup>.

Zasada konkurencyjności dotyczy beneficjentów będących zamawiającymi w świetle Prawa zamówień publicznych w przypadku zamówień o wartości równej lub niższej niż kwota określona w art. 4 pkt 8 p.z.p., a jednocześnie przekraczającej 50 tys. PLN netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT) lub w przypadku zamówień sektorowych o wartości niższej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p., a jednocześnie przekraczającej 50 tys. PLN netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT). Zasada konkurencyjności opisana w Wytycznych wiąże się przede wszystkim z obowiązkiem upublicznienia zapytania ofertowego poprzez jego umieszczenie w Bazie konkurencyjności<sup>11</sup>.

Zwolnienie od stosowania zasady konkurencyjności i rozeznania rynku przysługuje w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w podr. 6.5 pkt 7 i 8 Wytycznych.

Należy również zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), która będzie obowiązywać od 1.01. 2021 r., zamówienia bagatelne to zamówienia klasyczne o wartości bez podatku od towarów i usług mniejszej niż wyrażona w złotych kwota 130 tys. PLN, jednak nie mniejszej niż 50 tys. PLN. Nowe regulacje wprowadzają w przypadku zamówień bagatelnych wymóg dotyczący zamieszczania ogłoszeń o zamówieniu bagatelnym w Biuletynie Zamówień Publicznych. Obniżenie progu zamówień bagatelnych w pewnym stopniu zrówna beneficjentów wydatkujących środki unijne i zamawiających wydatkujących środki krajowe w zakresie obowiązków związanych z upublicznieniem ogłoszenia.

I chociaż oczywiście zapytanie ofertowe czy rozeznanie rynku zwiększają konkurencyjność składanych ofert, to niewątpliwie nakładają na beneficjentów dodatkowe obowiązki. W przypadku zamówień nieobjętych dyrektywami z całą pewnością znajdują również zastosowanie przepisy Komunikatu wyjaśniającego Komisji nr 2006/C 179/02 dotyczącego prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych.

Komunikat ma również zastosowanie w przypadku zamówień, do których nie stosuje się przepisów ustawy — Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowe szczególne wymagania związane z udzielaniem zamówień mogą również wynikać z treści zawartej umowy o dofinansowanie projektu. Poruszając zagadnienie umowy o dofinansowanie, nie sposób pominąć kwestii charakteru prawnego tejże umowy, zważywszy na funkcjonujące w doktrynie rozbieżne stanowiska (Piwowarczyk, 2016a, s. 95–106).

Umowa o dofinansowanie projektu jest umową dotacji w rozumieniu art. 206 ustawy z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 869), dalej u.f.p.

Zdaniem R. Szostaka to brak ustawowych wskazówek rzutuje na liczne wątpliwości odnośnie do charakteru prawnego tej umowy (Szostak, 2011, s. 61–79). W doktrynie umowy o dofinansowanie projektu zaliczane są do kategorii umów cywilnoprawnych. Stanowisko takie podkreślił Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z 3.12.2015 r., II GSK 3159/15, LEX nr 1988967.

Umowa o dofinansowanie projektu posiada również cechy umowy adhezyjnej. Zwolennicy tej tezy podnoszą jako jeden z podstawowych argumentów fakt obowiązujących wzorców umów. Odmienne stanowisko prezentuje R. Iniewski, który podnosi, iż nie można takiego charakteru wywodzić z art. 206 u.f.p., a w związku z tym możliwe jest negocjowanie warunków i postanowień przyszłej umowy o dofinansowanie (Iniewski, 2010, s. 58).

Umowy o dofinansowanie projektu mogą bardzo różnorodnie kształtować wymogi odnośnie do wydatkowania środków. W nowej perspektywie finansowej 2014–2020 obowiązujące wzory umów o dofinansowanie projektu co do zasady odwołują się do wymagań określonych w Wytycznych kwalifikowalności.

Pomimo doświadczeń z perspektywy 2004–2006 i 2007–2013 oraz rosnącej świadomości beneficjentów w zakresie obowiązujących przepisów związanych z udzielaniem zamówień publicznych współfinansowanych nadal najwięcej błędów i nieprawidłowości identyfikowanych jest w zakresie procedur zamówieniowych. Procedury dotyczące udzielania zamówień publicznych współfinansowanych z funduszy unijnych mogą się różnić w zależności od programu operacyjnego. Zniesienie obowiązywania wytycznych programowych w znacznym stopniu ograniczyło te różnice, jednak wzory umów o dofinansowanie mogą wprowadzać odmienne wymogi w zakresie wydatkowania środków.

Bardzo często wymogi te budzą wątpliwości czy wręcz kontrowersje, jak np. w przypadku konieczności zamieszczania na stronach internetowych beneficjenta informacji o wszczętym postępowaniu w trybie z wolnej ręki, zapytaniu o cenę czy też negocjacjach bez ogłoszenia. Równie częsty jest wymóg przekazywania projektu ogłoszenia o zamówieniu, projektu przyszłej umowy o udzielenie zamówienia publicznego i projektów aneksów umowy do Instytucji Zarządzającej.

Dlatego tak ważne jest, by beneficjent na etapie przygotowania postępowania poznał wszystkie obowiązki związane z realizowanym projektem, które nakładają szczególne wymogi w zakresie wydatkowania środków. Przykładem takiego wymagania dla beneficjentów POIiŚ, niewynikającym wprost z postanowień wzorów umów, jest obligatoryjny wymóg ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa w art. 66 ust. 1 i 62 ust. 2a p.z.p.<sup>12</sup> Istotne, że w świetle przywołanych przepisów Prawa zamówień publicznych ogłoszenie to ma charakter fakultatywny.

Instytucja kontrolująca weryfikuje, czy protokół postępowania zawiera pełne uzasadnienie faktyczne i prawne dla zastosowania trybu niekonkurencyjnego. Brak uzasadnienia dla którejkolwiek z przesłanek rozumiany jest jako faktyczne nie-

spełnienie przesłanek udzielenia zamówienia w ww. trybie niekonkurencyjnym, co skutkuje uznaniem wydatków za niekwalifikowalne. Zgodnie z postanowieniami obowiązującego wzoru umowy o dofinansowanie projektu wynika, że uzyskanie pozytywnej oceny Instytucji Wdrażającej jest warunkiem niezbędnym dla możliwości kwalifikowania wydatków wynikających z udzielenia zamówień w trybach niekonkurencyjnych, poniesionych na realizację robót zamiennych prowadzących do zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy lub wynikających ze zwiększenia wartości zamówień podstawowych ([http://www.pois.gov.pl/media/72013/Wzor\\_umowy\\_o\\_dofinansowanie\\_Srodowisko\\_PJB.rtf](http://www.pois.gov.pl/media/72013/Wzor_umowy_o_dofinansowanie_Srodowisko_PJB.rtf), 1.07.2019). W przypadku wydatków poniesionych na realizację robót zamiennych, aby wydatki zostały uznane za kwalifikowalne, konieczne jest potwierdzenie robót zamiennych aneksem do umowy z wykonawcą, a także opisanie sposobu wyceny robót zamiennych w ogłoszeniu o zamówieniu, zapytaniu ofertowym, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w umowie, w przypadku gdy przepis prawa lub warunek kwalifikowalności wydatków wymaga określenia warunków zmiany w jednym z ww. dokumentów. Niezbędna jest również zgodność produktu końcowego, osiągniętego w wyniku zastosowania robót zamiennych, z określonym w zamówieniu. Dodatkowo beneficjent udzielający zamówienia w jednym z trybów niekonkurencyjnych zobowiązany jest złożyć Instytucji Zarządzającej pisemne uzasadnienie faktycznego i prawnego zastosowania trybu udzielenia zamówienia, może również zostać wezwany do uzupełnienia treści ww. uzasadnienia.

## Kontrola procedur Prawa zamówień publicznych w ramach projektu

Jednym z najważniejszych postanowień umowy o dofinansowanie jest zastrzeżenie, że beneficjent podda się kontroli. Wielu beneficjentów pomija analizę zaleceń dotyczących przeprowadzenia kontroli, gdy tymczasem są one źródłem wiedzy na temat tego, jak będzie wyglądała przyszła kontrola, ale również jakie elementy powinny zostać uwzględnione w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Beneficjent, podpisując umowę o dofinansowanie projektu, zobowiązuje się zapewnić poprawną jego realizację poprzez przeciwdziałanie nadużyciom finansowym. Pojęcie nadużycia należy odróżnić od „nieprawidłowości”. Pojęcie nieprawidłowości zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z 17.12.2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego objętych zakresem wspólnych ram strategicznych oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego i Funduszu Spójności oraz uchylają-

cego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.Urz. UE L 347, s. 320, ze zm.). Przez „nieprawidłowość” należy rozumieć każde naruszenie: prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie funduszy europejskich, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem.

Podczas gdy każde nadużycie jest nieprawidłowością, to nie każda nieprawidłowość jest nadużyciem (Krzykowski, 2016, s. 51–92). Nadużycie cechuje się przede wszystkim umyślnym działaniem lub zaniechaniem. Zarówno nieprawidłowości, jak i nadużycia najczęściej występują w obszarze finansowym, a zatem w przypadku konieczności stosowania do wydatkowania środków procedur Prawa zamówień publicznych związane są z naruszeniem tych procedur.

Jednym z postanowień obowiązującego wzoru umowy o dofinansowanie projektu z POIiŚ jest zobowiązanie się beneficjenta do upublicznienia na swojej stronie internetowej informacji o funkcjonowaniu mechanizmu umożliwiającego sygnalizowanie potencjalnych nieprawidłowości lub nadużyć finansowych. Zgodnie z Poradnikiem w zakresie przeciwdziałania nadużyciom finansowym w szczególności w ramach projektów realizowanych z POIiŚ, aby wypełnić ten obowiązek, beneficjent powinien co najmniej zamieścić na swojej stronie internetowej link do zgłaszania nieprawidłowości ([https://www.pois.gov.pl/media/68365/Poradnik\\_01\\_2019.pdf](https://www.pois.gov.pl/media/68365/Poradnik_01_2019.pdf), 21.08.2019).

Zgodnie z art. 122 ust. 2 rozporządzenia nr 1303/2013 państwa członkowskie zapobiegają nieprawidłowościom oraz je wykrywają i korygują, a także odzyskują kwoty nienależnie wypłacone wraz z odsetkami. Obowiązkiem państw członkowskich jest również powiadomienie Komisji Europejskiej o nieprawidłowościach przekraczających 10 tys. euro.

Dla skutecznego działania prawa unijnego konieczne jest odpowiednie stosowanie prawa krajowego, dlatego jakiegokolwiek jego naruszenie oznacza jednocześnie naruszenie prawa unijnego. Taka definicja została przyjęta na posiedzeniu CoCoLaF w dniu 11.04.2002 r.

Zagadnienia dotyczące nieprawidłowości zostały podobnie uregulowane w Wytycznych w zakresie sposobu korygowania i odzyskiwania nieprawidłowych wydatków oraz zgłaszania nieprawidłowości w ramach programów operacyjnych polityki spójności na lata 2014–2020 (obowiązują od 18.12.2018 r.). Należy przyjąć, że każdy wydatek dokonany ze środków unijnych winien być uzasadniany i zgodny ze zobowiązaniami wynikającymi z zawartej umowy o dofinansowanie. Zatem naruszenie zarówno postanowień samej umowy, jak i Wytycznych kwalifikowalności należy także oceniać jako naruszenie prawa skutkujące nieprawidłowościami w rozumieniu rozporządzenia ogólnego (Karwatowicz, Odachowski, 2009, s. 120). Zarówno obowiązujące wzory umów o dofinansowanie projektu, jak i Wytyczne dotyczące zgłaszania nieprawidłowości określają sankcje stosowane wobec beneficjentów w przypadku naruszenia procedur udzielania zamówień publicznych podczas wdrażania projektu. Wykrycie nieprawidłowości w procedurze wydatkowania środków niesie dla beneficjenta dotkliwe konsekwencje — jedną z nich jest zwrot środków

wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych. Zwrot środków otrzymanych na realizację projektu wraz z odsetkami następuje zawsze, gdy na beneficjenta zostanie nałożona korekta finansowa oraz gdy zajdą przesłanki określone w art. 207 ust. 1 u.f.p.

Korekty finansowe za nieprawidłowości powstałe w związku z zamówieniami w projektach współfinansowanych w perspektywie 2014–2020 obliczane są zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z 29.01.2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. z 2018 r. poz. 971). Wskazane rozporządzenie ma zastosowanie w przypadku stwierdzenia naruszenia przez beneficjenta zasad udzielania zamówień wynikających z naruszenia Prawa zamówień publicznych, jak również nieprawidłowości w związku z naruszeniem postanowień umowy o dofinansowanie projektu (Piwowarczyk, 2017, s. 183–187).

Trzeba również podkreślić, że naruszenia szczególnych procedur zamówieniowych związanych z wydatkowaniem funduszy unijnych, określonych w umowie o dofinansowanie czy też wynikających z Wytycznych kwalifikowalności, np. brak opublikowania informacji o wszczęciu postępowania w trybach niekonkurencyjnych, podlegać będą reżimowi odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zgodnie z ustawą z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1440 ze zm.; Karwatowicz, Lamch-Rejowska, 2011, s. 214–215; Szostak, 2012a, s. 5–24). Takie stanowisko podniosła również w swoim orzeczeniu z 21.03.2019 r., BDF1.4800.10.2019, Główna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

A zatem naruszenie reguł dotyczących rozeznania rynku czy zasady konkurencyjności będzie powodować reperkusje z tytułu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ponieważ beneficjent zobowiązał się do ich stosowania, podpisując umowę o dofinansowanie projektu.

## Podsumowanie

Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko to największy program finansowany z Funduszy Europejskich nie tylko w Polsce, ale i w Unii Europejskiej. Beneficjentami dofinansowania w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko przewidzianego na lata 2014–2020 są organy administracji rządowej, a także przedsiębiorcy.

Przeważająca większość środków z POIiŚ wdrażana jest w procedurach Prawa zamówień publicznych. Naruszenia prawa zamówień publicznych mogą prowadzić do pomniejszenia refundacji, a tym samym mają realny wpływ na poziom absorpcji środków z funduszy strukturalnych, co w efekcie może skutkować zwiększeniem kosztów realizacji projektów ze środków jednostek samorządu terytorialnego oraz budżetu państwa.

Warto zwrócić uwagę na wdrażany w ramach jednego z projektów współfinansowany z funduszy Programu Infra-

struktura i Środowisko 2014–2020 pilotażowy projekt Paktu Uczciwości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Projekt prowadzony jest pod nazwą „Paktu Uczciwości — mechanizm obywatelskiej kontroli na rzecz ochrony funduszy UE, etap II” (Integrity Pacts — civil control mechanisms for safeguarding EU funds, Phase 2) i będzie realizowany co najmniej do końca 2019 r. Koordynatorem projektu jest Transparency International Secretariat w Berlinie i bierze w nim udział 11 państw członkowskich Unii Europejskiej.

Paktem została objęta inwestycja PKP Polskie Linie Kolejowe SA „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa — Zawiercie” o szacunkowej wartości 501,7 mln PLN. Pakt składa się z porozumienia zawartego między Fundacją Batorego (pełni rolę społecznego obserwatora) a PKP Polskimi Liniami Kolejowymi jako zamawiającym oraz wykonawcą zobowiązań, ujętych we wzorze umowy na realizację inwestycji. Strony zobowiązują się działać w sposób przejrzysty, przestrzegać antykorupcyjnych procedur i przeciwdziałać

nadużyciom. Podstawowym celem Paktu jest ochrona funduszy strukturalnych i spójności UE przed korupcją w zamówieniach publicznych, ma on również umożliwić sformułowanie rekomendacji dla Komisji Europejskiej dotyczących zastosowania tego instrumentu społecznej kontroli zamówień publicznych w przyszłości.

Efektywna realizacja polityki spójności jest możliwa tylko w przypadku pełnego przestrzegania przez beneficjentów wszystkich procedur związanych z wydatkowaniem funduszy unijnych. Zamówienia publiczne realizowane w ramach projektów współfinansowanych ze środków UE są szczególnie narażone na nadużycia finansowe i korupcję, można zaryzykować twierdzenie, że ryzyko to rośnie wraz z wartością postępowania, dlatego też założenia Paktu Uczciwości są tak istotne. Doświadczenia z realizacji w ramach POLiŚ mogą wpłynąć pozytywnie na wdrażanie funduszy unijnych w procedurach Prawa zamówień publicznych współfinansowanych z pozostałych programów operacyjnych.

<sup>1</sup> W perspektywie finansowej 2014–2020 europejskie fundusze strukturalne i inwestycyjne obejmują: Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego (EFRR), Europejski Fundusz Społeczny (EFS), Fundusz Spójności, Europejski Fundusz Rolny na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW), Europejski Fundusz Morski i Rybacki (EFMR).

<sup>2</sup> Tj. finansowanych ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego i Europejskiego Funduszu Społecznego.

<sup>3</sup> Program Operacyjny Inteligentny Rozwój, Program Operacyjny Polska Cyfrowa, Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko, Program Operacyjny Polska Wschodnia, Program Operacyjny Wiedza Edukacja Rozwój, Program Operacyjny Pomoc Techniczna, programy regionalne.

<sup>4</sup> Działanie 1.2 Promowanie efektywności energetycznej i korzystania z odnawialnych źródeł energii w przedsiębiorstwach.

<sup>5</sup> Należą do nich następujące dokumenty: Strategia innowacyjności i efektywności gospodarki, Strategia rozwoju kapitału ludzkiego, Strategia rozwoju transportu, Strategia Bezpieczeństwo energetyczne i środowisko, Strategia Sprawne państwo, Strategia rozwoju kapitału społecznego, Krajowa strategia rozwoju regionalnego — Regiony Miasta Obszary wiejskie, Strategia zrównoważonego rozwoju wsi, rolnictwa i rybactwa, Strategia rozwoju systemu bezpieczeństwa narodowego RP.

<sup>6</sup> Długookresowa Strategia Rozwoju Kraju. Polska 2030. Trzecia fala nowoczesności. MAIC, 2012 r. — dokument przyjęty przez Radę Ministrów 11.01.2013 r.

<sup>7</sup> Strategia Rozwoju Kraju 2020, dokument przyjęty przez Radę Ministrów 25.09.2012 r.

<sup>8</sup> Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014–2020 z 22.09.2015, wersja wytycznych obowiązująca od 22.09.2015 r. do 27.07.2017 r.

<sup>9</sup> Komunikat Ministra Inwestycji i Rozwoju z 21.08.2019 r. w sprawie zmienionych wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014–2020.

Wytyczne należy stosować do oceny kwalifikowalności wydatków poniesionych od 9.09.2019 r. oraz do postępowań od tego dnia wszczętych.

<sup>10</sup> Instytucja Zarządzająca Programem Operacyjnym może określić takie wymagania w regulaminie konkursu lub w dokumentacji dotyczącej projektów zgłaszanych w trybie pozakonkursowym. Zgodnie z podrozdziałem 6.2. pkt 4 Wytycznych wymagania powinny uwzględniać potencjalną inflację oraz stawki cenowe produktów i usług świadczonych z zachowaniem wymogów środowiskowych, zielonych i społecznie odpowiedzialnych zamówień (np. produkty Sprawiedliwego Handlu, usługi świadczone przez podmioty realizujące zamówienie zatrudniające osoby na podstawie umowy o pracę z zachowaniem płacy minimalnej albo minimalnej stawki godzinowej w przypadku zatrudniania osób na podstawie umowy-zlecenia).

<sup>11</sup> Od 1.01.2018 r. stroną właściwą do publikacji zapytań ofertowych przez podmioty planujące pozyskanie dofinansowania na realizację projektów, wszczynające postępowanie o udzielenie zamówienia przed podpisaniem umowy o dofinansowanie, jest strona Bazy Konkurencyjności.

<sup>12</sup> Zalecenia dla instytucji zaangażowanych w realizację Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014–2020 w zakresie procedur kontrolnych oraz systemu rocznych rozliczeń (wersja aktualna, obowiązująca od 3.12.2017 r.). Załącznik nr 1b Lista sprawdzająca dot. prawidłowości zamówień udzielanych w trybach bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu (negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki):

Jak wynika z treści załącznika, powody stosowania procedur zamówieniowych bez ogłoszenia powinny zostać odzwierciedlone w uzyskaniu pozytywnych odpowiedzi na wszystkie pytania zawarte w odpowiedniej części listy sprawdzającej. Jedno z pytań dotyczy właśnie zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, a zatem należy przyjąć, że w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego publikacja ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki i negocjacji bez ogłoszenia jest obowiązkowa.

## Bibliografia

- Bujnowski, M. (2009). Polityka spójności UE i jej realizacja w Polsce. W: E. Kawecka-Wyrzykowska (red.), *Polityki gospodarcze Unii Europejskiej*. Warszawa: Oficyna Wydawnicza SGH.
- Gasz, M. (2014). Strategia Europa 2020 — założenia i perspektywy realizacji. *Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy*, (38), 85–97. <https://doi.org/10.15584/nsawg.2016.3.16>.
- Gostomczyk, W. (2016). Kryteria podziału środków unijnych w ramach regionalnych programów operacyjnych. *Zeszyty Naukowe Wydziału Nauk Ekonomicznych*, (2), 9–23.
- Iniewski, R. (2010). Nowa umowa o dofinansowanie projektu. *Finanse Publiczne*, (3), 58 i n.
- Karwatowicz, G., Zawisłańska, A. (2013). *Korekty finansowe za naruszenie prawa zamówień publicznych w projektach unijnych*. Wrocław: Presscom.
- Karwatowicz, G., Lamch-Rejowska, M. (2011). *Zamówienia publiczne w projektach współfinansowanych ze środków unijnych*. Wrocław: Presscom.
- Karwatowicz, G., Odachowski, J. (2009). Definicja legalna „nieprawidłowości” w kontekście Funduszy Strukturalnych i Funduszu Spójności. *Kontrola Państwowa*, (4), 116–126.

- Krzykowski, P. (2016). *Nieprawidłowości przy realizacji projektów współfinansowanych ze środków unijnych w perspektywie finansowej 2014–2020*. Olsztyn: Uniwersytet Warmińsko-Mazurski.
- Mik, C. (2000). *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*. Warszawa 2000.
- Najwyższa Izba Kontroli. (2019). *Efekty wdrażania programów operacyjnych na lata 2014–2020 w ramach Polityki Spójności*. Warszawa: Najwyższa Izba Kontroli. <https://www.nik.gov.pl/plik/id,20875,vp,23507.pdf> (29.09.2019).
- Nowicki, P. (2012). Zamówienia Publiczne jako instrument gwarantujący efektywność wydatków w realizacji projektów unijnych. W: E. Adamowicz, J. Sadowy (red.), *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych* (91–101). Gdańsk–Warszawa: Urząd Zamówień Publicznych.
- Piowarczyk, A. (2017). *Procedury zamówień publicznych w projektach współfinansowanych ze środków funduszy strukturalnych*. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.
- Piowarczyk, A. (2016a). Umowa o dofinansowanie projektu w kontekście dodatkowych obowiązków w zakresie procedur udzielania zamówień publicznych. *Disputatio*, (1), 95–106.
- Piowarczyk, A. (2016b). Specyfika kontroli zamówień publicznych współfinansowanych ze środków funduszy strukturalnych. *Disputatio*, (2), 65–75.
- Piowarczyk, A. (2017). Zamówienia publiczne w projektach współfinansowanych z funduszy strukturalnych. W: R. Blicharz (red.), *Publiczne prawo gospodarcze. Zarys wykładu* (264–293). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Ryszkiewicz, A. (2013). *Od konwergencji do spójności i efektywności. Podstawy teoretyczne polityki spójności gospodarczej, społecznej i terytorialnej Unii Europejskiej*. Warszawa: Oficyna Wydawnicza SGH.
- Senden, L. (2004). *Soft law in European Community Law*. Oxford: Hart.
- Szostak, R. (2012a). Zaostrożenie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie gospodarowania środkami europejskimi. *Finanse Komunalne*, (4), 5–24.
- Szostak, R. (2012b). O niektórych uwarunkowaniach efektywności zamówień publicznych finansowanych ze środków europejskich. W: E. Adamowicz, J. Sadowy (red.), *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych* (139–159). Gdańsk–Warszawa: Urząd Zamówień Publicznych.
- Szostak, R. (2011). Kontrola zamówień publicznych finansowanych ze środków europejskich — zagadnienia organizacyjne. *Samorząd Terytorialny*, (11), 61–79.
- Tomaszewicz, A. (2014). Fundusze unijne a rozwój regionalny w Polsce. *Prace i Materiały Instytutu Rozwoju Gospodarczego. Szkoła Główna Handlowa*, (94), 209–242.

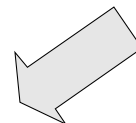
## Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego

Business Law Journal

PRZEGŁĄD  
USTAWODAWSTWA  
GOSPODARCZEGO

Publicznoprawne zadania państwa  
Swoboda gospodarcza  
dla przedsiębiorców  
Ochrona znaków towarowych

ZNAJDZIESZ NAS TU



[www.pug.pl](http://www.pug.pl)

tel. 795 155 583

00-252 Warszawa

ul. Podwale 17



# Czy struktura instytucjonalna ochrony konsumenta na rynku usług finansowych wymaga zmian?

Does the institutional structure of consumer protection in the financial services market need to be changed?

*dr hab. Edyta Rutkowska-Tomaszewska*

Pracownik naukowo-dydaktyczny w Instytucie Nauk Ekonomicznych  
Wydziału Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego  
E-mail: edyta.rutkowska-tomaszewska@uwr.edu.pl; nr ORCID: 0000-0001-9359-7034

## Streszczenie

Celem analizy jest zaprezentowanie w wymiarze ogólnym (a nie szczegółowym) wyzwań dotyczących funkcjonowania struktury instytucjonalnej ochrony konsumenta na rynku finansowym w Polsce (sieci ochrony konsumenta na rynku usług finansowych), zwłaszcza wobec konieczności przeciwdziałania nadużyciom wobec nich, ujawnionym w rzeczywistości pokryzysowej, a zmierzających do zapewnienia im rzeczywistej ochrony. W artykule nie chodzi o szczegółową charakterystykę regulacji prawnych dotyczących statusu i kompetencji funkcjonujących już organów i instytucji ochrony konsumenta usług finansowych, lecz o wskazanie problemów wiodących w ogólnym wymiarze i pewnych propozycji zmian koncepcyjnych w budowie tej infrastruktury ochrony konsumenta usług finansowych i jej umiejscowienia w ramach sieci bezpieczeństwa rynku finansowego.

Autorka, przyjmując jako punkt wyjścia aktualną infrastrukturę ochrony konsumenta na rynku finansowym w Polsce oraz zadania i kompetencje organów ją tworzących (jednak bez ich analizy), podejmuje próbę odpowiedzi na pytania, jakie należałoby podjąć działania (zarówno w sferze regulacyjnej, jak i faktycznej), by podmioty te tworzyły od strony instytucjonalnej (podmiotowej i kompetencyjnej) spójny system, a sieć ochrony konsumenta na rynku finansowym była gwarantem rzeczywistego egzekwowania konsumenckiego prawa rynku finansowego (prawa ochrony konsumenta usług finansowych) w wymiarze tak publicznoprawnym, jak i prywatnoprawnym. W szczególności autorka proponuje elementy składowe, z jakich ta struktura instytucjonalna powinna być zbudowana, i wskazuje, jakie formy współpracy między nimi byłyby wskazane, w szczególności czy istnieje potrzeba stworzenia nowych ciał (nowych elementów) tej struktury wyposażonych w dodatkowe kompetencje i zadania (bez podejmowania jednak szczegółowych rozważań w tym zakresie, a jedynie na poziomie ogólnej koncepcji). Z uwagi bowiem na ograniczone ramy niniejszego opracowania, celem autorki nie jest wyczerpujące zaprezentowanie całej koncepcji i propozycji zmian w strukturze (sieci) ochrony konsumenta na rynku finansowym, a jedynie zasygnalizowanie potrzeby i konieczność podjęcia dyskursu w tym obszarze tak na poziomie teoretycznym, jak i praktycznym.

**Słowa kluczowe:** Rynek finansowy, usługi finansowe, konsument, ochrona konsumenta usług finansowych, prawo rynku finansowego, organy i instytucje ochrony konsumenta usług finansowych, sieć bezpieczeństwa rynku finansowego

## Summary

The aim of this paper is to present in general terms (and not in detail) the challenges concerning the functioning of the institutional structure of consumer protection on the financial market in Poland (consumer protection network on the financial services market), especially in view of the need to counteract the abuses revealed in the post-crisis reality, aimed at providing them with real protection.

It is not about detailed characteristics of legal regulations concerning the status and competences of already functioning bodies and institutions of consumer protection of financial services, but only about indicating problems leading in general dimension and certain proposals of conceptual changes in the construction of this infrastructure of the consumer protection of financial services and its location within the framework of the financial market safety network.

The author, taking as a starting point the current infrastructure of consumer protection in the financial market in Poland and the tasks and competences of the bodies creating it (without their analysis, however), makes an attempt to answer questions that should be undertaken (both in the regulatory and actual), so that these entities create from the institutional (subjective and competence) point of view a coherent system, and the consumer protection network in the financial market was a guarantee of the actual enforcement of consumer financial market law (consumer protection law for financial services), both in the public and private legal dimension.

In particular, the author will propose the components of which this institutional structure should be built and what forms of cooperation between them would be indicated, in particular whether there is a need to create new bodies (new elements) of this structure equipped with additional competences and tasks? (without, however, taking into account detailed considerations in this respect, but only at the level of the general concept). Due to the limited framework of the present study, it is not the Author's goal to present exhaustively the entire concept and proposal of changes in the structure (network) of consumer protection in the financial market, but only to signal the need and necessity to undertake a discourse, both at the theoretical and practical level in this area.

**Key words:** Financial Market, Financial Service, Consumer, Consumer protection in financial services, financial market law, consumer protection authorities and institutions in financial services, financial market safety net.

**JEL:** D18, G10, G18, G21, G28, K29

## Wprowadzenie

W Polsce, choć nie tylko, z uwagi na fakt, że w rzeczywistości pokryzysowej ujawniono wiele nadużyć i nieprawidłowych praktyk rynkowych na rynku finansowym, co potwierdziły różne raporty i sprawozdania właściwych organów i instytucji (zob. Doradczy Komitet Naukowy przy Rzeczniku Finansowym, 2019), jak również toczące się spory sądowe dotyczące umów o usługi finansowe, konieczność zapewnienia realnej i skutecznej ochrony konsumentom usług finansowych stała się nie tylko aktualnym, ale także niezwykle ważnym problemem.

Pomimo licznych regulacji prawnych, które ulegały w ostatnim czasie dynamicznym zmianom polegającym na rozszerzaniu (zarówno w wymiarze podmiotowym, jak i przedmiotowym) zakresu ochrony i udoskonalania jej mechanizmów, realne jej zapewnienie klientom (zawłaszcza konsumentom) na rynku usług finansowych w Polsce jest wciąż sporym wyzwaniem dla organów państwa — zarówno w wymiarze regulacyjnym (nie tylko w sferze prawa materialnego, ale także procesowego i ustrojowego), jak i faktycznym (w sferze faktycznych i skutecznych działań).

Wynika to z nieustannego i dynamicznego rozwoju rynku usług finansowych, niewydolności i niewystarczającego charakteru dotychczasowych regulacji prawnych (por. Rutkowska-Tomaszewska, 2016), ale także ze specyfiki tych usług. Z jednej strony regulacja prawna ochrony konsumenta usług finansowych (skomplikowana, rozproszona — por. Rutkowska-Tomaszewska, 2015, s. 249–250 — i niejednorodna w swym charakterze prawnym, a przez to niełatwa) zyskiwała coraz bardziej na ważności, o czym świadczą najnowsze akty prawa unijnego<sup>1</sup> oraz implementujące je do porządku krajowego<sup>2</sup> akty prawne (tzw. regulacje sektorowe<sup>3</sup> i tzw. ustawy konsumenckie<sup>4</sup>, które ulegały znacznemu rozbudowywaniu i rozszerzaniu). Z drugiej strony — rzeczywisty i aktualny stan ochrony konsumenta na rynku finansowym mierzony skalą ujawnionych nieprawidłowości i nadużyć nie wygląda zadowalająco. Nasuwa się tym samym pytanie, co dalej należałoby uczynić, by to zmienić.

Dynamiczny rozwój rynku finansowego wiąże się z koniecznością ciągłego modyfikowania regulującego go prawa zarówno prywatnego, jak i publicznego, a specyfika usług finansowych powoduje, że regulacje prawne ich dotyczące nie

ograniczają się jedynie do cywilnoprawnych mechanizmów prawa umów, gdyż są nieadekwatne do oceny tych usług i zachowań instytucji finansowych w relacjach z konsumentem. Prawo umów o świadczenie usług finansowych, zwłaszcza tych konsumenckich, odbiega bowiem znacznie od tradycyjnych i utrwalonych cywilnoprawnych reguł kształtowania stosunków umownych (od „klasycznego” prawa umów Rutkowska-Tomaszewska, 2013, s. 30, zob. także Tereszkievicz, 2015, s. 33).

Przepisy dotyczące ochrony konsumenta usług finansowych mają w istocie charakter publicznoprawny, choć regulują relacje umowne instytucji finansowych, ograniczają także cywilnoprawne mechanizmy kształtowania treści stosunków umownych. Występuje tu zatem zjawisko publicyzacji prawa prywatnego, obecnie już dyskutowane nauce (zob. m.in. Helios, 2013, s. 12 i n.; Zieliński, 2006, s. 99 i n.), które niewątpliwie może rodzić wiele sporów na etapie stosowania i interpretacji prawa, przyczyniając się także do niezrozumienia ich istoty i specyfiki, a przez to także ograniczania skuteczności przewidywanych przez te regulacje prawne mechanizmów ochrony konsumenta usług finansowych.

Aktualne orzecznictwo sądów powszechnych na tle konsumenckich sporów dotyczących stosunków z umów o usługi finansowe (zwłaszcza w zakresie tzw. umów frankowych, umów ubezpieczenia z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym, na tle tzw. proporcjonalnego obniżenia całkowitego kosztu kredytu konsumenckiego, w związku z jego przedterminową spłatą) nie zawsze może bowiem świadczyć o zrozumieniu tej istoty, a z pewnością trudno mówić o ukształtowanej linii orzeczniczej w tym zakresie i egzekwowaniu (w pewnym wymiarze) prawa ochrony konsumenta usług finansowych. Z tych także względów pojawiły się nawet głosy dotyczące konieczności powołania specjalnych sądów do rozstrzygania sporów na rynku finansowym<sup>5</sup>.

Oznacza to, że ochrona klienta, w tym także konsumenta usług finansowych, wymaga regulacji szczególnej, stanowiącej odstępstwo nie tylko od dotychczasowych regulacji prywatnoprawnych, ale nawet od ogólnych reguł ochrony konsumentów na rynku, aby zapewnić jej adekwatność i odpowiedniość do potrzeb konsumenta<sup>6</sup>. Potrzebę szczególnej ochrony klienta, nie tylko nawet konsumenta, usług finansowych coraz częściej zauważa także doktryna prawa prywatnego (szerzej zob. Tereszkievicz, 2015).

Szczególny charakter ochrony konsumenta usług finansowych i tym samym konieczność odrębnej regulacji prawnej usług finansowych wynikającej z ich specyfiki oraz zagrożeń i ryzyka, jakie one za sobą niosą, podkreślony także został przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniającą dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającą dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L 304, s. 64, ze zm.), a znajduje to swój wyraz w regulacjach sektorowych i konsumenckich dotyczących poszczególnych typów usług finansowych.

Wydaje się, że szczególne (specjalistyczne) podejście do ochrony konsumenta usług finansowych powinno także znaleźć odzwierciedlenie w budowie struktury instytucjonalnej ochrony konsumenta na rynku usług finansowych (tzw. sieci ochrony konsumenta usług finansowych) funkcjonującej w ramach sieci bezpieczeństwa finansowego, a wspólnie tworzących sieć bezpieczeństwa i ochrony rynku finansowego (podejście systemowe).

### **Potrzeba systemowego i specjalistycznego spojrzenia na rynek usług finansowych i ochronę konsumenta na tym rynku**

Ochrona konsumenta na rynku usług finansowych i tym samym przeciwdziałanie wszelkim nadużyciom wobec nich wymaga specjalistycznego, systemowego podejścia i holistycznego spojrzenia z szerszej perspektywy, także gdy idzie o jej wymiar instytucjonalny.

Kryzys finansowy i jego skutki dowiodły, że na rynku finansowym konieczna jest efektywna ochrona konsumenta (Frączek, Mitreğa-Niestrój, 2015, s. 5–15), co także miało wpływ na zmianę paradygmatu regulacyjno-nadzorczego na rynku finansowym i rewizję podejścia do tej ochrony (szerzej por. Monkiewicz, Monkiewicz, 2019, s. 33–51 i powoływana tam literatura; Jurkowska-Zeidler, 2016, s. 193; Pachuca-Smulska, 2018, s. 107–126). Wyraża się ona w konieczności umieszczenia jej także w kontekście stabilności finansowej (szerzej na temat stabilności finansowej i sposobów jej definiowania i perspektyw patrzenia na nią zob. m.in.: Fedorowicz, 2017a; Alińska, Wasiak, 2014; Nieborak, 2017; Fedorowicz, 2017c; Frączak, 2015, s. 67–90; zob. także na ten temat Jurkowska-Zeidler, 2017a, s. 187), i bezpieczeństwa rynku finansowego (rynku usług finansowych) (por. Monkiewicz, Rutkowska-Tomaszewska, 2019, s. 22). Tworzenie na poziomie unijnym, a w konsekwencji — na skutek konieczności implementacji aktów — także krajowym, regulacji prawnych wprowadzających jednolite standardy ochrony konsumenta (klienta) usług finansowych musi być także dopełnione (od strony instytucjonalnej i regulacyjnej) budową na poziomie krajowym (i w niezbędnym zakresie unijnym) sieci bezpieczeństwa (ochrony) konsumenta usług finansowych funkcjonującej w ramach europejskiej sieci bezpieczeństwa rynku finansowe-

go. Prawnej ochronie konsumenta usług finansowych w Unii Europejskiej nadano tym samym charakter strategiczny, warunkujący rozwój transgranicznego świadczenia usług finansowych<sup>7</sup>, a zmiana paradygmatu regulacyjnego i nadzorczego po kryzysie finansowym oznacza konieczność wzmocnienia systemu ochrony klienta na rynku usług finansowych także w wymiarze instytucjonalnym.

Sprawia to z jednej strony, że ochrona klienta instytucji finansowych (w szczególności konsumenta) staje się wyspecjalizowanym obszarem regulacji w ramach prawa rynku finansowego, ale także istotnym elementem nadzoru nad rynkiem finansowym rozumianym nie tylko w dotychczasowym kształcie jako nadzór nad samymi instytucjami finansowymi świadczącymi usługi na rynku finansowym, ale także jako nadzór nad ich praktykami rynkowymi wobec klientów. Z drugiej zaś — tak rozumiany nadzór w skali mikro (in. indywidualny czy bieżący) nad instytucjami finansowymi i ich praktykami rynkowymi — ma dopełnić w swym całokształcie nadzór makroostrożnościowy (na temat kompetencji organów nadzorczych w obszarze ochrony konsumenta usług finansowych zob. m.in. Rutkowska-Tomaszewska 2014a, s. 829–839; Rutkowska-Tomaszewska, 2011, s. 97–112; Fedorowicz, 2017c), w ramach którego także ochrona klienta usług finansowych musi znaleźć swoje właściwe miejsce (nie marginalizowane), z uwagi na nadużycia instytucji finansowych wobec klientów i ich wpływ na ryzyko systemowe przez: zwiększenie prewencyjnego oddziaływania na przedsiębiorców w celu ograniczenia praktyk naruszających interesy konsumentów (m.in. poprzez nagłaśnianie kar, podkreślanie ich nieuchronności czy zacieśnianie współpracy między poszczególnymi instytucjami w zakresie przekazywania informacji o praktykach podlegających sankcjom); intensyfikację i nagłaśnianie kontroli oraz wyników monitoringu rynku wskazujących na występowanie nieprawidłowości; usprawnianie narzędzi wspierających konsumentów w dochodzeniu ich praw.

Takie założenie wymaga nowego podejścia do ochrony instytucjonalnej rynku finansowego i konsumenta jako jego uczestnika, a w konsekwencji wymusza konieczność zmian w (najbliższej) przyszłości w tym obszarze poprzez zwiększenie zakresu podmiotowego, przedmiotowego ochrony, ale także rozszerzenie kompetencji już istniejących odpowiednich organów i instytucji publicznych i zwiększenie form ich aktywności, jak również stworzenie nowych ciał w celu eliminowania nadużyć instytucji finansowych wobec konsumentów.

Ujmowanie problemu ochrony klienta, w szczególności konsumenta usług finansowych, także w kontekście stabilności i bezpieczeństwa rynku finansowego, w tym z perspektywy stabilności i bezpieczeństwa klienta jako jego uczestnika, wydaje się już zatem przesądzone, konieczne i nieuniknione. Niewłaściwe praktyki rynkowe i ich skutki nie mogą być tłumaczone przez pryzmat konieczności zachowania stabilności, a jednocześnie zachowania klienta, często wywoływane nieprawidłowo konstruowanymi, zbyt ryzykownymi produktami finansowymi (które mogą być uznane nawet za niebezpieczne — Pachuca-Smulska, 2018, s. 111) i nadużyciami instytucji finansowych wobec nich i ich skala mogą wpływać na zachwianie stabilności finansowej na rynku.

Powoduje to konieczność zwiększania aktywności organów nadzoru tak na poziomie regulacyjnym (poprzez rozszerzenie zakresu podmiotowego i przedmiotowego nadzoru o kwestie praktyk rynkowych i produktów finansowych<sup>8</sup>), jak i faktycznym (zob. m.in. Rutkowska-Tomaszewska, Paleczna, 2018, s. 47, 50; Rutkowska-Tomaszewska, 2014b; B. Pachuca-Smulka, 2018, s. 107–126), o czym świadczyć mogą ostatnie zmiany<sup>9</sup> ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym<sup>10</sup>. Poza tym, zauważalna jest także tendencja do rozszerzania składu osobowego organu nadzoru nad rynkiem finansowym i nastąpiło już faktyczne włączenie niektórych organów ochrony konsumenta usług finansowych (w przypadku Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów<sup>11</sup>) do składu Komisji Nadzoru Finansowego, choć wydaje się to także uzasadnione w odniesieniu do Rzecznika Finansowego. Poza tym zgłaszane są także postulaty włączenia Rzecznika Finansowego<sup>12</sup> w prace organów nadzoru makroostrożnościowego (Komitetu Stabilności Finansowej), co wydaje się nieuniknione.

Stało się to także zauważalne w kontekście działań unijnych organów nadzoru nad rynkiem finansowym i możliwych działań ochronnych w odniesieniu do ochrony konsumenta na tym rynku<sup>13</sup>.

Z tych powodów ochrona klienta na rynku finansowym zyskuje wymiar makroostrożnościowy z uwagi na dostrzeżone w rzeczywistości pokryzysowej — zarówno na poziomie unijnym, jak i krajowym — zależności pomiędzy aktywnościami instytucji finansowych i ich klientów oraz ich potencjalnym wpływem na generowanie ryzyka systemowego. Regulacje prawne o charakterze prywatnoprawnym dotyczące relacji umownych na rynku finansowym między instytucjami i ich klientami muszą być „wspierane” i uzupełnione regulacjami publicznoprawnymi, w celu zapewnienia bezpieczeństwa przejrzystości, rzetelności i uczciwości na rynku konsumentskich produktów i usług finansowych.

Rynek finansowy i rynek usług finansowych to ten sam rynek widziany jedynie z innej perspektywy. Nie można oddzielać stabilności i bezpieczeństwa rynku finansowego — rozumianych dotychczas jako stabilność i bezpieczeństwo instytucji finansowych — od stabilności i bezpieczeństwa konsumenta na tym rynku, będącego klientem i odbiorcą usług finansowych tychże instytucji. Innymi słowy, mówiąc o bezpieczeństwie i stabilności rynku finansowego, nie można oddzielać ich od stabilności i bezpieczeństwa konsumenta usług finansowych, gdyż jest on jego „elementem” (częścią składową) jako uczestnik tego rynku i odbiorca usług finansowych.

Wyzwaniem staje się poszukiwanie rozwiązań stanowiących kompromis między interesem konsumentów a dobrem publicznym, jakim jest zapewnienie stabilności i bezpieczeństwa rynku finansowego i instytucji na nim funkcjonujących (takie wyzwania wskazali uczestnicy seminariów *Prawo rynku finansowego*. por. Jurkowska-Zeidler, Olszak, 2016, s. 208; Jurkowska-Zeidler, 2017a, s. 187–201) oraz przywrócenie zachwianego zaufania do rynku finansowego i instytucji finansowych, które także nim jest (Nieborak, 2017; Rutkowska-Tomaszewska, 2018). Brak ingerencji w te relacje w związku z ewidentnymi nadużyciami instytucji finansowych wobec klientów (w postaci niedozwolonych klauzul umownych, mis-sellingu usług finansowych, nieuczciwych praktyk rynkowych

itp.) nie powinien być tłumaczony ryzykiem zachwiania stabilności rynku finansowego. W związku z koniecznością zachowania stabilności instytucji finansowej i rynku finansowego ingerencja państwa w stosunki cywilnoprawne między instytucjami finansowymi a ich klientami — tak na poziomie regulacyjnym, jak i wykonawczym — wydaje się nie tylko konieczna, ale wręcz niezbędna. Chodzi tu także o pewne interwencje na „przedpolu” nadużyć, by do nich nie dochodziło w ogóle lub by minimalizować niekorzystne dla prawidłowego funkcjonowania rynku finansowego zjawiska, jak również redukować skalę ich występowania. Wprawdzie pamiętać należy, że każda ingerencja ustawodawcy w relacje zachodzące na rynku finansowym, podjęta w ochronie jednej ze stron umów, musi być rozważona także z punktu widzenia interesu publicznego (stabilność rynku finansowego), jednak nie może to oznaczać przyzwolenia na nadużycia instytucji finansowych wobec klientów, gdyż te godzą także w istotne dla prawidłowego jego funkcjonowania dobro, jakim jest zaufanie (na ten temat szerzej Rutkowska-Tomaszewska, 2018).

Konieczne jest zatem wzmocnienie i zsynchronizowanie ochrony konsumenta na rynku usług finansowych w wymiarze instytucjonalnym, zapewniające jej systemowe ujęcie, zacieśnienie i sformalizowanie współpracy poszczególnych instytucji publicznych funkcjonujących w ramach sieci bezpieczeństwa rynku finansowego i klienta (konsumenta) instytucji finansowych.

Chodzi zatem o stworzenie systemu ochrony konsumenta na rynku usług finansowych opartego na zabezpieczeniu praw konsumentów, obejmującego zapewnienie skutecznego egzekwowania przepisów przewidujących mechanizmy ich ochrony, przy jednoczesnym zapewnieniu odpowiedniego poziomu edukacji i świadomości finansowej oraz nieskrępowanego funkcjonowania rynku finansowego. Rynek ten jednak musi być poddany nadzorowi publicznemu (obejmującemu nadzór nad instytucjami finansowymi i nadzór nad ich praktykami rynkowymi), wspomaganemu także przez skuteczny system kontroli wewnętrznej i compliance, obejmujący także swoim zakresem przedmiotowym relacje umowne z klientami i praktyki rynkowe stosowane w tym zakresie, którego prawidłowe funkcjonowanie objęte będzie także nadzorem. Na rynku finansowym i w regulacjach prawnych dotyczących jego funkcjonowania (prawie rynku finansowego) — zarówno na etapie ich tworzenia, jak i stosowania, nie może pomijać wartości moralnych, w tym człowieka jako wartość samą w sobie (por. Nieborak, 2016), będącego w relacjach z instytucją finansową konsumentem — jego centrum i najsłabszym uczestnikiem, niewyposażonym w wyczerpujący zasób informacji o istocie, naturze i ryzyku związanym z usługą i produktem finansowym, by w pełni podejmować racjonalne decyzje. Tym samym należałoby zwrócić uwagę na problem nieracjonalnych wyborów konsumentów (szerzej zob. Wasilik, 2014, s. 66–74; A. Lewicka-Strzałecka, 2018; Zaleśkiewicz, 2013, s. 359; Wilkin, 2015; Gemzik-Selwach, 2017), uwzględniając w tym zakresie dorobek ekonomii behawioralnej (zob. szerzej Nieborak, 2016, s. 225) oraz nurtu *business and human rights* (szerzej Nieborak, 2019, s. 72–85), gdyż w wyniku akceptacji przesłania, że „chciwość jest dobra”, stworzyło się nie tylko korzystne podłoże do toksycznej finansyzacji życia,

ale i toksycznych teorii w ekonomii (szerzej Mączyńska, Pysz, 2016; Wilkin, 2015, s. 21; Wolska, 2018 i powoływana tam literatura).

Zgodnie z aktualnymi, pokryzysowymi trendami w zakresie ochrony konsumenta na rynku finansowym konieczne jest zwiększanie aktywności organów nadzoru tak na poziomie regulacyjnym (przy rozszerzeniu zakresu podmiotowego o nowe kategorie podmiotów rynku finansowego i przedmiotowy nadzór — obejmujące nie tylko gospodarkę finansową i inne sfery funkcjonowania nadzorowanych instytucji finansowych), jak i faktycznym i tym samym stworzenie spójnego od strony instytucjonalnej systemu ochrony konsumenta usług finansowych, obejmującego nadzór nad instytucjami finansowymi i ich praktykami rynkowymi. Chodzi o zapewnienie ścisłej współpracy między organami sprawującymi ten nadzór rozumiany szeroko jako możliwość podjęcia prawem przewidzianych interwencji za pomocą wskazanych środków (instrumentów), w określonej sytuacji, czyli — nadzór nad instytucjami finansowymi zwany nadzorem nad rynkiem finansowym (realizowany przez KNF), nadzór nad praktykami rynkowymi (realizowany przez Prezesa UOKiK i w pewnym sensie Rzecznika Finansowego) w wymiarze indywidualnym (realizowany przede wszystkim przez sądy powszechne i inne alternatywne ciała rozpatrywania sporów na rynku finansowym, także przez Rzecznika Finansowego i rzeczników konsumentów) i zbiorowym (przez Prezesa UOKiK), nadzór makroostrożnościowy (realizowany przez Komitet Stabilności Finansowej — szerzej na temat KSF jako organu nadzoru makroostrożnościowego i zarządzania kryzysowego w systemie finansowym w Polsce Fedorowicz, 2019, s. 204–214).

Niemale znaczenie w tym zakresie ma wymiar sprawiedliwości, bo — jak się wydaje — to właśnie w sądach rozpatrujących spory indywidualnego konsumenta z instytucją finansową „realizuje się” sprawiedliwość, stosowanie i egzekwowanie prawa konsumenckiego, także w odniesieniu do przepisów przewidujących mechanizmy ochrony konsumenta usług finansowych. Jeśli tak nie będzie, to trudno mówić o stosowaniu i egzekwowaniu prawa ochrony konsumenta usług finansowych. W Polsce jest ogromna potrzeba takich właśnie sędziów, przedstawicieli zawodów prawniczych (radców prawnych, adwokatów) oraz instytucji wspomagających (organizacji konsumenckich, rzeczników konsumentów) — znających, rozumiejących cel i istotę ochrony konsumenta i przepisów wprowadzających jej mechanizmy, właściwie stosujących i egzekwujących prawo konsumenckie.

Poprawa sytuacji konsumenta na rynku usług finansowych wymaga dużego zaangażowania organów administracji publicznej, właściwych w tych kwestiach i kompetentnych w tych sprawach, do podjęcia odpowiednich działań i zastosowania środków prawnych w celu eliminowania niewłaściwych praktyk rynkowych instytucji finansowych.

Poza tym musi także dokonać się swego rodzaju „zmiana myślenia”, żeby nie powiedzieć „zmiana pokoleniowa” w szeroko rozumianym wymiarze sprawiedliwości, zwłaszcza w sądach powszechnych, w odniesieniu do sposobu widzenia relacji umownych konsumenta z instytucją finansową. W zakresie konsumenckich umów o usługi finansowe zasada swobody umów nie może być rozumiana w tradycyjny, czysto cywili-

styczny i dotychczasowy sposób, gdyż doznaje ona niemałych ograniczeń wynikających z regulacji prawnych przewidujących mechanizmy ochrony konsumenta usług finansowych.

W tym kontekście, przy przyjęciu koncepcji szczególnego i specjalnego podejścia do ochrony konsumenta usług finansowych, pomysł powołania „specjalnych sądów”, poza obecną strukturą sądownictwa czy w jej ramach, jako specjalnych wydziałów cywilnych do rozstrzygania tych spraw, nie wydaje się pozbawione sensu, a raczej skutkiem przyjętego założenia i wyrazem konsekwentnej jego realizacji.

Struktura instytucjonalnej ochrony konsumenta na rynku usług finansowych wymaga bowiem systemowego i kompleksowego ujęcia, co zapewnia także konieczne spojrzenie na ten rynek nie w sposób „odcinkowy” i fragmentaryczny, ale z szerszej perspektywy. Takie podejście pozwoli na właściwą ocenę i diagnozę aktualnej sytuacji na rynku finansowym i zachodzących na nim zjawisk, podejmowanie adekwatnych, nie-spóźnionych i skutecznych działań, nie wspominając o zapewnieniu instytucjonalnej współpracy między poszczególnymi elementami sieci bezpieczeństwa i ochrony konsumenta na rynku finansowym.

### **Potrzeba zinstytucjonalizowanej i sformalizowanej współpracy organów ochrony konsumenta na rynku usług finansowych**

Zapewnienie skutecznej ochrony konsumentom usług finansowych i przeciwdziałanie nadużyciom wobec nich i naruszaniu przepisów ochronnych (przepisów konsumenckiego prawa rynku finansowego lub prawa ochrony konsumenta usług finansowych) wymaga współdziałania, a nie konkutowania organów ochrony konsumenta na rynku finansowym. Powinny one tworzyć sieć — nie tylko bezpieczeństwa rynku finansowego (instytucji finansowych), ale szerzej: bezpieczeństwa i ochrony konsumenta na tym rynku. Poza tym poprawie sytuacji konsumentów na rynku usług finansowych sprzyjałaby instytucjonalizacja współpracy podmiotów publicznych zajmujących się szeroko pojętą ochroną konsumentów, co oznacza także konieczność włączenia organów wymiaru sprawiedliwości, a nawet innych ciał alternatywnego rozstrzygania sporów.

Wydaje się konieczne stworzenie nowego organu kolegiального — „ciała konsumenckiego” o nazwie Komitet Ochrony Konsumenta Usług Finansowych (KOKUF) lub Komitet Stabilności Konsumenta Usług Finansowych (KSKUF)<sup>14</sup>, na wzór Komitetu Stabilności Finansowej (funkcjonującego w kształcie nadanym przez ustawę z 5.08.2015 r. o nadzorze makroostrożnościowym, Dz.U. z 2019 r. poz. 483 ze zm.), jako instytucjonalnej platformy (formy) współpracy organów zajmujących się ochroną konsumenta na rynku usług finansowych (wyłącznie lub także). Byłoby to forum wymiany myśli, problemów, zapewniające także kształtowanie i realizację spójnej polityki konsumenckiej w Polsce. Powołanie takiego ciała byłoby kolejną formą realizacji przyjętego założenia o konieczności szczególnego podejścia do problematyki

ochrony konsumenta na rynku usług finansowych. Należałoby także zastanowić się nad koniecznością stworzenia jeszcze innego ciała kolegialnego jako formy współpracy Komitetu Stabilności Finansowej z Komitetem Ochrony Konsumenta Usług Finansowych, w skład którego oprócz członków KSF (a więc KNF, MF, BFG i NBP) wchodziłyby organy i instytucje publiczne zajmujące się ochroną konsumenta na rynku usług finansowych, czyli Rzecznik Finansowy (lub przedstawiciel Biura Rzecznika Finansowego), Prezes UOKiK, Prezes (lub przedstawiciel) Stowarzyszenia Rzeczników Konsumentów, szefowie innych instytucji gwarancyjnych na rynku finansowym (tj. Ubezpieczeniowego Funduszu Gwarancyjnego, Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych), prezesi istniejących sądów polubownych właściwych w sprawach sporów instytucji finansowych z konsumentami, Prezes Sądu Najwyższego, Minister Sprawiedliwości, a nawet, z uwagi na zauważalną skalę nadużyć na rynku finansowym o charakterze kryminalnym — Szefowie Policji i Prokuratury Krajowej, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Centralnego Biura Śledczego. Byłby to swoisty sztab ochrony rynku finansowego i konsumenta na tym rynku, forum wymiany informacji i wypracowywania rekomendacji, stanowisk odpowiednich działań w razie dostrzeżenia zagrożeń dla interesów konsumentów — a nade wszystko „mówienia jednym głosem”, wyrażania transparentnego przekazu dla podmiotów rynku finansowego, w tym pożądanym kierunków kształtowania ich praktyk rynkowych. Z pewnością pozwoliłoby to na przyspieszenie i lepszą koordynację działań takich instytucji oraz wymianę niezbędnych informacji, w tym także stanowiących tajemnice prawnie chronione, na podstawie odrębnych przepisów.

Chodzi mianowicie o to, by działania różnych organów i instytucji publicznych zajmujących się w takim czy innym wymiarze ochroną konsumenta na rynku finansowym, ale także ochroną rynku finansowego, jego stabilnego, bezpiecznego i prawidłowego funkcjonowania, były uregulowane i sformalizowane, a jednocześnie zsynchronizowane, uporządkowane, niefragmentaryczne (wyrwykowe) i przemyślane, nade wszystko — skuteczne, nieuchronne i niespóźnione. Adekwatne i niespóźnione działania ze strony organów państwa są w stanie przyczynić się do eliminacji nieprawidłowości powstałych na rynku finansowym oraz mogą pomóc w wypracowaniu rozwiązań sprzyjających ochronie interesu prawnego i majątkowego konsumenta w różnych wymiarach (indywidualnym, grupowym, zbiorowym, prywatnoprawnym i publicznoprawnym, materialnoprawnym i procesowym)

Przeciwdziałanie wszelkim przejawom nadużyć instytucji świadczących usługi finansowe wobec konsumentów wymaga egzekwowania prawa ochrony konsumenta usług finansowych oraz sprawowania efektywnego, kompleksowego, systemowego i holistycznego nadzoru nad instytucjami świadczącymi usługi finansowe (instytucjami finansowymi) oraz nad ich praktykami rynkowymi wobec konsumentów przez różne podmioty publiczne (Komisja Nadzoru Finansowego, Prezes UOKiK, Rzecznik Finansowy, ale także wymiar sprawiedliwości w indywidualnym wymiarze rozstrzygający spory na tle umów o usługi finansowe).

Niezwykle ważne w tym obszarze jest także prowadzenie przez same instytucje finansowe polityki zgodności z tym pra-

wem w ramach komórek compliance, które powinny funkcjonować w każdej instytucji w ramach systemu zarządzania ryzykiem braku zgodności, budowanie w ten sposób ładu korporacyjnego w każdej z nich, a przez to także ładu konsumenckiego na całym rynku finansowym. Organy publiczne powinny jednak zachęcać w ramach dialogu i działań miękkich do budowania takiego ładu, niezależnie i z zachowaniem zawsze możliwości przymusowego jego egzekwowania za pomocą przyznaných środków o charakterze publicznoprawnym.

Niewątpliwie realizacja idei społecznie odpowiedzialnej instytucji finansowej wymaga współdziałania podmiotu rynku finansowego z konsumentem, z organami ochrony konsumenta na rynku finansowym oraz współdziałania, a nie konkutowania samych tych organów (instytucji) tworzących sieć ochrony konsumenta na rynku finansowym.

Trzeba włożyć w to wiele wysiłku różnych podmiotów i instytucji państwa, a nade wszystko konieczna jest ścisła współpraca organów, które powinny tworzyć spójną infrastrukturę ochrony konsumenta, będącą elementem systemu, bo tylko w taki sposób można zbudować pewien współistniejący ze sobą ład konsumencki i korporacyjny na rynku finansowym. Rywalizacja i konkurencja zamiast współpracy i pomocy powodują, że „gdzie dwóch się bije tam trzeci korzysta” — a tym trzecim są podmioty rynku finansowego, nie zawsze przestrzegające przepisów dotyczących ochrony konsumenta usług finansowych czy norm moralnych i etycznych (kodeksów dobrych praktyk), nawet tych, do których stosowania się dobrowolnie zobowiązały.

## Podsumowanie i wnioski

Przywracanie właściwego ładu na rynku finansowym, będącego warunkiem jego prawidłowego funkcjonowania i rozwoju w odniesieniu do relacji instytucji finansowej z klientem, zwłaszcza konsumentem, jest i powinno być dużym wyzwaniem, jednocześnie ogromną potrzebą i troską nie tylko szeroko rozumianej administracji publicznej, ale także równie szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości oraz samych instytucji finansowych (podmiotów rynku finansowego).

Bez wątpienia na problem bezpieczeństwa rynku finansowego, zwłaszcza po kryzysie i w świetle ujawnionych niekorzystnych dla konsumentów zjawisk stanowiących różnego typu nadużycia i nieprawidłowości, nie można patrzeć jedynie z dotychczasowej perspektywy jako bezpieczeństwa i stabilnego funkcjonowania instytucji finansowych. Nie można bowiem zapominać o konsumencie i jego bezpieczeństwie na rynku finansowym jako istotnym jego uczestniku. Nadużycia i nieprawidłowości, które wystąpiły na masową skalę, będące przejawem niewłaściwych praktyk rynkowych w relacjach z konsumentami, bez wątpienia powodują poważne zachwianie poczucia bezpieczeństwa konsumenta na rynku finansowym i to w wymiarze indywidualnym, grupowym, zbiorowym, a nawet — powszechnym. Jednocześnie może się przejawem pewnych luk i niedociągnięć w skutecznej jego ochronie. Stąd też na sieć bezpieczeństwa rynku finansowego, podobnie zresztą jak na cały rynek finansowy, należałoby spojrzeć

w sposób systemowy i kompleksowy, a ona sama musi ulec zmianie. Po pierwsze składać powinna się z instytucji tworzących dotychczasową infrastrukturę sieci bezpieczeństwa finansowego zapewniającą bezpieczeństwo instytucji finansowych. Po drugie — konieczne jest włączanie w nią instytucji zajmujących się ochroną konsumenta stanowiących sieć bezpieczeństwa konsumenta na rynku finansowym. Po trzecie wreszcie — konieczna jest także zinstytucjonalizowana i sformalizowana współpraca między nimi.

Uwzględniając potrzebę, a nawet konieczność systemowego i kompleksowego spojrzenia na rynek finansowy oraz zapewnienia sformalizowanej i zinstytucjonalizowanej współpracy podmiotów publicznych zajmujących się ochroną rynku finansowego, a także (lub tylko) ochroną konsumenta usług finansowych, obecna struktura instytucjonalna ochrony konsumenta na rynku finansowym i sieci bezpieczeństwa finansowego będąca w istocie siecią stabilności finansowej instytucji finansowych, musi ulec zmianie w kierunku budowy sieci ochrony rynku finansowego i konsumenta usług finansowych.

Dodatkowo, wychodząc naprzeciw konieczności współpracy podmiotów publicznych z instytucjami zrzeszającymi instytucje finansowe i reprezentującymi ich interesy w relacjach z państwem, w imię zapewnienia dialogu, kształtowania ładu korporacyjnego i dyscypliny rynkowej na rynku finansowym, można byłoby także zapewnić ich uczestnictwo w tym ciele kolegialnym.

Struktura ta powinna zatem przybrać kształt piramidy, w ramach której wyodrębnione będą trzy poziomy (trójpoziomowa struktura instytucjonalnej ochrony rynku finansowego i konsumenta usług finansowych lub trójpoziomowa sieć bezpieczeństwa rynku finansowego). Niezależnie od funkcjonowania różnych podmiotów o podobnym lub różniącym się zakresie zadań i kompetencji, prawnych form i możliwości podejmowania działań w zakresie ochrony konsumenta na rynku usług finansowych i zapewnienia bezpiecznego i stabilnego funkcjonowania rynku finansowego, na najniższym poziomie (na dole tej piramidy), należałoby zapewnić drugi (w środku) stanowiący perspektywę makro i zapewniający sformalizowaną formę współpracy podmiotów tworzących poziom pierwszy. Poza tym — trzeci poziom tej piramidy (na jej szczycie) zapewniałby współpracę podmiotów poziomu drugiego i stanowiłby spojrzenie na rynek finansowy, instytucje finansowe i ich praktyki rynkowe wobec konsumentów z perspektywy „super makro”. Drugi poziom, który wydaje się już

realizowany (ale jedynie częściowo), wyraża się w powołaniu Komitetu Stabilności Finansowej jako organu nadzoru makroostrożnościowego i zarządzania kryzysowego w systemie finansowym w Polsce. Brakuje jednak podobnego „ciała zrzeszającego” istniejące organy i instytucje ochrony konsumenta (jak zaproponowano — Komitetu Ochrony Konsumenta Usług Finansowych czy Komitetu Stabilności Konsumenta Usług Finansowych), zapewniającego współpracę, uporządkowane i systemowe działania w obszarze ochrony konsumenta, na etapie wdrażania regulowanych przez prawo mechanizmów ochrony w zakresie stosowania prawa i jego egzekwowania. Niezależnie od tego, jako trzeci poziom tej struktury, zapewniający formalną i instytucjonalną współpracę między podmiotami drugiego poziomu, miałby funkcjonować Komitet Stabilności i Bezpieczeństwa Rynku Finansowego (KSIBRF), gdzie byłaby przestrzeń na systemowe spojrzenie na rynek finansowy nie tylko z perspektywy funkcjonowania instytucji finansowych (ich gospodarek finansowych i wymogów kapitałowych), zwłaszcza tych o strategicznym (systemowym) znaczeniu, ale także z perspektywy konsumenta i praktyk rynkowych instytucji finansowych stosowanych wobec nich.

Zaproponowana w niniejszym opracowaniu koncepcja budowy nowej systemowej i specjalistycznej infrastruktury ochrony rynku finansowego i konsumenta usług finansowych jest wyrazem całościowego i holistycznego spojrzenia na rynek, z różnych perspektyw i punktów widzenia. Może pozwalać na kształtowanie „strategii ochrony rynku finansowego”, a potem jej realizację w sposób przemyślany, uporządkowany i całościowy, nie zaś odcinkowy i fragmentaryczny, zapewniając współpracę, a nie „rywalizację”. Zakłada także szerokie podejście do nadzoru nad rynkiem finansowym w płaszczyznach mikro i makro zarówno nad instytucjami finansowymi, jak i ich praktykami rynkowymi wobec konsumentów. Nade wszystko wydaje się ona konieczna wobec ujawnionych w rzeczywistości pokryzysowej nieprawidłowości na rynku finansowym oraz luk w stosowaniu, interpretowaniu i egzekwowaniu prawa ochrony konsumenta usług finansowych. Wypada mieć nadzieję, że pozwoli ona także na kształtowanie dyscypliny i kultury rynkowej w relacjach z klientami w atmosferze dialogu i współpracy wszystkich uczestników rynku finansowego, przy znaczącym udziale instytucji ochrony konsumenta usług finansowych, mówiących jednym głosem wobec podmiotów rynku finansowego (instytucji finansowych).

<sup>1</sup> Dla przykładu można tu wskazać akty prawa unijnego: dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/17/UE z 4.02.2014 r. w sprawie konsumenckich umów o kredyty związanych z nieruchomością mieszkalnymi i zmieniająca dyrektywę 2008/48/WE i 2013/36/UE oraz rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 (Dz.Urz. UE L 60, s. 34, ze zm.); dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/97 z 20.01.2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń (Dz.Urz. UE L 26, s. 19, ze zm.); dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE z 15.05.2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniającą dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE (Dz.Urz. UE L 173, s. 349, ze zm.); dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z 25.11.2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego (Dz.Urz. UE L 337, s. 35).

<sup>2</sup> Odpowiednio chodzi o: ustawę z 23.03.2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami (Dz.U. poz. 819 ze zm.); ustawę z 15.12.2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń (Dz.U. z 2019 r. poz. 1881 ze zm.); ustawę z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. z 2018 r. poz. 2286 ze zm.); ustawę z 19.08.2011 r. o usługach płatniczych (Dz.U. z 2019 r. poz. 659 ze zm.).

<sup>3</sup> Są to ustawy regulujące zasady prowadzenia działalności przez poszczególne rodzaje instytucji finansowych oraz określające dozwolony i przypisany im katalog usług finansowych. Są to m.in.: ustawa z 29.08.1997 r. — Prawo bankowe (Dz.U. z 2018 r. poz. 2187 ze zm.); ustawa o obrocie instrumentami finansowymi, ustawa o usługach płatniczych; ustawa z 11.09.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz.U. z 2019 r. poz. 381 ze zm.).

<sup>4</sup> Są to ustawy regulujące także lub tylko ochronę konsumenta usług finansowych, m.in.:

ustawa z 12.05.2011 r. o kredycie konsumenckim (Dz.U. z 2019 r. poz. 1083 ze zm.), ustawa o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami, ustawa z 23.10.2014 r. o odwróconym kredycie hipotecznym (Dz.U. z 2016 r. poz. 786), ustawa z 30.05.2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. z 2019 r. poz. 134 ze zm.) w odniesieniu do umów o usługi finansowe świadczone na odległość.

<sup>5</sup> Zostały one wyartykułowane w odniesieniu do rynku kapitałowego przez uczestników Sesji I pt. Profesjonalizacja przez specjalizację — czy polskiemu rynkowi kapitałowemu potrzebny jest wyspecjalizowany sąd? Jeśli tak, to jaki?, czy sporów na tle tzw. kredytów frankowych (referat Wanesy Choptiany) podczas III Kongresu Regulacji Rynków Finansowych — FINREG 2019, który odbył się w Warszawie w dniach 17–18.10.2019 r.

<sup>6</sup> Nabiera to szczególnego znaczenia w kontekście wprowadzenia od 17.04.2016 r., w wyniku nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 5.08.2015 r. (Dz.U. poz. 184), nowej zakazanej praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów polegającej na świadczeniu przez instytucje finansowe usług nieodpowiednich i nieadekwatnych do potrzeb konsumentów, zwanej missellingiem usług finansowych.

<sup>7</sup> O czym także świadczy najnowszy program: Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Banku Centralnego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, Plan działania w sprawie detalicznych usług finansowych: szersza oferta i lepsze produkty z 23.03.2017 r., Załącznik 1, COM (2017) 0139 final. Szerzej: Cyman, 2017, s. 350–368.

<sup>8</sup> W odniesieniu do detalicznych produktów zbiorowego inwestowania i ubezpieczeniowych produktów inwestycyjnych oraz sekurytyzacji.

<sup>9</sup> Chodzi tu o ustawę z 29.09.2017 r. o zmianie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym oraz ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz.U. z 2017, poz. 2102), ustawę z 9.11.2018 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem nadzoru nad rynkiem finansowym oraz ochrony inwestorów na tym rynku (Dz.U. z 2018 r. poz. 2243; ze zm.); ustawę z 15.03.2019 r. o zmianie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 875.).

<sup>10</sup> Ustawa z 21.07.2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (tj.: Dz.U. z 2019, poz. 298 ze zm.).

<sup>11</sup> Od 15.12.2018 r. Prezes UOKiK jest członkiem Komisji Nadzoru Finansowego, na podstawie ustawy z 9.11.2018 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem nadzoru nad rynkiem finansowym oraz ochrony inwestorów na tym rynku (Dz.U. z 2018 r. poz. 2243; ze zm.). Szerzej na ten temat konieczności rozszerzenia składu osobowego KNF i powołania nowego organu nadzoru — „nowej” KNF zob. Torończak, 2019, s. 535.

<sup>12</sup> Słusznie podnosi się w literaturze zasadność włączenia w prace Komitetu Stabilności Finansowej (organu nadzoru makroostrożnościowego w Polsce) Rzecznika Finansowego — Jurkowska-Zeidler, 2017c, s. 363 i n.

<sup>13</sup> Szerzej na temat tych działań możliwych i rzeczywiście podejmowanych zob.: Fedorowicz, 2017b, s. 127–145. Jak wskazuje autorka, w rozporządzeniach powołujących unijne organy nadzoru nad rynkiem finansowym unormowano również podstawy prawne działania unijnych organów nadzoru odnoszące się do ochrony konsumenta, z których „zrekonstruować” można normatywne elementy stanowiące podstawę do pośrednich (wyjątkowo bezpośrednich) działań ochronnych i ostrzegawczych, które mogą mieć znaczenie dla konsumenta rynku usług finansowych.

<sup>14</sup> Do rozważenia byłaby kwestia, czy uwzględniając obecną tendencję do rozszerzania zakresu podmiotowego ochrony na rynku usług finansowych, nie rozszerzyć także właściwości tego ciała do klienta, a nie tylko konsumenta.

## Bibliografia

- Alińska, A., Wasiak, K. (2014). Czy stabilność systemu finansowego można uznać za dobro publiczne? *Studia Ekonomiczne*, (198), 13–34.
- Cyman, D. (2017). Ochrona konsumenta na rynku usług finansowych Unii Europejskiej. W: A. Drwillo, A. Jurkowska-Zeidler (red.), *System prawnofinansowy Unii Europejskiej* (350–368). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Doradcy Komitet Naukowy przy Rzeczniku Finansowym. (2019). Raport. Nieprawidłowości na rynku finansowym a ochrona konsumenta. Warszawa: Rzecznik Finansowy, [https://rf.gov.pl/pdf/DKN\\_Raport\\_nieprawidlowosci\\_wrzesien2019.pdf](https://rf.gov.pl/pdf/DKN_Raport_nieprawidlowosci_wrzesien2019.pdf). <https://doi.org/10.25167/osap.1149>.
- Fedorowicz, M. (2017a). O normatywnym pojęciu stabilności finansowej na rynku finansowym Unii Europejskiej w nowej architekturze nadzorczej. *Studia Europejskie*, (4), 73–94.
- Fedorowicz, M., (2017b). Ochrona konsumenta w kontekście działań unijnych organów nadzoru nad rynkiem finansowym W: J. Monkiewicz, E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Ochrona konsumenta na polskim i międzynarodowym rynku finansowym* (127–145). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Fedorowicz, M. (2017c). Postanowienia ustawy z 23.03.2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami oraz rekomendacji S Komisji Nadzoru Finansowego a zapobieganie kryzysom bankowości hipotecznej. *Studia Prawa Publicznego*, 20(4), 9–31.
- Fedorowicz, M. (2019). *Nadzór makroostrożnościowy w Polsce*, Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM. <https://doi.org/10.14746/spp.2017.4.20.1>.
- Frączek, B., Mitrega-Niestrój, K. (2015). Regulacyjno-instytucjonalne ramy ochrony konsumentów na rynku usług finansowych — wybrane doświadczenia międzynarodowe. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie*, (2), 5–15. <https://doi.org/10.15678/znuek.2015.0938.0201>.
- Frączak P. (2015). Umowy bankowe a stabilność finansowa, *Bezpieczny Bank*, (4), 67–94.
- Gemzik-Selwach, A. (2017). Charakterystyka klientów instytucji pożyczkowych oraz determinanty wyboru przez nich oferty. W: A. Gemzik-Selwach (red.), *Klienci instytucji pożyczkowych i ich ochrona* (63–82). Warszawa: CeDeWu.
- Helios, J. (2013). Publicyzacja prawa prywatnego. Prywatyzacja prawa publicznego w kontekście rozważań nad prawem europejskim. *Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji*, (92), 11–36.
- Jurkowska-Zeidler, A. (2016). Konsekwencje zmian w systemie ochrony konsumenta usług finansowych. *Gdańskie Studia Prawnicze*, 36(2), 193–209.
- Jurkowska-Zeidler, A. (2017a). Rola państwa w rozwiązywaniu kolizji interesów na rynku usług finansowych. *Gdańskie Studia Prawnicze*, 37(1), 187–201.
- Jurkowska-Zeidler, A. (2017b). Rzecznik Finansowy: Nowa instytucja ochrony klienta na rynku usług finansowych. *Gdańskie Studia Prawnicze*, 38(2), s. 351–366.
- Jurkowska-Zeidler, A., Olszak, M. (red.). (2016). Prawo rynku finansowego. *Doktryna, instytucje, praktyka*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Lewicka-Strzałecka, A. (2018). *Moralność finansowa Polaków. Raport z badań 2017*, <http://www.kpf.pl/pliki/raporty/moralnosc-finansowa-Polakow-raport-2017.pdf> (27.07.2018). <https://doi.org/10.18778/1899-2226.22.2.03>.
- Mączyńska, E., Pysz, P. (2016). Społeczna gospodarka rynkowa i jej współczesne znaczenie. *Biuletyn PTE*, 73(2), 16–22.
- Monkiewicz, J., Monkiewicz, M. (2019). W poszukiwaniu nowego paradygmatu ochrony konsumentów na rynkach finansowych. W: J. Monkiewicz, E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Ochrona konsumenta na polskim i międzynarodowym rynku finansowym* (33–51). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Monkiewicz, J., Rutkowska-Tomaszewska, E. (2019). Wstęp. W: J. Monkiewicz, E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Ochrona konsumenta na polskim i międzynarodowym rynku finansowym* (21–32). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Nieborak, T. (2016). *Tworzenie i stosowanie prawa rynku finansowego a proces ekonomizacji prawa*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM. <https://doi.org/10.14746/rpeis.2018.80.1.28>.
- Nieborak, T., (2017). Rynek finansowy jako dobro wspólne. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, (3), 161–174.
- Nieborak, T. (2019). Konsument a rynek finansowy w świetle koncepcji Business and Human Rights. W: J. Monkiewicz, E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Ochrona konsumenta na polskim i międzynarodowym rynku finansowym* (72–85). Warszawa: Wolters Kluwer.



- Pachuca-Smulska B. (2018). Nowy „paradygmat” ochrony konsumenta na rynku finansowym w świetle zmian regulacyjnych i instytucjonalnych po kryzysie finansowym 2007–2009. *Studia Prawno-Ekonomiczne*, (4), 107–126. <https://doi.org/10.26485/spe/2018/109/7>.
- Rutkowska-Tomaszewska, E. (2011). Nadzór nad rynkiem finansowym a nieuczciwe praktyki rynkowe banków wobec konsumentów: zakres, potrzeba i możliwości podejmowanych działań. W: E. Fojcik-Mastalska, E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Nadzór nad rynkiem finansowym: aktualne tendencje i problemy dyskusyjne* (97–112). Wrocław: Uniwersytet Wrocławski.
- Rutkowska-Tomaszewska E. (2013). *Ochrona prawna klienta na rynku usług bankowych* (30). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Rutkowska-Tomaszewska, E. (2014a). Ewolucja zadań Komisji Nadzoru Finansowego w zakresie ochrony klienta usług finansowych w świetle ostatnich zmian legislacyjnych. W: Z. Ofiarski (red.), *XXV lat przeobrażeń w prawie finansowym i prawie podatkowym: ocena dokonań i wnioski na przyszłość* (829–839). Szczecin: Uniwersytet Szczeciński.
- Rutkowska-Tomaszewska, E. (2014b). Kryzys na rynku finansowym a problem odpowiedzialnego udzielania kredytów konsumenckich. W: W. Miemiec, K. Sawicka (red.), *Instytucje prawnofinansowe w warunkach kryzysu gospodarczego* (667–679). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Rutkowska-Tomaszewska, E. (2015). Ochrona konsumenta w zakresie umów dotyczących usług finansowych na odległość w ustawie o prawach konsumenta legislacyjnych. W: D. Karczewska, M. Namysłowska, T. Skoczny (red.), *Ustawa o prawach konsumenta* (229–250). Warszawa: C.H. Beck.
- Rutkowska-Tomaszewska, E. (2016). Usługi finansowe — dobrodziejstwo i (czy) zagrożenie dla konsumentów? Czy ochrona konsumenta usług finansowych jest obecnie efektywna i wystarczająca? W: M. Jagielska, E. Sługocka-Krupa, K. Podgórski (red.), *Ochrona konsumenta na rynku usług* (28–47). Warszawa: C.H. Beck.
- Rutkowska-Tomaszewska, E. (2018). Zaufanie do rynku finansowego i instytucji finansowych jako przedmiot ochrony prawnej (Kilka uwag na tle nadużyć instytucji finansowych wobec klientów). *Przedsiębiorczość i Zarządzanie*, 19(9, cz. 2), 15–28.
- Rutkowska-Tomaszewska, E., Paleczna, M. (2018). Idea odpowiedzialnego kredytowania na rynku niebankowych kredytów konsumenckich w Polsce. internetowy *Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (6), 38–52. <https://doi.org/10.7172/ikar>.
- Tereszkiewicz, P. (2015). *Obowiązki informacyjne w umowach o usługi finansowe. Studium instrumentów ochronnym w prawie prywatnym i prawie unijnym*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Torończak M. (2019). Kilka uwag na temat nowej konstrukcji nadzoru nad rynkiem finansowym. *Monitor Prawniczy*, (10), 535.
- Wasiak, K. (2014). Czy stabilność systemu finansowego można uznać za dobro publiczne?, *Studia Ekonomiczne*, (198), 13–34.
- Wasiłik, K. (2014). Trendy w zachowaniach współczesnych konsumentów — konsumpcjonizm a konsumpcja zrównoważona. *Konsumpcja i Rozwój*, 6(1), 66–74.
- Wilkin, J. (2015). Ekonomia wolności i ekonomia zniewolenia. Kiedy ekonomia sprzyja poszerzaniu ludzkiej wolności, a kiedy ją ogranicza? W: E. Mączyńska (red.), *Modele ustroju społeczno-gospodarczego. Kontrowersje i dylematy* (19–29). Warszawa: Polskie Towarzystwo Ekonomiczne.
- Wolska, G. (2018). Społeczna odpowiedzialność biznesu. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, (1), 301–310. <https://doi.org/10.14746/rpeis.2018.80.1.23>.
- Zaleśkiewicz, T. (2013). *Psychologia ekonomiczna*. Warszawa: PWN.
- Zieliński, A. (2006). Cywilnoprawne aspekty godzenia interesu indywidualnego z interesem publicznym. W: M. Wyrzykowski (red.), *Prawa stają się prawem. Status jednostki a tendencje rozwojowe prawa* (99–112). Warszawa: Liber.



## PWE poleca

Każda organizacja funkcjonująca w globalnej gospodarce jest zmuszona nieustannie podejmować wyzwania dotyczące m.in. wdrożeń nowych produktów i procesów, aby móc utrzymać się w konkurencyjnym i ciągle zmieniającym się otoczeniu. Powszechną praktyką staje się więc powoływanie w przedsiębiorstwach jednostek organizacyjnych zarówno planujących, organizujących, jak i nadzorujących realizowane przedsięwzięcia.

Do zadań biura zarządzania projektami (Project Management Office – PMO) należą: wspieranie i realizowanie planów strategicznych przedsiębiorstwa; utrzymanie kapitału intelektualnego; planowanie i nadzór nad wykorzystaniem zasobów; koordynacja i centralizacja podległych projektów; zarządzanie środowiskiem projektowym, w tym planowanie, standaryzacja i synchronizacja, szkolenia, kontrola; doskonalenie praktyk i rezultatów zarządzania projektami; likwidacja lub łagodzenie problemów; raportowanie projektów do wyższego szczebla zarządzania.

Biuro zarządzania projektami (PMO) to publikacja wypełniająca dotychczasową lukę na polskim rynku wydawniczym. Autor przedstawia aktualny stan wiedzy i najnowsze wyniki badań w zakresie PMO. Znakomitym uzupełnieniem podjętej tematyki są zagadnienia portfela projektów, zarządzania wiedzą projektową oraz dojrzałości biur zarządzania projektami.

Księgarnia internetowa [www.pwe.com.pl](http://www.pwe.com.pl)

# Odpowiedzialność za wady wykonawcy budowlanego w prawie cywilnym niemieckim

Liability for construction works contractor's defects in German civil law

*prof. dr hab. Janusz A. Strzępka*

Profesor w Instytucie Nauk Prawnych, Prawa Gospodarczego i Handlowego  
na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach  
E-mail: sekrwpia@us.edu.pl; nr ORCID: 0000-0003-3563-1542

## Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest odpowiedzialność za wady świadczenia budowlanego na gruncie przepisów prawa niemieckiego. Omówione zostały zwłaszcza rozwiązania przyjęte przez niemieckiego ustawodawcę w przepisach § 633–635 i § 638 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) oraz w VOB/B (Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen), którego najnowsza nowelizacja weszła w życie z dniem 18.04.2016 r. Szczególny nacisk położony został na omówienie uprawnień przysługujących zamawiającemu z tytułu wad dzieła budowlanego. Ze względu na znaczny zakres współpracy pomiędzy polskimi i niemieckimi firmami budowlanymi przedstawiona tematyka ma znaczenie nie tylko prawnoporównawcze, ale również praktyczne.

**Słowa kluczowe:** odpowiedzialność za wady, niemieckie prawo cywilne, roboty budowlane, VOB/B

## Summary

The subject of the article is the liability for defects of construction services under provisions of German civil law. The discussion is focused on solutions adopted by German legislator in the provisions of § 633–635 and § 638 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) and in the VOB/B (Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen), which latest amendment entered into force on 18.04.2016. Particular emphasis was placed on discussing the rights of the orderer for defects in construction works. Due to the significant scope of cooperation between Polish and German construction companies, the presented topics are of not only comparative but also practical legal importance.

**Key words:** liability for defects, German civil law, construction works, VOB/B

**JEL:** K20

## Ogólna charakterystyka

Od 1.01.2002 r. weszło w życie nowe uregulowanie dotychczasowego prawa rękojmi za wady (*Neuregulungen des Gewährleistungsrecht*) w Kodeksie cywilnym niemieckim, dalej BGB, dotyczące w szczególności przepisów § 633, 634, 635, 638 oraz § 286 i 288. Pojęcie rękojmi za wady (*Gewährleistung*) zastąpione zostało pojęciem roszczeń z tytułu wad (*Mängelansprüche*). W literaturze powszechnie używa się określenia „prawo odpowiedzialności za wady” (*Das Mängelhaftungsrecht*) (Schmidt, 2017). Odpowiedzialność za wady oznacza zapewnienie wykonawcy, że spełnił on swoje świadczenia zgodnie z postanowieniami umowy o roboty budowlane i że jest ono wolne od wad. Okolicznością miarodajną dla oceny wykonania przez niego zobowiązania jest moment odbioru robót budowlanych (obiektu), który stanowi jednocześnie cezurę między roszczeniami z tytułu niewykonania zobowiązania i roszczeniami z tytułu odpowiedzialności za wady.

Rozważania dotyczyć będą odpowiedzialności wykonawcy za wady świadczenia budowlanego na gruncie przepisów § 633–635 i § 638 BGB oraz postanowień ogólnych warunków umów o wykonanie świadczeń budowlanych, znormalizowanych zasad zlecenia i wykonawstwa robót budowlanych [Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen — Ausgabe 2016 Vom 31.07.2009 r. (BANz. Nr. 155a); zmienione Bekanntmachung vom 7.01.2016 r. (BANz AT 19.1.2016 B3, ber. BANz AT 1.4.2016 B1); weszły w życie 18.04.2016 r. (VOB/B. 7.04.2016 r. GMBL s. 400)]. Ogólne warunki o wykonanie świadczeń budowlanych, dalej (VOB/B), obowiązują od kilkunastu lat w niemieckiej praktyce budowlanej. Były wielokrotnie nowelizowane (ostatnie wydania: VOB/B 2002; VOB/B 2009; VOB/B 2016). Przedmiotem uwag są rozwiązania przyjęte w VOB/B, Ausgabe 2016, obowiązujące od 18.04.2016 r., dotyczące w szczególności odbioru robót budowlanych (§ 12 VOB/B), roszczeń

z tytułu wadliwości świadczenia umownego (§ 13 VOB/B), przedawnienia roszczeń (§ 13 ust. 4. 1.2.3. VOB/B). Powyższe postanowienia warunków umów dostosowane zostały do zmienianego w 2002 r. BGB, jak wskazuje się w literaturze, nowego mechanizmu odpowiedzialności za wady (*Neue Mechanismus des Gewährleistungsrechts*) (Glöckner, 2016).

Wspomniane warunki umów stanowią część składową przepisów porządkowych odnośnie do świadczeń budowlanych (*Verdingungsordnung für Bauleistungen VOB*). Postanowienia VOB stosowane są powszechnie w niemieckiej praktyce. Obowiązują one strony w stosunkach umownych na mocy wzajemnego porozumienia (*lex contractus*). Celem VOB jest dostosowanie kodeksowej umowy o dzieło do potrzeb i wymagań praktyki budowlanej. VOB w swoim założeniu ma zapewnić równowagę interesów zamawiającego i wykonawcy. VOB/B jednakże w większym stopniu wspiera interesy wykonawcy niż inwestora, gdyż zapewnia mu prawo dochodzenia różnego typu roszczeń, których spełnienia nie mógłby żądać na podstawie ogólnych przepisów niemieckiego prawa cywilnego. Stosowanie VOB/B przez inwestorów pozwala im uniknąć niejasności związanych z zastosowaniem ogólnych przepisów prawa cywilnego, gdyż ich postanowienia są w szczególności dostosowane do specyfiki i potrzeb branży budowlanej. Jeżeli inwestor chce uzyskać więcej uprawnień, niż przewiduje to VOB/B, to strony mogą ustalić, iż postanowienia VOB/B zostaną uzupełnione przez dodatkowe klauzule i przez to zmienione na korzyść zamawiającego.

Podlegające realizacji świadczenie budowlane zostaje oznaczone w umowie o roboty budowlane według jego rodzaju i zakresu. Integralną część umowy stanowią Ogólne Warunki Techniczne Umów o Świadczenie Budowlane. W przypadku sprzeczności pomiędzy postanowieniami zawartymi w umowie obowiązują w następującej kolejności w niemieckiej praktyce budowlanej:

- 1) opis świadczenia,
- 2) Szczególne Warunki Umów,
- 3) wszelkiego rodzaju dodatkowe warunki umów,
- 4) wszelkiego rodzaju dodatkowe warunki techniczne umów,
- 5) Ogólne Warunki Techniczne Umów o Świadczenia Budowlane,
- 6) Ogólne Warunki Umów o Realizację Świadczeń Budowlanych (Ganten, Kindereit, 2019).

Charakter prawny postanowień VOB, regulujących wszystkie fazy wykonawstwa budowlanego (część A i część B) oraz obejmujących przepisy techniczne dla wykonania świadczeń budowlanych (część C), jest sporny w literaturze i orzecznictwie (Sonntag, Rütten, 2018). Nie budzi zastrzeżeń, że wspomniana regulacja nie ma charakteru normatywnego. Określana jest ona rozmaicie, np. jako „prawo szczególne budownictwa” (*Sonderrecht der Bauwirtschaft*), „samostanowione prawo gospodarcze” (*selbstgeschaffenes recht der Wirtschaft*), „gotowe przygotowawcze przepisy” (*fertig bereitliegende rechtsordnung*) (Motzke, Bauer, Seewald, 2018).

VOB/B 2016 reguluje wszystkie etapy budowy od zawarcia umowy aż do rozliczenia, zabezpieczenia i ewentualnych sporów:

— § 1 i 2 regulują rodzaj i zakres świadczenia oraz wysokość wynagrodzenia (§ 1. Art. und Umfang der Leistung; § 2. Vergütung),

— § 3 dokumentacja wykonawstwa robót (§ 3. Ausführungsunterlagen),

— § 4 wykonywanie świadczenia budowlanego (§ 4. Ausführung),

— § 5 terminy wykonawstwa (§ 5. Ausführungsfristen),

— § 6 przeszkody oraz przerwy w wykonywaniu robót budowlanych (§ 6 Behinderung und Unterbrechung der Ausführung),

— § 7 podział ryzyka (§ 7. Verteilung der Gefahr),

— § 8 i 9 przesłanki wypowiedzenia umowy przez wykonawcę oraz przez zamawiającego (§ 8. Kündigung durch den Auftraggeber; § 9. Kündigung durch den Auftragnehmer),

— § 10 odpowiedzialność stron umowy (§ 10. Haftung der Vertragsparteien),

— § 11 kary umowne (§ 11. Vertragsstrafe),

— § 12 odbiór świadczenia budowlanego (§ 12. Abnahme),

— § 13 roszczenia z tytułu wadliwości świadczenia (§ 13. Mängelansprüche),

— § 14 rozliczenie (§ 14. Abrechnung),

— § 15 rozliczenia za pracę wykonywaną na godziny (§ 15. Stundenlohnarbeiten),

— § 16 płatności (§ 16. Zahlung),

— § 17 zabezpieczenie świadczenia (§ 17. Sicherheitsleistung),

— § 18 spory prawne (§ 18. Streitigkeiten).

VOB 2016 nie ma mocy powszechnie obowiązującego prawa. Dlatego aby jego postanowienia znalazły zastosowanie w pojedynczym przypadku, musi być to wyraźnie uzgodnione między zamawiającym i wykonawcą. Jeżeli brak jest takiego zastrzeżenia umownego, wówczas do umowy o roboty budowlane będą miały zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące umowy o dzieło (§ 631 i n. BGB). Do ustalenia obowiązującego VOB/B dochodzi w następujący sposób. Jeżeli obydwie strony działają w wykonawstwie budowlanym (branży budowlanej), wystarczy następujący zapis: „Obowiązuje VOB/B”. Zakłada się, że strony znają tekst i postanowienia ogólnych warunków zlecenia i wykonawstwa robót budowlanych (część B). Jeżeli natomiast jednej ze stron brakuje doświadczenia w działalności budowlanej, to do umowy musi być dołączony tekst VOB/B.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, w praktyce występują dwa rodzaje umów o roboty budowlane: jedna podlegająca przepisom Kodeksu cywilnego (*Der Bauwerkvertrag des BGB*) oraz druga podporządkowana postanowieniom VOB (*Der VOB — Vertrag*). Reżim prawny obu umów różni się, gdyż w wielu kwestiach postanowienia VOB zawierają odstępstwa od regulacji kodeksowej.

### Uprawnienia zamawiającego z tytułu wad dzieła budowlanego (§ 633–635 BGB)

Wykonawca budowlany na podstawie przepisu § 633 ust. 1 BGB jest odpowiedzialny wobec zamawiającego, jeżeli dzieło budowlane nie ma zastrzeżonych właściwości bądź ma wady, które zmniejszają jego wartość lub użyteczność, ze względu na przeznaczenie w umowie oznaczone albo wynika-

jące z normalnego używania. Zamawiającemu służą wówczas następujące uprawnienia:

1) może on żądać usunięcia wady (naprawa) — § 633 ust. 2 BGB (Nachbesserung, Nugeibeseitigung);

2) może żądać wymiany — § 634 ust. 1 BGB (Wandelung); uprawnienie to nie ma praktycznie zastosowania, jeżeli chodzi o wady dzieła budowlanego;

3) może żądać obniżenia wynagrodzenia — § 634 ust. 1 BGB (Minderung);

4) może wadę sam usunąć, jeżeli wykonawca dopuścił się zwłoki z jej usunięciem oraz żądać wynagrodzenia poniesionych kosztów — § 633 ust. 2 BGB (Eigennachbesserung) — dochodzenie powyższych uprawnień jest uzależnione od winy wykonawcy. Jest to odpowiedzialność niezależna od wiedzy wykonawcy o istnieniu wady dzieła budowlanego;

5) może dochodzić naprawienia szkody z tytułu niewykonania zobowiązania (Schadenersatz wegen Nichterfüllung) na podstawie § 635 BGB;

6) ponadto zamawiający może wystąpić z roszczeniem odszkodowawczym z powodu pozytywnego naruszenia zobowiązania (Schadenersatz wegen positiver Forderung — oder Vertragsverletzung).

Jeżeli dzieło budowlane ma wady, które są następstwem zawinienia wykonawcy, to według § 634 BGB zamawiający zamiast wymiany dzieła, względnie obniżenia wynagrodzenia, może żądać naprawienia szkody z powodu niewykonania zobowiązania. Roszczenie odszkodowawcze w tym przypadku obejmuje szkody bezpośrednio związane z wadliwym świadczeniem budowlanym. Kwestia, czy mamy do czynienia z roszczeniami na podstawie § 638 BGB, czy roszczeniami z powodu pozytywnego naruszenia umowy, ma istotne znaczenie praktyczne.

Zważyć bowiem trzeba na następujące różnice między nimi:

1) zasadniczo roszczenia z tytułu pozytywnego naruszenia zobowiązania przedawniają się z upływem 30 lat, podczas gdy roszczenia z tytułu wad (Mängelansprüche) według § 634 ust. 1 BGB, po upływie 5 lat, gdy chodzi o wady robót budowlanych, oraz po upływie 2 lat w przypadku robót na nieruchomości (§ 638 BGB);

2) mogą być one dochodzone także obok żądania obniżenia wynagrodzenia i wymiany dzieła;

3) w przeciwieństwie do roszczeń § 635 BGB podlegają one ochronie ogólnej ubezpieczenia odpowiedzialności w budownictwie (Sonntag, Rütten, 2018).

Jeżeli zostały zachowane przesłanki przewidziane w § 635 BGB, zamawiającemu przysługuje prawo wyboru pomiędzy roszczeniem odszkodowawczym a żądaniem obniżenia wynagrodzenia, względnie wymiany. Dopuszczalne jest także wystąpienie z różnymi roszczeniami odszkodowawczymi w przypadku różnych wad dzieła budowlanego.

Uprawnienia kodeksowe zamawiającego z tytułu rękojmi za wady dzieła budowlanego (§ 633–635 BGB) oraz podlegające § 13 VOB/B (Mängelansprüche nach §13 VOB/B) uzależnione są od odbioru przedmiotu świadczenia umownego. Odbiór determinuje wykonanie zobowiązania przez wykonawcę i wygaśnięcie tym samym stosunku prawnego powstałego przez zawarcie umowy o roboty budowlane (umowy o dzieło). Od daty odbioru rozpoczyna się ustawowa odpo-

wiedzialność z tytułu rękojmi (gwarancji) za wady. Z chwilą odbioru ryzyko przechodzi na zamawiającego. Na gruncie postanowień warunków umów (§12 VOB/B) dopuszcza się dwustronne odbiory prac wykonawcy oraz jednostronny odbiór bez udziału wykonawcy budowlanego. Zgodnie z § 12 ust. 1 VOB/B jeżeli po wykonaniu świadczenia, nawet przed upływem ustalonego terminu jego wykonania, wykonawca domaga się odbioru, to zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru w ciągu 12 dni roboczych. Strony mogą ustalić inny termin do przeprowadzenia odbioru. Wskazać trzeba, że w przypadku gdy jedna ze stron zażądała dokonania odbioru, wówczas zostaje przeprowadzony formalny odbiór z udziałem obu stron. Każda strona umowy może na własny koszt powołać biegłego. Szczegóły oględzin powinny zostać zaprotokołowane podczas wspólnego posiedzenia stron. Zaprotokołowaniu podlegają wszelkie zastrzeżenia co do jawnych wad świadczenia, zastrzeżenie kary umownej, a także inne zastrzeżenia zleceniobiorcy. Każda ze stron otrzymuje jeden egzemplarz protokołu. Na żądanie podlegają odrębnemu odbiorowi części świadczenia umownego, jeżeli stanowią one zamkniętą całość.

Jeżeli nie zażądano przeprowadzenia odbioru, to świadczenie uważa się za odebrane z upływem 12 dni roboczych od przedłożenia na piśmie zawiadomienia o zrealizowaniu umownego świadczenia. Podkreślić trzeba, że jeżeli zamawiający rozpoczął korzystanie z umownego świadczenia bądź jego części, to przyjmuje się, że odbiór nastąpił po upływie 6 dni roboczych od rozpoczęcia korzystania ze świadczenia, chyba że strony postanowią inaczej. Korzystanie z części obiektu budowlanego w celu prowadzenia dalszych prac nie jest uważane za odbiór świadczenia (§ 12 ust. 5 VOB/B).

Zgłoszenie robót do odbioru aktualizuje obowiązek wystąpienia przez zamawiającego do czynności odbiorowych. Inwestor od dokonania tej czynności może się uchylić, ale tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i osadzonych w treści umowy bądź w przepisach prawa przyczyn czyniących to zgłoszenie nieskutecznym. Istnienie nawet licznych uchybień w wykonanym obiekcie budowlanym co do zasady nie stanowi podstawy do odmowy jego przyjęcia, tylko do ich zgłoszenia wykonawcy i skorzystania z uprawnień, jakie daje rękojnia, gwarancja lub treść zawartej umowy (np. w zakresie kary umownej za wady). Jedynie takie wady, które uniemożliwiają korzystanie z obiektu, dają podstawę do odmowy przyjęcia przedmiotu robót. Postanowienie § 12 ust. 3 VOB/B stanowi, że w przypadku wystąpienia istotnych wad przedmiotu świadczenia, odbiór może być wstrzymany aż do momentu ich usunięcia. Oddanie robót z wadami istotnymi powoduje, że zamawiający może odmówić ich odbioru, gdyż ocenione są jako niewykonanie umowy przez wykonawcę budowlanego, co oznacza, iż wykonawcy nie przysługuje zapłata wynagrodzenia.

Postanowienia § 12 ust. 2 VOB/B dopuszczają dokonanie formalnego jednostronnego odbioru „pod nieobecność wykonawcy”, jeżeli termin odbioru został ustalony wspólnie przez strony albo jeżeli wykonawca został o nim poinformowany z odpowiednim wyprzedzeniem. W takim przypadku należy o wyniku odbioru niezwłocznie zawiadomić wykonawcę. Na gruncie postanowień VOB/B nie występuje możliwość

jednostronnego odbioru świadczenia umownego przez wykonawcę, gdy zamawiający uchyli się od dokonania odbioru. Na marginesie tych uwag dotyczących odbioru świadczenia w ogólnych warunkach VOB/B wskazać trzeba, że w polskiej praktyce budowlanej odmiennie dopuszcza się jednostronny odbiór robót budowlanych przez wykonawcę, jeżeli umowa o roboty budowlane zawiera takie postanowienia<sup>1</sup>.

### **Upewnienia zamawiającego z tytułu wadliwego świadczenia umownego i ich realizacja w umowie o roboty budowlane podlegającej VOB/B (Mängelansprüche wg. §13. VOB/B)**

Zgodnie z postanowieniami § 13 ust. 1 VOB/B wykonawca budowlany gwarantuje, iż wykonane przez niego świadczenie posiada w chwili odbioru wszystkie określone umową cechy i odpowiada wymaganiom wynikającym z uznanych reguł techniki oraz że nie jest obciążone wadami, które zmniejszyłyby wartość świadczenia lub pozbawiły go wartości albo zmniejszyły lub pozbawiły go zdolności do zwykłego lub przewidzianego w umowie użytku. Powyższe sformułowanie wzorowane jest i odpowiada ujęciu przepisu § 633 ust. 1 BGB. W odróżnieniu od regulacji kodeksowej wprowadza wyraźnie wymóg, aby świadczenie odpowiadało uznawanym zasadom techniki („anerkannte Regeln der Technik”) oraz aby do momentu przejścia niebezpieczeństwa na zamawiającego („zur Zeit der Abnahme”) było niewadliwe i miało właściwości, o których istnieniu wykonawca zapewnił zamawiającego (Ganten 2019). W przypadku wykonania świadczenia na próbę przyjmuje się, że cechy świadczenia zostały zapewnione, o ile występujące odchylenia od normy uważa się — zgodnie z przyjętymi zwyczajami handlowymi — za bez znaczenia. Powyższe postanowienie znajduje ponadto zastosowanie do prób, które jako takie zostały uznane dopiero po zawarciu umowy.

### **Roszczenie o usunięcie wady (naprawa)**

Jeżeli przedmiot świadczenia wykonawcy ma wadę zmniejszającą wartość lub użyteczność, która nie wynika z przyczyny leżącej po stronie zamawiającego, względnie nie ma zastrzeżonych właściwości, wówczas wykonawca jest odpowiedzialny wobec zamawiającego. Zgodnie z postanowieniem § 13 ust. 5 VOB/B zobowiązany jest on na żądanie zamawiającego do usunięcia na własny koszt wszelkich wad, które zostały stwierdzone pisemnie w terminie przedawnienia roszczeń z tytułu wad świadczenia, o ile zostały one zgłoszone przed upływem tego terminu. Roszczenie o usunięcie zgłoszonych wad przedawnia się z upływem terminów określonych w postanowieniach § 13 ust. 4, licząc od dnia upływu pisemnego żądania usunięcia wad świadczenia nie wcześniej jednak niż przed upływem tych terminów. O ile strony niczego innego nie ustaliły, bieg regularnego terminu przedawnienia zgodnie z postanowieniami zawartymi w § 13 ust. 4 rozpoczyna się z odbiorem

świadczenia po usunięciu wad. Żądanie usunięcia wady (naprawa), podobnie jak w § 633 BGB, regulacja VOB wysuwa na pierwszy plan. Zamawiający traci na podstawie § 13 ust. 5 i 7 VOB/B swoje roszczenie, jeżeli nie wzywając uprzednio wykonawcy do usunięcia wady, sam dokonał niezbędnej naprawy.

### **Żądanie zaliczki**

Wykonawca według § 13 ust. 1 VOB/B ma zasadniczo obowiązek usunięcia wad na swój koszt. Jeżeli tego dokonał, wówczas zamawiający nie potrzebuje żadnych środków na przeprowadzenie naprawy dzieła. W sytuacji gdy wykonawca nie usunął wad dzieła budowlanego, mimo wyznaczenia mu odpowiedniego terminu przez zamawiającego na dokonanie naprawy, wtedy zamawiającemu przysługuje żądanie udzielenia zaliczki w wysokości kosztów wymaganych do usunięcia wady.

Przyznanie zamawiającemu roszczenia o zaliczkę ma na celu zapobieżenie powstaniu dodatkowej szkody, jaką poniósłby on na skutek podwójnego naruszenia obowiązków przez wykonawcę (wadliwego wykonania dzieła i nieusunięcia wady) (Brych, 1986).

### **Obniżenie wynagrodzenia i wymiana dzieła**

Żądanie obniżenia wynagrodzenia może mieć miejsce na podstawie § 13 ust. 6. VOB/B tylko w przypadku niemożliwości usunięcia wady, odmowy jej usunięcia ze względu na nadmierne koszty oraz nieządania jej usunięcia przez zamawiającego (§ 638 BGB w zw. z § 634 ust. 4 BGB, § 472 BGB). W orzecznictwie przyjmuje się, że wada obiektywnie nie nadaje się do usunięcia, jeżeli świadczenie umowne tak dalece jest wadliwe, że jego naprawa byłaby równoznaczna z ponownym wykonaniem. Subiektywna niemożność nie jest wystarczającą do wystąpienia z roszczeniem obniżenia wynagrodzenia.

W odróżnieniu od przepisu § 634 BGB, który obok żądania obniżenia wynagrodzenia przyznaje zamawiającemu roszczenie o wymianę dzieła, postanowienie § 13 VOB/B nie wspomina o takiej możliwości. Stąd przyjmuje się, że roszczenie o wymianę wadliwego dzieła w umowie o roboty budowlane podlegające dyspozycjom VOB jest wyłączone (Messerschmidt, Voit, 2018).

### **Roszczenia odszkodowawcze na podstawie § 13 ust. 7 VOB/B**

Roszczenia odszkodowawcze według § 13 ust. 7 VOB/B mogą być podniesione, inaczej niż na podstawie § 635 BGB, obok żądań usunięcia wady (naprawy) i obniżenia wynagrodzenia. Wymaga się, aby zostały zachowane wszystkie przesłanki warunkujące dochodzenie roszczenia o usunięcie wady

(ust. 5) oraz roszczenia o obniżenie wynagrodzenia (ust. 6) (Kniffka, 2018). Roszczenia odszkodowawcze nie przysługują bowiem zamawiającemu w miejsce uprawnień do usunięcia wady i obniżenia wynagrodzenia. Mają one na celu wyrównanie szkody poniesionej wskutek istnienia wady.

Na mocy § 13 ust. 7 VOB/B przysługują zamawiającemu, zamiast roszczeń przewidzianych w § 635 BGB, roszczenia odszkodowawcze w węższym i szerszym zakresie.

### Roszczenia odszkodowawcze w węższym zakresie

Podstawową przesłanką dochodzenia tego typu odszkodowania jest występowanie wad istotnych, które naruszają w sposób poważny użyteczność i przeznaczenie dzieła oraz wynikły z winy zamawiającego lub osób, którymi zamawiający posługiwał się przy wykonywaniu swojego świadczenia. Wadami istotnymi są takie wady, które według powszechnego przekonania uchybiają szczególnemu celowi umowy oraz interesom zamawiającego. Zgodnie z zasadami dobrej wiary szczególny interes zamawiającego tylko wtedy może być brany pod uwagę, jeżeli wykonawcy był on znany w trakcie realizacji świadczenia budowlanego. Naruszenie użyteczności dzieła następuje zaś wtedy, gdy dzieło nie ma tej użyteczności, jaką mieć powinno, nie odpowiada właściwościom ustalonym w umowie albo wynikającym z charakteru zamówionego dzieła. Orzecznictwo przyjmuje, że wada może zmniejszać nie tylko techniczną wartość lub użyteczność, ale także wartość handlową. Przez pojęcie użyteczności rozumie się zarówno możliwość korzystania z dzieła w przewidziany normalnie sposób, jak również jego wartość rynkową. Na podstawie § 13 ust. 1.1 VOB/B zakres obowiązku odszkodowawczego ograniczony jest tylko do szkód występujących w obiekcie budowlanym, urządzeniach budowlanych, o ile pozostają one z nim w związku. Nie rozróżnia się przy tym szkód bezpośrednich i pośrednich, ale chodzi o wszystkie szkody spowodowane wadliwym świadczeniem umownym w urządzeniach budowlanych.

### Roszczenia odszkodowawcze w szerszym zakresie

Na podstawie § 13 ust. 7.2 VOB/B zamawiający może żądać naprawienia wszelkiej szkody spowodowanej zarówno w świadczeniu budowlanym, jak i występującej poza nim, o ile szkoda jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność wykonawca lub jego pomocnik. Podniesienie roszczeń odszkodowawczych w szerszym zakresie, obejmującym pełną szkodę (szkodę w obiekcie budowlanym i szkody poza nim), a więc dodatni interes umowny, uwarunkowane jest według § 13 ust. 7.2 spełnieniem następujących przesłanek:

1) wada musi być spowodowana na skutek umyślnego działania lub rażącego niedbalstwa (*grosser Fahrlässigkeit*) wykonawcy bądź jego pomocnika;

2) wada polega na naruszeniu uznawanych reguł techniki; w tym przypadku wystarcza „lekkie niedbalstwo” (*leichte Fahrlässigkeit*);

3) wada polega na braku oznaczonych w umowie właściwości;

4) wykonawca zabezpieczył naprawienie szkody przez ubezpieczenie swojej ustawowej odpowiedzialności. Podkreślić trzeba, iż szkody pozostające w bezpośrednim związku z wadliwym świadczeniem z reguły nie mogą być wyrównane przez instytucję ubezpieczeniową.

Obok roszczeń odszkodowawczych dochodzonych na podstawie § 13 ust. 7.1 i 7.2 VOB/B zamawiający może wystąpić w stosunku do wykonawcy, gdy wady są następstwem okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność, z żądaniem wynagrodzenia szkody z tytułu pozytywnego naruszenia umowy (*Schadenersatz wegen positiver Vertrags — oder Forderungsverletzung*) (Schliemann 2003). Chodzi tutaj o takie dalsze szkody, uchybienia czy naruszenia, które nie pozostają w żadnym związku z wadliwym świadczeniem budowlanym albo wprawdzie sięgają do niego, jednakże nie pozostają w bezpośrednim związku z wadą tego świadczenia bądź tylko w wąskim stopniu stricte uzależnione są od istniejącej wady.

Podkreślić trzeba, że zgodnie z § 13 ust. 7.5 VOB/B ograniczenie lub rozszerzenie odpowiedzialności może zostać ustalone jedynie w wyjątkowych i uzasadnionych przypadkach.

### Przedawnienie roszczeń

Według § 13 ust. 4 VOB/B jeżeli strony w umowie nie uzgodniły terminu przedawnienia roszczeń z tytułu wad, to gdy chodzi o wady budynku (obiekty budowlanego), w przeciwieństwie do 5-letniego terminu przedawnienia roszczeń za wady dzieła z przepisu § 634 ust. 1 Nr 2 BGB, termin ten wynosi 4 lata, a w przypadku innych robót, których skutek polega na wytworzeniu/osiągnięciu, konserwacji lub zmianie przedmiotu świadczenia (*andere Werke, deren Erfolg in der Herstellung Wartung oder Veränderung einer Sache besteht*) oraz maszyn i urządzeń elektrotechnicznych (elektrycznych) — 2 lata. Dla części przemysłowych urządzeń elektrycznych (*für feuerberührte und abgasolämmende Teile von industriellen Feuerungsanlagen*) termin przedawnienia wynosi rok. Termin przedawnienia wad robót na nieruchomości, zgodnie z przepisem § 638 BGB, wynosi 2 lata. Bieg terminu przedawnienia rozpoczyna się od momentu odbioru całego świadczenia umownego (§ 13 ust. 4.3 zdanie pierwsze VOB/B). Podkreślić jednakże trzeba, że w przypadku zakończonych (wykonanych) części przedmiotu świadczenia budowlanego termin przedawnienia biegnie od daty dokonania odbioru częściowego (§ 13 ust. 4.3 zdanie drugie w zw. z § 12 ust. 2 VOB/B). Na gruncie przepisu § 639 BGB jeżeli wykonawca wadę podstępnie zataił, wówczas przewidziane tam terminy nie obowiązują i zamawiający może wykonywać uprawnienia z tytułu rękojmi także po ich upływie. Jeżeli chodzi o termin przedawnienia roszczeń o wynagrodzenie szkody z powodu pozytywnego naruszenia umowy, to zgodnie z ogólnymi zasadami wynosi on 30 lat.

## Ciężar dowodu

Do momentu odbioru świadczenia wykonawcę budowlanego obciąża dowód jego należytego wykonania. Z momentem odbioru zmienia się sytuacja. Jeżeli zamawiający dochodzi uprawnień z tytułu wad (*Mängelansprüche*), wówczas musi on zgodnie z utrwalonym orzecznictwem BGH udowodnić wykonawcy obiektywne naruszenie obowiązku w postaci nienależytego wykonania zobowiązania.

Wykonawca natomiast zobowiązany jest wykazać w przypadkach, w których chodzi o zawinienie (roszczenie odszkodowawcze według § 635 BGB, roszczenie odszkodowawcze na podstawie § 13 ust. 7.1 i 7.2 VOB/B, roszczenie o naprawienie szkody z powodu pozytywnego naruszenia umowy), że wada go nie obciąża.

## Podsumowanie

W opracowaniu przedstawiono istotne rozwiązania dotyczące odpowiedzialności za wady w prawie cywilnym niemieckim. Problematyka ta jest ważna ze względów zarówno teoretycznych, jak również ma znaczenia dla praktyki polskich przedsiębiorstw budowlanych, gdyż często zasady współpracy z firmami niemieckimi opierają się na postanowieniach niemieckiego prawa prywatnego budowlanego, w szczególności VOB/B (*Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B*).

---

<sup>1</sup> Wskazać tutaj można następujące reprezentatywne orzeczenia sądowe: wyrok SN z 26.02.1998 r., I CKN 520/97, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 1998/10, poz. 167; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17.02.2000 r., I ACa 1027/99, „Prawo Gospodarcze” 2001/2, s. 48; wyrok SN z 8.01.2004 r., I CK 24/03, Legalis; wyrok SN z 22.06.2007 r., V CSK 99/07, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2009/1, poz. 7; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21.04.2009 r., V ACa 88/09, „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych” 2010/8, poz. 29; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13.04.2011 r., VI ACa 1200/10, LEX nr 856436; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 25.07.2012 r., I ACa 276/12, Legalis; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 12.09.2012 r., I ACa 803/12, Legalis; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 21.05.2013 r., V ACa 229/13, Legalis; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 20.10.2016 r., VI ACa 1244/15, LEX nr 2306313; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 29.03.2017 r., I ACa 944/16, LEX nr 2310530; wyrok SN z 21.04.2017 r., I CSK 333/16, LEX nr 2305910; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 28.04.2017 r., I ACa 857/16, LEX nr 2335192; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 17.05.2017 r., I ACa 1720/16, LEX nr 2425622; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 3.08.2017 r., I ACa 689/16, LEX nr 2361840; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 3.11.2017 r., I ACa 292/16, LEX nr 2449759.

## Bibliografia

- Baldt, M. (2005). *Der neue Bauvertrag. 2 Anlage*. Köln–Berlin–München: C. Heymans Verlag.
- Brych, A. (1986). VOB — Gewährleistung im Bauvertrag. *Neue Juristische Wochenschrift*, (6), 302–304.
- Ganten, H. (2019). *Rechtsmängel*. München: Beck.
- Ganten, H., Kindereit, M. (2019). *Bauvertragsrecht im BGB*. München: Beck.
- Glöckner, A. (2016). BGB-Novelle zur Reform des Bauvertragsrecht als Grundlage effektiven Verbraucherschutzes. *Verbraucher und Recht*, (4), 123.
- Ingenstau, H., Korbion, M. (2003). *VOB Kommentar*. Düsseldorf: Werner.
- Kaiser, G. (1989). *Das Mängelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozess*. Heidelberg: C. F. Müller.
- Kaiser, G. (1989). *Das Mängelhaftungsrecht der VOB* (t. 2). Heidelberg: C. F. Müller.
- Kimmich, A., Bach, W. (2017) *VOB für Bauleiter. Bedeutung einer Garantie*. Mannheim: Verlags.
- Kniffka, A. (2018). *Kommentar Bauvertragsrecht. Die Bedeutung der VOB/B im Bauvertrag*. München: Beck.
- Lampe-Helbig, A. (1986). *Die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) und der Bauvertrag*. Düsseldorf: Werner.
- Leinemann, R. (2003). *Der Bauvertrag nach VOB/B*. Köln: Bundesanzeiger Verlag.
- Leinemann, R., Maibaum, T. (2004). *Die VOB 2002. BGB. Bauvertragsrecht und Vergaberecht*. Köln: Bundesanzeiger Verlag.
- Locher, H. (1988). *Das private Baurecht*. München: Beck.
- Messerschmidt, R., Voit, A. (2018). *Privates Baurecht*. München: Beck.
- Motzke, A., Bauer, W., Seewald, C. (2018). *Privates Baurecht*. Baden-Baden: Nomos.
- Schirp, W., Matan, M. (2001). *Wzory umów z zakresu prawa polskiego i niemieckiego prawa budowlanego*. Warszawa: Bertelsmann.
- Schliemann, Ch. (2003). *Mängelansprüche im Bauvertrag*. Berlin–Köln–München: Heymann.
- Schmidt, V. (2017). Das neue Bauvertragsrecht: Kaufrecht, Kündigung, Abnahme. *Neue Juristische Wochenschrift-Spezial*, 684 i n.
- Sonntag, G., Rütten, T. (2018). *Privates Baurecht*. Baden-Baden: Nomos.
- Werner, U., Pastor, W. (1990). *Der Bauprozess*. Düsseldorf: Werner.

# Zakazy praktyk marketingowych w obrocie podręcznikami szkolnymi — uwagi na tle obowiązującej regulacji

Prohibited marketing practices in the trade of schoolbooks in Poland:  
comments on the applicable regulation

*dr Igor B. Nestoruk*

Adiunkt w Katedrze Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji  
Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu  
E-mail: nestoruk@amu.edu.pl; nr ORCID: 0000-0001-6285-2776

## Streszczenie

W ramach uchwalonej w 2014 r. tzw. noweli podręcznikowej ustawy o systemie oświaty do polskiego prawa wprowadzono nowe przepisy odnoszące się do praktyk marketingowych wydawców podręczników szkolnych. Po raz pierwszy przybrała ona formę dwóch zakazów, które ustawodawca zakwalifikował jako czyny nieuczciwej konkurencji. Pierwszy z zakazów dotyczy oferowania, obiecywania lub udzielania szkołom lub nauczycielom jakichkolwiek korzyści w sposób pośredni lub bezpośredni w zamian za dokonanie wyboru określonych podręczników, materiałów edukacyjnych lub materiałów ćwiczeniowych. W zamierzeniu ustawodawcy ma on służyć eliminowaniu zjawisk o charakterze korupcyjnym w relacji szkoły-wydawcy. Drugi z kolei odnosi się do oferowania podręcznika wyłącznie z innym podręcznikiem lub dodatkowymi materiałami dydaktycznymi przeznaczonymi dla ucznia. Tym samym obejmuje pewien typ praktyk sprzedaży związanej spotykanych na rynku wydawniczym. W obu przypadkach te zupełnie nowe czyny nieuczciwej konkurencji zostały podane krytycznej ocenie na tle rozbudowanej regulacji kształtującej ramy prawne rynku sprzedaży podręczników i powiązanych z nimi pomocy edukacyjnych.

**Słowa kluczowe:** podręczniki szkolne, praktyki marketingowe, czyny nieuczciwej konkurencji, prawo oświatowe

## Summary

The so called "schoolbook amendment" to the Education System Act adopted in 2014 introduced new provisions regulating marketing practices of schoolbook publishers. For the first time in history, the amendment implemented two provisions prohibiting particular practices classified by the legislator as unfair competition acts. The first ban applies to offering, promising or granting any benefits, directly or indirectly, to schools or teachers in consideration for choosing specific textbooks, educational materials or practice materials. The legislator wishes to eliminate corruption-related phenomena in the school-publisher relation. The second ban applies to offering a textbook in combination with another textbook or additional teaching materials meant for schoolchildren. This way, it applies to a certain type of tying arrangements that occur in the publishing market. In both cases, these brand new types of unfair competition acts are subject to critical assessment as part of the extended regulation shaping the legal framework applicable to the Polish market of textbooks and related educational aids offered by publishers.

**Key words:** schoolbooks/textbooks, marketing practices, unfair competition acts, law on education

## Wprowadzenie

Wśród klasycznych efektów prawidłowo działającego mechanizmu konkurencji rynkowej na pierwszym miejscu wymieniana są niższe koszty produkcji oraz ceny towarów i usług, a także poprawa ich jakości (Stucke, 2013, s. 165–166). Występowanie tych czy wielu innych niewątpliwych walorów konkurencji, choć zdaje się potwierdzać ogólną dyrektywę

wspierania konkurencji między przedsiębiorcami jako skutecznego mechanizmu alokacji zasobów, nie wyjaśnia bynajmniej jej istoty (McNulty, 1968, s. 639 i n.). Dyrektywę tę realizuje również ustawodawca, tworząc przepisy służące ochronie konkurencji, w tym poprzez eliminowanie zjawisk kwalifikowanych jako przejawy nieuczciwej rywalizacji rynkowej. Jednocześnie prawna ingerencja w takim zakresie wymaga szczególnie starannej oceny tego, na ile określone przeja-



wy zachowań rynkowych przedsiębiorców, ponieważ to oni są na „celowniku” norm prawa konkurencji, zasługują na przypisanie im „ustawowej łatki” nieuczciwości.

Na tym tle rynek tak szczególnego produktu, jakim niewątpliwie jest książka (z perspektywy socjologicznej: Rychlewski, 2013, s. 22 i n.), wydaje się pod wieloma względami obszarem odrębnym z krajowej perspektywy regulacyjnej. Specyficznego potraktowania wymaga tym bardziej pewien segment tego rynku, czyli rynek książki szkolnej, który stanowi właściwe tło poniższych rozważań. Warto już w tym miejscu podkreślić, iż ocena funkcjonowania mechanizmu rynkowej rywalizacji w przypadku takiego produktu będzie wymagała uwzględnienia swoistych uwarunkowań prawnych, jakie towarzyszą funkcjonowaniu systemu oświaty. To właśnie na jego tle można dokonać analizy regulacji, która zaowocowała wprowadzeniem do polskiego prawa oświatowego art. 22d ustawy z 7.09.1991 r. o systemie oświaty (Dz.U. z 2019 r. poz. 1481 ze zm.), dalej u.s.o. Chodzi tu o nowelizację dokonaną ustawą z 30.05.2014 r. o zmianie ustawy o systemie oświaty oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 811 ze zm.).

Bez wątpienia przepis ten poszerza dotychczasowy katalog nazwanych deliktów nieuczciwej konkurencji. Jego pojawienie się w polskim prawie nie zostało jednak szerzej dostrzeżone w literaturze prawniczej. Nawet w poświęconych przepisom ustawy o systemie oświaty opracowaniach art. 22d u.s.o. doczekał się szerszego komentarza w zasadzie w jednym przypadku (Pilich, 2015, s. 542–546). W innym zaakcentowano głównie jego praktyczny kontekst (Balicki, 2016, s. 403–404). Poniższe uwagi pozwalają na nieco bardziej drobiazgowo odniesienie się do tej regulacji łącznie z ujęciem właściwego dla niej kontekstu regulacyjnego oraz uwzględnieniem wybranych wątków prac legislacyjnych towarzyszących formowaniu ostatecznego brzmienia art. 22d u.s.o. (o czym poniżej). Ustanowione w tym przepisie oba nowe typy deliktów nieuczciwej konkurencji zaprezentowano także odrębnie (zob. pkt 3–4 poniżej), uzupełniając przegląd ich znamion uwagami prawnoporównawczymi (zob. pkt 5 poniżej). Pozwoliło to na sformułowanie w zakończeniu podsumowującej oceny zakazów praktyk marketingowych obowiązujących w obrocie podręcznikami szkolnymi.

### Tło regulacyjne oraz przebieg prac nad art. 22d u.s.o.

Rozwiązanie, które przyjęło ostatecznie postać obecnego art. 22d u.s.o., stanowiło wyłącznie jeden z wielu wątków zmian wprowadzonych w ustawie w 2014 r. Warto w kilku zdaniach przedstawić ramy towarzyszące tej regulacji, co pozwoli następnie przejść do omówienia procesu uformowania się prezentowanego tutaj przepisu. Wnioskodawcą nowelizacji u.s.o. z 2014 r. był Minister Edukacji Narodowej (Rządowe Centrum Legislacji, 2014a). Reforma prawa oświatowego w zaproponowanym wówczas zakresie dotyczyła kwestii dostępności podręczników szkolnych. Ustawa „podręcznikowa” — jak ją wówczas potocznie określano (Centrum Prasowe

PAP, 2014) — wprowadzała kategorię tzw. darmowych podręczników. Przewidywała przyznanie uczniom szkół podstawowych (w tym i gimnazjów — na gruncie poprzednio obowiązującego systemu oświaty) prawa do bezpłatnego dostępu do podręczników, materiałów edukacyjnych lub materiałów ćwiczeniowych, przeznaczonych do obowiązkowych zajęć edukacyjnych z zakresu kształcenia ogólnego, określonych w ramowych planach nauczania ustalonych dla tych szkół.

Wspomniana „bezpłatność” przybrała wówczas dwojaką formę. Z jednej bowiem strony wyposażenie uczniów szkół podstawowych w podręczniki do nauczania na etapie edukacji wczesnoszkolnej (realizowanej w formie tzw. kształcenia zintegrowanego w klasach I–III), ale wyłącznie w zakresie edukacji polonistycznej, matematycznej, przyrodniczej i społecznej, miało zapewnić państwo (minister właściwy do spraw oświaty i wychowania). W praktyce w efekcie stosownych działań resortu ukazały się podręczniki pt. *Nasz Elementarz* oraz *Nasza Szkoła*. Z drugiej zaś strony w pozostałym zakresie sfinansowanie wyposażenia szkół w podręczniki, materiały edukacyjne lub materiały ćwiczeniowe ujęto jako zadanie zlecone z zakresu administracji rządowej powierzone jednostkom samorządu terytorialnego prowadzącym szkoły. Wykonanie tego zadania miała zapewniać dedykowana dotacja celowa przyznawana im z budżetu państwa. Przy czym samej kategorii podręczników towarzyszyły już wówczas bardzo rozbudowane przepisy określające zarówno procedurę wyboru i zakupu podręcznika przez szkołę, jak i — co szczególnie ważne — dopuszczenia go do użytku szkolnego. Warto mieć wreszcie na uwadze fakt, że system finansowania zakupu podręczników (we wskazanych tutaj formach) obejmuje jedynie poziom nauczania podstawowego. Odrębnym regułom podlegają — także na szczeblu szkół podstawowych — choćby podręczniki do takich przedmiotów jak religia czy etyka. Już nawet te dwie precyzyjne uwagi dowodzą złożoności regulacji „podręcznikowej” na gruncie polskiego prawa oświatowego.

Powyższe wypada uzupełnić, wskazując na aktualnie wdrażaną reformę w obszarze oświaty, na mocy której kwestie realizacji zasady bezpłatnego dostępu do podręczników, w szczególności finansowania kosztu zakupu podręczników, materiałów edukacyjnych i materiałów ćwiczeniowych na poziomie szkół podstawowych, zostały poddane nowej regulacji w ustawie z 27.10.2017 r. o finansowaniu zadań oświatowych (Dz.U. poz. 2203 ze zm.) — rozdział 7, art. 54–69. Ustawa ta dokonała istotnych zmian w zakresie przepisów ustawy o systemie oświaty dotyczących tzw. bezpłatnych podręczników. Zasada dotowania zakupu podręczników z budżetu państwa została zachowana. Co więcej, zakres jej zastosowania rozciągnięto także na podręczniki dla potrzeb edukacji wczesnoszkolnej, znosząc tym samym obowiązek ich zapewnienia przez MEN, realizowany wcześniej w postaci podręcznika „ministerialnego” (dla klas I–III).

W efekcie tej ostatniej reformy brzmienie art. 22d u.s.o. nie uległo zmianie. Jednak z uwagi na wskazaną modyfikację dotyczącą zapewniania tzw. bezpłatnych podręczników, zakres praktycznego zastosowania tego przepisu uległ istotnemu poszerzeniu. Skutkiem powyższej zmiany jest bowiem możliwość wyboru przez szkoły podręczników i materiałów edu-

cyjnych oferowanych przez wielu wydawców działających na rynku, z uwzględnieniem potrzeb uczniów wszystkich klas szkoły podstawowej, a zatem bez ograniczenia przewidzianego dla nauczania początkowego. Działania wydawców oraz dystrybutorów podręczników adresowanych dla szkół niezależnie od poziomu nauczania będą podlegały ocenie na gruncie art. 22d u.s.o. z zachowaniem wymogów wynikających m.in. z art. 22ab u.s.o.

Kluczowe dla uzasadnienia reformy z 2014 r. były ustalenia o charakterze społeczno-ekonomicznym. Głównie dotyczyły one poziomu wydatków ponoszonych przez rodziców na tzw. szkolną wyprawkę. Aktualnie kwestia ponoszenia tych kosztów stała się przedmiotem odrębnych rozwiązań prawnych wynikających przede wszystkim z przepisów uchwały nr 80 Rady Ministrów z 30.05.2018 r. w sprawie ustanowienia rządowego programu „Dobry start” (M.P. poz. 514). Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy o zmianie ustawy o systemie oświaty oraz niektórych innych ustaw z 19.02.2014 r. (Rządowe Centrum Legislacji, 2014a, s. 2–3), na przestrzeni lat 2007–2013 zaobserwowano wzrost średniej wysokości kosztów zakupu podręczników szkolnych. W kontekście prawnym zwiększenie dostępności podręczników szkolnych projektodawca powiązał z realizacją nakazu nieodpłatnego nauczania w szkołach publicznych ujętego w sposób ogólny w art. 70 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.). W dokumentach towarzyszących projektowi noweli podręcznikowej obecny był również wątek rynkowy, na który warto zwrócić szczególną uwagę na tle prezentowanych tutaj przepisów. Został on jednak potraktowany marginalnie. Właściwie jedynie w ocenach skutków tej regulacji (Rządowe Centrum Legislacji 2014b; Rządowe Centrum Legislacji 2014i) znajdujemy informacje pozwalające na odtworzenie otoczenia rynkowego, na którym forsowano nową regulację.

Znaczenie obrazu rynku, a w szczególności skutków rynkowych proponowanej regulacji, silniej akcentują natomiast materiały wynikające z procesu uzgodnień międzyresortowych, a następnie konsultacji. Na tym etapie uczynił to przede wszystkim Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), wskazując, że „wszelkie zmiany prawne powinny prowadzić do wyboru rozwiązania proporcjonalnego do zidentyfikowanych problemów, a zarazem możliwie najmniej ingerującego w funkcjonowanie obrotu rynkowego” (Rządowe Centrum Legislacji 2014e, s. 1). W swoim stanowisku Prezes UOKiK opiera się jednak na wzorcu konkurencji doskonałej, skoro wskazuje na konieczność brania pod uwagę mechanizmu „konkurencji, która w niezakłóconych warunkach stanowi dla konsumentów i klientów gwarancję możliwości wyboru oraz jakości oferowanych na rynku dóbr i usług” (Rządowe Centrum Legislacji 2014e, s. 1). Powyższe stanowisko zdaje się odnosić głównie do regulacji wprowadzającej „ministerialny” podręcznik, co zdaniem Prezesa UOKiK może „prowadzić w praktyce do ustanowienia monopolu państwa w zakresie oferowania podręczników do kształcenia zintegrowanego” (Rządowe Centrum Legislacji 2014e, s. 1). Jednocześnie obowiązujący w pozostałym zakresie system dotacji na zakup podręczników organ ten ocenił jako mniej ingerujący w rynek (konkurencję)

na tle problemów związanych z ekonomiczną barierą dostępu uczniów do podręczników (Rządowe Centrum Legislacji 2014e, s. 2–3).

Z kolei ze strony Kancelarii Prezesa Rady Ministrów zwrócono uwagę na konieczność uwzględnienia w ocenie skutków regulacji zarówno wzrostu wydatków gospodarstw domowych na podręczniki, jak i obecności hurtowni jako podmiotów zajmujących się sprzedażą i dystrybucją materiałów dydaktycznych. Zaakcentowano również problem prawidłowego ujęcia kosztów „ministerialnego” („darmowego”) podręcznika (Rządowe Centrum Legislacji 2014f, s. 1–2). Wreszcie Minister Administracji i Cyfryzacji odniósł się do potencjalnie niekorzystnych zjawisk rynkowych towarzyszących regulacji treści podręczników (np. ograniczenie możliwości umieszczania zadań i ćwiczeń wymagających uzupełniania w podręczniku wynikające z art. 22ao ust. 3 u.s.o.), ale nadto wskazał na znaczenie ceny podręczników w kontekście systemu dotowania kosztów ich zakupu (Rządowe Centrum Legislacji 2014c, pkt 5–6).

W resortowym projekcie ustawy (wersje z lutego i z kwietnia 2014 r.) przewidziano ostatecznie dwie kategorie działań, które miały zostać objęte zakazem i zakwalifikowane jako czyny nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.), dalej u.z.n.k. Łącznie zostały one potraktowane jako „normy porządkujące praktyki rynkowe stosowane przez niektórych wydawców oraz podmioty dokonujące obrotu podręcznikami” (Rządowe Centrum Legislacji 2014b, s. 2; Rządowe Centrum Legislacji 2014i, s. 2–3).

Pierwsza forma zakazanych działań została ujęta jako oferowanie, obiecywanie lub udzielanie szkołom lub nauczycielom jakichkolwiek korzyści w sposób pośredni lub bezpośredni w zamian za dokonanie wyboru określonych podręczników, materiałów edukacyjnych lub ćwiczeniowych (projekt art. 22d ust. 1 pkt 1 u.s.o.). Tuż za nim projekt formułował zakaz żądania łącznego nabycia podręcznika wyłącznie z innymi dodatkowymi materiałami dydaktycznymi przeznaczonymi dla ucznia (projekt art. 22d ust. 1 pkt 2 u.s.o.).

Przyjęta przez projektodawcę koncepcja ujęcia zakazanych praktyk jako stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji nie została zmieniona na żadnym z etapów prac nad nowelą u.s.o. z 2014 r. W jednej z opinii Biura Analiz Sejmowych (Karolczak, 2014, s. 8–9; podobnie: Nestoruk, 2018, s. 459 i n.; Pilich, 2015, s. 545) krytyce poddano umieszczenie omawianego przepisu poza u.z.n.k., co pozostało jednak bez dalszych konsekwencji dla kształtu procedowanych przepisów. Sama ich struktura przyjęta w pierwotnym projekcie nie uległa zatem zmianie w trakcie dalszych prac legislacyjnych. Zmiany objęły jedynie przesłanki drugiego z zaproponowanych deliktów, ujętego w art. 22d ust. 1 pkt 2 u.s.o. Pierwotna formuła „żądanie łącznego nabycia podręcznika z innymi materiałami dydaktycznymi przeznaczonymi dla ucznia” (projekt z lutego 2014 r.) została jeszcze w kolejnej wersji projektu zastąpiona formułą „oferowanie sprzedaży podręcznika wyłącznie z innymi dodatkowymi materiałami dydaktycznymi przeznaczonymi dla ucznia” (projekt z kwietnia 2014 r.). W takim brzmieniu projektowany przepis trafił również do prac parlamentarnych (Sejm RP, 2014a, s. 21). Jednocześnie na etapie pracy w komisjach sejmowych po pierwszym czyta-

niu projektu ustawy w ramach posiedzenia podkomisji ds. jakości kształcenia i wychowania przyjęto (Sejm RP, 2014b) ostatnią zmianę brzmienia tego przepisu służącą jego doprecyzowaniu. Ostatecznie zakazem z art. 22d ust. 1 pkt 2 u.s.o. objęto „oferowanie sprzedaży podręcznika wyłącznie z innym podręcznikiem lub dodatkowymi materiałami dydaktycznymi przeznaczonymi dla ucznia”.

Dla obu zakazów ujętych w omawianym przepisie elementem wspólnym jest to, że odnoszą się one do praktyk podmiotów profesjonalnych działających po stronie podażyowej na rynku podręczników szkolnych. Specyfika pierwszego z nich wynika z objęcia jego zakresem szczególnej relacji między takimi podmiotami — choć nie zostały one w art. 22d ust. 1 pkt 1 u.s.o. wskazane bezpośrednio — z jednej strony, a szkołą i nauczycielami z drugiej strony. To ostatnie nie oznacza bynajmniej, że przepis ten reguluje w sposób zupełny takowe relacje. Nie odnosi się bowiem do takich choćby praktyk, jak organizowanie sprzedaży bezpośredniej podręczników i materiałów edukacyjnych na terenie szkół.

Z kolei art. 22d ust. 1 pkt 2 u.s.o. dotyczy w tym kontekście stosunku pomiędzy sprzedawcą podręczników a jego nabywcą. Przy czym zakładając nawet, że w tej drugiej kategorii podmiotów (nabywcy) znaleźć się mogą szkoły, to koncentruje się on głównie na interesach konsumentów (w tym głównie rodziców) dokonujących zakupu podręczników dla potrzeb edukacyjnych (swoich dzieci). Kwestią ściśle powiązaną z tym ujęciem podmiotowym jest również problem swobody decyzyjnej podmiotów uczestniczących w obrocie podręcznikami. Z tym że oba zakazy łączy to, iż ingerują one w swobodę zachowań podmiotów profesjonalnych, w założeniu chroniąc swobodę decyzyjną podmiotów pośrednio (poprzez wybór podręczników dokonywanych przez szkołę) lub bezpośrednio (rodzice, uczniowie) nabywających takie towary. Z uwagi na złożoność przesłanek składających się na każdy z zakazów, uzasadnione jest odrębne ich zaprezentowanie (o czym poniżej).

Omówienie obu zakazów z art. 22d u.s.o. warto poprzedzić jeszcze kilkoma uwagami na temat terminologii. Doprecyzowania wymaga bowiem używane dotąd w sposób zbiorczy pojęcie podręcznika. Po pierwsze, ma ono swoją wyraźną definicję legalną w art. 3 pkt 23 u.s.o., podobnie zresztą jak dwa pozostałe określenia, którymi posłużono się w pierwszym z omawianych tutaj zakazów, tj. „materiał edukacyjny” (art. 3 pkt 24 u.s.o.) oraz „materiał ćwiczeniowy” (art. 3 pkt 25 u.s.o.). Zostały one wprowadzone do prawa oświatowego właśnie wraz z tzw. nowelą podręcznikową z 2014 r. Jednocześnie dwie pierwsze spośród wyżej wskazanych definicji (art. 3 pkt 23–24 u.s.o.) zostały ostatnio zmienione ustawą z 22.11.2018 r. o zmianie ustawy — Prawo oświatowe, ustawy o systemie oświaty oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 2245).

W słowniczku wyrażeń ustawowych nie znajdziemy z kolei sformułowania „dodatkowy materiał dydaktyczny przeznaczony dla ucznia”, które stanowi istotne znamię drugiego z omawianych zakazów (art. 22d ust. 1 pkt 2 u.s.o.). Co więcej, pojęcie to występuje w ustawie o systemie oświaty również w kontekście ustawowych warunków dopuszczenia podręcznika do użytku szkolnego. W art. 22ao ust. 3 pkt 4 lit. b u.s.o., gdzie wskazano, czego nie powinien zawierać dany

podręcznik, by mógł zostać dopuszczony do obrotu, mowa o „opracowanych przez określonego wydawcę dodatkowych materiał[ów] dydaktycznych przeznaczonych dla ucznia” (Sejm RP, 2014a, s. 27). W uzasadnieniu projektu ustawy materiały te określono jako „inne materiały komercyjne” (Sejm RP, 2014a, s. 27), a w efekcie zakaz posługiwania się nimi pozostaje ściśle powiązany z zakazem regulowanym w art. 22d ust. 1 pkt 2 u.s.o.

Zakres znaczeniowy wyżej wskazanych pojęć ma bezpośrednio przełożenie na pole zastosowania praktyk objętych regulacją w art. 22d u.s.o. Tymczasem już choćby na tle porównania dwóch ostatnich wyżej przywołanych pojęć („materiał ćwiczeniowy” oraz „dodatkowy materiał dydaktyczny przeznaczony dla ucznia”) ich rozróżnienie może nastroczać pewne trudności, szczególnie wobec występowania w ustawie choćby takich kategorii pojęciowych jak „środek dydaktyczny”. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że w terminologii z zakresu pedagogiki szczególną uwagę poświęca się pojęciu podręcznika (Półturzycki, 2005, s. 461). Z kolei jako termin nadrzędny dla wyżej wymienionych wskazuje się na „pomocę (naukowe) dydaktyczne” (Kupisiewicz, Kupisiewicz, 2009, s. 138, 176; Okoń, 2007, s. 321, 412; Półturzycki, 2005, s. 651). W cytowanej literaturze mianem „materiału dydaktycznego” określa się z kolei „materiały przygotowane do wykorzystania dzięki urządzeniom technicznym” (Półturzycki, 2005, s. 654), a wśród ich przykładów wymienia: „testy, sprawdziany, materiały programowane, fotografie, fotokopie, ilustracje, wskazówki metodyczne i wyjaśnienia dla uczniów”. Taki sposób rozumienia tego pojęcia — odpowiadający terminologii wypracowanej w obszarze pedagogiki — powinien zostać odzwierciedlony w przepisach. Tymczasem, jak pokazują to materiały przywołane poniżej (por. uwagi w pkt 4), zbieżność taka nie występuje, co dodatkowo utrudnia odczytanie intencji ustawodawcy oraz prawidłowego znaczenia wprowadzanej regulacji.

### Nieuczciwe wpływanie na decyzję o wyborze podręcznika, materiału edukacyjnego lub ćwiczeniowego

Pierwszym z zakazów uregulowanych w art. 22d ust. 1 u.s.o. jest „oferowanie, obiecywanie lub udzielanie szkołom lub nauczycielom jakichkolwiek korzyści w sposób pośredni lub bezpośredni w zamian za dokonanie wyboru określonych podręczników, materiałów edukacyjnych lub materiałów ćwiczeniowych” (art. 22d ust. 1 pkt 1 u.s.o.). Omówienie tego przepisu należy rozpocząć od przywołania *ratio legis*, na jakie wskazywano na etapie jego projektowania. Uzasadniając potrzebę wyeliminowania nieuczciwych prób wpływania w drodze zachęt materialnych na wybór podręcznika, MEN odsyła do kierowanych do resortu skarg, których przedmiotem miało być „oferowanie szkołom różnego rodzaju korzyści rzeczowych w zamian bądź w związku z dokonaniem wyboru określonego podręcznika” (Sejm RP, 2014a, s. 30–31). W dalszej kolejności wymieniono umowy, które miały dotyczyć „bezpłatnego udostępniania lub sprzedaży po symbolicznych

stawkach sprzętu elektronicznego wykorzystywanego w szkołach do celów dydaktycznych (rzutniki, projektory, laptopy, tablety). Wspomniany sprzęt trafiał do szkół na bardzo atrakcyjnych warunkach, najczęściej w zamian za deklarację, że w danej szkole używane będą podręczniki z oferty konkretnego wydawcy” (Sejm RP, 2014a, s. 30–31). Jak podkreśla się w cytowanych tutaj materiałach, przypadki takich praktyk „potwierdziły kontrole doraźne i planowe przeprowadzone przez kuratorów oświaty” (Sejm RP, 2014a, s. 30–31).

Materiały legislacyjne w żaden sposób nie pozwalają na wyjaśnienie, jaka była skala sygnalizowanych praktyk. Umożliwiłyby to choćby ocenę adekwatności przyjętych przez ustawodawcę narzędzi. Byłoby to istotne o tyle, że — jak wskazują choćby wcześniejsze reakcje resortu na pojedyncze interpelacje i zapytania ze strony posłów (Ministerstwo Edukacji Narodowej, 2013b; Ministerstwo Edukacji Narodowej, 2013c) i senatorów (Ministerstwo Edukacji Narodowej, 2013d), ale także wystąpienia takich organów jak Rzecznik Praw Obywatelskich (Ministerstwo Edukacji Narodowej, 2013a) — praktyki analogiczne do tych, jakie obejmuje art. 22 ust. 1 pkt 1 u.s.o., jeszcze przed przyjęciem tego przepisu kwalifikowane były jako bezprawne. Taką ocenę sformułowano dodatkowo na gruncie przepisów ówczesnie obowiązującej ustawy o systemie oświaty, a więc w ramach branżowej publiczno-prawnej regulacji.

W powyższym kontekście zrozumiałe było krytyczne stanowisko wobec propozycji wprowadzenia do u.s.o. regulacji o charakterze antykorupcyjnym, jakie zajął Związek Nauczycielstwa Polskiego (ZNP). W sposób ogólny ZNP ocenił projektowane przepisy jako zbędne z uwagi na istniejące przepisy zakazujące korupcji oraz jednocześnie „niestosowne w kontekście przepisów określających obowiązki nauczyciela, w tym rzetelną realizację zadań, wspieranie każdego ucznia w jego rozwoju oraz kształtowanie u uczniów postaw moralnych” (Rządowe Centrum Legislacji, 2014g, s. 4).

Jednocześnie warto wskazać, że krótko po wejściu w życie omawianej noweli u.s.o. zagadnienie dostępności podręczników szkolnych było przedmiotem zainteresowania Najwyższej Izby Kontroli (NIK). Zasadniczym celem kontroli przeprowadzonej przez NIK w pierwszej połowie 2015 r. (co istotne, okres objęty kontrolą obejmował lata 2012–2015, a więc trudno traktować wyniki tej kontroli jako podstawę dla oceny skutków obowiązywania omawianej regulacji) była ocena systemu zapewniania uczniom dostępu do podręczników szkolnych. Opierając się na materiałach analogicznych do tych, którymi dysponował choćby resort edukacji podczas prac nad ustawą (badania prowadzone przez kuratorów oświaty w roku szkolnym 2013/2014), ale także własnych (badanie kwestionariuszowe NIK z maja 2015 r.), NIK stwierdził „znaczne zmniejszenie ryzyka przyjmowania przez szkoły w drodze darowizny lub w innej formie od wydawców podręczników lub podmiotów dokonujących obrotu podręcznikami sprzętu komputerowego oraz innych urządzeń lub pomocy dydaktycznych w związku z dokonaniem wyboru określonego podręcznika” (Najwyższa Izba Kontroli, 2015, s. 12). W tym samym miejscu w raporcie pokontrolnym pojawia się stanowisko wskazujące, że „nowe rozwiązania prawne związane z zakupem przez szkoły od wydawców podręczników materiałów

edukacyjnych i ćwiczeniowych dotowanych z budżetu państwa zwiększają ryzyko wystąpienia zjawisk korupcyjnych, które wymaga stałego monitorowania” (Najwyższa Izba Kontroli, 2015, s. 12). Na tle cytowanego tutaj raportu NIK wyłania się zaskakujący obraz potencjalnie sprzecznych ocen towarzyszących nowej regulacji. Z jednej bowiem strony materiały źródłowe zdają się sugerować obniżenie ryzyka negatywnych zjawisk, a z drugiej nowa regulacja — wymierzona przeciwko tym zjawiskom — ma owo ryzyko zwiększać.

Problematyka zwalczania korupcji w wymiarze rynkowym nie jest oczywiście całkowicie obca polskiemu prawu zwalczania nieuczciwej konkurencji. Warto w tym miejscu przywołać przede wszystkim przykład art. 15a u.z.n.k., który stanowił jeden z pierwszych stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji wprowadzonych do rozdziału 2 tej ustawy od czasu jej uchwalenia<sup>1</sup>. Tłem tej nowelizacji była potrzeba dostosowania polskiego prawa do wymogów płynących z Konwencji OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych sporządzonej w Paryżu 17.12.1997 r. (Dz.U. z 2001 r. Nr 23, poz. 264). Ustawowe narzędzia towarzyszące wdrażaniu standardów konwencyjnych w pierwotnym zakresie były znacznie szersze niż może na to wskazywać odniesienie do art. 15a u.z.n.k. W tym celu na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przewidziano bowiem odrębny rozdział 3a „Odpowiedzialność przedsiębiorców za przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną”, wprowadzający przepisy z zakresu administracyjnej odpowiedzialności osób prawnych jako twór wówczas całkowicie nowy w ramach krajowego porządku prawnego. Przepisy tego rozdziału zostały wkrótce usunięte z u.z.n.k. w związku z przyjęciem nowej ustawy z 28.10.2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. z 2019 r. poz. 628 ze zm.) i ostatecznie podzieliły jej los. Niemniej jednak wskazany powyżej delikt i towarzyszące mu zmiany pozostałych przepisów u.z.n.k.<sup>2</sup> pozostają śladem ówczesnej rozbudowanej reformy polskiego prawa zrealizowanej celem stworzenia w krajowym systemie prawnym jednolitego i bardziej skutecznego instrumentarium zwalczania korupcji (Sejm RP, 2000, s. 21).

Porównanie brzmienia art. 22d ust. 1 pkt 1 u.s.o. z art. 15a u.z.n.k. pozwala na przyjęcie, że zakresy obu przepisów pokrywają się. W szczególności przy uwzględnieniu znamion czynności sprawczej określonych w art. 229 ustawy z 6.06.1997 r. — Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.) („udziela albo obiecuje udzielić”), które na gruncie art. 15a u.z.n.k. są równocześnie znamionami stypizowanego w tym przepisie czynu nieuczciwej konkurencji, można dojść do wniosku, iż przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną dokonane przez podmioty zindywidualizowane w pkt 1–3 art. 15a u.z.n.k. będzie obejmowało zasadniczo zachowania z art. 22d ust. 1 pkt 1 u.s.o. („oferowanie, obiecywanie lub udzielanie”). Zakaz ujęty w u.s.o. ma z tej perspektywy charakter powszechny, a zatem jego sprawcą może być każdy, co na gruncie u.z.n.k. może budzić pewne wątpliwości w kontekście choćby biernej legitymacji procesowej. Nie zmienia to jednak powyższej konstatacji.

Podobnie należy ocenić posłużenie się istotnym dla zastosowania art. 15a u.z.n.k. określeniem „osoba pełniąca funkcję

publiczną”, które obejmuje swoim zakresem także pojęcie nauczyciela. Tym ostatnim posłużono się wprawdzie w liczbie mnogiej, co pozwala przyjąć, iż sięgnięcie po taką formę fleksyjną powinno wyłączać spod zakazu praktyki, których adresatami jest osoba konkretnego nauczyciela lub pojedyncza, zindywidualizowana szkoła. Wątpliwe jest wprawdzie, czy taka interpretacja jest w pełni zgodna z *ratio legis* wskazanego przepisu u.s.o. Jednak z uwagi na jego ingerencyjny charakter, nie widać powodów, by przypisywać mu szersze znaczenie niż to, które wynika z zastosowania reguł wykładni językowej.

Znacznie bardziej problematyczne jest uczynienie z adresatów zakazanych w u.s.o. działań „szkół”. Po pierwsze, odnosi się ono jedynie do tego jednego typu jednostek organizacyjnych, które stanowią element systemu oświaty, a które wskazuje choćby art. 2 ustawy z 14.12.2016 r. — Prawo oświatowe (Dz.U. z 2019 r. poz. 1148 ze zm.), dalej pr. ośw. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na konsekwencje umieszczenia art. 22d u.s.o. w rozdziale 3 ustawy zatytułowanym „Zarządzanie szkołami i placówkami publicznymi”. Posiłkując się wykładnią systemową, zasadne będzie w tym przypadku automatyczne zawężenie zakresu jego stosowania do stosownych ofert lub obietnic składanych wobec szkół jedynie publicznych lub ich nauczycieli. W materiałach legislacyjnych w żadnym miejscu nie wyjaśniono przyczyny dla odmiennego traktowania szkół publicznych oraz niepublicznych. Na tle prawa oświatowego przyjmuje się (Pilich, 2018, s. 62) wprawdzie, iż zakres standardów przyjętych dla szkół niepublicznych jest co do zasady węższy niż w przypadku szkół publicznych. Może to stanowić wytłumaczenie dla rezygnacji z rygorów przewidzianych w art. 22d u.s.o. wobec tej kategorii szkół. Choć jednocześnie nie można zapominać, że nie są one wyłączone z systemu finansowania oświaty. Być może również fakt relatywnie niewielkiej liczby szkół niepublicznych (wg danych za 2018 r. stanowią one bowiem niewiele ponad 10% ogółu szkół podstawowych w Polsce — zob. Główny Urząd Statystyczny, 2018, s. 117 i n.) w krajowym systemie oświaty spowodował, że nie ujęto ich w zakresie omawianego przepisu. Trudno jednak zgodzić się, by takie rozwiązanie było w pełni konsekwentne. Ponadto brak jest racjonalnych przesłanek uzasadniających taki rodzaj różnicowania pozycji prawnej szkół oraz nauczycieli szkół jednego i drugiego typu.

Niezależnie od powyższego, takie bezosobowe ujęcie adresata działań sprawcy czynu z art. 22d ust. 1 pkt 1 u.s.o. poprzez wskazanie szkół jest problematyczne również z innego punktu widzenia. Na tle tak ujętych przesłanek powstaje bowiem wątpliwość co do tego, jak należy traktować praktyki rynkowe w postaci choćby reklamy podręczników. Czy z uwagi na szeroki krąg potencjalnych adresatów (rodzice, nauczyciele, szkoły) konkretny przekaz reklamowy zachęcający lub nakłaniający do zakupu podręczników i przykładowo przyznający jedynie rabat cenowy za wybór określonych materiałów nie będzie mógł zostać potraktowany jako naruszenie omawianego zakazu? Zresztą powyższe zastrzeżenie dotyczy nie tylko korzyści cenowych. Można je równie dobrze odnieść do („jakichkolwiek”) korzyści o innym charakterze, szczególnie tych niematerialnych, które są naturalnym narzędziem różnicowania konkurencyjnych produktów na rynku (w tym także wydawniczym). Oczywiście przy założeniu możliwie ści-

słej interpretacji ryzyko stosowania tego przepisu wobec przekazów marketingowych jest zminimalizowane. Jednak „mrozący efekt”, jaki może wywołać tak sformułowany zakaz, prowadzić może do ograniczenia samych praktyk reklamowych i eliminacji z ich treści elementów, które mogą zostać odczytane jako korzyści dla szkoły czy nauczyciela.

Szerokie ujęcie przesłanki „jakichkolwiek korzyści w sposób pośredni lub bezpośredni” dla szkół lub nauczycieli wręcz potwierdza powyższe wątpliwości. Określenie „w zamian za dokonanie wyboru” pozwala — ponownie przy wykorzystaniu dyrektyw wykładni systemowej — powiązać owe korzyści z procedurą wyboru przewidzianą w art. 22ab u.s.o. Rzut oka na tę rozbudowaną regulację uzasadnia twierdzenie, iż w reglamentowanym ustawowo procesie decyzyjnym, rozumianym jako wybór podręcznika czy innego materiału edukacyjnego, można wyróżnić cały szereg etapów (m.in. propozycja, opinia, ustalenie), w które zaangażowane są różne podmioty (zespół nauczycieli, rada pedagogiczna, rada rodziców, dyrektor szkoły) funkcjonalnie ze sobą powiązane. Skoro celem ustawodawcy — jak się wydaje — było uwolnienie owego procesu decyzyjnego wiążącego się z wyborem podręczników czy pozostałych materiałów od nadmiernego nacisku „z zewnątrz”, który mogłyby zniekształcić jego przebieg, to jako lukę w tak rozumianej konstrukcji można potraktować pominięcie w brzmieniu art. 22d ust. 1 pkt 1 u.s.o. rady pedagogicznej czy rady rodziców, które mają także swój konkretny udział — choć zgodnie z art. 22ab ust. 4 u.s.o. wyłącznie jako organy opiniotwórcze — w powyższej procedurze.

Uzupełnienie takiej „luki” w drodze interpretacji nie wydaje się uzasadnione z uwagi na istotę prezentowanego tutaj zakazu (ingerencja w swobodę praktyk marketingowych). W tym kontekście rada pedagogiczna, będąca w myśl art. 69 ust. 1 pr. ośw. kolegialnym organem szkoły, może być wprawdzie objęta zakresem pojęcia szkoły, użytym w omawianym przepisie. Nie sposób jednak w analogiczny sposób potraktować rady rodziców, która zgodnie z art. 83 pr. ośw. stanowi jeden z podstawowych społecznych organów w systemie oświaty. Wskazane powyżej wątpliwości interpretacyjne nie zamykają listy zastrzeżeń, które można zasadnie kierować wobec omawianego tutaj przepisu (por. Pilich, 2015, s. 544).

### **Sprzedaż wiązana podręczników i innych materiałów dydaktycznych**

Artykuł 22d ust. 1 pkt 2 u.s.o. jako czyn nieuczciwej konkurencji typizuje „oferowanie sprzedaży podręcznika wyłącznie z innym podręcznikiem lub dodatkowymi materiałami dydaktycznymi przeznaczonymi dla ucznia”. Jest to drugi z zakazów wprowadzonych nowelą u.s.o. z 2014 r. Podobnie jak w przypadku przepisu zaprezentowanego powyżej, odnosi się on do działań przedsprzedażowych podmiotów działających na rynku podręczników szkolnych. Swoim zakresem obejmuje praktyki powiązane jeszcze ściślej z samą sprzedażą podręcznika. Chodzi w nim bowiem o określony sposób oferowania sprzedaży podręcznika jedynie w połączeniu z innym produktem

w postaci podręcznika lub dodatkowych materiałów dydaktycznych przeznaczonych dla ucznia.

U podstaw negatywnej oceny praktyk odzwierciedlonych w brzmieniu omawianego przepisu leży przekonanie projektodawcy, iż powodują one „zwiększenie cen zakupu podręczników” (Sejm RP, 2014a, s. 31). W uzasadnieniu wskazuje się przy tym na działania takie, jak łączenie sprzedaży podręczników „z różnego rodzaju materiałami edukacyjnymi (kartami pracy, wyprawkami, zeszytami), jak również innymi środkami dydaktycznymi (piórniki, linijki itd.)” (Sejm RP, 2014a, s. 31). Dowodem ich występowania miałyby być przykłady docierających do resortu edukacji sygnałów „o braku możliwości zakupu pojedynczych elementów zestawu, w szczególności zeszytów ćwiczeń w przypadku pakietów do edukacji wczesnoszkolnej” (Sejm RP, 2014a, s. 31) czy sprzedaży „podręczników w zestawie z innymi materiałami niepodlegającymi dopuszczeniu do użytku szkolnego” (Sejm RP, 2014a, s. 41) oraz ograniczeń „w możliwości zakupu pojedynczych elementów zestawu” (Sejm RP, 2014a, s. 41). Źródłem informacji potwierdzających takie praktyki rynkowe miały być skargi kierowane do MEN, a także kontrole doraźne i planowe przeprowadzone przez kuratorów oświaty. Materiały legislacyjne nie zawierają jednak bliższych danych odzwierciedlających skalę takich zjawisk.

Jednocześnie obraz tego segmentu rynku wydawniczego wyłaniający się z tych materiałów potwierdzają publikacje zarówno NIK, jak i UOKiK, które ukazały się niestety już po wejściu w życie noweli u.s.o. z 2014 r. W raporcie NIK opierającym się w znacznej mierze na danych przedstawionych przez resort edukacji wskazano zjawiska odnotowane na rynku, w tym pakietowanie podręczników (Najwyższa Izba Kontroli, 2015, s. 7). Z kolei UOKiK, potwierdzając dotychczasowe dane sygnalizujące wzrost cen podręczników szkolnych (Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, 2015, s. 3) na podstawie danych rynkowych zgromadzonych w ramach ówczesnej interwencji (niebędącej zresztą przejawem stałego monitorowania rynku — odmiennie: Balicki, 2016, s. 403), uznał, iż zidentyfikowane różne strategie w zakresie zarządzania cenami i kosztami pakietów podręczników szkolnych stanowią odzwierciedlenie realiów rynkowych. Jednocześnie biorąc pod uwagę ramy prawne towarzyszące działalności wydawniczej na tym rynku, stwierdził „istotną dysfunkcyjność rynku podręczników” (Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, 2015, s. 3 i n.). Zdaniem UOKiK polega ona na tym, że w odróżnieniu od normalnie funkcjonujących rynków, gdzie konsument wybiera towar, a także za niego płaci, na rynku podręczników szkolnych „rodzice i opiekunowie uczniów są zasadniczo tylko płatnikami, nie mając jednak wpływu na wybór podręcznika. Wyboru takiego dokonuje co do zasady nauczyciel i to o niego, jako decydenta, konkurują wydawcy podręczników” (Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, 2015, s. 3–4).

Na podstawie analizy ekonomicznej takiego rynku UOKiK jednoznacznie wskazuje, iż konsekwencją niewielkiej zdolności konsumentów do opierania się podwyżkom cen jest możliwość ich ustalania na coraz wyższym poziomie przez wydawców. Warto przyrzeć się tej konkluzji nieco bliżej, kontrastując ją bowiem z twierdzeniem zaczerpniętym z uzasadnienia

do noweli u.s.o. z 2014 r. Tutaj projektodawca wskazuje, iż pakietowanie stanowi przykład praktyki skutkującej wzrostem cen podręczników. Stanowisko UOKiK jest zgoła odmiennie. Odnosząc się do różnych wariantów praktyk obserwowanych na rynku Urząd ocenia sam mechanizm pakietowania jako uzasadniony ekonomicznie (Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, 2015, s. 5). Wzrost cen wiąże natomiast z rosnącą presją konkurencyjną związaną z koniecznością dostosowywania jakości bieżącej oferty do potrzeb nauczyciela decydującego o wyborze konkretnego podręcznika. Wprowadzanie na rynek coraz atrakcyjniejszych, bardziej urozmaiconych produktów powoduje wzrost kosztów produkcji, a co za tym idzie — także cen finalnych produktów. Tak jak podkreśla to UOKiK, ta paradoksalna sytuacja jest wynikiem atypowej organizacji rynku poddanego silnej reglamentacji. Tym samym uznanie, że zakaz z art. 22d ust. 1 pkt 2 u.s.o. jest uzasadniony, gdyż wskazane w nim praktyki rzekomo powodują „zwiększenie cen zakupu podręczników”, nie jest uprawnione. W każdym razie nie można go traktować w kategoriach poprawnej diagnozy sytuacji rynkowej. To bowiem sposób organizacji rynku kształtujący się pod dyktando kolejnych regulacji ustawowych powoduje takie, a nie inne pozycjonowanie się funkcjonujących na nim podmiotów. Ich ostateczna sytuacja, w tym charakterystyczne po stronie popytowej rozdzielenie roli konsumentów (rodziców) ponoszących ciężar ceny zakupu produktu od roli nauczycieli (szkół) decydujących o wyborze konkretnego produktu do zakupienia, a tym samym mających wpływ na politykę sprzedażową przedsiębiorców, jest pochodną konkretnych ram regulacyjnych. Skoro zatem to działania ustawodawcy mają decydujący wpływ na obraz rynku, w tym także rosnące ceny oferowanych na nim produktów, kolejna prawna ingerencja — tym razem wymierzona w zachowania przedsiębiorców — dokonywana w celu zahamowania wzrostów cen — wydaje się rozwiązaniem co najmniej niezrozumiałym.

Warto w tym miejscu przywołać nieprawomocny wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10.05.2016 r., I C 690/15, LEX nr 2088272, który zapadł wprawdzie na tle przepisów służących ochronie dóbr osobistych, ale w jego tło prawne wpisuje się również art. 22d u.s.o., w szczególności problematyka odróżniania sprzedaży związanej od sprzedaży pakietowej (Małobęcki, 2013, s. 8–11; Nestoruk, 2018, s. 462). W sprawie tej sąd odniósł się do praktyki oferowania podręczników w pakiecie, którego cena odpowiadała kwocie dotacji celowej na danego ucznia, przy czym cena pakietu podręczników była taka sama jak suma cen jednostkowych poszczególnych podręczników, a jednocześnie istniała możliwość zakupu podręczników poza pakietem. Co więcej, w okolicznościach tej sprawy wydawnictwo oferowało nie tylko pakiety złożone z jego własnych podręczników, ale również z podręczników innych wydawnictw, w zależności od preferencji nauczycieli danego przedmiotu w konkretnej szkole. Również w tym przypadku sąd nie doszukał się działań naruszających reguły uczciwego współzawodnictwa rynkowego.

Z krytyczną oceną art. 22d ust. 1 pkt 2 u.s.o. spotkał się już na etapie prac legislacyjnych. Na tle przyjętego pierwotnie brzmienia tego przepisu Rządowe Centrum Legislacji jeszcze w toku uzgodnień międzyresortowych sygnalizowało wątpli-

wości interpretacyjne, z których największą wagę wydaje się mieć kwestia zgodności tego przepisu z konstytucyjnymi zasadami wolności działalności gospodarczej oraz proporcjonalności (Rządowe Centrum Legislacji 2014d, s. 3; Rządowe Centrum Legislacji 2014h, s. 2). Z kolei Prezes UOKiK w swoich wystąpieniach nie tylko zakwestionował zasadnicze rozwiązanie noweli u.s.o. z 2014 r. w postaci tzw. darmowego podręcznika dla klas I–III (Rządowe Centrum Legislacji 2014e, s. 2–3), ale poddał krytycznej analizie zasadność typizowania działań przedsiębiorców określonych w projektowanym art. 22d u.s.o. jako czynów nieuczciwej konkurencji. Powołując się na otwarty katalog tzw. nazwanych (stypizowanych) czynów nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 2 u.z.n.k. oraz funkcje klauzuli generalnej z ust. 1 tego przepisu, uznał, iż działania opisane w projektowanym art. 22d u.s.o. „już obecnie mogą zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji” (Rządowe Centrum Legislacji 2014e, s. 5; por. Karolczak, 2013, s. 8–9).

Takie prorynkowe i prokonkurencyjne jednocześnie stanowisko Prezesa UOKiK wydaje się na pierwszy rzut oka w pełni zrozumiałe w kontekście ustawowych kompetencji tego organu. Nie uwzględnia jednak dostatecznie atypowego charakteru rynku podręczników szkolnych. Dysfunkcjonalność tego rynku Prezes UOKiK dostrzegł wprawdzie w swoim późniejszym wyżej cytowanym (Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, 2015, s. 5) wystąpieniu, ale nie mogło ono już wpłynąć na ostateczny kształt omawianej regulacji. W toku prac legislacyjnych wątpliwości natury prawnej zgłaszane przez wyżej cytowane organy nie zostały zresztą uwzględnione.

### **Sprzedaż podręczników szkolnych w prawie niemieckim — uwagi prawnoporównawcze**

Koncentrując się na krajowych regulacjach, nie warto tracić z pola widzenia nieco szerszej perspektywy prawno-regulacyjnej. Książka jako medium słowa pisanego poprzez swój językowo-tekstowy wymiar pozostaje niewątpliwie ściśle związana z kręgiem odbiorców funkcjonujących w określonej przestrzeni społeczno-gospodarczej, której granice wyznacza znajomość danego języka. Widziane z tej perspektywy rynki książki zazwyczaj pokrywają się w swoim zasięgu geograficznym z obszarem danego państwa (danych państw). Jeśli połączyć ten aspekt ze szczególnym charakterem wydawnictw szkolnych stanowiących element rynku powiązany z systemem oświaty danego państwa, uzasadnione jest wyróżnianie rynków krajowych jako właściwych w aspekcie przestrzennym dla tego typu produktów. Widać to doskonale na przykładzie Republiki Federalnej Niemiec, który zostanie po krótko zaprezentowany poniżej.

Specyfika prawa niemieckiego daje się dostrzec już w wymiarze prawa oświatowego, które — zgodnie z wyrażoną w niemieckiej ustawie zasadniczej z 1949 r. (niem. *Grundgesetz*) zasadą federalizmu (art. 30 w zw. z art. 7 ust. 1 *Grundgesetz*) — pozostaje w zakresie kompetencji krajów związkowych (landów). W konsekwencji to poszczególne kraje zwią-

kowe na podległym im obszarze przyjmują i stosują własne przepisy z zakresu prawa oświatowego (przegląd aktualnie obowiązujących regulacji zob.: Kultusministerkonferenz, 2019) potocznie określane mianem ustaw o szkolnictwie (niem. *Schulgesetze*). Przykładowo w Brandenburgii taką regulację stanowi krajowa ustawa o szkołach w kraju związkowym Brandenburgia (BbgSchulG)<sup>3</sup>. W zakresie interesujących tutaj zagadnień zawiera ona (ogólne) przepisy dotyczące zasad dopuszczania do użytku materiałów edukacyjnych, w tym podręczników szkolnych (§ 14 BbgSchulG). Jednocześnie również w sposób ogólny odnosi się do kwestii prowadzenia na terenie szkół działalności gospodarczej (§ 47 ust. 3 BbgSchulG). W tym ostatnim zakresie statuuje ona względny zakaz sprzedaży przedmiotów każdego rodzaju, dystrybucji powiązanych z nią ogłoszeń i reklam, zbierania zamówień oraz zawierania jakichkolwiek transakcji. Od tego wyjątku dopuszczono wyjątki uzasadnione m.in. interesem szkoły.

Dotychczas spory na tle stosowania tego ostatniego przepisu były przedmiotem rozstrzygnięć sądowych w powiązaniu z przepisami z zakresu nieuczciwej konkurencji (UWG)<sup>4</sup>. Przy czym należy w tym miejscu podkreślić, iż w prawie niemieckim nie przewidziano skonkretyzowanych zakazów praktyk analogicznych lub choćby zbliżonych do tych, które wprowadzono w Polsce wraz z przyjęciem art. 22d u.s.o. W kontekście dorobku niemieckiej judykatury szczególnie warto przywołać wyrok Federalnego Trybunału (niem. *Bundesgerichtshof*, BGH) z 20.10.2005 r. (I ZR 112/03). W sprawie będącej przedmiotem tego rozstrzygnięcia chodziło o prawną ocenę porozumienia zawartego przez szkołę z przedsiębiorcą świadczącym usługi fotograficzne. Zaoferował on szkole nieodpłatne przekazanie zestawu sprzętu komputerowego (komputer, monitor, drukarka, oprogramowanie edukacyjne) w zamian za wsparcie ze strony szkoły w przeprowadzeniu jednorazowej akcji fotograficznej adresowanej do uczniów i ich rodziców. Aprobując stanowisko przedsiębiorcy, BGH uznał, że w ocenianym stanie faktycznym nie zachodzi naruszenie zasad uczciwej konkurencji kwalifikowane jako sprzeczność z prawem w rozumieniu § 4 pkt 11 UWG w ówczesnym brzmieniu<sup>5</sup>. Co więcej, w treści uzasadnienia tego orzeczenia BGH wykluczył również, iż w sprawie spełnione zostały znamiona czynów zabronionych na gruncie niemieckiego kodeksu karnego<sup>6</sup> jako przekupstwo (§ 331 oraz § 333 niemieckiego kodeksu karnego)<sup>7</sup>.

Na tle analizowanych tutaj przepisów dotyczących podręczników szkolnych obok wyżej przywołanych regulacji centralne znaczenie ma niewątpliwie obowiązujący w Niemczech system regulacji cen książek. Od 2002 r. jest on ujęty w formie federalnej ustawy o wiążącej cenie książek (BuchPrG)<sup>8</sup>. Regulacja ta jest jednocześnie hierarchicznie nadrzędna wobec przepisów państw związkowych, a zatem także tych regulujących funkcjonowanie oświaty na terenie danego landu. Warto w tym miejscu dodać, iż w większości krajów związkowych obowiązują systemy scentralizowanego zakupu książek przeznaczonych dla szkół (w przypadku szkół publicznych systemy te podlegają rygorom prawa zamówień publicznych), choć wraz z wejściem w życie omawianej regulacji podmioty prowadzące szkoły (gminy) zyskały pretekst do decentralizacji, przenosząc obowiązki związane z organizacją zakupu

podręczników na szkoły (zob. przykład Bawarii: Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Bayern). Zgodnie z § 1 BuchPrG ustawa ma służyć ochronie książki jako dobra kultury. Tym samym niemiecki ustawodawca w sposób wyraźny wskazuje, że ustalenie wiążących cen książek przy ich sprzedaży finalnym odbiorcom gwarantuje utrzymanie szerokiej oferty wydawniczej. Ustawa zapewnia przy tym, iż taka oferta jest dostępna ogółowi, a jednocześnie wspiera istnienie wielu punktów dystrybucji książek. Łączy tym samym pod szyldem wspierania kultury czytelnictwa potrzebę ochrony interesów czytelników z interesami księgarzy czy podmiotów profesjonalnych działających bezpośrednio wobec finalnych odbiorców książek.

Sprzedaż podręczników szkolnych podlega przepisom BuchPrG, choć to właśnie dla wydawnictw tego rodzaju w ustawie tej przewidziano szczególny wyjątek. W § 7 ust. 3 BuchPrG zezwolono sprzedawcom na przyznawanie określonych upustów cenowych. O wysokości upustu (zgodnie z ustawą może się on mieścić w granicach 8–15%) decyduje liczba zamawianych egzemplarzy lub wartość zamówienia. Poza tym skorzystanie z tej regulacji wymaga spełnienia pozostałych kilku wymogów. Dotyczy ona sytuacji, kiedy zamówienia mają charakter zbiorczy, dotyczą książek przeznaczonych do zajęć szkolnych, a ich nabyciu towarzyszy przeniesienie własności — w uproszczeniu — na podmiot prowadzący szkołę. Ten ostatni warunek jest szczególnie istotny, ponieważ na tle aktualnego orzecznictwa przyjmuje się (Börsenverein des Deutschen Buchhandels, 2018, s. 3–4), iż ustawowy upust nie przysługuje wobec zamówień materiałów edukacyjnych (np. zeszytów do ćwiczeń) nabywanych przez uczniów lub rodziców, nawet jeśli taki zakup jest organizowany przez nich w formie zbiorczej.

Obowiązujący w Niemczech system regulacji cen książek stanowi o specyfice tego rynku. Nie tylko zresztą tego, podobny system obowiązuje bowiem choćby w Austrii. W kontekście transgranicznej wymiany gospodarczej funkcjonowanie tego typu regulacji na obu ww. rynkach krajowych było przedmiotem sporu, w ramach którego rozstrzygane były kwestie zastosowania prawa unijnego (wyrok TSUE z 30.04.2009 r., C-531/07, Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft v. LIBRO Handelsgesellschaft mbH., EU: C: 2009: 276). Wypada nadmienić, iż w Polsce analogiczne rozwiązanie było przedmiotem prac legislacyjnych w minionych latach (2017–2019). Dotyczyły one poselskiego projektu ustawy o jednolitej cenie książki (Sejm RP, 2017; przebieg procesu legislacyjnego zob. <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1704>). W projekcie tym posłużono się analogiczną konstrukcją upustu (rabatu) od jednolitej ceny książki. Miał być on stosowany wobec książek nabywanych przez placówki oświatowe (art. 8 ust. 3 i 4 projektu) lub w przypadku podręczników kupowanych przez stowarzyszenie rodziców uczniów danej szkoły korzystających z danego podręcznika (art. 8 ust. 5 projektu). Z końcem maja bieżącego roku projekt ten został uznany za wycofany na mocy art. 36 ust. 3 Regulaminu Sejmu<sup>9</sup>. W rezultacie w prawie polskim — poza prezentowanymi powyżej przepisami ustawy o systemie oświaty — w dalszym ciągu brak szczególnej ustawowej regulacji prawnej uwzględniającej specyfikę obrotu książka-

mi. W odniesieniu do praktyk marketingowych właściwe jest zatem posiłkowane się przepisami z zakresu zwalczania nieuczciwej konkurencji oraz (w obrocie z udziałem konsumentów) przepisami służącymi przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Nestoruk, 2018, s. 461 i n.). W kontekście wydawnictw edukacyjnych konieczne jest przy tym uwzględnianie szczególnego krajowego reżimu prawnego wynikającego z ram regulacyjnych przyjętych dla oświaty.

## Podsumowanie

Ocena regulacji nowych typów czynów nieuczciwej konkurencji wprowadzonych do polskiego prawa w 2014 r. w ramach tzw. noweli podręcznikowej ustawy o systemie oświaty wydaje się łatwiejsza w ujęciu odnoszącym się do konkretnych znamion tych przepisów niż w ujęciu ogólnym, a więc w odniesieniu do zasadności tej regulacji jako takiej. W innym miejscu wspomniano już o problemie umiejscowienia zakazów z art. 22d u.s.o. (Nestoruk, 2018, s. 459 i n., s. 466; Pilich, 2015, s. 546). Traktując jednak art. 22d u.s.o. jako jeden z wielu elementów noweli z 2014 r., nie sposób pominąć, iż w porównaniu choćby do konstrukcji tzw. darmowego podręcznika same zakazy określonych praktyk stanowią przykład ingerencji prawodawcy w zastane warunki rynkowe o znacznie mniejszym kalibrze niż ów „darmowy podręcznik”. Nie ulega wątpliwości, że również przed wprowadzeniem omawianej regulacji sektor rynku wydawnictw szkolnych miał swoją specyfikę wynikającą głównie z obowiązywania już wówczas rozbudowanej regulacji dotyczącej dopuszczania podręczników do obrotu szkolnego. Próby oceny tego charakterystycznego rynku z użyciem narzędzi ekonomicznych stosowanych na rynkach pozbawionych tak głębokiej reglamentacji nie wydają się poprawne. Uczynił tak UOKiK, sięgając w swojej analizie po model konkurencji doskonałej (Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, 2015, s. 3). Konieczne jest raczej wzięcie pod uwagę publicznego wymiaru dobra, jakim jest edukacja, a także znaczenia, jakie w systemie edukacji mają różnorodne pomoce (dydaktyczne) naukowe, w tym podręczniki (Polcyn, 2017, s. 77 i n.).

Na tle obszernego materiału towarzyszącego noweli u.s.o. z 2014 r. zasadne jest przyjęcie, iż jednym z głównych problemów motywujących ustawodawcę do działania była kwestia kosztów ponoszonych przez rodziców w związku z dostępem ich dzieci do edukacji publicznej. Abstrahując w tym miejscu od tego, na ile powyższe uzasadnienie miało bardziej wymiar polityczny niż ekonomiczny — wszakże sztandarowe rozwiązanie tzw. darmowego podręcznika zostało po stosunkowo krótkim okresie funkcjonowania zarzucone — troska władz, by dobro publiczne, jakim jest edukacja, było dostarczane w odpowiedniej ilości i jakości, wydaje się oczywista. Niestety taka konstatacja nie wyznacza wprost optymalnego rozwiązania (o dostępnych tutaj koncepcjach pisze: Polcyn, 2017, s. 77 i n.), jakim powinno się posłużyć państwo w zakresie finansowania edukacji, nawet w zakresie dostępu do pomocy dydaktycznych. Skoro to kwestia rosnących kosztów podręczników, a zatem problem funkcjo-



nowania mechanizmu cenowego na rynku podręczników szkolnych, miała centralne znaczenie, to nie sposób zaprzeczyć, iż działania ustawodawcy — i to zarówno te wyrażone formie zapewnienia tzw. bezpłatnego podręcznika, jak i zakazów z art. 22d u.s.o. — stanowiły pewną próbę reakcji na zidentyfikowany problem.

Trudno jest przy tym jednoznacznie wyjaśnić, na ile ustawodawca formułując te rozwiązania działał w przekonaniu, że wzrost cen podręczników jest dowodem zawodności mechanizmów rynkowych (*market failure*), w szczególności braku dostatecznej konkurencyjnej presji na ceny towarów dostarczanych na rynek przez rywalizujące na nim podmioty. W badaniu przeprowadzonym przez Prezesa UOKiK już po wejściu w życie noweli z 2014 r. pojawia się twierdzenie wskazujące na dysfunkcjonalność rynku podręczników szkolnych (Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, 2015, s. 3 i n.). Na tle bliższej analizy dostępnych materiałów wyłania się obraz wskazujący nie na zawodność rynku (konkurencji), ale raczej zawodność regulacji kształtującej obraz tego rynku. Na marginesie warto przypomnieć, że mechanizm rywalizacji rynkowej (konkurencji) jako taki nie stanowi zazwyczaj przyczyny problemów identyfikowanych na danym rynku (Stucke, 2013, s. 173; por. Polcyn, 2017, s. 14). Nie powinien być jed-

nocześnie traktowany jako proste „lekarstwo” na negatywnie oceniane zjawiska na nim występujące.

W przypadku podręczników szkolnych istotniejsze jest uwzględnienie istoty edukacji i jej złożoności jako dobra publicznego, które w wymiarze organizacyjnym (system i proces edukacji), ale i finansowym (szczególnie na styku z rynkiem) może generować wiele problematycznych zjawisk. Jeśli jednak zgodnie z teorią wyboru publicznego (Polcyn, 2017, s. 29–30) decyzja o kształcie systemu edukacji wyraża się w obowiązujących w danym miejscu i czasie przepisach prawnych odnoszących się do tego systemu, to jednak liczne na przestrzeni choćby ostatnich 5 lat przykłady mniej czy bardziej głębokich zmian legislacyjnych wdrożonych w tym obszarze będą raczej źródłem kolejnych, w tym niepożądanych, zjawisk rynkowych w ślad za tym, jak rynek będzie adaptował się do zmian otoczenia regulacyjnego. Brak sporów sądowych, które prowadzone byłyby na tle art. 22d u.s.o., można wprawdzie odczytywać jako zaprzeczenie temu stanowisku, choć jednocześnie nie sposób przesądzać, na ile sam fakt ich obowiązywania nie wywołał pewnego efektu odstraszającego, powstrzymując ich adresatów przed podejmowaniem działań rodzących ryzyko sporu prawnego.

<sup>1</sup> Zob. ustawa z 9.09.2000 r. o zmianie ustawy — Kodeks karny, ustawy — Kodeks postępowania karnego, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawy o zamówieniach publicznych oraz ustawy — Prawo bankowe (Dz.U. Nr 93, poz. 1027).

<sup>2</sup> Por. choćby w omawianym kontekście zakaz ujęty w art. 58 ustawy z 6.9.2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz.U. z 2019 r. poz. 499 ze zm.).

<sup>3</sup> Niem. Gesetz über die Schulen im Land Brandenburg w brzmieniu z 2.08.2002 r. (GVBl. I/02, Nr 08, s. 78 ze zm.).

<sup>4</sup> Niem. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb z 3.07.2004 r. (BGBl. cz. I, s. 1414 ze zm.).

<sup>5</sup> Aktualnie por. § 3a UWG.

<sup>6</sup> Niem. Strafgesetzbuch w brzmieniu z 13.11.1998 r. (BGBl. cz. I s. 3322 ze zm.).

<sup>7</sup> W kontekście oceny karno-prawnej por. wyrok BGH z 26.05.2011 r., 3 StR 492/10.

<sup>8</sup> Niem. Gesetz über die Preisbindung für Bücher z 2.09.2002 r. (BGBl. cz. I, s. 3448 ze zm.).

<sup>9</sup> Uchwała Sejmu RP z 30.07.1992 r. Regulamin Sejmu RP (M. P. z 2012 r., poz. 32 ze zm.).

## Bibliografia

### Literatura

- Balicki, A. (2016). W: W. Lachiewicz, A. Pawlikowska (red.), *Ustawa o systemie oświaty. Komentarz* (403–404), Warszawa: C.H. Beck.
- Börsenverein des Deutschen Buchhandels. *Bayern. Schulbuchgeschäft im Rahmen des Buchpreisbindungsgesetzes*, www.boersenverein.de/de/bayern/Schulbuch/157709 (7.10.2019)
- Börsenverein des Deutschen Buchhandels. (2018). *Die Beschaffung von Schulbüchern unter Berücksichtigung der Buchpreisbindung — Merkblatt für kommunale Schulträger*, www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Merkblatt\_Schulbuchgeschäft\_Schultraeger.pdf (7.10.2019).
- Centrum Prasowe PAP. (2014). *MEN: ustawa „podręcznikowa” wchodzi w życie (komunikat)*, [http://centrumprasowe.pap.pl/cp/pl/news/info/10866,3,men-ustawa-podrecznikowa-wchodzi-w-zycie-\(komunikat\);jsessionid=Jxnu+NUHYbfUDfHyOCEEBaTu.undefined](http://centrumprasowe.pap.pl/cp/pl/news/info/10866,3,men-ustawa-podrecznikowa-wchodzi-w-zycie-(komunikat);jsessionid=Jxnu+NUHYbfUDfHyOCEEBaTu.undefined) (7.10.2019).
- Główny Urząd Statystyczny. (2018). *Oświata i wychowanie w roku szkolnym 2017/18*. Warszawa—Gdańsk: Główny Urząd Statystyczny.
- Karolczak, J. (2014). *Opinia prawna dotycząca pilnego rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o systemie oświaty oraz niektórych innych ustaw* (druk nr 2315), BAS-WAL-915/14, Warszawa: Biuro Analiz Sejmowych. <https://doi.org/10.31268/zpbas.2018.79>.
- Kultusministerkonferenz. (2019). *Schulgesetze der Länder in der Bundesrepublik Deutschland*. (Stand: März 2019), www.kmk.org/dokumentation-statistik/rechtsvorschriften-lehrplaene/uebersicht-schulgesetze.html (6.10.2019).
- Kupisiewicz, Cz., Kupisiewicz, M. (2009). *Słownik pedagogiczny*, Warszawa: PWN.
- Małobęcki, I. (2013). *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji — ekonomiczna i prawna analiza problemu*. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.
- McNulty, P. J. (1968). Economic Theory and the Meaning of Competition. *Quarterly Journal of Economics*, (82), 639–656.
- Ministerstwo Edukacji Narodowej. (2013a). *Odpowiedź MEN na wystąpienie RPO dotyczące kryteriów wyboru podręczników*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/odpowiedz%C5%BA-men-na-wyst%C4%85pienie-dot-kryteri%C3%B3w-wyboru-podr%C4%99cznik%C3%B3w> (07.10.2019).
- Ministerstwo Edukacji Narodowej. (2013b). *Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Edukacji Narodowej — z upoważnienia ministra — na zapytanie nr 4186 w sprawie sytuacji na rynku podręczników szkolnych, w szczególności istniejącego proceduru oferowania przez wydawców podręczników prezentów szkołom w zamian za wybór wskazanego przez nich podręcznika*, <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/Interpelacja-Tresc.xsp?key=3A553C3F> (07.10.2019).

- Ministerstwo Edukacji Narodowej. (2013c). *Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Edukacji Narodowej — z upoważnienia ministra — na interpelację nr 20603 w sprawie stworzenia mechanizmów zapobiegających nieuzasadnionym i „złodziejskim” wręcz podwyżkom cen podręczników szkolnych i innym patologiom związanym z ich sprzedażą*, <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=2A9DC10D> (07.09.2019).
- Ministerstwo Edukacji Narodowej. (2013d). *Pismo Ministra Edukacji Narodowej* (DJE-WPNT-AM-0401-119/2013) z 30.10.2013 r. [https://www.se-nat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/\\_public/k8/dokumenty/stenogram/oswiadczenia/knosala/4002o.pdf](https://www.se-nat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/_public/k8/dokumenty/stenogram/oswiadczenia/knosala/4002o.pdf) (07.10.2019).
- Najwyższa Izba Kontroli. (2015). *Informacja o wynikach kontroli „Dostępność podręczników szkolnych”* (raport nr: KNO-4101-012-00/2014). Warszawa: Najwyższa Izba Kontroli.
- Nestoruk, I. (2018). Główne kierunki rozwoju ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w świetle nowych typów deliktów nazwanych — quo vadis u.z.n.k.?. W: J. Barta i in. (red.), *Qui bene dubitat, bene sciet. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Ewie Nowińskiej* (451–467). Warszawa: Wolters Kluwer Polska. <https://doi.org/10.7172/ikar.5.4.4>.
- Okoń, W. (2007). *Nowy słownik pedagogiczny*, Warszawa: PWN.
- Pilich, M. (2015). *Ustawa o systemie oświaty. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Pilich, M. (2018). Komentarz do art. 8. W: M. Pilich (red.), *Prawo oświatowe oraz przepisy wprowadzające. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Polcyn, J. (2017). *Edukacja jako dobro publiczne — próba kwantyfikacji*. Piła: Wydawnictwo PWSZ w Pile. <https://doi.org/10.18290/reiz.2017.9.4-8>.
- Pólturzycki, J. (2005). W: T. Pilch (red.), *Encyklopedia pedagogiczna* (t. 4). Warszawa: Wydawnictwo Akademickie ŻAK.
- Rychlewski, M. (2013). *Książka jako towar. Książka jako znak. Studia z socjologii literatury*. Gdańsk: Wydawnictwo Naukowe Katedra.
- Stucke, M. E. (2013). Is competition always good? *Journal of Antitrust Enforcement*, (1), 162–197.
- Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. (2015). *Informacja o wynikach analizy działalności przedsiębiorców na rynku podręczników, 7.5.2015 r.* Warszawa: *Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, [https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=11612](https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=11612) (7.10.2019)

### Materiały legislacyjne

- Rządowe Centrum Legislacji. (2014). *Wykaz prac legislacyjnych. Projekt nr UA40*. Utworzony 19.2.2014 r., <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/204462> (07.10.2019). Warszawa: Rządowe Centrum Legislacji.
- Rządowe Centrum Legislacji. (2014a). *Dokument nr 102387 z 19.02.2014 r. Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o systemie oświaty oraz niektórych innych ustaw*. Warszawa: Rządowe Centrum Legislacji.
- Rządowe Centrum Legislacji. (2014b). *Dokument nr 102388 z 18.02.2014 r. Ocena Skutków Regulacji*. Warszawa: Rządowe Centrum Legislacji.
- Rządowe Centrum Legislacji. (2014c). *Dokument nr 105218 z 7.03.2014 r. Pismo Ministra Administracji i Cyfryzacji* (DP-WL. 0210.289.2014). Warszawa: Rządowe Centrum Legislacji.
- Rządowe Centrum Legislacji. (2014d). *Dokument nr 105226 z 11.03.2014 r. Pismo Prezesa Rządowego Centrum Legislacji* (RCL. DPS. 50-27/14). Warszawa: Rządowe Centrum Legislacji.
- Rządowe Centrum Legislacji. (2014e). *Dokument nr 105227 z 7.03.2014 r.* Warszawa: Rządowe Centrum Legislacji.
- Rządowe Centrum Legislacji. (2014f). *Dokument nr 105230 z 4.03.2014 r. Pismo Zastępcy Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów* (DKRM-10-13/14/14). Warszawa: Rządowe Centrum Legislacji.
- Rządowe Centrum Legislacji. (2014g). *Dokument nr 105246 z 17.03.2014 r. Opinia Zarządu Głównego ZNP* (ZPE/022/10/DM/14). Warszawa: Rządowe Centrum Legislacji.
- Rządowe Centrum Legislacji. (2014h). *Dokument nr 107216 z 2.04.2014 r. Pismo Prezesa Rządowego Centrum Legislacji* (RCL. DPS. 50-27/14). Warszawa: Rządowe Centrum Legislacji.
- Rządowe Centrum Legislacji. (2014i). *Dokument nr 108488 z 14.04.2014 r. Ocena Skutków Regulacji*. Warszawa: Rządowe Centrum Legislacji.
- Sejm RP (2000). *Druk nr 1718 z 15.02.2000 r. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy — Kodeks karny, ustawy — Kodeks postępowania karnego, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawy o zamówieniach publicznych oraz ustawy — Prawo bankowe*. Warszawa: Sejm RP.
- Sejm RP (2014a). *Druk nr 2315 z 18.04.2014 r. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o systemie oświaty oraz niektórych innych ustaw*. Warszawa: Sejm RP.
- Sejm RP (2014b). *Posiedzenie podkomisji stała ds. jakości kształcenia i wychowania sejmowej Komisji Edukacji, Nauki i Młodzieży z 14.05.2014 r.* Warszawa: Sejm RP, [http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/transmisje\\_arch.xsp?unid=122169EA761A01B1C1257CD300301ECD](http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/transmisje_arch.xsp?unid=122169EA761A01B1C1257CD300301ECD) (8.10.2019).
- Sejm RP (2017). *Druk nr 1704 z 25.05.2017 r. Poselski projekt ustawy o jednolitej cenie książki*. Warszawa: Sejm RP, [www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1704](http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1704) (7.10.2019).

Księgarnia internetowa Polskiego Wydawnictwa Ekonomicznego  
zaprasza na zakupy **z rabatem 15%**

**www.pwe.com.pl**



# Z PRAKTYKI GOSPODARCZEJ

## Specyfika nowego postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych

Specific of new proceedings in economic case

*dr Tomasz Szczurowski*

Adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Prywatnego na Wydziale Prawa i Administracji  
Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, sędzia sądu okręgowego  
E-mail: t\_szczurowski@uksw.edu.pl; nr ORCID: 0000-0002-2967-0919

### Streszczenie

Przedmiotem niniejszego artykułu jest omówienie zasad dotyczących nowego postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych. Kodeks postępowania cywilnego został w tym zakresie zmieniony ustawą z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1469). W artykule przedstawiono zasadnicze elementy związane z postępowaniem w sprawach gospodarczych, a ukierunkowane na rozpoznanie ich w terminie 6 miesięcy od dnia złożenia odpowiedzi na pozew.

**Słowa kluczowe:** sprawa gospodarcza, postępowanie w sprawach gospodarczych

### Summary

The subject of the article is a new mode of proceedings in a business lawsuit. It is regulated in the Code of Civil Procedure under the Act of 4 July 2019 which will enter into force 3 months after its publication. The author describes this new regulation. He highlights new rules pertaining to bringing of evidence and restrictions related to parties declarations and motions for evidence. He underlines that it should let the court finish the proceedings in six months.

**Key words:** business lawsuit, specific proceedings for a business lawsuit

**JEL:** K22

Przedmiotem niniejszego artykułu jest omówienie zasad dotyczących nowego postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych. Kodeks postępowania cywilnego został w tym zakresie zmieniony ustawą z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1469). W ustawie tej, niezależnie od innych regulacji, ustanowiono postępowanie odrębne w sprawach gospodarczych (art. 458<sup>1</sup> i i n. k.p.c.). Zasadne jest wskazanie najważniejszych odrębności tego postępowania.

### Wstęp

Ustawą z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw ustanowiono nowe postępowanie odrębne w sprawach gospodar-

czych. Przepisy ustawy nowelizującej weszły w tym zakresie w życie 7.11.2019 r. Nowe postępowanie odrębne nie jest jedynie reaktywacją analogicznego rozwiązania ustawowego obowiązującego do 3.05.2012 r. Zasadne jest wobec tego dokonanie przeglądu najważniejszych instytucji tego postępowania, jak również dokonanie ich oceny pod kątem efektywności realizacji zasady szybkości postępowania w sprawach gospodarczych. Poznanie zasad postępowania gospodarczego jest istotne nawet wówczas, gdy postępowanie toczy się również w innym postępowaniu odrębnym. Zgodnie bowiem z art. 458<sup>1</sup> § 2 ustawy z 17.11.1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.), dalej k.p.c., w sprawach gospodarczych rozpoznawanych według przepisów niniejszego działu przepisy o innych postępowaniach odrębnych stosuje się w zakresie, w którym nie są sprzeczne z przepisami niniejszego działu. Nie dotyczy to spraw gospodarczych rozpoznawanych w europejskim

postępowaniu nakazowym, europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń oraz elektronicznym postępowaniu upominawczym.

Przed przejściem do szczegółowej analizy nowej regulacji prawnej należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 458<sup>1</sup> § 1 k.p.c. przepisy o przedmiotowym postępowaniu odrębnym stosuje się w sprawach gospodarczych podlegających rozpoznaniu w procesie. Samo pojęcie sprawy gospodarczej zostało zaś zdefiniowane w art. 458<sup>2</sup> k.p.c., zgodnie z którym sprawami gospodarczymi są sprawy:

1) ze stosunków cywilnych między przedsiębiorcami w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej;

2) określone w pkt 1, choćby którakolwiek ze stron zaprzestała prowadzenia działalności gospodarczej;

3) ze stosunku spółki oraz dotyczące roszczeń, o których mowa w art. 291–300 i art. 479–490 ustawy z 15.09.2000 r. — Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 505 ze zm.);

4) przeciwko przedsiębiorcom o zaniechanie naruszania środowiska i przywrócenie do stanu poprzedniego lub o naprawienie szkody z tym związanej oraz o zakazanie albo ograniczenie działalności zagrażającej środowisku;

5) z umów o roboty budowlane oraz ze związanych z procesem budowlanym umów służących wykonaniu robót budowlanych;

6) z umów leasingu;

7) przeciwko osobom odpowiadającym za dług przedsiębiorcy, także posiłkowo lub solidarnie, z mocy prawa lub czynności prawnej;

8) między organami przedsiębiorstwa państwowego;

9) między przedsiębiorstwem państwowym lub jego organami a jego organem założycielskim lub organem sprawującym nadzór;

10) z zakresu prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego;

11) o nadanie klauzuli wykonalności tytułowi egzekucyjnemu, którym jest orzeczenie sądu gospodarczego prawomocne lub podlegające natychmiastowemu wykonaniu albo ugoda zawarta przed tym sądem;

12) o pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego opartego na prawomocnym lub podlegającym natychmiastowemu wykonaniu orzeczeniu sądu gospodarczego albo ugodzie zawartej przed tym sądem.

W myśl natomiast art. 458<sup>2</sup> § 2 k.p.c. nie są sprawami gospodarczymi sprawy o:

1) podział majątku wspólnego wspólników spółki cywilnej po jej ustaniu;

2) wierzytelność nabytą od osoby niebędącej przedsiębiorcą, chyba że wierzytelność ta powstała ze stosunku prawnego w zakresie działalności gospodarczej prowadzonej przez wszystkie jej strony.

Szczegółowa analiza nowego ujęcia sprawy gospodarczej wraz z oceną jej zakresu została przeze mnie dokonana w artykule opublikowanym w nr 9/2019 „Przeglądu Ustawodawstwa Gospodarczego”. Z tego też względu kwestia ta zostanie aktualnie pominięta.

## Obowiązek wskazania adresu poczty elektronicznej

Zgodnie z art. 458<sup>3</sup> § 1 k.p.c. pozew powinien zawierać również wskazanie adresu poczty elektronicznej powoda albo oświadczenie powoda, że nie posiada takiego adresu, natomiast w myśl art. 458<sup>2</sup> § 2 k.p.c. pierwsze pismo procesowe pozwanego wniesione po doręczeniu odpisu pozwu powinno zawierać również wskazanie adresu poczty elektronicznej albo oświadczenie pozwanego, że nie posiada takiego adresu, o czym poucza się go, doręczając odpis pozwu. Ustawodawca nałożył obowiązek podania zarówno przez powoda, jak i przez pozwanego w sprawach gospodarczych adresu poczty elektronicznej. Powyższe rozwiązania, zwłaszcza w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami (aczkolwiek nie tylko takowych dotyczy omawiane postępowanie) jest rozwiązaniem jak najbardziej poprawnym, albowiem powinno sprzyjać kontaktowaniu się z sądem, a jednocześnie tak istotnej szybkości postępowania. Trzeba jednak dodać, że art. 458<sup>3</sup> k.p.c. nie wymusza na stronach postępowania gospodarczego posiadania adresu poczty elektronicznej. Stanowi on bowiem jednoznacznie, że strona powinna podać takowy adres lub złożyć oświadczenie, że adresu takiego nie posiada. Takie rozwiązanie legislacyjne wydaje się w pełni prawidłowe, zwłaszcza w kontekście podmiotów, które nie są przedsiębiorcami.

Ustawodawca ustanawia jednocześnie dość surowy rygor uchybienia obowiązкови wynikającemu z art. 458<sup>3</sup> § 1 i 2 k.p.c. Zgodnie bowiem z § 3 tego przepisu niespełnienie wymogów, o których mowa w § 1 lub 2, uznaje się za brak formalny pisma uniemożliwiający nadanie mu prawidłowego biegu. Zastosowanie takiego rygoru w przypadku niezłożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 458<sup>3</sup> § 1 i 2 k.p.c., może jednak dziwić, skoro brak jest podstaw do dokonywania wobec strony doręczeń poprzez pocztę elektroniczną. Trudno więc uznać, że brak taki w rzeczywistości uniemożliwia nadanie sprawie biegu. Ustawodawca z pewnością właśnie z tego względu sam zdecydował o kwalifikacji omawianego braku. W praktyce oznacza to, że w przypadku strony niereprezentowanej przez profesjonalnego pełnomocnika zasadne będzie jej wezwanie do usunięcia tego braku formalnego, natomiast w przypadku wniesienia tych pism przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej nastąpi zastosowanie nowego art. 130<sup>1a</sup> § 1 k.p.c., zgodnie z którym jeżeli pismo procesowe wniesione przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, przewodniczący zwraca pismo stronie bez wezwania do jego poprawienia lub uzupełnienia, przy czym w myśl art. 130<sup>1a</sup> § 3 k.p.c. w terminie tygodnia od dnia doręczenia zarządzenia o zwrocie pisma strona może je wnieść ponownie. Jeżeli pismo to nie jest dotknięte brakami, wywołuje skutek od daty pierwotnego wniesienia.

W doktrynie już jednak pojawiało się istotne zagadnienie

dotyczące strony reprezentowanej przez pełnomocnika. W takiej bowiem sytuacji rodzi się pytanie, czy wynikający z art. 458<sup>3</sup> § 1 i 2 k.p.c. obowiązek obciąża wyłącznie stronę procesu, czy także jej pełnomocnika (przedstawiciela ustawowego). T. Szanciło wskazuje, że konstrukcja zastosowana w art. 458<sup>3</sup> § 1 i 2 k.p.c. jest inna od przyjętej w art. 126 § 2 pkt 1 i 1<sup>1</sup> k.p.c., co mogłoby przemawiać za koniecznością złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 458<sup>3</sup> § 1 i 2 k.p.c. jedynie w stosunku do pełnomocnika strony (jej przedstawiciela ustawowego). Autor ten wskazuje jednak, że tej wykładni przeczy treść art. 458<sup>4</sup> § 2 k.p.c. Ostatecznie T. Szanciło stwierdza, że w pierwszym piśmie procesowym należy podać adres poczty elektronicznej strony, a nie jest konieczne wskazanie adresu poczty elektronicznej jej pełnomocnika (tak T. Szanciło, 2019, komentarz do art. 458<sup>3</sup>, nb 2). W mojej ocenie z powyższym poglądem należy się zgodzić. Chociaż wykładnia funkcjonalna art. 458<sup>3</sup> § 1 i 2 k.p.c. przemawiałaby za innym stanowiskiem, to jednak ustrojowy charakter analizowanej normy, jak również wola zapewnienia stronie pełnego poszanowania jej praw w procesie przemawia za przyjęciem, że oświadczenie wskazane w art. 458<sup>3</sup> § 1 i 2 k.p.c. powinno dotyczyć strony, a nie jej pełnomocnika. W mojej ocenie za takim stanowiskiem przemawia również art. 126 § 2 pkt 11 k.p.c., a argumentację T. Szanciło, według której przepis ten może prowadzić do wykładni innej od ostatecznie przez niego przyjętej, uważam za dyskusyjną. W art. 126 § 2 pkt 11 k.p.c. jednoznacznie ustanowiono obowiązek podania adresu strony, jak również jej pełnomocnika (przedstawiciela ustawowego). W art. 458<sup>3</sup> § 1 i 2 k.p.c. zastosowano inną formułę, ograniczającą jej zastosowanie tego przepisu jedynie do strony. Już ta okoliczność przemawia za uznaniem, że niezależnie od tego, czy strona działa osobiście, czy przez pełnomocnika — oświadczenie, o którym mowa w art. 458<sup>3</sup> § 1 i 2 k.p.c., powinno dotyczyć wyłącznie strony.

### Obowiązek terminowego powołania twierdzeń i dowodów

Artykuł 458<sup>5</sup> § 1 k.p.c. na wzór obowiązującej w dawnym postępowaniu gospodarczym prekluzji ustanawia termin na powołanie przez strony wszelkich twierdzeń i dowodów. Zgodnie z tym przepisem powód jest obowiązany powołać wszystkie twierdzenia i dowody w pozwie, a pozwany — w odpowiedzi na pozew. Zasadą staje się więc powoływanie wszelkich twierdzeń i dowodów w pierwszym piśmie procesowym strony. W uzasadnieniu do projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego (VIII kadencja, druk nr 3137, s. 104) wskazano, że takie rozwiązanie legislacyjne jest wyrazem prymatu zasady szybkości postępowania w sprawach gospodarczych. W zamierzeniach projektodawcy ma się do tego przyczynić wprowadzenie ściślejszych niż w „zwykłym” procesie ograniczeń czasowych w powoływaniu twierdzeń i dowodów. Termin ten nie dotyczy natomiast zarzutów.

Należy podkreślić, że prekluzja wynikająca z powyższego przepisu dotyczy pozwu oraz odpowiedzi na pozew. W większości (a przynajmniej w znacznej części) spraw gospodarczych pierwszym pismem pozwanego nie jest jednak odpowiedź na pozew, ale sprzeciw lub zarzuty od nakazu zapłaty. Artykuł 458<sup>5</sup> § 1 k.p.c. do tych pism jednak się nie odnosi. Brak jest jednocześnie podstaw do jego odpowiedniego stosowania, albowiem argumentacji takiej stoi na przeszkodzie wykładnia historyczna. Trzeba bowiem przypomnieć, że na gruncie dawnego postępowania gospodarczego był przepis, który prekluzję ustanowioną w stosunku do odpowiedzi na pozew nakazywał odpowiednio stosować do zarzutów lub sprzeciwu od nakazu zapłaty (dawny art. 479<sup>14a</sup> k.p.c.). Skoro takiego przepisu nie ma w znowelizowanej ustawie, to nie ma podstaw do stosowania przepisu wyraźnie odwołującego do odpowiedzi na pozew do innych środków zaskarżenia. T. Szanciło wskazuje jednak, że ta kwestia jest regulowana przepisami szczególnymi, tj. art. 344 § 2 k.p.c. w powiązaniu z art. 205<sup>12</sup> § 1 zdanie drugie k.p.c. (dla sprzeciwu od wyroku zaocznego), oraz art. 480<sup>3</sup> § 2 k.p.c. (dla środka zaskarżenia od nakazu zapłaty) i dodatkowo w art. 493 § 2 k.p.c. (dla zarzutów od nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym) (T. Szanciło, 2019, komentarz do art. 458<sup>5</sup>, nb 2). Trzeba jednak dodać, czego T. Szanciło nie podkreśla dostatecznie, że z żadnego z tych przepisów nie wynika tak daleko idąca prekluzja dowodowa, jak ta ustanowiona w art. 458<sup>5</sup> § 1 k.p.c. Z tego też względu, w mojej ocenie, konieczna jest niezwłoczna nowelizacja art. 458<sup>5</sup> § 1 k.p.c. poprzez rozszerzenie jego zastosowania także na inne pierwsze pisma pozwanego.

Zgodnie z art. 458<sup>5</sup> § 4 k.p.c. twierdzenia i dowody powołane z naruszeniem powyższego terminu podlegają pominięciu, a więc nie będą brane przez sąd pod uwagę przy rozstrzyganiu sprawy. Takie rozwiązanie normatywne w rzeczywistości powinno dyscyplinować strony postępowania gospodarczego i sprzyjać szybkości rozpoznawania spraw gospodarczych.

Termin wynikający z art. 458<sup>5</sup> § 2 k.p.c. nie ma jednak charakteru bezwzględny. Przepisy bowiem, w pewnych sytuacjach, przewidują możliwość zgłoszenia przez stronę twierdzeń po jego upływie.

Po pierwsze, w myśl art. 458<sup>4</sup> § 1 w zw. z art. 458<sup>5</sup> § 1 k.p.c. stronę niezastępowaną przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej sąd poucza o prekluzji wynikającej z art. 458<sup>5</sup> § 1 k.p.c. W myśl zaś art. 458<sup>5</sup> § 2 k.p.c. doręczając to pouczenie, przewodniczący wzywa stronę, by w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż tydzień, powołała wszystkie twierdzenia i dowody. Powyższe umożliwia stronie niereprezentowanej przez profesjonalnego pełnomocnika powołanie twierdzeń i dowodów nieujętych w pierwszym piśmie procesowym w terminie wskazanym przez przewodniczącego.

Po drugie, ustawodawca w postępowaniu w sprawach gospodarczych zachował również elementy dyskrecjonalnej władzy przewodniczącego, albowiem w myśl art. 458<sup>5</sup> § 3 k.p.c. stosownie do okoliczności sprawy przewodniczący

może określić inny termin do powołania przez stronę twierdzeń i dowodów.

Po trzecie wreszcie, zgodnie z art. 4585 § 4 k.p.c. strona postępowania gospodarczego już z mocy ustawy może powołać twierdzenia i dowody w innym terminie niż wynikający z art. 4585 § 2 k.p.c., jeżeli strona uprawdopodobni, że ich powołanie nie było możliwe albo że potrzeba ich powołania wynikła później. W takim przypadku dalsze twierdzenia i dowody na ich poparcie powinny być powołane w terminie 2 tygodni od dnia, w którym ich powołanie stało się możliwe lub wynikła potrzeba ich powołania. W mojej ocenie przy wykładni powyższego przepisu należy uwzględnić orzecznictwo Sądu Najwyższego zapadłe na gruncie dawnego art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c.

### Ograniczenia w postępowaniu dowodowym

Przepisy o postępowaniu gospodarczym zawierają również liczne normy prawne ustanawiające daleko idące ograniczenia w dowodzeniu przez strony swoich twierdzeń. Stanowi to swoiste *novum* na gruncie k.p.c., albowiem analogicznej regulacji nie było na gruncie dawnego postępowania gospodarczego.

Przed wszystkim ustawodawca wyszedł z założenia, że podstawowym dowodem w postępowaniu gospodarczym powinien być dowód z dokumentu. Zgodnie z art. 45811 k.p.c. czynność strony, w szczególności oświadczenie woli lub wiedzy, z którą prawo łączy nabycie, utratę lub zmianę uprawnienia strony w zakresie danego stosunku prawnego, może być wykazana tylko dokumentem, o którym mowa w art. 77<sup>3</sup> ustawy z 23.04.1964 r. — Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.), dalej k.c., chyba że strona wykaże, że nie może przedstawić dokumentu z przyczyn od niej niezależnych. Z powyższego przepisu jasno wynika, że obowiązek dowodzenia dokumentem dotyczy strony, która danej czynności dokonała, przy czym nie ma znaczenia, czy była to czynność faktyczna, czy prawna, jak również czy miała ona charakter dwustronny, czy wielostronny. W uzasadnieniu do projektu ustawy (s. 106) wskazano, że praktyka orzecznicza sądów gospodarczych wskazuje, że istotnym źródłem opóźnień w rozpoznawaniu spraw gospodarczych jest brak odpowiedniej dokumentacji faktów, z których strony wywodzą swoje żądania i zarzuty. Rozwiązując ten problem, należy mieć na uwadze, że w ostatnich latach, po pierwsze, postęp techniczny umożliwił dokumentowanie wszelkich faktów w sposób praktycznie bezkosztowy poprzez wszelkiego rodzaju zapisy w postaci cyfrowej, a po drugie — rozwiązania wprowadzone do procedury cywilnej umożliwiają wykorzystanie takiej dokumentacji w zasadzie bez ograniczeń. Z tych zmian należy wyciągnąć konsekwencję polegającą na przyjęciu, że profesjonalizm przedsiębiorcy-strony sprawy gospodarczej obejmuje również dokumentowanie faktów w celu ewentualnego wykorzystania ich w przypadku sporu. Chociaż trudno podważyć racjonalność

powyższego uzasadnienia, to jednak trzeba dodać, że takie stanowisko ustawodawcy nie jest spójne z art. 74 § 4 k.c., który stanowi, że przepisów o skutkach niezachowania formy pisemnej, dokumentowej albo elektronicznej przewidzianej dla celów dowodowych nie stosuje się do czynności prawnych w stosunkach między przedsiębiorcami. Poza tym należy pamiętać, że art. 458<sup>11</sup> k.p.c. wprowadza ograniczenie dowodowe tylko co do czynności, a nie wszystkich elementów, od których zależy skuteczność roszczenia (obrony) strony.

Jeżeli strona wykaże, że z przyczyn od niej niezależnych nie może przedstawić dokumentu dotyczącego danej czynności, to otwiera jej to możliwość powoływania innych dowodów. Przypadek ten będzie szczególnie aktualny, gdy strona wyprowadza swoje roszczenie z nieumownego stosunku prawnego, np. czynu niedozwolonego czy bezpodstawnego wzbogacenia. Niemożliwość przedstawienia dokumentu może jednak dotyczyć także stosunków umownych, zwłaszcza zaś czynności, które miały miejsce przed wejściem w życie omawianej regulacji. Jednocześnie w mojej ocenie nie można zastosować zbyt restrykcyjnej wykładni art. 458<sup>11</sup> k.p.c. Trudno byłoby bowiem zaakceptować sytuację, w której strona umowy sporządza określony dokument pozbawiony jakiegokolwiek mocy dowodowej tylko po to, aby uczynić zadość wymogowi wynikającemu z art. 458<sup>11</sup> k.p.c. Z drugiej jednak strony art. 458<sup>11</sup> k.p.c. powinien skłaniać strony do zabezpieczenia materiału dowodowego na wypadek ewentualnego procesu. Kwestia ta ma szczególne znaczenie w sporach dotyczących robót budowlanych. Strony tych umów powinny dołożyć szczególnej staranności w zabezpieczeniu dokumentacji procesu budowlanego, w tym robót, które podlegają zakryciu. Nie można również zapominać, że art. 458<sup>11</sup> k.p.c. co prawda ustanawia pierwszeństwo dowodu z dokumentu, ale nie przypisuje mu bezwzględnej mocy dowodowej. Będzie on bowiem podlegał ocenie na zasadzie ogólnej — raczej więc będziemy mieli do czynienia jedynie z początkiem dowodu na piśmie niż wyłączeniem innych środków dowodowych. Choć trudno odmówić sensowności omawianej regulacji, to jednak wydaje się, że bardziej celowe byłoby jej zamieszczenie w Kodeksie cywilnym jako postać formy *ad probationem*, czemu jednocześnie powinna towarzyszyć zmiana przepisów o formach czynności prawnych, które mogą być podstawą sprawy gospodarczej w rozumieniu k.p.c.

Kolejne rozstrzygnięcie co do rodzaju środków dowodowych w postępowaniu gospodarczym zawiera art. 458<sup>10</sup> k.p.c., który ogranicza dopuszczalność przeprowadzania dowodu z zeznań świadków. W rzeczywistości bowiem jest to dowód, który w każdym postępowaniu przyczynia się do jego znacznego przedłużenia. Zgodnie z powyższym przepisem dowód z zeznań świadków sąd może dopuścić jedynie wtedy, gdy po wyczerpaniu innych środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. W świetle powyższego przepisu dowód z zeznań świadków w postępowaniu gospodarczym uzyskuje status dowodu subsydiarnego. W mojej opinii ma on jednak pierwszeństwo przed dowodem z przesłuchania stron.

Zastosowanie art. 458<sup>10</sup> k.p.c. powinno być poprzedzone analizą art. 458<sup>11</sup> k.p.c. i ustaleniem, czy w świetle tego ostatniego przepisu w ogóle dopuszczalne jest prowadzenie dowodu z innego źródła dowodowego niż dokument (podobnie: T. Szanciło, 2019, komentarz do art. 458<sup>10</sup>, nb 2). O ile dopuszczenie dowodu z zeznań świadków w związku z wyczerpaniem innych środków dowodowych będzie w szczególności związane z negatywną oceną przedłożonego materiału dowodowego, w tym dowodu z dokumentu, o tyle ocena dopuszczalności dowodu osobowego z uwagi na brak środków dowodowych nie może abstrahować od ustalenia, że przeprowadzenie dowodu z dokumentu z przyczyn niezależnych od strony nie było możliwe. Dopiero ustalenie tej właśnie okoliczności *lege artis* pozwala na zastosowanie art. 458<sup>10</sup> k.p.c.

W kontekście ograniczeń dotyczących postępowania dowodowego w sprawach gospodarczych trzeba jeszcze wspomnieć o art. 458<sup>9</sup> § 1 k.p.c., który dopuszcza zawieranie przez strony umów dowodowych. W uzasadnieniu do projektu ustawy (s. 105) wskazano, że polska procedura cywilna zna już dwa rodzaje umów procesowych: o właściwość sądu (art. 46 § 1 k.p.c.) i o jurysdykcję (art. 1104–1105 k.p.c.). Dzisiejszy poziom profesjonalizmu w obrocie gospodarczym pozwala zaś na poszerzenie zakresu autonomii stron w procesie poprzez dodanie kolejnej umowy procesowej: umowy dowodowej. Ustawodawca ograniczył jednak przedmiot i zakres takiej umowy. Zgodnie z art. 458<sup>9</sup> § 1 k.p.c. strony mogą się umówić na wyłączenie określonych dowodów w postępowaniu w sprawie z określonego stosunku prawnego powstałego na podstawie umowy. Jednoznacznie więc przesądzono, że przedmiotem umowy może być jedynie wyłączenie określonych dowodów. To rozwiązanie skompilowane jest z treścią art. 458<sup>9</sup> § 6 k.p.c., zgodnie z którym sąd nie dopuści z urzędu dowodu wyłączonego umową dowodową. Ograniczenie umowy dowodowej jedynie do określonych dowodów oznacza, że strony nie mogą umówić się co do wyłączenia wszystkich dowodów (tak: S. Jaworski, 2019, komentarz do art. 458<sup>9</sup>, nb 1). Ponadto ograniczono zasięg umowy dowodowej, wskazując, że może ona dotyczyć jedynie określonego stosunku prawnego. Umowa taka nie może mieć więc charakteru generalnego. Stosunek prawny, którego dotyczy, powinien być w niej określony. W dodatku, jak wynika z art. 458<sup>9</sup> § 1 k.p.c. *in fine*, stosunek ten musi mieć charakter umowny. Niedopuszczalne jest więc zawarcie tego typu umowy, np. w zakresie łączącego strony deliktowego stosunku prawnego. T. Szanciło zwraca uwagę, że brzmienie art. 458<sup>9</sup> § 1 k.p.c., a także to, że umowę można zawrzeć również przed sądem (§ 2), przemawiają za tym, że musi ona odnosić się do konkretnego roszczenia (T. Szanciło, 2019, komentarz do art. 458<sup>9</sup>, nb 2). Argumentacja T. Szanciło nie jest jednak przekonująca. Chociaż trudno kwestionować, że w sytuacji zawarcia umowy przed sądem, w toku procesu, może ona dotyczyć wyłącznie danej sprawy, to jednak T. Szanciło pomija, iż art. 458<sup>9</sup> § 1 k.p.c. zezwala na zawarcie umowy w sprawie z określonego stosunku prawnego, i nie precyzuje przy tym, że musi to być sprawa sądowa czy zawisła właśnie przed są-

dem. Z tego też względu należy w mojej ocenie opowiedzieć się za dopuszczalnością zawierania umów dowodowych co do wszystkich roszczeń mogących wynikać z danej umowy, bez konieczności jej odnoszenia do konkretnego roszczenia.

Umowa dowodowa, w myśl art. 458<sup>9</sup> § 2 k.p.c., może być zawarta jedynie na piśmie pod rygorem nieważności albo ustnie przed sądem. W tym jednak ostatnim przypadku może być ona zawarta przez pełnomocnika procesowego tylko wówczas, gdy ma on umocowanie do dokonywania w imieniu mocodawcy czynności materialnoprawnych. Brak jest bowiem podstaw do przyjęcia, że umocowanie do zawarcia tejże umowy zawiera się w udzielonym pełnomocnictwie procesowym (tak też: T. Szanciło, 2019, komentarz do art. 458<sup>9</sup>, nb 3). W przypadku wątpliwości uważa się, że umowa późniejsza utrzymuje w mocy te postanowienia umowy wcześniejszej, które da się z nią pogodzić. Ponadto zgodnie z art. 458<sup>9</sup> § 3 k.p.c. nie może być zawarta pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu — złamanie tego zakazu spowoduje nieważność umowy. Wreszcie w celu wyeliminowania przedłużenia procesu w związku ze sporem co do ważności samej umowy dowodowej art. 458<sup>9</sup> § 4 k.p.c. stanowi, że zarzut nieważności lub bezskuteczności umowy dowodowej można podnieść najpóźniej na posiedzeniu, na którym powołano się na tę umowę, a jeśli uczyniono to w piśmie procesowym — najpóźniej w następnym piśmie procesowym albo na najbliższym posiedzeniu. W przepisach nie uregulowano natomiast możliwości późniejszego rozwiązania umowy dowodowej. Chociaż teza ta może być dyskusyjna, to jednak w świetle art. 458<sup>9</sup> § 4 k.p.c. i zważywszy na cel umowy dowodowej zasadne jest opowiedzenie się za bezskutecznością rozwiązania umowy po terminach wynikających z tego przepisu.

Skutkiem zawarcia umowy dowodowej jest niedopuszczalność przeprowadzenia objętego nią dowodu w razie powołania się przez strony na tę umowę we właściwym terminie. Jeżeli jednak sąd dowód taki przeprowadziłby, to stanowiłoby to naruszenie prawa procesowego, które mogłoby być zarzutem apelacyjnym, pod warunkiem uprzedniego zgłoszenia zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. Jednocześnie zarzut ten mógłby osiągnąć cel jedynie w razie wykazania, że naruszenie prawa procesowego miało wpływ na treść rozstrzygnięcia, a więc że sąd na podstawie takiego dowodu dokonywał ustaleń faktycznych.

Nie do końca jasny jest natomiast w mojej ocenie sens art. 458<sup>9</sup> § 7 zdanie pierwsze k.p.c., zgodnie z którym fakty, które miałyby zostać wykazane dowodami wyłączonymi przez umowę dowodową, sąd może ustalić na podstawie twierdzeń stron, biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności sprawy. W mojej ocenie przepis ten jest całkowicie zbędny, bowiem jego dyspozycja nie odbiega od ogólnych zasad obowiązujących w procesie.

### Wyrok sądu pierwszej instancji jako tytuł zabezpieczający

W art. 458<sup>13</sup> k.p.c. przesądzono, że do wyroku sądu pierwszej instancji zasądza się świadczenie w pieniądzu

lub rzeczach zamiennych przepisy art. 492 § 1 i 2 stosuje się odpowiednio. Powyższe oznacza, że wyrok z chwilą wydania stanowi tytuł zabezpieczenia, wykonalny bez nadawania mu klauzuli wykonalności. Kwota zasądzona wraz z wymagalnymi odsetkami stanowi sumę, której złożenie przez dłużnika na rachunek depozytowy Ministra Finansów w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, zwany dalej „rachunkiem depozytowym Ministra Finansów”, wystarczy do zabezpieczenia. Jeżeli wyrok zobowiązuje do wydania rzeczy zamiennych, do zabezpieczenia wystarczy złożenie sumy równej wartości przedmiotu sporu.

### Wyłączenie stosowania niektórych przepisów

Kodeks postępowania cywilnego przewiduje, że w postępowaniu w sprawach gospodarczych nie znajdują zastosowania niektóre przepisy ogólne o procesie.

Po pierwsze, zgodnie z art. 458<sup>8</sup> § 1 k.p.c. w toku postępowania nie można występować z nowymi roszczeniami zamiast lub obok dotychczasowych. Jednakże w przypadku zmiany okoliczności powód może żądać, zamiast pierwotnego przedmiotu sporu, jego równowartości lub innego przedmiotu, a w sprawach o świadczenie powtarzające się — może nadto rozszerzyć powództwo o świadczenia za kolejne okresy. Przepis ten ustanawia w postępowaniu gospodarczym niedopuszczalność zmiany powództwa. Należy jednocześnie przyjąć, że chodzi tu zarówno o zmianę podstawy faktycznej roszczenia, jak również o jego zmianę przedmiotową.

Po drugie, zgodnie z art. 458<sup>8</sup> § 2 k.p.c. w postępowaniu gospodarczym nie stosuje się art. 177 § 1 pkt 5 k.p.c., a wobec tego nie jest możliwe zawieszenie postępowania w razie niestawiennictwa obu stron na rozprawie, jak również w razie niestawiennictwa powoda, gdy powód nie żądał rozpoznania sprawy w jego nieobecności, a pozwany nie zgłosił wniosku o rozpoznanie sprawy.

Po trzecie, zgodnie z art. 458<sup>8</sup> § 2 k.p.c. w postępowaniu gospodarczym nie stosuje się art. 194–196 i 198 k.p.c., a wobec tego niedopuszczalne są również podmiotowe zmiany powództwa. Trzeba jednak zaznaczyć, że nie wyłączono zastosowania art. 84 k.p.c., a więc w dalszym ciągu możliwe będzie przypozwanie.

Po czwarte, zgodnie z art. 458<sup>8</sup> § 2 k.p.c. w postępowaniu gospodarczym nie stosuje art. 205 k.p.c., a więc sąd rejonowy nie może na wniosek pozwanego przekazać sprawy sądowi okręgowemu, jeżeli pozwany wytoczył przeciwko powodowi przed tym sądem powództwo wpływające na roszczenie powoda bądź dlatego, że ma z nim związek, bądź dlatego, że roszczenia stron nadają się do potrącenia.

Po piąte, zgodnie z art. 458<sup>2</sup> § 3 k.p.c. w postępowaniu gospodarczym nie jest dopuszczalne powództwo wzajemne.

Powyższe wyłączenia są analogiczne do tych, które obowiązywały w poprzednim postępowaniu gospodarczym.

W rzeczywistości powinny one przyczynić się do szybszego rozpoznania sprawy. Należy jednak odnotować, że wśród powołanych przepisów brak jest ograniczeń związanych z dopuszczalnością zarzutu potrącenia. Niemniej kwestia ta została uregulowana wśród przepisów ogólnych o procesie i co do zasady ma zastosowanie w każdej sprawie cywilnej. Zgodnie mianowicie z art. 203<sup>1</sup> § 1 k.p.c. podstawą zarzutu potrącenia może być tylko wierzytelność pozwanego z tego samego stosunku prawnego co wierzytelność dochodzona przez powoda, chyba że wierzytelność pozwanego jest nie-sporna lub uprawdopodobniona dokumentem niepocho-dzącym wyłącznie od pozwanego. Ponadto pozwany może podnieść zarzut potrącenia nie później niż przy wdaniu się w spór co do istoty sprawy albo w terminie 2 tygodni od dnia, gdy jego wierzytelność stała się wymagalna.

### Obciążenie kosztami procesu strony nieprzegrywającej

W postępowaniu gospodarczym przewidziano również możliwość odmiennego orzeczenia o kosztach procesu niż wynika to z przepisów ogólnych. Zgodnie mianowicie z art. 458<sup>12</sup> k.p.c. niezależnie od wyniku sprawy sąd może obciążyć kosztami procesu w całości lub części stronę, która przed wytoczeniem powództwa zaniechała próby dobrowolnego rozwiązania sporu, uchyliła się od udziału w niej lub uczestniczyła w niej w złej wierze i przez to przyczyniła się do zbędnego wytoczenia powództwa lub wadliwego określenia przedmiotu sprawy. W doktrynie wskazuje się, że w art. 458<sup>12</sup> k.p.c. wprowadzono swoistą karę za odmowę strony podjęcia pozasądowego rozwiązania sporu (tak: S. Jaworski, 2019, komentarz do art. 458<sup>12</sup>, nb 1). Artykuł 458<sup>12</sup> k.p.c. wydaje się mieć szczególne znaczenie w sprawach gospodarczych między przedsiębiorcami, albowiem powinien skłaniać ich do podjęcia próby polubownego rozstrzygnięcia sporu. W celu uniknięcia zastosowania art. 458<sup>12</sup> k.p.c. zasadne jest już na etapie pierwszego pisma procesowego wskazanie podjęcia próby polubownego zakończenia sporu, podjętych w jej toku czynności, jak również jej efektu.

### Gwarancje procesowe

Z powyższego przeglądu wynika, że w postępowaniu gospodarczym wprowadzono różnego rodzaju obostrzenia, które co prawda powinny sprzyjać jego szybkości, ale mogą jednak rodzić dotkliwe skutki dla strony procesu. Ta ostatnia uwaga jest szczególnie istotna, jeżeli sobie przypomni-my, że w nowym stanie prawnym stosunkowo często sprawa gospodarcza wcale nie będzie toczyła się pomiędzy dwoma przedsiębiorcami. Z tego też względu szczególne znaczenie



mają gwarancje procesowe stworzone przez ustawodawcę dla stron takich sporów.

Zasadnicze znaczenie w tym zakresie ma art. 458<sup>4</sup> k.p.c. Zgodnie z § 1 tego przepisu stroną niezastępowaną przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej sąd poucza o treści art. 458<sup>5</sup> § 1 i 4, art. 458<sup>6</sup>, 458<sup>10</sup> oraz 458<sup>11</sup>. Pouczeń tych udziela się stronie niezwłocznie po złożeniu pierwszego pisma procesowego, a jeżeli było ono dotknięte brakami — po ich usunięciu. Doręczenie pouczeń następuje na piśmie oraz na wskazany przez stronę adres poczty elektronicznej. Pouczenia doręcza się także pełnomocnikowi, chyba że jest nim adwokat, radca prawny lub rzecznik patentowy lub za stronę działa Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej. Z powyższej normy wynika, że pouczenie strony powinno być dwutorowe, tzn. pisemne oraz przesłane na wskazany adres poczty elektronicznej, natomiast pouczenie pełnomocnika — jedynie w tradycyjnej formie. Dyskusyjne jest w mojej ocenie wprowadzenie wymogu dokonywania pouczeń dopiero po złożeniu pierwszego pisma procesowego. O ile bowiem w przypadku powoda odmienna regulacja nie była możliwa, o tyle w przypadku pozwanego zasadne byłoby udzielenie mu stosownych pouczeń już wraz z pierwszym doręczeniem, a więc najczęściej z doręczeniem pozwu, ewentualnie wraz z nakazem zapłaty. Odroczenie pouczenia dopiero na okres po złożeniu pierwszego pisma procesowego w sposób zbędny wydłuża postępowanie, a w kontekście prekluzji twierdzeń i dowodów daje dodatkową możliwość powołania niespóźnionych twierdzeń i dowodów.

W przypadku natomiast strony, która nie jest przedsiębiorcą lub jest przedsiębiorcą będącym osobą fizyczną, ustawodawca ustanowił model potrójnego pouczenia. Niezależnie bowiem od trybu powyżej przywołanego, zgodnie z art. 458<sup>4</sup> § 3 k.p.c. stronie niezastępowanej przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej, która nie jest przedsiębiorcą lub jest przedsiębiorcą będącym osobą fizyczną, udziela się pouczeń, o których mowa w § 1, także przy pierwszej czynności sądu, na którą strona się stawiała. Tego typu stronie pouczenie powinno być więc udzielone trzykrotnie — po raz pierwszy pisemnie, po raz drugi na wskazany adres poczty elektronicznej, po raz trzeci na posiedzeniu. Wielokrotność powyższego pouczenia może w mojej ocenie budzić wątpliwości.

Znaczenie udzielanych pouczeń potwierdza art. 458<sup>4</sup>

§ 4 k.p.c., który przewiduje, że stronę, której nie udzielono pouczeń, o których mowa w § 1, w sposób przewidziany w § 2, uważa się za pozbawioną możliwości obrony swych praw, chyba że nieudzielenie pouczeń nie miało wpływu na zachowanie tej strony w toku postępowania. Brak więc pouczeń co do zasady stanowi nieważność postępowania. Trzeba jednak zauważyć, że zasada ta nie obowiązuje, gdy uchybiono jedynie obowiązkowi pouczenia w trybie art. 458<sup>4</sup> § 3 k.p.c.

## Podsumowanie

Powyżej przytoczono zasadnicze odrębności postępowania gospodarczego wraz z krótkim komentarzem. Od czasu wejścia w życie nowej regulacji upłynęło jednak zbyt mało czasu, aby ocenić jej efektywność. Poza tym w mojej ocenie zasadniczy problem, zwłaszcza na początku stosowania nowej regulacji, będzie związany ze znacznym rozszerzeniem zakresu pojęcia sprawy gospodarczej, któremu dotychczas nie towarzyszą istotniejsze przesunięcia kadrowe, co może spowodować zastój postępowań w sprawach gospodarczych. Tymczasem w myśl art. 458<sup>8</sup> § 4 k.p.c. przewodniczący i sąd są obowiązani podejmować czynności tak, by rozstrzygnięcie w sprawie zapadło nie później niż 6 miesięcy od dnia złożenia odpowiedzi na pozew. Jeżeli odpowiedź ta była dotknięta brakami, termin ten biegnie od dnia usunięcia tych braków, a jeżeli jej nie złożono — od dnia upływu terminu do jej złożenia. Co prawda termin ten ma charakter instrukcyjny (tak też: Rutkowski, 2019, komentarz do art. 458<sup>8</sup>, nb 5), niemniej w realiach warszawskich sądów gospodarczych jego realizacja jeszcze przez długi okres nie będzie możliwa. Poza tym cel rozważanego postępowania odrębnego może być stordedowany przez art. 458<sup>6</sup> § 1 k.p.c., zgodnie z którym na wniosek strony, która nie jest przedsiębiorcą lub jest przedsiębiorcą będącym osobą fizyczną, sąd rozpoznaje sprawę z pominięciem przepisów niniejszego działu.

Niemniej mimo powyższych sceptycznych uwag, według mnie, przywrócenie szczególnych reguł postępowania cywilnego w sprawach gospodarczych jest działaniem prawidłowym, a regulację tę, mimo powołanych uchybień, należy ocenić pozytywnie.

## Bibliografia

- Jaworski, J. (2019). *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do zmian*, Warszawa: C.H. Beck.
- Rutkowski, D. (2019). W: O. M. Piaskowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz do niektórych przepisów*, LEX: Wolters Kluwer.
- Szancilo, T. (2019). *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–50539* (t. 1). Warszawa: C.H. Beck.

## Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne poleca

Beata Stępień

### *Wartość luksusu*

Perspektywa konsumentów i przedsiębiorstw



Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne

**bestseller!**

Globalna fala demokratyzacji luksusu i dynamicznie rosnące grupy aspirujących konsumentów z szybko rozwijających się gospodarek skłaniają do pytań o to:

- jak współcześnie jest postrzegany luksus, co obecnie stanowi o jego wartości?
- jakie cechy luksusu konsumenci z nowych rynków cenią najwyżej i dlaczego?
- jak zmienia się globalny biznes luksusu i dokąd zmierza?

Książka jest próbą odpowiedzi na te pytania. Ukazano w niej, jak konsumenci postrzegają i hierarchizują poszczególne składniki wartości dóbr uważanych za zbędne, a których sprzedaż od dekad dynamicznie rośnie. Opisano też zawłość pojmowania luksusu i rozwoju

rynku dóbr luksusowych przez pryzmat stopniowych odstępstw od reguł, którym hołdowano przez wieki. W monografii podjęto też próbę empirycznego zbadania, jak postrzegają dobra luksusowe konsumenci na wschodzących rynkach luksusu (z Polski, Turcji, Arabii Saudyjskiej, Indii i Portugalii) i jakie czynniki różnicują to postrzeganie w kategoriach wartości, które symbolizują w porównaniu z konsumentami z tzw. starej kolebki luksusu. Wykazano, że to segmenty konsumentów skonstruowane na podstawie kryteriów psychograficznych najtrafniej przedstawiają zróżnicowane podejście do oceny wartości luksusu w skali międzynarodowej.

**[www.pwe.com.pl](http://www.pwe.com.pl)**



## Konstytucyjne interregnum Transformacje porządków prawnych



REDAKCJA NAUKOWA  
Krzysztof J. Kaleta  
Małgorzata Nowak  
Konrad Wyszkowski

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne

Książka, którą oddajemy do rąk Czytelników, stanowi ukoronowanie niespełna dwuletnich badań prowadzonych przez kilkunastu studentów i doktorantów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, działających w ramach Koła Naukowego Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej IVR.

Pojęcie interregnum w symboliczny sposób oddaje istotę zagadnień podjętych w ramach niniejszej monografii. Jej przedmiot stanowi analiza

XX-wiecznych transformacji ustrojowych, które dokonały się w kręgu euroatlantyckiej kultury prawnej. Celem badań było uchwycenie najistotniejszych elementów zmiany ustrojowej ujmowanej możliwie szeroko, a zatem obejmującej przekształcanie się reżimów monar-

chicznych w ustroje o charakterze republikańskim, procesy liberalizacji lub demokratyzacji reżimów autorytarnych czy wreszcie formowanie się całkowicie nowych bytów państwowych. Opisywane metamorfozy ustrojowe zostały uchwycone in statu nascendi, w perspektywie dynamicznej, w okresie kształtowania się nowych form ustrojowych, a zatem ścierania się starego porządku z nowym.

Monografia ma walor nie tylko informacyjny, przejawiający się w opisie biegu zdarzeń składających się na poszczególne procesy zmiany ustrojowej. Podejmuje także uniwersalne problemy związane z napięciem między legalnością a legitymizacją ustroju w warunkach doniosłej zmiany politycznej lub społecznej.

Cena 59,90 zł (w tym 8% VAT)