

OPOLSKIE STUDIA

ADMINISTRACYJNO-PRAWNE

THE OPOLE STUDIES IN ADMINISTRATION AND LAW

Półrocznik • Semi-annual

Czerwiec • June 2023

21

Zeszyt • Issue 1

UNIWERSYTET OPOLSKI • UNIVERSITY OF OPOLE

ISSN 1731-8297

<https://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

e-ISSN 6969-9696

SCIENTIFIC BOARD / RADA NAUKOWA

- Andrzej Bator* (University of Wrocław / Poland)
Silvestre Bello Rodríguez (Universidad de las Palmas de Gran Canaria / Canary Islands)
Maria del Carmen Lázaro Guillamón (Universitat "Jaume I" Castellón de la Plana / Spain)
Daniel Cole (Indiana University Bloomington / USA)
Stanisław Hoc (University of Opole / Poland)
Lothar Knopp (Brandenburg University of Technology Cottbus-Senftenberg / Germany)
Wojciech Kowalski (University of Silesia in Katowice / Poland)
Luc Lawrysen (Ghent University, President of the Constitutional Court / Belgium)
Michaela Moravčíková (Trnava University in Trnava / Slovakia)
Vasilica Negrut (Danubius University of Galati / Romania)
Ioana Nicolae (Transilvania University of Brasov / Romania)
Noriko Okubo (Osaka University / Japan)
Tomasz Sokółowski (Adam Mickiewicz University in Poznań / Poland)
Budislav Vukas (University of Rijeka / Croatia)
Jerzy Zajadło (University of Gdańsk / Poland)
José Luis Zamora Manzano (Universidad de las Palmas de Gran Canaria / Canary Islands)

HONORARY EDITOR-IN-CHIEF / REDAKTOR HONOROWY

Włodzimierz Kaczorowski

EDITOR-IN-CHIEF / REDAKTOR NACZELNY

Marta Woźniak

THEMATIC EDITORS / REDAKTORZY TEMATYCZNI

- Stefan Marek Grochalski* – European law
Ewa Kozerska – state and law studies
Agnieszka Skóra, Anna Haładaj, Elena Fasoli, Jerzy Jendroška – public law
Piotr Stec, Alicja Jagielska Burduk – private law

SECRETARY / SEKRETARZ REDAKCJI

Katarzyna Biczysko-Pudętko
Olga Sachanbińska-Dobrzyńska

ADDRESS OF THE EDITORIAL BOARD / ADRES REDAKCJI

Instytut Nauk Prawnych
Uniwersytet Opolski
ul. Katowicka 87a, 45-060 Opole
e-mail: redakcja.osap@gmail.com

Declaration concerning the original version

The Editorial Board declare that the original (referential) version of the Journal is available in the on-line form

<https://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

SPIS TREŚCI

ARTYKUŁY

Zahra Sohrabi ABAD, An Economic Analysis of Iran's 2017 Judicial System Reforms: Ways with Long-term Effects to Improve Judicial System's Litigation Delay	9
Magdalena BAR, Access to justice regarding plans and programmes related to the environment – Polish law in the light of Article 9.3 of the Aarhus Convention	33
Anna BARIKOVA, Penal (financial) sanctions for non-payment of agreed amounts of tax obligations: nomocracy under martial law in Ukraine	51
Agnieszka GRZESIOK-HOROSZ, Ochrona przed treściami nielegalnymi i szkodliwymi na platformach udostępniania wideo	63
Grzegorz Adam KAWALEC, Zakaz wydawania wiążących poleceń przez radę nadzorczą zarządowi spółki z o.o.	83
Jonasz KITA, Przesłanki otwarcia postępowania sanacyjnego	101
Francesco MALETTO, The application of the Principle of Prevention to land-based sources of marine pollution: an International Law approach	125
Monika MIELNIK, Wolność gospodarcza i jej ograniczenia na tle różnych modeli ekonomicznych	149
Franciszek NOWAK, Wykładnia art. 80 ustawy – Prawo ochrony środowiska w kontekście promocji mięsa.	177
Lien STOLLE, The need for protection of environmental defenders from digital intimidation: an analysis of Article 3(8) of the Aarhus Convention	199

SPRAWOZDANIE

Maria MASŁOWIEC, Report on the International Scientific Conference “Contemporary threats to parental responsibility. Selected legal aspects” organised within the framework of the 2022 Central European Professors Network (Miskolc, Hungarian Academy of Science, 5 December 2022)	223
--	-----

CONTENTS

ARTICLES

Zahra Sohrabi ABAD, An Economic Analysis of Iran's 2017 Judicial System Reforms: Ways with Long-term Effects to Improve Judicial System's Litigation Delay	9
Magdalena BAR, Access to justice regarding plans and programmes related to the environment – Polish law in the light of Article 9.3 of the Aarhus Convention	33
Anna BARIKOVA, Penal (financial) sanctions for non-payment of agreed amounts of tax obligations: nomocracy under martial law in Ukraine	51
Agnieszka GRZESIOK-HOROSZ, Protection against illegal and harmful content on video sharing platforms	63
Grzegorz Adam KAWALEC, Prohibition of issuing binding orders by the supervisory board to the management board of a limited liability company.....	83
Jonasz KITA, Reasons for opening remedial proceedings.....	101
Francesco MALETTO, The application of the Principle of Prevention to land-based sources of marine pollution: an International Law approach	125
Monika MIELNIK, Economic freedom and its limitations against the background of different economic models	149
Franciszek NOWAK, Interpretation of Article 80 of the Environmental Protection Law in the context of meat promotion	177
Lien STOLLE, The need for protection of environmental defenders from digital intimidation: an analysis of Article 3(8) of the Aarhus Convention	199

REPORT

Maria MASŁOWIEC, Report on the International Scientific Conference "Contemporary threats to parental responsibility. Selected legal aspects" organised within the framework of the 2022 Central European Professors Network (Miskolc, Hungarian Academy of Science, 5 December 2022)	223
--	-----

Artykuły

Volume 21, Issue 1
June 2023

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-03-29
accepted 2023-05-08



An Economic Analysis of Iran's 2017 Judicial System Reforms: Ways with Long-term Effects to Improve Judicial System's Litigation Delay¹

**Analiza ekonomiczna reform systemu sądownictwa w Iranie
z 2017 roku: sposoby wprowadzenia długoterminowych efektów
poprawy opóźnień w procesach sądowych**

ZAHRA SOHRABI ABAD

Ph.D. Candidate at the University of Ottawa, Faculty of Law, zsohr046@uottawa.ca

Citation: Sohrabi Abad, Zahra. 2022. An Economic Analysis of Iran's 2017 Judicial System Reforms: Ways with Long-term Effects to Improve Judicial System's Litigation Delay. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne*. 21(1): 9–31. DOI: 1025167/osap.5062.

Abstract: Litigation delay is a serious concern for judicial systems. In 2017, Iran enacted regulations for digitizing the judicial system in order to address this problem. This article shows whether this new policy has been an efficient move and shows solutions with more long-term results for overcoming the litigation delay. To analyze the recent reforms efficiency, I review Iran's dispute resolution performance using secondary data from Doing Business research and the Research Center of the Iranian parliament reports in measuring the doing business environment from 2016, before adopting those regulations, and then until 2019. Finally, it is concluded that Law & Economics methodology is suitable for analyzing the efficiency of 2017 Iran's policy, which also provides ways to achieve more sustainable results to overcome the litigation delay. The main finding of this study is that according to the Kaldor-Hicks efficiency, Iran's recent reforms related to digitizing the judicial system have

¹ I would like to express my sincere gratitude to Professor Elizabeth Judge from the University of Ottawa for her invaluable comments and feedback on this paper. Her expertise and insightful suggestions have greatly enhanced the quality and clarity of my work. I am truly thankful for her guidance and support throughout the process.

been an efficient move; however, due to the nature of these reforms, this efficiency does not last permanently.

Keywords: judicial system, World Bank, efficiency, Kaldor-Hicks, law and economics

Abstrakt: Opóźnienia w procesach sądowych są poważnym problemem dla systemów sądowniczych. W 2017 roku Iran wprowadził przepisy dotyczące cyfryzacji systemu sądownictwa w celu rozwiązania tego problemu. Artykuł pokazuje, czy nowa polityka była skutecznym ruchem i przedstawia rozwiązania o długoterminowych skutkach dla przezwyciężenia opóźnień w procesach sądowych. Aby zbadać efektywność niedawnych reform, autor analizuje wydajność rozwiązywania sporów w Iranie, korzystając z danych wtórnych z badań Doing Business oraz raportów Centrum Badań parlamentu irańskiego, w celu pomiaru środowiska biznesowego od 2016 roku, przed wprowadzeniem tych przepisów, a następnie do 2019 roku. Dochodzi się do wniosku, że metodologia Prawa i Ekonomii jest odpowiednią metodologią do analizowania efektywności polityki Iranu z 2017 roku, która również przedstawia sposoby osiągnięcia bardziej trwałych wyników w przezwyciężaniu opóźnień w procesach sądowych. Głównym wynikiem tego badania jest to, że według efektywności Kaldora-Hicksa niedawne reformy Iranu związane z cyfryzacją systemu sądownictwa były skutecznym ruchem, jednakże, ze względu na charakter tych reform, ta skuteczność nie jest trwała.

Słowa kluczowe: system sądownictwa, Bank Światowy, efektywność, Kaldor-Hicks, Prawo i Ekonomia

Introduction

One of the topics in the discussion of judicial system reform in almost every legal system worldwide is the issue of litigation delay (Miller 1995: 112). Consequences of court delay include deteriorating evidence and reducing the likelihood of justice being done, wasting court resources and attorney time, increasing legal fees, and ultimately losing public confidence in the judicial system (Fenn and Rickman 1999: 476).

The destructive impacts of the delay have led scholars to research its reasons and suggest solutions in order to reduce it (Varano 1997: 527-559; Priest 1989: 527-559). In the U.S., the National Center for State Courts conducted the country's first and most comprehensive effort to examine the reasons for litigation delay in state courts in 1976 (Sarat 1978: 324). In addition, professor Varano examines this major concern by stating that an average of twelve or thirteen years is perfectly normal for a final settlement of a civil dispute in Italy (Varano 1997: 527-559). Litigation delay is also one of the oldest problems in the Iranian judicial system (Darabi and Rafiei Tabatabaei 2020: 46-65). Although, according to Sipes, there is no generally accepted definition of court delay (Sipes 1985: 299), this problem is defined by Iranian scholars as an unusual and unreasonable amount of time spent on a case (Rafiei Tabatabaei 2020: 46-65).

tabaei 1996: 31). Many studies have been done in Iran to find the root causes of litigation delay and also its consequences. In his study, Professor Roshan considers judges and their lack of sufficient knowledge, skills, and expertise to be the leading causes of delayed proceedings in Iran (Roshan et al 2015: 71-111). However, Judge Ebrahimi introduces the plurality of laws and regulations, which sometimes even contradict each other, as the main factors of litigation delay in Iran (Ebrahimi 2000: 168-173). Rafiei also argues that the most important reason for the litigation delay in the Iranian courts is the result of incorrect filing of lawsuits caused by people's lack of legal knowledge. He believes that providing proper information to people and making it mandatory to use the services of lawyers is fundamental to solving this problem (Rafiei Tabatabaei 1996: 32). According to Moqadam, however, the key factor in litigation delay, which is the most important current challenge and concern of the people and the judicial system of Iran and indicates the failure to achieve the highest goals of the judiciary, is the managerial weakness of those directly involved in the dispute resolution process (Jorjandi Moqadam 2021: 1).

Many scholars working on this ongoing problem in the Iranian judicial system have tried to suggest ways to solve and rout it out. However, their proposals often revolve around subjects such as hiring trained and experienced judges (Tayebi 2017: 1-18; Mokhtarifard 2016: 50), specializing the courts based on the cases, and building more courts (Safaie 2013: 1-3; Dadgarnia 2013: 7), and mostly and recently digitizing the proceedings. Examples of digitalization of the judicial system are filing a lawsuit, uploading documents, and receiving court fees electronically, accepting the electronic signature, providing the tracking number for tracking the proceedings online and using software for archiving judgments and cases (Vaezi, Khandani, and Khaleqian 2020: 363-372; Allah Yari Nik, and Shabannia Mansour 2022: 70-11; Qamami, and Abdollahian 2019: 29-54; Zadeh Hosein Oliyayi, and Ahmadi 2018: 117-136).

The prevailing hypothesis that the digitalization of the Iranian judicial system positively reduces delays was also reflected in recent regulations in Iran. Since the early 2000s, Iranian judicial leaders have taken significant steps to defeat this delay in the judicial system. The latest milestone was in 2017 when different regulations were enacted to digitize this system (Zadeh Hosein Oliyayi, and Ahmadi 2018: 120-121). The regulations that were enacted in order to speed up judicial proceedings in Iran in 2017 are "Regulations on the Use of Computer or Telecommunication Systems", Article 117 of the "Law of Sixth Five-Year Plan for Economic, Social and Cultural Development of Iran"² and

² Under this article, to reduce the delay in the execution of judgments, the judiciary is obliged to provide the possibility of immediate and online response to inquiries required by the judicial au-

welfare; however, according to rational choice theory, individuals following the ease of filing the lawsuits and reducing delays in dispute resolution become encouraged to file more lawsuits. In this case, the number of lawsuits entering the judicial system will increase, and this congestion will reduce the speed of dispute resolution again.

In this way, I suggest two main ways to achieve long-term goals that reduce delays in the judicial system sustainably: (1) determining equal or lower pre-judgment interest than the market profit rate and (2) enacting rules facilitating the peaceful settlement of disputes.

In this paper, in Section 1, I describe the Law & Economics methodology, the concept of efficiency from Kaldor-Hick's perspective, and rational choice theory. In Section 2, based on World Bank-Doing Business research results, I first extract the data and then examine the performance of the Iranian judicial system in Enforcing Contracts Index by emphasizing the Time indicator first in 2016 and then in 2018 and 2019.⁶ Moreover, I analyze the data extracted using Law & Economics methodology to estimate Iran's judicial system's total gains and losses in the years mentioned earlier. And then, I examine whether these new regulations to reduce the delay of the proceedings have put the Iranian judicial system in an efficient position according to the Kaldor-Hicks criterion. In Section 3, based on Iranian Parliament reports regarding the Iranian business environment, I examine the performance of the Iranian judicial system in the Weakness of the Courts in Handling Lawsuits Efficiently and Without Litigation Delay from 2016 until 2019. And I review that, like the analysis obtained from international data, the analysis of national data also indicates the efficiency of Iran's judicial system in resolving disputes after Iran's 2017 policy. In Section 4, by emphasizing that recent regulations only temporarily reduce litigation delay, I suggest methods with long-term benefits in reducing court delay.

1. Methodology: Law and Economics

Law and Economics refer to a methodology in which economic theory (basically microeconomics) is applied to analyze the formation, structure, procedure, and economic effects of law and legal institutions (Trebilcock 1997: 123-124). During the last two centuries, discussions have been raised by economists

parliament in measuring the business environment in Iran. Internationally, I also used the World Bank doing Business Report and its enforcing contract indicator. These two indicators are closely related to each other. Both reflect the judgment of economic organizations on handling a case in the judicial system and dispute resolution.

⁶ I do not review 2017's data since in that year, the new regulations which their effects are being examined in this research, were enacted.

such as Adam Smith on the role of legal rules in institutions and economic relations and the legal rights of economic systems, which indicates the special relationship between economics and law (Trebilcock 1997: 123). These studies since the 1960s have faced significant changes and, with the publication of Ronald Coase's article (Coase 1960: 1-44), entered a new stage. A practically new methodology emerged from this date called the economic analysis of law or law and economics (Babaie 2007: 15).

The characteristic of law and economics is (1) the application of economic analysis tools, specifically microeconomics and prices, in legal issues. In this methodology, legal rules are considered as the implicit price of goods and services, and the reaction of individuals or organizations to legal rules can be analyzed in the same way that the response to prices is analyzed (Cooter and Ulen 2016: 3-4). (2) Law and economics consider efficiency as the primary goal and parameter of legal rules. This methodology analyzes legal rules based on their degree of efficiency and proposes creation or amendment of rules to achieve greater efficiency (Parisi 2004: 264). (3) In this methodology, the "rational choice approach" – which is the basis of microeconomic theory – is considered the key to understanding the behavior of humans and organizations. Under this approach, it is assumed that people and institutions act rationally (Pacces and Visscher 2011: 1-3). (4) Law and economics scholarship employs two conceptually different kinds of analysis under conditions of scarcity, including constraints imposed by the legal system: Positive and Normative analysis. Indeed, this methodology seeks to express and answer two fundamental questions about legal rules: a question that has a descriptive aspect and explains the effects of legal rules on the behavior of individuals and organizations (positive). Another question about what should be done and what should not that explains the purpose of a legal rule (normative) (Trebilcock 1997: 125-130). (5) Economic analysis of law is mainly based on the criterion of wealth, and the analysis of law's effects on the level of efficiency in society is based on the rate of increase in wealth (Parisi 2004: 261).

In this paper, I use Law and Economics methodology in order to examine the efficiency of the reforms in 2017 in the Iranian judicial system with the goal of reducing the delay of proceedings. In this regard, I explain the concept of efficiency and efficiency criteria in the first place.

The common definition of efficiency in economics is the study of how individuals and society are selected from the limited resources that can be used differently to produce different products and distribute them for present and future consumption. Efficiency is generally considered to be the maximum possible use of the resources and opportunities available to different units and agents, and in general, if there are the following two clauses, efficiency has been

achieved: (1) Possible to obtain the same amount of outputs at a lower cost or, in other words using fewer inputs. (Allocative efficiency), or (2) possible to produce more outputs with the same amount of input. (Technical efficiency) (Dadgar 2017: 109).

Thus, judicial efficiency means reducing costs and increasing the output of the judicial system through the management of courts and the litigation process, as well as reviewing procedures, time, and cost of handling a lawsuit to avoid wasting unnecessary costs on the part of the judicial system or the system as a whole. In other words, judicial efficiency means minimizing the waste of time or resources in the judicial system (Rosales-Lopez 2008: 234-235).

Therefore, the efficiency of dispute resolution means minimizing the waste of time or costs in the judicial decision-making process. For example, if the court hears two related cases together, then less time and money will be spent; dealing with them separately not only takes more time and money, but can also lead to conflicting verdicts and prolong the process. The judicial economy is focused explicitly on this issue. Therefore, the basic principle in the judicial economy is that the limited resources of the judiciary or a court should be saved and used properly (Qamami, and Abdollahian 2019: 32).

According to Posner, when the judges issue a verdict, they must also consider the subsequent effects of the rule and should also focus on increasing efficiency. Judges, therefore, are seen as the creators of futuristic rules who decide what rules to impose on both parties to the contract that is the most efficient outcome. In other words, how does a judge determine the most efficient situation (Zywicki 2008: 563-564)? Considering judges as the ones pursuing the highest efficiency raises the question of how a judge can identify the most efficient situation. Although the approach to law and economics is formed in the context of common law and judges have a significant role in creating its rules, in Iran, with a civil law background, this question seems equally important. Judges in Iran also have a degree of authority to make decisions in the context of efficiency (Babaie 2007: 18).

Because Principle 167 of Constitution⁷ allows Iranian judges to find a solution and decide on disputes in any way, and this is where judges have the opportunity to pay attention to efficiency and seek an efficient solution to justice. However, there is no denying that the role of the legislature in Iran in enforcing efficient regulations and changing laws and conditions towards efficiency is much more significant than that of judges.

⁷ Principle 167 of Iran's Constitution: "The judge is obliged to try to find the verdict of each lawsuit in the codified laws and if he/she does not find it, he/she will issue the verdict based on the valid Islamic sources or fatwas. A judge may not refuse to hear a case or issue a verdict on the pretext of silence or defect or brevity or conflict of laws."

Distinguishing the efficient status from an inefficient one, whether by a judge, legislator, or researcher, requires criteria so that if a defective status is found, researchers can suggest ways to achieve more efficiency or the situation can be changed to efficiency by a judge or legislator.

Among the criteria for evaluating efficiency from inefficient statuses, I choose the Kaldor-Hicks efficiency since, in this article I compare the losses and the gains of Iranian policy in 2017 to conclude whether the policy is efficient or not. This comparison is derived from the Kaldor-Hicks criterion. In practical terms, the Kaldor-Hicks criterion requires a comparison of profits and losses, and as long as the payoff outweighs the loss, a change is considered an efficient move (Pacces and Visscher 2011: 5).

2. The efficiency of 2017 Iran's policy based on international data

In this article and this section to analyze the efficiency of Iran's policy in 2017, which was aimed at reducing litigation delay, a part of the results obtained from the Doing Business project, specifically the data that indicates the time needed for Dispute resolution, is used.

The Doing Business was a significant project with an Ease of Doing Business Index, which tried to measure the impact of business regulations in countries around the world (McCormack 2018: 651). This project's rankings from 2004 to 2021 were published annually as a report by the World Bank Group (Theis 2021). In the original form, the Doing Business report examined five sets of indicators for 145 economies (McCormack 2018: 651), while the latest report contained 12 indicator sets for 190 economies (World Bank Group, Doing Business 2020: 1-135). The indicators are intended to be comparable across countries (Besley 2015: 102). There has always been criticism of this project, despite its importance. In the 2004 report, France was ranked 44th, and in this relatively low ranking, there was a shock and disappointment in France after having ranked below countries like Jamaica and Botswana. French commentators and organizations have strongly criticized the 2004 report for misunderstanding French law and legal culture. Ultimately, France's reactions appear to have been constructive in forcing the World Bank to reconsider some of its assumptions (McCormack 2018: 657). In addition, in 2008, an independent review panel at the World Bank recommended greater transparency in business reporting and some improvements in business practices. This panel also suggested that focusing on regulatory costs and burdens should be just one dimension of a particular country's overall investment climate reform. These criticisms were exacerbated in the 2013 World Bank review panel report. However, they helped the project on the path of reform and improvement (McCormack 2018: 658). Finally, due

to some data irregularities in Doing Business reports in 2018 for China and 2020 for Saudi Arabia, the United Arab Emirates, and Azerbaijan, this project was discontinued in September 2021. However, the Doing Business website remains publicly available as an archive of knowledge and data (Theis 2021).

One of the indexes that this project examined is Enforcing Contracts index measuring the time and cost of resolving a commercial dispute and evaluating whether each economy has taken good steps to improve the efficiency of its judicial system. The project collected information through a study of the codes of civil procedure, other court regulations, and questionnaires that local lawyers and judges completed. By sorting scores for enforcing contracts, Doing Business determined the ranking of economies on the ease of Enforcing Contracts. These scores are the simple average of the scores for each component indicator. The component indicators of Enforcing Contracts are first, the Time of resolving a dispute, second, the Costs of dispute resolution, such as attorney fees, fees of the official expert of the judiciary and enforcement costs, and third, the Quality of judicial processes. The dispute resolution time in this project is recorded in calendar days and starts from the moment the plaintiff decides to file a lawsuit in court and ends after payment. The waiting periods are included in the time of a dispute resolution.⁸

There are specific assumptions about the lawsuit considered in this project that the value of the claim is 200% of the economy's income per capita or \$5,000, whichever is greater. Moreover, the dispute concerns a legal transaction between two businesses (Seller and Buyer) located in the economy's most prominent business city. According to the contract, the seller sells some custom-made furniture to the buyer, which is worth 200% of the economy's income per capita or \$5,000, whichever is greater. After the seller delivers the goods to the buyer, the buyer rejects paying the contract price, alleging that the goods are not of adequate quality. The seller cannot sell them to anyone else as they are custom-made. The seller (the plaintiff) sues the buyer (the defendant) to recover the amount under the contract. The dispute is brought before the court located in the economy's largest business city with jurisdiction over commercial cases worth 200% of income per capita or \$5,000, whichever is greater.⁹

The time indicator in the Doing Business project is used in this article to examine the efficiency of the 2017 reforms in the Iranian judicial system. In the following part, for analyzing the efficiency of this policy, Iran's performance in the time indicator before the reforms and the years after them is examined.

⁸ < <https://archive.doingbusiness.org/en/methodology/enforcing-contracts> > [accessed 26 April 2022].

⁹ < <https://archive.doingbusiness.org/en/methodology/enforcing-contracts> > [accessed 25 April 2022].

2.1. Iran's performance in comparison to best and worst performances

For analyzing the efficiency of the reforms in 2017 in Iran, the performance of this country is analyzed based on the time indicator of the Doing Business project. According to the data of this project, dispute resolution from the moment the plaintiff filed a lawsuit in court until the time of payment in 2016 was recorded in Iran at 505 working days. (World Bank Group 2016: 208) As stated by Doing Business reports, 505 days in the post-reform years, in 2018 (World Bank Group 2018: 167) and 2019 (World Bank Group 2019: 178), remained unchanged. As mentioned, in Iran, before adopting the regulations to reduce litigation delay, dispute resolution took 505 days from the filing stage to enforcement (World Bank Group 2016: 208). In 2016, according to the report, the best performance with 150 days was for Singapore (World Bank Group 2016: 208), while the worst performance with 1715 days for Guinea Bissau and Suriname (World Bank Group 2016: 208). Although, in 2017, regulations were adopted in Iran, one year after adopting these regulations, in 2018, the result in time indicator for Iran remained the same (505 days) (World Bank Group 2018: 167). In 2018, Singapore spent 164 days resolving the dispute with the best performance (World Bank Group 2018: 191). The worst performance in 2018 was recorded for Guinea Bissau, with 1785 days (World Bank Group 2018: 164). Two years after adopting regulations in Iran, in 2019, the data for the time indicator was still the same, i.e. 505 days (World Bank Group 219: 178). That year, Singapore, with the best performance, also took 164 days resolving the dispute (World Bank Group 219: 202). The worst performance in 2019 was again recorded for Guinea Bissau, with 1785 days (World Bank Group 219: 175).

Apart from Pareto efficiency, one of the main concepts of the law and economics scholarship, Kaldor-Hicks efficiency is the leading theory of my analysis in this paper to analyze the efficiency of the Iranian judicial system policy. The efficiency of Kaldor-Hicks raises the question whether this collective decision (in this article, a change in legal rules) creates sufficient gains to compensate for the losses from the change hypothetically with leftover gains (Trebilcock 1997: 130-132). In practical terms, the Kaldor-Hicks criterion requires a comparison of the gains and the losses from the policy change. As stated in the Kaldor-Hicks efficiency, the move is deemed efficient as long as the gains outweigh the losses (Parisi 2004: 267). In fact, this criterion entails that status is efficient if it is no longer possible to increase the total welfare of society (Paccès and Visscher 2011: 5). An economic analysis of change in regulations related to dispute resolution speed in Iran is also possible in the same way.

2.2. Comparison of total welfare before and after the reforms in Iran

In this article, to review the efficiency of the 2017 regulations, the total welfare one year before the adoption of these regulations and the total welfare two years after these reforms are reviewed and compared. As mentioned, in 2016 the litigants in Iran would have to spend 505 days for the studying case in the project from its filing to enforcement to be resolved (World Bank Group 2016: 208), while in 2016 the lawsuit under the study of the Doing Business project in Singapore could be settled in the shortest time and in 150 days (World Bank Group 2016: 231). Consequently, instead of 505 days for dispute resolution of the case with specific features considered in the Doing business project, it was possible that the case with the exact same features would have been settled in 150 days in 2016. In other words, the minimum possible time for the case settlement was 150 days, not 505 days. As the minimum possible time for dispute resolution was 150 days, the litigants in Iran spent an additional 355 days and waited 335 days more than the minimum possible time to resolve their dispute in 2016. In other words, the litigants lost 355 days. The number 355 as lost days is obtained from the deduction of 150 days, which is the best performance in 2016, from 505 days, Iran's performance in 2016. In the same way that losses were calculated in 2016, this year's gains can also be examined. Although in Iran, in 2016, a dispute was resolved in 505 days, the maximum time in 2016 was 1715 days. In other words, the same case was settled in 1715 days instead of 505 days, 1715 days drawn from the worst performance in time indicator in 2016. In this situation, the Iranian judicial system resolved the same dispute in 505 days. Hence the litigants saved 1210 days and made gains that year. As a result, in 2016, the total welfare gained for litigants in Iran was 855 days, obtained by deducting gains (1210 days) and losses (355 days).

After calculating the total welfare of the Iranian judicial system in 2016 in time indicator, this paper examines the total welfare of the years after enacting those regulations to reduce litigation delay. After these assessments, according to the Kaldor-Hicks criterion, it would be possible to compare the final welfare in each year to consider the conditions in which it is no longer possible to increase total welfare as efficient (Paccès and Visscher 2011: 5). There is no consensus regarding which measure for social welfare is the best. But most of the time, it is measured with money (Paccès and Visscher 2011: 6). But this does not mean that only financial interests can be included in the analysis. Therefore, it can be the final saving days that are not necessary to spend on dispute resolution (Paccès and Visscher 2011: 5-7).

In 2018 (World Bank Group 2018: 167) and in 2019 (World Bank Group 2019: 178), the litigants had to spend 505 days in the Iranian court for dispute

resolution, while the minimum possible time to settle a similar case in 2018 (World Bank Group 2018: 191) and 2019 (World Bank Group 2019: 202) was 164 days. Consequently, instead of 505 days for dispute resolution of the case with specific features considered in the Doing business project, it was possible that the case with the exact same features would have been settled in 164 days in 2018 and 2019. In other words, the minimum possible time for the case settlement was 164 days, not 505 days. As the minimum possible time for dispute resolution was 164 days, the litigants in Iran spent an additional 341 days and waited 341 days more than the minimum possible time to resolve their dispute in 2018 and 2019. In other words, the litigants lost 341 days. The number 341 results from subtracting 164 days (the best performance in 2018 and 2019) from 505 days (Iran's performance in 2018 and 2019). Although in Iran in 2018 and 2019, a dispute was resolved in 505 days, according to Doing Business reports, the maximum time for dispute resolution in those years was 1785 days which was for Guinea Bissau (World Bank Group 2018: 164 and World Bank Group 2019: 175). In other words, the same case was settled in 1785 days instead of 505 days, 1785 days drawn from the worst performance in time indicator in 2018 and 2019. In this situation, the Iranian judicial system resolved the same dispute in 505 days. Hence the litigants saved 1280 days and made gains in those years. As a result, in 2018 and 2019, the total welfare for litigants in Iran was 939 days, obtained by deducting gains (1280 days) and losses (341 days).

From the analysis of these data, it can be concluded that the Iranian judicial system was not efficient in terms of dispute resolution in 2016 from Kaldor-Hicks's point of view because it changed to a situation with more total welfare in 2018. From Kaldor-Hicks's point of view, a situation is efficient in which it has not been possible to increase the total welfare any longer (Kaldor 1939: 549-552). The total number of days that the litigants saved in Iran for dispute resolution in 2016 were 855; in 2018, this number reached 939. Therefore, it shows that it was possible to increase the total welfare in 2016. Hence, the situation in 2016, compared to 2018, could have been more efficient. While, in 2018, after adopting new regulations, Iran was trying to reduce litigation delay by digitizing the judicial system, the total number of saved days reached 939 days, and the following year (2019) remained unchanged. It means that it was not possible to increase the total welfare in these two years. Therefore, these two years (2018 and 2019) were an efficient situation, and consequently, the regulatory reforms should be considered an efficient move.

According to Kaldor-Hicks's efficiency and based on World Bank data, the new policy in 2017 in order to reduce litigation delay by digitizing the judicial system was an efficient move. In the following section, I also use national data

to show that the system performed efficiently in dispute resolution in the first years after the reforms of the Iranian Judicial system.

3. The efficiency of 2017 Iran's policy based on national data

In 2013, Iranian Parliament approved the "Continuous Improvement of the Doing Business Environment" Act. Under Article 4, the chambers of Commerce, Industries, Mines, and Agriculture in Iran were required to compile and measure the national indicators of the doing business environment in Iran and announce them annually and quarterly in order to inform policymakers about the condition of the doing business environment. Doing business refers to any type of repetitive and legitimate economic activity, such as the production, buying, and selling of goods and services to obtain economic benefits, and the doing business environment is a set of factors that are effective in the administration or performance of production aspects that are beyond the control of their managers (Amini and Norouzi 2017: 75).

Quarterly reports of Iranian Parliament regarding doing business are presented with the approach of combining survey data with statistical data based on Schein's general theory. In these reports, the survey data obtained from the perception measurement of the state of the country's business environment components from almost 3000 economic activists of the three chambers sub-category, and using the method of Computer Assisted Web Interviewing (CAWI) and also Computer Assisted Telephone Interviewing (CATI) have been conducted. And the statistical data have been prepared from the official statistical sources of the country (Iranian Parliament Research Center).¹⁰

As the speed of resolving lawsuits has always been considered one of the primary indicators of the efficiency of the judicial system, especially in the direction of economic growth and ease of doing business, one of the indicators of the doing business environment designed by the chambers of Commerce, Industries, Mines, and Agriculture is the "Weakness of the Courts in Handling Lawsuits Efficiently and Without Litigation Delay". This index expresses the opinion of Iran's economic activists about the efficiency of the process of issuing judicial decisions and the speed of resolving disputes in Iran's courts (Amini and Norouzi 2017: 77).

The evaluation of this component in the period from 2016 to 2019 is presented in Table 1. In this evaluation, the number 10 indicates the worst situation, and the number 1 indicates the best condition.

¹⁰ Iranian Parliament Research Center, Iran's National Doing Business Environment Monitoring Plan < <https://chambertrust.ir/html> > [accessed 11 October 2022].

Table 1. Weakness of the Courts in Handling Lawsuits Without Litigation Delay¹¹

2016				2017			
Winter	Spring	Summer	Fall	Winter	Spring	Summer	Fall
7/11	7/21	6/89	7/23	6/75	6/90	7/50	6/90
2018				2019			
Winter	Spring	Summer	Fall	Winter	Spring	Summer	Fall
6/38	6/22	6/49	6/50	6/34	6/85	6/67	6/52

These data show that the performance of Iran's courts during these four years (2016, 2017, 2018 and 2019) in terms of resolving disputes on time and without delay is lower than the average (five). The general score of less than average demonstrates that, in general, and during these years, the performance of the Iranian judicial system was far from the most efficient situation. However, these results also show that this index's status has improved after 2017 compared to 2016. This improvement in handling lawsuits in Iranian courts is also in terms of time after the reforms in 2017, with the aim of digitizing Iran's judicial system.

Based on the national data of the research, in 2018 and 2019, compared to the year when the reforms in Iran were introduced (2017) and also the year before the reforms (2016), this index is closer to the average, which means that the courts handled lawsuits more efficiently and with less litigation delay in comparison with the years 2017 and 2016 (Baqeri and Barzegar 2021: 4).

This improvement in 2018 and 2019 is consistent with the result of the international data analysis of this research. Based on World Bank data, the reforms in 2017, with the nature of digitalizing the Iranian judicial system, have been considered an efficient move to reduce litigation delay as the two years after the reforms proved that the Iranian judicial system found itself in a more efficient situation. According to Iranian Parliament reports as the national data in this paper, economic activists also considered dispute resolution in 2018 and 2019 more efficient than dispute resolution in 2017 and 2016 because the status of this index approached the best score (one) (Nosrat Abadi 2020: 130).

Although the reforms with the nature of digitalizing the judicial system based on national and international data have been considered an efficient move to reduce litigation delay, in the following section, from the economic analysis perspective, I argue that this kind of solution overcomes litigation delay temporarily. In the following section, I also show the ways to overcome litigation delay with long-term results.

¹¹ Iranian Parliament Research Center, Iran's National Doing Business Environment Monitoring Plan, < <https://chambertrust.ir/.html> > [accessed 11 October 2022].

4. Ways to overcome litigation delay with Long-term results

Litigation delay, as one of the concerns in the discussion of law reform in almost every legal system worldwide, has two main reasons from the economic analysis perspective. The first reason is that the litigants may be incentivized to delay the proceedings and prefer to postpone the dispute resolution as much as possible. This reason will be explained in the upcoming part of the paper. Secondly, the delay may be due to the number of filings in the judicial system (Miller 1995: 111). For this problem, which is common in almost every legal system, there are solutions, as well. For instance, as mentioned in previous sections of this paper, Iran preferred to digitize the legal system in 2017 to help with dispute settlement. Despite the efforts of legal systems to reduce court congestion, some remedies are effective but may only temporarily reduce delays in courts. The solutions with temporary effects include increasing the number of judges, building more courts, and digitizing the judicial system (Miller 1995: 110).

These solutions have short-term effects as dispute resolution speeds up following these reforms, more cases will be settled, and plaintiffs will get their claims sooner. Therefore, as lawsuits conclude sooner and people do not need to wait long to resolve their disputes, they will be encouraged to file more lawsuits and even cases they had preferred not to file before due to the court delays (Eftekhari Jahromi 2018: 55-57). In this situation, although dispute resolution speeds up and litigation delays become reduced immediately after applying some kinds of solutions, more cases will be filed and cause court congestion again. The massive number of lawsuits that enter the judiciary will destroy the effect of the initial reforms to reduce litigation delays (Miller 1995: 110). Finally, we conclude that Iran's reforms to reduce delays in the courts were an efficient move; however, they bring temporary effects and are not of lasting nature. Therefore, I propose two solutions in the following part to achieve more permanent results.

4.1. Changing prejudgment interest rates

Prejudgment interest, which affects both incentives of the dispute parties in delaying the dispute resolution and the volume of cases, is defined as an interest that a court considers compensating a plaintiff who receives monetary damages prior to trial (Palmer 2002: 705). By determining prejudgment interest by law, the defendants find that they are obliged to pay the interest in the form of damages from the date of filing the lawsuit. Thus, they are unwilling to use methods that slow down the proceedings as they must pay more interest.

Examples of those methods that increase the litigation delay are changing the address, not attending the hearing, and not giving the correct needed information about the dispute (Abhari, and Talaie 2016: 20-25). In this case, we face a reduction in proceedings delays due to a decrease in the defendant's incentives to use methods that slow down the proceedings. Although determining this interest makes the defendant not try to delay the dispute resolution; on the other hand, the prejudgment interest encourages people to file more lawsuits as they can get the prejudgment interest in addition to their claim. Consequently, cases will increase and litigation delays are likely to emerge again (Eftekhar Jahromi 2018: 56-60). Thus, an unbalanced exchange occurs between reducing delays and increasing the number of cases.

For achieving a favorable balance, the prejudgment interest should be considered equal to or lower than the prevailing market profit rate. If the prejudgment interest is lower than the market profit rate, the effect is almost the same as omitting the prejudgment interest benefit situation in the judiciary. For example, if the Prejudgment Interest rate is 5% and the profit rate is 7%, the defendants still have the incentive to delay the proceedings, but their motivation is undoubtedly lower than when no prejudgment interest is determined. However, suppose the prejudgment interest is higher than the profit rate. In that case, prejudgment interest amounts to 10%, while the profit rate is 7%. Then, the defendant tends to move the case quickly in order not to pay more prejudgment interest, and the plaintiff prefers the case to be delayed to get more money (Eftekhar Jahromi 2018: 56-62). In addition, another problem with higher prejudgment interest rates than profit rates is the incentive that these high-interest rates create and encourage people to file more cases in courts to earn more money due to the higher prejudgment interest. To prevent the effects mentioned above (the motivation of the plaintiffs to delay the proceedings and increase the volume of cases), it seems that the amount of judgment interest should be equal to or less than the market profit rate (Barondez 2004: 8-9).

In conclusion, in addition to digitizing the judicial system in Iran, it is suggested that a method be used that consistently reduces court delays.

4.2. Rules facilitating peaceful settlement of disputes

Another way to constantly reduce litigation delays is through rules and regulations that facilitate peaceful settlement of disputes (Priest and Klein 1984: 54-55). One of the most fundamental issues in the economic analysis of proceedings is to consider that conciliation in litigation is not accidental, as litigation is mainly due to ambiguity and conciseness in rights and duties in

a legal system. Where the governing law is sufficiently clear and resolves the legal dispute predictably and explicitly, it is unlikely that a case will be referred to court. Therefore, amending the rules and making them understandable helps reduce court disputes (Priest and Klein 1984: 1-2). In addition, the legal system should always encourage people to resolve disputes peacefully to reduce the volume of cases in court. In general, three main methods have been proposed to encourage people to take advantage of a peaceful settlement, including Alternative Dispute Resolution (ADR), Offer of Judgment Rule, and Settlement Escrow (Razi and Zahedi 2018: 13-17).

Alternative dispute resolution methods refer to all methods in which disputes are resolved out of court. The most important alternative methods are Arbitration, Mediation, Conciliation, Negotiation, and Neutral Evaluation (Darvishi 2005: 37). Using the above methods in Iran often leads to a faster dispute resolution than by court proceedings, as the congestion of cases is not observed in alternative dispute resolution methods. Moreover, Alternative Dispute Resolution has no specific formalities that slow down the dispute resolution process in Iran. Also, using experts in these methods, often without appeal, helps speed up dispute resolution (Farahvashi 2019: 12-15).

According to the Offer of Judgment Rule, if the compromise offer is presented in the form of an Offer of Judgment during the litigation and this offer is rejected by the addressee, if the final decision of the court has fewer benefits for the addressee than the offer, he/she is obliged to pay the costs incurred after the offer made by the proposer (Yoon, and Baker 2006: 155). In some respects, a method similar to the Offer of judgment rule is Settlement Escrow (Gertner and Miller 1995: 155). This offer is based on the understanding that the parties' attorneys often refuse to offer a reasonable compromise before litigation. If they do so, they may feel they are sending a sign of weakness to the other side. This fear and concern about sending signs of compromise in the case may cause the parties to start an unnecessary lawsuit. On the other hand, if they made their conciliation proposals without worrying about losing the opportunity to compromise during the trial, it was possible to avoid unnecessary lawsuits (Gertner and Miller 1995: 89).

Settlement Escrow allows the parties to confidently notify each other of their reasonable and conventional compromise proposals before filing a lawsuit. They do this by presenting their offer to settle the case with third party, often a judicial employee. The third-party must review the offers but refrain from disclosing the offered amount. Disclosure of this information to any authority, even the judge hearing the case, is strictly prohibited. The third-party must keep the compromise offer until the other party's proposal is received. If the responses sent by both parties reach third party, the latter discloses the offer,

ending the case with a compromise at the midpoint of both proposals. Before this time, both parties can pursue their case in court so that there is no compromise offer at all (Gertner and Miller 1995: 93).

Conclusion

Litigation delay is one of the principal concerns of every judicial system, including the Iranian judicial system. Scholars assume that besides other solutions, digitizing the Iranian judicial system is one of the main factors in reducing court delays. In this regard, in 2017, the Iranian legislature enacted regulations related to digitizing the judicial system to speed up a dispute resolution. In relation to this assumption that the digitized judicial system has a positive effect on reducing litigation delay, I argued that although the new policy in the Iranian judicial system is an efficient move, these kinds of reforms increase the speed of dispute resolution only in the short term and have the opposite effect in the long run. Based on my economic analysis of world bank data that featured as international data for the purpose of the study, these reforms have led to the total welfare of the judicial system, which is considered an efficient move. In line with the world bank data, examining the national data from the Iranian Parliament's quarterly reports demonstrated the judicial system's efficient performance in reducing the litigation delay after 2017, that is in 2018 and 2019.

However, according to the rational choice theory, individuals with the ease of filing lawsuits and reducing court delays are more and more encouraged to file lawsuits. In this case, the number of lawsuits increases, and entering more cases into the judicial system and the congestion will reduce the speed of dispute resolution again. In this way, I suggest two main ways to achieve long-term goals that reduce delays in the judicial system sustainably: (1) determining equal or lower prejudgment interest than the market profit rate and (2) enacting rules facilitating the peaceful settlement of disputes.

In this paper, I used the results of the Doing Business report to examine how many days it takes for a dispute to be resolved in Iranian courts. Then, based on the available data, I analyzed the performance of Iranian courts one year before the new regulations were implemented and two years afterwards. According to the economic analysis of the data and the Kaldor-Hicks criterion, I argued that the new regulations led to more total welfare in the years following the regulations implementation (2018 and 2019) than in one year before (2016). The welfare in this analysis is the number of days the litigants do not have to wait for their dispute result. I analyzed that the total welfare in 2016 was 855 days, but in 2018 and 2019, it was 939 days each. In other words, in

2016, the dispute parties in Iran were 855 days ahead of the maximum possible time to process a case; however, in 2018 and 2019, the litigants were in a better situation and were 939 days ahead of the maximum possible time for processing the same case. I, therefore, argued that the amended regulations put the Iranian judicial system in an efficient position compared to the previous situation in terms of the speed of proceedings.

Although I argued that Iran's judicial system has improved over the years following the new regulations, in Section 5 of this article, I analyzed using legal and economic methodology that this efficiency is not sustainable. I argued that although the nature of these new regulations, such as "Use of Computer or Telecommunication Systems" and "Establishment of Electronic Judicial Services Offices", makes the plaintiffs' litigation settle sooner, more people are encouraged to file more lawsuits. In this case, the massive number of lawsuits that enter the judiciary will destroy the effect of the initial reforms.

According to Law & Economics approach, I scrutinized that judicial systems need two main factors to achieve a sustainable and efficient situation: "Prejudgment Interest" and "Dispute Resolution Facilitation Rules". I defined Prejudgment Interest as interest that a court considers compensating the plaintiff who receives monetary damages before trial and also examined the effects of determining it in the judicial system. I analyzed that by determining the Prejudgment Interest, as the defendants find that they must pay the interest in the form of damages beginning with the date of filing the lawsuit, they are not motivated to use methods that slow down the proceedings. I argued that in this case dispute resolution speeds up, but by continuing this process, the judicial system faces the threat of an increase in delays in dispute resolution due to an increasing number of similar cases filed in courts. Thus, by determining Prejudgment Interest the value of cases increases for plaintiffs, so the number of cases filed grows, leading to court congestion again. To balance this situation, emphasizing rational choice theory, I suggested that judicial systems can discourage many people from filing court cases by determining the amount of Prejudgment Interest being equal to or less than the market profit ratio.

Moreover, in this article, I scrutinized another solution with a prolonged effect: adopting rules that facilitate peaceful dispute settlement. I argued that to reduce the number of cases and speed up the proceedings, a legal system should always encourage people to resolve disputes peacefully. In this regard, I proposed three main methods to encourage parties to a peaceful settlement which are "Alternative Dispute Resolution (ADR)", "Offer of Judgment Rule", and "Settlement Escrow". I also explained the essential alternative methods: Arbitration, Mediation, Conciliation, Negotiation, and Neutral Evaluation.

References

Legal acts

- Regulations on the Use of Computer or Telecommunication Systems (entered into force in 2017) available at < <https://dglu.ut.ac.ir/fa/page/2945/این‌ام‌اس-زا-اهداف‌ت‌س‌ا-م‌و-ح‌ن-م‌ان-ن‌ی‌ی‌ا> >
- Law of Sixth Five-Year Plan for Economic, Social and Cultural Development of Iran (entered into force in 2017) available at < <https://www.rrk.ir/Files/Laws/ن‌ون‌اق‌ی‌ا‌%20م‌ان‌ر‌ب‌%20ن‌ون‌اق‌ی‌ا‌%20م‌ش‌ش‌%20ع‌س‌و‌ت‌%20ع‌س‌و‌ت‌%20م‌ش‌ش> .pdf >
- The Executive Regulations for the Establishment of Electronic Judicial Services Offices and Their Center (entered into force in 2017) available at < <https://shenasname.ir/qaza/4566-dafater-ghazae> >

Bibliography

- Abhari, Hamid., and Morad Talaie. 2016. Legal and Jurisprudential Nature of Esar. *Comparative Law* 1: 9-33.
- Allah Yari Nik, Ahmad., and Mehdi Shabannia Mansour. 2020. The Effect of E-Judicial Offices on Reducing Delays in Proceedings: Case Study in The Metropolis of Tehran. *Journal of Legal Excellence* 8: 70-111.
- Amini, Alireza, and Somayeh Norouzi. 2017. A Look at Global Experiences in Improving the Business Environment through Reforming the Judicial System, Emphasizing the Component of Enforcement Contracts. *Financial and Economic Policies* 15: 71-88.
- Babaie, Iraj. 2007. Overview of Efficiency Developments in The Economic Literature. *Journal of Research in Law and Politics* 23: 1-20.
- Babaie, Iraj. 2007. Theoretical Foundations of The Legal Economic Analysis Approach. *Journal of Law and Policy Research* 23(9): 13-60.
- Baker, Tom, and Albert H. Yoon. 2006. Offer-of-Judgment Rules and Civil Litigation: An Empirical Study of Automobile Insurance Litigation in the East. *Vanderbilt Law Review* 1(59): 155-196.
- Baqeri, Mehdi, and Abdolreza Barzegar. 2021. Studying the Importance of Electronic Judicial Services Offices in Reducing Litigation Delay. *Sixth National Law Conference: Challenges of Judicial Management in the Judiciary*, 1-9.
- Barondes, Royce de R. 2004. Rejecting the Marie Antoinette Paradigm of Prejudgment Interest. *The University of Missouri School of Law Scholarship Repository* 1-27.
- Besley, Timothy. 2015. Law, Regulation, and the Business Climate: The Nature and Influence of the World Bank Doing Business Project. *The Journal of Economic Perspectives* 29(3): 99-120. www.proquest.com/scholarly-journals/law-regulation-business-climate-nature-influence/docview/1753561065/se-2, doi: <http://dx.doi.org/10.1257/jep.29.3.99>.
- Christensen, Robert K., and John Szmer. 2012. Examining the efficiency of the U.S. courts of appeals: Pathologies and prescriptions. *International Review of Law and Economics*. 1-8.
- Coase, Ronald. 1960. The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economics* 3: 1-44.
- Cooter, Robert, and Thomas Ulen. 2016. *Law & Economics*, Berkeley Law Books. http://www.econ.jku.at/t3/staff/winterebmer/teaching/law_economics/ss19/6th_edition.pdf

- Dadgar, Yadollah. 2017. An Overview of Efficiency Developments in The Economic Literature. *Journal of Law and Policy Research* 9(23): 100-128: 109.
- Dadgarnia, Abdulrahim. 2013. Specialized Courts: Ways to Reduce Litigation Delay. *Kanon* 1-13.
- Darabi, Iman, and Seyed Hesamoddin Rafieei Tabatabaeei. 2020. Investigating the Factors Affecting the Elimination of Judicial Delay and Judicial Development with a Case Study on Kermanshah Court in 2018. *Legal Civilization* 2(5): 46-65.
- Darvishi, Yoosof. 2005. Alternative Methods of Dispute Resolution. *Journal of Judgment* 32: 34-39.
- Ebrahimi, Zeynolabedin. 2000. Studying the Causes of Litigation Delay in Iran's Public Courts. *The Judiciary's Law Journal* 64(32): 168-173.
- Eftekhari Jahromi, Goudarz, and SeyedAli Khorasani. 2018. Studying the Principles and Rules of Commercial Litigation and Evaluating Its Efficiency from The Perspective of Economic Analysis of Law. *Comparative Law Studies* 8(1): 45-65.
- Farahvashi, Fahimeh. 2019. Alternative Methods for Dispute Settlement. *Judicial Reforms* 3: 1-15.
- Fenn, Paul, and Niel Rickman. 1999. Delay and Settlement in Litigation. *The Economic Journal* 109 (57): 476-491. <https://doi.org/10.1111/1468-0297.00458>.
- Gertner, Robert, and Geoffrey Miller. 1995. Settlement Escrows. *The Journal of Legal Studies* 1(24): 87-122.
- Ippoliti, Roberto, and G. Tria. 2020. Efficiency of Judicial Systems: Model Definition and Output Estimation. *Journal of Applied Economics* 23(1): 385-408.
- Jorjandi Moqadam, Reza. 2021. Pathology of Weak and Inefficient Judicial Management in the Prolongation of Proceedings, Under the Document of Judicial Transformation. *The sixth conference on the challenges of judicial management and proceedings in the judiciary*.
- Kaldor, Nicholas. 1939. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. *The Economic Journal* 49(195): 549-52. <https://doi.org/10.2307/2224835>.
- McCormack, Gerard. 2018. Why 'Doing Business' with the World Bank May Be Bad for You. *European Business Organization Law Review* 19: 649-676.
- Miller, Geoffrey. 1986. The Legal-Economic Analysis of Comparative Civil Procedure. *The American Journal of Comparative Law* 45 (4): 905-918.
- Mokhtarifard, Hossein. 2016. Legal Responsibilities of Judges and their Roles in Litigation Delay. *Pathology and Solutions. Jamia Al-Mustafa Al-Alamiya University – Faculty of Law and Islamic Studies* 1-50.
- Nosrat Abadi, Arab. 2016. Designing an Interpretative-Structural Model to Improve Iran's Business Environment with a Focus on the Legal Environment. *Organizational Resource Management Studies* 3: 125-146.
- Paccas, Alessio, and Louis Visscher. 2011. Methodology of Law and Economics. *Law and Method. Interdisciplinary Research into Law* 85-107. <https://ssrn.com/abstract=2259058>.
- Palmer, Dustin, 2002. Should Prejudgment Interest Be a Matter of Procedural or Substantive Law in Choice of Law Disputes? *The University of Chicago Law Review* 2(69): 705-728.
- Parisi, Francesco. 2004. Positive, Normative, and Functional Schools in Law and Economics. *European Journal of Law and Economics* 18: 259-272.

- Posner, Richard. 1983. Will the federal courts of appeals survive until 1984? An essay on delegation and specialization of the judicial function. *Southern California Law Review* 56: 761-791.
- Posner, Richard. 1996. *The Federal Courts: Challenge and Reform*, Harvard University Press.
- Priest, George, and Benjamin Klein. 1984. *The Selection of Disputes for Litigation*. *Journal of Legal Studies* 1(13): 1-55.
- Priest, George. 1989. Private Litigants and the Court Congestion Problem. *Boston University Law Review* 69(3): 527-559.
- Qamami, Mohammad Mehdi, and Omid Abdollahian. 2019. Transformation of the Judicial System with Emphasis on the Efficiency of the Proceedings. *Quarterly Journal of Judicial Law Perspectives* 24(85): 29-54.
- Rafei Tabatabaei, Seyed Hesamoddin. 2021. Reviewing the Actions of the Judiciary in Order to Improve the Proceedings and Its Effect on Reducing the Length of Proceedings. *Journal of Economic Jurisprudence* 1: 30-46.
- Razi, Aasad, and Abouzar Zahedi. 2018. Alternative or Non-Judicial Dispute Resolution Methods. *National Conference on Future Research Management* 1-22.
- Richman, William M., and William Reynolds. 1988. Appellate justice bureaucracy and scholarship. *University of Michigan Journal of Law Reform* 21(4): 623-646.
- Rosales-López, Virginia. 2008. Economics of court performance: an empirical analysis. *European Journal of Law and Economics* 25: 231-251.
- Roshan, Mohammad, and Hossein Dehghani Firoozabadi. 2015. Liability of Government in Litigation Delay. *Administrative Law* 3: 71-111.
- Safaie, Hossein. 2013. Litigation Delay in Civil Cases and Ways to Deal with It. *Farhangestan-e-olum* 1-3.
- Sarat, Austin. 1978. Understanding Trial: A Critique of Social Science Approaches. *Judicature* 61(7): 318-326.
- Sipes, Larry, 1985. *Reducing Delay in State Courts – a March Against Folly*. *Rutgers Law Review* 37(2): 299-318.
- Tayebi, Q. 2017. Analyzing the factors of litigation delay in the Iranian judicial system. National Conference on Criminal Responsibility Developments in Iran's Legal System. *Challenges and Solutions* 1-8.
- Theis, David. 16 September 2021. *World Bank Group to Discontinue Doing Business Report*, *The World Bank* www.worldbank.org/en/news/statement/2021/09/16/world-bank-group-to-discontinue-doing-business-report.
- Trebilcock, Michael. 1997. *An Introduction to Law and Economics*. *Monash University Law Review* 23(1): 123-124.
- Vaezi, Naser, Seyed Pedram Khandani, and Javad Khaleqian. 2020. Comparative Study of the Effect of Electronic Civil Proceedings on the Speed of Proceedings in Iranian and American Law. *Iranian Political Sociology Quarterly* 363-372.
- Varano, Vincenzo. 1997. Civil Procedure Reform in Italy. *The American Journal of Comparative Law* 45(4): 657-674. <https://doi.org/10.2307/841010>.
- World Bank Group 2016. 2016. *Doing Business 2016: Measuring Regulatory Quality and Efficiency* 1-338. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/22771> License: CC BY 3.0 IGO.

-
- World Bank Group 2018. 2018. *Doing Business 2018 Reforming to Create Jobs Comparing Business Regulation for Domestic Firms In 190 Economies*. 1-303. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/28608> License: CC BY 3.0 IGO.
- World Bank Group 2019, 2019. *Training for Reforms* 1-302. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/30438> License: CC BY 3.0 IGO.
- World Bank Group, 2020. *Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economies. International Bank for Reconstruction and Development* 1-135. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>.
- Zadeh Hosein Oliyayi, Zahra, and Ahmad Ahmadi. 2018. Electronic Proceedings in Iranian Law: Objectives, Basics, and Characteristics. *Private and Criminal Law Research* 117-136.
- Zywicki, Todd. 2008. Posner, Hayek & The Economic Analysis of Law. *Iowa Law Review* 93(2): 559-603. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=957177.

Volume 21, Issue 1
June 2023

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-01-30
accepted 2023-04-13



Access to justice regarding plans and programmes related to the environment – Polish law in the light of Article 9.3 of the Aarhus Convention¹

Dostęp do sądu w odniesieniu do planów i programów
mających wpływ na środowisko – regulacje polskie
w świetle artykułu 9.3 Konwencji z Aarhus

MAGDALENA BAR

Jendrośka Jerzmański Bar and Partners. Environmental Lawyers. magda.bar@jyb.com.pl

Citation: Bar, Magdalena. 2023. Access to justice regarding plans and programmes related to the environment – Polish law in the light of Article 9.3 of the Aarhus Convention. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(1): 33–50. DOI: 10.25167/osap.5005.

Abstract: Article 9.3 of the Aarhus Convention grants members of the public (meeting certain *requirements*, if a Party to the Convention so specifies) access to a review procedure (access to justice) to challenge *acts or omissions by private persons or public authorities that contravene provisions of its national law relating to the environment*. According to Article 2.4 of the Convention, non-governmental organisations should also be considered as “members of the public”.

According to the jurisprudence of the Aarhus Convention Compliance Committee, the activities of public authorities covered by the requirements of Article 9.3 of the Convention include adoption of plans and programmes which may have an impact on the environment. In accordance with Polish law (often following the requirements of EU law), administrative authorities adopt a whole range of plans and programmes relating to the environment or having an impact on the environment. These documents are developed either by regional or local authorities (self-governmental authorities or regional government administration) or at the central level.

¹ The issues discussed in this article were partially described in a legal analysis commissioned in 2019 by WWF Poland and published by this organization in January 2020 (Bar and Jendrośka 2020: 37-41)

Polish law provides very limited opportunities to challenge plans or programmes. With respect to documents created at the central level, there are no such possibilities at all, and with respect to documents created at lower levels, certain, limited, rights in this respect are granted only to private entities whose legal interest has been violated. The possibility for NGOs to challenge plans or programmes is completely excluded. Such a situation should be considered non-compliant with the Aarhus Convention.

Keywords: access to justice, Aarhus Convention, challenging of plans and programmes, environmental plans and programmes

Abstrakt: Artykuł 9.3 Konwencji z Aarhus nakazuje zapewnienie członkom społeczeństwa (spełniającym określone kryteria, jeśli dana Strona Konwencji takie określi) dostępu do procedury odwoławczej (dostępu do sądu) w celu kwestionowania działań lub zaniechań osób prywatnych lub władz publicznych naruszających postanowienia jej prawa krajowego w dziedzinie środowiska. Zgodnie z artykułem 2.4 Konwencji za członków społeczeństwa należy uznać także organizacje pozarządowe.

Zgodnie z orzecznictwem Komitetu ds. Przestrzegania Konwencji z Aarhus do działań władz publicznych objętych wymaganiami artykułu 9.3 Konwencji należą m.in. przyjmowane przez te organy plany i programy, których realizacja może mieć wpływ na środowisko.

Zgodnie z przepisami prawa polskiego (często w ślad za wymaganiami prawa unijnego) organy administracji opracowują cały szereg takich planów i programów. Dokumenty te opracowywane są albo przez władze regionalne lub lokalne (organy samorządowe lub administrację rządową w województwie), albo na szczeblu centralnym.

Tymczasem prawo polskie daje bardzo ograniczone możliwości zaskarżania planów lub programów. W odniesieniu do dokumentów tworzonych na szczeblu centralnym możliwości takich nie ma w ogóle, a w odniesieniu do dokumentów tworzonych na niższych szczeblach – pewne, ograniczone, uprawnienia w tym zakresie przysługują tylko podmiotom prywatnym, których interes prawny został naruszony. Całkowicie wykluczona jest możliwość zaskarżania planów lub programów przez organizacje pozarządowe.

Sytuację taką należy uznać za niezgodną z Konwencją z Aarhus.

Słowa kluczowe: prawo do sądu, konwencja z Aarhus, zaskarżanie planów i programów, plany i programy dotyczące środowiska.

1. Introduction

The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (the Aarhus Convention) was signed on 25 June 1998 in Aarhus, Denmark, during the 4th Pan-European Conference of Ministers of the Environment. It entered into force on 30 October 2001.

The Aarhus Convention stands on three “pillars”: access to information, participation in decision-making processes, access to justice, i.e. the ability of the public to enforce laws. The third pillar – on access to justice – addresses three issues:

- review procedures relating to access to information which backs the right to environmental information granted by Article 4 (Article 9.1),
- review procedures relating to access to public participation under Article 6 (and possibly other provisions) of the Convention (Article 9.2),
- review procedures for public review of acts and omissions of private persons or public authorities concerning national law relating to the environment which provides a mechanism for the public to enforce environmental law directly (Article 9.3) (Aarhus Implementation Guide 2014: 19, Jendroška and Squintani 2020: 6-7).

In Poland, the Convention was ratified on the basis of the Act of 21 June 2001 on Ratification of the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, by which the Parliament gave its consent to ratify the Convention.

The instrument of ratification was signed by the President of the Republic of Poland on 31 December 2001 and on 15 February 2002 the document was deposited with the Depositary of the Convention (the UN Secretary-General in New York). The text of the Convention was published in the Journal of Laws in May 2003 (Journal of Laws No. 78, item 706). From that moment on – in accordance with Article 91 of the Polish Constitution – it forms part of the national legal order and may directly be applicable.

The preparation for ratification of the Convention and the ratification itself imposed an obligation on Poland to adapt its law to the Convention's requirements.

This article seeks to demonstrate that the third aspect of access to justice identified above (Article 9.3) covers, inter alia, the access to justice in the case of plans and programmes relating to the environment, and to analyse how this requirement of the Convention has been implemented in Polish law.

2. Requirements of Article 9.3 of the Aarhus Convention

According to Article 9.3 of the Convention:

In addition, and without prejudice to the provisions relating to the review procedures referred to in paragraphs 1 and 2, each Party shall ensure that members of the public meeting the requirements, if any, laid down in its national law have access to an administrative or judicial procedure to challenge acts or omissions by private persons or public authorities that contravene provisions of its national law relating to the environment.

The jurisprudence of the Aarhus Convention Compliance Committee indicate that “activities” referred to in Article 9.3 of the Convention in-

clude, inter alia, adoption of plans and programmes which relate to the environment.²

In case ACCC/C/2005/11 (Belgium) the Committee discussed the issue of planning acts adopted by Belgian authorities (i.a., area plans by the Walloon Government in order to allow a landfill installation). In paras 29 and 31 of its findings in this case, the Committee stated:

29. When determining how to categorize a decision under the Convention, its label in the domestic law of a Party is not decisive. Rather, whether the decision should be challengeable under article 9, paragraph 2 or 3, is determined by the legal functions and effects of a decision, i.e. on whether it amounts to a permit to actually carry out the activity.

31. Based on the information received from the Party concerned and the Communicant, the Committee understands that decisions concerning area plans ("plan de secteur") do not have such legal functions or effects as to qualify as decisions on whether to permit a specific activity. Therefore, article 9, paragraph 3, is the correct provision to review Belgian law on access to justice with respect to area plans, as provided for in Walloon legislation.

Although the main issue discussed in this case were criteria for NGOs to have standing before the courts (the Committee found the criteria set by Belgian law too strict) and not the mere question whether plans and programmes are covered by Article 9 of the Convention, the paragraphs cited above confirm undoubtedly that documents such as spatial plans are considered as falling under Article 9.3.

Also in case ACCC/C/2011/58 (Bulgaria), the Committee discussed, i.a., "General Spatial Plans" and "Detailed Spatial Plans" adopted by Bulgarian authorities. In paras 64 and 65 of its findings the Committee confirm that these plans are covered by Article 9.3:

64. [...] the characteristics of the General Spatial Plans indicate that that these plans are binding administrative acts, which determine future development of the area. They are mandatory for the preparation of the Detailed Spatial Plans, and thus also binding, although indirectly, for the specific investment activities, which must comply with them. Moreover, they are subject to obligatory SEA and are related to the environment since they can influence the environment of the regulated area. Consequently, the General Spatial Plans have the legal nature of acts of administrative authorities which may contravene provisions of national law related to the environment and the Committee reviews access to justice in respect to these plans in the light of article 9, paragraph 3, of the Convention.

69. [...] the Committee considers Detailed Spatial Plans as acts of administrative authorities which may contravene provisions of national law related to the environment. In this respect, article 9, paragraph 3, of the Convention applies also for the review of the law and practice of the Party concerned on access to justice with respect to the Detailed Spatial Plans. It follows also that for Detailed Spatial Plans the standing criteria of national law must not effectively bar all or almost all members of the public, especially environmental organizations, from challenging them in court (cf. findings on communication ACCC/C/2005/11 Belgium).

² For more about the Aarhus Convention Compliance Committee and its activities: see Samvel 2020, Fasoli and McGlone 2018, Jendroška 2011, Koester 2007

The Guide to the Implementation of the Aarhus Convention, issued by the UNECE, also confirms that plans and programmes (such as spatial plans) are covered by Article 9.3 (Aarhus Implementation Guide: 197).

Article 9.3 of the Convention encompasses “activities” (including plans and programmes) “that contravene provisions of its national law relating to the environment.” This means that – in order to fall under this Article – a plan or programme (or rather its implementation) shall be capable of impacting the environment. As indicated in the Aarhus Implementation Guide:

national laws relating to the environment are neither limited to the information or public participation rights guaranteed by the Convention, nor to legislation where the environment is mentioned in the title or heading. Rather, the decisive issue is if the provision in question somehow relates to the environment. Thus, also acts and omissions that may contravene provisions on, among other things, city planning, environmental taxes, control of chemicals or wastes, exploitation of natural resources and pollution from ships are covered by paragraph 3, regardless of whether the provisions in question are found in planning laws, taxation laws or maritime laws. (Aarhus Implementation Guide: 197).

In the aforementioned case ACCC/C/2011/58 (Bulgaria), the Committee stated that the General Spatial Plans “are subject to obligatory SEA and are related to the environment since they can influence the environment of the regulated area” which was an argument for including them under the scope of Article 9.3 of the Convention.³

Recognition of plans and programmes as documents covered by Article 9.3 means that members of the public shall be able to challenge adopted plans and programmes. According to Article 2.4 of the Convention, the notion of “the public” encompasses not only “one or more natural or legal persons” but also non-governmental organizations (“...in accordance with national legislation or practice, their associations, organizations or groups”).

3. EU documents implementing Article 9.3 of the Aarhus Convention

At the European Union level, so far no binding legal instrument implementing Article 9.3 of the Convention has been adopted, despite several years of

³ Lack of access to justice regarding certain plans or programmes may violate also Article 9.2 of the Aarhus Convention. Namely, according to jurisprudence of CJEU, plans or programmes authorising activities requiring appropriate assessment under Article 6.3 of the Habitats Directive are envisaged in Article 6.1.b of the Aarhus Convention and therefore fall within the scope of Article 9.2 of the Convention (judgement in the case European Commission vs Poland, C-432/21, paragraphs 172-173; the judgement concerns forest management plans).

work on a draft directive to this effect, as the plan to adopt a relevant Directive was opposed by some Member States.

In order to feel the gap in EU legislation, the European Commission issued a “Commission Notice on Access to Environmental Justice” which provides some guidance on access to environmental justice.

The Notice indicates in paragraph 96 that, in accordance with Article 9.3 of the Aarhus Convention, members of the public referred to in that article shall have the right to challenge plans and programmes relating to the environment. This view – with regard to air quality plans – was also expressed by the Court of Justice in Case C-237/07 (Janecek) (Bar and Jendroška: 21).

In 2020, the Commission issued another Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions entitled ‘Improving access to justice in environmental matters in the EU and its Member States’. The Communication stresses in paragraph 23 that the Aarhus Convention, is an integral part of the EU’s legal order and is binding on the Member States. It further indicates that in the absence of EU rules governing access to justice in environmental matters, “it is for the domestic legal system of each Member State to lay down the detailed procedural rules governing actions for safeguarding rights which individuals derive from EU law, [...] since the Member States are responsible for ensuring that those rights are effectively protected in each case” (Case C-240/09 *Lesoochránárske zoskupenie*, para 47-48). In particular, Article 9.3 of the Convention and Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, read together, impose on “Member States an obligation to ensure effective judicial protection of the rights conferred by EU law, in particular the provisions of environmental law” (case C-664/15 *Protect*, para. 45; case C-243/15, *Lesoochránárske zoskupenie*, paras 50 and 73).

The statement of paragraph 23 of the 2020 Communication is based on the fact that the Aarhus Convention is a mixed agreement which – according to Article 216(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union – means that the Convention constitutes part of EU law. This includes the parts of the Convention which have not been implemented by means of specific EU acts, such as in the case of Article 9.3. Therefore, Member States which are also Parties to the Conventions (and all the Member States are Parties) have a “double” obligation to observe the Aarhus Convention, based both on international law and on EU law. In the latter case, the Aarhus Convention benefits on the principle of supremacy of EU law.

4. Situation in Poland

4.1. Introduction

In Poland, plans and programmes may be adopted by:

- self-governmental authorities (at municipal, district or regional level),
- governmental administration at regional level,
- authorities at the central level (e.g. Ministers, Council of Ministers etc.).

Numerous plans adopted by administration may be regarded as “related to the environment”. These plans are, inter alia:

- air quality plans adopted according to Article 91 of the Environmental Protection Law Act (EPLA) of 27 April 2001 and short-term action plans adopted according to Article 92 of EPLA (as required, accordingly, by Article 23 and Article 24 of the Directive 2008/50/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on ambient air quality and cleaner air for Europe);

- action plans regarding noise management adopted according to Article 119 of EPLA (as required by Article 8 of the Directive 2002/49/EC of the European Parliament and of the Council of 25 June 2002 relating to the assessment and management of environmental noise);

- waste management plans adopted according to Article 34 of the Act of 14 December 2012 on waste (as required by Article 88 of the Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on waste and repealing certain Directives);

- local spatial plans and regional spatial plans adopted according to Act on 27 March 2003 on spatial planning and development (Article 14 and Article 38 accordingly);

- forest management plans adopted according to Article 18 of the Forest Act of 28 September 1991;

- hunting plans adopted according to Article 8 of the Hunting Law Act;

- water maintenance plans adopted according to Article 327 of the Act of 20 July 2017 – Water Law;

- river basin management plans adopted according to Articles 315-324 of the Water Law (as required by Article 13 of the Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy);

- flood risk management plans adopted according to Articles 172-173 of the Water Law (as required by Chapter IV of the Directive 2007/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on the assessment and management of flood risks);

- drought management plans adopted according to Articles 184-185 of the Water Law Act;

- plans of protection measures of Natura 2000 area adopted according to Article 28 of the Act of 16 April 2004 on Nature Protection and a Natura 2000 area protection plans adopted according to Article 29 of the Act on Nature Protection (both types of the aforementioned plans fall under the category of “necessary conservation measures involving [...] appropriate management plans” as referred to by Article 6.1 of the Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora);
- national parks protection plans adopted according to Articles 18-20 of the Act on Nature Protection;
- nature reserves protection plans adopted according to Articles 18-20 of the Act on Nature Protection;
- landscape parks protection plans adopted according to Articles 18-20 of the Act on Nature Protection.

The majority of above listed documents concern the environment directly, i.e. are adopted on the basis of environmental Acts which means that both their content and the procedure of its adoption may violate environmental law. Spatial development plans, although not typically “environmental”, shall be regarded as covered by Article 9.3 too, as their provisions must not violate the environmental law requirements such as nature protection laws or water laws and, moreover, land development has an impact on the environment – thus these plans may violate environmental law, too (also the aforementioned findings of the Compliance Committee in cases ACCC/C/2005/11 and ACCC/C/2011/58 confirm that spatial plans are covered by Article 9.3).

Therefore, all these plans or programmes shall be regarded as “related to the environment” and able to “contravene provisions of [...] law relating to the environment” and therefore subject to Article 9.3 of the Aarhus Convention.

4.2. Access to justice regarding plans and programmes adopted at a regional or lower level

4.2.1. General remarks

The legal basis for challenging strategic documents adopted at a regional or lower level can be found in the Acts regulating the three tiers of self-governmental authorities and in the Act on governmental administration in the region, namely:

- for plans and programmes to be adopted by various levels of self-governmental authorities:
 - Act of 8 March 1990 on Municipal Self-Government (Article 101.1),
 - Act of 5 June 1998 on District Self-Government (Article 87.1),

- Act of 5 June 1998 on Regional Self-Government (Article 90.1).
- for plans and programmes to be adopted by governmental authorities:
 - Act of 23 January 2009 on the Voivod and the Governmental Administration in the Voivodship (Article 63.1).

With regard to plans and programmes, the circle of persons entitled to lodge a complaint with the administrative court is precisely defined by the four aforementioned laws which constitute in this respect *leges speciales* in relation to the general provisions of the Act of 30 August 2002 – Law on proceedings before administrative courts (Woś, Knysiak-Molczyk, and Romańska 2005: 214-215; Dauter, Gruszczyński, Kabat, and Niezgódka-Medek 2009: 164-165).

All four of the aforementioned Acts grant standing to persons whose “legal interest or right has been infringed” by the adopted plan or programme. None of these Acts – nor any other provision of law – grant the right to challenge plans or programmes to non-governmental organisations acting in public interest.

4.2.2. Limited access to justice for members of the public other than NGOs

As indicated above (and as described in Bar and Jendrońska 2020: 40-41), the Act on Municipal Self-Government and the Act on District Self-Government stipulate that a strategical document adopted by administration may be challenged by persons whose legal interest or right has been infringed by that document; these persons may file a claim to the administrative court (Article 101.1 of the Act on Communal Self-Government; Article 87.1 of the Act on Poviát Self-Government).

The Act on Regional Self-Government allows for challenging only plans and programmes having the status of a “local law” and grants the right to challenge them to the persons whose legal interest or right has been infringed by the provision of the local law (Article 90.1 of the Act on Regional Self-Government).

Also Article 63.1 of the Act on the Voivod and the Governmental Administration in the Voivodship allows for challenging plans and programmes having the status of a “local law” and grants the right to challenge these plans to the persons whose legal interest or right has been infringed by the provision of the local law (thus the circle of persons entitled is set exactly the same as in the above cited Acts on self-governmental authorities).

The above cited four Acts (on various self-government authorities and on governmental authorities) grant the access to justice to persons whose legal interest is not just “involved” in the case, but the person has to prove that their legal interest or right has been infringed (the mere threat or possibility of infringement is insufficient).

This is a more far-reaching requirement than the one concerning the recognition as a party in the proceedings on individual administrative decisions, where – in accordance with Article 28 of the Code of Administrative Procedure – in order to be recognised as a party it is sufficient that the proceedings concern a person’s legal interest (it does not have to be violated).

In a number of verdicts, the administrative courts confirmed the above described narrow understanding of standing to challenge plans or programmes and presented a narrow interpretation of the infringement of the legal interest or right.

For example, in the verdict of 17 October 2017, the Supreme Administrative Court held: “the right to challenge the local spatial plan is not granted to the person having a legal interest in the case, but to the person whose legal interest has been infringed by the contested plan; the infringement of the legal interest of the complainant must be direct, individual, objective and real, and the complainant must demonstrate a link between the contested resolution and its individual legal position” (II OSK 2559/16).

In the verdict of 30 March 2017, the Supreme Administrative Court held: “Article 101(1) of the Act on Communal Self-Government allows for effective appeals against a resolution of the Commune Council by the person whose legal interest has been violated. Simply having a legal interest is not sufficient to effectively challenge a resolution. Only after it has been established that the conditions of Article 101(1) of the Act have been fulfilled, the complainant may be examined on its merits (II OSK 1941/15).

In the verdict of 14 April 2011, the Supreme Administrative Court held: “Article 87(1) of the Act on Poviats Self-Government cannot be interpreted in a broad way by deriving a breach of a legal interest from general values or principles of law” (I OSK 5/11).

Similar views have been expressed in other verdicts and decision of the Supreme Administrative Court, e.g.: verdict of 14 November 2017 (II OSK 457/16), verdict of 20 June 2017 (II OSK 2648/15), verdict of 31 May 2017 (II OSK 2298/15), verdict of 20 April 2017 (II OSK 1912/15), verdict of 7 March 2017 (II OSK 1679/15), verdict of 7 March 2017 (II OSK 1587/15), verdict of 10 February 2017 (II OSK 1344/15), verdict of 5 November 2014 (II OSK 977/13), verdict of 25 March 2014 (II OSK 355/14), verdict of 28 June 2007 (II OSK 1596/06).

Following the interpretations of the Supreme Administrative Court, the Regional Administrative Courts apply the same approach.

As mentioned above, the circle of persons entitled to challenge a plan or programme is narrower than in the case of individual decisions issued on the basis of the Code of Administrative Procedure where the mere “involvement” of a person’s legal interest is considered sufficient (there is no need to prove

the infringement of this interest). This view was confirmed by the Supreme Administrative Court in the verdict of 22 February 2017: “In contrast to proceedings carried out under CAP, where everyone whose legal interest is concerned is considered ‘a party to the proceedings’, in proceedings under Article 101 of the Act on Communal Self-Government only the person whose legal interest or right has been infringed may be a party” (II OSK 1497/15).

The same view was presented by the Court in the verdict of 20 November 2014 (I OSK 1747/14) and in the decision of 8 October 2013 (II OZ 787/13).

In addition, it should be noted that ‘legal interest’ is understood in Poland in any case rather narrowly, as it is reduced to the protection of ownership or other rights in rem to the property that will be affected by the implementation of the plan or programme (Eliantonio, Backes, Rhee, Spronken, and Berlee 2013: 67). In contrast, for example, a person whose health may be affected is not considered to have a legal interest in the case (unless they are also the owner or perpetual usufructuary of the property). Meanwhile, in judgement C-237/07 (Janecek), the Court of Justice ruled that a person whose health may be affected by an air quality plan that has been incorrectly prepared – or not prepared at all – should be able to bring an action before the court (the case concerned the failure of the competent authorities to prepare adequate air quality plans in Munich). Although the Aarhus Convention was not referred to by the Court in this judgment, it should nevertheless be taken into account when determining the circle of persons who should be entitled to challenge a plan or programme before the courts.

As presented above, Poland applies very strict criteria for standing of private persons. As plans or programs normally provide for a description of future, planned activities it is quite hard to prove that their provisions infringe someone’s rights (except perhaps for the local spatial plan which may introduce specific limitations in and conditions of land use).

Such a strict approach to standing of private persons should be regarded as violating Article 9.3 of the Convention. Although this Article allows establishing of criteria for members of the public to have access to justice, the criteria cannot be so strict that they effectively bar all or almost all members of the public from challenging acts or omissions under Article 9.3 of the Convention (this view was presented by the Aarhus Convention Compliance Committee in its findings in case ACCC/C/2006/18, Denmark).

4.2.3. Lack of access to justice for NGOs

As indicated above, no provision in the Polish law grants NGOs a standing to challenge a plan or programme – unless an NGO has its own legal

interest infringed, which would mean it acted as a private entity and not in public interest.

The lack of NGOs' standing in case of strategical documents is confirmed by the jurisprudence. In the verdict of 15 February 2017 the Supreme Administrative Court held:

An entity filing a complaint with an administrative court against a resolution of the Commune Council on a local spatial development plan should prove that the resolution infringes its legal interest, which results from the material law, and most often from the ownership right to the real property. If, for example, an association has not proved such an infringement, and in particular has not shown that it holds a legal title to the property covered by the planning resolution, the fact that the association deals, according to its by-laws, with 'shaping planning policy' and 'the protection of the urban order' does not mean that it has a legal interest in bringing an action against the resolution in question within the meaning of Article 101 of the on Act Communal Self-Government" (II OSK 1277/15).

Similarly, in the verdict of 21 March 2017, the Supreme Administrative Court held:

"Article 87 of the Act on Poviats Self-Government is designed to protect an individual's interest or right and not an objective legal order. It does not give rise to a complaint by social organisations in order to protect the public interest..." (II OSK 2865/15). The same view has been presented in the Supreme Administrative Court's decision of 23 January 2018 (II OSK 3218/17).

The Aarhus Compliance Committee held in its findings on communication ACCC/C/2005/11 (Belgium) that access to review procedures should be the presumption, not the exception. In the same findings, the Committee held that the Parties may not set such criteria for standing that may effectively bar all or almost all environmental organisations from challenging acts or omissions that contravene national law relating to the environment (Aarhus Implementation Guide 2014: 198).

As presented above, the issue in Poland is even deeper, as it is not about too strict criteria for NGOs to challenge plans or programmes, but there is no standing for them at all. The lack of the possibility of NGO to challenge environmentally relevant plans and programmes in public interest is undoubtedly a violation of Article 9.3 of the Aarhus Convention (Bar and Jendroška 2020: 39).

4.3. Access to justice regarding plans and programmes adopted at the central level

As indicated above, Article 9.3 covers "acts or omissions by public authorities which contravene provisions of its national law in the field of the environment".

One form of such government-run action is the adoption of generally applicable executive regulations issued by Ministers or by the Council of Ministers.

At the same time, however, Article 2.2 of the Convention, defining the concept of “public authority”, provides that “this definition does not include bodies or institutions to the extent that they are acting in a legislative capacity.”

This means that the obligation to provide access to the review procedure under Article 9.3 of the Convention does not apply to a document adopted in the course of the legislative activity of the authority concerned.

It is therefore necessary to decide whether, within the framework of “legislative capacity”, acts are created which, in accordance with Article 87 of the Constitution, are sources of universally binding law, i.e. regulations of the Council of Ministers or individual ministers.

The findings of the Aarhus Convention Compliance Committee interpreting Article 2.2 of the Convention do not provide clear and universal guidance as to what features of a document, or what features of the process of adoption of that document, determine that the adopting authority acted in “legislative capacity”.

While the Committee stated that the concept of “legislative” action should be interpreted strictly, the case in which this statement was made was concerned with the question of whether the Article 2(2) exception also covers the stage of preparation of draft legislation before it is transmitted to Parliament (ACCC/C/2014/120, Slovakia). It is therefore difficult to draw clear conclusions from these findings as to whether or not the exception in Article 2.2 of the Convention covers Polish executive regulations.⁴

Instead, the content of Article 8 of the Convention, as well as the Committee’s jurisprudence on Article 9.3 of the Convention, is helpful in resolving the above issue, first with regard to implementing regulations.

Article 8 deals with public participation in the preparation of certain types of legislation and reads: “Each Party shall endeavour to promote effective public participation, at the appropriate stage and when all options are still

⁴ In another case, the Committee assessed whether the UK Parliament, when adopting the so-called hybrid bills, i.e. acts authorising the implementation of specific major projects, was acting within “legislative capacity”. The Committee’s response was negative – it ruled that such acts, although adopted by parliament, were in fact in the nature of an individual authorisation of a project and not a legislative act (Case ACCC/C/2011/61, United Kingdom).

In contrast, in a case involving Hungary, the Committee found that the Hungarian Parliament, in adopting a resolution calling on the Hungarian Government to work towards authorising the expansion of a nuclear power plant and a subsequent resolution giving preliminary approval to the start of preparatory activities for the approval of that expansion, also failed to act as a legislative authority (Case ACCC/C/2014/105, Hungary).

open, in the preparation by public authorities of regulations and other generally applicable normative instruments that may have a significant effect on the environment. [...]”

Therefore, if it were to be assumed that Polish executive regulations are not subject to the Convention because the authorities drafting them are acting in a legislative capacity, Article 8 would make no sense. Consequently, maintaining the consistency of the Convention's provisions requires an interpretation that the aforementioned Polish acts will also be covered by the requirements of Article 9.3 of the Convention.

In addition, the Committee's jurisprudence on Article 9.3 of the Convention indicates that actions by authorities to enforce environmental law shall be challengeable under Article 9.3 (see findings in cases: ACCC/C/2004/6, Kazakhstan, para 30, ACCC/C/2006/18, Denmark, para 30 ACCC/C/2008/31, Germany, para 64).

In light of the above, it can be considered that the implementing regulations fall within the scope of the “executive nature” of the action as they are intended to implement the requirements of the laws under which they are issued.

The conclusion that implementing regulations are subject to the requirements of Article 9.3 of the Convention is not precluded by the fact that they are generally applicable legal acts. The Aarhus Convention Compliance Committee, in a case concerning Bulgaria, ruled on whether the provision of Article 9.3 should apply to a local development plan, which, under Bulgarian law, is a binding act – and ruled that it did (findings in case ACCC/C/2011/58, para. 64).

The interpretation presented above is also supported by the Polish version of Article 2.2 of the Convention, which refers only to ‘legislative’ (and not ‘law-making’) action, suggesting that the exception covers only laws adopted by parliament, but no longer other universally binding legal acts such as executive orders.

In conclusion, it must be considered that the above described documents, adopted under Polish law, having the character of generally applicable legislation do not fall under the exception in Article 2.2 of the Aarhus Convention. At the same time, as acts designed to give effect to the objectives of environmental laws, they are covered by the requirement in Article 9.3 of the Convention.

All the more, the documents adopted by resolution of the Council of Ministers are not covered by the exception provided in Article 2.2 of the Convention – insofar as they are intended to implement the environmental objectives of the Acts. Such resolutions – according to Article 93(1) of the

Constitution – “are of an internal nature and are binding only on organisational units subordinate to the body issuing these acts”.

Currently under Polish law neither executive regulations nor resolutions of the Council of Ministers are subject to a review procedure that could be initiated by members of the public – and it is hard to imagine an amendment to the legislation that would allow such acts to be subjected to the scrutiny of administrative or common courts.

However, it should be borne in mind that the requirement of Article 9.3 of the Convention can be fulfilled by providing access to an administrative or judicial review procedure. It is therefore not necessarily a right of access to a court as ensuring an administrative appeal procedure would also be sufficient to fulfil the requirement of Article 9.3. The solution concerning the administrative appeal procedure against acts adopted by the EU institutions was introduced in Title IV of the so-called Aarhus Regulation (Regulation No 1367/2006 of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community institutions and bodies – Articles 10 and 11 of that Regulation as amended). An analogous mechanism could therefore also be considered in Poland. How to adapt it to Polish conditions requires more discussion and consideration.

5. Proceedings before the Aarhus Convention Compliance Committee

The issue of access to justice regarding plans and programmes in Poland is currently the subject of three separate cases pending before the Aarhus Convention Compliance Committee: ACCC/C/2016/151, ACCC/C/2017/154, ACCC/C/2018/158. The first of these cases concerns air protection plans and certain other plans adopted by local authorities, the second case concerns forest management plans, and the third case covers a whole range of environmental plans adopted both by the three levels of local government and by regional government bodies as well as by the administration at the central level (covering not only forest management plans and air protection plans, but, among others, also plans in water management, plans for the protection of areas protected under the Nature Conservation Act, plans concerning waste management and a number of others).⁵

⁵ Documentation of all these cases is available on the Committee’s website: <https://www.unece.org/env/pp/cc/com.html>.

References

Legal acts and documents

- The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (the Aarhus Convention) signed on 25 June 1998 in Aarhus, Denmark (publication in Poland: Journal of Laws No. 78, item 706).
- Treaty on the Functioning of the European Union (Official Journal C 202, 7/06/2016 P. 0047-0388).
- Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora (Official Journal L 206, 22/07/1992 P. 0007-0050).
- Directive 2008/50/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on ambient air quality and cleaner air for Europe (OJ L 152, 11.6.2008, p. 1-44).
- Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy (OJ L 327, 22.12.2000, p. 1-73).
- Directive 2002/49/EC of the European Parliament and of the Council of 25 June 2002 relating to the assessment and management of environmental noise (OJ L 189, 18.7.2002, p. 12-25).
- Directive 2007/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on the assessment and management of flood risks (OJ L 288, 6.11.2007, p. 27-34).
- Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on waste and repealing certain Directives (OJ L 312, 22.11.2008, p. 3-30).
- Commission Notice on Access to Environmental Justice. Communication from the Commission of 28.4.2017; C(2017) 2616 final.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Improving access to justice in environmental matters in the EU and its Member States. Brussels, 14.10.2020 COM(2020) 643 final.
- Act of 14 June 1960 – Code of Administrative Procedure (Journal of Laws of 2022 item 2000 as amended).
- Act of 8 March 1990 on community self-government (Journal of Laws of 2023, item 40).
- Act of 28 September 1991 on forests (Journal of Laws of 2022 item 672 as amended).
- Act of 13 October 1995 – Hunting Law (Journal of Laws of 2022 item 1173 as amended).
- Act of 5 June 1998 on province self-government (Journal of Laws 2022, item 1526).
- Act of 5 June 1998 on regional self-government (Journal of Laws of 2022, item 2094).
- Act of 27 April 2001 – Environmental Protection Law (Journal of Laws of 2022 item 2556 as amended).
- Act on 27 March 2003 on spatial planning and development Journal of Laws of 2022 item 503 as amended).
- Act of 16 April 2004 on Nature Protection (Journal of Laws of 2022 item 916 as amended).

Act of 23 January 2009 on the governor and government administration in the region (Journal of Laws of 2022, item 135).

Act of 14 December 2012 on waste (Journal of Laws of 2022 item 699 as amended).

Act of 20 July 2017 – Water Law (Journal of Laws of 2022 item 2625 as amended).

Case law

The Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC/C/2004/6, Kazakhstan).

The Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC/C/2005/11, Belgium).

The Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC/C/2006/18, Denmark).

The Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC/C/2008/31, Germany).

The Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC/C/2011/58, Bulgaria).

The Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC/C/2011/61, United Kingdom).

The Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC/C/2014/105, Hungary).

The Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC/C/2014/120, Slovakia).

Janecek, the Court of Justice, judgement of 25 July 2008 (C-237/07).

Lesoochránárske zoskupenie, the Court of Justice, judgement of 8 March 2011 (C-240/09).

Lesoochránárske zoskupenie, the Court of Justice, judgement of 8 November 2016 (C-243/15).

Protect, the Court of Justice, judgement of 20 December 2017 (C-664/15).

European Commission vs Poland, the Court of Justice, judgement of 2 March 2023 (C-432/21).

The Supreme Administrative Court, verdict of 28 June 2007 (II OSK 1596/06).

The Supreme Administrative Court, verdict of 14 April 2011, the Supreme Administrative Court (I OSK 5/11).

The Supreme Administrative Court, decision of 8 October 2013 (II OZ 787/13).

The Supreme Administrative Court, verdict of 25 March 2014 (II OSK 355/14).

The Supreme Administrative Court, verdict of 5 November 2014 (II OSK 977/13).

The Supreme Administrative Court, verdict of 20 November 2014 (I OSK 1747/14).

The Supreme Administrative Court, verdict of 10 February 2017 (II OSK 1344/15).

The Supreme Administrative Court, verdict of 15 February 2017 (II OSK 1277/15).

The Supreme Administrative Court, verdict of 22 February 2017 (II OSK 1497/15).

The Supreme Administrative Court, verdict of 7 March 2017 (II OSK 1587/15).

The Supreme Administrative Court, verdict of 7 March 2017 (II OSK 1679/15).

The Supreme Administrative Court, verdict of 21 March 2017 (II OSK 2865/15).

The Supreme Administrative Court, verdict of 30 March 2017 (II OSK 1941/15).

The Supreme Administrative Court, verdict of 20 April 2017 (II GSK 1912/15).

The Supreme Administrative Court, verdict of 31 May 2017 (II OSK 2298/15).

The Supreme Administrative Court, verdict of 20 June 2017 (II OSK 2648/15).

The Supreme Administrative Court, verdict of 17 October 2017 (II OSK 2559/16).

The Supreme Administrative Court, verdict of 14 November 2017 (II OSK 457/16).

The Supreme Administrative Court, decision of 23 January 2018 (II OSK 3218/17).

Secondary sources

- Bar, Magdalena, and Jerzy Jendroška. 2020. *Analiza prawna dotycząca prawidłowości wdrożenia wymagań konwencji z Aarhus*. Raport Fundacji WWF Polska.
- Dauter, Bogusław, Bogusław Gruszczyński, Andrzej Kabat, and Małgorzata Niezgodka-Medek. 2009. *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*. Warszawa.
- Ebbeson, Jonas, Helmut Gaugitsch, Jerzy Jendroška, Stephen Stec, and Fiona Marshall. 2014. *The Aarhus Convention. An Implementation Guide*. United Nations. Geneva.
- Eliantonio, Mariolina, Chris W. Backes, Cornelis H. van Rhee, Taru N.B.M. Spronken, and Anna Berlee. 2013. *Standing up for Your Right(s) in Europe. A Comparative Study on Legal Standing (Locus Standi) before the EU and Member States' Courts*. Cambridge–Antwerp–Portland: Intersentia.
- Fasoli, Elena, and Alister McGlone. 2018. The Non-Compliance Mechanism Under the Aarhus Convention as ‘Soft’ Enforcement of International Environmental Law: Not So Soft After All! *Netherlands International Law Review* 65: 27-53. DOI: 10.1007/s40802-018-0102-0.
- Hauser, Roman, and Marek Wierzbowski (eds.). 2011. *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*. Warszawa.
- Jendroška, Jerzy. 2011. Aarhus Convention Compliance Committee: Origins, Status and Activities. *JEEPL* 8(4): 301-314.
- Jendroška, Jerzy. 2020. Access to Justice in the Aarhus Convention – Genesis, Legislative History and Overview of the Main Interpretation Dilemmas. *Journal for European Environmental & Planning Law* 17(4): 372-408.
- Jendroška, Jerzy, and Lorenzo Squintani. 2020. The Courts as Guardians of the Environment – New Developments in Access to Justice and Environmental Litigation, *Environment & Climate Change Law ICLG.com*.
- Koester, Veit. 2007. The Compliance Committee of the Aarhus Convention – An Overview of Procedures and Jurisprudence. *Environmental Policy & Law* 83: 83-96.
- Ryall, Áine. 2019. The Aarhus Convention: Standards for access to justice in environmental matters. *Environmental Rights: The Development of Standards*, (eds.) Stephen J. Turner, Dinah L. Shelton, Jona Razzaque, Owen McIntyre, James R. May, 116-146. DOI: 10.1017/9781108612500.006. Cambridge University Press.
- Samvel, Gor. 2020. Non-Judicial, Advisory, Yet Impactful? The Aarhus Convention Compliance Committee as a Gateway to Environmental Justice. *Transnational Environmental Law* 9(2): 211–38. DOI:10.1017/S2047102519000426.
- Woś, Tadeusz, Hanna Knysiak-Molczyk, and Marta Romańska. 2005. *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*. Warszawa.

Volume 21, Issue 1
June 2023

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-04-10
accepted 2023-05-10



Penal (financial) sanctions for non-payment of agreed amounts of tax obligations: nomocracy under martial law in Ukraine

Sankcje karne (finansowe) za niepłacenie uzgodnionych kwot
zobowiązań podatkowych: egzekwowanie prawa
w warunkach stanu wojennego na Ukrainie

ANNA BARIKOVA

National Academy of Internal Affairs of Ukraine
ORCID: 0000-0002-9707-0106, anna.barikova@gmail.com

Citation: Barikova, Anna. 2023. Penal (financial) sanctions for non-payment of agreed amounts of tax obligations. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(1): 51–62. DOI: 10.25167/osap.5090.

Abstract: The relevance of the research of applying penal (financial) sanctions for non-payment of agreed amounts of tax obligations has been determined by multifaceted and controversial relations that arise regarding tax and fee collection, competence of controlling bodies, powers and duties of their officials, responsibility for violations of tax legislation. The purpose of the article is to reveal the features of applying penal (financial) sanctions for non-payment of agreed amounts of tax obligations. Contemporary general philosophical, general scientific and specific scientific methods have been used. The procedure for bringing the payer to financial responsibility and fintech model when applying fines have been addressed. It has been adduced that the date from which the period during which a fine could be imposed is calculated is the date of payment of the agreed amount of the tax liability, and not the date on which the statutory payment period for the agreed monetary liability expires. The specificity of the date from which this period is calculated, has been dealt with in terms of the tax authority conducting a chamber audit on the timeliness of payment of the agreed tax (monetary) obligation, and the application of fines for late payment by the taxpayer of the agreed monetary liability is the date of actual payment of the agreed amount of the tax liability. The practical value of the results is that they could be

used to establish specific temporal limits for calculating the period during which a chamber check could be conducted on the timeliness for paying the agreed monetary obligations.

Keywords: monetary obligation, tax audits, tax debt, debt repayment, statute of limitations

Abstrakt: O celowości badań stosowania sankcji karnych (finansowych) za niepłacenie uzgodnionych kwot zobowiązań podatkowych przesądzają wieloaspektowe i kontrowersyjne relacje, jakie powstają w zakresie poboru podatków i opłat, kompetencji organów kontrolnych, uprawnień i obowiązków ich funkcjonariuszy, odpowiedzialności za naruszenia przepisów podatkowych. Celem artykułu jest ujawnienie cech stosowania sankcji karnych (finansowych) za niepłacenie uzgodnionych kwot zobowiązań podatkowych. Zastosowano współczesne metody ogólnofilozoficzne, ogólnonaukowe i szczegółowe. Omówiono procedurę pociągnięcia płatnika do odpowiedzialności finansowej oraz model fintech przy nakładaniu kar. Wskazano, że datą, od której liczy się termin, w którym można nałożyć karę pieniężną, jest data zapłaty umówionej kwoty zobowiązania podatkowego, a nie data, w której upływa ustawowy termin zapłaty umówionej kary pieniężnej. Przeanalizowano szczególne problemy pojawiające się w związku z datą, od której liczony jest ten termin, a związane z przeprowadzaną przez organ podatkowy kontrolą w zakresie terminowości zapłaty umówionego zobowiązania podatkowego (pieniężnego) oraz stosowania kar za zwłokę podatnika uzgodnionego zobowiązania pieniężnego. Praktyczna wartość uzyskanych wyników polega na tym, że mogą one posłużyć do ustalenia określonych limitów czasowych do obliczenia okresu, w którym można by przeprowadzić izbową kontrolę terminowości regulowania uzgodnionych zobowiązań pieniężnych.

Słowa kluczowe: zobowiązanie pieniężne, audyty podatkowe, dług podatkowy, spłata długu, przedawnienie

1. Introduction

Multifaceted and controversial are the relations that arise in the field of tax and fee collection, in particular, the comprehensive list of taxes and fees and the order of their administration, taxpayers and fees, their rights and obligations, the competence of controlling bodies, the powers and duties of their officials during tax control, as well as responsibility for acts of violation of tax legislation. These issues determine the relevance of research on the context of applying penal (financial) sanctions for non-payment of agreed amounts of tax obligations. The question arose as regards establishing the beginning of the limitation period, both in terms of the tax authority's in-house inspection on the timeliness of payment of the agreed tax (monetary) obligation, and the application of fines for late payment by the taxpayer of the agreed monetary obligation. The problematic issue is related to the manner in which the calculation of fines should be executed, taking into account the statute of limitations, as well as the starting point of such a period: whether it is the date of actual payment of the amount of the tax (monetary) obligation agreed upon

in previous years, or within the legally defined term regarding the last day of the deadline for submitting a tax declaration and/or the deadline for payment of monetary obligations.

Basically, it is about the methods of influence exerted by the tax administration in Ukraine. The system in which the tax authority imposes administrative financial sanctions for failure to pay tax on time or in the appropriate amount does not apply to Poland, because due to a separate criminal fiscal regulation, the tax authority acts in some cases as a financial criminal procedural authority. Within the limits of democracy under martial law in Ukraine, tax audits will be resumed in full beginning with 1 July 2023. Nevertheless, the tax and customs authorities in Ukraine are not law enforcement agencies, although they have some fiscal functions. The Bureau of Economic Security as a financial criminal procedural authority is in the process of reformation due to insufficient performance indicators. Thus, the tax authorities impose administrative financial sanctions for failure to pay taxes.

The contemporary doctrine presents the electronication of the financial responsibility area. The possibility of encoding regulation to make it processable automatically by computers has been gaining attention within the legal discipline. It is about 'automatically processable regulation' (Guitton, Tamò-Larrieux, and Mayer 2022: 267), including AI-based legal technology (Soukupová 2021: 279), regarding 'coherent', 'regulatory-instrumental' and 'technocratic' mind-sets of digitising legislation, underscoring the desirability of combining insights from all three mind-sets (Huggins et al. 2022: 325) via interoperability of various digital platforms (Fei 2023: 105786). We are moving from secrecy to transparency in the offensive sector (Anstis, Leonard, and Penney 2023: 105787). Both in times of peace and in times of war, the control of settlement transactions and the economic security of budgeting are important (Plaksienko 2018: 253).

Researchers draw attention to the fact that giving society a direction with respect to something as broad and ill-defined as 'innovation' indeed seems to fall within the core of politics (Ducuing 2022: 237). The search for generally acceptable agreements, mutual consideration of interests are more in demand than ever regarding world trade and economic relations, which in contemporary conditions are prone to unprecedented politicization. The values of free trade become hostages of trade wars and other forms of unfair competition. In particular, in recent decades, sanctions applied to certain countries began to play an increasingly important role in the system of international economic relations. Motives for the use of sanctions, including economic ones, may depend on many factors and pursue various goals, primarily political. In most cases, political goals are achieved through the use of economic sanctions. At the same time, the very category of sanctions and the mechanism of sanctions

in the field of international activity basically combine regulatory, political and economic components, which forms the interdisciplinary character of sanctions in a theoretical plan (Flissak 2019: 73).

Economic and legal research is focused on such a responsibility within the limits of nomocracy under martial law in Ukraine, which could be both administrative and financial (Nazar, and Prots, 2018: 50). The research studies confirm that non-application of fines indicates non-application of financial and legal responsibility itself. Exemption from the application of fines for violations of tax legislation committed during quarantine is a special basis for exemption from financial and legal responsibility. The moratorium on the application of fines for violations committed during quarantine does not apply in the case of inspections that are allowed during martial law (Koval 2022: 75).

The purpose of the article is to reveal the features of applying penal (financial) sanctions for non-payment of agreed amounts of tax obligations within the limits of nomocracy under martial law in Ukraine. The research tasks cover defining the date from which the period during which a fine could be imposed and the grounds for charging fines for violating the terms of payment of tax liabilities.

2. Materials and methods

The article uses contemporary general philosophical, general scientific and specific scientific instruments. The choice of the latter is based on a systematic approach, providing an opportunity to explore theoretical and practical issues of applying penal (financial) sanctions for non-payment of agreed amounts of tax obligations within the limits of nomocracy under martial law in Ukraine.

The information base of the research is the doctrine approaches, with the use of abstract, analytical methods of comparisons and analysis, generalizations of information and substantiation of conclusions (Savitska 2021: 137). The methodological component is related to the implementation of methodological guidance on budget implementation, monitoring of the development and implementation of sectoral recommendations prepared on the basis of procedural standards to eliminate the gap in the study of general methodological issues of responsibility and the determination of the specifics of responsibility in specific social relations (Nazar, and Prots 2018: 122).

The PRISMA research strategy (preferred reporting elements for systematic reviews and meta-analysis) has been conducted in order to find as much relevant research on the topic as possible and to use explicit methods to determine what can be said regarding the limits of nomocracy under martial law in Ukraine with confidence based on the studies (Varma et al. 2022: 1)

on the basis of innovative methods such as the Wavelet analysis considering the coherence approach and Markov chain as a switching autoregressive model (Santorsola, Caferra, and Morone 2022: 127791), method of factor analysis to construct comprehensive indexes of technological finance and financial stability before calculating green total factor productivity as the index of high-quality development, using the CRS Multiplicative Model (Shen, He, and Yan 2022: 1), as well as the bibliometric method to gather the knowledge base on financial technologies in an international context (Abad-Segura et al. 2020: 1). The dialectical general philosophical method has helped to reveal the essential dimension when applying penal (financial) sanctions for non-payment of agreed amounts of tax obligations within the limits of nomocracy under martial law in Ukraine.

The formal methods act as a determining tool for conducting the general research. Empirical general methods of observation, description and comparison of grounds for charging fines for violating the terms of payment of tax liabilities within the limits of nomocracy under martial law in Ukraine. General research methods of theoretical research (axiomatic, hypothetical-deductive, unity of the historical and logical, formalization) reveal the order of defining the date beginning with which the period during which a fine could be imposed is established. Methods of analysis and synthesis, induction and deduction, abstraction and generalization, analogy detail specific temporal limits for calculating the period during which a chamber check could be conducted on the timeliness for paying the agreed monetary obligations, with which the fact of payment of tax (monetary) obligations should also be connected. Analysis and synthesis help to find out the reasons that cause changes in the amount of state budget revenues. Abstract and logical methods are useful when making theoretical and methodical generalizations.

Specifically, research methods take into account a formal-legal and system-structural methods to characterize the dimension of applying penal (financial) sanctions for non-payment of agreed amounts of tax obligations within the limits of nomocracy under martial law in Ukraine. Economic and statistical methods are related to assessing the dynamics of the volume of tax revenues in the structure of state budget revenues.

3. Results and discussion

A tax liability is a monetary expression of the existing tax liability for a taxpayer within the limits of nomocracy under martial law in Ukraine (including a tax agent) to pay a certain tax, the occurrence of which, as well as the order and terms of payment of which, are determined by the norms of tax legislation. At the same time, the amount of the monetary liability includes

both the amount of the tax liability and the amount of the fine (financial) sanction, if the tax legislation provides for its payment. The taxpayer's obligation to pay a monetary liability is determined by the tax authority's finding that the taxpayer has violated the requirements of tax legislation. The consequence of establishing such a violation is the addition of the amounts of the corresponding tax liability and/or a fine (financial) sanction based on the decision of the tax authority. In order for the supervisory authority to be able to establish the duration of the delay in payment of the agreed monetary obligation and, as a result, to determine the amount of the fine that is subject to application to the taxpayer and depends on the number of days of delay in payment of the latter, such an obligation is to be actually paid.

3.1. The procedure for bringing the payer to financial responsibility

The legal fact with which the responsibility in the form of a fine is connected stands for the payment of the agreed amount of the monetary obligation with a delay, and the amount of responsibility depends exclusively on the period of the delay within the limits of nomocracy under martial law in Ukraine. The amount of the fine (financial) sanction is set as a percentage of the repaid amount of the tax debt, and therefore the amount of the fine for violation of the term of payment of the agreed sums of monetary obligations. It is calculated for the period from the day following the last day of the deadline for payment of monetary obligations to the day of the actual payment of the debt. The specificity of the penalty is that it is calculated by the controlling body on the paid agreed amount of the monetary obligation, depending on the number of days of delay.

Instalment payment is a form of settlement of the payer with the budget by changing the payment terms, which could also be used in the procedure of compulsory collection of tax debt. The court's decision on instalment payment of the tax debt is only a procedural decision, which determines the method of execution of the court decision on the collection of the tax debt. The issuance of such a decision does not change the status of such debt and does not refute the fact that the debtor has committed a tax offence in the form of non-payment of tax debt and such offence continues until the debt is repaid voluntarily or forcibly.

It is the budget that characterizes the level of economic development of the country within the limits of nomocracy under martial law in Ukraine, and thanks to the correct implementation of the budget process, including incomes from fines, economic and social stability and the appropriate standard of living of the population are ensured (Figure 1). The total amount of tax revenues

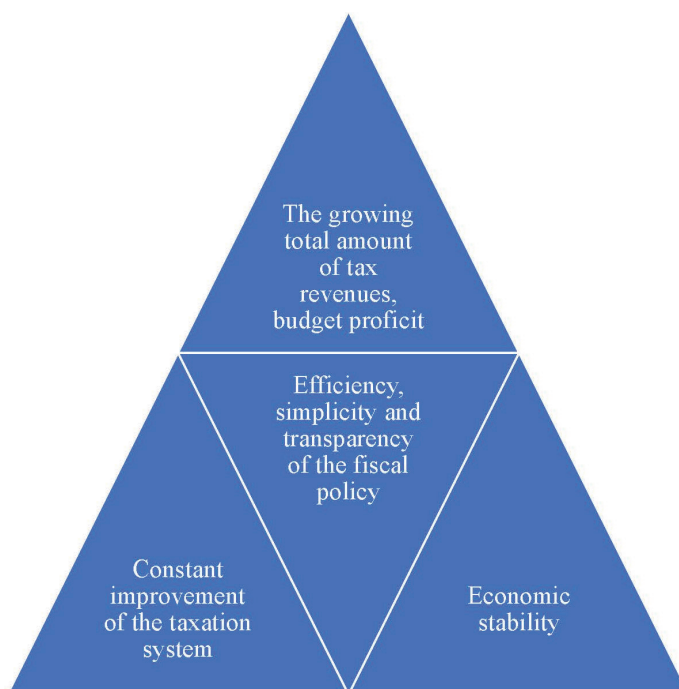


Fig. 1. The fiscal potential of fines

Source: developed by the author based on the results of doctrinal research (Savitska 2021: 142; Titenko, and Vorona 2021: 2).

of the consolidated budget is growing, but despite the absolute increase, their share in the budget is unstable. This shows that even if there is a constant improvement of the taxation system, the fiscal potential is unused due to tax benefits, tax evasion, deficiencies in administration, tax arrears (Savitska 2021: 142). The efficiency of the fiscal policy, its simplicity and transparency have a direct impact on the fullness of the country's budget. The budget deficit and economic instability in modern conditions serve as a driving force for revising the taxation policy for business entities (Titenko, and Vorona 2021: 2).

Chamber audit is one of the ways of implementing the control function of the tax authority within the limits of nomocracy under martial law in Ukraine, through which systematic control is carried out over the timeliness of accruals, the display of all information that affects the correctness of the taxpayer's declaration, as well as the timeliness of payment of agreed amounts of monetary obligations. The object of a camera inspection is only the data that is at the disposal of the tax authority, and any other data cannot be the subject of research by the tax authority. The purpose of the internal audit is to identify arithmetical and/or methodological errors in the submitted reports, other data of electronic administration systems, unified registers, or other information

that led to an understatement or overstatement of the tax liability or evidence of other registration violations that prove the composition of a tax offence.

Violation in connection with the late payment of tax obligations has the consequence of applying responsibility in the form of applying a fine. The application of punitive (financial) sanctions (fines) within the limits of nomocracy under martial law in Ukraine does not release taxpayers from the obligation to pay the appropriate amounts of taxes and fees to the budget, the control over the implementation of which is entrusted to the control bodies, as well as from the application of other measures to them. Penal (financial) sanctions (fines) for violation of the norms of laws on taxation or other legislation, the control of compliance of which is entrusted to the controlling bodies, are applied in the manner and in the amounts established by law. The application of punitive (financial) sanctions (fines) not provided for by law for violation of the norms of laws on taxation or other legislation, the monitoring of compliance of which is entrusted to the controlling bodies, is not allowed.

3.2. Fintech model when applying fines

In order to standardize terms of paying fines within the limits of nomocracy under martial law in Ukraine, it is important to provide a 'fintech model' related to sustainability, regulation, and obstacles. Fintech is the result of financial innovation development, which is supported by financial engineering. Financial innovation is driven by changes in customer demand, regulation, and, of course, emerging technologies (i.e., both the supply and demand push). The primary goal of financial innovation, both for fintech companies and traditional financial intermediaries and financial markets, is to reduce costs by being more efficient and effective and gaining a competitive advantage. The provision of new services or the updating of existing ones is, therefore, a constant activity for all financial participants. These activities are associated with various risks, such as regulatory, strategic, and operational risks, as well as environmental risks (Varma et al. 2022: 1-17), with an obvious negative shock effect on financial stability within a short period, but the effect gradually dwindles as time goes by (Shen, He, and Yan 2022: 1).

The decrease in revenues in the state budget is caused by a number of economic and political factors, which in turn lead to a decrease in the importance of revenues as a macroeconomic regulator in the country's economic system. COVID-19 highlights the possibility, or indeed the likelihood, of contagious disease events that will have tremendous negative impacts on global domestic demand. This is a game changer from financial markets neglecting to price the potentiality of horrific tail-risk events that would not be survivable anyway.

COVID-19 and others like it are globally damaging to the world economy to a rarely precedented extent. But they are survivable (Goodell 2020: 101512). Technological innovation and digitization have posed a challenge to the financial sector globally regarding financial, economic, technology transfer, investment, innovation, partnerships and institutions and commercial (Abad-Segura et al. 2020: 1).

Budget filling on the basis of fines within the limits of nomocracy under martial law in Ukraine is connected with the diffusion of internal power transition within states (Figure 2). The drift is moving towards more capital-intensive modes, with the likelihood that war will continue to have a significant impact on the state. The most important potential effect of projected technological change is transformation of the means of production, which could trigger huge economic and political turmoil (Chin, and Notes 2019: 765), shining light on the intensity of the geopolitical risk, while gold and bitcoin showcase their resilience to war-induced negative economic effects (Santorsola, Caferra, and Morone 2022: 127791).

Balanced budget planning of state budget revenues taking into account strategic development goals is important (Syrovetnyk 2020: 273), when determining the fiscal capacity (Queralt 2019: 713) in the context of economic transformations on the eve of the war and its results (Loishyn 2022: 56). A clear procedure for imposing fines, in terms of calculating the date of payment of the agreed amount of the tax liability within the limits of nomocracy under martial law in Ukraine, is established by law and has a legitimate aim to prevent tax evasion. Such a mechanism for bringing to responsibility is propor-

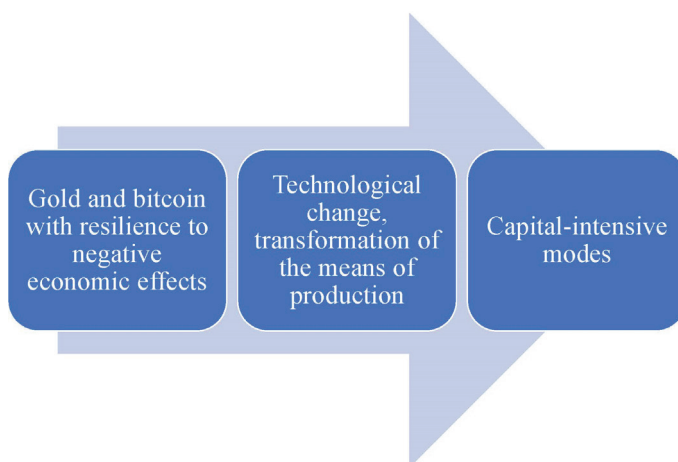


Fig. 2. Budget filling modes

Source: developed by the author based on the results of doctrinal research (Chin, and Notes 2019: 765-783; Santorsola, Caferra, and Morone 2022: 127791).

tional, since the budget is filled, and there are no those who evade taxation. Penalties are to be calculated taking into account the statute of limitations. The calculation of such a period is connected with the day of actual payment by the claimant of the amount of the tax (monetary) liability agreed upon in previous years, and not the last day of the deadline for submitting a tax return and/or the deadline set for payment of monetary obligations. In order to give a legal assessment to the arguments about the imposition of fines for the late payment of a monetary obligation beyond the statute of limitations, the date of the deadline for submitting the relevant tax declaration should also be established. The beginning of the countdown of the limitation period in the part of the chamber audit regarding the timeliness of payment of the tax (monetary) obligation occurs no later than the end of the last day that follows the last day of the deadline for payment of monetary obligations calculated by the controlling body.

Considering the fact that a mandatory condition for the application of a fine (financial) sanction to the taxpayer is the payment of a monetary obligation or the fact of repayment of a tax debt within the limits of nomocracy under martial law in Ukraine, then the counting of the statute of limitations for the application of a fine (financial) sanction for violation of the rules of payment (transfer) of the agreed amount of the monetary obligation begins on the day following the day of the actual payment of such monetary obligation sewing. Therefore, the date from which the period during which a fine might be imposed is calculated as the date of payment of the agreed amount of the tax liability, and not the date on which the statutory period for payment of the agreed monetary liability falls. The amount of the penalty for violation of the term of payment of agreed amounts of monetary obligations is calculated for the period from the day following the last day of the deadline for payment of monetary obligations to the day of the actual payment of the debt.

4. Conclusions

Consequently, the date from which the period during which a fine could be imposed within the limits of nomocracy under martial law in Ukraine is calculated is the date of payment of the agreed amount of the tax liability, and not the date on which the statutory payment period for the agreed monetary liability expires. The date from which this period is calculated, is determined in terms of the tax authority conducting a chamber audit on the timeliness of payment of the agreed tax (monetary) obligation, and the application of fines for late payment by the taxpayer of the agreed monetary liability is the date of actual payment of the agreed amount of the tax liability.

If the payer paid the amounts of tax liabilities within the limits of nomocracy under martial law in Ukraine on time and in full according to the schedules, then there are no grounds for charging fines for violating the terms of payment of tax liabilities. At the same time, after the entry into force of the court rulings on delaying the execution of court decisions on the collection of tax debt, the statutory payment terms of the relevant tax liability do not change, which does not lose the characteristics of a tax debt due to the change of the payment terms by the court and does not exclude the possibility of charging penalties under the condition of timely execution by the taxpayer of decisions on deferred payment.

Prospects for further research are related to the establishment of specific temporal limits for calculating the period during which a chamber check could be conducted on the timeliness for paying the agreed monetary obligations, with which the fact of payment of tax (monetary) obligations should also be connected in the comparative perspective of foreign legal systems.

References

Secondary sources

- Abad-Segura, Emilio, Mariana-Daniela González-Zamar, Eloy López-Meneses, and Esteban Vázquez-Cano. 2020. Financial technology: Review of trends, approaches and management. *Mathematics* 8: 1-37. DOI: 10.3390/math8060951.
- Anstis, Siena, Niamh Leonard, and Jonathon Penney. 2023. Moving from secrecy to transparency in the offensive cyber capabilities sector: The case of dual-use technologies exports. *Computer Law & Security Review* 48: 105787. DOI: 10.1016/j.clsr.2022.105787.
- Chin, Warren, and Author Notes. 2019. Technology, war and the state: past, present and future. *International Affairs* 95(4): 765-783. DOI: 10.1093/ia/iiz106.
- Ducuing, Charlotte. 2022. A legal principle of innovation? Need for an assessment against the principle of democracy. *Law, Innovation and Technology* 14(2): 237-266. DOI: 10.1080/17579961.2022.2113667.
- Fei, Lanfang. 2023. Regulation under administrative guidance: The case of China's forcing interoperability on digital platforms. *Computer Law & Security Review* 48: 105786. DOI: 10.1016/j.clsr.2022.105786.
- Flissak, Kostiantyn. 2019. Economic sanctions and the specificity of their positioning in contemporary international relations. *Actual Problems of Law* 1: 72-80.
- Goodell, John. 2020. COVID-19 and finance: Agendas for future research. *Finance Research Letters* 35: 101512. DOI: 10.1016/j.frl.2020.
- Guitton, Clement, Aurelia Tamò-Larrieux, and Simon Mayer. 2022. A typology of automatically processable regulation. *Law, Innovation and Technology* 14(2): 267-304. DOI: 10.1080/17579961.2022.2113668.

- Huggins, Anna, Mark Burdon, Alice Witt, and Nicolas Suzor. 2022. Digitising legislation: connecting regulatory mind-sets and constitutional values. *Law, Innovation and Technology* 14(2): 325-354. DOI: 10.1080/17579961.2022.2113670.
- Koval, Yuliia. 2022. Peculiarities of exemption from financial and legal responsibility for violation of tax legislation during quarantine. *New Ukrainian Law* 3: 75-82. DOI: 10.51989/NUL.2022.3.11.
- Loishyn, Anatolii. 2022. War loans as a source of financial support for military expenditures in the First World War in the context of economic transformations on the eve of the war and its results. *Journal of Scientific Papers: Social Development and Security* 12(3): 56-80. DOI: 10.33445/sds.2022.12.3.7.
- Nazar, Yurii, and Ivanna Prots. 2018. *Administrative and financial-legal responsibility for violations of budget legislation*. Lviv: Lviv State University of Internal Affairs.
- Plaksiienko, Valerii (ed.). 2018. *Scientific and applied issues of improving accounting, economic control and the taxation system*. Poltava.
- Queralt, Didac. 2019. War, international finance, and fiscal capacity in the long run. *International Organization* 73 (4): 713-753. DOI: 10.1017/S0020818319000250.
- Santorsola, Marco, Rocco Caferra, and Andrea Morone. 2022. The financial repercussions of military escalation. *Physica A: Statistical Mechanics and its Applications* 603: 127791. DOI: 10.1016/j.physa.2022.127791.
- Savitska, Svitlana. 2021. Analysis of tax revenues to the state budget of Ukraine. *Podilian Bulletin: Agriculture, Engineering, Economics* 34: 137-145. DOI: 10.37406/2706-9052-2021-1-15.
- Shen, Lu, Guohua He, and Huan Yan. 2022. Research on the impact of technological finance on financial stability: Based on the perspective of high-quality economic growth. *Complexity* 4: 1-15. DOI: 10.1155/2022/2552520.
- Soukupová, Jana. 2021. AI-based legal technology: A critical assessment of the current use of artificial intelligence in legal practice. *Masaryk University Journal of Law and Technology* 15(2): 279-300. DOI: 10.5817/MUJLT2021-2-6.
- Syrovetnyk, Oleksii. 2020. Revenues of the state budget: Economic content, peculiarities of formation and influence on the system of inter-budgetary relations. *Pryazovskiy Economic Herald* 1(18): 272-278. DOI: 10.32840/2522-4263/2020-1-47.
- Titenko, Zoia, and Angelina Vorona. 2021. Analysis of tax revenues in the budget revenue system of Ukraine. *Economy and Society* 33: 1-5. DOI: 10.32782/2524-0072/2021-33-58.
- Varma, Parminder, Shivinder Nijjer, Kiran Sood, Simon Grima, and Ramona Rupeika-Apoga. 2022. Thematic analysis of financial technology (fintech) influence on the banking industry. *Risks* 10: 1-17. DOI: 10.3390/risks10100186.

Volume 21, Issue 1
June 2023

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-03-31
accepted 2023-05-24



Ochrona przed treściami nielegalnymi i szkodliwymi na platformach udostępniania wideo

Protection against illegal and harmful content on video sharing platforms

AGNIESZKA GRZESIOK-HOROSZ

Uniwersytet Śląski w Katowicach

ORCID: 0000-0002-9810-4216, agnieszka.grzesiok-horosz@us.edu.pl

Citation: Agnieszka Grzesiok-Horosz. Ochrona przed treściami nielegalnymi i szkodliwymi na platformach udostępniania wideo. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(1): 63–81. DOI: 10.25167/osap.5083.

Abstract: The development of technology has given rise to new types of media services such as video sharing platforms (VSPs) which can also provide an easy access to harmful or illegal content, especially detrimental to the proper development of minors or that made available by irresponsible users. The aim of the considerations in the article is to characterise activities of VSP providers, which are meant to render accessible content on their platforms in compliance with relevant legal regulations as well as manners of conduct applicable in cases of content prohibited by law. The basic method used in the article is the interpretative analysis of normative acts.

Keywords: video-sharing platform, VSP-provider, user-generated video, illegal and harmful content

Abstrakt: Rozwój technologii umożliwił powstanie nowego rodzaju usług medialnych, takich jak platformy udostępniania wideo. Nowe usługi dystrybucji treści audiowizualnych sprządzają również zagrożenie łatwym dostępem do treści szkodliwych dla prawidłowego rozwoju małoletnich lub nielegalnych, udostępnianych na platformach przez użytkowników. Celem rozważań prowadzonych w artykule jest charakterystyka działań dostawców VSP mających na celu zgodne z prawem udostępnienie treści, jak również sposobów postępowania z treściami na platformach zakazanymi przez prawo. Metodą podstawową zastosowaną w artykule jest analiza interpretacyjna aktów normatywnych.

Słowa kluczowe: platforma udostępniania wideo, dostawca i użytkownik platformy udostępniania wideo, treści nielegalne i szkodliwe

1. Wprowadzenie

Dynamiczny rozwój nowych mediów stał się jednym z powodów uchwalenia Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1808 z dnia 14 listopada 2018 r. zmieniającej dyrektywę 2010/13/UE w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) ze względu na zmianę sytuacji na rynku (dalej jako DAUM lub Dyrektywa). Zmiana ta polegała na odejściu od tradycyjnego modelu rynku audiowizualnego, charakteryzującego się ścisłym podziałem na nadawcę radiowego lub telewizyjnego i odbiorcę, na rzecz rynku użytkowników platform udostępniania wideo (VSP), którzy tworząc, udostępniając i komentując w sieci oglądane treści, stają się jego aktywnymi uczestnikami (Konarski 2020: 149; Kubiak i Myrda 2020: 155–162). Działalność VSP została uregulowana w bardzo ograniczonym zakresie, w nowym rozdziale IXA DAUM. Usługi dystrybucji treści audiowizualnych, w tym umieszczanych przez użytkowników platform, sprowadzają również potencjalne zagrożenie łatwym dostępem do treści szkodliwych dla prawidłowego rozwoju małoletnich lub nielegalnych w znaczeniu szerzenia mowy nienawiści lub nawołujących do popełniania przestępstw (Uzasadnienie 2021: 31; KRRiT 2022: 35). W polskim systemie prawnym regulacje dotyczące VSP wprowadziła, wchodząc w życie z dniem 1 listopada 2021 r., ustawa z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji oraz ustawy o kinematografii. Nowatorstwo zawartej w niej regulacji polega m.in. na tym, że odnosi się ona do obszaru, którego popularność wzrasta w ostatnich latach w sposób wręcz lawinowy, a pozostawał on dotychczas poza zakresem ingerencji instytucjonalnej (Chałubińska-Jentkiewicz i Nowikowska 2021: 87; Matlak 2022a: 49). Jest to bardzo ciekawe jurydycznie zagadnienie – regulacja *contentu* przy transgranicznej naturze przepływów zawartości (Jaskiernia 2018: 123; Badźmirowska-Masłowska 2018: 439; KRRiT 2022:11). Celem rozważań prowadzonych w artykule będzie więc charakterystyka zakresu podmiotowego regulacji w zakresie VSP oraz omówienie działań dostawców VSP mających na celu wyeliminowanie treści zabronionych bądź zapewnienie udostępniania treści w sposób zgodny z prawem w ramach kontroli dokonywanej *ex post*. Co do zasady dostawcy VSP nie ponoszą odpowiedzialności za treści umieszczane przez użytkowników platform, ale porządkują je za pomocą różnych środków (Chałubińska-Jentkiewicz 2022: 595). Obowiązki dostawcy VSP dotyczą stworzenia i obsługi łatwych w użyciu systemów umożliwiających użytkownikom VSP ocenę treści bezprawnych, jak również przejrzystych mechanizmów umożliwiających ich zgłaszanie dostawcy, oraz systemów, za pomocą których dostawcy VSP informują użytkowników platform, jakie działania zostały podjęte w odpowiedzi na dokonane zgłoszenia.

Jeżeli treści zamieszczane przez użytkownika naruszają przepisy prawa, dostawca jest upoważniony do wezwania go do usunięcia naruszeń, a wobec braku doprowadzenia treści do stanu zgodnego z prawem – zablokowania możliwości ich publikowania (Niewęglowski 2021: 185). Dla relacji dostawca platformy udostępniania wideo – użytkownik niezwykle ważne są także postanowienia regulaminu świadczenia usług, które zostały omówione w tekście.

Metodą podstawową zastosowaną w artykule jest analiza interpretacyjna aktów normatywnych, uzupełniona o elementy nurtu metodologicznego hermeneutyki prawniczej. Przedstawienie rozwiązań zawartych w polskiej ustawie z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (URTV) jest uzupełnione wskazaniem uregulowań zawartych w DAUM. Rozważania obejmują stan prawny na marzec 2023 r.

2. Platforma udostępniania wideo – pojęcie, dostawca i użytkownik VSP

Pojęcie „usługa platformy udostępniania wideo” określone zostało w art. 1 ust. 1 lit. aa DAUM i oznacza ono usługę w rozumieniu art. 56 i 57 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, gdy podstawowym celem usługi lub jej dającej się oddzielić części lub zasadniczą funkcją usługi jest dostarczanie ogółowi odbiorców w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych – poprzez sieci łączności elektronicznej w rozumieniu art. 2 lit. a Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej – audycji, wideo stworzonych przez użytkownika lub obu tych rodzajów treści, za które dostawca platformy udostępniania wideo nie ponosi odpowiedzialności redakcyjnej, ale o sposobie zestawienia których dostawca ten decyduje, w tym automatycznie lub za pomocą algorytmów, w szczególności poprzez eksponowanie, flagowanie i sekwencjonowanie (Galewska 2021:124; Klafkowska-Waśniowska 2021:2). Niemalże identycznie zdefiniowano VSP w art. 4 pkt 22 lit. a URTV.

Warto wskazać w tym miejscu, że prawodawca europejski, świadomy trudności definicyjnych, nakazuje rozumieć VSP jako usługi (tworzone także przez użytkowników), których zakres, forma i pozycjonowanie wobec innych podmiotów konkurencyjnych, a także charakter udostępnianych przez nie treści (informacyjny, edukacyjny, rozrywkowy) świadczą o tym, że działalność ta nie jest dodatkiem do zasadniczo innej działalności. Dodatkowymi kryteriami umożliwiającymi identyfikację VSP mogą być także: zasięg treści audiowizualnych oraz szerokie rzesze użytkowników, w tym ich struktura (np. adresowanie przekazów do osób małoletnich). Ważne kryterium zakwalifikowania danej usługi jako VSP stanowi fakt jej „monetyzowania”, rozumiany jako generowanie

przychodów z treści audiowizualnych, co wskazuje na komercyjny charakter danej platformy (Komisja Europejska 2020).

Celem usługi VSP ma być dostarczenie ogółowi odbiorców m.in. audycji, która w świetle przepisów DAUM oznacza ciąg ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego, stanowiący odrębną całość – bez względu na długość – w układzie lub katalogu audycji przygotowanym przez dostawcę usług medialnych, w tym filmy pełnometrażowe, krótkie formy wideo, transmisje wydarzeń sportowych, sitcomy, filmy dokumentalne, audycje dla dzieci oraz filmy na podstawie oryginalnego scenariusza. Celem takim może być także dostarczenie ogółowi odbiorców wideo stworzonego przez użytkownika, co w DAUM oznacza ciąg ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego, stanowiący odrębną całość bez względu na swoją długość, który został stworzony przez użytkownika i umieszczony na VSP przez tego lub innego użytkownika. Podobna jest definicja zawarta w art. 4 ust. 22 lit. b URTV. Warto w tym miejscu wskazać, że polskie przepisy zawierają definicję legalną użytkownika VSP, nie ma jej zaś w DAUM (EOA 2021: 378). Użytkownik to osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33¹ § 1 Kodeksu cywilnego (KC), tj. ułomna osoba prawna, korzystająca z platformy udostępniania wideo, w szczególności przez posiadanie konta na VSP, umieszczanie lub odbieranie na niej audycji, wideo lub innych przekazów stworzonych przez tego użytkownika lub innych użytkowników. Celem podstawowym lub funkcją VSP może być także dostarczanie innych przekazów, rozumianych jako wszelkiego rodzaju przekazy niebędące audycjami lub wideo utworzonymi przez użytkowników, jak przekazy handlowe albo przekazy planszowe, pochodzące od organizacji pozarządowych informacje niemające komercyjnego charakteru (Uzasadnienie 2021: 32).

Termin „odpowiedzialność” w DAUM odnosi się wyłącznie do odpowiedzialności „redakcyjnej”, co ma służyć rozdzieleniu pojęć dostawcy platformy i użytkownika poprzez kryterium wpływu redakcyjnego na opublikowany materiał. W rozumieniu Dyrektywy „decyzja redakcyjna” oznacza decyzję podejmowaną regularnie w ramach sprawowania odpowiedzialności redakcyjnej, związaną z codziennym funkcjonowaniem usługi medialnej (Woods 2018: 3). Polski przepis art. 4 pkt 3 URTV odzwierciedla zasady odpowiedzialności dostawcy usług określonych w Dyrektywie.

Jako że platformy udostępniania wideo są usługami świadczonymi drogą elektroniczną, obejmującymi transmisję w sieci telekomunikacyjnej danych przekazywanych przez odbiorcę usługi, zgodnie z przepisami ustawy z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną definicja VSP wykazuje wiele punktów wspólnych z cechami usług pośredników przechowujących i udostępniających treści użytkowników. W piśmiennictwie zasadnie zauważa się, że użyte w definicji VSP sformułowanie „pochodzących” od użytkowników

(Piech 2019: 252) lepiej oddawałoby cechę, jaką jest możliwość udostępniania przez użytkowników – za pośrednictwem platform – także treści stworzonych przez inne podmioty.

Dostawca platformy udostępniania wideo w rozumieniu DAUM oznacza osobę fizyczną lub prawną, która „świadczy usługę” platformy udostępniania wideo (Badźmirowska-Masłowska 2018: 445), natomiast w przepisie art. 4 pkt 22 c URTV jest mowa o osobie fizycznej, prawnej lub osobowej spółce handlowej, która „dostarcza” platformę udostępniania wideo.

Dyrektywa i URTV kazuistycznie wskazują zasady ustalania jurysdykcji, co ma zapobiegać sytuacji wyłączenia się z zakresu stosowania DAUM poprzez tworzenie wielowarstwowej grupowej struktury przedsiębiorców mających siedzibę w Unii Europejskiej i poza nią. Tak więc dla celów Dyrektywy dostawca VSP mający siedzibę na terytorium państwa członkowskiego podlega jurysdykcji tego państwa członkowskiego, ponadto wskazane jest, w celu zapewnienia skuteczności środków ochrony, by te same zasady miały również zastosowanie do dostawców VSP, którzy nie mają siedziby w danym państwie członkowskim. Dostawca VSP będzie uznany za mającego siedzibę na terytorium danego państwa członkowskiego, jeżeli posiada jednostkę dominującą (tj. jednostkę, która kontroluje co najmniej jedną jednostkę zależną) lub jednostkę zależną (tj. jednostkę kontrolowaną przez jednostkę dominującą), które mają siedzibę na terytorium tego państwa członkowskiego, lub jest częścią grupy, rozumianej jako jednostka dominująca, wszystkie jej jednostki zależne oraz wszystkie inne jednostki mające z nimi związki gospodarcze i prawnoorganizacyjne, a inna jednostka tej grupy ma siedzibę na terytorium tego państwa członkowskiego (Cole 2018: 10; Cavaliere 2021: 5). Jeżeli jednostka dominująca, jednostka zależna lub inne jednostki grupy mają siedzibę w różnych państwach członkowskich, uznaje się, że dostawca VSP ma siedzibę w państwie członkowskim, w którym siedzibę ma jego jednostka dominująca, lub w razie braku takiej siedziby – w państwie członkowskim, w którym siedzibę ma jednostka zależna, lub w razie braku takiej siedziby – w państwie członkowskim, w którym siedzibę ma inna jednostka grupy. Jeżeli istnieje kilka jednostek zależnych i każda z nich ma siedzibę w innym państwie członkowskim, uznaje się, że dostawca VSP ma siedzibę w tym państwie członkowskim, w którym jedna z jednostek zależnych pierwotnie rozpoczęła swoją działalność, pod warunkiem że jej związek z gospodarką tego państwa członkowskiego jest faktyczny i trwały. Jeżeli istnieje kilka innych jednostek będących częścią grupy i każda z nich ma siedzibę w innym państwie członkowskim, uznaje się, że dostawca ma siedzibę w tym państwie członkowskim, w którym jedna z tych jednostek pierwotnie rozpoczęła swoją działalność, pod warunkiem że jej związek z gospodarką tego państwa członkowskiego jest faktyczny i trwały.

Podobne zasady ustalenia jurysdykcji dostawców VSP znajdziemy w polskich przepisach URTV (art. 1a ust. 5–6 URTV). Warto jednak w tym miejscu wskazać, że obecnie niewielu – bo jedynie 16 – dostawców VSP podlegających jurysdykcji polskiej dokonało wpisu do wykazu Przewodniczącego KRRiT (KRRiT 2023).

Jednym z elementów zapewniających skuteczność wdrożenia DAUM jest wymóg, by Komisja Europejska była informowana o dostawcach podlegających jurysdykcji poszczególnych państw członkowskich, zgodnie z zasadami dotyczącymi siedziby (Piech 2019: 257; Badźmirowska-Masłowska 2018: 445). W tym celu państwa członkowskie opracowują i aktualizują wykaz dostawców VSP mających siedzibę na ich terytorium lub uznanych za mających siedzibę na ich terytorium i wskazują, na których kryteriach z wyżej omówionych opiera się ich jurysdykcja. Wykaz wraz z jego aktualizacjami jest przekazywany Komisji Europejskiej, która zapewnia ich udostępnianie w centralnej bazie danych.

3. Treści nielegalne i szkodliwe na platformach udostępniania wideo

3.1. Pojęcie, kwalifikowanie i zgłaszanie

DAUM wprowadza dla VSP regulacje chroniące przed audycjami, wideo stworzonymi przez użytkownika oraz handlowymi przekazami audiowizualnymi: małoletnich, gdy szkodzą ich rozwojowi fizycznemu, psychicznemu lub moralnemu, jak również ogół odbiorców, gdy zawierają nawoływanie do przemocy lub nienawiści lub zawierają treści, których rozpowszechnianie jest przestępstwem na mocy prawa unijnego.

DAUM nie zawiera definicji pojęcia „treści, które mogą zaszkodzić rozwojowi fizycznemu, psychicznemu lub moralnemu nieletnich” (Piech 2019: 256). Zgodnie z art. 6 DAUM państwa członkowskie stosują odpowiednio, proporcjonalne do potencjalnej szkodliwości środka – wybór godzin nadawania, narzędzia weryfikacji wieku lub inne rozwiązania techniczne – aby audiowizualne usługi medialne świadczone przez dostawców usług medialnych podlegających ich jurysdykcji, które mogą zaszkodzić rozwojowi małoletnich, były udostępniane jedynie w taki sposób, by małoletni w zwykłych okolicznościach nie mogli ich słuchać ani oglądać. Prawodawca unijny przewiduje w art. 28 ust. 3 DAUM, że do celów ochrony małoletnich najbardziej szkodliwe treści podlegają najsurowszym środkom kontroli dostępu (Matlak 2022a: 52; Chałubińska-Jentkiewicz i Nowikowska 2022: 91).

Kierując się potrzebą zapewnienia skutecznej ochrony małoletnim przed szkodliwymi dla nich treściami, uwzględniając możliwości techniczne, stopień szkodliwości audycji, wideo stworzonych przez użytkowników lub innych prze-

kazów dla małoletnich w poszczególnych kategoriach wiekowych oraz specyfikę platform udostępniania wideo, KRRiT wydała Rozporządzenie z dnia 13 kwietnia 2022 r. Zgodnie z jego postanowieniami dostawca VSP zapewnia odbiorcy możliwość zapoznania się z symbolami graficznymi w taki sposób, aby odbiorca mógł z łatwością zapoznać się z oznaczeniem w trakcie trwania audycji, wideo stworzonych przez użytkowników i innych przekazów. Załącznik nr 1 do rozporządzenia charakteryzuje poszczególne kategorie wiekowe i opisuje audycje, wideo stworzone przez użytkowników i inne przekazy z punktu widzenia co najmniej jednego z czterech elementów ważnych dla rozwoju małoletnich: prezentowanej wizji świata, ocen moralnych, wywoływanych emocji i wzorców zachowań. Na podstawie przytoczonych kryteriów zostały wyróżnione cztery kategorie przekazów: I – bez ograniczeń wiekowych, II – dla małoletnich od lat 12, III – dla małoletnich od lat 16, oraz IV – dla osób pełnoletnich (od lat 18). Wydanie rozporządzenia ma służyć spójności kwalifikacji treści i systemów oznaczeń we wszystkich usługach medialnych i VSP (Uzasadnienie 2021: 38). Zabezpieczenia techniczne mogą być przy tym ujednocnione w ramach samoregulacji.

Dostawca VSP jako podmiot odpowiedzialny za sposób zestawienia treści umieszczanych na platformie zapewnia zabezpieczenia techniczne, których celem jest ochrona małoletnich przed szkodliwymi treściami, jednak sam nie ma obowiązku ich kwalifikowania. Wprowadzone przez niego zabezpieczenia techniczne mają zabezpieczać treści umieszczane na platformie przez użytkowników, jeżeli użytkownik umieszczający je uzna, że mogą szkodzić małoletnim.

Przepisy DAUM zobowiązują także do ochrony ogółu odbiorców przed audycjami, wideo stworzonymi przez użytkownika oraz handlowymi przekazami audiowizualnymi, które zawierają nawoływanie do przemocy lub nienawiści wobec grupy osób lub członka grupy ze względów, o których mowa w art. 21 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (KPP), tj. w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek, orientację seksualną lub przynależność państwową (Piech 2019: 253; Rozgony 2020: 90; Matlak 2022b: 718). Przesłanki dyskryminacyjne wymienione w art. 47p URTV są odzwierciedleniem treści art. 21 KPP (Jaskiernia 2021: 884; Chałubińska-Jentkiewicz 2022: 537).

Ponadto DAUM wymaga chronienia ogółu odbiorców przed audycjami, wideo stworzonymi przez użytkownika oraz handlowymi przekazami audiowizualnymi zawierającymi treści, których rozpowszechnianie jest przestępstwem na mocy prawa unijnego. Są to treści, które stanowią publiczne nawoływanie do popełnienia przestępstwa terrorystycznego określonego w art. 5 dyrektywy

(UE) 2017/541 w sprawie zwalczania terroryzmu, stanowiącego jedno z najpoważniejszych pogwałceń uniwersalnych wartości, na których opiera się Unia Europejska, takich jak godność ludzka, wolność, równość i solidarność oraz poszanowanie praw człowieka, stanowiąc jednym z najpoważniejszych zamachów na demokrację i praworządność (Radoniewicz 2021: 162; Woods 2018: 14). DAUM zakazuje też dostępu do treści będących przestępstwem związanym z pornografią dziecięcą, określonym w art. 5 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej. „Pornografia dziecięca” oznacza wszelkie materiały ukazujące dziecko lub osobę wyglądającą na dziecko uczestniczące w rzeczywistych lub symulowanych zachowaniach o wyraźnie seksualnym charakterze, jak również przedstawienia lub realistyczne obrazy organów płciowych dziecka w celach głównie seksualnych lub realistyczne obrazy dziecka uczestniczącego w zachowaniach o wyraźnie seksualnym charakterze (Radoniewicz 2021: 161; Chałubińska-Jentkiewicz 2022: 537). DAUM wymaga także ochrony przed treściami, które mogą być przestępstwem na tle rasistowskim i ksenofobicznym, określonym w art. 1 decyzji ramowej 2008/913/WSiSW w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnych, czyli publicznym nawoływaniem do przemocy lub nienawiści skierowanej przeciwko grupie osób, którą definiuje się według rasy, koloru skóry, wyznawanej religii, pochodzenia albo przynależności narodowej lub etnicznej lub przeciwko członkowi takiej grupy, lub popełnieniem tego czynu przez publiczne rozpowszechnianie lub rozprowadzanie tekstów, obrazów lub innych materiałów; jak również publicznym aprobowaniem, negowaniem lub rażącym pomniejszaniem zbrodni ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości oraz zbrodni wojennych skierowanych przeciwko grupie osób, którą definiuje się według rasy, koloru skóry, wyznawanej religii, pochodzenia albo przynależności narodowej lub etnicznej, lub przeciwko członkowi takiej grupy, jeśli czyny takie mogą podburzać do przemocy lub wzbudzać nienawiść skierowaną przeciwko tej grupie lub jej członkowi (Chałubińska-Jentkiewicz, Nowikowska 2022: 96). Podobne regulacje zawiera art. 47o ust.1 pkt 2 i 3 URTV, wskazując, że obowiązkiem dostawcy VSP jest stosowanie środków przeciwdziałających udostępnianiu treści bezprawnych.

Przepis art. 47s URTV przewiduje ponadto, że dostawca VSP zapewni użytkownikom przejrzyste i przyjazne mechanizmy umożliwiające zgłaszanie, że treści na niej umieszczone naruszają zakazy dotyczące umieszczanych treści. Ustawodawca przewidział obowiązek udzielenia użytkownikom odpowiedzi niezwłocznie, lecz nie później niż w terminie 48 godzin od chwili zgłoszenia (Chałubińska-Jentkiewicz i Nowikowska 2022: 92). Przepisy URTV przewidują możliwość wydania fakultatywnego rozporządzenia KRRiT dotyczącego sposobu

zgłaszania, że treści umieszczone na platformie udostępniania wideo zawierają treści bezprawne, oraz udzielania odpowiedzi na zgłoszenia dokonane przez użytkowników, mając na uwadze konieczność zapewnienia użytkownikom łatwego dostępu do możliwości składania zgłoszeń oraz zachowania szybkości postępowania i uwzględniając możliwości techniczne oraz specyfikę platform udostępniania wideo.

3.2. Sposoby reagowania na naruszenia i sposoby rozstrzygnięcia sporu

W myśl przepisów URTV dostawca VSP wzywa użytkownika do usunięcia naruszeń, jeżeli umieszczane przez niego treści naruszają przepisy prawa lub przyjętego regulaminu świadczenia usług drogą elektroniczną. Rozstrzygnięcie dostawcy platformy udostępniania wideo powinno zawierać uzasadnienie i zostać niezwłocznie przekazane jej użytkownikowi.

W sytuacji, gdy użytkownik nie doprowadzi treści zamieszczanych na VSP do stanu zgodnego z prawem, co może oznaczać stosowne oznaczenia w przypadku treści mogących zaszkodzić rozwojowi małoletnich lub usunięcie treści zakazanych, dostawca VSP będzie miał prawo do zablokowania dostępu do tych treści innym użytkownikom, co oznacza, że treść taka nie będzie usuwana z platformy, ale nie będzie dostępna dla ogółu odbiorców, a jedynie dla użytkownika, który ją umieścił na platformie (Uzasadnienie 2021: 40). W przypadku dalszych naruszeń, jakich dopuszczać się będzie dany użytkownik VSP, dostawca może czasowo uniemożliwić mu dodawanie nowych treści, co potocznie określa się jako zablokowanie konta (Uzasadnienie 2021: 40). Zgodnie z art. 47t ust. 2 URTV dostawca platformy udostępniania wideo może uniemożliwić użytkownikowi umieszczanie na VSP audycji, wideo przez niego stworzonych lub innych przekazów przez okres nie dłuższy niż trzy miesiące w przypadku co najmniej dwukrotnego ich umieszczenia mimo wezwania do zaprzestania naruszania prawa (Chałubińska-Jentkiewicz 2022: 538). W najbardziej rażących przypadkach umieszczania audycji, wideo stworzonych przez użytkownika lub innych przekazów zawierających treści mogące ułatwić popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym, treści pornograficzne z udziałem małoletniego, treści nawołujące do znieważania grupy ludności albo poszczególnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości, dostawca VSP może nawet zakazać na stałe danemu użytkownikowi umieszczania treści, przy czym typowym sposobem może być w takim przypadku likwidacja konta użytkownika (Uzasadnienie 2021: 40).

Użytkownicy VSP nie powinni być przy tym pozbawieni ochrony prawnej na zasadach ogólnych, zatem użytkownik, którego treści zostały zablokowane,

może złożyć skargę do KRRiT, zgodnie z przepisem art. 47 lit.t ust. 5 i 6 URTV (Uzasadnienie 2021: 40). Ma ona charakter skargi w rozumieniu art. 2 Kodeksu postępowania administracyjnego (KPA), którą, zgodnie z art. 228 KPA, składa się do organów właściwych do ich rozpatrzenia (Wegner 2019: 1055; Wojciechowska 2021: 1476). Jak stanowi art. 237 KPA, organ właściwy do załatwienia skargi powinien załatwić skargę bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w ciągu miesiąca (Wegner 2019: 1073; Wojciechowska 2021: 1495). KRRiT jest więc zobowiązany w tym terminie do rozpatrzenia skargi i odniesienia się do zarzutów w niej zawartych. Samo wniesienie skargi nie powoduje konieczności wszczęcia postępowania administracyjnego. Dopiero jeżeli KRRiT w toku rozpatrywania skargi uzna, że zablokowanie treści mogło mieć charakter bezprawny, będzie mogła wszcząć i przeprowadzić postępowanie administracyjne, w wyniku którego wydana może zostać decyzja o nakazaniu przywrócenia stanu zgodnego z prawem, jak stanowi art. 10 ust. 4 URTV (Tylec 2021:180). Szczegółowe przepisy z art. 47t ust. 6 doprecyzowują, jakie działania Przewodniczący KRRiT będzie mógł nakazać dostawcy VSP. Są to odpowiednio: uniemożliwienie dostępu do umieszczonych na tej platformie audycji, wideo stworzonych przez użytkownika lub innych przekazów zawierających bezprawne treści; przywrócenie dostępu do umieszczonych na tej platformie przez jej użytkownika audycji, wideo stworzonych przez użytkownika lub innych przekazów, lub przywrócenie użytkownikowi VSP możliwości umieszczania audycji, wideo stworzonych przez użytkownika lub innych przekazów na VSP. Z uwagi na konieczność szybkiego rozstrzygnięcia sporu między dostawcami a użytkownikami VSP przed wydaniem decyzji tzw. nakazowej Przewodniczący KRRiT nie będzie musiał dokonać wezwania do zaniechania działań (art. 10 ust. 3 URTV). Od decyzji Przewodniczącego KRRiT przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Gospodarczego (Tylec 2021: 181).

Dyrektywa, a w ślad za nią polski ustawodawca, przewiduje także mechanizmy pozasądowe, jak również niezależną ochronę sądową. Zgodnie z DAUM państwa członkowskie zapewniają, by użytkownicy mogli bronić swoich praw przed sądem w stosunku do dostawców platformy udostępniania wideo. W świetle polskiego prawa gwarancje prawa do sądu zapewnione są przez ogólne regulacje prawa cywilnego, gdyż akceptacja regulaminu przez użytkownika powoduje powstanie relacji umownej. Zablokowanie treści niezgodnie z zasadami wynikającymi z URTV oraz regulaminu daje podstawę do sądowego dochodzenia roszczeń wynikających z niewłaściwego wykonania umowy przez dostawcę VSP (Uzasadnienie 2021: 42).

Warto w tym miejscu wskazać także, że prawodawca unijny preferuje pozasądowe mechanizmy dochodzenia roszczeń na potrzeby rozstrzygania sporów między dostawcami VSP a użytkownikami. Mechanizmy takie umożliwiają bez-

stronne rozstrzyganie sporów i nie pozbawiają użytkownika ochrony prawnej zapewnianej przez prawo krajowe (Matlak 2022a: 50). Przepisy art. 47u URTV przewidują, że spór dotyczący rozpatrzenia zgłoszenia między użytkownikiem platformy udostępniania wideo a dostawcą VSP może być zakończony polubownie w drodze mediacji prowadzonej zgodnie z zasadami art. 183¹–183⁷ i art. 183¹¹–183¹⁵ Kodeksu postępowania cywilnego (KPC). Zgodnie z przepisem art. 183³ KPC mediator powinien zachować bezstronność przy prowadzeniu mediacji (Drabik 2019: 670). Mediacja jest dobrowolna, a jak stanowi przepis art. 183¹ §3, w umowie o mediację strony określają w szczególności przedmiot mediacji, osobę mediatora albo sposób jego wyboru (Malczyk 2020: 624). Koniecznymi elementami wniosku o przeprowadzenie mediacji, zgodnie z art. 183⁷ KPC, są: oznaczenie stron, dokładnie określone żądanie, przytoczenie okoliczności uzasadniających żądanie, podpis strony oraz wymienienie załączników (Malczyk 2020: 636). Zgodnie z przepisami art. 183^{3a} KPC mediator prowadzi mediację, wykorzystując różne metody zmierzające do polubownego rozwiązania sporu, w tym wspieranie stron w formułowaniu przez nie propozycji ugodowych, lub na zgodny wniosek stron może wskazać sposoby rozwiązania sporu, które nie są dla stron wiążące (Malczyk 2020: 630; Drabik 2019: 673). Zgodnie z art. 183¹² KPC z przebiegu mediacji sporządza się protokół – zarówno wtedy, gdy zawarto ugodę, jak i wtedy, gdy jej nie zawarto – w którym oznacza się miejsce i czas przeprowadzenia mediacji, a także imię, nazwisko (nazwę) i adresy stron, imię i nazwisko oraz adres mediatora, a ponadto wynik mediacji (Drabik 2019: 680). Jeżeli strony zawarły ugodę przed mediatorem, zamieszcza się ją w protokole albo załącza się do niego. Przez podpisanie ugody strony wyrażają zgodę na wystąpienie do sądu z wnioskiem o jej zatwierdzenie, o czym mediator informuje strony (Malczyk 2020: 642).

Postępowanie mediacyjne dotyczące treści umieszczonych na platformach ma swoją specyfikę. Ustawodawca przewidział, że mediatorem może być osoba fizyczna mająca wykształcenie w dziedzinie prawa oraz wiedzę i doświadczenie w dziedzinie mediów, wpisana na listę mediatorów prowadzoną przez Przewodniczącego KRRiT, albowiem wymóg znajomości rynku mediów może zwiększyć skuteczność mediacji wobec specyficznego charakteru potencjalnych sporów między dostawcami a użytkownikami VSP (Uzasadnienie 2021: 42). Niestety plany krajowego regulatora, zgodnie z którymi „szeroki i prosty dostęp do informacji o mediacji oraz jej zasadach, a także do listy mediatorów, która prowadzona będzie przez Przewodniczącego KRRiT oraz publicznie dostępna na stronach internetowych KRRiT, będą gwarantowały realny i skuteczny dostęp użytkowników do pozasądowego mechanizmu rozpatrywania sporów” (Uzasadnienie 2021: 42), pozostają nadal w sferze deklaratywnej.

4. Regulamin usług platformy udostępniania wideo

Na gruncie prawa europejskiego kwestia regulaminu usług platformy udostępniania wideo została lakonicznie wzmiankowana w art. 28 ust. 3 DAUM w kontekście odpowiednich środków, których stosowanie przez dostawców usług medialnych podlegających jurysdykcji państw członkowskich państwa te mają zapewnić w celu ochrony przed treściami szkodliwymi, nielegalnymi w audycjach i wideo stworzonych przez użytkownika VSP.

Przechodząc do omówienia przepisów prawa polskiego znajdujących zastosowanie w przypadku regulaminów usług platform udostępniania wideo, należy przede wszystkim odnieść się do regulacji zawartych w dwóch aktach prawnych – ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną (UUDE) oraz URTV.

Na gruncie UUDE kluczowe znaczenie w tym zakresie ma art. 8 ustawy, przewidujący, że usługodawca świadczy usługi drogą elektroniczną zgodnie z regulaminem. Regulamin ten, w myśl art. 8 ust. 1 UUDE, określa usługodawca przed rozpoczęciem świadczenia usług drogą elektroniczną i nieodpłatnie udostępnia usługobiorcy przed zawarciem umowy o świadczenie usług drogą elektroniczną, także – na jego żądanie – w taki sposób, który umożliwia pozyskanie, odtwarzanie i utrwalanie treści regulaminu za pomocą systemu teleinformatycznego, którym posługuje się usługobiorca. Regulamin ten w literaturze przedmiotu uznawany jest słusznie za wzorzec umowy w rozumieniu art. 384 i nast. KC (Taczkowska-Olszewska, Chałubińska-Jentkiewicz 2019: 217–218; Gumularz 2019: 142). W myśl art. 8 ust. 2 UUDE usługobiorca nie jest związany postanowieniami regulaminu, które nie zostały mu udostępnione w wyżej wskazany sposób.

Wymogi co do minimalnej treści regulaminu świadczenia usług drogą elektroniczną zawiera art. 8 ust. 3 UUDE, w myśl którego regulamin określa w szczególności: rodzaje i zakres usług świadczonych drogą elektroniczną; warunki świadczenia usług drogą elektroniczną, w tym wymagania techniczne niezbędne do współpracy z systemem teleinformatycznym, którym posługuje się usługodawca, oraz zakaz dostarczania przez usługobiorcę treści o charakterze bezprawnym; warunki zawierania i rozwiązywania umów o świadczenie usług drogą elektroniczną oraz tryb postępowania reklamacyjnego. Zatem przepis ten wskazuje niezbędne elementy składające się na treść regulaminu (Taczkowska-Olszewska i Chałubińska-Jentkiewicz 2019: 218), przy czym – jak wskazuje użycie przez ustawodawcę zwrotu „w szczególności” – dokonane w nim wyliczenie ma charakter jedynie przykładowy. Ogólnie rzecz ujmując, regulaminy, o których mowa w art. 8 UUDE, określają zasady świadczenia usług przez przedsiębiorców internetowych, którzy mają obowiązek działać zgodnie z regulaminem, natomiast z perspektywy użytkownika zaakceptowanie regulaminu oznacza wyrażenie zgody na ukształtowanie relacji umownej z usługodawcą

i korzystanie z usługi zgodnie z określonymi w nim zasadami (Uzasadnienie 2021: 42).

Mocą nowelizacji dokonanej w 2021 r. do URTV dodany został art. 47r, zgodnie z którym regulamin świadczenia usług drogą elektroniczną przez dostawcę VSP powinien zawierać w szczególności:

- informację o cechach oraz szczegółowych warunkach kwalifikowania i oznaczania audycji, wideo stworzonych przez użytkowników i innych przekazów oraz wzorach odpowiednich symboli graficznych dla ochrony małoletnich,
- informację o zasadach umieszczania przekazów handlowych w materiałach umieszczanych na platformie przez użytkowników,
- sposób zgłaszania przez użytkowników, że treści umieszczone na platformie udostępniania wideo zawierają treści bezprawne oraz tryb rozpoznawania zgłoszeń, w tym terminy i sposób udzielania odpowiedzi na zgłoszenia,
- kryteria dokonywania oceny audycji, wideo stworzonych przez użytkowników i innych przekazów jako szkodliwych dla małoletnich lub nielegalnych,
- informacje dotyczące możliwości składania skarg na rozstrzygnięcia dostawcy platformy udostępniania wideo oraz informacje dotyczące innych środków ochrony prawnej przysługujących użytkownikom platform udostępniania wideo wobec rozstrzygnięć dostawcy platformy udostępniania wideo,
- informacje o zakresie i celu przetwarzania danych osobowych użytkowników platformy udostępniania wideo.

Rozpatrując wzajemną relację pomiędzy wyżej przytoczonymi przepisami – UUDE i URTV, przyjąć należy, że przepis art. 47r URTV jedynie uszczegóławia wymaganą przez prawo treść regulaminu świadczenia usług elektronicznych, w przypadku gdy usługodawcą tym jest dostawca VSP, mając w tym zakresie charakter *lex specialis* w stosunku do przepisów UUDE. Wskazuje na to treść zdania pierwszego art. 47r URTV, z którego wynika jednoznacznie, że wymienione w dalszej części tego przepisu kwestie powinny zostać określone przez dostawcę platformy udostępniania wideo w regulaminie świadczenia usług drogą elektroniczną, o którym mowa w art. 8 UUDE.

Dostawca platformy udostępniania wideo zobowiązany jest do określenia i udostępnienia usługobiorcom regulaminu świadczenia usług drogą elektroniczną, określającego w szczególności treści wskazane w art. 8 ust. 3 UUDE, a ponadto treści wskazane w art. 47r URTV. Zatem w istocie ustawodawca nakłada dalej idące wymogi co do treści regulaminu świadczenia usług drogą elektroniczną na dostawcę platformy udostępniania wideo niż na innych usługodawców. Uzasadnione jest to wynikającym z DAUM wymogiem zapewnienia zastosowania przez takich dostawców odpowiednich środków służących ochronie przed treściami szkodliwymi i nielegalnymi.

Warto nadmienić, że na etapie prac legislacyjnych, podkreślając konieczność określenia jednakowego standardu dla wszystkich dostawców VSP podlegających polskiej jurysdykcji, który powinien być wygodny dla użytkowników i zapewnić im realną ochronę ich praw, postulowano wyposażenie KRRiT w kompetencje do określenia w drodze rozporządzenia ramowego wzoru formularzy regulaminów zawierających określenie praw i obowiązków dostawców platform udostępniania wideo (KRRiT 2020: 23). Koncepcja ta ostatecznie nie znalazła odzwierciedlenia w tekście znowelizowanej URTV, niemniej jednak wydaje się *de lege ferenda* warta ponownego rozważenia. Określenie w ramach rozporządzenia wzorca regulaminu, określającego kwestie kluczowe (np. dotyczące ochrony małoletnich), które miałyby charakter *essentialia negotii* i mogłyby być zmieniane tylko w drodze rozporządzenia, przy jednoczesnym pozostawieniu dostawcom VSP swobody co do wprowadzenia w regulaminach postanowień dotyczących kwestii uzupełniających (*accidentalialia negotii*), pozwoliłoby na ujednoczenie treści regulaminów i przyczyniłoby się do zwiększenia poziomu ochrony użytkowników.

5. Wnioski

Przepisy DAUM oraz URTV zobowiązują dostawców VSP do wprowadzenia i przestrzegania reguł w zakresie monitorowania udostępnianych treści z zastosowaniem odpowiednich środków, uwzględniając charakter danej treści, szkodę, jaką może ona wyrządzić, cechy kategorii osób podlegających ochronie, jak również zagrożone prawa i uzasadnione interesy, w tym dostawców VSP oraz użytkowników, którzy stworzyli lub umieścili treści na platformach, a także interes publiczny. Środki te muszą być wykonalne i proporcjonalne względem wielkości usługi platformy udostępniania wideo oraz charakteru świadczonej usługi.

Omówione w artykule regulacje mają dostosować ekosystem mediów audiowizualnych do wyzwań epoki cyfrowej, charakteryzującej się ogromnym wolumenem treści audiowizualnych i możliwością ponadgranicznego dostępu do nich, poprzez wprowadzenie bardziej rozbudowanych zasad ochrony odbiorców, w tym zwłaszcza grup wymagających zapewnienia zwiększonego poziomu bezpieczeństwa w sieci, jak małoletni, powszechnie korzystający z platform udostępniania wideo. Specyfika funkcjonowania platform udostępniania wideo polega na tym, że dostawca VSP pozycjonuje treści, zestawia je i proponuje użytkownikom do odbioru, nie ponosząc odpowiedzialności redakcyjnej za treści, które się na niej znajdują, w znaczeniu przeprowadzania kontroli treści przed ich umieszczeniem ani bieżącej weryfikacji. Odpowiedzialność dostawcy nie wiąże się więc z samymi treściami naruszającymi prawo, a z niezgodnym z prawem ich zestawianiem i udostępnieniem. Na zasadach opisanych w tekście

odbiorcy treści muszą mieć zagwarantowany łatwy sposób sygnalizowania dostawcom VSP o naruszeniach w treściach umieszczanych na platformie, którzy podejmują wówczas odpowiednie środki. Ponadto KRRiT została wyposażona w narzędzia oceny, czy sposoby reakcji dostawców VSP w konkretnych sprawach indywidualnych użytkowników są prawidłowe i proporcjonalne. W regulaminie świadczenia usług dostawca VSP określa szczegółowe zasady zamieszczania treści na platformie, z jednoznacznym podkreśleniem, że treści uznane za bezprawne nie będą przez nich tolerowane.

Dostawca platformy udostępniania wideo ponosi odpowiedzialność wyłącznie za niedopełnienie obowiązków nakładanych przez ustawę, w tym nie-usunięcie treści mimo posiadania informacji, że naruszają one przepisy prawa. Przepisy URTV przewidują, że Przewodniczący KRRiT może wydać decyzję nakładającą na dostawcę VSP karę pieniężną w wysokości do dwudziestokrotności przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw, włącznie z wypłatami z zysku, w kwartale poprzedzającym wydanie decyzji nakładającej karę, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”. Określając jej wysokość, uwzględnia się zakres i stopień szkodliwości naruszenia oraz dotychczasową działalność dostawcy VSP.

Regulacje przewidujące mechanizmy służące ochronie użytkowników platform zdają się układać w klarowny system, przy czym charakterystyczną jego cechą jest stałe zaangażowanie użytkowników w jego bieżące funkcjonowanie i wielość podmiotów – jak operator platformy, podmiot umieszczający na niej treści, finalny użytkownik lub jego opiekun prawny w przypadku małoletnich, krajowy regulator rynku medialnego lub regulator rynku medialnego w innym państwie członkowskim – w ramach różnych procedur skargowych. Opisane w tekście polskie rozwiązania URTV w tym zakresie odpowiadają regulacji europejskiej.

Rozwiązania opisane w niniejszym artykule wydają się podnosić poziom ochrony użytkowników platform udostępniania wideo. Dużą szansę dla ochrony przed treściami szkodliwymi oraz nielegalnymi dostrzegam w samoregulacji, poprzez powstające kodeksy dobrych praktyk oraz upowszechnianie umiejętności świadomego korzystania z mediów cyfrowych.

Wykaz skrótów

- DAUM – Dyrektywa (UE) 2018/1808 zmieniająca dyrektywę o audiowizualnych usługach medialnych
- EAO – European Audiovisual Observatory
- KC – Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny
- KPA – Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego

- KPC – Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego
KPP – Karta Praw Podstawowych
KRRiT – Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji
URTV – Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji
UUDE – Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną
VSP – *video sharing platform* (platforma udostępniania wideo)

Bibliografia

Akty prawne

- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 47–390.
- Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 389–405.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2000/31/WE z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym), Dz. Urz. UE L178 z 17.07.2000, s. 1–16.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/21/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa), L108 z 24.04.2002, s. 33–50.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych), Dz. Urz. UE L 95 z 15.04.2010, s. 1–24.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępująca decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW, Dz. Urz. UE L 335 z 17.12.2011, s. 1–14.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/541 z dnia 15 marca 2017 r. w sprawie zwalczania terroryzmu i zastępująca decyzję ramową Rady 2002/475/WSiSW oraz zmieniająca decyzję Rady 2005/671/WSiSW, Dz. Urz. UE L 88 z 31.03.2017, s. 6–21.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1808 z dnia 14 listopada 2018 r. zmieniająca dyrektywę 2010/13/UE w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) ze względu na zmianę sytuacji na rynku, Dz. Urz. UE L 303 z 28.11.2018, s. 69–92.
- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, t.j. Dz.U. 2023, poz. 775.
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2022, poz. 1360 ze zm.
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, t.j. Dz.U. 2021, poz. 1805 ze zm.
- Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji, t.j. Dz.U. 2022, poz. 1722
- Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, t.j. Dz.U. 2020, poz. 344.

- Ustawa z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji oraz ustawy o kinematografii, Dz.U. 2021, poz. 1676.
- Rozporządzenie z dnia 13 kwietnia 2022 r. w sprawie kwalifikowania i oznaczania audycji, wideo stworzonych przez użytkowników i innych przekazów mogących mieć negatywny wpływ na rozwój małoletnich w poszczególnych kategoriach wiekowych w platformach udostępniania wideo, Dz.U. 2022, poz. 1019.

Opracowania

- Badźmirowska-Masłowska, Katarzyna. 2020. Zmiany dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych w świetle polityki Unii Europejskiej. *Zarządzanie Mediami* 8(4): 435–452. DOI: 10.4467/23540214ZM.20.044.12648, www.ejournals.eu/ZM.
- Cavaliere, Paolo. 2021. Who's sovereign? The AVMSD's country of origin principle and video-sharing platforms. *Journal of Digital Media & Policy* 2(3): 407–423. DOI 10.2139/ssrn.3986101.
- Chałubińska-Jentkiewicz, Katarzyna. 2022. *Prawna ochrona treści cyfrowych*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Chałubińska-Jentkiewicz, Katarzyna i Monika Nowikowska. 2022. *Prawo mediów*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Cole, Mark. D. 2018. *The AVMSD Jurisdiction Criteria concerning Audiovisual Media Service Providers after the 2018 Reform*, Legal Opinion. Saarbrücken. https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2018/12/EMR_MDC_AVMSD-jurisdiction-after-2018-reform_12-2018-1.pdf.
- Drabik, Marcin 2019. W: *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art.1-505³⁹*, (red.) Tomasz Szanciłło. Warszawa: C.H. Beck.
- European Audiovisual Observatory. 2021. Mapping of national rules applicable to video-sharing platforms: Illegal and harmful content online, Strasbourg, <https://rm.coe.int/mapping-on-video-sharingplatforms-2021-full-report/1680a43575>.
- Galewska, Ewa. 2021. Zwalczenie nielegalnych treści przez użytkowników platform internetowych – kierunek regulacji Unii Europejskiej, (red.) Kinga Flaga-Gieruszyńska i Jacek Gołączyński. W: *Prawo nowych technologii*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Gumularz, Mirosław. 2019. *Świadczenie usług drogą elektroniczną*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Jakiernia, Alicja. 2018. Aktualne problemy europejskiego ładu medialnego. Rada Europy i Unia Europejska wobec zagrożeń wolności i pluralizmu mediów, postprawdy i odpowiedzialności platform internetowych. *Studia Medioznawcze* 1(72): 123–131. DOI: 10.33077/uw.24511617.ms.2018.72.420.
- Jaskiernia, Alicja. 2021. Problemy mediów w nowej strategii Unii Europejskiej „wzmocnienia odporności demokratycznej”. *Studia Medioznawcze* 1(84): 880–890. DOI: 10.33077/uw.24511617.sm.2021.1.647.
- Klaffkowska-Waśniowska, Katarzyna. 2018. Soccer or Football: The Level Playing Field Idea for the European single market in the audiovisual media services, *Michigan State International Law Review* (2)26: 295–333. <https://core.ac.uk/download/pdf/228478342.pdf>
- Klaffkowska-Waśniowska, Katarzyna. 2021. *Wpływ nowelizacji dyrektywy Unii Europejskiej o audiowizualnych usługach medialnych na regulacje w krajach członkowskich*. Warszawa: Fundacja im. Stefana Batorego.

- Komisja Europejska. 2020. Wytoczne w sprawie stosowania w praktyce kryterium zasadniczej funkcji w odniesieniu do definicji „usługi platformy udostępniania wideo” zgodnie z dyrektywą o audiowizualnych usługach, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0707\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0707(02)&from=EN).
- Konarski, Xawery. 2020. Nowe obowiązki dostawców usług internetowych w prawie polskim i Unii Europejskiej. W: *Prawo nowych technologii – dane osobowe i prywatność, cyberbezpieczeństwo, handel elektroniczny, innowacje, internet i media, prawo IT*, (red.) Xawery Konarski. Dodatek do MOP 2020m 20, 147–153.
- Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji. 2023. Lista dostawców platform udostępniania wideo wpisanych do wykazu Przewodniczącego KRRiT na podstawie art. 1a ust. 7. Warszawa, <https://www.gov.pl/web/krrit/lista-dostawcow-platform-udostepniania-wideo-wpisanych-do-wykazu-przewodniczacego-krrit-na-podstawie-art-1a-ust7-urt>.
- Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji. 2022. *Informacja o podstawowych problemach radiofonii i telewizji w 2021 r.* Warszawa, <https://www.gov.pl/web/krrit/sprawozdanie-i-informacja-z-dzialalnosci-w-2021-roku>.
- Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji. 2020. *Kierunki implementacji dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych.* Warszawa, <http://www.archiwum.krrit.gov.pl/regulacje-prawne/unia-europejska/dyrektywa-medialna/>.
- Kubiak Maciej i Paweł Myrda. 2020. Zacieranie granic między poszczególnymi rodzajami mediów, przy różnym reżimie regulacyjnym – wybrane zagadnienia prawne. W: *Prawo nowych technologii – dane osobowe i prywatność, cyberbezpieczeństwo, handel elektroniczny, innowacje, internet i media, prawo IT*, (red.) Xawery Konarski. Dodatek do MOP 2020, 20, 155–163. DOI: 10.32027/MOP.20.20.6.
- Malczyk, Małgorzata. 2020. W: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do art. 1–424¹²*, (red.) Agnieszka Góra-Błaszczkowska. Warszawa: C.H. Beck.
- Matlak, Andrzej. 2022a. Wybrane aspekty implementacji do polskiego prawa zmienionej dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych. *Białostockie Studia Prawnicze* 1(27): 37–54. DOI: 10.15290/bsp.2022.27.01.03
- Matlak, Andrzej. 2022b. Zmiana dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych. W: *In varietate concordia: księga jubileuszowa profesora Ryszarda Skubisza*, (red.) Edyta Całka, Andrzej Jakubecki, Mirosław Nazar, Adrian Niewęglowski, Rafał Poździk. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Niewęglowski, Krzysztof. 2021. Ocena skutków prawnych regulacji rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji oraz ustawy o kinematografii (druk nr 1340). *Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych* 4(72): 174–186. DOI: 10.31268/ZPBAS.2021.75.
- Piech, Magdalena. 2019. *Pośrednicy internetowi w prawie Unii Europejskiej. Rola i obowiązki wobec treści użytkowników.* Warszawa: Wolters Kluwer.
- Radoniewicz, Filip. 2021. Zwalczanie nielegalnych treści w internecie – aspekty wybrane. W: *Media w erze cyfrowej: wyzwania i zagrożenia*, (red.) Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz, Monika Nowikowska, Krzysztof Wąsowski. 155–187. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Rozgonyi, Krisztina. 2020. Negotiating new audiovisual rules for Video Sharing Platforms: proposals for a Responsive Governance Model of speech online. *Revista Catalana de Dret Públic* 61: 83–98, <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-rcdp.i61.2020.3537>.

- Taczkowska-Olszewska, Joanna i Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz. 2019. *Świadczenie usług drogą elektroniczną*. Warszawa: C.H. Beck.
- Tylec, Grzegorz. 2021. W: *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*, (red.) Adrian Niewęglowski. Warszawa: Wolter Kluwers.
- Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji oraz ustawy o kinematografii, druk sejmowy nr 1340, <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1340>
- Wegner, Joanna. 2019. W: *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, (red.) Zbigniew Kmiecik, Wojciech Chróścielewski. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Woods, Lorna M. 2018. Video-sharing platforms in the revised Audiovisual Media Services Directive, *Communications Law* 23(3): 127–140, <https://repository.essex.ac.uk/23300/1/CL23.3> (Woods) accepted.pdf.
- Wojciechowska, Karolina. 2021. W: *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. (red.) Roman Hausner, Marek Wierzbowski. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Volume 21, Issue 1
June 2023

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-01-21
accepted 2023-03-27



Zakaz wydawania wiążących poleceń przez radę nadzorczą zarządowi spółki z o.o.

Prohibition of issuing binding orders by the supervisory board to the management board of a limited liability company

GRZEGORZ ADAM KAWALEC

Uniwersytet Opolski

ORCID: 0000-0002-0054-7220, g.kawalec93@gmail.com

Citation: Kawalec, Grzegorz, Adam. 2023. Zakaz wydawania wiążących poleceń przez radę nadzorczą zarządowi spółki z o.o. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(1): 83–99. DOI: 10.25167/osap.4999.

Abstract: This article deals with the question of interpreting the concept of “issuing binding orders” contained in Article 219 § 2 of the Code of Commercial Companies. This concept has been analyzed in terms of application of the relevant regulation in practice. In the article, the greatest attention is paid to the possibility of influencing the management board by the supervisory board in matters concerning the basic functioning of the discussed form of commercial law company. Considering the adopted practice of a “strong” management board and a “weak” supervisory board, the author focuses on analyzing Article 219 § 2 of the Commercial Companies Code in relation to the indicated practice and the admissibility of influencing the supervisory board on the management board’s activities regarding the conduct of the company’s affairs.

Keywords: management board, supervisory board, “binding orders”, Commercial Companies Code

Abstrakt: Niniejszy artykuł porusza kwestie interpretacji pojęcia „wydawania wiążących poleceń” zawartego w art. 219 § 2 Kodeksu spółek handlowych. Pojęcie to zostało przeanalizowane pod kątem stosowania w praktyce obowiązującej regulacji. W artykule największa uwaga została skupiona na możliwości wpływania na zarząd przez radę nadzorczą w kwestiach podstawowego funkcjonowania omawianej formy spółki prawa handlowego. Mając na

względnie przyjętą praktykę „silnego” zarządu i „słabej” rady nadzorczej, Autor skupił się na przeanalizowaniu art. 219 § 2 k.s.h. w odniesieniu do wskazanej praktyki oraz dopuszczalności wpływania rady nadzorczej na działania zarządu odnośnie do prowadzenia spraw spółki.

Słowa kluczowe: zarząd, rada nadzorcza, „wiążące polecenia”, Kodeks spółek handlowych

1. Wprowadzenie

Rada nadzorcza jest jednym z organów występujących w spółkach kapitałowych. W zależności od formy spółki oraz dodatkowych przesłanek przepisy ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (dalej: k.s.h.) regulują charakter występowania wskazanego organu – obligatoryjny bądź fakultatywny.

Ustanowienie rady nadzorczej w spółce kapitałowej związane jest z istnieniem w przepisach prawa polskiego systemu dualistycznego odnoszącego się do występowania określonych organów spółki. „System dualistyczny polega na tym, że obok zarządu występuje drugi organ spółki, tj. organ nadzoru (np. rada nadzorcza czy komisja rewizyjna), zaś pomiędzy zarządem i wspomnianym organem nadzoru istnieje ustawowo zarysowany podział kompetencji oraz podział personalny w tym znaczeniu, że członkowie zarządu nie mogą jednocześnie być członkami rady nadzorczej bądź komisji rewizyjnej i odwrotnie” (Szumański [red.] 2015: 497; na temat systemu dualistycznego zob. również: Stroiński 2005: 29).

Ze względu na możliwość rozszerzenia uprawnień rady nadzorczej ustanowionej w spółce z o.o., jakie przysługują na mocy art. 220 k.s.h., należy wspomnieć o możliwości oddelegowania członka rady nadzorczej do pełnienia funkcji w zarządzie spółki. Możliwość ta nie jest wyrażona wprost w powołanym przepisie (odmiennie w art. 383 § 1 k.s.h. dotyczącym spółki akcyjnej), jednakże również wprost takiego postępowania nie zabrania. Należy przy tym zaznaczyć, że regulacja z art. 383 § 1 k.s.h. również nie przyjmuje rozwiązania „sprawowania podwójnych ról” w spółce kapitałowej.

Ustawodawca, przyznając określone kompetencje radzie nadzorczej, wskazał, że jest ona organem sprawującym stały nadzór nad działalnością spółki, determinując tym samym jej działalność na płaszczyźnie nadzorczej (kontrolnej). Regulacja ustawowa zawarta w artykule 219 § 2 k.s.h. wyraża zapobiegliwość ustawodawcy wobec nie tylko pewnego rodzaju nakładania kompetencji rady nadzorczej i zarządu spółki, ale również wywierania wpływu przez organ nadzoru na decyzje zarządu dotyczące funkcjonowania spółki z o.o.

Zagadnieniem problematycznym w treści wspomnianej regulacji kodeksowej jest wyrażenie „wiążące polecenia”, które wprowadza możliwość dowolnej, szerokiej interpretacji art. 219 § 2 k.s.h. Mimo że obok zarządu w spółce z o.o.

występuje zgromadzenie wspólników i fakultatywnie rada nadzorcza, to właśnie rolę zarządu jest podejmowanie decyzji gospodarczych oraz wielu dodatkowych czynności związanych z codziennym funkcjonowaniem przedsiębiorstwa (zob. również: Weiss, Szumański [red.] 2018: 503). W niniejszej pracy zostanie podjęta próba odpowiedzi na pytanie, czy obecna regulacja k.s.h. rzeczywiście zawiera bezwzględny zakaz odnoszący się do działań rady nadzorczej mających na celu wywieranie wpływu na działania zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

2. Wykładnia „zakazu wydawania wiążących poleceń”

Artykuł 219 § 2 k.s.h. stanowi, że „rada nadzorcza nie ma prawa wydawania zarządowi wiążących poleceń dotyczących prowadzenia spraw spółki”. Wprowadzając niniejszą regulację, ustawodawca stworzył w przepisach polskiego prawa handlowego płaszczyznę do zastosowania wspomnianego wcześniej systemu dualistycznego. Zastosowanie systemu monistycznego, przeciwnego do omawianego, mogłoby doprowadzić do podległości zarządu względem rady nadzorczej. Zostałby tym samym popełniony pewnego rodzaju błąd legislacyjny, nadający *expressis verbis* radzie nadzorczej kompetencje nadzorcze opierające się na kontroli i „stałym nadzorze”, a następnie oddający w ręce rady nadzorczej możliwość decydowania o przyszłych losach spółki.

Rada nadzorcza ze względu na nadane jej uprawnienia posiada wyłącznie kompetencje kontrolne, które wynikają z nadzorczego charakteru omawianego organu. Analizowany organ w zamyśle ustawodawcy nie może wchodzić w kompetencje zarządu spółki, ponieważ oczywiste jest, że gdyby taka sytuacja była dopuszczalna, zarząd spółki byłby organem bezużytecznym, a co za tym idzie organem zbędnym w funkcjonowaniu spółki kapitałowej.

„Rada nadzorcza nie ma prawa wydawania poleceń, które będą wiązały członków zarządu przy prowadzeniu spraw spółki. Nadzór rady nadzorczej w żadnym wypadku nie może przerodzić się w stosunek podległości służbowej, w którym nadzorowany zarząd zostałby zobowiązany do wykonywania poleceń rady nadzorczej” (Kidyba 2019: 1089). A. Kidyba wskazuje dalej, iż „artykuł 219 § 2 k.s.h. ma przede wszystkim przeciwdziałać wpływowi rady nadzorczej (komisji rewizyjnej) oraz wspólników na zarządzanie (zakaz «mieszania się» w zarządzanie), ale nie może zwalniać zarządu z racjonalnego systemu oceny zjawisk objętych kompetencjami rady nadzorczej (komisji rewizyjnej)” (Kidyba 2019: 1089).

Analizując przytoczone powyżej stanowisko, należy pamiętać, że regulacja przedmiotowej ustawy prawa handlowego odnosi się w swojej istocie do aspektu działań zarządu w kontekście „prowadzenia spraw spółki”. Jednakże

wiele stanowisk w doktrynie, które zostaną przedstawione w niniejszym artykule, opowiada się za szerszą interpretacją aktualnie obowiązujących przepisów odnoszących się do stosunków wewnętrznych i zewnętrznych w spółce z o.o. A. Opalski twierdzi, że „pojęcie prowadzenia spraw spółki na tle art. 219 § 2 należy rozumieć szeroko jako obejmujące nie tylko wewnętrzne akty decyzyjne, ale również czynności reprezentacyjne w ich wykonaniu [...]. Zakaz obejmuje tym samym obie sfery działania zarządu” (Opalski [red.] 2018: 1308).

Nie można jednoznacznie opowiedzieć się za poprawnością tylko jednego z dwóch przedstawionych powyżej stanowisk, z których każde prezentuje *stricte* odmienne kierunki interpretacyjne.

Przesłanką przemawiającą za słusznością stanowiska zaprezentowanego przez A. Kidybę jest treść omawianego przepisu ustawy. Biorąc pod uwagę, iż ustawodawca zawiera w art. 219 § 2 k.s.h. przymiot „prowadzenie spraw spółki”, logiczne wydaje się, że tylko w tej sferze ów zakaz powinien obowiązywać.

Należy pamiętać, że prowadzenie spraw spółki to fundament wewnętrznych stosunków w spółce. Wątpliwe wydaje się stwierdzenie, że to właśnie charakter kompetencji zarządu przemawiał za ich ukazaniem w treści ustawy.

Po drugiej, opozycyjnej stronie do przedstawionego wyżej poglądu, należy postawić stanowisko A. Opalskiego, który wskazuje, że „[...] ograniczenie zakresu art. 219 § 2 do sfery wewnętrznej byłoby zabiegiem sztucznym. W obszarze uprawnień reprezentacyjnych przypisanych zarządcom rada nie posiada uprawnień ani nie mogą być im one przyznane przez umowę spółki (art. 204 § 2), co dodatkowo przesądza o nielegalności wydawania poleceń” (Opalski [red.] 2018: 1308).

W aspekcie analizowanego zakazu wydawania wiążących poleceń, rozszerzając na obie sfery działania zarządu, wypowiada się również A. Nowacki, wskazując, że „wprawdzie art. 219 § 2 KSH stanowi literalnie jedynie o wiążących poleceniach dotyczących prowadzenia spraw spółki, niedopuszczalne jest także wydawanie przez radę nadzorczą wiążących poleceń dotyczących reprezentacji spółki. Kompetencja taka nie może dla rady nadzorczej wynikać także z umowy spółki” (Nowacki 2018: 1379). Uwidacznia się w tym miejscu zdolność doktryny do liberalnej interpretacji sztywnych uregulowań ustawowych lub też dowolność ich stosowania w kierunku rozszerzającym.

Po ukazaniu wybranych stanowisk doktrynalnych opowiadam się za uznaniem, że przedmiotowy zakaz wydawania wiążących poleceń, mimo iż – biorąc pod uwagę literalne brzmienie przepisu – powinien dotyczyć wyłącznie jednej ze wskazanych już wyżej sfer stosunków w spółce kapitałowej, odnosi się również do jej skutecznej reprezentacji w stosunkach zewnętrznych. Za postawioną w takim kształcie tezę przemawiają aspekty praktyczne związane z funkcjonowaniem dowolnej spółki z o.o. w obrocie gospodarczym. Jako przy-

kład przemawiający za niemożliwością rozdzielania wskazanych sfer w aspekcie obowiązywania omawianego zakazu należy ukazać najprostsze podejmowanie decyzji dotyczące choćby podpisania umowy z kontrahentem, której skutkiem będzie zwiększenie majątku spółki. Zakup środków trwałych w postaci kilku maszyn produkcyjnych będzie, co oczywiste, wyczerpywał kwestie podjęcia zarówno działań leżących w sferze prowadzenia spraw spółki (podjęcie decyzji o zakupie wspomnianych maszyn produkcyjnych), jak i w sferze reprezentacji spółki w postaci akceptacji wybranej oferty (podpis pod umową sprzedaży) (zob. również: Opalski [red.] 2018: 1308).

Trudno wobec wskazanego przykładu praktycznego uznać za słuszne ograniczenie przedmiotowego zakazu wyłącznie do podejmowania decyzji wewnątrz spółki odnoszącej się tylko do zgody na zakup wybranego środka trwałego. Zatem niewłaściwe jest pozostawienie w omawianym aspekcie rozdzielania omawianych sfer stosunków w spółce z o.o., gdyż biorąc pod uwagę praktykę gospodarczą, aspekty te najczęściej są nierozzerwalnie ze sobą związane, a jedna decyzja bezpośrednio wynika z innej bądź ma wpływ na kolejną.

Przechodząc do analizy głównego problemu niniejszego artykułu, jakim jest zastosowanie sformułowania „wiązące polecenia”, należy wskazać, że sformułowanie to może być, bądź też już jest, widoczną granicą oddziaływania rady nadzorczej na działania zarządu. Kluczowym aspektem budowy wskazanego przepisu jest słowo „wiązące”. Tego rodzaju polecenia, które byłyby wydawane przez radę nadzorczą, są zakazane. Problematyczna okazuje się kwestia interpretacji użytego w ustawie słowa, co daje możliwość polemiki na zasadzie gry słownej, aby dany zakaz obejść *de lege artis*. Gdy ustawodawca mówi o wiążących poleceniach, nie ma na myśli, *a contrario*, niewiązących poleceń, sugestii czy choćby propozycji. Nie ma lub nie zawarł tego w wykładni art. 219 § 2 k.s.h. Niewiązące polecenia, sugestie, propozycje, opinie, porady, wskazówki – wymienione w tym miejscu „działania” rady nadzorczej względem decyzji zarządu nie znalazły się w ustawie jako niedozwolone. Ustawodawca nie stworzył otwartego katalogu działań rady nadzorczej, które mogłyby negatywnie wpłynąć na podejmowanie decyzji przez zarząd spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Skupił swoją uwagę jedynie na „wiązących poleceniach”, które w świetle powyższej polemiki mogą sprawiać wrażenie zapisu sztucznego, który nie znajduje odzwierciedlenia w kwestii funkcjonowania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na płaszczyźnie gospodarczej.

Rozszerzając interpretację terminu „wiązące polecenia” stosuje K. Kopaczyńska-Pieczniak, wskazując, że „[...] przepis odnosi się wyłącznie do wydawania wiążących poleceń, nie ma natomiast zastosowania do innych form oddziaływania przez radę na zarząd w postaci w szczególności poleceń czy wskazówek o charakterze niewiążącym” (Kopaczyńska-Pieczniak [red.] 2018: 484–485).

Analizując szerzej stanowisko przywołanej Autorki, za którym jednocześnie należy opowiedzieć się pozytywnie, należy wskazać, że członkowie rady nadzorczej danej spółki w celu podjęcia odpowiednich działań przez zarząd tejsze mogą stosować wiele zabiegów językowych, które pomogą im *de lege artis* ominąć ustawowy zakaz. *Ad exemplum* – zawarcie w stosownej uchwale rady nadzorczej choćby zapisu o treści: „Sugeruje się...”, jest w świetle obowiązujących przepisów dopuszczalne.

Podobną interpretację omawianej kwestii do zaprezentowanej wcześniej przez K. Kopaczyńską-Pieczniak ukazuje również A. Nowacki, według którego „takie faktyczne związanie tymi wskazówkami, uwagami, sugestiami nie jest jednak zakazane art. 219 § 2 KSH, a więc ich wydawanie także w tym przypadku (jako «faktycznie wiążących poleceń») nie jest sprzeczne z art. 219 § 2, co oznacza, że nie stanowi to działania członków rady nadzorczej sprzecznego z prawem i tym samym w szczególności mogącego stanowić podstawę do ich odpowiedzialności odszkodowawczej wobec spółki na zasadach art. 283 KSH czy art. 471 KC” (Nowacki 2018: 1379).

Na przykładzie stanowiska ukazanego powyżej, które w swojej treści odnosi się do dopuszczalności zastosowania przez radę nadzorczą wielu możliwości, aby rzeczywisty wpływ na losy spółki z o.o. jednak mieć, gołym okiem można zauważyć, że tak naprawdę o dopuszczalności wydania danego „nakazu” zachowania zarządu w jakiegokolwiek sprawie dotyczącej spółki przesądza jedynie treść stosownej uchwały. Poprawne może w tej sytuacji okazać się stwierdzenie, że poprzez aktualną treść analizowanego art. 219 § 2 k.s.h. rada nadzorcza posiada odpowiednią wiedzę co do tego, jakich (choć odpowiednim byłoby użycie „w jakiej formie”) instrukcji nie wydawać, aby nie zostały one zakwestionowane w związku z omawianym przepisem.

Nasuwa się więc szereg pytań – w jakiej formie, bądź też w jakim kontekście, rada nadzorcza chcąc niejako wejść w kompetencje zarządu, tudzież mieć decydujący wpływ na decyzje związane z funkcjonowaniem spółki, musiałaby wydać przedmiotowe polecenia, aby uznać je za wiążące? Co w aspekcie decydowania oznacza wydanie wiążących poleceń? Jaką formę musiałyby przyjąć owe polecenia, aby jasno i bezsprzecznie stwierdzić, że ich charakter mieści się w zakresie „wiązących poleceń”?

Na podstawie przedstawionego dorobku doktryny należy uznać, że jedyną odpowiedzią na powyższe pytania, która to odpowiedź przemawiałaby w sposób jednoznaczny za uznaniem każdego pojedynczego polecenia rady nadzorczej względem zachowania zarządu za spełniające warunki opisane w art. 219 § 2 k.s.h., jest wskazanie wprost w uchwale rady nadzorczej, że organ ten wydaje wiążące polecenie.

Nie sposób znaleźć, po przeanalizowaniu wybranego dorobku, innej możliwości dla kwalifikacji językowej niż właśnie jednoznaczne wskazanie charakteru danego polecenia. Tym samym, jak zostało już wskazane w treści niniejszej pracy, organ kontrolny w spółce z o.o. poprzez tak skonstruowany przepis ustawowy zyskuje szereg możliwości na osiągnięcie zamierzonego celu poprzez niewątpliwe sterowanie poczynaniami zarządu spółki.

Należy jednak pamiętać, że niewykonanie przez zarząd stosownej sugestii, a więc w swej istocie pewnego rodzaju polecenia niewiążącego, a zatem i zgodnego z zapisami ustawy, może prowadzić do sytuacji, w której to organ kontrolny może uznać na podstawie szerokiego spektrum okoliczności, że zarząd (członek zarządu), podejmując decyzję dotyczącą funkcjonowania spółki, nie wziął pod uwagę istotnych dla spółki okoliczności, które mają wpływ na obecną i przyszłą sytuację podmiotu gospodarczego (zob. również na ten temat: Kopaczyńska-Pieczniak 2018: 485). Należy mieć na uwadze, że niewywiązanie się członka zarządu z obowiązku względem spółki niewątpliwie daje podstawę do podjęcia odpowiednich kroków rady nadzorczej względem członka zarządu.

Odnosząc się do przytoczonych interpretacji wykładni art. 219 § 2 k.s.h., można stwierdzić, że kluczowa w aktualnym brzmieniu analizowanego przepisu jest interpretacja pojęcia „wiązące polecenia”, gdyż niniejszy zabieg językowy jest decydujący w kwestiach kompetencji rady nadzorczej, odnoszących się do wpływania wskazanego organu na funkcjonowanie organu zarządczego w spółce.

Dotychczas w obrębie niniejszego artykułu, jak również w przytoczonych stanowiskach doktryny, problematyka „wydawania wiążących poleceń” została ukazana w odniesieniu do zarządu i rady nadzorczej jako organów spółki. Nie poddano jednak analizie głównego problemu pod względem personalnym. Starając się zobrazować funkcjonowanie organów spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, należy przedstawić po raz kolejny niniejszą sytuację w aspekcie praktycznym, jednocześnie zadając poniżej wskazane pytanie, które być może da podstawę do szerszej dyskusji na temat kompetencji określonych organów w spółce z o.o.

Jak na problematykę niniejszego artykułu może wpłynąć założenie, że członkowie rady nadzorczej są współnikami spółki z o.o.? Pytanie to jest o tyle zasadne, że organem nadrzędnym (fundamentalnym i w swej istocie obligatoryjnym) w każdej spółce kapitałowej jest organ właścicielski – w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością jest to zgromadzenie współników (w przypadku spółki akcyjnej i prostej spółki akcyjnej – walne zgromadzenie akcjonariuszy). Należy pamiętać, że zakaz z art. 219 § 2 k.s.h. odnosi się tylko do rady nadzorczej – organu spółki. Regulacja ta jest w przedstawianym aspekcie kluczowa, albowiem

odpowiednie zapisy w przedmiotowej ustawie regulujące działanie innej wspomnianej już spółki kapitałowej – spółki akcyjnej, zakazują wydawania wiążących poleceń również przez walne zgromadzenie akcjonariuszy.

Jak wskazuje A. Kidyba, „porównując treść art. 219 § 2 i art. 375¹ k.s.h., wobec braku w spółce z o.o. analogicznej do art. 375¹ k.s.h. regulacji zasad określających relacje do zgromadzenia wspólników, przyjęć należy, że wspólnicy mogą wydawać wiążące polecenia zarządowi [...]” (Kidyba [red.] 2018: 356).

Za ukazanym powyżej kierunkiem interpretacyjnym braku zakazu wydawania wiążących poleceń przez zgromadzenie wspólników opowiadają się również A. Opalski i A.W. Wiśniewski, którzy wskazują, że „w zakresie polityki gospodarczej spółki wspólnicy dysponują znaczną swobodą wydawania poleceń zarządom. Ze względu na ich podporządkowanie wspólnikom (art. 207 k.s.h.) – członkowie zarządu są obowiązani wykonywać polecenia wspólników bez względu na to, czy wydają się im one gospodarczo racjonalne” (Opalski, Wiśniewski 2005: 57). W dalszej części przedstawionego stanowiska wskazani Autorzy słusznie podkreślają, że „granicę wyznaczają polecenia, które są sprzeczne z dobrymi obyczajami albo np. zagrażają egzystencji spółki i z dużym prawdopodobieństwem doprowadzą do jej upadłości” (Opalski, Wiśniewski 2005: 58)

W dorobku judykatury również znajduje się stanowisko niejako dopuszczające możliwość wydawania poleceń o analizowanej randze względem zarządu spółki z o.o. Sąd Okręgowy w Szczecinie wskazuje, iż „zgodnie bowiem z zasadą omnipotencji wspólników w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zgromadzenie wspólników może podejmować uchwały we wszystkich sprawach, w tym wydawać zarządowi spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wiążące polecenia, o ile dana sprawa nie została zastrzeżona do wyłącznej kompetencji innego organu tej spółki” (sygn. akt VIII GC 189/15).

Wracając do regulacji art. 375¹ k.s.h., zakazującej wydawania wiążących poleceń również przez walne zgromadzenie akcjonariuszy spółki akcyjnej, można zapytać, dlaczego mimo braku odpowiedniego uregulowania, nie stosować wskazanego *per analogiam* do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością?

Wydaje się prawidłowym uznanie, że powoływanie się w niniejszym przypadku na istniejące ograniczenie w przedmiotowej materii w odniesieniu do spółki z o.o. byłoby rozwiązaniem niemającym żadnego pokrycia w przepisach dotyczących funkcjonowania omawianej formy spółki. Można hipotetycznie założyć, że gdyby ustawodawca chciał wprowadzić omawiany zakaz w przepisach dotyczących spółki z o.o., to takie ograniczenie uprawnień wspólników z pewnością znalazłoby się w przedmiotowej ustawie.

Podjmując polemikę dotyczącą dobrowolnego stosowania wskazanego ograniczenia przez wspólników, należy zaznaczyć, że po pierwsze – wątpliwe jest, czy właściciele spółki chcieliby sami sobie ograniczyć przysługujące im poniekąd prawo oddziaływania na losy spółki, po drugie zaś – nie wiadomo, w jakiej formie miałyby zostać stwierdzone owo ograniczenie.

Omawiany wyżej aspekt ograniczenia uprawnień wspólników powinien zostać uznany za zbędny, gdyż fundamentem statusu każdego wspólnika w omawianej spółce kapitałowej jest zasada równych praw wspólników, wyrażona w art. 174 § 1 k.s.h. Przyjmuje się, że odstępstwa od wskazanej zasady mają związek z pozycją wspólnika związaną z ilością posiadanych udziałów (wspólnik większościowy – wspólnik mniejszościowy) oraz są związane z dodatkowymi uprawnieniami pojedynczego właściciela spółki (zob. również: Dumkiewicz 2020: 327 i powołane tam orzecznictwo). Mając na uwadze wskazany dorobek doktryny, należy wskazać, że wspomniane konfiguracje praw i obowiązków wspólnika odnoszą się jedynie do dodatkowych korzyści wynikających z praw udziałowych, natomiast nie mają żadnego odniesienia do ograniczeń tychże praw. Wskazanie to jest jak najbardziej prawidłowe, gdyż należy postawić jasną tezę, że będąc właścicielem spółki, dany wspólnik nie będzie odbierał sobie nadanych mu ustawowo praw w aspekcie decydowania o losach swojego przedsiębiorstwa.

Jedną z możliwości zaprzestania stawiania wszelakich tez na temat dopuszczalności bądź też niewydawania wiążących poleceń w spółce z o.o. przez jej zgromadzenie wspólników wydaje się zmiana przedmiotowej ustawy w problematycznej części. Jednakże proponowany kształt tychże zmian zostanie ukazany w dalszej części niniejszego artykułu jako jeden z wniosków *de lege ferenda*.

Mając na uwadze powyżej poczynione ustalenia, rodzi się wątpliwość, czy obecna regulacja art. 219 § 2 k.s.h. stanowi jakiegokolwiek odniesienie do rzeczywistego funkcjonowania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, albowiem pojawiają się kolejne wątpliwości i niejasności w aspekcie prawidłowego podejmowania decyzji w omawianej formie spółki.

Po pierwsze, należy mieć na uwadze, że brak odpowiedniej regulacji w zakresie jednoznacznego wskazania, jak należy interpretować pojęcie „wiązące polecenia”, może powodować stosowanie negatywnych praktyk korporacyjnych przez wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, które mogą polegać na przechodzeniu tychże wspólników do rady nadzorczej, pozostawiając tym samym zarząd dla osób trzecich, niebędących wspólnikami spółki z o.o. Wtedy to wydanie jakiegokolwiek innego polecenia, niemającego charakteru wiążącego, bądź też rady czy sugestii – o których zostało wspomniane już wcześniej – jest zgodne z obowiązującymi przepisami.

Po drugie, przy dopuszczalności wydawania wiążących poleceń przez zgromadzenie wspólników, właściciele spółki nie muszą stosować zabiegów wskazanych powyżej. Dla osiągnięcia założonych celów wystarczające będzie podjęcie odpowiedniej uchwały zgromadzenia wspólników spółki z o.o.

Po trzecie, w konkretnej spółce może dojść do pewnego rodzaju połączenia omawianych uprawnień kontrolnych i właścicielskich. Możliwa jest sytuacja, w której udziałowcy spółki będą pełnić funkcje nadzorcze, zasiadając w radzie nadzorczej, a jednocześnie będą wydawać wiążące polecenia w ramach zgromadzenia wspólników.

Pochylając się nad powyższą kwestią, należy za R.T. Stroińskim wskazać na regulację prawa niemieckiego, „[...] gdzie zgromadzeniu wspólników przyznano szeroką kompetencję związaną z zarządzaniem spółką. Członkowie zarządu są związani poleceniem zgromadzenia wspólników zarówno o charakterze ogólnym, jak i szczegółowym. Natomiast zgromadzenie wspólników nie ma prawa do wydawania wiążących poleceń w zakresie spraw, które zgodnie z przepisami prawa należą do wyłącznej kompetencji zarządu np. prowadzenie księgowości spółki lub obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości” (Stroiński 2005: 35).

Omawiając poszczególne konfiguracje w organach spółki z o.o. i odwołując się przy tym do wskazanej na początku artykułu kwestii reprezentacji spółki leżącej u podstaw jej stosunków zewnętrznych, warto na przykładzie przedstawić również potencjalną możliwość wydania wiążącego polecenia prokurentowi spółki. Aspekt ten jest, moim zdaniem, warty głębszego przeanalizowania pod kątem dopuszczalności zastosowania kompetencji rady nadzorczej z tego względu, że przywołanego organu reprezentującego spółkę ustawodawca nie wskazał w omawianym przepisie. Wielokrotnie w niniejszym opracowaniu wskazane zostało, że zakaz ten odnosi się wyłącznie do zarządu jako organu, który prowadzi sprawy spółki i ją reprezentuje.

Należy jednakże wziąć pod uwagę, że możliwa jest w spółce kapitałowej reprezentacja łączna członka zarządu wraz z prokurentem. Jak w takiej konfiguracji czytać ustawowy zakaz? Czy przy danym rodzaju reprezentacji spółki w ogóle możliwe do zastosowania – i co ważniejsze – racjonalne będzie wydanie wiążącego polecenia wyłącznie w stosunku do prokurenta? Pamiętać przecież należy, że w sytuacji reprezentacji łącznej dane działanie osób podejmujących decyzję w imieniu i na rzecz spółki musi być zgodne.

Trudno tym samym w praktyce gospodarczej wyobrazić sobie sytuację, w której prokurent będzie działał zgodnie z instrukcją rady nadzorczej, a członek zarządu opowie się w danej sytuacji za odmiennym rozwiązaniem. Sytuacja ta rysuje się w praktyce jako abstrakcja, która nie ma właściwego uzasadnienia.

3. Zgoda rady nadzorczej na dokonanie określonych czynności jako możliwość rozszerzenia uprawnień rady a zakaz wydawania wiążących poleceń

Art. 220 przedmiotowej ustawy zawiera tzw. możliwość rozszerzenia uprawnień rady nadzorczej, m.in. odnośnie do zgody organu nadzoru na dokonanie przez zarząd spółki określonych czynności. Powołanie wskazanej regulacji dla potrzeb niniejszego artykułu jest zasadne, gdyż odnosi się ona do głównej wątpliwości wskazanej w niniejszej pracy, a mianowicie słuszności obecnej regulacji obejmującej zakaz wydawania przez radę nadzorczą wiążących poleceń zarządowi spółki. Ryzykując stwierdzenie, że regulacja zakazująca z art. 219 § 2 i regulacja rozszerzająca z art. 220 k.s.h. pozostają ze sobą w sprzeczności, należy przeanalizować obecne przepisy pod kątem możliwości wchodzenia w określone kompetencje zarządu przez radę nadzorczą na podstawie wskazanych wyżej unormowań. Można postawić w tym miejscu pytanie, po co ustawodawca wprowadzałby zakaz określonego działania, a jednocześnie przyznawał dodatkowe uprawnienia w tym samym zakresie? Rozszerzenie uprawnień rady nadzorczej wskazane w art. 220 k.s.h. automatycznie nasuwa pytanie o możliwość praktycznego zastosowania wskazanego przepisu odnośnie do realnego wpływania przez radę nadzorczą na decyzje zarządu dotyczące funkcjonowania spółki z o.o. Pozytywna odpowiedź potwierdzałaby wskazaną we wcześniejszej części artykułu wątpliwość dotyczącą słuszności regulacji art. 219 § 2 k.s.h.

M. Rodzyńkiewicz, odnosząc się do kwestii zinterpretowania regulacji art. 220 przedmiotowej ustawy, stoi na stanowisku, że „jeżeli umowa spółki ma przekazać radzie nadzorczej kompetencje do wyrażania zgody na dokonanie czynności prawnych, czynności te muszą być wyraźnie określone w umowie spółki” (Rodzyńkiewicz 2018: 488). Z tak przedstawionego stanowiska nie wynika, aby rada nadzorcza poprzez dopuszczalność rozszerzenia jej kompetencji wchodziła w zakres działania zarządu spółki. Co więcej, kolejne stanowisko zawarte w doktrynie przedstawia typowe przypadki, dla których wymagana jest zgoda rady nadzorczej. Są nimi:

- 1) „przyjęcie budżetu spółki;
- 2) przyjęcie wieloletnich planów inwestycyjnych;
- 3) dokonanie czynności prawnej ze współnikiem lub jego podmiotem powiązany;
- 4) zaciągnięcie zobowiązań o określonej wartości” (Nowacki 2018: 1406).

Biorąc pod uwagę, że w doktrynie wskazane zostały czynności, które dają podstawę do zastosowania art. 220 k.s.h., można zaryzykować stwierdzenie, iż rozszerzenie uprawnień zgodnie z wolą ustawodawcy nie daje praktycznych możliwości radzie nadzorczej do nadania sobie kompetencji należnych zarzą-

dowi spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Stanowisko to można oprzeć na niniejszym przykładzie: rozszerzenie uprawnień ma nastąpić poprzez odpowiednie zapisy w umowie spółki. Umowa, co oczywiste, tworzona jest w momencie powstania spółki prawa handlowego. Wskazany przebieg zdarzeń sprawia, że wspólnicy spółki, przekazując określone uprawnienia radzie nadzorczej odnośnie do funkcjonowania spółki z o.o. w przyszłości, stworzą pewnego rodzaju tzw. katalog zamknięty tychże uprawnień. Odnosząc podany powyżej przykład do art. 219 § 2 ustawy, zaobserwujemy, że założyciele spółki nie będą w stanie odnieść się do wszystkich przyszłych zdarzeń, które mogą hipotetycznie wystąpić w trakcie działalności spółki, dlatego też we wskazanym zakresie rozszerzenie uprawnień nadanych radzie nadzorczej w spółce z o.o. również nie będzie miało decydującego wpływu – w mniejszym bądź większym zakresie – na niezależne podejmowanie decyzji przez zarząd spółki.

Należy mieć również na uwadze stanowisko M. Chomiaka, który wskazuje: „zakaz wydawania wiążących poleceń nie stoi natomiast w sprzeczności z możliwością zawarcia w umowie spółki katalogu czynności, na których dokonanie zarząd jest zobowiązany uzyskać zgodę rady nadzorczej (art. 220 KSH)” (Chomiuk [red.] 2022; zob. również powołane tam orzecznictwo).

Kolejną problematyczną kwestią w omawianej materii dotyczącej działania poszczególnych organów spółki z o.o. jest to, czy wpisanie w umowę spółki zwrotu „podjęcie czynności nagłej” ma prawo bytu? Czy zawarcie takiej przesłanki, niewskazującej na konkretne pole działania, jest dopuszczalne? Do zadanego pytania należy odnieść się w sposób negatywny. Możliwość zawarcia w umowie spółki rozszerzenia kompetencji na „podjęcie czynności nagłej” jest rozszerzeniem zbyt daleko ingerującym w kompetencje zarządu, które mogłoby na pozycji organu zarządzającego postawić radę nadzorczą, co godziłoby w konieczność istnienia zarządu. A. Nowacki na podstawie wskazanych przez siebie typowych sytuacji wymagających zgody rady nadzorczej zaznacza, że „poszerzeniu kompetencji rady nadzorczej w umowie spółki sprzyja przyjęcie w spółce modelu *corporate governance*, w którym mało aktywne, ograniczone do wykonywania obligatoryjnych kompetencji ustawowych, miałyby być zgromadzenie wspólników, a kompetencje nadzoru nad działalnością spółki (w tym kompetencje do władczej ingerencji w działalność spółki) miałyby być wykonywane przez nominatów wspólników w sprawnej, elastycznej funkcjonującej radzie nadzorczej” (Nowacki 2018: 1406).

Na podstawie przytoczonego stanowiska można postawić tezę, że rozszerzenie uprawnień i nadanie dodatkowych kompetencji radzie nadzorczej może spowodować wprowadzanie omawianego organu na pozycję podstawowego decydenta w sprawach dotyczących funkcjonowania spółki, a tym samym może dojść do zamiany pozycji wskazanych organów, oddania szerszej płaszczyzny

do działania radzie nadzorczej i nadania jej uprawnień do tzw. nadzoru właścicielskiego.

Skupiając się na przedmiotowym zagadnieniu tej części artykułu i zagrożeniu (bądź możliwości) oddziaływania rady nadzorczej na funkcjonowanie spółki z o.o. w granicach uprawnień zarządu, należy wskazać, że „zastrzeżona umową spółki konieczność uzyskania zgody rady nadzorczej na dokonanie określonej czynności nie jest równoznaczna z możliwością wydawania w tym zakresie przez radę nadzorczą wiążących poleceń. Rada nadzorcza nie może bowiem wymusić na zarządzie dokonania danej czynności, a co najwyżej – umożliwić jej dokonanie, jeżeli obok decyzji zarządu o dokonaniu czynności wydana zostanie także wymagana umową spółki zgoda rady nadzorczej” (Nowacki 2018: 1380).

Opierając się na powyżej przywołanym stanowisku, należy stwierdzić, że wywieranie wpływu przez radę nadzorczą na funkcjonowanie spółki nie ma zastosowania na gruncie art. 220 k.s.h. poprzez hipotetyczny obowiązek uzyskania przez zarząd spółki zgody organu nadzoru przed dokonaniem danej czynności.

Można odnieść wrażenie, że rozszerzone kompetencje rady nadzorczej są w pewnym sensie kompetencjami „miękkimi”, mającymi za główne zadanie wskazywanie, ukierunkowanie działań zarządu. Aby w umowie spółki zawrzeć pewnego typu sztywne działanie, należałoby je w odpowiedni sposób opisać, doprecyzować. Naruszenie zakazu wydawania wiążących poleceń, zawartego w art. 219 § 2 k.s.h., nie jest możliwe poprzez rozszerzenie kompetencji, o jakim mowa w art. 220 k.s.h. Aby doszło do wskazanego naruszenia, w umowie spółki musiałyby znaleźć się odpowiednie zapisy dotyczące kwestii kompetencji zarządu, a jak już zostało wskazane w treści niniejszej pracy, zastosowanie pojęcia „podjęcia czynności nagłej” jest zbyt ogólne, a jego dopuszczalność mogłaby doprowadzić do koncepcji silnej rady nadzorczej i słabego zarządu.

Podsumowaniem powyższych rozważań, które dotyczą możliwości rozszerzenia uprawnień rady nadzorczej na płaszczyznę kompetencji zarządu spółki z o.o., jest stanowisko E. Krześniaka, zgodnie z którym „[...] zarówno art. 219 § 2 jak i art. 375¹ k.s.h., mogą być uznane za *lex specialis* w stosunku do regulacji zezwalającej na rozszerzenie uprawnień rady. Jako całość, przepisy te rozgraniczają funkcje zarządzające od funkcji nadzorczych i kontrolnych. Na gruncie k.s.h. rada nadzorcza ma prawo oddziaływania na aktywność zarządu, ale nie w formie wiążącej (tj. w formie wiążących poleceń)” (Krześniak 2005: 252).

4. Wnioski *de lege ferenda*

Po przeprowadzeniu analizy odnoszącej się do aktualnego kształtu dwóch przepisów ustawowych, tj. art. 219 § 2 k.s.h. i art. 220 k.s.h., na kanwie niniejszej pracy warto przedstawić kilka propozycji *de lege ferenda*, które być

może mogłyby rozwiązać problemy interpretacyjne, których – jak można było zauważyć we wcześniejszych częściach niniejszego artykułu – jest wiele.

Po pierwsze, można jednoznacznie w przepisach przedmiotowej ustawy wskazać, co należy rozumieć przez pojęcie „wiążące polecenia”. Wskazane pojęcie może zostać unormowane przez odpowiednią treść w słowniczku k.s.h., a to poprzez dodanie w art. 4 § 1 k.s.h. kolejnego punktu, w którym znalazłaby się definicja ustawowa pojęcia „wiążące polecenia”. Zmiana może również dotyczyć obecnego art. 219 § 2 k.s.h., którego nowa treść pozwoliłaby wskazać jednoznacznie na zakaz wpływu organu kontrolnego na organ zarządczy w spółce z o.o. poprzez wprowadzenie zapisu, który przykładowo mógłby brzmieć „rada nadzorcza nie może w jakikolwiek sposób wpływać na działania zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością”. W tym przypadku nie należy jednakże zapominać o uprawnieniach rady nadzorczej wynikających z treści art. 220 k.s.h., a więc proponowana treść nie mogłaby stać w sprzeczności, ani też wykluczać stosowania art. 220 k.s.h.

Po drugie, dla ostatecznego rozstrzygnięcia o niemożliwości wydawania wiążących poleceń przez zgromadzenie wspólników spółki z o.o. proponuję nowelizację art. 219 § 2 k.s.h. lub też wprowadzenie nowej dodatkowej regulacji, tożsamej do treści art. 375¹ k.s.h., który brzmi: „walne zgromadzenie i rada nadzorcza nie mogą wydawać zarządowi wiążących poleceń dotyczących prowadzenia spraw spółki.” Oczywiście, pamiętając o poczynionej analizie dotyczącej zakazu wydawania wiążących poleceń w odniesieniu do prowadzenia spraw spółki, a jednocześnie jej skutecznej reprezentacji, prawidłowe byłoby legislacyjne rozszerzenie omawianego zakazu na obie wskazane sfery działania zarządu.

Po trzecie, mając na uwadze nowelizację przedmiotowej ustawy z dnia 9 lutego 2022 r., która weszła w życie z dniem 13 października 2022 r., odnoszącą się również m.in. do kwestii grupy spółek oraz zależności na poziomie spółka dominująca – spółka zależna, należy zwrócić uwagę, że ustawodawca zawarł w nowych przepisach możliwość odmowy wykonania wiążącego polecenia, wydanego przez osoby zarządzające spółką dominującą. Odmowa ta może nastąpić w drodze uchwały podjętej przez zarząd spółki zależnej, uczestniczącej w grupie spółek. Ogólnie wskażę, że bezwzględnie obowiązującymi przesłankami odmowy wykonania wiążącego polecenia w spółkach funkcjonujących na zasadach grupy spółek są niewypłacalność albo zagrożenie niewypłacalnością spółki zależnej (art. 21⁴ § 1 k.s.h.). Oczywiście, należy mieć na uwadze, że trudno będzie o racjonalne zastosowanie podobnych przesłanek w jednej spółce, gdyż wątpliwe jest, aby członkowie rady nadzorczej chcieli dobrowolnie doprowadzić do kryzysu finansowego spółki (wyłączając kwestie wrogiego przejęcia), jednakże ostatnie zmiany k.s.h. pokazują, że istnieje płaszczyzna do

zabezpieczenia członków zarządu spółki z o.o. przed podejmowaniem działań wymuszonych przez osoby wchodzące w skład organu nadzoru.

Tym samym, przy pozostawieniu otwartego katalogu form oddziaływania rady nadzorczej *de lege artis* na poczynania zarządu, na temat którego wypowiedzieli się liczni przedstawiciele doktryny, a których to stanowiska zostały na kartach niniejszego opracowania przedstawione, można stworzyć dla zarządu spółki z o.o. swoisty „parasol ochronny” w sytuacji, w której to wykonanie poleceń rady nadzorczej hipotetycznie mogłoby doprowadzić do straty finansowej spółki czy też szerzej – do jej niewypłacalności lub ostatecznie upadłości.

5. Podsumowanie

Przedmiotem analizy niniejszego artykułu jest regulacja art. 219 § 2 k.s.h. oraz związana z nią regulacja rozszerzająca z art. 220 wskazanej ustawy. Podjęcie niniejszego tematu wydaje się zasadne, przyjmując założenia wskazane w literaturze przedmiotu, które to ukierunkowują regulację prawa polskiego w stronę „silnego zarządu” i „słabej rady nadzorczej” (zob. Szumański [red.] 2015: 506; Weiss, Szumański [red.] 2018: 466). Mając na uwadze dotychczasowy dorobek doktryny, a także kierunek przedstawionych w niniejszym artykule interpretacji poszczególnych przepisów ustawy, problematyczny był sposób wykładni art. 219 § 2 i zawarte w nim pojęcie „wiązących poleceń”. Artykuł stanowi próbę odpowiedzi na pytanie o słuszność obowiązywania regulacji art. 219 § 2 w obecnym brzmieniu, w szczególności omawiając kwestię zakazu wydawania wiążących poleceń dla zarządu spółki. Poprzez analizę różnorodnych stanowisk odnoszących się do problematyki wskazanego zagadnienia, na które powołano się w niniejszym artykule, można z przekonaniem stwierdzić, że regulacja z art. 219 § 2 k.s.h. odnosząca się do kompetencji rady nadzorczej i zarządu spółki z o.o. w przedmiocie prowadzenia spraw spółki (tak ściśle wskazuje brzmienie analizowanego artykułu), nie stanowi regulacji sztywnej, która może mieć powszechne zastosowanie. Niniejsze ustalenia pochodzą z logicznej wykładni art. 219 § 2 ustawy, ponieważ ustawodawca wskazuje tylko na zakaz stosowania „wiązących poleceń”. Dlatego też w niniejszej pracy postawiono pytanie dotyczące określenia statusu poleceń rady nadzorczej dla zarządu spółki.

W dalszej części, dzięki analizie art. 220 k.s.h., ukazano, że wskazana regulacja nie daje możliwości ząębienia się kompetencji na gruncie wskazanych artykułów przedmiotowej ustawy.

Omawiany zakaz wydawania „wiązących” poleceń, nie jest przedstawiony w sposób wyczerpujący w przedmiotowej ustawie, dlatego też daje wiele możliwości do działania na wskazanej płaszczyźnie radzie nadzorczej. Aktualne brzmienie art. 219 § 2 k.s.h. daje wiele możliwości do nadinterpretacji

dla jego praktycznego stosowania, tym bardziej że w przepisach dotyczących funkcjonowania spółki akcyjnej znajdują się odpowiednie uregulowania, które mogłyby mieć zastosowanie w omawianych problematycznych kwestiach w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Tym samym polemika dla wyznaczonej granicy kompetencji odnośnie do omawianych organów spółki z o.o. pozostaje w szerokim zakresie otwarta i możliwa do wielu interpretacji. W związku z tym niniejszy artykuł służy również do wskazania kilku propozycji nowelizacyjnych, które mogą, chociażby w niewielkim zakresie, uporządkować sporne, otwarte interpretacyjnie kwestie. Przedstawiając swoje propozycje *de lege ferenda*, starałem się dać możliwość przeprowadzenia szerszej dyskusji zarówno teoretycznej, jak i praktycznej na wskazane wątpliwości dotyczące wykładni omawianych regulacji ustawowych.

Wykaz skrótów

k.s.h. – Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych
SO – Sąd Okręgowy

Bibliografia

Akty prawne

Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, t.j.: Dz.U. 2022 poz. 1467.
Ustawa z dnia 9 lutego 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2022 poz. 807.

Orzecznictwo

Wyrok SO w Szczecinie z dnia 31 grudnia 2015 r., VIII GC 189/15. Dostęp: 30.11.2022.
LEX nr 2124833

Opracowania

Chomiuk, Marcin. 2022. Komentarz do art. 219. W: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, (red.) Zbigniew Jara. Warszawa: C.H. Beck, wydanie elektroniczne Legalis, Dostęp: 30.11.2022.
Dumkiewicz, Małgorzata. 2020. *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
Kidyba, Andrzej. 2018. W: *Kodeks spółek handlowych. Tom II: Komentarz do art. 151–300*, (red.) Andrzej Kidyba, 355–432. Warszawa: Wolters Kluwer.
Kidyba, Andrzej. 2019. *Kodeks spółek handlowych. Tom I: Komentarz do art. 1–300*. Warszawa: Wolters Kluwer.

- Kopaczyńska-Pieczniak, Katarzyna. 2018. W: *Kodeks spółek handlowych*. Tom II: *Komentarz do art. 151–300*, (red.) Andrzej Kidyba, 432–648. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Krześniak, Eligiusz Jerzy. 2005. Relacje pomiędzy zarządem a radą nadzorczą w spółkach kapitałowych. *Palestra* 59, 3–4(567–568): 247–252.
- Nowacki, Artur. 2018. *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*. Tom 1: *Komentarz. Art. 151–226*. Warszawa: C.H. Beck.
- Opalski, Adam. 2018. W: *Kodeks spółek handlowych*. Tom II A: *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz. Art. 151–226*, 1. wydanie, (red.) Adam Opalski, 529–1428. Warszawa: C.H. Beck.
- Opalski, Adam i Andrzej W. Wiśniewski. 2005. W sprawie autonomii zarządu spółki z o.o. *Przegląd Prawa Handlowego*, 1: 52–58.
- Rodzinkiewicz, Mateusz. 2018. *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Stroiński, Rafał, T. 2005. Dopuszczalność wydawania zarządowi poleceń przez organ właścicielski spółki kapitałowej. *Przegląd Prawa Handlowego*, 3: 29–36.
- Szumański, Andrzej. 2015. Organy spółki z o.o. W: *Prawo spółek kapitałowych*. Tom 17 A, (red.) Stanisław Sołtysiński, 489–585. Warszawa: C.H. Beck.
- Weiss, Ireneusz i Andrzej Szumański. 2018. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. W: *Prawo spółek*, (red.) Wojciech Pyzioł, Andrzej Szumański, Ireneusz Weiss, 246–634. Warszawa: C.H. Beck.

Volume 21, Issue 1
June 2023

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-01-20
accepted 2023-04-23



Przesłanki otwarcia postępowania sanacyjnego Reasons for opening remedial proceedings

JONASZ KITA

Uniwersytet Opolski, Instytut Nauk Prawnych
ORCID: 0000-0001-7507-5494, jonaszkita@onet.pl

Citation: Kita, Jonasz. 2023. Przesłanki otwarcia postępowania sanacyjnego, *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(1): 101–124. DOI: 10.25167/osap.4998.

Abstract: This article presents the premises for opening the most characteristic of the restructuring proceedings – sanation proceedings. It contains a broad analysis of the concept of restructuring capacity and the grounds that must be met and those that cannot occur in order that relevant proceedings could be opened. The study makes reference to other restructuring proceedings, as well as to the jurisprudence of the Supreme Court and common courts, and also other legal acts, including the Bankruptcy Law in particular.

Keywords: restructuring capacity, remedial proceedings, restructuring

Streszczenie: Niniejszy artykuł przedstawia przesłanki otwarcia najbardziej charakterystycznego z postępowań restrukturyzacyjnych – postępowania sanacyjnego. Zawiera szeroką analizę pojęcia zdolności restrukturyzacyjnej oraz podstaw, jakie muszą zostać spełnione, oraz które nie mogą wystąpić, aby możliwe było otwarcie postępowania. Opracowanie odnosi się do innych postępowań restrukturyzacyjnych, a także do orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów powszechnych oraz innych aktów prawnych, w tym w szczególności Prawa upadłościowego.

Słowa kluczowe: zdolność restrukturyzacyjna, postępowanie sanacyjne, restrukturyzacja

1. Wstęp

Otwarcie postępowania sanacyjnego następuje z dniem wydania przez sąd restrukturyzacyjny postanowienia o otwarciu postępowania sanacyjnego.

go. Czynność ta musi zostać poprzedzona złożeniem wniosku o otwarcie tegoż postępowania. Wniosek restrukturyzacyjny co do zasady składany jest przez samego dłużnika. Odmiennosc postępowania sanacyjnego powoduje jednak, iż ustawodawca wskazał, inaczej niż co do pozostałych postępowań restrukturyzacyjnych, że wniosek o otwarcie postępowania sanacyjnego może złożyć również wierzyciel osobisty dłużnika będącego niewypłacalną osobą prawną. Z tego względu *a contrario* wierzyciel osobisty nie posiada legitymacji do złożenia wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego w sytuacji, gdy dłużnik jest zagrożony niewypłacalnością lub gdy dłużnik jest osobą fizyczną lub handlową spółką osobową. Uprawnienia takiego nie posiada również wierzyciel będący wyłącznie wierzycielem rzeczowym dłużnika. Ponadto wniosek o otwarcie postępowania sanacyjnego w stosunku do osoby prawnej wpisanej do Krajowego Rejestru Sądowego może zgłosić również kurator ustanowiony na podstawie art. 42 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (dalej: KC). Odmiennosc przepisów dotyczących postępowania sanacyjnego wynika z odmiennosci tego postępowania w stosunku do pozostałych postępowań restrukturyzacyjnych. Postępowanie sanacyjne jest bowiem postępowaniem wyjątkowym nie tyle w samej swojej procedurze, co w skutkach, które powstają po jego otwarciu, i wachlarzu narzędzi przyznanych dłużnikowi (oraz zarządcy), pozwalającym na przywrócenie przedsiębiorstwa dłużnika do stanu pozwalającego na skuteczną rywalizację na rynku, a równocześnie w wielu przypadkach zabezpieczających interesy wierzycieli dłużnika. Ponadto postępowanie sanacyjne w swej konstrukcji najbardziej zbliżone jest do postępowania upadłościowego, stanowi wręcz hybrydę restrukturyzacji i upadłości.

Instytucją dodatkowo podkreślającą odmiennosc postępowania sanacyjnego od pozostałych postępowań restrukturyzacyjnych jest możliwość otwarcia postępowania sanacyjnego po fiasku przyspieszonego postępowania układowego albo postępowania układowego w oparciu o tzw. uproszczony wniosek o otwarcie postępowania sanacyjnego, do którego nie znajdują zastosowania wymogi formalne wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego określone w art. 284 ustawy z dnia 15 maja 2015 roku Prawo restrukturyzacyjne (dalej: PrRestr). Konieczność otwarcia postępowania sanacyjnego po umorzeniu postępowań restrukturyzacyjnych będzie zachodzić w szczególności w sytuacji, gdy niezbędne będzie wykorzystanie narzędzi sanacyjnych i w efekcie przeprowadzenie głębszej restrukturyzacji przedsiębiorstwa dłużnika.

Istotny jest fakt, że aby złożony wniosek był efektywny i skutkował otwarciem postępowania zmierzającego do przywrócenia dłużnikowi zdolności do wykonywania zobowiązań, niezbędne jest zaistnienie podstaw otwarcia postępowania sanacyjnego i jednoczesne nieistnienie tzw. przesłanek negatywnych

otwarcia postępowania sanacyjnego, które zostaną omówione w treści niniejszego artykułu.

2. Podstawy otwarcia postępowania sanacyjnego

Podstawy otwarcia postępowania sanacyjnego, są to zawarte w PrRestr okoliczności warunkujące rozpoczęcie procedury sanacyjnej. W doktrynie dokonano ich podziału na podstawy procesowe, które warunkują dopuszczalność merytorycznej analizy wniosku o otwarcie postępowania, oraz materialne, od zaistnienia których uzależnione jest pozytywne rozpatrzenie wniosku. Pośród podstaw materialnych należy rozróżnić przesłanki pozytywne oraz negatywne. Niespełnienie przez dłużnika przynajmniej jednej z przesłanek pozytywnych, bądź też zaistnienie którejś z przesłanek negatywnych powoduje wydanie przez sąd restrukturyzacyjny postanowienia o oddaleniu wniosku o otwarcie postępowania. Należy podkreślić, że do wszczęcia postępowania sanacyjnego nie jest wymagane spełnienie dodatkowych, szczególnych przesłanek, poza ogólnymi dla wszystkich postępowań restrukturyzacyjnych.

Warto wskazać, że część przesłanek znajduje się poza PrRest i są to: 1) dopuszczalność drogi sądowej (art. 199 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 roku Kodeks postępowania cywilnego (dalej: Kpc)), 2) brak zawisłości sprawy (art. 199 § 1 pkt 2 Kpc), 3) brak powagi rzeczy osądzonej (art. 199 § 1 pkt 2 Kpc), 4) zdolność sądowa oraz zdolność procesowa (art. 199 § 1 pkt 3 Kpc), 5) jurysdykcja krajowa w sprawie (art. 1097 i n. Kpc), 6) brak immunitetu sądowego lub egzekucyjnego dłużnika (art. 1111 i n. Kpc oraz art. 1115 Kpc). Brak powyższych przesłanek prowadzi do odrzucenia wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego. Sąd restrukturyzacyjny bierze je pod uwagę na każdym etapie sprawy, gdyż rozpoznanie sprawy pomimo zaistnienia którejś z przesłanek powoduje nieważność postępowania. W kontekście rozważań dotyczących zawisłości sprawy oraz powagi rzeczy osądzonej, szczególne znaczenie będą mieć kwestie uregulowane w art. 9a oraz art. 9b ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku Prawo upadłościowe (dalej: PrUp) oraz art. 11–13 PrRestr.

3. Zdolność restrukturyzacyjna

Na wstępie rozważań należy wskazać, że zdolność restrukturyzacyjna jest to jedna z przesłanek procesowych w sprawie o otwarcie postępowania sanacyjnego. Pojęcie zdolności restrukturyzacyjnej, podobnie jak w przypadku pojęcia zdolności upadłościowej, jest zwrotem wyłącznie doktrynalnym, nie posiadającym definicji legalnej oraz jako takie nie pojawia się w tekście ustawy. Należy jednak wskazać, że pojęcie zdolności upadłościowej zostało zawarte w ustawie z dnia

29 grudnia 1993 r. o zmianie ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw (dalej: u.g.n.r.s.p.) (Głodowski i Hrycaj 2010: 71). Oba pojęcia są całkowicie od siebie niezależne, podmioty, którym przysługuje zdolność restrukturyzacyjna i zdolność upadłościowa, zostały wskazane w dwóch odmiennych aktach prawnych, a posiadanie zdolności restrukturyzacyjnej w żaden sposób nie wpływa na zdolność upadłościową i odwrotnie. Pojęcie zdolności restrukturyzacyjnej należy jednak uznać za węższe od pojęcia zdolności upadłościowej, gdyż zdolność upadłościowa została dodatkowo przyznana osobom fizycznym nieprowadzącym działalności gospodarczej (tzw. zdolność upadłościowa konsumencka).

Zdolność restrukturyzacyjna określa podmiotowy zakres zastosowania ustawy. Oznacza, że określony podmiot posiada zdolność bycia jednym z podmiotów postępowania restrukturyzacyjnego (w tym przypadku występującego w roli dłużnika – będącego zatem podmiotem zobowiązań (Górnicz 1994: 59 i n.). Posiadanie przez dany podmiot zdolności restrukturyzacyjnej należy oceniać na moment orzekania o otwarciu postępowania (zatwierdzeniu układu w postępowaniu o zatwierdzenie układu). W doktrynie można wyróżnić odmienne poglądy na temat charakteru prawnego zdolności restrukturyzacyjnej, a konkretnie poglądy na to, czy ma ona charakter materialnoprawny, czy proceduralny. W przypadku przyjęcia, że zdolność restrukturyzacyjna ma charakter proceduralny należy uznać, iż w sytuacji braku posiadania zdolności restrukturyzacyjnej sąd powinien wniosek o otwarcie postępowania odrzucić na podstawie art. 199 § 1 pkt 3 Kpc. (Świeboda 2003: 17; I CRN 121/92; Jakubecki 2005: 665 (na tle prawa upadłościowego)); pogląd należy odnieść też do postępowania restrukturyzacyjnego – Filipiak i Hrycaj [red.] 2020, Legalis, kom. do art. 4 PrRestr nb 6). W mojej ocenie należy jednak opowiedzieć się za materialnoprawnym charakterem zdolności restrukturyzacyjnej, co powinno skutkować, w przypadku braku posiadania zdolności restrukturyzacyjnej, oddaleniem wniosku o otwarcie postępowania (tożsamo na gruncie PrUp – Adamus 2021, Legalis, kom. do art. 5; Zimmerman 2022, Legalis, kom. do art. 5).

Ustawodawca w art. 4 PrRestr zawarł katalog zamknięty podmiotów posiadających zdolność restrukturyzacyjną oraz takiej zdolności nieposiadających. W art. 4 ust. 1 PrRestr wskazano, iż przepisy ustawy stosuje się do 1) przedsiębiorców w rozumieniu ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, 2) spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, prostych spółek akcyjnych i spółek akcyjnych nieprowadzących działalności gospodarczej (założonych w celu innym niż prowadzenie działalności gospodarczej, co jest w pełni dopuszczalne na podstawie art. 151 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 roku – Kodeks spółek handlowych (dalej: KSH), np. w celach naukowych, artystycznych), 3) wspólników osobowych spółek handlowych ponoszących odpowiedzialność

za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem, 4) wspólników spółki partnerskiej.

Najszersza w polskim ustawodawstwie definicja przedsiębiorcy została zawarta w art. 43¹ KC. Definicja ta zawiera kryterium podmiotowe określające osoby, które mogą zostać uznane za przedsiębiorcę, oraz kryterium funkcjonalne, odnoszące się do prowadzenia działalności gospodarczej lub zawodowej we własnym imieniu (Adamus 2019: 33). W literaturze zgodnie wskazuje się, że definicja ta znajduje zastosowanie wyłącznie w zakresie prawa prywatnego i dokonując jej wykładni, nie należy odwoływać się do przepisów prawa publicznego (Łętowska [red.] 2006: 574–575), a dla uzyskania statusu przedsiębiorcy w rozumieniu art. 43¹ KC, i w konsekwencji – również dla posiadania zdolności restrukturyzacyjnej, nie ma znaczenia, czy zostały dopełnione obowiązki związane z rejestracją prowadzonej działalności (Łętowska [red.] 2006: 576–577; VI SA/Wa 2215/05). KC nie zawiera definicji legalnej pojęcia działalności gospodarczej oraz działalności zawodowej, zatem określenie znaczenia tych zwrotów pozostawiono doktrynie oraz judykaturze. Pomocniczo odwoływano się do obowiązującego do dnia 30 kwietnia 2018 roku art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej (dalej u.s.d.g). Ustawa ta obecnie zastąpiona została przez ustawę z dnia 6 marca 2018 roku – Prawo przedsiębiorców (dalej: PrPrzeds), definiującą w art. 3 działalność gospodarczą. Stosując pomocniczo przywołane przepisy, orzecznictwo wskazuje, że pojęcie „działalność gospodarcza” określa się przez wskazanie charakteryzujących ją cech: profesjonalny charakter, powtarzalność podejmowanych działań, uczestnictwo w obrocie gospodarczym oraz podporządkowanie regułom gospodarki rynkowej m.in. w celu osiągnięcia zysku – działanie bez zamiaru osiągnięcia zysku, a jedynie w celu uzyskania wpływów na pokrycie kosztów prowadzonej działalności, nie pozbawia prowadzonej działalności charakteru działalności gospodarczej (III CZP 40/91; III CZP 117/91).

Wskutek braku katalogu statuującego podmioty, które są przedsiębiorcami, pojawiają się problemy z zakwalifikowaniem danego podmiotu jako przedsiębiorcy, a tym samym uznania, że posiada on zdolność restrukturyzacyjną. W takim przypadku z pewnością należy kierować się omówionymi powyżej cechami prowadzonej działalności. Tytułem przykładu, podmiotami będącymi przedmiotem rozważań doktrynalnych i orzeczniczych są między innymi:

1. Spółka kapitałowa w organizacji, która może podjąć działalność gospodarczą przed wpisem do rejestru przedsiębiorców (art. 17 ust. 3 PrPrzeds);

2. Osoby małoletnie i ubezwłasnowolnione – należy zgodzić się z twierdzeniem, że status przedsiębiorcy może przysługiwać także osobie nieposiadającej pełnej zdolności do czynności prawnych, w imieniu której również w zakresie działalności gospodarczej może działać przedstawiciel ustawowy, w szczególności

bacząc na fakt, iż kodeksowa definicja przedsiębiorcy nie wprowadza wymogu posiadania zdolności do czynności prawnych (Naworski 2002: 634 i n.; Szydło 2002: 72 i n.; Zaporowski 2006: 37 i n.; Safjan 2012: 1113);

3. Przedsiębiorca w czasie zawieszenia wykonywania działalności – zgodnie z treścią art. 23 PrPrzeds przedsiębiorca wpisany do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej może zawiesić wykonywanie działalności gospodarczej na czas nieokreślony albo określony, nie krótszy jednak niż 30 dni, z kolei przedsiębiorca wpisany do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego może zawiesić wykonywanie działalności gospodarczej na okres od 30 dni do 24 miesięcy. Natomiast art. 25 PrPrzeds pozwala przedsiębiorcy w okresie zawieszenia działalności m.in. wykonywać wszelkie czynności niezbędne do zachowania lub zabezpieczenia źródła przychodów, uczestniczyć w postępowaniach sądowych oraz wykonywać wszelkie obowiązki nakazane przepisami prawa. W konsekwencji powyższego należy wskazać, że przedsiębiorca, który zawiesił prowadzoną działalność gospodarczą, zachowuje zdolność upadłościową oraz restrukturyzacyjną (Adamus 2019: 37).

4. Zdolność restrukturyzacyjna przysługuje wspólnikom prowadzącym działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej. Zdolności restrukturyzacyjnej nie posiada spółka cywilna, gdyż jest ona wielostronnym stosunkiem zobowiązaniowym łączącym wspólników i nie jest podmiotem odrębnym od wspólników (I CK 201/02; III CZP 67/02);

5. Zdolność restrukturyzacyjną posiadają wspólnicy osobowych spółek handlowych ponoszący odpowiedzialność całym swoim majątkiem za zobowiązania spółek (solidarność subsydiarna), a więc wspólnicy spółki jawnej, komplementariusze w spółce komandytowej i komandytowo-akcyjnej. W związku z faktem, że nie prowadzą oni działalności gospodarczej w imieniu własnym, zdolność restrukturyzacyjną posiadają jako wspólnicy spółki. Podobne wnioski należy wyciągnąć w stosunku do wspólników spółki partnerskiej, z jednym wyjątkiem – co do zasady nie odpowiadają oni własnym majątkiem za zobowiązania wywołane osobistą działalnością innych partnerów (Zimmerman 2020: 1004). Zaznaczyć jednak należy, że zdolności restrukturyzacyjnej nie posiada były wspólnik spółki osobowej (aktualny pozostaje pogląd Sądu Najwyższego, wyrażony na gruncie ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku Prawo upadłościowe i naprawcze (dalej: PrUpN), III CZP 126/08) oraz osoba, która działała w imieniu spółki po jej zawiązaniu, a przed dokonaniem wpisu do rejestru, pomimo ustanowionej przepisami KSH solidarnej odpowiedzialności (art. 25¹ § 2, art. 109 § 2, art. 134 § 2 KSH). Jak wskazuje R. Adamus – osoby te nie zyskały statutu wspólnika spółki osobowej, a sam fakt odpowiedzialności solidarnej nie jest wystarczający do przyznania zdolności restrukturyzacyjnej (Adamus 2019: 40);

6. Kościelne osoby prawne – ich tworzenie oraz działalność reguluje ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r. poz. 1169 z późn. zm.) (dalej: u.s.p.k.k.r.p.). Posiadają one status przedsiębiorcy oraz mogą prowadzić działalność gospodarczą, stąd należy uznać, że posiadają one zdolność restrukturyzacyjną. Tożsame stanowisko wyrażano na gruncie Prawa upadłościowego i naprawczego (Rakoczy 2006: 83);

7. Początkowo w orzecznictwie przyjęto, iż wspólnota mieszkaniowa może nabywać prawa majątkowe tylko do majątku wspólnego właścicieli lokali (III CZP 97/06). Rok później w uchwale 7 sędziów z dnia 21 grudnia 2007 r. Sąd Najwyższy przyjął, że wspólnota mieszkaniowa, działając w ramach przyznanej jej zdolności prawnej, może nabywać prawa i obowiązki do własnego majątku (III CZP 65/07). Pomimo ostatniej uchwały Sądu Najwyższego, wciąż pozostały wątpliwości, czy do zadań wspólnoty mieszkaniowej może należeć prowadzenie we własnym imieniu działalności gospodarczej (Jakubecki i Zedler 2010: 26). Biorąc pod uwagę ograniczony normatywnie zakres zdolności prawnej wspólnoty mieszkaniowej, należy uznać, że nie posiada zdolności restrukturyzacyjnej (Groele i Kruczalak-Jankowska 2016: rozdz. 2, Nb 11; Ciszewski [red.] 2023, kom. do art. 43¹ KC, Nb 8).

8. Notariusz – w uchwale z dnia 23 marca 2016 roku Sąd Najwyższy stwierdził, że notariusz jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 43¹ KC (III CZP 4/16). Tezę wskazującą na zdolność upadłościową (restrukturyzacyjną) notariuszy potwierdza m.in. S. Gurgul (Gurgul 2020, Legalis, kom. do art. 5) oraz R. Adamus (Adamus 2021, Legalis, kom. do art. 5). Przeciwnego zdania jest z kolei m.in. A. Oleszko, który stwierdza: „[...] jednakże z powodu braku zainteresowania społecznego funkcjonowaniem kancelarii, notariusz z tego powodu (nierentowności) nie popada w upadłość, czy nie stosuje się postępowania restrukturyzacyjnego w celu zastosowania instrumentów prawnych przewidzianych dla przedsiębiorców” (Oleszko 2016, kom. do art. 4 PrNot). W mojej ocenie należy zgodzić się z twierdzeniami zawartymi w orzeczeniu Sądu Najwyższego, a w konsekwencji uznać, że posiada on zdolność restrukturyzacyjną. Ponadto w przypadku ogłoszenia restrukturyzacji notariusza może pojawić się problem nieposiadania przez zarządcę odpowiednich uprawnień do prowadzenia czynności podejmowanych przez dłużnika. Wydaje się, że w takim przypadku zalecane będzie całościowe pozostawienie wykonywania zarządu dłużnikowi, z uwagi na fakt, iż skuteczne przeprowadzenie postępowania (w szczególności sanacji) wymagać będzie osobistego udziału dłużnika.

9. Samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej (dalej: SPZOZ) – w uzasadnieniu projektu ustawy o działalności leczniczej wyraźnie określono, że podmioty wykonujące działalność leczniczą, w tym SPZOZ, są przedsiębior-

cami w rozumieniu art. 43¹ KC (Sejm VI kadencji, druk sejmowy nr 3489). Prowadzą one bowiem odpłatne usługi lecznicze w szczególności wobec osób nieubezpieczonych w publicznym systemie ochrony zdrowia. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że przed 1 stycznia 2016 roku wyłączenie zdolności upadłościowej (w tym upadłości układowej) SPZOZ wynikało z art. 6 PrUpN – obecnie w prawie restrukturyzacyjnym podmioty te nie znajdują się w katalogu podmiotów, którym ustawodawca nie przyznaje zdolności restrukturyzacyjnej. Sąd należy stwierdzić, że posiadają one zdolność restrukturyzacyjną (III UK 192/13; III CZP 11/05; IV CKN 1667/00; Zimmerman 2020: 1007; Adamus 2019: 38; Dercz, Rek [red.] 2019, LEX, kom. do art. 4).

4. Pozytywne przesłanki otwarcia postępowania sanacyjnego

Pozytywne przesłanki, których zaistnienie warunkuje otwarcie postępowania sanacyjnego, zostały ustanowione w art. 6 PrRestr. Pierwsza z nich to niewypłacalność dłużnika. Definiując pojęcie niewypłacalności, ustawodawca odwołuje się do definicji zawartej w prawie upadłościowym, która wskazuje, że: „Dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych”. Pojęcie to zostało znowelizowane w dniu 1 stycznia 2016 roku i jest obowiązujące dla spraw rozpoznawanych na podstawie zarówno PrUp, jak i PrRestr. Na wstępie rozważań dotyczących pojęcia niewypłacalności warto wskazać, że pojawia się ono również w innych aktach prawnych, jednak nie są one tożsame z rozumieniem tego pojęcia na tle PrUp i PrRestr (Rachwał 2000: 63 i n.). Warto wskazać chociażby na art. 458, art. 527 § 2, art. 331 § 2 KC, art. 83 KSH, art. 38 Konwencji o umowie międzynarodowego przewozu drogowego towarów CMR i protokół, sporządzonej w Genewie w dniu 19.05.1956 r. (Dz.U. z 1962 r. Nr 49, poz. 238 ze zm.) (dalej: konwencja), czy też art. 302 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeks karny (dalej: KK). Pojęcie niewypłacalności występuje także w aktach prawnych obcych państw, jej przesłanką jest ogólna niezdolność do spłaty długów (w Wielkiej Brytanii: *inability to pay debts as they fall due*, w Niemczech i Austrii: *Zahlungsunfähigkeit*, we Włoszech: *lo stato d'insolvenza*, we Francji: *cessation des paiements*, w Rosji: *неспособным удовлетворить требования кредиторов*). Wiele Państw ma również analogiczną do naszej regulacji zawartą w art. 11 ust. 2 PrUp przesłankę zadłużeniową, świadczącą o niewypłacalności – *balance sheet test*, *Überschuldung*. Przesłanka ta występuje m.in. w prawie angielskim, amerykańskim, niemieckim, austriackim oraz rosyjskim, chociaż zaznaczają się różnice dotyczące klasyfikacji określonych aktywów i pasywów (Hrycaj, Jakubecki, Witosz [red.] 2020: roz. 21, Nb 14).

Pojęcie niewypłacalności ujęte w PrUp należy podzielić na płynnościowe (art. 11 ust. 1 PrUp) oraz zadłużeniowe (art. 11 ust. 2 PrUp). W przypadku niewypłacalności płynnościowej, jak wskazuje ustawodawca w uzasadnieniu nowelizacji, „nowe brzmienie ust. 1 wiąże powstanie stanu niewypłacalności z okolicznościami natury finansowej”. W zakresie przesłanki płynnościowej określono, że dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych (Miczek 2015: 64 i n., Olszewski [red.] 2015: 69 i n.). Podkreślić przy tym trzeba, że utrata płynności rzutująca na niewypłacalność przedsiębiorcy jest zawsze związana z finansowym aspektem oceny kondycji dłużnika. Oznacza to, że niewypłacalnym nie będzie taki podmiot, który utracił zdolność płatniczą ze względów faktycznych i pozafinansowych (np. z powodu urazu powypadkowego osoba fizyczna zapomniała kodów dostępu do rachunku bankowego) (Druk nr 2824 Sejmu VII kadencji; warto przytoczyć w tym miejscu odmienne stanowisko zawarte w wyroku I SA/Gd 1074/19 – „Dla określenia stanu niewypłacalności bez znaczenia jest przyczyna niewykonywania zobowiązań. Niewypłacalność istnieje nie tylko wtedy, gdy dłużnik nie ma środków, lecz także wtedy, gdy dłużnik nie wykonuje zobowiązań z innych przyczyn. Niewypłacalność dłużnika istnieje zawsze, gdy nie wykonuje on swoich wymagalnych zobowiązań”). Samo niewykonywanie zobowiązań nie jest podstawą do otwarcia postępowania sanacyjnego, gdyż istotna w tym przypadku jest utrata zdolności do wykonywania zobowiązań. Dłużnik powinien na bieżąco monitorować stan swoich finansów pod kątem swojej zdolności do wykonywania wymagalnych zobowiązań. W przypadku, gdy problemy z płatnością są przejściowymi problemami, a istnieje realna możliwość pozyskania funduszy w najbliższym czasie, można uznać, że nie nastąpił stan niewypłacalności (Zimmerman 2020: 1014; orzecznictwo oraz doktryna wskazywała na tenże kierunek już na kanwie Prawa upadłościowego i naprawczego – tak np. w wyroku V CSK 211/10: „Przewidziana w art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (tj. Dz.U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361 ze zm.) niewypłacalność dłużnika zachodzi dopiero wtedy, gdy dłużnik z braku środków przez dłuższy czas nie wykonuje części lub całości swoich wymaganych zobowiązań”, V CSK 320/10: „Działanie na szkodę wierzycieli polegało na kontynuowaniu działalności przez spółkę przez długi okres, w którym zaciągała kolejne zobowiązania bez możliwości ich całkowitego zaspokojenia”, II FSK 1743/12: „niewykonywanie zobowiązań, prowadzące do uznania dłużnika za niewypłacalnego, winno mieć charakter trwały i dotyczyć przeważającej części zobowiązań”. Warto również wskazać, że z ekonomicznego punktu widzenia niewypłacalność to „trwająca przez dłuższy czas nadwyżka strumienia odpływów nad strumieniem dopływów pieniężnych” – Mączyńska [red.] 2005: 37). Oczekiwanie dłużnika na polepszenie sytuacji zostało ogra-

niczone terminem 3-miesięcznym, wskazanym w art. 11 ust. 1a PrUp, gdzie zawarto wzruszalne domniemanie (*praesumptio iuris tantum*), że dłużnik traci zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych przekracza trzy miesiące. Adresatami tejże normy prawnej są wierzyciel dłużnika, który po upływie tego okresu zostaje zwolniony z dowodzenia, że dłużnik stał się niewypłacalny, jak również osoby zarządzające zadłużonym przedsiębiorstwem, gdyż po upływie 3 miesięcy rozpocznie się bieg 30-dniowego terminu na zgłoszenie do sądu wniosku o upadłość (art. 21 ust.1 PrUp) oraz ziści się przesłanka do otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego. Wskazanie konkretnej daty, kiedy rzeczywiście nastąpiła niewypłacalność, nie ma znaczenia w kontekście otwarcia postępowania sanacyjnego, jednakże sąd restrukturyzacyjny, wydając postanowienie o otwarciu postępowania sanacyjnego, musi stwierdzić, że przesłanka ta została spełniona (nie wyłącza to jednak odpowiedzialności dłużnika z innych podstaw prawnych. Bieżąca ocena sytuacji finansowej przedsiębiorstwa leży w interesie samego dłużnika – co potwierdza Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach – III AUa 2222/18, wskazujący, że członek zarządu świadomie nie zgłaszając wniosku o upadłość, musi liczyć się z ryzykiem ponoszenia późniejszej odpowiedzialności subsydiarnej). Ocena taka powinna zostać dokonana z uwzględnieniem całokształtu okoliczności oraz dyrektyw zawartych w art. 233 KPC (Adamus 2015: 21). Utrata zdolności może być zjawiskiem natychmiastowym, jak i rozciągniętym w czasie. Sąd musi zbadać, czy dłużnik osiąga przychody cyklicznie (np. w branży budowlanej, turystycznej itp.), albo czy cykl pozyskiwania zapłaty za towary lub usługi jest długi. Ustawodawca zasadniczo pozbawia sąd możliwości skorzystania z dowodu w postaci opinii biegłego na etapie procedowania w przedmiocie otwarcia postępowania sanacyjnego (Adamus 2019: 62). PrRest oraz PrUp nie obligują sądu do stosowania konkretnej metody pozwalającej ustalić stan niewypłacalności dłużnika. Z pewnością w praktyce problematyczną kwestią jest wybór i zastosowanie określonej metody. Doktryna prezentuje rozmaite metody badawcze dotyczące niewypłacalności dłużnika, w tym w szczególności – 1. Wielopłaszczyznowa metoda badania podstaw niewypłacalności, polegająca na badaniu: a) struktury czasowej stanu niewykonywania zobowiązań pieniężnych przez dłużnika w podziale na poszczególne okresy, przy uwzględnieniu proporcji zobowiązań niewykonywanych i wymagalnych do ogółu zobowiązań pieniężnych dłużnika, b) zobowiązań, „w podziale na poszczególne miesiące w szerszym horyzoncie czasowym”, c) wystawionych przeciwko dłużnikowi tytułów egzekucyjnych i wykonawczych, d) zawartych umów kredytowych, e) przymusowych zabezpieczeń na nieruchomościach, f) zdarzeń determinujących perspektywę dalszego prowadzenia przedsiębiorstwa (Kubiczek i Sokół 2016: 104 i n.); 2. Metoda

wskaźnikowa (tzw. analiza wskaźników finansowych): a) wskaźnik ogólnego zadłużenia, b) wskaźnik zadłużenia kapitału własnego, c) wskaźnik udziału zobowiązań długoterminowych w zobowiązaniach ogółem, d) wskaźnik zadłużenia długoterminowego; 3. Metoda wskaźników uzupełniających – a) wskaźnik pokrycia obsługi długu (wskaźnik statystyczny), b) wskaźnik pokrycia zobowiązań nadwyżką finansów (wskaźnik statystyczny), c) wskaźnik pokrycia odsetek zyskiem (wskaźnik statystyczny), d) wskaźnik pokrycia obsługi długu nadwyżką finansową (wskaźnik statystyczny), e) wskaźnik pokrycia obsługi długu z gotówki operacyjnej (wskaźnik dynamiczny), f) wskaźnik pokrycia odsetek z gotówki operacyjnej (wskaźnik dynamiczny); 4. Metoda wielowymiarowej statystyki; 5. Zaawansowane modele stochastyczne (Adamus 2019: 63–65 oraz cytowana tam literatura).

Niewypłacalność w ujęciu zadłużeniowym stanowi, że dłużnik będący osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, jest niewypłacalny także wtedy, gdy jego zobowiązania pieniężne przekraczają wartość jego majątku, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące. Stanowi ona samodzielną przesłankę do stwierdzenia stanu niewypłacalności, nie musi wystąpić łącznie, aby możliwe stało się otwarcie postępowania sanacyjnego (I GSK 1405/18 – „Art. 11 Prawa upadłościowego i naprawczego wskazuje dwie przesłanki uznania dłużnika za niewypłacalnego, co – zgodnie z art. 10 – stanowi podstawę ogłoszenia jego niewypłacalności. Pierwsza z tych przesłanek, zawarta w ustępie 1, utrata zdolności płatniczej, ma charakter uniwersalny i odnosi się do wszystkich dłużników. Druga, przewaga zobowiązań nad majątkiem (art. 11 ust. 2), ma charakter uzupełniający i odnosi się do osób prawnych i określonych jednostek organizacyjnych. Przesłanki te są niezależne od siebie i wystarczy, by wypełniła się jedna z nich”). Należy ją jednak uznać za przesłankę względną, subsytucyjną, gdyż zgodnie z art. 11 ust. 6 PrUp Sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli nie ma zagrożenia utraty przez dłużnika zdolności do wykonywania jego wymagalnych zobowiązań pieniężnych w niedługim czasie – wskazane przesłanki kwalifikują dłużnika do otwarcia postępowania sanacyjnego (art. 6 ust. 3 PrRestr), co może nastąpić chociażby w sytuacji złożenia wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego przez wierzyciela (Adamus 2019: 69). Ponadto ma ona znaczenie pomocnicze, co też wskazano w uzasadnieniu ustawy: „[P]rzesłanka ta ma znaczenie pomocnicze wobec przesłanki płynnościowej. Co do zasady nie jest korzystne dla podmiotu oraz jego otoczenia gospodarczego długotrwałe utrzymywanie się stanu, w którym suma zobowiązań przewyższa łączną wartość zbywczą majątku dłużnika. Uznano przy tym, że okres dwudziestoczwuromiesięczny jest okresem adekwatnym. Jeśli w czasie 2 pełnych lat majątek dłużnika ma mniejszą wartość

niż jego zobowiązania, to oznacza to, że powinien on być poddany rygorom ustawy upadłościowej” (Druk nr 2824 Sejmu VII kadencji). W praktyce należy przyjąć, że jakikolwiek, nawet przejściowy, wzrost przewagi majątku dłużnika nad zobowiązaniami powoduje przerwanie biegu 2-letniego terminu (Witosz 2017, kom. do art. 11 PrUp), na co wskazuje chociażby zwrot „utrzymuje się”. Ustawodawca określa, że w skład majątku dłużnika nie wchodzi składniki niewchodzące w skład masy upadłości. Będą to w szczególności przedmioty w leasingu, wynajmowane lub wydzierżawiane, ale dotyczy to również przedmiotów stanowiących własność innych podmiotów w oparciu np. o zastrzeżenie prawa własności na rzecz sprzedającego do czasu uiszczenia pełnej ceny (Zimmerman 2020: 1015), sumy zgromadzone na zakładowym funduszu świadczeń społecznych oraz innych funduszach tworzonych na podstawie odrębnych przepisów (Adamus 2019: 69). Z kolei w skład zobowiązań pieniężnych nie wlicza się zobowiązań przyszłych, w tym zobowiązań pod warunkiem zawieszającym oraz zobowiązań wobec współnika albo akcjonariusza z tytułu pożyczki lub innej czynności prawnej o podobnych skutkach, o których mowa w art. 342 ust. 1 pkt 4 PrRestr (należności współników albo akcjonariuszy z tytułu pożyczki lub innej czynności prawnej o podobnych skutkach, w szczególności dostawy towaru z odroczonym terminem płatności, dokonanej na rzecz upadłego będącego spółką kapitałową w okresie pięciu lat przed ogłoszeniem upadłości, wraz z odsetkami). Regulacja wyłączająca te zobowiązania jest w pełni uzasadniona, gdyż wskazane zobowiązania nie gwarantują pewności co do ich zaistnienia, a tym samym w sposób błędny wpływałyby na zdolność dłużnika do zaspokojenia wierzycieli.

Bacząc na stronę podmiotową normy statuującej przesłankę zadłużeniową, wskazać należy, że podmiotami objętymi hipotezą art. 11 ust. 2 PrUp są osoby prawne, handlowe spółki osobowe, w których żadnym ze współników odpowiadających za zobowiązania spółki całym swoim majątkiem nie jest osoba fizyczna oraz pozostałe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną. Należy zgodzić się z twierdzeniem P. Filipiaka, że przesłanki zadłużeniowej nie stosuje się do banków, gdyż art. 426 ust. 1 PrUp wprowadza tzw. bilansową postać przesłanki nadmiernego zadłużenia (bank jest niewypłacalny również wówczas, gdy według bilansu sporządzonego na koniec okresu sprawozdawczego aktywa banku nie wystarczają na zaspokojenie jego zobowiązań) i należy uznać go za szczególny wobec ogólnego art. 11 ust. 2 i na zasadzie *lex specialis derogat legi generali* wyłącza się jego zastosowanie (Filipiak i Hrycaj [red.] 2020, kom. do art. 6 PrRestr pkt 51).

Podobnie jak w przypadku przesłanki płynnościowej, ustawodawca w stosunku do przesłanki zadłużeniowej również zastosował konstrukcję wzruszalnego

domniemania prawnego. Jest to tzw. domniemanie bilansowe, wskazujące, że zobowiązania pieniężne dłużnika przekraczają wartość jego majątku, jeżeli zgodnie z bilansem jego zobowiązania, z wyłączeniem rezerw na zobowiązania oraz zobowiązań wobec jednostek powiązanych, przekraczają wartość jego aktywów, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące. W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że „wartość majątku nie powinna być oceniana na podstawie wartości bilansowej, lecz na podstawie wartości rzeczywistej (zbywczej) przy założeniu kontynuacji prowadzenia działalności. Dla wierzycieli istotne jest to, że ewentualne zbycie składników majątkowych wystarczy na zaspokojenie wszystkich zobowiązań dłużnika. Konieczne jest przy tym wprowadzenie okoliczności, które łagodzą nadmierny rygorystyczny kryterium zadłużeniowym” (Druk nr 2824 Sejmu VII kadencji). Wadą wskazanego rozwiązania jest fakt, że wartość bilansowa, księgową majątku jest najczęściej nierówna wartości rzeczywistej, co powoduje, iż zagrożone zostają interesy wierzycieli. Z kolei wartość zbywcza (*selling value*) powoduje możliwość powstania ryzyka niepoprawności wyceny. Każdorazowo należy poddać analizie, czy takowa sprzedaż nie będzie miała charakteru sprzedaży wymuszonej, przy której cena jest najczęściej dużo niższa niż w rzeczywistości (Adamus 2019: 69; Micherda [red.] 2010: 34 i n.).

Kolejną pozytywną przesłanką otwarcia postępowania sanacyjnego jest stan zagrożenia niewypłacalnością, przez co należy definiować dłużnika, którego sytuacja ekonomiczna wskazuje, że w niedługim czasie może stać się niewypłacalny. W poprzednim stanie prawnym, a mianowicie w ustawie Prawo upadłościowe i naprawcze, stan zagrożenia niewypłacalnością warunkował otwarcie wyłącznie postępowania naprawczego, obecnie definicja ta została – co wydaje się naturalnym zabiegiem – przeniesiona do PrRestr. Przesłanka zagrożenia niewypłacalnością odnosi się do niewypłacalności zarówno na płaszczyźnie płynnościowej, jak i zadłużeniowej. Dłużnik zagrożony niewypłacalnością to dłużnik, który z różnych względów jest w stanie przewidzieć, że w niedługim czasie przestanie wykonywać swoje zobowiązania (choć aktualnie nie musi posiadać zaległości finansowych). Z ustawowego punktu widzenia nie ma znaczenia, co było przyczyną takiego stanu rzeczy – może to być znaczne zmniejszenie zamówień od głównego klienta, utrata głównego klienta bądź kilku klientów, pojawienie się silnej konkurencji, niespodziewane cofnięcie dofinansowania, utrata zezwolenia na prowadzoną działalność, wprowadzenie nowych przepisów mocno zwiększających koszty działalności czy też zakup maszyny rolniczej z odroczonym terminem płatności, która okazała się zbędna ze względu na panującą suszę, a tym samym nie przyniosła oczekiwanych dochodów.

Z procesowego punktu widzenia wnioski o wszczęcie postępowania sanacyjnego przy zagrożeniu niewypłacalnością może złożyć tylko dłużnik. Stan

zagrożenia niewypłacalnością musi istnieć w momencie wydania przez sąd restrukturyzacyjny postanowienia o otwarciu postępowania sanacyjnego. Sąd powinien ponadto dokonać wnikliwej analizy stanu finansowego dłużnika, gdyż istnieje ryzyko, że dłużnicy, będący w rzeczywistości w dobrej sytuacji finansowej, będą chcieli za pomocą postępowania sanacyjnego zmniejszyć część swojego zadłużenia lub też dokonać tzw. wrogiego przejęcia spółki, np. za pomocą konwersji zobowiązań na kapitał zakładowy (Hrycaj, Jakubecki, Witosz [red.] 2020: 79). Analiza stanu finansowego dłużnika odbywa się na podstawie załączonych do wniosku dokumentów oraz dokumentów przedłożonych na ewentualne wezwanie sądu, lecz może również zostać dokonana poprzez przeprowadzenie postępowania dowodowego, w tym przesłuchania dłużnika, nadzorcy sądowego, zarządcy, wierzyciela, członka rady wierzycieli lub innych osób.

5. Negatywne przesłanki materialne

Ustanowienie negatywnych przesłanek otwarcia postępowania sanacyjnego w swoim zamiarze jest dobrym rozwiązaniem legislacyjnym, dającym sądom możliwość ochrony oraz zabezpieczenia interesów wierzycieli poprzez odmowę otwarcia postępowania sanacyjnego w przypadku wystąpienia chociażby jednej z trzech przesłanek: pokrzywdzenia wierzycieli (art. 8 ust. 1 PrRest), braku uprawdopodobnienia zdolności dłużnika do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania i zobowiązań powstałych po jego otwarciu (art. 8 ust. 2 PrRestr) oraz uprawomocnienia się postanowienia o ogłoszeniu upadłości (art. 13 PrRestr). W przypadku zaistnienia którejkolwiek ze wskazanych negatywnych podstaw sąd restrukturyzacyjny jest zobligowany do odmowy otwarcia postępowania sanacyjnego.

Pierwsza ze wskazanych przesłanek materialnych odnosi się do wszystkich postępowań restrukturyzacyjnych. Trudności co do oceny jej wystąpienia może powodować brak definicji legalnej, mimo że klauzula generalna „pokrzywdzenia wierzycieli” występuje kilkakrotnie w PrRestr (art. 33 ust. 2, art. 173 ust. 2 pkt 1, art. 239 ust. 1 pkt 1, art. 308, art. 325 ust. 1 pkt 1, art. 333 ust. 1). Przywołana klauzula generalna występuje również w innych aktach prawnych, w tym chociażby w art. 527 i n. KC. Analizując znaczenie przywołanego pojęcia, dopuszczalne wydaje się odnieść do dorobku doktryny i orzecznictwa wypracowanego na tle przepisu art. 527 KC. W doktrynie wskazuje się, że pokrzywdzenie wierzycieli jest bezpośrednią konsekwencją powstania lub też pogłębienia się stanu niewypłacalności dłużnika, a tym samym zwiększenia się ryzyka po stronie wierzyciela w zakresie prawdopodobieństwa uzyskania zaspokojenia. W orzecznictwie stanowiono, że „pokrzywdzenie wierzycieli następuje

także w takim przypadku, gdy dłużnik spełnia część swoich zobowiązań, ale z nieuzasadnionym uprzywilejowaniem jednego lub niektórych z wierzycieli” (VI ACa 202/14), a także, iż „pokrzywdzenie powstaje na skutek takiego stanu faktycznego majątku dłużnika, który powoduje niemożność lub utrudnienie albo opóźnienie zaspokojenia wierzyciela” (I ACa 1438/12). Na gruncie PrRestr należy wskazać, iż pokrzywdzenie wierzycieli będzie zachodzić w przypadku, gdy postępowanie zostanie otwarte pomimo tego, że istnieje niska szansa na osiągnięcie celu postępowania, a spowoduje ono wyłącznie opóźnienie w zaspokojeniu wierzycieli, a także w sytuacji gdy w rezultacie przeprowadzenia postępowania sanacyjnego pomniejszy się wartość majątku dłużnika i/lub pogorszy się jego sytuacja finansowa w taki sposób, że ostatecznie po przeprowadzeniu postępowania szanse wierzycieli na zaspokojenie będą niższe niż przed otwarciem postępowania (Hrycaj 2019: roz. 3, podr. 2.1). Uogólniając pojęcie pokrzywdzenia wierzycieli, należy zaaprobować za R. Adamusem stwierdzenie, że pokrzywdzenie wierzycieli ma miejsce zawsze wówczas, gdy otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego jest oczywiście mniej korzystne dla wierzycieli niż jego brak (Adamus 2019: 76). Wszystkie postawione powyżej tezy mają charakter ogólny, podobnie jak samo pojęcie użyte przez ustawodawcę, pamiętać jednak należy, że sąd rozpatrujący wniosek o otwarcie postępowania sanacyjnego musi dokonać oceny konkretnego przypadku. W każdej sprawie sąd restrukturyzacyjny spotka się z mnogością wierzycieli o różnorodnych interesach jednostkowych, najczęściej niełatwych do pogodzenia, bowiem to, co leży w polu zainteresowania jednego wierzyciela, może być niekorzystne dla innego. Zasadniczo sąd powinien kierować się interesem ogółu wierzycieli, stawiać go ponad indywidualne interesy i w konsekwencji wyodrębnić „uśredniony” ogólny interes. Wydaje się, że – po pierwsze – pewną wskazówką dla sądów mogą być przepisy o większości potrzebnej dla przyjęcia układu – sąd powinien zwrócić uwagę na większość kapitałową poszczególnych wierzycieli (zaznaczyć należy, iż dodatkowym utrudnieniem dla sądu rozpatrującego wniosek o otwarcie postępowania sanacyjnego jest fakt, iż propozycje układowe nie są objęte tymże wnioskiem, z kolei w przypadku pozostałych postępowań – propozycje te mogą być wielokrotnie zmieniane podczas prowadzonego postępowania). Po drugie – sąd, kierując się zasadą proporcjonalności, powinien zwrócić uwagę na intensywność pokrzywdzenia wierzycieli, co może zbadać chociażby za pomocą dowodu z przesłuchania świadków, którymi będą wierzyciele – na okoliczności wpływu postępowania na ich sytuację (Adamus 2019: 77). Warto wskazać przykładowe opinie orzecznicze w zakresie oceny potencjalnego pokrzywdzenia wierzycieli – Sąd Okręgowy w Krakowie wskazał, że w każdym postępowaniu restrukturyzacyjnym należy liczyć się z przynajmniej czasowym pogorszeniem sytuacji wierzycieli, jednak jest to uzasadnione interesem społecznym i go-

spodarczym, upatrywanym poprzez uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika (XII Gz 632/17); Sąd Okręgowy w Gliwicach wyraził pogląd, że głównym celem postępowania restrukturyzacyjnego jest przywrócenie dłużnikowi pozycji na rynku i możliwość efektywnego uczestnictwa w obrocie gospodarczym, co przysporzy również korzyści wierzycielom (XGz 135/17); następnie Sąd Okręgowy w Katowicach podkreślił, że „jeżeli wniosek o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego składa dłużnik zagrożony niewypłacalnością, to pokrzywdzenie wierzycieli nastąpi, gdy poza postępowaniem wierzyciele na zasadach ogólnych (np. w postępowaniu egzekucyjnym) zostaliby zaspokojeni w rażąco wyższym stopniu niż w postępowaniu restrukturyzacyjnym” (XIX Gz 463/17); z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie wskazał, że ratowanie przedsiębiorstwa dłużnika nie może odbyć się kosztem wierzycieli, a sytuacja wierzycieli oczekujących na zakończenie postępowania restrukturyzacyjnego nie powinna się istotnie pogorszyć, w tym również w stosunku do wierzycieli posiadających nowopowstałe wierzytelności (XXIII Gz 71/18).

Sąd restrukturyzacyjny powinien również zwrócić uwagę na fakt, że w praktyce dłużnik może zastosować wiele celowych działań, które pozwolą w sposób pośredni lub bezpośredni zredukować wielkość jego zobowiązań, a w rezultacie doprowadzą do pokrzywdzenia wierzycieli. Tytułem przykładu warto wskazać, że dłużnik może wnosić o otwarcie przyspieszonego postępowania układowego, a w przypadku braku powodzenia i niezawarcia układu złożyć ponownie wnioski o otwarcie postępowania sanacyjnego, dłużnik może podjąć próbę wpływu na wielkość zobowiązań spornych, w taki sposób, aby umożliwić sobie otwarcie postępowania przyspieszonego oraz następnie postępowania układowego – czyli postępowań wykluczających się (Hrycaj [red.] 2020: kom. do art. 8 PrRestr, pkt 9). Ponadto mogą zdarzyć się sytuacje, których sąd nie jest w stanie wziąć pod uwagę, jak np. przegłosowanie układu przez podstawionych wierzycieli zawierających z dłużnikiem pozorne umowy (Hrycaj 2016: 86).

Z procesowego punktu widzenia należy wskazać, że przesłanka negatywna w postaci pokrzywdzenia wierzycieli, jako podstawa odmowy otwarcia postępowania sanacyjnego, występuje niezależnie od tego, czy wnioskodawcą jest dłużnik, czy wierzyciel. Ponadto istnienie podstawy negatywnej nie wyłącza możliwości merytorycznego rozpoznania wniosku o otwarcie postępowania (Jodłowski [red.] 2009: 64), lecz skutkuje jego oddaleniem.

Druga z negatywnych podstaw otwarcia postępowania, odwołująca się w swej konstrukcji do ubóstwa masy układowej (art. 13 PrUp), obliuguje sąd do odmowy otwarcia postępowania w przypadku braku uprawdopodobnienia zdolności dłużnika do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania i zobowiązań powstałych po jego otwarciu. Przesłanka ta odnosi się wyłącznie do postępowania układowego oraz postępowania sanacyjnego, z racji tego, że w trakcie ich

trwania należy ustalić spis wierzycieli, stąd z założenia trwają dłużej, a ponadto z ekonomicznego punktu widzenia istotne jest to, aby masa sanacyjna (czy też układowa w przypadku postępowania układowego), będąca jednocześnie potencjalną masą upadłości (majątkiem dłużnika), nie uległa pomniejszeniu w trakcie trwania postępowania (Zimmerman 2020: 1121). Wprowadzone przez ustawodawcę rozwiązanie jest oczywiste z aksjologicznego punktu widzenia. Prowadzenie postępowania wobec dłużnika, który nie posiada środków na bieżącą regulację kosztów i aktualnych zobowiązań, byłoby postępowaniem jałowym, gdyż z pewnością nie doprowadziłoby do spłaty zobowiązań powstałych przed otwarciem postępowania. Ponadto mogłoby doprowadzić do spłaty zobowiązań powstałych przed otwarciem postępowania, kosztem tych powstałych po jego otwarciu, w czasie gdy dłużnik w sposób regularny prowadzi działalność gospodarczą.

Ustawodawca zdecydował się na złagodzenie rygoru i zobowiązanie dłużnika do uprawdopodobnienia zdolności do wykonywania zobowiązań. Dłużnik może uprawdopodobnić swoją zdolność np. w treści wstępnego planu restrukturyzacyjnego. W sytuacji, gdy wniosek o otwarcie postępowania sanacyjnego został złożony przez wierzyciela, dłużnik może zostać wezwany przez sąd do wykazania takiej okoliczności (Adamus 2019: 80). Warto zaznaczyć, że uprawdopodobnienie jest środkiem zastępczym wobec udowodnienia danej okoliczności. Nie daje ono pewności zajścia faktu, lecz jedynie wskazuje na taką możliwość, czyniąc dany fakt prawdopodobnym (Jodłowski [red.] 2009: 425), jak również nie wymaga zachowania przepisów o postępowaniu dowodowym (Hrycaj, Jakubecki, Witosz [red.]: roz. IV, Nb 115). Rozwiązanie to z pewnością ma służyć zasadom prowadzenia postępowania, a więc szybkości i efektywności. Długotrwałe postępowanie dowodowe w tym zakresie z pewnością nie przysłużyłoby się celowi postępowania sanacyjnego, zwłaszcza że sąd zobligowany jest do umorzenia postępowania sanacyjnego oraz układowego, w przypadku gdy dłużnik utracił zdolność do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania i zobowiązań powstałych po jego otwarciu oraz zobowiązań, które nie mogą zostać objęte układem. W celu ułatwienia dokonania oceny utraty zdolności płatniczej wprowadzono domniemanie wskazujące, że dłużnik utracił zdolność do zaspokajania zobowiązań, jeżeli opóźnienie w ich wykonywaniu przekracza trzydzieści dni. Zatem nawet gdyby ocena sądu co do zdolności dłużnika do wykonywania zobowiązań na etapie rozpoznawania wniosku o otwarcie postępowania była mylna, interesy wierzycieli nie zostaną zagrożone.

Wskazane przez ustawodawcę koszty i zobowiązania, które dłużnik musi być w stanie regulować, są pojęciem pojemnym znaczeniowo. Zakres przedmiotowy kosztów postępowania został uregulowany w art. 207 PrRestr oraz 208 PrRestr.

Z kolei – jak wskazuje się w doktrynie – zobowiązania, które powstały po otwarciu postępowania sanacyjnego, to wszelakie obowiązki mające charakter cywilnoprawny, które powstały i stały się wymagalne w czasie trwania postępowania. Zalicza się do nich również zobowiązania warunkowe z czynności i zdarzeń mających miejsce przed otwarciem postępowania, co do których warunek ziścił się po otwarciu (Jodłowski [red.] 2009: 425). Samo pojęcie zobowiązań zawiera w sobie zobowiązania zarówno niepieniężne, jak i pieniężne. W praktyce dłużnik musi wykazać, że posiada zdolność do zaspokajania m.in. następujących kosztów: kosztów bieżących przedsiębiorstwa – podatków, opłat, czynszów, wynagrodzenia pracowników, zakupu materiałów, usług podwykonawców; kosztów postępowania – wydatki związane z wykonywaniem funkcji zarządcy – wynagrodzenie, koszty związane z koniecznością zatrudnienia dodatkowych osób przy sporządzaniu spisu wierzytelności, spisu inwentarza, planu restrukturyzacyjnego, organizacji zgromadzenia wierzycieli czy z obsługą prawną (Zimmerman 2020: 1121).

Z procesowego punktu widzenia, jeżeli we wniosku nie zostanie uprawdopodobniony warunek posiadania zdolności do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania i zobowiązań powstałych po jego otwarciu, sąd restrukturyzacyjny nie orzeknie o oddaleniu wniosku, lecz wezwie do uzupełnienia braków formalnych na podstawie art. 130 § 1 KPC w zw. art. 209 PrRestr. Dopiero jeśli po uzupełnieniu twierdzeń i wskazaniu okoliczności na ich poparcie sąd uzna, że nie doszło do uprawdopodobnienia, oddali wniosek restrukturyzacyjny z powodu braku podstawy otwarcia postępowania (Hrycaj [red.] 2020: art. 8 PrRestr, pkt 38).

Ostatnią z negatywnych przesłanek otwarcia postępowania sanacyjnego jest prawomocne ogłoszenie upadłości dłużnika. Sąd restrukturyzacyjny wstrzymuje rozpoznanie wniosku sanacyjnego (restrukturyzacyjnego) do czasu uprawomocnienia się postanowienia o ogłoszeniu upadłości. Warto zaznaczyć, że postanowienie o ogłoszeniu upadłości jest skuteczne *ex lege* z dniem jego wydania, stąd wywołuje szeroko określone w PrUp skutki (dotyczące m.in. osoby dłużnika, jego majątku, innych postępowań sądowych i administracyjnych). Z kolei sąd restrukturyzacyjny zobligowany jest odmówić otwarcia postępowania sanacyjnego w przypadku uprawomocnienia się postanowienia o ogłoszeniu upadłości. Konstrukcja ta związana jest ze skutkami prawomocności, w tym powstaniem powagi rzeczy osądzonej. Przesłanka ta dotyczy wszystkich pozostałych postępowań – w przypadku przyspieszonego postępowania układowego oraz postępowania układowego sąd zobowiązany jest do odmowy otwarcia postępowania, z kolei w przypadku postępowania o zatwierdzenie układu – odmowy zatwierdzenia układu.

6. Podsumowanie

Przesłanki otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego są co do zasady tożsame dla wszystkich postępowań restrukturyzacyjnych. Częściowa odmienność postępowania sanacyjnego w tej kwestii, a w szczególności w zakresie poprzedzającym otwarcie postępowania, tj. na etapie złożenia wniosku o otwarcie postępowania, wynika z pewnością z odmienności i wyjątkowości samego postępowania sanacyjnego. Należy jednocześnie zaznaczyć, że ustawodawca, dokonując implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1023 z 20 czerwca 2019 roku w sprawie ram restrukturyzacji zapobiegawczej, umorzenia długów i zakazów prowadzenia działalności oraz w sprawie środków zwiększających skuteczność postanowień dotyczących restrukturyzacji, niewypłacalności i umorzenia długów, a także zmieniającej dyrektywę (UE) 2017/1132, planuje dokonać zmian w zakresie otwarcia postępowania sanacyjnego, co spowoduje jeszcze większe odróżnienie tegoż postępowania od pozostałych postępowań restrukturyzacyjnych. Ustawodawca wskazuje, że postępowanie sanacyjne, z uwagi na fakt, że pozostaje poza zakresem stosowania Dyrektywy 2019/1023, powinno być postępowaniem dostępnym wyłącznie dla dłużników niewypłacalnych. Uzasadnieniem takiego stanu rzeczy jest fakt, że umożliwia ono skorzystanie z narzędzi pozwalających na przeprowadzenie głębokiej restrukturyzacji przedsiębiorstwa dłużnika (np. restrukturyzacji zatrudnienia, majątku, kontraktów, uzyskanie pomocy publicznej). Narzędzia te pozwalają na rzeczywiste wpływanie na sytuację i prawa wierzycieli i osób trzecich (Druk Sejmu IX kadencji, s. 3). Ponadto projektowane zmiany mają na celu umożliwienie złożenia wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego w stosunku do tzw. ułomnych osób prawnych (np. spółek jawnych, spółek komandytowych).

W kontekście projektowanych zmian w zakresie otwarcia postępowań restrukturyzacyjnych, w szczególności postępowania sanacyjnego, *de lege ferenda* należy podnieść, że rozwiązaniem mogącym znacząco przyspieszyć restrukturyzację dłużnika byłoby wprowadzenie instytucji pre-pack, która mogłaby dotyczyć etapu składania wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego. Dłużnik składający wniosek o otwarcie postępowania sanacyjnego mógłby jednocześnie złożyć wniosek o zatwierdzenie warunków sprzedaży swojego przedsiębiorstwa, jego zorganizowanej części lub składników majątkowych stanowiących znaczną część przedsiębiorstwa określonego nabywcy. Wskazana procedura z pewnością mogłaby znacząco przyspieszyć postępowanie, a tym samym pozwolić uniknąć wielu negatywnych aspektów długotrwałego postępowania, takich jak chociażby dezorganizacja przedsiębiorstwa dłużnika, spadek jego wartości, ucieczka klientów.

Wykaz skrótów

- KC – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny
KK – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny
Konwencja – Konwencja o umowie międzynarodowego przewozu drogowego towarów CMR i protokół, sporządzonej w Genewie 19.05.1956 r.
KPC – ustawa z dnia 17 listopada 1964 roku – Kodeks postępowania cywilnego
KSH – ustawa z dnia 15 września 2000 roku – Kodeks Spółek Handlowych
PrPrzeds – ustawa z dnia 6 marca 2018 roku – Prawo przedsiębiorców
PrRestr – ustawa z dnia 15 maja 2015 roku – Prawo restrukturyzacyjne
PrUp – ustawa z dnia 28 lutego 2003 roku – Prawo upadłościowe
PrUpN – ustawa z dnia 28 lutego 2003 roku – Prawo upadłościowe i naprawcze
SPZOZ – samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej
u.g.n.r.s.p. – ustawa z dnia 29 grudnia 1993 r. o zmianie ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw
u.s.d.g. – ustawa z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej
u.s.p.k.k.r.p. – ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej

Bibliografia

Akty prawne

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1023 z 20 czerwca 2019 roku w sprawie ram restrukturyzacji zapobiegawczej, umorzenia długów i zakazów prowadzenia działalności oraz w sprawie środków zwiększających skuteczność postanowień dotyczących restrukturyzacji, niewypłacalności i umorzenia długów, a także zmieniająca dyrektywę (UE) 2017/1132 (Dz. Urz. UE L 172/18).
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. 2020 poz. 1740 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 roku – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. 2021 poz. 1805).
- Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn.: Dz. U. 2013 poz. 1169 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 29 grudnia 1993 r. o zmianie ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw (tekst. jedn.: Dz.U. 1994 Nr 1, poz. 3 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. 2021 poz. 2345 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz.U. 2020 poz. 1526 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (tekst jedn.: Dz.U. 2020 poz. 1228 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej (tekst. jedn.: Dz.U. 2004 nr 173 poz. 1807 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (tekst jedn.: Dz.U. 2021 poz. 1588 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku – Prawo przedsiębiorców (tekst. jedn.: Dz.U. 2021 poz. 162 z późn. zm.).

Orzecznictwo

Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1991 r., III CZP 40/91, OSNCP 1992, nr 2, poz. 17.

Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 grudnia 1991 r., III CZP 117/91, OSNCP 1992, nr 5, poz. 65; sprost. OSNCP 1993, nr 7–8, s. 169.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 1993 r., I CRN 121/92. Dostęp: 13.04.2023. Legalis nr 57190.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2002 r., sygn. akt IV CKN 1667/00, OSNC 2003, nr 5, poz. 65.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2002 r., III CZP 67/02, OSNC 2003, nr 7–8, poz. 102.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2003 roku, I CK 201/02. Dostęp: 13.04.2023. LEX nr 151608.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2005 roku, sygn. akt III CZP 11/05, OSNC 2006, nr 3, poz. 48.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 21 marca 2006 roku, sygn. akt VI SA/Wa 2215/05. Dostęp: 13.04.2023. LEX nr 257125.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2006 r., III CZP 97/06. Dostęp: 13.04.2023. Legalis nr 78835.

Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego – Izba Cywilna – III CZP 65/07, OSNC 2008, nr 7–8, poz. 69.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2008 roku, sygn. akt III CZP 126/08, OSNC 2009, nr 11, poz. 150.

Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 19 stycznia 2011 roku, sygn. akt V CSK 211/10. Dostęp: 13.04.2023. LEX nr 738136.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2011 roku, sygn. akt V CSK 320/10. Dostęp: 13.04.2023. LEX nr 885038.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi – I Wydział Cywilny z dnia 18 lutego 2013 roku, sygn. akt I ACa 1438/12. Dostęp: 13.04.2023. Legalis 734272.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 czerwca 2014 roku, sygn. akt II FSK 1743/12. Dostęp: 13.04.2023. LEX nr 1518904.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 22 lipca 2014 roku, sygn. akt III UK 192/13. Dostęp: 13.04.2023. LEX nr 1498822.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie – V Wydział Cywilny z dnia 26 listopada 2014 roku, sygn. akt VI ACa 202/14. Dostęp: 13.04.2023. Legalis nr 1206625.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2016 roku, sygn. akt III CZP 4/16, Biul. Sądu Najwyższego 2016, nr 3, poz. 6.

- Postanowienie Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 11 lipca 2017 roku, sygn. akt XGz 135/17, niepubl.
- Postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 18 lipca 2017 roku, sygn. akt XIX Gz 463/17, niepubl.
- Postanowienie Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 2 października 2017 roku, sygn. akt XII Gz 632/17, niepubl.
- Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 maja 2018 roku, sygn. akt XXIII Gz 71/18, Dostęp: 13.04.2023. Legalis 1785979.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 października 2019 roku, sygn. akt I GSK 1405/18. Dostęp: 13.04.2023. Legalis 2263025.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w Gdańsku z dnia 6 listopada 2019 roku, sygn. akt I SA/Gd 1074/19. Dostęp: 13.04.2023. Legalis nr 2253435.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach – III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 21 listopada 2019 roku, sygn. akt III AUa 2222/18. Dostęp: 13.04.2023. Legalis nr 2278837.

Opracowania

- Adamus, Rafał. 2021. *Prawo upadłościowe. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 13.04.2023.
- Adamus, Rafał. 2019. *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Adamus, Rafał. 2015. Przedmiotowe przesłanki otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego. *Monitor Prawa Bankowego* 12: 19–27.
- Adamus, Rafał. 2015. Tendencje reformatorskie w zakresie pojęcia niewypłacalności przedsiębiorcy w prawie upadłościowym. W: *Tendencje reformatorskie w prawie handlowym. Między teorią a praktyką*, (red.) Jan Olszewski, 69–82. Warszawa: C.H. Beck.
- Bednarek, Małgorzata. 2006. Rozdział VII. Wzorce umów. W: *System Prawa Prywatnego*. Tom 5, (red.) Ewa Łętowska, 541–704. Warszawa: C.H. Beck.
- Nazaruk, Piotr. 2023. Komentarz do art. 43¹ KC, teza 8. W: *Kodeks cywilny, komentarz aktualizowany*, (red.) Jerzy Ciszewski. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 13.04.2023.
- Dercz, Maciej i Tomasz Rek. 2019. *Ustawa o działalności leczniczej, komentarz do art. 4 Ustawy o działalności leczniczej*. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 13.04.2023.
- Hrycaj, Anna. 2020. Komentarz do art. 4 PrRestr, pkt. 2. W: *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, (red.) Patryk Filipiak, Anna Hrycaj. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 13.04.2023.
- Głodowski, Włodzimierz i Anna Hrycaj. 2010. Zakres podmiotowy i podstawy ogłoszenia „upadłości konsumenckiej”. *Państwo i Prawo* 2: 70–79.
- Grabiński, Konrad. 2010. Wycena i jej aktualizacja w warunkach kryzysu gospodarczego. W: *Rachunkowość wobec kryzysu gospodarczego*, (red.) Bronisław Micherda. Warszawa: Difin.
- Groele, Bartosz i Joanna Kruczalak-Jankowska. 2014. Rozdział 2. Podmiotowy zakres prawa restrukturyzacyjnego (zdolność restrukturyzacyjna). W: *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*. Tom 6: *System Prawa Handlowego*, wyd. 2, (red.) Anna Hrycaj, Andrzej

- Jakubecki, Aleksander Witosz. Warszawa: C.H. Beck, wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 13.04.2023.
- Górnicz, Kazimierz. 1994. Głosa do uchwały SN z dnia 27 maja 1993 r., III CZP 61/93, *Rejent* 1: 59-72.
- Filipiak, Patryk. 2020. Rozdział 21. W: *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe System Prawa Handlowego*. Tom 6, (red.) Anna Hrycaj, Andrzej Jakubecki, Aleksander Witosz. Warszawa: C.H. Beck, wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 13.04.2023.
- Filipiak, Patryk. 2020. Komentarz do art. 8 PrRestr. W: *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, (red.) Anna Hrycaj. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 13.04.2023.
- Hrycaj, Anna. 2019. *Prawo i postępowanie restrukturyzacyjne*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Hrycaj, Anna. 2016. Pokrzywdzenie wierzycieli jako przesłanka odmowy otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego. *Doradca Restrukturyzacyjny* 1: 82–93.
- Hrycaj, Anna. 2019. Rozdział IV, Nb 115. W: *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*. Tom 6: *System Prawa Handlowego*, wyd. 2, (red.) Anna Hrycaj, Andrzej Jakubecki, Aleksander Witosz. Warszawa: C.H. Beck, wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 13.04.2023.
- Jakubecki, Andrzej. 2005. Głosa do wyroku Sądu Najwyższego w sprawie I CK 71/04, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 12: 661–688.
- Jodłowski, Jerzy. 2009. *Postępowanie cywilne*. Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN.
- Kubiczek, Marcin i Bartosz Sokół. 2016. Metodyka badania płynnościowej przesłanki niewypłacalności w świetle jej prawnej definicji. *Doradca Restrukturyzacyjny* 1: 104–115.
- Merczyński, Bartosz i Paweł Bartosiewicz. 2017. Interes wierzycieli a wstrzymanie wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika w restrukturyzacji. *Doradca Restrukturyzacyjny* 2: 35–39.
- Miczek, Zbigniew. 2015. Nowe regulacje w zakresie podstaw ogłoszenia upadłości. *Doradca Restrukturyzacyjny* 1: 64–72.
- Misiuk-Jodłowska, Teresa. 2009. W: Jodłowski, Jerzy i in. *Postępowanie cywilne*. Warszawa: LexisNexis.
- Naworski, Jerzy. 2002. Zakres podmiotowy art. 17 § 1 Prawa upadłościowego. *Monitor Prawniczy* 10/14: 633–642.
- Oleszko, Aleksander. 2016. *Prawo o notariacie. Komentarz*. Tom 1: *Ustrój notariatu*. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 13.04.2023.
- Osajda, Konrad. 2020. *Kodeks cywilny. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Rachwał, Anna. 2000. Niewypłacalność jako przesłanka zaskarżenia przez syndyka czynności prawnej upadłego, dokonanej z pokrzywdzeniem wierzycieli. *Transformacje Prawa Prywatnego* 3: 63–85.
- Rakoczy, Bartosz. 2006. Zdolność upadłościowa kościelnych osób prawnych Kościoła Katolickiego. *Przegląd Sądowy* 3: 83–92.
- Pazdan, Maksymilian. 2012. Rozdział XIV. Osoby fizyczne. W: *System Prawa Prywatnego*. Tom 1, (red.) Marek Safjan. Warszawa: C.H. Beck.
- Szydło, Marek. 2002. Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim. *Przegląd Sądowy*: 7–8, 72–105.
- Szymański, Władysław. 2005. Globalizacyjne uwarunkowania siły i słabości przedsiębiorstw. W: *Ekonomiczne aspekty upadłości przedsiębiorstw w Polsce*, (red.) Elżbieta Mączyńska, 28–49. Warszawa: Oficyna Wyd. Szkoły Głównej Handlowej.

- Świeboda, Zdzisław. 2003. *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*. Warszawa: Lexis-Nexis.
- Witosz, Aleksander, Jerzy. 2017. *Prawo upadłościowe. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Zaporowski, Piotr. 2006. Czy przedsiębiorcą może być osoba fizyczna niemająca pełnej zdolności do czynności prawnych? *Palestra* 7–8: 37–45.
- Zedler, Feliks. 2010. Komentarz do art. 5. W: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, (red.) Andrzej Jakubecki, Feliks Zedler. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 13.04.2023.
- Zimmerman, Piotr. 2020. *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Zimmerman, Piotr. 2022. *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 13.04.2023.

Inne

- Uzasadnienie projektu ustawy o działalności leczniczej, pkt I, Sejm VI kadencji, druk sejmowy nr 3489.
- Uzasadnienie projektu ustawy o Krajowym Rejestrze Zadłużonych, Druk Nr 2637 Sejmu VIII kadencji.
- Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo restrukturyzacyjne oraz ustawy – Prawo upadłościowe, druk Sejmu IX kadencji.

Volume 21, Issue 1
June 2023

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-08-29
accepted 2023-06-15



The application of the Principle of Prevention to land-based sources of marine pollution: an International Law approach

Zastosowanie zasady prewencji do zanieczyszczenia morza
generowanego na lądzie: podejście prawa międzynarodowego

FRANCESCO MALETTO

Maastricht University – Catholic University of the Sacred Heart of Milan

ORCID: 0009-0009-8816-1338,

f.maletto@maastrichtuniversity.nl; francesco.maletto@unicatt.it

Citation: Maletto, Francesco. 2022. The application of the Principle of Prevention to land-based sources of marine pollution: an International Law approach. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(1): 125–148. DOI: 10.25167/osap.4867.

Abstract: Despite being a major environmental issue, marine pollution from land-based sources has not been addressed through a clear and coherent international legal framework. The aim of this article is, therefore, to reconduct such fragmented framework to a single international rule, with the potential of effectively tackling the issue. This led the investigation to focus on the Principle of Prevention, which, despite being a cornerstone of international environmental law, has remained quite evanescent as to its normative content. With this in mind, the article attempts to reconstruct the actual content of the rule with specific regard to the issue at stake. In order to do so, it has been essential to identify the standard of “diligence” States are held to in such regard and to verify how such “due diligence” interacts with the primary rule and contributes to fill it with normative content. The result is a single legal rule with a renewed potential, especially in terms of enforcement opportunities.

Keywords: Marine environment; marine pollution; prevention; due diligence; environmental damage

Abstrakt: Pomimo faktu, że sprawa zanieczyszczenia mórz, którego źródłem jest aktywność człowieka na lądzie, stanowi jeden z głównych problemów środowiskowych, do tej

pory nie doczekała się jasnego i spójnego międzynarodowego ujęcia prawnego. Dlatego też celem niniejszego artykułu jest sprowadzenie wielu fragmentarycznych ujęć do jednej regulacji o statusie międzynarodowym, która byłaby w stanie skutecznie rozwiązywać ten palący problem. Taka intencja prowadziła autora do skupienia się na zasadzie prewencji, która – chociaż jest fundamentem międzynarodowego prawa – wciąż pozostaje niedookreślona, jeśli idzie o treści normatywne. Mając powyższe na względzie, autor podejmuje próbę zrekonstruowania rzeczywistej treści tej zasady, ze szczególnym uwzględnieniem tematyki podjętej w pracy. W tym celu podstawą działania było zidentyfikowanie standardu staranności państw w tej kwestii oraz zweryfikowanie, w jaki sposób taka „należyta staranność” współgra z podstawowymi zasadami i przyczynia się do wypełnienia treści normatywnych. W rezultacie wypracowano jedną prawną regulację z odnowionym potencjałem, szczególnie jeśli idzie o możliwości egzekucyjne.

Słowa kluczowe: środowisko morskie, zanieczyszczenie morza, prewencja, należyta staranność, zniszczenie środowiska naturalnego

1. Introductory remarks

The present article stems from a wider and still in-progress academic research aimed at reconstructing and assessing the effectiveness of the legal framework addressing marine pollution from land-based sources in the European regional context¹ as well as at identifying the role and potential, especially in terms of policy and enforcement implications, of the Principle of Prevention in tackling this issue.

According to UNEP,² land-based sources³ are accountable for about 80% of the total marine pollution. Targeting such sources is essential not only for human health and livelihoods,⁴ but especially for the well-being of the marine

¹ By European regional context, the present article intends to refer, in accordance with a reconstruction of the international definition of *marine region*, to Europe and its marine areas under a geographical perspective. In this respect, it must also be specified that the European Union and its legal order (specifically addressed in the wider research) fall outside the scope of the present article and, therefore, although very relevant, will not be taken into account for the purposes of the analysis.

² United Nations Environment Programme, Global Programme of Action for the Protection of the Marine Environment from Land-based Activities, *Protecting Coastal and Marine Environment from Land-based Activities: A Guide for National Action* (2006), p. 3; United Nations General Assembly, *Oceans and the Law of the Sea: Report of the Secretary General*, 18 August 2004, A/59/62/Add. 1, 29, paragraph 97.

³ Land-based sources of marine pollution are exemplified in Article 207(1) UNCLOS, which provides that “States shall adopt laws and regulations to prevent, reduce and control pollution of the marine environment from land-based sources, including rivers, estuaries, pipelines and outfall structures, taking into account internationally agreed rules, standards and recommended practices and procedures.”

⁴ As explained by the Food and Agriculture Organization of the United Nations (2021), for instance, billions of people rely on the oceans as a primary source of food. However, please note that social and economic concerns are beyond the scope of this article.

environment.⁵ Land-based sources, as a matter of fact, are, alongside with threats such as climate change and overfishing, one of the most relevant pressures facing the oceans, especially coastal areas.⁶ Indeed, despite legal instruments adopted at global and regional level, the marine environment continues to be significantly exposed to pollution⁷ from onshore activities, also via subterranean, riverine and atmospheric vectors (European Commission 2021; Osborne 2015: 95).

In this picture, the present article starts from the assumption, investigated in the wider research, that the international legal framework applicable to land-based sources of marine pollution presents significant shortcomings and is, therefore, not adequate to address the issue (Section 2). In light of this assessment, the article then discusses the opportunity of reconducting such fragmented framework to a single international rule, the Principle of Prevention, which – theoretically – has the potential to effectively tackle such environmental issue, but – in practice – has remained quite evanescent as to the obligations it entails. After having outlined the background (Section 3) and main features (Sections 4 and 5) of the Principle, the article thus reflects on how to fill the same with clear normative content, reconstructing the “*due diligence*” standard and the relevant duties States are held to in preventing marine pollution from land-based sources (Section 6). The article finally provides inputs for reflection, in connection with the potential of a “renewed” international obligation to address land-based sources of marine pollution, particularly in terms of enforcement (Section 7).

2. What are land-based sources of marine pollution and a critical overview of the regulatory framework

As anticipated in the introduction, marine pollution from land-based sources is among “the most serious causes of marine degradation and the most difficult to regulate” (Harrison 2017: 64). The legal framework addressing the issue, in fact, is particularly vast and complex to reconstruct. This analysis, as hinted above, falls outside the scope of the present article. That said, it is in

⁵ United Nations, *World Ocean Assessment* (“WOA I”) (2016), available at http://www.un.org/depts/los/global_reporting/WOA_RegProcess.htm. The latter has now been superseded by the second *World Ocean Assessment* (“WOA II”), published in 2021 and available at <https://www.un.org/regular-process/woa2launch>.

⁶ United Nations Environment Programme, *State of the Environment and Development in the Mediterranean* (2020), pp. 160 *et seq.*

⁷ United Nations Environment Programme, *Strategic Action Programme to Address Pollution from Land Based Activities (SAP-MED) and related National Action Plans (NAP), Implementation Status 2000-2015* (2015), p. 32.

any case worth mentioning that, at global level, various sources of regulation can be identified: rules of international customary law, general (Articles 192 and 194) and specific (Articles 207, 212 and 213) provisions contained in Part XII of the UNCLOS, as well as soft law instruments (in particular, the GPOA). At European regional level, as the legal framework enacted by the European Union in this regard is not going to be discussed, the main focus of analysis has been represented by Regional Seas Conventions, which attempt to address the issue with reference to different marine areas.

Even if certain Regional Seas Conventions, for instance, do provide a definition of “land-based sources”,⁸ the UNCLOS refrains to do so, merely specifying, in Article 207, that land-based sources include “rivers, estuaries, pipelines and outfall structures”. This is because while the main contaminants causing marine pollution can be reconnected to a few general categories (*e.g.*, sewage, POPs, radioactive substances, heavy metals, hydrocarbons, pesticides and nutrients, or emerging contaminants⁹), the sources responsible for such pollution are almost uncountable. The latter are generally classified into three different types: point sources, diffuse sources, and atmospheric deposition.¹⁰ However, multiple activities can be subsumed under these categories, each of them with specific applicable regulations defining the legal regime for their exercise.

From the global perspective, degradation of the oceans and coastal areas has, in the last decades, continued and, in some places, even intensified. According to a comprehensive assessment carried out by GESAMP,¹¹ as well as to the most recent area-targeted material, especially pertaining to the scientific analysis performed by Regional Seas Conventions, the most serious issues associated with land-based sources in European seas appear to be water contami-

⁸ See, in this regard, Article 1(e) of OSPAR Convention, Article 2(2) of Helsinki Convention, Article 2 of the (not in force yet) Bucharest Protocol on the Protection of the Black Sea Marine Environment against Pollution from Land-Based Sources.

⁹ According to the United Nations Environment Programme, *State of the Environment and Development in the Mediterranean* (2020), p. 162, the terms *emerging contaminants* or *contaminants of emerging interest* describe a heterogenous set of thousands of molecules and metabolites whose presence in the environment had not been detected in the past and whose study and monitoring are relatively recent. These substances can be found in personal care products, synthetic musk, flame retardants, additives in plastic, in pesticides and herbicides, bisphenol A (used in plastic wrap), plasticisers such as phthalates, nanoparticles (measuring less than 100 nano-meters, used in food, medicine, construction and textiles), phytoestrogens (plant-derived substances), perfluorocarbons, pharmaceuticals and non-halogenated substances (carboxylic acid and formaldehyde).

¹⁰ This categorisation is commonly adopted in the frame of the GPOA. In this regard, please refer, for instance, to the relevant report published by UNEP in 2021.

¹¹ Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Environmental Protection, *Protecting the Oceans from Land-based Activities, Land-based sources and activities affecting the quality and uses of the marine, coastal and associated freshwater environment* (2001).

nation from hazardous substances (with particular attention to specific as well as emerging contaminants, such as marine litter),¹² widespread and increased eutrophication (especially in the Baltic Sea),¹³ the alteration and destruction of habitats and ecosystems. This identification finds punctual confirmation in the strategic actions undertaken at regional level and, in particular, in the frame of the revised 2021 Baltic Sea Action Plan,¹⁴ as well as in the OSPAR North-East Atlantic Strategy for 2030,¹⁵ adopted in 2021.

Despite the relevance of land-based sources in connection with the pollution of the marine environment (Osborne 2015: 81), an analysis of the applicable regulatory framework (which, as already specified, falls outside the scope of the present article, but is addressed in the frame of the wider research) shows how this phenomenon still lacks a clear, thorough and coherent regulatory framework, especially at global level. Indeed, the extreme variety of sources of degradation connected to activities carried out onshore,¹⁶ together with, especially, the reluctance of States to accept an erosion of their sovereign domain (Takano 2017: 93-97; Boyle, Freestone 1999: *passim*), has hindered, mainly at international level, the development of a precise framework, with general, shared and definite rules comprehensively addressing land-based sources of marine pollution. As a matter of fact, the available legal framework has a limited outreach (Sands, Peel 2018: 477) and is not always coherent (Osborne 2015: 103). The same, also, appears to be articulated, at the global/regional level, into “modest” (Dupuy, Viñuales 2018: 104; Takano 2017: 93) and broadly formulated provisions,¹⁷ complemented by technical rules and recommendations on specific aspects, which are, however, most often non-binding (Takano 2017:

¹² In this respect, refer to United Nations Environment Programme, *State of the Environment and Development in the Mediterranean* (2020), p. 160. Moreover, refer to the 2017 Intermediate Assessment carried out under the 1992 Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (the “OSPAR Convention”) as well as, as mentioned above, to the 2021 update of the Baltic Sea Action Plan.

¹³ In this regard, please refer to the 2021 update of the Baltic Sea Action Plan adopted in the frame of the 1992 Helsinki Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea (the “Helsinki Convention”). The Helsinki Convention entered into force on 17 January 2000 between Denmark, Estonia, the European Union, Finland, Germany, Latvia, Lithuania, Poland, Russia and Sweden.

¹⁴ Helsinki Commission, *Baltic Sea Action Plan – 2021 update* (2021). Available at: <https://helcom.fi/wp-content/uploads/2021/10/Baltic-Sea-Action-Plan-2021-update.pdf>.

¹⁵ OSPAR Commission, *North-East Atlantic Environment Strategy 2030, OSPAR Agreement 2021-01* (2021). Available at: <https://www.ospar.org/convention/strategy>.

¹⁶ United Nations Environment Programme, Global Programme of Action for the Protection of the Marine Environment from Land-based Activities, *Protecting Coastal and Marine Environment from Land-based Activities: A Guide for National Action* (2006), p. 3.

¹⁷ Which have, therefore, little enforcement potential.

93; Mensah 1999: 297). That is evident, for example, from the content of the GPOA in comparison with the “parent” provisions included in the UNCLOS, whose rules on the protection of the marine environment have been described as “too imprecise, qualified or ambiguous to be effective” (Churchill 2015: 29). At the global level, regulation concerning land based marine pollution has thus been considered weak (Tanaka 2006: 148), mainly due to the lack of uniform, detailed and enforceable provisions capable of facing the problem.¹⁸

For these reasons, especially in connection with the fact that land-based sources of marine pollution have the most impact at regional level (Schumacher *et al.* 1996: 102), this latter layer of regulation has been considered (*ex multis*, Harrison 2017: 75-89; Tanaka 2016; Freeston, Salman 2008: 348; Birnie, Boyle, Redgwell 2021; Hassan 2021: 2) the one with the highest potential to effectively address the issue. Nonetheless, upon a close scrutiny of Regional Seas Conventions, it can be argued that, besides a few binding provisions, which indeed play a significant role in defining – as better outlined below – the obligations borne by States in view of preventing marine pollution from land-based sources, the vast production of declarations, decisions and recommendations lacks substantive effectiveness (Pallemaerts 1998; Nollkaemper 1998; Ehlers 1993: 191 *et seq.*), often resulting in symbolic instruments incapable of achieving significant progress in depolluting marine waters. The same considerations can be raised upon an assessment, developed in the frame of the wider research, in relation with the potential of the enforcement powers granted to treaty Commissions within Regional Seas Conventions, whose role risks to be downgraded to that of mere technical bodies.¹⁹

3. The Principle of Prevention (background)

Realizing the limits of the legal framework and reflecting on possible solutions both at policy and enforcement level, it appears essential to investigate the presence of regulatory principles with the potential to bring the field to consistency and coherence. In order to do so, the present article (as wider research) explores the opportunity to identify a single rule, complemented

¹⁸ According to the doctrine (Tanaka 2006), the reason for this is mainly connected to three different factors: (i) the complexity of sources and substances which characterise land-based marine pollution; (ii) geographical and ecological difference; and (iii) economic and technological gaps between developed and developing countries.

¹⁹ This topic (together with the relevant literature) has been assessed in the frame of the wider research. For an interesting reading in this general regard, please refer to M. Gilek and K. Kern, *Governing Europe's Marine Environment: Europeanization of Regional Seas or Regionalization of EU Policies?* (2015).

with clear normative content, with the potential to effectively address the discussed issue.

Following this objective, it proves almost axiomatic to consider that environmental law and policy are, in general, based on the ultimate will to avoid causing harm to the environment (Duvic-Paoli 2018: 1). Recalling the words of the Dutch philosopher Erasmus (1466-1536), according to whom “Prevention is better than cure,” protection of the environment is the most effectively and efficiently ensured by preventing the occurrence of harm rather than by repairing the damage and restoring the previous conditions of the relevant environmental compartment.²⁰

The specific features of environmental harm, in fact, as explained by L.A. Duvic-Paoli, dogmatically require a preventive approach. As emphasised by the International Court of Justice in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case (de Sadeleer 2020: 85),²¹ damage to the environment is, in fact, very often irreversible. Also, restoration to the situation prior to the occurrence of the harm is often impossible²² or, in any case, entails burdensome costs (Strasser 1997: 7). This is even more true considering the intrinsic characteristics of pollution at sea, which is *per se* diffuse, in light of which these considerations can only exacerbate.

All these progressively caused the Principle of Prevention to arise and consequently convert from a policy objective into an international obligation (Duvic-Paoli 2018: 24), eventually assuming, especially after the Stockholm Conference in 1972, the role of a cornerstone rule in international environmental law (Sands, Peel 2018: 211; Kiss, Shelton 2004: 113). A role that has become so critical to make commentaries define it as the *golden* principle of environmental policy (de Sadeleer 2002: 89; Kiss, Beurrier 2010: 152; UNEP 2006: 32). This process has been referred to as a paradigm shift (Duvic-Paoli 2018: 27) from a reactive to a preventive approach in addressing environmental harm-related issues.

In line with this, the Principle of Prevention requires the adoption of measures intended to prevent environmental damage to arise (de Sadeleer 2020: 85). Nonetheless, the same is mostly perceived as an “axiom” and, consequently, “tends not to be investigated further” (Duvic-Paoli 2018: 2; de Sadeleer 2020:

²⁰ On a side, practical note, it is in any case worth mentioning that, if this is true under a theoretical standpoint, given the levels of pollution sea waters actually face, clean-up and restoration programmes also remain of utmost importance as far as addressing the situation is concerned.

²¹ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, International Court of Justice, Judgement of 25 September 1997, ICJ Rep. 7, par. 140.

²² In this regard, International Law Commission, *Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities (with Commentaries)*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 148 (2001), par. 2.

85), thus making its outlines particularly difficult to discern. These defining traits become even more shaded when conjugated to the regulation of marine pollution of onshore origin. As clearly stated by P. Birnie, A. Boyle and C. Redgwell (2021: 477), in fact, “the obligation to prevent marine pollution from land-based sources has remained essentially general in character, with little objective content.”

4. The Principle of Prevention in International Law

As classic International Law gives predominant relevance to relations among States and, in this picture, to good neighbourliness, customary law initially developed around the *sic utere tuo ut alienum non laedas* principle (also known as “no-harm” rule), which basically prohibits States to use their own territory in a way that might cause damage to the environment of another State.

This principle, as widely known, was first recognised in the 1941 *Trail Smelter* arbitration case between United States and Canada²³ and later enshrined, *mutatis mutandis*, in Principle 21 of the 1972 Stockholm Declaration (further transposed into Principle 2 of the 1992 Rio Declaration).²⁴

The formulation of Principle 21 of the 1972 Stockholm Declaration, however, placed a “greater emphasis” on the obligation of States to “prevent” damages, rather than on the damage itself (de Sadeleer 2020: 88). That, in line with the always growing interest in the protection of the environment, allowed the Principle of Prevention to emerge as a separate rule (Handl 2008: 539), with an autonomous rationale (*i.e.* the protection of the environment) and objectives which transcended the necessarily inter-State dimension of the *sic utere tuo ut alienum non laedas* principle. The scope of the Principle of Prevention, in fact, is to protect the environment irrespective of the location of the damage (Sands, Peel 2018: 212-213; Duvic-Paoli 2018: 258; Singh 1987: xi-xii).²⁵ Consequently, the focus is on the obligations borne by States to prevent environmental damage to occur and the subsequent measures to be taken. In this frame, it can be affirmed that the Principle of Prevention requires the prevention of environmental

²³ *Trail Smelter (United States v. Canada)*, Tribunal established under the Convention of Ottawa of 15 April 1935, Arbitration award of 16 April 1938 and 11 March 1941, 3 RIAA 1905.

²⁴ There, it was stated that “States have [...] the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction”.

²⁵ This does not mean that the location of the damage becomes irrelevant, as Principle 21 of the Stockholm Declaration and Principle 2 of the Rio Declaration, and – in general – international case law on the Principle of Prevention, still give relevance to a transboundary dimension (“States have [...] the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction”).

damage *per se* and, therefore, the adoption by States of anticipatory measures (Ragni 2020: 63) capable of reducing, limiting or controlling activities which might harm the environment beyond their frontiers (as specified under Principle 21/Principle 2) and, arguably, also within their own jurisdiction (Sands, Peel 2018: 211). Further considerations on the relationship between the special scope of the Principle of Prevention and the specific features of marine pollution will be explored in Section 5 below.

Under the Principle of Prevention, States are required to exercise “due diligence” in connection with the activities susceptible of producing such harm. As confirmed by the International Court of Justice, in fact, the Principle of Prevention “has its origin in the due diligence that is required of a State in its territory.”²⁶ As explained by S. Forlati (2018: 49), the concept of “due diligence” can be defined as a constituent element of certain State obligations: “un seuil, un *threshold*, indiquant le degré d’engagement demandé à l’Etat par rapport à certaines obligations primaires”. As a consequence, in connection with the Principle of Prevention, “due diligence” can be regarded as the standard which a State must comply with, through the adoption of measures aimed at preventing possible damages to the environment, deriving from activities carried out under its control. Such measures must be those reasonably capable of preventing the occurrence of the event. It is evident, in this regard, how the obligation of prevention, as consisting in the duty of the State to act with “due diligence”, must be regarded as an obligation of means and not of results.²⁷ A violation of the Principle of Prevention, therefore, is triggered when the State has not put in place the measures considered adequate to prevent environmental damage, thus demonstrating failure to act according to the required standard of “due diligence”.

The Principle of Prevention is commonly considered as having a customary nature (de Sadeleer 2020: 88).²⁸ Such a conclusion is largely based on the jurisprudence of the International Court of Justice. The same, in particular,

²⁶ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, International Court of Justice, Judgement of 20 April 2010, ICJ Rep. 14, paragraph 101.

²⁷ *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 1 February 2011, No. 17, 50 ILM 458, paragraph 110.

²⁸ In this regard, it has been argued (Bodansky 1995: 105; Conforti 2018: 240) that there is however a significant discrepancy between the position of international Courts and Tribunals and the actual States’ practice. Nevertheless, according to L.A. Duvic-Paoli (2018: 94), such discrepancy does not jeopardise the customary nature of the Principle of Prevention, merely showing implementation challenges which are quite common in the field. Although it falls outside the scope of the present article, the problem of the assessment of the customary status of the rule at stake is relevant. The same is addressed in the context of the wider research.

recognised for the first time the customary character of the Principle of Prevention in its 1996 advisory opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*.²⁹ In the 2010 *Pulp Mills on the River Uruguay* case,³⁰ it then had the occasion to further specify how the Principle of Prevention has a “due diligence” nature, in light of which a State is obligated to use all the means at its disposal to avoid environmental harm.³¹ This not only includes “the adoption of appropriate measures and rules, but also a certain level of vigilance in their enforcement and the exercise of administrative control applicable to public and private operators, such as the monitoring activities undertaken by such operators.”³²

Under the Principle of Prevention, therefore, States are bound by a duty to prevent environmental harm from activities taking place under their jurisdiction or control. According to the doctrine (Ragni 2020: 63), the obligation to prevent environmental harm translates in a series of behaviours which can be summarised in two key passages: firstly, the correct appreciation of the possible risks of an activity on the environment, and secondly the identification and effective implementation of the measures considered appropriate to avoid/limit the risks triggered by such an activity. Failure to comply with this duty triggers the responsibility of the State, irrespective of the occurrence of damage (de Sadeleer 2020: 88; Dupuy-Viñuales 2018: 65).

In general, the Principle of Prevention is structured as a framework rule, whose content is informed by specific subsidiary obligations, which can be found in a mix of different instruments, which encompass customary and treaty obligations, as well as international standards. Such subsidiary obligations contribute to the construction of the degree of “due diligence” States are held to, as far as the obligation to prevent damage to the environment is concerned.

²⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, International Court of Justice, Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Rep. 226.

³⁰ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, International Court of Justice, Judgement of 20 April 2010, ICJ Rep. 14

³¹ According to the International Court of Justice (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*), paragraph 197, “the obligation to preserve the aquatic environment, and in particular to prevent pollution by prescribing appropriate rules and measures is an obligation to act with due diligence in respect of all activities which take place under the jurisdiction or control of each party”. According to literature (Sands, Peel 2018: 211), this approach appears to be in line with the one adopted by the International Law Commission in its 2001 draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, where a strong focus is dedicated to the *due diligence* nature of the obligation of preventing environmental damage, with confirmation that the same is an obligation of means and not of result.

³² *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, International Court of Justice, Judgement of 20 April 2010, ICJ Rep. 14, para 197.

5. The Principle of Prevention in the framework regulating land-based sources of marine pollution

In light of the above considerations, to render the Principle of Prevention effective, it appears essential to define its substantive content. Otherwise, the Principle of Prevention would convert in an empty obligation, a mere statement without the potential of being practically applied (Duvic-Paoli 2018: 2). There is thus a strong need to investigate the specific obligations which constitute the content of the Principle and, therefore, contribute to inform the degree of “diligence” States are bound to in preventing environmental harm.

As hinted in Section 2 above, despite the vast normative production which characterises the discipline of marine pollution from land-based sources, the relevant legal framework appears to be constellated of provisions which, especially at the global level, show, in case their nature is binding, a weak and vague normative disposition, while at regional level result in fragmented and not always coherent obligations. Hence, the need to bring to consistency the duties which contribute to reconstruction of the content of the Principle of Prevention, as applied to land-based marine pollution.

This need can be easily understood taking the UNCLOS as an example. The customary obligation to prevent damage to the (marine) environment, in fact, is codified into a series of provisions which, despite their almost undisputed correspondence to general international law (Forteau, Thouvenin 2017: 788; Birnie, Boyle, Redgwell 2021: 798; Wolfrum 1998: 2; Freestone 1996: 91-107), add little specification to the duties which can be extracted from the general principle. The Principle of Prevention, in particular, find its codification in Article 192 of the UNCLOS, which, opening Part XII of the Convention, claims that “States have the obligation to protect and preserve the marine environment.” This provision has been described in case law as a fundamental principle of international law. More specifically, in paragraph 941 of the *South China Sea Arbitration* (2010),³³ the Tribunal had the opportunity to clarify how Article 192 of the UNCLOS “entails the positive obligation to take active measures to protect and preserve the marine environment, and by logical implication, entails the negative obligation not to degrade the marine environment.” Moreover, always in paragraph 941, the Tribunal underlined how the content of Article 192 of the UNCLOS is informed by the “corpus of international law relating to the environment”, thus confirming that the content of the Principle of Prevention has to be retrieved recurring to other provisions. It failed, however,

³³ *South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. The People's Report of China)*, Permanent Court of Arbitration, Award on the Merits of 12 July 2016.

to add further specifications to this conclusion, likewise confirming, the need of the present investigation.

Furthermore, without neglecting the importance of the *Advisory Opinion on the Area* (2011), it should be mentioned that the ITLOS, in the *Advisory Opinion on the Sub-Regional Fisheries Commission* (2015), finally took the occasion to crystallise the relevance of Article 192 of the UNCLOS and, consequently, of the obligation to prevent damage to the marine environment.

As far as land-based marine pollution is concerned, Article 192 of the UNCLOS is further detailed, as anticipated above, through Articles 194 and 207 of the same Convention.³⁴ Even though their analysis, as explained, falls out of the scope of this article, it can be said how these provisions, despite being as well recognised of customary nature (Forteau, Thouvenin 2017: 789; Sands, Peel 2018) and specifically targeted on land-based sources of marine pollution, are not determinant in resolving the issue investigated here. These rules, in fact, on the one hand, merely positivise the content of Principle 21 of the Stockholm Declaration (declined to marine pollution), and, on the other one, manifest a clear intention of the UNCLOS to renounce regulating the issue at global level, delegating the burden directly to States.

The investigation, in this regard, appears to be quite complex, as the Principle of Prevention, as confirmed above, is structured as a framework obligation, which incorporates further subsidiary obligations, which all stem from the general duty to prevent damage to the (marine) environment. According to the scholarship (Duvic-Paoli 2018: *passim*), such a subsidiary obligation can be both of substantial and procedural nature, the first manifesting the environmental objective of the rule (*i.e.* preventing the harm), the other – the actual procedural steps States have the duty to comply with to achieve such an objective.

Another issue which must be taken into consideration is the spatial dimension of the Principle of Prevention. In fact, one could reflect on whether the Principle of Prevention has to be constrained in the spatial limits of the *sic utere tuo ut alienum non laedas* principle (from which it derives), as enshrined in Principle 21 of the Stockholm Declaration as well as in Principle 2 of the Rio Declaration, thus being triggered only in case transboundary inter-State damage occurs or in case pollution from land-based sources causes damage to areas beyond national jurisdiction. This circumstance could potentially cause a series of applicative problems: having to trace marine pollution from onshore

³⁴ As emphasised in *South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. The People's Report of China)*, paragraph 942, Article 192 is also further detailed by specific obligations set out in other international agreements, as provided for in Article 237 of the UNCLOS. This further confirms that the content of “due diligence” has to be reconstructed using other international law provisions.

origin and, at the same time, to prove that the responsible source has caused damage to the marine environment to another State or, in any case, in international waters might render the application of the Principle of Prevention to land-based marine pollution almost impracticable.

Without excessively focusing on this possible short-circuit, one could also consider that, unlike the *sic utere tuo ut alienum non laedas* principle, the Principle of Prevention is not necessarily tied to the occurrence of damage (although its violations are most likely triggered in such cases), but to the need to put in place the measures required to prevent damage, regardless of its verification. Also, irrespective of the fact that the Principle of Prevention finds application at a much earlier stage than its parent rule (Sands, Peel 2018: 213),³⁵ one could also argue that marine damage is, by its nature, always potentially transboundary, thus making spatial-application issues merely theoretical. Case law, in this regard, appears to have adopted a much more radical solution, stating that Article 192 of the UNCLOS – which, as said above, is the codification of the Principle of Prevention in international marine environmental law – should be interpreted as applying to all marine areas. That confirms, although with an approach arguably excessively focused on the *ex post* consequence of the violation of the Principle of Prevention, that States bear an international law obligation to prevent harm to the marine environment in their territorial sea and in their Economic Exclusive Zone, irrespective of the external impact of the damage. Similarly, in the *South China Sea Arbitration* it has been stated that the obligations in Part XII of the UNLCOS apply to State with respect to all marine areas, both inside and beyond national jurisdiction. In line with this, questions of sovereignty appear to be irrelevant to the application of Part XII of the UNCLOS.

³⁵ The Principle of Prevention, in fact, ontologically focuses on the measures that should be enacted to avoid the occurrence of environmental damage *per se*. Therefore, failure to enact such measures constitutes a violation of the Principle of Prevention irrespective of the occurrence of damage. On the contrary, the application of the *sic utere tuo ut alienum non laedas* principle is triggered only in case a State causes significant damage to the environment of a different State, without intervening in case the environmental damage does not affect another State. This, as widely known, responds to the traditional approach of classical international law, according to which the use of the environment is considered part of the reserved domain of a State and its permanent sovereignty over natural resources. Hence, the international legal order refrains from being interested in the use made by a State of its natural resources, as long as no damage is caused to the environment of another State. On the other hand, the Principle of Prevention requires that action is taken prior to the occurrence of environmental damage. As specified by the International Court of Justice in the 1997 *Gabčíkovo-Nagymaros* case, prevention is required “on account of the often irreversible character of damage to the environment and of the limitations inherent in the very mechanism of reparation of this type of damage.” In addition to the primacy of the preventive rationale over the curative approach, this statement clearly shows how the location of damage progressively loses importance, as preventive measures assume a key role in the application of the Principle of Prevention.

6. Defining specific obligations and reconstructing the degree of due diligence States are held to

The Principle of Prevention requires prevention of environmental damage and, therefore, adoption by States of anticipatory measures (Ragni 2020: 63) capable of reducing, limiting or controlling activities which might cause such environmental damage (Sands, Peel 2018: 211). In the case of land-based marine pollution, evidently, such measures shall be applied to activities susceptible of causing environmental damage to the marine environment.

As already outlined, the Principle of Prevention applies as a framework obligation, whose content is filled with subsidiary obligations of both substantial and procedural nature. As far as the international legal order is concerned, such subsidiary obligations might have a different nature. Some of them, as hinted above, can be reconducted to the manifestation of the Principle of Prevention at customary level,³⁶ while further more detailed duties stem from treaty systems,³⁷ which contribute to specifying the content of the Principle of Prevention as declined to the relevant sector (Ragni 2020: 78).

As clarified by C. Ragni (2020: 63), the subsidiary obligations which constitute the Principle of Prevention can be generally traced back to a few basic steps: first of all, it is necessary to correctly appreciate the possible risks which the good (in the case at stake, the marine environment) is exposed to *vis-à-vis* the activity likely to cause such risks; secondly, upon such assessment, States shall identify and implement the appropriate measures for avoiding such risks. Essential, in this regard, are EIA procedures and monitoring activities (Birnie, Boyle, Redgwell 2021: 159; Redgwell 2015: 16; Hands 2008: 539), which, respectively before and after the exercise of an activity, are both core manifestations of the Principle of Prevention as well as, especially the latter, irreplaceable means to guarantee its effectiveness and enforcement. Emphasis in this regard has been placed by the International Court of Justice, which,

³⁶ In particular, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, International Court of Justice, Judgement of 20 April 2010, ICJ Rep. 14.

³⁷ As also confirmed in light of the wording of Article 237 of the UNCLOS, according to which the provisions contained in Part XII “are without prejudice to the specific obligations assumed by States under special conventions and agreements concluded previously which relate to the protection and preservation of the marine environment and to agreements which may be concluded in furtherance of the general principles set forth in this Convention”. In this regard, it is also worth reminding that in the *South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. The People’s Report of China)* (paragraph 941) it is highlighted how the content of Article 192 of the UNCLOS (which codifies the Principle of Prevention in relation to the marine environment) is informed by “the corpus of international law relating to the environment.”

both in the *Gabčíkovo-Nagymaros*³⁸ and in the *Pulp Mills*³⁹ cases, affirmed the importance of vigilance and administrative controls on activities likely to have an impact on the environment.

In addition to customary obligations and treaty-based duties, soft law instruments also play a crucial role in the definition of the content of the Principle of Prevention, as applied to land-based marine pollution. Upon an analysis of the applicable legal framework, in fact, it can be argued that the most precise rules are contained into non-binding instruments, such as declarations, programmes of action and, more importantly technical recommendations. The latter, in particular, are usually drafted by treaty Commissions in view of orienting States on the behaviours to be followed for the purposes of reaching the objectives established under the relevant treaty, contained in more general obligations empowered with normative force. Such recommendations, usually formulated by scientific experts, play a fundamental role in defining the “due diligence” which is expected by States in preventing marine pollution of on-shore origin⁴⁰ and, therefore, in shaping the content of the primary norm. To do so, while the Principle of Prevention as a rule of customary law is at stake, it is also essential, under a methodological standpoint, to establish whether such instruments are a manifestation of States’ *opinio (juris sive) necessitatis* in relation with the customary provision. This is, in fact, a decisive condition for considering soft law instruments able to escalate and consequently define, through “due diligence”, the content of the Principle of Prevention. In this respect, it is possible to argue – without broadly delving here into the topic – that there is indeed a tendency according to which States generally accept such recommendations and standards. In line with this, it is also worth mentioning that such soft law instruments, furthermore, are intimately connected to the concept of Best Available Science (not addressed here, but developed in the context of wider research), which sectorial treaties are used to refer to (in binding provisions) for the purposes of identifying the standards States shall conform to in order to be in compliance with the conduct rules contained in the relevant treaties. “Due diligence”, in fact, implies that States shall ad-

³⁸ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, International Court of Justice, Judgement of 25 September 1997, ICJ Rep. 7, para. 140.

³⁹ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, International Court of Justice, Judgement of 20 April 2010, ICJ Rep. 14, para 197.

⁴⁰ In this regard, it is interesting to mention that this has already been done by national Courts (whose decisions constitute State practice in connection with the assessment of the customary nature of an international rule) in relation with the definition of obligations regarding climate change. The reference here is to the *State of the Netherlands v. Urgenda Foundation* case (2019), where the Supreme Court of the Netherlands made use of the IPCC expert opinions to define the content of the obligations contained in the Paris Agreement.

dress environmental issues according to an evolving standard of technology and regulation. Environmental policy shall therefore evolve in harmony with the change of technologies and operating techniques.⁴¹ In support of such interpretation, it is worth mentioning that the Seabed Disputes Chamber of ITLOS had the opportunity to confirm how “due diligence is a variable concept. It may change over time as measures considered sufficiently diligent at a certain moment may become not diligent enough in light, for instance, of new scientific or technological knowledge.”⁴²

Using the words of the International Court of Justice, it can thus be said that the “diligence” required of States in addressing (land-based) marine pollution is constituted by the adoption of appropriate measures and rules as well as by vigilance in their enforcement and the exercise of administrative control, including monitoring activities.⁴³ Such rules and measures, which – therefore – come to represent the living content of the Principle of Prevention, can be retrieved from the international legal framework applicable to land-based sources of marine pollution, as developed at global and regional level. Even though an analysis of such a framework falls outside the scope of the present article, certain relevant remarks appear necessary.

At global level, as far as customary law is concerned, the obligations to cooperate and, more importantly – to carry out an EIA, should particularly be emphasised. The latter (although, under a customary law perspective, still focused on a transboundary dimension) is essential to fully appreciate the environmental risks triggered by a specific activity and, consequently, to identify and adopt the adequate measures/prescriptions to ensure that such an activity does not cause damage to the (marine) environment. Further measures can be found in treaty-based systems, among which, of course, a crucial role is played by the UNCLOS, as well as in non-binding instruments, including the above-mentioned GPOA, which are filled of technical rules and standards which can also be reconducted to the concept of Best Available Science. The latter instruments are expressly recalled in the UNCLOS which provides – in Articles 207 and 212 – that States shall act in the framework of international agreed rules and standards.

⁴¹ The point was faced by the International Court of Justice in the *Pulp Mills* case, where it argued that Uruguay’s newly realized mills could operate in compliance with the most advanced international standards, while Argentina’s old mills could not be expected to do so.

⁴² *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 1 February 2011, No. 17, 50 ILM 458, paragraph 117.

⁴³ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, International Court of Justice, Judgement of 20 April 2010, ICJ Rep. 14, para 197.

In line with the “Russian doll effect” (Sadowski 1997: 109) of marine protection regulation, regional level normative production shall be also considered. As mentioned above, such a level of regulation is widely regarded by commentators (*ex multis*, Harrison 2017: 75-89; Tanaka 2016; Freeston, Salman 2008: 348; Birnie, Boyle, Redgwell 2021; Hassan 2021: 2) the one with the highest potential to effectively address marine pollution of onshore origin, as they are able to take into account and consequently regulate “the special needs and varying circumstances of a range of seas with diverse oceanographic and ecological characteristics within a global international law of the sea” (Boyle 2000: 31). In this latter regard, it is also worth reminding that regional agreements on the protection of the marine environment are expressly sought by UNCLOS (Articles 197 and 207) to implement the obligations it establishes at global level. With regard to the European regional context, the treaty system is based on four instruments (with the related implementing protocols, where applicable): the OSPAR Convention (on the North-East Atlantic); the Helsinki Convention (on the Baltic Sea); the Bucharest Convention (on the Black Sea); and the Barcelona Convention (on the Mediterranean Sea). The latter is the only system directly administered by the United Nations Environment Programme, in the frame of its Regional Seas Programme, launched in 1974.

Bringing to coherence the analysis of such Regional Seas Agreements, the measures they contain, due to the mutual sharing of experiences and practices, can be regarded as broadly comparable and can be reconducted to main areas of regulation.⁴⁴

(i) The regulation of substances and discharges, with the adoption of the so-called “uniform approach” (Tanaka 2016: 152) (particularly influenced by the European Union system) and the established principle that discharges of harmful substances into the marine environment shall be subject to a prior special permit, or in any case, to regulation by the competent national Authorities, based on certain criteria and guidelines (Harrison 2017: 77).

(ii) The requirements to use BATs and BEPs, which, being expression of the concept of Best Available Science, represent a pillar of marine protection regulation as well as of the “due diligence” character of the duty to prevent marine pollution from land-based sources. BATs and BEPs are dynamic and developing concepts, as they require States to implement measures that evolve over time in accordance with the increasing capability of new technologies of tackling pollution. They have been considered the key items (Pallemaerts

⁴⁴ The following points are broadly addressed in the frame of the wider research and concisely presented here to support the conclusions, without aiming to develop them in an exhaustive way.

1998: 429) for translating the goals of the assessed regimes into operational requirements.

(iii) The requirement to carry out EIAs and to comply with monitoring obligations. For the purposes of verifying the impact of projects, plans and activities on the marine environment, both under *ex ante* and *ex post* perspectives, the requirement to carry out EIA proceedings and to comply with monitoring and reporting obligations are essential. With regard to the first, regional treaties addressing marine pollution from land-based sources dedicate significant attention to the duty to priorly assess the impact of a plan or a project on the marine environment, emphasising at the same time the need of cooperation among State actors in carrying out these kinds of proceedings. Being the environment a “dynamic natural system” (Tanaka 2016: 162), the impact of a project on the marine environment must be assessed not only prior to its realisation, but also after activities have commenced. Hence, the necessity for an EIA to be supplemented with monitoring obligations. The interdependence between EIA and monitoring obligations was, in particular, recognised in the 2001 *MOX Plant* case.⁴⁵

(iv) The implementation of area-based measures, which represent a further technique envisaged in regional treaties addressing land-based marine pollution. As thoroughly explained in the literature on the subject (Harrison 2017: 80), area-based measures find their origin either because of the significant amount of pollution in a specific area or of its sensitive features in terms of natural characteristics. With regard to the first, certain regimes provide for the obligations upon the Parties to adopt a list of the so-called “hot spots” which require priority measures in light of the excessive load of pollution. With reference to the second, the institution of MPAs represents the most common measure which has been enacted in order to protect areas which appear to be particularly vulnerable *vis-à-vis* land-based activities. Evidently, MPAs are closely interrelated to instruments relating to the protection of marine biodiversity. Nonetheless, they also play a significant role in the frame of measures taken for the purposes of addressing marine contamination of onshore origin which may reach these areas that are in a specific need of protection.

As mentioned above, such provisions are accompanied by a vast production of recommendations, most of which being of a technical nature. Such recommendations, as strongly emphasised in the literature (Harrison 2017: 83), “by providing practical guidance on the steps that should be taken by States in order

⁴⁵ *MOX Plant case (Ireland v. United Kingdom)*, International Tribunal for the Law of the Sea, Order of 3 December 2001, No. 10, para. 89(1)(b). In line with that, please also refer to *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)*, Provisional Measures, Order of 8 October 2003, No. 12, para. 106(1)(a)(i).

to comply with their obligations,” play a crucial part in the development of the regulatory framework regarding land-based sources of contamination and, again, in defining what can be regarded as “due diligence” in tackling marine pollution of onshore origin.

In any case, in general, it can be argued that all the above body of regulation contributes to reconstruct the content of the Principle of Prevention, as applied to land-based marine pollution in the European regional context. On the one hand, in fact, as the Principle of Prevention is considered a framework obligation, such a body comes to represent its substantive content and, on the other one, being the same Principle an obligation of “due diligence”, the same acts as a parameter of scrutiny to verify whether a State, in preventing damage to the marine environment, has acted in coherence with the required degree of “diligence”.

On a side note, it is worth reminding that the analysis of the framework belonging to the system of the European Union (as well as its relationship with Regional Seas Conventions) does not fall within the scope of this article. Nevertheless, the major importance of its action in terms of environmental policy and of its rules and regulations, especially in terms of normative power, cannot be neglected and must be considered essential in defining the standard of “diligence”.

7. Preliminary reflections on enforcement opportunities and conclusions

As mentioned in the introduction, the analysis of the supra-national legal framework applicable to land-based marine pollution shows a fragmented and not always coherent *corpus* of rules. Also, it has been proved how the rules both at global and regional level present several shortcomings in terms of effectivity and enforcement. With regard to the regional context, in particular, it has been said how the same is widely considered as the optimum scale to address marine pollution of onshore origin. Nevertheless, regional systems do not appear empowered with the appropriate instruments to effectively tackle this environmental issue.

The *leitmotiv* of the present article, therefore, has been to reconduct all this vast number of rules to a single general international law principle, the Principle of Prevention, and fill it with the relevant content, identifying the standard of “due diligence” which States are held to in preventing marine contamination of onshore origin.

The result is a framework customary rule, which obliges all States and whose substantial and procedural content can be retrieved from the rules and

measures they are subject to in connection with the specific geographical context. Declining the Principle of Prevention to this latter frame, the same comes to incorporate the rules and measures enacted at regional level, with regard to which the compliance to the “due diligence” standard must be scrutinised. According to this approach, a violation of the regional (as well as, of course, global) rules, otherwise very difficult to enforce, especially under the Regional Seas Conventions, would allow to claim a violation of the sectorial regional obligations which constitute “due diligence” and, consequently, convert into a violation of the general Principle of Prevention.

In terms of effectivity of a rule, in fact, it is essential to have an obligation, in the case at stake the duty to prevent marine pollution from land-based sources of contamination, with a precise and coherent content, whose reconstruction is the objective of the investigation this article stems from.

Once the relevant duties have been identified, appropriate obligations could be efficiently enforced. Besides litigation opportunities, in this regard, the importance of monitoring must be emphasised, as already underlined in international case law.⁴⁶ Appropriate monitoring, indeed, as a subsidiary obligation of the Principle of Prevention, is essential to identify violations of the obligation to prevent marine pollution from onshore activities and to make them enforceable in front of the appropriate jurisdictions. In this regard, reconducting the rules constituting the legal framework applicable to land-based marine pollution to a single international law rule, the Principle of Prevention, opens to enforcement opportunities connected to a direct violation of a customary law of international law, which could have greater potential in comparison with the violation of specific and isolated treaty-based rules. As the international order, however, both at global and regional level, still presents deficiencies in terms of centralised and effective jurisdictional control mechanisms, such enforcement opportunities would, at the *status quo*, rather be represented by national remedies. In this respect, it must in fact be reminded that a violation of the Principle of Prevention could not only trigger international responsibility of the State which did not comply with its “due diligence” duties,⁴⁷ but also that such a violation could be enforced before national jurisdictions, where the

⁴⁶ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, International Court of Justice, Judgement of 20 April 2010, ICJ Rep. 14, para 197; *MOX Plant case (Ireland v. United Kingdom)*, International Tribunal for the Law of the Sea, Order of 3 December 2001, No. 10, para. 89(1)(b); *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)*, Provisional Measures, Order of 8 October 2003, No. 12, para. 106(1)(a)(i).

⁴⁷ Issues connected to the States with legitimacy to enforce the violation, also in connection with possible arguments regarding an alleged *erga omnes* nature of the duty to prevent marine pollution from land-based sources, will not be addressed in the present article, but will be broadly explored in the context of a wider research project.

customary rule would be applicable, in accordance with the relevant adaptation to international law mechanisms in the respective legal order.

Such a level of enforcement, indeed, could play a more relevant role than that of inter-State litigation, which, as seen in case law, is, at the moment, quite limited and, in any case, subject to the willingness of a State to take legal action against another State. This would also allow a wider range of subjects to trigger the violation of the Principle of Prevention, also thanks to the UNECE Aarhus Convention, which, in the European regional context, remains an irreplaceable instrument for granting access to justice in environmental matters.

List of abbreviations/acronyms

Best Available Technique(s): *BAT(s)*

Best Environmental Practice(s): *BEP(s)*

Environmental Impact Assessment: *EIA*

Global Programme of Action for the Protection of the Marine Environment from Land-based Activities: *GPOA*

International Tribunal for the Law of the Sea: *ITLOS*

Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Environmental Protection: *GESAMP*

Marine Protected Area(s): *MPA(s)*

United Nations Convention on the Law of the Sea: *UNCLOS*

United Nations Environment Programme: *UNEP*

References

Legal acts

Helsinki Commission, *Baltic Sea Action Plan – 2021 update* (2021). Available at: <https://helcom.fi/wp-content/uploads/2021/10/Baltic-Sea-Action-Plan-2021-update.pdf>.

International Law Commission, *Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, Yearbook of the International Law Commission* (2001), vol. II, Part Two.

OSPAR Commission, *North-East Atlantic Environment Strategy 2030, OSPAR Agreement 2021-01* (2021). Available at: <https://www.ospar.org/convention/strategy>.

Case law

Trail Smelter (United States v. Canada), Tribunal established under the Convention of Ottawa of 15 April 1935, Arbitration award of 16 April 1938 and 11 March 1941, 3 RIAA 1905.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, International Court of Justice, Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Rep. 226.

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), International Court of Justice, Judgement of 25 September 1997, ICJ Rep. 7.

- MOX Plant case (Ireland v. United Kingdom)*, International Tribunal for the Law of the Sea, Order of 3 December 2001, No. 10, available at: <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/case-no-10/>.
- Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)*, Provisional Measures, Order of 8 October 2003, No. 12, available at: <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/case-no-12/>.
- Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, International Court of Justice, Judgement of 20 April 2010, ICJ Rep. 14.
- Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 1 February 2011, No. 17, 50 ILM 458.
- South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. The People's Report of China)*, Permanent Court of Arbitration, Award on the Merits of 12 July 2016.
- The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation*, Supreme Court of the Netherlands, Judgement of 20 December 2019, available at <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2019:2006>.

Secondary sources

- Birnie, Patricia, Alan Boyle and Catherine Redgwell. 2021. *International Law and the Environment*. Oxford: Oxford University Press.
- Bodansky, Daniel. 1995. Customary (And Not So Customary) International Environmental Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies* 3(1): 7.
- Boyle, Alan and David Freestone. 1999. *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*. Oxford: Oxford University Press.
- Boyle, Alan. 2000. Globalism and regionalism in the protection of the marine environment. *Protecting the Polar Marine Environment: Law and Policy for Pollution Prevention*, (ed.) Davor Vidas. Cambridge: Cambridge University Press.
- Churchill, Robin. 2015. The LOSC regime for protection of the marine environment – fit for the twenty-first century? *Transboundary pollution: evolving issues of international law and policy*, (eds.) S. Jayakumar, Koh Tommy, Robert Beckham, Hao Duy Phan. Sydney: Elgar.
- Conforti, Benedetto. 2021. *Diritto internazionale*. Napoli: Editoriale scientifica.
- de Sadeleer, Nicolas. 2020. *Environmental Law Principles*. Oxford: Oxford University Press.
- de Sadeleer, Nicolas. 2002. *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*. Oxford: Oxford University Press.
- Dupuy, Pierre-Marie and Jorge Viñuales. 2018. *International Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Duvic-Paoli, Leslie-Anne. 2018. *The Prevention Principle in International Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ehlers, Peter. 1993. The Helsinki Convention, 1992: Improving the Baltic Sea Environment. *The International Journal of Marine and Coastal Law* 8: 191-243.

- Forlati, Serena. 2018. *L'objet des différentes obligations primaires de diligence: prévention, cessation, répression...? Le standard de due diligence et la responsabilité internationale, Journée de étude franco-italienne du Mans*. Paris: Pedone.
- Forteau, Mathias, Jean-Marc Thouvenin. 2017. *Traité de droit international de la mer*. Paris: Editions Pedone.
- Freestone, David, Salman Salman. 2008. Ocean and Freshwater Resources. *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, (eds.) Daniel Bodansky, Jutta Brunnée, and Ellen Hey. Oxford: Oxford University Press.
- Freestone, David. 1996. The Conservation of Marine Ecosystems under International Law. *International Law and the Conservation of Biological Diversity*, (eds.) Micheal Bowman, and Catherine Redgwell. London: Kluwer Law International.
- Gilek, Michael, and Kristine Kern. 2015. *Governing Europe's Marine Environment: Europeanization of Regional Seas or Regionalization of EU Policies?* London: Routledge.
- Kiss, Alexandre, and Jean-Pierre Beurier. 2010. *Droit international de l'environnement*. Paris: Editions Pedone.
- Kiss, Alexandre, and Dinah Shelton. 2004. *International Environmental Law*. New York: Ardsley.
- Handl, Günther. 2008. Transboundary Impacts. *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, (eds.) Daniel Bodansky, Jutta Brunnée, and Ellen Hey. Oxford: Oxford University Press.
- Harrison, James. 2017. *Saving the Oceans Through Law: The International Legal Framework for the Protection of the Marine Environment*. Oxford: Oxford University Press.
- Hassan, Daud. 2004. Regional Frameworks for Land Based Sources of Marine Pollution Control: A Legal Analysis on the North East Atlantic and the Baltic Sea Regions. *Queensland University of Technology Law and Justice Journal* 4(1): 1-22.
- Mensah, Thomas. 1999. The International Legal Regime for the Protection and Preservation of the Marine Environment from Land-based Activities. *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, (eds.) Alan Boyle, and David Freestone. Oxford: Oxford University Press.
- Nollkaemper, Marc. 1998. The Distinction Between Non-Legal and Legal Norms in International Affairs: An Analysis with Reference to the North Sea. *The International Journal of Marine and Coastal Law* 13: 355-371.
- Osborne, David. 2015. Land-based pollution and the marine environment. *Research Handbook on International Marine Environmental Law*, (ed.) Rosemary Rayfuse. Sydney: Elgar.
- Pallemaerts, Marc. 1998. The North Sea and the Baltic Sea Land-Based Sources Regimes: Reducing Toxics or Rehearsing Rhetoric? *The International Journal of Marine and Coastal Law* 13: 421-471.
- Pisillo Mazzeschi, Riccardo. 1989. *"Due diligence" e responsabilità internazionale degli Stati*. Milano: Giuffrè.
- Ragni, Chiara. 2020. *Scienza, diritto e giustizia internazionale*. Milano: Giuffrè.
- Redgwell, Catherine. 2015. Transboundary pollution: principles, policy and practice. *Transboundary pollution: evolving issues of international law and policy*, (eds.) S. Jayakumar, Tommy Koh, Robert Beckham, and Hao Duy Phan. Sydney: Elgar.
- Sadowski, Stan. 1997. Protection of the Marine Environment of the North Sea: The "Russian Doll" Effect. *Competing Norms in the Law of Marine Environmental Protection – Focus*

- on *Ship Safety and Pollution Prevention*, (ed.) Henrik Ringbom. London: Kluwer Law International.
- Sands, Philippe, and Jaqueline Peel. 2018. *Principles of International Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schumacher, Mary et al. 1996. Land-based Sources of Marine Pollution in the Caribbean Region: Incentives and Prospects for an Effective Regional Protocol. *Marine Policy* 20(2): 99-121.
- Singh, Nagendra. 1987. Foreword. *Environmental Protection and Sustainable Development*, (eds.) R.D. Munro and J.G. Lammers. London–Dordrecht: Graham & Trotman / M. Nijhoff.
- Strasser, Jurt. 1997. Preventing Pollution. *Fordham Environmental Law Review* 8: 7.
- Takano, Akiko. 2017. Land-based Pollution of the Sea and Due Diligence Obligations. *Journal of Law, Policy and Globalization* 60: 92-98.
- Tanaka, Yoshifumi. 2006. Regulation of Land-based Marine Pollution in International Law: A Comparative Analysis between Global and Regional Legal Frameworks. *Heidelberg Journal of International Law* 66(3): 535-574.
- Tanaka, Yoshifumi. 2016. Marine Environmental Law. *The IMLI Manual on International Maritime Law*, (ed.) David Joseph Attard. Oxford: Oxford University Press.
- United Nations Environment Programme. 2006. *Training Manual on International Environmental Law*. Nairobi: United Nations Environment Programme.
- Wolfrum, Rüdiger. 1998. Means of Ensuring Compliance with and Enforcement of International Environmental Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*: 272.

Reports and scientific materials

- Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Environmental Protection. 2001. *Protecting the Oceans from Land-based Activities, Land-based sources and activities affecting the quality and uses of the marine, coastal and associated freshwater environment*.
- United Nations. 2016. *World Ocean Assessment*.
- United Nations. 2021. *World Ocean Assessment*.
- United Nations Environment Programme, Global Programme of Action for the Protection of the Marine Environment from Land-based Activities. 2006. *Protecting Coastal and Marine Environment from Land-based Activities: A Guide for National Action*.
- United Nations Environment Programme. 2015. *Strategic Action Programme to Address Pollution from Land Based Activities (SAP-MED) and related National Action Plans (NAP), Implementation Status 2000-2015*.
- United Nations Environment Programme. 2020. *State of the Environment and Development in the Mediterranean*.
- United Nations General Assembly. 2004. *Oceans and the Law of the Sea: Report of the Secretary General*, A/59/62/Add. 1, 29.

Volume 21, Issue 1
June 2023

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-02-20
accepted 2023-05-15



Wolność gospodarcza i jej ograniczenia na tle różnych modeli ekonomicznych

Economic freedom and its limitations against the background of different economic models

MONIKA MIELNIK

Uniwersytet Opolski

ORCID: 0000-0003-2411-526X, monika.mielnik@student.uni.opole.pl

Citation: Mielnik, Monika. 2023. Wolność gospodarcza i jej ograniczenia na tle różnych modeli ekonomicznych. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(1): 149–175. DOI: 10.25167/osap.5052.

Abstract: A principle enshrined in the Constitution of the Republic of Poland is the guarantee of economic freedom, which is also the basis of the market economy and on which restrictions may be imposed only by law or for reasons of important public interest. In view of the significance of this principle in the Polish legal order, it is still a topical scientific and research issue. For this reason the author attempts to present the most important issues related to the essence of economic freedom in juxtaposition with the three main economic models occurring today and limitations that the principle of economic freedom has to face.

Keywords: freedom of business activity, Constitution of the Republic of Poland, entrepreneur, limitation of the freedom of business activity, economic models

Abstrakt: Zasadą wpisaną w Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej jest gwarancja wolności gospodarczej, będącej jednocześnie podstawą gospodarki rynkowej, na którą ograniczenia mogą być nakładane tylko w drodze ustawy lub ze względu na ważny interes publiczny. W związku z doniosłością niniejszej zasady w polskim porządku prawnym stanowi ona nadal aktualną problematykę naukowo-badawczą. Z tego też powodu autorka próbuje przedstawić najważniejsze kwestie związane z istotą wolności gospodarczej w zestawieniu z trzema głównymi modelami ekonomicznymi występującymi współcześnie oraz ograniczeniami z jakimi zasada wolności gospodarczej musi się zmierzyć.

Słowa kluczowe: wolność działalności gospodarczej, Konstytucja RP, przedsiębiorca, ograniczenia wolności gospodarczej, modele ekonomiczne

1. Wprowadzenie – cel badawczy oraz zastosowane metody

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej jako najwyższy rangą akt prawny obowiązujący w naszym kraju w swoim repertuarze zasad wskazuje na istotne znaczenie zasady wolności podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej, tym samym jest to często poruszana tematyka przez dogmatyków zajmujących się prawem konstytucyjnym oraz prawem gospodarczym publicznym (Garlicki 2003; Walaszek-Pyziół 1994; Kosikowski 1995; Biernat 2000). Z tego też powodu, aby właściwie zrozumieć istotę wolności działalności gospodarczej, czy też wolności przedsiębiorczości (Katner 2020: 48) jako cel badawczy należy przyjąć kilka modeli ekonomicznych najlepiej odzwierciedlających współczesną rzeczywistość oraz podjąć rozważania nad konkretyzacją zasady wolności gospodarczej, jej ograniczeń oraz wpływu na stosunki prywatnoprawne przedsiębiorców (*Ibidem*: 48).

Do napisania niniejszego artykułu niezbędne było wykorzystanie literatury oraz orzecznictwa dotyczących omawianej tematyki, a także przepisów odnośnych ustaw. Analizowane materiały pozwoliły na monograficzne ujęcie zagadnienia związanego z zasadą wolności gospodarczej i jej ograniczeń na tle różnych modeli ekonomicznych.

W pracy zastosowano następujące metody badawcze: dogmatyczną (w zakresie analizy materiału normatywnego), uzupełnioną o metodę teoretycznoprawną w zakresie wykładni odnośnego orzecznictwa wraz z próbą definiowania danych pojęć. Zastosowanie powyższych metod służyło zestawieniu trzech głównych modeli ekonomicznych związanych z zasadą wolności gospodarczej oraz jej ograniczeniami pod postacią koncesji, zezwoleń na podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej, czy rejestrem działalności regulowanej.

2. Istota wolności gospodarczej

W literaturze można spotkać się z twierdzeniem, że „wolność to postępowanie według własnej woli polegające na możliwości wyboru różnego sposobu zachowania. Sprowadza się ona zatem do możliwości niezależnego podejmowania decyzji i ich realizacji. Inaczej rzecz ujmując, być wolnym znaczy tyle, co czynić to, co się chce, a nie musieć robić tego, czego się nie chce” (Magdziarczyk 2013: 9). Tym samym art. 2 Prawa przedsiębiorców należy rozumieć w ten sposób, że działalność gospodarcza jest wolna dla każdego, albowiem poza osobami prawnymi czerpiącymi korzyści z wolności gospodarczej są głównie osoby fizyczne, ponieważ przedmiotową wolność gospodarczą należy traktować jako jeden z przejawów wolności człowieka (Komierzyńska-Orlińska 2019, LEX). Istotny jest również moment, w którym można odnotować wyrażenie woli w zakresie

podjęcia i prowadzenia działalności gospodarczej (Biskup 2011: 231, 233), albowiem to „od decyzji jednostki zależy, kiedy skorzysta z tego uprawnienia. Podmiot podejmujący i prowadzący działalność gospodarczą jest określany [...] jako przedsiębiorca. W związku z tym można przyjąć, że uprawnienia płynące z wolności działalności gospodarczej przysługują tak nazwanemu podmiotowi, jeśli zamierza on podjąć lub podejmuje działalność gospodarczą” (*Ibidem*). Ponadto art. 2 Prawa przedsiębiorców, tak jak w odniesieniu do zawartej tu zasady wolności podejmowania, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej, w odniesieniu do zasady równości posługuje się zwrotem „każdy”, tym samym również przedsiębiorcy publiczni powinni znaleźć tu swoje miejsce (Komierzyńska-Orlińska 2019, LEX).

Próbie zdefiniowania istoty własności gospodarczej sprzyja odwołanie się do zasad konstytucyjnych uregulowanych w art. 20 i art. 22 Konstytucji (Sieradzka, Zdyb 2013, LEX). Tym samym w literaturze wyrażany jest pogląd, że „zasada wolności gospodarczej stanowi istotę ustroju społecznej gospodarki rynkowej, a fragment art. 20 Konstytucji jej dotyczący należy postrzegać w organicznym związku z art. 22 Konstytucji, ponieważ dopiero łącznie wyznaczają one przedmiot i granice wolności gospodarczej” (Kruszewski 2019, LEX). Powyższe należy rozumieć w ten sposób, że art. 22 Konstytucji wskazuje na przesłanki i granice ograniczenia wolności, ale to art. 20 Konstytucji bezpośrednio reguluje zasadę społecznej gospodarki rynkowej związanej z wolnością gospodarczą (Garlicki, Zubik 2016, LEX). Co istotne, treść zasady równości przedsiębiorców określonej w art. 2 Prawa przedsiębiorców należy pojmować w nierozdzielalnym związku z konstytucyjną zasadą równości wobec prawa (art. 32 Konstytucji RP) (Komierzyńska-Orlińska 2019, LEX).

Co istotne, system danego państwa ma za zadanie wyznaczyć granice wolności gospodarczej poprzez wskazanie jej ograniczeń oraz przyznanie prawnych gwarancji (Kosikowski 1998: 2016). Niemniej jednak w literaturze wolność gospodarczą traktuje się jako negatywne publiczne prawo podmiotowe, w ramach którego państwo nie może naruszać swobody działania podmiotów gospodarczych w zakresie prowadzonych przez nich działalności gospodarczych (Kruszewski 2019, LEX). Tym samym podmioty gospodarcze mają legitymację do żądania od państwa „zaniechania przez nie ingerencji w sferę uprzednio uznanej wolności, jak i [...] udzieleni[a] ochrony przed niedozwoloną ingerencją innych podmiotów prawa w sferę wolności jednostki” (sygn. akt. II SA/GI 1189/16).

W uzasadnieniu projektu Prawa przedsiębiorców (Rządowy projekt ustawy – Prawo przedsiębiorców, VIII kadencja, druk sejm. nr 2051: 6) wskazano, że do wolności gospodarczej należy zaliczyć m.in. swobody takie jak: swoboda wyboru formy organizacyjnoprawnej prowadzonej działalności; swoboda konkurencyjności z innymi przedsiębiorcami; swoboda w zakresie zbywania swoich

towarów lub usług; swoboda w zakresie decydowania o sposobie zaangażowania kapitału; swoboda w zakresie zatrudniania pracowników; swoboda umów; swoboda decydowania o przedmiocie działalności i czasie jej trwania (Kruszewski 2019, LEX).

Kolejno odnosząc się do art. 16 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, należy zwrócić uwagę, że prezentowane jest w niej stanowisko, że wolność prowadzenia działalności gospodarczej, zgodnie prawem Unii oraz ustawodawstwami i praktykami krajowymi, może mieć wpływ na określenie istoty wolności gospodarczej (Sieradzka, Zdyb 2013, art. 6). Natomiast w komentarzu do ww. regulacji zostało wskazane, że powyższe twierdzenie należy rozumieć jako prawo do prowadzenia działalności gospodarczej i swobodnego zawierania umów w warunkach wolnej konkurencji (Wróbel 2020, Legalis).

3. Główne modele ekonomiczne¹

Rola państwa w gospodarce jest ciągle aktualnym tematem badawczym weryfikowanym przez różne nauki społeczne. Ekonomia odgrywa kluczową rolę w gospodarce, wpływając na różne aspekty funkcjonowania społeczeństwa i systemu gospodarczego. Ponadto ekonomia bada czynniki wpływające na rozwój społeczno-ekonomiczny regionów i krajów. Analiza ekonomiczna pozwala identyfikować czynniki, które sprzyjają rozwojowi, takie jak inwestycje w infrastrukturę, edukację, innowacje i technologię. Ekonomia bada również zagadnienia związane z nierównościami społecznymi i ubóstwem, dążąc do opracowania polityk mających na celu redukcję tych problemów, a także dostarcza narzędzi i teorii, które pomagają rządowi i innym instytucjom opracowywać skuteczną politykę gospodarczą. Poprzez badanie zagadnień takich jak polityka monetarna, fiskalna i handlowa, ekonomia pomaga w kształtowaniu warunków dla stabilnego wzrostu gospodarczego, zmniejszania bezrobocia, walki z inflacją i osiągania innych celów gospodarczych (Baszczak, Leszczyński, Wincewicz, Zyzik 2022: 9). Tym samym zasadne jest przeprowadzenie syntetycznego wyszczególnienia różnych wizji roli państwa w gospodarce z perspektywy wiodących teorii ekonomicznych, aby możliwe było dokonanie jawnej oceny

¹ Model ekonomiczny należy w tym kontekście rozumieć jako hipotetyczną konstrukcję obejmującą układ założeń przyjętych dla uchwycenia najistotniejszych cech i zależności występujących w danym procesie ekonomicznym (gospodarczym). Tym samym określony model ekonomiczny stosuje się, aby uzyskać możliwie jak najbardziej wiarygodny i uproszczony stan rzeczywisty gospodarki w państwie. Skoncentrowanie się na przedstawieniu całej rzeczywistości gospodarczej w ramach danego modelu jest niemożliwe z uwagi na nieskończoną ilość szczegółów podlegających szerszej analizie.

poszczególnych instytucji prawnych pod kątem dopuszczalności w różnych „modelach” ekonomicznych.

3.1. Gospodarka zarządzana centralnie

Model gospodarki zarządzanej centralnie funkcjonuje współcześnie m.in. poprzez plany ogólnokrajowe wieloletnie i roczne, których wykonanie jest centralnie sterowane, wymuszane decyzjami administracyjnymi, z rozległym interwencjonizmem państwowym, ingerującym w produkcję i dystrybucję dóbr (Katner 2020: 48). Z powyższym należy powiązać również urzędowe określanie cen, niewymienialność pieniądza krajowego i system nakazowo-rozdzielczy zaopatrzenia w surowce, półprodukty oraz transfer produktów gotowych na rynek wewnętrzny i rynki zagraniczne (Katner 2020: 48). Problemami, z jakimi boryka się gospodarka oparta na zarządzaniu centralnym, są m.in. zbyt intensywny wpływ organów państwa na aktualną działalność gospodarczą, etatyzacja i podporządkowanie przedsiębiorców państwowym organom zarządzającym, nierówność prawna stron potencjalnego konfliktu czy możliwość korzystania z sądu arbitrażowego o charakterze quasi-sądowym (jednak ten aspekt należy nie tylko traktować jako negatyw tego modelu ekonomicznego, ale również spojrzeć jego pozytywne właściwości chociażby w kontekście „odciążenia” sądów od spraw, jeśli istnieje możliwość ich rozstrzygnięcia na gruncie prywatnym, albowiem spory przed sądem arbitrażowym rozstrzygane są przez osoby z reguły wskazane przez strony, tym samym często dla przedsiębiorców arbitraż co do zasady jest korzystnym rozwiązaniem).

Zasadności zastosowania modelu ekonomicznego opartego na gospodarce centralnie zarządzanej można upatrywać w demokratycznym państwie dla uzdrowienia sytuacji głębokiego kryzysu ustrojowego w gospodarce, wynikającego z kataklizmu wojennego, globalnej klęski żywiołowej lub zapaści ekonomicznej, albo też z niedemokratycznych, błędnych założeń ustroju politycznego, co objawiło się w Polsce i krajach będących pod dominacją sowiecką przez kilkadziesiąt lat po 1945 r. (Katner 2020: 49). Przykładem tej wizji ekonomicznej jest marksizm oraz w pewnym zakresie ekonomia keynowska, opisane w kolejnych podpunktach.

3.1.1. Marksizm

Marksizm to teoria społeczna i ekonomiczna, która skupia się na badaniu klas społecznych i ich relacji w kontekście produkcji i dystrybucji dóbr. W marksistowskiej teorii gospodarki podstawowym pojęciem jest pojęcie klasy społecznej, które jest definiowane przez relacje produkcji, czyli sto-

sunek właściciela środków produkcji do pracowników (Dahrendorf 2008: 42–45). W swoich założeniach marksizm stanowi, że kapitalizm to system ekonomiczny, który opiera się na wykorzystywaniu przez właścicieli środków produkcji pracy pracowników, aby wypracować zyski (*Ibidem*: 42–45). W marksistowskiej teorii kapitalizm jest uważany za system, który sprzyja wyzyskowi klas niższych przez klasy wyższe, czyli właścicieli środków produkcji (*Ibidem*: 42–45). Ponadto marksizm proponuje alternatywne modele ekonomiczne, takie jak socjalizm i komunizm, które mają na celu zredukowanie nierówności społecznych poprzez zniesienie prywatnej własności środków produkcji i wprowadzenie kolektywnej własności tych środków (Pazdej: 41–42).

Współcześnie marksizm w gospodarce stanowi często punkt wyjścia dla analizy ekonomicznej w ramach teorii krytycznej, której celem jest krytyczna ocena działań i skutków funkcjonowania kapitalistycznego systemu gospodarczego oraz poszukiwanie alternatywnych rozwiązań. W doktrynie zauważa się również, że „współcześnie marksizm stoi na stanowisku, że stan równowagi gospodarczej i dystrybucja dochodu narodowego są uzależnione od występującej w danym momencie fazy kapitalizmu i siły klasy pracującej, która wpływa na poziom stopy zysku firm. Zagrożeniem dla kapitalizmu jest monopolizacja stanowiąca zagrożenie dla innowacyjności oraz prowadząca do nadmiernej akumulacji kapitału, a nie spadająca stopa zysku” (Foster, Magdoff 2009, za: Baszczak, Leszczyński, Wincewicz, Zyzik, 2022: 12). Marksieści krytykują również rozwój rynku w obszarze zarządzania dobrami publicznymi, takimi jak ochrona zdrowia czy szkolnictwo wyższe (Szadkowski 2015: 175), oraz globalizację, która według nich powoduje alienację pracowników najemnych, a zwiększanie swobody przepływu kapitału powoduje brak kontroli nad sferą ekonomii (Walentowicz 2012: 61).

3.1.2. Ekonomia keynesowska

Innym przykładem teorii ekonomicznej związanej z gospodarką zarządzaną centralnie jest szkoła keynesowska, która agituje „ekspansywną politykę fiskalną oraz interwencjonizm państwa w celu stymulacji popytu po stronie sektora prywatnego, co powoduje zrównanie popytu z produktem potencjalnym dzięki istnieniu tzw. mechanizmu mnożnikowego” (Keynes 1985, za: Baszczak, Leszczyński, Wincewicz, Zyzik 2022: 11–12). Podstawowym założeniem keynesizmu jest to, że gospodarka może doświadczać okresów niskiego wzrostu gospodarczego i bezrobocia, które nie są samoregulujące się i mogą wymagać interwencji ze strony państwa w celu pobudzenia popytu i zwiększenia produkcji. Współcześnie keynesizm zakłada, że państwo może i powinno działać

aktywnie w gospodarce w celu stabilizacji i promocji wzrostu. Interwencja państwa może obejmować politykę fiskalną (zmiany w poziomie wydatków i podatków) oraz politykę monetarną (zmiany stóp procentowych i dostępności kredytu) (*Ibidem*: 11–12).

3.2. Gospodarka oparta na regułach rynkowych oraz wolności gospodarczej

Drugi model stanowi gospodarka oparta na regułach rynkowych podaży i popytu, której funkcjonowanie opiera się m.in. na przedmiotach wymiany, podziale pracy, ekonomicznym wyodrębnieniu się producentów, środkach określenia wartości wytwarzanych produktów, miejscu jej przeprowadzenia, wpływu na ich przebieg instytucji i organizacji pozaekonomicznych. Niemniej jednak podstawowymi elementami gospodarki rynkowej są towar, cena, pieniądz, rynek (Stachowiak 2015: 144). Istotną rolę w zakresie etymologii tego modelu ekonomicznego odgrywają takie nurty ekonomiczne, jak austriacka szkoła ekonomii, ekonomia klasyczna czy ekonomia neoklasyczna.

3.2.1. Austriacka szkoła ekonomii

Podstawowym założeniem austriackiej szkoły ekonomicznej jest indywidualizm metodologiczny, czyli przekonanie, że jednostka jest podstawowym podmiotem analizy ekonomicznej, a gospodarka jest wynikiem działań jednostek. Szkoła ta kładzie nacisk na rolę przedsiębiorców, którzy podejmują decyzje gospodarcze na podstawie swojej wiedzy i ocen ryzyka. Austriaccy ekonomiści krytykują interwencję państwa w gospodarkę, uważając, że regulacje i planowanie centralne prowadzą do zakłóceń rynkowych i nieskuteczności ekonomicznej (Skousen 2012: 560; Hayek 2004: 119). Zamiast tego szkoła austriacka promuje wolny rynek, wolność gospodarczą i prywatną własność jako kluczowe czynniki prowadzące do efektywności i dobrobytu. Inne ważne koncepcje austriackiej szkoły ekonomicznej to teoria cyklu koniunkturalnego, która wyjaśnia, jak manipulacje ze strony banków centralnych i kredytów prowadzą do boomów i krachów gospodarczych, oraz teoria kosztów transakcyjnych, która analizuje, w jaki sposób koszty i ograniczenia transakcji wpływają na zachowanie rynkowe. Austriacka szkoła ekonomiczna wywarła znaczący wpływ na rozwój ekonomii i polityki ekonomicznej, szczególnie w dziedzinie wolnorynkowej ekonomii i krytyki interwencjonizmu państwowego (Woods 2007: 176) Jej idee i teorie wciąż są przedmiotem dyskusji i analizy w dzisiejszym świecie.

3.2.2. Ekonomia klasyczna

W gospodarce podejście oparte na ekonomii klasycznej ma kilka istotnych implikacji. Oto ważne aspekty ekonomii klasycznej w kontekście gospodarki (Mak, Wildowicz-Gięgiel 2018: 258–267):

1. Wolny rynek i konkurencja – ekonomia klasyczna uznaje wolny rynek za efektywny mechanizm alokacji zasobów. Konkurencja między producentami i konsumentami prowadzi do optymalnego przydziału zasobów, ustalenia cen na rynku i maksymalizacji dobrobytu społecznego.

2. Samoregulacja rynku – według klasycznych teorii rynki mają naturalną tendencję do samoregulacji. Mechanizmy rynkowe, takie jak elastyczność cen i dostosowywanie się podaży i popytu, pozwalają na osiągnięcie równowagi na rynku bez interwencji zewnętrznej.

3. Wartość pracy – ekonomia klasyczna przywiązuje wagę do wartości opartej na pracy. Według tej teorii wartość towarów i usług wynika z ilości pracy wkładanej w ich produkcję.

4. Rola rządu – w podejściu klasycznym rola rządu zazwyczaj jest ograniczona. Twierdzi się, że rząd powinien interweniować jedynie w sytuacjach, gdy rynek sam nie jest w stanie efektywnie działać, na przykład w przypadku występowania monopolów, zewnętrznych efektów lub informacyjnych asymetrii.

5. Redystrybucja dochodu – klasycy często skupiali się na sprawiedliwości społecznej i redystrybucji dochodu. W teorii klasycznej ekonomii rząd powinien interweniować, aby skorygować nierówności dochodowe i zapewnić minimalne standardy życia dla wszystkich członków społeczeństwa.

Warto jednak zauważyć, że ekonomia klasyczna jest jednym z wielu nurtów ekonomicznych, a współczesne teorie i modele ekonomiczne uwzględniają różnorodne perspektywy i podejścia do gospodarki.

3.2.3. Ekonomia neoklasyczna

Neoklasycy podkreślali znaczenie rynku i konkurencji, a także wskazywali na potrzebę uwzględnienia w analizach czynników psychologicznych i subiektywnych decyzji gospodarczych.

W gospodarce podejście oparte na ekonomii neoklasycznej ma kilka ważnych implikacji, m.in. (za: Solek 2010: 21–23):

1. Równowaga rynkowa – ekonomia neoklasyczna zakłada, że rynki wyrównują się w długim okresie czasu do stanu równowagi, w którym podaż i popyt są sobie równe. W takiej sytuacji ceny są ustalane na tyle nisko, by wszyscy chętni mogli nabyć dany towar czy usługę.

2. Efektywność alokacji zasobów – neoklasycy uważają, że wolny rynek i konkurencja prowadzą do efektywnego przydziału zasobów, co oznacza, że każdy z nich jest wykorzystany w sposób, który zapewnia maksymalizację zadowolenia społecznego.

3. Rola informacji – neoklasycy zwracają uwagę na znaczenie informacji w podejmowaniu decyzji gospodarczych. Według tej teorii informacja jest kluczowa w procesie ustalania cen, ponieważ konsumenci i producenci podejmują swoje decyzje na podstawie informacji, jakie posiadają na temat rynku i towarów.

4. Regulacje rynkowe – neoklasycy uważają, że rynki są w stanie samoregulować się bez ingerencji państwa, ale w pewnych przypadkach regulacje rynkowe mogą być konieczne. Regulacje te powinny jednak być minimalne i nie wpływać na funkcjonowanie rynku.

5. Przepływ dóbr i usług – neoklasycy zwracają uwagę na znaczenie międzynarodowego handlu jako sposobu zwiększania dobrobytu w różnych krajach. Uważają, że kraje powinny specjalizować się w tej produkcji towarów, w której są najlepsi, a następnie handlować nimi z innymi krajami.

Ekonomia neoklasyczna ma wciąż duże znaczenie i wywiera znaczący wpływ na dzisiejszą ekonomię. Choć nie jest jedynym podejściem, to wiele jej założeń i metodologii jest wykorzystywanych przez ekonomistów współczesnych m.in. w kontekście analizy mikroekonomicznej, albowiem jej modele, takie jak model podaży i popytu, teoria konsumenta, teoria producenta oraz analiza równowagi rynkowej, są szeroko stosowane w badaniu zachowań gospodarczych na poziomie jednostki, firmy i rynku. Ponadto ekonomia neoklasyczna bada proces inwestycji i akumulacji kapitału.

3.2.4. Wolność gospodarcza w kontekście gospodarki opartej na regulacjach rynkowych

W ramach tego modelu ekonomicznego wyróżnia się również samą wolność gospodarczą, w której szczególne znaczenie należy przypisać wychodzeniu z inicjatywą związaną z przedsiębiorczością przez obywateli oraz różne organizacje. W orzecznictwie oraz w doktrynie można spotkać się z tezą, że „swoboda działalności gospodarczej stanowi tzw. publiczne prawo podmiotowe o charakterze negatywnym, któremu odpowiada ogólny obowiązek państwa nienaruszania swobody działania beneficjentów tego prawa w sferze działalności gospodarczej. Wolność gospodarcza jest konstrukcją danego porządku prawnego i oznacza domniemanie swobody podejmowania i prowadzenia działalności przez przedsiębiorców, jeżeli (i dopóki) co innego nie wynika z przepisów ustawowych. Zasada jest swoboda przedsiębiorcy, a wyjątkiem zakazy i ograniczenia. Tych ostatnich nie domniemywa się – muszą być one wyraźnie ustanowione. Do-

mniemanie przemawia natomiast na rzecz swobody przedsiębiorcy (*in dubio pro libertate*)” (III AUa 2834/15). Co istotne, podmioty rynku gospodarczego uprawnione są do zachowania równości rynkowej poprzez zawieranie umów, nie muszą obawiać się nadmiernego interweniowania w ich sprawy przez państwo, co zostało ustalone na gruncie ustawy poprzez oddzielenie zarządzania gospodarką od samej działalności przedsiębiorców i co wiąże się również z regulowaniem cen przez „rynek sprzedawców i kupujących, wymiennienością pieniądza na obce waluty i możliwością zawierania transakcji w obcej walucie, z pełnym poszanowaniem własności i jej ochroną na drodze sądowej” (Katner 2020: 49). Co istotne, państwo może ingerować w gospodarkę rynkową jedynie w wyjątkowych sytuacjach, np. w przypadku klęski w rolnictwie czy depresji gospodarczej (Mączyńska, Pysz 2003: 66–69). Cechami charakterystycznymi tego modelu ekonomicznego jest jego oparcie na regułach demokratycznego rządzenia państwem o ustabilizowanej sytuacji okresu pokoju i rozwijaniu się według poprawnych reguł ekonomicznych, dla których prawo stanowi tylko element regulacyjny i minimalnie interwencyjny, wymuszający określone zachowania przedsiębiorców i innych uczestników obrotu (Katner 2020: 49). Tym samym jednym z głównych założeń modelu gospodarki rynkowej jest jej zastosowanie w warunkach kapitalizmu, kiedy to większą część zasobów stanowi własność prywatna (Rekowski 2009: 35). Z opisywanym modelem ekonomicznym można spotkać się głównie w krajach członkowskich Unii Europejskiej, np. Francji, Hiszpanii, Portugalii i we Włoszech, a poza granicami Unii Europejskiej omówione cechy gospodarcze można zaobserwować w USA, Kanadzie, Australii czy Japonii. Natomiast w odniesieniu do państw aspirujących do stanu ogólnopojętego dobrobytu gospodarczego, należy wskazać, że drugi model ma na celu rozwinięcie przedsiębiorczości wśród obywateli, czemu sprzyja pozostawienie im swobody w podejmowaniu progospodarczych inicjatyw bez nadmiernej ingerencji władz państwowych co do ich funkcjonowania, co ma na celu m.in. pobudzenie gospodarki lokalnej. Niemniej jednak większy wpływ państwa można zaobserwować w takich branżach, jak np. zaopatrzenie w energię elektryczną, komunikacja publiczna czy ochrona zdrowia. W doktrynie wyrażany jest pogląd stanowiący o tym, że ingerencja państwa powinna mieć szczególne znaczenie w przypadku sytuacji nietypowych i nadzwyczajnych, albowiem kwestie te należą głównie do zadań publicznych państwa, a więc i do prawa gospodarczego publicznego (Katner 2020: 50).

Kolejno w odniesieniu do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w zakresie wolności gospodarczej w ramach gospodarki rynkowej Trybunał wskazuje, że należy ją postrzegać jako swobodę zaangażowania przedsiębiorcy w działalność gospodarczą, który prowadzi samodzielnie politykę co do stopnia zaangażowania swojej przedsiębiorczości w stosunkach rynkowych (Kieres 2014: 186). Natomiast

aspekt jakościowy wolności gospodarczej odniesiono w orzecznictwie Trybunału do swobody wyboru przez przedsiębiorcę terytorium wykonywania działalności gospodarczej, jej przedmiotu czy zatrudniania pracowników. Przedsiębiorcy przysługuje prawo do wolności gospodarczej w powyżej wyróżnionych jej elementach konstrukcyjnych przez podejmowanie decyzji określanych jako decyzje gospodarcze (SK 35/08). Prawo to w ujęciu treściowym wyraża samodzielność przedsiębiorcy w zachowaniu, realizowaną przez podejmowane decyzje. Wolność gospodarcza ma zarazem charakter roszczeniowy, co oznacza uprawnienie podmiotów wolności gospodarczej domagania się od państwa stworzenia odpowiednich warunków (instrumentów) sprzyjających ochronie wolności gospodarczej, tym samym więc to na państwie ciąży obowiązek przyjęcia w systemie prawnym odpowiednich instytucji, które podmioty wolności gospodarczej mogą wykorzystywać w zamiarze ochrony prawa do wolności gospodarczej (Klecha 2009: 54) także przez formułowanie roszczeń o zaniechanie ingerencji w sferę prawnie chronionej wolności przedsiębiorczości.

3.3. Model mieszany

Kolejnym modelem jest model mieszany, który – jak sama nazwa wskazuje – jest korelowany z wcześniej omówionymi modelami. Jednoznaczne określenie definicji gospodarki mieszanej jest trudne z uwagi na to, że w zależności od państwa, w jakim występuje, wskazuje się na specyficzne dla niej formy (Begg, Fischer, Donrnbusch 2014: 43). Co do zasady model mieszany opiera się na regułach gospodarki rynkowej, która jednocześnie może być ograniczana np. poprzez zauważalną ingerencję państwa, które ma wpływ m.in. na dystrybucję towarów i usług, a co istotne, ma wpływ na wydawanie koncesji, zezwoleń, określanie cen, przewidywane podatki, ulgi i świadczenia socjalne, z założeniem ochrony przedsiębiorcy słabszego lub dającego perspektywę rozwoju oraz różne formy zachęcania inwestorów zagranicznych do angażowania się kapitałowego, zatrudnienia pracowników itp. (Katner 2020: 49). Model mieszany ekonomii to podejście, które łączy elementy zarówno ekonomii klasycznej, jak i neoklasycznej oraz uwzględnia inne szkoły ekonomiczne. Jest to próba uwzględnienia różnorodnych czynników i zależności występujących w gospodarce, a także uwzględnienia ograniczeń i nieliniowych efektów, które mogą wpływać na działanie systemu gospodarczego.

Co istotne, w sferze makroekonomicznej gospodarkę mieszaną charakteryzuje silny interwencjonizm państwa, dla którego z kolei podstawy teoretyczne stworzył keynesizm, co w przeszłości powodowało rozszerzenie państwowego (publicznego) sektora w gospodarce, a państwo stało się najsilniejszym podmiotem gospodarczym (Janik 2012: 26 i n.). Interwencjonizm państwa może okazać

się wymagany w momencie wystąpienia sytuacji kryzysowej w państwie, co było szczególnie dostrzegalne w sytuacji np. pandemii COVID-19, agresji Rosji na Ukrainę czy kryzysu klimatycznego, albowiem kryzysy wymagają szybkiej i skoordynowanej reakcji państw, zmiany funkcjonowania gospodarek, a niekiedy całych społeczeństw (Baszczak, Leszczyński, Wincewicz, Zyzik 2022: 24–28).

W kontekście modelu mieszanego zastosowanie będzie miał również instytucjonalizm, który wskazuje na ograniczoną ingerencję państwa w gospodarkę i sugeruje reformy instytucjonalne w poszczególnych sektorach, usprawniające ich działanie oraz tworzące warunki dla prowadzenia działalności gospodarczej (*Ibidem*: 11). Ponadto podstawową ideą nowego instytucjonalizmu ekonomicznego jest to, że instytucje mają istotny wpływ na efektywność i strukturę gospodarki. Według tej teorii instytucje wpływają na gospodarkę poprzez kształtowanie zachowań jednostek oraz poprzez organizację i funkcjonowanie rynków. Instytucje obejmują zarówno formalne struktury, takie jak prawo i regulacje, jak i niematerialne elementy, takie jak zwyczaje, normy społeczne i zaufanie. Natomiast ważnym wkładem nowego instytucjonalizmu ekonomicznego jest podkreślanie roli instytucji w kształtowaniu gospodarczego postępu i efektywności (Nowak 2004: 203). Ta perspektywa analizy ma również implikacje dla polityki gospodarczej, ponieważ sugeruje, że odpowiednie projektowanie instytucji może prowadzić do lepszych wyników ekonomicznych i społecznych.

Najczęściej z tego typu modelem ekonomicznym można spotkać się w krajach, w których nastąpiła gwałtowna przemiana społeczno-polityczno-gospodarcza, tak jak w Polsce po roku 1989, kiedy to nastąpił rozwój po długotrwałym kryzysie. Obecnie z gospodarką mieszaną można zetknąć się we wszystkich współczesnych wysoko rozwiniętych państwach, a jako przykład można podać kapitalizm anglosaski, kapitalizm reński, kapitalizm nordycki, kapitalizm państwowy oraz dominację państwową (Włudyka, Smaga 2012: 83–84).

4. Ograniczenia wolności gospodarczej

Omawiając ograniczenia wolności gospodarczej niewątpliwie trzeba zwrócić uwagę na art. 22 Konstytucji, zgodnie z którym mogą one nastąpić tylko w drodze ustawy i tylko gdy wymaga tego ważny interes publiczny. Co istotne, w orzecznictwie przyjmuje się, że ustawodawca ograniczający wolność działalności gospodarczej może odwoływać się, z powołaniem się na „ważny interes publiczny”, do wartości niemieszczących się w przesłankach materialnych określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, jednak przesłanki materialne wychodzące poza art. 31 ust. 3 również powinny znajdować swoje zakotwiczenie (legitymację) konstytucyjne. Przesłanki takie, chociaż wprost niewymienione w przepisach konstytucji, a określone przez ustawodawcę, muszą znaleźć uzasadnienie na

gruncie wartości lub norm konstytucji; ustawodawca musi uzasadnić, dlaczego na gruncie danej ustawy ograniczającej wolność działalności gospodarczej materialne przesłanki wychodzące poza treści art. 31 ust. 3 konstytucji stanowią „ważny interes publiczny”². Powyższe ma szczególne znaczenie w kontekście omówionych modeli ekonomicznych.

Niemniej jednak pogląd prezentowany przez doktrynę wskazuje na szerokie i wąskie instrumenty prawne określające zasady ograniczenia wolności gospodarczej w Polsce (Katner 2020: 50). Odnosząc się do szerokiego pojmowania instrumentów ograniczających wolność gospodarczą, należy wskazać na wszelkie ograniczenia przedmiotowe (Sypniewski [red.] 2016: 30–32) i podmiotowe działalności gospodarczej, wliczając w to także zakazy lub ograniczenia podejmowania tej działalności przez określone podmioty, a nawet ograniczenia nabywania i posiadania udziałów lub akcji w spółkach kapitałowych (Kidyba 2015: 177–198). Wąskie rozumienie odnosi się tylko do tych ograniczeń, które mają charakter powszechny i zakres przedmiotowy albo przedmiotowo-podmiotowy, tym samym zgodnie ze stanowiskiem zajmowanym przez doktrynę (Katner 2020: 51) nie będzie stanowiło działalności gospodarczej samo inwestowanie w spółkę handlową poprzez np. nabywanie udziałów lub akcji podmiotu, który ma własną osobowość lub zdolność prawną i to on prowadzi działalność gospodarczą. Natomiast w odniesieniu do ograniczenia wolności gospodarczej w kontekście wąskim na pierwszy plan wychodzi ustawa Prawo przedsiębiorców, zgodnie z którą wyróżnić należy trzy rodzaje ograniczeń: przez udzielenie koncesji, wydanie zezwolenia i jako występowanie regulowanej działalności gospodarczej.

4.1. Koncesje

W art. 37 ustawy Prawo przedsiębiorców ustawodawca stwierdza, że „środek o charakterze reglamentacyjnym, jakim jest koncesja, przyznawany jest dla przedsiębiorców w przypadku zamiaru wykonywania działalności gospodarczej mającej szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny, gdy jednak działalność ta nie może być wykonywana jako wolna albo po uzyskaniu wpisu do rejestru działalności regulowanej albo zezwolenia” (Gola 2019, LEX). Tym samym koncesje w pewnych okolicznościach są niezbędne w prowadzeniu przedsiębiorstwa (Waligórski 1998: 224). Nierzadko więc przedsiębiorstwa są zainteresowane uzyskaniem tych indywidualnych aktów administracyjnych, a konkretnie praw o charakterze publicznoprawnym im przyznanych (Czech 2006: 42–47). Należy więc podkreślić, że koncesje mają służyć administracyjnej kontroli dotyczącej spełnienia przez

² Wyrok NSA z 25.08.2017 r., II OSK 2986/15, LEX nr 2395965.

przedsiębiorcę ustawowych warunków wykonywania działalności gospodarczej (Kokocińska 2009: 205–226), przy czym „wykonywanie koncesjonowanej działalności gospodarczej nie może być źródłem zagrożeń dla takich podstawowych dóbr jak wolna konkurencja (prawidłowe funkcjonowanie gospodarki rynkowej) oraz interes gospodarczy bądź polityczny państwa” (Gola 2019, LEX), a wystąpienie tych zagrożeń będzie powodowało ograniczanie konstytucyjnych wolności człowieka i obywatela, a tym samym wolności gospodarczej (Horubski 2010: 297). Na organie koncesyjnym spoczywa ciężar podjęcia decyzji o skutkach prawnych i treści podejmowanego rozstrzygnięcia (Szydło 2004: 46 i n.).

Niemniej jednak koncesje są fundamentalną formą ograniczenia swobody działalności gospodarczej. Zasady udzielenia koncesji zostały opisane w ustawie Prawo przedsiębiorców, która reguluje takie kwestie, jak np. warunki prawne udzielenia, odmowy udzielenia, zwanego też otrzymaniem odmowy udzielenia, również zmiany, zawieszenia i cofnięcia koncesji albo ograniczenia jej zakresu w stosunku do przedłożonego wniosku. Natomiast uzyskanie samej koncesji wiąże się z uzyskaniem decyzji administracyjnej oraz potwierdzeniem przez organ posiadający odpowiednie uprawnienia, że przedsiębiorca występujący o udzielenie koncesji spełnił wszelkie przesłanki ustawowe do jej otrzymania. Co istotne, przed ustawą Prawo przedsiębiorców do 2018 r. obowiązywała ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, która z kolei powieliała wcześniejsze przepisy prawa działalności gospodarczej z 1999 r., z czego zdawała się wynikać stabilizacja przyczyn, które spowodowały podział działalności gospodarczej w dziedzinach wskazanych ustawowo (Katner 2020: 51) (art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (dalej: u.s.d.g)). Zgodnie z przywołanym przepisem archiwalnej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej obejmował on m.in konieczność uzyskania koncesji w razie zamiaru prowadzenia działalności w zakresie: 1) poszukiwania, rozpoznawania złóż węglowodorów oraz kopaliny stałych objętych własnością górnictwem, poszukiwania lub rozpoznawania kompleksu podziemnego składowania dwutlenku węgla, wydobywania kopaliny ze złóż, podziemnego bezzbiornikowego magazynowania substancji, podziemnego składowania odpadów oraz podziemnego składowania dwutlenku węgla; 2) wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym; 3) wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania, dystrybucji i obrotu paliwami i energią; 4) przesyłania dwutlenku węgla w celu jego podziemnego składowania; 5) ochrony osób i mienia; 6) rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych, z wyłączeniem programów rozpowszechnianych wyłącznie w systemie teleinformatycznym, które nie są rozprowadzane naziemnie, satelitarnie lub w sieciach kablowych; 7) przewozów lotniczych; prowadzenia kasyna gry.

Co do zasady reglamentacja działalności gospodarczej oznacza, że przedsiębiorca nie ma pełnej swobody zakładania i prowadzenia określonych rodzajów działalności. Najczęściej powodem ograniczenia swobody działalności gospodarczej są kwestie istotne dla funkcjonowania państwa, w szczególności bezpieczeństwo oraz interes publiczny. Może to być np. chęć ochrony zasobów naturalnych kraju, ochrona interesów konsumentów czy zapobieganie praktykom monopolistycznym (Kosikowski 2002: 85 i n.). Tym samym jeżeli przedsiębiorca chciał prowadzić działalność inną niż wymienione w ustawie, musiał postarać się o uzyskanie na ten cel koncesji, gdy działalność ta nie może być uznana za wolną, lub wpisu do rejestru działalności regulowanej albo zezwolenia (art. 46 ust. 3 u.s.d.g.).

Natomiast odnosząc się do prawa działalności gospodarczej z 1999 r., można zauważyć, że ustawodawca szczegółowe kwestie związane z pozyskaniem koncesji w danej dyscyplinie pozostawił do rozstrzygnięcia odrębnym przepisom kompleksowo regulujących określone specjalizacje, jednocześnie wskazując, jakie rodzaje działalności wymagają uzyskania koncesji. Ustawodawca uznał bowiem, że ogólne normy nie wyczerpują całej problematyki uzyskania przez przedsiębiorców koniecznych koncesji. Podjęcie tego typu zabiegów miało na celu uniknięcie nieprecyzyjnego uogólniania kwestii związanych z uzyskaniem koncesji i tak szczegółowy zakres i warunki wykonywania działalności gospodarczej podlegającej koncesjonowaniu określały zatem przepisy dotyczące tej działalności, np. obecnie obowiązujące ustawy: z 9.06.2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze (Dz.U. z 2020 r. poz. 1064), z 10.04.1997 r. – Prawo energetyczne (Dz.U. z 2022 r. poz. 1385), z 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 838) itd.

Niemniej jednak ten stan rzeczy nie potrwał zbyt długo, albowiem w odniesieniu do reglamentacji kwestia ta została zmieniona przez Prawo przedsiębiorców z 2018 r. i aktualnie nie ma już wymienionych dziedzin działalności gospodarczej, w których obowiązują koncesje, natomiast widnieje ogólny zapis z ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zgodnie z którym wykonywanie działalności gospodarczej w dziedzinach mających szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny wymaga uzyskania koncesji tylko wówczas, gdy działalność ta nie może być wykonywana jako wolna, albo po uzyskaniu wpisu do rejestru działalności regulowanej, albo po otrzymaniu zezwolenia (art. 37 ust. 1 pr. przeds.). Co istotne, ustawa Prawo przedsiębiorców w art. 37 ust. 2 i 3 wskazuje, że to na gruncie ustaw szczegółowych można odnaleźć informacje co do tego, jakie są rodzaje i warunki uzyskania wymaganych koncesji, a także jaki jest organ udzielający koncesji. Tym samym nie są to zagadnienia dostępne „od ręki”, a także nie stwarza to większego poczucia pewności co do obowiązujących

przepisów prawnych, co jednocześnie stoi w oczywistej sprzeczności z zasadami ustawy Prawo przedsiębiorców, mającej co do zasady przybliżać przedsiębiorcom prawo i ułatwiać im działalność, a nie jak to ma miejsce w aktualnej praktyce – odwozić ich od tego. Idąc dalej Punkt Informacji dla Przedsiębiorcy, którego zadaniem (w miejsce jasnych przepisów ustawowych) nie jest rekompensowanie oczywistych luk prawnych oraz wpływanie na większą przejrzystość przepisów, ponieważ do jego kompetencji należy udostępnianie listy rodzajów działalności wymagających koncesji, zezwolenia albo wpisu do rejestru działalności regulowanej, wraz ze wskazaniem odpowiednich aktów prawnych. Instytucja ta nie jest w stanie zastąpić samego aktu prawnego, który w sposób uniwersalny uregulowałby kwestię uzyskania koncesji.

Z formalnego punktu widzenia w aktualnym stanie prawnym koncesja jest udzielana na wniosek przedsiębiorcy zawsze na czas określony, nie krótszy niż 5 lat i nie dłuższy niż 50 lat, chyba że przedsiębiorca wnioskuje o udzielenie koncesji na krótszy czas. Decyzje administracyjne w przedmiocie koncesjonowania wydawane są przez ministra właściwego ze względu na rodzaj koncesji. Kwestie te są regulowane przepisami dotyczącymi poszczególnych koncesji, natomiast w aktualnie obowiązujących przepisach brakuje norm prawnych odnoszących się do promesy koncesji. Nie odnajdziemy również przepisów o charakterze gwarancyjnym bezpośrednio związanych z wykonywaniem zasady wolności gospodarczej, które miały swoje odzwierciedlenie w uprzednio obowiązujących ustawach. Jest to o tyle istotne, że ustawa powinna regulować kwestie takie jak odmowa udzielenia koncesji, ograniczenie jej zakresu lub jej cofnięcie. W doktrynie (Katner 2020: 52) wyrażane jest krytyczne stanowisko co do racjonalności wprowadzenia takowej zmiany, albowiem narusza ona warunki wykonywania działalności objętej koncesją, względy obronności i bezpieczeństwa państwa lub obywateli, przypadki określone w odrębnych ustawach, a także orzeczenie o zakazie wykonywania objętej koncesją działalności gospodarczej oraz niepodjęcie lub zaprzestanie na trwałe wykonywania tej działalności (art. 56 i 58 u.s.d.g., art. 20 ust. 5 i 6 oraz art. 22a ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (dalej: p.d.g.)).

4.2. Zezwolenia na podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej

Kolejną formą ograniczenia swobody gospodarczej są zezwolenia na podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej, jako nadal powszechnie wykorzystywane, a w doktrynie ujmowane jako rozpowszechniony akt reglamentacji administracyjnej, stanowiący „zwykły” instrument, z którego

może w tym zakresie skorzystać ustawodawca (Jaroszyński 2017: 198). Na uwagę zasługuje również stanowisko wyrażone przez WSA w Warszawie, zgodnie z którym „licencja, zezwolenie jest instytucją prawa administracyjnego, a nie cywilnego, dlatego też do dysponowania nim jest władny wydający je organ administracji publicznej, a nie podmiot gospodarczy, który je uzyskał” (VI SA/Wa 1912/08). Co więcej, zgodnie z tezą postanowienia SKO we Wrocławiu zezwolenia są źródłem uzyskania przez danego przedsiębiorcę uprawnień w sferze stosunków publicznoprawnych. Zatem to prawo publiczne, a nie prawo prywatne determinuje kwestię możliwości prowadzenia określonej reglamentowanej działalności gospodarczej (SKO 4221/43/19). W ustawie Prawo przedsiębiorców normy odnoszące się do zezwoleń można odnaleźć w art. 41, zgodnie z którym uzyskanie zezwolenia wymaga wykonywania działalności gospodarczej w zakresie określonym w odrębnych przepisach, które z kolei regulują warunki wykonywania działalności objętej zezwoleniem, wskazują, jakie organy mogą udzielić odnośnego zezwolenia z uwzględnieniem odpowiedniego trybu, ewentualnych odmów, zmian, zawiesznień, cofnięć czy ograniczeń zakresu zezwolenia, jednak pod warunkiem: „o ile niniejsza ustawa nie stanowi inaczej”. Kolejnym przepisem odnoszącym się do kwestii zezwoleń jest art. 42 wskazujący na istotę zezwolenia oraz podkreślający to, że w jego granicach nie będą miały zastosowania kwestie związane z zasadą uznaniowości w ramach jego udzielenia. Zgodnie z art. 42 Prawa przedsiębiorców organ zezwalający udzieli zezwolenia danemu przedsiębiorcy dopiero wtedy, kiedy stwierdzi, że zostały przez niego spełnione obligatoryjne warunki uzależniające możliwość jego uzyskania. Udzielenie zezwolenia jest szczególnie zasadne, jeśli dotyczy odpowiednich warunków bezpiecznego wykonywania działalności dla zdrowia, życia, bezpieczeństwa publicznego, środowiska naturalnego, konsumentów itp. (Katner 2020: 54). Niemniej jednak co do zasady w przypadku zezwoleń nie został utworzony katalog dziedzin, które wymagają jego uzyskania. Jednakże ustawodawca polski często *expressis verbis* wskazuje tę formę aktu administracyjnego, np. zezwolenie na wykonywanie działalności ubezpieczeniowej³.

W literaturze podkreśla się, że jako największą różnicę między koncesją i zezwoleniem należy wskazać to, że decyzja o udzieleniu koncesji ma charakter uznania administracyjnego, zezwolenia nie można zaś odmówić, jeśli są spełnione przesłanki ustawowe, nie spełnia więc ona kryterium uznaniowego (Katner 2003: 84 i n., 124 i n.; Boć 2007: 332). Niemniej jednak znawcy tematyki regulację prawną zezwoleń aktualnie oceniają jako normatywnie wadliwą,

³ Na przykład art. 6 Ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2283).

z uwagi na niekonsekwencje terminologiczne oraz odesłania do odrębnych ustaw, które przez uczestników obrotu gospodarczego często są pomijane, a nawet niedostrzegalne (Katner 2020: 55).

4.3. Regulowana działalność gospodarcza

Wprowadzenie na gruncie ustawy działalności regulowanej miało miejsce w polskim systemie prawnym wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Sypniewski 2013: 52) i jej celem było poszerzenie zakresu wolności gospodarczej, zwłaszcza przez zastąpienie zdecydowanej większości zezwoleń wpisem do działalności regulowanej (Uzasadnienie projektu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, Sejm RP IV kadencji, druk nr 2118, s. 40). Aktualnie, w ślad z art. 43 Prawa przedsiębiorców, jeżeli odrębne przepisy stanowią, że dany rodzaj działalności jest działalnością regulowaną, to przedsiębiorca może wykonywać tę działalność, jeśli spełnia szczególnie warunki określone przepisami tej odrębnej ustawy i po uzyskaniu wpisu w rejestrze działalności regulowanej (Tracz 2019, LEX). Zgodnie z założeniem ustawodawcy niniejsza zasada, podobnie jak jej pierwotyp (Sypniewski 2013: 52), miała liberalizować, a nawet scalić dotychczasowe formy zezwoleń. Co istotne, wprowadzenie działalności regulowanej nie jest równoznaczne ze złagodzeniem warunków prowadzenia działalności gospodarczej, natomiast ma na celu wprowadzenie łatwiejszej w obejściu procedury uzyskania uprawnień do jej wykonywania (Kiczka 2013: 496).

W literaturze (Sypniewski 2013: 52) jako najczęściej występujące warunki wykonywania działalności gospodarczej można wskazać:

1. Obowiązek prowadzenia działalności w określonej formie organizacyjno-prawnej;
2. Posiadanie określonych kwalifikacji lub uprawnień zawodowych albo zatrudnienie posiadających takie kwalifikacje lub uprawnienia zawodowe;
3. Niekaralność przedsiębiorcy, w tym niekaralność za konkretne typy przestępstw (np. przestępstwa w celu osiągnięcia korzyści majątkowych albo przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów);
4. Posiadanie odpowiednich środków majątkowych, zabezpieczenie środków klientów poprzez przyjmowanie ich na rachunki powiernicze oraz zabezpieczenie roszczeń osób trzecich w postaci ubezpieczenia, gwarancji ubezpieczeniowej lub gwarancji bankowej;
5. Posiadanie odpowiedniej bazy materiałowej, w tym posiadanie tytułu prawnego do lokalu lub obiektu oraz posiadanie wyposażenia spełniającego określone kryteria;

6. Opracowanie programu działania i regulaminu usług, opracowanie i wdrożenie wewnętrznego systemu oceny jakości lub kontroli, podpisanie określonej dokumentacji lub zawarcie określonych umów (Powałowski 2006: 128).

Co do zasady rodzaje działalności gospodarczych, jakich prowadzenie wymaga uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej, mają charakter otwarty i może podlegać zmianom (Sypniewski 2013: 54). Niemniej jednak w praktyce mamy do czynienia z takim działaniem ustawodawcy, w którym z jednej strony poszerza on zakres działalności regulowanej, najczęściej zastępując tą formą reglamentacji zezwolenia, a z drugiej strony rezygnuje z reglamentacji i wprowadza niewładcze formy oddziaływania (*Ibidem*). Ponadto w orzecznictwie wyrażany jest pogląd, że „prawo do podjęcia działalności regulowanej nie zawsze wiąże się z ujawnieniem wpisu w rejestrze działalności regulowanej. Prawo do podjęcia działalności gospodarczej regulowanej powstaje bowiem co do zasady po uzyskaniu wpisu lub – w określonych sytuacjach – mimo jego braku po upływie ustawowego terminu na jego dokonanie. Konstrukcja dokonywania wpisów w rejestrze działalności regulowanej wiąże się bowiem ze stworzeniem mechanizmu, który ma służyć odformalizowaniu procedury dokonywania wpisów w rejestrze działalności regulowanej. W szczególności wiąże się to z gwarancją, że jeżeli wniosek przedsiębiorcy wraz z oświadczeniem o spełnieniu warunków wymaganych do wykonywania tej działalności spełnia wymogi formalne, to winien skutkować uprawnieniem do wykonywania działalności objętej obowiązkiem wpisu, nawet jeśli organ tego wpisu nie dokonał” (II SA/Gd 870/18).

W ślad za przywołaną regulacją prawodawca dokonał również znaczących zmian mających na celu uproszczenie podejmowania działalności gospodarczej w innych odnośnych ustawach. Co więcej, zostały także podjęte próby zniesienia wszelkiej reglamentacji dla niektórych rodzajów działalności, czego dokonały uchylona w 2018 r. ustawa z 4.03.2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2016 r. poz. 893 ze zm. nie obowiązuje) oraz ustawa z 25.03.2011 r. o ograniczaniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz.U. Nr 106, poz. 622 ze zm.).

4.3.1. Rejestr działalności regulowanej

Jeżeli przedsiębiorca podejmie decyzję o rozpoczęciu prowadzenia działalności regulowanej, to jest zobligowany do złożenia wniosku oraz dołączenia do niego pisemnego oświadczenia o określonej treści (KIO 1231/13, KIO 1126/13). Jeżeli nie dopełni tego obowiązku, musi liczyć się z tym, że organ wyda decyzję zakazującą mu prowadzenia zakładanej przez niego działalności. Natomiast w przypadku dopełnienia przez przedsiębiorcę wymagań stawianych

przez ustawę, zostaje on wpisany do jawnego rejestru prowadzonego przez organ ustawowo uprawniony ze względu na rodzaj działalności gospodarczej (np. minister, wojewoda, starosta) w ciągu 7 dni od złożenia wniosku wraz z oświadczeniem. Prawodawca dopuszcza również możliwość wydania pozytywnej decyzji z urzędu dotyczącej wpisu do rejestru i wówczas nie zostaje wydana żadna decyzja administracyjna.

Co do zasady organ nie może odmówić przyjęcia wniosku w przypadku jego prawidłowości (Etel 2007, LEX). Wyjątek stanowią sytuacje wskazane w art. 43 ust. 3 ustawy Prawo przedsiębiorców, w którym określone zostały przypadki dotyczące odmowy dokonania wpisu do rejestru działalności regulowanej w ramach wydanej przez organ decyzji administracyjnej. Wspomniane sytuacje dotyczą w pierwszej kolejności wydania prawomocnego orzeczenia zakazującego przedsiębiorcy wykonywania działalności gospodarczej objętej wpisem. W literaturze można spotkać się ze stanowiskiem kwestionującym precyzyjność ww. zastrzeżenia, albowiem w ustawie Prawo przedsiębiorców trudno o jasne wskazanie, jakich orzeczeń to dotyczy, czy „respektowane mają być wyłącznie orzeczenia wydane przez sąd, czy też może mowa również o orzeczeniach innych organów, przykładowo organu administracji czy organu samorządu zawodowego” (Sieradzka 2013, LEX). Natomiast wydaje się, że wystarczy, że jest ono prawomocne oraz zawiera zakaz wykonywania działalności, o której wpis przedsiębiorca się ubiega (Sowiński 2006: 327).

Kolejno jako przesłanka braku podstawy do wydania przez organ decyzji pozytywnej jest wykreślenie przedsiębiorcy z rejestru tej działalności regulowanej w wyniku wydania przez organ prowadzący rejestr decyzji o zakazie wykonywania przez przedsiębiorcę działalności objętej wpisem w okresie trzech lat poprzedzających złożenie wniosku. Natomiast art. 43 ust. 3 pkt komentowanej ustawy daje możliwość rozszerzenia katalogu podstaw odmowy dokonania wpisu do rejestru działalności regulowanej poprzez odwołanie do stosowania odrębnych przepisów (Tracz 2019, LEX). Co więcej, organ prowadzący rejestr działalności regulowanej zobowiązany jest do sprawowania kontroli nad prawidłowością podejmowania i wykonywania określonej działalności (III SA/GI 628/16), a kontrola może być dokonywana w przedmiocie oceny: zgodności wykonywanej przez przedsiębiorcę działalności gospodarczej z przepisami prawa odnoszącymi się do działalności regulowanej, w szczególności przestrzegania ustawowo określonych warunków działalności i potencjalnych zagrożeń wobec obronności lub bezpieczeństwa państwa, ochrony bezpieczeństwa lub dóbr osobistych obywateli (Tracz 2019, LEX).

Przedsiębiorcy prowadzący działalność regulowaną bez uzyskania stosownego pozwolenia mogą narazić się na sankcje z Kodeksu wykroczeń, a mianowicie – zgodnie z art. 601 k.w. kto wykonuje działalność gospodarczą bez

wymaganego zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wpisu do rejestru działalności regulowanej lub bez wymaganej koncesji albo zezwolenia, podlega karze ograniczenia wolności albo grzywny. Niemniej jednak, mimo zagwarantowanej w przepisach kontroli działalności regulowanej przez organ, nie zwiększa to pewności obywateli wobec prawa w kontekście ochrony konsumentów (Sowiński 2006, rozdz. III; Kosikowski 2005; Strzyczkowski 2011, z uwagi na namnożenie się różnego rodzaju rejestrów innych niż CIDG czy KRS, które nie spełniają warunku powszechnego dostępu dla obywateli, a także ciągłej aktualizacji baz danych. Natomiast każdy zatroskany obywatel może sprawować autonomiczną kontrolę nad prawidłowością funkcjonowania działalności regulowanej, ponieważ rejestr sam w sobie jest jawny, co oznacza, że „każdy ma prawo uzyskania wglądu do danych ujętych w rejestrze, bez wymogu podawania organowi przyczyny czy też wykazywania swego interesu (prawnego lub faktycznego)” (Tracz 2019, LEX). Ponadto, w literaturze można spotkać się również ze stwierdzeniem, „że rejestr działalności gospodarczej regulowanej realizuje zasadę jawności formalnej” (Tracz 2019, LEX), a „polega ona na tym, że każdy ma prawo przeglądania akt rejestrowych za pośrednictwem organu, który rejestr prowadzi, bez potrzeby wykazywania się interesem prawnym. Zasada jawności jest zasadą podkreślaną we wszystkich ustawach dotyczących prowadzenia działalności regulowanej” (Przeszło 2007, art. 66).

4.4. Inne ograniczenia

Z ograniczeniem wolności gospodarczej można mieć styczność również w innych ustawach, np. w odniesieniu do formy prawnej, ograniczeń przedmiotowo-podmiotowych dotyczących m.in.: banków, zakładów ubezpieczeń, narodowych funduszy inwestycyjnych i towarzystw funduszy inwestycyjnych, giełd, rynku poza-giełdowego i Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych, biura informacji gospodarczej, jednostek publicznej radiofonii i telewizji (Katner 2020: 56; Kidyba 2015: 180–181). Co więcej, z ograniczeniem wolności gospodarczej bezsprzecznie mają do czynienia m.in. osoby pełniące funkcje publiczne o charakterze państwowym lub samorządowym, którym przepisy prawa nie pozwalają stale lub czasowo podejmować działalności gospodarczej albo sprawować niektórych funkcji. Omawiane ograniczenie wolności gospodarczej dotyczy nie tylko ograniczenia podmiotowego, omówionego powyżej, ale także ograniczenia co do dopuszczalnych form prawnych prowadzenia działalności m.in. przez adwokatów, radców prawnych i notariuszy, natomiast są to sytuacje szczególne, które zostały uregulowane na gruncie odrębnych ustaw szczególnych i zasadniczo nie są rozważane w ramach prawa handlowego (Katner 2020: 56).

4.5. Ocena ograniczeń wolności gospodarczych pod kątem ich dopuszczalności w omówionych modelach ekonomicznych

Mając na uwadze powyżej opisane rodzaje ograniczeń wolności gospodarczej, autorka pragnie zauważyć, że wobec ich wszystkich zastosowanie znajduje tu model mieszany ekonomii, albowiem jak zostało uprzednio wspomniane, opiera się on na regułach gospodarki rynkowej, która jednocześnie może być ograniczana np. poprzez zauważalną ingerencję państwa, które ma wpływ m.in. na dystrybucję towarów i usług, a co istotne – ma wpływ na wydawanie koncesji, zezwoleń, wpływa na regulowaną działalność gospodarczą czy rejestr działalności gospodarczej (Katner 2020: 49). W modelu mieszanych ekonomii państwo może odgrywać aktywniejszą rolę w regulowaniu rynku i interweniować w celu korygowania m.in. nieefektywności, czemu mają służyć wymienione w niniejszym artykule rodzaje ograniczenia wolności. Powyższe potwierdza również teza postawiona w tekście – model mieszany ekonomii to podejście, które łączy elementy zarówno ekonomii klasycznej, jak i neoklasycznej, a także uwzględnia inne szkoły ekonomiczne. Jest to próba uwzględnienia różnorodnych czynników i zależności występujących w gospodarce, a także uwzględnienia ograniczeń i nieliniowych efektów, które mogą wpływać na działanie systemu gospodarczego. Tym samym w ogólnej ocenie autorki zastosowanie omówionych ograniczeń gospodarczych jest zasadne, jeśli pozytywnie wpływa na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny.

W odniesieniu do powyższego zauważalny jest również wpływ państwa jako reformatora usprawniającego funkcjonowanie systemu instytucjonalnego oraz dostawcy usług publicznych, co z kolei koreluje z modelem nowego instytucjonalizmu ekonomicznego, który poprzez wymienione ograniczenia wolności gospodarczej i instytucje, takie jak prawo, systemy podatkowe i finansowe czy organizacje społeczne, mogą mieć wpływ na działanie gospodarki w związku z czym wskazane ograniczenia muszą zostać uwzględnione w analizie danych zachowań gospodarczych (Baszczak, Leszczyński, Wincewicz, Zyzik 2022: 14). Silny interwencjonizm państwa jest szczególnie dostrzegalny w momencie wystąpienia specyficznych turbulencji dla gospodarki wywołanych współcześnie np. kryzysem finansowym i zadłużeniowym, pandemią COVID-19 czy wojną na Ukrainie (*Ibidem*: 21).

Niemniej jednak mając na uwadze brzmienie przywołanych przepisów prawnych odnoszących się do omówionych rodzajów ograniczeń wolności gospodarczej w Polsce, autorka wyklucza możliwość dosłownego powiązania ich z marksistowską teorią ekonomiczną m.in. dlatego, że w praktyce państwa próbujące wprowadzić marksistowskie idee często napotykały na wiele trudności i niepowodzeń. Wiele krajów, które określały się jako marksistowskie, takie jak

Związek Radziecki czy Chiny, w rzeczywistości tworzyły autorytarne reżimy, które nie realizowały pełnej równości i demokracji będącej podstawą ustroju państwa, jakim jest Polska. Ponadto marksizm krytykuje kapitalizm, który z kolei jest powszechną metodą gospodarczą stosowaną w Polsce.

5. Podsumowanie – wnioski

W warunkach gospodarki rynkowej problematyka wolności gospodarczej będzie zawsze przedmiotem zainteresowania nauki analizowanym z różnych perspektyw badawczych, albowiem jest to zjawisko, które w swojej całej okazałości – z negatywnymi i pozytywnymi skutkami ekonomicznymi i społecznymi – będzie powodowało rozwój regulacji prawnych określających zasady i warunki prowadzenia działalności gospodarczej, które w rezultacie będą również prowadziły do ograniczenia wolności gospodarczej. Z tego powodu zasadne było monograficzne przeanalizowanie ograniczeń wolności gospodarczej związanych z podejmowaniem i wykonywaniem określonych rodzajów działalności gospodarczej, które aktualnie wynikają z ustawy Prawo przedsiębiorców w odniesieniu do koncesji, regulowanej działalności gospodarczej czy zezwoleń. Ponadto omówienie określonych szkół ekonomicznych miało na celu wykazanie, że gospodarka w państwie demokratycznym jest głęboko związana z daną doktryną ekonomiczną, a często łączy elementy kilku teoretycznych modeli ekonomicznych.

Bibliografia

Opracowania

- Baszczak, Łukasz, Paweł Leszczyński, Agnieszka Wincewicz i Radosław Zyzik. 2022. *Powrót interwencjonizmu? Państwo i gospodarka w warunkach zagrożenia i kryzysów*. Warszawa: Polski Instytut Ekonomiczny.
- Begg, David, Stanley Fischer i Rudiger Dornbusch. 2014. *Mikroekonomia*, Warszawa: PWE.
- Biernat, Stanisław i Andrzej Wasilewski. 2000. *Wolność gospodarcza w Europie*, Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.
- Biskup, Rafał. 2011. *Wolność gospodarcza w wymiarze podmiotowym*. Lublin: Wydawnictwo Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego.
- Boć, Jan. 2007. *Prawo administracyjne*. Warszawa: Kolonia Limited.
- Czech, Ewa Katarzyna. 2006. Koncesje i zezwolenia jako składniki przedsiębiorstwa. *Przegląd Prawa Handlowego* 5. Wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 5.06.2023.
- Dahrendorf, Ralf. 2008. *Klasy i konflikt klasowy w społeczeństwie przemysłowym*. Warszawa: Wydawnictwo Nomos.
- Etel, Maciej. 2007. Regulowana działalność gospodarcza a zasada wolności gospodarczej. *Państwo i Prawo* 2: 41–52. Wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 5.06.2023.

- Foster, John Bellamy i Fred Magdoff. 2009. *The Great Financial Crisis: Causes and Consequences*. New York: Monthly Review Press.
- Garlicki, Leszek. 2003. *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Garlicki, Leszek i Marek Zubik. Komentarz do art. 20 i 22. 2016. W: Derlatka Marek, Kazimierz Działocha, Paweł Sarnecki, Wojciech Sokolewicz, Janusz Trzciniński, Marcin Wiącek, Leszek Garlicki i Marek Zubik. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Tom 1, wyd. II. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Gola, Jan. 2018. Komentarz do art. 37. W: Bielecki Leszek, Krzysztof Horubski, Katarzyna Kokocińska, Eliza Komierzyńska-Orlińska, Agnieszka Żywicka i Jan Gola. *Konstytucja biznesu. Komentarz*. Warszawa: WKP, LEX. Wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 5.06.2023.
- Hayek, Friedrich August von. 2004. *Zgubna pycha rozumu. O błędach socjalizmu*. Kraków: Wydawnictwo Arcana.
- Horubski, Krzysztof i Grzegorz Klich. 2010. Konflikty na tle udzielania ograniczonej liczby koncesji. W: *Płaszczyzny konfliktów w administracji publicznej*, (red.) Magdalena Tabernacka i Renata Raszevska-Skałeczka. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Janik, Robert. 2012. Rola interwencjonizmu państwowego w powstaniu welfare state w XX wieku. *Studia Politicae Universitatis Silesiensis* 9.
- Jaroszyński, Krzysztof. 2019. *Funkcje administracji publicznej w sferze gospodarczej*. Warszawa: LexisNexis Polska.
- Katner, Wojciech J. (red.). 2020. *Prawo gospodarcze i handlowe*. Wydanie 3. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Keynes, John Maynard. 1985. *Ogólna teoria zatrudnienia, procentu i pieniądza*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Kiczka, Karol. 2013. Formy prawne działania administracji gospodarczej. W: *System Prawa Administracyjnego*. Tom 8 B: *Publiczne prawo gospodarcze*, (red.) Roman Hauser, Zygmunt Niewiadomski Zygmunt i Andrzej Wróbel. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck. Wydanie elektroniczne. Legalis. Dostęp: 5.06.2023.
- Kidyba, Andrzej. 2015. *Prawo handlowe*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kieres, Leon. 2014. *Spoleczna gospodarka rynkowa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu.
- Klecha, Klaudia. 2009. *Wolność działalności gospodarczej w Konstytucji RP*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kocowski, Tadeusz i Jan Gola (red.). 2014. *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu.
- Kokocińska, Katarzyna. 2009. Reglamentacja gospodarcza a wspieranie rozwoju. Nowe tendencje aktywności państwa w gospodarce. W: *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*, (red.) Wojciech Sz wajdler i Henryk Nowicki. Toruń: Wydawnictwo TNOiK.
- Komierzyńska-Orlińska, Eliza. Komentarz do art. 2. 2019. Komentarz do ustawy – Prawo przedsiębiorców. W: Leszek Bielecki, Krzysztof Horubski, Katarzyna Kokocińska, Eliza Komierzyńska-Orlińska, Agnieszka Żywicka i Jan Gola. *Konstytucja biznesu. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer. Wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 5.06.2023.
- Kosikowski, Cezary. 2005. *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.

- Kosikowski, Cezary. 1995. *Wolność gospodarcza w prawie polskim*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Ekonomiczne.
- Kosikowski, Cezary. 1998. Zasada wolności działalności gospodarczej. W: *Zasady podstawowe polskiej konstytucji*, (red.) Wojciech Sokolewicz. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Kruszewski, Artur Krzysztof. 2019. Komentarz do art. 22. W: *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, (red.) Aldona Pietrzak. Warszawa: Wolters Kluwer, Wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 5.06.2023.
- Magdziarczyk, Małgorzata. 2013. *Wolność działalności gospodarczej w konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.* Opole: Oficyna Wydawnicza Politechniki Opolskiej.
- Mak, Mariusz i Anna Wildowicz-Gięgiel. 2018. Rozważania o wolności i granicach omnipotencji państwa w zakresie opodatkowania w ujęciu ekonomii klasycznej. *Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu* 509, <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-5a06a9f2-2bd1-452c-a904-61ea44c90deb>. Dostęp: 13.05.2023.
- Mączyńska, Elżbieta i Piotr Pysz, *Spółeczna gospodarka rynkowa. Idee i możliwości praktycznego wykorzystania w Polsce*. Warszawa: Wydawnictwo Polskie Towarzystwo Ekonomiczne.
- Nowak, Marek. 2003. Instytucjonalizm w socjologii i ekonomii. *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny* 66(1).
- Pazdej, Mateusz. 2015. Współczesna recepcja walki klas, czyli w jakim stopniu marksizm wpłynął na koncepcje XX-wieczne i czy pozostał aktualny do dzisiaj. *Świat Idei i Polityki* Tom 14.
- Powałowski, Andrzej. 2005. Regulowana działalność gospodarcza, *Studia Prawnicze* 3(165): 125–36.
- Przeszło, Ewa. Komentarz do art. 66. 2007. W: *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, (red.) Andrzej Powałowski. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC Grupa Wolters Kluwer.
- Rekowski, Marek. 2009. *Mikroekonomia*. Poznań: Wydawca Contact.
- Sieradzka, Małgorzata, Marian Zdyb. 2013. *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer. Wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 5.06.2023..
- Skousen, Mark. 2012. *Narodziny współczesnej ekonomii. Żywoty wielkich myślicieli*. Warszawa: Wydawnictwo Fijorr Publishing.
- Solek, Adrian. 2010. Ekonomia behawioralna a ekonomia neoklasyczna. *Zeszyty Naukowe Polskiego Towarzystwa ekonomicznego w Krakowie* 8.
- Sowiński, Roman. 2006. *Administracyjna reglamentacja działalności gospodarczej*. Wrocław: Kolonia Limited.
- Stachowiak, Zenon i Bartosz Stachowiak. 2015. *Ekonomia gospodarki rynkowej ujęcie instytucjonalne*. Tom 1. Warszawa: Akademia Obrony Narodowej.
- Strzyczkowski, Kazimierz. 2011. *Prawo gospodarcze publiczne*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Sypniewski, Dominik (red.). 2016. *Ograniczenia wolności podejmowania działalności gospodarczej*. Ryki: Fundacja Obywatelskiego Rozwoju – Ryki.
- Szadkowski, Krystian. 2015. *Uniwersytet jako dobro wspólne. Podstawy krytycznych badań nad szkolnictwem wyższym*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Szydło, Marek. 2004. Koncepcja koncesji w ujęciu klasycznym i jej recepcja w prawie polskim. *Państwo i Prawo* 1.

- Tracz, Piotr. 2019. Komentarz do art. 43. W: *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, (red.) Aldona Pietrzak. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Walaszek-Pyziół, Anna. 1994. *Swoboda działalności gospodarczej. Studium prawne*. Kraków: Księgarnia Akademicka.
- Walentyłowicz, Halina. 2012. Marks, Horkheimer, Bauman, Harman: globalizacja a problem emancypacji społecznej. *Nowa Krytyka* 29: 49–68.
- Waligórski, Michał. 1998. Administracyjna reglamentacja działalności gospodarczej. Problemy prawnej reglamentacji. *Studia Prawnicze* 2 (132): 15–38.
- Włudyka, Tadeusz i Marcin Smaga. 2012. *Instytucje gospodarki rynkowej*. Warszawa: Wolters Kluwer. Wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 5.06.2023.
- Woods, Thomas E. Jr. 2007. *Niepoprawna politycznie historia Stanów Zjednoczonych*. Warszawa: Wydawnictwo Fijorr Publishing.

Akty prawne

- Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE. C. z 2007 r. Nr 303, str. 1 z późn. zm.).
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2000 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 41, poz. 324 ze zm.).
- Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1385 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz.U. 2022.0.1110)
- Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1995).
- Ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2168 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 893 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 25 marca 2011 r. o ograniczaniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz.U. Nr 106, poz. 622 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1072 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 162 z późn. zm.).
- Uzasadnienie projektu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, Sejm RP IV kadencji, druk nr 2118.

Orzecznictwo

Sąd Najwyższy

Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 10 stycznia 1990 r., III CZP 97/89, OSNCP 1990, nr 6, poz. 74.

Wyrok SN z dnia 8 maja 1998 r., III RN 34/98, OSNP 1999, nr 5, poz. 157.

Trybunał Konstytucyjny

Wyrok TK z dnia 19 stycznia 2010 r., sygn. akt SK 35/08, Z.U. 2010/1A/2.

Wyrok TK z dnia 4 listopada 2015 r., K 1/14, OTK-A 2015, nr 10, poz. 163.

Najwyższy Sąd Administracyjny

Wyrok NSA z 25.08.2017 r., II OSK 2986/15, LEX nr 2395965.

Wyrok NSA z 25.08.2017 r., II OSK 2986/15, LEX nr 2395965.

Sąd Apelacyjny

Wyrok SA w Poznaniu z 01.12.2016 r., sygn. akt III AUa 2834/15, LEX nr 2661611.

Wojewódzkie Sądy Administracyjne

Wyrok WSA w Warszawie z 30.12.2008 r., sygn. akt VI SA/Wa 1912/08, LEX nr 530041.

Wyrok WSA w Gdańsku z 03.07.2019 r., sygn. akt II SA/Gd 870/18, LEX nr 2698560.

Wyrok WSA w Gliwicach z 16.08.2016 r., sygn. akt III SA/Gl 628/16, LEX nr 2120744.

Wyrok WSA w Gliwicach z 8.03.2017 r., II SA/Gl 1189/16, LEX nr 2267584.

Krajowa Izba Odwoławcza

Wyrok KIO z 7.06.2013 r., KIO 1231/13, LEX nr 1350522.

Wyrok KIO z 4.06.2013 r., KIO 1126/13, LEX nr 1350279.

Samorządowe Kolegium Odwoławcze

Postanowienie SKO we Wrocławiu z 21.08.2019 r., SKO 4221/43/19, LEX nr 2748898.

Źródła internetowe

Rządowy projekt ustawy – Prawo przedsiębiorców, VIII kadencja, druk sejm. nr 2051, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/9E761CF9B6B03CBCC12581E10059DD88/%24File/2051.pdf>. Dostęp: 12.02.2023.

Volume 21, Issue 1
June 2023

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-01-08
accepted 2023-03-13



Wykładnia art. 80 ustawy – Prawo ochrony środowiska w kontekście promocji mięsa

Interpretation of Article 80 of the Environmental Protection Law in the context of meat promotion

FRANCISZEK NOWAK

Uniwersytet Jagielloński

ORCID: 0000-0003-1362-4368, Franciszek.nowak@student.uj.edu.pl

Citation: Nowak, Franciszek. 2023. Wykładnia art. 80 Prawa ochrony środowiska w kontekście promocji mięsa. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(1): 177–197. DOI: 10.25167/osap.4989.

Abstract: The meat sector is responsible for a significant part of the anthropogenic greenhouse gases, and without its transformation it is not possible to stop the climate change. The easiest way to decrease the meat sector's carbon footprint is to change meat consumption models, to which advertisements or other types of promotion can contribute. According to Article 80 of the Environmental Protection Law, promotion of goods and services that encourage a consumption model inconsistent with the principles of environmental protection and sustainable development is prohibited. Advertising red meat seems to fulfill all the rationales of the above provision. In order to verify this thesis, this publication performs a detailed analysis of the rationales of the prohibition of non-ecological advertising relating it to red meat promotions. The main purpose of the publication is to interpret Article 80 of the Environmental Protection Law, which can be used to counteract the most harmful manifestations of human activity.

Keywords: sustainability, advertising, meat, climate, environment

Abstrakt: Sektor mięsny odpowiada za istotną część antropogenicznych gazów cieplarnianych i bez jego transformacji nie jest możliwe zatrzymanie zmian klimatu. Najłatwiejszym sposobem zmniejszenia emisyjności sektora mięsnego jest zmiana modelu konsumpcji mięsa, do czego mogą się przyczyniać reklamy lub innego rodzaju promocje. Zgodnie z art. 80

ustawy Prawo ochrony środowiska promocja towarów i usług propagująca model konsumpcji sprzeczny z zasadami ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju jest zakazana. Promocje mięsa czerwonego zdają się wypełniać wszystkie przesłanki powyższego przepisu. W celu weryfikacji tej tezy niniejsza publikacja dokonuje szczegółowej analizy przesłanek zakazu reklamy nieekologicznej, odnosząc go do promocji mięsa czerwonego. Głównym celem publikacji jest dokonanie wykładni art. 80 ustawy Prawo ochrony środowiska, która może być wykorzystana do przeciwdziałania najbardziej szkodliwym przejawom ludzkiej działalności.

Słowa kluczowe: zrównoważoność, reklama, mięso, klimat, środowisko

Wprowadzenie

W czasach rosnącej świadomości ekologicznej oraz trwającego kryzysu klimatycznego jako konieczne jawi się podjęcie działań przeciwko najbardziej szkodliwym dla środowiska przejawom funkcjonowania społeczeństwa. Mimo powszechnego konsensusu co do konieczności znacznego zmniejszenia wykorzystywania paliw kopalnych, co znajduje swój wyraz chociażby w Pakcie Klimatycznym z Glasgow (UNFCCC, 2022), wciąż mniejszą uwagę przykłada się do potrzeby transformacji systemu żywnościowego, który odpowiedzialny jest za między 1/3 a 1/4 globalnych emisji gazów cieplarnianych, z czego 75% pochodzi z produkcji zwierzęcej (Springmann *et al.* 2018: 520).

W opracowaniach naukowych analizujących zakres negatywnego oddziaływania na środowisko produkcji i konsumpcji dużej ilości mięsa czerwonego zwraca się uwagę, że produkcja mięsa czerwonego jest procesem długotrwałym, do którego zużywa się znaczne ilości zasobów naturalnych. Aby karmić zwierzęta, które później zabija się dla mięsa, dokonywana jest wycinka lasów, w tym najcenniejszych przyrodniczo, jak lasy deszczowe, pod pastwiska i produkcję paszy (Hosonuma *et al.* 2012: 1–13; Kissinger 2012: 1–48). W procesie produkcji mięsa dochodzi do zużycia znacznych ilości wody (Mekonnen, Hoekstra 2012: 401–415), zarówno do uprawy karmy, jak i pojenia samych zwierząt, oraz wykorzystuje się znaczne ilości pestycydów w celu ochrony roślin wykorzystywanych do produkcji paszy (Sharma *et al.* 2019: 1–2). Same zwierzęta przez proces trawienia emitują do atmosfery gazy cieplarniane. Emisja gazów cieplarnianych związana jest również z transportem zwierząt i ich mięsa na znaczne odległości, również między kontynentami. Wskazane oddziaływania na środowisko powodują przywołany już udział produkcji mięsa w emisji gazów cieplarnianych, a więc pogłębianie kryzysu klimatycznego. Co prawda produkcja każdego mięsa łączy się z emisją gazów cieplarnianych i wykorzystywaniem zasobów środowiska, niemniej jednak w procesie produkcji mięsa czerwonego, rozumianego jako wołowina, wieprzowina, mięso jagnięce i mięso kozie, a także wszystkich

rodzajów mięsa przetworzonego¹, niekorzystny wpływ na środowisko jest szczególnie istotny. W celu zobrazowania różnicy można wskazać, że produkcja kilograma wołowiny wiąże się z emisją 46,2 kg ekwiwalentu CO₂ do atmosfery (Opio *et al.* 2013: 48), podczas gdy produkcja kilograma drobiu odpowiada za emisję 5,4 kg ekwiwalentu CO₂ (MacLeod *et al.* 2013: 68).

W tym kontekście należy wskazać, że z badań skupiających się na emisyjności sektora zwierzęcego i możliwych scenariuszy zatrzymania globalnego ocieplenia na poziomie 2°C², wynika, że mimo spodziewanego rozwoju technologii odpowiednie ograniczenie emisji nie będzie możliwe bez znacznej zmiany diety na zawierającą mniej mięsa przeżuwaczy i ich mleka (Hedenus, Wirsenius, Johansson 2014: 89). Co istotne, badania te skupiają się na granicy 2°C. Jednak zgodnie z obecną wiedzą naukową, aby uniknąć najgorszych skutków zmian klimatu konieczne jest zatrzymanie globalnego ocieplenia na poziomie 1,5°C w stosunku do ery przedprzemysłowej (Masson-Delomotte *et al.* 2018: 3–24). Jeśli nie zmniejszy się wpływu sektora zwierzęcego na środowisko, obie przytoczone granice (2°C i 1,5°C) zostaną przekroczone.

Ze wskazanych powyżej względów uzasadnione wydaje się stanowisko, że obecny model konsumpcji mięsa czerwonego, polegający na spożywaniu bardzo dużej jego ilości, jest niezrównoważony, a jego utrzymanie naruszy trwałość podstawowych procesów przyrodniczych.

Mechanizmem zdolnym kształtować modele konsumpcji konkretnych produktów są m.in. reklamy lub innego rodzaju promocje. Zgodnie z encyklopedią języka polskiego jedną z funkcji reklamy jest kształtowanie popytu – a więc ilości dóbr i usług, które ogół konsumentów chce i może kupić (Encyklopedia PWN 2023). Również powszechne rozumienie reklamy nakazuje wiązać jej cel z wywołaniem lub umocnieniem określonych potrzeb wśród dotychczasowych lub potencjalnych odbiorców towarów lub usług. Celem pośrednim reklamy jest wywołanie chęci dokonania zakupu danego produktu przez konsumenta, tak aby zrealizować cel bezpośredni producenta reklamowanego produktu, jakim jest zwiększenie zysków. Wynika z tego, że reklamodawca chce, aby zmianie uległ model konsumpcji w sposób zwiększający konsumpcję danego towaru lub przynajmniej nie uległ pogorszeniu poprzez utrzymanie konsumpcji na zastanym poziomie.

¹ Definicja przyjęta przez Komisję Europejską zgodnie z Komunikatem Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-społecznego i Komitetu Regionów, Strategia „od pola do stołu” na rzecz sprawiedliwego, zdrowego i przyjaznego dla środowiska systemu żywnościowego.

² Obecnie konieczność zatrzymania globalnego ocieplenia na poziomie 2°C w celu umożliwienia przetrwania społeczeństwa ludzkiego zdolnego do rozwoju i zaspokajania podstawowych potrzeb jego członków jest wiedzą powszechnie znaną i obecnie nie wymaga dalszego uzasadnienia.

Producenci mięsa zdają sobie sprawę z wpływu reklamy i innego rodzaju promocji na model konsumpcji. Świadczy o tym m.in. uchwała Komisji Zarządzającej Funduszem Promocji Mięsa Wieprzowego w sprawie przyjęcia strategii promocji dla branży mięsa wieprzowego na rok 2022 (Uchwała nr 8/2021), dotycząca strategii promocji, jako jeden z celów wskazująca „wzrost sprzedaży polskiej wieprzowiny, utrzymanie poziomu krajowej konsumpcji wieprzowiny oraz zwiększenie świadomości i wiedzy wśród konsumentów” (*Ibidem*).

Biorąc pod uwagę niezrównoważoność obecnego modelu konsumpcji mięsa czerwonego i zdolność reklamy lub innego rodzaju promocji do kształtowania poziomu konsumpcji produktów, za celowe należy uznać wykorzystanie istniejących regulacji do ograniczenia reklam lub innego rodzaju promocji mięsa czerwonego.

Tego rodzaju regulacją jest art. 80 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2022 r., poz. 2556 z późn. zm., dalej: p.o.ś.) stanowiący, że „reklama lub inny rodzaj promocji towaru lub usługi nie powinny zawierać treści propagujących model konsumpcji sprzeczny z zasadami ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju, a w szczególności wykorzystywać obrazu dzikiej przyrody do promowania produktów i usług negatywnie wpływających na środowisko przyrodnicze”.

Prima facie wydaje się, że reklamy lub innego rodzaju promocja mięsa wypełniają wszystkie przesłanki art. 80 p.o.ś. i jako takie powinny być zakazane. Art. 80 p.o.ś. pozostaje jednak zbadany w relatywnie niewielkim stopniu i z tego względu jego pogłębiona wykładnia, odniesiona do sektora mięsa czerwonego, jawi się jako celowa. Jak wynika z treści uzasadnienia projektu ustawy, przepis art. 80 p.o.ś. był odpowiedzią na liczne głosy organizacji pozarządowych. W uzasadnieniu Rządowego projektu ustawy o ochronie środowiska, druk sejmowy nr 1856 z 17 kwietnia 2000 r. (dalej: druk nr 1856), wskazano, że „przepisy w zakresie reklamy stanowią próbę wyjścia naprzeciw oczekiwaniom zgłaszanym przez organizacje społeczne, które domagają się wprowadzenia pewnych ograniczeń dotyczących reklamy propagującej model konsumpcji sprzeczny z zasadami ochrony środowiska lub zrównoważonego rozwoju”. Doktryna z kolei wskazuje, że „celem regulacji jest przeciwdziałanie społecznej akceptacji stylu życia, którego skutki mogą niekorzystnie oddziaływać na środowisko” (Mucha 2013: 31).

Na wstępie należy wskazać, że w art. 80 p.o.ś. ustawodawca zakazuje m.in. wykorzystywania obrazu dzikiej przyrody do promowania produktów i usług negatywnie wpływających na środowisko przyrodnicze. Ustawodawca czyni to jednak, używając wyrażenia „w szczególności”, następującego po określeniu przesłanek reklamy lub promocji zakazanej. Tym samym należy uznać, że reklama lub promocja wykorzystująca obraz dzikiej przyrody jest tylko jedną

z możliwych reklam lub promocji objętych zakresem art. 80 p.o.ś. Reklama lub promocja wykorzystująca obraz dzikiej przyrody nie będzie przedmiotem niniejszego opracowania. Dla aktualizacji zakazu z art. 80 p.o.ś. konieczne jest spełnienie następujących przesłanek, z których każda wymaga omówienia:

- I. Przedmiotem zakazu jest reklama lub inny rodzaj promocji;
- II. Reklama lub promocja musi dotyczyć towaru lub usługi;
- III. Reklama musi propagować określony model konsumpcji;
- IV. Model konsumpcji musi być sprzeczny z zasadami ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju.

Egzekwowaniu zakazu, o którym mowa w art. 80 p.o.ś., służy art. 80c oraz art. 328 p.o.ś. Jednak ze względu na zakres niniejszego tekstu nie będą one przedmiotem analizy.

I. Reklama lub inny rodzaj promocji

Art. 80 p.o.ś. zakazuje „reklamy lub innego rodzaju promocji”, jednakże ustawodawca nie wprowadził w art. 3 p.o.ś. definicji legalnej dla tych pojęć. Część doktryny, definiując „reklamę”, postuluje odwołanie się do definicji reklamy zawartej w art. 4 pkt 17 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Gruszecki 2019a). Inni wskazują jednak, że na gruncie omawianego przepisu „reklamę” należy rozumieć w sposób autonomiczny względem ustawy o radiofonii i telewizji³. Do drugiego z poglądów przychylił się Sąd Okręgowy w wyroku z dnia 12 marca 2020 r. w sprawie o sygn. akt: I C 959/18, wskazując, że „za reklamę w rozumieniu ustawy proponuje się uznać «rodzaj promocji polegający na zachwalaniu towaru lub usługi w celu wywołania lub umocnienia określonych potrzeb wśród dotychczasowych lub potencjalnych odbiorców tych towarów lub usług. Natomiast «promocję» można zdefiniować jako świadome publiczne działanie skierowane, w sposób bezpośredni lub pośredni, na dotychczasowych lub potencjalnych odbiorców towarów lub usług w celu spowodowania skutku pożądanego przez promującego» (D. Dziedzic-Chojnacka, D. Chojnacki, *Zakaz reklamy nieekologicznej w polskim prawie ochrony środowiska*, «Radca Prawny» 2007/4, s. 58)” (sygn. akt I C 959/18). Co istotne, przywołany wyrok jest pierwszym, w którym dokonano interpretacji pojęcia reklamy lub innego rodzaju promocji. W innych, nielicznych orzeczeniach dotyczących art. 80 p.o.ś. niejako *a priori* przyjmowano, że pojęcia te są jasne i nie wymagają wykładni.

Za trafny należy uznać pogląd rozumiejący pojęcie reklamy w sposób autonomiczny względem ustawy o radiofonii i telewizji. Pogląd przeciwny

³ Tak np. Dziedzic-Chojnacka i Chojnacki 2007: 58.

w sposób nieuzasadniony ograniczałby zakres zastosowania art. 80 p.o.ś. jedynie do reklamy audiowizualnej rozpowszechnianej za pomocą radiofonii lub telewizji. W redakcji omawianego przepisu ani też w uzasadnieniu projektu ustawy nic nie wskazuje na to, aby taki był cel ustawodawcy. Wręcz przeciwnie, wskazanie, że zakaz wyrażony w art. 80 p.o.ś. stosuje się do reklam lub innego rodzaju promocji, pozwala sądzić, że celem ustawodawcy było objęcie zakazem maksymalnie szerokiego zakresu przejawów działalności promocyjnej.

W tym miejscu należy pochylić się także nad wzajemną relacją pojęć „reklamy” i „innego rodzaju promocji”. Definiując pojęcie reklamy, D. Dziedzic-Chojnacka i D. Chojnacki wskazali, że reklama to „rodzaj promocji”. Również inni przedstawiciele doktryny wskazują, że „z brzmienia art. 80 [p.o.ś. – F.N.] wynika, że pojęciem szerszym niż reklama jest promocja. Ustawodawca wskazuje bowiem, że niedopuszczalna jest reklama lub inny rodzaj promocji towarów lub usług. Oznacza to, że reklama w świetle komentowanego przepisu jest rodzajem promocji” (Rakoczy [red.] 2013). Zgodzić się należy, że na gruncie omawianego art. 80 p.o.ś. promocja jest pojęciem nadrzędnym i każda reklama stanowi jednocześnie przejaw promocji. Z tego względu omawiając pojęcie „reklamy lub promocji”, w dalszej części analizy posługiwać się będą jedynie pojęciem promocji.

II. Towar lub usługa

Zgodnie z brzmieniem art. 80 p.o.ś. promocja powinna dotyczyć towaru lub usługi. Podobnie jak w przypadku „reklamy lub innego rodzaju promocji”, ustawodawca nie definiuje w ustawie Prawo ochrony środowiska także pojęć towaru i usługi. Z tego powodu należy odwołać się do języka pozaprawnego, rozumiejąc te pojęcia zgodnie ze znaczeniem przyjętym w języku powszechnym. Brzmienie art. 80 p.o.ś. nie ogranicza zakresu zastosowania przepisu do promocji, które zbliżone są w swej formie do ofert, tzn. nie jest konieczne, aby promocja zawierała oznaczenie konkretnego produktu lub usługi świadczonej przez konkretny podmiot, może ona bowiem dotyczyć klasy produktów lub usług (np. mięsa). Pogląd ten jawi się jako właściwy, gdy uwzględni się określony w przywołanym pojęciu promocji jej cel. Zgodnie z podzielanym przeze mnie stanowiskiem wyrażonym w doktrynie celem promocji jest: „świadome publiczne działanie skierowane, w sposób bezpośredni lub pośredni, na dotychczasowych lub potencjalnych odbiorców towarów lub usług w celu spowodowania skutku pożądanego przez promującego” (Dziedzic-Chojnacka i Chojnacki 2007: 58). Bezpośrednim celem promującego nie musi być nakłonienie adresatów promocji do zakupu konkretnego towaru. Może nim być ukształtowanie ich pozytywnego

nastawienia do danego zjawiska, jak np. poruszanie się po mieście samochodem czy spożywanie mięsa.

III. Propagowanie określonego modelu konsumpcji

Pojęcie „modelu konsumpcji” także nie zostało zdefiniowane w ustawie p.o.ś. Ustalenie znaczenia tego pojęcia nie jest proste, tym bardziej że zarówno dotychczasowe orzecznictwo, jak i doktryna nie poświęciły mu wiele uwagi.

Odkodowanie przesłanki „modelu konsumpcji” należy zacząć od wyrazu „konsumpcja”. Samo pojęcie „konsumpcja”, wywodzące się z łacińskiego *consumptio*, było pierwotnie pejoratywnie nacechowane i wskazywało na zniszczenie, obrabowanie, podbicie, używanie (Bywalec i Rudnicki 2002: 13). Obecnie w języku polskim obok pojęcia „konsumpcja” funkcjonuje pojęcie „spożycie”, które używać można zamiennie. Jak podkreślają C. Bywalec i L. Rudnicki: „wobec argumentów natury lingwistycznej, a przy równoczesnym braku argumentów merytorycznych, przyjmujemy, że terminy «konsumpcja» oraz «spożycie» są synonimami i można je używać zamiennie” (*Ibidem*). Błędem jednak byłoby utożsamianie konsumpcji ze spożywaniem produktów żywnościowych, gdyż istotnie ograniczyłoby to zastosowanie art. 80 p.o.ś. i pozostawałoby w sprzeczności z zakresem zastosowanie art. 80 p.o.ś. wyznaczonym m.in. przez pojęcia „towaru lub usługi”.

Zgadzam się z poglądem wyrażonym w doktrynie, że „ratio legis komentowanego przepisu przemawia za przyjęciem rozumienia pojęcia «konsumpcja» jako używanie, użytkowanie. Wówczas dyspozycją normy prawnej objęte byłyby zachowania polegające na propagowaniu treści sprzecznych z używaniem lub użytkowaniem środowiska i jego elementów przyrodniczych w sposób sprzeczny z zasadami ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju” (Rakoczy [red.] 2013).

Przechodząc do analizy pojęcia „modelu konsumpcji”, wskazać należy, że jedna z nielicznych wypowiedzi doktryny odnoszących się do niego dotyczy nie tyle sposobu jego rozumienia, ale jego charakteru. Zdaniem B. Rakoczego: „sformułowanie to [model konsumpcji – F.N.] jest niewłaściwe i *de lege ferenda* powinno ulec zmianie. Ustawodawca bowiem użył pojęcia nieostrego i właściwego naukom socjologicznym i ekonomicznym. Nieprawidłowością jest odniesienie się do jakiegoś nieprecyzyjnie określonego standardu – modelu. Model to «wzór, według którego coś jest lub ma być wykonane» [E. Sobol (red.), *Nowy słownik języka polskiego*, Warszawa 2002, s. 469]. Z powyższego wynika, że ustawodawca wychodzi z założenia, iż istnieje jakiś obiektywny model konsumpcji, przy czym nie precyzuje jakichkolwiek kryteriów pozwalających choćby

w części ten model zrekonstruować. Odwoływanie się do modelu konsumpcji jest więc nieprawidłowe” (*Ibidem*).

Nie można zgodzić się z twierdzeniem, że ustawodawca nie precyzuje kryteriów pozwalających zrekonstruować model/wzór, o którym mowa w art. 80 p.o.ś. Ustawodawca wprost wskazuje, że model ten nie może być sprzeczny z zasadami ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju. Znaczenie tej przesłanki zostanie omówione w dalszej części pracy. Na tym etapie przyjęć należy, że to ona wyznacza kształt tego wzorca. Model konsumpcji powinien być zgodny z zasadami ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju. Tym samym w celu wyznaczenia modelu konsumpcji pożądanego przez ustawodawcę należy zrekonstruować taki wzór zachowania, który nie narusza ww. pojęć.

Orzecznictwo dotychczas nie poświęciło znacznej uwagi wykładni pojęcia modelu konsumpcji. W sprawie dotyczącej promocji usuwania z samochodów filtrów cząstek stałych (tzw. filtrów DPF), której zarzucono naruszenie art. 80 p.o.ś., Sąd wskazał, że: „[...] reklama zamieszczana przez pozwanego w istocie promuje rodzaj usługi sprzeczny z zasadami ochrony środowiska” (sygn. akt I C 959/18). W przywołanym wyroku Sąd uznał, że to sam rodzaj usługi, tzw. wycinania filtrów cząstek stałych z samochodów, jest sprzeczny z zasadami ochrony środowiska. W innej sprawie dotyczącej art. 80 p.o.ś. Sąd oddalił pozew o zaprzestanie promocji piwa, uzasadniając to brakiem wykazania przez powoda, że reklama piwa promuje model konsumpcji sprzeczny z zasadami ochrony środowiska lub zrównoważonego rozwoju lub że sam promowany produkt ma niszczący, destruktywny wpływ na środowisko (sygn. akt VI ACa 621/09). Zgodnie z przywołanymi wyrokami same usługi i towary mogłyby być zakazane na gruncie omawianego artykułu. Stanowisko to wydaje się jednak nieuzasadnione, jeśli się weźmie pod uwagę, że ustawodawca w art. 80 p.o.ś. wprost odnosi się do związku między promocją a modelem konsumpcji, a nie do samego produktu lub usługi. Promocje co do zasady dążą do wzrostu popularności danego towaru lub usługi lub utrzymania jej na zastanym poziomie. Poziom konsumpcji może zaś być z punktu widzenia zasad ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju za wysoki. W celu zobrazowania można wskazać, że promowanie samochodów spalinowych 40 lat temu prawdopodobnie nie naruszało zasad ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju, ale gdy, zgodnie z badaniami, w Polsce w 2020 roku na 1000 mieszkańców przypadało 617 samochodów (European Comission, Eurostat 2020: 163), zasady te mogły zacząć być naruszane właśnie przez zbyt wysoki poziom konsumpcji. Tym samym jeśli by wykazano, że promocja dąży do utrzymania danego poziomu konsumpcji na określonym (zbyt wysokim) poziomie, można byłoby twierdzić, że promocja danego rodzaju usługi lub towaru promuje model konsumpcji sprzeczny z zasadami, o których mowa w art. 80 p.o.ś.

Obecnie przeciętny Polak zjada 72,4 kg mięsa rocznie (Adach-Stankiewicz 2021:1), co stanowi wartość wyższą niż średnie spożycie mięsa w Europie, wynoszące 69,5 kg (European Commission 2020: 6). Wraz z innymi produktami pochodzenia odzwierzęcego odpowiada ono za ponad 50% spożywanego przez Europejczyków białka (Westhoek *et al.* 2015: 70). Rekonstruuując model konsumpcji, należy brać pod uwagę właśnie dane statyczne starające się przedstawić charakterystykę korzystania z towarów lub usług. Ze względu na konieczność zrekonstruowania modelu konsumpcji błędne byłoby odwoływanie się np. do ilości mięsa spożywanego przez konkretną jednostkę, gdyż może ona spożywać zarówno bardzo dużo, jak i bardzo mało mięsa.

W rozważaniach dotyczących modelu konsumpcji należy sformułować zasadnicze dla dalszej analizy pytanie, czy propagowany model konsumpcji towaru lub usługi musi być sprzeczny z zasadami ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju ze względu na bezpośrednie czy pośrednie oddziaływanie na środowisko. Wyjaśniając poprzednią hipotezę, należy wytłumaczyć, że przykładowo samo spożywanie mięsa, rozpatrywane w oderwaniu od elementów omówionego na wstępie łańcucha produkcji, nie wiąże się z większym negatywnym oddziaływaniem na środowisko niż spożycie jakiegokolwiek innego produktu. Inaczej sytuacja wygląda w przypadku użytkowania np. samochodów, które wiąże się ze spalaniem paliwa i emisją znacznej ilości szkodliwych substancji do środowiska. Zagadnienie to ma kluczowe znaczenie, gdyż w razie przyjęcia poglądu, że promowany model konsumpcji musi być sprzeczny z zasadami, o których mowa w art. 80 p.o.ś. ze względu na bezpośrednie negatywne oddziaływanie towaru i usługi na środowisko, wówczas zakres zastosowania art. 80 p.o.ś. zostanie – w sposób istotny – ograniczony jedynie do określonej, wąskiej grupy towarów i usług oddziałujących na środowisko.

Pogląd o konieczności bezpośredniego oddziaływania na środowisko towaru lub usługi należy odrzucić z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, ustawodawca nie posłużył się pojęciem konsumpcji, a modelem konsumpcji. Model konsumpcji odsyła do pojęcia szerszego niż sama konsumpcja. Dokonując wykładni art. 80 p.o.ś. i potencjalnej subsumpcji stanu faktycznego, który może naruszać ww. artykuł, należy wziąć pod uwagę typowy, przyjęty model korzystania z towaru lub usługi przez społeczeństwo. W przypadku mięsa nie jest istotne jak konsumuje mięso dana jednostka, a jak robi to modelowy obywatel, który konsumuje go ponad 70 kg rocznie. Również orzecznictwo wskazuje na różnice między szkodliwością modelu konsumpcji a szkodliwością towaru lub usługi. W przywołanym już wyroku wskazano, że: „w toku procesu powód nie wykazał, że wskazane reklamy propagują model konsumpcji sprzeczny z zasadami ochrony środowiska lub zrównowa-

zonego rozwoju lub że sam promowany produkt – czyli piwo, ma niszczący, destruktywny wpływ na środowisko” (sygn. akt VI ACa 621/09). Sąd wyraźnie odróżnia sprzeczność modelu konsumpcji od negatywnego wpływu samego produktu na środowisko.

Po drugie, należy pamiętać o zasadzie kompleksowości ochrony środowiska wyartykułowanej w art. 5 p.o.ś. Zgodnie z zasadą ochrona jednego lub kilku elementów przyrodniczych powinna być realizowana z uwzględnieniem ochrony pozostałych elementów. Jak słusznie wskazuje doktryna, ochrona środowiska jest zagadnieniem interdyscyplinarnym, a ochrona poszczególnych elementów środowiska nieuwzględniająca większej całości, w której konkretny element funkcjonuje, nie może przynieść na dłuższą metę pozytywnych efektów (Gruszecki 2019b). Artykuł 5 p.o.ś. wyraża więc jedną z zasad ochrony środowiska, która powinna być uwzględniana w procesie wykładni innych przepisów dotyczących ochrony środowiska, w tym podczas wykładni art. 80 p.o.ś. Tym samym, zastanawiając się, czy należy uwzględniać pośrednie oddziaływania towaru lub usługi przy rekonstrukcji propagowanego modelu konsumpcji, czy jedynie bezpośrednie, powinno się zwrócić uwagę na konieczność holistycznej ochrony środowiska.

Z wyżej przytoczonych względów należy uznać, że przy rozważaniu, czy propagowany model konsumpcji jest sprzeczny z zasadami, o których mowa w art. 80 p.o.ś., powinno uwzględniać się bezpośredni oraz pośredni wpływ towaru lub usługi na środowisko, w tym cały łańcuch produkcji oraz modelowy sposób konsumowania produktu.

IV. Sprzeczność modelu konsumpcji z zasadami ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju

Na gruncie art. 80 ustawy p.o.ś. zakazana jest promocja modelu konsumpcji sprzecznego z zasadami ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju. Ustawodawca użył w omawianym przepisie funktora logicznego koniunkcji. Wykładnia językowa nakazywałaby uznać, że aby mieć do czynienia z zakazaną promocją, przekaz powinien być sprzeczny zarówno z zasadami ochrony środowiska, jak i z zasadą zrównoważonego rozwoju.

Co jednak niezrozumiałe, w przywołanym już uzasadnieniu ustawy wprowadzającej art. 80 p.o.ś. wskazano, że przepis stanowi próbę wprowadzenia pewnych ograniczeń dotyczących reklamy lub promocji propagującej model konsumpcji sprzeczny z zasadami ochrony środowiska lub zrównoważonego rozwoju. Nie jest jasne, czy zmiana miała charakter celowy, zmierzający do zawężenia zastosowania przepisu, czy też stanowi przejaw pomyłki legislacyj-

nej⁴. Z tego względu funktor użyty w brzmieniu przepisu nie powinien mieć znaczenia rozstrzygającego. Należy stwierdzić, że wykładania językowa nie dostarcza jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy aby promocja propagująca model konsumpcji była zakazana zgodnie z art. 80 p.o.ś., konieczna jest sprzeczność z zasadami ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju, czy zasadami ochrony środowiska lub zrównoważonego rozwoju.

Nie istnieje bogate orzecznictwo i doktryna dotycząca tego zagadnienia. Sposób sformułowania jednego z komentarzy art. 80 p.o.ś. wskazuje na konieczność kontroli modelu konsumpcji propagowanego przez promocję z jednym z dwóch zbiorów zasad: zasad ochrony środowiska lub zasadą zrównoważonego rozwoju. W przywołanym komentarzu autor wskazuje, że: „[w art. 80 p.o.ś. – F.N.] nie chodzi zatem o jakikolwiek model konsumpcji, ale o taki, który jest sprzeczny z zasadami ochrony środowiska”, a później „naruszeniem art. 80 będzie nie tylko propagowanie zachowania sprzecznego z zasadami ochrony środowiska, ale także z zasadą zrównoważonego rozwoju. Pojęcie «zasada zrównoważonego rozwoju» użyte jest w art. 5 Konstytucji RP. Zasada zrównoważonego rozwoju ma zatem rangę zasady konstytucyjnej. [...] Propagowanie więc zachowań konsumpcyjnych sprzecznych z [...] zasadą zrównoważonego rozwoju jest naruszeniem art. 80” (Rakoczy [red.] 2013).

W równie interesujący sposób w omawianym przedmiocie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Warszawie (sygn. akt VI ACa 621/09). Sąd ten wskazał w pierwszej kolejności, że: „ogólne zasady ochrony środowiska zawarte są w art. 5–12 ustawy Prawo ochrony środowiska. Nie wyczerpuje to jednak zbioru wszystkich zasad ochrony środowiska. [...] Zasady ochrony środowiska zawarte są także w innych aktach prawnych” (*Ibidem*), a później iż „odrębnie od «zasad ochrony środowiska» ustawodawca wydaje się traktować w art. 80 ustawy Prawo ochrony środowiska «zasadę równoważonego rozwoju». Jest jedną z podstawowych konstytucyjnych zasad ustroju, która wynika z art. 5 Konstytucji RP [...]. Zasady ochrony środowiska wydają się wynikać z zasady zrównoważonego rozwoju, zwłaszcza w kontekście brzmienia art. 1 p.o.ś., który stanowi, że zasady ochrony środowiska dotyczą warunków ochrony środowiska i korzystania zeń. Nie można bowiem zapominać, że człowiek, jego potrzeby i byt, jest nie tylko adresatem norm dotyczących ochrony środowiska, ale także przedmiotem tej ochrony” (*Ibidem*).

W przywołanym wyroku Sąd podkreślił ścisły związek zasad ochrony środowiska oraz zasady zrównoważonego rozwoju. Przywołany w cytowanym wyroku art. 1 p.o.ś. również podkreśla ich związek, wskazując, że przy wy-

⁴ O zawężeniu można mówić zawsze, gdy w przepisie mowa o konieczności spełnienia dwóch przesłanek zakresem jego normowania objętych będzie mniej stanów faktycznych niż w przypadku, gdy konieczne jest spełnienie tylko jednej.

znaczaniu treści zasad ochrony środowiska należy brać pod uwagę wymagania zrównoważonego rozwoju. Chcemy chronić środowisko i korzystać z niego, jednocześnie pamiętając o konieczności ograniczenia tego korzystania przez wzgląd na wymogi zrównoważonego rozwoju. W komentarzach do art. 1 p.o.ś. wskazuje się, że: „ochrona środowiska ma przebiegać dwutorowo – poprzez ustalanie warunków ochrony zasobów, w tym szczególności wymagań dotyczących jakości tych zasobów, oraz zasad korzystania z tych zasobów, w tym w szczególności zasad wprowadzania do środowiska substancji lub energii [...] Podstawowym założeniem co do sposobu realizacji ochrony jest przyjęcie, że ochrona dopuszcza korzystanie z zasobów środowiska, ale pod warunkiem uwzględnienia wymagań zrównoważonego rozwoju” (Górski, Jednośka [red.] 2001). W ujęciu takim nakaz brania pod uwagę wymogów zrównoważonego rozwoju wzmacnia ochronę środowiska, a nie ją osłabia. Tym samym należy uznać, że zasady ochrony środowiska są „podrzędne” względem zasady zrównoważonego rozwoju. Określają one m.in. zasady korzystania ze środowiska, a konieczność wyznaczenia takich zasad wynika z zasady zrównoważonego rozwoju nakazującej integrację działań politycznych, gospodarczych i społecznych, z zachowaniem równowagi przyrodniczej oraz trwałości podstawowych procesów przyrodniczych. Zasada zrównoważonego rozwoju dotyczy szerszego spektrum działań niż zasady ochrony środowiska.

Biorąc powyższe pod uwagę ze względów celowościowych, uwzględniając ścisły związek oraz zawieranie się zasad ochrony środowiska w zasadzie zrównoważonego rozwoju, należy odrzucić pogląd, że aby mówić o naruszeniu art. 80 p.o.ś., promocja musi naruszać i zasady ochrony środowiska, i zasadę zrównoważonego rozwoju. Stosowanie zasad ochrony środowiska musi uwzględniać zasadę zrównoważonego rozwoju, tym samym gdy dochodzi do rzeczywistego naruszenia zasady ochrony środowiska, narusza się także zasadę zrównoważonego rozwoju. Zależność ta nie zachodzi jednak w drugą stronę, tzn. można naruszyć zasadę zrównoważonego rozwoju, nie naruszając zasad ochrony środowiska. Można wyobrazić sobie sytuację, gdy podmiot korzystający ze środowiska przestrzega zasad ochrony środowiska, jednak ze względu na nieprawidłowe ich ukształtowanie przez ustawodawcę (np. wyznaczenie zbyt niskich norm jakości powietrza) ww. podmiot narusza zasady zrównoważonego rozwoju. Może to mieć miejsce np. w sytuacji, gdy fermy przemysłowe lokalizowane są zgodnie z wymogami sformułowanymi przez przepisy i zasady prawa ochrony środowiska, ale ich skumulowany efekt narusza trwałość podstawowych procesów przyrodniczych, co narusza zasadę zrównoważonego rozwoju.

Przyjęcie poglądu, że do naruszenia art. 80 p.o.ś. może dojść tylko w razie kumulatywnego naruszenia zasad ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju prowadziłyby do skutków absurdalnych, gdzie konstytucyjnej zasadzie

systemowej, jaką niewątpliwie jest zasada zrównoważonego rozwoju, przypisywano by mniejszą wagę niż zasadom, które muszą być rozpatrywane przez pryzmat zrównoważonego rozwoju.

Ze względu na fakt, że ustawodawca, wprowadzając art. 80 p.o.ś., zmierzał do wprowadzenia ograniczeń dotyczących reklamy propagującej model konsumpcji sprzeczny z zasadami ochrony środowiska lub zrównoważonego rozwoju, brak rozstrzygającej roli wykładni językowej oraz ze względu na zawieranie się zasad ochrony środowiska w zasadzie zrównoważonego rozwoju, należy przyjąć, że, aby promowanie danego modelu konsumpcji zostało uznane za naruszające hipotezę art. 80 p.o.ś., to model ten musi być sprzeczny z zasadami ochrony środowiska lub zasadą zrównoważonego rozwoju.

IV.I. Naruszenie zasad ochrony środowiska

W omawianym przepisie ustawodawca nie precyzuje, do jakiego katalogu zasad ochrony środowiska odsyła. Jak wskazuje doktryna: „pojęcie zasad prawnych nie jest jednolite zarówno jeśli chodzi o teorię prawa, jak i o szczegółowe dyscypliny prawnicze. Zdaniem A. Lipińskiego «będą nimi te normy prawa ochrony środowiska, które muszą być uznane za wiodące (podstawowe), zaś wynikające z nich rozwiązania winny być uważane za kryteria interpretacyjne dla całej ustawy» (A. Lipiński, *Prawne podstawy ochrony środowiska*, Kraków 2002, s. 31–32). B. Rakoczy wskazuje także na brak jednolitego katalogu zasad prawa ochrony środowiska i zauważa, że «najwłaściwsze dla ustalenia katalogu zasad będzie przyjęcie kryterium formalnego i zbadanie, jakie zasady wyodrębnia ustawodawca» (Rakoczy [red.] 2013). Wskazano już także, że art. 5–12 p.o.ś. nie wyczerpują zbioru zasad ochrony środowiska. Według orzecznictwa, zgodnie z definicją ochrony środowiska zawartą w art. 3 pkt 13 p.o.ś., zasadami ochrony środowiska będą te, które zmierzają do racjonalnego kształtowania tego środowiska oraz gospodarowania jego zasobami (sygn. akt VI ACa 621/09).

Biorąc pod uwagę powyższe, zasadami ochrony środowiska, do których odsyła ustawodawca w art. 80 p.o.ś., na pewno będzie katalog zasad wymieniony w art. 5–12 p.o.ś. (zasada kompleksowości ochrony środowiska, zapobiegania, przezorności, „zanieczyszczający płaci” itd.). Należy mieć jednak świadomość, że nie są to jedyne zasady ochrony środowiska i można doszukiwać się ich również w innych ustawach.

IV.II. Naruszenie zasady zrównoważonego rozwoju

Definiując zasadę zrównoważonego rozwoju w art. 30 pkt 50 p.o.ś., ustawodawca wskazał, że: „zrównoważony rozwój to rozwój społeczno-gospodarczy,

w którym następuje proces integrowania działań politycznych, gospodarczych i społecznych, z zachowaniem równowagi przyrodniczej oraz trwałości podstawowych procesów przyrodniczych, w celu zagwarantowania możliwości zaspokajania podstawowych potrzeb poszczególnych społeczności lub obywateli zarówno współczesnego pokolenia, jak i przyszłych pokoleń”.

Wykładając pojęcie zrównoważonego rozwoju, Trybunał Konstytucyjny (dalej: TK) wskazał, że: „pojęcie «zrównoważonego rozwoju» zaczerpnięte zostało z dokumentów prawa międzynarodowego i oznacza wymóg, by ingerencja w środowisko była jak najbardziej ograniczona (jak najmniej szkodliwa), a korzyści społeczne były proporcjonalne i społecznie adekwatne do wyrządzonych szkód” (sygn. akt Kp 2/09).

Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie nie jest przedmiotem większych kontrowersji stanowisko, że z zasady zrównoważonego rozwoju wynika obowiązek ważenia korzyści społecznych ze szkodami wyrządzonymi środowisku. Mówi o tym wprost TK: „w ramach zasad zrównoważonego rozwoju mieści się nie tylko ochrona przyrody czy kształtowanie ładu przestrzennego, ale także należyta troska o rozwój społeczny i cywilizacyjny, związany z koniecznością budowania stosownej infrastruktury, niezbędnej dla – uwzględniającego cywilizacyjne potrzeby – życia człowieka i poszczególnych wspólnot. Idea zrównoważonego rozwoju zawiera więc w sobie potrzebę uwzględnienia różnych wartości konstytucyjnych i stosownego ich wyważenia” (K 23/05). Oznacza to, że przy wprowadzaniu do porządku prawnego zasady zrównoważonego rozwoju celem prawodawcy nie była jedynie ochrona środowiska, z pominięciem potrzeb ludzi. Należy jednak pamiętać, że rozważając zasadę zrównoważonego rozwoju, TK nie dokonywał wyważania między wzrostem gospodarczym czy powiększaniem zysków dużych deweloperów a ochroną środowiska, a wyważał między ochroną środowiska a rozwojem społecznym niezbędnym dla życia człowieka. Już z samej wykładni pojęcia konstytucyjnego wynika, że rozwój ma służyć życiu ludzkiemu, a nie zaspokajaniu wszystkich subiektywnych pragnień jednostek, realizowanemu w oderwaniu od szerszego kontekstu środowiskowego. Co więcej, jak wskazuje doktryna w zakresie dotyczącym potrzeb: „zgodnie z definicją nie mają to być wszelakie potrzeby, ale wyłącznie podstawowe” (Bukowski [red.] 2005: 113). Z pewnością podstawową potrzebą nie będzie prawo do spożywania dowolnej ilości konkretnego rodzaju produktu czy też prawo do jego promowania, a będzie nią potrzeba życia, bezpieczeństwa czy dostępu do zbilansowanego odżywiania. Wolność gospodarcza, której przejawem jest prawo do promowania swojego produktu, nie jest potrzebą podstawową, w przeciwieństwie do życia czy bezpieczeństwa, których szeroka grupa ludzi może być pozbawiona w razie braku ograniczenia najbardziej szkodliwych przejawów działalności gospodarczej.

W doktrynie podnosi się także, że definicja zrównoważonego rozwoju ma znaczenie normatywne. Jak wskazuje Z. Bukowski: „wbrew opinii komentatorów tego przepisu [art. 3 pkt 50 p.o.ś. – F.N.] można wyodrębnić określoną normatywną treść. Po pierwsze, zrównoważony rozwój oznacza specyficzny rozwój społeczno-gospodarczy, z określonym celem i o oznaczonym charakterze” (*Ibidem*). Tym samym przymiotem zrównoważonego rozwoju odznaczać się może tylko taki rozwój społeczno-gospodarczy, w którym ze względu na potrzebę zapewnienia bytu następnych pokoleń wykorzystywanie nieodnawialnych zasobów środowiska będzie wykazywało tendencję malejącą, a jednocześnie należy podjąć działania zmierzające do znalezienia substytutów dla wspomnianych elementów środowiska (Lipiński 2010: 32).

Aby nazwać rozwój zrównoważonym, musi on zapewnić zachowanie równowagi przyrodniczej oraz trwałości podstawowych procesów przyrodniczych. Co więcej, rozwój musi mieć na celu zagwarantowanie możliwości zaspokajania potrzeb współczesnych i przyszłych pokoleń.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, że formułując definicję legalną pojęcia zrównoważonego rozwoju, ustawodawca celowo wyznaczył granicę, po której przekroczeniu rozwój społeczno-gospodarczy traci przymiot zrównoważonego. Granicę tę stanowi zachowanie równowagi przyrodniczej oraz trwałości podstawowych procesów przyrodniczych.

W ocenie autora granica zachowania równowagi przyrodniczej oraz trwałości podstawowych procesów przyrodniczych ma charakter obiektywny i wyznaczyć ją można przy pomocy nauki. Na podstawie wiedzy naukowej można z dużym prawdopodobieństwem, graniczącym z pewnością, stwierdzić, czy dana aktywność uniemożliwia zachowanie równowagi przyrodniczej oraz trwałości podstawowych procesów przyrodniczych. W art. 3 pkt 32 p.o.ś. wskazano, że równowaga przyrodnicza oznacza „stan, w którym na określonym obszarze istnieje równowaga we wzajemnym oddziaływaniu: człowieka, składników przyrody żywej i układu warunków siedliskowych tworzonych przez składniki przyrody nieożywionej”. Ustawodawca jednak nie definiuje pojęcia podstawowych procesów przyrodniczych. Wykładając je, trzeba mieć na uwadze, że zrównoważony rozwój w przedstawianym ujęciu ma charakter antropocentryczny (Jendrośka [red.] 2012: 193), skoncentrowany na zapewnieniu człowiekowi rozwoju.

Integracja działań politycznych, gospodarczych i społecznych podejmowana jest w celu zaspokajania potrzeb współczesnego pokolenia bez uniemożliwiania realizacji potrzeb przyszłych pokoleń, zatem przy ustalaniu, które z procesów przyrodniczych należy uznać za procesy podstawowe, należy rozważyć, które procesy przyrodnicze można uznać za procesy utrzymujące równowagę przyrodniczą i umożliwiające trwanie na Ziemi społeczeństwa zdolnego do zaspokajania swoich potrzeb. Wskazanie, które z procesów przyrodniczych są

ku temu konieczne, z pewnością jest zagadnieniem skomplikowanym, a wiedza prawnicza nie umożliwi jego wyczerpującej analizy. Co jednak niewątpliwe, stabilny klimat jest stanem równowagi koniecznym do trwania społeczności ludzkiej. W roku 2022, w świetle wiedzy naukowej i międzynarodowych porozumień politycznych, jest to wiedza notoryjna, która nie wymaga dalszej argumentacji.

Z powyższych ustaleń wynika, że model konsumpcji prowadzący do wzrostu temperatury o 2°C lub uniemożliwiający zatrzymanie zmian klimatu w tych granicach narusza równowagę przyrodniczą i trwałość podstawowych procesów przyrodniczych i jako taki jest sprzeczny z zasadą zrównoważonego rozwoju.

V. Promocja mięsa w świetle art. 80 p.o.s.

Nie budzi wątpliwości, że reklamy mięsa czerwonego stanowią promocję w rozumieniu zaprezentowanym w niniejszej publikacji, gdyż są one publicznymi działaniami skierowanymi, w sposób bezpośredni lub pośredni, na dotychczasowych lub potencjalnych odbiorców towarów lub usług w celu spowodowania skutku pożądanego przez promującego. W kontekście promocji wieprzowiny skutki pożądane przez promującego wyrażone zostały np. w przywołanej uchwale Komisji Zarządzającej Funduszem Promocji Mięsa Wieprzowego i są nimi m.in. wzrost sprzedaży polskiej wieprzowiny i utrzymanie poziomu krajowej konsumpcji wieprzowiny.

Mięso czerwone z pewnością jest też towarem. Obecnie promujący nie zawsze umieszczają swoje logo czy konkretne oferty w promocjach mięsa. Za przykład może posłużyć projekt „Proud of EU beef” (European Commission 2022) zainicjowany przez europejskie organizacje producentów mięsa. Na oficjalnej stronie Komisji Europejskiej można przeczytać, że „na terenie całej Europy można zaobserwować stały trend zmniejszania się spożycia świeżego mięsa. Celem kampanii jest wywarć wpływ na konsumentów w sposób pozbawiający ich stereotypów względem czerwonego mięsa i umożliwiający im czucie się pewnie z podejmowanymi przez nich decyzjami” [tłumaczenie własne – F.N.] Materiały promocyjne zrealizowane w związku z ww. kampanią nie zachęcają do zakupu mięsa z konkretnego źródła, rozumianego jako konkretny przedsiębiorca, ale mają za zadanie wywarć wpływ na konsumentów europejskich w celu przeciwdziałania zmniejszania spożycia mięsa czerwonego w Europie.

Promocje mięsa propagują również określony model konsumpcji mięsa czerwonego, zachęcając do jego spożywania. Biorąc pod uwagę przytoczone badania naukowe poświęcone wpływowi sektora zwierzęcego na środowisko oraz dane dotyczące spożycia mięsa, należy stwierdzić, że obecny model konsumpcji mięsa charakteryzuje się bardzo dużym jego spożywaniem, przy znacznym

obciążeniu środowiskowym⁵. Promocje zaś, jak wskazano powyżej, dążą do utrzymania obecnego modelu, a nawet zwiększenia poziomu spożycia mięsa. Przywołana kampania „Proud of EU beef” stawia sobie za cel m.in. zapewnienie konsumentów o trafności ich wyborów żywieniowych, a więc propaguje obecny model konsumpcji. Promocje mięsa spełniają również przesłankę propagowania określonego modelu konsumpcji.

Jak wskazano, zasada zrównoważonego rozwoju odnosi się do regulowania aktywności ludzkiej bardziej holistycznie niż zasady ochrony środowiska. Ze względu na wynikanie zasad ochrony środowiska z zasady zrównoważonego rozwoju, bardziej dogłębne omówienie zasad ochrony środowiska przez doktrynę, ograniczony zakres niniejszej analizy oraz bardziej holistyczny charakter zasady zrównoważonego rozwoju promocja mięsa zostanie tutaj omówiona tylko w kontekście zasady zrównoważonego rozwoju.

Odnosząc się do zasady zrównoważonego rozwoju w świetle przedstawionej analizy, należy stwierdzić, że model konsumpcji naruszający trwałość podstawowych procesów przyrodniczych jest niezrównoważony. Obecny model konsumpcji mięsa czerwonego uniemożliwia zatrzymanie wzrostu średniej globalnej temperatury na poziomie 2°C, a więc uniemożliwia utrzymanie stabilnego klimatu będącego jednym z podstawowych procesów przyrodniczych. Również Komisja Europejska w swojej strategii „Od pola do stołu” *explicitie* przyznaje, że obecny model konsumpcji mięsa czerwonego jest niezrównoważony⁶. Strategia Komisji Europejskiej nie stanowi opracowania naukowego, jednak wskazuje, że nawet środowisko polityczne jest świadome, że obecny model spożycia mięsa czerwonego jest niezrównoważony.

Jeśli obecny model konsumpcji mięsa czerwonego narusza zasadę zrównoważonego rozwoju, to tym bardziej będzie ją naruszać zwiększenie konsumpcji mięsa czerwonego, do którego dążą podmioty promujące.

Zakończenie

Przeprowadzona analiza wykazała w ocenie autora, że promocja mięsa czerwonego spełnia wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 80 p.o.ś. i z tego względu powinna być zabroniona. Autor nie wyraża jednak poglądu, jakoby

⁵ Jak już wskazano, przeciętny Polak zjada rocznie ok. 70 kg mięsa, a w całej Europie białko zwierzęce stanowi główne źródło białka.

⁶ Komisja Europejska wskazuje, że: „obecne wzorce konsumpcji żywności nie są zrównoważone ani z punktu widzenia zdrowia, ani z punktu widzenia środowiska. Podczas gdy średnie spożycie energii, mięsa czerwonego, cukrów, soli i tłuszczów w UE nadal przekracza zalecenia, to spożycie produktów pełnoziarnistych, owoców i warzyw, roślin strączkowych i orzechów jest niewystarczające” (Komisja Europejska 2020: 15).

sprzedaży mięsa czerwonego należałoby zakazać. Co więcej, autor dostrzega, że mięso czerwone produkowane może być również w tzw. fermach ekologicznych, a duże przeżuwacze, jakimi są krowy, mogą pełnić istotną funkcję w ekosystemie, w którym zabrakło dziko żyjących przeżuwaczy. Należy jednak wskazać, że trend polegający na wzmożonym uprzemysłowieniu wytwarzania mięsa stale rośnie w Europie (Eurostat 2016a; Eurostat 2016b). Tym samym coraz więcej mięsa czerwonego pochodzi z zabijania zwierząt w coraz większych gospodarstwach. W tym kontekście zauważyć należy, że nawet promowanie mięsa czerwonego pochodzącego z ferm ekologicznych wpływa na jego pozytywny odbiór jako wyboru żywieniowego i utrzymanie jego spożycia na obecnym, za wysokim poziomie.

Nie sposób przewidzieć, jak właściwe organy odnosić się będą do spraw reklam mięsa, którym zarzuca się naruszenie art. 80 p.o.ś., z co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, sprawy takie nie były dotychczas rozpatrywane, a więc stanowi to niezbadany obszar. Po drugie, zarówno ustawodawca europejski, jak i polski są niespójni w tej materii. Na poziomie UE, jak i krajowym oficjalnie podejmuje się szereg wysiłków w celu zażegnania kryzysu klimatycznego, a jednocześnie tworzy się systemy wsparcia promocji mięsa czerwonego. Jednym z bardzo wielu przejawów takiej działalności jest przytoczone już wsparcie inicjatywy „Proud of EU beef”, czy też istnienie Funduszu Promocji Mięsa Wołowego. Rodzi to poważne wątpliwości, czy organy orzekające, mimo szkodliwego wpływu obecnego modelu konsumpcji mięsa oraz naruszenia zasady zrównoważonego rozwoju, nie będą powoływały się na wykładnię systemową wskazując, że reklamy mięsa nie mogą być sprzeczne z powszechnie obowiązującym prawem jeżeli racjonalny ustawodawca uchwalił fundusz mający na celu wsparcie promocji mięsa. Nie zmienia to jednak faktu, że istnienie wspomnianych funduszy stanowi przejaw braku spójności poczynań ustawodawcy, a nie wskazuje na niepoprawność przedstawionego w artykule wyводу.

Jak zostało wykazane, zgodnie z obowiązującym prawem nie wolno promować towarów i usług propagujących model konsumpcji naruszający trwałość podstawowych procesów przyrodniczych. Obecny model konsumpcji mięsa czerwonego narusza trwałość tych procesów. Prawdą jest, że zaaprobowanie tez stawianych w niniejszym opracowaniu może skutkować uznaniem, że na gruncie obowiązującego prawa promocja innych towarów i usług, powszechnie obecna w obrocie, powinna być zakazana na podstawie art. 80 p.o.ś. Byłby to, zdaniem autora, pozytywny efekt. Społeczeństwa tzw. Globalnej Północy, w tym Polska, konsumują obecnie wiele dóbr w sposób niezrównoważony, zagrażający trwałości podstawowych procesów przyrodniczych i trwaniu gatunku ludzkiego w szerszej perspektywie. Dyskusja dotycząca przeciwdziałania katastrofie klimatycznej toczy się głównie wokół sektora energetycznego, a zdaje się pomijać np.

rynek reklamowy, który niezaprzeczalnie zachęca do zwiększania konsumpcji. Zaproponowane rozumienie art. 80 p.o.ś. stanowi próbę wykorzystania już istniejących regulacji do przeciwdziałania kryzysowi klimatycznemu i ma stanowić przyczynek do szerszego zastanowienia się nad głębokością i zakresem zmian jakie muszą dotknąć nasze społeczeństwa i gospodarki.

Wykaz skrótów

- Druk nr 1856 – Rządowy projekt ustawy o ochronie środowiska, druk sejmowy nr 1856 z 17 kwietnia 2000 r.
p.o.ś. – Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska, t.j.: Dz.U. z 2021 poz. 1973 z późn. zm.
TK – Trybunał Konstytucyjny
UNFCCC – United Nations Framework Convention on Climate Change

Bibliografia

Akty prawne

- Rządowy projekt ustawy o ochronie środowiska, druk sejmowy nr 1856 z 17 kwietnia 2000 r.
Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska, t.j.: Dz.U. 2022, poz. 2556 z późn. zm.
Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji t.j.: Dz.U. 2020, poz. 805 z późn. zm.

Orzecznictwo

- Wyrok SA w Warszawie z 8 grudnia 2009 r., VI ACa 621/09, Apel.-W-wa 2010, nr 3, poz. 28.
Wyrok SO w Jeleniej Górze z 12 marca 2020 r., I C 959/18, (niepubl.).
Wyrok TK z 13 maja 2009 r., sygn. Kp 2/09, OTK-A 2009, nr 5, poz. 66.
Wyrok TK z 6 czerwca 2006 r., sygn. K 23/05, OTK-A 2006, nr 6, poz. 62.

Opracowania

- Adach-Stankiewicz, Ewa. 2021. *Dostawy na rynek krajowy oraz spożycie niektórych artykułów konsumpcyjnych na 1 mieszkańca w 2020 roku*. Główny Urząd Statystyczny, Warszawa. Dostęp: 28.12.2022. <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/handel/dostawy-na-rynek-krajowy-oraz-spozycie-niektorych-artykulow-konsumpcyjnych-na-1-mieszkanca-w-2020-roku,9,11.html>.
- Bukowski, Zbigniew. 2005. *Pojęcie zrównoważonego rozwoju w prawie polskim*. W: *Zrównoważony Rozwój. Od utopii do praw człowieka*, (red.) Andrzej Papuźński, 104–118. Bydgoszcz.
- Bywalec, Czesław i Leszek Rudnicki. 2002. *Konsumpcja*. Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne.
- Dziedzic-Chojnacka, Dorota i Daniel Chojnacki. 2007. Zakaz reklamy nieekologicznej w polskim prawie ochrony środowiska. *Radca Prawny* 4: 58.

- European Commission, Eurostat. 2020. *Energy, transport and environment statistics 2020. edition*. DOI: 10.2785/463410.
- Górski, Marek i Jerzy Jendrośka (red.). 2001. Komentarz do art. 1. W: *Ustawa Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, (red.) Jerzy Jendrośka *et al.*, Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne LEX, Dostęp: 07.01.2023.
- Gruszecki, Krzysztof. 2019. Komentarz do art. 5. W: Gruszecki, Krzysztof. *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*. Wyd. 5. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne LEX, Dostęp: 07.01.2022.
- Gruszecki, Krzysztof. 2019. *Komentarz do art. 80. Prawo ochrony środowiska. Komentarz*. Wyd. 5. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne LEX, Dostęp: 7.01.2022.
- Hedenus, Fredrik and Stefan Wirsenius, Daniel J.A. Johansson. 2014. The importance of reduced meat and dairy consumption for meeting stringent climate change targets. *Climatic Change* 124(1–2): 89. DOI: 10.1007/s10584-014-1104-5.
- Hosonuma, Noriko *et al.* 2012. An assessment of deforestation and forest degradation drivers in developing countries. *Environmental Research Letters* 7(4): 1–13. DOI: 10.1088/1748-9326/7/4/044009.
- Jendrośka Jerzy (red.). 2012. *Leksykon ochrony środowiska*. Warszawa.
- Kissinger, Gabrielle *et al.* 2012. *Drivers of Deforestation and Forest Degradation: A synthesis report for REDD+ Policymakers*. Vancouver: Lexeme Consulting.
- Komisja Europejska. 2020. *Komunikat Komisji Europejskiej do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów Strategia „od pola do stołu” na rzecz sprawiedliwego, zdrowego i przyjaznego dla środowiska systemu żywnościowego*, Bruksela.
- Lipiński, Aleksander. 2010. *Prawne podstawy ochrony środowiska*, Warszawa, 32.
- MacLeod Michael *et al.* 2013. *Greenhouse gas emissions from pig and chicken supply chains – A global life cycle Assessment*. Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO).
- Masson-Delmotte, Valérie *et al.* 2018. *Summary for Policymakers. In: Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*. Cambridge University Press. DOI: 10.1017/9781009157940.001.
- Mekonnen, Mesfin M. and Hoekstra, Arjen Y. 2012. A Global Assessment of the Water Footprint of Farm Animal Products. *Ecosystems* 15(3): 401–415. DOI: 10.1007/s10021-011-9517-8.
- Mucha, Joanna. 2013. Legitymacja procesowa w sprawach o zaprzestanie tzw. nieekologicznej reklamy w świetle przepisów ustawy – Prawo ochrony środowiska. *Przegląd Prawa Ochrony Środowiska* 2: 31.
- Opio, Christopher. *et al.* 2013. *Greenhouse gas emissions from ruminant supply chains – A global life cycle Assessment*. Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO).
- Peyraud, Jean-Louis, and Michael MacLeod (eds.). 2020. *Future of EU livestock: How to contribute to a sustainable agricultural sector? Final report*. European Commission, Directorate-General for Agriculture and Rural Development. Publications Office. Dostęp: 28.12.2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2762/3440>.

- Rakoczy, Bartosz. 2013. Komentarz do art. 80. W: *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, (red.) Zbigniew Bukowski, Ewa Katarzyna Czech, Karolina Karpus, Warszawa: Wolters Kluwer, Wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 7.01.2023.
- Sharma, Anket *et al.* 2019. Worldwide pesticide usage and its impacts on ecosystem. *SN Applied Sciences* 1(1446). DOI: 10.1007/s42452-019-1485-1.
- Springmann, Marco *et al.* 2018. Options for keeping the food system within environmental limits. *Nature* 562. DOI: 10.1038/s41586-018-0594-0.
- Westhoek, Henk *et al.* 2015. *Nitrogen on the table: The influence of food choices on nitrogen emissions and the European environment*, Centre for Ecology & Hydrology, 70.

Źródła internetowe

- Encyklopedia PWN*. Dostęp: 30.11.2021. <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/3966917/reklama.html>.
- European Commission. Proud of EU beef. Dostęp: 28.12.2022. <https://ec.europa.eu/chafea/agri/en/campaigns/proud-eu-beef>
- Eurostat. 2016a, Archive: Small and large farms in the EU – statistics from the farm structure survey. Dostęp: 28.12.2022. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Archive:Small_and_large_farms_in_the_EU_-_statistics_from_the_farm_structure_survey
- Eurostat. 2016b. Share of livestock units, by economic size o-f farm, EU-28, 2005–2013. Dostęp: 18.05.2022. [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Share_of_livestock_units,_by_economic_size_o-ffarm,EU-28,2005%E2%80%932013\(%25oftotal\).png](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Share_of_livestock_units,_by_economic_size_o-ffarm,EU-28,2005%E2%80%932013(%25oftotal).png)
- Uchwała nr 8/2021. Komisji Zarządzającej Funduszem Promocji Mięsa Wieprzowego z dnia 13 lipca 2021 r w sprawie przyjęcia strategii promocji dla branży mięsa wieprzowego na rok 2022. Dostęp: 30.11.2021. https://bip.kowr.gov.pl/uploads/pliki/fundusze/fpmwp/strategia_prom_fpmwiep_2022_uchw8_2021.pdf
- UNFCCC, *Glasgow Climate Pact, Decision -/CP.26, advance unedited version*, Dostęp: 10.07.2022. https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cop26_auv_2f_cover_decision.pdf

Volume 21, Issue 1
June 2023

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-12-29
accepted 2023-02-07



The need for protection of environmental defenders from digital intimidation: an analysis of Article 3(8) of the Aarhus Convention

Potrzeba ochrony obrońców środowiska
przed prześladowaniem cyfrowym:
analiza Artykułu 3(8) Konwencji z Aarhus

LIEN STOLLE

University of Ghent

ORCID: 0000-0002-5300-1387, Lien.Stolle@UGent.be

Citation: Stolle, Lien. Year. The need for protection of environmental defenders from digital intimidation: an analysis of Article 3(8) of the Aarhus Convention. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(1): 199–219. DOI: 10.25167/osap.4980.

Abstract: Digital technologies are becoming increasingly important to environmental defenders, both in terms of tools that facilitate speaking out and/or taking action, and in terms of (digital) risks they face as a result of their involvement. A growing concern has been expressed about the use of various forms of online and technology-facilitated intimidation or “digital intimidation” against environmental defenders. While the existing research on cyberbullying, digital violence and online intimidation can provide some insight, few studies and data exist on the use of such tactics against environmental defenders in particular. By leaving this issue unexamined, there remains a lack of awareness about the risks and challenges environmental defenders may face in terms of online safety and digital intimidation, which may ultimately curtail public debate on environmental issues. Fortunately, the protections under Article 3(8) of the Aarhus Convention and the recently introduced Special Rapporteur for Environmental Defenders can be useful in providing protection against digital intimidation. This paper, therefore, looks at the application of Article 3(8) to digital intimidation, through the decisions of the Aarhus Convention Compliance Committee, and also considers the mandate given to the Special Rapporteur at the 2020 Meeting of the Parties. The analysis shows that there is certainly potential for protection against digital intimidation under Article 3(8) AC, but more explicit attention and awareness may be needed.

Keywords: environmental defenders, digital intimidation, Aarhus Convention

Abstrakt: Technologie cyfrowe stają się coraz ważniejsze dla obrońców środowiska naturalnego, zarówno jako narzędzia, które ułatwiają wypowiedanie się w tej kwestii i/lub podejmowanie działań, ale także gdy idzie o (cyfrowe) ryzyko, w obliczu którego stają oni ze względu na swoje zaangażowanie w obronę środowiska. Zauważalna jest rosnąca troska w związku z wykorzystaniem rozmaitych form prześladowania tych działaczy w sieci i wspomaganego technologią „zastraszania cyfrowego”. Jeśli przeprowadzone do tej pory badania na temat cyberzastraszania, cyfrowej przemocy i zastraszania w sieci mogą dać pewien wgląd w tę problematykę, to nie ma zbyt wielu badań ani danych na temat wykorzystania takich taktyk przeciwko obrońcom przyrody w szczególności. Pozostawienie tej kwestii poza badaniami prowadzi do braku świadomości, na jakie ryzyko i wyzwania narażeni są obrońcy przyrody, jeśli idzie o ich bezpieczeństwo w sieci czy cyfrowe prześladowanie, co w konsekwencji prowadzi do ograniczenia debaty publicznej na temat środowiska. Na szczęście ochrona gwarantowana Artykułem 3(8) Konwencji z Aarhus oraz utworzony urząd Specjalnego Sprawozdawcy ds. Obrońców Środowiska mogą okazać się pomocne w zapewnieniu ochrony przed cyfrowym prześladowaniem. Niniejsza praca bada zastosowanie Artykułu 3(8) w sprawach cyfrowego zastraszania poprzez decyzje Komitetu ds. Zgodności Konwencji z Aarhus, a także omawia mandat nadany Specjalnemu Sprawozdawcy na Spotkaniu Stron w roku 2020. Analiza pokazuje, że zdecydowanie istnieje potencjał dla ochrony przeciwko prześladowaniu cyfrowemu w świetle Artykułu 3(8) Konwencji, jednak istnieje również potrzeba zwrócenia bardziej konkretnej uwagi oraz rozbudzenia świadomości co do tej kwestii.

Słowa kluczowe: obrońcy środowiska naturalnego, prześladowanie w sieci, konwencja z Aarhus

1. Introduction

Numerous climate marches were organized worldwide, starting in 2018, by young activists who took to the streets to express their discontent with their government's inaction on climate change. Through the hashtag #FridaysForFuture, the call to action was shared all over social media, encouraging others to join the protest against the lack of action in addressing the climate crisis. In addition, online petitions such as *Sign the emergency appeal for climate action* (Avaaz.org) allow signatures from around the world to be gathered to effect change. Such examples show how digital technologies, especially social media, can enable rapid dissemination of actions within the movement and allow new members to be reached in different locations all over the world. It enables individuals to seek out others and interact on environmental issues without being limited by the constraints of traditional offline forms of communication (Smith and Smythe 1999; Poetranto et al. 2020).

There are several forms of digital activism that have emerged in recent years and have been used by individuals and organizations to take action and/or speak out, such as clicktivism, content sharing and creation, setting up online petitions, or hacktivism (George and Leidner 2019). At the same time,

the digital sphere also reflects and confers new dimensions to the challenges we face in our society. While digital technologies offer new opportunities to human rights defenders, including environmental defenders, they can also present risks and harmful practices that can negatively affect the environmental movement. Digital technologies are used to amplify the voice of environmental defenders, but they can also be used to silence them. It begs the question of whether environmental defenders are protected from intimidation taking place online or facilitated by technologies (or ‘digital intimidation’ for short as used in this paper). As such, this paper discusses the protection mechanism under the Aarhus Convention, specifically Article 3(8) of the Convention, and the role of the recently introduced Special Rapporteur on Environmental Defenders. An analysis of the decisions of the Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC) will be undertaken, focusing on the extent to which the ACCC decisions address issues relevant to online safety and online or technology-facilitated forms of intimidation. Before doing so, the paper zooms in on some examples and the impact that digital intimidation can have on those targeted in order to highlight the need for protection.

2. A growing concern for environmental defenders

While promoting and protecting the environment, environmental defenders face many challenges. Numerous reports and studies stress the dire situation in which environmental defenders find themselves (Butt et al. 2019; Scheidel et al. 2020; Global Witness 2021; Bille Larsen et al. 2021; Front Line Defenders 2022). Headlines often tend to focus on rather physical forms of violence against environmental defenders, such as murder, illegal detention, and unlawful arrests.¹ Yet, some have recently expressed deep concern about a form of intimidation that is less tangible and less visible – namely, the use of various forms of online and technology-facilitated forms of intimidation or ‘digital intimidation’ (Lloro 2018; Poetranto et al. 2020; Eklöv and Francisco Alvarado Cóbar 2021). The large amount of hate Swedish climate activist Greta Thunberg received online serves as an example here (Boren and Kahya 2019; Nevett 2019). This by no means seems to be a one-off example. In 2019, the Swedish Society for Nature Conservation published the results of a questionnaire conducted among their partner organizations on the various

¹ This is also reflected in the Sustainable Development Goals. As set out in the global indicator framework for the Goals and targets of the 2030 Agenda, indicator 16.10.1 of Goal 16 requires quantification of the number of verified cases of “killing, kidnapping, enforced disappearance, arbitrary detention and torture” of journalists, associated media personnel, trade unionists and human rights advocates.

emerging risks to the environmental movement. It showed that a staggering number of respondents had experienced physical and/or digital surveillance (68%), or had been victims of smear campaigns (with some on social media) (44%) (Swedish Society for Nature Conservation 2019). That same year, Front Line Defenders reported that their Digital Protection Coordinators received 304 emergency requests from human rights defenders in 2019. Among these are a large number of online threats (26%) and reports of hacked/compromised accounts on social media (16%) (Front Line Defenders, 2021: 5). Of all the requests, 16% came from individuals working on land/environment/indigenous peoples' rights (Front Line Defenders, 2021: 5). Another example concerns Professor Teresa Lloro-Bidart's experience of a campaign of harassment following her critical stance on social and environmental issues, which she elaborates on in her article *An ecofeminist account of cyberbullying* (Lloro 2018). Finally, in 2019, the European Environmental Bureau (EEB) together with Justice and Environment published a report documenting and analysing the harassment of environmental defenders in the EU. The report draws on a number of case study responses from ten countries, and outlines several cases of harassment that occurred within the EU between January and November 2018. In doing so, the report aims to paint a picture of the general atmosphere in which many activists, civic movements and environmental organizations find themselves today and shows the resulting need for the protection of environmental defenders (Smith, 2019). Interestingly, the report mentions some instances of media and cyber harassment. This by both state and non-state actors (Smith, 2019, 9). The case-study responses, for example, state that the use of defamation of NGOs or individuals may have created a hostile environment for environmental defenders. From four case-study responses, there emerges an example of defamation via (social) media and the dissemination of defamatory statements via e-mail and by phone (Smith 2019: 8, 9, 11). It further indicates how media harassment may fuel negative public opinion and can create distrust and scepticism among the public. This in turn increases the likelihood of harassment, such as hate speech and individual attacks (Smith 2019: 11, 18). This report provides a glimpse into the use of digital intimidation tactics in the EU and, along with it, a possible negative impact on the climate movement.

In other words, the issue of digital intimidation against environmental defenders is slowly gaining more attention. Yet data on its specifics remain limited. While a few studies provide some insight, the data often remain vague and lack the depth to understand the complexity of digital intimidation against environmental defenders. Fortunately, the topic of online intimidation and digital violence in itself has not remained undiscussed. The existing research

on online intimidation of journalists and gender-based digital violence can further provide insight into this issue, as will be discussed below, regarding the existing tactics used and the effect of such tactics on those targeted by it. Nevertheless, more empirical research may be needed to determine which digital intimidation tactics are used against environmental defenders, what their effect is, and how environmental defenders respond to such tactics. Leaving this issue unresearched, it perpetuates a lack of awareness about the risks and challenges environmental defenders may face in terms of online safety and digital intimidation. Further research would provide insight into commonly used tactics and the extent to which environmental defenders use or lack protection mechanisms. This, in turn, may enable further awareness of the issue, while looking at its specific impact on the environmental movement, and providing recommendations to address the use of digital intimidation.

3. The notion of ‘digital intimidation’ tactics

As said, the topic of gender-based online violence and online intimidation of journalists and other media actors has gained increasing attention in the literature (e.g. Winkelman et al. 2015; Ferrier and Garud-Patkar 2018; McCully and Griffen 2019; Nadim and Fladmoe 2021; Lewis et al. 2020; Lomba et al. 2021; Macpherson 2021; Barker and Jurasz 2022). Even more recently, in the wake of the COVID-19 pandemic, it has been noted that scientists are receiving more online hate and abuse (Nogrady 2021, 2022). Yet, throughout the literature, different notions are used interchangeably to describe the range of tactics used to harass and intimidate, including ‘cyber harassment’, ‘online harassment’, ‘online harm’, ‘online abuse’, ‘cyberbullying’, and ‘digital violence’ (see for instance: Winkelman et al. 2015; Ferrier and Garud-Patkar 2018; Lloro 2018; McCully and Griffen 2019; Lewis et al. 2020; Nadim and Fladmoe 2021; Lomba et al. 2021: 49–50; Barker & Jurasz 2022; Nogrady 2022). At the moment, there is no comprehensive definition or typology to describe the tactics used to harass and intimidate online or through technological means. Rather, a non-exhaustive list of tactics commonly employed is often used. Existing research on online intimidation and digital violence shows that various tactics can be made use of, including online threats, defamation campaigns, malware attacks, cyber stalking, sexual harassment, trolling, doxing, offensive comments, spreading false information, creating deepfakes, etc (Kleemola et al. 2015; Lloro 2018; van der Wilk 2018; Pen America 2018; Poetranto et al. 2020; Article 19 2020; A. Vogels 2021; *GREVIO Recommendation* 2021; Lomba et al. 2021: 50–52). This can be well accounted for due to the ever-changing nature of technology and

digital spaces (UN Human Rights Council 2018).² In this paper, however, the term ‘digital intimidation’ is used. Several definitions of ‘harassment’ include an element of repetitiveness (as will be illustrated again below), while ‘intimidation’ can be defined as “the act of frightening or threatening someone so that they will do what you want.”³ The use of the term ‘intimidation’ allows for an understanding of this phenomenon that does not *a priori* exclude acts that may have a chilling effect but may not be repetitive. However, it is necessary to note that many environment-related documents refer to ‘harassment’, and will also be discussed as such in this paper.

By analogy with the understanding of violence against women in its digital dimension, as set out by the Council of Europe’s Expert Group on Combating Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO), digital intimidation against environmental defenders should also be understood as encompassing both online aspects (activities performed on the Internet and data available, including through Internet intermediaries) and technologically-facilitated aspects (activities performed using technology and communication equipment, including hardware and software) (*GREVIO Recommendation 2021*). Such an understanding allows consideration of a wide range of tactics, including online intimidation tactics, such as online threats and doxing, as well as intimidation facilitated through technology, such as cyberstalking.

Moreover, some factors are characteristic of digital intimidation, and are typical to the digital sphere. Consider the rapid spread of (hateful) communications on the Internet among large numbers of people, the ability of the intimidator to remain anonymous and the potential cross-jurisdictional nature (Van Der Wilk 2018: 26–27; Barker and Jurasz 2019: 6–7, 109; Dunn 2020: 4; Lomba et al. 2021: 50, 69, 124, 151). In fact, intimidation can occur at any time, across geographic locations, and under cover of anonymity, which can exacerbate the impact and consequences of the intimidation. These characteristics, along with the realization that the possible tactics cannot be summed up into an exhaustive list, are important in understanding what ‘digital intimidation’ may entail.

² As noted by the UN Special Rapporteur on Violence against Women in the 2018 report, new technologies will continue to give rise to new and different forms of online violence. See: UN Human Rights Council, 2018.

³ ‘Harassment’ is defined as “the act of making repeated attacks on an enemy” (see: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/harassment?q=harassment>) or “illegal behaviour towards a person that causes mental or emotional suffering, which includes repeated unwanted contacts without a reasonable purpose, insults, threats, touching, or offensive language” (see: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/harassment>). The emphasis added by the authors; Definition of ‘Intimidation’, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/intimidation?q=intimidation>.

4. The impact of digital intimidation tactics

The harm caused by digital intimidation tactics can be severe and may have a detrimental impact on the climate and environmental debate. Such tactics can be categorized as a form of ‘slow violence’ against environmental defenders – a term coined by environmentalist and literary scholar Rob Nixon in the book *Slow Violence and the Environmentalism of the Poor* (Nixon 2013). The term was used to describe a type of violence that occurs “gradually and out of sight” and refers to “violence of delayed destruction that is dispersed across time and space, an attitudinal violence that is not viewed as violence at all” (Nixon 2013: 2). Drawing on several literary works from different disciplines, including ecocriticism and postcolonial studies, he highlighted the slow increase in violence against the most vulnerable as a result of a series of environmental disasters (such as climate change, air pollution, and biodiversity decline), which are often overlooked by those in more affluent positions. The book focuses specifically on environmental violence against vulnerable communities, but similar considerations can be used regarding digital intimidation tactics used against environmental defenders.⁴ First, the impact and harm caused by violence through digital technologies are often underestimated. Although research on digital intimidation and violence against journalists and women has shown that such tactics can have serious consequences for those affected by them (Ferrier and Garud-Patkar 2018; Lewis et al. 2020; Macpherson 2021; Nadim and Fladmoe 2021), the assumption remains that those who are targeted by say, online hate speech, can simply turn off their Internet and ignore the comments (Ferrier and Garud-Patkar 2018: 15–16; Barker and Jurasz 2022: 244; Nogrady 2022: 206–207). As environmental defenders use their online presence to share information and call for action, they would be deprived of an important tool to speak out and take action. Moreover, it has been argued that digital intimidation cannot be discussed without understanding the intertwining of online and offline forms of violence and intimidation (Lomba et al. 2021: 50). For instance, sharing personal data online, including someone’s home address (i.e. doxing), may eventually lead to physical violence and intimidation. Thus, the impact of digital intimidation can also extend beyond the digital sphere. Second, while some digital intimidation tactics may have an immediate effect on those targeted (e.g. attacking NGOs with malware), other tactics may occur in small(er) amounts but over a longer period of time. Whereas a single online hate comment may not have an immediate chilling effect on the person to

⁴ On the discussion of the insufficient attention paid to the connection between the harms associated with technology-facilitated violence and the legal and social recognition it receives, see the following paper: Brydolf-Horwitz, 2022

whom it is directed, when one receives numerous comments or when a group of individuals send multiple messages to a person (i.e. pile-on harassment), it can accumulate and eventually silence that person. The concept of ‘slow violence’ outlined by Nixon serves to highlight the need to give equal social and legal recognition to the issue of digital intimidation against environmental defenders in comparison to other forms of violence, while also underscoring the escalating effect that certain tactics can have on those targeted by it.

In other words, addressing digital intimidation tactics against environmental defenders in the context of environmental law is important. Digital intimidation tactics can significantly affect several human rights that are important to environmental defenders and underpin their participation in the public debate on environmental issues. These tactics can seriously interfere with the enjoyment and exercise of various human rights, such as their right to freedom of speech,⁵ their right to freedom of assembly,⁶ and their right to privacy (e.g. the dissemination of non-consensual intimate videos online or doxing).⁷ Overall, if such intimidating acts go unpunished, this can have a chilling effect that ultimately curtails debate on environmental issues.⁸ If environmental defenders, who act as ‘public and social watchdogs’, are removed from this equation, the public debate on environmental issues may be distorted altogether.

The same can be said of the environmental defenders’ procedural and environmental-related human rights. In addition to the human rights mentioned above, digital intimidation can also negatively impact the exercise of environmental (procedural) rights of environmental defenders, including those enshrined in the UNECE Aarhus Convention. These rights include the rights of access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters.⁹ In this regard, Article 3(8) of the Aarhus

⁵ Art. 10 European Convention on Human Rights (ECHR); Art. 11 of the Charter of Fundamental rights of the EU (CFREU); At the EU level, the chilling effect on the right to freedom of expression of online harassment and cyber-bullying has been underlined in particular for journalists and other media actors, such as: Recommendation CM/Rec(2016)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of journalism and safety of journalists and other media actors, 2016

⁶ Art. 11 ECHR; Art. 12 CFREU; (Some have raised concerns on how surveillance tactics and interference with Internet communications could infringe the freedom of assembly, such as: *Siatisa*, 2021).

⁷ Art. 8 ECHR; Art. 7 CFREU; ECtHR, *Khadija Ismayilova c. Azerbaïdjan*, 2019; ECtHR, *Vodina c. Russie*, 2021.

⁸ *Khadija Ismayilova c. Azerbaïdjan* [2019] ECtHR 65286/13, 57270/14.

⁹ The Aarhus Convention, 1998; Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on Public Access to Environmental Information and Repealing Council Directive 90/313/EEC, 2003; Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 Providing for Public Participation in Respect of the Drawing up of Certain Plans and Programmes Relating to the Environment and Amending with Regard to Public Participation and Access to Justice Council Directives 85/337/EEC and 96/61/EC, 2003

Convention explicitly states that those “persons exercising their rights in conformity with the provisions of this Convention shall not be penalized, persecuted or harassed in any way for their involvement.” Given the importance of this provision in addressing intimidation against environmental defenders, this provision will be revisited in more detail in the next section of this paper. As will be shown, the provision provides some significant protection, but leaves open questions that require further consideration.

5. The available protection mechanism under the Aarhus Convention

5.1. The prohibition of penalization, persecution and harassment under Article 3(8) of the Aarhus Convention

When it comes to empowering and protecting environmental defenders from forms of harassment, penalization or persecution, the Aarhus Convention, as mentioned above, plays a key role. In addition to the (procedural) environmental rights laid down in the Convention,¹⁰ Article 3(8) of the Aarhus Convention specifically contains a prohibition addressed to member states that reads as follows:

Each Party shall ensure that persons exercising their rights in conformity with the provisions of this Convention shall not be penalized, persecuted or harassed in any way for their involvement. This provision shall not affect the powers of national courts to award reasonable costs in judicial proceedings.

This provision is vital for protection against a variety of threats faced by environmental defenders, and thus may also form the basis for protection against digital intimidation tactics. Given the technology-neutral wording of this provision, Article 3(8) arguably provides protection against both online forms of intimidation and technology-facilitated forms of intimidation. At the very least, Article 3(8) of the Convention applies in the digital sphere, as will be discussed in the next section.

In case of online or technology-facilitated intimidation used against environmental defenders, this could trigger a compliance review by the Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC) (*Guide to the Aarhus Convention Compliance Committee* 2019). To date, the ACCC has dealt with only about ten cases of alleged violations of Article 3(8). Notably, the two cases related to Lithuania and Belarus are worth mentioning as they provide much insight into the analysis under the provision (ACCC/C/2014/102, Belarus 2017;

¹⁰ That is the right to access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters.

ACCC/C/2013/98, Lithuania 2021). In dealing with cases of alleged penalization, persecution, and/or harassment, a four-part analysis can be used that includes the following elements (ACCC/C/2014/102, Belarus 2017: pars. 65–75; ACCC/C/2013/98, Lithuania 2021: pars. 150–158):

a) One or more members of the public have exercised their rights in conformity with the provisions of the Convention;

b) The member of the public or those members of the public have been penalized, persecuted or harassed;

c) The penalization, persecution or harassment was related to the member(s) of the public's exercise of their rights under the Convention; and

d) The Party concerned has not taken the necessary measures to fully redress any penalization, persecution or harassment that did occur.

Based on the evidence provided in the case, the ACCC will consider whether the facts of the case amount to non-compliance with Article 3(8) of the Aarhus Convention. After examining the case, the ACCC will adopt its findings and, if necessary, make recommendations. There is nothing to suggest that this four-step analysis could not be used to examine cases of online or technology-facilitated intimidation against environmental defenders. The first two elements, however, require some further discussion, namely a) whether members of the public are exercising their rights in accordance with the AC, and b) what constitutes penalization, persecution, and harassment.¹¹ First, a brief discussion will be provided hereafter of the extent to which certain forms of digital activism fall under the exercise of “their rights in conformity with provision of the Convention” and thus may fall under the protection of Article 3(8) of the Convention. This may be particularly important to ensure that environmental defenders can operate in a safe online environment, and hence are protected when speaking out online. Second, the paper addresses the application of Article 3(8) of the Convention to forms of digital intimidation tactics. This in turn addresses the second element.

5.2. One or more members of the public have exercised their rights in conformity with the provisions of the Convention

Article 3(8) AC applies in those situations where members of the public have exercised their rights in accordance with the provision of the Convention. This covers all situations in which members of the public seek access to information, public participation, or access to justice to protect their right to live in an environment suitable for their health or well-being. In other words,

¹¹ For a further discussion of each section, see: Weber, 2022

it includes those situations related to the 'Aarhus-rights' referred to in Articles 4 through 9 of the Convention and those covered by the general obligations under Article 3 of the Convention (ACCC/C/2014/102, Belarus 2017: par. 66). In particular, the second pillar, the right to participate in decision-making, is considered to have a broad scope (Barritt 2021: 11). For instance, the ACCC has previously indicated that participating in a petition against a proposed project and participating in an authorized street action are covered by the public's right to participate in decision-making (ACCC/C/2014/102, Belarus 2017: pars. 80 and 96).

This provision also applies to acts carried out by environmental defenders exercising their (Aarhus) rights in the digital sphere. At the onset of the pandemic, Kazakhstan submitted a request for advice on whether holding public hearings via videoconferencing during the coronavirus pandemic would meet the requirements of the Convention. While it was not the first time the ACCC discussed the use of virtual means as a tool for public participation in decision-making,¹² it now provided a comprehensive overview of the requirements that should be considered to ensure compliance with the Convention (ACCC/A/2020/2, Kazakhstan 2020). The ACCC explained, amongst other things, that Article 3(8) "applies with equal force during the pandemic and with respect to persons exercising their rights to participate through virtual means" (ACCC/A/2020/2, Kazakhstan 2020: par. 31). Although the recommendation does not address the use of digital intimidation tactics, it demonstrates the applicability of protection under the Aarhus Convention in a digital space, and more specifically of persons operating in a digital space while exercising their rights in accordance with the Convention.

It has also been argued that the application of Article 3(8) goes even beyond the Aarhus rights itself (Weber 2022: 6). This is in line with the ACCC's previous findings (ACCC/C/2014/102, Belarus 2017: pars. 66 and 80). More specifically, the ACCC held that a member of the public who provides legal assistance to persons seeking to exercise their rights in accordance with the provisions of the Convention thereby takes part in the exercise of those rights by those persons (ACCC/C/2014/102, Belarus 2017: par. 80). Therefore, the ACCC stated that this individual is entitled to the protection of Article 3(8) of the Convention (ACCC/C/2014/102, Belarus 2017: par. 80). Building on this, Weber has argued that, in addition to the Aarhus rights, any right granted in domestic law can trigger Article 3(8) AC as long as it is exercised in accordance with the Convention (Weber 2022: 6). Such rights could entail

¹² More specifically, the ACCC has analysed the use of virtual means to notify the public of the decision-making. See: ACCC/C/2009/43, Armenia, 2010; ACCC/C/2014/102, Belarus, 2018.

the right to freedom of assembly (Art. 11 ECHR; Art. 12 CFREU) and the right to freedom of expression (Art. 10 ECHR; Art. 11 CFREU). Such a broad interpretation could prove useful in protecting environmental defenders who are active online in various ways, both from physical attacks and from digital intimidation tactics as a result of their online presence. This would ensure that when expressing their voice online or taking action through online means on environmental matters, these acts also fall under the protection of Article 3(8), allowing them to be active in a safe online environment.

Another comment concerns the question of what acts fall under “in conformity with the provisions of the Convention”. While not explicitly stated in the Convention, the Aarhus Convention essentially provides a protective framework for environmental defenders. The term ‘environmental defender’ has gained attention in recent years, becoming the subject of academics and appearing in international environmental policy documents (UN General Assembly 2016; Butt et al. 2019: 742; Scheidel et al. 2020: 3; Verweijen et al. 2021). In the 2016 report by the UN Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, for instance, ‘environmental (human rights) defenders’ are defined as “individuals and groups who, in their personal or professional capacity and in a peaceful manner, strive to protect and promote human rights relating to the environment, including water, air, land, flora and fauna” (UN General Assembly 2016). What is interesting about the UN definition is the mention of “a peaceful manner”. In short, this could imply that certain actions cannot be considered those of an environmental defender because they rather cross the line from ‘peaceful’ to ‘violent’. Whereas in some cases the line can be clearly drawn (e.g. forms of physical violence), for some forms of action it is not immediately clear whether or not they should be considered an act of an ‘environmental defender’. One can think about certain forms of civil disobedience resulting in damage to someone’s property as a form of expression protected by the right to freedom of expression (Weber 2022: 6). As an example, a mention can be made of an Extinction Rebellion (XR) protest in Belgium during the 2020 Brussels Car Show (*Autosalon*), where activists disrupted the event by using lipstick to write messages on car windows and smearing them with fake blood in criticism of the auto industry (De Morgen, 2020; VRT, 2020). The intention was not to cause permanent damage, according to the XR spokesman. However, should some minor harm have occurred, the question may arise as to whether or not this could be justified as a protected form of speech.

This distinction is not trivial, as Weber has pointed out:

Defacing a public building to convey the seriousness of the climate crisis may be a criminal act, but nevertheless a form of expressing someone’s views. States may criminalize this behaviour, but they have to do this in a proportionate fashion. These acts are protected by fundamental rights, even if they are not entirely non-violent, as they cause (financial) damage to somebody else’s

property. It might run counter to the concept of ‘environmental (human rights) defenders’ to categorically exclude these acts from the legitimate means available to environmental defenders (Weber 2022: 3).

While the Aarhus Convention does not explicitly limit Article 3(8)’s application to ‘peaceful acts’, a similar observation can be made. Under the Convention, those exercising their rights in conformity with the Convention can rely on the protection provided under Article 3(8) AC. The question arises of what can be considered “in conformity with”, and more importantly, what may be excluded. Certain (illegal) acts (of civil disobedience) may not qualify as acts “in conformity with” the provisions of the Convention, and thus may fall outside the scope of Article 3(8) AC (Weber 2022: 6). A strict interpretation, however, that excludes acts of civil disobedience or direct action *prima facie*, would void Article 3(8) of its meaning, as argued by Weber (Weber 2022: 7). Balancing the interests involved (i.e. limiting unlawful behaviour versus safeguarding the fundamental rights and the protection of environmental defenders) can be ensured through the proportionality test under the second step of the four-step analysis. This step examines whether the environmental defender was penalized, persecuted or harassed (ACCC/C/2014/102, Belarus 2017: pars. 67–69). As such, it could be argued that civil disobedience by environmental defenders acting in a non-physically violent manner should be considered *prima facie* to be an exercise of their rights in conformity with the Aarhus Convention, followed by a balancing of interests in the next step (Weber 2022: 7). When discussing the online safety of environmental defenders, this consideration is equally important. One can think of digital civil disobedience used by environmental defenders such as hacktivism (i.e., a combination of the words ‘hacking’ and ‘activism’, describing the act of hacking for politically or socially motivated purposes) (Romagna 2020: 744). Hacktivism balances between, on the one hand, being an act of digital civil disobedience as a form of political and social protest, protected by freedom of expression, and, on the other one, constituting a form of cybercrime with harmful consequences and security risks (O’Malley 2013; Karagiannopoulos 2018; Romagna 2020). Of course, balancing internet civil rights (such as online expression) with the need to address cybercrime for cybersecurity purposes is far from easy. Similarly, the balancing of interests in the context of the Aarhus Convention, in situations where environmental defenders may face penalization, persecution, and harassment for using such forms of digital civil disobedience, may not be straightforward, but is nonetheless important. This is especially true as digital technologies acquire greater importance for the environmental movement, both in terms of the tools they use to make their voices heard and/or take action, and the (digital) risks they face as a result of their involvement.

5.3. The member of the public or those members of the public have been penalized, persecuted or harassed

Next, in accordance with the four-step test under Article 3(8) AC, it must be ascertained whether any penalizing, persecuting or harassing acts have occurred. In this respect, Article 3(8) is not limited to acts of a state body or institution, but also includes acts of private natural and legal persons, to the extent that the member state concerned has not taken the necessary steps to prevent them (ACCC/C/2014/102, Belarus 2017: par. 70). In analysing Article 3(8), the ACCC adopts an approach similar to that under human rights instruments, meaning that it provides broad protection against human rights violations, but foresees the possibility for States to demonstrate that their action was objective and reasonable, pursued a legitimate aim and was proportionate to the circumstances of the case (ACCC/C/2014/102, Belarus 2017: pars. 68–69). This covers both the state's negative obligations to refrain from acts amounting to penalisation, persecution and/or harassment as well as their positive obligation to ensure that the necessary measures are taken to prevent such acts by private and legal persons (ACCC/C/2014/102, Belarus 2017: par. 70).

The Aarhus Convention has, however, not defined the terms 'penalisation', 'persecution' and 'harassment', and does not provide further interpretation of these terms. It is for the ACCC to consider on a case-by-case basis, whether actions of which the ACCC has been informed by the communicant(s) constitute penalisation, persecution and/or harassment (ACCC/C/2014/102, Belarus 2017: par. 69). Of the few Article 3(8) cases brought before the ACCC, most have dealt with alleged penalisation through unreasonable costs in legal proceedings. In one case, however, the ACCC held that Article 3(8) had been violated due to harassment by local authorities in the local press and mass media (ACCC/C/2009/36, Spain 2010). A number of (online) press articles were submitted to the Compliance Committee as evidence, showing that the insults were made during a press conference and later reported through the (online) press (ACCC/C/2009/36, Spain 2010: Annex 8-10 attached to communications). The ACCC's findings were brief on this point, and left open the opportunity to point out the possible exacerbating effect of harassment due to the rapid and wide dissemination of insults through the local press and mass media¹³ (ACCC/C/2014/102, Belarus 2017: pars. 63–64). Nonetheless, it makes clear that insults directed at environmental defenders – whether through newspapers or online – may trigger the application of Article 3(8) AC.

¹³ Can be understood as including various sources of information and news that reach and influence large numbers of people, e.g. the Oxford English Dictionary, online version (<http://www.oed.com/>).

In the Belarus case, the ACCC provided further insight into the application of Article 3(8) AC. According to the communication, the notions ‘penalized’, ‘persecuted’ and ‘harassed’ are to be understood according to their ordinary meaning in their context and in the light of the Convention’s object and purpose. As such, following the ACCC’s reference to the Oxford English Dictionary: ‘to penalize’ means to impose a restriction or penalty on, to put at a disadvantage; ‘to harass’ means to trouble or vex by repeated attacks; and ‘to persecute’ means to seek out and subject (a person, group, organization, etc.) to hostility or ill-treatment, on grounds of political belief, religious faith, race, etc.; to oppress, to torment (ACCC/C/2014/102, Belarus 2017: par. 67). Interestingly, the concept of harassment here is linked to a ‘repetitive’ element (“by repeated attacks”). The reference to ‘repetition’ may not be preferable as such an interpretation may be too restrictive and exclude *a priori* acts that have a chilling effect on environmental defenders but are not repetitive (see earlier on the concept of ‘digital intimidation’). However, the ACCC’s definition of ‘to harass’ should be nuanced considering the ACCC’s more recent findings. In the case of Lithuania, members of an environmental NGO who took part in consultations and hearings on the construction project were contacted by phone and in person by state security forces due to their opposition to the project. The ACCC emphasized that “even just one telephone call from State security services [...] may constitute penalization, persecution or harassment under article 3(8)” (ACCC/C/2013/98, Lithuania 2021: par. 154). In this particular case, however, other acts of harassment had also been identified, and the acts were carried out by officers of the security department. It is not clear to what extent a similar analysis would be used when discussing the positive obligations of member states in taking the necessary measures to prevent (digital) harassing act(s) by (an) individual(s) toward environmental defenders. According to the Guidance Document applicable to the Convention, Article 3(8) AC should be interpreted broadly as it aims is to prevent retribution of any kind (*The Aarhus Convention: An Implementation Guide* 2014: 71–72). Still, it may not be feasible or desirable to require member states to punish every individual who posts one intimidating comment on an online platform. In contrast, when it comes to an NGO facing a single cyber-attack (Kleemola et al. 2015), the answer may be different. Where the threshold lies is not entirely clear, and needs further research. In any case, it should be interpreted in line with the Convention’s purpose of protecting members of the public exercising their (Aarhus) rights in environmental matters. Given the (chilling) effect that digital intimidation may have on the public debate on environmental issues, attention should be paid to addressing both online and technology-facilitated intimidation. Following the positive obligation in taking necessary measures to prevent harassing

acts by private persons under Article 3(8), member states may be required to establish a sound legal framework that protects environmental defenders from digital intimidation, and to provide adequate (legal or non-legal) safeguards for victims when they face digital intimidation.¹⁴ What such a legal framework should entail equally requires further research.

6. Remedies through the Special Rapporteur on Environmental Defenders

To enhance the protection of environmental defenders, the 2021 Meeting of the Parties under the Aarhus Convention adopted the so-called Rapid Response Mechanism (RRM) to ensure more timely protection measures in cases where environmental defenders face or are at imminent risk of penalization, prosecution or harassment. This took the form of the world's first Special Rapporteur on environmental defenders under the UNECE Aarhus Convention (MOP Decision VII/9 on the Rapid Response Mechanism 2021). In June 2022, Mr Michel Forst was elected as the world's first Special Rapporteur on environmental defenders. In November 2022, a meeting with parties to the Aarhus Convention, other member states, civil society and international partners was held with the newly appointed Special Rapporteur, where he presented his views on the mandate to ensure the protection of environmental defenders (Press Release UN Special Rapporteur on Environmental Defenders 2022). To elaborate on his mandate, the Special Rapporteur outlined seven principles for protecting environmental defenders, including the need to focus on the 'holistic' security of environmental defenders, particularly their physical security, digital security, and psychosocial well-being. He further stressed, among other things, that environmental defenders are targets of digital surveillance, cyberbullying, cyber-attacks, and other forms of digital threats. As this can lead to a great sense of insecurity regarding their digital presence, he underscored the need to work with organizations that provide essential training, resources, and support in these areas, and in particular to raise awareness of available resources, programs, and mechanisms to environmental defenders. While it is not entirely clear whether this falls within the scope of the Special Rapporteur's mandate to take measures, the focus on ensuring digital security for environmental defenders can certainly be welcomed. As shown above, attention to digital intimidation against environmental defenders is growing. A first step in ad-

¹⁴ With regard to the positive obligations, see: ACCC/C/2014/102, Belarus, 2018; On the topic of positive obligations of member states in establishing a sound legal framework addressing cyber violence, see: ECtHR, Volodina c. Russie, 2021.

addressing this problem can be through awareness-raising and highlighting the available resources to those facing digital unsafety.

7. Conclusion

In recent years, a number of voices have been raised to call for more attention to the use of digital intimidation against environmental defenders. Existing research on cyberbullying, digital violence against women, and online intimidation of journalists can be used in this regard to understand the commonly used tactics and the impact of tactics to harass, intimidate, and shame. It is clear, then, that digital intimidation directed against environmental defenders, if left unaddressed, can silence those against whom it is directed and may ultimately curtail the public debate on environmental issues. Currently, however, there are few studies and data that focus on the use of such tactics against environmental defenders in particular. This article, therefore, wishes to draw attention to this issue and highlights the need for more research and awareness-raising.

In any case, the existing environmental legislative framework already provides a foundation on which to build protection for environmental defenders against digital intimidation. The wording of Article 3(8) of the Aarhus Convention is sufficiently technology-neutral and allows for a broad interpretation to provide protection in the online environment. In fact, the ACCC has already indicated that protection extends to those exercising their rights through virtual means. Nevertheless, more clarity may be needed on the concept of ‘harassment’ under Article 3(8) AC (e.g. with respect to the element of repetition), and further elaboration of the (positive) obligations of Member States with respect to digital intimidation remains desirable. That said, it can be argued that Article 3(8) AC can serve as a ground to call for the protection for environmental defenders against digital intimidation.

Fortunately, the importance of Article 3(8) in combating digital intimidation against environmental defenders has been made more explicit under the mandate of the Special Rapporteur on Environmental Defenders. As became clear at the 2022 meeting with the Special Rapporteur, attention will be given to environmental defenders’ digital security. While it remains to be seen how this translates into practice, this certainly shows an important step in ensuring a safe online environment for environmental defenders.

Abbreviations

- AC – Aarhus Convention
- ACCC – Aarhus Convention Compliance Committee

References

Legislation

- Council of Europe Recommendation 2016: Recommendation CM/Rec(2016)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of journalism and safety of journalists and other media actors.
- Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment and amending with regard to public participation and access to justice Council Directives 85/337/EEC and 96/61/EC, CONSIL, EP, 156 OJ L (2003).
- The UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention) (1998).
- Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC, CONSIL, EP, 041 OJ L (2003).

Judicial decisions

- ECtHR, Khadija Ismayilova c. Azerbaïdjan, Nr. 65286/13, 57270/14 (10 January 2019).
- ECtHR, Volodina c. Russie (n° 2), Nr. 40419/19 (14 September 2021).
- Findings and recommendations Aarhus Convention Compliance Committee of 7 June 2021, *ACCC/C/2013/98 Lithuania*, ECE/MP.PP/C.1/2021/15.
- Findings and recommendations Aarhus Convention Compliance Committee of 18 June 2010, *ACCC/C/2009/36 Spain*, ECE/MP.PP/C.1/2010/4/Add.2.
- Findings and recommendations Aarhus Convention Compliance Committee of 17 December 2010, *ACCC/C/2009/43 Armenia*, ECE/MP.PP/2011/11/Add.1.
- Findings and recommendations Aarhus Convention Compliance Committee of 18 June 2017, *ACCC/C/2014/102 Belarus*, ECE/MP.PP/C.1/2017/19.
- Recommendations Aarhus Convention Compliance Committee of 1 July 2020, *ACCC/A/2020/2 Kazakhstan*, ECE/MP.PP/C.1/2021/6.

Secondary sources

- Article 19. 2020. *Investigating online harassment and abuse of women journalists*. Article 19. <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/11/Gender-Paper-Brief-3-.pdf>.
- Barker, Kim, and Olga Jurasz. 2019. *Online Misogyny as Hate Crime A Challenge for Legal Regulation?* Taylor & Francis. DOI: 10.4324/9780429956805.
- Barker, Kim, and Olga Jurasz. 2022. *Violence Against Women, Hate and Law: Perspectives from Contemporary Scotland*. Springer International Publishing. DOI: 10.1007/978-3-030-99375-7.

- Belga 2020. Actie klimaativisten op Autosalon krijgt juridisch staartje. VRT, <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2020/01/21/actie-klimaativisten-op-autosalon-krijgt-juridisch-staartje/>.
- Belga and HL. 2020. Extinction Rebellion verstoort Autosalon: al zeker 185 actievoerders opgepakt. *De Morgen*, <https://www.demorgen.be/nieuws/extinction-rebellion-verstoort-autosalon-al-zeker-185-actievoerders-opgepakt~b2d5693b/>.
- Barritt, Emily. 2021. *Foundations of the Aarhus convention: Environmental democracy, rights and stewardship*. Oxford: Hart Publishing.
- Bille Larsen, Peter, Phillippe Le Billon, Mary Menton, Jose Aylwin, Jorg Balsiger, David Boyd, Michel Forst, Fran Lambrick, Claudelice Santos, Hannah Storey, and Susan Wilding. 2021. Understanding and responding to the environmental human rights defenders crisis: The case for conservation action. *Conservation Letters* 14(3): e12777. DOI: 10.1111/conl.12777.
- Boren, Zach, and Damian Kahya. 2019. *German far right targets Greta Thunberg in anti-climate push*. Unearthed, <https://unearthed.greenpeace.org/2019/05/14/germany-climate-denial-populist-eike-afd/>.
- Butt, Natalie, Frances Lambrick, Mary Menton, and Anna Renwick. 2019. The supply chain of violence. *Nature Sustainability*, 2(8): 742-747. DOI: 10.1038/s41893-019-0349-4.
- Dunn, Suzie. 2020. Technology-facilitated gender-based violence: An overview. *Centre for International Governance Innovation. Supporting a Safer Internet Paper 1*, https://www.cigionline.org/static/documents/documents/SaferInternet_Paper%20no%201_0.pdf.
- Eklöw, Karolina, and José Francisco Alvarado Cobar. 2021. Surveillance as slow violence: Experiences from young environmental activists. *SIPRI*, <https://www.sipri.org/commentary/blog/2021/surveillance-slow-violence-experiences-young-environmental-activists>.
- Ferrier, Michelle, and Nisha Garud-Patkar. 2018. Trollbusters: Fighting online harassment of women Journalists. *Mediating Misogyny: Gender, Technology, and Harassment*, (eds.) Jacqueline Ryan Vickery, Tracy Everbach, 311-332. Springer International Publishing. DOI: 10.1007/978-3-319-72917-6_16.
- Front Line Defenders. 2021. *Front Line Defenders Global Analysis 2020*. https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/fl_d_global_analysis_2020.pdf.
- Front Line Defenders. 2022. *Front Line Defenders Global Analysis 2021*. https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/2021_global_analysis_-_final.pdf.
- George, Jordana, and Dorothy E. Leidner. 2019. From clicktivism to hacktivism: Understanding digital activism. *Information and Organization* 29(3): 100249. DOI: 10.1016/j.infoandorg.2019.04.001.
- Global Witness. 2021. *Annual report 2021: Our case for change*, <https://www.globalwitness.org/en/about-us/global-witness-annual-reports/>.
- GREVIO Recommendation. 2021. *General Recommendation No. 1 on the digital dimension of violence against women*, <https://rm.coe.int/grevio-rec-no-on-digital-violence-against-women/1680a49147>.
- Karagiannopoulos, Vasileos. 2018. Looking into the positive and negative aspects of hacktivism. *Living With Hacktivism: From Conflict to Symbiosis*, (ed.) V Vasileos Karagiannopoulos, 43-90. Springer International Publishing. DOI: 10.1007/978-3-319-71758-6_3.
- Kleemola, Katie, Masashi Crete-Nishihata, Adam Senft, and Irene Poetranto. 2015. Targeted malware attacks against NGO linked to attacks on Burmese government websites.

- Citizen Lab Research Report – University of Toronto* 65, <https://citizenlab.ca/2015/10/targeted-attacks-ngo-burma/>.
- Lewis, Seth C., Rodrigo Zamith, and Mark Coddington. 2020. Online harassment and its implications for the journalist – audience relationship. *Digital Journalism* 8(8): 1047-1067. DOI: 10.1080/21670811.2020.1811743.
- Lloro, Teresa. 2018. An ecofeminist account of cyberbullying: Implications for environmental and social justice scholar-educator-activists. *The Journal of Environmental Education* 49: 1-10. DOI: 10.1080/00958964.2017.1400513.
- Lomba, Niombo, Cecilia Navarra, and Meenakshi Fernandes. 2021. *Combating gender-based violence: Cyber violence*. Think Tank. European Parliament (PE 662.621). European Parliamentary Research Service (EPRS).
- Macpherson, Aida. 2021. *(Not) Part of the Job: Een exploratief onderzoek naar de ervaringen van gekleurde vrouwelijke journalisten en opiniemakers in Vlaanderen en Brussel met online intimidatie*. De Vlaamse ScriptieBank. KU Leuven Publicaties, <https://www.scriptiebank.be/scriptie/2021/not-part-job-een-exploratief-onderzoek-naar-de-ervaringen-van-gekleurde-vrouwelijke>.
- McCully, Jonathan, and Scot Griffen. 2019. *Legal Responses to Online Harassment and Abuse of Journalists: Perspectives from Finland, France and Ireland*. OSCE.
- Nadim, Marjan, and Audun Fladmoe. 2021. Silencing women? Gender and online harassment. *Social Science Computer Review* 39(2): 245-258. DOI: 10.1177/0894439319865518.
- Nevett, Joshua. 2019. Greta Thunberg: Why are young climate activists facing so much hate? *BBC News*, <https://www.bbc.com/news/world-49291464>.
- Nixon, Rob. 2013. *Slow Violence and the Environmentalism of the Poor*. Harvard University Press.
- Nogrady, Bianca. 2021. 'I hope you die': How the COVID pandemic unleashed attacks on scientists. *Nature* 598: 250-253. DOI: 10.1038/d41586-021-02741-x.
- Nogrady, Bianca. 2022. Online harassment: A toolkit for protecting yourself from abuse. *Nature* 609: 205-207. DOI: 10.1038/d41586-022-02766-w.
- O'Malley, G. 2013. Hacktivism: Cyber activism or cyber crime. *Trinity College Law Review* 16: 137.
- Pen America. 2018. *Defining "Online Abuse": A Glossary of Terms*. *Online Harassment Field Manual*. <https://onlineharassmentfieldmanual.pen.org/defining-online-harassment-a-glossary-of-terms/>.
- Poetranto, I., S. Chan, and S. Anstis. (2020). ON/OFFLINE: Multidimensional threats faced by environmental human rights defenders in Southeast Asia. *Global Information Society Watch 2020 – Technology, the Environment and a Sustainable World: Responses from the Global South*, (eds.) A. Finlay, L. Nordstorm, 72-77. Association for Progressive Communications and Swedish International Development Cooperation Agency.
- Press Release UN Special Rapporteur on Environmental Defenders. 2022. *UN Special Rapporteur on Environmental Defenders presents his vision for mandate to ensure protection under the Aarhus Convention*. <https://unece.org/climate-change/press/un-special-rapporteur-environmental-defenders-presents-his-vision-mandate>.
- Romagna, Marco. 2020. Hacktivism: Conceptualization, techniques, and historical view. *The Palgrave handbook of international cybercrime and cyberdeviance*, 743-769. DOI: 10.1007/978-3-319-78440-3_34.

- Scheidel, Arnim, Daniela Del Bene, Juan Liu, Grettel Navas, Sara Mingorría, Federico Demaria, Sofia Avila, Brototi Roy, Irmak Ertör, Leah Temper, and Joan Martínez-Alier. 2020. Environmental conflicts and defenders: A global overview. *Global Environmental Change*, 63: 102104. DOI: 0.1016/j.gloenvcha.2020.102104.
- Siatisa, I. 2021. *Freedom of assembly under attack: General and indiscriminate surveillance and interference with internet communications*. International Review of the Red Cross. <http://international-review.icrc.org/articles/freedom-assembly-under-attack-surveillance-interference-internet-communications-913>.
- Smith, K. 2019. *The Harassment of Environmental Defenders in the European Union: a case study report*. EEB, <https://eeb.org/wp-content/uploads/2019/12/The-Harassment-of-Environmental-Defenders-in-the-European-Union-%E2%80%93-A-Case-Study-Report.pdf>.
- Smith, Peter J., and Elizabeth Smythe. 1999. Globalization, citizenship and technology: The mai meets the internet. *Canadian Foreign Policy Journal* 7(2): 83-105. DOI: 10.1080/11926422.1999.9673213.
- Swedish Society for Nature Conservation. 2019. *Environmental Report defenders under attack: The threats facing people who protect nature*. Swedish Society for Nature Conservation, <https://www.naturskyddsforeningen.se/artiklar/report-environmental-defenders-under-attack-the-threats-facing-people-who-protect-nature/>.
- UN General Assembly. 2016. *Situation of human rights defenders* (A/71/281).
- UN Human Rights Council. 2018. *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences on online violence against women and girls from a human rights perspective* (A/HRC/38/47).
- UNECE. 2014. *The Aarhus Convention: An implementation guide* (Second edition).
- UNECE. 2019. *Guide to the Aarhus Convention Compliance Committee*, <https://unece.org/info/Environment-Policy/Public-participation/pub/2291>.
- UNECE. 2021. Decision VII/9 on a Rapid Response Mechanism to Deal with Cases Related to Article 3 (8) of the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters. UN Doc ECE/MP.PP/2021/CRP.8, https://unece.org/sites/default/files/2021-11/ECE.MP_PP_2021_RRM_CRP.8_3.pdf
- van der Wilk, Adriane. 2018. *Cyber violence and hate speech online against women*. European Parliament's Committee on Women's Rights and Gender Equality. DOI: 10.2861/738618.
- Verweijen, Judith, Fran Lambrick, Philippe Le Billon, Felipe Milanez, Ansumana Manneh and Melisa Moreano Venegas. 2021. "Environmental defenders": The power/disempowerment of a loaded term. *Environmental and Land Defenders: Deadly Struggles for Life and Territory*, (eds.) Mary Menton and Philippe Le Billion, 37-49. Routledge.
- Vogels, E.A. 2021. *The State of Online Harassment*. Pew Research Center, <https://www.pewresearch.org/internet/2021/01/13/the-state-of-online-harassment/>.
- Weber, Teresa. 2022. Are climate activists protected by the Aarhus Convention? A note on Article 3(8) Aarhus Convention and the new Rapid Response Mechanism for environmental defenders. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*. DOI: 10.1111/reel.12465.
- Winkelman, Sloane Burke, Jody Oomen Early, Ashley D. Walker, Lawrence Chu, and Alice Yick-Flanagan. 2015. Exploring cyber harrasment among women who use social media. *Universal Journal of Public Health* 3(5): 194-201. DOI: 10.13189/ujph.2015.030504.

Sprawozdanie

Volume 21, Issue 1
June 2023

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

REPORT
received 2023-01-10
accepted 2023-01-30



**Report on the International Scientific Conference
“Contemporary threats to parental responsibility.
Selected legal aspects” organised within the framework
of the 2022 Central European Professors Network
(Miskolc, Hungarian Academy of Science,
5 December 2022)**

**Sprawozdanie z międzynarodowej konferencji naukowej
pt. „Współczesne zagrożenia dla odpowiedzialności rodzicielskiej.
Wybrane aspekty prawne”, zorganizowanej w ramach
Sieci Profesorskiej Europy Środkowej
(Miskolc, Węgierska Akademia Nauk, 5 grudnia 2022 r.)**

MARIA MASŁOWIEC

University of Miskolc – Central European Academy
maslowiec.maria@student.uni-miskolc.hu

Citation: Masłowiec, Maria. 2023. Report on the International Scientific Conference on ‘Contemporary threats to parental responsibility. Selected legal aspects’ organised within the framework of the 2022 Central European Professors Network (Miskolc, Hungarian Academy of Science, 5 December 2022). *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(1): 223–230. DOI: 10.25167/osap.5065.

Abstract: This paper aims to provide a comprehensive report on the conference “Contemporary threats to parental responsibility. Selected legal aspects” held on 5 December 2022 in Miskolc and organised by University of Miskolc – Central European Academy as part of the Central European Professors Network. It includes a presentation of individual papers by conference participants from Croatia, Czechia, Hungary, Poland, Serbia, Slovakia and Slovenia. The conference was the final event crowning the activities of the research group dealing with parental responsibility, the outcome of which will be publishing of a monograph.

Keywords: parental responsibility/authority/care, Central Europe

Abstrakt: Celem niniejszego tekstu jest przedstawienie sprawozdania z konferencji pt. „Współczesne zagrożenia dla odpowiedzialności rodzicielskiej. Wybrane aspekty prawne”, zorganizowanej 5 grudnia 2022 r. w Miskolcu przez Uniwersytet w Miskolcu – Akademię Środkowoeuropejską w ramach Sieci Profesorskiej Europy Środkowej. Zaprezentowane zostaną poszczególne referaty uczestników konferencji z Chorwacji, Czech, Węgier, Polski, Serbii, Słowacji i Słowenii. Wydarzenie było zwieńczeniem działalności grupy badawczej nad odpowiedzialnością rodzicielską, rezultatem której będzie publikacja monografii.

Słowa kluczowe: odpowiedzialność/władza/opieka rodzicielska, Europa Środkowa

1. Introductory information

On 5 December 2022, the International Scientific Conference devoted to contemporary threats to parental responsibility from the point of view of selected legal aspects took place in the venue of the Hungarian Academy of Science in Miskolc.

The event was organised by the University of Miskolc – Central European Academy in partnership with: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law in Budapest, Institute of Justice in Warsaw, Central European Association for Comparative Law, Slovak Association for Comparative Law, Polish Scientific Association for Comparative Law, Association for the Advancement of Comparative Law Research in Serbia, Romanian Association for Comparative Law, University of Opole, Cardinal Wyszyński University in Warsaw. The conference was held within the framework of the 2022 Professors Network: an international project aimed at strengthening academic cooperation in the Central European region. One of the sections of the 2022 edition was devoted to the question of the content of parental responsibility.

The following professors and scholars participated in the works of the research group dealing with this topic: Prof. Dr. Tímea Barzó – University of Miskolc-Central European Academy, Hungary; Prof. dr. sc. Aleksandra Korać Graovac – University of Zagreb, Croatia; prof. JUDr. Zdeňka Králíčková Ph.D. – Masaryk University in Brno, Czech Republic; Prof. dr hab. Marek Andrzejewski – Institute of Legal Sciences of the Polish Academy of Sciences; Dr Michał Poniatowski – Cardinal Wyszyński University in Warsaw, Poland; Ph.D. Full Professor Gordana Kovaček Stanić – University of Novi Sad, Serbia; PhDr. JUDr. Lilla Garayová Ph.D. – Pan-European University in Bratislava, Slovakia; Prof. Suzana Krajlić Ph.D. – University of Maribor, Slovenia; dr hab. Paweł Sobczyk, prof. UO – University of Opole, Poland (leader of the group).

The outcome of the work of the research project was preparation of the monograph entitled *Content of the right to parental responsibility. Experiences –*

Analyses – Postulates, edited by Prof. Paweł Sobczyk.¹ The conference held on 5 December was the final event concluding the research group's activities.²

2. Opening panel

The introductory panel of the conference was moderated by Prof. Dr. János Ede Szilágyi (University of Miskolc, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law).

The first speaker of the opening panel was Dr Marcin Romanowski (Undersecretary of State in the Ministry of Justice of the Republic of Poland). In his welcoming words, he indicated the significance of regional academic cooperation and partnership, which may be the answer to contemporary problems and challenges, particularly those in the area of family law.

The next speaker, Prof. Dr. Tímea Barzó, the Director-General of the Central European Academy presented the idea and the achievements of this institution. It is worth noticing that this is the Central European Academy which coordinates the Professors Network. It represents one of the three important pillars of the activity of the Academy. Others, such as Central European Academy Junior Programme and Central European Academy Publishing were also presented. The number of projects and events organized within the framework of the Professors Network or Junior Programme, as well as outcomes of the publishing house, are highly remarkable.³

The third speaker, Prof. Sobczyk, presented the introduction to the activity of the research group. It was focussed on the concept of child and the concept of parental responsibility. The core question remains to determine the content of the parental responsibility with the special emphasis on the situation of the child and family after divorce. The need for indicating the basic principles and values underlying the right to family *in genere* (resulting from human dignity) was also pointed out.

Prof. Marcin Wielec (Cardinal Wyszyński University in Warsaw, Institute of Justice in Warsaw) concluded the opening panel and presented the book *Content of the right to parental responsibility. Experiences – Analyses – Postulates*.

¹ Sobczyk Paweł (ed.), *Content of the right to parental responsibility. Experiences – Analyses – Postulates*, CEA Publishing (in preparation)

² It is worth noticing that in the previous year, a similar, to some extent, group of researchers prepared an interesting publication on family protection from comparative perspective in general, see Barzó Tímea, Lenkovics Barnabás (ed.), *Family Protection from a Legal Perspective Analysis on Certain Central European Countries*, Budapest/Miskolc 2021, DOI: 10.54237/profnet.2021.tbblfl. The research project in question was therefore designed to explore the selected issue of parental responsibility in a more detailed manner.

³ More information may be found at the webpage of the Central European Academy <https://centraleuropeanacademy.hu/en/> (last accessed: 9 January 2023).

In this context questions on the rights of the family members, taking into consideration different strategies adopted on the domestic and international level (e.g. strategies of the European Union or reasonings of the European Court of Human Rights) were asked.

3. Section I

The moderator of the following thematic section was Dr Katarzyna Zombory (University of Miskolc – Central European Academy).

The first speaker, Prof. Korać Graovac, explained the challenging issue of the procedural rights of the child in family proceedings in Croatia. Recent solutions regarding the participation of children in the justice system were presented. The Croatian family law reform was aimed at the implementation of the UNCRC, as well as the guidelines of the Council of Europe or the EU. Despite good assumptions and principles: respect for the views of the child, the right to be heard, according to the child's age and maturity, or providing information and advice for the child, the reform in this area is questionable, especially in the context of the child's status of the party in all family proceedings or the person of 'special guardian' through which a child has the right to express the views. In the most general terms, it can be said that the law imposes many obligations which, due to inaccuracies or systemic inadequacies, encounter practical implementation problems (from the perspective of the authorities, the family and the child). As a result, solutions that were intended to serve the realisation of children's rights do not necessarily serve them.

The second speaker, Prof. Králíčková, addressed the issue of the exercise of parental responsibility in special cases from the Czech perspective. The general aims and principles, as well as the content of parental responsibility according to Czech law, were presented. Particularly, the need for the protection of minors – their best interests and participatory rights was emphasised. Also, the issue of equality of parents, despite the character of their relationship, was addressed. The Professor highlighted the challenges of the current regulations of divorce. It may be considered not flexible enough, as issuing by the court of the final and conclusive decision on the minor's situation (especially custody and maintenance) is the precondition for the divorce. At the end of the presentation, Prof. Králíčková provided examples of good and bad practices from the Czech case law on parental responsibility.

The third speaker, Prof. Barzó, introduced a topic at the interface of family law and medical law. The presentation entitled "Parental responsibility (authority) related to the Child's Health Care" concerned the issue of self-determination in healthcare with the special emphasis on anomalies related to minors' situation

in this regard. It is worth remembering that in the case of children, the involvement of a statutory representative is needed. However, an important point in this respect is the age of 16. Issues of parental consent to surgery, the right to medical confidentiality and the right to access to medical records in the case of minors were presented. As shown during the lecture, cases where parental authority is not exercised jointly by both parents can be particularly difficult.

4. Section II

The second thematic ‘Polish speakers’ section was chaired by Dr Bartłomiej Oręziak (Cardinal Wyszyński University in Warsaw, Institute of Justice). The first contribution concerned limitations of parental authority. The topic was addressed by Prof. Andrzejewski. He first noted the construction of the limitation. It is a response by the court (the state) to an endangered good of the child in the person of the parent. The aim is to remove the threat without any delay. However, it is not a form of repression towards a parent. There may be different reasons for the limitation, determining its scope. Depending on the cause, secure contact between parent and child may be needed or preventing those contacts may be necessary. Among the controversial cases mentioned were deprivation of parental authority because of poverty (when support for the family should be provided), because of refusal of permission to implement a medical procedure, or violation of autonomy or privacy of a child. Prof. Andrzejewski pointed to the great social role of the family judge in this respect, who should communicate with the institutions monitoring the situation of a family and coordinate their work.

The following paper “Content of the Right to Parental Responsibility and the Activities of Non-governmental Organizations in Poland” was delivered by Dr Poniatowski, the secretary of the research group. The speech brought closer the situation of parents who are not isolated from other entities, like activities of NGOs within the scope of their statutory aims. This is particularly relevant in connection to church associations, charity and care associations. It is worth considering that the interaction between non-governmental organisations’ operations and the use of parental authority is very nuanced. Due to the growth of non-governmental sector, this complexity will only increase in the future. The speaker pointed out the issue of fragmented regulation of this problem and possible collisions between different sources of law.

The final presentation of the panel was a lecture by Prof. Sobczyk, the leader of the research group. It was entitled “The influence of parents on [sexual] education in public schools in Poland”. The professor drew attention to the constitutional basis of the right to bring up children in accordance with one’s

beliefs. In addition, mechanisms for the implementation of this right in the area of education were presented (e.g. the functioning of parents councils at schools). The subsidiary role of the school in the upbringing of children vis-à-vis parents was emphasised.

5. Section III

The final, third thematic session was again presided over by Prof. Szilágyi. The contribution of Prof. Kovaček Stanić from Serbia had the remarkable title “Important Issues Concerning a Child: Decision-making and Resolving the Parental Conflict”. The presentation addressed matters of parental equality and the possibility of the joint and independent exercise of parental authority under Serbian law. Among the cases of parental conflicts that threaten the rights of the child, relocation and abduction were cited. It is worth noting the need to seek appropriate ways of resolving parental conflicts. This is why the possible solutions from European states were presented in a comparative way. Also, Prof. Kovaček Stanić reiterated the need for specialisation and qualification of family judges.

The next speaker, Prof. Garayova, undertook to address a difficult task. The issue of the various possible terms by which authority/responsibility/parental care is called was hinted at by previous speakers. Moreover, it was even evident in the titles of the speeches. The professor, therefore, traced the different concepts in various national laws/languages and current guidelines from international institutions. The conclusion, however, was that content is more important than the name.

The last presentation in the section was the contribution of Prof. Krajlić from Slovenia: “Parental responsibility – from autonomy to deprivation”. The speech emphasised the constitutional grounds of parental rights and duties. The best interests of the child and family life, including parents, should be protected. Joint custody of parents should be promoted, as well as the priority of parental care. It is why deprivation may take place only when no other measures significantly protect the child. If possible, less restrictive measures for parents should provide adequate protection. The speaker underlined the possibility of parental care being renewed if the reason for deprivation ceased, obviously in the best interest of the child. The presentation addressed also the issue of contact and maintenance, treated separately from parental care itself. Furthermore, Prof. Krajlić pointed out some procedural issues and listed examples of reasons in cases of deprivation of parental care.

The concluding open discussion concerned the rights of the child as a patient, particularly from Hungarian and Slovenian perspective, sexual education

in the context of current legislative works in Poland and divorce in the context of care for children and domestic violence in the Czech example.

The evening ended with a ceremonial part with thanks and gifts to the members of the research group.

References

International treaties and documents of international organizations

United Nations Convention on the Rights of the Child signed at New York on 20 November 1989, UNTS, vol. 1577, p. 3.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed at Rome on 4 November 1950, ETS 5.

European Convention on the Exercise of Children's Rights signed at Strasbourg on 25 January 1996, ETS. 160.

United Nations Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12. 2009. The right of the child to be heard.

United Nations Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14. 2013. On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration.

Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice (2010): European Union, Child-friendly justice – a key agenda for EU. Activities of Fundamental Rights Agency. Research 2017.

Recommendation No. R(84) 4 on Parental Responsibilities, Adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 28 February 1984 and Explanatory Memorandum.

Domestic legal acts and case-law

Croatian Family Act of 2015, Official Gazette nos. 2013/2015 and 98/2019.

Czech Civil Code, Act No. 89/2012 Coll., Sections.753(3), 858, 865-867, 876-877, 892.

Hungarian Act CLIV of 1997 on Healthcare (Healthcare Act).

Hungarian Constitutional Court's decision No 36/2000 (X. 27.).

Constitution of the Republic of Poland, Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483 ze zm., art. 48, 70, 71.

Polish Family and Guardianship Code, Dz.U. 1964 Nr 9, poz. 59; t.j. Dz.U. 2020, poz. 1359 ze zm., art. 109.

Act of 14 December 2016 Education Law, Dz.U. 2017 poz. 59; t.j. Dz.U. 2021 poz. 1082.

The Regulation of the Minister of National Education of February 14, 2017, Dz.U. 2017 poz. 356.

Serbian Family Act, Official Gazette of Serbia 18/05 with amendments.

Slovak Family Act No. 36/2005 amended by Act No. 175/2015 Coll.

Constitution of the Republic of Slovenia (1991 Ustava RS, Uradni list RS, št. 33/91I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ50, 69/04 – UZ43, 69/04 –

UZ14, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ90,97,99, 47/13 – UZ148, 75/16 – UZ70a, 92/21 – UZ62a, Art. 54.

Slovenian Family Code, Družinski zakonik, Uradni list RS, št. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 16/19 – ZNP-1, 22/19, 67/19 – ZMatR-C, 200/20 – ZOOMTVI, 94/22 – odl. US, 94/22 – odl. US, Art. 6.

Secondary sources

Barzó, Tímea and Barnabás Lenkovics (ed.). 2021. *Family Protection from a Legal Perspective Analysis on Certain Central European Countries*, Budapest/Miskolc. DOI: 10.54237/profnet.2021.tbblfl.

Sobczyk, Paweł (ed.), Content of the right to parental responsibility. Experiences – Analyses – Postulates, CEA Publishing (in preparation).

The Commission on European Family Law (CEFL), Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, 2007, Intersentia.

EDITORS / REDAKTORZY

Karina Ćwirzeń (teksty polskojęzyczne)

Jacek Jędrzejowski (teksty anglojęzyczne)

TECHNICAL EDITOR / REDAKTOR TECHNICZNY

Jolanta Brodziak

TYPESETTING AND LAYOUT / SKŁAD I ŁAMANIE

Waldemar Szweda

PROOFREADING / KOREKTA

Zespół (teksty polskojęzyczne)

Jacek Jędrzejowski (teksty anglojęzyczne)

COVER DESIGN / PROJEKT OKŁADKI

Jolanta Brodziak

© Copyright by Uniwersytet Opolski

Opole 2023

ISSN 1731-8297

e-ISSN 6969-9696

Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, 45-365 Opole, ul. Dmowskiego 7-9.

Wydanie I.

Składanie zamówień: tel.: 77 401 66 89; e-mail: wydawnictwo@uni.opole.pl