

PRAWO KONTRAKTÓW

redakcja naukowa
Zbigniew Kuniewicz, Dorota Sokołowska

PRAWO KONTRAKTÓW

redakcja naukowa
Zbigniew Kuniewicz, Dorota Sokołowska

Stan prawny na 1 sierpnia 2017 r.

Redaktorzy naukowi składają podziękowania Panu dr. Szymonowi Słotwińskiemu i Pani mgr Adrianie Tomczyk za pomoc okazaną w pracach nad książką.

Recenzenci

Prof. dr hab. Adam Olejniczak

Prof. dr hab. Jerzy Pisuliński

Wydawca

Małgorzata Stańczak

Redaktor prowadzący

Joanna Ołówek

Opracowanie redakcyjne

Anna Krzesz

Łamanie

Wolters Kluwer Polska

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

prawolubni

SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ

Więcej na www.legalnakultura.pl

POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by

Wolters Kluwer Polska SA, 2017

ISBN: 978-83-8107-614-2

ISSN: 1897-4392

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz najważniejszych skrótów	9
Słowo wstępne	11
<i>Maria Boratyńska</i>	
Odpowiedzialność kontraktowa za osoby trzecie posiadające fachowe kwalifikacje – na przykładzie lekarza i umowy o leczenie	13
<i>Andrzej Całus</i>	
Dylematy unijnego prawa kontraktów	30
<i>Krzysztof Czub</i>	
Umowy o wspólności praw w prawie autorskim i prawie własności przemysłowej	50
<i>Paweł Dąbek, Aleksandra Nowak-Gruca</i>	
Uwagi o karze umownej z perspektywy ekonomicznej analizy prawa (EAP)	64
<i>Adam Doliwa</i>	
O istocie i przyszłości umowy na tle współczesnej praktyki obrotu i przepisów kodeksu cywilnego o zawarciu umowy	78
<i>Maria Dragun-Gertner, Zuzanna Pełowska-Dąbrowska</i>	
Ochrona słabszej strony w umowach przewozu pasażerów drogą morską. Proponowane zmiany w polskim kodeksie morskim	87
<i>Mariusz Fras</i>	
Ubezpieczenie grupowe. Uwagi <i>de lege lata</i> i postulaty <i>de lege ferenda</i>	100
<i>Wojciech Górecki</i>	
Stosowanie skargi pauliańskiej do czynności prawnych między małżonkami ..	121

Jarosław Grykiel

Charakter prawny zastrzeżenia w umowie przedwstępnej świadczenia na poczet umowy przyrzeczonej	135
---	------------

Joanna Haberko

W poszukiwaniu reżimu odpowiedzialności: uwagi o skutkach naruszenia umów związanych z dobrami osobistymi	149
--	------------

Aleksander Kappes

Czy należy uregulować czynności powiernicze?	164
---	------------

Wojciech J. Katner

Niektóre potrzebne i wątpliwe rozwiązania w prawie umów na tle dyskusji o nowym kodeksie cywilnym	173
--	------------

Wojciech J. Kocot

Charakter prawny umowy ramowej	188
---	------------

Marcin Krajewski

Zakres swobody kształtowania umów gwarancyjnych	214
--	------------

Jan Lic

Problem istnienia długu łącznego	231
---	------------

Jolanta Loranc-Borkowska

Zwolnienie sprzedawcy z odpowiedzialności za wady fizyczne rzeczy sprzedanej na podstawie art. 557 k.c.	247
---	------------

Jakub M. Łukasiewicz

Uwagi na temat umowy alimentacyjnej i kontraktów quasi-alimentacyjnych ..	260
--	------------

Piotr Machnikowski

Kontraktowa odpowiedzialność odszkodowawcza <i>de lege ferenda</i>	270
---	------------

Elwira Macierzyńska-Franaszczyk

Umowa o dostarczanie treści cyfrowych według projektu dyrektywy o dostarczanie treści cyfrowych	293
--	------------

Jacek Mazurkiewicz

„Wszystko na sprzedaż!” Prawo umów wobec mizერი moralnej współczesnego Zachodu	302
---	------------

Konrad Osajda

Właściwość (natura) stosunku prawnego jako ograniczenie zasady swobody umów	318
--	------------

Marlena Pecyna

Platformy internetowe – nowy kierunek prawa umów	345
---	------------

Jerzy Pisuliński

Ochrona wierzyciela w razie niewypłacalności dłużnika – propozycja nowego ujęcia	356
---	------------

Agnieszka Pyrżyńska

Zobowiązanie ciągle w prawie kontraktów. Próba wyróżnienia modeli ogólnych	379
---	------------

Magdalena Rzewuska

Umowa przekazania użytkowania wieczystego	397
--	------------

Maciej Rzewuski

Umowa o zarząd spadkiem	409
--------------------------------------	------------

Rafał Szczepaniak

Swoboda umów w sektorze publicznym	425
---	------------

Andrzej Szlęzak

Polemicznie o umowie o zwolnienie dłużnika z obowiązku świadczenia – na marginesie artykułu dr hab. Magdaleny Wilejczyk	453
--	------------

Andrzej Śmieja

W sprawie odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy budowlanego (art. 652 k.c.)	462
--	------------

Marek Świerczyński

Instrumenty dzielenia ryzyka w świetle prawa cywilnego	472
---	------------

Renata Tanajewska

Wpływ zastosowania umowy outsourcingu na kompetencje rady nadzorczej spółki akcyjnej	488
---	------------

Marcin Trzebiatowski

Umowa licencyjna w „sporze” o prawa własności intelektualnej, czyli o legitymacji procesowej czynnej licencjobiorcy	500
--	------------

Jacek Trzewik

O swobodzie kontraktowania w prawie ochrony środowiska 522

Krzysztof Wesołowski, Daniel Dąbrowski

Koncepcja sposobu unormowania umowy przewozu rzeczy w prawie wewnętrznym 539

Jacek Widło, Jan Mojak

Umowna zmiana podmiotu w stosunku zobowiązaniowym (uwagi na tle prac Zespołu Komisji Kodyfikacyjnej pod kierunkiem Prof. Z. Radwańskiego) 551

Magdalena Wilejczyk

Umowa o zwolnienie dłużnika z obowiązku świadczenia 566

Arkadiusz Wowerka

Umowy między wspólnikami spółek kapitałowych związane z ich uczestnictwem w spółce – w poszukiwaniu prawa właściwego między statutem personalnym a statutem kontraktowym 576

Konrad Zacharzewski

Umowny obrót uprawnieniami do emisji dwutlenku węgla (CO₂) do atmosfery 594

Mariusz Zelek

Przyczynek do dyskusji o umownej modyfikacji reguł odpowiedzialności deliktowej 605

Krzysztof Żok

Zawarcie umowy za pomocą strony internetowej a zakres zastosowania oferty *on-line* (art. 66¹ § 4 k.c.) 615

WYKAZ NAJWAŻNIEJSZYCH SKRÓTÓW

Akty prawne

BGB	–	Bürgerliches Gesetzbuch (niemiecki kodeks cywilny)
CC	–	Code civil (francuski kodeks cywilny)
CESL	–	Common European Sales Law (wspólne europejskie przepisy o sprzedaży)
DCFR	–	Draft Common Frame of Reference (Projekt Wspólnotowego Systemu Odniesień)
Konstytucja RP	–	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
k.c.	–	ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.)
k.p.c.	–	ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1822 ze zm.)
k.r.o.	–	ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 682)
k.z.	–	rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. Nr 82, poz. 598 ze zm.)
PECL	–	Principles of European Contract Law (Zasady Europejskiego Prawa Umów)
TEWG	–	Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą
TFUE	–	Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47)
TWE	–	Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz.Urz. UE C 321 E z 2006 r., s. 37)

Czasopisma i publikatory

KPP	–	Kwartalnik Prawa Prywatnego
M. Praw.	–	Monitor Prawniczy
NP	–	Nowe Prawo
OSNC	–	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna

OSNCP	–	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna i Pracy
OSP	–	Orzecznictwo Sądów Polskich
OTK	–	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
PiP	–	Państwo i Prawo
PPH	–	Przegląd Prawa Handlowego
PS	–	Przegląd Sądowy
PUG	–	Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
RPEiS	–	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
TPP	–	Transformacje Prawa Prywatnego
ZNUJ PWiOWI	–	Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej

Urzędy i instytucje

EKES	–	Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny
ETS	–	Europejski Trybunał Sprawiedliwości
EWWiS	–	Europejska Wspólnota Węgla i Stali
KE	–	Komisja Europejska
KKPC	–	Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego
NSA	–	Naczelny Sąd Administracyjny
OSL	–	Okręgowy Sąd Lekarski
PE	–	Parlament Europejski
SA	–	sąd apelacyjny
SN	–	Sąd Najwyższy
SO	–	sąd okręgowy
TK	–	Trybunał Konstytucyjny
TSUE	–	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
UNIDROIT	–	Institut international pour l'unification du droit privé (Międzynarodowy Instytut Unifikacji Prawa Prywatnego)

SŁOWO WSTĘPNE

W dniach 21–23 września 2016 r. odbył się w Międzyzdrojach VI Ogólnopolski Zjazd Cywilistów. Funkcję organizatora Zjazdu pełnił Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego.

Historia Zjazdu Cywilistów nie jest długa, gdyż poczynając od 2004 r., z różną częstotliwością przedstawiciele tej – jakże ważnej – gałęzi prawa spotykają się w formule zjazdowej. Współorganizatorami I Zjazdu Cywilistów były Wydział Prawa i Administracji UMCS w Lublinie oraz Wyższa Szkoła Administracji i Zarządzania w Przemysłu, natomiast kolejne Zjazdy organizowały Wydziały Prawa i Administracji Uniwersytetów: Śląskiego, Wrocławskiego, Mikołaja Kopernika w Toruniu oraz Adama Mickiewicza w Poznaniu. Warto również wspomnieć, że w 1972 r. odbył się w Rzeszowie Ogólnopolski Integracyjny Zjazd Cywilistów, zorganizowany przez Wydział Prawa i Administracji UMCS w Lublinie.

Niewątpliwym zaszczytem dla organizatorów VI Zjazdu był fakt udziału w nim blisko trzystu uczestników, prawników cywilistów, przedstawicieli nauki i praktyki, reprezentujących wszystkie krajowe jednostki naukowe oraz wszystkie zawody prawnicze.

Prawo cywilne, jeśli nie jest najobszerniejszą, to z pewnością jest jedną z najobszerniejszych gałęzi prawa. Wybierając zatem temat towarzyszącej VI Zjazdowi konferencji naukowej, zamiarem organizatorów było przedstawienie takiej propozycji tematycznej, która uwzględniałaby możliwie najszersze spektrum naukowych zainteresowań przedstawicieli nauki prawa cywilnego. Uważamy, że temat „Prawo kontraktów” w dużej mierze spełnia te oczekiwania. Problematyka dotycząca umów pojawia się bowiem, chociaż w różnym stopniu, w każdym dziale wyznaczającym strukturę prawa cywilnego.

Zebrane w książce artykuły stanowią efekt pracy badawczej autorów wywodzących się z różnych ośrodków naukowych. Opracowania te zawierają wiele cennych myśli, które bez wątpienia wzbogacają polską doktrynę prawa cywilnego. Wyrażamy nadzieję, że wpłyną one również na praktykę stosowania prawa, a także będą inspiracją do dalszych prac badawczych oraz zamierzeń legislacyjnych.

Dziękujemy wszystkim uczestnikom VI Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów, autorom referatów, moderatorom poszczególnych paneli, prelegentom i dyskutantom. Słowa podziękowania kierujemy także wobec tych podmiotów i instytucji, które udzieliły Zjazdowi finansowego wsparcia, a Wydawnictwu Wolters Kluwer dziękujemy za wydanie niniejszej publikacji.

Szczecin, sierpień 2017 r.

Zbigniew Kuniewicz, Dorota Sokołowska

Maria Boratyńska

Odpowiedzialność kontraktowa za osoby trzecie posiadające fachowe kwalifikacje – na przykładzie lekarza i umowy o leczenie

1. Wprowadzenie

Ramę prawną dla lekarskiej odpowiedzialności kontraktowej stanowi umowa nienazwana o leczenie, która co do zasady jest traktowana jako mutacja zlecenia – z konsekwencjami w postaci obowiązku starannego działania i wykonywania usługi osobiście. Właściwość czynności medycznych objętych umową powoduje jednak, że ta nie zawsze może być wykonywana tylko własnymi rękami. Na wstępie trzeba od razu poczynić zastrzeżenie, że działalność leczniczą determinują ustawy zawodowe – przede wszystkim ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz ustawa o zawodach pielęgniarki i położnej. Obowiązki przedstawicieli zawodów medycznych są tam określone w sposób niezależny od reżimu odszkodowawczego. Ze względu na specyfikę czynności uchybienie tym obowiązkom, jeśli wypełnia znamiona czynu niedozwolonego, to jednocześnie kwalifikuje się jako złamanie umowy oraz jako przewinienie zawodowe. Zbieg podstaw odpowiedzialności nie będzie przedmiotem prowadzonych tutaj rozważań, ale jego istnienie ma tę konsekwencję, że dorobek orzecznictwa sądów powszechnych w sprawach ze źródła deliktowego i lekarskich sądów samorządowych w sprawach o popełnienie przewinienia zawodowego zachowuje przydatność również na gruncie odpowiedzialności kontraktowej. W ostatnim czasie pojawia się coraz więcej prywatnych placówek medycznych leczących stacjonarnie. Wykonywanie zabiegów, w tym skomplikowanych operacji, odbywa się tam na zasadzie umowy z pacjentem. Typ zabiegu nie zmienia na ogół zasad odpowiedzialności lekarskiej¹, ale jedną z konsekwencji przejścia na reżim kontraktowy jest odmiennność przesłanek odpowiedzialności za podwładnych lub za inne osoby, z których pomocą umowa jest wykonywana. Nie wszystkie te placówki prywatne mają status osób prawnych, gdzie błędy

¹ Wyjątek stanowią zabiegi czysto kosmetyczne, które nie mają własnego unormowania. W rezultacie wszystko: samą ich dopuszczalność, zakres obowiązków profesjonalnych oraz należną pacjentowi gamę informacji określa się metodą rozsądnych analogii do czynności leczniczych.

personelu prowadzą do kontraktowej odpowiedzialności szpitala. Może to być również indywidualna praktyka lekarska bądź indywidualna specjalistyczna praktyka lekarska.

Dla przejrzystości wywodu będzie tutaj mowa o modelu, w którym zabiegu podjął się, na zasadzie umowy z pacjentem, konkretny lekarz, ale wykonując go, może skorzystać z pomocy innych wykwalifikowanych osób: technika medycznego, drugiego lekarza tej samej lub innej specjalności, anestezjologa, pielęgniarek, położnych. Przyjęło się uważać, że sformułowanie „odpowiedzialny jak za własne działanie lub zaniechanie” (art. 474 k.c.) oznacza odpowiedzialność za winę osób trzecich, ale według standardu właściwego dłużnikowi. Obiektywną miarą przykładaną do zachowania pomocników ma być zatem zestaw wymagań, w tym zasad fachowej ostrożności, właściwy dla dłużnika jak gdyby ten wykonywał czynność osobiście². Uwolnienie od odpowiedzialności jest możliwe tylko przy wykazaniu, że naruszenie powstało wskutek okoliczności, za które osoby te nie odpowiadają³. Tymczasem interpretacja owa jest zasadna tylko o tyle, o ile osoba trzecia przy wykonaniu umowy wchodzi na miejsce dłużnika, zastępując go – np. chirurg poprosi kolegę, który ma jego zdaniem „lepszą rękę” do laparoskopii drobnych kamieni żółciowych lub gdy sam nagle źle się poczuje i bywa, że zdarza się to już po **otwarciu** pacjenta⁴. Wówczas jest oczywiste, że niezależnie, jaki poziom specjalizacji ma zastępca, stosuje się do niego takie same obiektywne miary **należytości**. Może wtedy znaleźć zastosowanie właściwy zleceniu przepis o złączeniu odpowiedzialności za zastępcę do winy w wyborze (art. 738 k.c.), choć wolno przypuszczać, że w praktyce medycznej ma to miejsce raczej rzadko. Większość sytuacji, kiedy potrzeba zastępcy, dotyczy bowiem okoliczności nadzwyczajnych lub nagłych, gdy pacjenta nie ma jak zawiadomić na bieżąco, bo nie pozwala znieczulenie ogólne lub nie ma czasu, *post factum* natomiast już się o tym nie myśli.

Przykład umowy o leczenie daje asumpt do zrewidowania dotychczasowych zapatrywań doktrynalnych na temat trzech zagadnień: rozróżnienia między zobowiązaniami starannego działania i rezultatu, miary odpowiedzialności za czyny cudze oraz odpowiedzialności w działaniach zespołowych.

2. Odpowiedzialność za pomocników „dzieła medycznego”

Są takie umowy o leczenie, które ze względu na przedmiot zbliżają się swoim sensem oraz celem do umowy o dzieło. Zostało to w doktrynie zauważone już jakiś czas temu, ale bez jednoznacznego stanowiska, jak je traktować: jako zobowiązanie starannego

² Jest to podejście tradycyjne, wręcz podręcznikowe, głęboko w doktrynie ugruntowane i powtarzane z dzieła na dzieło. Zob. F. Zoll [w:] *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 6, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 1123 i tam przywołane piśmiennictwo.

³ F. Zoll [w:] *System...*, t. 6, 2014.

⁴ Dla laików to może być trudne do uchwycenia, ale w chirurgii wiedza medyczna to jedno, ale drugie – sprawność czysto manualna, wytrenowana w praktyce i czasem nawet do pewnego stopnia odruchowa.

działania czy rezultatu⁵. Chodzi tutaj zwłaszcza o zabiegi chirurgii estetycznej oraz o protetykę, przede wszystkim stomatologiczną i ortodoncję, jak również o endoprotetykę. Zaprotezowanie wymaga wówczas ścisłej współpracy dwóch różnych fachowców: lekarza i technika medycznego, a zaprojektowanie, wykonanie i montaż protezy lub aparatu stanowią do pewnego stopnia ich wspólne quasi-dzieło⁶. Stomatologia to niemalże tradycyjna domena kontraktów ze względu na powszechnie znaną mizериę co do możliwości uzyskania protezy w ramach NFZ bądź perspektywy paroletniego oczekiwania na wizytę u ortodonta, gdy tymczasem np. dziecko dorasta. Stroną umowy jest wtedy lekarz i on ma odpowiadać jak za siebie za prawidłowość działań technika. Zaznaczają się tutaj dwie kwestie.

1. Pierwszą jest jednoznaczne udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy odpowiedzialność za prawidłowo wykonaną protezę jest odpowiedzialnością za staranne działanie, czy za rezultat, a więc czy protetyka należy rozliczać z niestaranności profesjonalnej technika, czy z samego braku pożądanego efektu. Istnieje tutaj orzecznictwo, sądów powszechnych i zawodowych, które da się streścić następująco: proteza ma pasować w sensie obiektywnym⁷ i spełniać swoje zaplanowane zadanie. Jednak z płaszczem lub butami na miarę też nie zawsze się to udaje i wtedy klient słusznie żąda poprawek. Stąd pochodzi koncepcja orzecznicza Okręgowego Sądu Lekarskiego w Warszawie, a inspirowana opinią biegłego: w protetyce stomatologicznej należyta staranność polega na tym, żeby protezę poprawiać do skutku, tzn. aż będzie pasowała. W sprawie z 1999 r. OSŁ w Warszawie stwierdził, iż „w zasadzie tylko dobre uzupełnienie protetyczne może być uznane za zakończenie leczenia. Nie zawsze proteza pasuje idealnie od pierwszej przymiarki. Jednak poprawki muszą być przeprowadzane aż do uzyskania właściwego efektu, a w razie potrzeby (która zdaniem Sądu w tym przypadku zachodziła), pracę należy powtórzyć”. Dopóki proteza nie będzie pasować, pacjent ma prawo domagać się poprawek. Niepasowanie protezy może również wynikać z wadliwego od początku zaprojektowania. Wtedy trzeba wykonać nową, ale „lekarz nie może przerzucać tego kosztu na pacjenta, jeśli za pierwszym razem nie zdołał poprawnie wykonać uzupełnień”⁸.

⁵ Zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. 11, Toruń 2016, s. 89–92.

⁶ Wyłączam z tego natomiast protezowanie kończyn czy dobieranie okularów, bo tam na ogół w pewnym momencie pacjent opuszcza lekarza (który go zdiagnozował, rozpoznał potrzeby i zaplanował protezowanie), a przechodzi w ręce technika, który na własny rachunek dopasowuje odpowiedni sprzęt już bez udziału lekarza.

⁷ W przypadku protezy stomatologicznej da się to ocenić dzięki pomiarowi kątów, odległości, ustawienia zgryzu. Proteza ortopedyczna pasuje, jeżeli nie powoduje odleżyn ani innych dolegliwości kikutu, natomiast funkcjonalność zależy już od jej technicznego zaawansowania oraz dostosowania do potrzeb i stanu pacjenta. O protezach kończyn zob. M. Boratyńska, *Nowoczesne protezowanie a naprawienie szkody wynikłej z utraty kończyny. Uwagi na tle orzecznictwa*, Prawo i Medycyna 2016/3.

⁸ Pacjent leczył się (nietypowo) na koszt ówczesnej Kasy Chorych. Protezy zębowe ruchome: górna i dolna okazały się od początku wykonane wadliwie w sposób uniemożliwiający użytkowanie, a wady były nieusuwalne: przeciążenie zgryzowe w odcinku przednim, brak kontaktu zgryzowego zębów w odcinku bocznym, zaniżenie wysokości zwarcia o ok. 2 mm. Od pierwszych przymiarek pacjent kwestionował funkcjonalność protezy górnej, która była niestabilna i pozostawała taka mimo kolejnych poprawek. Po około miesiącu pękła. Obwiniony był gotów ją skleić, natomiast odmówił sporządzenia nowej, tłumacząc, że Kasa Chorych nie pokryje kosztów ponownej pracy. OSŁ uznał, że sam fakt sporządzenia protezy

W innej sprawie, z 2001 r., zdaniem tego samego Sądu „staranne postępowanie stomatologa – protetyka polega nie tyle na tym, aby sporządzić «od pierwszego zamachu» idealnie dopasowane uzupełnienia. Taki efekt byłby oczywiście ze všech miar pożądany. Jeżeli jednak się to nie uda ze względu na błędy kliniczne lub laboratoryjne, należyta staranność polega na tym, aby protezę korygować, albo – jak w tym wypadku – sporządzić ponownie, gdy poprawki nie rokują żadnych szans powodzenia”⁹.

Dochowanie należytej staranności polega zatem na zrobieniu takiej protezy, żeby dawała określony, mierzalny obiektywnie rezultat. Jest to kategoria pośrednia w podziale zobowiązań na zobowiązania starannego działania i zobowiązania rezultatu: staranność oceniana na podstawie efektów. W niektórych specyficznych sytuacjach staranne wykonanie stwierdza się więc w oparciu o wystąpienie określonego rezultatu. Dotyczy to właśnie tych czynności medycznych, w których działanie strony lekarskiej faktycznie przypomina wykonanie dzieła. Oprócz protezowania można tutaj zaliczyć większość operacji kosmetycznych. Ich specyfika polega na tym, że rezultat działań jest do pewnego stopnia przewidywalny i tylko dlatego wolno wymagać, aby ostatecznie został osiągnięty. Przy wykonaniu takiego „dzieła protetycznego” za jego ostateczny kształt odpowiada lekarz jako strona umowy i obarczają go również uchybienia pomocników niezależnie od przyczyn.

2. Druga kwestia to miara staranności technika, który jest również fachowcem, ale zupełnie innego rodzaju niż lekarz. Proteza lub aparat ortodontyczny wymaga najpierw zaprojektowania w oparciu o stan uzębienia pacjenta. Lekarz bada, diagnozuje, pobiera wycisk szczęki oraz żuchwy i na tej podstawie sporządza plan leczenia z zaordynowaniem odpowiednich wypełnień protetycznych lub aparatu korygującego. Projektuje je jak inżynier, ale nie jest przecież szkolony w technice wykonania. Zrobienie odpowiedniego przedmiotu według wskazówek lekarza należy do technika, bo tylko on umie zmontować np. most stały ze stali (szkielet) i porcelany (sztuczne zęby). Lekarz ma zaś następnie zacementować wyrób pacjentowi w szczęce. Jeśli most okaże się wadliwy z przyczyn leżących po stronie technika, obarcza to lekarza jako stronę umowy, ale byłoby absurdem rozpatrywanie uchybień technika stosownie do standardu zawodowego lekarza protetyka. Technik ma swój standard, a protetyk ma swój. Technik nie studiował medycyny, ale lekarz sam protezy nie wykona, choć dążą obaj do wspólnego

obiektywnie wadliwej nie musi być przewinieniem zawodowym, ale koszty poprawek lub zupełnie nowego uzupełnienia obciążają lekarza. Jako przewinienie zawodowe zakwalifikował zaś **zaniechanie dalszego leczenia przed uzyskaniem zadowalającego rezultatu**. Zob. też omówienie wyroku: M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, s. 266–267.

⁹ Pokrzywdzona zeznawała, że po założeniu protezy górnej miała zgryz do tego stopnia nieprawidłowy, że nie mogła zamknąć ust. Była również zaszokowana złym efektem estetycznym, bo zęby w odcinku przednim, jak to opisuje, wystawały tak, że „wyglądała jak królik Bugs (sic!)”. Obiektywnie proteza okazała się wadliwa, zastrzeżenia dotyczyły jednak nie etapu planowania pracy, lecz etapu wykonania. W sprawie zapadło uniewinnienie, ponieważ protetyk dobrowolnie naprawił szkodę przez wypłacenie pacjentce sumy przewyższającej nawet cenę wykonania protezy, podczas gdy ona sama zrezygnowała wcześniej definitywnie z jego usług i zamówiła sobie protezę gdzie indziej. Zob. też M. Boratyńska, *Wolny wybór...*, s. 268.

efektu i muszą współpracować, a każdy czyni to stosownie do własnych, odrębnych standardów profesjonalnych.

Kryterium to dotyczy wszystkich innych specjalistów działających wspólnie, a nie zamiast dłużnika – w szczególności anestezjologów. Powikłania anestezyjologiczne u pacjenta mogą być oceniane jako zawinione tylko według standardu działania lekarza anestezjologa. W reżimie deliktowym byłoby to niewątpliwe, zaś odmienny reżim odpowiedzialności nie zmienia przecież tak jasnych uwarunkowań faktycznych.

„Jak za siebie” nie oznacza zatem „według tych samych miar”, lecz że strona umowy ponosi skutki działań wszystkich pomocników.

3. Odpowiedzialność w działaniach zespołowych

Trzecim do rozważenia problemem jest wina w działaniach zespołowych, na przykładzie zabiegu operacyjnego. Niepubliczne podmioty lecznicze praktykują wykonywanie operacji w wynajętych salach szpitali, z wykorzystaniem tamtejszego wyposażenia¹⁰. Stroną umowy jest wtedy nie szpital, tylko lekarz wykonujący indywidualną praktykę, zaś pomocnikami – bądź skompletowany przezeń zespół, bądź zaangażowany w ramach kontraktu ze szpitalem personel miejscowy. Każdy członek zespołu ma do wykonania inny zakres czynności, ale efekt następuje w wyniku działania wszystkich. Oprócz lekarzy zabiegowych i anestezjologa w skład zespołu wchodzi minimum dwie pielęgniarki: tzw. czysta i tzw. brudna (tzn. jedna obsługuje tylko narzędzia i akcesoria wysterylizowane, a druga odbiera użyte). Po zabiegu pacjent pozostaje przez pewien czas pod opieką zmieniającego się co osiem godzin personelu lekarskiego i pielęgniarskiego. Kluczowe znaczenie ma wówczas właściwy przepływ informacji o jego stanie.

Potrzebny nam tutaj będzie przykład, który pokaże uwikłanie w sprawę większej liczby działających. Mogą to być komplikacje, które nastąpiły w rezultacie wspólnie popełnionego błędu – niestaranności pielęgniarek i zaniechania konsultacji między lekarzami, jak też w sprawie pacjentki zbyt szybko „spionizowanej” przez pielęgniarki¹¹. Do operacji przepukliny zostało zastosowane znieczulenie podpajęczynówkowe¹². Według zaleceń anestezjologa pacjentka miała leżeć nieprzerwanie przez 48 godzin, ale już po upływie doby została przez pielęgniarki praktycznie zmuszona do wstania z łóżka¹³.

¹⁰ W ten sposób działali swego czasu lekarze wykonujący operacje zaćmy nowatorską podówczas metodą fakoemulsyfikacji.

¹¹ Wyrok SA w Lublinie z 29.09.2005 r., I ACa 510/05, Prawo i Medycyna 2006/3 z głosem M. Nesterowicza. Operacja miała miejsce w 1995 r.

¹² Tzn. dooponowe, wymagające wkłucia w kręgosłup.

¹³ Próbowала wprowadzić tłumaczyć, że anestezjolog kazał jeszcze leżeć, ale pielęgniarki kazały jej natychmiast wstać, bo „musi chodzić”, i twierdziły, że wiedzą najlepiej, jak się postępuje z pacjentami. Jedna chwyciła ją za rękę i posadziła, a druga podsunęła obuwie, nakazując zrobienie paru kroków.

W rezultacie najpierw odczuła silny pulsujący ból głowy, a zaraz potem zemdlała. Później, w klinice neurologicznej, zdiagnozowano u niej „popunkcyjny zespół zlepnego zapalenia podpajęczynówki oraz zespół neurasteniczny z objawami silnej migreny”. Z miejsca nakłucia na kręgosłupie jeszcze przez cztery miesiące po wypisaniu pacjentki z pozwanego szpitala sączyła się ciemnobrunatna ciecz. Chroniczne bóle głowy uniemożliwiły wykonywanie jakiejkolwiek pracy zarobkowej i uczyniły pacjentkę inwalidką¹⁴. Jak ustalił biegły, gdyby anestezjodrzy, wykonujący znieczulenie do operacji, zostali poinformowani o wystąpieniu tego powikłania, zastosowaliby podanie zewnątrzoponowe krwi własnej pacjentki, co dawało bardzo duże szanse wyleczenia. Wytknął brak konsultacji chirurgów z anestezjologiem w sytuacji, kiedy pacjentka zgłaszała utrzymywanie się nasilonych bólów popunkcyjnych. Wyraził następnie opinię, że jeżeli – mimo wyraźnego polecenia anestezjologa – pielęgniarki postawiły pacjentkę na nogi, to postąpiły nieprawidłowo, bo złamały zalecenie lekarskie. Zawiniony błąd pielęgnacyjny pociągnął za sobą następne zaniedbania – niezgłoszenie omdlenia anestezjologom w celu konsultacji, zlekceważenie objawów bólowych i niewykonanie zabiegu zaradczego. Ustalenia faktyczne odpowiadają tzw. winie organizacyjnej, jednak zawińnięcie pielęgniarek w reżimie kontraktowym zostałyby zarachowane na konto lekarza kierującego pracą zespołu leczącego.

Jeszcze bardziej wyraziste będzie uchybienie na poziomie postrzegania – np. pozostawienie przedmiotu w polu operacyjnym. Orzecznictwo obfituje w przykłady zdolne laikowi zmrozić krew w żyłach: część odgryzacza kostnego w czasie¹⁵ lub igły atratumacyjne w sercu¹⁶. Częściej wprawdzie zdarzają się bardziej „niewinne” z pozoru przeoczenia chusty lub gazika¹⁷, ale za to ze wstrząsającym opisem powikłań¹⁸. Niedopatrzanie wydaje się *prima facie* poważne. Orzecznictwo przyjmuje w takich okolicznościach niedochowanie należytej staranności przez operującego chirurga¹⁹ lub przez chirurga i ordynatora²⁰. Według M. Nesterowicza takie uchybienie trzeba traktować jako domniemanie niedbalstwa po stronie lekarza²¹, zaś w pewnych sytuacjach nawet jako niedbalstwo rażące²². Jeden tylko M. Sośniak zwrócił swego czasu uwagę na możliwe w konkretnym przypadku wyjątkowo trudne warunki operacyjne z powodu zagrożenia życia lub zdrowia chorego, gdy przy silnym krwawieniu używa się dziesiątków

¹⁴ Wcześniej była nauczycielką matematyki.

¹⁵ Wyrok SN z 25.02.1972 r., II CR 610/71, NP 1973/9 z głosem M. Nesterowicza w zbiorze tegoż *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 321–325.

¹⁶ Wyrok SO we Wrocławiu z 20.09.1999 r., I C 708/96, *Prawo i Medycyna* 2001/9 z głosem M. Nesterowicza, oraz w zbiorze tegoż *Prawo medyczne. Komentarze i glosy...*, s. 317–320.

¹⁷ Wyrok SA w Lublinie z 16.12.2003 r., I ACa 573/03, *Prawo i Medycyna* 2005/1 z głosem M. Nesterowicza oraz w zbiorze tegoż *Prawo medyczne. Komentarze i glosy...*, s. 313–316.

¹⁸ Zob. wyrok SA w Poznaniu z 16.12.2010 r., I ACa 973/10, LEX nr 898671.

¹⁹ Wyrok SA w Lublinie z 16.12.2003 r., I ACa 573/03.

²⁰ Wyrok SN z 17.02.1967 r., I CR 435/66, OSNCP 1967/10, poz. 177.

²¹ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy...*, s. 311; tegoż *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, Warszawa–Poznań 1972, s. 80 i n.

²² M. Nesterowicz, *Głos do wyroku SO we Wrocławiu z 20.09.1999 r., I C 708/96 [w:] Prawo medyczne. Komentarze i glosy...*, s. 319.

gazików czy tamponów. Wówczas, zdaniem autora, wolno pozostawienie jednego usprawiedliwić zwykłym przypadkiem²³.

W orzecznictwie i dawniejszej doktrynie wciąż odbijają się echa archaicznej i przebrzmiałej koncepcji „kapitana statku”. Zobowiązywała ona chirurga do pełnej kontroli nad salą operacyjną²⁴. Stąd wzięło się w naszej doktrynie zapatrywanie, że lekarza operującego nie zwolniłby od odpowiedzialności fakt, że liczenie narzędzi i materiałów opatrunkowych należy do obowiązków instrumentariuszki, bo to lekarz powinien sprawdzić pole operacyjne²⁵. W rezultacie winą za pozostawienie ciała obcego sądownictwo obciąża lekarzy²⁶.

Wyobraźmy sobie umowę np. o elektywne cesarskie cięcie²⁷. W trakcie zabiegu pielęgniarka chustę podała, operator jej użył, a następnie zaszył pacjentkę z chustą wewnątrz. Na tym tle powstaje przede wszystkim pytanie: czyje to uchybienie, bo jeśli nie lekarza, tylko jednej z pielęgniarek, to możliwy brak winy pielęgniarki powinien zwalniać i lekarza. Lekarz jednak też widział chustę, skoro sam jej użył przy operacji. Kto zatem mógł i powinien był spostrzec, że pozostała w polu operacyjnym: lekarz, który widzi pole, czy skrupulatnie licząca materiał pielęgniarka? W tym celu trzeba ustalić, kogo obowiązują jakie zasady ostrożności, oraz rozważyć, czy są możliwe do dochowania z czysto percepcyjnego punktu widzenia. Gaziki i chusty wykonane są z warstw cienkiej i wsiąkliwej gazy, różnią się tylko rozmiarami²⁸. Jedne i drugie nasiąkają krwią i kolorystycznie zlewają się z otoczeniem, czyli z wnętrzościami pacjenta. Można to na własny użytek zilustrować następującym doświadczeniem: zmiętą batystową chusteczkę wrzucić do salaterki pełnej surowych wątróbek i delikatnie zamieszać. W toku zabiegu czysta pielęgniarka podaje materiały i narzędzia, operator ich używa, a brudna odbiera i obie powinny dokładnie liczyć. Stosowane są też dodatkowe metody ostrożności, jak układanie odebranego sprzętu w specjalny sposób. Natomiast operator jest zajęty czymś zupełnie innym, tyle że nie zamknie pacjenta, póki nie usłyszy raportu pielęgniarek: „materiał zgodny”.

²³ M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, wyd. 2, Warszawa 1977, s. 227.

²⁴ Sąd Najwyższy stanu Pensylwania w sprawie *McConnell v. Williams* (1949); zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne...*, 2016, s. 144–145 i n.

²⁵ Wyrok SN z 17.02.1967 r., I CR 435/66; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy...*, s. 314.

²⁶ Wyrok SN z 17.02.1967 r., I CR 435/66; wyrok SN z 25.02.1972 r., II CR 610/71; wyrok SO we Wrocławiu z 20.09.1999 r., I C 708/96; wyrok SA w Lublinie z 16.12.2003 r., I ACa 573/03; wyrok SA w Poznaniu z 16.12.2010 r., I ACa 973/10.

²⁷ Elektywne, tzn. z wyboru pacjentki. Taki sposób rozwiązywania porodu, praktykowany (na życzenie) tylko w placówkach niepublicznych, jest wprawdzie kosztowny, ale zyskuje popularność wśród pacjentek obawiających się nieprzewidywalnych komplikacji, jakich ryzyko zawsze niesie ze sobą poród pochwowy.

²⁸ Chusty (inaczej serwety), używane do operacji, mają kształt kwadratu ok. 44 x 44 cm i w niczym nie przypominają zwarto tkanych chust trójkątnych 95 x 95 x 135 cm, kojarzonych z zestawem pierwszej pomocy i lekiami przysposobienia obronnego. Gaziki mają natomiast wymiary 10 x 10 cm.

W stanie faktycznym sprawy rozpoznawanej przez OSL w Warszawie²⁹ pielęgniarki zaraportowały, że materiał jest niezgodny. Poszukiwania w pacjentce i w otoczeniu nie przyniosły rezultatu, zresztą żywego pacjenta nie da się przeszukać dokumentnie, bo pętli jelitowych nie można przekładać dowolnie (taki komfort jest osiągalny tylko *post mortem*). Kończyło się działanie znieczulenia, więc ranę trzeba było zaszywać. Późniejsze ponowne przeszukanie sali operacyjnej nadal nic nie dało, a pielęgniarki zgodnie twierdziły, że jednej chusty brak. Następnego dnia pacjentkę przekonano, by pozwoliła ponownie się otworzyć, ale w niej też chusty nie było, więc złożyła zawiadomienie o popełnieniu przewinienia zawodowego polegającego na wykonaniu zabiegu zbędnego. To tylko hipoteza, że w pakiecie zbiorczym musiało być od początku o jedną chustę za mało. Pielęgniarki przypuszczalnie zasugerowały się pozostałą zawartością, a powinny policzyć uprzednio³⁰, bo pomyłki przy pakowaniu są powszechnie znanym faktem i zdarzają się częściej nawet w opakowaniach fabrycznych niż w szpitalnej sterylizatorni. Sprawa miała miejsce jeszcze w czasach, gdy chusty nie musiały mieć znaczników rentgenowskich³¹. Teraz znaczniki takie należą do standardu, ale prześwietlenie nie zawsze jest wykonalne od razu na sali operacyjnej, bo nie każda ma w wyposażeniu tzw. ramię rentgenowskie. Zapobiegawczo mogą działać stosowane u niektórych chust specjalne troki; dla bezpieczeństwa zapina się nawet na nich narzędzie, ale to nie zawsze da się zrobić, bo przy tamponadzie (czyli tamowaniu gwałtownego krwawienia) narzędzie przeszkadza i trzeba je zdjąć. W użyciu bywa różna

²⁹ Orzeczenie OSL w Warszawie z 18.05.2006 r., OSL-13/06, niepubl. Pacjentka miała cesarskie cięcie ze wskazań medycznych.

³⁰ „Ogólnie procedura postępowania z materiałami, używanymi podczas cesarskiego cięcia w szpitalu wyglądała następująco. W szpitalu jest centralna sterylizacja. Serwety są szyte w szpitalu, opakowane w biały papier. Instrumentariuszka otrzymuje je w pakietach. Jeden pakiet jest złożony z 10 serwet i 15 gazików. Instrumentariuszka otwiera pakiet w obecności instrumentariuszki «brudnej». Każda z nich przed operacją dokonuje niezależnie przeliczenia serwet i gazików. Kolejny pakiet otwiera się dopiero po zużyciu wcześniejszego. Użyte przedmioty po operacji liczy instrumentariuszka «brudna» i informuje zespół, czy liczba się zgadza ze stanem sprzed rozpoczęcia operacji. Świadek [położna asystująca przy operacji] zeznała, że wprawdzie nie pamięta ówczesnych wydarzeń, ale i tak jest pewna, że liczba serwet w pakiecie wynosiła tyle, ile powinno. Ś. nie przypomina sobie ani jednego wypadku, by w pakiecie była inna liczba serwet niż 15. Ś. wyraża przekonanie, że «nie ma możliwości, żeby ona czy koleżanki nie liczyły». Oznaczałoby to, że serweta gdzieś zaginęła, ale świadek nie potrafi powiedzieć, co mogło się z nią stać. Świadek [druga położna] również zeznała, że według jej wiedzy serwety są zawsze liczone i jest ich zawsze 15. Ona także nie wie, co mogło się stać z serwetą zaginioną. Zespół operujący był cały przekonany, że serweta nie pozostała w jamie brzusznej. Jednocześnie instrumentariuszki upierały się, że liczba serwet nie zgadza się (obie położne napisały potem oświadczenie, że przed operacją liczyły serwety i na pewno przed zabiegiem ta serweta była, a zaginęła w trakcie cięcia). Wobec tego podjęto dalsze poszukiwania. Bez rezultatu przeszukano całą salę porodową, kąpok noworodkowy, wszystkie worki z brudną bielizną. Wydawało się zatem, że serweta mogła jednak pozostać w jamie brzusznej i zostać «przegapiona», mimo starannej kontroli pola operacyjnego. Lekarz skonsultował się z radiologami, którzy wykluczyli możliwość miarodajnego rozstrzygnięcia tej kwestii metodami nieinwazyjnymi. Nie było możliwości użycia tomografu komputerowego, który był nieczynny, a wykonanie rtg było bezcelowe, bo materiały używane przy operacji nie były znaczone substancjami pochłaniającymi promienie rentgenowskie» (z uzasadnienia).

³¹ Jest to specjalna nitka wpleciona na ukos w rogu tkaniny. Takie same znaczniki są obecnie również w gazikach.

liczba chust, od dwóch do stu dwóch – i to nie jest figura retoryczna³². *Ex post* operacja okazała się zatem niepotrzebna. Niemniej oceniając sytuację *ex ante*, decyzja o operacji była zdaniem sądu uzasadniona³³. Pięcioro lekarzy zostało uniewinnionych. „Obwinieni, którzy uczestniczyli w procesie decyzyjnym, rozumowali wprawdzie prawidłowo, ale swoje decyzje podejmowali w oparciu o fałszywe przesłanki faktyczne. Byli błędnie przekonani, że serwet w pakiecie było pierwotnie dziesięć i że jedna «gdzieś» zaginęła. Ponieważ zaś nie znaleziono jej nigdzie na sali operacyjnej i w jej najbliższym otoczeniu, przeto jedynym racjonalnym wytłumaczeniem było to, że znajduje się ona w jamie brzusznej. W efekcie podjęli decyzję o relaparotomii, która – należy powtórzyć – była uzasadniona, gdy oceniać ją według subiektywnej wiedzy obwinionych i *ex ante*. Ale jednocześnie – patrząc *ex post* – operacja ta była obiektywnie niepotrzebna, przy czym do jej zbędnego przeprowadzenia doszło z przyczyn leżących po stronie szpitala. Nie wdając się w rozważania nad tym, czy w grę mogłaby wchodzić konstrukcja «winy organizacyjnej», czy też «winy anonimowej», OSL jest przekonany, że przesądza to o zawinieniu zakładu opieki zdrowotnej»³⁴. Los położnych nie jest znany, ponieważ podlegają one własnemu sądownictwu zawodowemu. Zdaniem Sądu jednak „nie istnieje też niezawodny system nadzoru nad liczeniem serwet. System dotychczas obowiązujący (liczenie przez dwie osoby niezależnie) wydaje się zupełnie wystarczający, chociaż ze znikomym prawdopodobieństwem pomyłki w liczeniu mogą się przy nim zdarzać w przyszłości”³⁵.

Z opisu stanu faktycznego innego wyroku wiadomo, że przy operacji wyrostka robaczkowego użyto dwóch chust, z czego jedna pozostała w pacjentce³⁶. Tutaj zasadne zatem będzie pytanie, jak możliwe, żeby dwie pielęgniarki pomyliły się w liczeniu do dwóch. Jednocześnie jednak, czy od operatora wolno wymagać, by wykonując zabieg, zwracał jednocześnie uwagę na liczbę chust? Zdarza się w praktyce, że pielęgniarki zgłaszają niezgodność materiału, ale kierownik zespołu nie przyjmuje tego do wiadomości lub ignoruje. (Stosowna adnotacja w protokole operacji, dokonana w interesie

³² Liczbę 102 chust podał nagabnięty o sprawę chirurg. Z kontekstu wynika, że jest to liczba raczej wysoka. Na pokazanym mi zdjęciu widniało 80 chust poskładanych i ułożonych dziesiątkami na foliowej płachcie w celu szybkiego ponownego ich policzenia w razie potrzeby.

³³ „Serweta nie odnalazła się zresztą do dziś, z czego z praktyczną pewnością można wyciągnąć wniosek, że jeszcze przed operacją, podczas przygotowywania materiałów doszło do pomyłki w liczeniu. W pakiecie musiała od początku znajdować się jedna serweta mniej, a przed operacją położne albo wbrew obowiązкови w ogóle ich nie przeliczyły, albo też pomyliły się w liczeniu. W każdym razie były przekonane, że liczba serwet (10) się zgadza i w efekcie wszczęły fałszywy alarm” (uzasadnienie).

³⁴ „To, że obwinieni nie popełnili przewinienia zawodowego, nie oznacza, że w przedmiotowej sprawie wszystko odbyło się tak, jak należy. (...) W takim razie powtórna operacja miała charakter zawinionego naruszenia praw pacjenta (...), a jednocześnie wiązała się ona z naruszeniem integralności cielesnej (co stanowi jedno z dóbr osobistych człowieka). W tych warunkach (...) [pacjentka] ma prawdopodobnie wszelkie dane, by skutecznie dochodzić od szpitala w (...) co najmniej zadośćuczynienia za krzywdę. Powyższe stwierdzenie nie ma charakteru wiążącego, opiera się jedynie o przypuszczenia tutejszego Sądu i stanowi wyłącznie pouczenie dla pokrzywdzonej. Sprawy tego rodzaju należą do zakresu kognicji sądów powszechnych i tam też należy kierować ewentualne powództwo” (z uzasadnienia).

³⁵ Z uzasadnienia. Po tamtym zająsci w szpitalu została dodatkowo wprowadzona tablica, na której liczy się serwety.

³⁶ Wyrok SA w Poznaniu z 16.12.2010 r., I ACa 973/10.

pielęgniarek, pozwoli później ustalić sprawcę zaniedbania.) Nie wszystko jest tak dobrze widoczne, jak mogłoby się wydawać i nie wystarczy intensywne wpatrywanie się w pole, aby dostrzec zapomniany gazik czy serwetę. Miarą staranności nie może być samo natężenie uwagi lekarza³⁷, bo jeśli czegoś nie widać, to patrzenie nie pomoże.

Z tego właśnie powodu powinien istnieć więcej niż jeden sposób kontroli, za które odpowiadają też inne osoby, a ich uchybienia nie powinny automatycznie obciążać kierującego zespołem. W reżimie kontraktowym mechanizm odpowiedzialności jest wprawdzie właśnie taki, ale działa czysto normatywnie: na zasadzie obiektywnego przypisania cudzej winy, a nie zawinienia własnego. System odpowiedzialności wciąż jest oparty w przeważającej mierze na winie, więc nie należy stawiać wymagań zbyt wygórowanych i nierealnych, bo niemożliwych do spełnienia. Notabene ubezpieczyciel pozwanego szpitala próbował wykorzystać doktrynalne gromy ciskane przy podobnych sprawach na lekarzy i powołać się na ich rażące niedbalstwo w celu uwolnienia się samemu od odpowiedzialności, Sąd jednak nie podzielił tego poglądu³⁸.

4. Należyta staranność zawodowa personelu medycznego

Zagadnienie należytej staranności lekarskiej jest złożone oraz wielopłaszczyznowe³⁹. W tym miejscu pragnę tylko przypomnieć, że pojęcie „należyta staranność” jest dwuwyrazowe i legalnie zdefiniowana została tylko należytość: jako „ogólne wymagania w stosunkach danego rodzaju”. Wolno więc staranność wyklądać z poziomu słownikowego – „dbałość, troska, uwaga”⁴⁰. Dlatego niezależnie od reżimu odpowiedzialności

³⁷ Chodzi o samopotwierdzające się rozumowanie: „gdyby uważnie spojrzeć, na pewno by dostrzegł, a skoro nie dostrzegł, to patrzył niedostatecznie uważnie”.

³⁸ „(...) ustalenie rażącego niedbalstwa związane jest – zgodnie z ogólnymi zasadami ustalania winy – z konstrukcją odpowiedniego miernika staranności, w tym wypadku staranności minimalnej, elementarnej (...) rażącym niedbalstwem może być także działanie poniżej osiągniętego już w skali ogólnospołecznej poziomu wiadomości, np. techniki lub medycyny (...). Podczas operacji doszło jednakże do naruszenia procedury dotyczącej bilansowania narzędzi i materiałów używanych przy zabiegach. Obowiązujące standardy nakazują liczenie wszystkich przedmiotów, sprawdzenie prawidłowości liczenia i zgodności oraz dokonanie odpowiedniego zapisu w protokole. Są to czynności stosowane przy każdym zabiegu i operacji, szczegółowo opisane w obowiązujących procedurach operacyjnych. W rozpoznawanej sprawie na skutek niestaranności operatora i osób uczestniczących przy zabiegu doszło do pozostawienia chusty w brzuchu pacjentki. Naruszone zostały procedury odnoszące się do liczenia użytych przedmiotów, co biegły nazwał «błędem ludzkim», czego konsekwencją było pozostawienie ciała obcego w organizmie operowanej osoby. Zabieg został przeprowadzony prawidłowo pod względem diagnostycznym i medycznym, **jednak na skutek zawinienia operatora – niestaranności liczenia doszło do wyrządzenia krzywdy powódce**. Oczywiście było to zawinione działanie określonych osób, jednakże nie można przypisać im działania czy zaniechania umyślnego, a takie działanie graniczące z umyślnym nazywane jest rażącym niedbalstwem. Poprzez specjalne oznakowanie materiałów możliwe było rychle ujawnienie zaistniałego błędu (zdjęcie rtg), jednak mimo informacji uzyskanych od powódki w pozwanym Szpitalu, nie przeprowadzono tam stosownych czynności ujawniających błąd popełniony podczas operacji”.

³⁹ Zob. zwłaszcza B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wina lekarza i zakładu opieki zdrowotnej jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy leczeniu*, Prawo i Medycyna 1999/1.

⁴⁰ Zob. szerzej M. Boratyńska, *Wolny wybór...*, s. 254–255.

nie powinno się moim zdaniem obiektywizować winy, a w szczególności przesądzać w omawianym kontekście z góry, że „kto w polu operacyjnym przeoczył chustę czy tampon, ten zawinił”. Jest faktycznie niemożliwe, żeby jedna osoba upilnowała wszystkiego, więc nie można odpowiedzialnym za wszystko czynić kierownika zespołu. Koncepcja lekarza operującego jako „kapitana okrętu” jest niewątpliwie sugestywna, błyskotliwa i obrazowa, ale nie odpowiada realiom, dlatego że kapitan stoi na mostku i tylko dowodzi całością, podczas gdy operator ma przede wszystkim do wykonania część pracy i to najważniejszą. Musi zatem jednocześnie robić swoje i kierować pozostałymi. Za bardziej oddające istotę rzeczy uważam tutaj porównanie do dyrygenta prowadzącego orkiestrę, ale od smyczka pierwszych skrzypiec. Z tego punktu widzenia cały dotychczasowy dorobek orzecznictwa w sprawach o pozostawienie przedmiotu w polu operacyjnym wymaga moim zdaniem przewartościowania. Nie bez powodu M. Sośniak dowodził, iż „niewłaściwe byłoby tworzenie w tej mierze jakichś sztywnych schematów odpowiedzialności. Przecież niejednokrotnie nagłość operacji, stan chorego, przyspieszone tempo zabiegu itp. warunki operacyjne, jakie badać należy *ad casum*, czynią z omawianego pozostawienia zwykły przypadek”⁴¹. Jako pierwszy przytaczał też obserwację, iż przesiąkanie materiałów opatrunkowych krwią czyni je w polu operacyjnym „wprost niewidocznymi”⁴², a także argument, iż trwałość materiału, z którego wykonane są narzędzia i instrumenty operacyjne (np. klamry, sondy), oraz większa łatwość ich ewidencjonowania stanowią czynniki dające podstawę do zaostrzania odpowiedzialności za ich pozostawienie⁴³. Sam jednak dystansował się wobec tego rozróżnienia i postulował traktowanie go tylko jako kryterium pomocniczego⁴⁴. „Zaniedbanie to może popełnić zarówno instrumentariuszka, jak i najbieglejszy operator”⁴⁵. Mimo upływu lat i wzbogacenia się orzecznictwa konkluzje te zachowują aktualność, ponieważ zostały sformułowane przy praktycznym, a nie tylko teoretycznym podejściu do realiów medycznych.

Lekarz ma ustawowy obowiązek dochowania staranności należytej⁴⁶, nie zaś, jak to można gdzieś niedługo przeczytać, „najwyższej”. Ani bowiem na najwyższą, ani nawet na wzmogoną czy szczególną nie ma podstawy prawnej. W szczególności nie mają nic do rzeczy zasady współżycia społecznego przy wykonaniu zobowiązania, bo to prowadziłoby do pomieszania pojęć: zasad współżycia społecznego, które mają wymiar etyczny, ze standardami fachowymi, które w większości są etycznie obojętne. Nie mieszkamy etyki z techniką zabiegową⁴⁷ ani obserwacyjną i powtórzmy: nie ma podstaw

⁴¹ M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność...*, s. 227.

⁴² M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność...*, s. 226.

⁴³ M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność...*, s. 226.

⁴⁴ M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność...*, s. 227.

⁴⁵ M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność...*, s. 227.

⁴⁶ Zawarty *expressis verbis* w art. 4 ustawy z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. z 2017 r. poz. 125 ze zm.).

⁴⁷ W doktrynie i przeglądach orzecznictwa upórcozywie przywoływany jest wyrok SN z 29.10.2003 r., III CK 34/02, OSP 2005/4, którego teza 2 brzmi: „Zachowanie funkcjonariusza publicznego jest bezprawne, jeżeli pozostaje w sprzeczności z obowiązującym porządkiem prawnym, przez który należy rozumieć nie tylko obowiązujące ustawodawstwo, ale także obowiązujące w społeczeństwie zasady współżycia

prawnych do formułowania wobec lekarzy takich wymagań. Tym bardziej, że ustawodawca wyróżnił niektóre inne grupy zawodowe – np. notariuszy – obowiązkiem staranności szczególnej. Najwyraźniej zatem rozróżnienie zostało dokonane celowo. Bez wchodzenia w szczegóły: samo jego istnienie już stanowi argument, że standardy ogólne nie mogą być zrównywane w drodze wykładni ze szczególnymi, czyli podwyższonymi. Należyta staranność lekarska – ogólnie wymagana w stosunkach zawodowych danego rodzaju – oznacza zgodność postępowania z prawidłami właściwego działania wynikającymi z wiedzy profesjonalnej. Jest to standard zobiektywizowany i jednakowy dla każdego lekarza danej specjalności, który znajdzie się w analogicznej sytuacji i zetknięcie z takim samym problemem medycznym. Określają go reguły „techniczne”, będące pochodną aktualnego stanu wiedzy medycznej i przez to dynamicznie się zmieniające, oraz pozamedycznej, a także wiedzy potocznej (np. że gorące parzy)⁴⁸. Z tego punktu widzenia stawianie wymagań podwyższonych nie ma najmniejszego sensu: określony wzorzec fachowości jest dostatecznie wysoki, a przede wszystkim – konkretny i nadający się do porównań. Natomiast subiektywne natężenie uwagi i mobilizacja percepcyjna powinny być do niego adekwatne i również mieścić się w granicach właściwych człowiekowi odpowiednio wykwalifikowanemu. Dla porównania: dawna ustawa o zawodach pielęgniarki i położnej (przed zmianą z 2011 r.⁴⁹) przewidywała w art. 18, iż „pielęgniarka, położna wykonuje zawód (...) ze szczególną starannością”. Obecnie w art. 11 ust. 1 nowej ustawy jest to już staranność należyta. *Ratio* takiej zmiany należy powiązać z faktem, iż nowa ustawa nadaje pielęgniarkom i położnym w pewnym zakresie samodzielność zawodową⁵⁰. Samodzielność zawodu medycznego pociąga zaś za sobą decyzyjną styczeńność z nieprzewidywalnym. Zarówno organizm pacjenta, jak i wiedza medyczna mają w sobie wiele niewiadomych, więc wykonywanie zawodu nigdy nie daje pełnej kontroli nad sytuacją ani zdolności przewidzenia z pewnością, że zdarzą się lub nie zdarzą powikłania.

społecznego. Wśród tych zasad mieści się przeprowadzanie zabiegów operacyjnych zgodnie ze sztuką lekarską i najwyższą starannością, wymaganą od profesjonalisty”. Mamy tu zatem do czynienia z wykładnią *contra legem*, w oderwaniu od kontekstu ustawy lekarskiej i bez oparcia w realiach medycznych. Niestety, podobny sposób rozumowania – formułujący wobec lekarzy wymogi podwyższonej staranności – powtarza się w innych orzeczeniach (wyrok SA w Krakowie z 9.03.2001 r., I ACa 124/01, PS 2002/10, s. 130; wyrok SN z 23.10.2003 r., V CK 311/02, LEX nr 82272; wyrok SN z 22.06.2005 r., III CK 392/04, LEX nr 177203) i bywa przytaczany przez doktrynę w sposób bezrefleksyjny. Por. E. Bagińska, *Glosa do wyroku SN z 29.10.2003 r., III CK 34/02, OSP 2005/4*; R. Patryn, *Określenie zasady postępowania lekarza z należytą starannością z płaszczyzny orzecznictwa sądowego*, Prawo i Medycyna 2012/2, s. 87.

⁴⁸ Zob. szerzej trzy współautorskie prace: P. Konieczniak, M. Boratyńska, *Naruszenie zasad ostrożności jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej, karnej i zawodowej lekarza*, Prawo i Medycyna 1999/3; tychże, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 140–174; tychże, *Ostrożność, staranność i rezultat w leczeniu*, Przegląd Ubezpieczeń Społecznych i Zdrowotnych 2002/3.

⁴⁹ Ustawa z 1.07.1996 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz.U. z 2009 r. Nr 151, poz. 1217 ze zm.).

⁵⁰ Art. 4 ustawy z 15.07.2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz.U. z 2016 r. poz. 1251 ze zm.).

5. Przypisanie uchybienia w działaniu zespołowym

Wprawdzie w ramach odpowiedzialności kontraktowej zawinienie pomocników obarcza stronę umowy, jednak przypisanie obiektywnego naruszenia ostrożności jednej osobie może oznaczać, że nie dopuściła się go inna. Miary staranności profesjonalnej różnią się od siebie, tak więc przypisanie naruszenia lekarzowi – który np. nie zauważył pozostawionej klamry lub gazika – mogłoby hipotetycznie zwalniać pielęgniarkę. Obiektywne uchybienie nie jest jeszcze równoznaczne z winą, więc samo niedostrzeżenie przesiąkniętego krwią opatrunku w pewnych okolicznościach dałoby się uznać za przypadek. Z kolei pomyłka w liczeniu, ów – jak to określił Sąd Apelacyjny w Poznaniu – „błąd ludzki”, obarcza instrumentariuszki, a nie lekarza i rodzi dlań konsekwencje tylko o tyle, o ile jest zawiniona. Te rozmaite konfiguracje pozostają bez znaczenia dla odpowiedzialności osoby prawnej, ponieważ da się je sprowadzić do tzw. winy organizacyjnej lub anonimowej. Jednak lekarz jako strona umowy i jednocześnie kierownik zespołu ma dwie grupy obowiązków: za siebie i za innych. W razie wystąpienia szkody zwalnia go dopiero wykazanie zarówno braku zawinienia własnego, jak i braku zawinienia pomocników. Pilnując pola operacyjnego, nie może wszakże z równą intensywnością nadzorować czynności należących do zadań innych osób: nie ma innego wyjścia, jak do pewnego stopnia im zaufać. Więcej uwagi powinien zwrócić na lekarza stażystę niż na doświadczoną instrumentariuszkę, wolno bowiem założyć, że ta, mimo braku wykształcenia medycznego, swój zakres prac opanowała lepiej. Im większy stopień wyspecjalizowania wymagany od pomocników, tym mniej uwagi trzeba im poświęcić. Nie znaczy to rzecz jasna, iżby kierownik zespołu nie miał obowiązku reagowania na dostrzeżony błąd pomocnika. Brak takiej reakcji będzie jego własnym uchybieniem. Nie można jednak wymagać, aby zauważył każdy błąd cudzy. W ustaleniu właściwych proporcji przychodzi z pomocą doktryna prawa karnego i wypracowana tam zasada ograniczonego zaufania⁵¹. O stopniu owego zaufania decyduje m.in. poziom dyscypliny społecznej w danej dziedzinie życia: im ona większa, tym większe wolno mieć zaufanie⁵². Nie trzeba tłumaczyć, że dyscyplina w zespole medycznym przypomina wojskową, czego konsekwencją jest wysoki stopień dopuszczalnego zaufania do fachowych współpracowników. Powoduje to, że dopiero jawne i jaskrawe naruszenie reguł ostrożności⁵³ nakazuje interweniować. Odpowiada to założeniu wyjściowemu, iż inny członek zespołu postępuje prawidłowo, chyba że popełni błąd o charakterze alarmującym: np. gdy instrumentariuszka podaje kleszczyki zamiast lancetu. Praktyka pokazuje, że tego ograniczonego nawet zaufania nie można zaś mieć do li-

⁵¹ T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, s. 422.

⁵² Postanowienie SN (7) z 7.12.1962 r., Rwnw 10/62, OSNKW 1963/7–8, poz. 122, za: T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie...*, s. 428.

⁵³ Postanowienie SN (7) z 7.12.1962 r., Rwnw 10/62.

czenia chust w sterylizatorni ani do zawartości opakowań firmowych⁵⁴, ale staranność uprzedniego policzenia obciąża nie lekarzy, tylko pielęgniarki.

W kontraktowym reżimie odpowiedzialności powyższe rozróżnienia mogą wydawać się nazbyt subtelne i sprawiać wrażenie maskowania uchybień w celu uwolnienia dłużnika od odpowiedzialności. Obarczenie go skutkami zawinienia pomocników spełnia analogiczną funkcję co deliktowa konstrukcja winy anonimowej i leży w najlepszym interesie wierzyciela. Nie może być jednak przedmiotem zobowiązania, nawet umownego. Przy błędzie popełnionym w ramach wykonywania kontraktu trzeba wykazać brak winy i to będzie wystarczająco trudne. Wobec postępującej algorytmizacji czynności medycznych obszar błędów niezawinionych zawęża się, ale istnieje. Pasem bezpieczeństwa mogłoby być tylko ubezpieczenie społeczne od szkód medycznych.

Są takie pomyłki, które niezależnie od reżimu odszkodowawczego faktycznie przesądzą o winie: gdy fachowcowi „nie wolno” się pomylić (np. wyrwać nie ten ząb, zooperować drugie kolano, amputować zdrową nerkę zamiast chorej). Sposobem na ich uniknięcie nie jest jednak moim zdaniem zaostrzanie standardu lekarskiej **należytości**, lecz doskonalenie zasad ostrożności technicznej oraz tworzenie drobiazgowych algorytmów zabezpieczających przed pomyłką, najlepiej kilku stosowanych równolegle. Zaniechanie ich wdrożenia stanowi o uchybieniu organizacyjnym. Warto przy okazji zauważyć, że dla zapobieżenia pozostawieniu ciał obcych w polu operacyjnym tworzone są coraz to nowe: kiedyś było to tylko liczenie sprzętu, potem pojawiło się układanie użytego na specjalnej tablicy lub płachcie, niedawno – wprowadzenie znaczników rentgenowskich; a stopniowo upowszechnia się prześwietlenie pacjenta jeszcze na sali operacyjnej. Zgadzam się, że przeoczenie materiału pozwala domniemywać faktycznie niedbalstwo, ale nie rażące i nie lekarza, chyba że ten zlekceważył raport pielęgniarski o zauważonych brakach. Od strony praktycznej problem jest jednak bardziej skomplikowany niż można w pierwszej chwili przypuszczać i w tym miejscu chciałabym przestrzec przed wydawaniem pochopnych sądów.

Tylko na marginesie można zasygnalizować, że w przypadku przeoczenia niektórych ciał obcych wolno – bardzo rzadko – przyjąć brak czyjejkolwiek winy. Dotyczy to stomatologii i odłamanych końcówek narzędzia, cienkich niczym włos, co zdarza się przy manipulowaniu w zakrzywionym kanale zębowym. Istnieje na ten temat utrwalone orzecznictwo OSL w Warszawie⁵⁵.

⁵⁴ Wolno natomiast ufać, iż chusty zostały prawidłowo wysterylizowane – o ile są poskładane i nie ma na nich widocznych zabrudzeń.

⁵⁵ Które streszcza m.in. następujący fragment uzasadnienia: „O ile pozostawienie jakichkolwiek przedmiotów np. w jamie brzusznej podczas operacji bywa w literaturze cywilistycznej uznawane za automatycznie przesądzające o zawinieniu, z pewnością reguły takiej nie da się przenieść na postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej, gdy chodzi o ciała obce pozostawione w zębie, stanowiące przy tym – jak w tej sprawie – znikomych rozmiarów odłamki narzędzia. Jak zauważają biegli, instrumenty stomatologiczne zasadniczo «mają prawo» ulec złamaniu czy ukruszeniu; jest to więc często powikłanie niezawinione. Powodem jego może być m.in. nieprawidłowa budowa kanału zęba. Nie istnieją przy tym takie techniki prowadzenia narzędzia, które gwarantowałyby uniknięcie zdarzeń tego rodzaju. (...)»

Uwolnienie lekarza od winy spowoduje najprawdopodobniej przypisanie jej innemu członkowi zespołu. Odszkodowanie kontraktowe i tak zostanie orzeczone, ale bez stygmatyzowania lekarza jako winowajcy. Będzie to miało znaczenie nie tylko moralne, ale także dla innych reżimów odpowiedzialności, w tym zawodowego, a także dla roszczeń regresowych typu pracowniczego. Lekarz wyłoży odszkodowanie, ale jeżeli wina leżała po stronie podwykonawcy, działającego na zlecenie pomocnika czy zatrudnionej pielęgniarki, może zażądać od nich wyrównania. Jest to kwestia wewnętrznej sprawiedliwości między członkami zespołu. W rozpoznawanej sprawie brakującej chusty OSL w Warszawie skłaniał się raczej ku konstatacji, że nie zawinił nikt. Pielęgniarki w najlepszej wierze wszczęły fałszywy alarm: albo więc nie policzyły chust w pakiecie, albo pomyliły się przy liczeniu. To drugie nie musiało być zawinione, ale w reżimie kontraktowym lekarz musiałby przed pacjentem wykazać brak ich winy, natomiast na użytek kontraktowych rozliczeń wewnętrznych to każda z nich musiałaby przekonująco wytłumaczyć się przed lekarzem, który je zaangażował. Pod rządem dawnej ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej kryterium oceny stanowiłaby staranność szczególna przede wszystkim tej z nich, która rozpakowywała pakiet; obecnie jest to tylko staranność należyta.

6. Podsumowanie

W reżimie kontraktowym błędy członków zespołu słusznie spadają na kierownika jako, można powiedzieć, obiektywne przypisanie cudzych zawinień – jest to bowiem odpowiedzialność za skutki. Poszkodowanego wspomaga ciężar dowodu na brak winy, a kierownik odpowiada także za winę własną, gdy jego zaufanie do pomocników nie doznawało uzasadnionych ograniczeń. Standard osobistej staranności dłużnika odnosi się tylko do jego zastępców, natomiast zawinienie pomocników powinno się badać według im właściwych standardów staranności fachowej. Gdy umowa o leczenie przypomina w skutkach wykonanie dzieła, miarą staranności wszystkich działających jest określony rezultat. Uchybienie percepcyjne w postaci przeoczenia w polu operacyjnym materiału opatrunkowego będzie najczęściej konsekwencją zawinienia personelu pomocniczego, który źle policzył, a nie operatora, który mógł w sposób niezawiniony nie dostrzec, bo gaziki lub chusty przesiąknięte krwią źle widać, a czasem, w rezultacie rozmaitych **rękoczynów**, potrafią ulec przemieszczeniu, tak że z wierzchu stają się

Ze względu na znikomą średnicę światła kanału instrumentu do ich udrażniania też musi być odpowiednio cienki. Ma on postać wiotkiej, metalowej igły, która – gdy wszystko odbywa się bez zakłóceń – posuwa się wzdłuż kanału zęba. Przy zwykłym pechu końcówka jej może łatwo utkwić w miazdze zęba, a następnie odłamać się. Lekarz nie ma możliwości swobodnego prowadzenia takiego instrumentu; do jego złamania w sposób wyżej opisany mogłoby dojść, nawet gdyby udrażnianie kanałów odbywało się pod bieżącą kontrolą rentgenowską. (...) Nie istnieją bowiem takie procedury postępowania, które gwarantowałyby zauważenie odprysnięcia części narzędzia. Jest to na bieżąco możliwe tylko wówczas, gdy w chwili złamania końcówki wyczuje się to dłonią prowadzącą narzędzie. W przeciwnym razie ustalenie, że do odłamania doszło, jest możliwe tylko poprzez wykonanie następnie kontroli rentgenowskiej”.

w ogóle niewidoczne⁵⁶. Łatwiej co do zasady będzie zauważyć metalowe narzędzie lub klamrę i wówczas zwykle okoliczności pozwalają domniemywać winę wspólną operatora i instrumentariuszek. W celu uwolnienia się od odpowiedzialności lekarz będzie miał za zadanie dowieść, że nie zawinił ani on, ani żaden z członków zespołu. Będzie to o tyle trudne, że pilnowanie bilansu materiałów stanowi zadanie przede wszystkim pielęgniarek. Ponieważ na ogół nie muszą dzielić swojej uwagi, pomyłka przy liczeniu nie powinna się zdarzyć i wolno mieć do nich w tej sprawie zaufanie więcej niż ograniczone – prawie pełne. Lekarz natomiast zajęty jest głównie operowaniem, więc formułowanie wymagania, aby w tym czasie panował nad wszystkim, byłoby nawet na gruncie kontraktowym nierealne z fizycznego punktu widzenia.

Literatura

- Bagińska E., *Glosa do wyroku SN z 29.10.2003 r., III CK 34/02*, OSP 2005/4
- Boratyńska M., *Nowoczesne protezowanie a naprawienie szkody wynikłej z utraty kończyny. Uwagi na tle orzecznictwa*, Prawo i Medycyna 2016/3
- Boratyńska M., *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012
- Konieczniak P., Boratyńska M., *Naruszenie zasad ostrożności jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej, karnej i zawodowej lekarza*, Prawo i Medycyna 1999/3
- Konieczniak P., Boratyńska M., *Ostrożność, staranność i rezultat w leczeniu*, Przegląd Ubezpieczeń Społecznych i Zdrowotnych 2002/3
- Konieczniak P., Boratyńska M., *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001
- Lewaszkiwicz-Petrykowska B., *Wina lekarza i zakładu opieki zdrowotnej jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy leczeniu*, Prawo i Medycyna 1999/1
- Nesterowicz M., *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, Warszawa–Poznań 1972
- Nesterowicz M., *Prawo medyczne*, wyd. 11, Toruń 2016
- Nesterowicz M., *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, wyd. 2, Warszawa 2014
- Patryn R., *Określenie zasady postępowania lekarza z należytą starannością z płaszczyzny orzecznictwa sądowego*, Prawo i Medycyna 2012/2
- Sośniak M., *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, wyd. 2, Warszawa 1977
- Sroka T., *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013
- Zoll F. [w:] *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 6, wyd. 2, Warszawa 2014

⁵⁶ W efekcie manipulacji zabiegowych gazik może na przykład znaleźć się pod wątrobą i jego pozostawienie w organizmie da się wykryć dopiero prześwietleniem – o ile ma znacznik rtg (historia autentyczna).

Orzecznictwo

Orzeczenie OSL w Warszawie z 18.05.2006 r., OSL-13/06, niepubl.
Postanowienie SN (7) z 7.12.1962 r., RwNw 10/62, OSNKW 1963/7–8, poz. 122
Wyrok SA w Krakowie z 9.03.2001 r., I ACa 124/01, PS 2002/10
Wyrok SA w Lublinie z 16.12.2003 r., I ACa 573/03, Prawo i Medycyna 2005/1
Wyrok SA w Lublinie z 29.09.2005 r., I ACa 510/05, Prawo i Medycyna 2006/3
Wyrok SA w Poznaniu z 16.12.2010 r., I ACa 973/10, LEX nr 898671
Wyrok SN z 17.02.1967 r., I CR 435/66, OSNCP 1967/10, poz. 177
Wyrok SN z 25.02.1972 r., II CR 610/71, NP 1973/9
Wyrok SN z 23.10.2003 r., V CK 311/02, LEX nr 82272
Wyrok SN z 29.10.2003 r., III CK 34/02, OSP 2005/4
Wyrok SN z 22.06.2005 r., III CK 392/04, LEX nr 177203
Wyrok SO we Wrocławiu z 20.09.1999 r., I C 708/96, Prawo i Medycyna 2001/9
Orzeczenie Sądu Najwyższego stanu Pensylwania w sprawie McConnell v. Williams (1949)

Maria Boratyńska – doktor habilitowany nauk prawnych, adiunkt, Instytut Prawa Cywilnego, Katedra Prawa Cywilnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski

Andrzej Całus

Dylematy unijnego prawa kontraktów

Pierwsza próba legislacyjnego wykorzystania bogatego dorobku unijnego w dziedzinie prawa umów okazała się chybiona¹. Już sam projekt Komisji Europejskiej (KE) w sprawie wspólnych europejskich przepisów o sprzedaży (Common European Sales Law – CESL)² był miernym sukcesem w porównaniu do niego, w tym zwłaszcza wobec zainicjowanej przez Parlament Europejski (PE) idei europejskiego kodeksu cywilnego (EKC)³. Natomiast jego zdjęcie z planu prac KE wykazało, że dzieje się coś złego i niepokojącego z „majsterkowaniem” w dziedzinie prawa prywatnego przez władze unijne i z ich inicjatywy. Mając to na uwadze, uznałem za celowe zbadanie w przyczynku przygotowanym na VI Zjazd Cywilistów, poświęconym prawu kontraktów (dalej: umów), w czym mogą tkwić tego wszystkiego przyczyny.

Uważam, że geneza tych przyczyn tkwi w takich zjawiskach, jak:

- **po pierwsze**, w tym, że przekształceniu Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (EWG), najpierw we Wspólnotę Europejską (WE), a następnie w Unię Europejską (UE), nie towarzyszyło odpowiednie wyposażenie legislacyjne, współmierne do przyznawanych tym instytucjom kompetencji przedmiotowych. Wiąże się to z tym, że UE, tak jak jej poprzedniczki, niezależnie od tych kompetencji z racji reżimu prawnego, któremu zawdzięcza swoje istnienie, pozostaje międzyrządową organizacją międzynarodową;
- **po drugie**, w błędnej ocenie znaczenia diagnozy unijnego prawa prywatnego. Uznano, że jego niespójny i obciążony wadami stan świadczy o potrzebie uczynienia go, co najmniej w sferze prawa umów, „bardziej spójnym” (*more coherent*)⁴. Tym czasem

¹ W planie prac KE na 2015 r. CESL zastąpiono nowym projektem związanym z rynkiem cyfrowym – komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – Program prac Komisji na 2015 r. Nowy początek, KOM (2014) 910, wersja ostateczna, załącznik II, pkt 60.

² Projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży, KOM (2011) 635, wersja ostateczna.

³ Uchwała PE z 26.05.1989 r. w sprawie zbliżania przepisów prawnych państw członkowskich (Dz. Urz. WE C 158, s. 400).

⁴ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A more coherent European contract law – An action plan, COM (2003) 68, final.

- dowodzi on, że WE, a obecnie UE, nie ma ogólnych kompetencji w dziedzinie niesektorowego prawa umów;
- **po trzecie**, w symbiozie przedsięwzięć kodyfikacyjnych w sferze umów z dorobkiem z dziedziny prawa konsumenckiego. Jej znaczenie zostało błędnie ocenione. Uznano dyrektywy konsumenckie za przejaw niesektorowego prawa umów, co potraktowano jako dowód na umocowanie UE do zajmowania się prawem prywatnym;
 - **po czwarte**, w sposobie, w jaki w prawie wspólnotowym podeszło się do ochrony interesów konsumentów. Nie wyciągnięto wniosku z tego, że umocowanie do zbliżania prawa państw członkowskich, na którym były i są oparte dyrektywy konsumenckie, zostało wyraźnie uznane w Traktacie ustanawiającym EWG (TEWG)⁵ za umocowanie do tworzenia regulacji publicznoprawnych.

1. Zachwianie równowagi między kompetencjami legislacyjnymi a kompetencjami przedmiotowymi na kolejnych etapach rozwoju integracji europejskiej

Niezależnie od tego, jakie „przymiotniki” stosował Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) przy kwalifikowaniu najpierw EWG czy WE, a obecnie wobec UE, wszystkie te instytucje mieszczą się w kategorii organizacji międzynarodowych. Mimo prób przypisania WE pewnych atrybutów państwowości, zwłaszcza na etapie prac nad konstytucją dla Europy, w wyposażeniu legislacyjnym UE brak jest kompetencji świadczących o tym, że jest czymś innym niż taką organizacją. Przyznawaniu jej ze względów politycznych coraz szerszego zakresu zadań, które z zasady są wykonywane przez organizmy państwowe, nie towarzyszyły – jak można sądzić, świadomie – jasne wypowiedzi, czy dysponują one dla ich realizacji odpowiednimi kompetencjami legislacyjnymi⁶. Postępowano tak w obawie, iż wdanie się w dyskurs w ich sprawie może sparaliżować funkcjonowanie rynku unijnego. Władze europejskie i doktryna robiły w tej kwestii różne „uniki”, wykorzystując nadające się do tego nieostre, tematycznie otwarte regulacje traktatowe⁷, zakładając, że jeżeli zostanie sporządzony nadający się do uchwalenia dokument w sprawie prawa umów, to znajdzie się odpowiednia podstawa prawna⁸. Te „uniki” wystąpiły szczególnie wyraźnie w sferze prawa prywatnego. Takiemu podejściu sprzyjało to, że ze względu na publicznoprawny charakter wspólnotowych

⁵ Regulacja „zbliżanie prawa” została zlokalizowana w tytule I trzeciej części TEWG jako rozdział 3, po takich rozdziałach, jak „reguły rządzące konkurencją” i „przepisy fiskalne”, a więc w gronie regulacji publicznoprawnych.

⁶ W abstrakcie artykułu S. Weatherilla, *Reflections on the EC's Competence to Develop a „European Contract Law”*, *European Review of Private Law* 2005/3, s. 405, napisano: „The paper tracks the Commission's evident preference to avoid plunging into the 'competence question' in the contract law documentation of 2001, 2003 and 2004”.

⁷ Korzystano zwłaszcza z szerokiej interpretacji, najpierw art. 265 TEWG, a następnie art. 308 TWE.

⁸ W tym temacie szczególnie aktywny był w swym orzecznictwie ETS.

zadań i celów prawem tym zajęto się w aspekcie imperatywnych norm prawa zobowiązań z umów, czego wyrazem jest jego symbioza z prawem ochrony konsumentów⁹.

Państwa tworzą organizacje międzynarodowe dla określonych celów i w założeniu powinny je wyposażać w odpowiednie kompetencje legislacyjne dla ich realizacji. W przypadku instytucji europejskich jako takich organizacji pierwsze Wspólnoty Europejskie otrzymały od państw członkowskich takie wyposażenie legislacyjne, które było w zasadzie adekwatne do powierzanych im zadań, warunek ten szczególnie wyraźnie spełniono wobec Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali¹⁰. Podobnie zamierzano postąpić w trakcie nieudanych prób ustanowienia Europejskiej Wspólnoty Politycznej i Europejskiej Wspólnoty Obronnej¹¹. Sprawa zaczęła się już komplikować przy tworzeniu Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej. Integracja gospodarcza nie nadawała się do ujęcia w jednolite zadanie powierzane tworzonej organizacji. Stąd z jednej strony pojawiła się idea traktatu ramowego, jakim był Traktat ustanawiający EWG¹², a z drugiej konkretne etapowe zaprogramowanie budowy rynku wspólnego jako pierwszy krok na drodze do Wspólnoty Europejskiej¹³. Budowa tego rynku była związana z prawem publicznym. Problemy materialnego prawa prywatnego nie były wprawdzie wyłączone z zakresu wspólnotowej działalności, miały one jednak stanowić wypadkową polityk traktatowych, a więc powinny być pochodną prawa publicznego. Już jednak EWG tego nie respektowała¹⁴, a wraz z ustanowieniem WE z ideą rynku wewnętrznego i zapowiedzią przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości z umocowaniem do tworzenia procesowego prawa prywatnego oraz prawa prywatnego międzynarodowego, coraz bardziej zacierały się granice między procesowym a materialnym prawem prywatnym. Temu „zacieraniu” towarzyszył wielokierunkowy rozwój prawa unijnego, w którym coraz szerzej było absorbowane niesektorowe prawo prywatne.

Już wyposażenie EWG jako organizacji międzynarodowej w środki legislacyjne adekwatne do powierzanych jej zadań nie należało do spraw prostych. Z koncepcją funkcjonalną, jaką był wspólny rynek polegający na unii celnej, wzbogaconą o swobodę konkurencji, jakoś sobie poradzono, zakładając, iż wraz z jego zaistnieniem państwa członkowskie „dojrzeją” do takiego rynku, który nie będzie już tylko wspólnym, a więc wobec państw nieczłonkowskich, ale również w ich wzajemnych stosunkach. Taki ry-

⁹ Świadczą o tym np. takie dyrektywy, jak o nieuczciwych warunkach w umowach konsumenckich czy w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych oraz związanych z tym gwarancji.

¹⁰ Świadczy o tym wyposażenie legislacyjne Wysokiej Władzy organu odpowiedzialnego za funkcjonowanie Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali, której „zalecenia” były decyzjami obowiązującymi bezpośrednio ich adresatów (art. 14 TEWWiS).

¹¹ Zob. A. Całus, *Nieudane próby ustanowienia Europejskiej Wspólnoty Obronnej oraz Europejskiej Wspólnoty Politycznej*, Przegląd Zachodni 1964/3, s. 94–125.

¹² Traktat EWG był określany na etapie tworzenia wspólnego rynku jako „traktat ramowy”.

¹³ Znalazło to zwłaszcza swój wyraz w tytule 1 „Swobodny obrót towarów” część II „Podstawy Wspólnoty”.

¹⁴ Dowodem na to jest zwłaszcza dyrektywa o nieuczciwych klauzulach w umowach konsumenckich. Świadczy o tym wypadkowa takich jej właściwości, jak: przynależność materii „warunki umów” do ogólnych przepisów prawa zobowiązań, minimalny poziom ochrony interesów konsumenta oraz zachowanie równowagi między aspektami prawnoprywatnymi a prawnopublicznymi na korzyść tych ostatnich.

nek wewnętrzny, mimo formalnej deklaracji o terminie jego utworzenia i stałego rozszerzania unijnych zadań, nie został jeszcze w pełni zrealizowany, jego idea nie pasuje bowiem do istoty organizacji międzynarodowej.

Porównanie wyjściowego wyposażenia Traktatu ustanawiającego EWG w instrumenty prawne, z jego aktualnym stanem na etapie TUE, dowodzi, że dokonane w nim zmiany są rażąco nieproporcjonalne do tych, jakie nastąpiły w kompetencjach przedmiotowych wyznaczających rynek wewnętrzny. Pierwotne wyposażenie opierało się na takich uzupełniających się maksymach, jak ograniczenie kompetencji prawotwórczych do jednoznacznie kreślonych środków prawnych oraz dążenie do zachowania adekwatności między kompetencjami legislacyjnymi a kompetencjami przedmiotowymi. Wraz z przechodzeniem na etap integracji, łączony z ideą WE i rynku wewnętrznego, pojawiło się wśród aktów nieostre pojęcie „środki” oraz została rażąco zachwiana adekwatność kompetencji legislacyjnych wobec kompetencji przedmiotowych. Pierwotne wyposażenie uległo tak daleko idącej deformacji, że uzasadnione są oceny, iż kompetencje UE znalazły się na rozstajnych drogach¹⁵ czy nawet na bezdrożach¹⁶.

Wymagania odnośnie do objętości referatów konferencyjnych uniemożliwiają bliższe zajęcie się sytuacją, jaka zaistniała w związku z szukaniem podstawy dla wniosku KE w sprawie CESL w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), jak też miejscem „instrumentów opcjonalnych” (IO) wśród unijnych środków prawnych, zarówno samodzielnie, jak i w powiązaniu z takimi przepisami, jak art. 235 TEWG czy art. 308 TWE, a ostatnio art. 352 TFUE. W pierwszej kwestii nie udało się osiągnąć zgodnego stanowiska. KE wybrała za podstawę art. 114 TFUE, a więc uznała, że CESL są przejawem zbliżania prawa¹⁷. Doktryna na ogół nie podzieliła tego poglądu, ograniczając się z reguły do badania, z których postanowień prawa pierwotnego mogłyby wynikać odpowiednie umocowania¹⁸, lub wiązała je z potrzebami rynku wewnętrznego czy z przestrzenią wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości¹⁹. Z drugą kwestią zwią-

¹⁵ Określeniem sytuacji, w jakiej znalazła się UE, jako „rozstaje”, wprawdzie w innym kontekście, ale związanym z jej statusem jako organizacji, posłużył się J. Barcz w tytule pozycji *Unia Europejska na rozstajach – Traktat z Lizbony – Dynamika i główne kierunki reformy ustrojowej*, wyd. 2, Warszawa 2010.

¹⁶ Tytuł mojego referatu *Kompetencje legislacyjne Unii Europejskiej w sferze prawa prywatnego na bezdrożu*, Konferencja Naukowa Katedry Prawa Międzynarodowego i Prawa Europejskiego, Korkczyce 2013.

¹⁷ W sekcji 3 uzasadnienia „Aspekty prawne wniosku” napisano, iż „(...) został (on) oparty na art. 114 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej”, wyjaśniając, że „(...) przewiduje (on) jeden jednolity zestaw w pełni zharmonizowanych przepisów prawa umów, w tym przepisów o ochronie konsumenta, w formie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży, które mają być traktowane jako drugi reżim prawa umów w prawie krajowym każdego państwa członkowskiego dostępny na potrzeby transakcji transgranicznych za ważne zawartym porozumieniem stron”, KOM (2011) 635, s. 9, 10.

¹⁸ Zob. J.-J. Kuipers, *The Legal Basis for a European Optional Instrument*, European Review of Private Law 2011/3, s. 545–264, a zwłaszcza obszerne zbiorowe stadium: M.W. Hesselink, J.W. Rutgers, T. de Booys, *The legal basis for an optional instrument on European contract law*, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series 2007/4, <http://ssrn.com/abstract=1091119>.

¹⁹ Istota i potrzeby rynku wewnętrznego, wsparte dorobkiem konsumenckim, stanowią dla wielu entuzjastów idei europejskiego prawa umów czy nawet EKP surogat umocowania do działalności UE w tych dziedzinach.

zane są takie stanowiska, jak to, iż można chwilowo poprzestać na tolerowaniu takiego braku, zakładając, że umocowanie znajdzie się wraz z gotowym projektem prawa prywatnego²⁰, czy iż brak w danej sprawie podstawy nie oznacza, że WE (UE) nie ma umocowania, może bowiem uchylać akty o charakterze fakultatywnym typu IO, które wiążą ich adresatów od chwili skorzystania z przyznanej im opcji. Tworzone jest dla nich *soft law*, mające dla państw członkowskich wartość *hard law*, w rozumieniu, że wraz z jego ujęciem w akt unijny będą one zobowiązane do ich włączenia do źródeł prawa krajowego, zgodnie z rangą danego aktu²¹. Sugeruje się ponadto wykorzystanie koncepcji tzw. otwartej metody koordynacji, traktowanej jako coś pośredniego między *soft law* a *hard law*²².

Przebieg prac nad projektem w sprawie CESL, jako pierwszą próbą ujęcia w akt unijny bogatego dorobku, jaki stanowią wspólny system odniesienia²³ oraz istniejące zasady europejskiego prawa umów (*Acquis Principles*)²⁴, z jednej strony udowodnił, że mimo jego istnienia, UE nie ma kompetencji do tworzenia niesektorowego prawa prywatnego, a z drugiej wzbudził wątpliwości, czy sprawa europejskich przepisów o sprzedaży nadaje się w ogóle do pozytywnego ujęcia w formie aktu unijnego typu IO. Stosunkowo krótki „życiorys” tego projektu CESL (listopad 2011 r. – maj 2015 r.), szczególnie bogaty, jeżeli chodzi o liczbę publikacji, wykazał, iż nawet jeżeli wykorzysta się taki instrument, waga problemów, z którymi się on wiąże, jest taka, że nieuchronnie rodzi liczne dylematy, mające w swej podstawie istnienie UE jako organizacji międzynarodowej. Wprawdzie ten aspekt problemu nie jest wprost uwzględniany w doktrynie, można jednak do niego dojść, wykazując, że powiązanie CESL z IO ma w genezie potrzebę znalezienia rozwiązania równoważącego brak ogólnych kompetencji legislacyjnych UE w sferze prawa prywatnego. Próba przezwyciężenia ich deficytu za pomocą mechanizmu IO, nawet ograniczona do prawa umów, zakończyła się w przypadku CESL niepowodzeniem. Żadna ze Wspólnot Europejskich, jak też sama UE, nie tylko nie otrzymały umocowania do skodyfikowanego prawa prywatnego, ale również samego prawa zobowiązań z umów. Słuszne były pierwsze reakcje państw członkowskich na uchwały PE inicjujące działania, które doprowadziły do projektu CESL. Staraly się one dystan-

²⁰ Można zasadnie założyć, że takie stanowisko reprezentuje H. Fleicher, który uznając, że: „Heillos umstritten ist die Kompetenzfrage für ein einheitliches Europäisches Vertragsrecht”, bada na przykładzie „28. Modelu” istotę Instrumentu Opcjonalnego jako środka europejskiego prawa prywatnego, *Optionales europäisches Privatrecht* (»28. Modell«), *RabelsZ* 2012/76, s. 335–352, 244.

²¹ „Wyborem instrumentu” na potrzeby wniosku w sprawie CESL zajęto się w uzasadnieniu, KOM (2011) 635, s. 11.

²² Zob. Th. Bodewig, Th. Voß, *Die „offene Methode der Koordinierung” in der Europäischen Union – „schleichende Harmonisierung” oder notwendige „Konsentierung” zur Erreichung der Ziele der EU?*, *Europarecht* 2003/3, s. 310–326.

²³ Zob. Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swann, P. Varul, A. Veneziano, F. Zoll (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Monachium 2009.

²⁴ Zob. np. M. Rott-Pietrzyk, *Zasady Prawa Umów UE (Acquis Principles)* [w:] *Międzynarodowe Prawo Handlowe*, t. 9, red. W. Popiołek, Warszawa 2013, s. 79–87.

sować od inicjatywy PE, uznając, że są organizacje międzynarodowe specjalnie powołane do działań kodyfikacyjnych w sferze prawa prywatnego²⁵.

Porażka projektu CESL ma w genezie byt UE jako organizacji międzynarodowej. Prawidłowe funkcjonowanie takich organizacji wymaga równowagi między ich zadaniami a środkami prawnymi przewidzianymi do ich realizacji. Ta równowaga została zachwiana, jeżeli chodzi o sferę prawa prywatnego. W kwestiach, które złożyły się na projekt CESL, zaistniał brak adekwatności między zadaniami UE a jej wyposażeniem w środki prawne. Pojawia się pytanie, jakie są możliwości rozwiązania „dylematu” wynikającego z tej nieadekwatności. Istnieją przesłanki do przyjęcia „roboczej” zasady, według której państwa, tworząc daną organizację, mają ją wyposażać w środki adekwatne do powierzanych im zadań. Jeżeli tego nie zrobią, co ma miejsce w przypadku UE odnośnie do niesektorowego prawa umów, należy przyjąć, że sam fakt powierzania jej w tej sferze określonych zadań może zostać uznany za dowód na przyznanie odpowiednich kompetencji prawotwórczych.

2. Błędna diagnoza stanu istniejącego dorobku UE w dziedzinie prawa prywatnego

Wszystkie główne dokumenty, to jest komunikat KE do PE i Rady w sprawie europejskiego prawa umów z 2001 r. – Plan działania w sprawie bardziej spójnego europejskiego prawa umów, uchwalony przez KE w 2003 r., oraz komunikat KE do PE i Rady – Europejskie prawo umów i weryfikacja *acquis*: rozwój (*the way forward*) z 2004 r., będące ważnymi etapami w działaniach, które doprowadziły do wystąpienia KE w 2011 r. z wnioskiem do PE i Rady o uchwalenie rozporządzenia dotyczącego CESL, nie nawiązywały jednoznacznie do podstawy umocowania UE do zajęcia się kodyfikacją materialnego prawa prywatnego ani też nie określały, który z jej środków nadawałby się do zrealizowania takiego celu, ograniczając się najwyżej do inicjowania dyskusji w środowiskach biznesu i organizacji konsumenckich.

Pierwszy z tych aktów²⁶ ograniczył inicjatywę PE ukierunkowaną na EKC do prawa umów, nie przesądzając ani sprawy odpowiednich kompetencji, ani też sposobu, w jaki tym prawem miałyby się zająć UE. Zawierał on cztery opcje w sprawie tego sposobu i spełnił rolę ankiety skierowanej do państw członkowskich i przedstawicieli doktryny. Wyjściowa opcja dotyczyła uporządkowania istniejącego, niespójnego i fragmentarycznego wspólnotowego prawa umów, nieopartego na jednolitej siatce pojęciowej, a ostatnia – docelowy akt fakultatywny typu rekomendacja lub nawet rozporządzenie

²⁵ W. Tilmann, *Mitgliedstaaten fuhren vielmehr fort, Fragen einer weltweiten oder europäischen Angleichung nur im Rahmen von UNIDROIT, UCITRAL und der Arbeiten des Europarats zu fordern. Zweiter Kodifikations-Beschluss des Europäischen Parlaments*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 1995, s. 535.

²⁶ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on european contract law, COM (2001) 398, final.

zawierający skodyfikowane europejskie opcjonalne prawo umów. Komunikat z 2001 r. przedstawił dorobek europejskiego prawa prywatnego, z tym że zgodnie ze swym tytułem – głównie prawa umów. Z tej prezentacji wynikała niepokojąca diagnoza co do stanu jego jakości oraz zarówno przekonanie, że jego istnienie świadczy o posiadaniu przez WE kompetencji prawotwórczych w sferze prawa prywatnego, jak i że ta jakość może ulec naprawie przez samą tylko reformę unijnego warsztatu legislacyjnego. Wyraziło się to w przekonaniu, iż dla osiągnięcia tego celu wystarczy sporządzenie odpowiednich instrumentów i zobowiązanie instytucji unijnych do korzystania z nich w działalności regulacyjnej²⁷. Błędność tej diagnozy polegała na tym, że została ona oparta na zewnętrznych przejawach wspólnotowego dorobku z prawa prywatnego. Nie zbadano, czy EWG (WE) ma odpowiednie kompetencje prawotwórcze. Można założyć, że postąpiono tak świadomie, ponieważ powinno być oczywiste, iż WE nie ma takich kompetencji i to nie tylko w sferze prawa prywatnego, ale również prawa umów. Wykazało to m.in. Sympozjum „Ku Europejskiemu Kodeksowi Cywilnemu”, zorganizowane w trakcie prezydencji Holandii (1997). Brak zbadania był wynikiem splotu przyczyn, w których ważną rolę odegrał PE, przynaglaając KE i Radę do działań w kierunku sporządzenia EKC²⁸.

Plan działania dla bardziej spójnego europejskiego prawa umów, drugi z wiodących dokumentów²⁹, jak wskazuje na to jego tytuł i co wynika z jego treści, stanowił realizację błędnej diagnozy, że problem wad tego prawa można rozwiązać poprzez samo nadanie mu spójności, a więc przez poprawę jego jakości. Na czym miała polegać ta spójność – nie zostało wprowadzić jednoznacznie określone, ale jak można wnioskować z jego treści, zamierzono ją osiągnąć przy pomocy takich narzędzi, jak: wspólny system odniesienia, ogólne warunki umów, powszechnie stosowane na obszarze UE, oraz instrument opcjonalny zawierający skodyfikowane prawa umów. Pierwszy z tych środków został sporządzony, ale nie pod postacią aktu unijnego, lecz jako dorobek akademicki³⁰ rangi takich osiągnięć, jak zasady europejskiego prawa umów (ZEPU) Olego Lando czy zasady umów handlowych UNIDROIT. Z drugiego szybko zrezygnowano, uzasadniając to trudnościami technicznymi³¹, mimo jego znaczenia, o czym świadczą próby ich opracowania już w pierwszych latach funkcjonowania UNCITRAL (The United Nations Commission on International Trade Law)³², jak też pojawienie się ich sprawy na forum grupy eksperckiej powołanej do przygotowania projektu, który ma zastąpić – zdjęty z agendy KE – projekt rozporządzenia w sprawie CESL³³. Jeżeli chodzi o trzecie

²⁷ W wyniku takiego podejścia posługiwano się określeniami, które oznaczały instrumenty czy środki służące naprawianiu lub porządkowaniu czegoś, co znalazło się w złym czy szczególnie niespójnym stanie.

²⁸ Zob. kolejne uchwały PE z lat 1994, 2001, po uchwale z 1986 r.

²⁹ Zob. przypis 4.

³⁰ Zob. przypis 23.

³¹ Sprawozdanie Komisji – Pierwsze roczne sprawozdanie o postępach prac dotyczących europejskiego prawa umów i weryfikacji *acquis*, KOM (2005) 456, wersja ostateczna, s. 11, 13.

³² Zob. *Conditions générales de vente et contrats types „Incoterms” et autre termes commerciaux*, UNCITRAL, t. I, lata 1968–1970, Nations Unies, New York 1971, s. 221–230.

³³ Nowy projekt ma mieć na celu pełne wykorzystanie potencjału handlu elektronicznego na jednolitym rynku cyfrowym; zob. aneks do Programu prac KE na rok 2015. Sprawa wzorcowych warunków umów

narzędzie, to można uznać, że jakimś „karłowatym” jego przejawem miało być właśnie to rozporządzenie³⁴. Zapowiedziany projekt związany z koncepcją IO, który ma wejść w jego miejsce, tak długo nie będzie miał szans stania się unijnym aktem, jak długo UE pozostanie ze swej istoty organizacją międzynarodową. Z tą istotą zgodny byłby tylko dorobek w sferze prawa prywatnego o charakterze „wyspowym”³⁵.

Plan działania w kierunku bardziej spójnego prawa umów z 2003 r. był już w swej koncepcji chybiony. To, co się w nim znalazło, nie zapowiadało niczego nowego w sferze prawa prywatnego. Jako efekt komunikatu z 2001 r. stanowił on instrument przeznaczony do porządkowania tego prawa, ograniczony do prawa umów, oraz pod hasłem „wspólny system odniesienia” (WSO) zapowiadał on ulepszony dokument typu *soft law* porównywalny do ZEPU.

UE sponsorowała prace nad WSO wbrew panującemu pogładowi o braku niesektorywnych kompetencji w sferze prawa prywatnego, z tym że równolegle angażowała się w działalność stanowiącą twórczą kontynuację zawartej w komunikacie z 2001 prezentacji istniejącego już dorobku. Te dwa przejawy działań inspirowane przez UE wiązały się, tworząc coś na kształt symbiozy. Prace nad WSO koncentrowały się na prawie umów, natomiast kontynuacja prezentacji polegała na porządkowaniu i uogólnianiu dyrektyw konsumenckich. Sporządzenie akademickiego WSO (Draft Common Frame of Reference – DCFR) oraz efekty działalności na rzecz prezentacji istniejącego *aquis*³⁶ świadczą o tym, że instytucje unijne nie wyciągnęły właściwych wniosków z diagnozy zawartej w komunikacie z 2001 r., zakładając, iż potrzeby rynku będą nadal wymuszały – przy pomocy zasady subsydiarności – tolerowanie unijnego niesektorywnego prawa prywatnego.

Ostatni z dokumentów powołanych w genezie CESL, a więc komunikat z 2004 r.³⁷, który należy uznać za decydujący efekt błędnej oceny diagnozy KE zawartej w komunikacie z 2001 r., świadczy, tak jak Plan działania, już przez sam swój tytuł „Europejskie prawo umów i weryfikacja *aquis*: rozwój”, że stanowi produkt takiej oceny. Komisja

pojawiała się już na pierwszym spotkaniu Stakeholders Consultation Group for Consumer Rules for Online and Digital Purchases, 11 February 2015.

³⁴ Zob. T. Pinkel (rec.), P. Penades, M. Velencoso (red.), *European Perspectives on the CESL*, *Hansel Law Review* 2013/10, no. 1, s. 99: „CESL (...) is only a quite narrow legislative proposal, a remaining political 'dwarf' deriving from the academic 'giant' named (...) DCFR”.

³⁵ H. Heiss, *Europäisches Recht in statu nascendi?*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht* 1995/2, s. 55, nazywa „zbliżanie prawa” punktowym („der pointillistische Charakter”) oraz stosuje określenie „sektoral angelegte Rechtsvereinheitlichung”, a R. Ritter, *Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration*, *Juristen Zeitung* 1995/18, s. 851, stwierdza: „Das Gemeinschaftsprivatrecht besteht mithin zwangsläufig aus einzelnen Inseln (...), die aber kein innerer Zusammenhang miteinander verbindet”.

³⁶ Zob. np. European Research Group on Existing EC Private Law (Aquis Group), *Draft for a First Chapter (Subject Matters, Application, and Scope) of an Optional European Contract Law*, G. Dannemann, Oxford University Cooperative Law Forum 2011/2.

³⁷ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady, Europejskie prawo umów i weryfikacja *aquis*: rozwój, KOM (2004) 651, wersja ostateczna.

wyraźnie przyznaje w nim, że nie zamierza zajmować się EKC³⁸. Jednocześnie jednak, mając na uwadze oczekiwania PE i Rady oraz środowisk konsumenckich i biznesu, czuje się zobligowana wywiązać się z zadania, wspieranego finansowo przez UE, jakim miał być akt unijny zapowiadany zieloną księgą w sprawie prawa umów dla konsumentów i przedsiębiorców³⁹, sporządzony na podstawie założeń do wspólnych europejskich przepisów o sprzedaży⁴⁰, przygotowanych na bazie opinii adresatów tej książki przez specjalnie powołaną do tego grupę ekspercką. W takich okolicznościach zaistniała idea nadania efektom prac nad prawem umów formy IO. Można zasadnie utrzymywać, że taki wybór został dokonany z racji braku możliwości znalezienia dla CESL wiarygodnej podstawy w TFUE. Podstawa, jaką przyjęto, tj. art. 114 TFUE (zbliżanie prawa), okazała się jednym z powodów porażki tej pierwszej próby nadania tym efektom postaci aktu UE. Tym samym wśród dylematów unijnego prawa kontraktów znalazły się potrzeba znalezienia podstawy dla niesektorowego prawa umów oraz ocena przydatności IO jako środka kodyfikowania prawa umów.

3. Symbioza unijnego prawa umów z prawem ochrony konsumentów

Komunikat KE z 2001 r. wykazał, że dyrektywy konsumenckie są uważane za najbardziej spektakularną część unijnego prawa prywatnego. Zostały one zaprezentowane w pierwszej sekcji „Consumer contract law” aneksu I „Important Community Acquis in the Area of Private Law”. Sekcję tę otwierają dwie dyrektywy, związane wprowadzając z sektorowym umocowaniem wynikającym z polityki unijnej „ochrona interesów konsumentów”, ale od strony prawa prywatnego przynależne do ogólnego, niesektorowego prawa zobowiązań z umów. W „ogólnym komentarzu” zaznaczono, czego im brakuje. Z uwag wynika, że nie ma tego, co jest szczególnie ważne przy każdym przedsięwzięciu o ambicjach kodyfikacyjnych. Dyrektywy te to: dyrektywa o nieuczciwych warunkach w umowach zawieranych z konsumentami⁴¹ oraz dyrektywa o niektórych aspektach sprzedaży dóbr konsumpcyjnych i związanych z nią gwarancji⁴², natomiast jeżeli chodzi o braki, to dotyczą one takich spraw, jak samo zawieranie umów oraz odpowiedzialność za naruszanie obowiązków informacyjnych. W ten sposób i tą drogą „zade-

³⁸ Wyjaśniono w nim, że „(...) Komisja nie ma zamiaru wyjść z propozycją «Europejskiego kodeksu cywilnego», który zharmonizowałby prawo umów Państw Członkowskich”, tamże, s. 9.

³⁹ Zieloną księgą w sprawie możliwości politycznych w zakresie postępów w kierunku ustanowienia europejskiego prawa umów dla konsumentów i przedsiębiorstw, KOM (2010) 348, wersja ostateczna. Zob. K. Osajda, *Perspektywy europejskiego prawa umów: Zielona Księga Komisji Europejskiej o Europejskim Prawie Kontraktów*, PPH 2011/11, s. 19–30.

⁴⁰ A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European Contract law for stakeholders and legal practitioners, <http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/policies-consumer-en.htm>.

⁴¹ Dyrektywa Rady 93/13/EWG z 5.04.1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach z konsumentami (Dz.Urz. EWG L 95, s. 29).

⁴² Dyrektywa PE i Rady 99/44/WE z 25.05.1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz.Urz. WE L 171, s. 12).

kreowano” związek rozwoju prawa umów z prawem ochrony interesów konsumentów. Ten związek, w którym należy się dopatrywać przyczyn porażki CESL, stanowi pośrednie potwierdzenie braku unijnych niesektorowych kompetencji w sferze prawa prywatnego, w tym do kodyfikowania prawa umów. Zarówno z uchwał PE w sprawie EKC, jak i ze sposobu sporządzenia komunikatu z 2001 r. wynika bowiem, że istniejące dyrektywy konsumenckie zostały potraktowane jako rekompensata za ten brak i pośredni dowód na ich istnienie.

Prace nad porządkowaniem i rozwojem prawa umów przebiegały w symbiozie z rozwojem prawa ochrony interesów konsumenta. Od strony organizacyjnej odbywały się one w dwóch zespołach – w grupie studyjnej oraz w grupie zajmującej się weryfikacją istniejącego europejskiego prawa prywatnego. Grupa studyjna zajęła się głównie WSO, który zgodnie z Planem działania (2003), a zwłaszcza z komunikatem *the way forward* (2004), wytyczał drogę rozwoju prawa umów. Natomiast zespół weryfikacyjny, organizacyjnie zintegrowany ze służbami KE, kontynuował te działania, których wyrazem był wspomniany aneks I w komunikacie z 2001 r. Ogólnie ujmując i upraszczając, można uznać, że prace nad WSO, z którego miał zostać „wykrojony” projekt CESL⁴³, były porównywalne ze sposobem, w jaki sporządzano Zasady Europejskiego Prawa Umów Ole Lando, a identyfikacja i uogólnianie istniejącego prawa umów zostały zapoczątkowane badaniami dyrektyw konsumenckich⁴⁴, uznanych w komunikacie za dowód istnienia europejskiego prawa prywatnego.

Umowy konsumenckie mające za przedmiot kwestie z ogólnej części prawa zobowiązań, których istnienie potraktowano jako dowód na posiadanie przez WE kompetencji w sferze prawa prywatnego, były osadzone w różnych środowiskach prawnych. Problem nieuczciwych klauzul w tych umowach znalazł już wyraz w rezolucji Komitetu Ministrów Rady Europy⁴⁵, natomiast sprawa gwarancji w umowach sprzedaży konsumenckiej stanowiła pokłosie Green paper on guarantees for consumer goods and after-sales services z końca 1993 r.⁴⁶ Ochrona konsumenta stała się od czasu TWE jedną z unijnych polityk⁴⁷. Miało to duże znaczenie dla prawa konsumenckiego, ponieważ oznaczało możliwość jego rozwoju. Taka możliwość, w sferze prawa prywatnego, jesz-

⁴³ Np. według J.H. Dalhuisena, *Some Realism about a Common European Sales Law*, European Business Law Review 2013, special Issue, s. 299, jest on „a carve out from the Draft Common Frame of Reference (DCFR) earlier presented informally as a text from codification of private law within EU”.

⁴⁴ W pierwszym rocznym sprawozdaniu KE w sprawie postępu w pracach nad Europejskim prawem umów i przeglądem istniejącego *aquis*, KOM (2005) 456, wersja ostateczna, sprawy dorobku konsumenckiego zajęły ponad cztery na 10 stron. Aspekt konsumencki utrzymał swoje priorytetowe miejsce również w drugim okresowym sprawozdaniu KE. „Kwestie merytoryczne wynikające z warsztatów poświęconych WSO” otwiera prezentacja warsztatów poświęconych unijnemu prawu umów konsumenckich, sprawozdanie Komisji – drugie sprawozdanie okresowe w zakresie Wspólnego Systemu Odniesienia, KOM (2007) 447, wersja ostateczna, s. 3–7.

⁴⁵ Resolution No. (76) 47 on unfair terms in consumer contracts and an appropriate method of control.

⁴⁶ COM (1993) 509, final.

⁴⁷ Część III Polityki Wspólnoty, tytuł XI „Ochrona konsumenta”.

cze nie zaistniała⁴⁸. Rozwój prawa konsumenckiego został ograniczony jego sektorowym ujęciem, natomiast prawo umów mogło się jedynie rozwijać bądź w powiązaniu z prawem ochrony konsumenta, bądź jako *soft law*, a z czasem jako regulacja o charakterze opcjonalnym. Doktryna w różny sposób reagowała na powiązanie prawa umów z prawem ochrony konsumenta. Na ogół dostrzegano, że są to dwa różne, ale połączone ze sobą reżimy⁴⁹. Różne ścieżki organizacyjne sprawiały, iż niekiedy zawodziła komunikacja między grupami pracującymi nad WSO i nad *Acquis Principles*⁵⁰. Jednak zawsze kiedy sporządzano dokument wywodzący się z komunikatu z 2001 r. i mający w swej perspektywie jakiś przejaw europejskiego prawa umów, priorytetowe miejsce zajmowały aspekty ochrony interesów konsumenta, a więc umowy konsumenckie – B2C⁵¹.

Z chwilą gdy z planów prac KE wynikło, że zaistniała już konieczność nadania formy aktu unijnego dorobkowi, jaki stanowiły DCFR oraz *Acquis Principles*, trzeba było również podjąć decyzję o proporcji w takim akcie między osiągnięciami z prawa umów i prawa ochrony konsumenta. KE, nawiązując do dorobku z obu tych dziedzin, ogłosiła wspomnianą zieloną księgę w sprawie możliwości politycznych w zakresie postępów w kierunku ustanowienia prawa umów dla konsumentów i przedsiębiorców⁵². Księga zawierała, tak jak komunikat z 2001 r. i inne dokumenty unijne, kilka wariantów dla wyboru formy aktu dla europejskiego prawa umów. Tytuł księgi oraz pozycja, jaką w niej przyznano ochronie konsumenta, przesądziły o priorytetowej roli umów konsumenckich. Nadesłane odpowiedzi na postawione pytania stały się przedmiotem prac specjalnie powołanej grupy eksperckiej w sprawie europejskiego prawa umów dla ich adresatów (*stakeholders*) oraz praktykujących prawników (*legal practitioners*)⁵³. Zajęła się ona dokumentem, który miał stać się podstawą dla aktu w sprawie europejskiego

⁴⁸ Do dziś pozostaje aktualna trafna wypowiedź A.K. Schnydera i R.M. Stauba, *Das EG-Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst – Erster Schritt zu einem einheitlichen EG-Kaufrecht?*, *Zeitschrift für das europäische Privatrecht* 1996, s. 41, związana z jednolitym prawem sprzedaży WE o treści: „Originäre Rechtssetzung im Sinne der Schaffung von unmittelbar geltendem Recht ist innerhalb der Europäischen Gemeinschaft wegen der Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nur auf Grund einer ausdrücklich zugewiesenen Kompetenz zulässig. Eine solche Vorschrift, die ein Gemeinschaftsorgan zu Harmonisierungsmaßnahmen des Privatrechts allgemein ermächtigen würde, besteht jedoch nicht”.

⁴⁹ Zob. np. G. Howells, *European Contract Law Reform and European Consumer Law – Two related but distinct Regimes*, *European Review of Contract Law* 2011/2, s. 174–194.

⁵⁰ Świadczy o tym np. następujące stwierdzenie R. Zimmermanna, *Textsten in der modernen Entwicklung des europäischen Privatrechts*, *Europäisches Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2009/10, Aufsätze und Berichte, s. 321: „Richtlinien Vorschlag [chodzi o projekt dyrektywy w sprawie praw konsumentów – A.C.] und DCFR enthalten unterschiedliche Regelungen und verwenden teilweise unterschiedliche Terminologie”.

⁵¹ W tym kontekście szczególnie charakterystyczne jest zamieszczenie na pierwszym miejscu w komunikacie COM (2004) 651, s. 3–5, jako przykład tej weryfikacji „weryfikację *acquis* dotyczącego konsumentów”.

⁵² KOM (2010) 348, zob. przypis 39; jak również J. Basedow, G. Christandi, W. Doralt, M. Fornasier, M. Illmer, J. Kleinschmidt, S.E. Martens, H. Rösler, J.P. Schmidt, R. Zimmermann, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, 348 final*, *RabelsZ* 2011/75, s. 371–438.

⁵³ Decyzja KE 2010/233/UE z 26.04.2010 r. ustanawiająca grupę ekspertów ds. wspólnych ram odniesienia w dziedzinie europejskiego prawa zobowiązań (Dz.Urz. UE L 105, s. 109).

prawa umów⁵⁴. Na jego bazie KE sporządziła, ogłoszony 11.10.2011 r., projekt w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży. Projekt ten, typu IO, z jednej strony starał się wykorzystać dorobek, jakim jest DCFR, a z drugiej wpisywał się w nurt zamierzeń w sprawie pożądanego poziomu ochrony konsumenta. Już w związku z zieloną księgą z 1993 r. rozważano, w oparciu o jaką podstawę możliwe jest zwiększenie wolumenu transgranicznych umów B2C. W doktrynie pojawił się wówczas pogląd, że żadne z istniejących umocowań prawa pierwotnego nie nadaje się do tego celu i że jedynym możliwym rozwiązaniem jest umowa międzynarodowa⁵⁵.

Mimo że CESL mogą być uważane i oceniane jako opcjonalny reżim dla transgranicznej umowy sprzedaży w ogóle, to to, co głównie przesądziło o ich porażce, koncentruje się wokół sprzedaży konsumenckiej. Sedno praw konsumenta tkwi w ochronie jego interesów, a jej stan zależy od jego poziomu – minimalnego czy wyższego. Konsument jako obiekt zainteresowań wszedł do polityk wspólnotowych pod hasłem jego wysokiej ochrony⁵⁶. W prawie unijnym obowiązuje zasada, zawarta w art. 6 ust. 2 rozporządzenia Rzym I⁵⁷, wywodząca się z konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, która gwarantuje konsumentowi taki jej poziom, jaki miałby w oparciu o przepisy imperatywne państwa jego zwykłego pobytu⁵⁸. Minimalny poziom tej ochrony w kontrowersyjnych dyrektywach konsumenckich stwarza problemy dla przedsiębiorców. Stanowią one rzeczywistą przyczynę zajęcia się przez UE prawem umów B2C. Symbioza inicjatyw w sferze prawa umów i prawa ochrony konsumenta sprawiła, że UE mogła się zająć sektorową, legislacyjną, wytyczoną przez zawartą w prawie pierwotnym politykę ochrony konsumentów. To zajęcie się, którego wyrazem był projekt dyrektywy o prawach konsumentów, skończyło się odnośnie do wiodących dyrektyw fiaskiem⁵⁹.

⁵⁴ A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on Europe European Contract Law for stakeholders and legal practitioners feedback.

⁵⁵ A.K. Schnyder, R.M. Staub, *Das EG-Grünbuch...*, s. 42, doszli do wniosku, że „(...) die Erhöhung der Binnenmarktkäufe durch Verbraucher letztlich nur durch vollständige Vereinheitlichung der Verbrauchkaufrecht erreicht werden kann. Soweit diese Auffassung allerdings abgelehnt würde müsste eine umfassende Vereinheitlichung durch ein völkerrechtliches Abkommen herbeigeführt werden”.

⁵⁶ Wprowadzaniu ochrony interesów konsumentów do prawa pierwotnego jako polityki wspólnotowej towarzyszyło dodanie tytułu XI „Consumer Protection” (art. 129a), w którym pojawiło się stwierdzenie o przyczynianiu się Wspólnoty do osiągnięcia wysokiego poziomu ochrony konsumentów. O wysokiej ich ochronie mówi się również w art. 153 TWE oraz art. 169 TFUE.

⁵⁷ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z 17.06.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) (Dz.Urz. WE L 177, s. 6).

⁵⁸ Art. 5 „Umowy konsumenckie” konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych z 1980 r.

⁵⁹ Dyrektywa o prawach konsumentów uwzględniła „druzgocącą” krytykę, z jaką spotkała się idea zmiany w tych dyrektywach minimalnego poziomu ochrony na maksymalny. EKES wnosił w swej opinii, aby zawarte w projekcie rozdziały dotyczące tych dwóch dyrektyw zostały z niego usunięte „ze względu na to, że na obecnym etapie rozwoju prawa wspólnotowego byłoby niestosowne uregulowanie omawianych w nich aspektów za pomocą pełnej harmonizacji”, opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie praw konsumentów, KOM (2008) 614, wersja ostateczna.

Kilka spraw ujawnionych w kontekście CESL, wynikających z symbiozy prawa umów z prawem ochrony konsumenta, złożyło się na dylematy prawa kontraktów. Wśród nich znalazła się kwestia „wmontowania” w to prawo odpowiednio wysokiego poziomu ochrony konsumenta. Miał to być taki jej poziom, który równoważyłby najdalej idącą ochronę w państwach członkowskich. Grupa ekspercka pracująca nad aktem, z którego wyłonił się CESL, starała się w nim zabezpieczyć co najmniej poziom równy takiej ochronie. W realizacji tego założenia widziano korzyści zarówno dla przedsiębiorców, jak i dla konsumentów. Istota dylematu związanego z tą kwestią polegała na tym, że KE założyła, iż tą drogą można będzie „tylnymi drzwiami” za pomocą regulacji z dziedziny prawa umów przyznać konsumentowi taki poziom ochrony, jakiego nie udało się zapewnić dyrektywą o prawach konsumentów. Mimo że takiego założenia nie udało się spełnić, jednak to, co znalazło się w CESL odnośnie do warunków umów oraz gwarancji, wyszło poza poziom ochrony minimalnej, jaką przyznawały kontrowersyjne dyrektywy w ich obowiązującej wersji. Dyrektywy te mimo swej sektorowej genezy przynależą w mniejszym stopniu do unijnego prawa ochrony konsumenta niż do niesektorowego prawa prywatnego, co znalazło wyraz w krytycznych poglądach, jakie były formułowane na kanwie projektu dyrektywy o prawach konsumentów⁶⁰.

Wśród innych dylematów, których geneza tkwi w symbiozie prawa umów i unijnych regulacji dotyczących ochrony konsumenta, należy jeszcze wspomnieć o potrzebie rozstrzygnięcia, do jakiej dziedziny prawa przynależą takie projekty, jak CESL: czy są to projekty z unijnego prawa umów (prawo prywatne), czy raczej z unijnego prawa ochrony konsumenta (prawo publiczne). Formalnie, zarówno geneza CESL, jak i treść załącznika I (opcjonalne prawo sprzedaży) lokują je w sferze prawa umów. Problem pojawia się przy próbie ich oceny jako IO. Wynika to z tego, że zawarta w CESL opcjonalna regulacja (art. 1–16) została tak ujęta, iż art. 1, dotyczący jej przedmiotu, integruje z nim treść załącznika I zawierającego regulację wykrojoną z DCFR, a więc pośrednio z dorobku Grupy Studyjnej oraz z Grupy *Acquis*. Projektowany reżim nabrałby jako rozporządzenie charakteru regulacji imperatywnej, która jako drugi – do wyboru jej adresatów (przedsiębiorców i konsumentów) – porządek krajowy obowiązywałaby w każdym państwie członkowskim. Mechanizm instrumentu opcjonalnego w wersji CESL, ze względu na zawarte w nim normy ochronne prawa konsumenckiego, nosi znamiona prawa publicznego, a formalne „podczepienie” podeń regulacji dla umowy sprzedaży nie może zmienić tej kwalifikacji, zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę zdominowanie jej przez przepisy imperatywne typowe dla prawa konsumenckiego⁶¹.

⁶⁰ Zob. np. K. Tonner, M. Tamm, *Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher und seine Auswirkungen auf das nationale Verbraucherrecht*, Juristen Zeitung 2009/6, s. 277–290.

⁶¹ G. Howells, *European Contract Law Reform...*, s. 178, przestrzega przed następstwami, jakie wynikną dla ogólnych norm i zasad prawa prywatnego z tego, że wspólne europejskie przepisy prawa umów są w szerokim zakresie ukształtowane na bazie konsumenckiego ochronnego *aquis communautaire*; a M. Zachariasiewicz, *Perspectives for the European optional instrument regarding common law of contracts*, <http://ssm.com/abstract=2162920>, podaje, że: „The whole text of CESL (only the substantive rules laid down in annex) consists of 24.688 words, while 8.596 out of them are devoted solely to consumer

Spośród innych spraw nie można pominąć pozycji CESL jako IO w unijnych źródłach prawa prywatnego międzynarodowego. Chodzi o ocenę, jak miałyby się do tych źródeł kolizyjny aspekt takiego instrumentu opartego na opcji typu *opt-in*. Jest to kwestia stosunku regulacji opcjonalnych do norm kolizyjnych rozporządzenia Rzym I i innych aktów UE. Problem ten jest już dyskutowany w doktrynie, zarówno ogólnie, jak i w związku z CESL⁶². Aktualne jest ponadto pytanie, czy z punktu widzenia rozwoju unijnego prawa jest pożądane utrzymanie symbiozy prawa umów z prawem konsumenckim. Za potrzebą rozdzielenia opowiedział się Komitet Ekonomiczno-Społeczny⁶³, a w doktrynie podkreślono, iż powodzenie CESL zależy w większym stopniu od tego, jaki ma być zakres objętych nim rodzajów umowy sprzedaży, niż od treści regulacji zaoferowanej do wyboru jej potencjalnym stronom⁶⁴.

Wraz z pojawieniem się idei rynku wewnętrznego i przekształceniem EWG w WE w ramach integracji europejskiej zaistniała podstawa prawna dla regulacji konsumenckich. Ich w miarę bujny rozwój zdaje się wynikać ze stosunkowo mało konfliktowego charakteru tej ochrony z racji jej pierwotnego wprowadzania na poziomie minimalnym. Wybór dla CESL formy IO zrodził pytanie, czy tego typu instrument nadaje się w ogóle do regulacji konsumenckich. Warto w tym kontekście przytoczyć fragment opinii Komitetu Rynku Wewnętrznego i Ochrony Konsumenta dla Komitetu ds. Prawnych PE, wydanej w związku z CESL, jako aktem tego typu. Pod tytułem „Unsuitability of optional instruments in consumer law” napisano m.in.: „There are fundamental doubts concerning the suitability of the commission proposal. In consumer contract law (...) the consumer has a particular need for protection and must be able to rely on a high level of protection in the conclusion of sales contracts. (...) In the past the bulk of this work was done by Directive 2011/83/EU and similar legislation. Creating an additional, optional instruments, and effectively placing the decision of the choice of instrument in the hands of the trader, would complicate the legal situation and would disadvantage the consumer in particular. (...) Furthermore, an optional

protection. This means that consumer rules constitute 35% of the whole content of the draft of the optional instrument (i.g. more than 1/3!)”.

⁶² Zob. Ch. Busch, *Kollisionsrechtliche Weichenstellung für ein Optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht*, *Europäisches Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2011, s. 655; M. Stürmer, *Kollisionsrecht und Optionales Instrument. Aspekte einer noch ungeklärten Beziehungen*, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 2011, s. 236; czy A. Całus, *Wybór prawa właściwego w ramach zdjętego już z wokandy inicjatyw legislacyjnych Unii Europejskiej projektu rozporządzenia w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży* [w:] *Księga Jubileuszowa z okazji 75-lecia urodzin dr. Macieja Tomaszewskiego*, red. J. Poczobut, A.W. Wiśniewski, Warszawa 2016, s. 56–84.

⁶³ Sekcja 1 pkt 5 „Wnioski i zalecenia”: „Podzielenie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży – tzn. zawarcie przepisów dotyczących umów między przedsiębiorcami oraz przepisów dotyczących umów z konsumentami w dwóch samodzielnych dokumentach (...)” – opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży COM (2011) 635 wersja ostateczna – 2011/0284 (COD).

⁶⁴ Zob. np. W. Dorat, *The European Contract Law and why the success or failure may depend on scope rather than substance*, *Max Planck Private Law Research Paper* 2011/9.

instrument would be departure from the existing successful formula of harmonization⁶⁵.

4. Publicznoprawny charakter reżimu ochrony konsumenta w prawie pierwotnym UE

Prawo ochrony konsumenta jest tą dziedziną prawa UE, w której doszło w zbliżaniu prawa do jaskrawego naruszenia sektorowego charakteru jej działalności legislacyjnej. Pojawiło się tą drogą niesektorowe prawo prywatne, a w nim podmiot, którego ochrona ze swej natury powinna być – i w zasadzie jest – publicznoprawna. Potwierdza to imperatywny charakter regulacji unijnego prawa konsumenckiego. Ani WE, ani też UE nie miały bezpośrednich kompetencji prawotwórczych w dziedzinie prawa prywatnego. Wszystkie te kompetencje są sektorowe, tzn. pojawiają się tylko i wyłącznie wówczas, gdy w ramach którejś z polityk prawa pierwotnego zachodzi konieczność posłużenia się regulacją prywatnoprawną.

Brak adekwatności wyposażenia legislacyjnego w stosunku do przyznanych UE kompetencji przedmiotowych zaowocował, jak już podnoszono, niesektorowymi aktami prawa wtórnego, a więc dorobkiem niezgodnym z istotą prawa unijnego jako prawa organizacji międzynarodowej. Tą drogą zaistniał w tym prawie swoisty podmiot stosunków prawnych nazwany „konsumentem”. Środowisko prawne instytucji „konsument” nie jest prywatnoprawne, ale publicznoprawne, a to, co łączy ją z prawem prywatnym, to „umowa” jako instrument rodzący zobowiązania. Sama istota umowy nie może jednak przesądzać o charakterze zobowiązań z niej wynikających. O tym, czy dana umowa rodzi tylko takie zobowiązania, czy również inne, decydujące o jej przynależności do danej dziedziny prawa, rozstrzyga jej funkcja merytoryczna. W umowach konsumenckich taką funkcją jest ochrona interesów konsumenta. Wymaga ona regulacji publicznoprawnej, co jest zgodne z celami integracji europejskiej w pierwotnym jej ujęciu, a więc takiej, która znalazła wyraz w TEWG i dla której przewidziano środki legislacyjne odziedziczone przez WE, a następnie przez UE.

Ochronne dyrektywy konsumenckie zostały za pomocą *Acquis Principles*, jak podkreśla się w doktrynie, zintegrowane z DCFR⁶⁶, a więc z akademickim dorobkiem uważanym za udoskonalone i rozwinięte Zasady Europejskiego Prawa Umów. Ten „manewr” pogłębił symbiozę prawa umów z prawem ochrony konsumenta, tzn. wprowadził do niego zmasowaną „dawkę” prawa publicznego. Przeważający w doktrynie pogląd, że te dyrektywy stworzyły regulacje prywatne, jest oparty na błędnych przesłankach. Zarówno ochrona konsumenta, jak i jej wspólnotowa podstawa, jaką jest zbliżanie prawa,

⁶⁵ Opinion of the Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Reporter E. Gebhardt, H.-P. Mayer, Short Justification, 11.07.2013, PE505.998v03–00.

⁶⁶ Zob. np. T. von Pfeiffer, „Integration der ACQP in den DCFR”. *Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference*, ZEuP 2008, s. 695–704.

należą do prawa publicznego. Potwierdza to wspomniana lokalizacja przepisów o zbliżaniu w tej części prawa pierwotnego, która zawiera unijny reżim zwalczania niedozwolonej konkurencji. Stąd zakazy, jakie rodzi dyrektywa o nieuczciwych klauzulach, czy nakazy, jakie są następstwem dyrektywy o gwarancjach udzielanych dobrom konsumpcyjnym, są przejawami prawa publicznego.

W doktrynie niemieckiej w kontekście poruszanych kwestii pojawiła się ważna wypowiedź. M. Martinek, rozważając problem „samoodpowiedzialności” w prawie umów i w prawie konsumenckim, porównał podmiot stosunku prawa prywatnego z sytuacją konsumenta w stosunku prawnym służącym jego ochronie. Posłużył się przy tym pojęciami „dusza wolna” i „dusza zniewolona”⁶⁷. Tą ostatnią okazał mu się konsument, skazany we współczesnym masowym społeczeństwie na ochronę, od której nie może się wyzwolić⁶⁸. W świetle tego porównania środowisko konsumenta jawi się zdecydowanie jako publicznoprawne.

W rozważaniach ważne miejsce zajęły dyrektywy, które KE ulokowała na pierwszych miejscach aneksu „istniejące unijne prawo prywatne”. Dyrektywy te, w aspekcie prawa konsumenckiego, są uważane za sektorowe, natomiast jeżeli chodzi o prawo umów, to jak wynika z ich miejsca w genezie CESL, pełnią funkcję niesektorowego prawa prywatnego. Niezależnie od różnic, jakie z racji różnych traktatów znalazły się w ich wstępach, zawarta w nich regulacja z racji swego imperatywnego charakteru przynależy do prawa publicznego. Zostało to potwierdzenie w dyrektywie o gwarancji. Przewiduje ona zamieszczenie jej tekstu w spisie dyrektyw wymienionych w załączniku do dyrektywy 98/27/WE PE i Rady z 19.05.1998 r. o nakazach zaprzestania szkodliwych praktyk w celu ochrony interesów konsumentów⁶⁹. W przypadku dyrektywy o nieuczciwych klauzulach podobne „potwierdzenie” nie było jeszcze potrzebne, ponieważ zadania i cele EWG były na jej etapie ze swej istoty publiczne. Jej przynależność do prawa publicznego została jednak zaakcentowana przez jej późniejsze zamieszczenie na wspomnianej wyżej liście instrumentów unijnych.

Z doktryny wynika, że przyszłość CESL, jako IO, zależała od ich konkurencyjności w stosunku do innych źródeł prawa dla umowy sprzedaży transgranicznej⁷⁰ oraz od zapewnienia w nich odpowiednio wysokiego poziomu ochrony konsumenta⁷¹, rów-

⁶⁷ M. Martinek, Część I, Einleitung: „*Anima beata*” und „*anima damnata*”. *Das Prinzip der Selbstverantwortung im Vertrags- und Verbraucherrecht* [w:] *Das Prinzip der Selbstverantwortung. Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht*, red. K. Riesenhuber, Tübingen 2011, s. 247–276.

⁶⁸ M. Martinek: „Der Verbraucher kann seinem Schutz nicht entinnen. Er ist zum Schutz verdammt – *anima damnata*”, s. 262.

⁶⁹ Dz.Urz. WE L 166, s. 43.

⁷⁰ J.M. Smits, Wprowadzenie, *European Business Law* 2013, special issue, *Competition in International Sale Law*, s. 295, stwierdził, że: „The common theme throughout the contribution by Dalhuisen, Kornet, Kruisinga, Low and Meyer is that the Common European Sales Law in its present form will not be an attractive competitor on the European law market”, tzn. w stosunku do CISG i praw krajowych.

⁷¹ Zgoda państw na wysoki poziom ochrony była mało prawdopodobna, co wykazały losy dyrektywy o prawach konsumentów, zob. przypis 58.

noważącego poziom ochrony w państwie jego zwykłego pobytu, zagwarantowany art. 6 ust. 2 rozporządzenia Rzym I. Warunki te nie zostały spełnione, z tym że gdyby nawet zostały, to i tak nie byłoby szans na uchwalenie CESL jako aktu unijnego, nawet ujętego w formie IO. Główną przeszkodą jest status UE jako organizacji międzynarodowej i brak kompetencji do niesektorowego prawa prywatnego.

5. Uwagi końcowe

Przy okazji działalności legislacyjnej w sferze prawa umów i prawa konsumenckiego zaistniał cenny dorobek doktrynalny, który może być wykorzystywany w różnych celach, zarówno akademickich, jak i praktycznych. W procesie jego tworzenia ujawniły się główne dylematy prawa umów (kontraktów) UE, wynikające z niedoceniań związku jego niespójnej kondycji z sektorowym charakterem unijnych kompetencji w sferze prawa prywatnego, jak też z ujęcia ochrony konsumenta jako reżimu prawa prywatnego, a nie prawa publicznego, za czym przemawia zwłaszcza imperatywny charakter regulacji dotyczącej takiej ochrony.

Komisja pracuje nad nowym projektem mającym zająć miejsce porzuconej już idei, której wyrazem był CESL. Zgodnie z opiniami PE i EKES ma on dotyczyć transakcji realizowanych za pomocą środków elektronicznych (*on-line*). Jego zlokalizowanie na rynku cyfrowym stwarza szanse na odejście od symbiozy rozwoju unijnego prawa umów z dążeniami do osiągnięcia takiego poziomu ochrony konsumenta, który pozabawiłby znaczenia art. 6 ust. 2 rozporządzenia Rzym I. Aby można było to osiągnąć, niezbędne są jeszcze: przyznanie UE niesektorowych kompetencji w sferze prawa prywatnego oraz rezygnacja z prywatnoprawnej kwalifikacji umów konsumenckich wraz z przeniesieniem systemu nakazów i zakazów z reżimu ochrony konsumentów do sfery prawa publicznego.

Pojawienie się koncepcji IO jako środka przewyższania i rekompensacji braku unijnych kompetencji dla zadań, jakie niesie ze sobą utrwalanie i rozwój rynku wewnętrznego, wymaga „przewartościowania”, którego punktem wyjścia powinno być uznanie, że byt UE opiera się na traktatach, a nie na konstytucji w rozumieniu prawa państwowego. Twórcy traktatów lizbońskich tego nie uwzględnili. Zabrakło w prawie pierwotnym środków do rozwoju niesektorowego prawa prywatnego. Koncepcja IO nie tylko nie likwiduje deficytu w tej sferze uprawnień legislacyjnych, ale jeszcze dodatkowo wprowadza do unijnego systemu niejasny projekt instrumentu opartego, jeżeli chodzi o jego skuteczność, na wyborze przez jego adresatów wyodrębnionych reżimów lub zamkniętych pakietów regulacyjnych.

Można zasadnie utrzymywać, że KE zaczęła posługiwać się koncepcją IO w związku z działalnością legislacyjną w sferze prawa prywatnego. Zrobiła to bez wypracowania

jakiejs jego roboczej koncepcji. Opinia EKES w sprawie 28 opcjonalnego reżymu⁷² tylko częściowo spełniła to zadanie, co znalazło swoje potwierdzenie w doktrynie, która błędnie utożsamiała mechanizm opcjonalny z występującymi alternatywnymi rozwiązaniami polegającymi na możliwości skorzystania z jakiejs instytucji, która pojawiła się w prawie unijnym, a której wybór nie oznacza rezygnacji z jej wersji krajowej⁷³. Rozporządzenia, takie jak: o spółce europejskiej czy europejskim wzorze użytkowym lub europejskim znaku towarowym, inaczej niż w przypadku *opt-in* według CESL, nie są drugim krajowym reżimem pochodzenia unijnego, wyłączającym wraz z ich wyborem możliwość zastosowania reżimu rodzimego.

Przyszłość unijnego prawa prywatnego, a w nim prawa umów, jak również samego prawa konsumenckiego, zależy od odejścia od symbiozy tych dwóch dziedzin legislacji. Samo ich oddzielenie będzie jednak niewystarczające, niezbędne jest ponad to wyposażenie UE w ogólną, niesektorową kompetencję prawotwórczą w tej sferze. Bez takiego rozdzielenia i takiej podstawy nie ma szans, by kolejne inicjatywy w prawie kontraktów mogły okazać się sukcesem. Gdyby nawet doszło do spełnienia tych warunków, to trudno się spodziewać, aby kolejny akt unijny ze sfery prawa umów mógł zaistnieć bez „oswobodzenia” go od regulacji konsumenckich⁷⁴. Koncepcja IO jest niejasna, a ponadto z doktryny zdaje się wynikać, że jej wykorzystanie na potrzeby CESL miało w swej genezie ocenioną negatywnie symbiozę prawa umów z prawem ochrony konsumenta⁷⁵. Można zasadnie utrzymywać, że w praktyce sposób korzystania z IO, jako środka legislacyjnego, w większym stopniu zależy od rodzaju „opcji” i tego, jakie są jej merytoryczne konsekwencje, niż od samej koncepcji tego środka, skonstruowanego ze względu na brak środków legislacyjnych adekwatnych do zadań UE.

⁷² Opinion of the EESC on the 28th regime – an alternative allowing less law making at Community level (own-initiative opinion), Rapporteur Pegado Liz, INT/499, Brussels, 27 May 2010.

⁷³ Zob. np. J.M. Smits, Wprowadzenie..., s. 52: „The creation of an optional European regime in the field of contract law fits in with previous initiatives to create '28' legal systems, such as the European Company and Community Trade Mark, as well as the proposed European Company and European Union patent Party choice and the Common European Sales law, or: how to prevent the CESL from becoming a lemon on the Law Market”.

⁷⁴ Pierwszym krokiem w tym kierunku powinno być organizacyjne wyłączenie ujednolicania europejskiego prawa umów z Dyrekcji Generalnej zajmującej się Ochroną Konsumentów. Trafnie wypowiedział się w tej sprawie, wprowadzając w inny kontekst, W. Ernst, *Der „Common Frame of Reference” aus juristischer Sicht*, Archiv für die civilistische Praxis 2008/208, s. 280, stwierdzając: „Auf dem Gebiet des Vertragsrechts muss die institutionelle Bindung der europäischen Rechtsvereinheitlichung an die Generaldirektion Verbraucherschutz gelöst werden”.

⁷⁵ Np. Ch. Busch w przygotowanym na zlecenie PE opracowaniu *Scope and content of an optional instrument for EU contract law*, wśród kryteriów decydujących o pożądanym zakresie spraw objętych takim IO wymienił na priorytetowym miejscu „specific rules for consumer contracts”, PE 425.644, Bruksela, październik 2010, s. 16.

Literatura

- Bar Ch. von, Clive E., Schulte-Nölke H., Beale H., Herre J., Huet J., Storme M., Swann S., Varul P., Veneziano A., Zoll F. (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Monachium 2009
- Barcz J., *Unia Europejska na rozstajach – Traktat z Lizbony – Dynamika i główne kierunki reformy ustrojowej*, wyd. 2, Warszawa 2010
- Basedow J., Christandi G., Doralt W., Fornasier M., Illmer M., Kleinschmidt J., Martens S.E., Rösler H., Schmidt J.P., Zimmermann R., *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, 348 final*, *RabelsZ* 2011/75
- Bodewig Th., Voß Th., *Die „offene Methode der Koordinierung“ in der Europäischen Union – „schleichende Harmonisierung“ oder notwendige „Konsentierung“ zur Erreichung der Ziele der EU?*, *Europarecht* 2003/3
- Busch Ch., *Kollisionsrechtliche Weichenstellung für ein Optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht*, *Europäisches Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2011
- Całus A., *Kompetencje legislacyjne Unii Europejskiej w sferze prawa prywatnego na bezdrożu*, Konferencja Naukowa Katedry Prawa Międzynarodowego i Prawa Europejskiego, Korczyce 2013
- Całus A., *Nieudane próby ustanowienia Europejskiej Wspólnoty Obronnej oraz Europejskiej Wspólnoty Politycznej*, *Przegląd Zachodni* 1964/3
- Całus A., *Wybór prawa właściwego w ramach zdjętego już z wokandy inicjatyw legislacyjnych Unii Europejskiej projektu rozporządzenia w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży* [w:] *Księga Jubileuszowa z okazji 75-lecia urodzin dr. Macieja Tomaszewskiego*, red. J. Poczobut, A.W. Wiśniewski, Warszawa 2016
- Conditions générales de vente et contrats types „Incoterms” et autre termes commerciaux*, UNCITRAL, t. I, lata 1968–1970, Nations Unies, New York 1971
- Dalhuisen J.H., *Some Realism about a Common European Sales Law*, *European Business Law Review* 2013, special Issue
- Doralt W., *The European Contract Law und why the success or failure may depend on scope rather than substance*, *Max Planck Private Law Research Paper* 2011/9
- Ernst W., *Der „Common Frame of Reference” aus juristischer Sicht*, *Archiv für die civilistische Praxis* 2008/208
- European Research Group on Existing EC Private law (Aquis Group), *Draft for a First Chapter (Subject Matters, Application, and Scope) of an Optional European Contract Law*, G. Dannemann, Oxford University Cooperative Law Forum 2011/2
- Fleicher H., *Optionales europäisches Privatrecht (»28. Modell«)*, *RabelsZ* 2012/76
- Heiss H., *Europäisches Recht in statu nascendi?*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht* 1995/2
- Hesselink M.W., Rutgers J.W., de Booy T., *The legal basis for an optional instrument on European contract law*, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series 2007/4, <http://ssrn.com/abstract=1091119>

- Howells G., *European Contract Law Reform and European Consumer Law – Two related but distinct Regimes*, *European Review of Contract Law* 2011/2
- Kuipers J.-J., *The Legal Basis for a European Optional Instrument*, *European Review of Private Law* 2011/3
- Martinek M., „Anima beata” und „anima damnata”. *Das Prinzip der Selbstverantwortung im Vertrags- und Verbraucherrecht* [w:] *Das Prinzip der Selbstverantwortung. Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht*, red. K. Riesenhuber, Tübingen 2011
- Osajda K., *Perspektywy europejskiego prawa umów: Zielona Księga Komisji Europejskiej o Europejskim Prawie Kontraktów*, PPH 2011/11
- Pfeiffer T. von, „Integration der ACQP in den DCFR”. *Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference*, *ZEUP* 2008
- Pinkel T. (rec.), P. Penades, M. Velencoso (red.), *European Perspectives on the CESL*, *Hansel Law Review* 2013/10, no. 1
- Ritter R., *Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration*, *Juristen Zeitung* 1995/18
- Rott-Pietrzyk M., *Zasady Prawa Umów UE (Aquis Principles)* [w:] *Międzynarodowe Prawo Handlowe*, t. 9, red. W. Popiołek, Warszawa 2013
- Schnyder A.K., Staub R.M., *Das EG-Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst – Erster Schritt zu einem einheitlichen EG-Kaufrecht?*, *Zeitschrift für das europäische Privatrecht* 1996
- Smits J.M., *Wprowadzenie*, *European Business Law* 2013, special issue, *Competition in International Sale Law*
- Stürner M., *Kollisionsrecht und Optionales Instrument. Aspekte einer noch ungeklärten Beziehungen*, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 2011
- Tilmann W., *Mitgliedstaaten führen vielmehr fort, Fragen einer weltweiten oder europäischen Angleichung nur im Rahmen von UNIDROIT, UCITRAL und der Arbeiten des Europarats zu fordern. Zweiter Kodifikations-Beschluss des Europäischen Parlaments*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1995
- Tonner K., Tamm M., *Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher und seine Auswirkungen auf das nationale Verbraucherrecht*, *Juristen Zeitung* 2009/6
- Weatherill S., *Reflections on the EC's Competence to Develop a „European Contract Law”*, *European Review of Private Law* 2005/3
- Zachariasiewicz M., *Perspectives for the European optional instrument regarding common law of contracts*, <http://ssm.com./abstract=2162920>
- Zimmermann R., *Textsten in der modernen Entwicklung des europäischen Privatrechts*, *Europäisches Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2009/10

Andrzej Całus – dr hab. nauk prawnych, profesor zwyczajny Szkoły Głównej Handlowej, emeryt

Krzysztof Czub

Umowy o wspólności praw w prawie autorskim i prawie własności przemysłowej

1. Wprowadzenie

W dziedzinie własności intelektualnej coraz bardziej powszechne staje się zjawisko współtwórczości. Przyczynia się do tego intensywny rozwój nowych technologii i tendencja do wzrostu twórczej kooperacji. Współtwórczość dotyczy zwłaszcza obszaru wynalazczości. W dobie współczesnych uwarunkowań społeczno-gospodarczych na znaczeniu zyskują problemowo wyodrębnione, specjalistyczne zespoły naukowo-badawcze i wynalazcze, które są w stanie sprostać coraz wyższym wymaganiom stawianym innowatorom stymulującym postęp techniczny. Przedstawiony trend dotyczy także dziedziny prawa autorskiego, w której obecnie, częściej niż kiedykolwiek, spotyka się zespoły twórców opracowujących dzieła skomplikowane i wymagające zazwyczaj podziału pracy (np. utwory architektoniczne, architektoniczno-urbanistyczne, programy komputerowe). Odnosi się to zarówno do przypadków wspólnego tworzenia utworów, w których można zidentyfikować wkłady twórcze poszczególnych współautorów mające samodzielne znaczenie (współtwórczość rozłączna), jak i dzieł, których struktura nie pozwala na wyróżnienie części stworzonych przez pojedynczych współautorów (współtwórczość nierozłączna).

Istotną cechą, a zarazem warunkiem koniecznym współtwórczości jest porozumienie między współtwórcami. Praca twórcza może przebiegać wspólnie lub równocześnie bądź oddzielnie lub niejednocześnie¹. W każdym jednak razie, co do zasady, między działalnością współtwórców powinno zachodzić *sui generis* powiązanie, determinujące podział czynności wykonywanych w toku procesu kreacji wspólnego dobra niematerialnego albo choćby sposób zespolenia, nawet *ex post*, poszczególnych wkładów twórczych. Wskazane porozumienie może znaleźć wyraz w szczególności w umowie zawartej między współtwórcami. Jej treść będzie zazwyczaj stanowić przede wszystkim określenie uprawnień i obowiązków współtwórców związanych ze wspólnym stwo-

¹ Por. wyrok SN z 10.02.1970 r., II CR 666/69, OSP 1972/2, poz. 30.

rzeniem dobra o charakterze intelektualnym, a niekiedy także odnoszących się do przebiegu samego procesu twórczego.

Wspólność podmiotowych praw własności intelektualnej może oczywiście wynikać również z nabycia pochodnego praw majątkowych (przeniesienie praw, dziedziczenie).

Umowy o wspólności praw przybierają różne postacie, często towarzyszą także innym umowom (np. umowom o prace badawczo-rozwojowe, regulaminom znaków towarowych). Ich treścią jest jednak za każdym razem co najmniej regulacja (organizacja) stosunków prawnych między współuprawnionymi, związanych ze wspólnym prawem podmiotowym.

W praktyce występują dwa podstawowe rodzaje umów o wspólności majątkowych praw podmiotowych na dobrach niematerialnych. Konstrukcja takich umów może albo zakładać powstanie wspólności praw w wyniku zawarcia umowy o wspólności (wspólność umowna będzie wówczas miała charakter pierwotny, uprzedni), albo przewidywać jedynie regulację stosunku wspólności, który powstał już wcześniej na mocy innych zdarzeń faktycznych lub prawnych (wspólność umowna późniejsza, następcza)². Umowy kreujące wspólność pierwotną mają ograniczone zastosowanie z uwagi na kształt odnośnych unormowań prawnych, które sporadycznie dopuszczają wyjątki od zasady pierwotnego nabycia praw wyłącznych przez inne podmioty aniżeli twórcy. Taka sytuacja jest możliwa np. w przypadku zawarcia umowy między pracodawcą a pracownikiem (art. 11 ust. 3 *in fine* p.w.p.³, art. 12 ust. 1 *ab initio* pr. aut.⁴) lub umowy pomiędzy przedsiębiorcami (art. 11 ust. 4 p.w.p.)⁵.

Celem niniejszego artykułu jest analiza porównawcza regulacji polskiego porządku prawnego odnoszących się do umów w zakresie wspólności praw majątkowych w prawie autorskim i prawie własności przemysłowej. W tak określonych ramach przedmiotem zainteresowania będzie w szczególności ustalenie ewentualnych rozbieżności między modelem umownym i normatywnym regulacji wspólności, w ujęciu wewnątrz- oraz międzysystemowym. Na podstawie dokonanej oceny obowiązującego stanu prawnego możliwe stanie się przedstawienie propozycji interpretacji istniejących przepisów prawnych rodzących wątpliwości oraz sformułowanie potencjalnych wniosków *de lege ferenda*.

² Por. A. Szajkowski, H. Żakowska-Henzler [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 14A, *Prawo własności przemysłowej*, red. R. Skubisz, Warszawa 2012, s. 537. Konstytutywną rolę umowy jako zdarzenia kreującego wspólność praw do projektów wynalazczych odrzucają, jak się wydaje – niesłusznie, A. Szewc, G. Jyż, *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2003, s. 262–263.

³ Ustawa z 30.06.2000 r. – Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2017 r. poz. 776), dalej: p.w.p.

⁴ Ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2017 r. poz. 880 ze zm.), dalej: pr. aut.

⁵ Por. A. Szajkowski, H. Żakowska-Henzler [w:] *System...*, t. 14A, s. 539–540.

Punktem wyjścia przeprowadzonej analizy porównawczej powinna być konstatacja, zgodnie z którą część spośród dóbr niematerialnych (w szczególności utwory, wzory przemysłowe⁶ i znaki towarowe) może korzystać z ochrony kumulowanej jako „obiekty” praw autorskich oraz praw własności przemysłowej. Zjawisko to ma tendencję wzrostową i powinno wpływać na politykę tworzenia i stosowania prawa.

2. Umowy o wspólności praw w prawie własności przemysłowej

Zgodnie z art. 11 ust. 2 p.w.p. uprawnienie do uzyskania patentu, prawa ochronnego albo prawa z rejestracji przysługuje współtwórcom wynalazku, wzoru użytkowego czy wzoru przemysłowego wspólnie⁷. Przepis ten stosuje się odpowiednio do praw twórców topografii układów scalonych (art. 200 zdanie drugie p.w.p.). Prawo do patentu (prawa ochronnego albo prawa z rejestracji) powstaje na rzecz twórców już z chwilą stworzenia wynalazku (wzoru użytkowego, wzoru przemysłowego czy topografii układu scalonego) i jest niezależne od dokonania zgłoszenia w celu udzielenia patentu (prawa ochronnego albo prawa z rejestracji) ani uzyskania prawa wyłącznego⁸. Wspólność tego ro-

⁶ Uwaga ta jest zasadna zwłaszcza wobec niedawnego uchylenia art. 116 p.w.p.

⁷ Przepisy części podstawowych aktów prawa międzynarodowego dotyczących prawa własności przemysłowej: Układu o współpracy patentowej, Porozumienia haskiego w sprawie międzynarodowej rejestracji wzorów przemysłowych, Porozumienia madryckiego o międzynarodowej rejestracji znaków i Protokołu do tego porozumienia, Porozumienia TRIPS, nie regulują ani nie odnoszą się do współtwórczości i wspólności wyłącznych praw podmiotowych. Unormowania dotyczące wspólnych praw znajdują się w jednym przepisie Konwencji paryskiej o ochronie własności przemysłowej, kilku postanowieniach Konwencji o udzielaniu patentów europejskich i Regulaminu wykonawczego do niej, jak również w kilku przepisach rozporządzeń w sprawie ochrony unijnych znaków towarowych i wzorów przemysłowych. Art. 5 lit. C ust. 3 Konwencji paryskiej o ochronie własności przemysłowej odnosi się do wspólnego prawa do znaku towarowego. Art. 59 Konwencji o udzielaniu patentów europejskich przewiduje możliwość dokonania europejskiego zgłoszenia patentowego wspólnie przez kilku zgłaszających. Art. 99 ust. 4 *in fine* oraz art. 118 tej Konwencji wspominają o współuprawnionych/współzgłaszających. Ponadto art. 133 ust. 4 oraz art. 151 ust. 1 *in fine* powołanej Konwencji zawierają wzmiankę o wspólnym pełnomocnictwie odpowiednio „stron działających wspólnie” oraz współuprawnionych, a Regulamin wykonawczy do konwencji stanowi w zasadzie 151 ust. 2 o możliwości przeniesienia prawa z europejskiego zgłoszenia patentowego wspólnie na kilka podmiotów. Art. 16 ust. 3 rozporządzenia w sprawie unijnego znaku towarowego zawiera odniesienie do współuprawnionych, art. 21 ust. 2 wymienia dodatkowo udział we wspólnym prawie do znaku, a art. 92 ust. 4 przewiduje wymóg ustanowienia wspólnego pełnomocnika w przypadku kilku zgłaszających działających wspólnie. Na szczególną uwagę zasługuje art. 14 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wspólnotowych wzorów przemysłowych, który potwierdza zasadę współautorstwa i współuprawnienia, stanowiąc, że jeśli dwie lub więcej osób stworzyło wspólnie wzór, prawo do wzoru unijnego przysługuje im wspólnie. Art. 15 ust. 2 przewiduje także w zw. z ust. 1 uprawnienie przysługujące współuprawnionemu do wzoru, odnoszące się do możliwości żądania uznawania go za osobę współuprawnioną. Ponadto art. 27 ust. 3 powołanego rozporządzenia wspomina o współuprawnionych, a w lit. a dotyczącej niezarejestrowanych wzorów wymienia także umowę o wspólności, art. 31 ust. 2 wymienia dodatkowo udział we wspólnym prawie do wzoru.

⁸ Por. orzeczenie SN z 4.09.1961 r., I CR 845/60, OSPIKA 1963/6, poz. 138, oraz głosę do tego orzeczenia autorstwa S. Buczkowskiego i M. Poźniakówny, tamże, s. 337. Podobnie – M. Staszków, *Zarys prawa wynalazczego*, Warszawa 1974, s. 123–124; A. Kopff, *Konstrukcje cywilistyczne w prawie wynalazczości*, Warszawa 1978, s. 115, 168–169 i 172.

dzaju praw (zarówno praw do uzyskania praw wyłącznych, jak i samych praw wyłącznych) ma charakter wspólności majątkowej, co wynika oczywiście z ich natury. Uprawnionymi mogą być twórcy, w przypadku których następuje zasadniczo nabycie pierwotne praw, albo inne podmioty, nabywające prawa zazwyczaj w sposób pochodny, a niekiedy pierwotny⁹.

Wspólność praw majątkowych odnoszących się do projektów wynalazczych (w szczególności wynalazków, wzorów użytkowych, wzorów przemysłowych i topografii układów scalonych) może mieć różne źródła. Najważniejszą i najczęstszą w praktyce podstawą wspólności jest fakt wspólnego stworzenia danego dobra niematerialnego przez kilka osób (art. 11 ust. 2 p.w.p.). Innym źródłem omawianego stosunku prawnego może być nabycie istniejącego wspólnego prawa przez kilka innych osób albo nabycie prawa o charakterze indywidualnym wspólnie przez kilka osób, które stają się w ten sposób współuprawnionymi (art. 12, art. 67 ust. 1 p.w.p.). Dotyczy to także nabycia udziału w istniejącym wspólnym prawie przez pojedynczego nabywcę albo wspólnie przez kilku nabywców. Omawiana wspólność może również wynikać z umowy zawartej pomiędzy pracodawcą a pracownikiem albo zamawiającym a wykonawcą, tworzącym projekt wynalazczy w wyniku wykonywania obowiązków odpowiednio ze stosunku pracy albo z realizacji innej umowy (art. 11 ust. 3 p.w.p.). Źródłem wspólności może ponadto być umowa zawarta między przedsiębiorcami, na mocy której strony określają podmiot uprawniony do uzyskania prawa wyłącznego w razie dokonania wynalazku, wzoru użytkowego, wzoru przemysłowego albo topografii układu scalonego w związku z wykonywaniem takiej umowy (art. 11 ust. 4 p.w.p.). Wreszcie, w przypadku dokonania projektu wynalazczego przez twórcę przy pomocy przedsiębiorcy strony mogą ustalić w umowie o udzielenie pomocy, że przedsiębiorcy przysługuje w całości lub w części prawo do uzyskania prawa wyłącznego do takiego dobra niematerialnego (art. 11 ust. 5 zdanie drugie p.w.p.). Zasada nabycia pierwotnego oraz pochodnego wyłącznych praw własności przemysłowej przez kilka podmiotów znajduje zastosowanie także do prawa ochronnego na znak towarowy (w kwestii nabycia pochodnego por. art. 162 ust. 1 p.w.p.).

Przepisy ustawy – Prawo własności przemysłowej odnoszą się do umów o wspólności praw wyłącznych jedynie zdawkowo. Odpowiednie wzmianki znajdują się w art. 72 ust. 2–4 p.w.p. (dotyczą umowy o wspólności patentu/prawa ochronnego na wzór użytkowy/prawa z rejestracji wzoru przemysłowego albo topografii układu scalonego oraz praw do uzyskania takich praw wyłącznych), art. 159 ust. 2 p.w.p. (dotyczy umowy o wspólności prawa ochronnego na znak towarowy), art. 162 ust. 1¹ *in fine* (dotyczy umowy przekształcenia prawa ochronnego na indywidualny znak towarowy we wspólne prawo ochronne), ust. 1⁴ (dotyczy umowy przekształcenia wspólnego prawa ochronnego w prawo ochronne na indywidualny znak towarowy), ust. 3 (dotyczy umowy przekształcenia prawa ochronnego na wspólny znak towarowy we wspólne prawo ochronne) i ust. 3¹ p.w.p. (dotyczy umowy przekształcenia wspólnego prawa ochron-

⁹ Por. art. 11 ust. 3 i 4 p.w.p.

nego w prawo ochronne na wspólny znak towarowy albo wspólny znak towarowy gwarancyjny). Dwa przywołane ostatnio przepisy stosuje się odpowiednio do umów dotyczących praw z dokonanych w Urzędzie Patentowym RP zgłoszeń, na które nie zostały jeszcze udzielone prawa ochronne (art. 162 ust. 6 p.w.p.).

Można wyróżnić dwa modele regulacji wspólności praw własności przemysłowej: normatywny oraz umowny. Model normatywny jest stosowany w sytuacji, gdy między stronami nie ma woli zawarcia umowy lub zgody co do jej treści albo wspólność została uregulowana jedynie częściowo. Źródłem unormowania w omawianym modelu są przepisy ustawy – Prawo własności przemysłowej oraz pomocniczo (w zakresie nieuregulowanym w tej ustawie i niesprzecznym z umową o wspólności danego prawa wyłącznego), stosowane odpowiednio, przepisy kodeksu cywilnego dotyczące współwłasności w częściach ułamkowych (por. art. 72 ust. 3 p.w.p.).

Treść modelu normatywnego wyczerpuje się w następujących unormowaniach:

- wspólność praw własności przemysłowej ma charakter wspólności ukształtowanej na podobieństwo współwłasności w częściach ułamkowych (por. art. 72 *in extenso* p.w.p.);
- w razie wątpliwości co do wielkości udziałów przysługujących poszczególnym współuprawnionym we wspólnym prawie stosuje się domniemanie równości udziałów (por. art. 197 k.c.);
- każdy współuprawniony może rozporządzać swoim udziałem we wspólnym prawie bez zgody pozostałych współuprawnionych (por. art. 198 k.c.). Jedyne wyjątki stanowią przeniesienie udziału we wspólnym prawie ochronnym na znak towarowy, do czego jest potrzebna zgoda wszystkich współuprawnionych (por. art. 162 ust. 5 p.w.p.). Z kolei zrzeczenie się udziału we wspólnym prawie powoduje przejście takiego udziału na pozostałych współuprawnionych, odpowiednio do wielkości przysługujących im udziałów (por. art. 168 ust. 3 p.w.p.);
- każdy współuprawniony może, bez zgody pozostałych współuprawnionych, korzystać we własnym zakresie z wynalazku, wzoru użytkowego, wzoru przemysłowego albo topografii układu scalonego, które stanowią przedmiot wspólnego prawa (por. art. 72 ust. 1 p.w.p.);
- każdy współuprawniony może, bez zgody pozostałych współuprawnionych, dochodzić roszczeń z powodu naruszenia patentu, prawa ochronnego czy prawa z rejestracji (por. art. 72 ust. 1 p.w.p. i art. 209 k.c.), jak również dokonywać wszelkich innych czynności, które zmierzają do zachowania wspólnego prawa (por. art. 209 k.c.);
- w stosunku do korzyści ze wspólnego prawa uzyskanych przez jednego ze współuprawnionych każdy spośród pozostałych współuprawnionych ma prawo do odpowiedniej części z jednej czwartej takich korzyści po potrąceniu nakładów, stosownie do swojego udziału we wspólnym prawie (por. art. 72 ust. 3 p.w.p.)¹⁰;

¹⁰ Por. wyroki SN z: 19.03.2008 r., V CSK 500/07, LEX nr 385591; 7.07.2005 r., II PK 355/04, OSNP 2006/11–12, poz. 172.

- w odniesieniu do innych pożytków i przychodów ze wspólnego prawa przypadają one współuprawnionym w stosunku do wielkości przysługujących im udziałów; w takim samym stosunku współuprawnieni ponoszą wydatki i ciężary związane ze wspólnym prawem (por. art. 207 k.c.);
- w zakresie czynności zwykłego zarządu wspólnym prawem konieczna jest zgoda co najmniej większości współuprawnionych, którą oblicza się według wielkości udziałów; w braku takiej zgody każdy współuprawniony może żądać upoważnienia sądowego do dokonania czynności (por. art. 201 i 204 k.c.). Jeżeli większość współuprawnionych postanawia dokonać czynności rażąco sprzecznej z zasadami prawidłowego zarządu wspólnym prawem, każdy spośród pozostałych współuprawnionych może żądać rozstrzygnięcia przez sąd (por. art. 202 k.c.);
- każdy współuprawniony może wystąpić do sądu o wyznaczenie zarządcy, jeżeli nie można uzyskać zgody większości współuprawnionych w istotnych sprawach dotyczących zwykłego zarządu albo jeżeli większość współuprawnionych narusza zasady prawidłowego zarządu lub krzywdzi mniejszość (por. art. 203 k.c.);
- do rozporządzania wspólnym prawem oraz do dokonywania innych czynności, które przekraczają zakres zwykłego zarządu, potrzebna jest zgoda wszystkich współuprawnionych; w braku takiej zgody współuprawnieni, których udziały wynoszą co najmniej połowę, mogą żądać rozstrzygnięcia przez sąd (por. art. 199 k.c.);
- każdy współuprawniony może żądać zniesienia wspólności (por. art. 210 k.c.)¹¹. W tym kontekście należy jednak podkreślić, że kwestia dopuszczalności oraz zakresu omawianego odesłania nie jest oczywista, co potwierdzają regulacje niektórych obcych porządków prawnych przewidujące wyłączenie zastosowania instytucji zniesienia wspólności do wspólności praw własności przemysłowej¹².

W modelu umownym regulacja wspólności może odbiegać od modelu normatywnego. Zakres odstępstw wprowadzonych przez strony może być różny. Zazwyczaj modyfikują one zasady ustawowe częściowo (w niektórych aspektach). W najdalej idącym wariantcie współuprawnieni mogą przyjąć całkowicie własny model regulacji wspólności, odrzucając w zupełności wzorzec ustawowy. Model umowny jest optymalny w sytuacji, gdy między współuprawnionymi istnieje konsensus. Umowa o wspólności może być zawarta w dowolnej formie. Do jej zawarcia konieczna jest jednomyślność wszystkich współuprawnionych, ponieważ czynność taka należy do czynności przekraczających zwykły zarząd.

Szczególnym rodzajem umowy dotyczącym wspólnego prawa ochronnego na znak towarowy jest tzw. regulamin znaku¹³ (art. 122 ust. 2, art. 138 ust. 3–4, art. 162 ust. 1³ p.w.p.). Ustawa – Prawo własności przemysłowej wprowadza wymóg sporządzenia takiego regulaminu także w stosunku do wspólnego znaku towarowego oraz wspólnego znaku towarowego gwarancyjnego. Obligatoryjna treść regulaminu znaku została

¹¹ Por. P. Kostański [w:] *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, red. P. Kostański, Warszawa 2010, s. 398.

¹² Por. np. art. L613-30 francuskiego kodeksu własności intelektualnej.

¹³ Por. M. Andrzejewski [w:] *Prawo własności przemysłowej. Komentarz...*, s. 654.

unormowana przez ustawę. Regulamin znaku w przypadku wspólnego prawa ochronnego powinien określać: sposób używania znaku, wspólne właściwości towarów lub usług, do których oznaczania znak ten jest przeznaczony, zasady kontroli tych właściwości oraz skutki naruszenia postanowień regulaminu (art. 138 ust. 4 p.w.p.). Współuprawnieni mogą rozszerzyć regulację o inne postanowienia, w szczególności dotyczące samej wspólności prawa (np. zasad zarządu, reguł partycypacji odnoszących się do pożytków i innych przychodów ze wspólnego prawa oraz do wydatków i ciężarów związanych z prawem). W praktyce tego rodzaju rozbudowane „regulaminy” występują zresztą najczęściej.

3. Umowy o wspólności praw w prawie autorskim

Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych przewiduje, że prawo autorskie przysługuje współtwórcom wspólnie (art. 9 ust. 1 zdanie pierwsze pr. aut.)¹⁴. W dziedzinie prawa autorskiego, podobnie jak w prawie własności przemysłowej, można wyróżnić dwa modele regulacji wspólności autorskich praw majątkowych: normatywny oraz umowny.

W reżimie normatywnym źródłem regulacji wspólności są przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz pomocniczo (w zakresie nieuregulowanym w tej ustawie), stosowane odpowiednio, przepisy kodeksu cywilnego dotyczące współwłasności w częściach ułamkowych (por. art. 9 ust. 5 pr. aut.). Kształt unormowania zawartego w art. 9 pr. aut. w zestawieniu z art. 72 p.w.p. *prima facie* mógłby wskazywać, że intencją ustawodawcy było nadanie przepisowi art. 9 pr. aut. charakteru *iuris cogens* – w przeciwieństwie do art. 72 p.w.p., który zawiera *explicite* przepisy dyspozytywne. W tym ujęciu model umowny miałby w prawie autorskim ograniczone zastosowanie – w jego ramach można byłoby modyfikować jedynie kwestie nieunormowane ustawowo. W literaturze przedmiotu wskazuje się jednak na dyspozytywny charakter

¹⁴ Przepisy podstawowych aktów prawa międzynarodowego dotyczących szeroko rozumianego prawa autorskiego sporadycznie odnoszą się do wspólności praw autorskich/praw pokrewnych. Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych wspomina o współautorstwie zdawkowo, jedynie w art. 7^{bis}. Międzynarodowa konwencja o ochronie wykonawców, producentów fonogramów oraz organizacji nadawczych (konwencja rzymska) przewiduje w art. 8, że strony konwencji mogą, na mocy przepisów prawa krajowego, określić sposób, w jaki wykonawcy będą reprezentowani w związku z wykonywaniem swoich praw, jeżeli kilku z nich uczestniczy w tym samym wykonaniu. Na szczególną uwagę zasługuje regulacja art. 4 ust. 3 dyrektywy w sprawie ochrony prawnej baz danych, zgodnie z którym w odniesieniu do bazy danych sporządzonej wspólnie przez grupę osób fizycznych prawa wyłączne przysługują im wspólnie. Podobną regulację zawiera art. 2 ust. 2 dyrektywy w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych. O współautorstwie utworów wspomina również art. 1 ust. 2 dyrektywy w sprawie czasu ochrony prawa autorskiego i niektórych praw pokrewnych. Powszechna konwencja o prawie autorskim, Traktat WIPO o prawie autorskim, Traktat WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach, a także dyrektywa w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym, nie odnoszą się do współtwórczości i wspólności praw autorskich/praw pokrewnych.

art. 9 pr. aut., co wynika z wykładni funkcjonalnej powołanego przepisu¹⁵. Stanowisko to należy uznać za słuszne, biorąc pod uwagę preferowaną przez ustawodawcę elastyczność regulacji wspólności praw na dobrach niematerialnych. Mimo że sama wykładnia gramatyczna nie wystarcza do ustalenia charakteru art. 9 pr. aut., to – na podstawie funkcji instytucji wspólności autorskich praw majątkowych oraz w braku jakichkolwiek szczególnych względów, które przemawiałyby za bezwzględnie wiążącym charakterem art. 9 pr. aut. – można przyjąć dyspozytywną naturę analizowanej normy.

Zakres zastosowania przepisów kodeksu cywilnego o współwłasności w częściach ułamkowych do wspólności autorskich praw majątkowych jest zbliżony do relacji tych przepisów w odniesieniu do sytuacji omówionej wcześniej wspólności praw własności przemysłowej. Różnice sprowadzają się do kilku unormowań.

Po pierwsze, ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych zawiera wprost domniemanie równości udziałów we wspólnym prawie (por. art. 9 ust. 1 zdanie drugie pr. aut.). W tym zakresie nie ma więc potrzeby stosowania odesłania do art. 197 k.c. Ponadto zgodnie z postanowieniem art. 9 ust. 1 zdanie trzecie pr. aut. każdy ze współtwórców może żądać określenia wielkości udziałów przez sąd, na podstawie wkładów pracy twórczej. Jest to bardzo istotna reguła normatywna, która wskazuje *explicite* na zależność wielkości udziałów od faktycznego wysiłku intelektualnego poszczególnych współtwórców. Powołana zasada znajduje zastosowanie przede wszystkim wówczas, gdy w braku umowy o wspólności doszło między stronami do sporu o wielkość udziałów we wspólnym prawie. Może jednak być stosowana także wtedy, gdy umowa o wspólności została zawarta, lecz sposób ustalenia udziałów w jej treści rodzi wątpliwości, a zarazem nie są spełnione przesłanki domniemania równości udziałów.

Po drugie, istnieje dość istotne zróżnicowanie sytuacji prawnej współtwórców utworów, w których można zidentyfikować wkłady twórcze poszczególnych współautorów mające samodzielne znaczenie (współtwórczość rozłączna), oraz dzieł, w których nie wyróżniono części stworzonych przez pojedynczych współautorów (współtwórczość nierozłączna). Każdy współtwórca może wykonywać prawo autorskie do dającej się wyodrębnić i mającej samodzielne znaczenie własnej części utworu, bez uszczerbku dla praw pozostałych współtwórców (por. art. 9 ust. 2 pr. aut.). Oznacza to, że mimo iż dana samodzielna część stanowi fragment utworu wspólnego i jako taka podlega prawu wspólnemu, to jednocześnie jej autor zachowuje w stosunku do tej części (traktowanej w tym przypadku jak samodzielny utwór) pełnię praw autorskich. W razie sporu w kwestii, czy realizacja przez pojedynczego współuprawnionego prawa autorskiego przysługującego mu w stosunku do określonego samoistnego wkładu narusza

¹⁵ Por. m.in. D. Sokołowska, *Utwory zbiorowe w prawie autorskim ze szczególnym uwzględnieniem encyklopedii i słowników*, ZNUJ PWIOWI 2001/76, s. 49; M. Szaciński, *Współautorstwo według ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Palestra 1995/3–4, s. 43; J. Banasiuk, *Współtwórczość i jej skutki w prawie autorskim*, Warszawa 2012, s. 294. Bliżej na temat metod ustalania charakteru prawnego norm względnie wiążących zob. Z. Radwański, M. Zieliński [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 382–383.

prawa pozostałych współtwórców, wydaje się, że istnieje – w drodze analogii (do art. 9 ust. 3 pr. aut.) – możliwość żądania rozstrzygnięcia przez sąd, który rozpoznając sprawę, powinien mieć na uwadze interesy wszystkich współautorów¹⁶. Jeśli zostanie naruszone prawo autorskie w zakresie dotyczącym wyłącznie części utworu mającej samodzielne znaczenie, prawo dochodzenia roszczeń będzie przysługiwało jedynie temu współtwórcy, który jest autorem odnośnego fragmentu dzieła. Uzyskane w ten sposób świadczenie przypada w całości uprawnionemu do samoistnej części utworu. Do wykonywania prawa autorskiego w stosunku do całości utworu potrzebna jest zgoda wszystkich współtwórców. W przypadku braku takiej zgody każdy współtwórca może żądać rozstrzygnięcia przez sąd, który orzeka, uwzględniając interesy wszystkich współuprawnionych (por. art. 9 ust. 3 pr. aut.). Każdy współtwórca może dochodzić roszczeń z tytułu naruszenia prawa autorskiego odnoszącego się do całości utworu. Uzyskane w taki sposób świadczenie przypada wszystkim współtwórcom, stosownie do wielkości ich udziałów (por. art. 9 ust. 4 pr. aut.). Zgoda wszystkich podmiotów współuprawnionych jest konieczna zawsze w odniesieniu do wykonywania wspólnego prawa autorskiego do dzieła o charakterze nierozłącznym, nawet gdy dotyczy to tylko fragmentu takiego utworu. W omawianym przypadku nie można bowiem przypisać (przynajmniej zgodnie z porozumieniem i intencją współtwórców) autorstwa danej części dzieła określonym współtwórcy albo współtwórcom. W tym aspekcie sytuacja prawna współautorów jest zbliżona do pozycji współtwórców przedmiotów własności przemysłowej, wśród których nie ma odpowiedników utworów wspólnych o charakterze rozłącznym. Różnica polega jednak na tym, że ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych zawiera wyraźną regułę nakazującą jednomyślność przy wykonywaniu prawa autorskiego do całości utworu (art. 9 ust. 3 pr. aut.)¹⁷. Wynika z tego, że podział na czynności zwykłego zarządu oraz czynności przekraczające zwykły zarząd, w kontekście zróżnicowania sposobu zarządu wspólnym prawem, nie znajduje uzasadnienia w prawie autorskim¹⁸.

Po trzecie, z uwagi na specyficzną naturę współautorstwa, z którego wynika wspólność praw autorskich (majątkowych), jak również ściśle osobisty i nierozzerwalny charakter relacji między współtwórcami, wydaje się, że nie jest dopuszczalne żądanie zniesienia wspólności takich praw, przynajmniej w zakresie wspólności praw nabytych przez współtwórców w sposób pierwotny. W tym zakresie nie miałyby więc zastosowania art. 210 k.c.¹⁹ W pozostałych przypadkach nabycia pierwotnego autorskich praw majątkowych (art. 11, art. 74 ust. 3 pr. aut.) oraz w sytuacji nabycia pochodnego zniesienie współwłasności mogłoby nastąpić.

¹⁶ Por. np. wyrok SN z 8.10.1980 r., IV CR 327/80, OSNC 1981/5, poz. 82.

¹⁷ Wyjątki od tej reguły zostały przewidziane w art. 9 ust. 4 pr. aut. oraz w art. 209 k.c. stosowanym odpowiednio (na mocy art. 9 ust. 5 pr. aut.).

¹⁸ Por. J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiąkański, R. Markiewicz, E. Traple, *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Kraków 2005, s. 193; D. Sokołowska, *Utwory zbiorowe w prawie autorskim...*, s. 48–49; J. Banasiuk, *Współtwórczość i jej skutki w prawie autorskim...*, s. 49.

¹⁹ Podobnie – A. Nowicka [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 13, *Prawo autorskie*, red. J. Barta, wyd. 3, Warszawa 2013, s. 95; inaczej – J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiąkański, R. Markiewicz, E. Traple, *Prawo autorskie i prawa pokrewne...*, s. 194.

Po czwarte, w prawie autorskim przewidziano konstrukcję przejścia udziału we wspólnym prawie (o charakterze majątkowym) po zmarłym współtwórcy na pozostałych przy życiu współtwórców lub ich następców prawnych, stosownie do wielkości ich udziałów, o ile autorskie prawa majątkowe (udział) jednego ze współtwórców miałyby przyspaść Skarbowi Państwa jako spadkobiercy ustawowemu (por. art. 42 pr. aut.). Powołane unormowanie służy ochronie interesów współtwórców przed wynikającymi *ex lege* zmianami podmiotowymi w kręgu uprawnionych, co ma szczególne znaczenie w sytuacji, gdy współtwórcy nabyli prawa podmiotowe w sposób pierwotny. Omawiana konstrukcja znajduje uzasadnienie we wskazanej wyżej specyfice relacji łączącej współtwórców z uwagi na wspólne autorstwo.

4. Wnioski

Z uwagi na możliwość stosowania ochrony kumulowanej dóbr niematerialnych w prawie autorskim i prawie własności przemysłowej niewskazane są istotne odmienności w regulacji wspólności praw podmiotowych. Omówione wyżej odmienności, przynajmniej w części, mogą prowadzić do nieuzasadnionego różnicowania pozycji uprawnionych – wyłącznie w zależności od wybranego czy stosowanego reżimu ochrony. Pewne różnice są oczywiście dopuszczalne i stanowią naturalną konsekwencję odrębności powołanych dyscyplin. Postulowane ujednolicenie powinno dotyczyć przede wszystkim tych unormowań, które mogą odgrywać istotną rolę z punktu widzenia zachowania spójności międzysystemowej.

Jeśli chodzi o regulację wspólności praw podmiotowych zawartą w ustawie – Prawo własności przemysłowej, to warto byłoby rozważyć rozszerzenie konstrukcji przejścia na pozostałych współuprawnionych udziału we wspólnym prawie, co do którego uprawniony złożył oświadczenie o zrzeczeniu się prawa podmiotowego. Jest to koncepcja przewidziana ustawowo jedynie w przypadku zrzeczenia się udziału we wspólnym prawie ochronnym na znak towarowy (por. art. 168 ust. 3 p.w.p.). Wydaje się, że z powodzeniem można byłoby ją zastosować w odniesieniu do rozporządzania udziałami w innych prawach własności przemysłowej. Jako alternatywę można również rozważyć wprowadzenie ustawowego prawa pierwszeństwa nabycia²⁰ przy zbyciu udziału we wspólnym prawie, skutecznego na rzecz pozostałych współuprawnionych²¹. Wzorcem konstrukcyjnym dla takiego prawa byłoby prawo pierwokupu

²⁰ Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą prawo pierwokupu powinno być ujmowane ściśle, jako uprawnienie o charakterze wyjątkowym, wiążące się wyłącznie ze sprzedażą – por. uchwałę SN z 16.02.1996 r., III CZP 10/96, OSNC 1996/4, poz. 59, oraz powołane w niej wcześniejsze orzecznictwo.

²¹ Podobną konstrukcję przewidziano w: art. 16 ust. 4 zdanie drugie i trzecie czeskiej ustawy nr 527/1990 w sprawie wynalazków i projektów racjonalizatorskich (http://upv.cz/dms/pdf_dokumenty/zakony/2015/527_1990-072014_en.pdf), zgodnie z którym w przypadku braku zgody pozostałych współuprawnionych każdy współuprawniony może przenieść przysługujący mu udział we wspólnym prawie tylko na innego współuprawnionego, a przeniesienie udziału na osobę trzecią jest skuteczne jedynie wówczas, gdy żaden ze współuprawnionych nie przyjmie pisemnej oferty nabycia udziału w terminie miesiąca; art. L613-29

(art. 596 i n. k.c.), znane także w prawie rzeczowym (por. art. 166 § 1 k.c.). Proponowane rozwiązanie stanowiłoby ustawowe ograniczenie odnoszące się do uprawnionego zbywcy udziału w dowolnym (na rzecz kogokolwiek) przeniesieniu udziału i pozwoliłoby zabezpieczyć interes współuprawnionych przed nieprzewidywalnymi zmianami podmiotowymi w kręgu uprawnionych. Przy poszanowaniu zasady zbywalności poszczególnych udziałów we wspólnym prawie współuprawnieni mogliby zachować swego rodzaju kontrolę nad przenikaniem do ich grona podmiotów nowych, nieznanych, co mogłoby mieć szczególne znaczenie w przypadku, gdy wspólność prawa dotyczy twórców (nabycie pierwotne prawa). Unormowanie proponowanego prawa pierwszeństwa nabycia powinno określać przynajmniej termin wykonania takiego prawa przez uprawnionych. W pozostałym zakresie do analizowanego prawa mogłyby znaleźć zastosowanie ogólne zasady określone w art. 596 i n. k.c. Do prawa pierwszeństwa nabycia udziału we wspólnym prawie miałyby w szczególności zastosowanie przepis art. 602 § 2 k.c., zgodnie z którym jeżeli jest kilku uprawnionych, a niektórzy z nich nie wykonują prawa pierwokupu, pozostali mogą wykonać je w całości.

Kolejnym postulatem *de lege ferenda* jest propozycja wprowadzenia do ustawy – Prawo własności przemysłowej znanej prawu autorskiemu (por. art. 9 ust. 1 zdanie trzecie pr. aut.) zasady określania wielkości udziałów we wspólnym prawie na podstawie wkładów pracy twórczej. Brak analogicznej regulacji w prawie własności przemysłowej nie wpływa wprawdzie zasadniczo na wykonywanie praw wspólnych przez podmioty uprawnione²². W razie sporu ustalenie wspólnego prawa (oraz udziałów w nim) może nastąpić na drodze postępowania sądowego. Mimo to ustanowienie w prawie własności przemysłowej – wzorem prawa autorskiego – wyraźnej reguły ustawowej wskazującej na zależność wielkości udziałów we wspólnym prawie od rozmiaru wkładów twórczych poszczególnych współtwórców byłoby niezwykle użyteczne przy stosowaniu prawa. Takie unormowanie znane jest niektórym ustawodawstwom zagranicznym²³. W praktyce bardzo często dochodzi do sporów o autorstwo/współautorstwo w związku z brakiem albo niejasnymi ustaleniami umownymi w zakresie podziału efektów wspólnej pracy twórczej. Uwzględniając możliwość kumulatywnej ochrony utworów i niektórych przedmiotów własności przemysłowej, a także występujące licznie w obrocie przypadki łącznej regulacji wspólności w zakresie stosunków dotyczących wymienionych kategorii dóbr niematerialnych, jasne określenie reguły ustalania autorstwa jest nadzwyczaj istotne.

lit. e francuskiego kodeksu własności intelektualnej (https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1959/13723/version/3/file/Code_35.pdf), w myśl którego współuprawnionym przysługuje prawo pierwokupu udziału we wspólnym prawie w terminie trzech miesięcy od zawiadomienia o zamierzonym przeniesieniu udziału; art. 16 ust. 1 zdanie drugie węgierskiej ustawy XXXIII z 1995 r. o ochronie wynalazków przez patenty (https://www.sztnh.gov.hu/sites/default/files/patent_act_xxxiii_1995_en_20150301.pdf).

²² Zasada uzależnienia wielkości udziałów we wspólnym prawie wyłącznym do projektów wynalazczych od rozmiaru poszczególnych wkładów twórczych jest uznana w orzecznictwie i nauce prawa – por. np. wyrok SN z 16.10.1976 r., IV PR 275/76, OSNC 1977/7, poz. 117, jak również A. Szajkowski, H. Żakowska-Henzler [w:] *System...*, t. 14A, s. 538; K. Czub, *Prawa osobiste twórców dóbr niematerialnych. Zagadnienia konstrukcyjne*, Warszawa 2011, s. 229 i n.

²³ Por. np. art. 8 ust. 3 czeskiej ustawy nr 527/1990.

Warto ponadto rozważyć preredagowanie części obecnych przepisów regulujących wspólność praw podmiotowych w ustawie – Prawo własności przemysłowej. Postulat ten dotyczy unormowania odnoszącego się do projektów wynalazczych. Celowe wydaje się przeniesienie treści aktualnego art. 11 ust. 2 p.w.p. do pierwszego ustępu osobnej, nowo dodanej jednostki redakcyjnej, a w kolejnych ustępach zamieszczenie treści obecnego art. 72 p.w.p., ze zmianami redakcyjnymi polegającymi przede wszystkim na uzupełniającym wskazaniu innych niż sam patent kategorii praw wyłącznych: prawa ochronnego na wzór użytkowy, prawa z rejestracji wzoru przemysłowego, prawa z rejestracji topografii układu scalonego (obecny art. 72 ust. 1 i 4 p.w.p.), jak również innych niż sam wynalazek przedmiotów ochrony: wzoru użytkowego, wzoru przemysłowego, topografii układu scalonego (obecny art. 72 ust. 1 i 2 p.w.p.). Proponowana zmiana byłaby uzasadniona ustanowieniem scalonej i kompleksowej regulacji odnoszącej się do powstania oraz skutków wspólności praw do uzyskania projektów wynalazczych oraz samych praw wyłącznych. Takie uogólnienie i połączenie unormowania dotyczącego wszystkich projektów wynalazczych (poza projektami racjonalizatorskimi) zaowocowałoby likwidacją nadmiarowych odesłań wewnątrzustawowych. W tym aspekcie nowy stan prawny nawiązywałby przez zgrupowanie regulacji kwestii podmiotów uprawnionych do wspólnego prawa oraz zagadnienia normatywnego modelu wspólności do unormowania zawartego w prawie autorskim (art. 9 pr. aut.). Spod postulowanej wspólnej regulacji można byłoby wyłączyć jedynie (jak to jest unormowane obecnie) problematykę wspólności w odniesieniu do prawa ochronnego na znak towarowy. Taki sposób regulacji jest podyktowany słusznym podejściem ustawodawcy, który dostrzega odmiennosć materii i liczne różnice w unormowaniu praw do znaków towarowych. Jest to pod różnymi względami kategoria dóbr niematerialnych odmienna od projektów wynalazczych, co znajduje odzwierciedlenie także w specyficznej regulacji niektórych aspektów wspólności praw ochronnych (np. art. 162 ust. 5 czy art. 168 ust. 3 p.w.p.).

Wydaje się, że celowe byłoby także wprowadzenie w prawie własności przemysłowej reguły, zgodnie z którą jeżeli udział jednego ze współtwórców we wspólnym prawie miałby przypaść Skarbowi Państwa jako spadkobiercy ustawowemu, część ta przechodzi na pozostałych przy życiu współtwórców lub ich następców prawnych, stosownie do wielkości ich udziałów (por. art. 42 pr. aut.). Taka reguła pozwalałaby zachować pierwotny krąg współtwórców w przypadku braku najbliższych spadkobierców zmarłego współuprawnionego. Omawiana konstrukcja ma z pewnością większe zastosowanie w prawie autorskim, gdzie częściej występują przypadki współuprawnienia samych twórców, nie widać jednak istotnych przeszkód do jej recepcji na grunt prawa własności przemysłowej, tym bardziej, gdy weźmie się pod uwagę możliwość kumulatywnej ochrony dóbr niematerialnych znajdujących się „na styku” obydwu wyróżnionych reżimów prawnych.

W zakresie prawa autorskiego można wysunąć przede wszystkim postulat wyraźnego określenia charakteru normy przepisu art. 9 pr. aut. Jest to zabieg, jak wykazano wcześ-

niej, niekonieczny, lecz pożądaný przede wszystkim z uwagi na bezpośrednie zestawienie przepisów art. 72 p.w.p. oraz art. 9 pr. aut., które może prowadzić do niewłaściwych wyników wykładni. Zasadne wydaje się doprecyzowanie przepisu art. 9 pr. aut. przez wprowadzenie przynajmniej do ustępu 5 klauzuli „o ile umowa o wspólności nie stanowi inaczej”.

Należy ponadto zwrócić uwagę na kwestię odmienności terminologicznych między regulacją wspólności praw wyłącznych w prawie autorskim i prawie własności przemysłowej. W art. 9 pr. aut. ustawodawca konsekwentnie posługuje się nazwą „współtwórcy” jako określeniem uprawnionych ze wspólnego prawa autorskiego. Jest to po-niekąd zrozumiałe, biorąc pod uwagę nastawienie protwórcze ustawodawcy i wynika-jącą z niego swego rodzaju funkcję ochronną przepisów prawa autorskiego wobec au-torów, których pozycja jest w ten sposób wzmacniana. Takiemu ujęciu terminologicznemu sprzyja również zamiar zaakcentowania niewątpliwie najczęst-szych przypadków wspólności, która wynika ze współautorstwa utworu, co mogłoby być uzasadnione w kontekście treści art. 9 ust. 1 pr. aut. Omawiana regulacja wspólności ma jednak szersze zastosowanie i obowiązuje we wszystkich przypadkach współ-uprawnienia dotyczącego autorskich praw majątkowych, także mających swe źródło w nabyciu pochodnym praw podmiotowych. Bardziej adekwatną nazwą podmiotu uprawnionego w przypadkach regulacji odnoszącej się generalnie do stosunku wspól-ności praw byłoby więc ogólne określenie „współuprawniony”. Termin „współtwórca” powinien być zachowany jedynie w tych przepisach, które są związane z sytuacją praw-ną autorów tworzących wspólnie. W prawie autorskim chodziłoby o art. 9 ust. 1 i 2 pr. aut. (których uboższym treściowo odpowiednikiem w prawie własności przemysłowej jest art. 11 ust. 2 p.w.p.) oraz o art. 28 ust. 5 pkt 3, art. 36 pkt 1, art. 42, art. 69 i art. 70 ust. 2¹ pr. aut.

Literatura

- Andrzejewski M. [w:] *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, red. P. Kostański, Warszawa 2010
- Banasiuk J., *Współtwórczość i jej skutki w prawie autorskim*, Warszawa 2012
- Barta J., Czajkowska-Dąbrowska M., Ćwiąkański Z., Markiewicz R., Traple E., *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Kraków 2005
- Czub K., *Prawa osobiste twórców dóbr niematerialnych. Zagadnienia konstrukcyjne*, Warszawa 2011
- Kopff A., *Konstrukcje cywilistyczne w prawie wynalazczości*, Warszawa 1978
- Kostański P. [w:] *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, red. P. Kostański, Warszawa 2010
- Nowicka A. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 13, *Prawo autorskie*, red. J. Barta, wyd. 3, Warszawa 2013
- Radwański Z., Zieliński M. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, wyd. 2, Warszawa 2012

- Sokołowska D., *Utwory zbiorowe w prawie autorskim ze szczególnym uwzględnieniem encyklopedii i słowników*, ZNUJ PWIOWI 2001/76
- Staszków M., *Zarys prawa wynalazczego*, Warszawa 1974
- Szaciński M., *Współautorstwo według ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Palestra 1995/3–4
- Szajkowski A., Żakowska-Henzler H. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 14A, *Prawo własności przemysłowej*, red. R. Skubisz, Warszawa 2012
- Szewc A., Jyż G., *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2003

Orzecznictwo

- Orzeczenie SN z 4.09.1961 r., I CR 845/60, OSPiKA 1963/6, poz. 138
- Uchwała SN z 16.02.1996 r., III CZP 10/96, OSNC 1996/4, poz. 59
- Wyrok SN z 10.02.1970 r., II CR 666/69, OSP 1972/2, poz. 30
- Wyrok SN z 16.10.1976 r., IV PR 275/76, OSNC 1977/7, poz. 117
- Wyrok SN z 8.10.1980 r., IV CR 327/80, OSNC 1981/5, poz. 82
- Wyrok SN z 7.07.2005 r., II PK 355/04, OSNP 2006/11–12, poz. 172
- Wyrok SN z 19.03.2008 r., V CSK 500/07, LEX nr 385591

Krzysztof Czub – doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Gdański; członek Krajowej Rady Rzeczników Patentowych; polski i europejski rzecznik patentowy