

co do zasady. studia i analizy prawne

1 | 2023 PÓŁROCZNIK

**co do zasady.
studia i analizy
prawne**

1|2023 PÓŁROCZNIK

Kolegium redakcyjne

dr Przemysław Szymczyk, redaktor naczelny
dr Maciej Kiełbowski, z-ca redaktora naczelnego

Redakcja językowa

Justyna Zandberg-Malec

Rada Naukowa

prof. Alexander Bělohávek, prof. Elżbieta Chojna-Duch, prof. Lech Garlicki, prof. Tomasz Giaro, prof. Roman Hauser, prof. Carlos Flores Juberías, dr hab. Tomasz Koncewicz (prof. UG), dr Małgorzata Kozak, prof. Bertrand Mathieu, prof. Witold Modzelewski, prof. Fryderyk Zoll

Zespół recenzentów

prof. Jan Barcz, prof. Andrzej Kidyba, prof. Elżbieta Kornberger-Sokołowska, prof. Adam Łazowski, prof. Zygmunt Niewiadomski, prof. Gertruda Uścińska, prof. Jerzy Zajadło, dr hab. Jarosław Grykiel (prof. UAM), dr hab. Michał Krakowiak (prof. UŁ), dr Adam Błachnio, dr Wiktor Klimiuk, dr Marta Kozłowska, dr Iga Małobęcka-Szwast, dr Olga Paskowska, dr Piotr Piesiewicz, dr Beata Rogalska, dr Mateusz Tchórzewski, dr Radosław Wiśniewski

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania zmian redakcyjnych w nadsyłanych tekstach, w tym skracania ich, zmiany tytułów, umieszczania śródtytułów, redukowania liczby przypisów, jak również wprowadzania poprawek merytorycznych i stylistycznych. Opracowań niezamówionych redakcja nie zwraca. Z chwilą przekazania tekstu do redakcji Autor przenosi wyłączne prawo do jego publikacji (prawa autorskie i wydawnicze) na wydawcę. Wymogi redakcyjne wobec Autorów, zasady recenzowania opracowań oraz warunki prenumeraty są dostępne na stronie: www.codozasady.pl/studia-analazy.

Co do zasady. Studia i analizy prawne In principle. Legal studies and analyses

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

ISSN 2658-0098
Nakład: 200 egz.

Wydawca

wiW Services
Al. Ujazdowskie 10, 00-478 Warszawa
Tel.: 22 437 82 00, 22 537 82 00
e-mail: redakcja@wardynski.com.pl

wardynski.com.pl
codozasady.pl

ARTYKUŁY I STUDIA

- 7** Nabywcy roszczeń wynikających z dekretu warszawskiego jako strona postępowania o ustanowienie prawa użytkowania wieczystego gruntu **dr Magdalena Niziołek, Krzysztof Wiktor**
- 25** Szerszy dostęp fiskusa do kont bankowych – czyli niewidoczna inwigilacja obywateli **Natalia Żurawska, Artur Mamcarz**
- 35** Charakter prawny dyskryminacji pośredniej w polskim i brytyjskim systemie prawa pracy **dr hab. Marcin Wujczyk**

ANALIZY I OPINIE

- 57** Projektowane zmiany w Kodeksie karnym skarbowym. Konieczny krok w ochronie wpływów budżetowych czy bezpodstawna represja? **Maciej Cyprian Flis**
- 75** Prawne mechanizmy ograniczające powstawanie odpadów żywności w Polsce w kontekście urzeczywistniania założeń Europejskiego Zielonego Ładu **Paulina Wojtkowska**

JUDYKATURA I GLOSY

- 89** Glosa krytyczna do wyroku Sądu Rejonowego Gdańsk-Północ w Gdańsku z 20 października 2021 r., v GC 1736/19 **dr Dominik Borek**

od redakcji

Drodzy Czytelnicy,

od wydania ostatniego numeru minęło więcej czasu, niż planowaliśmy, ale wracamy i omawiamy same ważne tematy.

Zaczynamy od spraw reprivatyzacyjnych. Tzw. dekret warszawski ma już 77 lat, ale mimo bogatego orzecznictwa wciąż wywołuje spory interpretacyjne dotyczące m.in. tego, kto może być stroną w postępowaniu.

Potem stawiamy kilka pytań. Czy organy podatkowe powinny mieć niemal nieograniczony dostęp do informacji chronionych tajemnicą bankową? Co jest dyskryminacją w rozumieniu prawa pracy i czy rozwiązania i zasady wypracowane na gruncie prawa brytyjskiego można wykorzystać na gruncie prawa polskiego?

Omawiamy też projekt nowelizacji Kodeksu karnego skarbowego. Wprawdzie ten konkretny projekt został wycofany, ale jego elementy mogą się pojawiać przy okazji nowelizacji ustaw podatkowych lub kodeksów karnych.

Niezmiernie ważnym tematem – zarówno od strony prawnej, ekonomicznej, jak i etycznej – jest marnowanie żywności. W Polsce marnuje się jej blisko 5 milionów ton rocznie! Jakie mechanizmy prawne (oraz oddolne działania producentów) mogłyby ograniczyć ten problem? Które istniejące rozwiązania tak naprawdę go pogłębiają?

W numerze również glosa krytyczna do wyroku, który wywołał duże poruszenie w branży turystycznej, gdyż można go odczytać i w ten sposób, że niejako legitymizuje działania firm z szarej strefy, na co autor glosy wskazuje.

Mamy nadzieję, że kolejną porcję ciekawych tekstów będziemy mogli zaprezentować Czytelnikom na jesieni.

Zapraszamy do lektury i do publikowania na naszych łamach.

adw. dr Maciej Kiełbowski
zastępca redaktora naczelnego

Poznań, 24 kwietnia 2023 r.





dr Magdalena Niziołek

RADCA PRAWNY, WARDYŃSKI I WSPÓLNICY



Krzysztof Wiktor

RADCA PRAWNY, WARDYŃSKI I WSPÓLNICY

Nabywcy roszczeń wynikających z dekretu warszawskiego jako strona postępowania o ustanowienie prawa użytkowania wieczystego gruntu

Artykuł dotyczy interesu prawnego nabywców roszczeń wynikających z tzw. dekretu warszawskiego w postępowaniu o ustanowienie prawa użytkowania wieczystego gruntu. Naczelny Sąd Administracyjny w wyrokach z 29 sierpnia 2022 r. wydanych po rozpatrzeniu skarg kasacyjnych Komisji do spraw reprivatyzacji nieruchomości warszawskich uznał, że nabywcy roszczeń wynikających z dekretu nabytych w drodze umowy cywilnoprawnej nie są stroną postępowania prowadzonego na podstawie dekretu w sprawie o ustanowienie prawa użytkowania wieczystego gruntu. Tymczasem z dotychczasowych poglądów judykatury wynika, że prawa i roszczenia byłych właścicieli z dekretu są nie tylko dziedziczne, ale także zbywalne oraz mają charakter cywilnoprawny i majątkowy. W konsekwencji mogą być one zbywane w trybie czynności cywilnoprawnej, a ponadto w toku postępowania administracyjnego w trybie art. 30 § 4 k.p.a. w drodze sukcesji uniwersalnej lub syngularnej. Zbycie takiego roszczenia w toku postępowania powoduje, że nabywca roszczeń wstępuje w trybie art. 30 § 4 k.p.a. w sytuację procesową zbywcy tych roszczeń i w konsekwencji legitymuje się interesem prawnym z art. 28 k.p.a. do bycia stroną postępowania o nabycie prawa użytkowania wieczystego gruntu.

**STRONA POSTĘPOWANIA • NABYWCY ROSZCZEŃ Z DEKRETU WARSZAWSKIEGO •
INTERES PRAWNY W POSTĘPOWANIU ADMINISTRACYJNYM •
DEKRET WARSZAWSKI • PRAWO UŻYTKOWANIA WIECZYSTEGO •
SUKCESJA UNIWERSALNA • SUKCESJA SYNGULARNA**

Wstęp

W dniu 29 sierpnia 2022 r. NSA wydał cztery wyroki po rozpatrzeniu skarg kasacyjnych Komisji do spraw reprivatyzacji nieruchomości warszawskich („Komisja”), w których uznał, że nabywcy roszczeń wynikających z dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy (Dz.U. Nr 50, poz. 279) („dekret”, „dekret warszawski”), którzy nabyli te roszczenia w drodze umowy cywilnoprawnej, nie są stroną w rozumieniu art. 28 k.p.a. w postępowaniu w sprawie o ustanowienie prawa użytkowania wieczystego gruntu¹. Na stronie NSA dostępne jest uzasadnienie jednego z tych wyroków o sygn. I OSK 2034/20².

Z uzasadnienia tego wyroku wynika, że, zdaniem NSA, w art. 7 ust. 1 dekretu ustawodawca określił podmioty uprawnione do wnioskowania o przyznanie wymienionych w tym przepisie praw do gruntu nieruchomości warszawskiej objętej skutkami prawnymi dekretu, wskazując jednocześnie, że przyznanie tych praw następuje na rzecz dotychczasowego właściciela gruntu nieruchomości warszawskiej. W opinii NSA *Dla uzyskania przymiotu strony postępowania administracyjnego, w rozumieniu art. 28 k.p.a., konieczne jest zatem istnienie normy prawa materialnego, która łączyłaby z faktem zawarcia umowy cywilnoprawnej skutek*

w postaci przypisania stronom takiej umowy interesu prawnego w sferze prawnoadministracyjnej. W konsekwencji sąd uznał, że niedopuszczalne jest przypisywanie umowom cywilnoprawnym skutków modyfikujących normatywną podmiotowość uprawnienia określonego w dekrecie warszawskim.

NSA w wyroku z 29 sierpnia 2022 r. podzielił ponadto stanowisko wyrażone w uchwale składu siedmiu sędziów NSA z 30 czerwca 2022 r., I OPS 1/22 (podjętej na tle odmiennego stanu faktycznego wynikającego z innej ustawy), w której stwierdzono m.in., że: *Źródłem interesu prawnego, o którym mowa w art. 28 Kodeksu postępowania administracyjnego, jest norma prawa powszechnie obowiązującego, a nie skutki czynności prawnej dokonanej przez podmiot prawa cywilnego.*

NSA, odmawiając nabywcom roszczeń z dekretu prawa strony w postępowaniu o ustanowienie użytkowania wieczystego gruntu nieruchomości warszawskiej, przekreślił w efekcie utrwalony od lat 50. XX w. dorobek judykatury i doktryny dotyczący dopuszczalności zbywania praw i roszczeń wynikających z dekretu i wstępowania nabywców tych roszczeń do toczącego się postępowania zwrotowego. NSA pominął przy tym milczeniem, że art. 30 § 4 k.p.a. umożliwia sukcesję praw zbywalnych w toku postępowania administracyjnego oraz że w art. 111a ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2021 r., poz. 1899) (u.g.n.) ustawodawca usankcjonował dopuszczalność zbywania roszczeń wynikających z dekretu.

¹ Aktualnie dotyczy to przeniesienia prawa własności, przy czym praw jeszcze nie ustanowionych; w niniejszym artykule posługujemy się pojęciem prawa użytkowania wieczystego, jako że problematyka prawna w nim ujęta dotyczy decyzji administracyjnych ustanawiających w przeszłości to prawo.

² Pozostałe wyroki NSA z 29 sierpnia 2022 r. zapadły w sprawach: I OSK 707/20, I OSK 1717/20 oraz I OSK 2875/20; analogiczne poglądy NSA zawarł w wyrokach z 6 października 2022 r.: I OSK 999/21 i I OSK 1578/21.

Zbywalny i dziedziczny charakter roszczeń z dekretu

Należy zauważyć, że NSA w uzasadnieniu wyroku z 29 sierpnia 2022 r. nie zakwestionował, że roszczenia wynikające z dekretu mają charakter majątkowy i zbywalny, czyli mogą być przedmiotem obrotu cywilnoprawnego. NSA jednakże nie wyjaśnił, dlaczego dopuszczalna prawnie czynność zbycia roszczeń nie powoduje, że nabywca roszczeń wstępuje do postępowania administracyjnego. Wbrew twierdzeniom NSA nie stoi temu na przeszkodzie art. 7 ust. 1 dekretu, skoro odnosi się on nie tylko do dotychczasowego właściciela, ale także do jego prawnego następcy, nie ograniczając tego następstwa prawnego wyłącznie do spadkobrania. NSA potwierdził to zresztą w uzasadnieniu wyroku: *Za uprawnionych do uzyskania praw określonych w dekrecie warszawskim należałoby zatem uznać nie tylko byłych właścicieli gruntów warszawskich, ale także ich następców prawnych.*

Tymczasem w doktrynie i orzecznictwie funkcjonuje utrwalony pogląd, że wynikające z dekretu prawa i roszczenia byłych właścicieli są nie tylko dziedziczne, ale także zbywalne w drodze czynności prawnych. Prawa te mogły być zbywane także jeszcze przed złożeniem wniosku o przyznanie prawa własności czasowej z art. 7 ust. 1 dekretu. W wyroku NSA z 22 stycznia 2003 r., I SA 1788/02, LEX nr 159261 stwierdzono, że *Prawo do zgłoszenia wniosku o przyznanie prawa własności czasowej, o którym mowa w art. 7 ust. 1 dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m. st. Warszawy (Dz.U. Nr 50, poz. 279), było zbywalne. Prawo to, będące roszczeniem majątkowym, mogło być przeniesione na inną osobę, m.in. w drodze jego sprzedaży.*

Sąd Najwyższy dopuszczał obrót roszczeniami dekretowymi już w latach 50. XX w. (zob. wyrok SN z 16 stycznia 1952 r., C 650/50, niepubl.³). Szczególnie istotnie brzmi postanowienie SN z 17 września 1950 r., C 206/49, „Przegląd Notarialny” 1950, nr 7–8, s. 139, w którym wprost wskazano, że *art. 7 dekretu takie same prawa jak „dotychczasowemu właścicielowi gruntów” przyznaje jego następcom prawnym, będącym w posiadaniu gruntu.* Pogląd ten był zasadniczo akceptowany w literaturze prawniczej, przy czym zastanawiano się jedynie, czy owego „następstwa prawnego” nie ograniczyć do najbliższej rodziny dawnego właściciela, aby – zgodnie z duchem praworządności komunistycznej – nie pozwolić na „spekulację terenami budowlanymi” w Warszawie⁴.

Współcześnie tezę o dopuszczalności zbywania roszczeń wyrażono z obszernym podsumowaniem w uchwale SN z 21 marca 2003 r., III CZP 6/03, OSNC 2004, Nr 1, poz. 4. SN podkreślił w niej nie tylko fakt wieloletniej praktyki obrotu prawami majątkowymi wynikającymi z dekretu, ale także aprobatę tej praktyki przez doktrynę i orzecznictwo. Jak wyjaśniono w powyższej uchwale, po stronie m.st. Warszawy lub Skarbu Państwa istnieje cywilnoprawny obowiązek majątkowy ustanowienia prawa użytkowania wieczystego, czemu po stronie byłego właściciela gruntu lub jego następcy odpowiada cywilnoprawne majątkowe uprawnienie do domagania się ustanowienia prawa użytkowania wieczystego.

³ Cyt. za J. Marowski, *Problematyka prawna użytkowania gruntów rolnych*, Warszawa 1959, s. 53, 55.

⁴ Tamże, s. 53–57; podobnie: J. Czerwiakowski, *Kilka zagadnień wybranych z zakresu gospodarki terenami w Warszawie*, „Palestra” 5/1 (37), s. 42–49; S. Breyer, *Przeniesienie własności nieruchomości*, Warszawa 1975, s. 325; A. Poczobut–Odlanicki, *Gospodarka terenami w Warszawie*, Warszawa 1979, s. 87.

Dziedziczne i zbywalne są bowiem co do zasady tylko cywilne prawa majątkowe (por. art. 922 i 57 k.c.). Uprawnienie to, mimo cywilnoprawnego charakteru, mogło być jednak realizowane w drodze wyjątku od zasady w toku postępowania administracyjnego, przez wydanie konstytucyjnej decyzji. W powoływanej uchwale SN nie zajęto ostatecznego stanowiska co do tego, czy uprawnienia płynące z dekretu należy uznać za roszczenia, czy też za ekspektatywy, aczkolwiek współcześnie zdają się przeważać oceny, że jest to ekspektatywa maksymalnie ukształtowana, czyli prawo majątkowe podmiotowe⁵. Przesądzenie tej kwestii nie wydaje się również konieczne z punktu widzenia oceny dopuszczalności zbywania praw wynikających z dekretu. Każda z tych konstrukcji dopuszcza bowiem praktycznie identyczny w tym względzie zakres działań ze strony uprawnionego.

W doktrynie także podzielany jest pogląd, że roszczenie o ustanowienie prawa do gruntu w trybie dekretu ma charakter cywilnoprawny. Cywilnoprawny charakter przesądza więc o możliwości dokonania przelewu roszczenia dekretowego na rzecz osoby trzeciej. Obowiązkwowi ustanowienia na rzecz dotychczasowego właściciela gruntu lub jego następców prawnych prawa użytkowania wieczystego odpowiada więc, po stronie podmiotu uprawnionego, zbywalne i dziedziczne prawo majątkowe, choć realizowane w toku postępowania administracyjnego⁶. Uznanie roszczenia za cywilnoprawne powoduje konieczność

uznania go także za zbywalne, chyba że zakaz zbywalności wynikałby z ustawy, umowy lub właściwości zobowiązania (art. 509 § 1 k.c.).

Wprawdzie roszczenie cywilnoprawne rozpoznawane jest w trybie administracyjnym na etapie wydawania decyzji o przyznaniu prawa użytkowania wieczystego, niemniej jednak, jak wskazywał SN m.in. w wyroku z 26 sierpnia 2009 r., I CSK 26/09, LEX nr 527139: *jest [ono] autonomicznym prawem majątkowym odpowiadającym co do treści cywilnoprawnemu obowiązkwowi państwa określone w art. 7 ust. 2 dekretu*. W tezie 1 do tego wyroku sformułowano analogiczny pogląd jak w wyżej wskazanej uchwale SN z 21 marca 2003 r., III CZP 6/03, i podkreślono, że *na podstawie art. 7 ust. 1 dekretu Rady Ministrów z 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m. st. Warszawy, na m.st. Warszawa, a później na Państwie spoczywa cywilnoprawny obowiązek ustanowienia na rzecz dotychczasowego właściciela gruntu lub jego następców prawnych prawa wieczystej dzierżawy z czynszem symbolicznym lub prawa zabudowy z opłatą symboliczną na przejętej na własność nieruchomości pod warunkiem, że nie zachodzą przesłanki negatywne wskazane w art. 7 ust. 2 dekretu*. Obowiązkwowi temu odpowiada po stronie podmiotu uprawnionego zbywalne i dziedziczne prawo majątkowe realizowane w toku postępowania administracyjnego.

W konsekwencji w orzecznictwie uważa się, że prawo przyznane w art. 7 ust. 1 i 2 dekretu ma charakter majątkowy. O tym, że ustawodawca nie traktuje tego prawa jako ściśle związanego z osobą „dotychczasowego właściciela”, bezpośrednio dotkniętego wywłaszczeniem, świadczy przyznanie uprawnienia jego „następcom prawnym”,

⁵ Zob. np. wyrok TK z 12 maja 2015 r., P 46/13, OTK ZU nr 5/A/2015, poz. 62: *Roszczenie to ma charakter całkowicie ukształtowanej ekspektatywy nabycia (de facto – częściowego odzyskania) prawa do gruntów w trybie art. 7 ust. 2–4 dekretu warszawskiego*.

⁶ Zob. M. Gdesz, *Rewindykacja gruntów warszawskich*, Warszawa 2012, s. 35.

co znaczy, że prawo to jest zarówno dziedzinne, jak i zbywalne (por. wyrok WSA w Warszawie z 23 lutego 2012 r., I SA/Wa 1811/11, LEX nr 1137321).

W postanowieniu z 12 lipca 2017 r., I OSK 274/17, LEX nr 2463293 NSA trafnie skonstatował, że *Skoro prawo cywilne (art. 509 K.c. i następne) przewiduje możliwość zbycia roszczenia o odszkodowanie, to nabywca takiego roszczenia ma prawo domagać się uzyskania decyzji administracyjnej w tym zakresie. Nabywca roszczenia może w takim postępowaniu uzyskać konkretne korzyści prawne, albo może być ich pozbawiony, jednakże dopiero po skonkretyzowaniu ich w ostatecznej decyzji administracyjnej. Nie ma przy tym istotnego znaczenia okoliczność, że art. 509 K.c. normuje prawa obligacyjne, a nie rzeczowe, skoro wiąże się bezpośrednio z sytuacją prawną nabywcy roszczenia, sformułowaną decyzją administracyjną (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia: 14 listopada 2007 r., sygn. akt I OSK 1485/06 oraz 26 października 2012 r., sygn. akt I OSK 1195/11).*

Z uchwały SN z 7 maja 2009 r., III CZP 18/09, LEX nr 492372 wynika z kolei, że *krąg osób, które mogły wystąpić o przyznanie im praw przewidzianych dekretem został zakreślony szeroko. Nie można wykluczyć, że uprawnionym mógł być nie tylko właściciel gruntu, lecz także jego następca prawny, jeżeli spełnił inne warunki przewidziane dekretem. Użyta w art. 7 ust. 1 dekretu szeroka formuła „następca prawny” nie wyklucza więc tego, że następstwo prawne mogło także powstać na podstawie umowy.*

Należy zauważyć, że uchwała składu siedmiu sędziów NSA z 30 czerwca 2022 r., I OPS 1/22 przywoływana przez NSA w uzasadnieniu wyroku z 29 sierpnia 2022 r. na

poparcie zawartych w nim twierdzeń dotyczy odmiennego stanu faktycznego i innego aktu prawnego. W stanie faktycznym wynikającym z uchwały umowa przelewu wierzytelności roszczeń o odszkodowanie z tytułu wywłaszczenia nieruchomości została zawarta jeszcze przed wszczęciem postępowania o ustalenie odszkodowania z tytułu przejścia przez gminę własności nieruchomości. W konsekwencji w tym przypadku przepis art. 30 § 4 k.p.a. nie miałyby zastosowania, w przeciwieństwie do stanu faktycznego wynikającego z wyroku NSA z 29 sierpnia 2022 r. Ponadto uchwała ta dotyczy instytucji publicznoprawnej, jaką jest wywłaszczenie nieruchomości na cele publiczne, oraz prawa do odszkodowania za takie wywłaszczenie. Nie jest więc pozbawiony racji pogląd, że prawo do odszkodowania za publicznoprawne wywłaszczenie nieruchomości ma także charakter publicznoprawny, tym bardziej że odszkodowanie to należy się od organu administracji publicznej. Przyjęcie takiego poglądu powoduje więc, że cywilnoprawny obrót takim uprawnieniem – aczkolwiek zgodny z prawem – może być nieskuteczny na gruncie art. 28 k.p.a.

Trzeba jednak wskazać, że przed wydaniem uchwały I OPS 1/22 poglądy NSA na kwestię interesu prawnego nabywców roszczeń odszkodowawczych z tytułu wywłaszczenia nieruchomości były zgoła odmienne. Poglądy te trafnie podsumował NSA w wyroku z 1 marca 2022 r., I OSK 809/19, LEX nr 3318500, podnosząc, że *problematyka dotycząca dopuszczalności cesji odszkodowania z tytułu wywłaszczenia nieruchomości była w przeszłości przedmiotem rozważań Naczelnego Sądu Administracyjnego, który w wydawanych przez siebie orzeczeniach wskazywał, że cechą każdego odszkodowania, w tym także*

odszkodowania za wywłaszczenie nieruchomości, jest jego cywilnoprawny charakter, co wynika z samej natury odszkodowania (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z 12 lipca 2017r., sygn. akt I OSK 274/17, i z 12 maja 2017r., sygn. akt I OSK 2091/15). Nie ulega przy tym wątpliwości, że roszczenie o ustalenie odszkodowania z tytułu wywłaszczenia nieruchomości jest wierzytelnością. Tym samym roszczenie byłego właściciela o ustalenie i wypłatę odszkodowania podlega obrotowi na podstawie art. 509 § 1 kc (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 14 listopada 2007r., sygn. akt I OSK 1485/06). (...) Wierzytelność z tytułu odszkodowania za wywłaszczenie nieruchomości ma charakter pieniężny i bez znaczenia dla tej wierzytelności i jej dłużnika pozostaje to czy wierzytelność zostanie zbyta czy nie. Tym samym własność zobowiązania nie stoi na przeszkodzie jego zbyciu (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z 14 listopada 2007r., sygn. akt I OSK 1485/06, z 12 maja 2017r., sygn. akt I OSK 2091/15, czy z 20 czerwca 2018 r., sygn. akt I OSK 1927/16). Również przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami nie zawierają zapisów, które wyłączałyby obrót wierzytelnością obejmującą odszkodowanie za wywłaszczenie nieruchomości na podstawie art. 509 § 1 k.c. (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z 12 maja 2017r., sygn. akt I OSK 2091/15, i z 14 listopada 2007r., sygn. akt I OSK 1485/06). W ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego ograniczenia takiego nie można wywodzić z art. 128 ust. 1 ugn, który to przepis przewiduje, że wywłaszczenie następuje za odszkodowaniem na rzecz osoby wywłaszczonej odpowiadającym wartości tych praw. Przepis ten implementuje na grunt ustawy o gospodarce nieruchomościami postanowienia art. 21 ust. 2 Konstytucji RP, zgodnie z którym wywłaszczenie jest dopuszczalne

jedynie wówczas, gdy jest dokonywane na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem. Przepisy Konstytucji nie określają podmiotów, na których rzecz ustalone jest odszkodowanie. Skoro zatem przepis rangi konstytucyjnej nie stanowi przeszkody dla obrotu wierzytelnością powstałą z tytułu odszkodowania za wywłaszczenie nieruchomości, to tym bardziej przepis rangi ustawowej podlegający wykładni prokonstytucyjnej nie może wprowadzać takiego ograniczenia. W świetle powyższego, wobec dopuszczalności dokonania cesji prawa do odszkodowania, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ugn, uznać należy, że nabywca wierzytelności w trybie określonym art. 509 § 1 kc uzyskuje interes prawny do udziału w postępowaniu, którego przedmiotem jest ustalenie i wypłata odszkodowania. Tym samym w ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego brak było podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 28, art. 61a § 1 i art. 61 kpa w zw. z art. 128 ust. 1 ugn.

Sukcesja uprawnień zbywalnych i dziedzicznych w toku postępowania w trybie art. 30 § 4 k.p.a.

Z analizy przedstawionego powyżej orzecznictwa wynika, że prawa i roszczenia z dekretu po pierwsze mają charakter majątkowy, a po drugie są zbywalne w drodze umowy cywilnoprawnej. Ze stanu faktycznego opisanego w wyroku NSA z 29 sierpnia 2022 r. należy wnioskować, że zbycie roszczeń dekretowych nastąpiło w trakcie postępowania administracyjnego, czyli po złożeniu wniosku z art. 7 ust. 1 dekretu o ustanowienie prawa użytkowania wieczystego gruntu. W konsekwencji w tej sytuacji powinien znaleźć zastosowanie art. 30 § 4 k.p.a. dotyczący następstwa prawnego w toku postępowania administracyjnego.

Zgodnie z art. 30 § 4 k.p.a. w sprawach dotyczących praw zbywalnych lub dziedzicznych w razie zbycia prawa lub śmierci strony w toku postępowania na miejsce dotychczasowej strony wstępują jej następcy prawni. Przytoczony przepis reguluje kwestię następstwa proceduralnego strony i wyróżnia następujące jego przypadki:

- *successio mortis causa*, gdy następstwo proceduralne jako rezultat następstwa prawnego jest skutkiem śmierci osoby fizycznej lub utraty osobowości prawnej (likwidacji) osoby prawnej, lub utraty bytu prawnego przez jednostkę organizacyjną,
- *successio inter vivos*, gdy następstwo proceduralne jest rezultatem czynności prawnej dotyczącej przedmiotu postępowania.

W wyroku WSA w Łodzi z 8 marca 2018 r., III SA/Łd 1047/17, LEX nr 2476004 wskazano, że w *postępowaniu dotyczącym praw zbywalnych, w razie zbycia prawa w toku postępowania na miejsce dotychczasowej strony wstępują jej następcy prawni (następstwo proceduralne inter vivos), w postępowaniu dotyczącym praw dziedzicznych w razie śmierci strony w toku postępowania w miejsce dotychczasowej strony wstępują jej następcy prawni (następstwo proceduralne mortis causa).*

W doktrynie oraz w orzecznictwie wskazuje się, że prawa i obowiązki nabyte na przykład w drodze decyzji administracyjnej są w zasadzie niezbywalne, chyba że są to prawa i obowiązki o charakterze cywilnoprawnym⁷. W sytuacji przejścia osobistego

⁷ Zob. S. Babiarsz, M. Jaśniewicz, *Zarząd sukcesyjny przedsiębiorstwem osoby fizycznej. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 319; P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, LEX 2019, art. 30, nt 6; wyrok NSA z 28 września 2009 r., II GSK 62/09, LEX nr 597001.

prawa podmiotowego, na przykład skutkiem przeniesienia własności rzeczy, dana osoba traci w postępowaniu administracyjnym swój interes prawny wpływający z prawa własności, natomiast ten interes prawny uzyskuje następca prawny takiej osoby. Następstwo procesowe jest w tej sytuacji skutkiem sukcesji cywilnoprawnej, a taka sukcesja wpływa na istnienie legitymacji do bycia stroną w określonym postępowaniu administracyjnym. Dopuszczalna jest więc sukcesja praw i obowiązków administracyjnych wynikających z aktu administracyjnego w następstwie umowy cywilnoprawnej⁸. B. Adamiak i J. Borkowski, odnośnie do pojęcia praw zbywalnych i dziedzicznych na gruncie omawianego przepisu, wskazują, że przeniesienie praw zbywalnych może dotyczyć wartości majątkowych. Powołują oni także wyrok SN z 8 maja 1998 r., III RN 34/98, OSN 1999, nr 5, poz. 157; OSP 1999, nr 7–8, poz. 132, z głosem J. Borkowskiego, w którym stwierdzono, że *koncesja ma charakter publicznoprawnego uprawnienia podmiotowego i z tej przyczyny co do zasady wyłączona jest z obrotu cywilnoprawnego*⁹.

Z przepisu art. 30 § 4 k.p.a. wyprowadzić trzeba wniosek, że organ administracji powinien wykluczyć z postępowania administracyjnego osobę zbywcy (prawa zbywalnego), nabywca zaś, wstępując w jego

⁸ A. Wróbel [w:] M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, LEX 2022, art. 30, nt 9; w wyroku SN z 20 listopada 2008 r., III SK 13/08, ZNSA 2009/2, poz. 130, stwierdzono, że: *Na podstawie art. 40 ust. 1 ustawy z 20.08.1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (jednolity tekst: Dz.U. z 2002 r. Nr 171, poz. 1397 ze zm.) nabywca wstępuje w prawa i obowiązki prywatyzowanego przedsiębiorstwa państwowego, wynikające z udzielonej temu przedsiębiorstwu koncesji, i ma interes prawny w rozumieniu art. 28 k.p.a. w domaganiu się, na podstawie art. 155 k.p.a., zmiany decyzji o udzieleniu koncesji polegającej na zmianie oznaczenia podmiotu, któremu została ona udzielona.*

⁹ B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 257.

prawa, staje się stroną tego postępowania. Wstąpienie to bowiem następuje z mocy prawa, zatem niezależnie od woli stron czy też organu (por. wyrok WSA w Szczecinie z 10 czerwca 2020 r., II SA/Sz 851/19, LEX nr 3045633). Jak stwierdził NSA w wyroku z 5 listopada 1997 r., I SA/Lu 1373/96, LEX nr 34642, art. 30 § 4 k.p.a. *pozwala na kontynuowanie i zakończenie wszczętego postępowania administracyjnego w sytuacji, gdy na skutek sprzedaży bądź dziedziczenia następuje zmiana podmiotu stosunku materialno-prawnego.*

W wyroku WSA w Białymstoku z 22 lutego 2018 r., II SA/Bk 100/16, LEX nr 2453263 stwierdzono, że „zbycie prawa” i „śmierć strony”, należą do ogólnej kategorii zdarzeń prawnych. Są okolicznościami, które rodzą skutki prawne w postaci powstania, zmiany albo wygaśnięcia uprawnień i obowiązków. „Zbycie prawa” jest czynnością prawną, czyli zachowaniem zmierzającym do wywołania skutków prawnych mocą odpowiednich oświadczeń woli. „Śmierć strony” stanowi natomiast okoliczność niezależną od zachowania się podmiotu prawa. Rozróżnienie „zbycia prawa” i „śmierci strony” prowadzi do wniosku, że to pierwsze określić należy jako czynność prawną *inter vivos*, czyli między żyjącymi. W judykaturze dominuje stanowisko, zgodnie z którym pojęcie „zbycie” interpretowane jest w sposób szeroki i nie jest utożsamiane tylko z odpłatną czynnością prawną. W uzasadnieniu wyroku z dnia 15 września 1992 r., IV SA 594/92, ONSA 1993, nr 3, poz. 64 NSA stwierdził, że „w razie przejścia praw zbywalnych: nie wydają się istnieć jakiegokolwiek argumenty przemawiające za dopuszczalnością kontynuacji postępowania tylko w sytuacji odpłatnego charakteru czynności prawnej (np. sprzedaż), a nakazujące jego umorzenie przy jej nieodpłatności (np. darowizna).

Do następstwa procesowego w rozumieniu art. 30 § 4 k.p.a. może więc dojść przy łącznym spełnieniu trzech warunków. Po pierwsze – sprawa, w której toczy się postępowanie administracyjne musi „dotyczyć praw zbywalnych lub dziedzicznych”. Po drugie – w ramach tej sprawy musi dojść do „zbycia prawa lub śmierci strony tego postępowania” i po trzecie – fakt zbycia prawa lub śmierci strony musi nastąpić „w toku postępowania administracyjnego”¹⁰.

Jak to wyżej wskazano, w art. 30 § 4 k.p.a. unormowano dwa rodzaje sukcesji: uniwersalną i syngularną. W przypadkach sukcesji syngularnej na gruncie prawa cywilnego dochodzi do nabycia indywidualnie oznaczonego prawa lub praw podmiotowych, zaś w przypadku sukcesji uniwersalnej na podstawie jednego zdarzenia prawnego dochodzi do nabycia całego lub prawnie wyodrębnionej części jakiegoś majątku. W skład tego majątku wchodzić mogą zarówno prawa, jak i obowiązki. Sukcesja uniwersalna jest więc zakresowo szersza, powoduje w zasadzie wejście w całą sytuację prawną poprzednika¹¹.

Z sukcesją uniwersalną mamy do czynienia nie tylko w sytuacji, gdy do nabycia całego majątku lub prawnie wyodrębnionej części jakiegoś majątku dochodzi w drodze dziedziczenia, lecz także w przypadku nabycia spadku np. w drodze umowy. Jak wskazuje bowiem art. 1051 k.c., spadkobierca, który spadek przyjął, może spadek ten zbyć w całości lub w części. To samo dotyczy zbycia udziału spadkowego. Stosownie zaś do art. 1052 § 1 k.c. umowa sprzedaży, zamiany, darowizny lub inna umowa

¹⁰ E. Szczygłowska, *Sukcesja uprawnień i obowiązków administracyjnych*, Warszawa 2009, s. 45.

¹¹ Tamże, s. 97.

zobowiązująca do zbycia spadku przenosi spadek na nabywcę, chyba że strony inaczej postanowiły. Natomiast art. 1053 k.c. stanowi, że nabywca spadku wstępuje w prawa i obowiązki spadkobiercy.

W wyroku siedmiu sędziów NSA z 13 października 2003 r., OSA 4/03, LEX nr 81610 zauważono, że *Zbycie spadku przez spadkobiercę, (...), powoduje taki skutek, że nabywca spadku traktowany jest na równi ze spadkobiercą spadku niezależnie od tego, czy zbycie spadku następuje w całości, czy w części* (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 1969 r. sygn. akt III CZP 91/69, OSN 1970, nr 6, poz. 107). Nabywca spadku od spadkobiercy poprzedniego właściciela nieruchomości, któremu odmówiono przyznania własności czasowej do gruntu na podstawie art. 7 dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy (Dz.U. Nr 50, poz. 279), jest stroną w rozumieniu art. 28 k.p.a. w postępowaniu o stwierdzenie nieważności decyzji odmawiającej przyznania własności czasowej.

Podobny pogląd wyrażono w wyroku NSA z 13 kwietnia 2021 r., I OSK 3601/18, LEX nr 3243368, w którym wskazano, że *na gruncie art. 1053 kc wstąpienie nabywcy w prawa i obowiązki zbywcy następuje w zakresie objętym umową. O ile co innego nie wynika z umowy, nabywca uzyskuje wszelkie korzyści i przejmuje wszelkie obciążenia związane z dziedziczeniem jako sukcesję uniwersalną. Nadto powszechnie przyjmuje się (...), że spadkobierca w zasadzie wstępuje też poprzez spadkobranie w sytuacje prawne, w których znajdował się spadkodawca, w związku z sukcesywną realizacją elementów stanów faktycznych potrzebnych do wywołania określonego skutku prawnego. Na zasadzie sukcesji uniwersalnej, nabywca*

spadku uzyskuje wszelkie korzyści i przejmuje wszelkie ciężary wynikające z dziedziczenia przez zbywcę (...) Na uwagę zasługuje pogląd wyrażony przez Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 27 kwietnia 2007 r., sygn. akt I OSK 844/06 (CBOSA) w odniesieniu do legitymacji nabywcy spadku do zwrotu wywłaszczonej nieruchomości. Sąd ten przyjął, że *nabywcę spadku w zakresie wynikających z niego uprawnień należy w obrocie prawnym traktować jak spadkobiercę, a więc mającego legitymację do złożenia wniosku o zwrot nieruchomości (...)* W konsekwencji *nabywca spadku na gruncie art. 30 § 4 k.p.a. stał się następcą procesowym poprzedniej strony postępowania, a tym samym, w ujęciu procesowym uzyskał, pochodzący od spadkobiercy dawnego właściciela, interes prawny, o którym mowa w art. 28 k.p.a. Z punktu widzenia powyższych okoliczności zasadnym zatem jest podnoszony w ramach drugiej podstawy kasacyjnej, zarzut naruszenia art. 30 § 4 oraz art. 28 k.p.a. Przepis art. 30 § 4 k.p.a. stanowi, iż w sprawach dotyczących praw zbywalnych lub dziedzicznych w razie zbycia prawa lub śmierci strony w toku postępowania na miejsce dotychczasowej strony wstępują jej następcy prawni. Przepis ten pozwala na kontynuowanie i zakończenie wszczętego postępowania administracyjnego w sytuacji, gdy na skutek sprzedaży bądź dziedziczenia następuje zmiana podmiotu stosunku materialno-prawnego. Następstwo procesowe uregulowane powyższym przepisem jest konsekwencją następstwa prawnego w prawie materialnym i polega na wstąpieniu do postępowania innego podmiotu na miejsce podmiotu, który dotychczas był jego stroną. Oznacza zatem, że poprzednik ustępuje w postępowaniu, a następca wstępuje w jego sytuację procesową, tak jakby od początku był stroną postępowania. Ważne jest, aby zdarzenia prawne rodzące następstwo procesowe, tak *successio mortis causa,**

jak i successio inter vivos, nastąpiły w toku postępowania, a zatem w określonym przedziale czasowym, pomiędzy rozpoczęciem, a zakończeniem konkretnego postępowania administracyjnego (vide: wyrok NSA z dnia 22 lutego 2000 r., sygn. akt I SA 310/99, Lex nr 55755). (...) Zgodnie z art. 28 k.p.a., przymiot strony postępowania administracyjnego przysługuje wyłącznie temu, kto ma interes prawny. Następstwo procesowe jest w tej sytuacji skutkiem sukcesji cywilnoprawnej, a taka sukcesja wpływa na istnienie legitymacji do bycia stroną w postępowaniu administracyjnym. Wstąpienie to bowiem następuje z mocy prawa, zatem niezależnie od woli stron czy też organu.

Z sukcesją syngularną mamy do czynienia z kolei, gdy w toku postępowania nastąpi przeniesienie prawa zbywalnego na nabywcę tego prawa. Przedstawiciele doktryny następstwo prawne w prawie administracyjnym łączą w szczególności z kategorią tzw. rzeczowych stosunków administracyjnych. Nazwa stosunki czy akty administracyjne rzeczowe nie oznacza przy tym, że prawa lub obowiązki publicznoprawne skierowane są do jakiejś rzeczy. Chodzi raczej o wyróżnienie tych przypadków stosunków administracyjnych, w których uprawnienia i obowiązki nie są ściśle związane z podmiotem stojącym poza administracją, nie są osobiste i jako takie mogą być przedmiotem następstwa prawnego¹².

Zdaniem J. Starościaka stosunki osobiste to takie, w których stosunek prawny łączący organ administracji publicznej z drugim podmiotem tego stosunku dotyczy

sytuacji osobistej podmiotu i dlatego wygasa z chwilą, gdy podmiot ten kończy swe istnienie. Natomiast stosunek rzeczowy nawiązuje się w celu uregulowania pozycji rzeczy i z uwagi na tę cechę nie wygasa z chwilą, gdy dana osoba (podmiot) kończy swe istnienie¹³. W literaturze podnosi się więc, że w ramach stosunku publicznoprawnego powstaje pewien element rzeczowy (substrat rzeczowy), rodzący możliwość sukcesji administracyjnoprawnej¹⁴.

E. Szczygłowska zauważa, że *Istota następstwa publiczno-prawnego nie tkwi bowiem wyłącznie w tym, że jeden podmiot staje się podmiotem uprawnień i obowiązków należących uprzednio do innej osoby, ale przede wszystkim w fakcie, że osoby te połączył ze sobą w pierwszej kolejności stosunek cywilnoprawny. (...) pojęciem następstwa administracyjnoprawnego trzeba objąć sytuacje, w których z uwagi na następstwo cywilnoprawne, tj. zbycie lub dziedziczenie określonego prawa podmiotowego (prywatnego) istnieje konieczność lub możliwość nawiązania stosunku prawnego między organem administracji publicznej a nabywcą tego prawa (lub spadkobiercą). (...) Następstwo publicznoprawne jest pochodną następstwa cywilnoprawnego, jego konsekwencją i młodszą siostrą. Pojawia się ono dlatego, że w pierwszej kolejności dochodzi do następstwa na gruncie prawa cywilnego¹⁵.*

E. Szczygłowska wskazuje też, że za prawa zbywalne lub dziedziczne w rozumieniu art. 30 k.p.a. należy uznać wyłącznie prawa o charakterze cywilnym. Posługując się przykładem z prawa budowlanego, można wskazać, że w przypadku zbycia

¹² Zob. J. Starościak, *Prawne formy i metody działania administracji* [w:] *System prawa administracyjnego*, t. III, red. T. Rabska, J. Łętowski, Ossolineum 1978, s. 33.

¹³ Zob. J. Starościak, *Stosunek administracyjno-prawny* [w:] *System prawa administracyjnego...*, op.cit. s. 33–35.

¹⁴ E. Szczygłowska..., op.cit., s. 266.

¹⁵ Tamże, s. 263 i nast.

nieruchomości stanowiącej teren inwestycji nabywca tej nieruchomości wstępuje w sytuację procesową poprzedniego właściciela dlatego, że doszło do zbycia cywilnego prawa podmiotowego (własności nieruchomości, której dotyczy postępowanie), a nie dlatego, że uprawnienie wynikające z pozwolenia na budowę (które w toku postępowania jeszcze nie istnieje) może być przedmiotem następstwa administracyjnoprawnego¹⁶.

Art. 34 § 4 k.p.a. należy więc czytać łącznie z art. 28 k.p.a., mówiącym o legitymacji do bycia stroną w postępowaniu administracyjnym, która przysługuje wyłącznie temu, kto ma interes prawny. W sytuacji przejścia prywatnych praw podmiotowych określona osoba traci swój interes prawny wpływający z prywatnego prawa podmiotowego, np. prawa własności rzeczy, zaś ten interes w wyniku zbycia prawa (bądź śmierci strony) zyskuje następcą prawny tej osoby (lub odpowiednio – jej spadkobierca) i dlatego organ powinien ją wykluczyć z udziału w postępowaniu¹⁷.

W kwestii praw strony nabywców roszczeń z dekretu trafnie wypowiedział się NSA w wyroku z 17 maja 2011 r., I OSK 27/10, LEX nr 1081015: *Błędnie Uczelnia upatruje naruszenia prawa przez przyznanie przymiotu strony E. K. (art. 145 § 1 pkt 1 lit. c) w zw. z art. 28 K.p.a. i art. 32 i art. 50 ustawy P.p.s.a.), a przez to uznanie jej prawa do udziału w sprawie w charakterze strony i pełnomocnika B. T., negując jednocześnie możliwość przeniesienia roszczeń dekretowych na inne osoby niż wymienione w art. 7 dekretu. Oceniając charakter roszczeń z art. 7 dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności*

użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy należy stwierdzić, iż nie są to roszczenia o charakterze osobistym, lecz roszczenia majątkowe – roszczenia o prawo do gruntu warszawskiego. Roszczenia takie mają charakter zbywalnych, co zostało przesądzone w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego. Przykładowo wymienić należy wyroki NSA z dnia 4 stycznia 2000 r. sygn. akt I SA 344/99, z dnia 23 listopada 2000 r. sygn. akt IV SA 2563/98 i z dnia 17 lipca 2003 r. I SA 3149/01. Ten kierunek orzecznictwa kontynuowany był także po dokonanej reformie sądownictwa administracyjnego i utrwalił się również w orzecznictwie sądowym po 1 stycznia 2004 r. (vide wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 lutego 2004 r. sygn. akt I SA 2795/02 niepubl.).

Zgodnie z poglądem NSA wyrażonym w wyroku z 29 stycznia 2003 r., II SA/Ka 657/01, LEX nr 681889 z mocy art. 30 § 4 k.p.a. w sprawach dotyczących praw zbywalnych w razie zbycia prawa w toku postępowania wstępują jej następcy prawni.

Odnosząc powyższe poglądy do stanu faktycznego opisanego w wyroku NSA z 29 sierpnia 2022 r., należy wskazać, że w sprawie tej zbycie roszczeń wynikających z dekretu nastąpiło w toku postępowania, które rozpoczęło się złożeniem wniosku z art. 7 ust. 1 dekretu, a zakończyło wydaniem decyzji ustanawiającej prawo użytkowania wieczystego gruntu. Ponadto należy przytoczyć pogląd SN zawarty w postanowieniu z 11 lutego 2011 r., I CSK 288/10, OSP nr 4/2013, poz. 46, zgodnie z którym *Stwierdzenie nieważności decyzji odmawiającej byłym właścicielom gruntów warszawskich przyznania prawa wieczystej dzierżawy lub prawa zabudowy na podstawie art. 7 ust. 1 dekretu (...) wywołuje ten skutek prawny,*

¹⁶ Tamże, s. 49.

¹⁷ Tamże, s. 50.

że przywraca uprawnionym prawo ubiegania się o ustanowienie prawa użytkowania wieczystego jako „surogatu” nieistniejących obecnie praw majątkowych przewidzianych w art. 7 ust. 1 dekretu. Po stwierdzeniu nieważności decyzji dekretowej nie jest więc wszczynane nowe postępowanie, ale kontynuowane jest to „przywrócone”, wszczęte wnioskiem z art. 7 ust. 1 dekretu.

Skoro więc, jak to wynika z jednolitego co do zasady orzecznictwa, roszczenia wynikające z dekretu mają charakter cywilny, majątkowy i zbywalny, to zbycie takiego roszczenia w toku postępowania powoduje, że nabywca roszczeń wstępuje w trybie art. 30 § 4 k.p.a. w sytuację procesową zbywcy tych roszczeń i w konsekwencji legitymuje się interesem prawnym z art. 28 k.p.a.

Sprzedaż roszczeń z dekretu w świetle art. 111a u.g.n.

Dopuszczalność sprzedaży roszczeń wynikających z dekretu pośrednio została usankcjonowana w art. 111a u.g.n. ust. 1, który stanowi:

Skarbowi Państwa lub miastu stołecznemu Warszawie przysługuje prawo pierwokupu w przypadku sprzedaży:

- 1) *praw i roszczeń określonych w dekrecie z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy (Dz.U. poz. 279 oraz z 1985 r. poz. 99);*
- 2) *roszczeń określonych w art. 214;*
- 3) *prawa użytkowania wieczystego ustanowionej na skutek realizacji roszczeń, o których mowa w pkt 1 i 2.*

W ust. 2 tego artykułu wskazano zaś, że *Przeniesienie praw i roszczeń, o których mowa w ust. 1, wymaga zawarcia umowy w formie aktu notarialnego.*

M.st. Warszawa nie jest zobowiązane skorzysać z prawa pierwokupu roszczeń z dekretu. Może więc się zdarzyć, że nastąpi zbycie roszczeń, a m.st. Warszawa nie wykona prawa pierwokupu. Wychodząc z domniemania racjonalnego ustawodawcy, nie sposób uznać, by legislator, ustanawiając prawo pierwokupu dla m.st. Warszawy w przypadku zbycia roszczeń określonych w dekrecie, jednocześnie zakładał, że nabywcy roszczeń nie wstępują w prawa strony w postępowaniu o ustanowienie prawa użytkowania wieczystego.

Podsumowanie

Poglądy judykatury zaprezentowane w niniejszym tekście nasuwają następujące konkluzje:

1. roszczenia wynikające z dekretu mają charakter cywilnoprawny, zbywalny i majątkowy,
2. ustawodawca nie traktuje prawa z dekretu jako ściśle związanego z osobą „dotychczasowego właściciela”, bezpośrednio dotkniętego wywłaszczeniem, o czym świadczy przyznanie uprawnienia jego „następcom prawnym”, co znaczy, że prawo to jest zarówno dziedziczne, jak i zbywalne,
3. krąg osób, które mogły wystąpić o przyznanie im praw przewidzianych dekretem, został określony szeroko; użyta w art. 7 ust. 1 dekretu szeroka formuła „następca prawny” nie wyklucza więc tego, że następstwo prawne mogło także powstać na podstawie umowy,
4. na m.st. Warszawa, a później na państwie spoczywa cywilnoprawny obowiązek ustanowienia na rzecz dotychczasowego właściciela gruntu lub jego następców prawnych prawa wieczystej dzierżawy pod warunkiem, że nie zachodzą przesłanki negatywne wskazane

w art. 7 ust. 2 dekretu; obowiązkowi temu odpowiada po stronie podmiotu uprawnionego zbywalne i dziedziczne prawo majątkowe realizowane w toku postępowania administracyjnego,

5. choć tryb przyznania osobie uprawnionej prawa użytkowania wieczystego gruntu na mocy art. 7 dekretu jest mieszany – dwustopniowy (decyzja administracyjna, a następnie akt notarialny), to prawo użytkowania wieczystego stanowi jednak instytucję prawa cywilnego,
6. pojęciem następstwa administracyjnoprawnego trzeba objąć sytuacje, w których z uwagi na następstwo cywilnoprawne, tj. zbycie lub dziedziczenie określonego prawa podmiotowego (prywatnego), istnieje konieczność lub możliwość nawiązania stosunku prawnego między organem administracji publicznej a nabywcą tego prawa (lub spadkobiercą),
7. następstwo publicznoprawne dokonywane w trybie art. 30 § 4 k.p.a. jest pochodną następstwa cywilnoprawnego, jego konsekwencją i młodszą siostrą; pojawia się ono dlatego, że w pierwszej kolejności dochodzi do następstwa na gruncie prawa cywilnego,
8. biorąc pod uwagę treść art. 111a ust. 1 u.g.n. i wychodząc z domniemania racjonalności ustawodawcy, nie sposób uznać, by ustawodawca, ustanawiając możliwość zbywania roszczeń wynikających z dekretu, jednocześnie dopuszczał sytuację, że nabywcy roszczeń nie wstępują w prawa strony w postępowaniu o ustanowienie prawa użytkowania wieczystego.

Z powyższych wniosków wynika więc, że w przypadku zbycia cywilnoprawnych roszczeń z dekretu interes prawny z art. 28 k.p.a. do bycia stroną postępowania

o ustanowienie prawa użytkowania wieczystego gruntu wynikający w art. 7 ust. 1 dekretu należy odczytywać w powiązaniu z art. 509 k.c. W wyroku NSA z 26 października 2012 r., I OSK 1195/11, LEX nr 2204377 trafnie wskazano, że *Przepisy prawa materialnego nie mogą być interpretowane w oderwaniu od przedmiotu postępowania administracyjnego*. Przedmiotem w niniejszym przypadku jest zaś przyznanie prawa użytkowania wieczystego gruntu, które, choć w pierwszej fazie ustanawiane jest w drodze decyzji, to jednak stanowi instytucję prawa cywilnego.

Wyroki NSA z 29 sierpnia 2022 r. swoim radykalizmem zaskoczyły nawet Komisję. Do czasu wydania tych wyroków to działania Komisji wykonywane z mocy przepisów ustawy z dnia 9 marca 2017 r. o szczególnych zasadach usuwania skutków prawnych decyzji reprivatyzacyjnych dotyczących nieruchomości warszawskich, wydanych z naruszeniem prawa (Dz.U. poz. 718 z późn. zm.) („ustawa o szczególnych zasadach”) dewastowały dotychczasowy dorobek orzecznictwa i doktryny wypracowywany od lat 50. XX w. na tle dekretu. Komisja nie sformułowała nawet w skardze kasacyjnej zarzutu, że nabywcy praw i roszczeń z dekretu uzyskanych na podstawie umowy cywilnoprawnej nie są stroną postępowania o ustanowienie prawa użytkowania wieczystego gruntu dekretowego. Komisja podniosła jedynie w decyzji, a następnie w skardze kasacyjnej, że przeniesienie roszczeń do nieruchomości warszawskiej było rażąco sprzeczne z interesem społecznym, w szczególności jeżeli nastąpiło w zamian za świadczenie wzajemne rażąco niewspółmierne do wartości nieruchomości warszawskiej, co spowodowało, że spełniona została przesłanka z art. 30 ust. 1 pkt 5 ustawy o szczególnych zasadach.

W ustawie o szczególnych zasadach brak jest natomiast przesłanek do uchylenia ostatecznej decyzji reprivatyzacyjnej tylko z tego powodu, że w drodze umowy cywilnoprawnej zostały zbyt roszczenia wynikające z dekretu. NSA w omawianych wyrokach wyszedł zatem poza granice skarg kasacyjnych, co samo w sobie budzi bardzo poważne wątpliwości co do zgodności z prawem tych wyroków. NSA rozpoznał zarzuty kasacyjne, których nie było w skargach kasacyjnych, i wyraził pogląd prawny nieznanym w orzecznictwie i doktrynie od 77 lat funkcjonowania dekretu.

NSA w uzasadnieniu wyroku z 29 sierpnia 2022 r., I OSK 2034/20 nie wskazał, w jaki sposób pogodzić omawianą wyżej treść art. 111a ust. 1 u.g.n., z którego wyraźnie wynika dopuszczalność zbywania roszczeń wynikających z dekretu, z katerycznym poglądem sądu, że nabywcy tych roszczeń nie mają praw strony w rozumieniu art. 28 k.p.a. w postępowaniu o ustanowienie prawa użytkowania wieczystego gruntu. Jeśliby zastosować wskazaną w wyroku NSA wykładnię przepisu art. 7 ust. 1 dekretu, to treść tego przepisu byłaby nie do pogodzenia nie tylko z art. 509 k.c., ale także z art. 111a ust. 1 u.g.n. Wykładni art. 7 ust. 1 dekretu dokonanej przez NSA nie sposób pogodzić również z art. 30 § 4 k.p.a. Mimo że roszczenia z dekretu stanowią prawa zbywalne, to nabywcy tych

roszczeń – w toku postępowania, czyli po złożeniu wniosku z art. 7 ust. 1 dekretu – nie mogliby wstąpić do postępowania o ustanowienie prawa użytkowania wieczystego gruntu na podstawie art. 30 § 4 k.p.a., ponieważ, zdaniem NSA, nie mają oni praw strony z art. 28 k.p.a. Tymczasem z treści art. 30 § 4 k.p.a. jasno wynika, że w sprawach dotyczących praw zbywalnych lub dziedzicznych w razie zbycia prawa lub śmierci strony w toku postępowania na miejsce dotychczasowej strony wstępują jej następcy prawni. Zawarta w wyroku NSA sprzeczność interpretacji przepisów dekretu z tak wieloma innymi przepisami powoduje, że chociażby z tego powodu wyrok ten jest w sposób oczywisty błędny. NSA dokonał w wyroku niedozwolonej w doktrynie i judykaturze wykładni przepisów prowadzącej do sprzeczności. Zgodnie z jej zasadą nie należy interpretować przepisów praw w sposób prowadzący do ich sprzeczności z innymi przepisami¹⁸. W ogólny sposób do zakazu takiej wykładni nawiązuje SN w swoim postanowieniu z 17 grudnia 1997 r., III CZP 47/97, OSNC 1998/5/73, w którym stwierdza, że *Odrzucić należy jednak przypuszczenie, że ustawodawca dopuścił istnienie sprzeczności między dwiema normami wymagającymi współstosowania.* ■

¹⁸ Zob. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 129 i nast.

Bibliografia

- Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa, 2007.
- Breyer S., *Przeniesienie własności nieruchomości*, Warszawa 1975.
- Ciepla H., Sarbiński R. M., Sobczyk-Sarbińska K., *Roszczenia przysługujące byłym właścicielom tzw. gruntów warszawskich*, Warszawa 2013.
- Czerwiakowski J., *Kilka zagadnień wybranych z zakresu gospodarki terenami w Warszawie*, „Palestra” 5/1 (37).
- Filipek J., *Stosunek administracyjnoprawny*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace Prawnicze” 1968, z. 34.
- Gdesz M., *Rewindykacja gruntów warszawskich*, Warszawa 2012.
- Grzybowski S., *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, Wrocław 1974.
- Kiełkowski T., *Sprawa administracyjna*, Kraków 2004.
- Klonowiecki W., *Strona w postępowaniu administracyjnym*, Lublin 1938.
- Kotłowska-Rudnik J., *Sukcesja administracyjnoprawna*, *Gazeta Prawna* 2001, 19–21 stycznia.
- Kozłowska D., Mzyk E., *Grunty warszawskie*, Zielona Góra 2000.
- Langrod J. S., *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej*, Kraków 2003.
- Łaszczycza G., Matan A., *Następstwo procesowe w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 5.
- Łaszczycza G., Matan A., *Następstwo w prawie administracyjnym [w:] Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego. Zakopane 24–27 września 2006 r.*, red. J. Zimmermann, Warszawa-Kraków 2007.
- Markowski J., *Problematyka prawna użytkowania gruntów rolnych*, Warszawa 1959.
- Miemiec M., *Następstwo prawne w prawie administracyjnym*, „Acta Universitatis Vratislaviensis, Przegląd prawa i administracji” 1990, t. xxvi.
- Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006.
- Peretiatkowicz A., *Podstawowe pojęcia prawa administracyjnego*, Poznań 1947.
- Poczobut-Odlanicki A., *Gospodarka terenami w Warszawie*, Warszawa 1979.
- Starościak J., *Prawne formy i metody działania administracji [w:] System prawa administracyjnego*, t. III, red. T. Rabska, J. Łętowski, Ossolineum 1978.
- Starościak J., *Stosunek administracyjno-prawny [w:] System prawa administracyjnego*, t. III, red. T. Rabska, J. Łętowski, Ossolineum 1978.
- Strus Z., *Grunty warszawskie*, „Przegląd Sądowy” 2007 nr 10.
- Szczygłowska E., *Sukcesja uprawnień i obowiązków administracyjnych*, Warszawa 2009.
- Wróbel A. [w:] M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Kraków 2000.



Dr Magdalena Niziołek

ATTORNEY-AT-LAW, WARDYŃSKI & PARTNERS



Krzysztof Wiktor

ATTORNEY-AT-LAW, WARDYŃSKI & PARTNERS

Acquirers of claims under the Warsaw Decree as a party to proceedings to establish perpetual usufruct of land

This article concerns the standing of acquirers of claims under the 1945 “Warsaw Decree” in proceedings to establish the right of perpetual usufruct of land. In its judgments of 29 August 2022 pursuant to cassation appeals by the Commission on Reprivatisation of Warsaw Property, the Supreme Administrative Court held that purchasers of claims under the decree acquired through a civil contract are not a party to proceedings under the decree for establishment of the right of perpetual usufruct of land. However, based on earlier holdings, the rights and claims of former owners under the decree are not only heritable, but also transferable, and have a civil-law and economic nature. Consequently, they can be transferred in a civil transaction, also during the course of administrative proceedings in accordance with Art. 30 §4 of the Administrative Procedure Code through universal or singular succession. Transfer of such a claim during proceedings causes the purchaser of the claims to enter into the procedural position of the transferor of the claims pursuant to Art. 30 §4, and consequently to have standing under Art. 28 of the Administrative Procedure Code to be a party to the proceedings for acquisition of the right of perpetual usufruct of land.

**PARTY TO PROCEEDINGS • STANDING IN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS •
1945 WARSAW DECREE • ACQUIRER OF CLAIMS UNDER THE 1945 WARSAW DECREE •
PERPETUAL USUFRUCT • UNIVERSAL SUCCESSION • SINGULAR SUCCESSION**







Natalia Żurawska

STUDENTKA V ROKU PRAWA WPIA UW, KANCELARIA NOERR ŻELICH



Artur Mamcarz

STUDENT V ROKU PRAWA WPIA UW, KANCELARIA NOERR ŻELICH

Szerszy dostęp fiskusa do kont bankowych – czyli niewidoczna inwigilacja obywateli

1 lipca 2022 r. znowelizowane zostały przepisy ustawy z dnia 16 listopada 2016 o Krajowej Administracji Skarbowej, rozszerzając uprawnienia organów skarbowych do kontroli rachunków bankowych osób fizycznych w związku z podejrzeniem popełnienia przez nie przestępstwa lub wykroczenia. Nowelizacja budzi wątpliwości zarówno co do ich zgodności ze standardami konstytucyjnymi, w szczególności w świetle tajemnicy bankowej i szeroko rozumianego prawa do prywatności, jak i w związku z niemal nieograniczoną możliwością nadużywania procedur kontrolnych w stosunku do osób fizycznych. W świetle powyższych wątpliwości nowelizację przepisów należy ocenić krytycznie i postulować ich ponowną zmianę.

**TAJEMNICA BANKOWA • PRAWO DO PRYWATNOŚCI • ORGANY SKARBOWE •
INWIGILACJA OBYWATELI • KONTROLA RACHUNKÓW BANKOWYCH**

Wprowadzenie

1 lipca 2022 r. na mocy ustawy z dnia 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw dokonano na pozór drobnej zmiany w ustawie z dnia 16 listopada 2016 o Krajowej Administracji Skarbowej (dalej: „ustawa o KAS”). Chodzi mianowicie o zmianę brzmienia art. 48 ust. 1 ustawy o KAS. W swojej poprzednio obowiązującej wersji przepis brzmiał:

*Na sporządzone na piśmie żądanie Szefa Krajowej Administracji Skarbowej lub naczelnika urzędu celno-skarbowego wydane w związku z wszczętym postępowaniem przygotowawczym lub czynnościami wyjaśniającymi odpowiednio w sprawie o przestępstwa lub wykroczenia oraz przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe, bank jest obowiązany do sporządzania i przekazywania informacji **dotyczących podejrzanego lub osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej** w przypadku, gdy postępowanie przygotowawcze lub czynności wyjaśniające są prowadzone w związku z czynami popełnionymi w zakresie działalności osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, [...].*

Znowelizowany przepis brzmi podobnie, jednakże z tą istotną zmianą, że od tej pory bank jest obowiązany do sporządzania i przekazywania informacji dotyczących **osoby fizycznej** lub osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej lub **danych pełnomocników** wskazanych w żądaniu rachunku bankowego. Dodatkowo oprócz Szefa KAS oraz naczelnika urzędu celno-skarbowego upoważnienie do żądania uzyskania

określonych informacji od banku uzyskał także naczelnik urzędu skarbowego.

Ta na pozór drobna nowelizacja budzi szereg wątpliwości natury prawnej. Sprawą zainteresował się już wcześniej Rzecznik Praw Obywatelskich. W marcu 2022 r. wystosował on do Prezesa Rady Ministrów, pełniącego wówczas obowiązki Ministra Finansów, pismo z prośbą o wyjaśnienie zaistniałych wątpliwości. Zauważył on, że zmiana słowa „podejrzany” na zwrot „osoba fizyczna” nie tylko znacząco poszerza zakres kompetencji organów skarbowych, ale przede wszystkim mocniej ingeruje w sferę prywatności obywateli¹. Ochrona życia prywatnego osoby fizycznej w fazie *in rem* postępowania przygotowawczego, a nie *in personam* wydaje się zaś kwestią fundamentalną.

Istotny również jest fakt, że planowana zmiana przepisów nie odpowiadała wymogom zasad techniki prawodawczej. W uzasadnieniu projektowanej regulacji wyżej przedstawione zmiany nie zostały bowiem omówione. Nie wskazano dla nich *ratio legis*. Ponadto nie odniesiono się do licznych uwag zgłaszanych na etapie konsultacji publicznych, bądź też udzielono na nie zdawkowych odpowiedzi. Z tych powodów, w ocenie RPO, nowe przepisy podatkowe nie zostały przygotowane we właściwy sposób. W związku z tym można więc mieć kolejne wątpliwości co do zasadności i prawidłowości wprowadzonych zmian².

Wątpliwości nie rozwiązała również odpowiedź Szefa KAS. Obywateli nie przekonały zapewnienia, że *organy KAS prowadzą postępowanie przygotowawcze jedynie*

¹ Zob. pismo Rzecznika Praw Obywatelskich z 14 marca 2022 r., znak VII.501.41.2022.KZ.

² Tamże.

w przypadku uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu zabronionego i po formalnym wszczęciu postępowania przygotowawczego oraz że zmieniony przepis art. 48 ust. 1 ustawy o KAS nie może być stosowany bez uzasadnionej przyczyny i bez powiązania z popełnionymi czynami, stanowiącymi przedmiot postępowania przygotowawczego w sprawie osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa³. Rzecznik RPO ponownie interweniował 5 października 2022 r., a w najnowszej odpowiedzi Ministra Finansów czytamy, że *wystąpienia organów KAS o te informacje nie mogą być kierowane bez przyczyny, co stanowi czynnik ograniczający potencjalną liczbę takich wystąpień. Ponadto należy podkreślić, że dane przekazywane przez banki organom KAS są chronione tajemnicą skarbową, którą regulują szczególnie przepisy ustawy Ordynacja podatkowa*⁴.

Mimo tych zapewnień w przestrzeni publicznej pojawiają się coraz to nowsze doniesienia wskazujące na fakt inwigilacji (tj. dyskretnej kontroli, obserwacji) poszczególnych rachunków bankowych obywateli. Pewne jest, że od 1 lipca 2022 r. organy skarbowe mogą w zasadzie w dowolnej chwili zażądać od banku określonych informacji, jeśli zostało już wszczęte postępowanie przygotowawcze lub podjęto czynności wyjaśniające. W praktyce zmiana słowa „podejrzany” na „osoba fizyczna” może rozdzić ogromne konsekwencje.

Dlaczego pojedyncze słowa mają znaczenie?

Na pierwszy rzut oka może wydawać się, że to tylko nieistotna zmiana terminologiczna,

³ Szerzej: pismo Szefa KAS z 25 kwietnia 2022 r., znak: DZP11.055.1.2022.

⁴ Szerzej: pismo Ministra Finansów z 18 listopada 2022 r., znak: DZP1.K43.7.2022.

a jednak niesie ze sobą duże konsekwencje prawne. Pojęcia „osoby fizycznej”, „osoby podejrzanej” lub „podejrzanego” mogą, ze względu na użycie podobnych słów, wydawać się bliskoznaczne. Szczególnie podobne wydają się ostatnie dwa pojęcia: „osoba podejrzana” i „podejrzany”, które dla kogoś, kto się profesjonalnie prawem karnym nie zajmuje, mogą wydawać się synonimami. W rzeczywistości terminom tym przepisy prawa i doktryna prawnicza nadają szczególne znaczenie.

Pojęcie „podejrzanego” jest szczególnie rozumianym terminem, dokładnie wyjaśnionym w art. 71 § 1 Kodeksu postępowania karnego. Zgodnie z tym przepisem za podejrzanego uważa się osobę, co do której wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów albo której bez wydania takiego postanowienia postawiono zarzut w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego. Osoba fizyczna staje się więc podejrzanym, gdy spełniona zostanie jedna z dwóch przesłanek ww. artykułu.

Sytuacja różni się znacznie w przypadku pojęcia „osoby podejrzanej” ze względu na brak definicji legalnej tego terminu w polskim porządku prawnym. Zgodnie z poglądami doktryny uznaje się, że osobą podejrzaną jest osoba, wobec której organy ścigania mają podejrzenie, że popełniła ona przestępstwo, i w związku z tym na osobie tej koncentrują się działania mające na celu wykrycie popełnionego przestępstwa⁵. Osoba fizyczna uznawana za osobę podejrzaną, w odróżnieniu od podejrzanego, nie jest stroną postępowania

⁵ Por. H. Paluszkiwicz [w:] K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2020, art. 71.

przygotowawczego w ramach postępowania karnego. W związku z powyższym nie ma ona uprawnień strony postępowania, ale nadal wokół niej koncentrują się działania organów ścigania.

Aby zobrazować różnice pomiędzy terminami oraz implikacje wprowadzonej nowelizacji art. 48 ustawy o KAS, przedstawimy sprawę na dwóch abstrakcyjnych przykładach.

W pierwszym scenariuszu mamy do czynienia z osobą fizyczną, wobec której wszczęto postępowanie przygotowawcze i wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów. Zgodnie z art. 71 § 1 k.p.k. osoba taka uznawana jest za podejrzanego. W tak postawionej sytuacji – zarówno w obecnym, jak i poprzednim brzmieniu art. 48 ustawy o KAS – organy skarbowe mogą dokonać kontroli rachunku bankowego.

W drugim scenariuszu wobec wspomnianej osoby również wszczęto postępowanie przygotowawcze, ale nie wydano postanowienia o przedstawieniu zarzutów ani nie przedstawiono tej osobie zarzutów w związku z przystąpieniem do przesłuchania jej w charakterze świadka, bez wydania postanowienia. W takiej sytuacji oczywiście osoba ta nie będzie podejrzanym, a jedynie osobą podejrzaną. Na gruncie obecnego brzmienia art. 48 ustawy o KAS organy skarbowe również przy takim scenariuszu mogą dokonać kontroli rachunku bankowego – inaczej niż przed nowelizacją, gdy przepis dopuszczał tzw. inwigilację rachunku bankowego przez organy skarbowe jedynie w stosunku do podejrzanego. Stojąc wykładnię językowo-logiczną i mając na względzie szczególne znaczenie pojęcia „podejrzanego”, w poprzednim stanie prawnym nie można było objąć kontrolą rachunku bankowego osoby podejrzaney.

Pojawia się więc pytanie, czy właściwym stanem rzeczy jest, aby podmiot, który nie posiada nawet przymiotu strony postępowania przygotowawczego, mógł być poddawany tak daleko idącej inwigilacji jak kontrola rachunku bankowego, który, jak wiadomo, chroniony jest tajemnicą bankową i szeroko rozumianym prawem do prywatności.

Konstytucyjne prawa a nowe brzmienie ustawy

Znowelizowany przepis ustawy o KAS trzeba niewątpliwie ocenić przez pryzmat konstytucyjnych praw i wolności człowieka, a mianowicie prawa do prywatności oraz wywodzącej się z tej zasady tajemnicy bankowej.

Prawo do prywatności jest jednym z kluczowych praw człowieka. Podlega ono ochronie w większości współczesnych systemów prawnych. Gwarantują je zarówno liczne akty prawa międzynarodowego, jak i polskiego. W tym kontekście można wskazać choćby artykuł 12 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka:

Nikt nie będzie poddany arbitralnemu wkraczaniu w jego życie prywatne, rodzinę, mieszkanie lub korespondencję, ani też zamachom na jego honor i reputację. Każdy jest uprawniony do ochrony prawnej przed takim wkraczaniem lub takimi zamachami.

Podobne brzmienie otrzymał artykuł 17 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych:

1. Nikt nie będzie poddany arbitralnej lub bezprawnej ingerencji w jego życie prywatne, rodzinne, mir domowy czy korespondencję, ani też bezprawnym zamachom na jego część i dobre imię. 2. Każdy ma prawo do ochrony

prawnej przed tego rodzaju ingerencją lub zamachami.

Nie sposób również pominąć przepisów Konstytucji Rzeczypospolitej, która w art. 47 statuuje prawo do ochrony prywatności:

Każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz decydowania o swoim życiu osobistym.

Prywatność w ujęciu normatywnym zakłada uprawnienie jednostki do autonomicznego kształtowania jej własnej sfery życia prywatnego, tak by była ona wolna od wszelkiej zewnętrznej ingerencji. Niemniej jednak należy mieć na uwadze, że władze państwowe wciąż znajdują kolejne, czasami wręcz błahe powody, by móc ingerować w nasze prawa. Oczywiście jest również, że prawo do prywatności nie ma charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniom, wynikającym z konkretnych przepisów prawa.

Z kolei pojęcie tajemnicy bankowej bywa różnie rozumiane zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie. W nawiązaniu do art. 104 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe można określić ją jako obowiązek określonej kategorii osób do zachowania w tajemnicy informacji uzyskanych podczas wykonywania czynności związanych z czynnościami bankowymi. Natomiast samo pojęcie czynności bankowych na gruncie przedmiotowej ustawy jest wielopłaszczyznowe i zostało określone w jej art. 5. Jak wskazuje się w orzecznictwie, zakres informacji objętych tajemnicą bankową należy interpretować szeroko, a więc również w odniesieniu do takich kwestii jak wykaz historii operacji

finansowych dokonanych na wskazanych rachunkach bankowych czy też dokumentacja związana z ich założeniem i prowadzeniem konta⁶. Pod pojęciem tajemnicy bankowej można również rozumieć część informacji prawnie chronionych przed dostępem osób trzecich. Na potrzeby niniejszego artykułu najistotniejsza jednak wydaje się definicja, zgodna z którą tajemnica bankowa stanowi prawo podmiotowe, umożliwiające uzyskanie ochrony przed bezprawnym ujawnieniem informacji udostępnionych bankom⁷.

W tym miejscu należy postawić sobie następujące pytania: kiedy więc dozwolone jest zwolnienie z obowiązku przestrzegania tajemnicy bankowej oraz komu można ujawnić określone informacje o podmiocie? Jak wynika z postanowienia SA w Krakowie z 7 grudnia 2017 r. (II AKZ 463/17, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2017, nr 12, poz. 43), zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy bankowej musi mieć zawsze charakter wyjątkowy i gwarancyjny. Tajemnica bankowa chroni bowiem dane wrażliwe. Przepisy, które zezwalają na jej uchylenie, powinny być interpretowane rygorystycznie, a wszelkie wątpliwości co do istnienia przesłanek do uchylenia przedmiotowej tajemnicy muszą być rozstrzygane na rzecz ochrony tych danych. Zwolnienie z tajemnicy winno się więc stosować tylko wtedy, gdy bez tego nie można by dokonać istotnych ustaleń co do odpowiedzialności karnej. Zawsze należy więc wykazać, że zwolnienie z tajemnicy bankowej jest konieczne dla osiągnięcia celów postępowania karnego.

⁶ Por. postanowienie SA w Łodzi z 8 lutego 2017 r., II AKZ 45/17, „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych” 2016 nr 4, poz. 35.

⁷ Zob. A. Żygadło, *Wyłączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, Warszawa 2011.

Co się tyczy natomiast podmiotów, którym bank może udzielić określonych informacji, to są one enumeratywnie wymienione w art. 105 Prawa bankowego. W świetle niniejszej sprawy najistotniejszy jest fragment, korespondujący zresztą z art. 48 ustawy o KAS, który mówi o tym, że bank ma obowiązek udzielić informacji stanowiących tajemnicę bankową na żądanie Szefa Krajowej Administracji Skarbowej, naczelnika urzędu celno-skarbowego albo naczelnika urzędu skarbowego na zasadach i w trybie określonych w przepisach ustawy o KAS:

- w związku z toczącym się postępowaniem karnym lub postępowaniem w sprawach o przestępstwa skarbowe przeciwko osobie fizycznej będącej stroną umowy zawartej z bankiem,
- w związku z toczącym się postępowaniem karnym lub postępowaniem w sprawach o przestępstwa skarbowe popełnione w zakresie działalności osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, która jest posiadaczem rachunku,
- jeżeli jest to konieczne do skutecznego zapobieżenia przestępstwom lub przestępstwom skarbowym, ich wykrycia albo ustalenia ich sprawców i uzyskania dowodów ich popełnienia, a także wykrycia i identyfikacji przedmiotów i innych korzyści majątkowych pochodzących z przestępstwa lub przestępstwa skarbowego albo ich równowartości – w zakresie, o którym mowa w art. 127a ustawy o KAS,
- w związku z wszczętą kontrolą celno-skarbową, kontrolą podatkową albo toczącym się postępowaniem podatkowym albo czynnościami audytowymi, o których mowa w art. 99a pkt 2 ustawy o KAS,

- w związku z prowadzonymi czynnościami analitycznymi, o których mowa w art. 49a ustawy o KAS.

Ze względu na ww. podstawę prawną organy skarbowe posiadają niewątpliwie szerokie możliwości kontrolne. Mogą w zasadzie żądać od banków każdego rodzaju informacji, które teoretycznie mają przyczynić się do uzyskania konkretnych dowodów popełnienia przestępstwa bądź przestępstwa skarbowego. Wystarczy w zasadzie przypuszczenie, że dana osoba fizyczna popełniła określony czyn, by wystąpić z żądaniem udostępnienia danych służących przeciwko niej. Należy pamiętać o tym, że każdy bank posiada szereg danych osobowych swoich klientów. Przykładowo można tu wskazać dane dotyczące posiadanych lub współposiadanych rachunków bankowych, pełnomocnictw do dysponowania innymi rachunkami bankowymi, zawartych umów kredytowych czy też umów pożyczek. Organy skarbowe mogą więc uzyskać informacje o liczbie posiadanych przez daną osobę rachunków bankowych, obrotach i stanach tych rachunków, a także o kwotach i datach poszczególnych transakcji oraz kontrahentach⁸. Co więcej, żądanie ujawnienia danych o rachunku bankowym może dotyczyć obecnie już nie tylko właścicieli, ale także pełnomocników.

Warto podkreślić, że jeśli organ skarbowy żąda od banku ujawnienia określonych informacji, bank ten nie może skutecznie podważyć zobowiązania wydanego na podstawie z art. 48 ust. 1 ustawy o KAS. Nawet gdy żądanie jest w oczywisty sposób bezpodstawne lub oparte na oczywiste

⁸ Por. M. Nowakowski, *Tajemnica bankowa w świetle nowych uprawnień administracji skarbowej wprowadzonych w ramach Polskiego Ładu*, LEX 2022.

błędnych założeniach. Mowa oczywiście o sytuacji, w której polecenie wypełnia dyspozycję art. 48 ust. 1 pkt 1–5 ustawy o KAS. Inną kwestią jest, czy bank ma realną możliwość weryfikacji, czy wspomniana dyspozycja została wypełniona i czy przepisy są należycie stosowane przez organy skarbowe. Przykładowo, w jaki sposób bank mógłby sprawdzić, czy rzeczywiście wszczęte zostało postępowanie przygotowawcze lub podjęte zostały czynności wyjaśniające, których podjęcie lub wszczęcie jest konieczne, jeśli organ skarbowy żąda dostępu do informacji o rachunku bankowym? Finalnie należy postawić pytanie, co w sytuacji, gdy rzeczywiście organ skarbowy w sposób nieuprawniony zwróci się do banku, a ten spełni to zobowiązanie, powodując potencjalnie szkodę osobie, której przekaz dotyczył.

Rzut oka na regulacje zagraniczne

Warto zobaczyć, jak analogiczne kwestie są regulowane w innych państwach europejskich. Przykładowo w Szwajcarii przepisy regulujące przedmiotową kwestię wykazują pewne podobieństwo do regulacji polskich. Jednakże uchylenie tajemnicy bankowej jest możliwe tylko w przypadku śledztwa dotyczącego przestępstwa kryminalnego w rozumieniu prawa szwajcarskiego czy też na wniosek sądu w sprawach np. rozwodowych czy spadkowych. Pomimo podobieństwa przepisów, szwajcarskie banki mają w przekonaniu wielu osób swoistą aurę zaufania, poufności i anonimowości. W ocenie autorów ten dysonans może wynikać z faktu, że pomimo podobieństwa przepisów inna jest praktyka ich stosowania. Szwajcaria jest państwem znanym z wysokiego poszanowania zasad praworządności. Nawet ryzykowne regulacje, stwarzające możliwość naruszeń,

są ograniczane przez szacunek do fundamentalnych zasad tajemnicy bankowej czy prawa do prywatności.

W Belgii z kolei funkcjonuje Centralny Punkt Kontaktowy (CPC), będący częścią Banku Narodowego. Wszystkie belgijskie instytucje finansowe zobowiązane są deklarować tej instytucji tożsamość swoich klientów, a także numery ich kont, umów oraz sald znajdujących się na rachunku bankowym. Jeśli organy podatkowe mają przesłanki wskazujące na oszustwo podatkowe, mogą zwrócić się do CPC z wnioskiem o te informacje, dotyczące danego podatnika.

Na tym tle omawiana nowelizacja art. 48 ust. 1 ustawy o KAS może wydawać się jedynie małym krokiem w kierunku zwiększenia kontroli nad społeczeństwem. W ocenie autorów problem tkwi nie tylko w samym tekście znowelizowanego przepisu. Ważnym czynnikiem wpływającym na negatywną ocenę obecnego stanu prawnego jest nie tylko samo nowe brzmienie ustawy, lecz cała otoczka wokół niej. Przez tę otoczkę rozumiemy praktykę stosowania przepisów przez organy skarbowe oraz wpływające na te organy środowisko polityczne. Jako prawnicy nie możemy zwracać uwagi jedynie na brzmienie przepisów. Prawo to coś więcej niż sam tekst. Nowelizacja pozbawia nasz system prawny swoistego hamulca, blokującego możliwość inwigilacji rachunków bankowych obywateli bez ich wiedzy i bez faktycznej możliwości ochrony swoich praw. Jako autorzy nie jesteśmy w stanie ocenić, czy wprowadzony mechanizm będzie faktycznie wykorzystywany w tak bezpodstawny i instrumentalny sposób, ale z pewnością od 1 lipca 2022 r. taka możliwość istnieje i sam fakt jej istnienia należy oceniać jako negatywny i niebezpieczny.

Podsumowanie i wnioski

W naszej ocenie przekazanie organom skarbowym tak szerokich uprawnień w zakresie dostępu do chronionych tajemnicą bankową informacji o osobach fizycznych jest nieuzasadnione i może naruszać konstytucyjne prawa i wolności człowieka, a w szczególności prawo do prywatności. W praktyce może się okazać, że osoby te nie tylko nie będą świadome faktu, że są wobec nich prowadzone czynności inwigilacyjne, ale również nie będą miały realnego wpływu na kontrolę prawidłowości ich prowadzenia. Wszystko to powoduje,

że tajemnica bankowa staje się czymś na kształt iluzji, wprowadzonej do systemu prawa jedynie w celach estetycznych lub dla pozorów. Nawet gdy organ skarbowy nie będzie miał na tyle silnych podejrzeń, że dana osoba popełniła czyn zabroniony, aby nadać jej przymiot podejrzanego, to i tak będzie mógł pozyskać od banku wiele bardzo istotnych informacji dotyczących posiadanych przez tę osobę rachunków bankowych. Czas jednak pokaże, jak znowelizowane przepisy będą stosowane w praktyce i czy ich konstytucyjność z czasem nie zostanie szerzej zakwestionowana. ■

Bibliografia

- Eichstaedt K. [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego*. Tom I. Komentarz aktualizowany, LEX 2022, art. 71.
- Florczak-Wątor M. [w:] P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. II, LEX 2021, art. 47.
- Krukowski A. [w:] Bielecki L. Gorgol A. (red.), *Ustawa o Krajowej Administracji Skarbowej. Komentarz*, wyd. 1, C. H. Beck 2018, art. 48.
- Mednis A. [w:] A. Mikos-Sitek, P. Zapadka (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2022, art. 105.
- Nowakowski M., *Tajemnica bankowa w świetle nowych uprawnień administracji skarbowej wprowadzonych w ramach Polskiego Ładu*, LEX 2022.
- Paluszkiewicz P. [w:] K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2020, art. 71.
- Pryciak M., *Prawo do prywatności*, „Studia Erasmiانا Wratislaviensia”, 2010 nr 4, s. 211–229.
- Stefański R. A., Zabłocki S. [w:] R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego*. Tom III. Komentarz do art. 297–424, Warszawa 2021, art. 297.
- Żygadło A., *Ochrona tajemnicy bankowej jako dobra osobistego*, „Państwo i Prawo” 2009 nr 5, s. 60–72.
- Żygadło A., *Wyłączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, Warszawa 2011.



Natalia Żurawska

5TH-YEAR LAW STUDENT, FACULTY OF LAW AND ADMINISTRATION,
UNIVERSITY OF WARSAW, NOERR ŻELICH LAW FIRM



Artur Mamcarz

5TH-YEAR LAW STUDENT, FACULTY OF LAW AND ADMINISTRATION,
UNIVERSITY OF WARSAW, NOERR ŻELICH LAW FIRM

Broader access to bank accounts by the tax authorities: Invisible surveillance of citizens

The National Revenue Administration Act of 16 November 2016 was amended on 1 July 2022, extending the powers of the fiscal authorities to monitor bank accounts of individuals on suspicion of a crime or petty offence. The amendment raises doubts as to its compliance with constitutional standards, particularly in light of bank secrecy and the broader right to privacy, and the almost unlimited scope for abuse of oversight procedures against individuals. In light of these doubts, the amendment should be assessed critically and should be reconsidered.

**BANK SECRECY • RIGHT TO PRIVACY • TAX AUTHORITIES • SURVEILLANCE OF
CITIZENS • MONITORING OF BANK ACCOUNTS**





dr hab. Marcin Wujczyk

WARDYŃSKI I WSPÓLNICY, ORCID: 0000-0002-4620-4899

Charakter prawny dyskryminacji pośredniej w polskim i brytyjskim systemie prawa pracy

Przedmiotem artykułu jest instytucja dyskryminacji pośredniej. Autor analizuje kryteria stosowania tej instytucji w prawie polskim. Punktem odniesienia dla przeprowadzonych rozważań są regulacje prawa brytyjskiego i konstrukcja dyskryminacji pośredniej zawarta w brytyjskim Equality Act. Autor rozważa również, w jakich sytuacjach różnicowanie pracowników nie powinno być potraktowane jako przejaw dyskryminacji. Szczególnej analizie poddano przypadki, w których różnicowanie pracowników uznawane jest za proporcjonalne. Autor wskazuje, że aby można było uznać różnicowanie za proporcjonalne, powinno ono odpowiadać rzeczywistym potrzebom pracodawcy, a użyte środki muszą być odpowiednie i konieczne w świetle zakładanego celu.

DYSKRYMINACJA POŚREDNIA • DYSKRYMINACJA BEZPOŚREDNIA • EQUALITY ACT • KRYTERIUM RÓŻNICOWANIA

Regulacje antydyskryminacyjne w polskim prawie pracy wciąż są tematem wymagającym badań. W szczególności niewiele jest wypowiedzi dotyczących dyskryminacji pośredniej. Wynika to zarówno z małej liczby przepisów poświęconych temu zagadnieniu, jak i z faktu, że pracownicy zarzucający pracodawcy nierówne traktowanie nie powołują się na tę instytucję.

Inaczej jest w brytyjskim systemie prawnym, gdzie kwestia dyskryminacji pośredniej jest rozbudowana. Przede wszystkim zwraca uwagę obowiązujący od 2010 r. Equality Act (regulujący obecnie zasadę równouprawnienia w stosunkach społecznych, w tym w stosunkach pracy).

Wielka Brytania może pochwalić się również ogromnym dorobkiem orzecznictwa dotyczącym zakazu dyskryminacji w stosunkach pracy. Wynika to zarówno ze specyfiki brytyjskiego systemu prawnego, w którym orzeczenia sądów mają szczególną pozycję, jak z i obszerności przepisów oraz długiego okresu ich obowiązywania. Niewątpliwie na ilość orzeczeń wydanych w sprawach o roszczenia pracowników z tytułu dyskryminacji wpływ miała również różnorodność społeczeństwa zamieszkującego Wielką Brytanię.

Warto więc szczegółowo przeanalizować brytyjskie przepisy regulujące zakaz dyskryminacji w stosunkach pracy, aby uzyskać punkt porównawczy dla interpretacji przepisów polskich. Analiza przepisów i orzecznictwa brytyjskiego pozwoli nie tylko lepiej określić zasady interpretacji polskich przepisów, ale może być również źródłem szeregu rozwiązań, których wprowadzenie do polskiego Kodeksu pracy pozwoliłoby skuteczniej realizować zasadę równości w krajowych stosunkach pracy.

Dyskryminacja pośrednia w prawie polskim

Dyskryminacja pośrednia została zdefiniowana w art. 18^{3a} § 4 Kodeksu pracy (k.p.) jako sytuacja, w której na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje albo szczególnie niekorzystna sytuacja w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych wobec wszystkich lub znacznej liczby pracowników należących do grupy wyróżnionej ze względu na jedną lub kilka przyczyn określonych w art. 18^{3a} § 1 k.p., chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne.

Głównym elementem odróżniającym dyskryminację pośrednią od bezpośredniej jest istnienie neutralnego kryterium, postanowienia lub podjętego działania, które jednak *de facto* prowadzi do niekorzystnego ukształtowania sytuacji określonej grupy wyodrębnionej na podstawie kryterium niedozwolonego różnicowania¹. Dyskryminacja pośrednia, jak podkreśla się w doktrynie², nie musi być zamierzona. O jej wystąpieniu przesądza więc nie motyw działania, lecz efekt w postaci zaistnienia

1 M. Wandzel, *Nowy kształt kontratypów dyskryminacji po nowelizacji Kodeksu pracy*, „Monitor Prawa Pracy” 2009 nr 5, s. 232–234; A. Szydłowska, *Równouprawnienie kobiet i mężczyzn na unijnym rynku pracy*, „Jurysta” 2002 nr 9, s. 12–15.

2 I. Boruta, *Dyskryminacja pośrednia w pracy ze względu na płeć w prawie Wspólnoty Europejskiej* [w:] *Studia Prawno-Europejskie*, t. 1, pod red. M. Seweryńskiego, Łódź 1996, s. 103.

rzeczywistej dysproporcji, o ile takie działanie nie ma usprawiedliwienia w obiektywnych okolicznościach. Słusznie więc wskazuje się, że znaczenia nie ma tu zamiar, czy też szerzej: przyczyna danego środka, ale jego skutek³.

Fakt powołania się zarówno na stosowane pozornie neutralne kryterium, jak i takie postanowienia lub podjęte działania pozwala uznać za dyskryminujące różnorodne sytuacje⁴. Kryterium wspomniane w przepisie art. 18^{3a} § 4 k.p. będzie odnosiło się do przesłanki, którą kieruje się pracodawca. Pozornie neutralnymi postanowieniami będą przede wszystkim regulacje zawarte w aktach wewnętrzzakładowych takich jak regulamin pracy czy wynagradzania. Wreszcie termin „podjęte działania” nakazuje uwzględnić przy definiowaniu dyskryminacji pośredniej również czynności czysto faktyczne.

Pozorna neutralność powyższych czynników oznacza, że różnicowanie na ich podstawie nie jest formalnie zakazane przez przepisy prawa, w praktyce jednak wywołuje skutki podobne do wyraźnie zakazanego kryterium⁵. Za pozornie neutralne kryterium prowadzące do dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć można uznać: odniesienie się do stanu cywilnego lub sytuacji rodzinnej, warunki odnoszące się do siły fizycznej, wymogi mobilności w zakresie wykonywanego zawodu. Z kolei dyskryminacja pośrednia ze względu na

wiek może wynikać z wprowadzenia wymogu minimalnego okresu doświadczenia na danym stanowisku.

Kolejnym elementem dyskryminacji pośredniej jest negatywny wpływ zastosowanych środków na grupę prawnie chronioną. Przepisy polskie mówią tu o niekorzystnej dysproporcji lub szczególnie niekorzystnej sytuacji. Należy zauważyć, że o ile dysproporcja nie musi mieć kwalifikowanego charakteru, o tyle jeśli dyskryminowani pracownicy powołają się na postawienie ich w niekorzystnej sytuacji, konieczne jest stwierdzenie, że dysproporcja ta miała charakter szczególny. Należy przyjąć, że dysproporcją w rozumieniu przepisów antydyskryminacyjnych nie będą niewielkie różnice między poszczególnymi grupami prawnie chronionymi. Za Trybunałem Sprawiedliwości można wskazać, że dysproporcja powinna być znaczna⁶. Uznanie niekorzystnej sytuacji za podstawę stwierdzenia dyskryminacji pośredniej pozwala zastosować tę instytucję również w tych przypadkach, gdy nie można dokonać porównania między pracownikami dyskryminowanymi a pracownikami, którzy nie należą do grupy wyróżnionej ze względu na kryterium dyskryminacyjne. W takim przypadku podstawą orzeczenia dyskryminacji pośredniej jest fakt, że sytuacja danej osoby została ukształtowana w sposób szczególnie niekorzystny ze względu na kryterium niedyskryminacyjne, a nie fakt, że osoba ta była z tego powodu potraktowana gorzej niż osoby nieposiadające cechy prawnie chronionej.

3 J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2012, s. 268.

4 E. Maniewska [w:] K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Kodeks pracy. Komentarz. Ustawy towarzyszące z orzecznictwem. Europejskie prawo pracy z orzecznictwem*, t. 1, Warszawa 2016, s. 139.

5 Ch. Tobler, *Indirect discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpia–Oxford 2005, s. 235 i n.

6 Wyrok TS z dnia 6 grudnia 2007 r. w sprawie C-300/06 Ursula Voß v. Land Berlin, Zb. Orz. 2007, s. I-10573; I. Boruta, *Ochrona pracy kobiet w świetle prawa Wspólnot Europejskich – wnioski dla Polski* [w:] *Studia Prawno-Europejskie*, t. 11, pod red. M. Seweryńskiego, Łódź 1997, s. 60–70.

Przepis art. 18^{3a} § 4 k.p. stanowi podstawę do stwierdzenia, że dyskryminacja pośrednia wystąpi nie tylko wówczas, gdy doszło do niekorzystnego wpływu stosowanych środków na grupę prawnie chronioną, ale również gdy taki skutek jedynie mógł wystąpić.

Ustalenie, czy dane postanowienie, kryterium lub działanie ma charakter dyskryminujący, będzie co do zasady wymagało dokonania porównania w obrębie określonej kategorii osób, np. danej rasy, płci, religii⁷. Przy czym należy porównać nie tylko to, jaki skutek wywiera dany środek na te osoby, ale też to, czy poszczególne osoby znajdują się w tej samej sytuacji wyjściowej⁸. Ochrona przed dyskryminacją pośrednią obejmuje traktowanie pracowników w obszarach nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji⁹.

Dyskryminacja pośrednia ma miejsce, gdy niekorzystne dysproporcje albo szczególnie niekorzystna sytuacja dotyczy wszystkich lub znacznej liczby pracowników należących do grupy wyróżnionej ze względu na kryterium niedozwolonego różnicowania¹⁰. W tym zakresie w doktrynie pojawiły się stanowiska, że wbrew literalnemu

brzmieniu przepisu dyskryminacja pośrednia będzie miała miejsce również, gdy negatywnym działaniem pracodawcy zostanie dotknięta (lub mogłaby zostać dotknięta) tylko jedna osoba¹¹. Do tego zapatrywania należy podchodzić z dużą ostrożnością. Dyskryminacja pośrednia sankcjonuje zachowanie, które nie ma charakteru intencjonalnego – zamiarem pracodawcy nie jest doprowadzenie do gorszego potraktowania określonej grupy. Z tego względu nie wydaje się zasadne, by sankcjonować pracodawcę, jeśli jego działanie ma negatywny wpływ na niewielką liczbę osób.

Dyskryminacja pośrednia w prawie brytyjskim

Pojęcie dyskryminacji pośredniej w prawie brytyjskim znajduje się w ustępie 19 Equality Act. Zgodnie z tym przepisem osoba (A) dyskryminuje inną osobę (B), jeśli A stosuje do B postanowienia, kryteria lub praktykę, która ma charakter dyskryminujący w powiązaniu z niedozwolonymi kryteriami różnicowania odnoszącymi się do B. Przy czym dane postanowienie, kryterium lub praktyka są dyskryminujące, gdy:

1. A stosuje, albo zastosowałyby je do osoby, z którą B nie łączą te same cechy
2. stawiają, albo mogłyby stawiać, osoby posiadające te same cechy w szczególnie niekorzystnej sytuacji w porównaniu z osobą, które nie mają tej samej cechy co B
3. stawiają, albo mogłyby stawiać B, w niekorzystnej sytuacji
4. A nie jest w stanie wykazać, że są to proporcjonalne środki do osiągnięcia celu zgodnego z prawem.

7 L. Florek, *Równość traktowania mężczyzn i kobiet* [w:] *Równość praw mężczyzn i kobiet*, Warszawa 2001, s. 155; H. Szewczyk, *Ochrona przed nierównym traktowaniem i dyskryminacją ze względu na religię oraz przekonanie (światopogląd) w prawie wspólnotowym oraz w prawie polskim* [w:] *Aktualne zagadnienia prawa pracy i polityki społecznej (zbiór studiów)*, t. 1, pod red. M. B. Cwiertniaka, Sosnowiec 2012, s. 59–60.

8 J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia...*, s. 272.

9 I. Boruta, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowe pojęcia*, „Monitor Prawa Pracy” 2004 nr 2, s. 38.

10 M. Wandzel, *Nowy kształt kontraktów dyskryminacji...*, s. 232 i n.

11 P. Korus [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, pod red. A. Sobczyka, Warszawa 2017, s. 72.

W orzecznictwie brytyjskim wskazano, że koncepcja dyskryminacji pośredniej jest próbą dania wszystkim równych szans poprzez badanie przesłanek, które z pozoru wyglądają obiektywnie, ale w rzeczywistości prowadzą do rozstrzygnięć niekorzystnych dla osób, które posiadają jedną z cech prawnie chronionych¹². Jako typowy przykład dyskryminacji pośredniej wskazuje się sytuację kobiety zmuszonej do rezygnacji z pracy z powodu wprowadzenia przez pracodawcę praktyki, zgodnie z którą pracownicy są zobowiązani pracować w trybie zmianowym. Pracownica nie ma możliwości wykonywania pracy w tym trybie ze względu na konieczność sprawowania opieki nad własnymi dziećmi w ściśle określonej porze dnia, a pracodawca nie przewidział żadnych udogodnień dla pracowników w takiej sytuacji. Jest to przypadek, w którym kobiety są w gorszej sytuacji niż mężczyźni, gdyż to one częściej opiekują się dziećmi niż mężczyźni. W efekcie pracodawca będzie winny dyskryminacji pośredniej wobec przywołanej pracownicy, chyba że udowodni, że stosowana przez niego praktyka ma charakter uzasadniony¹³.

Orzecznictwo brytyjskie stanęło na stanowisku, że o dyskryminacji pośredniej można mówić wyłącznie wówczas, gdy działanie pracodawcy stawia w niekorzystnej sytuacji określoną grupę pracowników, a nie wyłącznie jednostkę. Kwestia ta została podkreślona w wyroku w sprawie *Eweida przeciwko British Airways plc*¹⁴. W judykacie tym sąd doszedł do wniosku, że zakaz

noszenia w widocznych miejscach symboli religijnych niewymaganych przez daną religię, co skutkowało poszkodowaniem tylko jednej osoby, nie może być podstawą do stwierdzenia dyskryminacji pośredniej. Do podobnej konkluzji należy dojść, analizując definicję dyskryminacji pośredniej w polskich przepisach. W art. 18^{3a} § 4 k.p. wskazano, że zastosowane kryterium, postanowienie lub działanie może być uznane za dyskryminację pośrednią, jeśli prowadzi do niekorzystnej sytuacji wszystkich lub określonej części pracowników należących do grupy wyróżnionej ze względu na kryterium dyskryminujące. Wydaje się, że część grupy, o której mowa w analizowanym przepisie Kodeksu pracy, nie może ograniczać się wyłącznie do jednej osoby. Wskazuje na to nie tylko językowa, ale również celowościowa wykładnia przepisu. Uznanie, że dyskryminacja pośrednia może mieć miejsce, gdy dotyczy tylko jedną osobę, rodziłoby ryzyko objęcia ochroną niezwykle szerokiego spektrum przypadków, co znacznie kępowałoby uprawnienia pracodawcy. W konsekwencji polskie przepisy powinny być interpretowane w tym aspekcie analogicznie jak przepisy prawa brytyjskiego.

POZORNIE NEUTRALNE KRYTERIUM RÓŻNICOWANIA

Zarówno przepisy brytyjskie, jak i polskie posługują się podobnymi pojęciami na określenie pozornie neutralnego kryterium różnicowania. W przepisach brytyjskich jest mowa o postanowieniach, kryteriach i praktyce, a w polskich – o postanowieniach, zastosowanym kryterium lub podjętych działaniach. Pojęcia te mogą mieć bardzo różnorakie desygnaty i nie da się ich wszystkich wymienić. W doktrynie prawa brytyjskiego podjęto jednak próbę

12 *Homer v Chief Constable of West Yorkshire Police* [2012] EqLR 594, para 17.

13 Explanatory Notes, para 81, por. także C. Barnard, B. Hepple, (2000) *Substantive Equality*, 59 Cambridge Law Journal, 570–572.

14 [2010] EWCA Civ 80, [2010] IRLR 322, [2010] ICR 890.

sformułowania najbardziej typowych przypadków, takich jak staż pracy, ustanowione zasady promowania pracowników, okresy kwalifikacyjne, zatrudnienie na pełny lub częściowy etat, niespisane praktyki rekrutacyjne, wymogi w zakresie miejsca zamieszkania¹⁵. Wymienione przesłanki w znaczącej większości mogą być podstawą do stwierdzenia dyskryminacji pośredniej również na gruncie polskich przepisów. Przy czym należy zauważyć, że różnicowanie według kryterium wymiaru czasu pracy będzie stanowiło podstawę do uznania, że mamy do czynienia z dyskryminacją bezpośrednią. Takie rozwiązanie należy uznać za słuszne i bardziej trafne niż przyjęte przez prawo brytyjskie

Nie jest wykluczone pośrednie dyskryminowanie pracownika ze względu nie na jedno, ale kilka pozornie neutralnych kryteriów. Takie stanowisko wynika z orzeczenia w sprawie *MoD przeciwko DeBique*, w którym powódka argumentowała, że jest nierówno traktowana ze względu na płeć i rasę, o czym świadczy wymóg całodobowej dostępności przez cały tydzień i brak prawa do mieszkania wspólnie z członkiem swojej rodziny w rodzinnym domu pomocy społecznej ze względu na fakt, że jest cudzoziemką uprawnioną jedynie do czasowego pobytu w Wielkiej Brytanii. Również na gruncie prawa polskiego należy dopuścić możliwość stwierdzenia, że dyskryminacja pośrednia jest powodowana wieloma postanowieniami, kryteriami lub działaniami, które jedynie pozornie wydają się mieć obiektywny charakter.

Postanowienia, kryteria lub praktyki prowadzące do dyskryminacji pośredniej

¹⁵ B. Hepple, *Equality. The legal Framework*, Oxford, Portland, Oregon 2014, s. 84.

mogą mieć swoje źródło w opisie zakresu obowiązków na danym stanowisku, treści umów o pracę, obowiązujących regulaminach, wewnętrznych zarządzeniach pracodawcy, układach i porozumieniach zbiorowych, regulaminach zwolnień grupowych. Postanowienia, kryteria i praktyki nie muszą jednak być wprost wyrażone, mogą one mieć również charakter nieformalny. Z tego względu wymóg nieposiadania dzieci został uznany przez sąd brytyjski za wystarczający do stwierdzenia dyskryminacji pośredniej, mimo że pracodawca nie przedstawił w sposób wyraźny takiego oczekiwania kobietom, z którymi przeprowadzał rozmowę rekrutacyjną. Wystarczające było potwierdzenie kierowania się takim kryterium w postaci odrębnej notatki spisanej na wniosku o zatrudnienie kandydatki, która pozytywnie przeszła weryfikację¹⁶.

W orzecznictwie brytyjskim wypracowano pogląd, w myśl którego postanowienia, kryteria lub praktyki prowadzące do dyskryminacji pośredniej mogą mieć charakter jednorazowy lub wynikać z decyzji uznaniowych. Nie mają one wprawdzie przymiotu praktyki lub kryterium, jednak można je kwalifikować jako postanowienie¹⁷. Na gruncie polskich przepisów taka interpretacja nie jest zupełnie wykluczona, choć należy do niej podchodzić z dużą ostrożnością. Polskie sformułowanie „postanowienie” odwołuje się raczej do określonej regulacji obowiązującej w zakładzie pracy.

¹⁶ *Thorndyke v Bell Fruit* (North Central Ltd 1979 IRLR 1, ET).

¹⁷ *British Airways plc v Stramer* 2005 IRLR 862, EAT. W sprawie tej pracodawca odmówił kobiecie pracującej jako pilot obniżenia wymiaru czasu pracy do połowy etatu. Zaproponował natomiast obniżenie go do ¾ etatu. Sąd uznał za nieprawidłowy argument pracodawcy, że jego decyzja nie może być zakwalifikowana jako postanowienie, praktyka lub kryterium.

W orzecznictwie brytyjskim można spotkać stanowiska argumentujące, że pomiędzy cechą prawnie chronioną a postawieniem pracownika w niekorzystnej sytuacji musi zachodzić związek przyczynowy, tj. dana cecha musi być czynnikiem sprawczym działania pracodawcy. Koncepcja ta spotkała się z powszechną krytyką. W konsekwencji dla stwierdzenia dyskryminacji wystarczy wykazanie, że to określone postępowanie lub praktyka pracodawcy skutkują niekorzystną sytuacją określonej grupy wyróżnionej ze względu na cechę prawnie chronioną.

DYSKRYMINACJA POŚREDNIA A DYSKRYMINACJA BEZPOŚREDNIA

W orzecznictwie brytyjskim zauważono, że dyskryminacja pośrednia i bezpośrednia wzajemnie się wykluczają. Skarżący pracownik może wysuwać roszczenia alternatywne w tym zakresie, ale sąd rozstrzygający sprawę nie może uznać, że pracownik był dyskryminowany pośrednio i bezpośrednio tym samym czynem pracodawcy.

Jako podstawową różnicę pomiędzy obiema formami dyskryminacji wskazuje się, że w przypadku dyskryminacji bezpośredniej pracodawca nie może usprawiedliwić swojego działania i zwolnić się z odpowiedzialności. Taka możliwość istnieje natomiast w przypadku dyskryminacji pośredniej¹⁸.

W doktrynie prawa pracy wskazano trafny przykład obrazujący różnicę między przywołanymi formami niedozwolonego różnicowania pracowników. Jeśli pracodawca uzależnia nawiązanie stosunku pracy od tego, czy kandydat w toku edukacji

uczęszczał do szkoły dla dziewcząt, należy mówić o dyskryminacji bezpośredniej mężczyzn, gdyż wyłącznie kobiety będą mogły spełnić postawiony warunek. Gdyby natomiast został postawiony warunek przeciwny, a mianowicie, że pod uwagę będą brane aplikacje jedynie tych kandydatów, którzy nigdy nie uczęszczałi do szkoły przeznaczanej wyłącznie dla dziewcząt, takie działanie należy traktować jako dyskryminację pośrednią kobiet. Ten drugi warunek mogliby spełnić wszyscy mężczyźni i część kobiet, jednak znaczna grupa kobiet nie mogłaby zrealizować kryterium postawionego przez pracodawcę¹⁹.

NIEKORZYSTNA SYTUACJA PRACOWNIKA

Na gruncie prawa brytyjskiego warunkiem dyskryminacji jest, by działanie pracodawcy prowadziło do postawienia pracownika w niekorzystnej sytuacji. Wprawdzie z definicji dyskryminacji pośredniej ujętej w polskim Kodeksie pracy nie wynika wprost, że skarżący pracownik musi znaleźć się w niekorzystnej sytuacji w wyniku pozornie neutralnego kryterium, jednak konieczność wystąpienia tej okoliczności jest oczywista w świetle charakteru roszczeń z tytułu dyskryminacji.

Warto przeanalizować, jak to określenie jest rozumiane przez sądy brytyjskie, pomoże to bowiem określić zakres pojęć „niekorzystne dysproporcje” i „szczególnie niekorzystna sytuacja” użytych przez polski Kodeks pracy. Brytyjski Employment Code of Practice wskazuje, że niekorzystna sytuacja może obejmować utratę sposobności skorzystania z możliwości lub prawa wyboru, jak też wykluczenie z określonego

¹⁸ *EJ v Governing Body of JFS and the Admissions Appeal Panel of JFS and others* 2010 IRLR 136, SC.

¹⁹ *Discrimination at Work. Employment Law Handbook*, London 2012, s. 382.

uprawnienia lub odstraszenie pracownika od skorzystania z przysługującego mu uprawnienia²⁰. Przy czym o niekorzystnej sytuacji można mówić wówczas, gdy byłaby ona postrzegana za taką przez osobę rozsądną. Z tego też względu nieuzasadnione poczucie krzywdy pracownika nie może być kwalifikowane jako „niekorzystna sytuacja”. Jak podkreślono w *Employment Code of Practice*, o niekorzystnej sytuacji można mówić, gdy pracownik w oparciu o rozsądne argumenty wskazuje, że wolałby być w danej sytuacji potraktowany inaczej²¹.

Dla stwierdzenia, że pracownik znalazł się w niekorzystnej sytuacji, nie jest konieczne ustalenie, że nie jest on w stanie sprostać określonym warunkom postawionym przez pracodawcę. Wystarczy uznanie, że podporządkowanie się tym działaniom będzie rodzic dla pracownika negatywne konsekwencje. Powyższe rozróżnienie ilustruje stan faktyczny rozpatrywany w sprawie *Sykes przeciwko JP Morgan*²². Powódka jako osoba bardzo dobrze wynagradzana była w stanie zatrudnić opiekunkę do dziecka i dzięki temu sprostać obowiązkowi pracy w pełnym wymiarze. Mimo to sąd uznał, że jest to bez znaczenia. Stwierdził, że o uznaniu, iż pracownik znalazł się w niekorzystnej sytuacji, decyduje nie faktyczna możliwość sprostania wymaganiom pracodawcy, ale negatywne konsekwencje, jakie są z tym związane dla pracownika.

Na gruncie brytyjskich przepisów podnosi się, że wykazanie, że określona grupa znalazła się w niekorzystnej sytuacji, może być dokonane wszelkimi dowodami. W wielu sytuacjach, gdy można mówić

o oczywistości znalezienia się w niekorzystnej sytuacji, sądy nie wymagają udowodnienia tej okoliczności. Te same zasady dowodzenia znajdą zastosowanie na gruncie polskich przepisów.

W orzecznictwie brytyjskim można spotkać stanowiska argumentujące, że pomiędzy cechą prawnie chronioną a postawieniem pracownika w niekorzystnej sytuacji musi zachodzić związek przyczynowy, tj. dana cecha musi być czynnikiem sprawczym działania pracodawcy²³. Koncepcja ta spotkała się z powszechną krytyką argumentującą, że wystarczające jest wykazanie, że to określone postępowania lub praktyka pracodawcy skutkują niekorzystną sytuacją określonej grupy wyróżnionej ze względu na cechę prawnie chronioną²⁴.

ODDZIAŁYWANIE NIEKORZYSTNEJ SYTUACJI NA GRUPĘ OSÓB

Aby można było mówić o „niekorzystnej sytuacji” na gruncie prawa brytyjskiego, konieczne jest, by postanowienia, kryteria lub praktyki skutkowały niekorzystną sytuacją dla pewnej grupy osób, które posiadają tę samą cechę prawnie chronioną co skarżący pracownik. Grupa ta może mieć charakter rzeczywisty lub jedynie hipotetyczny. Ten ostatni przypadek zachodzi wówczas, gdy dany pracodawca nie zatrudnia innej osoby posiadającej tę samą cechę prawnie chronioną²⁵. Skarżący może wówczas argumentować, że gdyby takie osoby istniały, ponosiłyby negatywne konsekwencje działań pracodawcy, które ta osoba wskazuje jako pozornie neutralne kryteria różnicowania.

²⁰ *Employment Code of Practice*, par. 4.9.

²¹ *Employment Code of Practice*, par. 4.9.

²² [2002] All ER (D) 209 (Jul).

²³ *Chief Constable of West Yorkshire Police* 2010 ICR 987, CA.

²⁴ *Discrimination at Work. Employment Law Handbook*, London 2012, s. 418–419.

²⁵ *British Airways plc v Stramer*, 2005 IRLR 862, EAT.

Jednocześnie jednak podkreślono, że tworzenie hipotetycznej grupy pracowników, którzy mogliby być dotknięci negatywnymi konsekwencjami, nie jest nieograniczone. W szczególności może być to obłożone restrykcjami w przypadkach, gdy skarga dotyczy dyskryminacji ze względu na religię lub wyznanie²⁶.

GRUPA PORÓWNAWCZA

Dla polskich sądów przydatna może być również wypracowana na gruncie brytyjskich przepisów procedura ustalania, czy pracownicy należący do określonej grupy znaleźli się w niekorzystnej sytuacji. Następuje to poprzez zidentyfikowanie odpowiedniego zbioru („pool”), w ramach którego następuje porównanie sytuacji wyróżnionych grup. Czynność ta pozwala ustalić, czy faktycznie część osób należąca do tej grupy była traktowana gorzej niż pozostałe osoby. Niezwykle istotne jest tu ustalenie składu grupy, w ramach której ma nastąpić porównanie. W licznych orzeczeniach brytyjskich wskazano, że do grupy porównawczej powinny zostać włączone te osoby, które otrzymają szczególną korzyść lub nie będą ponosiły negatywnych konsekwencji, a ich sytuacja zostanie odmiennie ukształtowana ze względu na zastosowanie kryterium związanego ze szczególną korzyścią lub negatywnymi konsekwencjami²⁷. Grupa porównawcza nie powinna być przy tym sformułowana zbyt wąsko. Na powyższą kwestię zwrócono uwagę w wyroku *London Underground przeciwko Edwards*²⁸. W sprawie tej powódką była kobieta samotnie wychowująca dziecko. Podnosiła ona, że wprowadzony przez pracodawcę

(londyńskie metro) system dyżurów, który wymagał od niej dłuższej pracy w ciągu dnia, stanowił dyskryminację pośrednią. W ocenie sądu I instancji prawidłowo dobrana grupa porównawcza powinna składać się z samotnych rodziców pracujących na stanowisku maszynistów. Sąd odwoławczy nie podzielił takiego zapatrywania, wskazując, że grupa powinna być złożona ze wszystkich maszynistów, którzy zostali objęci nowym systemem pracy opartym na dyżurach. Sąd argumentował, że grupa powinna obejmować wszystkie osoby, których dotyczy postanowienie, zastosowane kryterium lub podjęte działania, nie można więc jej ograniczać jedynie do arbitralnie określonej części tak wyróżnionego zbioru.

Z kolei w sprawie *Pike przeciwko Somerset County Council*²⁹ skarżący twierdził, że charakter dyskryminacji pośredniej ma zasada, zgodnie z którą zatrudnienie nauczycieli w niepełnym wymiarze czasu pracy (ale już nie w pełnym wymiarze czasu pracy) wlicza się do okresu, od którego należą się uprawnienia emerytalne, wyłącznie wówczas, jeśli pracownik nabył już takie uprawnienia. Pracodawca utrzymywał, że grupą, do której należy dokonać porównania, by stwierdzić, czy miało miejsce niekorzystne traktowanie, są wszyscy nauczyciele przez niego zatrudnieni. Sąd nie podzielił tego zapatrywania, uznając, że porównanie powinno nastąpić z grupą pracowników posiadających już uprawnienia emerytalne, którzy po ich uzyskaniu ponownie podjęli pracę (w pełnym lub niepełnym wymiarze czasu pracy). Sąd uznał, że nauczyciele, którzy uprawnieniami jeszcze nie nabyli, nie będą zainteresowani zasadami regulującymi status pracowników posiadających już prawo do emerytury.

²⁶ *Eweida v British Airways plc* 2010 ICR 890, CA.

²⁷ *Rutherford v Secretary of State for Trade and Industry* [2006] UKHL 19, [2006] ICR 785.

²⁸ *UKEATS/0054/09*, 27 May 2010, [2011] EQLR 19.

²⁹ [2009] EWCA Civ 808, [2010] 1 ICR 46.

Niekiedy konieczność szerokiego sformułowania grupy może być niekorzystna dla skarżącego pracownika. W sprawie *Jones przeciwko University of Manchester* przedmiotem rozpoznania była skarga pani Jones, która odpowiedziała na ogłoszenie o pracę na stanowisko menedżera do spraw karier. W ogłoszeniu umieszczonym przez uniwersytet wskazano, że poszukuje się osoby po studiach, najlepiej w wieku pomiędzy 27 a 35 lat, mogącej pochwalić się doświadczeniem w pracy w firmach prywatnych lub publicznych. Pani Jones posiadała wysokie kwalifikacje oczekiwane przez pracodawcę, w momencie składania wniosku miała jednak 46 lat (co istotne, studia ukończyła w wieku lat 38). Nie została ona wytypowana do grupy kandydatów, z którymi przeprowadzono indywidualne rozmowy kwalifikacyjne – jak podnosiła, ze względu na swój wiek. Sąd I instancji uznał, że pracownica była dotknięta dyskryminacją bezpośrednią ze względu na płeć. Podstawą takiego ustalenia było porównanie w ramach grupy studentów, którzy ukończyli studia po 25 roku życia. W tej grupie procent kobiet, które ukończyły studia po 30 roku życia, był znacznie wyższy niż mężczyzn. W oparciu o takie wnioski sąd uznał, że procent kobiet, które były w stanie spełnić wymagania postawione w ogłoszeniu o pracę, był znacznie niższy niż mężczyzn. Sąd apelacyjny przyjął odmienne zapatrywania. Wskazał mianowicie, że prawidłowo sformułowana grupa porównawcza powinna składać się ze wszystkich osób, które ukończyły studia wyższe. Było to motywowane faktem, że ogłoszenie było otwarte dla wszystkich osób, które ukończyły studia, a nie jedynie tych, które dokonały tego, będąc w średnim wieku. W efekcie liczba kobiet, które były w stanie spełnić wymagania ogłoszenia o pracę, była znacznie wyższa niż we wcześniej sformułowanej grupie porównawczej

i zbliżona do liczby studentów płci męskiej. Z tego względu sąd uznał, że nie można mówić o dyskryminacji pośredniej w rozpatrywanym przez niego przypadku.

W orzecznictwie brytyjskim podkreśla się również, że sytuacje, w jakiej znajdują się osoby dobrane do grupy porównawczej, nie powinny się między sobą różnić. Inaczej rzecz ujmując, okoliczności istotne dla oceny, czy miała miejsce dyskryminacja, powinny być bądź zbieżne, bądź bardzo podobne³⁰.

Podsumowując powyższe rozważania, można wskazać, że grupa, w której ramach należy dokonywać ustalenia, czy pracownik był czy nie był traktowany w sposób mniej korzystny, powinna spełniać następujące warunki:

1. Grupa powinna się składać zarówno z osób, które zostały dotknięte negatywnymi konsekwencjami, jak i z takich, które nie były nimi dotknięte. W przeciwnym wypadku dokonanie porównania nie będzie możliwe³¹.
2. Rozróżnienie pomiędzy członkami tej grupy powinno być związane z jednym z kryteriów niedozwolonego różnicowania, które według pracownika zarzucającego dyskryminację skutkowało niekorzystnym ukształtowaniem jego sytuacji.
3. Grupa powinna się składać jedynie z osób, do których postanowienie, kryterium lub praktyka skutkująca różnicowaniem może lub mogłaby znaleźć zastosowanie. Nie powinny więc być uwzględniane osoby, które nie mogą odnieść żadnych korzyści lub ponieść

³⁰ *Spicer v Government of Spain* 2005 ICR 213, CA.

³¹ *Rutherford v Secretary of State for Trade and Industry* (No 2) [2006] IRLR 551.

negatywnych konsekwencji w wyniku działania pracodawcy³².

4. Osoby dobrane do grupy porównawczej powinny znajdować się w podobnej sytuacji co skarżący pracownik.

Warto wskazać, że pod rządami Equality Act nie trzeba już tworzyć grupy porównawczej dla określenia, czy dyskryminacja pośrednia miała miejsce. Niemniej to rozwiązanie wydaje się mieć wiele zalet, stąd warto się do niego odwoływać również na gruncie polskich przepisów prawa pracy, w szczególności gdy dane statystyczne są łatwo dostępne.

ZAMIAR LUB MOTYW DISKRYMINACJI POŚREDNIEJ

Ustalenie, że pracownik był dyskryminowany pośrednio, nie jest uwarunkowane stwierdzeniem, że działanie takie było celowe. Intencja sprawcy może mieć jednak wpływ na zakres odpowiedzialności pracodawcy. Ustalenie, że działanie prowadzące do dyskryminacji miało charakter celowy, może wynikać z dowodów wskazujących, że pracodawca chciał wykluczyć określoną grupę osób z pewnych uprawnień lub potwierdzić swoją wiedzę o tym, że określone działanie spowoduje postawienie niektórych pracowników w niekorzystnej sytuacji³³.

DANE STATYSTYCZNE JAKO ŹRÓDŁO USTALENIA, CZY MIAŁO MIEJSCE NIEUPRAWNIONE RÓŻNICOWANIE

Przy badaniu, czy dochodzi do nieuprawnionego różnicowania pomiędzy wyróżnionymi grupami, bardzo często pomocne

będzie porównanie danych statystycznych. Niekoniecznie jednak muszą one być rozstrzygające. Jak zauważył Europejski Trybunał Sprawiedliwości, to do sądów krajowych należy decyzja, czy posłużenie się danymi statystycznymi jest odpowiednim i wystarczającym środkiem dowodowym pozwalającym rozstrzygnąć spór. ETS zwrócił uwagę, że w niektórych sprawach dane statystyczne mogą prowadzić do błędnych wniosków poprzez uwypuklenie przypadkowych i krótkotrwałych tendencji³⁴. Na konieczność ostrożnego podchodzenia do danych statystycznych jako czynnika determinującego dyskryminację wskazują ustalenia dokonane przez brytyjski sąd pracy w sprawie *Chief Constable of Avon i Somerset Constabulary przeciwko Chew*³⁵. W sprawie tej wnioski pracownicy policji o obniżenie wymiaru czasu pracy zostały odrzucone, gdyż nie mogła ona pracować w systemie zmianowym. Pracownica wniosła powództwo, wskazując, że w stosunku do jej osoby miała miejsce dyskryminacja pośrednia ze względu na płeć. Aby ustalić, czy tak jest faktycznie, poddano analizie wszystkich pracowników jednostki policji, w której zatrudniona była powódka. Z grupy 3016 policjantów jedynie 11 nie było w stanie pracować w systemie pracy zmianowej: 10 kobiet i jeden mężczyzna. 99,96% pracowników i 97,74% pracownic miało taką możliwość. Mimo że z danych statystycznych wynikało, że jedynie 2,26% pracownic mogło ponieść negatywne konsekwencje przyjętego działania pracodawcy, sąd uznał, że doszło do dyskryminacji pośredniej. Sąd wziął pod uwagę również inne czynniki, dostrzegając, że wprowadzone kryterium stawiało w gorszej sytuacji

³² *Rutherford v Secretary of State for Trade and Industry* (No 2) [2006] IRLR 551.

³³ *Walker LTD v Hussain* [1996] IRLR 11, EAT.

³⁴ *Rv Secretary of State for Employment, ex p. Seymour-Smith* [1999] 2 AC 554.

³⁵ [2001] A11 ER (D) 101.

kobiety, które częściej opiekują się dziećmi niż mężczyźni.

Jeśli nie ma odpowiednich lub rzetelnych danych lub liczba osób, z którymi porównanie miałoby nastąpić, jest zbyt mała, by dokonać statystycznych wyliczeń, sąd może, zgodnie ze stanowieniem brytyjskiej judykatury, oprzeć się na opinii biegłych lub zeznaniach świadków³⁶.

W niektórych przypadkach ustalenie, że dane postanowienie, kryterium lub praktyka skutkuje powstaniem niekorzystnej sytuacji dla pracownika, będzie na tyle oczywiste, że nie będzie konieczności prowadzenia postępowania dowodowego. W takim wypadku sąd może oprzeć się na informacjach powszechnie znanych. Za takie w orzecznictwie brytyjskim uznano m.in. następujące okoliczności: (i) kobiety pomiędzy 25 a 35 rokiem życia częściej opiekują się dziećmi niż mężczyźni³⁷, (ii) większa liczba kobiet niż mężczyzn pracuje na czas określony³⁸, (iii) kobiety rzadziej są głównym żywicielem rodziny³⁹.

Mimo powyższych zastrzeżeń należy zwrócić uwagę, że w sprawach, w których niekorzystne traktowanie nie jest jednoznaczne, dane statystyczne pozwalają obiektywnie ocenić, czy faktycznie doszło do dyskryminacji pośredniej. Wydaje się, że polskie sądy w niewielkim stopniu korzystają z tej metody ustalenia, czy roszczenie pracownika jest zasadne. Postulować należy, by tego typu dowód (np. sporządzany przez biegłego) był częściej przeprowadzany w toku postępowania w sprawach o dyskryminację.

³⁶ EHRC Employment Code, par. 4.13.

³⁷ *Price v Civil Service Commission and anor* 1978 1CR 27, EAT.

³⁸ *Home Office v Holmes* 1984 IRLR 299, EAT.

³⁹ *Meade-Hill and anor v British Council* 1995 1CR 847, CA.

Z pewnością nie powinien być to jednak dowód o charakterze rozstrzygającym.

PROPORCJONALNY CHARAKTER ZASTOSOWANEGO RÓŻNICOWANIA

Zgodnie z przepisami Equality Act pracodawca nie jest winny dyskryminacji pośredniej, jeśli wykaże, że różnicowanie miało charakter proporcjonalnego środka podjętego do osiągnięcia zgodnego z prawem celu. Zasady, jakimi powinny kierować się sądy, oceniając, czy powyższy wymóg został spełniony, sformułowano w znanej sprawie *Elias*⁴⁰. W orzeczeniu tym wskazano, że:

1. ciężar dowodu w zakresie wykazania prawidłowego charakteru wyboru postanowienia, kryterium lub przyjętej praktyki spoczywa na podmiocie oskarżonym o dyskryminację;
2. aby podmiot oskarżony o dyskryminację wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowodu, musi on wykazać, że wziął pod uwagę kwestię dyskryminacji pośredniej przy formułowaniu postanowienia, kryterium lub przyjętej praktyki; w szczególności dotyczy to podmiotów administracji publicznej ze względu na spoczywający na nich obowiązek promowania zasady równości;
3. stopień dokładności kontroli sądowej powinien być „rygorystyczny” lub „ściśły”, w szczególności jeśli zakres dyskryminacji pośredniej jest zbliżony do form dyskryminacji bezpośredniej;
4. cel przyjętych przez pracodawcę kryteriów musi odpowiadać rzeczywistym potrzebom tego pracodawcy; użyte środki muszą być odpowiednie i konieczne w świetle zakładanego celu;

⁴⁰ *R (on application of Elias) v Secretary of State for Defence* [2006] IRLR 934, CA.

ocena potrzeby pracodawcy musi być dokonana względem uszczerbku dla grupy, która wskutek różnicowania znalazła się w gorszej sytuacji;

- aby ustalić, czy pracodawca nie naruszył zasady proporcjonalności przy ustalaniu kryterium różnicowania, należy przeprowadzić trzyetapową analizę polegającą na odpowiedzi na pytania: Czy cel różnicowania jest wystarczająco znaczący, aby uzasadniał ograniczenie podstawowego prawa do równego traktowania? Czy dobrane środki są odpowiednie do zakładanego celu? Czy powzięte działania są konieczne, aby osiągnąć zakładany cel?

Warto dokonać szerszej analizy pojęcia celu zgodnego z prawem w prawie brytyjskim. Prawo polskie posługuje się bowiem zbliżonym pojęciem dla ustalania, czy działanie pracodawcy nie narusza zasady dyskryminacji. *Employment Code of Practice* wskazuje, że cel przyjętych przez pracodawcę postanowień, kryteriów lub praktyki musi być zgodny z prawem, same w sobie nie powinny być one dyskryminujące i muszą być ustanowione dla realizacji rzeczywistych, obiektywnych założeń⁴¹. Za cel zgodny z prawem uznaje się zdrowie, interes czy bezpieczeństwo jednostki, jeśli zagrożenie jest istotne i poparte dowodami.

Wątpliwości wzbudziła kwestia, czy można uznać za usprawiedliwiony cel różnicowania uzasadnione potrzeby biznesowe i potrzebę zapewnienia efektywności ekonomicznej zakładu pracy. Można się spotkać z wieloma orzeczeniami dopuszczającymi takie sformułowanie celu⁴². Często podkreśla się, że zmniejszenie kosztów

finansowych tylko wtedy może być usprawiedliwionym celem uzasadniającym określone postępowanie pracodawcy mające charakter dyskryminacji pośredniej, jeśli występuje ono łącznie z innymi czynnikami usprawiedliwiającymi podjęcie działań skutkujących niekorzystnym położeniem pracowników⁴³. W ostatnim czasie odmienne stanowisko zajął jednak brytyjski Sąd Najwyższy, uznając, że wprowadzie państwo może decydować o ilości środków finansowych przeznaczanych na politykę socjalną, jednak każde działanie, które różnicuje pracowników, musi być usprawiedliwione zgodnym z prawem celem innym niż wyłącznie oszczędność środków. Wskazał, że przestrzeganie zasady równego traktowania nie może być uzależnione od posiadanych zasobów finansowych⁴⁴.

Pracodawca, aby wywiązać się z obowiązku przedstawienia zgodnego z prawem celu podjętych przez siebie działań, nie może ograniczyć się do samego wskazania takiego celu, lecz musi przedstawić dowody potwierdzające, że podjęte przez niego działania w rzeczywistości zmierzają do takiego celu⁴⁵.

Powyżej ustalone zasady określania celu zgodnego z prawem mogą być stosowane również na gruncie prawa polskiego.

Szereg rozważań w doktrynie brytyjskiej poświęcono również określeniu, kiedy można mówić, że przyjęte przez pracodawcę kryteria różnicowania mają charakter proporcjonalny. Wskazano, że działanie jest proporcjonalne, gdy jest właściwe

⁴¹ *Employment Code* para 4.28.

⁴² *Cross v British Airways plc* [2005] IRLR 423 at para 72.

⁴³ *Redcar and Cleveland Borough council v Bainbridge and ors* 2008 ICR 249, EAT.

⁴⁴ *O'Brien v Ministry of Justice* [2013] UKSC 6.

⁴⁵ *Seymour-Smith* [1999] ICR 447.

i konieczne⁴⁶. W sprawie *Homer* uznano, że aby można było mówić, iż podjęty środek ma charakter proporcjonalny, powinien być on zarówno konieczny, jak i właściwy – nie są to więc terminy, które należy traktować jako synonimy. Podkreślono, że *podjęte działania mogą być właściwe, by osiągnąć założony cel, jednocześnie jednak mogą wykraczać poza to, co jest (racjonalnie) konieczne, a w efekcie należy takie działanie uznać za nieproporcjonalne*⁴⁷. W przywołanej sprawie brytyjski Sąd Najwyższy zauważył, że częścią oceny, czy wybrane kryterium ma charakter proporcjonalny, jest porównanie jego wpływu na określoną grupę oraz znaczenia interesu pracodawcy, któremu służy zastosowanie tego kryterium. Odpowiedź na to pytanie, a więc w konsekwencji ustalenie, czy działanie pracodawcy miało charakter proporcjonalny, będzie zależeć od tego, czy pracodawca mógł zastosować alternatywne środki o charakterze niedyskryminującym. Jeśli możliwe jest wskazanie działania bardziej właściwego do osiągnięcia zakładanego celu, wówczas nie jest wykluczone uznanie, że pracodawca nie dochował wymogów określonych w przepisach regulujących dyskryminację pośrednią.

Przedstawiona powyżej interpretacja jest zgodna z postanowieniami dyrektywy 2000/78 ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy. W orzecznictwie sądów brytyjskich wielokrotnie się do tego aktu odwoływano. Tak np. w sprawie *Hampson przeciwko Department of Education and Science*⁴⁸ wskazano, że ustalenie, czy

działanie pracodawcy miało charakter proporcjonalny, wymaga odwołania się do reguł przyjętych przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie *Bilka Kaufhaus GmbH przeciwko Weber von Hartz*⁴⁹. W tym ostatnim orzeczeniu ETS stwierdził, że działania podjęte lub kryteria wybrane przez pracodawcę mogą być uznane za obiektywnie uzasadnione, jeśli odnoszą się do rzeczywistej potrzeby pracodawcy, są konieczne i właściwe do osiągnięcia założonych celów.

W judykaturze brytyjskiej określono jednocześnie, że wymogu konieczności stosowanych postanowień, kryteriów lub praktyk nie należy interpretować w sposób restrykcyjny. Pracodawca nie jest zobowiązany wykazać, że nie mógł podjąć innych kroków. Wystarczy, jeśli udowodni, że dokonany przez niego wybór z kilku możliwych opcji miał charakter racjonalny⁵⁰. Jednak na niekorzyść pracodawcy może przemawiać sytuacja, w której z kilku rozwiązań tak samo efektywnych nie wybrał on tego, które jest najmniej dyskryminujące pracowników.

PRZYKŁADY KRYTERIÓW RÓŻNICOWANIA UZNANYCH ZA PROPORCJONALNE

W orzecznictwie brytyjskim następujące kryteria różnicowania uznano za działania proporcjonalne do osiągnięcia uzasadnionego celu:

1. staż pracy – jak wskazał sąd w sprawie *Rolls Royce Plc przeciwko Unite the Union*⁵¹, staż pracy jako kryterium doboru do zwolnień jest proporcjonalnym środkiem osiągnięcia uzasadnionego

⁴⁶ *Chief Constable of West Yorkshire Police v Homer* [2009] ICR 223 (EAT).

⁴⁷ *Chief Constable of West Yorkshire Police v Homer* [2009] ICR 223 (EAT).

⁴⁸ [1989] ICR 179.

⁴⁹ [1987] 1 ICR 110.

⁵⁰ *Hardys and Handson plc v Lax* 2005 ICR 1565, C.A.

⁵¹ [2009] EWCA Civ. 387, [2010] 1 WLR 318.

- celu, jakim jest nagrodzenie lojalności pracowników oraz dążenie do stworzenia stabilnej załogi w toku sprawiedliwego procesu redukcji zatrudnienia;
2. zasady bezpieczeństwa i higieny – o ile sama przesłanka nie budzi wątpliwości, o tyle, jak wskazano w sprawie *British Airways plc przeciwko Starmex*⁵², pracodawca jest zobowiązany udowodnić, że przesłanka ta w rzeczywistości prowadzi do uzasadnionego i zgodnego z prawem celu;
 3. skuteczna edukacja dzieci – w sprawie *Azmi przeciwko Kirkless Metropolitan Borough Council*⁵³ sąd pracy uznał, że polityka pracodawcy zakazująca nauczycielce wyznającej islam noszenia chusty zakrywającej twarz jest środkiem proporcjonalnym do osiągnięcia celu w postaci prawidłowej edukacji uczniów. Gdyby takie obostrzenia nie zostały wprowadzone, kontakt nauczycielki z dziećmi byłby słabszy, co mogłoby się odbić na poziomie nauczania;
 4. ustalenia poczynione ze związkami zawodowymi – w szeregu spraw sądy uznały, że ustalenia poczynione ze związkami zawodowymi mogą być istotnym czynnikiem określającym, czy tak uzgodnione kryterium nie prowadzi do dyskryminacji pośredniej. Jednocześnie jednak wskazano, że fakt dokonania uzgodnień nie może rozstrzygać o tym, czy działanie jest proporcjonalne i realizuje zgodny z prawem cel. Zostało to potwierdzone również w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości⁵⁴;
 5. potrzeba zapewnienia sprawnego funkcjonowania pracodawcy – kryterium to

- pozwała odmówić pracownikom wprowadzenia elastycznych godzin pracy lub udzielenia urlopu wypoczynkowego w określone dni. Takie działanie może stawiać w niekorzystnej sytuacji pracowników przynależących do ruchów wyznaniowych lub religii, których doktryna wymaga dokonania obrzędów uniemożliwiających wykonywanie pracy w ściśle określone dni. Z tego względu trybunał pracy uznał w sprawie *Mayuuf przeciwko Governing Body of Bishop Challoner Catholic Collegiate School and anor*⁵⁵, że pracodawca (szkoła publiczna) nie dopuścił się dyskryminacji pośredniej, wyznaczając nauczycielowi matematyki będącemu wyznawcą islamu zajęcia lekcyjne na piątek po godzinie 16, mimo że uniemożliwiło mu to branie udziału w modlitwach odbywanych popołudniami w meczecie. Trybunał wziął pod uwagę przy wydawaniu orzeczenia, że istniała rzeczywista potrzeba wprowadzenia dodatkowych zajęć matematyki w celu wyrównania poziomu poszczególnych uczniów, zmiana planu lekcyjnego była w praktyce niemożliwa, a zatrudnienie dodatkowego nauczyciela skutkowałoby utratą ciągłości przekazywanego materiału oraz spowodowałoby istotne zwiększenie kosztów ponoszonych przez szkołę (choć, co warto podkreślić, ten ostatni element był postrzegany jako drugorzędny);
6. potrzeba promocji pracodawcy poprzez zobowiązanie pracowników do noszenia szczególnego typu stroju, co może stawiać w gorszej sytuacji pracowników określonej płci⁵⁶;

⁵² [2005] IRLR 862.

⁵³ [2007] 1 ICR 1154.

⁵⁴ *Pallacios de al Villa v Cortefiel Servicios SA* [2007] IRLR 989.

⁵⁵ *Mayuuf v Governing Body of Bishop Challoner Catholic Collegiate School and anor*, ET CaseNo 3202398/04.

⁵⁶ *Azmi v Kirkless Metropolitan Borough Council* 2007, ICR 1154, EAT.

7. polityka niezatrudniania par – taka praktyka może dyskryminować osoby zamężne lub żonate. Wskazuje się jednak, że może ona być środkiem proporcjonalnym do osiągnięcia celu w postaci braku konfliktu w miejscu pracy oraz odpowiednich stosunków podwładny – przełożony, co może mieć szczególne znaczenie w przypadku służb mundurowych;
8. potrzeby klienta – zapewnienie klientom obsługi na należytych poziomie może uzasadniać dyskryminację pośrednią⁵⁷.

Brytyjską koncepcję proporcjonalności jako warunku zgodnego z prawem różnicowania pracowników należy uznać za tożsamą z użytym w polskich przepisach sformułowaniem „środki służące osiągnięciu (...) celu są właściwe i konieczne”. Z tego względu możliwe jest posiłkowanie się dorobkiem orzecznictwa sądów angielskich przy interpretacji polskich regulacji. Można stwierdzić, że oba systemy podążają w kierunku wyznaczonym przez interpretację dyrektywy nr 2000/78 przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Warto szczególnie uwagę zwrócić na te kryteria, które w systemie prawnym Wielkiej Brytanii zostały uznane za proporcjonalne i realizujące cel zgodny z prawem.

W brytyjskim systemie prawnym podkreśla się, że pracodawca powinien regularnie analizować obowiązujące u niego polityki i zasady postępowania, aby zidentyfikować, czy wprowadzone przez niego postanowienia, kryteria lub praktyki dotychczas uznawane za uzasadnione nie utraciły takiego charakteru⁵⁸.

⁵⁷ *Pal v Secretary of State for Work and Pensions (Jobcentre Plus)* ET Case No 2405030/11.

⁵⁸ ECHR Employment Code, para 18.32–18.34.

PRZYKŁADY DYSKRYMINACJI POŚREDNIEJ

W podsumowaniu warto przywołać przypadki, które w orzecznictwie brytyjskim zostały uznane za dyskryminację pośrednią. Mogą one bowiem stanowić punkt odniesienia w podobnych przypadkach pojawiających się na gruncie analizy stanów faktycznych rozpatrywanych przez polskie sądy:

1. Wymóg pracy w pełnym wymiarze stawia kobiety w niekorzystnej sytuacji, ponieważ to one w dużo większym stopniu niż mężczyźni opiekują się dziećmi⁵⁹ czy są samotnymi rodzicami⁶⁰. Podobnie kobiety mogą być dyskryminowane pośrednio ze względu na płeć przez wymóg pracy w nocy jako element systemu pracy zmianowej⁶¹, wymóg stawiania się w pracy w krótkim czasie po zawiadomieniu przez pracodawcę⁶² czy obowiązek pracy do godziny 19⁶³.
2. Wymóg pokazania (niezasłaniania) włosów podczas pracy postawiony pracownikom przez właściciela salonu fryzjerskiego może dyskryminować pośrednio ze względu na wyznanie pracowników wyznających islam, którzy uznają noszenie chusty za wymóg natury religijnej⁶⁴.
3. Wymóg prowadzenia działalności gospodarczej na krótko przed ogłoszeniem o rekrutacji jako warunek zatrudnienia na stanowisku wykładowcy w zakresie systemów informatycznych

⁵⁹ *Funge v Ravensbourne College of Design and Communication*, Case Nos 1101233/07 i 1101597/07, Ashford ET, 23 July 2008.

⁶⁰ *Brookes v Manchester City Council*, Case No 2409542/07, Manchester ET, 9 March 2009.

⁶¹ *Danso v 1SC Guarding Ltd* ET Case No. 3301845/09.

⁶² *Watson v Paperbox Stores Ltd* ET Case No. 3301845/09.

⁶³ *Brondel v Viscount Environmental Ltd and ors* ET Case No. 2508468/04.

⁶⁴ *Desrosiers t/a Wedge*, Case No 2201/1867/07, London Central ET, 13 June 2008.

dyskryminuje pośrednio ze względu na wiek osoby starsze, które prowadziły działalność gospodarczą na początku swojej kariery zawodowej⁶⁵.

4. Uznanie osoby posiadającej dzieci za pracownika, na którym nie można polegać. W sprawie, w której przyjęto taki pogląd, pracodawca pierwszego dnia pracy zwolnił pracownicę ze stanowiska kelnerki po tym, jak dowiedział się, że ma ona czwórkę dzieci – uznając ją za osobę, na której nie można polegać. Angielski trybunał pracy przyznał rację skarżącej, która argumentowała, że była ofiarą dyskryminacji pośredniej ze względu na stan cywilny, gdyż to przeważnie osoby w związkach małżeńskich sprawują opiekę nad dziećmi⁶⁶.
5. Za dyskryminację pośrednią zostało uznane również odrzucenie przez firmę prowadzącą sieć sklepów podania o pracę osoby zamieszkałej w centrum miasta na stanowisko sprzedawcy w sklepie położonym w centrum Liverpoolu, gdyż doświadczenia pokazały, że bezrobotni znajomi takich osób często gromadzą się w okolicach sklepu, odstraszać klientów. W trakcie postępowania sądowego okazało się, że w centrum miasta połowa mieszkańców jest czarnoskóra, gdy na terenie całego miasta osoby o czarnej skórze stanowią jedynie 2 procent ogółu ludności. Doprowadziło to sąd do stwierdzenia, że powód był ofiarą pośredniej dyskryminacji ze względu na rasę⁶⁷.
6. Zniechęcanie do brania urlopów w sobotę pośrednio dyskryminuje ze względu na religię osoby wyznające judaizm,

gdyż w religii tej sobota jest dniem świątecznym⁶⁸.

Podsumowanie

Zarówno w prawie brytyjskim, jak i polskim dyskryminacja pośrednia ma miejsce wówczas, gdy działanie pracodawcy ma pozornie obiektywny charakter, w rzeczywistości jednak prowadzi do niekorzystnej sytuacji. O dyskryminacji pośredniej można mówić, gdy w gorszej sytuacji znalazła się określona grupa wyróżniona ze względu na kryterium niedozwolonego różnicowania.

W prawie brytyjskim przymiot pozornie neutralnego kryterium mają wprowadzone przez pracodawcę postanowienia, kryteria lub praktyki. Zgodnie z polskimi przepisami są to postanowienia, zastosowane kryteria lub podjęte działania. Należy uznać, że pojęcia te mają podobny, jeśli nie identyczny zakres przedmiotowy. Kryteria lub praktyki prowadzące do dyskryminacji pośredniej mogą mieć swoje źródło w opisie zakresu obowiązków na danym stanowisku, umowach o pracę, obowiązujących regulaminach, wewnętrznych zarządzeniach pracodawcy, układach i porozumieniach zbiorowych, regulaminach zwolnień grupowych.

Warunkiem uznania, że miała miejsce dyskryminacja pośrednia, jest ustalenie, że pozornie neutralne kryterium różnicowania postawiło pracownika w niekorzystnej sytuacji. Oceny, czy taka sytuacja wystąpiła, należy dokonywać z punktu widzenia przeciętnego pracownika. Decydujące będą więc w tym aspekcie kryteria obiektywne. Pojęcie niekorzystnych sytuacji użyte

⁶⁵ *Foster v Stafford College* ET Case No 1301144/07.

⁶⁶ *Hurley v Mustoe* 1981 ICR 490, EAT.

⁶⁷ *Hussein v Saints Complete House Furnishers* 1979 IRLR 337, ET.

⁶⁸ *Fugler v MacMillan – London Hair Studios Ltd* ET Case No 2205090/04.

w brytyjskich przepisach należy uznać za zbliżone do sformułowań „niekorzystne dysproporcje” i „szczególnie niekorzystna sytuacja” ujętych w polskim Kodeksie pracy.

Należy przyjąć, że nie można mówić o dyskryminacji pośredniej, jeżeli pozornie neutralne kryterium stawia w niekorzystnej sytuacji wyłącznie pojedynczą osobę. W konkretnej sytuacji niekorzystne konsekwencje mogą dotknąć jedną osobę, jeśli potencjalnie może oddziaływać również na inne osoby należące do tej samej grupy co pracownik podnoszący zarzut dyskryminacji.

Ustalenie, czy określona grupa wyróżniona ze względu na kryterium niedozwolonego różnicowania znalazła się w niekorzystnej sytuacji, następuje poprzez porównanie z grupą osób znajdujących się w identycznej lub podobnej sytuacji, różniących się jedynie brakiem lub występowaniem cechy prawnie chronionej. Przy porównywaniu grup wyróżnionych ze względu na kryterium niedozwolonego różnicowania częstokroć przydatna będzie analiza danych statystycznych określających stopień oddziaływania postanowienia, kryterium lub praktyki na członków danej grupy. Należy postulować, by polskie sądy w większym zakresie korzystały z tej formy dowodowej.

W prawie brytyjskim dyskryminacja pośrednia nie występuje, jeśli pracodawca jest

w stanie wykazać, że jego działanie miało charakter proporcjonalnego środka podjętego do osiągnięcia zgodnego z prawem celu. Jest to sformułowanie o znaczeniu analogicznym do określenia sformułowanego w art. 18^{3a} § 4 k.p. Z tego względu sądy polskie mogą sięgać do konstrukcji wypracowanych na gruncie przepisów brytyjskich w odniesieniu do determinowania dopuszczalnego zakresu różnicowania pracowników ze względu na potencjalnie neutralne kryterium.

Ustalenie, czy działanie pracodawcy miało charakter proporcjonalny (a więc właściwy i konieczny – pojęciami tymi posługuje się polski Kodeks pracy), będzie zależeć od tego, czy pracodawca mógł zastosować alternatywne środki o charakterze niedyskryminującym lub dyskryminującym w mniejszym stopniu, ale tak samo efektywne.

Należy przyjąć, że działania zmierzające do obniżenia kosztów nie mogą być same w sobie okolicznością usprawiedliwiającą różnicowanie pracowników ze względu na pozornie neutralne kryterium różnicowania. Działania nakierowane na polepszenie wyników finansowych pracodawcy mogą natomiast towarzyszyć innym działaniom pracodawcy mającym charakter proporcjonalnego środka podjętego do osiągnięcia zgodnego z prawem celu. ■

Bibliografia

- Boruta I., *Dyskryminacja pośrednia w pracy ze względu na płeć w prawie Wspólnoty Europejskiej* [w:] *Studia Prawno-Europejskie*, t. I, pod red. M. Seweryńskiego, Łódź 1996.
- Boruta I., *Ochrona pracy kobiet w świetle prawa Wspólnot Europejskich – wnioski dla Polski* [w:] *Studia Prawno-Europejskie*, t. II, pod red. M. Seweryńskiego, Łódź 1997.
- Boruta I., *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowe pojęcia*, „Monitor Prawa Pracy” 2004 nr 2.
- Florek L., *Równość traktowania mężczyzn i kobiet* [w:] *Równość praw mężczyzn i kobiet*, Warszawa 2001.
- Korus P. [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, pod red. A. Sobczyka, Warszawa 2017.
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2012.
- Maniewska E. [w:] K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Kodeks pracy. Komentarz. Ustawy towarzyszące z orzecznictwem. Europejskie prawo pracy z orzecznictwem*, t. I, Warszawa 2016.
- Szewczyk H., *Ochrona przed nierównym traktowaniem i dyskryminacją ze względu na religię oraz przekonanie (światopogląd) w prawie wspólnotowym oraz w prawie polskim* [w:] *Aktualne zagadnienia prawa pracy i polityki socjalnej (zbiór studiów)*, t. I, pod red. M. B. Ćwiertniaka, Sosnowiec 2012.
- Szydłowska A., *Równouprawnienie kobiet i mężczyzn na uniwnym rynku pracy*, „Jurysta” 2002 nr 9.
- Tobler Ch., *Indirect discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpia–Oxford 2005.
- Wandzel M., *Nowy kształt kontratypów dyskryminacji po nowelizacji Kodeksu pracy*, „Monitor Prawa Pracy” 2009 nr 5.



Dr hab. Marcin Wujczyk

WARDYŃSKI & PARTNERS, ORCID: 0000-0002-4620-4899

The nature of indirect discrimination in Polish and British employment law

The article addresses the institution of indirect discrimination. The author analyses the criteria for applying this institution in Polish law. The touchstone for the analysis is the British regulations and the construction of direct discrimination set forth in the Equality Act 2010. The author also considers the situations in which differentiation between employees should not be regarded as discrimination. Instances in which differentiation among employees is regarded as proportionate are analysed in detail. The author concludes that for differentiation to be regarded as proportionate, it must meet the employer's genuine needs and the means used must be appropriate and necessary to achieve the purpose.

INDIRECT DISCRIMINATION • DIRECT DISCRIMINATION • EQUALITY ACT 2010 • DIFFERENTIATING CRITERION







Maciej Cyprian Flis

APLIKANT ADWOKACKI

Projektowane zmiany w Kodeksie karnym skarbowym. Konieczny krok w ochronie wpływów budżetowych czy bezpodstawna represja?

Kodeks karny skarbowy stanowił ostatni element kodyfikacji prawa karnego w Polsce po transformacji ustrojowej. Przez ponad 20 lat obowiązywania był on wielokrotnie nowelizowany, jednak zapowiedziana przez resort sprawiedliwości reforma ujęta w druku UD 357 w Rządowym Centrum Legislacji mogła stanowić zmianę przełomową. W artykule zaprezentowane zostały zmiany prawa materialnego, jakie mogły zostać wprowadzone. Zmiany te są analizowane głównie na podstawie uzasadnienia do projektu ustawy. Miejscami zostało przytoczone orzecznictwo dotyczące proponowanych zmian. W tekście dokonywana jest również ocena tych zmian.

KODEKS KARNY SKARBOWY • PODATKI • HAZARD • LEGISLACJA • PRAWO KARNE

Kodeks karny skarbowy – geneza i sposób regulacji

Prawo karne skarbowe to niewątpliwie specyficzna dziedzina prawa karnego, którą z powodzeniem określić można jako prawo pogranicza¹. Kodeks karny skarbowy zawierający regulacje z zakresu prawa karnego skarbowego jest ustawą wyspecjalizowaną i ukierunkowaną na ochronę interesów państwa w zakresie podatków, ceł i obrotu dewizowego². Aktualna ustawa z 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. 1999 nr 83 poz. 930) obowiązuje od 17 października 1999 r. i jest siódmą ustawą regulującą karanie za przestępstwa i wykroczenia skarbowe, jednak ustawodawca po raz pierwszy określił ją mianem kodeksu³. K.k.s.⁴ różni się od wcześniejszych ustaw karnych skarbowych kompleksową regulacją – zarówno zagadnień materialnoprawnych, procesowych, jak i wykonawczych⁵.

Funkcje prawa karnego skarbowego

W przypadku prawa karnego skarbowego, tak jak w przypadku powszechnego prawa karnego, można wyróżnić kilka jego funkcji. Omawiana ustawa pełni funkcję ochronną, prewencyjno-wychowawczą, gwarancyjną i represyjną.

Funkcja ochronna polega na ochronie interesów Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i interesów finansowych Unii Europejskiej.

Poprzez funkcję prewencyjną (prewencyjno-wychowawczą) prawodawca odwołuje się do wypełniania penalizowanych czynów. Ustawa oddziałuje nie tylko na ogół społeczeństwa (prewencja generalna) przez kształtowanie jego świadomości (prewencja generalna pozytywna) i odstraszenie od popełniania czynów zabronionych (prewencja generalna negatywna), ale również na samego sprawcę (prewencja indywidualna).

Funkcja gwarancyjna zabezpiecza jednostkę przed bezpodstawną represją ze strony państwa.

Funkcja egzekucyjna wysuwa się na pierwsze miejsce i jednocześnie najbardziej odróżnia k.k.s. od k.k. Intencją ustawodawcy jest uzyskanie uszczuplonej należności publicznoprawnej. Wyraża się to w uzależnieniu skorzystania z dobrodziejstwa wielu instytucji i rozwiązań od realizacji obowiązku uiszczenia należności.

Funkcja represyjna sprowadza się do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za przestępstwo skarbowe lub odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe oraz zastosowania dolegliwości w związku z popełnionym czynem⁶.

Kierunek zmian

Kodeks karny skarbowy do tej pory znajdował się na uboczu zainteresowania prawodawcy, co z dużym prawdopodobieństwem wynika z jego specyfiki. Nie był reformowany w takim stopniu jak powszechne prawo procesowe ujęte w k.p.k. Chodzi tutaj

¹ I. Zgoliński [w:] A. Bułat, V. Konarska-Wrzošek, T. Oczkowski, I. Zgoliński, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2021, Przedmowa.

² L. Gardocki, *Prawo Karne*, Wydanie XIX, Warszawa 2015, C. H. Beck, s. 2.

³ I. Zgoliński, op.cit.

⁴ Kodeks karny skarbowy.

⁵ I. Zgoliński, op.cit.

⁶ O. Włodkowski, *Funkcje materialnego prawa karnego skarbowego* [w:] *Prawo karne skarbowe. Schematy. Tabele. Komentarze. Orzecznictwo. Testy. Kazusy*, Warszawa 2021.

o tzw. reformę kontradiktoryjną procesu⁷, a także o reformę po niej następującą wycofującą część zmian i dodającą własne rozwiązania⁸. Jednocześnie ustawodawca nie poświęcał k.k.s tyle uwagi co reformie prawa podatkowego. Od 2015 r. jesteśmy świadkami trwającej rewolucji w materii podatków. Dotarła ona do k.k., czego najbardziej dobitnym przykładem jest wprowadzenie tzw. przestępstw fakturowych określonych w art. 270a, 271a, a także tzw. zbrodni vatowskiej ujętej w art. 277a k.k. Wszystko wskazuje, że ustawodawca w 2022 r. zwrócił się w kierunku k.k.s. pomimo wielu niejasności i nadal korygowanej reformy tzw. Polskiego Ładu⁹. Oznaką tego jest przedstawienie przez Ministra Sprawiedliwości projektu ujętego w druku UD 357. Został on udostępniony na stronie internetowej Rządowego Centrum Legislacji¹⁰, nie będzie on jednak przedmiotem obrad Rady Ministrów, gdyż wnioskodawca, którym był Minister Finansów, wycofał projekt 29 września 2022 r. Jednak sama jego publikacja zdążyła wywołać poruszenie wśród prawników. Pojawiły się artykuły z gatunku publicystyki prawniczej^{11, 12, 13, 14}. Były one poświęcone proponowanym rozwiązaniom dotyczącym wymagalności i przedawniania się zobowiązań podatkowych. Jednocześnie

praktycznie nie istniała dyskusja nad pozostałymi elementami nowelizacji.

To, że projekt został przez wnioskodawcę wycofany, nie oznacza, że nie jest on wart komentarza. Zawierał bowiem szereg przełomowych oraz ciekawych rozwiązań godnych omówienia, a także same spostrzeżenia projektodawcy. Ponadto pojawienie się projektu najobszerniejszej od lat reformy k.k.s. warte jest odnotowania z samej swojej istoty. Trzeba także mieć na względzie pragmatykę sprawowania władzy i fakt, że prawo i jego zmiany mocno osadzone są w rzeczywistości politycznej, a ta nieustannie pokazuje, że rozwiązania, które w danym momencie nie uzyskały aprobaty opinii publicznej lub nie miały szans na uzyskanie poparcia większości parlamentarnej, często powracają w bardziej dogodnym momencie, lub dzielone są na mniejsze zmiany i wprowadzane są stopniowo przy okazji nowelizacji innych aktów prawnych. Istnieje duża szansa, że elementy projektu UD 357 będą pojawiać się przy okazji nowelizacji ustaw podatkowych lub zmian w zakresie k.k. lub k.p.k.

Podczas analizy zmian w zakresie prawa materialnego niezastąpiony jest materiał w postaci uzasadnienia do projektu. Już na samym początku projektodawca stwierdza w nim, że zmianom uległy realia gospodarcze i sposoby popełniania przestępstw oraz że widzi potrzebę dostosowania kodeksu do nowo zaistniałej sytuacji. Jest to pogląd, z którym nie sposób się nie zgodzić. Istotne i warte podkreślenia jest to, że ostatnia duża nowelizacja ustawy została dokonana ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1479), pozostałe nowelizacje ustępują obszernością i zakresem.

7 Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247 z późn. zm.).

8 Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 437 z późn. zm.).

9 Czyli zmian wprowadzanych ustawą z dnia 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 2105 z późn. zm.).

10 <https://bit.ly/4o5hMY> [dostęp 26.03.2023].

11 <https://bit.ly/3zqdWua> [dostęp 26.03.2023].

12 <https://bit.ly/3mouK85> [dostęp 26.03.2023].

13 <https://bit.ly/3KvfFoG> [dostęp 26.03.2023].

14 <https://bit.ly/3KuVFCg> [dostęp 26.03.2023].

Analiza projektu

Już na początku projektu nowelizacji zaproponowana została istotna zmiana polegająca na reformie art. 3 § 4 k.k.s. Polegała ona na znacznym rozszerzeniu karalności przestępstw i wykroczeń dokonywanych za granicą Polski. Obecnie przepis ten ma ograniczone zastosowanie. Propozycja rozszerzała odpowiedzialność w przypadku czynów opisanych w rozdziale 7 kodeksu, a także wykroczeń skarbowych określonych w art. 106e, art. 106f § 2 i art. 106h.

W art. 15 § 2 dokonana miała być zmiana redakcyjna polegająca na dopisaniu do treści przepisu instytucji zrzeczenia się własności, ujmowanej w proponowanym do wprowadzenia przepisie art. 137a § 2. W art. 15 dodany miał być też § 5 stanowiący, że kwotę pieniężną uiszczoną w celu wyrównania uszczerbku finansowego zalicza się na poczet należności publicznoprawnej uszczuplonej czynem zabronionym. Jak wskazano w uzasadnieniu, *nie istnieje materialnoprawna podstawa pozwalająca zaliczać środki wpłacane przez podejrzanych (oskarżonych) tytułem zwrotu należności publicznoprawnej uszczuplonej czynem zabronionym, zarówno na etapie postępowania przygotowawczego, jak i przed sądem*¹⁵. Projektodawca, normując tę materię, chciał stworzyć podstawę zaliczenia takiej wpłaty, a w konsekwencji umorzenia zobowiązania publicznoprawnego. Wydaje się to zmiana pożądana.

Warto przyjrzeć się zmianom w zakresie instytucji tzw. czynnego żalu. Projektodawca proponował dwie zmiany, pierwsza z nich dotyczyła treści art. 16 w § 2.

Z aktualnego przepisu chciano wykreślić jedno słowo: „wymagalną”. Była to zmiana bardzo istotna i jednocześnie groźna. Wymagalność zachodzi wtedy, kiedy organy podatkowe stają się uprawnione do żądania zapłaty podatku bez względu na ewentualne odroczenie jego płatności. Likwidując tę przesłankę, stwarza się możliwość interwencji organów ścigania, zanim uprawnione będą do tego organy podatkowe. Zmiana ta byłaby bardzo groźna. Mogła godzić w prawa podatnika, a także stanowić nieuprawnioną ingerencję prawa karnego w domenę prawa podatkowego. Sam projektodawca w uzasadnieniu wskazał, że *aktualnie często brak jest możliwości ścigania sprawców przestępstw skarbowych i wykroczeń ujawnionych w trakcie kontroli przeprowadzonej co prawda przez uprawniony organ, jednak inny niż organ ścigania. Sprawcy mogą bowiem skutecznie uchylić się od odpowiedzialności wyrażając, również w trakcie prowadzonej kontroli tzw. czynny żal*¹⁶. To, że aby skorzystać z instytucji czynnego żalu, trzeba byłoby opłacić również niewymagalną należność, byłoby dodatkową represją dla sprawców, jednak tego typu zmiany osłabiły rolę organów podatkowych na rzecz organów ścigania. W kontekście systemu tego typu zmiana mogła doprowadzić do następnych, jeszcze groźniejszych dla podatnika rozwiązań ze strony ustawodawcy. Jednocześnie motywacja prawodawcy była czysto praktyczna. Chciał zapłaty należności jak najszybciej i w maksymalnej możliwej wysokości. Ze zmianą tą związanych był szereg korekt redakcyjnych polegających na wykreśleniu wymagalności z wielu przepisów (art. 17 w § 1 pkt 1, art. 19 § 2, art. 26 § 2, art. 36 § 2, art. 37 § 2 i § 2a, 41 § 2).

¹⁵ Projekt nowelizacji, s. 28.

¹⁶ Projekt nowelizacji, s. 29.

Jednocześnie zmienione miało być brzmienie art. 16 w § 5 pkt 2. Z aktualnej treści przepisu wykreślono by pojęcie „czynności sprawdzającej”, co skutkowałoby możliwością złożenia prawnie skutecznego czynnego żalu. Sam projektodawca wskazał, że eliminacja możliwości samodenuncjacji w czasie trwania czynności jest niecelowa i uniemożliwia szybsze i korzystniejsze dla osoby podejrzanej zakończenie sprawy. Byłaby to zmiana pozytywna, zarówno z punktu widzenia celowości pracy organów, jak i redukcji niecelowej represji.

W art. 18 § 3 sformułowanie „uiszczenie określonej kwoty tytułem kary grzywny” (będące przesłanką do niestosowania recydywy skarbowej) miało się zmienić na samo „orzeczenie kary grzywny”. Byłaby to zmiana ważna, gdyż rozluźniałaby ona reżim recydywy skarbowej i mogłaby eliminować przypadki nadmiernej represyjności. Stanowiłaby ona bardzo małe, ale jednak zauważalne odejście od funkcji egzekucyjnej k.k.s.

W art. 24 § 5 planowano rozszerzyć uprawnień sądu w kwestii orzekania o korzyści uzyskanej z czynu zabronionego. Obecnie sąd jest zobowiązany do orzekania zwrotu tej korzyści. W projektowanym brzmieniu przepisu miała pojawić się alternatywa „lub jej równowartości w całości albo w części”. Oznaczałoby to zwiększenie szansy państwa na odzyskanie od sprawcy środków uzyskanych jego kosztem. Jednocześnie chciano dodać także § 6 o treści „sąd może zobowiązać podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej do uiszczenia należności publicznoprawnej uszczuplonej czynem zabronionym”. Byłby to przepis fakultatywny. Jednak zarówno § 5, jak i § 6 wyraźnie pokazują chęć uzyskania korzyści ekonomicznych przez

podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej. Wskazano to w uzasadnieniu i podkreślono, że odniesienie do równowartości jest istotne, gdyż korzyść uzyskana z przestępstwa często zmienia swoją formę. Wydaje się to mimo represyjności rozwiązaniem słusznym i właściwym, bo ugodzenie w uzyskanie z naruszeniem prawa profity finansowe stanowi filar odpowiedzialności karnej skarbowej.

W art. 26 § 3 proponowano dodać do katalogu art. 37 § 2a i była to zmiana na rzecz spójności tekstu. Projekt dodawał także § 3a niepozwalający na zamianę kary i środka karnego w przypadku przestępstwa, o którym mowa w art. 38 § 2 pkt 3.

W art. 28 § 2 podnoszono maksymalną granicę kary pozbawienia wolności z 10 lat do 15 lat. Zamiana ta to ewidentny i bardzo znaczący wyraz chęci zaostrzenia represji karnej. Przyznaje to sam projektodawca.

W art. 30 § 2 planowano rozszerzyć katalog czynów, w stosunku do których można orzec przepadek przedmiotów związanych z popełnieniem czynu. Do katalogu miał być dodany art. 69a § 2, a także art. 91 § 2. Jednocześnie miał być wykreślony art. 69a § 1a.

Dokonana miała być także zmiana w art. 30 § 5, poprzez określenie, jakiego dokumentu przepadek można orzec. Miało to ułatwić postępowanie dowodowe. Jednocześnie projektodawca chciał uchylić § 5a dotyczący sprzedaży głównie automatów do gier. Byłoby to podejście nowatorskie i interesujące, gdyż przepis ten obecny jest w systemie od ponad 11 lat. Jednak jego likwidacja korespondowałaby z nowym kierunkiem przyjętym przez projektodawcę w ramach druku UD 357.

Proponowana zmiana art. 31 § 6 polegała na rozszerzeniu katalogu przedmiotów niszczonej w ramach orzeczenia kary przepadku. Miałyby to dotyczyć urządzeń do gier losowych, urządzeń do gier na automatach lub do zawierania zakładów wzajemnych. Stanowiłyby to uzupełnienie opisanego wyżej art. 30 § 5. Zmiana ta miała charakter systemowy. Z jednej strony eliminowana byłaby możliwość sprzedaży, a z drugiej nakazywane byłoby niszczenie tego typu przedmiotów. Zmiany byłyby jednoznacznie pozytywne, gdyż eliminowałyby jakąkolwiek możliwość powrotu urządzeń na nielegalny rynek oraz ograniczałyby koszty związane z ich magazynowaniem. Wspomniane urządzenia są zwykle w fatalnym stanie technicznym. Dostosowanie zatrzymanych urządzeń do wymogów technologicznych stawianych automatom użytkowanym w kasynach czy salonach gier na automatach na gruncie ustawy o grach hazardowych nierazko przewyższa ich wartość. Niszczenie jest najskuteczniejszą metodą i to, że projektodawca w końcu dostrzegł problem, stanowi ogromną zmianę w podejściu do problemu.

W art. 33 § 2 regulującym przepadek korzyści majątkowych miała być dokonana zmiana redakcyjna polegająca na zastąpieniu sformułowania „górną granicą jest wyższa niż 3 lata” frazą „nie niższa niż 3 lata”. Przepis po zmianie mógłby być stosowany w przypadku czynów objętych dyspozycją art. 55, art. 77 § 1, art. 90, art. 91, art. 107, art. 107d. Pokazuje to chęć znaczącego zaostrożenia represji karnej.

W art. 34 w § 2 nastąpić miało rozszerzenie możliwości orzeczenia zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej. Dodawane w proponowanym brzmieniu przepisu czyny zabronione są ujęte w art. 57a

§ 1 (naruszenie przez komornika obowiązku przekazania opłat egzekucyjnych urzędowi skarbowemu), art. 62 § 2 (wystawienie faktury lub rachunku w sposób nierzetelny albo posłużenie się nim), art. 67a § 1 (posiadanie fałszywych znaków akcyzy lub upoważnienia do odbioru banderol), a także w dodanym art. 110c (utrudnianie czynności kontroli celno-skarbowej w przedmiocie gier hazardowych). Ponadto nowo dodany art. 110c miałby znaczenie dla porządku systemu odpowiedzialności karnej za prowadzenie nielegalnych gier hazardowych. Wykonywanie działalności hazardowej jest albo przedmiotem monopolu państwowego, albo koncesjonowania ze strony państwa, tak więc samo skazanie za przestępstwo związane z urządzaniem nielegalnego hazardu ma ostatecznie identyczny skutek jak orzeczenie zakazu prowadzenia działalności. Zapewne chodziło o stworzenie dodatkowego, surowszego reżimu odpowiedzialności i wyeliminowanie osób skazanych na dłuższy okres z możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie hazardu, gdyż zakaz miał być orzekany do 10 lat (obecnie maksymalnie 5 lat). Warto także zwrócić uwagę na zastanawiający fakt, że projektodawca bardzo mocno nastawiony na zwalczanie nielegalnego hazardu nie zdecydował się umieścić w katalogu czynów ujętych w art. 108 (urządzanie nielegalnych loterii), art. 109 (uczestnictwo w nielegalnych grach hazardowych) czy art. 110a (nielegalna reklama gier lub zakładów). Trudno logicznie uzasadnić tego typu działania. Wpisanie tych czynów do katalogu czyniłoby zmianę bardziej kompleksową i spójną.

Projektodawca pochylił się nad warunkami nadzwyczajnego obostrzenia kary. Chciał dokonać zmiany w art. 37 § 1 pkt 1a, włączając do dyspozycji przepisu obok faktur

rachunki. W pkt 2 planował zmianę redakcyjną, zmieniając liczbę mnogą w zwrocie „uczynił sobie z popełniania przestępstw skarbowych stałe źródło dochodu” na liczbę pojedynczą. Ponadto znacząco przeredagował pkt 4, doprecyzowując w treści przepisu, że chodzi o prawomocne skazanie. Przyczyniałoby się to do zmniejszenia dla oskarżonych ryzyka nadzwyczajnego obostrzenia kary, a także usuwałoby ewentualne wątpliwości interpretacyjne. Ponadto chciano dokonać rozróżnienia, kiedy można nadzwyczajnie zaostrzyć karę. Przewidziano w projekcie dwa okresy: 3 lata i 5 lat. Nadzwyczajne obostrzenie kary w okresie 5 lat stosowano by w przypadku skazania na karę co najmniej 6 miesięcy pozbawienia wolności, karę 6 miesięcy ograniczenia wolności lub karę grzywny wynoszącą co najmniej 120 stawek dziennych. Nadzwyczajne obostrzenie kary w okresie 3 lat stosowano by w przypadku skazania na karę grzywny.

Jednocześnie dodano by przepis wyłączający stosowanie nadzwyczajnego obostrzenia kary w przypadku proponowanego nowego przepisu art. 57 § 1a, dotyczącego niewpłacenia podatku przez komornika w wysokości przekraczającej pięćdziesięciokrotność minimalnego wynagrodzenia.

W art. 38 zmiany również dotyczyłyby nadzwyczajnego obostrzenia kary. Zmiana treści art. 38 § 1 pkt 3 miała polegać na możliwości orzeczenia kary grzywny zwiększonej jeszcze o połowę. W przypadku art. 38 § 2 sąd wymierzać miałby karę pozbawienia wolności w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, nie niższej niż 3 miesiące, do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego potrójnie. Obecnie zagrożenie ustawowe zwiększane jest podwójnie. Ponadto do katalogu

czynów z art. 38 § 2 pkt 1 objętych dyspozycją przepisu chciano dodać czyny w materii akcyzy opisane w art. 63a § 2, art. 69b § 1, art. 69c § 1. Jednocześnie w pkt 3 do treści przepisu obok dotychczas występujących faktur dodano by rachunki. W art. 38 § 3 do funkcjonującego katalogu przepisów stosowanych odpowiednio w przypadku § 3 dodano by art. 37 § 2a. W przypadku zmian w § 1, a także § 2 i jego pkt 1 zachodziłoby zmiany zwiększające represję karną, zaś pozostałe zmiany miałyby charakter bar dziej redakcyjny.

W art. 39 § 1 dokonywana byłaby zmiana w zakresie kary łącznej, a konkretnie jej maksymalnego wymiaru, jaki mógł być orzeczony w przypadku kary pozbawienia wolności – miałby on wynosić 20 lat. Zmianę tę projektodawca w uzasadnieniu przedstawił w kontekście art. 86 § 1 k.k., który również dotyczy instytucji kary łącznej i maksymalny wymiar określa właśnie na 20 lat. Powołano się na *względy zgodności systemowej, jak i brak powodów do odmiennego traktowania tej instytucji w stosunku do sprawcy, który dopuścił się przestępstwa skarbowego i przestępstwa pospolitego*¹⁷. Działanie to wydaje się zasadne. Kara łączna w maksymalnej wysokości dotyczy sumy kar za popełnienie wielu przestępstw, które z samej swojej specyfiki i mnogości powodują ogromne straty dla państwa. Skutkiem popełniania wielu przestępstw karnoskarbowych, ze względu na straty budżetu i konieczność ich uzupełnienia, będzie długoterminowy wzrost obciążeń publicznoprawnych dla społeczeństwa.

W art. 40 w § 3 zmieniony miał być maksymalny wymiar kary łącznej ograniczenia wolności z 18 miesięcy na 2 lata.

¹⁷ Projekt nowelizacji, s. 40.

Projektodawca w uzasadnieniu wskazał, że zgodnie z art. 26 § 4 k.k.s., który odsyła do art. 34 k.k., kara ograniczenia wolności trwa najkrócej miesiąc, najdłużej 2 lata. Przede wszystkim jednak w myśl art. 39 § 1 k.k.s., górna granica kary łącznej ograniczenia wolności wynosi 2 lata. Tak więc zasadnym jest analogicznie, jak to uczyniono w ostatnio powołanym przepisie również w art. 40 § 3 k.k.s. przyjęć, że przedmiotowa kara nie może przekroczyć 2 lat¹⁸. Wydaje się to zmiana słuszna, gdyż dzięki niej materia trwania ograniczenia wolności zostałaby ujednoczona na gruncie całego kodeksu. Ta intencja zaznaczona jest także wprost w uzasadnieniu do projektu.

W przypadku art. 41 § 1 do katalogu wyjątków od wyłączeń z możliwości warunkowego umorzenia postępowania proponowano dodanie art. 37 § 2a. Proponowano także dodanie do art. 41 nowego § 1a stanowiącego, że § 1 nie stosuje się do sprawcy przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 38 § 2 pkt 3.

Zmiany proponowane w art. 44 miałyby ogromną doniosłość, gdyż odnosiły się do przedawnienia. Najgroźniejszą z nich wydawało się uchylenie § 2. Stanowi on, że karalność przestępstwa skarbowego polegającego na uszczupieniu lub narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej ustaje także wówczas, gdy nastąpiło przedawnienie tej należności. Uchylenie tego przepisu byłoby zmianą szokującą i rewolucyjną. Pomysł, aby móc ścigać czyny, które podatkowo się przedawniły, był całkowicie nielogiczny i sprzeczny z zasadami prawa podatkowego, wobec którego k.k.s. pełni swoistą funkcję służebną. Zaproponowana zmiana stanowiłaby likwidację instytucji

dawności znanej jeszcze w czasach prawa rzymskiego. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 18 lipca 2013 r., SK 18/09: *Jakkolwiek przedawnienie nie jest konstytucyjnym prawem podmiotowym jednostki, to jednak w ocenie TK, ustanowienie przedawnienia wynika z zasady demokratycznego państwa prawa, o której mowa w art. 2 Konstytucji, stanowiąc przejaw zasady bezpieczeństwa prawnego. Jednym z przejawów bezpieczeństwa prawnego jest stabilizacja sytuacji prawnej jednostki, przekładająca się w efekcie na stabilizację stosunków społecznych. Z art. 2 Konstytucji wynika tym samym obowiązek ustawodawcy ukształtowania regulacji prawnych, które będą sprzyjały wygaszaniu – wraz z upływem czasu – stanu niepewności. Z aksjologii konstytucyjnej opartej na fundamencie przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka (...) wynika obowiązek tworzenia prawa zorientowanego na dobro każdej osoby ludzkiej. Chociaż nie wyklucza to ustanowienia adekwatnych i dolegliwych sankcji w razie naruszenia prawa, nie mogą one prowadzić do ekonomicznego uzależnienia jednostki od państwa¹⁹*. Patrząc na przytoczony fragment orzeczenia, widać, że z jednej strony dyskusyjny jest fakt, czy zmiana powodowałaby ekonomiczne uzależnienie od państwa niejako wspomniane na uboczu obok samej esencji tezy o konieczności istnienia instytucji przedawnienia. Jednak faktyczne zniesienie instytucji przedawnienia zupełnie nie korespondowałoby z zasadą demokratycznego państwa prawnego. Projektodawca wskazywał, że *propozycja skreślenia art. 44 § 2 k.k.s. pozwoli uniknąć niepożądanych konsekwencji obecnego stanu prawnego polegających na tym, że pomimo długiego okresu przedawnienia niektórych typów czynów zabronionych*

¹⁸ Projekt nowelizacji, s. 41.

¹⁹ Wyrok TK z 18.07.2013 r., SK 18/09, OTK-A 2013, nr 6, poz. 80.

o najwyższym zagrożeniu karnym (powyżej 3 lat pozbawienia wolności) związanym z ich wysoką szkodliwość społeczną, ze względu na instytucję przedawnienia zobowiązania podatkowego, w praktyce może dojść do skrócenia okresu przedawnienia takich przestępstw z 10 lat do lat 5, czyli takiego samego okresu, jak w przypadku czynów zagrożonych niższą karą. Zgodnie z treścią art. 44 § 2 k.k.s. dotyczy to tzw. typów uszczupleniowych, natomiast dla pozostałych przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej lat 3, okres przedawnienia karalności wynosi 10 lat. Może wpłynąć to negatywnie na ochronę interesów finansowych Skarbu Państwa, skoro zachowania niezagrażające wpływom do budżetu mają dłuższy okres przedawnienia niż czyny, które narażają na uszczuplenie należności publicznoprawne²⁰. Nie sposób przyznać racji projektodawcy. Poprawnie zidentyfikował on problem, jednak zaproponowane rozwiązanie było wadliwe. Jeśli zdaniem projektodawcy przedawnienie stanowi problem, to powinien on w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw finansów publicznych rozważyć wydłużenie okresów przedawnienia, a nie próbować wprowadzić konstrukcję stojącą w sprzeczności z regulacjami prawa podatkowego. Ponadto zaproponowana konstrukcja była tym bardziej kontrowersyjna, że organy podatkowe dysponują szeregiem instrumentów uniemożliwiających zaistnienie przedawnienia. Na szczęście w związku z wycofaniem się projektodawcy z projektu zmiana nie została wprowadzona, jednak jeśli w przyszłości koncepcja ta miałaby powrócić i stać się obowiązującym prawem, należy mieć nadzieję, że nie będzie ona długo obecna w systemie prawnym – czy to przez refleksję prawodawcy, czy też z powodu kontroli

²⁰ Projekt nowelizacji, s. 42.

konstytucyjności. Jak wskazał projektodawca, skutkiem wprowadzenia opisanej powyżej zmiany byłyby stosowne zmiany w § 3–5. Dodatkowo w § 5 wzorem regulacji z art. 102 k.k. dokonano by zmiany w zakresie metody ustalania początkowego terminu rozpoczęcia biegu przedawnienia. Zmiana zrównałaby sytuację prawną sprawców przestępstw i wykroczeń skarbowych z sytuacją sprawców przestępstw pospolitych. Projektodawca wskazywał, że taka zmiana powinna przyczynić się do lepszej ochrony interesów finansowych Skarbu Państwa i jednocześnie zauważał, że w praktyce okres przedawnienia przestępstw ulega skróceniu. W związku z tym chciał wprowadzić jeden termin, o jaki okres przedawnienia ulega przedłużeniu, gdy w okresie wskazanym w art. 44 § 1 pkt 1 lub 2 wszczęto postępowanie.

W przypadku art. 48 § 1 projektodawca chciał zmiany mocno kontrastującej z wcześniejszą. Mianowicie chciał obniżyć granicę kary grzywny z 1/10 do 1/20 dwudziestokrotności minimalnego wynagrodzenia. Byłaby to zmiana ciekawa i jednocześnie pozytywna. Zastanawiający był natomiast sam fakt zaistnienia takiego pomysłu. Można spekulować, czy propozycja nie była motywowana politycznie i nie miała na celu zatarcia fatalnego wrażenia, jakie wywołałaby zmiana w zakresie przedawnienia. Tezie tej może jednak przeczyć fakt, że propozycji poświęcono mało uwagi w uzasadnieniu do projektu.

W art. 49 planowano rozszerzyć zakres stosowania przepadku. W ramach zmiany § 2 katalog przypadków pozwalających orzekać przepadek przedmiotów miał zostać uzupełniony o wykroczenia skarbowe z art. 67a § 2 i art. 108 § 3 k.k.s., w związku z ich dodaniem do części szczególnej kodeksu, a także

opisane w art. 65 § 4 k.k.s. i w art. 91 § 4 k.k.s. Projektodawca wskazywał że obecnie istnieje warunek, aby przedmiot ulegający przypadkowi pochodził z czynu zabronionego popełnionego umyślnie. Zdaniem projektodawcy dotychczasowa praktyka wskazuje na potrzebę orzekania przypadku towarów zakazanych lub objętych ograniczeniami, nawet w sytuacji nieumyślnego popełnienia czynu (np. nieumyślne nabycie tytoniu do palenia lub napojów alkoholowych). Projektodawca wskazywał, że wyroby akcyzowe niewiadomego pochodzenia mogą zagrażać życiu lub zdrowiu ich potencjalnych nabywców i konsumentów. Jest to pogląd, z którym należy się zgodzić, zwłaszcza że zmiana nie miałaby charakteru mocno represyjnego. Uchylony byłby też § 3, który stałby się bezprzedmiotowy.

W ramach zmiany art. 51 w § 1 i 2 proponowano wydłużenie okresu przedawnienia karalności wykroczeń skarbowych z jednego roku do dwóch lat. Projektodawca wskazywał na problem bezkarności sprawców w związku z długotrwałością i częstotliwością czynności kontrolnych. W treści uzasadnienia do projektu napisał wprost, że zmiana jest *realizacją postulatów praktyki, która odnotowuje zjawisko unikania odpowiedzialności ze względu na to, że dopiero podczas kontroli podatkowych sięgających dalej niż okres roku wstecz, wykrywane są naruszenia obowiązków podatkowych. Czyny takie stanowią wprawdzie wówczas zachowania naganne, jednakże w stosunku do sprawców owych czynów niemożliwe jest wyciągnięcie jakichkolwiek konsekwencji karnych. Zmiana art. 51 § 1 k.k.s. w proponowanym brzmieniu, ma na celu zapobieżenie tego rodzaju sytuacjom i doprowadzenie do zminimalizowania zjawiska*²¹. Z punktu

21 Projekt nowelizacji, s. 43.

widzenia państwa argumentacja tego typu wydaje się słuszna, jednak z punktu widzenia obywatela i standardów działania administracji byłby to kolejny przejaw obniżania przez państwo standardów, które kiedyś samo narzuciło. Niestety byłby to wyraz pewnej ogólnej tendencji, która prowadzi do zmiany zasad ze względu na wygodę organów. W dalszej części uzasadnienia do projektu wskazywano, że proponowana zmiana jest analogiczna do tej, jaką wprowadzono by w art. 44 § 5 k.k.s., co miało skutkować tym, że w przypadku obstrukcji ze strony podejrzanego wykroczenie nie ulegnie przedawnieniu. W § 2a przewidywano odrębne unormowanie dotyczące biegu przedawnienia karalności wykroczenia w razie uchylecia prawomocnego mandatu karnego, gdyż odesłanie wskazane w § 1 dotyczy jedynie orzeczeń. Unormowanie miało się odwoływać do ogólnej zasady przyjętej w art. 44 § 6, zgodnie z którą w razie uchylecia prawomocnego rozstrzygnięcia termin przedawnienia karalności biegnie od daty jego uchylecia, chyba że termin przedawnienia upłynął. Projektodawca uczyniłby od tej zasady jeden wyjątek odnoszący się do przypadku uchylecia mandatu przez sąd cywilny, w razie prawomocnego uznania roszczenia do przedmiotów, o których mowa w art. 137a § 2, które przeszły na własność Skarbu Państwa. Zmienić miał się też § 4, jednak byłaby to zmiana redakcyjna błędnego odesłania.

W słowniczku z art. 53 projektodawca proponował również kilka zmian. W § 11 chciał zmiany definicji przestępstwa skarbowego skierowanego przeciwko istotnym interesom finansowym państwa polskiego, poprzez obniżenie wysokości uszczerbku z dziesięciokrotności do pięciokrotności wielkiej wartości. Pozostałe planowane zmiany miałyby charakter redakcyjny

i ujednolicający terminologię, więc nie wymagają szerszego komentarza.

Zmiany zaproponowane w materii art. 57 są jednymi z bardziej istotnych w omawianym projekcie nowelizacji. Bardzo dużo o ich charakterze mówi uzasadnienie do projektu, odnoszące się między innymi do tła historycznego. Projektodawca wskazywał, że *przepis art. 57 k.k.s. zastąpił regulację z art. 99 uks²² i w zamierzeniu ustawodawcy miał służyć penalizowaniu czynów o niewielkim stopniu społecznej szkodliwości. Aby jednak uciąć spekulacje co do zgodności tego typu czynu zabronionego z zasadami zawartymi w Konstytucji, ale też w przepisach prawa międzynarodowego, którego Polska jest stroną, ustawodawca postanowił, że karygodne i karalne jest jedynie uporczywe niewpłacanie podatków w terminie, jako wykroczenie skarbowe. W przeciwnym razie brak byłoby kryminalnej reakcji penalizowania samego opóźnienia w zapłacie podatku, stanowiącego jedynie zwłokę i skutkującego powstaniem zaległości podatkowej. Wbrew zamierzeniom, zniamię to stało się jednak zarzewiem sporów doktrynalnych, których jednym z powodów jest właśnie fakt, iż w dotychczasowym stanie prawnym typ czynu zabronionego z art. 57 § 1 k.k.s. jest penalizowany jako wykroczenie skarbowe, choć dotyczy zachowań skutkujących niekiedy wielomilionowymi zaległościami. Innym powodem proponowanych zmian w tym zakresie jest konieczność urealnienia sankcji, jaka grozi za takie zachowania. Ta, którą aktualnie dysponuje sąd, w wielu przypadkach z pewnością jest niewystarczająca. Górna granica kary grzywny grożącej za wykroczenie skarbowe wynosi bowiem dwudziestokrotność minimalnego wynagrodzenia. Nie trzeba przekonywać, że jest to sankcja*

niepozwalająca oddać pełnię kryminalnej zawartości czynu, jeżeli kwota niezapłaconego podatku sięga znacznej wartości²³. Dlatego projektodawca chciał dodać § 1a mówiący o karaniu grzywną do 720 stawek dziennych za uporczywe niewpłacanie podatku, kiedy wartość niewpłaconej należności przekracza pięćdziesięciokrotność minimalnego wynagrodzenia. W tym miejscu należy wskazać na postanowienie Sądu Najwyższego z 28 listopada 2013 r. (I KZP 11/13) wskazujące, że na zaistnienie znamienia uporczywego niewpłacenia podatku w terminie, będącego warunkiem odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe z art. 57 § 1 k.k.s., może wskazywać zarówno cykliczność zachowań podatnika, polegająca na umyślnym niestosowaniu się do wymogu terminowego płacenia podatku, jak i jednorazowe, ale długotrwałe zaniechanie przez niego uregulowania podatku płatnego jednorazowo, mające miejsce już po terminie płatności tego podatku, a więc gdy ma on uregulować go już jako zaległość podatkową, jeżeli zachowanie to wskazuje, że zamiarem podatnika w momencie upływu terminu płatności podatku było uporczywe jego niewpłacenie, a więc odsunięcie uregulowania tego podatku na dłuższy okres²⁴. Wspomniane postanowienie SN jest ważne, gdyż w powszechnym odbiorze – nawet osób z wykształceniem prawniczym – uporczywość nie rozumie się jako niedokonania płatności jednorazowej. Projektodawca poświęca dużo uwagi opisowi, jak bardzo negatywne zachowanie chce penalizować. W kontekście surowości sankcji, jaką zaproponował, wydaje się to przejawem fiskalizmu, jednak w przypadku wpływów od dużych podmiotów jego racje są zrozumiałe. Jednocześnie

²³ Projekt nowelizacji, s. 45.

²⁴ Postanowienie SN z 28.11.2013 r., I KZP 11/13, OSNKW 2014, nr 1, poz. 3.

²² Ustawa o kontroli skarbowej.

projektodawca sam przyznał, że *ma świadomość, że dokonana zmiana polegająca na tak radykalnym zaostrzeniu karalności obarczona jest niezwykle dużym ryzykiem popadnięcia w konflikt z podstawowymi zasadami prawa, obowiązującymi we wszystkich krajach o europejskiej kulturze prawniczej*²⁵. W § 2 chciał wprowadzić przepis, że sąd może odstąpić od wymierzenia kary, jeżeli przed wszczęciem postępowania w sprawie o wykroczenie skarbowe określone w § 1 lub przestępstwo skarbowe określone w § 1a wpłacono w całości należny podatek na rzecz właściwego organu. Przepis tego rodzaju wydaje się potrzebny, a jego zaistnienie zasadne w kontekście planowanego rozwiązania.

W art. 60 po § 2 proponowano dodać § 2a i 2b. Pierwszy z przepisów miał się odnosić do nieprzechowywania księgi i dokumentów związanych z jej prowadzeniem do czasu upływu okresu przedawnienia zobowiązania podatkowego. Zaś drugi projektowany przepis odnosił się do niedopełnienia obowiązku zawiadomienia w terminie właściwego organu o miejscu przechowywania księgi oraz dokumentów związanych z jej prowadzeniem w razie likwidacji lub rozwiązania osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej. Zdaniem projektodawcy przepisy te miały na celu zapewnienie ochrony przestrzegania przepisów art. 86 Ordynacji podatkowej. Jednocześnie w § 4 wprowadzona miała być zmiana polegająca na dodaniu wykroczeń. Te wykroczenia to czyny z proponowanych w § 2a i 2b, jednak w wypadkach mniejszej wagi. Projektodawca sam wskazywał, że w praktyce, z uwagi na indywidualne cechy, penalizowane czyny nie będą przedstawiać sobą dużego

stopnia społecznej szkodliwości. Dostrzeżenie problemu przez projektodawcę jest dobre, jednak kwalifikacja czynów jako przestępstw skarbowych byłaby zbyt surowa. Określenie tych czynów wyłącznie jako wykroczeń i następnie ocena, czy osiągnięto prewencję karną, byłoby bardziej zasadne. Istnieje spora szansa, że w jednostkowych sytuacjach, o których wspomina sam projektodawca, występowałyby rozbieżności w kwalifikacji czynów.

Projektodawca przewidywał kilka zmian w przypadku przepisów związanych z akcyzą. W art. 65 § 1, 2, 2a i 2b do katalogu miało być wprowadzone rozróżnienie w odniesieniu do art. 69a. Dotychczas przepisy odnoszą się do tego w całości, proponowano zaś, żeby odnosiły się do jego § 1 i 2. Byłaby to w istocie zmiana porządkująca, gdyż łączenie przepisów mających penalizować paserstwo akcyzowe z przygotowaniem do dokonania czynności poza składem podatkowym jest nielogiczne. Sam projektodawca wskazał, że *nie sposób więc sensownie twierdzić, że typ paserstwa może obejmować przedmioty, co do których sprawca nie użył władztwa nad nimi*²⁶.

W art. 69a chciano dodać § 3 wyłączający karalność przygotowania do popełnienia czynu opisanego w przepisie, jeśli sprawca od niego odstąpił. Projektodawca wskazywał, że obowiązkowe odstąpienie od wymierzenia kary ma służyć celom prewencyjnym. Wskazał też, że k.k.s. nie reguluje kwestii związanych z przygotowaniem. Projektodawca dokonał słusznej oceny, że etap ten co do zasady nie podlega penalizacji. Sam przyznał, że jeśli ustawodawca wprowadza penalizację i nie ma możliwości premiowania czynnego żalu skutkującego

²⁵ Projekt nowelizacji, s. 46.

²⁶ Projekt nowelizacji, s. 47.

odstąpieniem od przygotowania, represja karna mimo odstąpienia od czynu byłaby zbyt restrykcyjna. Wydaje się, że jest to argument słuszny. Na poparcie tej tezy projektodawca przywołał regulację art. 17 k.k.

Zmiany w postaci uchylecia w art. 70 § 3, art. 85 § 3 i art. 97 § 3 miałyby charakter redakcyjny wynikający z faktu, że zgodnie z treścią art. 21 § 1 k.k.s. ustawa tylko wtedy wyraża odrębną podstawę do penalizacji usiłowania przestępstwa skarbowego, gdy zagrożone jest ono karą pozbawienia wolności do jednego roku.

W art. 91 § 1 miała pojawić się zmiana w zakresie sankcji karnej. W dotychczasowym brzmieniu przepisu kara pozbawienia wolności może być orzeczona w wymiarze do 3 lat. W projekcie proponowano zniesienie tego ograniczenia, co oznacza, że za paserstwo celne mogłaby zostać orzeczona kara pozbawienia wolności w wymiarze do 5 lat, jak stanowi art. 27 § 1 k.k.s. Projektodawca nie kryje się ze swoją motywacją. Wskazał wprost, że *znaczne straty, jakie powoduje przemyt oraz paserstwo, bez którego sam przemyt byłby utrudniony, uzasadniają potrzebę zaostrzenia kary pozbawienia wolności do maksymalnego rozmiaru celem zasygnalizowania, że państwo wzmaga instrumenty mające ograniczyć przemyt, również z korzyścią dla rodzimego przemysłu wyrobów akcyzowych*²⁷. Zmiana mimo surowości wydaje się słuszna, z drugiej jednak strony zasadne pozostaje pytanie, czy w sytuacji wojny na Ukrainie, napięć na granicach białoruskiej i rosyjskiej, a także danych o małym rozmiarze szarej strefy na rynku papierosów²⁸, przemyt nie będzie

się kurczyć samoistnie i bez surowszej penalizacji paserstwa celnego.

Projektodawca postanowił zmienić art. 106f. Likwidowałby on dotychczasowy przepis określający niezgłoszenie przywozu albo wywozu wartości dewizowych lub krajowych środków płatniczych jako wykroczenie i określiłby go jako przestępstwo. Ponadto planowano wprowadzenie bardzo wysokiej grzywny, aż do 720 stawek dziennych, czyli wyższej niż w przypadku wskazanego niżej udostępniania nieruchomości pod nielegalny hazard. Wprowadzony byłby także czyn stanowiący wykroczenie w przypadku małej wartości. Projektodawca wskazywał, że *proponowane zmiany mają na celu poprawę efektywności kontroli przepływu środków płatniczych między krajami UE i poza nią, aby zapobiegać zjawisku prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu oraz potrzebę zapewnienia efektywniejszego wykorzystania istniejących krajowych przepisów w zakresie kontroli środków pieniężnych*²⁹. Ponadto powołano się na międzynarodowe unormowania w tym zakresie, a także ujawniono mechanizm konstruowania proponowanego przepisu. W uzasadnieniu wskazano, że *kwota niezadeklarowanych wartości dewizowych lub krajowych środków płatniczych, rozdziela jąca kwalifikację czynu jako przestępstwo skarbowe albo wykroczenie skarbowe, została wyznaczona z uwzględnieniem średniej kwoty wartości dewizowych deklarowanych w pojedynczym zgłoszeniu, która w ubiegłych latach wyniosła w przybliżeniu 48 000 euro dla deklaracji wywozu środków z terenu UE oraz 34 000 euro dla deklaracji wwozu środków na teren UE (bez uwzględnienia zgłoszeń dewizowych dotyczących metali*

²⁷ Projekt nowelizacji, s. 48.

²⁸ <https://bit.ly/3U4m2LL> [dostęp 01.07.2022].

²⁹ Projekt nowelizacji, s. 49.

szlachetnych)³⁰. Mimo wszystko działanie projektodawcy wydaje się nazbyt represyjne. Można wręcz postawić tezę, że wpisuje się w zastanawiającą praktykę wszechobecnej i panicznej walki ustawodawcy z obrotem gotówkowym. Znacznie lepszym, mniej represyjnym i mniej uznaniowym rozwiązaniem byłoby pozostawienie przepisu w obecnym brzmieniu i wprowadzenie pojęcia przestępstwa, w przypadku przewożenia określonych na potrzeby nowego przepisu znacznych wartości dewizowych lub krajowych środków płatniczych.

W projekcie zaproponowano zmiany, a także kryminalizację nowych czynów w materii hazardu. Zmieniony miał być art. 107d poprzez blankietowe odesłanie do ustawy o grach hazardowych. Jak wskazał sam projektodawca, miałyby to na celu zwiększenie jego czytelności. Wprowadzany byłby także czyn zabroniony w postaci udostępnienia środków lub nieruchomości na nielegalny hazard. Czyn ten ujęty w art. 107e zagrożony byłby karą grzywny do 360 stawek dziennych, zaś w wypadku mniejszej wagi stanowiłby wykroczenie. W praktyce przepis ten dotyczyłby nieruchomości, co przyznał sam projektodawca. W projekcie wskazał, że *wprowadzenie art. 107e k.k.s. ma na celu ustanowienie sankcji za udostępnienie środków lub nieruchomości do urządzania lub prowadzenia gier hazardowych bez wymaganej koncesji lub zezwolenia. Potrzeby praktyki wskazują, że uzasadnionym jest pociąganie do odpowiedzialności również tych osób, które udostępniają środki, a przede wszystkim powierzanie różnych nieruchomości do urządzania lub prowadzenia gier hazardowych. Nie zawsze takim osobom można przedstawić zarzuty współuczestnictwa w nielegalnym*

*urządzaniu lub prowadzeniu tego rodzaju gier. Osoby wynajmujące lokal lub nieruchomości, zazwyczaj nie współdziałają na bieżąco w tej przestępczej działalności, ograniczając się do wynajęcia określonej nieruchomości i jednocześnie posiadając wiedzę, że jest ona wykorzystywana do nielegalnych celów*³¹. Penalizacja tego typu zachowania jest jak najbardziej słuszna, jednak istnieje spore ryzyko, że projektowany przepis nie odniósłby zamierzonego skutku. Ponadto projektodawca powinien rozważyć wprowadzenie kwalifikowanego typu tego czynu, w postaci udostępnienia nieruchomości należącej do Skarbu Państwa lub samorządu terytorialnego na urządzanie nielegalnego hazardu. Osobami odpowiadającymi powinni być urzędnicy lub ewentualnie organy wykonawcze gminy. Spowodowałoby to lepszy nadzór nad nieruchomościami, w szczególności w dużych ośrodkach miejskich, gdzie tego typu sytuacje mogą się zdarzać w wyniku niedostatecznego nadzoru.

W art. 108 zmieniony miał być § 2 poprzez zastąpienie celu społecznie użytecznego nadwyżką małej wartości. Dodany byłby także § 3 określający wykroczenie w wypadku mniejszej wagi. Wydaje się to zmiana słuszna, gdyż w istocie czyny tego typu często popełniane są w wyniku niedopatrzenia, a nie działalności *stricte* przestępczej, co sam projektodawca przyznał w uzasadnieniu.

W art. 109 chciano dotychczasową treść oznaczyć jako § 1 i dodać § 2 określający wykroczenie w przypadkach mniejszej wagi. Wydaje się to zasadne, ponieważ nadal wiele osób ma niską świadomość nielegalności wielu form hazardu, zwłaszcza

³⁰ Projekt nowelizacji, s. 51.

³¹ Projekt nowelizacji, s. 51.

przy powszechności nielegalnych punktów z automatami do gier.

Dodany miał zostać także art. 110c penalizujący udaremnianie lub utrudnianie osobie uprawnionej do przeprowadzenia kontroli celno-skarbowej wykonanie czynności służbowej. W uzasadnieniu do projektu wskazano, że dodanie tego artykułu wynika z doświadczeń organów kontrolujących urządzenie i prowadzenie gier hazardowych. Projektodawca podniósł, że funkcjonariusze niejednokrotnie spotykają się z bezprawnymi zachowaniami osób kontrolowanych, mającymi na celu utrudnienie lub nawet uniemożliwienie prowadzenia takich kontroli. Jego zdaniem zasadne było więc wprowadzenie penalizacji tego rodzaju zachowań, podobnie jak ma to miejsce w art. 83 k.k.s. w przypadku kontroli podatkowej czy w art. 94 k.k.s. w przypadku kontroli celnej. Zmiana tego typu jest niewątpliwie potrzebna, jednak mogłaby nie spowodować zamierzonego efektu. Doniesienia medialne z likwidacji miejsc nielegalnego hazardu napawają coraz większym niepokojem. Punkty z nielegalnym hazardem zamieniają się w swoiste centra przestępczej działalności. Pojawiają się w nich narkotyki, lichwa, a także często w trakcie czynności ujawniana jest broń. Zasadne staje się pytanie, czy ryzyko odpowiedzialności za kolejne przestępstwo zniechęciłoby kogokolwiek do utrudniania czynności organom kontroli. Niewielka byłaby szansa na osiągnięcie zamierzonego skutku, jako że osoby obsługujące działalność takich nielegalnych punktów są doskonale świadome bezprawności swoich czynów.

Podsumowanie

Proponowane zmiany były tak szerokie, że w niniejszym tekście omówione zostały jedynie te dotyczące prawa materialnego. Widać, że projektodawca chciał zaostrzenia represji karnej, czego wyrazem była koncepcja zmiany charakteru wielu czynów zabronionych i zaostrzenie wysokości kar.

Moment zaanonsowania i udostępnienia samych zmian był znamieny. Państwo i obywatele nadal nie poradzili sobie ze skutkami wprowadzenia Polskiego Ładu. Zaostrzenie represji karnej pogłębiłoby nieufność wobec państwa. Byłby to bowiem kolejny krok w tym kierunku, gdyż w ramach wspomnianego już kilkakrotnie Polskiego Ładu wprowadzono zmianę art. 16a k.k.s., znacznie ograniczającą możliwość złożenia prawnie skutecznego czynnego żalu.

Projekt zawierał szereg dobrych rozwiązań. W szczególności należy zauważyć, że projektodawca zaczął dostrzegać problemy z organizacją nielegalnego hazardu i chciał wprowadzić mechanizmy pozwalające skuteczniej z nim walczyć. Wątpliwe jest, czy przy obecnej regulacji działalności hazardowej, w szczególności w materii organizacji gier na automatach, proponowane zmiany odniosłyby oczekiwany skutek. Nielegalny hazard to problem wymagający systemowych rozwiązań. Stworzenie efektywnego modelu dostępu do gry na automatach – poprzez rozszerzenie działalności państwowego monopolisty, utworzenie modelu współpracy monopolisty z podmiotami prywatnymi czy też stworzenie modelu koncesjonowania – wyparłoby grupy przestępcze z rynku. Zmiany w prawie karnym przyspieszyłyby ten proces. Sytuacja taka miała już miejsce w latach

2004–2009³². Same zmiany w zakresie prawa karnego skarbowego mogłyby co najwyżej ograniczyć zjawisko nielegalnego hazardu.

Za najbardziej kontrowersyjne elementy projektu należy uznać wymóg uiszczenia niewymagalnej należności, aby móc

³² B. Korniluk, *Ustawa o grach hazardowych. Lobbying, legislacja, podatki, notyfikacja*, C. H. Beck, Warszawa 2019, s. 26–29.

skorzystać z czynnego żalu, i znaczące ograniczenie przedawnienia karalności. Zmiany w tym zakresie byłyby przedmiotem silnej krytyki i to one głównie rzutowały na negatywną ocenę projektu.

Należy odnotować również to, że tworząc i przedstawiając projekt wraz z uzasadnieniem, Ministerstwo Sprawiedliwości przyznało, że jest świadome występowania wielu problemów i patologii. Zasadne więc pozostaje pytanie, czy i ewentualnie jak zostaną one rozwiązane w przyszłości. ■

Bibliografia

- Bergier W., Flisiak G., Zielonka M., *Metodyka postępowania obrońcy i pełnomocnika (adwokata i radcy prawnego) w sprawach przestępstw skarbowych i karuzelowych, Komentarz praktyczny, orzecznictwo, wzory pism*, C. H. Beck, Warszawa 2019.
- Bułat A., Konarska-Wrzošek V., Oczkowski T., Zgoliński I., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Gardocki L., *Prawo karne*, wydanie XIX, C. H. Beck, Warszawa 2015.
- Kardas P., Łabuda G., Razowski T., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Korniluk B., *Ustawa o grach hazardowych. Lobbying, legislacja, podatki, notyfikacja*, C. H. Beck, Warszawa 2019.
- Wilk P., Seweryn R., *Przedawnienie w prawie karnym skarbowym – analiza konstytucyjności wybranych przepisów i aktualnych problemów w orzecznictwie*, „Prokuratura i Prawo” 2019 nr 9.
- Wilk L., Zagrodnik J., *Prawo Karne Skarbowe, Prawo i proces karny skarbowy*, C. H. Beck, Warszawa 2019.
- Włodkowski O., *Prawo karne skarbowe. Schematy. Tabele. Komentarze. Orzecznictwo. Testy. Kazusy*, Warszawa 2021.



Maciej Cyprian Flis

ADWOKAT TRAINEE

Proposed amendments to the Fiscal Penal Code: A necessary step to protect budget revenues or unfounded repression?

The Fiscal Penal Code was the last element of the codification of criminal law in Poland after the post-communist transformation. For the over 20 years of its existence, the code has been repeatedly amended, but the reform announced by the Ministry of Justice and published in Government Legislation Centre print UD 357 could be a breakthrough. The article presents the changes to substantive law that could be introduced. The changes are analysed mainly based on the justification to the amending act, but also cited case law related to the proposed changes. The article also provides an assessment of the changes.

FISCAL PENAL CODE • TAXATION • GAMBLING • LEGISLATION • CRIMINAL LAW





Paulina Wojtkowska

WARDYŃSKI I WSPÓLNICY, ORCID: 0000-0002-1837-5084

Prawne mechanizmy ograniczające powstawanie odpadów żywności w Polsce w kontekście urzeczywistniania założeń Europejskiego Zielonego Ładu

Wyniki badań przeprowadzonych w 2020 r. w ramach projektu PROM pokazują, że w Polsce marnuje się blisko 5 mln ton żywności rocznie. Jeszcze w tym samym roku Komisja Europejska przedstawiła szczegóły strategii „od pola do stołu”, która stała się częścią Europejskiego Zielonego Ładu – pakietu inicjatyw politycznych mających przybliżyć nasz kontynent do osiągnięcia neutralności klimatycznej. Już choćby z tego powodu warto przyjrzeć się obowiązującym i projektowanym przepisom, których celem jest zahamowanie zjawiska marnowania i strat żywności. Niektóre z nich paradoksalnie zdają się przyczyniać do pogłębiania problemu i nie oddziałują na gospodarstwa domowe, które generują najwięcej odpadów żywności.

ODPADY • ODPADY ŻYWNOCI • MARNOWANIE ŻYWNOCI • OCHRONA ŚRODOWISKA • PRAWO ŻYWNOCIOWE • EUROPEJSKI ZIELONY ŁAD • AGENDA 2030 • ZRÓWNOWAŻONY ROZWÓJ

Wprowadzenie

Szacuje się, że w Polsce marnuje się ok. 4 840 946 ton żywności rocznie¹. Polacy pozbywają się więc ponad 500 ton żywności na godzinę, ponad 9 ton żywności na minutę i ponad 150 kg żywności na sekundę. W obliczu zaostrzającego się kryzysu żywnościowego takie dane są szczególnie zaskakujące. Problem marnowania żywności towarzyszy nam jednak znacznie dłużej, co w 2015 r. skłoniło Zgromadzenie Ogólne ONZ do jednogłośniego przyjęcia rezolucji „Przekształcamy nasz świat: Agenda na Rzecz Zrównoważonego Rozwoju 2030”². Rezolucja określa 17 celów zrównoważonego rozwoju (ang. *Sustainable Development Goals, SDGs*) oraz związanych z nimi 169 zadań, które świat powinien zrealizować do 2030 r. Jednym z takich celów jest zapewnienie wzorców zrównoważonej konsumpcji i produkcji, co przedstawiciele państw członkowskich ONZ spodziewają się osiągnąć poprzez m.in. zmniejszenie o połowę globalnej ilości marnowanej żywności *per capita* w sprzedaży detalicznej i konsumpcji oraz zmniejszenie strat żywnościowych w procesie produkcji i dystrybucji (w tym strat powstałych podczas zbiorów) oraz istotne obniżenie poziomu wytwarzania odpadów poprzez zapobieganie, redukcję, recykling i ponowne użycie.

W ramach szeroko zakrojonych planów działań na rzecz ludzi, planety i dobrobytu Europa postanowiła stać się pierwszym kontynentem neutralnym dla klimatu.

W tym celu w grudniu 2019 r. Komisja Europejska zaprezentowała pakiet inicjatyw politycznych nazwanych Europejskim Zielonym Ładem (ang. *European Green Deal*), wśród których znalazła się również zapowiedź strategii „od pola do stołu”, mającej na celu m.in. ustanowienie zrównoważonego systemu żywnościowego w drodze ograniczenia strat i marnotrawienia żywności. Nie była to zresztą pierwsza taka inicjatywa Unii Europejskiej, która już we wcześniejszych latach starała się zapobiegać powstawaniu odpadów żywności³.

Warto się zastanowić, w jakim zakresie – i z jakim skutkiem – środki prawne urzeczywistniające założenia Agendy 2030 i Europejskiego Zielonego Ładu w zakresie przeciwdziałania marnowaniu żywności są wdrażane i realizowane w Polsce. Celem opracowania jest zidentyfikowanie przyjętych do polskiego porządku prawnego mechanizmów służących ograniczaniu ilości odpadów żywności, a także próba oceny skuteczności tych mechanizmów. Chodzi zwłaszcza o ustalenie problemów natury prawnej – w tym nieprecyzyjnych lub wadliwie skonstruowanych przepisów – które przyczyniają się do pogłębiania zjawiska marnowania żywności. W tym celu należy w pierwszej kolejności ustalić, w jakich okolicznościach żywność staje się odpadem w rozumieniu polskiej ustawy o odpadach⁴, a dalej – ustalić przyczyny i okoliczności powstania odpadów żywności w Polsce. Te ustalenia – w oparciu o właściwe przepisy obowiązujące na szczeblu unijnym i krajowym – pozwolą następnie ocenić, czy

1 S. Łaba i in., *Próba oszacowania strat i marnotrawstwa żywności w Polsce*, „Przemysł Spożywczy” 2020 nr 11, tom 74, s. 17.

2 Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych z 25 września 2015 r., *Przekształcamy nasz świat: Agenda na Rzecz Zrównoważonego Rozwoju 2030*, A/RES/70/1, dalej jako: „Agenda 2030”.

3 M. Kopeć, K. Gondek, M. Mierzwa-Hersztel, *Gospodarka o obiegu zamkniętym w kontekście strat i marnowania żywności*, „Polish Journal for Sustainable Development” 2018, Tom 22(2), s. 51.

4 Ustawa z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 699 ze zm.).

funkcjonujące rozwiązania prawne są wystarczające dla urzeczywistnienia zamierzeń na poziomie europejskim i światowym.

Osiągnięcie poczynionych założeń będzie możliwe w pierwszej kolejności poprzez rekonstrukcję norm na podstawie przepisów obowiązującego prawa, a w dalszej kolejności przez analizę treści projektowanych zmian przepisów. Równie wartościowym źródłem będą materiały legislacyjne i dokumenty odnoszące się do planowanych inicjatyw Unii Europejskiej. Podstawową metodą badawczą zastosowaną w opracowaniu jest metoda dogmatyczna.

Kiedy żywność staje się odpadem

Zgodnie z dyrektywą ramową o odpadach za odpady unijny prawodawca uznaje każdą substancję lub przedmiot, których posiadacz pozbywa się, zamierza się pozbyć, lub do których pozbycia został zobowiązany⁵. Taka definicja na pozór wydaje się zrozumiała, w praktyce jednak nastęrcza wiele trudności interpretacyjnych zarówno wśród przedstawicieli nauki prawa ochrony środowiska, jak i wśród praktyków zajmujących się gospodarką odpadami. Wystarczy zauważyć za A. Mostowską, Ł. Budzińskim i J. Wilczyńską, że samo przekazanie używanego mienia nie zawsze może być traktowane jako przekazanie odpadów, gdyż odpadem nie jest przedmiot przekazywany do dalszego używania zgodnie z jego dotychczasowym przeznaczeniem⁶. Ponadto autorzy słusznie wskazują, że przy

ustalaniu, czy coś jest odpadem, nie ma też znaczenia, czy jego przekazanie związane jest z opłatą i kto komu płaci, zaś niektóre substancje lub przedmioty w określonych sytuacjach są odpadami z mocy przepisów szczególnych i należy się ich pozbyć jako odpadów – w takim przypadku wola czy zamiar ich posiadacza nie mają istotnego znaczenia.

Zasygnalizowane trudności w interpretowaniu pojęcia odpadów to jedynie niewielka część problemów i okoliczności, które mogą wpływać na ostateczne zaklasyfikowanie przedmiotu lub substancji jako odpadów. Z tego powodu na potrzeby opracowania zasadne będzie ograniczenie się do kwestii właściwych dla odpadów żywności. Te również unijny prawodawca zdefiniował w dyrektywie ramowej o odpadach, wskazując, że chodzi po prostu o wszelką żywność, która stała się odpadami⁷. Ma przy tym na myśli żywność w rozumieniu art. 2 rozporządzenia 178/2002⁸, a zatem jakiegokolwiek substancje lub produkty (przetworzone, częściowo przetworzone lub nieprzetworzone), przeznaczone do spożycia przez ludzi lub których spożycia przez ludzi można się spodziewać. W tym ostatnim przypadku chodzi o sytuację, gdy dany produkt może mieć zastosowanie spożywcze i niespożywcze. Do momentu, w którym jednoznacznie nie zostanie określone, że ma on inne przeznaczenie niż spożywcze, traktowany jest jak żywność i do tego momentu muszą być stosowane wszelkie wymogi z zakresu prawa

⁵ Art. 3 pkt 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy (Dz.U. UE. L. z 2008 r. Nr 312, s. 3 ze zm., dalej jako: „dyrektywa ramowa o odpadach”).

⁶ A. Mostowska, Ł. Budziński, J. Wilczyńska, *Ustawa o odpadach. Komentarz*, Warszawa 2014, Komentarz do art. 3.

⁷ Art. 3 pkt 4a dyrektywy ramowej o odpadach.

⁸ Rozporządzenie (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiające ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołujące Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiające procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności (Dz.U. UE. L. z 2002 r. Nr 31, s. 1 ze zm.).

żywnościowego⁹. Warto zasygnalizować również, że na gruncie prawnym pojęcie żywności może być stosowane zamiennie z pojęciem środka spożywczego.

Biorąc pod uwagę definicje legalne żywności i odpadów żywnościowych, można przyjąć *in abstracto*, że do tych drugich zalicza się takie środki spożywcze, które nie są już przeznaczone do spożycia przez ludzi – a zatem takie, które nie spełniają wymogów prawa żywnościowego. Takie rozumowanie jest jednak krytykowane w praktyce – już po roku funkcjonowania polskiej ustawy o przeciwdziałaniu marnowaniu żywności¹⁰ przedstawiciele Federacji Polskich Banków Żywności wskazywali chociażby, że żywność po upływie daty minimalnej trwałości nie powinna być traktowana przez ustawodawcę jako odpady, gdyż przeważnie w dalszym ciągu nadaje się do spożycia i może być z powodzeniem przekazana na cele charytatywne¹¹. Polska przyjęła przeciwieśne definicje odpadów i odpadów żywności do swojego porządku prawnego w ich dosłownym brzmieniu¹². Polski ustawodawca stworzył ponadto na wzór Europejskiego Katalogu Odpadów katalog odpadów, w którym klasyfikuje odpady poprzez ich zaliczenie do odpowiedniej grupy, podgrupy i rodzaju, uwzględniając m.in. źródło ich powstawania. Katalog ten obejmuje również odpady

żywności – zgodnie z załącznikiem do rozporządzenia w sprawie katalogu odpadów odpady z przetwórstwa żywności są zaliczane do grupy 02, na którą składa się kilka podgrup i rodzajów¹³. Jak jednak wskazuje sama nazwa, źródłem powstawania odpadów z grupy 02 nie są raczej konsumenci, tylko zakłady przetwórstwa rolno-spożywczego – producenci. Odpady wytwarzane w gospodarstwach domowych, tj. odpady komunalne, wyodrębniono w ramach grupy 20, która wyróżnia chociażby odpady kuchenne ulegające biodegradacji.

Przyczyny powstawania odpadów żywnościowych

Katalog odpadów pozwala pobieżnie zidentyfikować źródła pochodzenia odpadów, ale nie wyjaśnia, jakie są przyczyny ich powstawania. W tym zakresie bardziej pomocne okazują się dostępne opracowania naukowe i wyniki przeprowadzonych badań. Te drugie pozwalają ustalić zwłaszcza, że największy udział w marnowaniu żywności mają obecnie gospodarstwa domowe, z których pochodzi aż 60% wszystkich odpadów żywnościowych¹⁴. Zbyt dużym uproszczeniem byłoby jednak poprzestanie na tezie, że powodem marnowania żywności jest niewłaściwe gospodarowanie nią przez konsumentów. M. Łata wyjaśnia, że przyczyny marnowania żywności są bardziej złożone i uzależnione od poszczególnych etapów łańcucha żywnościowego, rodzaju wyrobów, a także miejsca, w którym dochodzi do marnotrawstwa¹⁵. I tak zdaniem S. Stępnia i D. Dobrowolskiego

9 M. Korzycka [w:] M. Korzycka, P. Wojciechowski (red.), *Komentarz do rozporządzenia nr 178/2002 ustanawiającego ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołującego Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiającego procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności*, LEX 2018, komentarz do art. 2.

10 Ustawa z 19 lipca 2019 r. o przeciwdziałaniu marnowaniu żywności (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1645), (dalej jako: „ustawa”).

11 Pełny zapis z przebiegu posiedzenia Komisji Gospodarki i Rozwoju (nr 54) z 15 września 2021 r., s. 8.

12 Art. 3 pkt 6 i 13a ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 699 ze zm.).

13 Rozporządzenie Ministra Klimatu z 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz.U. poz. 10).

14 S. Łaba i in., op. cit., s. 16.

15 M. Łata, *Przeciwdziałanie marnowaniu żywności jako wyzwanie dla samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 2020 nr 12, s. 74.

jedną z ważniejszych przyczyn strat żywności w gospodarstwach domowych jest idea konsumpcjonizmu, a zatem to, że centrum zainteresowania człowieka, a nawet „sensem jego egzystencji” stał się zakup towarów i usług¹⁶. Autorzy wskazują dalej, że na terenie państw członkowskich Unii Europejskiej w 2013 r. najwięcej, bo aż 25% marnowanej przez konsumentów żywności stanowiły produkty zbożowe, czyli przede wszystkim nieświeże pieczywo. Jako przyczynę wskazano z jednej strony to, że zdaniem konsumentów chleb szybko pleśnieje lub twardnieje, a mrożony chleb jest niesmaczny – z drugiej natomiast, że znaczenie ma również gorsza jakość pieczywa (np. pieczenie z mrożonego ciasta, stosowanie dodatków do żywności).

Badania przeprowadzone w Polsce w 2020 r. wykazały natomiast, że obecnie najbardziej podatne na straty są warzywa i owoce, niezależnie od etapu łańcucha żywnościowego¹⁷. Ponadto połowa ankietowanych konsumentów wskazała, że głównym czynnikiem powstawania odpadów żywności w ich domach jest przekroczenie terminu przydatności do spożycia, a w dalszej kolejności niewłaściwe przechowywanie środków spożywczych. Druga z przyczyn, zdaniem autorów, może być konsekwencją złej jakości produktów, które tracą przydatność do spożycia mimo zapewnienia im należytych warunków przechowywania, co ma być spowodowane odejściem od tradycyjnych metod przedłużania trwałości żywności (np. wędzenie, fermentacja) na rzecz tańszych sposobów konserwowania żywności.

16 S. Stępień, D. Dobrowolski, *Straty i marnotrawstwo w łańcuchu dostaw żywności – propedeutyka problemu*, „Progress in Economic Sciences” 2017 nr 4, s. 306 i n.

17 S. Łaba i in., op. cit., s. 11–12.

Wśród licznych wypowiedzi na temat głównych przyczyn powstawania odpadów żywności brakuje refleksji dotyczącej obowiązujących ram prawnych, a dokładniej tego, czy wdrożone środki pomogły osiągnąć obrany cel i ograniczyły powstawanie odpadów żywności. Aby jednak móc podjąć próbę oceny skuteczności funkcjonujących mechanizmów prawnych, należy w pierwszej kolejności zidentyfikować stosowne akty prawne obowiązujące tak na poziomie unijnym, jak i w Polsce.

Regulacje na poziomie UE

Komisja Europejska przedstawiła szczegóły strategii „od pola do stołu” dopiero w maju 2020 r.¹⁸ Wśród głównych założeń tej inicjatywy znalazły się działania na rzecz ograniczania zjawiska strat i marnowania żywności, które tylko w 2012 r. przyczyniło się do zwiększenia całkowitych emisji dwutlenku węgla do powietrza w Unii Europejskiej o ok. 6%¹⁹. Komisja nawiązała w opublikowanym komunikacie do swojego zobowiązania do zmniejszenia odpadów żywności o połowę – zgodnie z 12. celem zrównoważonego rozwoju przewidzianym w Agendzie 2030. W tym celu UE planuje w 2023 r. określić – przy pomocy nowych metodyk pomiaru marnotrawienia żywności²⁰ i danych zebranych w 2022 r.

18 Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Strategia „od pola do stołu” na rzecz sprawiedliwego, zdrowego i przyjaznego dla środowiska systemu żywnościowego (dalej jako: „Komunikat”); <https://bit.ly/419SOVi> [dostęp: 12.04.2023].

19 (EU FUSIONS (2016 r.). *Estimates of European food waste levels* (Szacunkowe europejskie poziomy marnotrawienia żywności).

20 Decyzja delegowana Komisji (UE) 2019/1597 z 3 maja 2019 r. uzupełniająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE w odniesieniu do wspólnej metody i minimalnych wymagań jakościowych dla jednolitego pomiaru poziomów odpadów żywności (Dz.U. UE. L. z 2019 r. Nr 248, s. 77).

przez państwa członkowskie – poziom odniesienia dla ograniczania powstawania odpadów żywności, a także zaproponować prawnie wiążące cele na szczeblu UE w zakresie marnowania żywności. Taki harmonogram prac potwierdza treść załącznika do Komunikatu, w którym Komisja Europejska przedstawiła środki mające urzeczywistnić założenia strategii „od pola do stołu”²¹. W ramach ograniczania strat i marnowania żywności przewidziano dwa wnioski ustawodawcze – jeden z nich dotyczy działań w przywołanym zakresie.

Drugi wniosek ustawodawczy przewidziano na IV kwartał 2022 r. Dotyczy on zmiany unijnych przepisów w odniesieniu do oznaczeń daty minimalnej trwałości i daty przydatności do spożycia, czemu z uwagi na obszerność poświęcono kolejny rozdział opracowania. Należy jednak już w tym miejscu wskazać, że Komisja Europejska zasygnalizowała w Komunikacie, że jako jedną z przyczyn marnowania żywności identyfikuje niewłaściwe rozumienie i stosowanie oznaczeń daty minimalnej trwałości i daty przydatności do spożycia. Właśnie z tego powodu podjęto decyzję o konieczności wprowadzenia zmian, dzięki którym oznaczenia *use by i best before* stałyby się łatwe w odbiorze. Co istotne, ewentualne zmiany obowiązywałyby w Polsce bezpośrednio, gdyż wspomniane kwestie są uregulowane w drodze rozporządzenia. To sprawia, że wdrożenie nowych reguł do polskiego porządku prawnego nie wymagałoby dodatkowych działań, takich jak nowelizacja obowiązujących

aktów prawnych. Warto jednak przyjrzeć się bliżej temu, na czym sygnalizowane zmiany miałyby polegać.

Use by i best before

Jak już wskazano, jedną z przyczyn powstawania odpadów żywnościowych jest niewiedza konsumentów. Sam udział gospodarstw domowych w marnowaniu żywności oszacowano na aż 60% wszystkich odpadów żywnościowych (bez względu na przyczynę)²². W tym kontekście warto przyjrzeć się treści rozporządzenia 1169/2011, które reguluje kwestie związane z przekazywaniem konsumentom informacji na temat żywności²³. Jednym z ciekawszych zagadnień jest rozróżnianie pojęć „daty minimalnej trwałości środka spożywczego” i „terminu przydatności do spożycia”. Pierwsze z nich oznacza datę, do której dany środek spożywczy zachowuje swoje szczególne właściwości pod warunkiem jego właściwego przechowywania (art. 2 ust. 2 lit. r rozporządzenia 1169/2011). Termin przydatności do spożycia natomiast nie posiada definicji legalnej, lecz unijny prawodawca wskazał w art. 24 ust. 1 rozporządzenia 1169/2011, że w przypadku środków spożywczych, które z mikrobiologicznego punktu widzenia szybko się psują i z tego względu już po krótkim czasie mogą stanowić bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia ludzkiego, datę minimalnej

²² S. Łaba i in., op. cit., s. 16.

²³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności, zmiany rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1924/2006 i (WE) nr 1925/2006 oraz uchylecia dyrektywy Komisji 87/250/EWG, dyrektywy Rady 90/496/EWG, dyrektywy Komisji 1999/10/WE, dyrektywy 2000/13/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, dyrektyw Komisji 2002/67/WE i 2008/5/WE oraz rozporządzenia Komisji (WE) nr 608/2004 (Dz.U. UE. L. z 2011 r. Nr 304, s. 18 ze zm.).

²¹ Załącznik do Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Strategia „od pola do stołu” na rzecz sprawiedliwego, zdrowego i przyjaznego dla środowiska systemu żywnościowego; <https://bit.ly/3KAI7Eg> [dostęp: 12.04.2023].

trwałości zastępuje się terminem przydatności do spożycia. Po upływie terminu przydatności do spożycia środek spożywczy jest uznawany za niebezpieczny zgodnie z art. 14 ust. 2–5 rozporządzenia 178/2002²⁴. W rezultacie tylko żywność opatrzona sformułowaniem „należy spożyć do” (ang. *use by*), właściwym dla środków spożywczych posiadających termin przydatności do spożycia, nie nadaje się do spożycia po upływie wskazanej na etykiecie daty. Żywność opatrzona sformułowaniem „najlepiej spożyć przed” (ang. *best before*) może być natomiast z powodzeniem spożywana po upływie daty wskazanej na opakowaniu, gdyż data ta nie jest powiązana z trwałością mikrobiologiczną tego środka spożywczego, tylko ze stopniową zmianą jego właściwości fizykochemicznych – np. smaku, koloru, zapachu czy konsystencji produktu.

Polski ustawodawca nie rozróżnia tymczasem pojęć „należy spożyć do” oraz „najlepiej spożyć przed”, jak czyni to prawodawca unijny. Zgodnie bowiem z art. 52 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia środki spożywcze oznakowane datą minimalnej trwałości lub terminem przydatności do spożycia mogą znajdować się w obrocie do tej daty lub terminu²⁵. P. Wojciechowski słusznie wskazuje, że takie rozwiązanie należy ocenić negatywnie jako sprzeczne z zasadą proporcjonalności. Nie sprzyja też ono uświadamianiu

konsumentów w zakresie rozróżniania obydwu oznaczeń²⁶. Rozwijając tę myśl, należy wskazać, że zgodnie z zasadą proporcjonalności organy są zobowiązane podejmować tylko takie środki, które są niezbędne dla zapewnienia bezpieczeństwa żywności²⁷. Tymczasem traktowanie pojęć „należy spożyć do” i „najlepiej spożyć przed” jako równoważnych zdecydowanie prowadzi do zatarcia ich granic, a w konsekwencji do wytwarzania większej ilości odpadów żywności. Nie chodzi przy tym wyłącznie o niewiedzę konsumentów, ale też o to, że polski ustawodawca wprowadził zakaz wprowadzania do obrotu zarówno środków spożywczych po przekroczeniu daty minimalnej trwałości, jak i terminu przydatności do spożycia, przewidując identyczną sankcję za naruszenie tego obowiązku (art. 52 oraz art. 100 ust. 1 pkt 1 u.b.ż.ż.²⁸)²⁹. Można zatem zaryzykować tezę, że sam ustawodawca przyczynia się do powstawania odpadów żywnościowych, gdyż wymusza na sprzedawcach żywności wycofywanie z dystrybucji takich środków spożywczych, które w świetle prawa unijnego nadają się jeszcze do spożycia. Wreszcie w literaturze dostrzega się, że przeciętny konsument często traktuje datę wskazaną na etykiecie jako informację, że po jej upływie żywność nie nadaje się już do spożycia, w związku z czym pozbywa się jej³⁰.

²⁴ Rozporządzenie (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiające ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołujące Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiające procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności (Dz.U. UE. L. z 2002 r. Nr 31, s. 1 ze zm.).

²⁵ Ustawa z 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2132).

²⁶ P. Wojciechowski, *Obowiązkowe i dobrowolne informacje na temat żywności* [w:] M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System prawa żywnościowego*, Warszawa 2017, s. 421 i n.

²⁷ S. Tyszkiewicz, *Zasady analizy ryzyka i zasady ostrożności w prawie żywnościowym*, „Żywność. Nauka. Technologia. Jakość” 2000 nr 1 (22), s. 14.

²⁸ Ustawa z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2132).

²⁹ P. Wojciechowski, op. cit., s. 421 i n.

³⁰ U. Samotyja, *Consumer understanding of the 'best before' and 'use by' dates*, „Scientific Journal of Gdynia Maritime University” 2022 No. 122, s. 84.

O ile oczywistym wnioskiem zastanego stanu prawnego wydaje się konieczność wprowadzenia zmian legislacyjnych, o tyle istnieją również mechanizmy pozaprawne, które mogą zainicjować chociażby produkcję żywności. T. Plasil w jednym z artykułów opisała inicjatywę spółki TINE, największego producenta przetworów mlecznych w Norwegii³¹. Spółka za pomocą mediów społecznościowych zwróciła się do swoich odbiorców z prośbą o wybór jednego z trzech proponowanych dopisków do zamieszczonej na etykiecie informacji „najlepiej spożyć przed” (*best before*). Konsumenty zdecydowali, że najlepszym z trzech wariantów zaproponowanych przez TINE jest sformułowanie „ale później też można” (ang. *but not bad after*), które okazało się lepsze od fraz „obejrzyj, powąchaj, skosztuj” (ang. *look, smell, taste*) oraz „ale później też może być dobre” (ang. *and often good after*). Wybór spółki padł ostatecznie na sformułowanie „najlepiej spożyć przed [data], ale później też może być dobre” (ang. *best before [date] often good after*) – wkrótce potem TINE zaczęła oznaczać etykiety swoich produktów w ten sposób. Kluczowe jest to, że spółka podjęła całkowicie dobrowolne działania, aby przeciwdziałać marnotrawieniu żywności. O ile bowiem podawanie na etykiecie środka spożywczego daty minimalnej trwałości lub terminu przydatności do spożycia jest obowiązkowe, o tyle nie wyklucza możliwości dodania innych elementów – pod warunkiem, że nie naruszają obowiązujących przepisów i nie wprowadzają konsumenta w błąd³².

Choć polski ustawodawca nie jest na razie skłonny do refleksji nad rozróżnianiem

daty minimalnej trwałości i daty przydatności do spożycia, to Komisja Europejska pracuje obecnie nad nowelizacją przepisów rozporządzenia 1169/2011³³. Proponowane zmiany dotyczą m.in. nowego oznaczania dat minimalnej trwałości oraz terminu przydatności do spożycia. Nie opublikowano jeszcze projektu noweli, ale już teraz wiadomo, że unijny prawodawca bierze pod uwagę trzy różne scenariusze³⁴. Pierwszy z nich obejmuje rozszerzenie listy produktów, dla których nie jest wymagane stosowanie oznaczenia daty minimalnej trwałości. Obecnie załącznik nr X ust. 1 lit. d do rozporządzenia 1169/2011 zwalnia z tego obowiązku takie środki spożywcze jak świeże owoce i warzywa, ocet, sól kuchenna czy gumy do żucia. Po nowelizacji lista miałaby obejmować również niepsującą się żywność o długim okresie przydatności do spożycia – produkty suche, takie jak makaron, ryż, kawa czy herbata. Wariant drugi tymczasem przewiduje całkowite odejście od pojęcia daty minimalnej trwałości na rzecz tylko jednej daty trwałości, która byłaby datą związaną z „bezpieczeństwem żywności lub zdrowiem” (obecnie wyrażoną jako data przydatności do spożycia).

Ostatni scenariusz zakłada poprawę sposobu wyrażania i prezentacji oznaczania dwóch różnych rodzajów oznaczania dat (np. pod względem terminologii, formatu, prezentacji wizualnej) w celu lepszego rozróżnienia koncepcji bezpieczeństwa i jakości żywności. Zmiany te, dostosowane do języków i zrozumienia konsumentów w każdym państwie członkowskim, miałyby obejmować alternatywne lub dodatkowe

³¹ T. Plasil, „Best before, often good after” *Re-Scripting the Date Label of Food in Norway*, „Nordic Journal of Science and Technology Studies” 2020, Vol. 8, issue 1, s. 17.

³² Art. 9 ust. 1 lit. f rozporządzenia 1169/2011.

³³ <https://bit.ly/3mtDofN> [dostęp: 12.04.2023].

³⁴ *Inception impact assessment*; <https://bit.ly/3MIRDrz> [dostęp: 12.04.2023].

sformułowania (np. „najlepiej spożyć przed, często dobre również po [data]”, terminologię Kodeksu Żywnościowego (data ważności do końca, najlepsza jakość przed końcem), a także zmiany formatu, układ, kolor, np. zastosowanie obowiązkowych oznaczeń graficznych (np. czerwony kolor dla dat „należy spożyć do” i zielony kolor dla dat „najlepiej spożyć przed” lub różne symbole, takie jak znak STOP dla „należy spożyć do” itp.).

Jak już wspomniano, Komisja planowała przyjęcie wniosku ustawodawczy w ostatnim kwartale 2022 r. Tak się jednak nie stało – nie opublikowano jeszcze nawet projektu zmian do rozporządzenia 1169/2011, w którym Komisja przesądziłaby o wyborze jednego z trzech wariantów, ewentualnie o przyjęciu innego rozwiązania.

Ustawa o przeciwdziałaniu marnowaniu żywności

To, że polski ustawodawca nie rozróżnia pojęć daty minimalnej trwałości i daty przydatności do spożycia, nie oznacza, że nie podjął żadnych działań legislacyjnych zmierzających do ograniczenia ilości wytwarzanych odpadów żywności. W marcu 2018 r. do Sejmu wpłynął projekt ustawy o przeciwdziałaniu marnowaniu żywności, która ostatecznie weszła w życie we wrześniu 2019 r. Ustawa dla realizacji swych celów przewiduje m.in. obowiązki dla sprzedawców żywności, w tym konieczność zawierania umów o nieodpłatne przekazywanie żywności z organizacjami pozarządowymi, składania sprawozdań o marnowanej żywności czy ponoszenia opłat za zmarnowaną żywność.

Zgodnie z art. 20 ustawy Główny Inspektor Ochrony Środowiska powinien był, po

upływie 18 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy, przedstawić Sejmowi i Senatowi ocenę jej funkcjonowania – w szczególności w zakresie zasadności i skuteczności rozwiązań w niej przewidzianych. Dokument taki został przekazany do Sejmu i Senatowi 20 lipca 2021 r. – z jego treści wynika, że w 2020 r. ilość zmarnowanej żywności wciąż znacząco przewyższała ilość żywności przekazanej organizacjom pozarządowym, a ponadto że nieprecyzyjna definicja „marnowania żywności” przyczynia się paradoksalnie do pogłębiania tego zjawiska³⁵.

Funkcjonujące rozwiązania nie są pozbawione wad chociażby dlatego, że nie oddziałują bezpośrednio na gospodarstwa domowe, które w największym stopniu przyczyniają się do powstawania odpadów żywności. Przepisy nie zachęcają ponadto konsumentów do zmiany niepożądanych nawyków na takie, które zahamowałyby marnowanie żywności w gospodarstwach domowych. Właśnie z tego powodu podczas posiedzenia Komisji Gospodarki i Rozwoju poświęconego omówieniu dokumentu *Ocena funkcjonowania ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o przeciwdziałaniu marnowaniu żywności*, przygotowanego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, posłowie proponowali dodatkowe regulacje, które przynajmniej pośrednio wpłynęłyby na konsumentów³⁶. Zwracano uwagę na takie kwestie jak promocje typu „kup więcej – zapłać mniej”, które nierzadko prowadzą do marnowania nadwyżek zakupionej żywności, oraz na konieczność prowadzenia kampanii edukacyjno-informacyjnych. Wprawdzie obowiązek prowadzenia takich kampanii istnieje od początku obowiązywania ustawy, jednak jego niewykonanie

³⁵ Pełny zapis z przebiegu..., s. 3–4.

³⁶ Pełny zapis z przebiegu..., s. 7–9.

nie jest dotąd zagrożone żadnymi sankcjami, a sama ustawa zasadniczo nie była jeszcze nowelizowana.

Niezależnie od powyższych propozycji posłowie zgodnie przyznali, że żywność z krótkim terminem ważności powinna trafiać przede wszystkim do potrzebujących. Nieodpłatne przekazywanie żywności organizacjom pozarządowym w Polsce jest możliwe również bezpośrednio na podstawie rozporządzenia 852/2004 w sprawie higieny środków spożywczych, reguluje bowiem redystrybucję żywności do celów darowizny żywności³⁷. Co ciekawe, taka podstawa prawna pomogłaby choć częściowo zapobiec marnowaniu żywności w Polsce, mimo że ustawodawca nie rozróżnia pojęć daty minimalnej trwałości i terminu przydatności do spożycia. Rozporządzenie 852/2004 obejmuje bowiem również redystrybucję żywności po upływie daty minimalnej trwałości – wyłącznie pod warunkiem, że podmiot prowadzący przedsiębiorstwo spożywcze upewnił się co do tego, że żywność nie jest szkodliwa dla zdrowia i jest zdatna do spożycia przez ludzi (tj. zgodnie z art. 24 ust. 2 rozporządzenia 1169/2011). W rezultacie wydawać by się mogło, że skoro rozporządzenie 852/2004 jest w Polsce stosowane wprost, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby podmioty prowadzące przedsiębiorstwa spożywcze w Polsce przekazywały organizacjom żywność, której data minimalnej trwałości minęła, ale którą nadal można spożyć. Tak postawioną tezę obala jednak treść innych przepisów, zgodnie z którą

przekazywanie żywności po upływie daty minimalnej trwałości jest zagrożone odpowiedzialnością wykroczeniową na zasadzie art. 100 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia.

Jeśli chodzi o straty żywności na poziomie jej dystrybucji, to przekazywanie środków spożywczych organizacjom pozarządowym nie jest jedynym sposobem zapobiegania zjawisku marnowania żywności w rozumieniu ustawy. Warto zwrócić uwagę, że legalna definicja marnowania żywności oznacza wycofywanie jej z etapu dystrybucji i przeznaczanie jej do unieszkodliwiania jako odpady. Za marnowanie żywności nie uznaje się zatem wycofywania żywności z etapu dystrybucji i przeznaczanie powstałych odpadów do odzysku – np. poprzez skarmianie zwierząt gospodarskich lub jako substrat w biogazowniach. W dalszym ciągu nie rozwiązuje to jednak problemu strat żywności na poziomie gospodarstw domowych.

Podsumowanie

Wydaje się, że 2023 r. może przenieść sporo nowych rozwiązań prawnych w zakresie przeciwdziałania marnowaniu żywności – przynajmniej na poziomie unijnym. Sama nowelizacja rozporządzenia 1169/2011 w zakresie oznaczenia dat przydatności do spożycia obowiązywałaby jednak w państwach członkowskich wprost, bez konieczności implementacji, dlatego ewentualne zmiany oddziaływałyby bezpośrednio na zjawisko marnowania żywności w Polsce. Być może wymusiłoby to na polskim ustawodawcy także zrewidowanie wadliwie wdrożonych przepisów, które uniemożliwiają obecnie efektywne zagospodarowanie pełnowartościowych środków spożywczych po upływie daty minimalnej trwałości.

³⁷ Rozdział Va pkt 1 tiret 2 rozporządzenia (WE) nr 852/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie higieny środków spożywczych (Dz.U. UE. L. z 2004 r. Nr 139, s. 1 ze zm.).

Jeszcze w tym samym roku według poczynionych założeń Komisja powinna określić poziom odniesienia dla ograniczania powstawania odpadów żywności i zaproponować prawnie wiążące cele na szczeblu UE w zakresie marnowania żywności. Nie wykluczone, że także ta inicjatywa prawodawcza uzupełni rozwiązania przyjęte w ustawie o przeciwdziałaniu marnowaniu żywności, wokół której nagromadziło się sporo wątpliwości interpretacyjnych. Wątpliwości te z kolei niekiedy przyczyniają się paradoksalnie do pogłębiania zjawiska strat i marnowania żywności, bo jako odpad traktuje się w pełni wartościowe środki

spożywcze, które z powodzeniem nadają się do spożycia.

Wreszcie warto zwrócić uwagę, że tak na gruncie polskiego prawa, jak i w prawie unijnym brakuje narzędzi oddziałujących bezpośrednio na zachowania konsumentów, którzy są odpowiedzialni za ok. 60% zmarnowanej żywności. Prawodawca dostrzega ten problem i uwzględnia go w swych planach ustawodawczych, pozostaje więc mieć nadzieję, że wkrótce zaproponuje efektywne rozwiązania pozwalające znacząco ograniczyć ilość wytwarzanych odpadów żywności. ■

Bibliografia

- Kołożyn-Krajewska D., Wrzosek M., Bilaska B., Krajewski K., *Ryzyko powstawania strat i marnotrawstwa żywności a możliwość ich ograniczenia* [w:] T. Tarko (red.), *Technologia produkcji i bezpieczeństwo żywności*, Kraków 2014.
- Kopeć M., Gondek K., Mierzwa-Hersztek M., *Gospodarka o obiegu zamkniętym w kontekście strat i marnowania żywności*, „Polish Journal for Sustainable Development” 2018, Tom 22(2).
- Korzycka M., Wojciechowski P., *System prawa żywnościowego*, Warszawa 2017.
- Łaba S. i in., *Próba oszacowania strat i marnotrawstwa żywności w Polsce*, „Przemysł Spożywczy” 2020 nr 11, tom 74.
- Łata M., *Przeciwdziałanie marnowaniu żywności jako wyzwanie dla samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 2020 nr 12.
- Mostowska A., Budziński Ł., Wilczyńska J., *Ustawa o odpadach. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Plasil T., *“Best before, often good after” Re-Scripting the Date Label of Food in Norway*, „Nordic Journal of Science and Technology Studies” 2020, Vol. 8, issue 1.
- Samotyja U., *Consumer understanding of the ‘best before’ and ‘use by’ dates*, „Scientific Journal of Gdynia Maritime University” 2022, No. 122.
- Stępień S., Dobrowolski D., *Straty i marnotrawstwo w łańcuchu dostaw żywności – propedeutyka problemu*, „Progress in Economic Sciences” 2017 nr 4.
- Tyszkiewicz S., *Zasady analizy ryzyka i zasady ostrożności w prawie żywnościowym*, „Żywność. Nauka. Technologia. Jakość” 2000 nr 1 (22).



Paulina Wojtkowska

WARDYŃSKI & PARTNERS, ORCID: 0000-0002-1837-5084

Legal mechanisms for reducing the creation of food waste in Poland in the context of achieving the aims of the European Green Deal

Studies conducted in 2020 in the PROM project found that nearly five million tonnes of food goes to waste in Poland every year. Also in 2020, the European Commission presented the details of the “farm to fork” strategy, which has become part of the European Green Deal—a package of political initiatives aimed at bringing the continent closer to achieving climate neutrality. For this reason at least, it is worth examining the existing and proposed regulations aimed at halting food waste and loss. Some of the regulations paradoxically seem inclined to exacerbate the problem and do not affect households, which generate the most food waste.

WASTE • FOOD WASTE • ENVIRONMENTAL PROTECTION • FOOD LAW • EUROPEAN GREEN DEAL • AGENDA 2030 • SUSTAINABILITY







dr Dominik Borek

RADCA PRAWNY, DPBOREK@WP.PL

Glosa krytyczna do wyroku Sądu Rejonowego Gdańsk-Północ w Gdańsku z 20 października 2021 r., V GC 1736/19*

Glosa dotyczy wyroku Sądu Rejonowego Gdańsk-Północ w Gdańsku z 20 października 2021 r., V GC 1736/19, które ma duże znaczenie dla rynku organizatorów turystyki w Polsce, dotyczy bowiem przetargu, który wywołał duże kontrowersje i liczne komentarze w branży turystycznej. Temat był już podnoszony przez portale i czasopisma branżowe, ale brakowało szczegółowego omówienia sprawy i rozstrzygnięcia zapadłego na jej kanwie – stąd decyzja o przygotowaniu glosy do nieprawomocnego wyroku.

ORGANIZATOR TURYSTYKI • PRZETARG • ZAMÓWIENIA PUBLICZNE • IMPREZA TURYSTYCZNA

* Artykuł prezentuje moje osobiste poglądy i nie może być interpretowany jako stanowisko jakiegokolwiek organu, podmiotu czy instytucji. Artykuł prezentuje stan prawny na dzień 12.10.2022 r.

Uwagi wstępne

Wyrok sądowy, którego dotyczy niniejsza glosa, był już polem dyskusji i rozważań w branży turystycznej. W poświęconych mu artykułach prasowych zabrakło jednak tak podstawowych informacji jak data rozstrzygnięcia i sygnatura akt¹. Tym bardziej należy na samym wstępie przedstawić stan faktyczny leżący u podłoża sporu i glosowanego rozstrzygnięcia.

Stan faktyczny

Pozwanymi w sprawie byli zamawiający i wykonawca wybrany w przetargu, a powodem – jeden z niewybranych oferentów.

Pozwany zamawiający złożył zapytanie ofertowe dotyczące przeprowadzenia wizyty studyjnej dla przedstawicieli Podmiotów Ekonomii Społecznej (PES). Wykonawca w ramach usługi miał zapewnić: przejazdy, zakwaterowanie, wyżywienie, transfery lokalne na miejscu wizyt, opiekuna oraz wszelkie inne usługi niezbędne do realizacji przedmiotowych wizyt. Usługa miała być współfinansowana ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego. Przedmiot zamówienia miał być realizowany w Suwałkach, Piotrkowie Trybunalskim oraz Błoniu pod Warszawą. Celem wizyty miały być spotkania z piwowarami w każdym ze wskazanych miast, przedstawienie procesu warzenia i innowacji technologicznych w kontekście produkcyjnym ze szczególnym uwzględnieniem produkcji piw bezalkoholowych

i niskoalkoholowych². W wizytach studyjnych miało wziąć udział od 19 do 21 osób z Gdańska i Pucka, w tym osób niepełnosprawnych. W zapytaniu ofertowym wskazano szczegółowe warunki, jakie potencjalny wykonawca powinien zapewnić³. Określono orientacyjny harmonogram wizyty i ustalono, że zadaniem wykonawcy będzie prawidłowe:

- a) ustalenie warunków pobytu uczestników wizyty,
- b) zarezerwowanie i zakup miejsc noclegowych dla uczestników na czas trwania wizyty,
- c) zapewnienie wyżywienia we wskazanych w harmonogramie miejscach,
- d) zapewnienie uczestnikom wizyty transportu busem lub autokarem wynajętym na wyłączność,
- e) zapewnienie wszelkich transferów lokalnych w miejscach wskazanych w harmonogramie,
- f) zapewnienie opiekuna dla uczestników wizyty,
- g) zapewnienie każdemu uczestnikowi ubezpieczenia NNW na cały czas trwania wizyty
- h) pokrycie innych niezbędnych do realizacji przedmiotowej wizyty kosztów.

Zamawiający nie był zobowiązany do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. W związku z tym w omawianej sprawie postępowanie toczyło się w oparciu o zasadę konkurencyjności określoną w wówczas obowiązujących „Wytycznych w zakresie kwalifikowalności

¹ K. Wilk, *Sąd nie mógł wykluczyć z przetargu organizatora nieposiadającego wpisu do rejestru* [w:] „Wiadomości Turystyczne” 2022 nr 10, M. Markowska, *Firma z szarej strefy wygrywa przetarg na organizację wycieczki, sąd nie widzi w tym nic złego*, <https://bit.ly/3n1kp1f> [dostęp 12.10.2022].

² Zapytanie ofertowe dotyczące przeprowadzenia wizyty studyjnej w ramach projektu „Ośrodek Wsparcia Ekonomii Społecznej DOBRA ROBOTĄ na subregionie metropolitalny” (OWES) realizowanego przez Stowarzyszenie „Obszar Metropolitalny GDAŃSK-GDYŃIA-SOPOT”, <https://bit.ly/3K8XnrG>.

³ Tamże.

wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014–2020”.

Kryteria oceny ofert obejmowały:

- status wykonawcy (podmiot ekonomii społecznej (PES), w tym spółdzielnia socjalna) – 10%,
- wartość brutto w PLN za 1 osobę – 90%⁴.

Ponieważ żaden z oferentów nie miał statusu PES, rozstrzygające było kryterium ceny, na podstawie którego najkorzystniejszą ofertę złożył pozwany wykonawca.

Z kolei powód w związku z rozstrzygnięciem postępowania zamówieniowego domagał się unieważnienia umowy zawartej pomiędzy pozwanymi – wykonawcą i zamawiającym. Uczestnik postępowania zamówieniowego może na podstawie art. 70⁵ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik rozstrzygnięcia w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta, lub dający zlecenie.

W uzasadnieniu swego żądania powód wyjaśnił, że przedmiotem umowy zawartej w niniejszej sprawie było organizowanie imprez turystycznych, do których wykonywania konieczny jest wpis do rejestru organizatorów turystyki i przedsiębiorców ułatwiających nabywanie powiązanych

⁴ Tamże.

usług turystycznych⁵. Tymczasem pozwany, którego oferta została wybrana, nie legitymował się wpisem, nie mógł prowadzić tego rodzaju działalności, a co za tym idzie ten sprzeczny z prawem wpływ na wynik przetargu powinien skutkować unieważnieniem umowy zawartej w jego wyniku.

W odpowiedzi na pozew pozwani wnieśli o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów procesu, zarzucając, że powód w żaden sposób nie wskazał, jak pozwani wpłynęli w sposób sprzeczny z prawem na wynik postępowania. Pozwany wykonawca podniósł dodatkowo, że jego działalność objęta jest wyłączeniem z zastosowania przepisów ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, o którym mowa w art. 3 ust. 1 tej ustawy (*Ustawy nie stosuje się do imprez turystycznych oraz powiązanych usług turystycznych, które są oferowane oraz których zamawianie i realizowanie jest ułatwiane okazjonalnie, na zasadach niezarobkowych i wyłącznie ograniczonej grupie podróżnych*). Jest on bowiem pozarządową organizacją non-profit⁶, a realizacja wizyty studyjnej stanowi usługę zamawianą i realizowaną okazjonalnie, na zasadach niezarobkowych i wyłącznie ograniczonej grupie podróżnych⁷.

Rozstrzygnięcie Sądu Rejonowego Gdańsk-Północ w Gdańsku z 20 października 2021 r., v GC 1736/19

Na bazie tak przedstawionego stanu faktycznego przyszło orzeczyć Sądowi Rejonowemu Gdańsk-Północ w Gdańsku, który

⁵ Wyrok Sądu Rejonowego Gdańsk-Północ w Gdańsku z 20 października 2021 r., v GC 1736/19.

⁶ W kontekście tzw. turystyki społecznej zob. A. Huf, *Sztuka oddania* [w:] „Gość Niedzielny” 2022 nr 37.

⁷ Wyrok v GC 1736/19.

20 października 2021 r. wydał wyrok. Po przeprowadzonym postępowaniu dowodowym i przesłuchaniach świadków sąd uznał, że pozwany zamawiający ogłosił przetarg na świadczenie usługi realizacji wizyty studyjnej dla osób z niepełnosprawnościami, w ramach którego swoje oferty zgłosili m.in. powód i pozwany. Poza sporem pozostawała jednocześnie kwestia braku wpisu do Centralnej Ewidencji Organizatorów Turystyki i Przedsiębiorców Ułatwiających Nabywanie Powiązanych Usług Turystycznych pozwanego, który złożył najkorzystniejszą ofertę, w wyniku czego został wybrany i zrealizował umowę. Jak wskazał jednak sąd w uzasadnieniu, brak wpisu nie spowodował, że w toku postępowania przetargowego doszło do sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami wpływu na wynik przetargu, który skutkowałby nieważnością umowy zawartej między pozwanymi⁸. Sąd uznał, że okoliczność braku wpisu była znana organizatorowi przetargu przed wybraniem oferty pozwanego, a jednocześnie wpis taki nie stanowił warunku udziału w przetargu, zatem jest nieistotny dla niniejszego rozstrzygnięcia⁹. Tym samym sąd wskazał, że nie zaistniał adekwatny związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy brakiem wpisu a rozstrzygnięciem postępowania przetargowego.

W podsumowaniu niejako wywodu sąd stwierdził, że nie może pozostawić jako nieistotnego w rozstrzygnięciu faktu, zgodnie z którym przedmiotem działalności pozwanego nie jest świadczenie usług turystycznych w rozumieniu ustawy z 24 listopada 2017 r., lecz prowadzenie szkoły nurkowania i organizacja zajęć terapeutycznych, w których uczestniczą osoby

z niepełnosprawnościami. Z tych przyczyn sąd uznał, że powództwo podlegało oddaleniu i zasądził zwrot kosztów zastępstwa procesowego na rzecz pozwanego.

Dezaprobatą dla stanowiska Sądu Rejonowego Gdańsk-Północ w Gdańsku oraz komentarz do informacji prasowych dotyczących głosowanego rozstrzygnięcia

Zasadnicze pytanie brzmi, kto decyduje o tym, że dane wydarzenie jest imprezą turystyczną. W omawianym stanie faktycznym powód starał się wykazać fakt spełnienia wymogów ustawowych warunkujących powstanie imprezy turystycznej zarówno przed pozwanym zleceniodawcą, jak i przed sądem celem usunięcia z obrotu prawnego umowy z nieuczciwym w jego mniemaniu pozwanym wykonawcą.

Warto tu przytoczyć tezę, jaką w artykule pt. *Sąd nie mógł wykluczyć z przetargu organizatora nieposiadającego wpisu do rejestru* stawia K. Wilk¹⁰. Wg niego to *Ministerstwo Sportu i Turystyki oraz Marszałek województwa powinni być adresatami krytyki, jeżeli nie podjęli żadnych działań w celu zapobieżenia dalszej działalności organizatora turystyki bez wymaganego wpisu*¹¹.

Na dzień 24 października 2022 r. w rejestrach organizatorów turystyki i przedsiębiorców ułatwiających nabywanie powiązanych usług turystycznych było 4707 przedsiębiorców¹². Działania na podstawie ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych w stosunku do

8 Tamże.

9 Tamże.

10 K. Wilk, op.cit.

11 Tamże.

12 Dane zaczerpnięte z portalu Ubezpieczeniowego Funduszu Gwarancyjnego: ewidencja.ufg.pl.

przedsiębiorców turystycznych mogą prowadzić marszałkowie województw oraz minister właściwy ds. turystyki, łącznie 17 organów. Przypada na nie ponad 4700 przedsiębiorców zarejestrowanych oraz nieznaną liczbą podmiotów niezarejestrowanych, działających w warunkach tzw. „szarej strefy”¹³. Konstrukcja rynku przyjeta przez prawodawcę wymusza niejako na regulatorach tego rynku (marszałkach województw oraz ministrze właściwym ds. turystyki) działanie na podstawie wpływających zgłoszeń na temat potencjalnych naruszeń. Jeśli okoliczności przytoczone w zawiadomieniu lub wyniki dochodzenia dają dostateczną podstawę do wszczęcia postępowania administracyjnego, to regulatorzy rynku to czynią. Podjęcie działania wymaga w zdecydowanej większości przypadków złożenia wniosku ze wskazaniem okoliczności budzących wątpliwości zgłaszającego. W omawianym stanie faktycznym takie zawiadomienie do regulatorów rynku nie wpłynęło, zaś władnym do podjęcia działań w tej konkretnej sprawie był bez wątpienia Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku.

Sąd ten stwierdził, że pozwany zamawiający ogłosił przetarg na świadczenie usługi realizacji wizyty studyjnej dla osób z niepełnosprawnościami. Po analizie dokumentów uznał, że w opisywanym stanie faktycznym zastosowanie znalazły „Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014–2020”, które wprost wskazują, że mamy do czynienia ze zwykłym

zapytaniem ofertowym. Jest to zatem swego rodzaju zamówienie, ale w ramach projektu udzielane przez beneficjenta będącego zamawiającym, o wartości niższej niż kwoty określone w art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, a jednocześnie nieprzekraczające 50 tys. PLN netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT). Należałoby zatem uznać, że w omawianej sprawie zastosowano konkurencyjny tryb zamówieniowy.

Ocenie sądu podlegało także, czy wspomniany uprzednio brak wpisu spowodował, że w toku postępowania zamówieniowego doszło do sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami wpływu na wynik postępowania, co skutkowałoby nieważnością umowy zawartej między pozwanymi. W tym wypadku sąd uznał z kolei, że *fakt niewpisania pozwanego do Centralnej Ewidencji Organizatorów Turystyki i Przedsiębiorców Ułatwiających Nabywanie Powiązanych Usług Turystycznych nie może być oceniony jako zachowanie sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa lub dobrymi obyczajami, które wpłynęło na wynik przetargu. Okoliczność ta była bowiem znana organizatorowi przetargu przed wybraniem oferty pozwanego, a jednocześnie wpis taki nie stanowił warunku udziału w przetargu*¹⁴. Stwierdzenie to zawiera kilka błędnych wnioskowań, które wpływają na wynik subsumpcji przepisów.

Po pierwsze wpis do Centralnej Ewidencji Organizatorów Turystyki i Przedsiębiorców Ułatwiających Nabywanie Powiązanych Usług Turystycznych (dalej: ewidencja) nie ma dla niniejszej sprawy zasadniczego znaczenia, bowiem organizator turystyki musi być wpisany do Rejestru Organizatorów

¹³ M. Markowska, *Armia nielegalnych firm niszczy turystykę. Dekady bezsilności wobec szarej strefy* [RAPORT], <https://bit.ly/3Gcl5lG> [dostęp 12.10.2022].

¹⁴ Wyrok v GC 1736/19.

Turystyki i Przedsiębiorców Ułatwiających Nabywanie Powiązanych Usług Turystycznych (dalej: rejestr) prowadzonego przez właściwego dla siedziby marszałka województwa. Dopiero na tej podstawie uwiadczenia się wpis w ewidencji prowadzonej przez Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny (UFG). Marszałek województwa niezwłocznie wprowadza dane do ewidencji prowadzonej w systemie teleinformatycznym, w którym dane są gromadzone i prezentowane w formie ksiąg ewidencyjnych, stanowią one odzwierciedlenie informacji zawartych w rejestrze.

Po drugie brak wpisu do rejestru wbrew ocenie sądu wpłynął na wynik postępowania zamówieniowego. Okoliczność braku wpisu jest sytuacją niezgodności z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, która wywołuje skutki administracyjnoprawne¹⁵ oraz karnoprawne¹⁶. Wpływ tego faktu na wynik zamówienia jest niewątpliwy. Na datęk strona tej umowy wpłynęła na wynik postępowania w sposób sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami. Mogła bowiem tak skalkulować ofertę, że była ona zaniżona w stosunku do innych konkurentów. Nie obejmowała przede wszystkim *innych niezbędnych do realizacji przedmiotowej wizyty kosztów*, o których mowa w zapytaniu ofertowym dotyczącym przeprowadzenia wizyty studyjnej. Do wskazanych kosztów należy zaliczyć m.in. koszty obowiązkowego zabezpieczenia finansowego na wypadek niewypłacalności organizatora turystyki. Wynika to więc wprost z zapytania ofertowego, wbrew twierdzeniu sądu, który wskazał, że wpis na listę organizatorów turystyki nie był warunkiem przystąpienia

do postępowania ogłoszonego przez zamawiającego¹⁷. Wspomniane w ofercie *inne niezbędne do realizacji wizyty koszty*¹⁸ wynikają właśnie z faktu, że dany podmiot funkcjonuje jako legalny organizator turystyki.

Sąd uznał, że wpływ na ocenę stanu faktycznego ma też *fakt, iż przedmiotem działalności pozwanego nie jest świadczenie usług turystycznych w rozumieniu ustawy z 24 listopada 2017 r.*¹⁹ Pozwany prowadził bowiem w ocenie sądu szkołę nurkowania i zajęcia terapeutyczne, w których uczestniczyły osoby z niepełnosprawnościami²⁰. Miało to w opinii sądu świadczyć o tym, że wskazana ustawa nie znajduje zastosowania, bowiem usługi były oferowane i realizowane okazjonalnie, na zasadach niezarobkowych i wyłącznie ograniczonej grupie podróżnych²¹.

Sąd w swoim badaniu błędnie uznał, że ustawa z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych reguluje prowadzenie działalności w obszarze usług turystycznych. Ustawa, zgodnie ze swym tytułem, dotyczy dwóch produktów turystycznych: imprez turystycznych oraz powiązanych usług turystycznych, czyli pakietów, nie zaś pojedynczych usług. Ponadto błędne jest twierdzenie, że wykonawca nie podlega pod regulację z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych. Wyłączenie spod działania ustawy wymaga spełnienia trzech przesłanek łącznie, czyli oferowania imprez turystycznych okazjonalnie, na zasadach niezarobkowych i wyłącznie

15 Sankcja w postaci zakazu prowadzenia działalności jako organizator turystyki przez 3 lata.

16 Sankcja w postaci grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawiania wolności do lat 3.

17 Wyrok v GC 1736/19.

18 Zapytanie ofertowe, op.cit.

19 Wyrok v GC 1736/19.

20 Tamże.

21 Tamże.

ograniczonej grupie podróżnych²². Fakt przystąpienia do zamówienia wskazuje na cel zarobkowy. Nie wchodzi też w grę okazjonalność, ponieważ sam sąd stwierdza, że pozwany *prowadzi szkołę nurkowania i zajęcia terapeutyczne, w których uczestniczyły osoby z niepełnosprawnościami*²³, co świadczy również o nieograniczonej grupie, do której kieruje swą ofertę. Element zarobkowości potwierdza też w swoim stanowisku Ł. Mikosz, który stwierdza, że skoro *wyjazd dało się zorganizować z zyskiem i wszystkimi opłatami za 965 zł (kwota proponowana przez powoda) to oczywiste jest, że w proponowanej przez zwycięzcę kwocie 950 zł zawarty był zysk, czyli że był to wyjazd organizowany w celach zarobkowych*²⁴.

Warto dodatkowo wskazać, że zamawiający sam w opisie przedmiotu zamówienia wskazał, że *przewiduje dwa noclegi dla uczestników wizyty studyjnej*²⁵, co bezsprzecznie świadczy o tym, że nie znajdzie tu również zastosowania drugie wyłączenie spod rygorów ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, które dotyczy imprez turystycznych trwających krócej niż 24 godziny²⁶. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał również, że to wykonawca jest zobligowany do *organizacji całej wizyty – wykonawca będzie zobligowany do ustalenia warunków pobytu uczestników wizyty*²⁷. Oznacza to, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za wykonanie

usług objętych umową, bez względu na to, czy usługi te mają być wykonane przez niego, czy przez innych dostawców usług. Jest to jednoznaczne z odpowiedzialnością organizatora turystyki za pakiet w postaci imprezy turystycznej²⁸, co dobitnie przekonuje, że choć w opisie przedmiotu zamówienia nie wskazano wprost, że wykonawca ma być organizatorem turystyki, można wywieść taki obowiązek z poszczególnych elementów opisu tego zamówienia.

Na zakończenie należy zgodzić się z twierdzeniem K. Wilka, że *błędy zostały popełnione przez samego zamawiającego jeszcze na etapie formułowania ogłoszenia*²⁹. Takim mankamentem było m.in. wskazanie, że zamawiający wymaga zakwaterowania uczestników w obiektach o standardzie min. 3 gwiazdek lub równoważnym (wg klasyfikacji portali rezerwacyjnych)³⁰. Zaszeregowania obiektów hotelarskich do poszczególnych rodzajów dokonuje, kategorię nadaje oraz prowadzi ich ewidencję marszałek województwa właściwy ze względu na miejsce położenia obiektu hotelarskiego. Wiążąca powinna być więc ustawowa klasyfikacja, w której ramach ustala się dla:

- 1) hoteli, moteli i pensjonatów – pięć kategorii oznaczonych gwiazdkami;
- 2) kempingów (campingów) – cztery kategorie oznaczone gwiazdkami;
- 3) domów wycieczkowych i schronisk młodzieżowych – trzy kategorie oznaczone cyframi rzymskimi³¹.

22 Tamże.

23 Wyrok v GC 1736/19.

24 M. Markowska, *Firma z szarej strefy wygrywa przetarg na organizację wycieczki, sąd nie widzi w tym nic złego*, <https://bit.ly/3U1TE3S> [dostęp 12.10.2022].

25 Zapytanie ofertowe, op.cit.

26 D. Borek, H. Zawistowska (red.), *Komentarz do ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych*, Gdańsk 2020.

27 Zapytanie ofertowe, op.cit.

28 D. Borek, *Przedsiębiorca w ustawie o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych – koncepcja przedmiotowego charakteru regulacji* [w:] „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018 nr 4.

29 K. Wilk, op.cit.

30 Zapytanie ofertowe, op.cit.

31 D. Borek, E. Wyrwicz, *Agroturystyka jako miejsce realizacji Polskiego Bonu Turystycznego – aspekty prawne*, [w:] „Zagadnienia Doradztwa Rolniczego” 2021 nr 2.

Podsumowanie

W opisywanym stanie faktycznym rozstrzygnięcie sądu wydaje się nietrafne, a z całą pewnością niestosowna była argumentacja przytoczona przez sąd w uzasadnieniu. Warto zwrócić uwagę, że wyrok nie jest prawomocny, a powoda nie przekonały wyjaśnienia sądu, skoro podjął środki zażalenia w rzeczonym zakresie.

Rzadko zdarza się, że głosowany wyrok dotyczy rozstrzygnięcia sądu I instancji. Inspiracją do glosy były liczne komentarze w mediach branżowych. Nie zgadzam się ze stanowiskiem K. Wilka, który uznaje, że *nawet gdyby sąd doszedł do wniosku, że przetarg dotyczył imprezy turystycznej i realizacji zamówienia wymaga wpisu do rejestru, to nie mógł wykluczyć oferenta ponieważ na etapie ogłoszenia przetargu zamawiający nie postawił takiego warunku*³². W mojej ocenie taki warunek jednak zaistniał, o czym świadczą przytoczone powyżej argumenty (a także fakt, że wykonawca miał zapewnić opiekuna dla uczestników wizyty, co jest jednoznaczne z ustawowym obowiązkiem zapewnienia pilota wycieczek lub osoby reprezentującej przedsiębiorcę turystycznego, którzy sprawują opiekę nad podróżnymi). Chodziło o to, aby zamówienie objęło imprezę turystyczną organizowaną zgodnie z prawem. Tę zaś w omówionych warunkach mógł przeprowadzić wyłącznie organizator turystyki.

Z dużym zadowoleniem przyjmuję, że temat wzbudził uzasadnione zainteresowanie w fachowej prasie branżowej. M. Markowska w artykule *Firma z szarej strefy wygrywa przetarg na organizację wycieczki, sąd*

*nie widzi w tym nic złego*³³ dokonała analizy zarówno pod względem prawnym, jak i rynkowym, prosząc o komentarz prawników oraz praktyków. Z kolei K. Wilk poddał analizie wyłącznie warstwę prawną³⁴.

Analizując znaczenie sprawy i samego rozstrzygnięcia dla branży turystycznej, można na jej bazie zbudować zasadniczy wniosek *de lege ferenda*. Należy rozważyć stworzenie wzorcowych klauzul społecznych, które mogłyby mieć zastosowanie w przypadku zamówień publicznych dotyczących organizacji pakietów wyjazdowych, noszących znamiona imprezy turystycznej. Wzorcowe brzmienie takiego zapisu mogłoby wyglądać następująco: *Zamawiający wymaga skorzystania przez wykonawcę podczas realizacji zamówienia z usług organizatora turystyki, chyba że znajdzie zastosowanie którakolwiek z przesłanek wyrażonych w art. 3 ustawy z dnia 24 listopada 2017r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych*. Stosowanie takiej lub podobnej klauzuli powinno być dobrą praktyką przy okazji tworzenia pakietów, które mogą spełniać warunki imprezy turystycznej. Taki też wniosek *de lege lata* należałoby wdrożyć w prowadzonych na przyszłość postępowaniach. Należy zatem stwierdzić, że walce z szarą strefą w turystyce mogą również służyć instrumenty prawa zamówień publicznych, nie tylko mechanizmy prawa turystyki³⁵ *sensu stricto*. ■

³² K. Wilk, op.cit.

³³ M. Markowska, *Firma z szarej strefy wygrywa przetarg...*, op.cit.

³⁴ K. Wilk, op.cit.

³⁵ D. Borek, H. Zawistowska (red.), *Prawo turystyki, Podręcznik*, Gdańsk 2021, D. Borek, *Kompendium do nauki Prawa Turystyki – wybór aktów prawnych*, Szczecin 2022.

Bibliografia

- Borek D., *Przedsiębiorca w ustawie o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych – koncepcja przedmiotowego charakteru regulacji* [w:] „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018 nr 4.
- Borek D., Zawistowska H. (red.), *Komentarz do ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych*, Gdańsk 2020.
- Borek D., Wyrwicz E., *Agroturystyka jako miejsce realizacji Polskiego Bonu Turystycznego – aspekty prawne* [w:] „Zagadnienia Doradztwa Rolniczego” 2021 nr 2.
- Borek D., Zawistowska H. (red.), *Prawo turystyki, Podręcznik*, Gdańsk 2021.
- Borek D., *Kompendium do nauki Prawa Turystyki – wybór aktów prawnych*, Szczecin 2022.
- Huf A., *Sztuka oddania* [w:] „Gość Niedzielny” 2022 nr 37.
- Wilk K., *Sąd nie mógł wykluczyć z przetargu organizatora nieposiadającego wpisu do rejestru* [w:] „Wiadomości Turystyczne” 2022 nr 10.



Dr Dominik Borek

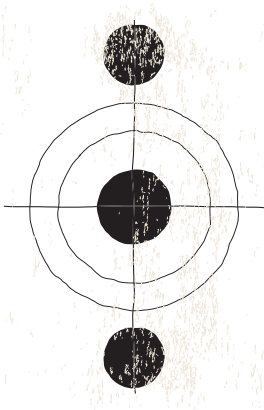
ATTORNEY-AT-LAW, DPBOREK@WP.PL

A critical gloss on the judgment of the District Court for Gdańsk-Północ of 20 October 2021 (case no. V GC 1736/19)

This article discusses the judgment of the District Court for Gdańsk-Północ of 20 October 2021 (case no. V GC 1736/19), which is of great importance for the tour operators market in Poland, as it concerns a tender that generated great controversy and commentary in the tourism industry. The topic has been addressed by industry portals and journals, but there has been no close examination of the case itself and how it was resolved—hence the decision to prepare a gloss on this judgment, even though it is still under appeal.

TOUR OPERATOR • TENDER • PUBLIC PROCUREMENT • TOURISM PACKAGE

Konkurs na wybitną pracę z zakresu prawa znaków towarowych, prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji lub prawa antymonopolowego



Rozpoczął się nabór prac do pierwszej edycji konkursu o nagrodę prof. Ireny Wiszniewskiej-Białeckiej.

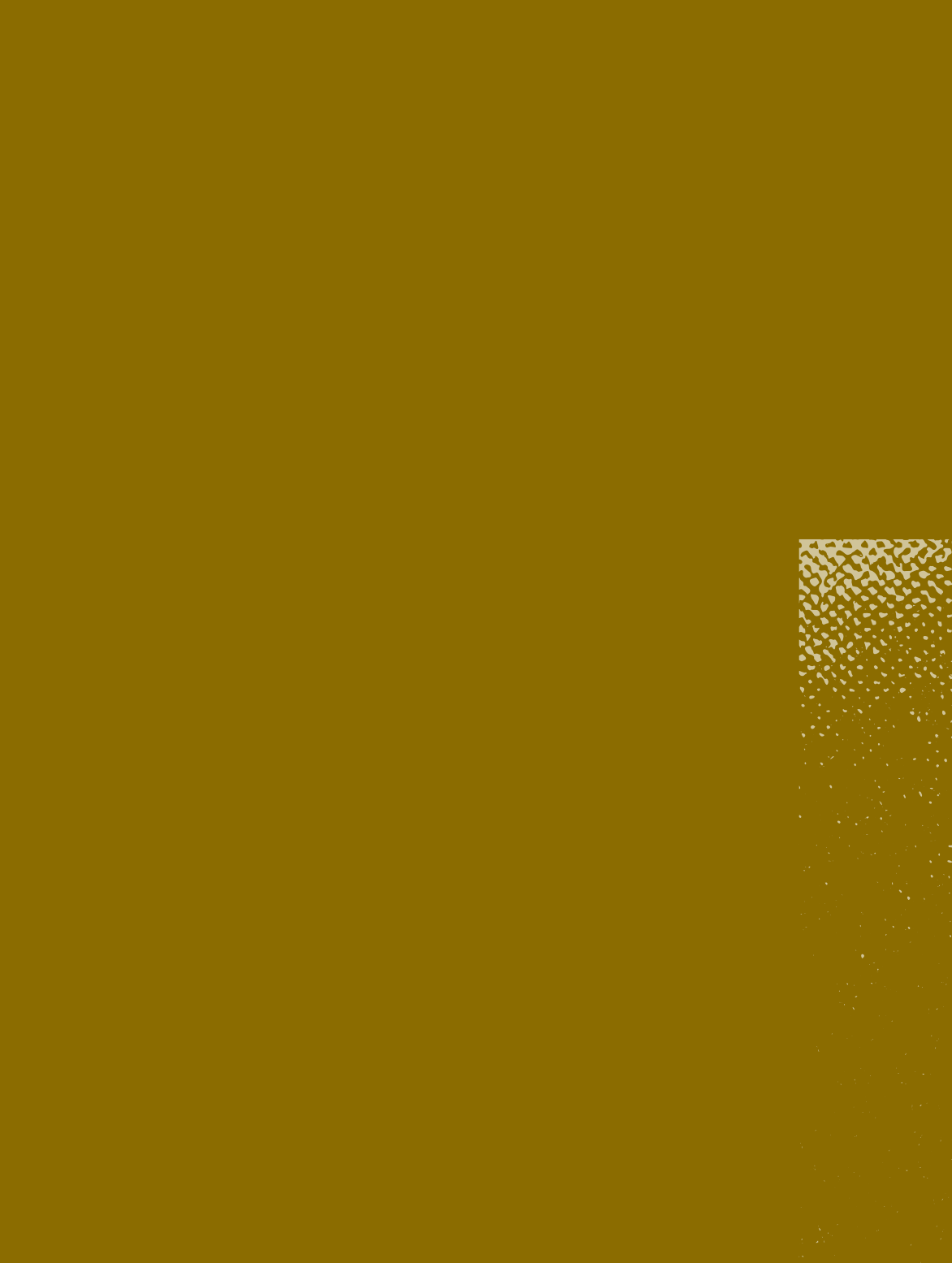
Do konkursu można zgłaszać **prace naukowe** dotyczące prawa znaków towarowych, prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji lub prawa antymonopolowego. Mogą to być prace magisterskie, doktorskie lub habilitacyjne, monografie naukowe lub inne prace o charakterze naukowym.

Zakwalifikowane do konkursu prace oceni Kapituła złożona z wybitnych przedstawicieli polskiego i międzynarodowego środowiska prawniczego.

Fundacja im. prof. Jerzego Wiszniewskiego

Prof. Jerzy Wiszniewski był znanym polskim prawnikiem, nauczycielem akademickim i autorem podręczników akademickich.

Fundacja jego imienia została powołana na mocy testamentu jego córki prof. Ireny Wiszniewskiej-Białeckiej, wybitnej prawniczki, wieloletniej sędzi Naczelnego Sądu Administracyjnego i Sądu Unii Europejskiej (dawniej Sądu Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich).



**WAR WSP
DYN ÓLN
SKI+ ICY•**

**wardynski.com.pl
codozasady.pl**

ISSN 2658-0098