UNIWERSYTET SZCZECIŃSKI

ZESZYTY NAUKOWE NR 788

ACTA IURIS STETINENSIS 4

SZCZECIN 2013

Rada Wydawnicza
Adam Bechler, Tomasz Bernat, Anna Cedro, Paweł Cięszczyk
Piotr Michałowski, Małgorzata Ofiarska, Aleksander Panasiuk
Grzegorz Wejman, Dariusz Wysocki, Renata Ziemińska
Marek Górski – przewodniczący Rady Wydawniczej
Edyta Łongiewska-Wijas – redaktor naczelna, dyrektor Wydawnictwa Naukowego

Rada Naukowa
prof. dr hab. Roman Hauser (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu)
dr hab. Andrzej Jakubecki (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie)
prof. dr hab. Andrzej Marciniak (Uniwersytet Łódzki)
prof. dr hab. Mirosław Nazar (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie)
prof. dr hab. Zbigniew Ofiarski (Uniwersytet Szczeciński)
dr hab. Adam Olejniczak (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu)
dr hab. Lech Paprzycki (Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie)
prof. dr hab. Władysław Rozwadowski (Uniwersytet Szczeciński)
prof. dr hab. Tadeusz Smyczyński (Uniwersytet Szczeciński, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk)
prof. dr hab. Roman Wieruszewski (Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk)
prof. dr hab. Bronisław Ziemianin (Uniwersytet Szczeciński)

Lista recenzentów znajduje się na stronie internetowej zeszytu naukowego
http://wpiaus.pl/actaiuris/

Redaktor naukowy
dr hab. Marek Andrzejewski prof. US

Redaktor tematyczny
Szymon Słotwiński

Redaktor językowy
Joanna Dżaman

Korektor
Małgorzata Szczęsna

Skład komputerowy
Halina Lipiec

Pełna wersja publikacji www.wpiaus.pl/actaiuris
Wersja papierowa jest wersją pierwotną
Streszczenia opublikowanych artykułów są dostępne online w międzynarodowej bazie danych
The Central European Journal of Social Sciences and Humanities http://cejsh.icm.edu.pl

© Copyright by Uniwersytet Szczeciński, Szczecin 2013

ISSN 1640-6818
ISSN 2083-4373

WYDAWNICTWO NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

Wydanie I. Ark. wyd. 6,5. Ark. druk. 7,8. Format B5. Nakład 100 egz.

SPIS TREŚCI

Jakub Kasnowski – Prawne warunki przyłączenia odnawialnych źródeł energii do sieci elektroenergetycznej 5

Izabela Gawłowicz, **Piotr Łaski** – Reforma europejskiego systemu ochrony praw człowieka na tle niektórych wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przeciwko Wielkiej Brytanii 21

Aleksandra Monarcha-Matlak – *Cloud computing* – przetwarzanie w chmurze 31

Agnieszka Wiktorzak – Ryzyko wynikające z umowy o utworzeniu konsorcjum bankowego 43

Marlena Ballak – Prawne przesłanki powstania obowiązku przyłączenia do sieci przedsiębiorstwa energetycznego 65

Jędrzej Łopatto – Prawnomiędzynarodowe mechanizmy oddziaływania Unii Europejskiej na politykę wewnętrzną i zewnętrzną Republiki Białorusi 87

Aneta Wesołowska – Rozprawa i jej regulacje w odwoławczym postępowaniu podatkowym a jej praktyczne zastosowanie 103

Recenzje

Szymon Osowski – Recenzja książki Anny Młynarskiej-Sobaczewskiej *Autorytet państwa. Legitymizacyjne znaczenie prawa w państwie transformacji ustrojowej* 117

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 788 ACTA IURIS STETINENSIS 4 2013

JAKUB KASNOWSKI[*]
Uniwersytet Szczeciński

PRAWNE WARUNKI PRZYŁĄCZENIA ODNAWIALNYCH ŹRÓDEŁ ENERGII DO SIECI ELEKTROENERGETYCZNEJ

Streszczenie

Wymogi przewidziane dla Polski, dotyczące udziału energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych na poziomie 15% w końcowym zużyciu energii w 2020 r., w połączeniu z obowiązującym systemem wsparcia dla energetyki odnawialnej, spowodowały wzrost zainteresowania inwestycjami w OZE. Postępowania administracyjne związane z takimi inwestycjami ujawniły niedoskonałości obowiązującego w tym zakresie prawa, dotyczące w szczególności etapu uzyskiwania warunków przyłączenia. Obowiązujące Prawo energetyczne zawiera regulacyjne braki w zakresie kompletności wniosku o wydanie warunków przyłączenia oraz kolejności rozpatrywania takich wniosków, a także jednoznacznie nie przesądza o ich charakterze prawnym. Kwestie te mają zostać szczegółowo uregulowane w nowej ustawie Prawo energetyczne oraz w ustawie o odnawialnych źródłach energii, które obecnie stanowią przedmiot prac legislacyjnych w ramach planowanego trójpaku energetycznego.

Słowa kluczowe: prawo energetyczne, warunki przyłączenia, źródła odnawialne

[*] E-mail: jakub.kasnowski@interia.pl.

Wprowadzenie

Parlament Europejski i Rada dyrektywą nr 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych zmieniająca i w następstwie uchylająca dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE (dalej: dyrektywa 2009/28/WE) wskazały w Załączniku nr I przyszłe wymagania stawiane państwom członkowskim dotyczące poziomu udziału energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych (dalej: OZE) w końcowym zużyciu energii[1]. W przypadku Polski udział OZE został określony na poziomie 15% w 2020 roku. Postawione wymagania, obrazujące zapotrzebowanie na źródła energii odnawialnej w najbliższych latach, wraz z zagwarantowanym poziomem wsparcia inwestycji, spowodowały wzrost zainteresowania tego typu inwestycjami. Znaczący wzrost mocy pochodzącej ze źródeł odnawialnych, będący wynikiem rosnącego zainteresowania inwestorów, uwydatnił istotne niedoskonałości regulacji prawnych dotyczących etapu wnioskowania o określenie warunków przyłączenia[2]. Niewątpliwie należą do nich zagadnienia daty oraz kompletności wniosku o wydanie warunków przyłączenia, kolejności rozpatrywania wniosków oraz charakteru prawnego warunków przyłączenia.

Obecnie prowadzone są prace legislacyjne nad tak zwanym trójpakiem energetycznym, w którego ramach odrębną regulację, obok ustaw Prawo energetyczne (dalej: nowe PE) i Prawo gazowe, ma stanowić ustawa o odnawialnych źródłach energii (dalej: ustawa o OZE), a także ustawa wprowadzająca. Zagadnienia będące przedmiotem niniejszego opracowania, ogólnie dotyczące warunków przyłączenia, zostaną uregulowane w nowym PE[3]. W odniesieniu do źródeł odnawialnych znajdą one zastosowanie na podstawie odesłania zawartego w art. 36 pkt 1 projektu ustawy o OZE[4].

---

[1] *Krajowe cele ogólne w zakresie udziału energii ze źródeł odnawialnych w końcowym zużyciu energii brutto w 2020 r.*

[2] Minister Gospodarki, *Raport określający cele w zakresie udziału energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w krajowym zużyciu energii elektrycznej na lata 2010–2019*, Warszawa 2011, www.mg.gov.pl, data pobrania: 2.09.2012, s. 8–10.

[3] Projekt ustawy z dnia 8 października 2012 r. – Prawo energetyczne, wersja 1.24, www.rcl.gov.pl, data pobrania: 9.06.2013.

[4] Projekt ustawy z dnia 9 października 2012 r. o odnawialnych źródłach energii, wersja 2.0.2., www.rcl.gov.pl, data pobrania: 9.06.2013.

1. Pierwszeństwo OZE

Zgodnie z art. 9 c ust. 6 Ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne[5] (dalej: PE): „Operator systemu elektroenergetycznego, w obszarze swojego działania, jest obowiązany zapewnić wszystkim podmiotom pierwszeństwo w świadczeniu usług przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii". Możliwość przesyłu wytworzonej energii elektrycznej stanowi dla wytwórców jeden z najistotniejszych elementów inwestycji. Pojemność sieci operatorów jest bowiem ograniczona. Ustawowe uregulowanie pierwszeństwa przesyłu energii z OZE przed źródłami konwencjonalnymi stanowi implementację postanowień przytoczonej na wstępie dyrektywy 2009/20/WE oraz stanowić ma, obok systemu dopłat, oczywistą zachętę dla potencjalnych inwestorów. Pierwszeństwo energii pochodzącej z OZE należy rozumieć jako ciążący na operatorze systemu przesyłowego (dalej: OSP) i dystrybucyjnego (dalej: OSD) obowiązek zapewnienia pierwszeństwa odbioru energii elektrycznej pochodzącej z odnawialnych źródeł[6]. Zasada ta odnosi się zatem do energii pochodzącej ze źródeł już istniejących. Operator sieci w przypadku ograniczonej możliwości przesyłu energii elektrycznej w pierwszej kolejności powinien podjąć działania zmierzające do zapewnienia usług przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej pochodzącej z OZE, a dopiero w następnej kolejności energii pochodzącej ze źródeł konwencjonalnych. Należy zaznaczyć, że art. 33 ust. 1 projektu ustawy o OZE zasadę pierwszeństwa odnosi do przyłączenia instalacji OZE przed źródłami konwencjonalnymi.

Dalsza część opracowania dotyczyć będzie wniosku o wydanie warunków przyłączenia. Zaznaczyć należy, że chociaż proces wydawania warunków przyłączenia na podstawie obowiązującego PE ma charakter uniwersalny, to jednak zdecydowana większość postępowań dotyczy przyłączania OZE. Wynika to przede wszystkim ze specyfiki inwestycji w źródła konwencjonalne oraz z charakteru podmiotów realizujących takie inwestycje.

---

[5] Dz.U. 2006, nr 89, poz. 625 z późn. zm.

[6] M. Czarnecka, T. Ogłódek, *Prawo energetyczne – Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 237.

2. Warunki przyłączenia – wymagania wniosku

Etapem poprzedzającym przyłączenie do sieci, które następuje na podstawie zawartej umowy o przyłączenie, jest uzyskanie przez zainteresowanego tak zwanych warunków przyłączenia. Zgodnie z art. 7 ust. 3 a PE wydanie warunków następuje na wniosek podmiotu ubiegającego się o przyłączenie, złożonego w przedsiębiorstwie energetycznym, do którego sieci wnioskodawca ubiega się o przyłączenie. Regulacja ta odpowiada treści § 4 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 4 maja 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektroenergetycznego[7] (dalej: rozporządzenie). Zabieg taki z punktu widzenia zasad starannej legislacji został w literaturze oceniony krytycznie[8].

Wzór wniosku o wydanie warunków przyłączenia zgodnie z § 6 ust. 2 rozporządzenia ustala oraz udostępnia przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją. Wniosek o wydanie warunków przyłączenia powinien spełniać określone wymagania. Zostały one sformułowane § 7 tego rozporządzenia. Oprócz oznaczenia wnioskodawcy i określenia mocy przyłączeniowej dla każdego miejsca dostarczania energii elektrycznej wniosek powinien zawierać przewidywane roczne zużycie energii elektrycznej, przewidywany termin rozpoczęcia dostarczania energii elektrycznej lub jej poboru, określenie parametrów technicznych i charakterystyki ruchowej oraz technicznej przyłączanych urządzeń, a także określenie minimalnej mocy wymaganej dla zapewnienia bezpieczeństwa osób i mienia w przypadku wprowadzenia ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii oraz informacje techniczne dotyczące zakłóceń wprowadzanych przez urządzenia. Wymagania wobec zainteresowanych są zróżnicowane, w zależności od zaliczenia wnioskodawcy do określonej grupy przyłączeniowej, co następuje na podstawie kryteriów określonych w § 3 ust. 1 rozporządzenia. W przypadku wytwórców energii elektrycznej wniosek o wydanie warunków przyłączenia powinien dodatkowo zawierać dane i informacje przewidziane w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a dotyczące określenia maksymalnej rocznej ilości wytwarzanej energii i ilości tej energii dostarczanej do sieci, mocy zainstalowanej, zakresu dopuszczalnych zmian obciążeń oraz liczbę

[7] Dz.U. 2007, nr 93, poz. 623.

[8] M. Nowaczek-Zaremba, D. Nowak, *Komentarz do art. 7 ustawy*, w: *Prawo energetyczne*, red. M. Swora, Z. Muras, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 530.

przyłączanych jednostek wytwórczych. Jednocześnie należy zaznaczyć, że w przypadku wniosku o określenie warunków przyłączenia farm wiatrowych, oprócz wszystkich wymienionych już wymagań, w § 7 ust. 3 rozporządzenia przewidziano dodatkowo wymóg zawarcia danych i informacji dotyczących specyfikacji technicznej turbin wiatrowych oraz charakterystykę mocy turbiny wiatrowej w funkcji prędkości wiatru. Zaznaczyć należy, że do chwili ukazania się projektu ustawy o OZE oraz określenia współczynników korekcyjnych w ustawie wprowadzającej, inwestycje w energetykę wiatrową stanowiły najszybciej rozwijają się część sektora OZE. Możliwe jest również zawarcie we wniosku dodatkowych informacji. Wymaganymi załącznikami – na podstawie § 7 ust. 5 rozporządzenia – są dokumenty potwierdzające tytuł prawny wnioskodawcy do korzystania z obiektu, w którym będą używane przyłączane urządzenia, instalacje lub sieci, plan zabudowy lub szkic sytuacyjny określający usytuowanie obiektu, a także wyciąg ze sprawozdania z badań jakości energii elektrycznej wytworzonej przez turbiny wiatrowe. Następnie wnioskodawca, zgodnie z art. 7 ust. 8 c PE, jest zobowiązany do wniesienia zaliczki w ciągu 14 dni od dnia złożenia wniosku o określenie warunków przyłączenia pod rygorem pozostawienia wniosku bez rozpatrzenia. Wysokość wniesionej zaliczki na poczet opłaty za przyłączenie do sieci wynosi 30 zł za każdy kilowat mocy przyłączeniowej określonej we wniosku o określenie warunków przyłączenia, jednak nie może przekraczać 3 mln zł. Warto dodać, że w nowym PE w art. 10 ust. 1 i 2 nie przewidziano zmiany stawek zaliczki. Pierwotnie celem wprowadzenia obowiązku zapłaty zaliczki było wyeliminowanie zjawiska blokowania mocy przesyłowych sieci przez inwestorów ubiegających się o wydanie warunków przyłączenia bez rzeczywistego zamiaru ich realizacji[9]. Zgodnie z art. 7 ust. 8 g PE, przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej jest obowiązane wydać warunki przyłączenia. Zgodnie z pkt 2 wspomnianego przepisu termin na ich wydanie wynosi „150 dni od dnia złożenia wniosku o określenie warunków przyłączenia przez wnioskodawcę przyłączanego do sieci o napięciu znamionowym wyższym niż 1 kV, a w przypadku przyłączania źródła – od dnia wniesienia zaliczki". Zgodnie z art. 7 ust. 8 i PE warunki przyłączenia są ważne dwa lata od dnia ich doręczenia i stanowią warunkowe zobowiązanie przedsiębiorstwa do zawarcia umowy przyłączeniowej.

---

[9] *Ibidem*, s. 533.

Tak w uproszczeniu wygląda proces ubiegania się zainteresowanego wytwarzaniem energii elektrycznej z OZE o wydanie warunków przyłączenia. W praktyce z etapem tym wiążą się pewne istotne niedogodności, które mają przesądzić i uregulować zapisy ustaw projektowanych w ramach tak zwanego trójpaku energetycznego. Niedogodności wynikające z obowiązującego PE dotyczą przede wszystkim braku szczegółowych regulacji prawnych odnoszących się do określenia daty złożenia wniosku o wydanie warunków przyłączenia i jego kompletności, wątpliwości związanych z kolejnością rozpatrywania wniosków oraz z charakterem prawnym wydawanych warunków przyłączenia. Zagadnienia te zostaną omówione w tej kolejności.

3. Data złożenia wniosku o wydanie warunków przyłączania

Precyzyjne określenie daty złożenia wniosku o wydanie warunków przyłączenia jest istotne z dwóch głównych powodów. Pierwszym z nich jest określenie biegu terminów do wydania warunków przyłączenia, drugim – kompletność złożonego wniosku.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 a PE: „Podmiot ubiegający się o przyłączenie do sieci składa wniosek o określenie warunków przyłączenia do sieci". Ustalenie momentu, od którego mamy do czynienia ze złożonym wnioskiem, jest istotne dla organu wydającego wspomniane warunki z punktu widzenia nałożonych wymogów dotyczących terminów. Dla zainteresowanego ich wydaniem moment złożenia wniosku jest natomiast szczególnie istotny z perspektywy ewentualnych roszczeń w przypadku przekroczenia tych terminów przez organ, a także z powodu ciążącego na nim obowiązku wpłaty zaliczki na poczet opłaty za przyłączenie do sieci. Zgodnie z art. 7 ust. 8 c PE: „Zaliczkę wnosi się w ciągu 14 dni od dnia złożenia wniosku o określenie warunków przyłączenia, pod rygorem pozostawienia wniosku bez rozpatrzenia". Jednocześnie ust. 8 h przytoczonego przepisu nakłada na przedsiębiorstwo energetyczne obowiązek pisemnego potwierdzenia złożonego przez wnioskodawcę wniosku, określając w szczególności datę jego złożenia. Powstaje pytanie, czy skoro niewątpliwie istotnym dla rozpatrzenia wniosku jest uiszczenie wymaganej zaliczki, termin na jej wpłatę liczony będzie od momentu fizycznego złożenia wniosku czy wniosku kompletnego, a zatem takiego, który spełnia wszystkie wymagania formalne i którego złożenie zostało potwierdzone przez przedsiębiorstwo ener-

getyczne. Według niektórych autorów interpretacja literalna wspomnianego przepisu mogłaby wskazywać na moment fizycznego złożenia wniosku[10]. Intencją ustawodawcy było jednak przyjęcie, że chodzi o wniosek kompletny – „nie ma potrzeby podkreślać w ustawie, że wniosek ma być kompletny, gdyż jeżeli pismo nie będzie zawierało jakiegoś elementu, nie będzie można go traktować jako wniosku"[11]. W doktrynie pogląd ten jest aprobowany. Przyjmuje się, że bieg wspomnianych terminów rozpoczyna się od momentu złożenia przez zainteresowany podmiot kompletnego wniosku[12]. Warto dodać, że w *Instrukcji ruchu i eksploatacji sieci przesyłowej* (dalej: IRiESP) Polskich Sieci Energetycznych Operator SA (dalej: PSE Operator SA) w rozdziale II.B.1.2.2.1. lit. c określono jako datę złożenia wniosku „datę otrzymania przez OSP kompletnego wniosku"[13]. Również w wydanym przez PSE Operator SA przewodniku w pkt 2.3 lit. d jako datę złożenia wniosku określono „datę otrzymania przez OSP kompletnego wniosku, tj. spełniającego wymagania ustawy i IRiESP"[14].

Możliwe wystąpienie problemów interpretacyjnych związanych z precyzyjnym określeniem daty złożenia wniosku oraz faktu jego złożenia ma rozwiązać regulacja art. 8 ust. 6 nowego PE. Istnienie tego problemu potwierdza uzasadnienie do projektu, w którym wskazano, że planowana zmiana ma na celu „usunięcie możliwych wątpliwości interpretacyjnych co do tego, kiedy i czy w ogóle wniosek został złożony, tym bardziej że od tej daty liczony jest termin wydania warunków przyłączenia oraz wniesienia zaliczki na poczet opłaty za przyłączenie do sieci"[15].

---

[10] P. Ciołkowski, M. Andruszkiewicz, *Terminy w procedurze określania warunków przyłączenia*, www.cire.pl, data pobrania: 11.08.2012.

[11] Uzasadnienie uchwały Senatu RP w sprawie ustawy o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Druk nr 2622, Warszawa, 18 grudnia 2009 r., www.orka.sejm.gov.pl, data pobrania: 6.09.2012.

[12] S.M. Nowaczek-Zaremba, D. Nowak, *op.cit*., s. 533.

[13] PSE Operator SA, *Instrukcja ruchu i eksploatacji sieci przesyłowej, wersja 2.0*, tekst obowiązujący od 1 stycznia 2012 r., www.pse-operator.pl, data pobrania: 6.09.2012.

[14] PSE Operator SA, *Przyłączanie do sieci przesyłowej – przewodnik*, www.google.pl, data pobrania: 6.09.2012.

[15] Uzasadnienie do projektu ustawy Prawo energetyczne, www.cire.pl, data pobrania: 5.09.2012.

4. Kolejność rozpatrywania wniosków o wydanie warunków przyłączenia

Zgodnie z art. 7 ust. 1 PE: „Przedsiębiorstwo energetyczne […] jest obowiązane do zawarcia umowy o przyłączenie do sieci z podmiotami ubiegającymi się o przyłączenie do sieci na zasadzie równoprawnego traktowania". Ze sformułowanej zasady równego traktowania w doktrynie został wyinterpretowany obowiązek operatorów do rozpatrywania złożonych wniosków o wydanie warunków przyłączenia na podstawie obiektywnych kryteriów[16]. Powszechnie za takie kryterium przyjmuje się moment złożenia wniosku – stąd tak istotne jest zagadnienie jego kompletności. Celem regulacji art. 7 ust. 1 PE jest wprowadzenie zakazu dyskryminacji podmiotów ubiegających się o przyłączenie do sieci. Nałożenie na przedsiębiorstwo energetyczne, do którego ma zostać przyłączone nowe źródło energii odnawialnej, obowiązku równego traktowania podmiotów starających się o takie przyłączenie ma na celu zakaz preferencyjnego traktowania dostawców lub odbiorców energii, czyli takiego, w którym przedsiębiorstwo dokonuje wyboru na podstawie istotnych ze swojego punktu widzenia kryteriów, na przykład wybiera podmioty generujące większe zyski[17]. Obowiązująca regulacja nie wyraża wprost zasady *first come, first served*. W obowiązującym stanie prawnym kolejność rozpatrywania wniosków odbywa się na podstawie obiektywnego kryterium zapewniającego równoprawne traktowanie i stanowi regułę wyinterpretowaną z art. 7 ust. 1 PE. Warto dodać, że art. 11 ust. 1 nowego PE przewiduje *expressis verbis* obowiązek przedsiębiorstwa energetycznego rozpatrywania wniosków według kolejności ich wpływu[18].

5. Charakter prawny warunków przyłączenia

Zgodnie z art. 7 ust. 8 i zd. 2 PE: „Warunki przyłączenia są ważne dwa lata od dnia ich doręczenia. W okresie ważności warunki przyłączenia stanowią warunkowe zobowiązanie przedsiębiorstwa energetycznego do zawarcia umowy o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej". Okres dwóch lat ważności warunków przyłączenia został także uregulowany w § 8 ust. 7 rozporządzenia,

[16] P. Ciołkowski, M. Andruszkiewicz, *op.cit.*

[17] M. Czarnecka, T. Ogłódek, *op.cit*., s. 154.

[18] Projekt ustawy z dnia 8 października 2012 r. Prawo energetyczne…

wkraczając w materię regulacji ustawowej i określając początek biegu wspomnianego terminu od dnia ich określenia. Rozbieżność ta stanowi istotne niedociągnięcie legislacyjne. Wątpliwości powstają w odniesieniu do charakteru prawnego warunków przyłączenia. Na podstawie obowiązujących przepisów w literaturze wyróżniono kilka możliwych koncepcji: 1) przyjęto, że warunki przyłączenia są dokumentem o charakterze informacyjnym; 2) są ofertą w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego (dalej: k.c.) zawarcia umowy o przyłączenie do sieci; 3) są bezwarunkowym zobowiązaniem przedsiębiorstwa do złożenia oświadczenia woli o zawarciu umowy o przyłączenie o ile nadal istnieją techniczne i ekonomiczne warunki przyłączenia oraz 4) są bezwarunkowym zobowiązaniem się przedsiębiorstwa energetycznego do złożenia oświadczenia woli o zawarciu umowy o przyłączenie[19]. Obowiązujące przepisy nie przesądzają jednoznacznie, która z koncepcji jest właściwa[20]. Regulacja art. 7 ust. 8 i PE, zdawałoby się, dopuszcza możliwość odmowy zawarcia umowy w okresie obowiązywania wydanych warunków przyłączenia, co świadczyłoby o braku ich bezwzględnie wiążącego charakteru[21].

Koncepcja traktująca warunki przyłączenia jako dokument o charakterze informacyjnym opiera się na zakresie regulacji przykładowej ich zawartości na podstawie § 8 rozporządzenia[22]. Zdaniem autora tego poglądu, „nabierają one [warunki przyłączenia – dop. J.K.] waloru warunkowego zobowiązania dopiero wtedy, gdy rozpatrujemy je przez pryzmat art. 7 ust. 1 PE i tym samym utożsamiamy z istnieniem technicznych warunków przyłączenia do sieci i dostarczania paliw lub energii, oraz spełniania przez żądającego zawarcia umowy warunków przyłączenia do sieci i odbioru”[23]. Należy stwierdzić, że zgodnie z wykładnią systemową, nakazującą całościowe traktowanie systemu prawa[24], nie można mówić o warunkowości zobowiązania warunków przyłączenia zależnej

---

[19] M. Szambelańczyk, *Zasady podłączenia do sieci w projekcie nowelizacji Prawa energetycznego*, „Czysta Energia” 2009, nr 4, www.czystaenergia.pl, data pobrania: 28.08.2012.

[20] *Ibidem*, autor uznaje, że „nie znajdują potwierdzenia ani w obecnych, ani w proponowanych przepisach”.

[21] *Ibidem*.

[22] Ł. Bartuszek, *Charakter prawny warunków przyłączenia*, „Biuletyn Urzędu Regulacji Energetyki” 2010, nr 5, s. 4.

[23] *Ibidem*.

[24] *Encyklopedia prawa*, red. U. Kalina-Prasznic, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 971; S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcie prawa i prawoznawstwa*, Ars boni et aequi, Poznań 2005, s. 89; L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Dom Organizatora, Toruń 2011, s. 146–148.

od ich interpretacji w kontekście art. 7 ust. 1 PE. Wydane przez przedsiębiorstwo energetyczne warunki przyłączenia podlegają reżimowi obowiązujących norm prawnych jako spójnej całości i na tej podstawie należy ocenić, czy mają charakter zobowiązania warunkowego, czy nie. Jednocześnie warto zaznaczyć, że dokument o charakterze informacyjnym nie ma charakteru wiążącego. Niewątpliwe taki mają wydawane przez przedsiębiorstwa energetyczne warunki przyłączenia. Ponadto, w okresie obowiązywania wydanych warunków przyłączenia i w sytuacji istnienia technicznych i ekonomicznych warunków określonych w art. 7 ust. 1 PE, przedsiębiorstwo energetyczne ma obowiązek zawarcia umowy o przyłączenie z wnioskodawcą, który spełnił warunki niezbędne do przyłączenia[25]. Niewątpliwie dokument o charakterze informacyjnym nie kreowałby takiego obowiązku.

Zobowiązaniowy charakter warunków przyłączenia oddaje niewątpliwie koncepcja warunków przyłączenia jako oferty w rozumieniu przepisów części ogólnej k.c.[26]. Zgodnie z tym poglądem warunki przyłączenia czynią zadość wymaganiom stawianym ofercie zgodnie z art. 66 k.c. Kierowane są do konkretnego podmiotu, stanowią formę oświadczenia woli zakładu energetycznego w zakresie objętym tymi warunkami, zawierają szczegółowy opis przedmiotu umowy, a także pośrednio pozwalają ustalić cenę przyłączenia[27]. Problem związany z ustaleniem *essentialia negotii* w postaci odpłatności stanowi jeden z argumentów krytyków koncepcji warunków przyłączenia jako oferty w rozumieniu KC[28]. Ponieważ zgodnie z § 8 ust. 6 rozporządzenia: „warunki przyłączenia są przekazywane wnioskodawcy wraz z projektem umowy o przyłączenie", ciekawą koncepcją wydaje się uznanie przekazywanego projektu jako zaproszenia do rokowań, opartą na tym, że przekazywana umowa stanowi jedynie projekt i nie jest w praktyce podpisana przez przedsiębiorstwo energetyczne[29].

---

[25] M. Prusak, *Nie można odmówić zawarcia umowy o przyłączenie farmy wiatrowej*, data publikacji: 14.07.2009, www.biznes.gazetaprawna.pl, data pobrania: 2.09.2012.

[26] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz.U. 1964, nr 16, poz. 93 z późn. zm.

[27] G.J. Wąsiewski, K. Kahl, *Co uregulować w prawie energetycznym*, data publikacji: 26.06.2009, www.rp.pl, data pobrania: 2.09.2012.

[28] A. Walaszek-Pyzioł, W. Pyzioł, *Obowiązek zawarcia umowy o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej – węzłowe zagadnienia prawne*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 2006, nr 12, s. 9; G.J. Wąsiewski, K. Kahl, *op.cit.*; Ł. Bartuszek, *op.cit*., s. 4.

[29] Ł. Bartuszek, *op.cit*., s. 10.

Kolejna z przytoczonych koncepcji traktuje wydawane przez przedsiębiorstwo energetyczne warunki przyłączenia jako bezwarunkowe zobowiązanie przedsiębiorstwa do złożenia oświadczenia woli o zawarciu umowy o przyłączenie, o ile nadal istnieją techniczne i ekonomiczne warunki przyłączenia. Punktem wyjścia tej koncepcji jest założenie, że skoro przedsiębiorstwo energetyczne może odmówić wydania warunków przyłączenia z powodu braku technicznych i ekonomicznych warunków na etapie składania wniosku, to tym bardziej może tego dokonać przed zawarciem samej umowy o przyłączenie. W tym wypadku warunkowość zobowiązania przedsiębiorstwa energetycznego odnosi się do sytuacji, gdy w okresie dwóch lat od wydania warunków przyłączenia ma dojść do zawarcia umowy przyłączeniowej, jednak przedsiębiorstwo ze względu na zmianę okoliczności odmawia zawarcia umowy z powodu braku technicznych lub ekonomicznych warunków przyłączenia. Warunkowe zobowiązanie przedsiębiorstwa energetycznego polega w tym przypadku na tym, że chociaż zostały wydane warunki przyłączenia, konieczne jest, aby w momencie zawierania umowy warunki techniczne i ekonomiczne wciąż istniały, to jest, aby istniała możliwość przyłączenia źródeł o danej mocy, przy planowanych wcześniej inwestycjach[30]. Warto dodać, że przytoczona koncepcja jest wewnętrznie sprzeczna. Jak słusznie zauważono, w przypadku zakreślenia wymogu istnienia warunków technicznych i ekonomicznych – *o ile nadal istnieją*, nie można mówić o bezwarunkowości zobowiązania przedsiębiorstwa energetycznego[31]. Z powodu tej sprzeczności niektórzy autorzy, formułując koncepcje dotyczące charakteru prawnego warunków przyłączenia, określają je jako „warunkowe zobowiązanie przedsiębiorstwa energetycznego do zawarcia umowy o przyłączenie do sieci, o ile w dniu zawarcia umowy o przyłączenie będą istnieć techniczne i ekonomiczne warunki przyłączenia"[32]. Istnienie technicznych i ekonomicznych warunków przyłączenia jest szeroko komentowanym w literaturze zagadnieniem[33].

---

[30] M. Prusak, *op.cit.*

[31] Ł. Bartuszek, *op.cit*., s. 7.

[32] M. Prusak, *op.cit.*

[33] S.M. Nowaczek-Zaremba, D. Nowak, *op.cit*., s. 520–523; A. Walaszek-Pyzioł, W. Pyzioł, *op.cit*., s. 4–7; M. Czarnecka, T. Ogłódek, *op.cit*., s. 154–155; M. Janowska, M. Pawełczyk, P. Sokal, R. Walczak, w: *Prawo energetyczne – komentarz*, red. M. Pawełczyk, Iuris, Poznań 2012, s. 204–206; J. Baehr, E. Sawicki, w: J. Baehr, E. Sawicki, J. Antczak, *Prawo energetyczne – komentarz*, Zakamycze 2003, s. 93.

Rozważając ostatnią z przytoczonych koncepcji, zgodnie z którą warunki przyłączenia stanowią bezwarunkowe zobowiązanie się przedsiębiorstwa energetycznego do złożenia oświadczenia woli o zawarciu umowy o przyłączenie, należy się odnieść do funkcji warunków przyłączenia. W uzasadnieniu wyroku z 25 czerwca 2009 roku[34] Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wymieniając funkcje, jakie pełnią wydawane warunki przyłączenia, wskazał, że „stanowią [one – dop. J.K.] potwierdzenie przez przedsiębiorstwo energetyczne istnienia technicznych i ekonomicznych warunków do przyłączenia" oraz stanowią zaproszenie „do złożenia przedsiębiorstwu energetycznemu oświadczenia woli przez podmiot ubiegający się o przyłączenie, które powoduje po stronie przedsiębiorstwa energetycznego obowiązek zawarcia umowy o przyłączenie do sieci zgodnej z tymi warunkami technicznymi oraz na warunkach przewidzianych w projekcie umowy przyłączeniowej, która jest dołączona do warunków przyłączenia".

Funkcja warunków przyłączenia została również poruszona w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 kwietnia 2012 roku[35], w którym Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził:

> […] w ocenie Sądu Apelacyjnego powód, wydając zainteresowanemu warunki przyłączenia wraz z projektem umowy o przyłączenie, który opracował, sam ustalił, że istnieją zarówno techniczne, jak i ekonomiczne warunki przyłączenia, a więc przesłanki określone w art. 7 ust. 1 ustawy – PE, pozwalające na zawarcie umowy o przyłączenie.
>
> To sam powód złożył oświadczenie zainteresowanemu, że istnieje możliwość przyłączenia do sieci wnioskowanego obiektu i przekazał warunki przyłączenia wraz z projektem umowy o przyłączenie, a wydane przez przedsiębiorstwo energetyczne warunki przyłączenia spełniają kilka funkcji: stanowią potwierdzenie przez to przedsiębiorstwo istnienia technicznych i ekonomicznych warunków przyłączenia […] oraz stanowią zaproszenie do złożenia przedsiębiorstwu energetycznemu oświadczenia woli przez podmiot ubiegający się o przyłączenie, które powoduje po stronie przedsiębiorstwa energetycznego obowiązek zawarcia umowy o przyłączenie do sieci o treści zgodnej z tymi warunkami technicznymi oraz na warunkach przewidzianych w projekcie umowy przyłączeniowej, załączonej do wydanych warunków przyłączenia. Zatem kwestionowanie przez powoda istnienia warunków technicznych i ekonomicznych nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego i jest sprzeczne z dotychczaso-

[34] Sygn. akt XVII AmE 205/08.

[35] Sygn. akt VI ACa 1500/11.

> wymi działaniami i oświadczeniami powoda, podejmowanymi na etapie wydawania warunków przyłączenia. […] Zatem wydanie przez przedsiębiorstwo energetyczne warunków przyłączenia wraz z projektem umowy o przyłączenie stanowi potwierdzenie możliwości przyłączenia do sieci podmiotu ubiegającego się o takie przyłączenie zgodnie z tymi warunkami, skutkujące obowiązkiem zawarcia tej umowy po stronie przedsiębiorstwa energetycznego w okresie ważności warunków przyłączenia, a więc w okresie dwuletnim od dnia ich określenia. Nadto należy podnieść, że powód wydał warunki przyłączenia zainteresowanemu na podstawie ekspertyzy oddziaływania FW [farmy wiatrowej – dop. J.K.] S. na sieć, sporządzonej przez Politechnikę […], potwierdzającej możliwość przyłączenia do sieci.

Przytoczony obszerny fragment uzasadnienia wyroku jednoznacznie wskazuje kierunek, w którym zmierza orzecznictwo w odniesieniu do określenia charakteru prawnego warunków przyłączenia. Niewątpliwe w orzeczeniu tym odrzucono koncepcję warunków przyłączenia jako dokumentu o charakterze informacyjnym. Wydanie warunków przyłączenia potwierdza istnienie technicznych i ekonomicznych warunków w momencie ich wydawania, jak również w okresie ich obowiązywania. Stąd sąd określił zobowiązanie przedsiębiorstwa energetycznego do zawarcia umowy o przyłączenie w sytuacji obowiązywania wcześniej wydanych przez to przedsiębiorstwo warunków przyłączenia. Jednocześnie formułując funkcje warunków przyłączenia, sąd stwierdził, że „stanowią [one – dop. J.K.] zaproszenie do złożenia przedsiębiorstwu energetycznemu oświadczenia woli przez podmiot ubiegający się o przyłączenie", które ma charakter wiążący dla przedsiębiorstwa energetycznego, to jest powoduje powstanie obowiązku zawarcia umowy o przyłączenie z zainteresowanym.

Wydanie warunków przyłączenia na podstawie art. 7 ust. 8 e PE jest poprzedzone sporządzeniem ekspertyzy wpływu tych urządzeń, instalacji lub sieci na system elektroenergetyczny. Wymóg ten dotyczy jednostek wytwórczych, których moc zainstalowana jest większa niż 2 MW, lub urządzeń odbiorcy końcowego o łącznej mocy przyłączeniowej większej niż 5 MW. Sporządzenie ekspertyzy na podstawie przytoczonego przepisu leży po stronie przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej. Ekspertyza jest podstawą do wydania lub odmowy wydania warunków przyłączenia i obejmuje dwuletni okres, na który warunki te są wydawane. Jednocześnie ekspertyza, w której stwierdza się istnienie warunków technicznych i ekonomicznych koniecznych do przyłączenia jednostek wytwór-

czych zainteresowanego podmiotu, zakłada istnienie tych kryteriów przez okres obowiązywania warunków przyłączenia. Wydanie zatem warunków przyłączenia powoduje powstanie zobowiązania po stronie przedsiębiorstwa energetycznego do zawarcia w okresie ich ważności umowy o przyłączenie. Pogląd ten potwierdza przytoczone uzasadnienie orzeczenia oraz głosy w doktrynie[36]. Należy stwierdzić, że wymóg sporządzenia ekspertyzy i obarczenie wydawanych warunków przyłączenia okresem ich ważności mijałyby się z celem w sytuacji, gdy przedsiębiorstwo energetyczne badałoby istnienie technicznych i ekonomicznych warunków przyłączenia w momencie ich wydawania, a następnie w dwuletnim okresie obowiązywania mogłoby odmówić zawarcia umowy o przyłączenie z powodu ich braku.

Nowe PE w art. 15 ust. 2 zakłada, że „warunki przyłączenia, w okresie ich ważności, stanowią zobowiązanie przedsiębiorstwa energetycznego do zawarcia umowy o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej lub do sieci ciepłowniczej z podmiotem, któremu zostały one wydane, lub z jego następcą prawnym". Usunięcie sformułowania „warunkowe" niewątpliwe ułatwi jednoznaczne ustalenie charakteru prawnego warunków przyłączenia.

Zakończenie

Kolejność rozpatrywania wniosków, ich kompletność oraz charakter prawny warunków przyłączenia stanowią istotne zagadnienia szczególnie z perspektywy podmiotów zainteresowanych wytwarzaniem energii elektrycznej z OZE. Ponieważ dostęp do sieci elektroenergetycznych jest ograniczony, data złożenia wniosku o wydanie warunków przyłączenia, a także kolejność rozpatrywania tych wniosków mogą być decydujące dla możliwości podjęcia działalności polegającej na wytwarzaniu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych. Również złożone zagadnienie charakteru prawnego warunków przyłączenia, szeroko komentowane w literaturze, ma istotne znaczenie dla inwestorów chcących podjąć działania ukierunkowane na realizację inwestycji w OZE. Ponieważ inwestycje te często wiążą się z wysokimi nakładami finansowymi, pożądane jest usunięcie wątpliwości powstałych na tle wymienionych zagadnień, mogą one bowiem powodować niepewność po stronie inwestora. Za pozytywne nale-

[36] M. Prusak, *op.cit.*

ży uznać zmiany projektowane przez ustawodawcę w ramach nowych ustaw PE i ustawy o OZE. Aktualne wersje projektów tych ustaw zdają się wyjaśniać wątpliwości, które powstały na gruncie obowiązującej regulacji.

LEGAL TERMS AND CONDITIONS OF THE RENEWABLE ENERGY SOURCES ELECTRICAL GRID CONNECTION

Summary

Requirement established for Poland, regarding participation of electric energy produced in renewable energy source at the 15% level of national electricity consumption in addition to country support system for renewable energy, caused increased interest in renewable energy investments. Administrative proceedings regarding such investments exposed legal system imperfections concerning especially the stage of the petition for terms of grid connection. Current Energy Law does not completely regulate the matter of the petition completion, order of consideration of petitions and the legal nature of such petition. Mentioned stage is about to be changed because of the new Energy Law and Renewable Energy Sources Act which are currently undergoing legislative process as a part of the Polish energy three-pack.

Translated by Jakub Kasnowski

Keywords: energy law, terms of grid connection, renewable sources

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 788 ACTA IURIS STETINENSIS 4 2013

IZABELA GAWŁOWICZ[*]
PIOTR ŁASKI
Uniwersytet Szczeciński

REFORMA EUROPEJSKIEGO SYSTEMU OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA NA TLE NIEKTÓRYCH WYROKÓW EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA PRZECIWKO WIELKIEJ BRYTANII

Streszczenie

Autorzy analizują możliwe konsekwencje trwającej właśnie kolejnej reformy europejskiego systemu ochrony praw człowieka w świetle niektórych wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przeciwko Wielkiej Brytanii (głównie z powodu zaangażowania się tego państwa w działania reformujące). Prezentują pewne wątpliwości i obawy co do kierunku i długofalowych skutków projektowanych zmian, mając na uwadze główny cel i ważną cechę europejskiego systemu ochrony praw jednostki, jaką jest jego dostępność. Wybrane orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i reakcja państw na nie ilustrują niektóre problemy z właściwym pojmowaniem roli trybunału w całym europejskim systemie ochrony i w relacji do samych państw (korzystania przez nie z suwerennych uprawnień, działalności ich organów i funkcjonowania procesu decyzyjnego, poziomu ich demokracji). Autorzy nie przesądzają, czy wzmiankowane problemy wywarły istotny wpływ na kształt obecnej reformy systemu europejskiego, a zwłaszcza tych czynników, które mogą prowadzić do ograniczenia dostępno-

[*] E-mail: izagaw@mec.univ.szczecin.pl.

ści systemu europejskiego, uznają jednak potrzebę konieczności dyskusji na ten temat, w najlepiej pojętym interesie ochrony praw jednostki.

Słowa kluczowe: zwyczaj, konstytucja, system prawa, umowa międzynarodowa, źródła prawa

Celem przedstawionych w artykule rozważań jest zasygnalizowanie pewnych uwag (refleksji, zastrzeżeń) odnoszących się do kierunków zmian, jakie zaszły, zachodzą i mają nadal zachodzić w europejskim systemie ochrony praw człowieka, ukształtowanym dzięki aktywności Rady Europy, oraz próba ustosunkowania się do owych zmian w kontekście przyszłości europejskiego systemu ochrony.

System ten w okresie swego kilkudziesięcioletniego funkcjonowania zyskał opinię najbardziej efektywnego[1] spośród systemów regionalnych z wielu przyczyn. Przede wszystkim dysponuje on mechanizmem kontrolnym, opartym na Europejskim Trybunale Praw Człowieka z siedzibą w Strasburgu (dalej: ETPC), przy czym pytanie o jego sprawność – rozumianą jako zdolność do rozpatrywania kilkudziesięciu tysięcy skarg indywidualnych rocznie (bo taka jest skala działania trybunału) – jest tutaj kwestią centralną. Jest to system z założenia dostępny dla każdej osoby, która uważa się za ofiarę naruszenia norm gwarantowanych postanowieniami europejskiej *Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* z 1950 roku. Po spełnieniu warunków opisanych w konwencji, mających głównie na celu uzupełnienie (a nie wyręczenie) systemu prawa krajowego i ograniczenie napływu skarg, oczywiście bezzasadnych, abstrakcyjnych, odnoszących się do zdarzeń, działań i decyzji mających miejsce przed wejściem jej w życie, czy spraw niemających związku z prawami gwarantowanymi przez konwencję, skarga indywidualna podlega rozpatrzeniu przez ETPC. Dostępność europejskiego systemu ochrony praw człowieka gwarantuje wiele czynników, takich jak: możliwość komunikowania się skarżącego z trybunałem w języku ojczystym do czasu przedstawienia rządowi skarżonego państwa sprawy i wezwania go przez trybunał do ustosunkowania się; wolne od kosztów sądowych postępowanie; możliwość uzyskania pomocy prawnej

[1] A nawet „najznamienitszego" – patrz: B. Gronowska, *Europejski Trybunał Praw Człowieka – na rozdrożach przełomu wieków*, w: *Księga pamiątkowa ku czci profesora Jana Białocerkiewicza*, red. T. Jasudowicz, M. Balcerzak, Toruń 2009, s. 121–134.

w trakcie postępowania; upowszechnienie szczegółowych informacji na temat postępowania przed trybunałem oraz jego orzecznictwa.

Efektywność systemu europejskiego zapewniają, z kolei, takie czynniki jak: rozpatrywanie skarg indywidualnych przez trybunał; możliwość orzeczenia odszkodowania lub zadośćuczynienia w razie stwierdzenia naruszenia przez państwo norm gwarantowanych konwencją europejską.

Ponadto z pewnością czynnikiem, który powinien dodatkowo stymulować efektywność tego systemu, powinien być rozsądny czas rozpatrywania skarg. Niestety, europejski system ochrony praw jednostki dość szybko po jego utworzeniu padł niejako „ofiarą własnego sukcesu"[2]. Uzyskanie bowiem przez jednostki prawa do występowania ze skargami indywidualnymi do ETPC dało możliwość złożenia skargi ogromnej liczbie potencjalnych skarżących (zwłaszcza w czasie gwałtownego rozszerzenia grupy państw stron konwencji), przy czym trybunał od początku nie dysponował realnymi środkami na to, by je wszystkie na bieżąco (w tak zwanym rozsądnym terminie) rozpatrywać.

Pierwsza gruntowna – dokonana na podstawie *Protokołu nr 11 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, dotyczącego przekształcenia mechanizmu kontrolnego ustanowionego przez Konwencję, sporządzonego w Strasburgu dnia 11 maja 1994 r*. (dalej: Protokół nr 11), który wszedł w życie w listopadzie 1998 roku[3] – reforma systemu europejskiego poprawiła sytuację na tyle, by skrócić czas oczekiwania na rozpatrzenie skargi i tym samym spełnić choć część pokładanych w reformie nadziei. W Protokole nr 11 przewidziano gruntowną reformę funkcjonowania mechanizmu kontrolnego konwencji, między innymi przez likwidację jednego z wcześniej funkcjonujących organów – Europejskiej Komisji Praw Człowieka, i rozbudowanie kompetencji trybunału. Protokół ten nie miał charakteru opcyjnego, został zaplanowany jako poprawka do konwencji – jego wejście w życie uwarunkowano od ratyfikowania go przez wszystkie państwa strony konwencji. Dzięki takiemu rozwiązaniu nie powstało niebezpieczeństwo związania państw stron konwencją w różnej redakcji i w konsekwencji równoległego funkcjonowania dwóch me-

---

[2] Sformułowania tego używano już przed pierwszą znaczącą reformą systemu europejskiego, której dokonano na podstawie Protokołu nr 11. Por. A. Bisztyga, *Droga do reformy Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, w: *Prawa człowieka*, Humanistyczne Zeszyty Naukowe nr 2 (10), Katowice 1995, s. 32. Szerzej: A. Bodnar, *Skuteczność europejskiej konwencji praw człowieka w Polsce*, w: *Prawo w dobie globalizacji*, red. T. Giaro, Warszawa 2010, s. 193–196.

[3] Dz.U. 1998, nr 147, poz. 962.

chanizmów kontrolnych (poprzedniego i zreformowanego). Wprawdzie w trakcie dyskusji poprzedzających reformę nie brakowało zwolenników takiego tymczasowego rozwiązania, ostatecznie uznano je za zagrożenie dla jednolitości orzecznictwa, dla przejrzystości procedury, dla skuteczności wreszcie całego systemu[4].

Jednocześnie bieżące kształtowanie się systemu ochrony praw jednostki ujawniało (dużą) skalę naruszeń tych praw i liczba skarg nadal szybko się zwiększała (rósł także stopień ich skomplikowania z powodu wzrastającej świadomości tak prawnego, jak i politycznego znaczenia ochrony praw człowieka oraz, po prostu, świadomości możliwości, jakie daje indywidualna skarga[5]). Kolejne państwa przyjmowały konwencję, a wiedza o europejskim systemie ochrony praw człowieka stawała się coraz bardziej dostępna i powszechna, co przekładało się na coraz lepsze przygotowanie skarg, a tym samym na coraz większe i nadal rosnące obciążenie trybunału oraz jego słabnącą efektywność[6].

Potrzeba dokonania kolejnych reform pojawiła się zatem bardzo szybko (podniesiono to po raz pierwszy po wejściu w życie Protokołu nr 11 już na konferencji ministerialnej w Rzymie, w listopadzie 2000 roku), jednak ich przygotowanie, podobnie jak w przypadku pierwszej reformy, było długotrwałym procesem. Ważnym etapem precyzującym konkretne zamiary przeprowadzenia reformy była konferencja w Interlaken[7], która odbyła się w lutym 2010 roku, a została zakończona przyjęciem deklaracji[8] i planu działania, stanowiących podstawę do przeprowadzenia tak zwanej uproszczonej procedury zmiany konwencji. Ostatecznie kolejnych reform europejskiego systemu ochrony dokonano na podstawie *Protokołu nr 14 do Konwencji o ochronie praw człowieka i pod-*

---

[4] A. Bisztyga, *Reforma Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Humanistyczne Zeszyty Naukowe nr 3 (11), Katowice 1996, s. 17.

[5] W Europie Środkowej i Wschodniej, w tworzących się dopiero systemach demokratycznych, system europejski dodatkowo stanowi czynnik wspomagający tworzenie bądź odtwarzanie katalogu praw podstawowych, zasad prawa – jak zauważyło to w jednym ze swoich zaleceń Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, A. Bisztyga, *op.cit*., s. 16.

[6] Patrz wyczerpujące i niezwykle interesujące opracowanie na ten temat: M. Lubiszewski, *Zwiększenie efektywności Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w świetle prac nad reformą konwencyjnego systemu kontrolnego*, w: *Problemy z sądową ochroną praw człowieka*, red. R. Sztychmiler, J. Krzykowska, Olsztyn 2012, t. 2, s. 459–474.

[7] Na stronie Rady Europy działania podejmowanie po konferencji w Interlaken określa się nawet jako „proces Interlaken" czy „postInterlaken".

[8] Tekst dostępny na stronie http://www.europapraw.org/files/2011/ 06/20110428_Declaration_Izmir_en.pdf, data pobrania: 7.06.2011.

stawowych wolności zmieniającego system kontroli Konwencji, sporządzonego w Strasburgu dnia 13 maja 2004 r.[9] W kwietniu 2011 roku w Izmirze przyjęto kolejną deklarację w sprawie przyszłości trybunału strasburskiego, a 18–20 kwietnia 2012 roku, z inicjatywy Wielkiej Brytanii, odbyła się międzynarodowa konferencja, na której przyjęto tak zwaną deklarację z Brighton, wskazując kierunki kolejnych zmian, jakie mają nastąpić w procedurze kontrolnej europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Brytyjskie przewodnictwo w Komitecie Ministrów Rady Europy przebiegało między innymi pod znakiem akcentowania konieczności przeprowadzenia reformy tej procedury, co zresztą zauważano od dawna i czego w zasadzie nikt nie kwestionuje. Pewną nowością w postawie akurat Wielkiej Brytanii są próby ograniczenia wpływu ETPC na prawo i praktykę krajową, ich przyczyn nietrudno się domyślić.

Wśród różnych opinii, jakie towarzyszyły i nadal towarzyszą funkcjonowaniu europejskiego systemu ochrony praw człowieka, pojawił się między innymi głos brytyjskiego sędziego ETPC Nicolasa Bratzy[10] w sprawie przyczyn krytycznego „brytyjskiego" podejścia do działalności i roli trybunału, wskazując jako główne: rosnącą liczbę toczących się spraw oraz nadmierną gotowość do podejmowania decyzji całkowicie odmiennych od tych powziętych przez organy krajowe i kształtowania na sprawę własnego punktu widzenia. Sfera ochrony praw człowieka jako jedna ze sfer regulowanych przede wszystkim przez prawo międzynarodowe publiczne i mająca pewne cechy dla tej dziedziny prawa charakterystyczne, z natury rzeczy nie jest wolna od związków ze sferą polityki państw, a stąd już tylko krok do kwestii suwerenności państwowej, pojmowania roli państwa w świecie i wobec jednostki. Jedną ze specyficznych cech prawa międzynarodowego publicznego jest jego „zachodzenie" w sferę polityki, co powoduje, że prawa i polityki nie daje się całkowicie oddzielić. Argumenty polityczne w jakiejkolwiek kwestii mają jednak ten istotny defekt, że to, co jest „za" dla jednego państwa, może być „przeciwko" dla innego. Państwa będące stronami europejskiej konwencji praw człowieka prezentują różne podejścia do kwestii relacji między nimi a trybunałem oraz do kwestii („politycznego") odbioru wyroków trybunału. Część z nich ma problemy z imple-

[9] Dz.U. 2010, nr 90, poz. 587.

[10] http://www.independent.co.uk/opinion/commentators/nicolas-bratza-britain-should-be-defending-european-justice-not-attacking-it-6293689.html, data pobrania: 12.01.2012.

mentacją tych wyroków niekoniecznie dlatego, że są one kontrowersyjne, bywa i tak, że państwo wyrok (wyroki) trybunału kontestuje i we własnych sprawach.

Wielka Brytania nie należy w tej grupie do liderów, jednak przez wiele ostatnich lat niektóre orzeczenia ETPC w Wielkiej Brytanii postrzegano jako kontrowersyjne czy wręcz kolidujące z państwową suwerennością. Autorzy artykułu postanowili posłużyć się przykładem Wielkiej Brytanii głównie z powodu jej zaangażowania w prace nad reformą europejskiego systemu ochrony praw człowieka, a nie dlatego, by dała się ona poznać jako państwo szczególnie przeciwko trybunałowi „zbuntowane". Determinacja Wielkiej Brytanii w zakresie podejmowania prób na rzecz ocalenia tak prestiżu, jak i efektywności trybunału, jest oczywista. I choć analiza spraw, w których wyrok trybunału budził po stronie Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej poważny sprzeciw, nie jest przedmiotem niniejszego opracowania, to warto wspomnieć o kilku z nich, zwłaszcza tych, które były związane z ekstradycją. One to właśnie ukazują, że na styku działań mających zagwarantować bezpieczeństwo państwa i takie monitorowanie władzy państwowej, by nie mogła naruszać praw jednostki, pojawiają się coraz częściej dylematy, których rozwiązaniem nie jest dokonanie prostego wyboru „za" czy „przeciw".

W sprawie *Soering przeciwko Wielkiej Brytanii*[11] ETPC uznał, że zastosowanie wobec skarżącego ekstradycji naraziłoby go na nieludzkie lub poniżające traktowanie, którego zakaz wyrażono w art. 3 konwencji. W tej sprawie[12] argumentację trybunału co do „potrzeby znalezienia sprawiedliwej równowagi pomiędzy potrzebami ogólnie pojętego interesu społeczności a wymaganiami ochrony praw podstawowych osób fizycznych"[13] rząd brytyjski interpretował jako dorozumiane ograniczenie ochrony praw jednostki wynikającej z art. 3 EKPC z korzyścią dla ochrony bezpieczeństwa państwa, nie zważając na wielokrotnie artykułowany w orzeczeniach ETPC absolutny charakter prawa gwarantowanego przez art. 3 EKPC. Rząd brytyjski przypisywał w tej sprawie względom ochrony bezpieczeństwa państwa prymat nad ochroną praw jednostki,

[11] *Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*. *Wyrok z 7 lipca 1989, skarga nr 14038/88*, tekst orzeczenia: http://hudoc.echr.coe.int/, data pobrania: 12.06.2012. Patrz również: R.B. Lillich, *The Soering case*, „The American Journal of International Law" 1991, vol. 85, no. 1, s. 128–149.

[12] *Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu. Wyrok z 7 lipca 1989*... Patrz także R.B. Lillich, *op.cit.*

[13] B. Rudolf, *Chahal v. United Kingdom, no. 70/1995/576/662*, „The American Journal of International Law" 1998, vol. 92, no. 1, s. 70–74.

czemu trybunał w swym orzeczeniu wyraźnie się sprzeciwił. Przeciwstawienie ochrony praw jednostki (nieszczególnie – dodajmy – w państwie tym pożądanej i w opinii rządu tego państwa – wręcz mu zagrażającej) interesowi i bezpieczeństwu państwa jest problemem leżącym w sferze pojmowania suwerenności państwa. Owo pojmowanie suwerenności na przestrzeni dziejów już przeszło i nadal przechodzi znaczącą ewolucję, czemu bez wątpienia przysłużyły się międzynarodowe systemy ochrony praw jednostki. To one stopniowo zmobilizowały państwa do modyfikacji absolutnego pojmowania suwerenności państwowej, choć można odnieść czasami wrażenie, że tęsknota za owym absolutyzmem pozostaje we władzach państw ciągle żywa. Niezależnie jednak od ludzkich zakusów na przywrócenie wyłącznej roli państwa w świecie i w prawie międzynarodowym (czemu absolutne pojmowanie suwerenności bardzo by sprzyjało), faktem od lat pozostaje rozwój systemów ochrony praw człowieka i ustalenie prawidłowych relacji między środkami ochrony bezpieczeństwa państwa a jego instytucjami ochrony praw człowieka w sytuacjach, w których mogą one powodować kolizje, co jest dla państwa kwestią pierwszoplanową i podlega swoistej międzynarodowej kontroli.

Podobny jak w sprawie *Soering przeciwko Wielkiej Brytanii* „konflikt opinii" rysuje się w wielu następnych sprawach rozpatrywanych przez ETPC, których stroną była Wielka Brytania.

W sprawie *Chahal przeciwko Wielkiej Brytanii*[14] trybunał uznał, że ekstradycja skarżącego do Indii stwarza realne ryzyko narażenia go na nieludzkie lub poniżające karanie bądź traktowanie, co stanowiłoby naruszenie przez Wielką Brytanię art. 3 EKPC. Trybunał w tej sprawie wskazał na bezwzględny obowiązek przestrzegania norm wynikających z art. 3, w tym na przeanalizowanie, jakie mogą być ewentualne skutki dokonania ekstradycji i to niezależnie od trudności, na jakie państwo napotyka, chroniąc się przed działalnością terrorystyczną, i niezależnie od niebezpieczeństwa zagrażającego narodowi[15].

W sprawie *D. przeciwko Wielkiej Brytanii* w opinii trybunału kurier narkotykowy, zakażony AIDS, nie mógł być wydalony z terytorium Wielkiej Bryta-

[14] *Orzeczenie z 15 listopada 1996 r*., Reports of Judgments and Decisions 1996 – V, raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 27 czerwca 1995 r., skarga nr 22414/93.

[15] Według Johna Dugarda i Christine Van den Wyngaert nie ma możliwości manipulowania (balansowania) interesami (jednostki i społeczności), jeśli w grę mogą wchodzić tortury: J. Dugard, Ch. Van den Wynagert, *Reconciling extradition with human rights*, „The American Journal of International Law" 1998, vol. 92, no. 2, s. 187–212.

nii, ponieważ stan zaawansowania jego choroby naraziłby go podczas deportacji na umieranie w nieludzkich warunkach (między innymi bez wsparcia rodziny i przyjaciół, bez opieki medycznej, zakwaterowania i wsparcia socjalnego), co, z kolei, stanowiłoby naruszenie art. 3 konwencji. Wprawdzie w opinii ETPC skarżący nie znalazłby się w razie deportacji w sytuacji odmiennej niż inne osoby chore na AIDS, jednak z uwagi na fakt, iż komfort i długość jego życia zależały wyłącznie od wykwalifikowanej pomocy medycznej świadczonej na wysokim poziomie, jaką w Wielkiej Brytanii otrzymywał, a okoliczności sprawy ze względu na stan zdrowia skarżącego były wyjątkowe, trybunał orzekł, że deportacja D. w jego krytycznym stanie zdrowia faktycznie naraziłaby go na realne ryzyko utraty życia, a zatem stanowiłaby naruszenie standardów gwarantowanych przez art. 3 konwencji[16].

Wreszcie – niejako z ostatniej chwili – chyba najbardziej kontrowersyjna i bulwersująca Brytyjczyków sprawa radykalnego muzułmańskiego mułły, Jordańczyka Abu Katady, uważanego za współpracownika Osamy bin Ladena i ostoję Al-Kaidy[17], którego skargę przeciwko Wielkiej Brytanii ETPC w styczniu 2012 roku ETPC uznał za zasadną, przyjmując, iż w Jordanii, do której Brytyjczycy chcieli Abu Katadę deportować (próby pozbycia się Jordańczyka ponawiano przez kilka lat), czekałyby go tortury. Dopiero orzeczenie Wielkiej Izby odrzucające odwołanie Abu Katady od decyzji o wznowieniu procedury ekstradycyjnej uspokoiło nieco brytyjską opinię publiczną.

Jak słusznie zauważyła Martyna B. Wilbrandt-Gotowicz, „system europejskiej konwencji praw człowieka czerpie swą wiarygodność i wyjątkowość z upodmiotowienia osób, dla straży których został ustanowiony”[18]. Słowa te wydają się symptomatyczne w obliczu zachodzących aktualnie i być może nadchodzących zmian w systemie europejskim. Powstaje bowiem wiele istotnych wątpliwości co do tego, czy owe zmiany nie zatrzymają procesu upodmiotowienia jednostki, czy nie zmierzają znowu tam, gdzie ochrona praw jednostki

---

[16] J. Kokott, H. Berger-Kerkhoff, *H.L.R. v. France. 1997 Reports of Judgements and Decisions 745 / D. v. United Kingdom 1997. Reports of Judgements and Decision 777*, „The American Journal of International Law” 1998, vol. 92, no. 3, s. 524–528.

[17] http://www.bbc.co.uk/news/uk, data pobrania: 9.05.2012. Abu Katada został ostatecznie deportowany 7 lipca 2013, już po złożeniu artykułu do druku, źródło: http://www.bbc.co.uk/news/uk-23213740 data pobrania: 7.07.2013.

[18] M.B. Wilbrandt-Gotowicz, *Reforma systemu europejskiej konwencji praw człowieka*, Toruń 2007, s. 5.

odbywa się za pośrednictwem państwa, gdzie dla indywidualnego skarżącego istniejący w Europie system będzie dostępny jedynie teoretycznie, o ile kwestia naruszenia jego praw nie stanowi „nowego" i „istotnego" problemu z punktu widzenia całego systemu oraz całości orzecznictwa ETPC. Zarówno deklaracje z Interlaken i z Brighton, jak i stanowisko grupy ewaluacyjnej powołanej przez Komitet Ministrów Rady Europy w celu zbadania sprawności rozpatrywania spraw przez ETPC oraz stanowisko Grupy Mędrców podkreślają znaczenie skargi indywidualnej jako kluczowego – najcenniejszego – elementu (kamienia węgielnego) europejskiego mechanizmu kontrolnego. Wypada się jednak zastanowić, czy „śrubowanie" zasady subsydiarności jako dodatkowego czynnika filtrującego, mającego ograniczyć napływ skarg do trybunału, nie przeczy tym deklaracjom. Wprowadzenie możliwości uznania skargi za niedopuszczalną, jeśli skarżący nie doznał znaczącego uszczerbku, czy wprowadzenie systemu opłat za wniesienie skargi rodzą poważny niepokój o dalsze losy tej procedury.

Z pewnością wyważenie z jednej strony ochrony praw jednostki (konkretnego skarżącego) i celu, jakim jest usprawnienie funkcjonowania poważnie przeciążonego systemu, a odgrywającego niezwykle istotną rolę w skali regionu, jest wyzwaniem. Z pewnością skargi abstrakcyjne czy bezzasadne stanowią poważne dla niego obciążenie, podobnie jak – choć z innych względów – liczne skargi o podobnym charakterze (repetytywne). Wydaje się jednak, że organizacje pozarządowe, zainteresowane przecież zwłaszcza interesem potencjalnych skarżących, chcąc reformy co do zasady, protestują jednocześnie przeciwko niektórym zachodzącym w europejskim systemie ochrony praw człowieka zmianom[19], a przede wszystkim przeciwko niektórym zmianom w projektowanym systemie. Słusznie podnoszą argumenty, iż siłą trybunału jest jego dostępność, niezależność od czynników politycznych, autorytet. Słusznie wskazują, iż jedynie silny trybunał, dostępny dla każdego, kto uważa się za ofiarę naruszenia praw gwarantowanych konwencją, może stanowić ostoję najbardziej efektywnego systemu ochrony praw człowieka. Autorzy mają poważne obawy, iż projektowane w europejskim systemie ochrony praw człowieka zmiany mogą spowodować ograniczenie roli samego trybunału w tym systemie, a w konsekwencji – ograniczenie roli systemu europejskiego w sferze ochrony praw jednostki.

[19] http://www.hfhr.pl/konsultacje-spoleczne-z-organizacjami-pozarzadowymi-na-temat-reformy-europejskiego-trybunalu-praw-czlowieka/, data pobrania: 10.02.2011.

THE REFORM OF THE EUROPEAN SYSTEM FOR HUMAN RIGHTS PROTECTION IN THE CONTEXT OF THE CHOSEN EUROPEAN HUMAN RIGHTS TRIBUNAL'S JUDGMENT'S AGAINST GREAT BRITAIN

Summary

The authors examine the possible effects of the pending reform of the European human rights system in the light of some European Court's of Human Rights (ECHR) judgments against Great Britain (much because of this country involvement in the process). The authors share some fears and doubts about the shape of this reform and it's possible long-term effects in the perspective of the most important aim of the European system which was always it's accessibility to the individuals. The chosen judgments and mostly country reactions to them illustrate some problems with understanding the role of ECHR in the whole European law system (seeing in the most possible broad sense) and in relation to the state itself (it's organs functioning and decisions-making, it's sovereignty, it's democracy level ects.). The authors do not predestine whether those problems had any meaningful impact on the shape of the European system reform (especially this part which is a way to limit the access to the Tribunal), but they want to put this important question to the public debate due to the best human rights interest.

Translated by Izabela Gawłowicz

Keywords: custom, constitution, system of law, International agreement, sources of law

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 788 ACTA IURIS STETINENSIS 4 2013

ALEKSANDRA MONARCHA-MATLAK[*]
Uniwersytet Szczeciński

CLOUD COMPUTING – PRZETWARZANIE W CHMURZE

Streszczenie

W artykule poruszono problematykę *cloud computing* w obszarze obowiązującej obecnie dyrektywy w sprawie ochrony danych osobowych, przyszłych przepisów unijnych oraz krajowych przepisów dotyczących ochrony danych osobowych. Perspektywa porównawcza umożliwiła sformułowanie istotnych wniosków wskazujących między innymi, że ani dyrektywa, ani nowe rozporządzenie unijne nie rozwiązują dotychczasowych problemów. Opisano podstawowe zagadnienia dotyczące przetwarzania w chmurze, wskazując jednocześnie jego wady i zalety. Nowe rozwiązania technologiczne sprawiły, że chmury stały się zjawiskiem ponad granicami i podziałami. Dla prawidłowego przetwarzania w chmurze konieczne jest stworzenie pewności prawnej, uproszczenie środowiska normatywnego oraz zapewnienie jasnych reguł dotyczących przesyłania danych za granicę.

Słowa kluczowe: chmura, przetwarzanie, ochrona danych, rozporządzenie o ochronie danych, prawo unijne

[*] E-mail: a.monarcha@mec.univ.szczecin.pl.

Zagadnienia ogólne

Cloud computing jest prostym pomysłem z olbrzymią siłą oddziaływania – zamiast indywidualnie eksploatować aplikacje na własnych komputerach, można uruchomić aplikacje na serwerach ośrodka obliczeniowego zarządzanego przez usługodawcę. Użytkownik tylko loguje się, dokonuje zmiany ustawień, w zależności od potrzeb, i zaczyna pracować.

Cloud computing to grupy komputerów, których nie widzimy, nie *odwiedzamy*, są w *chmurach*, zawsze blisko nas. Podstawowym celem usługi *cloud* jest przeniesienie danych tam, gdzie dostępne są zasoby *wolnej pamięci procesorów*, czyli do dostawców usług *cloud computing* (dalej: c.c.).

Dostawcy usług c.c. powinni zapewnić dostawy usług zgodnie z prawem ochrony danych osobowych. Obok wymogów: poufności, integralności, dostępności danych, powinni także zapewnić możliwość wpływania na przetwarzanie danych oraz ponosić odpowiedzialność za przetwarzanie danych w c.c.[1] Informacje usługodawców powinny być transparentne, otwarte co do wykazywanych ramowych warunków technicznych, organizacyjnych i prawnych oferowanych przez nich usług c.c. Dotyczy to także koncepcji bezpieczeństwa. Jednocześnie użytkownik usług c.c. powinien uzyskać informacje pozwalające na dokonanie wyboru między oferentami usług oraz sam powinien rozstrzygnąć, czy w ogóle będzie korzystał z tego typu usług. W świetle takich rozważań należałoby przyjąć za regułę, że usługi c.c. powinny być kształtowane zgodnie z prawem ochrony danych osobowych oraz dawać możliwość odwołania się do innych przepisów prawa.

Od dostawców usług c.c. należy wymagać:

- jednoznacznych, transparentnych, szczegółowych informacji o przetwarzaniu danych w chmurze, w szczególności o miejscu ich przetwarzania, o zmianie tego miejsca, o interoperacyjności;
- wdrożenia uzgodnionych środków bezpieczeństwa danych i to zarówno po stronie usługodawcy, jak i usługobiorcy;
- aktualnych dokumentów, na przykład certyfikatów bezpieczeństwa informacji, certyfikatów uznanych i niezależnych organizacji kontrolnych

[1] Usługi c.c. nie mogą prowadzić do tego, iż podmioty przetwarzające dane nie będą ponosiły odpowiedzialności za przetwarzanie niezgodnie z przepisami prawa. Stanowisko takie w pełni zasługuje na poparcie.

badających stan infrastruktury, która będzie używana przy świadczeniu usługi c.c.

Przedstawione uwagi skłaniają do wskazania celów szczegółowych, do których powinny dążyć podmioty świadczące usługi c.c., by prawidłowo *działała* chmura. Są to: 1) stworzenie pewności prawnej; 2) uproszczenie środowiska regulacyjnego (normatywnego); 3) zapewnienie jasnych reguł dotyczących przesyłania danych za granicę[2].

1. *Cloud computing* a ochrona danych w UE

Komisja Europejska zaproponowała nowy projekt rozporządzenia, który ma zastąpić unijną dyrektywę o ochronie danych[3]. Celem zmian wprowadzonych w rozporządzeniu jest zwiększenie możliwości rozwoju firm, które chcą prowadzić interesy na terenie Unii Europejskiej, zapewniając jednocześnie wysoki poziom ochrony danych osobowych. Pojawia się od razu pytanie, w jakim stopniu proponowane rozporządzenie wpłynie na użytkowanie *cloud computing* w Unii Europejskiej.

Nowe rozporządzenie stanowi część ogólnej strategii unijnej, tak zwanej ekonomii cyfrowej ujawnionej w dokumencie z 2010 roku *Digital agenda for Europe*. Celem do osiągnięcia jest stworzenie jednolitego rynku cyfrowego, bardziej jednolitego przede wszystkim dla konsumentów, ale także dla konkurencyjności. Ma to pozwolić na opracowanie w przyszłości światowego standardu ochrony danych.

---

[2] Coraz częściej daje się zauważać ostre stanowiska przeciwko amerykańskim dostawcom usług *cloud* (np. stanowisko rządu holenderskiego). Argumentacją jest to, że zgodnie z amerykańskim *Patriot Act* dostawcy usług są zobowiązani na żądanie władz amerykańskich dostarczać wszelkich danych usługobiorców, nie informując jednocześnie o tym zainteresowanych.

[3] W tej części pracy wykorzystano opracowanie: *Cloud computing under the European Commission`s proposed regulation to revise the EU data protection framework*; Bloomberg BNA, World Data Protection Report, February 2012, vol. 12, no. 2 oraz Dyrektywę 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, Dz. Urz. L 281 z 23.11.1995 (dalej: dyrektywa), Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Bruksela, 25.01.2012, COM (2012) 11 final, 2012/0011 (COD) (dalej: rozporządzenie).

Komisja zaproponowała zakładanie serwerów chmurowych w Unii Europejskiej i na obszarze Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Obecnie wiele ważnych ośrodków obliczeniowych znajduje się poza tymi obszarami. Jednocześnie chodzi o wyważenie interesu tak zwanego programu cyfrowego dla Europy z potrzebą ustanowienia adekwatnych zabezpieczeń transferu danych poza Unię Europejską. Problemy prawne jednostek unijnych (zarówno sektora publicznego, jak i prywatnego), które chciałyby powierzyć swoje dane, są dobrze znane i skupiają się wokół dwóch zagadnień:

1. Czy właściwe jest, aby klient usług c.c. powierzał bezpieczeństwo danych osobowych dostawcy tych usług?
2. Czy powinien to uczynić, jeśli dane te będą przechowywane poza granicami Unii Europejskiej?

Przepisy rozporządzenia podnoszą jeszcze inne zagadnienia, które będą się odnosiły do *cloud computing*, a mianowicie podwyższony reżim egzekucji, na przykład kary pieniężne, i obowiązek notyfikacji awarii bezpieczeństwa.

2. Dyrektywa a rozporządzenie

W dyrektywie unijnej nr 95/46 poczyniono rozróżnienie między administratorem danych a przetwarzającym; rozciąga się ono na wszystkie postanowienia dyrektywy. Administrator, zgodnie z dyrektywą, ponosi przeważającą odpowiedzialność prawną, podczas gdy przetwarzający nie ponosi takiej odpowiedzialności, ma jedynie dochować zobowiązań kontraktowych zawartych z administratorem danych. W proponowanym nowym rozwiązaniu definicje administratora i przetwarzającego generalnie pozostają te same. Jako odejście od obecnego stanowiska w rozporządzeniu proponuje się, aby przetwarzający również ponosił odpowiedzialność za bezpieczeństwo (art. 30 rozporządzenia). Ponadto organy nadzorcze będą miały możliwość wyegzekwowania przestrzegania postanowień rozporządzenia i to nie tylko tych, które stwierdzają, że są obowiązkiem przetwarzającego (art. 52 ust. 1 lit. a oraz art. 53 rozporządzenia), w szczególności art. 27 rozporządzenia zezwalający na przetwarzanie danych tylko na polecenie administratora danych lub z mocy przepisów UE albo państwa członkowskiego. I tak, art. 28 wymaga od przetwarzającego i administratora adekwatnej dokumentacji przetwarzania danych, natomiast art. 29 zobowiązuje administratora i przetwarzającego do współpracy z organem nadzorczym.

Obecnie wielu dostawców usług c.c. twierdzi, że powinni być uważani tylko za przetwarzających i w ten sposób unikaliby obowiązków nałożonych na administratorów danych. W opinii Grupy Roboczej Art. 29 nie jest absolutnie pewne, czy tak też będzie w oczach regulatorów i ustawodawcy. Chociaż definicje pozostały te same, to ich interpretacja wcale nie prowadzi do jednoznacznych wniosków. Wątpliwości nadal pozostają, czy dostawca usług c.c. jest przetwarzającym czy administratorem.

3. Bezpieczeństwo przetwarzania

Artykuł 30 rozporządzenia wymaga zarówno od administratora, jak i przetwarzającego zapewnienia odpowiednich środków bezpieczeństwa oraz – zgodnie z art. 26 i art. 6 – uznaje się, że warunkiem koniecznym przetwarzania jest zawarcie umowy. Pojawiają się jednak nowe postanowienia, które mogą się utrwalić. Mianowicie, dostawca usług c.c. w porównaniu z treścią obecnej dyrektywy nie będzie mógł pozyskać innego przetwarzającego (art. 26 ust. 2 pkt d) bez zgody administratora. Uniemożliwi to dostawcy usługi typu SaaS użytkowanie usługi IaaS innego dostawcy bez zezwolenia klienta[4]. Oczywiste jest, że dostawcy usług będą stosowali generalne klauzule pozwalające na zawarcie umów z poddostawcami według uznania, trudno jednak stwierdzić, czy to w oczach regulatorów będzie oznaczało wypełnienie postanowień rozporządzenia.

---

[4] Usługi SaaS, PaaS, IaaS, czyli oprogramowanie jako usługa SaaS, w której ramach klient otrzymuje najbardziej rozbudowany model chmury. Dostawca dostarcza klientowi wszystko, czyli infrastrukturę i aplikacje. Użytkownik użytkuje bezpośrednio aplikacje, nie musi nic rozmieszczać w chmurze. Aplikacje są dostępne z różnych urządzeń klienckich, np. wyszukiwarka sieciowa albo interfejs programowy.
Platforma jako usługa – PaaS, oznacza zdolności obliczeniowe udostępnione użytkownikowi. Mają one umożliwić rozmieszczenie przez użytkownika aplikacji zakupionych lub stworzonych przez niego samego. Stworzonych przy użyciu języka oprogramowania, narzędzi dostarczanych przez dostawcę. Nie oznacza to zakazu *a priori* używania języków oprogramowania z innych źródeł. Użytkownik nie zarządza i nie kontroluje infrastruktury chmury obejmującej serwery, nośniki danych. Ma kontrolę nad rozmieszczonymi aplikacjami i ustawieniami aplikacyjnymi środowiska, w którym działa aplikacja.
Infrastruktura jako usługa IaaS – to jest zestaw sprzętu i oprogramowania, które umożliwia funkcjonowanie c.c. Infrastrukturę można rozpatrywać w podziale na warstwę fizyczną (zasoby sprzętowe niezbędne do wsparcia usług chmury, serwer, nośniki danych, składniki sieci) i warstwę *abstrakcji*, na którą składa się oprogramowanie zawieszone na warstwie fizycznej. To oprogramowanie wykonuje podstawowe cechy chmury (samoobsługa, swobodny dostęp przez sieć, agregacje zasobów niezależnie od lokalizacji, elastyczność, płatność tylko za wykorzystane zasoby). Koncepcyjnie warstwa *abstrakcji* znajduje się ponad warstwą fizyczną.

Umowa musi być zawarta na piśmie i zobowiązywać dostawcę przetwarzającego do działania zgodnie z zasadami przetwarzania danych osobowych. Rozporządzenie proponuje te same zadania, jakie były przewidziane w dyrektywie, dla upewnienia się, czy administrator danych podejmuje odpowiednie działania, delegując zadania do przetwarzającego.

Rozporządzenie nie usuwa trudności, na jakie napotyka obecnie klient, który musi zaakceptować *standardowe* bezpieczeństwo oferowane przez dostawców.

Dostawca powinien podejmować racjonalne wysiłki dla zapewnienia bezpieczeństwa danych. Bardziej dociekliwi klienci będą starali się uszczegółowić, co faktycznie powinno być zapewnione. W ostateczności jednak będą musieli zaufać dostawcom chmur.

Ekonomika chmury zależy od rentowności, zależy także od tego, czy jest to oferta standardowa, czy też adresowana do wielu indywidualnych użytkowników. Z tego względu dostawca nie będzie w stanie dostosować swoich mechanizmów bezpieczeństwa do specyficznych klientów.

Zamiar wprowadzenia zmian w reżimie egzekucyjnym spowoduje, że klienci będą ostrożniejsi, a dostawcy – zwłaszcza amerykańscy (pomimo dużej liczby protestów z ich strony) – będą tymi, od których będzie można żądać odszkodowania oraz na których mogą być nałożone wysokie kary (chociaż projekt rozporządzenia nie odnosi się do tego problemu).

4. Prawo do kontroli

Zgodnie z unijną dyrektywą (art. 17 ust. 2) administrator musi zapewnić środki bezpieczeństwa, zgodnie z przepisami, u przetwarzającego. Często jest to interpretowane jako żądanie fizycznej możliwości zbadania urządzeń dostawcy (usługodawcy). W praktyce jest to jednak trudne do spełnienia, zwłaszcza w kontekście usług c.c. Nadal nic się nie zmieniło i chmura nie została *wyzwolona.*

Takie postawienie sprawy odnośnie do fizycznego zbadania urządzeń wydaje się dyskusyjne z kilku powodów. Jest ono między innymi utrudnione przy kompleksowym pozyskiwaniu usług c.c., obejmującym lokalizację danych na wielu serwerach, z wieloma użytkownikami, do tego w nieokreślonych bliżej lokalizacjach. Usługi mogą być świadczone jednocześnie lub podyktowane

nieustannie zmieniającą się sytuacją, albo świadczone jednocześnie w wielu miejscach. Chcąc wyegzekwować stosowanie takiego przepisu, prawie niemożliwe stanie się korzystanie z usług c.c. w przypadku, gdy będziemy mieli do czynienia z danymi osobowymi. Ten aspekt bezpieczeństwa może być zrealizowany za pomocą innych środków kontroli, na przykład pełnego monitoringu i raportowania przez dostawcę usługi c.c. lub poddanie się pełnej certyfikacji bezpieczeństwa przez akredytowaną organizację.

5. Transgraniczny przesył danych

Wiele negatywnych komentarzy dotyczących możliwości korzystania z usług c.c. oferowanych przez Stany Zjednoczone Ameryki (gdzie ma siedzibę większość dostawców usług c.c.) dotyczy nienależytego poziomu ochrony danych osobowych w myśl przepisów unijnej dyrektywy.

Niektórzy z większych dostawców usług IaaS twierdzą, że przynajmniej w niektórych oferowanych przez nich usługach dane pozostaną w *serwerowniach* zlokalizowanych na obszarze Unii Europejskiej. Inni natomiast otwarcie przyznają, że dane nie pozostaną na jej terenie. W takim przypadku należałoby wdrożyć jeden z mechanizmów, który upoważniałby do przesyłu danych zgodnie z zasadą, że przekazanie może nastąpić tylko wtedy, gdy zapewniony będzie odpowiedni poziom ochrony, to jest zachowana będzie praworządność w tym zakresie oraz będzie istniał i skutecznie działał niezależny organ nadzorczy.

6. Stanowisko pod rządami dyrektywy

W literaturze prawniczej pojawiły się następujące opcje (koncepcje) dotyczące bezpieczeństwa danych w *chmurze*. Ma być ono zapewnione przez przyjęcie następujących zasad:

1. Dane będą przechowywane w krajach europejskich lub w państwie zapewniającym odpowiednią ochronę danych osobowych (co, oczywiście, wyklucza Stany Zjednoczone Ameryki jako dostawcę usług c.c.).
2. Amerykański dostawca usług c.c. powinien znajdować się na liście Safe Harbor.

3. W umowach powinny mieć zastosowanie klauzule standardowe, które działają dobrze z punktu widzenia klienta, nie są jednak dobrze widziane przez dostawców, gdyż zmuszają ich do zaakceptowania dodatkowych warunków odpowiedzialności.
4. Klient powinien mieć możliwość kontroli i oceny bezpieczeństwa swoich danych. Użytkownik sam ocenia, czy wszystko jest w porządku (takie rozwiązanie jest przyjęte w Wielkiej Brytanii i w niektórych krajach UE), to znaczy może dojść do wniosku, że przekazane dane osobowe są należycie chronione. Dotyczy to sytuacji, gdy dane nie są szczególnie wrażliwe; zachowano należytą staranność ochrony danych wrażliwych; zadbano, aby w umowie znalazły się odpowiednie klauzule dotyczące bezpieczeństwa; gdy dostawca chmury jest renomowaną firmą.

7. Inne metody

Dla kompletności rozważań warto zauważyć, że istnieją także inne metody transferu danych, które nie są jednak pomocne w większości rozwiązań świadczonych w ramach usług c.c. Ułatwiają one jedynie transfery w ramach grup (lub w grupie) i jako takie mogą być użyteczne w odniesieniu do chmur prywatnych. Konieczne jest wówczas uzyskanie zgody osób, których dane dotyczą, na transfer danych oraz wskazanie, gdzie mają być przekazane. Koniecznym warunkiem dokonania transferu jest również zawarcie umowy z osobą, której dane dotyczą.

8. Sytuacja pod rządami rozporządzenia

Rozporządzenie obiecuje harmonizację zarządzania usługami c.c. również dzięki temu, że ma być stosowane bezpośrednio we wszystkich państwach. Zakłada ono, że narodowi regulatorzy będę postępowali spójnie w zakresie stosowania podstawowych reguł. W rozporządzeniu przewidziano następujące opcje:

1. Przechowywanie danych będzie mogło mieć miejsce na terenie Unii Europejskiej lub w innym państwie aktywnie odpowiadającym za

ochronę danych. W rozporządzeniu proponuje się większą precyzję co do tego, czym jest *odpowiedzialność*.

2. Przyjęcie postanowień Safe Harbor w związku z art. 41 rozporządzenia.
3. Zastosowanie klauzul standardowych pozostanie rozwiązaniem opcjonalnym. W rozporządzeniu nie zostało wyraźnie powiedziane, że klauzule modelowe, zatwierdzone pod rządami starych przepisów, będą nadal wymagane. Należy się jednak spodziewać takiego rezultatu.
4. Pozostawienie tak zwanych wiążących przepisów korporacyjnych (BCR – *Bending Corporation Rouls*) wymagających zgody na transfer i wskazujących konieczność zachowania formy pisemnej umowy (art. 43 i 44).
5. W projekcie jest mowa o *ocenie klienckiej* ujętej w taki sposób, że nie będzie ona miała zastosowania w usługach c.c. (art. 44 ust. 1 lit. h) – przekazanie danych jest konieczne z uwagi na potrzeby wynikające ze słusznych interesów administratora lub podmiotu przetwarzającego, których nie można uznać za częste lub masowe. W odniesieniu do *oceny klienckiej* nacisk położono na transfer *ad hoc* (nie częsty lub masowy), w przeciwieństwie do ciągłego (stałego) *outsorsingu* przetwarzania danych przez dostawcę chmury. Proponuje się, aby wymogiem stało się udokumentowanie takiej oceny i informowanie regulatora o fakcie transferu (nie jest to jednak użyteczne z punktu widzenia potencjalnego klienta usług c.c.).

Równie niewiele zaproponowano w postanowieniach dotyczących przekazywania danych ułatwiających pozyskiwanie lub korzystanie z usług c.c. w Unii Europejskiej. Tak naprawdę główną intencją i znaczącą zmianą jest pozbawienie klienta chmury oceny poziomu ochrony danych. Artykuł 31 rozporządzenia stanowi: „W przypadku naruszenia ochrony danych osobowych, administrator zgłasza organowi nadzorczemu takie naruszenie..." Jeżeli natomiast zlecono przetwarzanie danych podmiotowi trzeciemu w chmurze, to niezwłoczne powiadomienie może mieć miejsce tylko wtedy, gdy podmiot przetwarzający poinformuje administratora. Właściwe byłoby natychmiastowe powiadomienie administratora po naruszeniu przez podmiot przetwarzający. Administratorowi daje się 24 godziny na dokonanie zgłoszenia, podczas gdy przetwarzającemu nie wyznacza się żadnego terminu ani nie grożą mu żadne sankcje. Należałoby przyjąć, że jeżeli dostawcą usług c.c. byłby faktycznie administrator danych, to zobowiązanie do poinformowania organu nadzorczego po-

winno spoczywać łącznie na obu stronach. Biorąc pod uwagę względnie skomplikowane wymagania dotyczące takiej informacji, istnieje teoretycznie możliwość niezależnego poinformowania organu nadzorczego. Dlatego istotne wydaje się, aby w umowie o świadczenie usług c.c. określono, kto ma informować właściwych regulatorów. Powiadomienie organu nadzorczego musi zawierać określone informacje – rodzaj naruszenia uprawnienia, konsekwencje naruszenia, środki, które administrator proponuje, aby usunąć skutki naruszenia ochrony danych osobowych. Administrator musi udokumentować fakty, skutki naruszenia oraz podjęte działania zaradcze, aby organ nadzorczy mógł zweryfikować, czy administrator przestrzega przepisów (art. 31 ust. 4 rozporządzenia).

Końcowym zagadnieniem w tej części jest zakres terytorialny rozporządzenia, o którym mowa w art. 3 ust. 3. Rozporządzenie ma także zastosowanie do przetwarzania danych osobowych przez administratora, który nie ma siedziby na terytorium Unii Europejskiej, lecz w miejscu, w którym na mocy prawa międzynarodowego publicznego ma zastosowanie prawo krajowe państwa członkowskiego. W ten sposób na przykład amerykański dostawca usług c.c. byłby zobowiązany do poinformowania klienta o naruszeniach ochrony danych osobowych. Ten eksterytorialny zasięg rozporządzenia spotkał się z powszechną krytyką, gdyż właściwie jest niemożliwy do wyegzekwowania w stosunku do podmiotów spoza UE.

9. Sankcje administracyjne

Zgodnie z art. 79 rozporządzenia, organ nadzorczy jest uprawniony do nakładania sankcji administracyjnych w przypadku naruszeń przepisów rozporządzenia. Istotne jest to, że w tym artykule nie zostały wyraźnie określone sankcje. Mają być one skuteczne, proporcjonalne i przekonywające oraz nakładane indywidualnie. Organ nadzorczy powinien ocenić naturę naruszenia (czas trwania, stopień odpowiedzialności) i ewentualnie nałożyć karę grzywny.

Kolejne wątpliwości pojawiają się w związku z niezastosowaniem się do art. 30 rozporządzenia w kontekście usług c.c. Administrator oraz podmiot przetwarzający mają obowiązek wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, aby zapewnić odpowiedni poziom bezpieczeństwa stosowny do ryzyka związanego z przetwarzaniem oraz charakterem danych osobowych, uwzględniając najnowsze osiągnięcia techniczne oraz koszty ich wdrożenia.

Klienci chmury zazwyczaj polegają na zapewnieniach dostawcy co do bezpieczeństwa danych oraz na jego informacjach o naruszeniach. Jeżeli dostawca źle zadziałał, *większe* firmy będą w stanie wystąpić o odpowiednie odszkodowanie od dostawcy chmury, w związku z zaistniałymi zaniedbaniami. Jednocześnie większość klientów usług c.c. zawiera umowy na standardowym formularzu, udostępnionym przez dostawcę, wobec czego aspektem pozwalającym na odróżnienie tej umowy od umów dotyczących innych technologii jest przyjęte rozwiązanie techniczne. Klient, zawierając umowę standardową na usługi c.c., jedynie akceptuje warunki dostawy chmury, nie mając żadnej przestrzeni do negocjacji. Tymczasem tam, gdzie kontrakty nie są negocjowane, dostawcy zazwyczaj nie ponoszą odpowiedzialności za zaistniałe problemy i naruszenia, albo ma ona bardzo niewielki wymiar.

Konkluzje

W kontekście dotychczasowych rozważań trudno jest obecnie stwierdzić, czy proponowane rozporządzenie przyczyni się do zwiększenia zainteresowania usługami c.c. Trudności prawne, które powstały pod rządami dyrektywy, pozostaną nadal (jak na przykład kwestie transgranicznego przesyłu danych, restrykcje odnoszące się do poddostawców), tak jak i trudności koncepcyjne dotyczące na przykład rozstrzygnięcia, czy dostawca usług jest podmiotem przetwarzającym, czy administratorem. Rozporządzenie również pod niektórymi względami tworzy nowe przeszkody, na przykład z uwagi na zwiększone obciążenie przepisami prawnymi dostawców usług, którzy zostali obarczeni większą odpowiedzialnością za bezpieczeństwo, a regulatorzy otrzymali narzędzia, za pomocą których łatwiej będą mogli egzekwować przestrzeganie przepisów rozporządzenia. Jednym słowem zwiększony będzie potencjał sankcji.

Należy stwierdzić, że w zasadzie rozporządzenie nie rozwiązuje problemów, z którymi obecnie borykają się klienci z Unii Europejskiej i dostawcy usług chcący sprzedać swoje usługi. Na dłuższą metę może ono zachęcić klientów z UE do korzystania z usług dostawców działających na jej terenie, jednak, biorąc pod uwagę przewagę Stanów Zjednoczonych Ameryki w tym sektorze, niewiele to pomoże, aby zliberalizować chmurę. Pod tym względem rozporządzenie można uznać za straconą szansę, gdyż biznes już rozpoczął intensywny proces lobbystyczny.

CLOUD COMPUTING

Summary

The paper discusses the issues of Cloud computing in the current Directive on the protection of personal data, future EU regulations and the national legislation on protection of personal data. A comparative perspective has enabled to draw the conclusions which suggested, inter alia, that neither the Directive nor the new EU regulations does not solve the existing problems. the basic problems relating to cloud computing indicating, at the same time, its pros and cons, have been described. New technological solutions made the clouds become a phenomenon across borders and boundaries. For the proper processing in the cloud it is necessary to create legal certainty and simplification of the regulatory rules in the environment to provide clear data transmission abroad.

Translated by mgr Krystyna Sobczak

Keywords: cloud, computing, data protection, general data protection regulation, union law

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 788 ACTA IURIS STETINENSIS 4 2013

AGNIESZKA WIKTORZAK[*]
Uniwersytet Szczeciński

RYZYKO WYNIKAJĄCE Z UMOWY O UTWORZENIU KONSORCJUM BANKOWEGO

Streszczenie

Konsorcjum jest formą koncentracji kapitału, formą kooperacji przedsiębiorców oraz partycypacji w określonym przedsięwzięciu gospodarczym. Konsorcja bankowe są tworzone m.in. w celu udzielania kredytów przez banki w wysokości przekraczającej limit zaangażowania przypadający na jednego kredytobiorcę. Mają one za zadanie udostępnić środki finansowe, które pozwalają efektywnie zaspokoić potrzeby klientów. Kluczową zasadą konsorcjum jest wspólne ponoszenie ryzyka, które jest związane ze wspólnym przedsięwzięciem. Oznacza to zarówno udział w wygospodarowanych zyskach, jak i wspólne pokrywanie kosztów oraz ewentualnych strat. Tworzenie konsorcjum sprzyja mobilizacji kapitału, a także wykorzystaniu posiadanych zasobów materialnych oraz niematerialnych będących w posiadaniu poszczególnych konsorcjantów.

Słowa kluczowe: konsorcjum bankowe, ryzyko bankowe, umowa konsorcjalna, działalność bankowa

[*] E-mail: agnieszkawiktorzak@op.pl.

Istotną kwestią, która wymaga rozważenia, jest ryzyko ponoszone w związku z zawarciem umowy o utworzeniu konsorcjum bankowego. Ryzyko jako nieodłączny element działalności bankowej może się przyczynić do niezrealizowania zamierzonych celów i wpłynąć niekorzystnie na sytuację finansową banku. Ryzyka bankowego nie można całkowicie wyeliminować, ale istnieje możliwość jego ograniczenia poprzez ustanowienie odpowiednich zabezpieczeń.

Konsorcjum stanowi formę współdziałania prawnie niezależnych od siebie podmiotów, które dążą do osiągnięcia wspólnego celu[1]. Konsorcjum jest formą koncentracji kapitału, formą kooperacji przedsiębiorców oraz partycypacji w określonym przedsięwzięciu gospodarczym[2]. Głównym motywem utworzenia konsorcjum jest duży rozmiar oraz wysokie koszty przedsięwzięcia gospodarczego. Niemniej jednak nie oznacza to warunku, że żadna ze stron konsorcjum nie jest w stanie samodzielnie zrealizować danego przedsięwzięcia. Kluczową zasadą konsorcjum jest wspólne ponoszenie ryzyka, które jest związane ze wspólnym przedsięwzięciem. Oznacza to zarówno udział w wygospodarowanych zyskach, jak i wspólne pokrywanie kosztów oraz ewentualnych strat[3]. Tworzenie konsorcjum sprzyja mobilizacji kapitału, jak również wykorzystaniu posiadanych zasobów materialnych oraz niematerialnych będących w posiadaniu poszczególnych konsorcjantów[4].

1. Rodzaje konsorcjów

Biorąc pod uwagę kwalifikację podmiotową stron umowy konsorcjalnej, można wyróżnić konsorcja zrzeszające instytucje finansowe, w tym konsorcja bankowe i ubezpieczeniowe w znaczeniu podmiotowym, oraz konsorcja przedsiębiorstw produkcyjnych, budowlanych czy też usługowych. W przypadku większych projektów inwestycyjnych istnieje możliwość utworzenia konsor-

[1] Por. M. Karlikowska, K. Koperkiewicz-Mordel, w: *Polskie prawo bankowe*, red. L. Góral, M. Karlikowska, K. Koperkiewicz-Mordel, Warszawa 2006, s. 186.

[2] Por. P. Gumiński, *Wspólna hipoteka (1)*, „Gazeta Bankowa" 2009, nr 13, s. 36.

[3] Por. S. Włodyka, *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000, s. 259.

[4] Por. O. Kowalewski, *Konsorcjum*, „Prawo Przedsiębiorcy" 2000, nr 39, s. 33.

cjum mieszanego, grupującego zarówno przedsiębiorstwa produkcyjne, jak i usługowe o zróżnicowanym przedmiocie działalności oraz instytucje finansowe[5].

Ze względu na rodzaj wspólnego przedsięwzięcia, dla którego realizacji zostało powołane konsorcjum, można wyróżnić konsorcja inwestycyjne oraz finansowe. Konsorcjum inwestycyjne jest zawiązywane w celu zrealizowania dużych projektów strukturalnych, takich jak na przykład drogi, linie kolejowe, bądź komercyjnych, to jest obiektów przemysłowych, budynków biurowych. Z kolei konsorcja finansowe mają za zadanie udostępnić szeroko pojęty kapitał inwestycyjny bądź zabezpieczyć transakcje handlowe zarówno w stosunkach krajowych, jak i międzynarodowych. Konsorcja finansowe można pogrupować zgodnie z normatywną systematyką segmentów rynku finansowego na konsorcja bankowe, ubezpieczeniowe oraz rynku kapitałowego[6].

Poza tym wyróżnia się konsorcja udziałowe oraz głosowe, które polegają na wspólnym wykonywaniu praw z udziałów spółki znajdujących się w rękach uczestników konsorcjum. Tego typu porozumienia określa się również zamiennie mianem umów *pool.* Należą one do szczególnych typów porozumień wspólników (akcjonariuszy), w tym porozumień co do wykonywania prawa głosu. Ponadto wymienić można także konsorcja sanacyjne, które są powoływane w celu wdrożenia programu restrukturyzacyjnego w zadłużonym podmiocie. Biorą w nim udział banki, które finansują dłużnika, oraz pozostali wierzyciele. Zbliżoną funkcję pełnią także konsorcja moratoryjne, w których konsorcjanci wyrażają zgodę na opóźnioną spłatę wierzytelności przez dłużnika, określają harmonogram spłat, jak również kolejność zaspokojenia uczestników[7].

Biorąc pod uwagę kryterium prawnej relewantności stosunku konsorcjum wobec osób trzecich, w szczególności kontrahentów konsorcjantów, ze stosunków prawnych związanych z realizacją wspólnego przedsięwzięcia można wymienić konsorcja wewnętrzne, to jest ciche, ukryte, oraz konsorcja zewnętrzne, czyli jawne. W przypadku konsorcjum zewnętrznego konsorcjanci występują wobec osób trzecich we wspólnym imieniu oraz na wspólny rachunek. Z kolei w przypadku konsorcjum wewnętrznego każdy z konsorcjantów występuje wobec osób trzecich w imieniu własnym i ze skutkiem dla siebie. Sytuację,

---

[5] Por. A. Herbet, w: *Prawo spółek osobowych*, red. A. Szajkowski, Warszawa 2008, t. 16, s. 604 i n.

[6] Por. A. Opalski, w: *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, red. W.J. Katner, Warszawa 2010, t. 9, s. 917.

[7] *Ibidem*.

w której wobec osób trzecich występuje wyłącznie inicjator utworzenia konsorcjum, działający we własnym imieniu, lecz na rachunek wszystkich konsorcjantów, uznaje się za szczególną postać konsorcjum wewnętrznego. Kryterium prawnej relewantności stosunku konsorcjum w stosunku do osób trzecich może być jednak rozumiane szerzej. Dzieje się to w przypadku, gdy poszczególni konsorcjanci występują wprawdzie w imieniu własnym oraz na własny rachunek, jednak umowa zawarta z osobą trzecią traktuje spełniane przez nich świadczenia „cząstkowe" jako jedno świadczenie niepodzielne lub nadaje ich odpowiedzialności charakter solidarny. Tego rodzaju konstrukcję określa się umownie jako kwalifikowane konsorcjum wewnętrzne[8].

Szczególnym rodzajem konsorcjum jest konsorcjum bankowe. Ma ono pewne cechy wspólne z innymi typami konsorcjów, niemniej jednak występują istotne różnice, które przede wszystkim wynikają z faktu istnienia normatywnej definicji grupy kapitałowej (bankowej)[9].

2. Charakter i cele umowy konsorcjalnej

Umowa o utworzeniu konsorcjum bankowego jest umową nienazwaną. W przypadku umowy tego rodzaju ciężko mówić o jakimkolwiek reżimie prawnym, który byłby wyłącznie właściwy dla uregulowania praw oraz obowiązków z niej wynikających, a wobec tego kwalifikacja danej umowy jako takiej nic nowego dla unormowania tych praw i obowiązków nie wnosi[10]. Umowa o utworzenie konsorcjum bankowego powinna określać w szczególności warunki udzielenia kredytu i jego zabezpieczenia. Strony tej umowy wyznaczają jednocześnie bank, który będzie umocowany do zawarcia umowy kredytowej z kontrahentem. W wyniku zawarcia umowy konsorcjalnej banki będące jej stronami są zobowiązane do wniesienia w odpowiedniej – określonej tą umową – proporcji środków pieniężnych pozwalających na udzielenie kredytu konsorcjalnego. W praktyce oznacza to konieczność przelania odpowiedniej ilości

[8] Por. A. Herbet, w: *op.cit*., s. 605.

[9] Por. T. Niepytalski, *Konsorcjum. Umowa o współpracy gospodarczej*, Warszawa 2011, s. 112.

[10] Por. J. Molis, w: *Prawo bankowe. Komentarz. Tom I komentarz do art. 1–92*, red. F. Zoll, Kraków 2005, s. 712 i n.

środków pieniężnych na rachunek banku upoważnionego do zawarcia umowy kredytowej[11].

Konsorcja bankowe umożliwiają połączenie kapitałów banków w celu realizacji wielkich przedsięwzięć gospodarczych. Tworzy się je, aby zdywersyfikować ryzyko i zapobiec nadmiernej koncentracji kredytów i innych wierzytelności[12]. Współczesne konsorcja charakteryzuje samodzielne zaangażowanie każdego banku w zakresie udziału, w jakim uczestniczy on w kredycie, oraz brak odpowiedzialności za zobowiązania pozostałych konsorcjantów[13].

Umowy konsorcjalne mogą być zawierane między bankami krajowymi oraz bankami zagranicznymi, które wspólnie mogą udzielić kredytu podmiotowi krajowemu, jak i podmiotowi zagranicznemu[14]. Członkami konsorcjum bankowego mogą być także instytucje kredytowe, finansowe oraz parabanki, niekoniecznie posiadające siedzibę na terytorium RP. Należy podkreślić, iż ustawa Prawo bankowe nie wprowadziła żadnych ograniczeń co do liczby członków konsorcjum bankowego[15].

Przyczyny, dla których bank nie mógłby uczestniczyć w konsorcjum, mogą wynikać z wewnętrznych uregulowań, to jest ze statutu czy też regulaminów określających zakres czynności bankowych, a zwłaszcza rodzaje kredytów udzielanych przez bank. Ponadto regulaminy te mogą wykluczać udzielanie kredytów podmiotom z niektórych branż. Bank, który przystąpiłby do konsorcjum w celu udzielenia kredytu niedozwolonego wewnętrznymi przepisami, naruszyłby wyłącznie te regulacje, sama zaś umowa o konsorcjum oraz zawarta w jej wyniku umowa kredytowa byłaby ważna[16].

Banki, które zawierają umowę o konsorcjum bankowym, mogą być zróżnicowane zarówno co do formy prawnej, w której funkcjonują, struktury własności, jak i potencjału ekonomicznego i innych parametrów. W wyniku zawarcia umowy o utworzeniu konsorcjum bankowego nie powstaje nowy podmiot, a prawa i obowiązki konsorcjantów, to jest stron umowy o utworzeniu konsorcjum, określa sama umowa. Kluczowym celem zawartej umowy jest wspólne

---

[11] Por. M. Karlikowska, K. Koperkiewicz-Mordel, w: *op.cit*., s. 186.

[12] Por. R. Pastusiak, M. Wypych, *Kredyt konsorcjalny. Wybrane zagadnienia*, „Prawo Bankowe" 1997, nr 2, s. 99.

[13] Por. A. Opalski, w: *op.cit*., s. 922.

[14] Por. Z. Ofiarski, *Prawo bankowe*, Warszawa 2011, s. 211.

[15] Por. L. Mazur, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 446.

[16] Por. Z. Ofiarski, *op.cit*., s. 211.

udzielenie kredytu podmiotowi trzeciemu, to znaczy innemu niż strony umowy konsorcjum. Kredytobiorcą może być zarówno osoba fizyczna, osoba prawna, w tym także inny bank, jak i jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, posiadająca jednak zdolność prawną[17].

Budowa konsorcjum bankowego zaczyna się od inicjatywy banku aranżującego (inicjującego). Bank ten, w celu pozyskania kapitału do realizacji wspólnego przedsięwzięcia finansowego, wchodzi w relacje prawne przez umowy o refinansowanie z potencjalnymi konsorcjantami[18]. Bank zawierający umowę o konsorcjum bankowym będzie działał także w imieniu i na rzecz pozostałych uczestników konsorcjum. Tego typu działanie banku będącego liderem należy traktować jako regułę w umowach konsorcjum bankowego[19]. Funkcja banku będącego liderem konsorcjum może być ukształtowana w umowie w różny sposób. Rola ta może być ograniczona wyłącznie do umocowania lidera do zawarcia umowy kredytu. W praktyce lider z mocy ustawy obejmuje ponadto czynności, które są związane z administrowaniem kredytu, czyli obowiązki dotyczące spraw związanych z oddaniem kredytu do dyspozycji kredytobiorcy i jego zwrotem oraz repartycją uzyskanych od kredytobiorcy kwot między uczestników konsorcjum. Poza tym umowa o utworzeniu konsorcjum może nałożyć na lidera konsorcjum również inne obowiązki[20].

Z uwagi na formę finansowania konsorcjów bankowych można wyróżnić konsorcja kredytowe, konsorcja gwarancyjne oraz konsorcja przejmujące, plasujące i emitujące papiery wartościowe[21]. Banki mogą tworzyć konsorcjum w celu wspólnego udzielenia gwarancji. Do tego rodzaju konsorcjum należy stosować odpowiednio art. 73 ustawy Prawo bankowe dotyczący konsorcjum bankowego. Celem utworzenia takiego konsorcjum jest zredukowanie ryzyka związanego z udzieleniem gwarancji[22]. Konsorcja gwarancyjne to porozumienie banków, w rezultacie których dochodzi do udzielenia gwarancji, lub w wyniku

---

[17] Por. M. Frysztak, w: *Finanse publiczne i prawo finansowe*, red. A. Nowak-Far, Warszawa 2011, s. 155.

[18] Por. P. Gumiński, *Administrator hipoteki a konsorcja bankowe*, „Przegląd Legislacyjny" 2009, nr 3/4, s. 38.

[19] Por. L. Mazur, *op.cit*., s. 446.

[20] Por. W. Pyzioł, w: *Prawo bankowe. Komentarz*, red. E. Fojcik-Mastalska, Warszawa 2002, s. 249.

[21] Por. R. Pastusiak, *Bankowe konsorcjum kredytowe*, Warszawa 2003, s. 17.

[22] Por. M. Karlikowska, K. Koperkiewicz-Mordel, w: *op.cit*., s. 194.

których gwarantowane jest objęcie akcji. W tego rodzaju porozumieniach banków gwarancja jest udzielana na podstawie umowy gwarancyjnej. Powszechny zakres funkcjonowania konsorcjum dotyczy udzielenia gwarancji na rzecz podmiotu będącego klientem banków. Z kolei konsorcjum gwarantujące objęcie emisji papierów wartościowych jest konsorcjum, w przypadku którego banki, to jest członkowie konsorcjum, decydują się w zamian za opłatę na przyjęcie ryzyka inwestycji długoterminowej w akcje oraz inne papiery wartościowe w sytuacji niepowodzenia w uplasowaniu papierów wartościowych na rynku kapitałowym[23].

Konsorcja utworzone w celu przejęcia, uplasowania i emisji papierów wartościowych są coraz popularniejsze z uwagi na ryzyko związane z tą formą finansowania przez przedsiębiorstwa, zwłaszcza gdy chodzi o dojście do skutku emisji. Konsorcja tego rodzaju mają na celu przygotowanie emisji papierów wartościowych oraz tworzą zbyt dla tych papierów, to jest oferują papiery jako lokaty na rynku prywatnym. W przypadku programu emisji krótkoterminowych papierów dłużnych konsorcjum banków pełni kluczową funkcję, gdyż tworzy rynek dla tego typu papierów[24].

W praktyce i literaturze przedmiotu wyróżnia się dwa podstawowe rodzaje bankowego konsorcjum kredytowego. Pierwszym typem jest zwykłe konsorcjum kredytowe, którego głównym zadaniem jest jednorazowe udzielenie kredytu określonemu podmiotowi. Drugim natomiast rodzajem bankowego konsorcjum kredytowego jest konsorcjum finansowe (finansujące) mające za zadanie finansowanie określonego podmiotu lub grupy podmiotów na przestrzeni dłuższego okresu, przy zawieraniu kolejnych umów kredytowych[25]. Banki zawiązują konsorcjum kredytowe w celu zorganizowania współpracy w zakresie wspólnie udzielonego finansowania[26].

W ramach bankowego konsorcjum kredytowego dopuszczalność udzielenia kredytu określonemu kredytobiorcy łącznie przez kilka banków wynika bezpośrednio z zasady swobody umów. Ponadto ustawa Prawo bankowe nie pozbawia banków możliwości swobody kształtowania treści umów, na których

---

[23] Por. R. Pastusiak, *op.cit*., s. 18.

[24] *Ibidem*, s. 18 i n.

[25] Por. A. Herbert, w: *op.cit*., s. 606 i n.

[26] Por. T. Czech, *Zasada proporcjonalnego podziału w konsorcjum kredytowym*, „Bank i Kredyt" 2006, nr 1, s. 46.

podstawie ma nastąpić wspólne udzielenie kredytu. W praktyce istnieją umowy, które różnią się od siebie odmiennym ukształtowaniem roli poszczególnych uczestników konsorcjum, w szczególności w roli banku lidera konsorcjum. W ustawie Prawo bankowe nie określono bliżej wymaganej treści umowy o stworzeniu konsorcjum bankowego, stanowiąc wyłącznie, iż powinna ona zawierać określenie warunków udzielenia kredytu i jego zabezpieczenia, jak również wyznaczać bank umocowany do zawarcia umowy kredytu. W praktyce umowy o utworzeniu konsorcjum bankowego mają przeważnie charakter umów samoregulujących, to znaczy umów regulujących prawa i obowiązki stron w sposób na tyle szczegółowy, na ile ich ocena prawna nie wymaga sięgania do jakichkolwiek przepisów ustawowych normujących określone typy umów[27].

Bankowe konsorcjum kredytowe uznawane jest za szczególny sposób udzielenia kredytu przez kilka banków określonemu kredytobiorcy. Banki korzystają coraz chętniej z tej formy prawnej – tak zwanego grupowego kredytowania, w celu kredytowania znacznych przedsięwzięć gospodarczych. Zarówno bankowe wzorce umowne, jak i obserwacja praktyki pozwalają na stwierdzenie pewnych wyraźnych preferencji w zakresie kształtowania się modelu konsorcjum kredytowego w polskim sektorze bankowym[28].

Banki łączą się w konsorcja przeważnie w celu udzielenia kredytu średnio- lub długoterminowego. Niemniej jednak nie jest to cecha konstytutywna tego typu finansowania. Konsorcjum może zostać również utworzone w celu udzielenia kredytu krótkoterminowego, na przykład kredytu pomostowego albo kredytu przeznaczonego na odzyskanie płynności przez kredytobiorcę, oraz do przeprowadzenia innego rodzaju transakcji obciążonych ryzykiem kredytowym, jak na przykład otwarcie linii gwarancji bankowych albo akredytyw. W sensie ekonomicznym konsorcjanci udzielają kredytobiorcy łącznie jednego kredytu. Gospodarczo jest to jednak transakcja kredytowa, którą spaja w szczególności wspólne przeznaczenie funduszy oraz zasadniczo jednolite warunki ich udostępnienia. Z kolei w kategoriach prawnych występuje wielość kredytów oraz stosunków kredytowych wiążących kredytobiorcę z poszczególnymi bankami. W sytuacji, gdy w transakcji występuje tylko jeden kredytobiorca, to liczba tych stosunków odpowiada liczbie kredytodawców. Z uwagi jednak na takie zwielo-

[27] Por. W. Pyzioł, w: *Prawo bankowe. Komentarz*, red. M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisulski, W. Pyzioł, Warszawa 2007, s. 292.

[28] Por. M. Bączyk, w: *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, red. W.J. Katner, Warszawa 2010, t. 9, s. 640.

krotnienie podmiotowe po stronie kredytodawców niezbędne jest powołanie kolejnej, wielostronnej relacji prawnej, która służy zorganizowaniu współpracy banków, to jest konsorcjum. Od strony gospodarczej kredyt konsorcjalny powinien być traktowany jako jedność, z punktu widzenia prawnego oraz rachunkowego zaś jako wielość kredytów indywidualnych[29].

Regulacja prawna konsorcjum bankowego została zawarta w art. 73 ustawy Prawo bankowe. Stworzyła ona jedynie ogólne ramy legislacyjne dla umowy bankowego konsorcjum kredytowego oraz wyróżniła kluczową funkcję tej instytucji w postaci przełamania istniejących rygorów prawnych w zakresie tak zwanej koncentracji kredytów bankowych[30].

W myśl art. 73 ust. 1 ustawy Prawo bankowe banki, w celu wspólnego udzielania kredytu, mogą zawrzeć umowę o utworzeniu konsorcjum bankowego[31]. Przepis ten nie jest jednoznaczny. Niemniej jednak nie może być interpretowany *a contrario* w tym znaczeniu jakoby eliminowałby możliwość innego konsorcjum bankowego, aniżeli w celu udzielenia kredytu (konsorcjum kredytowe). Możliwość wchodzenia przez banki w konsorcja wszelkiego rodzaju, w tym również w konsorcja kredytowe, wynika z art. 353^1 Kodeksu cywilnego, deklarującego swobodę zawierania umów. Ponadto żaden przepis nie wyłącza zastosowania tej zasady do banków[32].

Umowa o utworzeniu konsorcjum bankowego jest zawierana z reguły wtedy, gdy ze względu na limity koncentracji kredytowej poszczególny bank nie może zawrzeć umowy kredytu w takim kształcie (kwocie), która byłaby zadowalająca dla przyszłego kredytobiorcy. Należy jednak podkreślić, iż w sytuacji, gdy bank zawarł umowę kredytową z naruszeniem tych limitów, umowa ta jest ważna i bank byłby zobowiązany do wykonania świadczenia polegającego na przekazaniu do dyspozycji kredytobiorcy środków w kwocie określonej w umowie kredytu. Ponadto umowa o utworzeniu konsorcjum bankowego kredytowego może być zawarta także w sytuacji, gdy poszczególne banki miałyby możliwość zaangażowania środków do tak zwanych granic możliwości, jednak nie zamierzają z tego skorzystać[33]. Konsorcja bankowe powstają, gdy wnioskowana

---

[29] Por. T. Czech, *Konsorcjum kredytowe*, Warszawa 2011, s. 40 i n.

[30] Por. M. Bączyk, w: *op.cit*., s. 641.

[31] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz.U. 2012, poz. 1376 ze zm.).

[32] Por. S. Włodyka, *op.cit*., s. 263 i n.

[33] Por. M. Frysztak, w: *op.cit*., s. 155.

przez potencjalnego kredytobiorcę wartość kredytu jest relatywnie wysoka, a banki nie chcą samodzielnie ponosić ryzyka kredytowego, które jest związane z rodzajem lub skalą inwestycji[34].

W myśl art. 73 ust. 3 ustawy Prawo bankowe uczestnicy konsorcjum kredytowego ponoszą ryzyko związane z udzieleniem kredytu proporcjonalnie do wysokości wniesionych środków finansowych do wspólnie udzielonego kredytu[35]. Oznacza to, iż każda wpłata dokonywana przez kredytobiorcę w wykonaniu obowiązków zwrotu kredytu powinna zostać proporcjonalnie zaliczona na rzecz poszczególnych uczestników konsorcjum. Ponadto oznacza to także, iż analogicznie powinny być rozdzielone między uczestników konsorcjum kwoty uzyskane w drodze przymusowej windykacji kredytu[36]. Przeliczenie proporcjonalne ma miejsce wówczas, gdy można znaleźć funkcję odwzorowania jednej zmiennej na drugą. Może to być zarówno zależność wprost, to znaczy jeżeli wartość jednej wartości ze zmiennych rośnie, to wartość drugiej też rośnie, jak i zależność odwrotna – jeżeli wartość jednej ze zmiennych rośnie, to maleje wartość drugiej[37]. Formuła „ryzyko związane z udzielonym kredytem" oznacza, iż każdy bank konsorcjalny angażuje się na własne ryzyko w utworzony konsorcjalny stosunek kredytowy we własnym imieniu i na własny rachunek w rozmiarze wynikającym z zasad partycypacji[38].

W literaturze przedmiotu powstał problem właściwego rozumienia prawnego sensu zasady określonej jako zasada proporcjonalności. Należy podkreślić, iż formuła, która została przyjęta w art. 73 ust. 3 ustawy Prawo bankowe ma charakter ogólny i odnosi się do wszystkich modeli bankowego konsorcjum kredytowego, to jest modelu scentralizowanego, zdecentralizowanego, jednolitego oraz pojedynczego[39].

---

[34] Por. P. Zapadka, w: *Polskie prawo bankowe. Wybrane zagadnienia*, red. A. Mikos-Sitek, P. Zapadka, Warszawa 2009, s. 147.

[35] Por. A. Doliwa, w: *Prawo gospodarcze prywatne*, red. T. Mróz, M. Stec, Warszawa 2005, s. 53; por. R.R. Zdzieborski, *Zastaw rejestrowy zabezpieczający wierzytelności z tytułu kredytowania konsorcjalnego. Zagadnienia wybrane. Część I*, „Prawo Bankowe" 2004, nr 7/8, s. 106.

[36] Por. W. Pyzioł, w: *Prawo bankowe. Komentarz*, red. M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisulski, W. Pyzioł..., s. 249.

[37] Por. J. Molis, w: *op.cit*., s. 713.

[38] Por. M. Bączyk, *Konsorcjum i podział ryzyka kredytowego. Glosa do wyroku SN z 15 grudnia 2005 r. (V CK425/05)*, „Prawo Bankowe" 2006, nr 10, s. 56.

[39] Por. M. Bączyk, w: *Prawo zobowiązań...*, s. 648.

W modelu scentralizowanym stosunek kredytowy z kredytobiorcą jest nawiązywany przez całe konsorcjum, przy czym konsorcjum to jest reprezentowane przez tak zwanego lidera konsorcjum będącego jednym z umocowanych konsorcjantów[40]. Lider zajmuje się prowadzeniem spraw oraz reprezentowaniem. Zostaje nim przeważnie inicjator utworzenia konsorcjum albo tak zwany lider wiodący. Osoba taka jest odpowiedzialna za czynności przygotowawcze, które są związane z powstaniem konsorcjum oraz wystąpieniem o uzyskanie zamówienia, obsługę czynności mających na celu zapewnienie funkcjonowania konsorcjum, jak również bieżące uzgadnianie działań poszczególnych konsorcjantów i reprezentację konsorcjum w stosunkach zewnętrznych. W modelu zdecentralizowanym zaś każdy z uczestników dysponuje podobnymi uprawnieniami. W zależności od ukształtowania konsorcjum jako zewnętrznego bądź wewnętrznego może również samodzielnie występować w stosunkach zewnętrznych ze skutkiem dla wszystkich uczestników konsorcjum bądź wyłącznie tylko dla siebie[41]. W modelu zdecentralizowanym banki konsorcjalne funkcjonują samodzielnie, nawiązują we własnym imieniu oraz na własny rachunek bezpośrednio stosunki kredytowe z tym samym kredytobiorcą. W tym modelu konsorcjanci przy zawieraniu szczegółowych umów kredytowych z kredytobiorcą działają w istocie w ramach ogólnej umowy konsorcjalnej i w granicach swojego uczestnictwa we wspólnym przedsięwzięciu gospodarczym. Pomimo że umowy takie zawierane są samodzielnie oraz w różnej sekwencji czasowej, z reguły mają one identyczną treść odpowiadającą postanowieniom umowy konsorcjalnej[42].

Należy również dodać, iż w przypadku konsorcjum scentralizowanego świadczenie kredytobiorcy z tytułu zwrotu kredytu jest podzielne. Z uwagi na ten fakt zabezpieczenia powinny być ustanawiane na rzecz każdego z uczestników konsorcjum, poprzez jego rozczłonkowanie według rozmiarów uczestnictwa w udzieleniu kredytu[43]. Niemniej jednak od zasady indywidualizacji zabezpieczeń istnieje możliwość odstąpienia w przypadku zabezpieczeń, które nie są ściśle powiązane z zabezpieczoną wierzytelnością. W przypadku zaś konsor-

---

[40] *Ibidem*, s. 642.

[41] Por. A. Opalski, *op.cit*., s. 918.

[42] Por. M. Bączyk, w: *Prawo zobowiązań...*, s. 642.

[43] Por. W. Gonet, *Charakter prawny umowy konsorcjum bankowego*, „Radca Prawny" 2005, nr 5, s. 45.

cjum zdecentralizowanego problem dotyczący zabezpieczenia kredytu nie występuje, ponieważ każdy uczestnik z osobna zawiązuje stosunki prawne służące zabezpieczeniu, co nie wyklucza jednak możliwości porozumienia się między uczestnikami konsorcjum w celu utworzenia systemu zabezpieczeń odpowiadającego wszystkim uczestnikom[44].

Z kolei w przypadku modelu konsorcjum jednolitego zostaje zawarta jednolita, wielostronna umowa, której stronami są wszyscy konsorcjanci. W modelu konsorcjum pojedynczego inicjator konsorcjum zawiera zaś z każdym z jego uczestników oddzielną, dwustronną umowę konsorcjalną, nierzadko o zróżnicowanej treści[45].

Z przedstawionych modeli najczęściej stosowany jest model konsorcjum zdecentralizowanego i jednolitego. Kluczowe znaczenie mają uogólnienia, które dokonywane są w zakresie tych właśnie kategorii konsorcjów kredytowych. O takiej preferencji strukturalnej świadczyć może treść art. 73 ust. 1 i 2 ustawy Prawo bankowe[46].

W literaturze oraz orzecznictwie Sądu Najwyższego można się spotkać z odmiennymi ocenami prawnego charakteru przepisu art. 73 ust. 3 ustawy Prawo bankowe. Jedno ze stanowisk opowiada się za bezwzględnym charakterem tego przepisu, inne zaś – za względnym obowiązywaniem art. 73 ust. 3 ustawy Prawo bankowe[47]. Przedstawiciele opowiadający się za bezwzględnym charakterem przepisu art. 73 ust. 3 ustawy Prawo bankowe uznają, iż przepis ten nie może zostać zmieniony w drodze innego ukształtowania postanowień umownych. Przyjęcie takiej możliwości oznaczałoby, że większe i silniejsze ekonomicznie banki mogłyby nadużywać swojej pozycji wobec mniejszych banków, dla których planowany kredyt miałby kluczowe znaczenie ekonomiczne, a zatem byłyby one skłonne zaakceptować znacznie gorszą pozycję prawną, ryzykując ponoszenie większej odpowiedzialności aniżeli wynikałoby to z wysokości wniesionych środków finansowych do udzielonego wspólnie kredytu[48]. Z kolei przedstawiciele opowiadający się za względnym obowiązywaniem art. 73 ust. 3 ustawy Prawo bankowe uznają, iż przepis ten ma charakter

---

[44] Por. W. Gonet, *Kilka uwag o umowie konsorcjum kredytowego*, „Prawo Bankowe" 2005 nr 5, s. 46.

[45] Por. A. Herbet, w: *op.cit*., s. 606.

[46] Por. M. Bączyk, w: *Prawo zobowiązań...*, s. 642 i n.

[47] *Ibidem*, s. 650.

[48] Por. L. Mazur, *op.cit*., s. 448.

względnie obowiązujący w tym sensie, że w umowie bankowego kredytu konsorcjalnego mogą być przewidziane instrumenty prowadzące w istocie do modyfikacji zasady proporcjonalności, to jest proporcjonalnej partycypacji. Zdaniem przedstawicieli tego poglądu w literaturze trafnie zauważono, że ogólna formuła rozkładu ryzyka kontraktowego, przyjęta w art. 73 ust. 3 ustawy Prawo bankowe, ma również zastosowanie w sytuacji, w której w bezpośredni stosunek kredytowy angażuje się wyłącznie bank lider konsorcjum. Z tego wynika, iż zasada proporcjonalności ma znaczenie uniwersalne dla każdego rodzaju konsorcjum kredytowego oraz stanowi jego typową cechę jurydyczną. Według tego stanowiska, jeżeli spojrzy się na bankowy stosunek konsorcjalny od strony zaangażowania się poszczególnych banków we wspólne udzielenie kredytu, to zasada proporcjonalności stanowi istotnie niezbędny element takiego stosunku *de lege lata*. Zatem już sama treść stosunku konsorcjalnego wyklucza minimalizację lub redukcję ryzyka kredytowego. Czym innym wydaje się natomiast minimalizacja lub redukcja ryzyka kontraktowego w związku z ustanowieniem właściwych zabezpieczeń dla wszystkich lub niektórych tylko banków. Ustanowienie takich zabezpieczeń mogłoby się przyczynić do odpowiedniej modyfikacji zasady proporcjonalności, która została określona pierwotnie w umowie konsorcjalnej. Można by zatem mówić o tak zwanej gwarancyjnej redukcji ryzyka kredytowego, określonego w art. 73 ust. 3 ustawy Prawo bankowe. Mogłoby zatem dojść do takiej sytuacji, iż w wyniku udzielenia stosownego zabezpieczenia, obejmującego wierzytelności jednego banku konsorcjalnego przez inny bank uczestnika konsorcjum, bank, który zabezpiecza, poniesie w pełni ryzyko kredytowe związane z zaangażowaniem się w konsorcjalny stosunek kredytowy innego banku[49]. Ponadto przedstawiciele tego stanowiska wypowiadają się krytycznie na temat orzeczenia Sądu Najwyższego wydanego 15 grudnia 2005 roku[50]. Ich zdaniem nieuzasadnione jest stanowisko sądu sformułowane w tym wyroku, zgodnie z którym porozumienie między konsorcjantami o ustanowienie gwarancji nieponoszenia ryzyka zaprzecza właściwości umowy konsorcjum i w rezultacie jest nieważne[51]. Według nich Sąd Najwyższy nietrafnie przyjął, iż stworzenie takiego zabezpieczenia przez jednego z konsorcjantów

[49] Por. M. Bączyk, w: *Prawo zobowiązań...*, s. 650 i n.

[50] *Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 15 grudnia 2005 r. (VCK 425/05)*, „Prawo Bankowe" 2006, nr 10, s. 35.

[51] Por. A. Opalski, *op.cit*., s. 924 i n.

na rzecz innego konsorcjanta, prowadzącego przede wszystkim do nieponoszenia przez beneficjenta zabezpieczenia ryzyka przewidzianego w art. 73 ust. 3 ustawy Prawo bankowe, jest niezgodne z właściwością (naturą) umowy konsorcjum bankowego. Przepis ten nie eliminuje bowiem możliwości przyjmowania przez bank-konsorcjanta dodatkowego ryzyka, które wynika z udzielonego zabezpieczenia osobistego, umożliwiającego w rezultacie znacznie zminimalizować lub nawet w ogóle wyłączyć ryzyko banku-beneficjenta zabezpieczenia związane ze wspólnym udzieleniem kredytu[52].

Poza tym należy uznać, iż banki mogą przyjmować odpowiednie zabezpieczenie kredytu konsorcjalnego nie tylko od kredytobiorcy czy od osób trzecich, ale i od innych uczestników konsorcjum. W wielu przypadkach od uzyskania tego rodzaju zabezpieczenia może zależeć uczestnictwo banku w konsorcjum, a w rezultacie – powodzenie całego przedsięwzięcia. Artykuł 73 ust. 3 ustawy Prawo bankowe odnosi się pośrednio do problemu rozłożenia strat uczestników konsorcjum i zdaniem zwolenników tego stanowiska trudno przyjąć, by przepis ten formułował dyrektywę sposobu podziału zysku. Konstrukcja konsorcjum nie musi zakładać wypracowania wspólnego zysku, który byłby następnie dzielony między stronami. Należy zauważyć, iż w konsorcjach bankowych zysk jest z reguły realizowany przez każdego z uczestników z osobna pod postacią oprocentowania kredytu, prowizji bądź marży. Ponadto umowa konsorcjum nie musi się odnosić do problematyki zysku. W przypadku natomiast wypracowania wspólnego zysku, partnerzy mają znaczną swobodę w kwestii ustalenia zasad jego podziału. Istnieje nawet możliwość całkowitego wyłączenia konsorcjum od udziału w zysku[53].

W przypadku zawarcia umowy o utworzeniu konsorcjum bankowego dochodzi do solidarności wierzycieli, czyli kredytodawców, ale jednocześnie zabronione jest przyjęcie w umowie określającej zasady utworzenia konsorcjum bankowego koncepcji solidarności wierzycieli oraz wyłącznej odpowiedzialności banku agenta za przyjmowanie spłat kredytu od kredytobiorcy. Doktryna wskazuje, iż po wykonaniu umowy kredytu konsorcjalnego banki konsorcjalne nie są wierzycielami solidarnymi w zakresie udzielonej kredytobiorcy sumy kredytu, analogicznie jak nie są dłużnikami solidarnymi tego kredytobiorcy w zakresie wydania mu sumy kredytowej. Praktyka bankowa nie odwołuje się

[52] Por. M. Bączyk, w: *Prawo zobowiązań...*, s. 650.

[53] Por. A. Opalski, *op.cit*., s. 925.

do tych postaci solidarności, opowiadając się za odpowiedzialnością *pro rata parte* w całym czasie trwania konsorcjalnego stosunku kredytowego. Wielkość zadłużenia poszczególnych banków konsorcjantów wobec kredytobiorcy oraz rozmiar ich wierzytelności po wykonaniu umowy kredytu konsorcjalnego określa poziom partycypacji w kredycie konsorcjalnym[54].

W myśl art. 73 ust. 2 ustawy Prawo bankowe ryzyko kredytowe ponosi, zgodnie z umową konsorcjalną, każdy bank, niezależnie od tego, czy jest on związany bezpośrednim stosunkiem kredytowym z kredytobiorcą. Ryzyko takie przyjmuje na siebie każdy bank w umowie kredytu konsorcjalnego. Należy wziąć jednak pod uwagę fakt, iż przepis art. 73 ust. 2 ustawy Prawo bankowe nie odnosi się do innego rodzaju ryzyka niż ryzyko kredytowe, gdyż czym innym jest już samo ryzyko związane z istnieniem międzybankowego stosunku konsorcjalnego, na przykład ryzyko wcześniejszego rozwiązania konsorcjum bądź ryzyko upadłości jednego z banków. Ryzyko związane z udzieleniem kredytu to ryzyko, które jest powiązane z trwaniem bankowego stosunku kredytowego, to jest ryzyko braku zwrotu kredytu w ogóle, zwrotu kredytu w terminie, ryzyko niewypłacalności kredytobiorcy i wiele innych[55].

Najwięcej jednak kontrowersji wywołuje określenie zabezpieczenia spłaty kredytu konsorcjalnego, w szczególności w przypadku, gdy jednym z takich zabezpieczeń będzie hipoteka, co w praktyce zdarza się bardzo często. Istnieje możliwość ustanowienia między tylko niektórymi uczestnikami konsorcjum kredytowego zabezpieczeń, które przysługują nie wszystkim bankom, lecz wyłącznie niektórym z nich w celu zabezpieczenia wierzytelności kredytowych powstałych względem kredytobiorcy konsorcjalnego w wyniku wykorzystania przez niego przyznanego mu wspólnie kredytu[56]. Rozwiązanie polegające na przyznaniu zabezpieczenia każdemu z uczestników konsorcjum z osobna gwarantującego spłatę należnej części kredytu konsorcjalnego koresponduje z dominującym w praktyce modelem konsorcjum, w którym każdy z uczestników dysponuje odrębnym roszczeniem wobec kredytobiorcy o zwrot części kredytu. Niemniej jednak niekiedy korzystniejsze okazuje się ustanowienie jednego zabezpieczenia[57].

---

[54] Por. Z. Ofiarski, *op.cit*., s. 211 i n.

[55] Por. M. Bączyk, w: *Prawo zobowiązań...*, s. 649.

[56] Por. L. Mazur, *op.cit*., s. 447.

[57] Por. A. Opalski, *op.cit*., s. 926.

Można wyróżnić zabezpieczenia samoistne oraz zabezpieczenia akcesoryjne. Zabezpieczenia samoistne, które nie są akcesoryjne względem wierzytelności kredytowej, takie jak przewłaszczenie i cesja na zabezpieczenie, kaucja oraz gwarancja bankowa[58], mogą być ustanowione na rzecz jednego podmiotu, to jest agenta zabezpieczeń, który wykonuje prawa z zabezpieczeń na rzecz wszystkich uczestników konsorcjum na zasadach wynikających z umowy konsorcjum. Umożliwia to zredukowanie kosztów oraz upraszcza procedury w stosunku do sytuacji, gdy zabezpieczenie jest ustanawiane na rzecz każdego z banków z osobna. Ponadto pozwala na koordynację działań konsorcjantów oraz powoduje ograniczenie ryzyka indywidualnego dochodzenia zabezpieczeń przez poszczególnych uczestników ze szkodą dla pozostałych. Z kolei zabezpieczenia akcesoryjne są powiązane z zabezpieczonymi wierzytelnościami i w związku z tym powinny być zasadniczo ustanawiane na rzecz każdego z uczestników konsorcjum z osobna[59].

Udzielanie kredytów w formie konsorcjalnej jest związane nie tylko z korzyściami dla stron transakcji. Powoduje także powstanie nowych czynników ryzyka oraz w pewnym zakresie przyczynia się do wzrostu kosztów. Jest to przede wszystkim wynikiem zwielokrotnienia podmiotowego po stronie kredytodawców. Każda kolejna instytucja, która bierze udział we współpracy, oznacza pojawienie się nowego elementu, który wpływa na sukces transakcji finansowej i który należy uwzględnić zarówno przy podejmowaniu decyzji o przystąpieniu do konsorcjum, jak i przy konstruowaniu umowy konsorcjalnej. Powierzenie szczególnych praw oraz obowiązków niektórym konsorcjantom (agentowi, agentowi ds. zabezpieczeń) przyczynia się natomiast do koncentracji czynników ryzyka w rękach tych podmiotów. Każda negatywna zmiana w położeniu agenta, zwłaszcza niewypłacalność, może mieć kluczowe znaczenie dla właściwego przebiegu transakcji kredytowej. Ponadto pojawienie się nowych obszarów ryzyka i kosztów wpływa na sytuację zarówno kredytodawcy, jak i kredytobiorcy[60].

Najczęściej pojawiającymi się rodzajami ryzyka dotyczącymi banków uczestniczących w konsorcjach kredytowych są asymetrie informacji oraz prob-

[58] Por. T. Czech, *Funkcja agenta do spraw zabezpieczeń w konsorcjum kredytowym*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2007, nr 10, s. 38.

[59] Por. A. Opalski, *op.cit*., s. 926.

[60] Por. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 65.

lemy związane z pośrednictwem w odniesieniu do organizowania kredytu przez aranżera, a także ryzyko dotyczące inwestycji na rynku kapitałowym, na którym dany konsorcjant nie ma dostatecznego doświadczenia, a której dokonał na przykład w zaufaniu do renomy aranżera. Ponadto ryzyko po stronie banków uczestniczących w konsorcjum kredytowym jest związane z niewypłacalnością innych konsorcjantów, co oznacza niebezpieczeństwo niepowodzenia kredytowego przedsięwzięcia w przypadku, gdy pozostali uczestnicy konsorcjum nie udostępnią umówionych funduszy w terminie. Poza tym może wystąpić ryzyko związane z niewypłacalnością, niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków przez agenta konsorcjum. Mogą wówczas wystąpić zakłócenia w obsłudze kredytu lub pozyskaniu informacji na temat sytuacji ekonomicznej kredytobiorcy, a także może dojść do braku możliwości odzyskania środków, które zostały przekazane agentowi przez kredytobiorcę tytułem spłaty kredytu, co może oznaczać dodatkowe koszty związane z koniecznością ustanowienia nowego agenta. Oprócz tego ryzyko może być związane z wystąpieniem odmiennych interesów oraz powstaniem rozbieżności zdań pomiędzy konsorcjantami, w szczególności dotyczących podwyższenia kwoty kredytu czy też zwolnienia kredytobiorcy z pewnych obowiązków. W skrajnych przypadkach może to prowadzić do wypowiedzenia umowy konsorcjalnej i samodzielnego zarządzania przez kredytodawców swoimi udziałami w finansowaniu, a nawet do „wyścigu" w korzystaniu z indywidualnych zabezpieczeń. Należy mieć także na uwadze ryzyko związane z możliwością utraty przez kredytobiorcę zaufania do wszystkich konsorcjantów w związku z postępowaniem niektórych uczestników konsorcjum, jak również z kosztami oceny standingu nie tylko kredytobiorcy, ale i innych kredytodawców[61].

Ryzyko występuje również po stronie kredytobiorcy, dla którego uzyskanie funduszy od konsorcjum banków oznacza wystąpienie ryzyka związanego z niewypłacalnością któregoś z konsorcjantów, czyli niebezpieczeństwo nieuzyskania w terminie środków niezbędnych do realizacji kredytowanego przedsięwzięcia. Ponadto po stronie kredytobiorcy istnieje ryzyko związane z niewypłacalnością, niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków przez agenta konsorcjum, w rezultacie czego mogą wystąpić utrudnienia związane z obsługą kredytu, uzyskiwaniem wymaganych zaświadczeń lub informacji o stopach procentowych, jak również utrata kontaktu z kredytodawcami.

[61] *Ibidem*, s. 66.

Oprócz tego istnieje ryzyko związane z pojawieniem się odmiennych interesów oraz powstaniem rozbieżności zdań między konsorcjantami w odniesieniu do wspólnej transakcji, co może powodować rozbicie jednolitości kredytu konsorcjalnego, jak również konieczność utrzymania uciążliwych, indywidualnych kontaktów z każdym kredytodawcą w zakresie bieżącej obsługi finansowania czy też zmian jego warunków lub restrukturyzacji. Poza tym kredytobiorca ponosi także koszty związane z organizacją kredytu konsorcjalnego na rynku finansowym, w szczególności w postaci wynagrodzenia banku-aranżera, jak również koszty związane z administrowaniem kredytu konsorcjalnego, przede wszystkim w formie tak zwanej prowizji agencyjnej. Ponadto ponosi ryzyko dotyczące ewentualnej oceny możliwości kredytowych oraz wiarygodności wszystkich uczestników konsorcjum kredytowego[62].

Proces finansowania przedsięwzięć gospodarczych jest związany z podejmowaniem ryzyka inwestycyjnego przez banki. Szczególne znaczenie ma odpowiedni sposób oceny ryzyka inwestycyjnego, gdyż już na etapie wstępnym bank ma możliwość odrzucenia projektów inwestycyjnych niespełniających jego oczekiwań. Ocena ryzyka jest związana z właściwym stosowaniem procedur związanych ze zdefiniowaniem obszarów mogących stać się przyczyną późniejszych problemów. Bank powinien dokonać zarówno analizy ryzyka gospodarczego, analizy ryzyka funkcjonowania konsorcjum, jak i zabezpieczyć udzielony kredyt. Powinien również wziąć pod uwagę specyfikę finansowania projektu inwestycyjnego[63].

Analizę ryzyka gospodarczego należy dokonać pod kątem ryzyka spadku popytu. Najczęściej kluczowymi przyczynami spadku popytu są: zbyt wysoka cena towaru lub usługi, nasycenie rynku czy moralne zestarzenie się produktu. Ryzyko spadku popytu to jedno z najbardziej zauważalnych rodzajów ryzyka, znane jest z analizy przypadków nieudanych inwestycji. Zagrożenie to wynika najczęściej ze zbyt optymistycznych prognoz, które dotyczą poziomu sprzedaży przyjętego przy konstrukcji biznesplanu. Ponadto analizę ryzyka gospodarczego należy rozpatrywać z punktu widzenia ryzyka spadku ceny, które wiąże się przede wszystkim z nasyceniem rynku oraz istnieniem bardzo silnej konkurencji, czy ryzyka wzrostu kosztów produkcji, które należy oceniać jako przynajmniej przeciętne w przypadku, gdy kredytobiorca planuje znaczną rozbudowę

[62] *Ibidem*, s. 66 i n.

[63] Por. R. Pastusiak, *op.cit*., s. 47.

przedsiębiorstwa oraz zwiększenie liczby zatrudnionych. Oprócz tego w przypadku analizy ryzyka gospodarczego należy uwzględnić ryzyko opóźnienia w realizacji inwestycji, uzyskania pełnej zdolności produkcyjnej, jak również ryzyko stopy procentowej. Należy wziąć pod uwagę również ryzyko związane z brakiem zakładanych źródeł finansowania, ryzyko kursowe, polityczne czy instytucjonalne, które jest związane z częstotliwością zmian regulacji prawnych oraz podatkowych, w szczególności będzie to dotyczyło tych działalności, których opodatkowanie stanowi duży udział w budżecie państwa[64].

Zagrożenia, które są związane z finansowaniem przez bank przedsięwzięcia gospodarczego, mogą zostać zredukowane przez odpowiednie prawne zabezpieczenie finansowania i ustanowienie dodatkowych warunków w umowach kredytowych, które mogą dotyczyć w szczególności utrzymania określonych wskaźników finansowych lub wartości ekonomicznych na właściwym poziomie, niezaciągania dodatkowych zobowiązań bez zgody banku oraz akceptację przez bank zmian w kierownictwie przedsiębiorstwa, jak również warunek informowania banku o zmianie strategii przedsiębiorstwa[65].

Następnym obszarem ryzyka jest ryzyko funkcjonowania konsorcjum. W konsorcjach gospodarczych ryzyko występuje zarówno w sferze wewnątrzkonsorcjalnej, jak i w sferze stosunków zewnętrznych. Ryzyko w sferze wewnątrzkonsorcjalnej występuje już w momencie tworzenia konsorcjum. Problemem, z którym spotyka się organizator, jest dobór partnerów. Niezbędne jest zbadanie sytuacji gospodarczej przyszłych partnerów konsorcjum, aby zapewnić stabilność gospodarczą konsorcjum. Kluczowe znaczenie ma również ryzyko gospodarcze, które jest związane z wytyczeniem celu przez konsorcjum. Ponadto duże ryzyko wiąże się z opracowaniem przez konsorcjantów ogólnego projektu przedsięwzięć konsorcjalnych, zaopatrzenia w odpowiednie surowce czy też skompletowanie personelu. Jednym z najpoważniejszych rodzajów ryzyka wewnątrzkonsorcjalnego jest koordynacja działań między konsorcjantami. Właściwe skoordynowanie działań jednostkowych jest bardzo przydatne w osiągnięciu wyznaczonego celu, brak koordynacji zaś prawie zawsze uniemożliwia jego osiągnięcie. Z uwagi na fakt, iż konsorcjum jest tworzone w celu osiągnięcia określonego celu gospodarczego, główne ryzyko będzie się wiązało ze stosunkami z podmiotami zewnętrznymi[66].

---

[64] *Ibidem*, s. 48 i n.

[65] *Ibidem*, s. 53.

[66] *Ibidem*, s. 53 i n.

W konsorcjum bankowym podział ryzyka następuje w zależności od umowy, a także od struktury konsorcjum. Przeważnie to jednak bank inicjujący bierze na siebie największą część ryzyka, a banki współuczestniczące tylko ubezpieczają bank założyciela[67].

Działalność bankowa jest nieodłącznie związana z ponoszeniem ryzyka. Może to być zarówno ryzyko kredytowe związane z niespłaceniem udostępnionych środków, ryzyko płynności, czyli utraty zdolności do regulowania bieżących zobowiązań, jak i ryzyko walutowe, to jest wahań kursów pieniądza, czy też ryzyko ogólnogospodarcze. Polski ustawodawca dostrzegł tę konstytutywną cechę działalności bankowej i w definicji legalnej, zawartej w art. 2 ustawy Prawo bankowe, określił bank jako osobę prawną wykonującą czynności bankowe obciążające ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym. Ustawodawca jednocześnie nałożył na banki publicznoprawny obowiązek, aby te dążyły do minimalizacji poziomu ryzyka swojej działalności. *Ratio legis* tego obowiązku stanowi również zapewnienie stabilności całemu sektorowi finansowemu oraz potrzeba zwiększenia bezpieczeństwa depozytariuszy, którzy powierzają bankom swoje środki pieniężne. Wymieniona powinność nie została jednak wyrażona wprost w ustawie, lecz wynika z wielu szczególnych tak zwanych norm ostrożnościowych, na przykład obowiązku utrzymania płynności płatniczej bądź obowiązku badania zdolności kredytowej czy też obowiązku utrzymania właściwego poziomu funduszy własnych. Ponadto można ją wywieść z przepisów, które określają cele nadzoru nad instytucjami kredytowymi[68].

Konkluzje

Podsumowując, można stwierdzić, że konsorcja bankowe są tworzone w szczególności w celu udzielania kredytów przez banki w wysokości przekraczającej limit zaangażowania przypadający na jednego kredytobiorcę. Konsorcja bankowe mają za zadanie udostępnić środki finansowe, które pozwalają efektywnie zaspokoić potrzeby klientów. Niemniej jednak tego rodzaju działalności bankowej towarzyszy ryzyko związane z udzielonym kredytem.

Konsorcja bankowe są tworzone także w celu zminimalizowania ryzyka kredytowego, gdyż w sytuacji finansowania dużego przedsięwzięcia gospo-

[67] Por. R. Pastusiak, *op.cit*., s. 55.

[68] Por. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 56 i n.

darczego bezpieczniej jest rozłożyć powstałe w ten sposób ryzyko na kilka banków biorących udział w konsorcjum. Banki, aby zredukować ryzyko kredytowe, stosują zabezpieczenia, które mogą być ustanawiane na trzy sposoby. Zabezpieczenia można ustanowić zarówno dla całego konsorcjum, jak i wyznaczonego banku odpowiedzialnego za prowadzenie spraw oraz reprezentowanie całego konsorcjum, jak również na rzecz poszczególnych banków wchodzących w skład konsorcjum.

Nie można pominąć jednak kwestii, iż ryzyko związane z zawarciem umowy o utworzeniu konsorcjum bankowego dotyczy również kredytobiorcy.

RISK ARISING FROM AN AGREEMENT ON ESTABLISHMENT OF A BANK SYNDICATE

Summary

Bank syndicates make it possible to pool banks' capitals in order to implement large-scale economic undertakings. In particular they are established in order that banks can grant loans in an amount exceeding the involvement limit per single borrower. Bank syndicates' aim is providing access to funds to effectively fulfil customers' needs. However, such bank activities pose a risk related to granted loans.

Bank syndicates are also established to minimize credit risk, as it is safer to distribute risk related to financing a large economic project among a number of banks involved in the syndicate. To reduce credit risk, banks use securities, which can be provided in three manners. Securities may be established for a syndicate as a whole, and for the bank which manages and represents the whole syndicate, as well as for particular banks involved in the syndicate.

However, one cannot overlook the fact that the borrower is also concerned by the risk arising from an agreement on establishment of a bank syndicate.

Translated by Agnieszka Wiktorzak

Keywords: bank syndicates, banking risk, consortium agreement, banking activities

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 788 ACTA IURIS STETINENSIS 4 2013

MARLENA BALLAK[*]
Uniwersytet Szczeciński

PRAWNE PRZESŁANKI POWSTANIA OBOWIĄZKU PRZYŁĄCZENIA DO SIECI PRZEDSIĘBIORSTWA ENERGETYCZNEGO

Streszczenie

W artykule przedstawiono problematykę związaną z przyłączaniem do sieci energetycznych podmiotów ubiegających się o przyłączenie. Poprzedzono ją wprowadzeniem do europejskiej polityki infrastrukturalnej oraz zagadnieniami teoretycznym z zakresu uznania obowiązku przyłączenia do sieci za obowiązek o charakterze publicznym. Opisano cztery przesłanki powstania obowiązku przyłączenia do sieci. Z jednej strony dotyczące przedsiębiorstwa energetycznego, tj. istnienie warunków technicznych i ekonomicznych przyłączenia. Z drugiej strony dotyczące podmiotu ubiegającego się o przyłączenie, tj. posiadanie tytułu prawnego do nieruchomości oraz spełnianie warunków do przyłączenia. W artykule omówiono procedurę zawierania umowy o przyłączenie do sieci oraz regulacje związane z odmową przyłączenia. Wskazano na aktualne projekty zmian regulacji zawartych w tzw. małym trójpaku energetycznym oraz w tzw. trójpaku energetycznym, polegające na doprecyzowaniu regulacji w zakresie istnienia warunków technicznych oraz ekonomicznych przyłączenia.

Słowa kluczowe: prawo energetyczne, przyłączenie do sieci energetycznych

[*] E-mail: marlena.ballak@op.pl.

Wprowadzenie

Zagadnienie przyłączania do sieci należących do przedsiębiorstw energetycznych jest przedmiotem regulacji sektorowej, czyli ogółu norm, które są adresowane do przedsiębiorstw działających w sektorach sieciowych gospodarki (oprócz energetyki można tu wymienić: transport kolejowy, telekomunikację, pocztę, sektor wodno-kanalizacyjny) i służą kontrolowaniu znaczącej pozycji rynkowej, jaką mają przedsiębiorstwa zarządzające sieciami[1]. Rozwój europejskiej polityki sektorów infrastrukturalnych wynika z potrzeby liberalizacji sektorów sieciowych, umożliwiając przedsiębiorstwom państw członkowskich świadczenie usług w całej Unii Europejskiej, przez otwarcie rynków krajowych, często zmonopolizowanych, oraz separacji świadczenia usług od zarządzania infrastrukturą sieciową przez stworzenie organu regulacyjnego i mechanizmów prokonkurencyjnych[2]. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że cele polityki sektorów infrastrukturalnych można podzielić na trzy kategorie: cele prointegracyjne, cele pozaintegracyjne oraz cele prokonkurencyjne[3]. Do sektorowych celów prointegracyjnych Unia Europejska zmierza za pomocą realizowania zasad dopuszczania do prowadzenia działalności gospodarczej na swoim terytorium. Cele pozaintegracyjne są związane z dążeniem do wartości mających charakter pozarynkowy. Regulacje określające dopuszczalność ograniczeń konkurencji oraz dotyczące dostępu do infrastruktury sieciowej zaliczają się do sektorowych celów prokonkurencyjnych[4].

W regulacjach krajowych przedsiębiorstwa energetyczne to podmioty prowadzące działalność gospodarczą „w zakresie wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania, dystrybucji paliw albo energii lub obrotu nimi”[5]. Przepisy ustawy Prawo energetyczne regulujące działalność gospodarczą przedsiębiorstw energetycznych nakładają na nie wiele obowiązków znacząco ogra-

---

[1] M. Szydło, *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Warszawa 2010, s. 14.

[2] A. Jurkowska, T. Skoczny, *Cele i instrumenty polityki sektorów infrastrukturalnych w Unii Europejskiej*, w: *Polityki Unii Europejskiej: polityki sektorów infrastrukturalnych. Aspekty prawne*, red. A. Jurkowska, T. Skoczny, Warszawa 2010, s. 11.

[3] *Ibidem*, s. 12.

[4] *Ibidem*, s. 13 i 14.

[5] Art. 3 ust. 12 Ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (t.j. Dz.U. 2012, nr 1059).

niczających swobodę działalności. Za Anną Walaszek-Pyzioł[6] obowiązki te można podzielić na:

1. **Obowiązki publicznoprawne** realizowane w sferze działalności przedsiębiorstwa, podlegające z urzędu kontroli i nadzorowi Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (Prezesa URE). Należy tu wymienić między innymi obowiązek sporządzania planów rozwoju, o którym mowa w art. 16 ustawy Prawo energetyczne, czy obowiązek spełniania technicznych warunków dostarczania paliw gazowych lub energii (art. 7 ust. 4 ustawy Prawo energetyczne).

2. **Obowiązki prywatnoprawne** dotyczące bezpośrednio stosunków pomiędzy przedsiębiorstwem a kontrahentami, związane z zawieraniem umów, między innymi umowy sprzedaży paliw lub energii, umowy o świadczenie usług transportu gazu ziemnego, umowy o świadczenie usługi magazynowania paliw gazowych, umowy o świadczenie usługi skraplania gazu ziemnego. Obowiązki te podlegają kontroli Prezesa URE o tyle, o ile wystąpi o to strona takiego stosunku prawnego.

Jednym z obowiązków nałożonych na przedsiębiorstwa energetyczne jest zawieranie umów o przyłączenie do sieci, zgodnie z art. 7 ustawy Prawo energetyczne, który nakazuje „przedsiębiorstwom energetycznym zawarcie umowy o przyłączenie do sieci z podmiotami ubiegającymi się o przyłączenie, na zasadzie równoprawnego traktowania, jeżeli istnieją techniczne i ekonomiczne warunki przyłączenia do sieci i dostarczania tych paliw lub energii, a żądający zawarcia umowy spełnia warunki przyłączenia do sieci i odbioru". W doktrynie prawa istnieje spór co do charakteru prawnego obowiązku przyłączania do sieci należących do przedsiębiorstw energetycznych. Część doktryny, między innymi Stanisław Gronowski[7], zajmuje stanowisko, że ciążący na przedsiębiorstwach obowiązek zawarcia umowy przyłączeniowej ma charakter publicznoprawny. Pogląd ten neguje Anna Walaszek-Pyzioł[8], wskazując, iż obowiązek ten ma charakter mieszany – publicznoprawny i zarazem prywatnoprawny. Charakter publicznoprawny obowiązku wyraża się w tym, iż Prezes URE może nałożyć na przedsiębiorstwo karę pieniężną za nieuzasadnioną odmowę zawarcia umowy przyłączeniowej, natomiast o charakterze prywatnoprawnym tego obowiązku świadczy fakt, że Prezes URE nie ma z urzędu kompetencji do narzucania

---

[6] A. Walaszek-Pyzioł, *Energia i prawo*, Warszawa 2002, s. 100 i 101.

[7] S. Gronowski, *Wzrasta znaczenie umów*, „Rzeczpospolita" z 3 września 1998, s. 9.

[8] A. Walaszek-Pyzioł, *op.cit*., s. 143.

przedsiębiorstwu energetycznemu obowiązku zawarcia umowy przyłączeniowej. Dopiero inicjatywa strony takiej umowy daje mu kompetencje do rozstrzygnięcia sporu w tym zakresie. Ponadto obowiązek ten obciąża przedsiębiorstwo energetyczne jedynie wobec podmiotu ubiegającego się o przyłączenie.

Zaznaczyć należy, że w pierwotnym brzmieniu art. 7 Ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne nie przewidywał publicznoprawnego obowiązku zawarcia umowy przyłączeniowej[9]. Nowelą z dnia 25 maja 2000 r., związaną z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego[10], dokonano zmiany treści art. 7 ustawy Prawo energetyczne, nadając obowiązkowi zawarcia umowy przyłączeniowej charakter publicznoprawny. Kolejne nowelizacje ustawy Prawo energetyczne doprecyzowywały treść tego obowiązku. Nowelą z dnia 4 marca 2005 r. nadano mu obecne brzmienie. Późniejsze zmiany art. 7 uszczegółowiły zasady, na których przedsiębiorstwa energetyczne realizują publicznoprawny obowiązek przyłączenia.

Obowiązek przyłączenia do sieci przedsiębiorstwa energetycznego sprowadza się do obowiązku zawarcia umowy o przyłączenie do sieci z podmiotami ubiegającymi się o przyłączenie. Obowiązek ten należy również rozumieć jako „powinność podjęcia przez przedsiębiorstwo rokowań z potencjalnymi kontrahentami ukierunkowanych na zawarcie i ustalenie treści umowy”[11].

Podkreślić należy, że obowiązek zawarcia umowy o przyłączenie do sieci przedsiębiorstwa energetycznego istnieje, gdy łącznie spełnione są następujące przesłanki:

1) istnieją techniczne warunki przyłączenia do sieci i dostarczania paliw lub energii;
2) istnieją ekonomiczne warunki przyłączenia do sieci i dostarczania paliw lub energii;

---

[9] Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne w wersji pierwotnej brzmiał: „przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się przesyłaniem i dystrybucją paliw gazowych, energii elektrycznej lub ciepła mają obowiązek zawarcia umowy sprzedaży paliw lub energii lub umowy o świadczenie **usług przesyłowych** z odbiorcami albo podmiotami ubiegającymi się o przyłączenie do sieci, jeżeli istnieją techniczne i ekonomiczne warunki dostarczania, a żądający zawarcia umowy spełnia warunki przyłączenia do sieci i odbioru”.

[10] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 26 października 1999 r., K12/99, OTK nr 6, poz. 120.

[11] Wyrok Sądu Antymonopolowego z 1 marca 2000 r., XVII AMe53/99, LEX 2012, nr 56179.

3) żądający zawarcia umowy spełnia warunki przyłączenia do sieci i odbioru;
4) podmiot ubiegający się o zawarcie umowy o przyłączenie do sieci ma tytuł prawny do korzystania z nieruchomości, obiektu lub lokalu, do którego paliwa gazowe lub energia mają być dostarczane.

1. Techniczne i ekonomiczne przesłanki obowiązku przyłączenia do sieci leżące po stronie przedsiębiorstwa energetycznego

Ustawodawca posługuje się przy określaniu prawnych przesłanek powstania publicznoprawnego obowiązku przyłączenia pojęciami: „warunki techniczne" i „warunki ekonomiczne", nie definiując tych pojęć. W art. 7 ust. 4 ustawy Prawo energetyczne wskazuje się jedynie, iż przedsiębiorstwo energetyczne jest zobowiązane do „spełniania **technicznych warunków** dostarczania paliw gazowych lub energii określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 9 ust. 1–4, 7 i 8 oraz w odrębnych przepisach i koncesji". W drodze takiej regulacji prawnej, zbędnej zdaniem części doktryny prawa[12], albowiem odwołującej się do przepisów powszechnie obowiązujących, ustawodawca zawęził zakres warunków, jakie mają być spełnione dla stwierdzenia zaistnienia warunków technicznych dostarczania energii lub paliwa gazowego. Z jednej strony warunki techniczne są rozumiane jako normy określone w rozporządzeniach ministra gospodarki wydanych na podstawie art. 9 ustawy Prawo energetyczne, a z drugiej strony mają one odpowiadać warunkom koncesji, jakiej udzielono przedsiębiorstwu energetycznemu zajmującemu się przyłączaniem podmiotów do sieci. Doktryna prawa i orzecznictwo sądowe, mierząc się z pojęciem **„techniczne warunki przyłączenia"**, przychyliły się do takiego rozumienia warunków technicznych, wskazując, iż powinny być one „odczytywane w kontekście konkretnych okoliczności z uwzględnieniem standardowych warunków usług oferowanych danego rodzaju odbiorcom przez przedsiębiorstwo energetyczne, np. nie ma obowiązku zawarcia umowy o przyłączenie, gdy wnioskodawca żąda wykonania przyłącza o niestandardowym napięciu"[13]. Brak warunków tech-

[12] M. Czarnecka, T. Ogłódek, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 158.

[13] A. Walaszek-Pyzioł, W. Pyzioł, *Obowiązek zawarcia umowy o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej – węzłowe zagadnienia prawne*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 2006, nr 12, s. 5.

nicznych rozumiany jest jako przeszkoda o charakterze trwałym, niedająca się usunąć, pomimo podjęcia prób jej wyeliminowania, przynajmniej na etapie rozpatrywania wniosku o przyłączenie[14]. Orzecznictwo sądowe potwierdziło, że istnienie warunków technicznych jest uzależnione od możliwości zastosowania racjonalnych standardowych „parametrów obowiązujących w Krajowym Systemie Elektroenergetycznym"[15]. Jednocześnie warunki techniczne należy rozumieć jako „możliwość dostarczania paliw gazowych lub energii o wnioskowanej mocy z istniejącej sieci dystrybucyjnej. Wówczas zachodzi konieczność analizy budowy lub rozbudowy sieci celem zawarcia umowy przyłączeniowej zgodnie z wnioskiem potencjalnego odbiorcy"[16]. W tym przypadku „przesłanki natury technicznej sprowadza się do rzetelnej analizy ekonomicznej opłacalności przyłączenia do sieci lub inaczej istnienie warunków technicznych po stronie przedsiębiorstwa energetycznego może być sprowadzone do wspólnego mianownika, jakim jest istnienie warunków ekonomicznych"[17]. Co więcej, podkreśla się, iż „teoretycznie zawsze istnieją warunki techniczne przyłączenia, gdyż możliwe jest wykonanie stosowych urządzeń (instalacji), których efektem końcowym będzie możliwość dostarczenia energii z sieci do odbiorcy"[18].

Pojęciem „warunki ekonomiczne" zajął się z kolei Prezes URE, wydając stanowisko w sprawie odmów przyłączenia do sieci gazowniczej i elektroenergetycznej[19]. Prezes URE wskazał, iż warunki ekonomiczne przyłączenia są spełnione, jeżeli przedsiębiorstwo energetyczne zawiera umowy o przyłączenie z podmiotami ubiegającymi się o przyłączenie na obszarze objętym uzgodnionym planem rozwoju, albowiem zatwierdzenie taryfy zapewnia przedsiębiorstwu energetycznemu środki finansowe na realizację zamierzeń inwestycyjnych

[14] M. Nowaczek-Zaremba, D. Nowak, *Realizacja publicznoprawnego obowiązku zawarcia umowy o przyłączenie do sieci przez przedsiębiorstwa zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją paliw gazowych i energii*, w: *Prawo energetyczne. Komentarz*, red. M. Swora, Z. Muras, Warszawa 2010, s. 521.

[15] Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 4 sierpnia 2010 r., XVII AmE 106/09, niepubl.

[16] M. Czarnecka, T. Ogłódek, *op.cit*., s. 154.

[17] *Ibidem*.

[18] A. Walaszek-Pyzioł, W. Pyzioł, *op.cit*., s. 4 i 5.

[19] Stanowisko Prezesa URE nr 2/2010 z dnia 24 marca 2010 r. oraz Stanowisko nr 10/2010 z dnia 29 czerwca 2010 r., www.ure.gov.pl, data pobrania: 30.01.2012.

wskazanych w planie rozwoju przedsiębiorstwa[20]. W pozostałych przypadkach o istnieniu ekonomicznych warunków przyłączenia decyduje wynik analizy efektywności ekonomicznej. Podkreślić należy, że Prezes URE nie został upoważniony do wydawania aktów prawnych w formie stanowiska. Akty te „traktowane są raczej jako akt ogólny o charakterze *soft law*, adresowany do przedsiębiorstw energetycznych, zawierające w swej treści zalecenia określonego sposobu postępowania przy podejmowaniu decyzji o zawarciu umowy o przyłączenie do sieci, celem realizacji zasady równoprawnego traktowania przy ustalaniu warunków ekonomicznych przyłączenia"[21]. Stanowiska Prezesa URE wyrażone w sprawie odmowy przyłączenia do sieci przedsiębiorstwa energetycznego nie są więc wiążące ani dla tych przedsiębiorstw, ani dla podmiotów ubiegających się o przyłączenie, „są raczej pewnego rodzaju deklaracją Prezesa URE, w jaki sposób będzie on rozpatrywał przypadki sporów związanych z odmowami przyłączenia do sieci z powodu braku warunków ekonomicznych, czyli inaczej są samozobowiązaniem Prezesa URE do załatwiania w określony sposób spraw mieszczących się w zakresie jego kompetencji ustawowych. Stanowiska Prezesa URE nie są również wiążące dla sądu rozstrzygającego odwołania od decyzji prezesa URE"[22]. Jednak Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozpatrujący odwołania od decyzji Prezesa URE zajął się poprawnością metodologii przyjętej przez organ regulacyjny do oceny ekonomicznych warunków przyłączenia i dostarczenia energii, powołując na tę okoliczności biegłego, który potwierdził prawidłowość założeń do analizy efektywności ekonomicznej[23]. Również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 lipca 2003 r.[24] oparł ekonomiczne warunki przyłączenia na aktualizacji „przesłanki określonej w art. 7 ust. 4 prawa energetycznego, tj. na istnieniu założeń lub planów gmin-

---

[20] Plan rozwoju przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 16 ustawy Prawo energetyczne, to plan w zakresie zaspokojenia obecnego i przyszłego zapotrzebowania na paliwa gazowe lub energię, uwzględniający miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego albo kierunki rozwoju gminy określone w studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy. Zgodnie z art. 3 ust. 17 ustawy Prawo energetyczne taryfa to zbiór cen i stawek opłat oraz warunków ich stosowania, opracowany przez przedsiębiorstwo energetyczne i wprowadzony jako obowiązujący dla określonych w nim odbiorców w trybie określonym ustawą Prawo energetyczne.

[21] A. Walaszek-Pyzioł, W. Pyzioł, *op.cit*., s. 6.

[22] *Ibidem*, s. 6 i 7.

[23] Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 20 czerwca 2008 r., Am E 74/07, niepubl.

[24] I CKN 474/01, niepubl.

nych dotyczących zaopatrzenia mieszkańców w energię i gaz, wskazując, iż wówczas ekonomiczne warunki przyłączenia będą określone w sposób przewidziany w tym przepisie (według stawek taryfowych). W pozostałych sytuacjach właściwe byłoby wynagrodzenie (opłaty) pozataryfowe, ale przy uwzględnieniu ogólnych reguł przewidzianych w prawie energetycznym, dotyczących zwłaszcza kalkulacji kosztów działalności przedsiębiorstwa energetycznego". Pozytywnie o ustaleniu zasad dokonywania oceny istnienia warunków ekonomicznych przez Prezesa URE w jego stanowiskach wypowiedziała się Najwyższa Izba Kontroli, stwierdzając w informacji o wynikach kontroli *Obsługi odbiorców końcowych gazu ziemnego*, że „ujednolicenie zasad postępowania przy ocenie efektywności inwestycji przyłączeniowych było działaniem celowym i korzystnym dla podmiotów ubiegających się o przyłączenie"[25].

Szerzej o przesłankach związanych z istnieniem warunków ekonomicznych i technicznych dostarczania energii oraz gazu wyraził się Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 7 kwietnia 1999 r.[26], w którym stwierdził, że kwestia istnienia technicznych i ekonomicznych warunków dostarczenia energii elektrycznej (jako przesłanka obowiązku zawarcia umowy o przyłączenie do sieci) winna być rozpatrywana nie tylko w odniesieniu do sieci aktualnie istniejących, ale także pod kątem projektowanych inwestycji przedsiębiorstwa energetycznego, uwzględniających przyszłe zapotrzebowanie na energię elektryczną.

2. Przesłanki dotyczące podmiotu ubiegającego się o przyłączenie związane z powstaniem obowiązku przyłączenia do sieci przedsiębiorstwa energetycznego

Warunkiem niezbędnym do zaistnienia publicznoprawnego obowiązku przyłączenia do sieci przedsiębiorstwa energetycznego jest spełnienie przez podmiot ubiegający się o przyłączenie **warunków przyłączenia do sieci i odbioru**.

[25] Raport NIK nr ew. P/07/050/lgd z dnia 4 czerwca 2008 r. *Obsługa odbiorców końcowych gazu ziemnego*, www.nik.gov.pl, data pobrania: 15.10.2008.

[26] XVII Ama 85/98, niepubl.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w przepisach ustawy Prawo energetyczne nie zawarto definicji podmiotu ubiegającego się o przyłączenie, co znalazło wyraz w orzecznictwie sądowym. I tak, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 21 sierpnia 2006 r.[27] wskazał, iż „przepisy prawa energetycznego nie różnicują praw odbiorcy energii elektrycznej przyłączanego do sieci oraz podmiotu będącego dostawcą energii elektrycznej przyłączanego do sieci elektroenergetycznej. Obie kategorie podmiotów, zdaniem Sądu, mają jednakowe prawa w zakresie żądania przyłączenia ich do sieci elektroenergetycznej"[28]. Wynika to, jak wskazał Sąd, wprost z art. 7 ustawy Prawo energetyczne, w którym ustawodawca posługuje się pojęciem „podmiot ubiegający się o przyłączenie do sieci", a nie „odbiorca" w rozumieniu art. 3 ust. 13 ustawy Prawo energetyczne. Również w doktrynie prawa prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym obowiązek zawierania umów o przyłączenie do sieci przedsiębiorstwa energetycznego dotyczy zarówno odbiorców, jak i wytwórców, a uzyskanie przyłączenia do sieci stanowi fundament jej funkcjonowania[29].

Podmioty ubiegające się o przyłączenie muszą spełniać warunki przyłączenia i odbioru energii, które są określone w ustawie Prawo energetyczne oraz w rozporządzeniach systemowych wydanych na podstawie art. 9 ustawy Prawo energetyczne[30]. W literaturze prawa wskazuje się, że regulacja uzależniająca istnienie publicznoprawnego obowiązku przyłączenia od spełnienia warunków, które zostaną dopiero określone przez przedsiębiorstwo energetyczne w wydanych warunkach przyłączenia i projekcie umowy przyłączeniowej, jest wadliwa i ma charakter błędnego koła[31]. Przedsiębiorstwo energetyczne na podstawie takiej regulacji może odmówić przyłączenia do sieci z powodu niespełnienia przez podmiot warunków przyłączenia i odbioru, których spełnienie może nastąpić na podstawie umowy przyłączeniowej i w zakresie tam wskazanym. W wielu przypadkach inwestorzy elektrowni wiatrowych starają się o warunki

---

[27] AmE 39/05, niepubl.

[28] *Ibidem*.

[29] A. Walaszek-Pyzioł, *op.cit*., s. 154 i 155.

[30] Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 15 stycznia 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemów ciepłowniczych (Dz.U. 2007, nr 16, poz. 92); Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 2 lipca 2010 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu gazowego (Dz.U. 2010, nr 133, poz. 891); Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 4 maja 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektroenergetycznego (Dz.U. 2007, nr 93, poz. 623).

[31] A. Walaszek-Pyzioł, W. Pyzioł, *op.cit*., s. 7.

przyłączenia jeszcze na etapie ubiegania się o pozwolenie na budowę. W takim wypadku przedsiębiorstwo energetyczne może odmówić im przyłączenia do sieci z uwagi na to, że nie został jeszcze wybudowany obiekt farmy wiatrowej, który będzie przyłączany do sieci i przez to nie ma możliwości oceny, czy farma spełnia warunki do przyłączenia.

Ponadto ostatnia nowelizacja ustawy Prawo energetyczne[32] rozszerzyła katalog obowiązków podmiotów ubiegających się o przyłączenie źródeł energii o napięciu znamionowym wyższym niż 1 kV o konieczność wniesienia zaliczki na poczet opłaty przyłączeniowej oraz o przedłożenie wypisu i wyrysu z miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego (ewentualnie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu) potwierdzających dopuszczalność lokalizacji danego źródła energii na terenie objętym planowaną inwestycją. **Zaliczka** na poczet opłaty za przyłączenie do sieci źródła wynosi 30 zł za każdy kilowat mocy przyłączeniowej i nie może być wyższa niż 3 mln zł. W przypadku, gdy wysokość zaliczki przekroczy wysokość opłaty za przyłączenie do sieci, różnica między wysokością wniesionej zaliczki a wysokością tej opłaty podlega zwrotowi wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia wniesienia zaliczki. Wnosi się ją w ciągu czternastu dni od dnia złożenia wniosku o określenie warunków przyłączenia, pod rygorem pozostawienia wniosku bez rozpatrzenia. Natomiast **wypis i wyrys z miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego** (ewentualnie decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania) należy przedłożyć wraz z wnioskiem o określenie warunków przyłączenia. Nieprzedłożenie dokumentu planistycznego jest negatywną przesłanką przy ocenie możliwości spełnienia przez podmiot przyłączany warunków niezbędnych do przyłączenia i odbioru. Ustawodawca, wprowadzając takie rozwiązanie, wskazał, że ma ono na celu wyeliminowanie negatywnego zjawiska, jakim jest „blokowanie mocy" przez projekty przyłączeniowe o niskim stopniu zaawansowania. Przed wprowadzeniem w życie nowych przepisów doszło bowiem do sytuacji, w której ekspertyzy wpływu przyłączanego obiektu do sieci przedsiębiorstwa energetycznego musiały uwzględniać moce wszystkich złożonych wcześniej wniosków o określenie warunków przyłączenia, z których większość nie miała możliwości uzyskania w najbliższym czasie dokumentów zezwalających na rozpoczęcie budowy źródła wytwórczego, co powodowało

[32] Ustawa z dnia 8 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. 2010, nr 21, poz. 104).

faktyczne zablokowanie wydawania nowych warunków dla źródeł wytwórczych[33].

Drugą niezbędną przesłanką zaistnienia publicznoprawnego obowiązku przyłączenia jest posiadanie przez podmiot ubiegający się o przyłączenie **tytułu prawnego** do korzystania z nieruchomości, obiektu lub lokalu, do których paliwa gazowe lub energia mają być dostarczone. Przepis art. 7 ust. 3 ustawy Prawo energetyczne, w brzmieniu nadanym nowelizacją ustawy z dnia 8 stycznia 2010 r., rozszerzył zakres przedmiotowy dotychczasowego tytułu prawnego do obiektu o tytuł do nieruchomości oraz lokalu. W uzasadnieniu tej zmiany wskazano, „że przyłączenie do sieci w praktyce następuje nie tylko do obiektu, ale również do nieruchomości niezabudowanej oraz do pojedynczego lokalu w budynku"[34]. Rozszerzenie zakresu przedmiotowego było zgodne z dotychczasową interpretacją Prezesa URE tego przepisu oraz z ugruntowanym orzecznictwem sądowym, zgodnie z którym nieuzasadnione jest stosowanie zawężającej definicji obiektu zawartej w ustawie Prawo budowlane do znaczenia tego terminu określonego w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo energetyczne[35].

Tytułem prawnym do korzystania z obiektu, lokalu lub nieruchomości są: prawo własności, użytkowanie wieczyste, ograniczone prawa rzeczowe rodzące uprawnienie do korzystania z obiektów, a także stosunki obligacyjne uprawniające do korzystania z rzeczy cudzej: najem, dzierżawa, leasing, użyczenie[36]. Zgodnie z brzmieniem art. 7 ust. 3 ustawy Prawo energetyczne, podmiot ubiegający się o przyłączenie powinien wykazać, że ma tytuł prawny do obiektu, lokalu lub nieruchomości, do których ma być dostarczona energia lub gaz. W doktrynie prawa prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym wykazanie się tytułem prawnym może być dokonane przez złożenie oświadczenia woli o jego posiadaniu[37]. Takie stanowisko potwierdza regulacja przyjęta w § 7 ust. 4 gazowego rozporządzenia systemowego[38], zgodnie z którym do wniosku o przyłączenie należy przedłożyć oświadczenie o posiadaniu tytułu prawnego do obiek-

---

[33] Druk Sejmowy nr 2176, www. sejm.gov.pl, data pobrania: 30.06.2011.

[34] *Ibidem*.

[35] Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 25 czerwca 2009 r., XVII Am E 205/08, niepubl.

[36] M. Czarnecka, T. Ogłódek, *op.cit*., s. 155 i 156.

[37] *Ibidem*, s. 156.

[38] Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 2 lipca 2010 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu gazowego (Dz.U. 2010, nr 133, poz. 891).

tu. Jednocześnie to ciepłownicze rozporządzenie systemowe (w § 6 ust. 2) oraz elektroenergetyczne rozporządzenie systemowe (w § 7 ust. 5) wskazują konieczność przedłożenia tytułu prawnego, a nie oświadczenia[39]. Niezależnie od tego, o tym, czy tytuł prawny daje podmiotowi ubiegającemu się o przyłączenie prawo do korzystania z danego obiektu, nieruchomości czy lokalu, decyduje treść tego dokumentu. Nie wystarczy zatem przedstawić umowę najmu, konieczne jest, aby umowa ta zawierała postanowienia umożliwiające korzystanie z danego obiektu na potrzeby przyłączenia do sieci bądź nie wyłączała takiego uprawnienia[40].

3. Procedury związane z przyłączaniem do sieci przedsiębiorstw energetycznych

Przedstawiony kształt regulacji publicznoprawnego obowiązku przyłączenia do sieci przedsiębiorstwa energetycznego, oparty w znacznym stopniu na niedookreślonych zwrotach, jest przyczyną wielu konfliktów wymagających rozstrzygnięcia przez Prezesa URE w trybie określonym w art. 8 ustawy Prawo energetyczne. Rozstrzygnięcia te dotyczą jedynie takich spraw, co do których istnieje publicznoprawny obowiązek przyłączenia[41]. Zaznaczyć trzeba, że dotychczasowa praktyka rozstrzygania przez Prezesa URE sporów dotyczących odmowy zawarcia umowy o przyłączenie do sieci przedsiębiorstwa energetycznego polegała na ustaleniu treści umowy przyłączeniowej, pomimo że nie ma on w art. 8 ustawy Prawo energetyczne wyraźnie wskazanego uprawnienia w tym zakresie. Zgodnie z ugruntowanym już orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Prezes URE, prowadząc postępowanie w zakresie odmowy zawarcia umowy o przyłączenie do sieci, wydaje decyzję administracyjną, która w takim przypadku powinna obejmować wszystkie istotne postanowienia danej umowy[42]. Takie stanowisko sądu potwierdza również literatura

[39] Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 15 stycznia 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemów ciepłowniczych (Dz.U. 2007, nr 16, poz. 92); Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 4 maja 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektroenergetycznego (Dz.U. 2007, nr 93, poz. 623).

[40] A. Walaszek-Pyzioł, W. Pyzioł, *op.cit*., s. 4.

[41] *Ibidem*, s. 10.

[42] Wyrok Sądu Antymonopolowego z 21 marca 2001 r., Ame 30/00, niepubl.

prawa. „Decyzja Prezesa URE powinna w całości określać treść umowy i zarazem ją zastępować. Skutkiem decyzji Prezesa URE jest powstanie w sposób bezpośredni, tzn. bez konieczności składania przez strony jakichkolwiek oświadczeń woli, stosunku obligacyjnego, z którego wynika obowiązek spełnienia określonego świadczenia. Wariant ten został przyjęty w orzecznictwie, jest zgodny z celem unormowania zawartego w art. 8 ust. 1 prawa energetycznego, jakim jest nie jakiekolwiek, ale skuteczne (w znaczeniu całkowite) rozstrzygnięcie sporu między stronami"[43]. Jednak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 kwietnia 2011 r.[44] opowiedział się przeciwko takiej praktyce Prezesa URE, wskazując, że jego decyzja rozstrzygająca w sprawie odmowy zawarcia umowy o przyłączenie ma być źródłem stosunku zobowiązaniowego, a nie kształtowaniem treści innego źródła zobowiązania, to jest umowy przyłączeniowej.

W przypadku, gdy przedsiębiorstwo energetyczne stwierdzi, że nie ma warunków do zawarcia w trybie publicznoprawnego obowiązku umowy o przyłączenie do sieci, musi niezwłocznie pisemnie powiadomić o odmowie zawarcia umowy Prezesa URE i zainteresowany podmiot, podając przyczyny odmowy. Niezależnie od powiadomienia, w przypadku, gdy przyczyną odmowy zawarcia umowy o przyłączenie jest brak warunków ekonomicznych, przedsiębiorstwo energetyczne może ustalić opłatę w wysokości uzgodnionej z podmiotem ubiegającym się o przyłączenie w umowie o przyłączenie do sieci.

W stanowiskach dotyczących przyłączenia do sieci elektroenergetycznej i gazowniczej Prezes URE wskazał, że każda sytuacja, w której umowa o przyłączenie do sieci przedsiębiorstwa nie została zawarta (strony nie doszły do porozumienia co do treści umowy lub w terminie nie doszło do wydania warunków przyłączenia), mamy do czynienia z odmową przyłączenia do sieci przedsiębiorstwa energetycznego. Taki pogląd ugruntowało również orzecznictwo sądowe[45].

Potwierdzeniem istnienia przesłanek zawarcia umowy przyłączeniowej jest wydanie przez przedsiębiorstwo energetyczne warunków przyłączenia. Takie stanowisko wyraził również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 marca 2004 r.[46],

---

[43] A. Walaszek-Pyzioł, *op.cit*., s. 79 i 80.

[44] M. Władziński, *Sąd Najwyższy o kompetencjach prezesa Urzędu Regulacji Energetyki*, „Gazeta Prawna" 2011, nr 89 (2975).

[45] Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 5 czerwca 2006 r., XVII AmE 26/05, niepubl.

[46] Wyrok Sądu Najwyższego z 9 marca 2004 r., III SK 20/04, niepubl.

wskazując, „że zachowanie strony skarżącej, która określiła dla wnioskodawcy warunki przyłączenia oraz opracowała projekt umowy przyłączeniowej potwierdza, że zostały spełnione warunki ekonomiczne i techniczne przyłączenia przedmiotowej nieruchomości do sieci". W nowelizacji ustawy Prawo energetyczne z dnia 8 stycznia 2010 r. doprecyzowano charakter tych warunków i wskazano dwuletni okres ich ważności.

Umowa o przyłączenie do sieci przedsiębiorstwa energetycznego zawierana z podmiotem ubiegającym się o przyłączenie, której *essentialia negotii* określa art. 7 ust. 2 ustawy Prawo energetyczne, jest typowym przykładem stosunku cywilnoprawnego, na którego powstanie wpływają normy prawa administracyjnego[47]. Umowa ta jest umową nazwaną, dwustronną i odpłatną, jednak nie ma charakteru zobowiązania wzajemnego, opłata przyłączeniowa nie stanowi bowiem ekwiwalentu świadczenia przedsiębiorstwa energetycznego poniesionego na rozwój sieci[48]. W tym miejscu warto podkreślić, że najczęstszą przyczyną sporów pomiędzy przedsiębiorstwem energetycznym a podmiotem ubiegającym się o przyłączenie jest właśnie kwota opłaty przyłączeniowej. Przedsiębiorstwa energetyczne do obliczenia kosztów inwestycji przyłączeniowej włączają koszty rozbudowy sieci, wbrew przepisom art. 7 ust. 5 ustawy Prawo energetyczne. Stanowi on, że przedsiębiorstwo energetyczne jest obowiązane zapewnić realizację i finansowanie budowy i rozbudowy sieci, w tym na potrzeby przyłączania podmiotów ubiegających się o przyłączenie, na warunkach określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 9 ust. 1–4, 7 i 8 oraz art. 46 ustawy Prawo energetyczne oraz w założeniach lub planach, o których mowa w art. 19 i 20 tej ustawy. Z jednej strony oznacza to, że przedsiębiorstwo energetyczne ma obowiązek planowania rozwoju sieci zgodnie z gminnymi planami zaopatrzenia w ciepło, energię elektryczną oraz paliwa gazowe, tak by co do zasady podmioty, ubiegając się o przyłączenie, mogły być przyłączone do sieci przedsiębiorstwa energetycznego na warunkach taryfowych. Z drugiej natomiast strony powoduje to, że koszty rozbudowy sieci, także na potrzeby podmiotów ubiegających się o przyłączanie, ponosi przedsiębiorstwo energetyczne.

Problematyką określenia kosztów wpływających na wysokości opłaty za przyłączenie do sieci przedsiębiorstwa energetycznego zajął się Sąd Ochrony

---

[47] M. Czarnecka, T. Ogłódek, *op.cit*., s. 153.

[48] *Ibidem*, s. 154.

Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 25 czerwca 2009 r.[49], wyrażając pogląd, „że w rzeczywistych nakładach ponoszonych na realizację przyłączenia, o których mowa w art. 7 ust. 8 pkt 3 prawa energetycznego, uwzględnia się jedynie nakłady ponoszone na budowę przyłącza, a nie na rozbudowę sieci elektroenergetycznej niezbędnej do przyłączenia".

4. Projektowane zmiany regulacji w zakresie przesłanek związanych z przyłączaniem do sieci

W grudniu 2011 roku minister gospodarki przedstawił trzy projekty ustaw: Prawo energetyczne, Prawo gazowe oraz ustawę o odnawialnych źródłach energii (tak zwany trójpak energetyczny[50], które miały zreformować polską energetykę. W toku debat i sporów co do kształtu regulacji upływają kolejne terminy wprowadzenia trójpaku energetycznego w życie, wciąż bez efektu.

W związku z pilną potrzebą uregulowania niektórych kwestii w prawie energetycznym, wynikających między innymi ze wszczętego przez Komisję Europejską postępowania dotyczącego braku implementacji dyrektywy 2009/28/WE, dotyczącej gwarancji pierwszeństwa przyłączenia do sieci odnawialnych źródeł energii[51], do polskiego systemu prawnego, w drugiej połowie 2012 roku został przygotowany i złożony w Sejmie poselski projekt zmiany ustawy Prawo energetyczne i niektórych innych ustaw, zwany małym trójpakiem[52]. Regulacje małego i dużego trójpaku zawierają zmiany prawne w zakresie przesłanek przyłączenia do sieci przedsiębiorstw energetycznych.

---

[49] XVII AmE 205/08, niepubl.

[50] Trójpak energetyczny to obecnie projekty czterech ustaw: Prawo energetyczne wersja 1.24 z dnia 8 października 2012 r.; Prawo gazowe wersja 2.004 z dnia 9 października 2013 r.; ustawa o odnawialnych źródłach energii wersja 2.0.2 z dnia 9 października 2012 r. oraz projekt ustawy wprowadzającej ustawę Prawo energetyczne, Prawo gazowe oraz ustawę o odnawialnych źródłach energii wersja 0.11 z dnia 9 października 2012 r.

[51] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych zmieniająca i w następstwie uchylająca dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE, Dz. Urz. UE L 140/16 z 5.06.2009.

[52] Mały trójpak energetyczny to projekt zmian ustawy Prawo energetyczne i niektórych innych ustaw; ostatni projekt z dnia 23 maja 2013 r., Sejm Rzeczypospolitej Polskiej VII k., Druk nr 946.

W małym trójpaku zostały doprecyzowane przesłanki techniczne i ekonomiczne przyłączenia do sieci przedsiębiorstw energetycznych oraz uregulowania związane z przyłączaniem do sieci nowych rodzajów podmiotów ubiegających się o przyłączenie, tak zwanych mikroinstalacji[53] i małych instalacji[54].

Doprecyzowanie przesłanek technicznych oraz ekonomicznych przyłączenia polega na założeniu, że w przypadku, „gdy przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej odmówi przyłączenia do sieci odnawialnego źródła energii z powodu braku technicznych warunków przyłączenia wynikających z braku niezbędnych zdolności przesyłowych sieci w terminie proponowanym przez podmiot ubiegający się o przyłączenie odnawialnego źródła energii, przedsiębiorstwo energetyczne określa planowany termin oraz warunki wykonania niezbędnej rozbudowy lub modernizacji sieci, a także określa termin przyłączenia”[55]. W przypadku natomiast „braku technicznych lub ekonomicznych warunków przyłączenia w zakresie mocy przyłączeniowej określonej we wniosku o określenie warunków przyłączenia odnawialnego źródła energii, przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej powiadamia podmiot ubiegający się o przyłączenie o wielkości dostępnej mocy przyłączeniowej, dla jakiej mogą być spełnione te warunki. Jeżeli podmiot ten w terminie 30 dni od dnia otrzymania powiadomienia:

1) wyraził zgodę na taką wielkość mocy przyłączeniowej, przedsiębiorstwo to wydaje warunki przyłączenia,
2) nie wyraził zgody na taką wielkość mocy przyłączeniowej, przedsiębiorstwo to odmawia wydania warunków przyłączenia”[56].

Uregulowane zostały również zasady przyłączania mikroinstalacji. „W przypadku, gdy podmiot ubiegający się o przyłączenie mikroinstalacji do sieci dystrybucyjnej jest przyłączony do sieci jako odbiorca końcowy, a moc zainstalowana mikroinstalacji, o przyłączenie której ubiega się ten podmiot, nie

[53] Mikroinstalacja to odnawialne źródło energii o łącznej mocy zainstalowanej elektrycznej nie większej niż 40 kW, przyłączone do sieci elektroenergetycznej o napięciu znamionowym niższym niż 110 kV lub o łącznej mocy zainstalowanej cieplnej nie większej niż 120 kW.

[54] Mała instalacja to odnawialne źródło energii o łącznej mocy zainstalowanej elektrycznej większej niż 40 kW i nie większej niż 200 kW, przyłączone do sieci elektroenergetycznej o napięciu znamionowym niższym niż 110 kV lub o łącznej mocy zainstalowanej cieplnej większej niż 120 kW i nie większej niż 600 kW.

[55] Art. 7 ust. 8 d^2 małego trójpaku energetycznego.

[56] Art. 7 ust. 8 d^3 małego trójpaku energetycznego.

jest większa niż określona w wydanych warunkach przyłączenia, przyłączenie do sieci odbywa się na podstawie zgłoszenia przyłączenia mikroinstalacji, złożonego w przedsiębiorstwie energetycznym, do sieci którego ma być ona przyłączona, po zainstalowaniu odpowiednich układów zabezpieczających i układu pomiarowo-rozliczeniowego. W innym przypadku przyłączenie mikroinstalacji do sieci dystrybucyjnej odbywa się na podstawie umowy o przyłączenie do sieci. Koszt instalacji układu zabezpieczającego i układu pomiarowo-rozliczeniowego ponosi operator systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego"[57]. Zgłoszenie zawiera w szczególności:

a) oznaczenie podmiotu ubiegającego się o przyłączenie oraz określenie rodzaju i mocy mikroinstalacji;
b) informacje niezbędne do zapewnienia spełnienia przez mikroinstalację wymagań technicznych i eksploatacyjnych;
c) oświadczenie o następującej treści: „Świadomy odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia wynikającej z art. 233 § 6 Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553, z późn. zm.) oświadczam, że posiadam tytuł prawny do nieruchomości, na której jest planowana inwestycja oraz do mikroinstalacji określonej w zgłoszeniu". Klauzula ta zastępuje pouczenie organu o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań.

Wskazano również dokumenty warunkujące przyłączenie wytwórcy energetyki jądrowej, wymieniono: decyzję o ustaleniu lokalizacji inwestycji w zakresie budowy obiektu energetyki jądrowej wydaną zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 13 maja 2011 r. o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących (Dz.U. nr 135, poz. 789) oraz wypis i wyrys z miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, jak również decyzję o ustaleniu lokalizacji inwestycji w zakresie budowy obiektu energetyki jądrowej potwierdzającą dopuszczalność lokalizacji danego źródła na terenie objętym planowaną inwestycją. W projekcie małego trójpaku określono również dokumenty niezbędne do przyłączenia morskiej energetyki wiatrowej, to jest pozwolenie na wznoszenie i wykorzystywanie sztucznych wysp, konstrukcji i urządzeń w polskich obszarach morskich wydane zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej

[57] Art. 7 ust. 8 d^4 małego trójpaku energetycznego.

Polskiej i administracji morskiej (Dz.U. 2003, nr 153, poz. 1502, z późn. zm.), dokument potwierdzający tytuł prawny podmiotu do korzystania z nieruchomości, na której jest planowana inwestycja określona we wniosku, z wyłączeniem źródeł lokalizowanych w polskim obszarze morskim, oraz wypis i wyrys z miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, decyzję o ustaleniu lokalizacji inwestycji w zakresie budowy obiektu lub pozwolenie na wznoszenie i wykorzystanie sztucznych wysp, konstrukcji i urządzeń w polskich obszarach morskich, które powinny potwierdzać dopuszczalność lokalizacji danego źródła na terenie objętym planowaną inwestycją.

W trójpaku energetycznym znajdują się regulacje dotyczące przyłączenia do sieci odrębnie dla przyłączenia do sieci elektroenergetycznej i ciepłowniczej w art. 8 projektu ustawy Prawo energetyczne[58] oraz dla przyłączenia do sieci gazowniczej w art. 13 projektu ustawy Prawo gazowe[59]. Postanowienia przepi-

[58] Art. 8 „1. Przedsiębiorstwo energetyczne wykonujące działalność gospodarczą w zakresie przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej, lub przesyłania i dystrybucji ciepła jest obowiązane do zawarcia umowy o przyłączenie do sieci z podmiotem ubiegającym się o przyłączenie urządzeń instalacji lub sieci do sieci elektroenergetycznej, lub do sieci ciepłowniczej, na zasadzie równoprawnego traktowania, jeżeli istnieją techniczne i ekonomiczne warunki przyłączenia do sieci i dostarczania energii elektrycznej lub ciepła, a żądający zawarcia umowy spełnia warunki przyłączenia do sieci i odbioru tej energii lub ciepła.
2. Obowiązek, o którym mowa w ust. 1, nie dotyczy przypadku, gdy ubiegający się o zawarcie umowy o przyłączenie do sieci nie ma tytułu prawnego do nieruchomości, obiektu lub lokalu, do których energia elektryczna lub ciepło ma być dostarczane.
3. Jeżeli przedsiębiorstwo energetyczne, o którym mowa w ust. 1, odmówi zawarcia umowy o przyłączenie do sieci, jest obowiązane niezwłocznie pisemnie powiadomić o tej odmowie zainteresowany podmiot, podając uzasadnienie odmowy.
4. W przypadku, gdy wartość dostępnej mocy przyłączeniowej, wyznaczona z uwzględnieniem warunków bilansowych systemu elektroenergetycznego, o której mowa w art. 23 ust. 1 pkt 2, jest mniejsza niż wartość mocy przyłączeniowej określonej przez podmiot ubiegający się o przyłączenie do sieci odnawialnego źródła energii, przedsiębiorstwo energetyczne wykonujące działalność gospodarczą w zakresie przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej może, na wniosek tego podmiotu, wydać warunki przyłączenia i zawrzeć umowę o przyłączenie, pod warunkiem że odnawialne źródło energii będzie wyposażone w magazyn energii elektrycznej umożliwiający magazynowanie energii wytworzonej z tego źródła".

[59] Art. 13 „1. Operator systemu przesyłowego lub operator systemu dystrybucyjnego jest obowiązany do zawarcia umowy o przyłączenie do sieci z podmiotem ubiegającym się o przyłączenie urządzeń, instalacji lub sieci do sieci, na zasadzie równoprawnego traktowania, jeżeli istnieją techniczne i ekonomiczne warunki przyłączenia do sieci i dostarczania gazu ziemnego, a żądający zawarcia umowy spełnia warunki przyłączenia do sieci i odbioru gazu ziemnego.
2. Obowiązek, o którym mowa w ust. 1, nie dotyczy przypadku, gdy ubiegający się o zawarcie umowy o przyłączenie do sieci nie ma tytułu prawnego do nieruchomości, obiektu lub lokalu, do których gaz ziemny ma być dostarczany.
3. Jeżeli operator, o którym mowa w ust. 1, odmówi zawarcia umowy o przyłączenie do sieci, jest obowiązany niezwłocznie pisemnie powiadomić o tej odmowie Prezesa URE i zainteresowany

sów projektów ustaw w trójpaku energetycznym są co do przesłanek powstawania obowiązku przyłączenia do sieci tożsame z regulacjami zawartymi w dotychczas obowiązującej ustawie Prawo energetyczne. Odbiegają one natomiast od treści przepisów zawartych w małym trójpaku energetycznym.

Podsumowanie

Dostęp do infrastruktury sieciowej ma na celu zapewnienie świadczenia usług o ogólnym interesie gospodarczym, o którym mowa w art. 106 *Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana)* (dalej: TfUE). Usługi te mają, w myśl art. 14 TfUE, znaczącą rolę w promowaniu spójności krajów członkowskich, zarówno w aspekcie społecznym, jak i gospodarczym, stanowiąc jedną ze wspólnych wartości Unii Europejskiej[60]. Usługi o ogólnym interesie społecznym określane są również mianem usług powszechnych czy usług użyteczności publicznej[61]. Z uwagi na szczególne znaczenie sektora energetycznego został stworzony system regulacji na poziomie UE oraz krajowym, celem zapewnienia dostępności usług o charakterze powszechnym. W literaturze przedmiotu podnosi się, że mechanizmy regulacyjne są wyrazem protekcjonizmu obywatelskiego, co godzi w podstawowe założenia regulacji europejskich związanych z wolnością gospodarczą i wolnym rynkiem[62].

Niewątpliwą jednak wartością i celem regulacji dostępu do sieci przedsiębiorstw energetycznych, poza stworzeniem mechanizmu świadczenia usług powszechnych, jest konieczność wspierania mechanizmów konkurencyjnych, zapewniających dostęp do sieci wytwórcom energii (również OZE), co przekłada się na dywersyfikację źródeł dostaw, będącego elementem zapewniania bezpieczeństwa dostaw podstawowych mediów.

Obecnie nie ma wystarczających regulacji w zakresie dostępu do sieci przedsiębiorstw energetyki, co potwierdza obszerne orzecznictwo sądowe

---

podmiot, podając uzasadnienie odmowy i informując o możliwości odwołania się od tej odmowy do Prezesa URE".

[60] A. Jurkowska, T. Skoczny, *op.cit*., s. 13.

[61] Szerzej na temat usług użyteczności publicznej w: *ibidem*, s. 13; M. Szydło, *op.cit.*, s. 14 i 15.

[62] F. Elżanowski, *Polityka energetyczna. Prawne instrumenty realizacji*, Warszawa 2008, s. 12 i 13.

w tym zakresie. Rozbieżności w regulacjach związanych z przyłączaniem do sieci energetycznych w trójpaku energetycznym nie dają należytych regulacji w zakresie przesłanek aktualizujących ten obowiązek. Znacznie lepsze rozwiązania zostały przyjęte w małym trójpaku, ponieważ tworzą one mechanizm „oczekiwania" na powstanie warunków technicznych przyłączenia, wskazując, że należy je rozumieć jako konieczność modernizacji oraz rozbudowy sieci. Stworzony został również mechanizm „obniżenia wielkości mocy przyłączeniowej" do wielkości dostępnej w chwili składania wniosku o przyłączenie przez podmiot ubiegający się o przyłączenie. Celem zmiany regulacji prawnych określonych w małym trójpaku energetycznym jest przedstawienie podmiotowi ubiegającemu się o przyłączenie przeszkód stojących na drodze do przyłączenia, terminów usunięcia tych utrudnień oraz wysokości nakładów na przyłączenie do sieci przedsiębiorstw energetycznych. Bardzo korzystne jest przyjęcie regulacji związanych ze zmianą procedury odmowy przyłączenia do sieci OZE, które w przypadku braku warunków technicznych są ustawiane w „kolejkę", a nie przepadają na korzyść tych, którzy później złożyli wniosek o przyłączenie, gdy zaistniały już warunki do przyłączenia.

Niewątpliwie zasadne jest przyjęcie regulacji nakładających na przedsiębiorstwa energetyczne publicznoprawnego obowiązku przyłączania do sieci, świadczą one bowiem usługi o charakterze publicznym. To pozwala na zachowanie zasady bezpieczeństwa energetycznego, także poprzez zapewnienie udziału energii z OZE w bilansie zużycia energii, tworząc tak zwany mix energetyczny. Zapewnienie dostępu do sieci energetycznej przeciwdziała również naturalnemu mechanizmowi monopolizacji działalności przedsiębiorstw energetycznych. Ponadto uregulowania nakładające publicznoprawny obowiązek przyłączenia do sieci zmierzają do osiągnięcia przyjętych celów polityki energetycznej Unii Europejskiej, określonych w dyrektywie 2009/72/WE[63], zobowiązującej państwa członkowskie do zapewnienia gospodarstwom domowym i małym przedsiębiorstwom prawa do dostarczania energii, jak również w dyrektywie 2009/28/WE dotyczącej gwarancji pierwszeństwa przyłączenia do sieci odnawialnych źródeł energii.

[63] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 2003/54/WE, Dz. Urz. L 211/55 z 14.08.2009.

LEGAL CONDITIONS OF THE OBLIGATION TO CONNECT TO THE NETWORK OF ENERGY COMPANY

Summary

The article presents the issues concerning connecting to the energy network by entities applying for it. There is an introduction to the European infrastructure policy and also some theoretical issues concerning the recognition of the obligation (public duty) to connect to the network in the article. It contains a description of four terms and conditions of obligation to connect to the network. On the one hand concerning the energy company, i.e. the existence of technical and economic conditions of the attachment. On the other hand it concerns entities applying for attachment, i.e. legal title to the property and conditions of attachment. The article discusses the procedure for concluding contracts for network connections and regulations relating to the refusal of attachment. It has been pointed out to the current draft amendments to regulations contained within a small energy three pack and the bills of energy three pack. The changes consist in clarifying the regulation of the existence of the technical and economic connection.

Translated by Marlena Ballak

Keywords: energy law, connection to the energy network

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 788 ACTA IURIS STETINENSIS 4 2013

JĘDRZEJ ŁOPATTO[*]
Uniwersytet Szczeciński

PRAWNOMIĘDZYNARODOWE MECHANIZMY ODDZIAŁYWANIA UNII EUROPEJSKIEJ NA POLITYKĘ WEWNĘTRZNĄ I ZEWNĘTRZNĄ REPUBLIKI BIAŁORUSI

Streszczenie

W artykule podjęto próbę odpowiedzi na pytanie o zdolność Brukseli do wprowadzenia pozytywnych zmian w relacjach z Republiką Białorusi. Czy mechanizmy polityki zagranicznej Unii Europejskiej mogą być w tym zakresie bardziej efektywne? Czy Wspólnota, która nie akceptuje sposobu, w jaki Republika Białorusi prowadzi politykę wewnętrzną i zagraniczną, jest w stanie podjąć dialog z państwem rządzonym przez Łukaszenkę?

Unia Europejska w relacjach z białoruską administracją stosuje różne środki o charakterze prawnym i pozaprawnym, takie jak umowy czy negocjacje. Obie strony mają pewne interesy w rozwijaniu współpracy, mimo to skomplikowana historia ich wzajemnych kontaktów utwierdza obserwatorów w przekonaniu, iż osiągnięcie normalizacji i stabilizacji stosunków między Brukselą a Mińskiem pozostaje niemożliwe. Głównym dokumentem regulującym relacje pomiędzy UE a Republiką Białoruś jest umowa międzynarodowa zawarta w 1989 r. pomiędzy Wspólnotami Europejskimi a Związkiem Radzieckim. W 1995 r. z inicjatywy UE podpisano nowy dokument *Partnership and cooperation agreement* (PCA). Nie wszedł on jednak w życie. Wspólnota starała się także wpływać na białoruską politykę za pomocą środków o charakterze karnym, co było związane z niedemokratycznym charakterem rządów Łukaszenki.

[*] E-mail: jedrzej.lopatto@wp.pl.

Do takich należą różnego rodzaju sankcje międzynarodowe, stosowane przez UE kilkakrotnie.

Słowa kluczowe: polityka zagraniczna Unii Europejskiej, Republika Białorusi, umowy międzynarodowe, sankcje międzynarodowe

Wprowadzenie

Artykuł ma na celu przedstawienie praktycznego wymiaru stosowania instrumentów, poprzez które Wspólnota Europejska stara się wpływać na politykę Republiki Białorusi. Liczba publikacji naukowych, odnoszących się do tego zagadnienia, jest niezadowalająca. Fakt ten jest zaskakujący, gdyż w polskiej literaturze prawnomiędzynarodowej oraz poświęconej stosunkom międzynarodowym funkcjonuje wiele wartościowych publikacji dotyczących relacji pomiędzy Unią Europejską a pozostałymi państwami położonymi za jej wschodnią granicą.

W związku z kwestią stosunków Wspólnoty z Republiką Białorusi istnieje wiele ciekawych perspektyw badawczych. Ta pierwsza, której fundament istnienia stanowią idee społeczeństwa demokratycznego, gospodarki wolnorynkowej oraz rozwijania wielopłaszczyznowej współpracy z państwami trzecimi, jest pod każdym względem tworem odmiennym od izolującej się Białorusi rządzonej przez Aleksandra Łukaszenkę. Unijni przywódcy dostrzegają, iż w najbliższym otoczeniu Wspólnoty funkcjonuje państwo o charakterze autorytarnym. Ponadto specyfikę owych relacji komplikuje fakt, że istotną rolę odgrywa w nich strona trzecia – Federacja Rosyjska.

W opracowaniu podjęto próbę wykazania, że problemy związane z nieprzestrzeganiem praw człowieka na Białorusi oraz antydemokratyczne praktyki prezydenta A. Łukaszenki są głównymi determinantami unijnych działań wobec jej wschodniego sąsiada. Wspólnota została zmuszona do wypracowania swoistego modelu postępowania, opartego na dwupoziomowym formacie kontaktów z Republiką Białorusi[1]. Ta nietypowa forma utrzymywania przez Brukselę

[1] Pierwszym wymiarem tego modelu jest ograniczona współpraca z władzami białoruskimi, mająca zapobiegać samoizolacji wschodniego sąsiada Wspólnoty oraz umożliwiająca udzielanie mu pomocy humanitarnej. Drugim elementem jest utrzymywanie rozwiniętych kontaktów z białoruskimi organizacjami politycznymi i pozarządowymi, które w przyszłości mogą się stać zalążkiem realnie zagrażającej rządzącemu reżimowi opozycji. Zob. A. Kuczyńska-

międzynarodowych relacji implikuje stosowanie formalnych oraz nieformalnych mechanizmów oddziaływania. Mechanizmy te można ująć w pewien schemat, który został przedstawiony w dalszej części artykułu. Wskazać jednak należy, że zaprezentowany w niniejszej publikacji podział na środki prawne oraz pozaprawne nie ma charakteru tak zwanej klasyfikacji sztywnej.

W kategorii środków prawnych opisano instrumenty, których stosowanie wynika bezpośrednio z określonych elementów prawa międzynarodowego (przykładowo: zawieranie umów przez określone podmioty posiadające *ius contrahendi*). Z kolei istotą pozaprawnych metod działania w rozumieniu autora jest to, że pozostają one swojego rodzaju emanacją prawa, którego głównym zadaniem jest regulowanie stosunków pomiędzy podmiotami międzynarodowymi. Często środki te służą instrumentom o charakterze prawnym, co nie jest jednak regułą. Zaznaczyć należy, że istota posługiwania się przez Unię Europejską owymi narzędziami politycznymi sprowadza się do pewnego wspólnego mianownika, którym jest dążenie do realizacji określonych interesów międzynarodowych.

1. Interesy Unii Europejskiej w relacjach z Białorusią

Cele, jakie stawia sobie Unia Europejska w kontekście rozwoju stosunków z Białorusią, można przedstawić w trzech punktach. Po pierwsze jest to demokratyzacja życia społecznego, zapewnienie przestrzegania na Białorusi praw człowieka oraz poprawa jakości życia mieszkańców tego państwa. Cel ten obejmuje między innymi następujące postulaty:

- zapewnienie przeprowadzania na Białorusi wyborów zgodnych z międzynarodowymi standardami;
- wspomaganie swobodnego funkcjonowania organizacji pozarządowych;
- uwolnienie białoruskich więźniów politycznych;
- zapewnienie obywatelom Republiki Białorusi dostępu do niezależnych mediów.

-Stępień, M. Słowikowski, *Unia Europejska a państwa Europy Wschodniej*, Warszawa 2008, s. 174–175.

Po drugie jest to liberalizacja białoruskiego systemu prawa oraz systemu gospodarczego, która w konsekwencji ma zmierzać między innymi do:

- stopniowego dostosowywania białoruskiego systemu prawa do europejskich standardów;
- zapewnienia Białorusinom dostępu do bezstronnego i niezawisłego sądownictwa powszechnego;
- wyeliminowania praktyk aresztowania, a nawet torturowania osób związanych z opozycją[2];
- liberalizacji białoruskiego systemu prawa karnego, włącznie z wyeliminowaniem kary śmierci;
- odejścia od systemu gospodarki centralnie sterowanej na rzecz systemu gospodarki wolnorynkowej;
- otwarcia białoruskiego rynku dla kapitału zagranicznego oraz stworzenia dogodnego klimatu dla inwestorów z Unii Europejskiej.

Po trzecie, dla Unii Europejskiej ważny jest rozwój stosunków politycznych i ekonomicznych z innymi krajami. Należy przy tym zaznaczyć, że przy uwzględnieniu integracyjnego charakteru działania Unii Europejskiej, skierowanego do jej sąsiadów, poziom owych relacji jest niespotykanie niski[3] i obejmuje takie kwestie, jak:

- zapewnienie bezpieczeństwa tranzytu przez Białoruś rosyjskich surowców mineralnych (ropy naftowej i gazu ziemnego);
- wymianę handlową[4];
- niedopuszczenie do zbytniego uzależnienia się Mińska od rosyjskich wpływów[5] oraz zakończenie stanu samoizolacji, w której obecnie znajduje się Białoruś.

---

[2] *Ibidem*, s. 178.

[3] Jest to związane z polityką wewnętrzną i zewnętrzną Republiki Białorusi. Przykłady Ukrainy czy Mołdawii świadczą o tym, że Wspólnota jest skłonna do dalekich ustępstw wobec swoich sąsiadów, jednak autorytarny charakter rządów stosowany przez administrację A. Łukaszenki jest dla Brukseli niedopuszczalny.

[4] W praktyce UE jest ważnym partnerem handlowym dla Republiki Białorusi. Do najistotniejszych (oprócz Rosji i Ukrainy) kierunków białoruskiego eksportu należą: Holandia (15,1% całego udziału w eksporcie), Łotwa (7,7%) oraz Niemcy (4,5%). Dane pochodzą z 2011 r. i są dostępne na stronie internetowej CIA: https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/bo.html, data pobrania: 2.04.2013.

[5] Zagadnienie relacji pomiędzy Białorusią a Federacją Rosyjską jest niezwykle obszerne. Powszechnie wiadomo, że antydemokratyczne praktyki prezydenta Łukaszenki są akceptowane przez Federację Rosyjską. W rzeczywistości jednak Białoruś kilkakrotnie przeciwstawiała się

Z zestawienia tego wynika, że stosunki między Unią Europejską a Białorusią mają charakter nietypowy z perspektywy realiów polityki międzynarodowej prowadzonej przez Wspólnotę. Unia Europejska zasadniczo zmierza do zapewnienia integracji ze swoim najbliższym otoczeniem. Integracja ta ma w konsekwencji doprowadzić do stopniowego eliminowania barier celnych, współpracy ekonomicznej, swobody (bądź ułatwienia) przepływu osób, towarów i usług czy polepszenia poziomu życia obywateli określonych państw.

Wyjątkowość opisywanych stosunków polega na tym, iż to nie kwestie gospodarcze stanowią ich podstawę, lecz pierwsze dwa z wymienionych wcześniej segmentów są dla Unii obszarem priorytetowym. Ten dziesięciomilionowy kraj w rzeczywistości kierowany jest od 1994 roku przez jedną osobę – Aleksandra Łukaszenkę, prezydenta, który wielokrotnie łamał prawo, co pozwoliło mu utrzymać się u władzy[6], i co, pomimo prób zachowania pozorów demokracji, sprawia, że Białoruś jest krajem rządzonym autorytarnie.

2. Prawnomiędzynarodowe mechanizmy oddziaływania

Umowy międzynarodowe

Upadek Związku Radzieckiego jako państwa w 1991 roku pociągnął za sobą powstanie (a w przypadku niektórych krajów – ponowne pojawienie się) piętnastu państw. Zrodziło to potrzebę nowego zdefiniowania polityki zagranicznej prowadzonej przez Wspólnotę z jedno- na wielowektorową. Dla „dwunastki" kwestią priorytetową stało się uregulowanie stosunków z nowymi podmiotami. Ugruntowanie pozycji jako stabilizatora sytuacji w regionie dałoby Wspólnotom Europejskim możliwość stymulowania procesów transformacji gospodarczej oraz politycznej, mających miejsce we wschodniej części konty-

rosyjskim próbom bezpośredniego ingerowania w sprawy wewnętrzne, przykładowo zmierzającym do przejęcia białoruskiego systemu gazociągów.

[6] Do tego typu praktyk należy zaliczyć m.in. zarządzenie i przeprowadzenie (w listopadzie 1996 r.) przez władze białoruskie referendum konstytucyjnego, w którego wyniku na Białorusi wprowadzono system rządów prezydenckich. Łukaszenko zapewnił sobie m.in. możliwość wydawania dekretów z mocą ustawy oraz swobodę rozwiązywania parlamentu. Faktycznie zlikwidowano niezawisłość białoruskiego Sądu Konstytucyjnego. Więcej na ten temat: T. Kapuśniak, *Wschodni wymiar polityki Unii Europejskiej. Aspekty prawne i polityczne*, „Analizy Instytutu Europy Środkowo-Wschodniej" t. 18, Lublin 2007, s. 31; M. Błaszczuk, *Stosunki Unii Europejskiej z sąsiadami – Białoruś*, „Wspólnoty Europejskie" 2006, nr 4, s. 8; J. Ziemczonok, *Integracja Europy a Białoruś*, Warszawa 2008, s. 285.

nentu[7]. Mając na uwadze dynamikę i zakres zmian politycznych zachodzących na obszarze byłego ZSRR, należy uznać, że zapewnienie bezpieczeństwa międzynarodowego w obrębie tego obszaru stało się dla zachodnich decydentów kwestią najważniejszą[8]. Dążeniom do tego celu miał służyć między innymi ujednolicony mechanizm PCA, czyli system bilateralnych umów[9] o partnerstwie i współpracy (*partnership and cooperation agreements*)[10], które od 1994 roku Unia Europejska zawierała z państwami Wspólnoty Niepodległych Państw[11].

Wspólnoty Europejskie uznały Republikę Białorusi w grudniu 1991 roku. Dokumentem, który decydował wówczas o kształcie stosunków Brukseli i Mińska, była zawarta 18 grudnia 1989 roku pomiędzy Wspólnotami Europejskimi a ZSRR Umowa w sprawie handlu oraz współpracy handlowej i gospodarczej[12]. I choć na jej podstawie Białoruś została objęta klauzulą największego uprzywilejowania (KNU)[13], to niewątpliwe było, że relacje pomiędzy tymi podmiotami muszą zostać oparte na nowej podstawie prawnej.

---

[7] J. Ziemczonok, *op.cit.*, s. 280.

[8] Dla państw zachodnich najbardziej problematyczną kwestią był wówczas fakt posiadania przez Białoruś oraz Ukrainę broni jądrowej.

[9] W odniesieniu do tych umów w literaturze stosuje się także określenia „układy" czy „porozumienia". Wynika to m.in. z niezgodności w tłumaczeniu angielskiego słowa *agreements*. Charakter jednak tych dokumentów uzasadnia przypuszczenie, że dla ich określania najbardziej adekwatne będzie sformułowanie „umowa".

[10] Należy zaznaczyć, że „jednolitość" tego systemu umów była ograniczona do pewnych podstawowych założeń, których realizacja miała doprowadzić przede wszystkim do stabilizacji w regionie wschodnim. Szczegółowe warunki umów, uwzględniające indywidualne cechy państw stron, miały regulować sprawy związane z wymianą handlową czy z kwestiami społecznymi.

[11] Wspólnota Niepodległych Państw (WNP) – organizacja międzyrządowa powstała w wyniku zawarcia porozumienia przez prezydentów Rosji, Ukrainy i Białorusi 8 grudnia 1991 r. Celem funkcjonowania WNP jest szeroko rozumiana reintegracja państw dawniej wchodzących w skład Związku Radzieckiego. Więcej na ten temat: W. Konończuk, *Fiasko integracji. WNP i inne organizacje międzynarodowe na obszarze poradzieckim 1991–2006*, „Prace OSW", Warszawa 2007, s. 6.

[12] Dz. Urz. WE nr L 68, 15.03.1990.

[13] Ang. *Most favoured nation clause*. Wojciech Góralczyk i Stefan Sawicki zdefiniowali ją jako klauzulę, na której mocy „kontrahenci gwarantują sobie wzajemnie takie traktowanie (tzn. równie uprzywilejowane, nie gorsze), jak traktowany jest jakikolwiek inny kraj trzeci najbardziej w danej dziedzinie uprzywilejowany. KNU […] nie zapewnia żadnych specjalnych przywilejów, lecz tylko chroni przed dyskryminacją. Faktycznie więc zapewnia ona równość traktowania wszystkich państw, które z niej korzystają", cyt. za: W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2009, s. 334–335.

Początkowo stosunki pomiędzy tymi podmiotami były poprawne. Dzięki temu już w 1992 roku rozpoczęły się negocjacje w sprawie warunków zawarcia umowy o partnerstwie i współpracy, która miała zagwarantować nowy wymiar relacji gospodarczo-politycznych pomiędzy stronami. Rozmowy trwały blisko trzy lata, a sam dokument został podpisany 6 marca 1995 roku.

Z perspektywy prawa międzynarodowego publicznego PCA należy zakwalifikować jako umowę międzynarodową bilateralną, zawartą pomiędzy organizacją międzynarodową a podmiotem państwowym, czasową (okres obowiązywania został ustalony na dziesięć lat z możliwością przedłużenia), o złożonej i rozległej pod względem przedmiotowym materii (poszczególne postanowienia odnosiły się do kwestii gospodarczych, współpracy politycznej i społecznej, spraw związanych z transportem i tranzytem surowców naturalnych, a także problemów ochrony praw człowieka czy dostosowywania białoruskiego prawa do standardów europejskich) oraz o złożonym trybie zawierania (wymagana była ratyfikacja)[14].

Z punktu widzenia natomiast unijnej polityki zagranicznej PCA należy zakwalifikować do umów zawieranych przez Wspólnotę z państwami trzecimi, mających charakter mieszany (co oznacza, że stronami tego typu umów są zarówno Unia Europejska, jak i państwa członkowskie[15]). Z perspektywy funkcjonującej w trakcie zawierania tychże umów Wspólnej Polityki Zagranicznej i Bezpieczeństwa (dalej: WPZiB), PCA można zakwalifikować jako typowe umowy o współpracy[16].

---

[14] Klasyfikacja dokonana na podstawie rozróżnienia umów międzynarodowych zawartego w: E. Cała-Wacinkiewicz, *Podstawy systemu prawa międzynarodowego*, Warszawa 2007, s. 45–46.

[15] Oznacza to, że z tytułu tej umowy Wspólnota, jak i jej państwa członkowskie ponoszą międzynarodową odpowiedzialność. Inną konsekwencją zastosowania umów o charakterze mieszanym jest złożony proces ratyfikacji takiego dokumentu. Umowa tego typu wymaga ratyfikacji zarówno ze strony organów Wspólnoty, jak i jej wszystkich państw członkowskich. Miało to istotne znaczenie dla systemu umów o partnerstwie i współpracy, gdyż proces ich ratyfikacji dokonywał się w poszczególnych krajach członkowskich w różnym tempie. Np. PCA zawarte z Ukrainą zostało podpisane w 1994 r., jednak umowa weszła w życie dopiero w 1998 r.

[16] Oznaczenie „o współpracy", mimo że znajduje się ono w samym tytule umowy, zostało przywołane tutaj niebezpodstawnie. We wspólnotowej praktyce umów międzynarodowych określenia „o stowarzyszeniu", „o współpracy" czy „handlowa" wyznaczały podstawowe cele oraz założenia określonych traktatów. Więcej informacji na temat charakteru umów o partnerstwie i współpracy znajduje się na stronie internetowej: http://eur-lex.europa.eu/pl/droit_communautaire/droit_communautaire.htm#1.2, data pobrania: 2.04.2013.

Umowa ta miała na celu wyznaczenie bardzo szerokiego zakresu współpracy stron. Priorytetową kwestią było ujęcie w ramy prawne stosunków gospodarczych, handlowych, celnych oraz politycznych, a także zinstytucjonalizowanie tych ostatnich przez stworzenie określonej struktury współpracy na różnych szczeblach. Umowa zakładała także wypracowanie podstaw do kooperacji w dziedzinach energii, badań naukowych, ochrony środowiska czy transportu, jak również wspólne przeciwdziałanie przestępstwom narkotykowym oraz „praniu brudnych pieniędzy"[17]. Unia proponowała Białorusi pomoc we wdrażaniu określonego modelu transformacji systemowej[18], czyli wsparcie finansowe, personalne, a także wdrażanie rozwiązań prawnych umożliwiających zdynamizowanie procesu demokratyzacji białoruskiego społeczeństwa oraz życia politycznego.

Mechanizm PCA przewidywał możliwość wcześniejszego wejścia w życie części umowy handlowej, co nie wymagało ratyfikacji państw członkowskich. 23 marca 1995 roku Unia Europejska, korzystając z owej możliwości, zawarła z Ukrainą Umowę przejściową w sprawie handlu i sprawach związanych z handlem[19].

W efekcie wprowadzonych przez władze białoruskie zmian w systemie prawnym i politycznym Białorusi, dokonanych w wyniku przeprowadzenia referendum konstytucyjnego, proces ratyfikacyjny umowy o partnerstwie i współpracy został zawieszony przez Unię Europejską. Była to jedyna możliwa reakcja Wspólnoty na antydemokratyczne działania prezydenta A. Łukaszenki. Zupełnie niezrozumiałe byłoby dopuszczenie do wejścia jej w życie, jeden bowiem z najważniejszych jej warunków, jakim była demokratyzacja życia społecznego na Białorusi, od samego początku nie był przestrzegany.

Zdecydowana reakcja unijnych decydentów nie może pozostać wolna od krytyki. Wydaje się, że działania Wspólnoty powinny zmierzać do częściowego uregulowania stosunków z Białorusią, co dałoby jakąkolwiek możliwość wpływania na poczynania administracji białoruskiej. Unia była skłonna powrócić do negocjacji w sprawie ratyfikowania PCA pod warunkiem anulowania zmian wprowadzonych w wyniku przeprowadzonego referendum konstytucyjnego.

---

[17] M. Chrobak i in., *Polska a wschodni wymiar polityki UE. Przykład Białorusi*, w: *Unia Europejska wobec współczesnych problemów polityki*, red. A. Nowak-Far, Warszawa 2008, s. 37.

[18] A. Kuczyńska-Stępień, M. Słowikowski, *op.cit*., s. 14.

[19] Ł. Bartkowiak, *Stosunki zewnętrzne Unii Europejskiej*, Toruń 2008, s. 136.

Zachowanie takie jest dowodem na brak rozeznania unijnych polityków w sytuacji wewnętrznej oraz zewnętrznej państw położonych na obszarze byłego Związku Radzieckiego. Metody o charakterze siłowym stosowane wobec Białorusi skazane były na niepowodzenie z dwóch przyczyn. Po pierwsze, bezwarunkowe wycofanie się A. Łukaszenki z procesu umacniania swojej władzy oznaczałoby okazanie słabości białoruskiego prezydenta wobec nacisków innego podmiotu prawa międzynarodowego. Na takie zachowanie żaden przywódca pragnący utrzymać pełnię władzy nie mógłby sobie pozwolić. Po drugie, wydaje się, że naturalnym kierunkiem integracji dla Białorusi była Wspólnota Niepodległych Państw. Przewagę tej organizacji międzynarodowej uwydatnia fakt, że jej niekwestionowanym liderem pozostawała Federacja Rosyjska. Istnienie autorytarnej władzy na Białorusi było z punktu widzenia interesów Federacji Rosyjskiej korzystne.

Sankcje międzynarodowe

W dokumentach unijnych oficjalnie używa się sformułowania *restrictive measures*, co należy rozumieć jako „środki ograniczające" lub „restrykcyjne". Słowo „sankcje" stosowane jest sporadycznie. Problem rozróżnienia obu kategorii jest istotny z perspektywy teorii prawa międzynarodowego publicznego. Jego istota rozważana była przez Komisję Prawa Międzynarodowego Narodów Zjednoczonych. I tak, za sankcje *sensu stricto* należy uznać środki przymusu:

- stosowane grupowo przez społeczność międzynarodową (charakter multilateralny);
- stosowane na podstawie określonej normy prawa międzynarodowego (legalność środków odwetowych);
- usankcjonowane przez kompetentny organ prawa międzynarodowego;
- stanowiące odwet wobec określonego państwa będącego członkiem oznaczonej społeczności za działanie naruszające chroniony prawem interes tejże społeczności.

Zgodnie z tą definicją instrumenty stosowane przez Unię Europejską w ramach realizowania WPZiB nie wyczerpują wszystkich znamion warunkujących wąskie rozumienie sankcji międzynarodowych. Po pierwsze, Wspólnota nie jest organem uprawnionym do nakładania sankcji w imieniu całej społeczności międzynarodowej (takim jest na przykład Rada Bezpieczeństwa ONZ). Po drugie, środki takie są stosowane co do zasady nie wobec członków Unii Europejskiej, a w stosunku do państw trzecich, co jest jednoznaczne z ich wymierze-

niem wobec podmiotu znajdującego się poza strukturą określonej społeczności[20]. Można jednak przyjąć, że środki ograniczające stanowią sankcje prawnomiędzynarodowe w szerokim ujęciu tego sformułowania.

Działania restrykcyjne podejmowane przez Unię Europejską mogą się przejawiać w różnoraki sposób. Środki ograniczające mogą mieć charakter:

- dyplomatyczny,
- ekonomiczny,
- finansowy,
- zawieszenia współpracy,
- zawieszenia połączeń lotniczych,
- bojkotu imprez zbiorowych (na przykład sportowych),
- ograniczeń w ruchu osobowym,
- tak zwanych mądrych sankcji (*smart sanctions*), czyli środków skierowanych do osób fizycznych odpowiedzialnych za politykę państwa łamiącego prawo międzynarodowe (mogą one przybrać formę zamrożenia prywatnych środków finansowych czy ograniczenia w podróżowaniu)[21].

Wspólnota w stosunkach z Białorusią po raz pierwszy posłużyła się sankcjami we wrześniu 1996 roku, co miało na celu doprowadzenie do przywrócenia mocy obowiązującej białoruskiej konstytucji, która została uchylona w wyniku referendum. Rada Unii Europejskiej podjęła decyzję, w efekcie której:

- zablokowano ratyfikację PCA oraz wejście w życie umowy przejściowej o handlu;
- państwa Wspólnoty wycofały się z udzielenia poparcia dla wstąpienia Białorusi do Rady Europy;
- wstrzymano pomoc techniczną dla Białorusi;
- bilateralne kontakty polityczne z Białorusią miały się odbywać za pośrednictwem tak zwanej trojki lub przedstawiciela Unii Europejskiej[22];

[20] P. Kobza, *Środki restrykcyjne jako instrument Wspólnej Polityki Zagranicznej i Bezpieczeństwa Unii Europejskiej*, „Studia Europejskie" 2006, nr 3, s. 9–12. Ta niezwykle interesująca pozycja zawiera także przytoczenie podstaw prawa wspólnotowego, dzięki którym zastosowanie środków restrykcyjnych jest możliwe, a także proces wprowadzania tychże środków. Problem stosowania sankcji międzynarodowych w teorii prawa jest zagadnieniem niezwykle szerokim.

[21] Podział środków restrykcyjnych został zaczerpnięty ze strony internetowej Ministerstwa Spraw Zagranicznych Rzeczypospolitej Polskiej i jest dostępny pod adresem: http://www.msz.gov.pl/Czym,sa,sankcje,miedzynarodowe,33733.html data pobrania: 2.04.2013.

[22] A. Legucka, *Polityka wschodnia Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 136.

wszystkie kraje „Piętnastki" zawiesiły kontakty polityczne z białoruskimi władzami[23].

Wprowadzenie sankcji przeciwko Białorusi rozpoczęło długotrwały okres zamrożenia stosunków. Władze białoruskie wykorzystywały fakt zastosowania przez Wspólnotę środków restrykcyjnych w antyzachodniej propagandzie. Prezydent Białorusi akcentował swoje wrogie nastawienie wobec państw Unii Europejskiej, w dalszym ciągu ignorując wspólnotowe zabiegi o przywrócenie na Białorusi rządów prawa.

W czerwcu 1998 roku prezydent A. Łukaszenko posunął się do złamania norm wyrażonych w konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych z 1961 roku, a konkretnie – przepisów odnoszących się do eksterytorialnego statusu misji dyplomatycznych krajów należących do Wspólnoty[24]. Białoruski prezydent nakazał przedstawicielom państw – członków WE opuszczenie rezydencji położonej w mińskiej dzielnicy Drozdy pod pretekstem przeprowadzenia remontu. Należy przypuszczać, że decyzja ta miała podłoże polityczne. Państwa, których przedstawiciele dyplomatyczni zostali wyrzuceni ze swoich siedzib, odpowiedziały za pomocą *smart sanctions* – rządy piętnastu krajów unijnych zakazały wjazdu A. Łukaszence oraz przeszło setce osób działających w administracji prezydenta na swoje terytorium. Ponadto Rada Unii Europejskiej we wspólnym stanowisku z 9 lipca 1998 roku wezwała do przedsięwzięcia podobnego działania państwa z nią stowarzyszone. Decyzja o stosowaniu sankcji została uchylona w lutym roku 1999. Rozpoczął się stopniowy proces znoszenia środków restrykcyjnych, którego postęp Bruksela uzależniła od zmian w sytuacji wewnętrznej na Białorusi. Działania Unii Europejskiej okazały się częściowo skuteczne, gdyż zliberalizowano białoruskie prawo wyborcze, a także udało się doprowadzić do rozmów grupy rządzącej z przedstawicielami opozycji[25].

Mimo zliberalizowania podejścia białoruskiej administracji do kwestii wyborów, w roku 2000 doszło do kolejnego załamania stosunków na linii Unia Europejska–Białoruś. Było to związane między innymi z poprawą relacji między A. Łukaszenką a nowo wybranym prezydentem Rosji – Władimirem Puti-

[23] Ł. Bartkowiak, *op.cit.*, s. 137.

[24] *Ibidem*.

[25] Ł. Bartkowiak, *op cit.*, s. 137–138.

nem oraz z początkiem realizacji planów utworzenia tak zwanego państwa związkowego[26].

Początkowo poparcie ze strony władz Federacji Rosyjskiej ośmieliło poczynania białoruskiej głowy państwa. W efekcie wybory parlamentarne w 2000 roku oraz wybory prezydenckie przeprowadzone w roku następnym ukazały, że początek demokratycznych zmian na Białorusi był jedynie fikcją. Z tego względu sankcje wprowadzone przez Unię Europejską w 1997 roku zostały przez nią utrzymane[27].

Co więcej, w 2002 roku doszło do kolejnego incydentu, który pogorszył relacje pomiędzy podmiotami. Białoruskie władze odmówiły przedłużenia wiz pracownikom stacjonującej w Mińsku misji OBWE[28]. Administracja Łukaszenki oskarżyła funkcjonariuszy organizacji międzynarodowej o ingerowanie w wewnętrzne sprawy kraju i finansowanie antyprezydenckiej opozycji[29]. Ostatecznie zamknięto misję OBWE w Mińsku, a jej pracownicy zostali zmuszeni do wyjazdu.

Reakcja członków Unii Europejskiej była natychmiastowa. Zażądano wstrzymania procesu usuwania funkcjonariuszy OBWE, do czego jednak nie doszło. W odpowiedzi czternaście z piętnastu krajów – członków Wspólnoty, zakazało wjazdu na swój teren prezydentowi A. Łukaszence i kilku osobom z jego najbliższego otoczenia. Jedynym państwem, który zakazu nie zastosował, była Portugalia, co miało związek z zaproszeniem władz Białorusi na szczyt OBWE[30]. Ograniczenia wjazdowe zostały uchylone w kwietniu 2003 roku po tym, jak wznowiono działalność białoruskiej misji OBWE.

Od połowy 2002 roku sytuacja międzynarodowa przybrała niekorzystny dla Białorusi obrót. Mińsk popadł w nierokujący szybkiego rozwiązania konflikt energetyczny z Moskwą. Państwa zachodnie natomiast w dalszym ciągu stosowały wobec reżimu Łukaszenki politykę wymuszania demokratycznych

---

[26] Temu niezwykle ciekawemu z punktu widzenia prawa międzynarodowego podmiotowi poświęcono sporo miejsca w: W. Konończuk, *Trudny sojusznik. Białoruś w polityce Rosji*, „Prace OSW", Warszawa 2008.

[27] M. Błaszczuk, *op.cit.*, s. 8.

[28] Organizacja Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (ang. Organization for Security and Co-operation in Europe, OSCE).

[29] A. Legucka, *op.cit.*, s. 137.

[30] *Ibidem*, s. 137–138.

zmian. Brak alternatywnego partnera na arenie międzynarodowej oznaczał dla Białorusi początek okresu samoizolacji.

Pogorszenie międzynarodowego położenia zmusiło władze w Mińsku do nasilenia polityki represji wobec opozycji oraz mediów, co nie uszło uwagi Unii Europejskiej. Działania Wspólnoty nie ograniczyły się jedynie do krytyki. Wstrzymano negocjacje z Mińskiem dotyczące tak zwanej umowy tekstylnej[31]. Co więcej – Bruksela wszczęła procedurę wyłączenia Białorusi z systemu powszechnych preferencji celnych (GSP), którym państwo to było objęte od 1993 roku[32]. Białoruś została wykluczona z owego systemu w czerwcu 2007 roku. Za podstawę prawną tej decyzji Unia Europejska przyjęła łamanie przepisów konwencji nr 87 i 98 Międzynarodowej Organizacji Pracy[33].

W roku 2006 nastąpiło apogeum stosowania środków represyjnych wobec Białorusi przez Unię Europejską. Po wyborach prezydenckich (w marcu 2006 roku) OBWE podało do wiadomości raport, z którego wynikało, że głosowanie było dalekie od demokratycznych standardów. Na ulicę Mińska wyszły setki protestujących przeciwko Łukaszence ludzi. 300 osób zostało zatrzymanych. W efekcie działań reżimu białoruskiego prezydenta Rada Unii Europejskiej po raz kolejny wprowadziła (w kwietniu 2006 roku) zakaz wjazdu dla A. Łukaszenki oraz 30 blisko związanych z nim osób na teren Wspólnoty. W maju tego samego roku Unia Europejska zamroziła konta bankowe najwyżej postawionych przedstawicieli białoruskich władz[34].

Wydawało się, że stosowane przez Wspólnotę środki zaczęły przynosić oczekiwane skutki. Reżim białoruski wydawał się zmieniać swoją politykę zagraniczną prowadzoną wobec Zachodu. 7 marca 2007 roku podpisano porozumienie w sprawie otwarcia w Mińsku przedstawicielstwa Komisji Europejskiej.

---

[31] Umowy tego typu zawierane były przez UE z państwami dawnego ZSRR w celu ułatwienia handlu określonymi rodzajami towarów pomiędzy stronami.

[32] M. Błaszczuk, *op.cit.*, s. 8–9. GSP jest jednostronnym, niewzajemnym systemem, polegającym na wprowadzeniu różnego rodzaju ułatwień celnych. Jest on stosowany przez najlepiej rozwinięte państwa w ramach pomocy o charakterze gospodarczym krajom słabiej rozwiniętym.

[33] Zastosowanie tego rodzaju środka restrykcyjnego było krytykowane przez część krajów członkowskich UE (Polskę, Litwę oraz Łotwę). Powodem takiego stanu rzeczy był fakt, że wyłączenie Białorusi z systemu GSP w konsekwencji najbardziej dotknęło i tak nielicznych prywatnych przedsiębiorców białoruskich, którzy stanowili potencjalny zalążek opozycji. Więcej: P. Czubik, *Wspólnotowe „sankcje" wobec Białorusi z tytułu naruszenia praw człowieka w ramach mechanizmu GSP*, w: *Problemy współczesnego prawa międzynarodowego, europejskiego i porównawczego*, Kraków 2009, s. 186–187.

[34] A. Legucka, *op.cit.*, s. 140–141.

Jednak już pod koniec tego samego miesiąca doszło na Białorusi do kolejnych poważnych incydentów wymierzonych w opozycję. Nie przekreśliło to jednak zbliżenia Mińska z Brukselą. Już na początku 2008 roku białoruska władza podjęła wiele działań mających na celu polepszenie klimatu inwestycyjnego. W sierpniu prezydent Łukaszenka zwolnił ostatnich więźniów uznawanych przez społeczność międzynarodową za politycznych. Dzięki temu możliwe się stało nawiązanie dialogu politycznego z białoruskimi władzami[35], doszło do wielu spotkań między przedstawicielami obu podmiotów na różnych szczeblach. Nie zmienia to jednak faktu, że demokratyzacja białoruskiej polityki jest ograniczona. Działania Łukaszenki są uzależnione od sytuacji międzynarodowej – dla reżimu znacznie bardziej korzystna jest współpraca z Kremlem, który nie wymaga wprowadzania demokratycznych zmian. Należy zatem zakładać, że kolejne zbliżenie Mińska i Moskwy doprowadzi do ponownego oddalenia się Białorusi od Unii Europejskiej[36].

Wnioski

W niniejszym opracowaniu określono oraz opisano wybrane prawnomiędzynarodowe metody oddziaływania przez Unię Europejską na politykę Republiki Białorusi. Do instrumentów tych zaliczono umowy międzynarodowe oraz sankcje.

Oczywistą konsekwencją znacznego rozdźwięku pomiędzy interesami zagranicznymi Brukseli a interesami zagranicznymi Mińska jest to, że współpraca pomiędzy podmiotami jest znacznie utrudniona. Co więcej – charakter sprawowania władzy politycznej na Białorusi sprawia, że jakiekolwiek porozumienie stron stało się praktycznie niemożliwe, a wypracowywane przez wiele lat w unijnej praktyce międzynarodowej sposoby oddziaływania na Białoruś okazują się rażąco nieskuteczne.

Nawiązując do pierwszej kategorii opisanych instrumentów, należy zaakcentować, że stosunki Unii Europejskiej i Białorusi oparte są na umowie z 1989 roku, która w żadnym wypadku nie czyni zadość obecnie stosowanym unor-

[35] K. Kłysiński, *Poker z Łukaszenką*, „Nowa Europa Wschodnia" nr 1, Wrocław 2009, s. 63–66.

[36] W tym miejscu warto zaznaczyć, że w latach 2011–2012 wprowadzono kolejne zakazy wjazdowe wobec białoruskich władz.

mowaniom międzynarodowym[37]. Wiele kwestii w dalszym ciągu wymaga określenia przez nadanie im ram prawnych. W wyniku zawieszenia ratyfikacji PCA przez Unię Europejską wzajemne relacje podmiotów są pozbawione instytucjonalnego wymiaru, który stanowi istotny mechanizm pozwalający oddziaływać Wspólnocie na państwa trzecie. Ponadto nie ma żadnych podstaw o charakterze legalnym dla współpracy w celu reformowania białoruskiego prawa, kooperacji naukowej czy kulturowej. Wciąż obowiązująca umowa jest pozbawiona klauzul zobowiązujących strony do przestrzegania zasad demokracji oraz praw człowieka. PCA zagwarantowałoby także znacznie szerszą i korzystniejszą współpracę gospodarczą aniżeli ma to miejsce obecnie[38].

W części odnoszącej się do tak zwanych środków ograniczających uwidoczniono, że skuteczność stosowanych przez UE instrumentów prawnomiędzynarodowych, jakimi są sankcje, ukształtowana jest w znacznym stopniu niezależnymi od niej determinantami (takimi jak: określona sytuacja czy układ sił na arenie międzynarodowej). Prawdą jest, że środki restrykcyjne stosowane przez Wspólnotę w stosunku do Mińska mogą być skuteczne jedynie okresowo. Co więcej – częstotliwość ich stosowania doprowadziła do sytuacji, w której tracą one swój sanacyjny charakter, stając się niejako jedynie formą wyrażenia przez UE negatywnej opinii o jakimś zjawisku. Ponadto oportunistyczne podejście władz białoruskich do swoich zobowiązań związanych z demokratyzacją białoruskiego życia społecznego wręcz ośmiesza działania zachodnich decydentów, obnażając brak skuteczności przyjętej przez Wspólnotę koncepcji polityki wschodniej wobec Białorusi.

[37] Należy pamiętać, że umowa ta była zawierana pomiędzy stronami, których wzajemne zaufanie było mocno ograniczone. Nie należy oczekiwać zatem, iż dokument ten będzie podstawą do tworzenia trwałych i stabilnych relacji z Republiką Białorusi, stanie się ich fundamentem.

[38] M. Błaszczuk, *op.cit.*, s. 9.

THE INTERNATIONAL-LAW-BASED MECHANISMS USING BY THE EUROPEAN UNION TO AFFECT BELARUSIAN DOMESTIC AND FOREIGN POLICY

Summary

The main question asked in the article was if Brussels is able to make any positive change in relation with Minsk. Could the mechanisms of The EU's foreign policy be more effective? Is The Community able to lead the positive dialogue with Lukashenka? Domestic and foreign policy lead by The Republic of Belarus cannot be accept by The EU. Brussels use kinds of legal and non – legal mechanisms (like agreements, negotiations or economic power) to keep on dialogue with Lukashenko's administration. Both of The EU and The Republic of Belarus have some interests in developing cooperation, but it seems impossible to normalize and stabilize the involvement. One of the biggest problems is that these relationship is based on deprecated agreement, which were signed in 1989 between The European Communities and the USSR. In 1995 there were signed new document – *Partnership and cooperation agreement* (PCA). The Communities entered into the similar agreements with Russia, Ukraine and some other countries of The Commonwealth of Independent States. Despite the fact the agreement was signed, it had never gone into effect. The EU also uses power solutions to affect The Republic of Belarus. The restrictive measures against Minsk were firstly apply in 1995. It was connected with Lukashena's non – democratic standards of changing the Belarusian constitution. The sanctions were using some other times, but they mostly brought deterioration in relations between The European Union and The Republic of Belarus.

Translated by Jędrzej Łopatto

Keywords: foreign policy of European Union, Republic of Belarus, international agreements, international sanctions

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 788 ACTA IURIS STETINENSIS 4 2013

ANETA WESOŁOWSKA[*]
Uniwersytet Szczeciński

ROZPRAWA I JEJ REGULACJE W ODWOŁAWCZYM POSTĘPOWANIU PODATKOWYM A JEJ PRAKTYCZNE ZASTOSOWANIE

Streszczenie

Do postępowania podatkowego w 2007 r. włączono rozprawę podatkową, którą należy uznać za szczególną formę postępowania dowodowego. Niestety nieczęsto wykorzystuje się tę instytucję, a powodem jest to, że rozprawa może odbywać się wyłącznie w postępowaniu podatkowym w trakcie postępowania odwoławczego. Analiza istoty postępowania dowodowego przed organem pierwszej i drugiej instancji prowadzi do wniosku, że przeprowadzenie rozprawy na etapie postępowania dowodowego przed organem pierwszej instancji byłoby uzasadnione i korzystne, gdyż konfrontacja uczestników postępowania, zeznań, wyjaśnień, opinii, analiz i dokonanie kwalifikacji prawnej przeprowadzonych wniosków dowodowych w stosunku do obowiązujących przepisów dotyczyłoby zasadniczych dla danej sprawy ustaleń, a tym samym byłoby trafne i pomocne w realizacji zasady prawdy obiektywnej, której przestrzeganie służy zasadniczym celom prowadzonych postępowań.

Słowa kluczowe: rozprawa, przeprowadzenie dowodu, postępowanie gabinetowe

[*] E-mail: kancelaria.aw@tlen.pl.

Postępowanie podatkowe jest w swej istocie postępowaniem administracyjnym prowadzonym przez organy finansowe i przez swoją specyfikę staje się odrębnym postępowaniem, w którego wyniku następuje jednostronna publicznoprawna konkretyzacja stosunku prawnopodatkowego. Zasadą nadrzędną w postępowaniu podatkowym jest ochrona podatnika, dlatego winno być ono prowadzone w sposób budzący zaufanie do organów podatkowych, należy jednak zaznaczyć, że interes publiczny ma tutaj szczególne znaczenie. Organy podatkowe winny działać możliwie szybko, nie przedłużając bez potrzeby postępowania, i posługiwać się prostymi środkami prowadzącymi do załatwienia sprawy, a wszelkie działania podejmować w celu wyjaśnienia stanu faktycznego i dokonania jego prawnej kwalifikacji. Taki sposób przeprowadzania wniosków dowodowych prowadziłby do zasadniczych dla danej sprawy ustaleń, a tym samym służyłby realizacji zasady prawdy obiektywnej, której przestrzeganie jest zasadniczym celem prowadzonych postępowań.

Instytucja rozprawy podatkowej przewidziana w postępowaniu odwoławczym przed organem drugiej instancji zdecydowanie spełniłaby wymienione postulaty, gdyby możliwość jej przeprowadzenia wystąpiła w postępowaniu podatkowym przed organem pierwszej instancji. Teza ta stanowi meritum rozważań niniejszego artykułu.

Postępowanie podatkowe dzielimy na kilka etapów: postępowanie wyjaśniające, ustalenie obowiązku podatkowego, wydanie decyzji, postępowanie odwoławcze zainicjowane przez stronę, która nie zgadza się z wydaną decyzją. W postępowaniu wyjaśniającym organ podatkowy bada i ustala okoliczności oraz dokonuje kwalifikacji zastanego stanu faktycznego zgodnie z odpowiednim przepisem prawa, uzasadniając wymierzenie podatku. Dla wystąpienia stosunku podatkowego niezbędne jest zaistnienie przedmiotu opodatkowania, a także osoby, która jest zobowiązana do uiszczenia podatku. W dalszej kolejności zadaniem organu podatkowego jest ustalenie kwoty wymierzanego podatku. W celu dokonania prawidłowego wymiaru organ może przeprowadzić postępowanie wyjaśniające z własnej inicjatywy albo na wniosek podatnika. Dowodami mogą być tutaj wszelkie dokumenty istotne dla sprawy – zeznania świadków, zeznania podatników, dowody z opinii biegłych, wszelkie wyjaśnienia związane z ustalanymi okolicznościami czy zdarzeniem, z którym wiąże się powstanie obowiązku podatkowego. Po dokonaniu analizy zebranego materiału dowodowego organ podatkowy wydaje decyzję zawierającą treść rozstrzygnięcia, a w tym podstawę prawną jej wydania, uzasadnienie faktyczne i prawne

oraz pouczenie o możliwości odwołania, którą doręcza adresatowi w formie pisemnej. Poza decyzjami organ podatkowy w trakcie całej procedury wydaje postanowienia w kwestiach formalnych, które dotyczą na przykład dopuszczenia danego dowodu bądź odmowy jego przeprowadzenia, wezwania na przesłuchanie danego świadka bądź odmowy jego przesłuchania z powodu uznania danego faktu, o którym miałby zeznawać świadek, za udowodniony wskutek przeprowadzenia wcześniej innych dowodów. Zdarza się, że nie przeprowadza się wnioskowanego dowodu, ponieważ miałby on potwierdzić okoliczności, które nie mają znaczenia dla prowadzonego postępowania.

W przypadku wniesienia odwołania przez podatnika, złożonego do organu wyższego rzędu, za pośrednictwem jednak organu, który wydał decyzję, wszczęte zostaje postępowanie odwoławcze. Przy braku bądź błędzie co do podstawy materialnej wydanego rozstrzygnięcia albo naruszenia proceduralnego wystąpią pozytywne przesłanki odwołania. Postępowanie odwoławcze winno zakończyć się w terminie dwóch miesięcy. Jeżeli jednak zajdą uzasadnione okoliczności konieczne do szczegółowego wyjaśnienia, organ prowadzący postępowanie może przedłużyć termin zakończenia postępowania, musi jednak wskazać, kiedy planuje zakończyć procedurę i zawiadomić o tym stronę. Przy czym nie ma ustalonego czasu, w którym postępowanie należałoby zakończyć. W przypadku, w którym jest to konieczne, organ może przedłużać postępowanie, każdorazowo jednak ma obowiązek wysłać do podatnika zawiadomienie przed upływem wyznaczonego wcześniej terminu. W wyniku postępowania odwoławczego organ może utrzymać zaskarżoną decyzję w mocy, uchylić i przekazać organowi, który ją wydał do ponownego rozpatrzenia, uchylić w całości bądź wydać nową.

Stroną w postępowaniu podatkowym jest podatnik, płatnik, inkasent, a także następca prawny oraz osoba trzecia, która z uwagi na swój interes prawny żąda czynności organu podatkowego, do której czynność organu podatkowego się odnosi lub interesu prawnego, którego dotyczy działanie organu podatkowego. W postępowaniu przed organem podatkowym strona może działać przez pełnomocnika, którym może być osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych. Można także ustanowić pełnomocnika, który ze względu na swoją profesję będzie właściwy w sprawie reprezentowania strony, czyli doradcę podatkowego, adwokata lub radcę prawnego. Niejednokrotnie powołanie do sprawy profesjonalnego pełnomocnika jest w pełni uzasadnione, a nawet wskazane, gdyż podatnik poza obowiązkami ma także prawa, z których winien

korzystać, a zdarza się, że nie dysponuje wystarczającą wiedzą na ten temat. Nie jest wówczas w stanie właściwie odczytywać działań organów podatkowych, a co za tym idzie – bronić swoich interesów. Potrzebna jest tutaj wiedza zarówno z zakresu znajomości zasad ogólnych postępowania podatkowego, jak i znajomość przepisów szczegółowych. Poprzez zasady ogólne dokonuje się oceny zachowań organów podatkowych i korzysta z gwarancji procesowych, które w postępowaniu podatkowym przysługują podatnikom, a przepisy szczegółowe odnoszą się do konkretnego stanu faktycznego, który wystąpił w danej sprawie.

Należy zaznaczyć, że bardzo ważną zasadą, istotną ze względu na sposób prowadzenia postępowania, jest zasada praworządności, którą przewiduje art. 120 ordynacji podatkowej[1] (dalej: ordynacja). Zgodnie z tym przepisem organy podatkowe dla każdej swojej działalności potrzebują konkretnej podstawy prawnej, co w pewnym sensie zawęża im swobodę podejmowanych działań, w porównaniu ze stroną, która może działać w granicach prawa. Inaczej rzecz ujmując, dla konkretnego działania organu podatkowego musi istnieć wyraźne upoważnienie bądź zobowiązanie wynikające z konkretnego przepisu, czyli nie wystarczy, aby działanie organu nie było przez prawo zakazane, konieczna jest tutaj podstawa prawna do jego wszczęcia.

Postępowanie dowodowe obejmuje wiele czynności w ramach danej procedury, ich przeprowadzenie ma na celu ustalenie istnienia albo ustalenie nieistnienia określonych faktów. Niezwykle ważnym prawem podatnika występującego w charakterze strony postępowania podatkowego jest prawo do aktywnego uczestniczenia w postępowaniu podatkowym, jego realizacja ma miejsce szczególnie w fazie dowodzenia. Postępowanie dowodowe w postępowaniu odwoławczym ma na celu ponowne zebranie, a także uzupełnienie i podsumowanie zgromadzonych dowodów oraz rozstrzygnięcie, czy składane wnioski dowodowe dotyczą istotnych okoliczności i winny być przeprowadzone.

W art. 78 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej[2] została wprowadzona do systemu prawnego zasada dwuinstancyjności, którą inaczej można nazwać prawem do odwołania, będącym w istocie jednym ze środków ochrony praw i wolności. Na szczeblu regulacji ustawowej zasada ta jest zawarta w obu podstawowych regulacjach postępowania przed organami administracji. Artykuł 15 Ko-

[1] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. 2012, nr 0, poz. 749 ze zm.).

[2] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483.

deksu postępowania administracyjnego[3] (dalej w skrócie k.p.a.) i art. 127 ordynacji zawierają postanowienia głoszące dwuinstancyjność postępowania. Regulacje obu procedur tworzą instytucję podważenia decyzji nieostatecznej. Sposób realizacji zasady dwuinstancyjności w wypadku tych postępowań jest jednak różny, do tego stopnia, że mamy do czynienia z odmiennymi modelami weryfikacji decyzji organu pierwszej instancji. Pozostaje zaś ta sama liczba instancji i cel postępowania odwoławczego. Różnice dotyczą wymagań formalnych dotyczących treści wnoszonego odwołania, w tym terminów dokonywania czynności, skutków wniesienia odwołania, suspensywności, rozstrzygnięć, które mogą być wydawane przez organ drugiej instancji. Należy w tym miejscu wspomnieć o swoistym zakazie *reformationis in peius*, który jest sformułowany w art. 234 ordynacji, zgodnie z nim wniesienie odwołania od wydanej przez organ pierwszej instancji decyzji nie może skutkować pogorszeniem sytuacji strony w stosunku do określonej wcześniej zaskarżoną decyzją[4]. Przy czym, jeżeli zaskarżona decyzja rażąco narusza prawo lub interes publiczny, może mieć miejsce sytuacja, w której wydana przez organ odwoławczy decyzja będzie w stosunku do zaskarżonej dla podatnika niekorzystna. Jest to jednak w pełni zrozumiałe i uzasadnione, biorąc pod uwagę, że zaskarżana decyzja nie tylko była wydana z naruszeniem prawa lub interesu publicznego w stopniu rażącym. Rażące naruszenie ma miejsce wówczas, gdy istnieje oczywista sprzeczność pomiędzy wydanym rozstrzygnięciem a treścią przepisu, na którego podstawie wydano rozstrzygnięcie.

Dla prowadzonych postępowań ważna jest zasada prawdy obiektywnej uregulowana w art. 122 ordynacji, zgodnie z którą w toku postępowania organy podatkowe podejmują wszelkie niezbędne działania w celu dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz załatwienia sprawy w postępowaniu podatkowym. Wagę i istotę zasady prawdy obiektywnej przedstawił Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 12 kwietnia 2000 r.: „Niezgodne z prawdą ustalenie stanu faktycznego prowadzi w postępowaniu do naruszenia prawa. Warunkiem prawidłowego ustalenia stanu faktycznego jest nie tylko ustalenie faktów zgodnie z rzeczywistością, ale również prawidłowa ocena prawna wszystkich prawotwórczych w danej sprawie faktów. Ani stan faktyczny, ani norma prawna, we-

---

[3] Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. 2000, nr 98, poz. 1071 ze zm.).

[4] A. Mariański, D. Strzelec, T. Miłek, S. Kubiak, *Podatnik w postępowaniu podatkowym*, Warszawa 2006, s. 440.

dług której organ ocenia prawotwórczość faktów, nie są dane w stanie gotowym. Należy dokonać ich poszukiwania według obowiązujących reguł proceduralnych. Fakt prawotwórczy musi być ustalony w sposób obiektywny"[5].

Instytucja rozprawy została wprowadzona do ordynacji nowelizacją 1 stycznia 2007 roku[6] jako nowa forma prowadzenia postępowania wyjaśniającego w postępowaniu odwoławczym. Do postępowania podatkowego włączono rozprawę podatkową, którą należy uznać za szczególną formę postępowania dowodowego. Istotne jest, że rozprawa może się odbywać wyłącznie w postępowaniu podatkowym w trakcie postępowania odwoławczego. Może być ona wszczęta zarówno z urzędu, jak i na wniosek strony, przy czym w przepisach znowelizowanej ordynacji nie wskazano wprost formy prawnej dla rozstrzygnięcia organu odwoławczego o zamiarze przeprowadzenia rozprawy. Jednak przepis art. 200 a § 4 ordynacji mówi, że w sprawie odmowy przeprowadzenia rozprawy wydaje się postanowienie, dlatego za uzasadnione należy uznać to, że taką samą formę, czyli formę postanowienia, winien przyjąć dokument potwierdzający zamiar jej przeprowadzenia. Jako przykład konieczności przeprowadzenia rozprawy z urzędu czy też na wniosek strony wskazuje się wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, w którym wyjaśnione zostały przesłanki powodujące konieczność przeprowadzenia rozprawy: „Treść art. 200 a § 1 Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm.) nie pozostawia do uznania organu odwoławczego kwestii przeprowadzenia bądź też nieprzeprowadzenia rozprawy administracyjnej. Przepis ten wprost stanowi, że organ odwoławczy przeprowadzi w toku postępowania rozprawę: z urzędu – jeżeli zachodzi potrzeba wyjaśnienia istotnych okoliczności stanu faktycznego sprawy przy udziale świadków lub biegłych albo w drodze oględzin, lub sprecyzowania argumentacji prawnej prezentowanej przez stronę w toku postępowania, bądź też na wniosek strony. Odmowa przeprowadzenia rozprawy może nastąpić wyłącznie w przypadkach wymienionych w art. 200 a § 3 ordynacji podatkowej"[7]. Przepis ten mówi, że organ odwoławczy może odmówić przeprowadzenia rozprawy, jeśli jej przedmiotem

[5] Wyrok NSA z 12 kwietnia 2000 r., I SA/Lu 1608/98, Legalis.

[6] Ustawa z dnia 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. 2006, nr 217, poz. 1590).

[7] Wyrok WSA w Olsztynie z 18 marca 2010 r., I SA/Ol 869/09, Legalis.

miałyby być takie okoliczności, które nie mają dla sprawy znaczenia, albo takie, które zostały już wystarczająco potwierdzone innym dowodem.

Rozprawa uregulowana jest w dziale IV ordynacji *Postępowanie podatkowe* w rozdziale 11 a, zaraz po rozdziale 11 *Dowody*, a przed rozdziałem 12 *Zawieszenie postępowania*. Umiejscowienie instytucji rozprawy w tym miejscu, a więc przed rozdziałem 15 *Postępowanie odwoławcze*, prowadzi do wniosku, że ma ona służyć podsumowaniu przeprowadzanego postępowania dowodowego wyrażającego się w zebraniu całości dowodów, świadków i materiałów w jednym miejscu i jednym czasie. Jednocześnie należy stwierdzić, że instytucja rozprawy służy realizacji i koncentracji zasad prawdy obiektywnej, kontradyktoryjności, koncentracji dowodów, bezpośredniości, szybkości, prostoty, oszczędności, jedności i celowości wszystkich czynności, ponieważ rozprawa umożliwia koncentrację w jednym miejscu i czasie wszystkich uczestników postępowania w danej sprawie, którzy w trakcie jej trwania ustnie dokonują poszczególnych czynności. Rozprawa jest podstawową formą w postępowaniach sądowych, a w postępowaniu podatkowym jest stosunkowo młodą instytucją, gdyż dla tego typu postępowań właściwe jest tak zwane postępowanie gabinetowe. Postępowanie gabinetowe jest formą postępowania wyjaśniającego, które jest mniej sformalizowane niż rozprawa, jednak obowiązują w nim wszystkie reguły postępowania dowodowego[8], wywodzące się z zasady czynnego udziału strony w postępowaniu dowodowym. Strona ma wobec tego prawo uczestniczyć we wszystkich czynnościach postępowania, w oględzinach, w przeprowadzaniu dowodu z zeznań świadka czy opinii biegłego. Rozprawa podatkowa przez koncentrację w jednym miejscu i czasie wszystkich uczestników postępowania oraz możliwości dokonywania na bieżąco ustnych wyjaśnień co do prowadzonego postępowania może się przyczynić do przyspieszenia zakończenia postępowania przez całościową analizę zebranego materiału dowodowego z odniesieniem do wyjaśnień uczestników. Zdecydowanie urzędnik prowadzący postępowanie, zaznajomiony szczegółowo z jego przebiegiem, zebranymi dowodami i mogący skoncentrować wyniki, wyjaśniając je szczegółowo ze wszystkimi uczestnikami postępowania, jest w stanie przeanalizować i odpowiednio zakwalifikować zastane fakty i je odnieść do obowiązujących

[8] B. Adamiak, J. Borkowski, R. Mastalski, J. Zubrzycki, *Ordynacja podatkowa. Komentarz 2009*, Wrocław 2009, s. 796.

przepisów. Przy czym rozprawę podatkową przeprowadza się tylko i wyłącznie w postępowaniu odwoławczym z urzędu lub na uzasadniony wniosek strony.

Z punktu widzenia samych regulacji wydawałoby się, że rozprawa jest instytucją prawną, która winna być wykorzystywana ze względu na możliwości, jakich dostarcza, czyli skoncentrowania uczestników, dowodów, wyjaśnień w jednym miejscu i czasie, w tym także skutecznej realizacji zasad ogólnych postępowania, a co za tym idzie – realizacji praw podatnika i obowiązków prowadzących postępowanie co do rzetelnego i zgodnego z prawdą zebrania oraz wyjaśnienia całego materiału dowodowego. Jak jednak wynika ze statystyk, mimo że przepisy wprowadzające instytucję rozprawy podatkowej weszły w życie 1 stycznia 2007 roku, nie cieszy się ona zainteresowaniem prowadzących postępowania odwoławcze ani też samych podatników. Dane udostępnione przez izby skarbowe wskazują, że przez ostatnie pięć lat przeprowadzono zaledwie kilkanaście rozpraw podatkowych w niektórych izbach skarbowych w naszym kraju. Widać więc, że instytucja ta, mimo wydawałoby się korzystnych uregulowań, nie cieszy się powodzeniem.

Powody takiej sytuacji należy rozpatrywać na dwóch płaszczyznach: przydatności tej instytucji na etapie postępowania odwoławczego i precyzyjności oraz przejrzystości przepisów ją statuujących.

Jeżeli chodzi o wprowadzenie instytucji rozprawy podatkowej do postępowania odwoławczego, czyli w postępowaniu przed organem drugiej instancji, to budzi ono zastrzeżenia. Z tego względu, że pełne ustalenie stanu faktycznego powinno nastąpić w postępowaniu przed organem pierwszej instancji[9]. Realizacja zasady dwuinstancyjności następuje przez dwukrotne rozpatrzenie tej samej sprawy przez dwa różne organy: pierwszej i drugiej instancji. Przy czym w sytuacji, w której okazuje się, że organ niższego rzędu prowadził postępowanie, uchybiając przepisom w ten sposób, że nie skompletował całości materiału dowodowego, mimo iż istniały wszelkie ku temu przesłanki, nie wyjaśnił istotnych okoliczności i nie przeprowadził stosownych dowodów, to organ drugiej instancji nie może go w tym zakresie zastępować i dokonywać uzupełnienia materiału dowodowego. W takiej sytuacji winien on uchylić decyzję organu pierwszej instancji i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania przez organ pierwszej instancji. Wobec tego, jeżeli zgromadzony przez organ pierwszej instancji materiał dowodowy jest niekompletny, zachodzi konieczność prze-

[9] *Ibidem*.

prowadzenia dodatkowych dowodów, które dotyczyć mają kwestii zasadniczych, mających podstawowe znaczenie dla ustalenia stanu faktycznego i prawidłowej subsumcji do stanu prawnego[10].

Brak zainteresowania instytucją rozprawy, w związku z tym, iż jej przydatność byłaby zdecydowanie większa na etapie postępowania przed organem pierwszej instancji, to nie jedyny powód rzadkiego korzystania z tej instytucji. Drugim powodem jest brak precyzyjności przepisów dotyczących samego przeprowadzenia rozprawy. Jako przykład można podać to, iż nie ma regulacji, które wskazywałyby, w jaki sposób przygotować rozprawę, jaki jest tok czynności przeprowadzenia rozprawy. Dlatego należałoby przyjąć, opierając się na k.p.a., podział rozprawy na część wstępną, gdzie otwiera się rozprawę i dokonuje sprawdzenia, czy wezwane osoby stawiły się bądź ich nieobecność została stosownie usprawiedliwiona, oraz część właściwą rozprawy, której przebieg również nie został uregulowany. W tym zakresie należałoby tutaj przyjąć wzory z postępowania sądowego, a więc świadków powinno się przesłuchiwać pojedynczo i nie w obecności świadków, którzy nie składali jeszcze zeznań. W razie zaś pojawienia się sprzeczności w zeznaniach świadków należałoby przeprowadzić ich konfrontację[11].

Warto dodać, że przeprowadzenie rozprawy w postępowaniu odwoławczym nie powoduje zwolnienia organu podatkowego z konieczności realizacji przyznanego stronie na podstawie art. 200 § 1 ordynacji prawa do wypowiedzenia się w sprawie zebranego materiału dowodowego. Wobec tego po przeprowadzonej rozprawie strona może się jeszcze wypowiedzieć co do całości zebranego materiału dowodowego.

Jednakże w sytuacji, w której prowadzone podstępowanie odwoławcze ma się zakończyć decyzją, która w całości uwzględnia odwołanie strony, organ nie ma obowiązku wezwania strony do wypowiedzenia się w sprawie zebranego materiału dowodowego. Nie stosuje się również przepisów dotyczących prawa strony do wypowiedzenia się do postępowań dotyczących ustalenia zobowiązań podatkowych, które zgodnie z odrębnymi przepisami są ustalane co roku, w sytuacji, gdy stan faktyczny będący podstawą ustaleń nie uległ zmianie, w sprawach dotyczących umorzenia zaległości podatkowych, w sprawach nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności, w sprawach zabezpieczenia.

---

[10] A. Mariański, D. Strzelec, T. Miłek, S. Kubiak, *op.cit.*, s. 437.

[11] B. Adamiak, J. Borkowski, R. Mastalski, J. Zubrzycki, *op.cit*., s. 799.

Małe zainteresowanie instytucją rozprawy wynika również z tego, że strona wnioskująca o przeprowadzenie rozprawy musi uzasadnić konieczność jej przeprowadzenia i wskazać konkretne przesłanki, które taką możliwość przewidują. Może się to okazać skomplikowane i niejasne dla podatników, którzy na co dzień nie zagłębiają się w przepisy proceduralne, i nie zawsze – z różnych przyczyn – korzystają z pomocy profesjonalnych pełnomocników. Kwestia ta została przedstawiona w tezie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 17 lutego 2010 r.: „Istotą rozprawy, o której mowa w art. 200 a § 1 pkt 1 ordynacji podatkowej, nie jest samo jej przeprowadzenie, ale wyjaśnienie istotnych okoliczności stanu faktycznego sprawy lub sprecyzowania argumentacji prawnej prezentowanej przez stronę. W skardze kasacyjnej strona zatem winna wskazać, jakie, z uwagi na brak rozprawy, istotne okoliczności stanu faktycznego nie zostały wyjaśnione, jak również, jaką to inną argumentację prawną, oprócz tej wskazanej w toku prowadzonego postępowania, strona reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika chciała na rozprawie przedstawić”[12].

Wnioski

W związku z tym, że organ odwoławczy nie przeprowadza uzupełniającego postępowania dowodowego co do kwestii zasadniczych, ale dokonuje ponownej oceny zebranego materiału dowodowego, nie będąc jednak przy tym związany granicami złożonego przez stronę odwołania, dla instytucji rozprawy administracyjnej byłoby efektywniejsze przeprowadzenie jej na etapie postępowania dowodowego przed organem pierwszej instancji. Rozprawa prowadzona przed organem odwoławczym dotyczy bowiem uzupełniającego postępowania dowodowego, którego przeprowadzenia nie można przekazać do organu pierwszej instancji. Poza tym wniosek o przeprowadzenie rozprawy w postępowaniu odwoławczym powoduje przedłużenie terminu załatwienia sprawy do trzech miesięcy, co w przypadku przeprowadzenia rozprawy na etapie postępowania wyjaśniającego przed organem pierwszej instancji nie miałoby miejsca.

Mała liczba przeprowadzonych rozpraw podatkowych z pewnością wiąże się również z tym, że właściwość organu odwoławczego do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy jest ograniczona. Chodzi tu o sytuacje, w któ-

[12] Wyrok NSA z 17 lutego 2010 r., II FSK 1511/08, Legalis.

rych organ odwoławczy w wydanej przez siebie decyzji powoła się na fakt niemający podstaw w ujawnionych przez organ pierwszej instancji dowodach, wówczas wykracza ona poza ramy swobodnej oceny dowodów i przeciw zasadzie dwuinstancyjności. Wobec tego w razie niekompletności materiału dowodowego organ drugiej instancji winien skorzystać ze swoich kasacyjnych uprawnień i zwrócić sprawę organowi pierwszej instancji w celu ponownego rozstrzygnięcia.

Instytucja rozprawy jest tutaj przewidziana dla sytuacji, w których organ pierwszej instancji przeprowadził dany dowód w postępowaniu wyjaśniającym, natomiast organ odwoławczy stwierdził, że należałoby co do udowodnionych okoliczności przeprowadzić postępowanie uzupełniające i zweryfikować zebrane dowody. Tym samym rozprawa przewidziana jest w sytuacji, w której organ pierwszej instancji przeprowadził dowód, jednak organ odwoławczy uważa, że dana okoliczność wymaga przesłuchania więcej niż jednego świadka bądź dodatkowo opinii biegłego. Potwierdzeniem tych stwierdzeń może być teza orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego z 23 kwietnia 2010 r., zgodnie z którą: „Zakres dopuszczalności rozprawy w celu wyjaśnienia istotnych okoliczności stanu faktycznego nie może naruszać zasady dwuinstancyjności. Rozprawa administracyjna, jako środek dowodowy postępowania odwoławczego, ograniczona jest przesłankami wymienionymi w przepisie art. 200 a Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2005 r. nr 8, poz. 60 ze zm.) i oceną uzasadnionych racji zastosowania tego dowodu. Rozprawa administracyjna nie może bowiem być formą wyjaśniania zasadniczych wątpliwości stanu faktycznego sprawy”[13]. Wynika z tego, że obowiązek przeprowadzenia rozprawy jest ograniczony do sytuacji, w których występują istotne okoliczności stanu faktycznego. Dlatego też instytucja rozprawy nie znajdzie zastosowania, jeżeli przedmiotem sprzecznych opinii czy zeznań nie będzie istotna, a więc mająca duże znaczenie, kwestia prowadzonego postępowania. Organ odwoławczy jest zobowiązany do przeprowadzenia oceny dotyczącej danej sprawy w kontekście okoliczności mających dla niej duże znaczenie. Z pewnością mogą się tutaj pojawić rozbieżne opinie co do tego, czy dana okoliczność była istotna dla sprawy, czy pojawiła się konieczność przesłuchania jednego czy kilku świadków, czy wobec tego wystąpiła konieczność przeprowadzenia rozprawy. Na powinność rozważenia przez organ odwoławczy wielu

[13] Wyrok NSA z 23 kwietnia 2010 r., II FSK 2164/08, Legalis.

istotnych kwestii co do konieczności przeprowadzenia rozprawy wskazano w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z 18 grudnia 2008 r.: „Nie ma żadnych podstaw prawnych, aby traktować rozprawę, o której mowa w art. 200 a Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2005 r. nr 8, poz. 60 ze zm.), jako swoiste remedium na niekorzystne dla strony ustalenia faktyczne poczynione przez organ I instancji i stosować instytucję rozprawy zawsze wówczas, gdy przeprowadzone dowody wskazują możliwość przyjęcia różnych ustaleń faktycznych, zwłaszcza niekorzystnych dla strony. Nie ma również w polskiej procedurze podatkowej przepisu nakazującego przeprowadzanie konfrontacji, w sytuacji gdy świadkowie zeznają odmiennie od strony postępowania. W toku konfrontacji, wzorem regulacji zawartej w art. 172 Kodeksu postępowania karnego, mogą być wyjaśniane sprzeczności w zeznaniach osób przesłuchiwanych. Jednak decyzja co do przeprowadzenia konfrontacji jest zawsze i w każdej procedurze pozostawiona organowi prowadzącemu postępowanie. To organ ten samodzielnie, jako gospodarz sporu, musi ocenić, czy dana okoliczność jest udowodniona, czy też winna być jeszcze wyjaśniana oraz czy konfrontacja jest celowa”[14].

Analizując przedstawione ograniczenia, nasuwa się wniosek, iż możliwość przeprowadzania rozprawy na etapie postępowania podatkowego przed organem pierwszej instancji po przeanalizowaniu złożonych wniosków dowodowych, nie zaś dopiero na etapie postępowania odwoławczego, prowadziłaby do maksymalnego wykorzystania możliwości, jakie może wnieść instytucja rozprawy do toczących się postępowań. A przez zebranie i skoncentrowanie w jednym miejscu i czasie wszystkich dowodów, uczestników postępowania, możliwości przeprowadzania konfrontacji, wyjaśnień i podsumowań instytucja rozprawy mogłaby się przyczynić do zgodnego ze stanem faktycznym ustalenia prawdy obiektywnej. W efekcie doprowadziłoby to do wydania decyzji należycie uzasadnionej, przez co zmniejszyłaby się liczba odwołań od decyzji wydawanych w pierwszej instancji. Należałoby jednak zmienić w tym zakresie przepisy ordynacji i przenieść rozprawę do postępowania podatkowego w pierwszej instancji, pamiętając o konieczności doprecyzowania przepisów w zakresie samej jej organizacji i sposobu przeprowadzania.

[14] Wyrok WSA w Łodzi z 18 grudnia 2008 r., I SA/Łd 1091/08, Legalis.

Analizując instytucję rozprawy w postępowaniu podatkowym, szczególnie jeśli chodzi o konstrukcję dwuinstancyjnego postępowania, należy stwierdzić, że zdecydowanie bardziej przydatność dowodowa rozprawy wystąpiłaby w postępowaniu przed organem pierwszej instancji. Wprowadzenie jej do postępowania odwoławczego budzi kontrowersje, przede wszystkim dlatego, że właśnie pełne ustalenie stanu faktycznego winno nastąpić przed organem pierwszej instancji, do czego rozprawa administracyjna w pełni może służyć, dając możliwość koncentracji, weryfikacji, konfrontacji i podsumowania zebranego materiału dowodowego. Analiza istoty postępowania dowodowego przed organem pierwszej i drugiej instancji prowadzi do wniosku, że przeprowadzenie rozprawy na etapie postępowania dowodowego przed organem pierwszej instancji byłoby uzasadnione i korzystne, gdyż konfrontacja uczestników postępowania, zeznań, wyjaśnień, opinii, analiz i dokonania kwalifikacji prawnej przeprowadzonych wniosków dowodowych w stosunku do obowiązujących przepisów dotyczyłaby zasadniczych dla danej sprawy ustaleń, a tym samym byłaby trafna i pomocna w realizacji zasady prawdy obiektywnej, której przestrzeganie służy zasadniczemu celowi prowadzonych postępowań.

HEARING AND ITS REGULATION IN TAX APPEAL PROCEDURE VERSUS ITS PRACTICAL APPLICABILITY

Summary

The 2007 tax procedure included a tax hearing , which is a particular kind of hearing of evidence. Alas, this institution is seldom used since the hearing can only take place in a tax procedure during appeal proceedings. The analysis of the essence of the hearing of evidence proceedings before the body of first and second instance leads to the conclusion that conducting such procedure at the hearing of evidence stage before the body of first instance would be justifiable and beneficial, since confrontation of participants of the proceeding, testimonies, opinions and analysis, as well as performing a legal qualification of motions as to evidence conducted in respect to existing regulations, would apply to basic findings in a particular case. Furthermore, such proceedings would be helpful in implementation of the principle of objective truth obeying of which is the primary focus of any procedure.

Translated by Andrzej Wesołowski

Keywords: heating, the taking of evidence, office proceedings

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 788 ACTA IURIS STETINENSIS 4 2013

RECENZJE

SZYMON OSOWSKI[*]
Uniwersytet Szczeciński

Recenzja książki Anny Młynarskiej-Sobaczewskiej *Autorytet państwa. Legitymizacyjne znaczenie prawa w państwie transformacji ustrojowej*[**]

Streszczenie

Recenzowana książka Anny Młynarskiej-Sobaczewskiej *Autorytet państwa. Legitymizacyjne znaczenie prawa w państwie transformacji ustrojowej* dotyka ważnej kwestii, jaką jest legitymizacja działania władzy w demokracji. Autorka we wstępie, czterech rozdziałach i zakończeniu podjęła się przedstawić oraz przeanalizować od strony prawnej i politycznej wyzwania, jakie stanęły (i są aktualne) przed państwami, w których kształtuje się demokracja. Pierwszy rozdział autorka poświęciła analizie koncepcji sprawowania władzy oraz budowania jej autorytetu. W kolejnym rozdziale poruszyła ważną kwestę, jaką była legitymizacja władzy państwa komunistycznego. Następne dwa kolejne rozdziały zostały poświęcone legitymizacji władzy w państwie transformacji ustrojowej oraz prawnym instrumentom rozliczania się z przeszłością. Temu ostatniemu zagadnieniu poświęciła sporo uwagi, uznając, iż prowadzenie tzw. lustracji jest najbardziej doniosłe społecznie i politycznie w państwach przechodzących transformację ustrojową. Autorka nie odnosi się jednak wyczerpująco do czynników, które obecnie determinują autorytet władzy. Dlatego też rozważenia wymaga przyjmowana dziś koncepcja państwa, w której obywatele są stałym uczestnikiem procesów decyzyjnych, a omawiana książka powinna się stać jednym z elementów dyskusji o autorytecie państwa, w szczególności na poziomie lokalnym i regionalnym.

Słowa kluczowe: legitymizacja, transformacja ustrojowa, władze demokratyczne, partycypacja

---

[*] E-mail: osowski.szymon@gmail.com.

[**] Wydanej przez Wydawnictwo „Dom Organizatora", Toruń 2011, ss. 472.

Refleksja nad legitymizacją władzy, w szczególności w państwach, które dokonały w ostatnim dwudziestoleciu zmiany systemu politycznego i gospodarczego, jest nader pożyteczna i pozwala na głębsze spojrzenie na zagadnienie, jakie przesłanki stały przed nową władzą (działającą często we współpracy z członkami poprzedniego, autorytarnego aparatu władzy). Dotyczy to okresu, kiedy podejmowano decyzje zarówno o kształcie nowego ustroju, jak i związane z tworzeniem nowego systemu prawa. Anna Młynarska-Sobaczewska podjęła się przedstawienia oraz przeanalizowania zagadnień, które były wyzwaniem od strony prawnoustrojowej i politycznej dla nowych demokracji. Dotyczyły one (i dotyczą nadal) prawnych i aksjologicznych podstaw nowego ustroju, legitymizacji nowej władzy w państwach, które przeszły transformację ustrojową. Owocem badań autorki jest interesująca książka *Autorytet państwa. Legitymizacyjne znaczenie prawa w państwie transformacji*.

Prezentowana książka zawiera wstęp, cztery rozdziały i zakończenie. We wstępie autorka przedstawia tezę, iż „najistotniejsze mechanizmy czy narzędzia legitymizacyjne wywodzą się właśnie ze środowiska sprawowania władzy i są kreowane przez podmioty władzy, a [co ważniejsze – dop. S.O.] tworzenie instrumentów budowania przekonania o prawowitości władzy jest immanentną cechą każdej struktury i każdego podmiotu władzy" (s. 9). Kolejne części przygotowanej pracy zawierają analizy będące próbą odpowiedzi na pytanie, na ile przyjęte regulacje prawne mogły wpłynąć na przeświadczenie o legitymizacji władz w państwach transformacji ustrojowej. Przedstawione analizy odnoszą się w zasadzie do aspektów politycznych legitymizacji władzy, nawet jeżeli omówieniu podlegają rozwiązania prawne przyjęte w wybranych państwach. Powstaje zatem pytanie, jaki charakter ma przygotowana praca, czy jest to książka politologiczna, czy o prawie, a może na styku politologii i prawa.

Pierwszy rozdział *Władza w państwie i jej legitymizacja* traktuje o koncepcjach władzy i problematyce jej autorytetu. Autorka, odwołując się do koncepcji autorytetu władzy, przyjmuje, iż jest on związany z akceptacją społeczną, która wynika z różnych przesłanek i instrumentów legitymizacyjnych (natury aksjologicznej czy formalnej). Jej zdaniem, kluczowe jest z punktu widzenia poznawczego wskazanie, iż instrumenty legitymizacji władzy muszą oddziaływać zarówno na początku kształtowania władzy, jak i permanentnie w okresie jej sprawowania. Przy czym autorka przyjmuje jako punkt omówienia *władzę* pojmowaną jako aparat sprawowania władzy wraz z procedurami jej zdobywania. Za Robertem Dahlem wskazuje w tym rozdziale listę *proceduralnego minimum* współczesnej demokracji (s. 75). Jej zdaniem wiąże się ona z demokratycznym (akceptowalnym i zgodnym z określonymi regułami) sprawowaniem władzy. Zgodzić się należy, iż we współczesnym państwie *akceptowalność* działania władzy nie

kończy się tylko na wyborach, a w zasadzie toczy się ciągła *dyskusja* pomiędzy władzą a obywatelami. Odnośnie do tej tezy wskazane zostały w omawianej pracy formy komunikacji pomiędzy władzą a obywatelami, przy czym stały się one dla autorki wyłącznie podstawą do analizy roli, jaką w legitymizowaniu władzy odgrywa prawo. W rozdziale pierwszym autorka wskazuje także na koncepcję i praktykę obywatelskiego nieposłuszeństwa, którego występowanie wiąże się z kryzysem legitymacji władzy i świadczyć może o kryzysie autorytetu państwa.

Autorka, odnosząc się do proceduralnych form legitymizacji władzy, pomija zagadnienie włączania się obywateli w sprawowanie władzy. Właśnie wymieniane formy uczestnictwa obywateli zaczynają odgrywać najważniejszą rolę w budowaniu autorytetu państwa (s. 87).

W drugim rozdziale – *Legitymizacja władzy państwa komunistycznego* – autorka scharakteryzowała państwa totalitarne i metody próby legitymizacji władzy w tych państwach. Wskazując legitymizację władzy w państwie poststalinowskim, odniosła się do pochodzenia władzy, która nie miała zakorzenienia we wcześniejszym porządku prawnym. W tym zakresie przywołane zostały w pracy inne instrumenty legitymizacyjne, którymi władza starała się zastąpić fakt, iż nie pochodziła z woli narodu. Wskazane zostały dwa ważne aspekty legitymizacyjne ówczesnych władz, to jest ideologia i określenie suwerena. Pierwszy z nich, zdaniem autorki, miał znaczenie iluzoryczne: dawał możliwość komunikacji społecznej i porozumienia co do wartości. Drugi natomiast polegał na określaniu suwerena bez odnoszenia się do narodu, na przykład w Konstytucji PRL z 1952 roku był to *lud pracujący miast i wsi*.

Autorka zwróciła uwagę na problem legitymizacji proceduralnej porządku prawnego tych państw jako przejawu istnienia instytucji *legitymizujących* władzę, które w istocie miały charakter fasadowy. Dlatego też, omawiając kryzys legitymizacji w państwie komunistycznym na przykładzie Polski, wskazała, iż sytuacja braku autorytetu występowała przez cały czas jego trwania (s. 121). Jak podała za Wojciechem Lamentowiczem, kryzys legitymizacji w Polsce przebiegał w kilku fazach, a za najważniejsze należy uznać wydarzenia, w których postulowany w tym systemie suweren wszedł w konflikt z aparatem władzy. W drugim rozdziale autorka książki nakreśliła tło do omówienia zmian, jakie zaszły pod koniec lat osiemdziesiątych XX wieku, i zasady legitymizacji nowej władzy w kontekście minionego okresu. Wątpliwości wzbudza teza autorki, że brak autorytetu władzy miał charakter permanentny. Nie można bowiem zapominać o wydarzeniach z 1956 roku, ani też o realnych nadziejach, które wiązano z tak zwaną władzą ludową na początku lat siedemdziesiątych XX wieku.

Trzeci rozdział – *Prawne instrumenty legitymizacji władzy w państwie transformacji ustrojowej* – został poświęcony analizie instrumentów legitymizacji proceduralnej oraz problematyce uchwalania nowych konstytucji. W rozdziale tym autorka zasygnalizowała również drugą grupę normatywnych instrumentów legitymizujących, mających na celu rozliczenie z przeszłością. W zasadzie w każdym punkcie rozdziału zajmuje się omówieniem historycznej sytuacji w krajach postkomunistycznych w kontekście przyjętych instrumentów. Przy analizie problematyki powstawania nowych konstytucji wskazuje na małą różnorodność przyjętych w tych państwach rozwiązań, które wzorowane były na treściach konstytucji państw zachodnich. Innym ważnym aspektem jest zwrócenie uwagi na czas uchwalania nowych konstytucji, które w zależności od historii ewolucji państwowości (suwerennych) były uchwalane szybko (na przykład w państwach byłej Jugosławii) czy po kilku latach od uzyskania niepodległości (jak w Polsce). W przypadku Polski późniejsze uchwalenie konstytucji pozwoliło na przyjęcie między innymi rozwiązań ułatwiających akcesję do Unii Europejskiej. Za znaczące należy uznać zwrócenie uwagi na charakter referendów w sprawie przyjęcia konstytucji, które nie odegrały znaczącej roli w ustalaniu wspólnych wartości dla państwa i społeczeństwa. W zasadzie, jak podała autorka, istotą tych referendów było opowiedzenie się na *tak* lub *nie*, a nie rzeczywista komunikacja i ustalenie wspólnych treści przez władzę i obywateli (s. 181).

W zakresie legitymizacji władzy w okresie transformacji należy zwrócić uwagę na poruszane przez autorkę następujące zagadnienia: *dobro wspólne*, *suwerenność państwa i narodu*, *koncepcja demokratycznego państwa prawa*. Wywody zostały poprzedzone analizą charakteru prawnego preambuły do Konstytucji RP, w której wskazuje się w wielu wypadkach kontekst historyczny, odwołuje się do wartości, celów państwa. Dlatego w drugim rozdziale odnajdujemy instrumenty legitymizacji uznane za nierozłączne. Ich wnikliwe analizy *przenikają się*. Zwrócić należy uwagę na omówioną klauzulę demokratycznego państwa prawa, która pojawia się prawie we wszystkich omawianych konstytucjach i jej duży wpływ na system państwa. Przy czym autorka cytuje przeprowadzone przez CBOS badania, z których wynika, iż klauzula ta stanowi podstawę do licznych roszczeń i zaczyna być postrzegana jako żądanie politycznego, a nie prawnego ukształtowania sytemu państwa (s. 243).

Ostatni rozdział – *Retrospektywna formuła legitymizacji w państwach postkomunistycznych* – został poświęcony prawnym instrumentom rozliczenia się z przeszłością w tych państwach. Autorka przyjmuje, iż nadrzędnymi założeniami legitymizacji w okresie transformacji są: czynienie sprawiedliwości, przywrócenie akceptowalnych norm, czynienie zadość krzywdom i przestępstwom.

Prawne odniesienie się do przeszłości dostrzegane jest zarówno w poszczególnych krajach, jak i w skali międzynarodowej, i to w kontekście rozliczenia działania systemów totalitarnych. W rozdziale tym autorka porusza zagadnienia ujawniania dokumentów służb bezpieczeństwa, rozrachunku z represjami, rehabilitacji ofiar represji, przyznawania i pozbawiania uprawnień kombatanckich i restytucji dóbr i rekompensaty za utracone mienie.

Za najbardziej doniosłe społecznie i politycznie uznała zjawisko tak zwanej lustracji. W dużym zakresie rozdział *Ujawnianie dokumentów służb bezpieczeństwa jako retrospektywny instrument legitymizacyjny* dotyczy kształtowania się dostępu do dokumentów i procedury lustracyjnej w Polsce. Szeroko omówione zostało orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego oraz inicjatywy legislacyjne, przy czym brakuje odpowiedzi na fundamentalne pytanie: *Kto i w jakim zakresie powinien mieć dostęp do informacji gromadzonych przez Instytut Pamięci Narodowej?* Autorka zwraca uwagę na obowiązujące przepisy, stanowiska w tym zakresie, jednak nie odnosi się do wskazywanych w rozdziale pierwszym instrumentów legitymizacji, wśród nich prawa dostępu do informacji. Należy uznać, że przy społecznym zainteresowaniu tą tematyką dostęp do informacji gromadzonych przez IPN powinien być zapewniony każdemu z zastrzeżeniem odmowy dostępu do danych wrażliwych. Aspekty nierzetelności lub fałszu dokumentów czy ich niekompletność są wtórne w stosunku do zagwarantowania możliwości zapoznania się z działaniem systemu państwa komunistycznego, które stało się przedmiotem analizy.

W punkcie o rozrachunku z represjami reżimu (s. 344) autorka, odnosząc się do sytuacji w różnych krajach, wskazuje na mały procent wyroków uznających konkretne osoby za winne, co prowadzi ją do konstatacji, że na przykład w Polsce przeważyło w tym zakresie koncyliacyjne podejście do rozliczenia z przeszłością (s. 371). Za problematyczne zostało również uznane podejście władzy w Polsce do restytucji dóbr i rekompensaty za utracone mienie. Brak rozstrzygnięcia systemowego tego problemu, przy jednoczesnym politycznym podkreślaniu jego wagi, może powodować trudności w budowie zaufania do władzy.

Recenzowana praca przede wszystkim pozwala zapoznać się czy też odnieść się do drugiej części jej tytułu *Legitymizacyjne znaczenie prawa w państwie transformacji ustrojowej*. Przyjęcie przez autorkę, iż wskazywane w publikacji instrumenty komunikacji władzy z obywatelem nie mają takiej doniosłości legitymizacyjnej, jak przeanalizowane rozwiązania prawne w rozdziale trzecim i czwartym, powoduje, moim zdaniem, że poza zakresem omawianej pracy pozostały czynniki determinujące autorytet współczesnego państwa. Uważam, że historyczne wskazanie legitymizacji jest tylko pierw-

szym krokiem, a rozważenia wymaga przyjmowana dziś koncepcja państwa, w której to obywatele i ich wspólnoty są częścią władzy, zgodnie z postanowieniami wyrażonymi w preambule do Konstytucji RP: „ustanawiamy Konstytucję Rzeczpospolitej Polskiej jako prawa podstawowe dla państwa oparte na poszanowaniu wolności i sprawiedliwości, współdziałaniu władz, dialogu społecznym oraz na zasadzie pomocniczości umacniającej uprawnienia obywateli i ich wspólnot". Należy wskazać również na doniosłość artykułów 1, 12 i 14 Konstytucji RP.

Przyjmuję, że w kontekście analizy legitymizacji władzy konieczne jest omówienie tworzenia i pierwszych lat funkcjonowania nie tylko władzy państwa, ale i władzy samorządu terytorialnego. To właśnie na tym poziomie dochodziło przede wszystkim do *szczególnie autentycznych* relacji władza–obywatel, a ustawa o samorządzie gminnym z 1990 roku oraz inne ustawy samorządowe z 1998 roku zmieniły system funkcjonowania władzy.

Recenzowana praca powinna stać się jednym z elementów dyskusji o autorytecie współcześnie funkcjonującego państwa, w tym dyskusji o wprowadzaniu praw wzmacniających udział mieszkańców we władzach jednostek samorządu terytorialnego oraz wzmacniających pozycję organizacji pozarządowych. Należy bowiem stale pamiętać, że władza publiczna *styka się* z obywatelem najczęściej na poziomach lokalnych i regionalnym.

THE REVIEWED BOOK BY ANNA MŁYNARSKA-SOBACZEWSKA *THE AUTHORITY OF THE STATE, LEGITIMISING PURPOSE OF LAW IN A STATE UNDERGOING POLITICAL TRANSFORMATION*

Summary

The reviewed book by Anna Młynarska-Sobaczewska *The authority of the State, legitimising purpose of law in a state undergoing political transformation* touches upon an important issue that is the legitimisation of the actions of democratic authorities. In the introduction, the main four chapters and the conclusion, the author provides a presentation and analysis of the legal and political aspects of the challenges that emerging democracies faced and still face. The first chapter is devoted to the analysis of the concept of governance and establishing authority. In the next chapter, the author raises an important issue that is the legitimacy of authority in a communist regime. The subsequent two chapters are devoted to the legitimacy of authority in a state undergoing political transformation and to legal instruments of settling the past. The author focused

extensively on the latter, maintaining that the so-called lustration has most profound social and political effect in states that undergo political transformation. The author, however, does not provide a thorough analysis of the factors that establish the authority of the governments of today. Therefore, the up-to-date concept of the State whose citizens participate in decision-making on a regular basis needs to be considered. For this reason, the reviewed book should be one of the elements in the discourse on the authority of the state, in particular at the local and regional level.

Translated by Marta Leśniańska

Keywords: legitimacy, political transformation, democratic authorities, participation