



Uniwersytet
Wrocławski

Centrum Doskonałości Jeana Monneta

Aktualne problemy prawa Unii Europejskiej i prawa międzynarodowego – aspekty teoretyczne i praktyczne

pod redakcją

Dagmary Kornobis-Romanowskiej



Wrocław 2017

100-LECIE
SĄDU
NAJWYŻSZEGO
I SĄDOWNICTWA
POWSZECHNEGO
1917 - 2017



**Aktualne problemy
prawa Unii Europejskiej
i prawa międzynarodowego
– aspekty teoretyczne i praktyczne**

**Aktualne problemy
prawa Unii Europejskiej
i prawa międzynarodowego
– aspekty teoretyczne i praktyczne**

**pod redakcją
Dagmary Kornobis-Romanowskiej**

dr hab. nauk prawnych, prof. nadzw. Uniwersytetu Wrocławskiego

Wrocław 2017

Kolegium Redakcyjne

prof. dr hab. Leonard Górnicki – przewodniczący

dr Julian Jezioro – zastępca przewodniczącego

mgr Aleksandra Dorywała – sekretarz

mgr Bożena Górna – członek

mgr Tadeusz Juchniewicz – członek

Recenzent: *dr hab. Anna Zawidzka-Łojek*

© Copyright by Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Zrealizowano w ramach projektu badawczego: Centrum Doskonałości Jeana Monneta „Unia Europejska w roli gwaranta i promotora praw podstawowych” (decyzja EACEA nr 2014–2161/001–001), finansowanego ze środków Unii Europejskiej.

Korekta: *Dorota Brzostek*

Projekt i wykonanie okładki: *Andrzej Malenda*

Skład i opracowanie techniczne: *Marta Uruska, Tomasz Kalota eBooki.com.pl*

Na okładce wykorzystano logo Centrum Doskonałości Jeana Monneta.

Druk: *Drukarnia Beta-druk, www.betadruk.pl*

Wydawca

E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

ISBN 978-83-65431-52-3 (druk)

ISBN 978-83-65431-53-0 (online)

Spis treści

SŁOWO WSTĘPNE	9
Mariola Sroka	
NORMY OSTROŻNOŚCIOWE JAKO GWARANCJA STABILNOŚCI SYSTEMU BANKOWEGO W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ	11
Agnieszka Słobodzian	
NADUŻYCIE POZYCJI DOMINUJĄCEJ POPRZECZ ODMOWĘ UDZIELENIA LICENCJI NA PRAWO WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ W UNII EUROPEJSKIEJ	81
Anna Świerczyna	
ZASADY OBROTU LEKAMI GENERYCZNYMI W UNII EUROPEJSKIEJ – OGRANICZENIA I BARIERY	151
Agata Gonschior	
OCHRONA DANYCH OSOBOWYCH A PRAWO DO PRYWATNOŚCI W UNII EUROPEJSKIEJ	239
Karolina Skup	
WALKA Z DOPINGIEM W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM I UNII EUROPEJSKIEJ.....	289
Martyna Haberland	
OKUPACJA WOJENNA W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM	353

SŁOWO WSTĘPNE

Mamy zaszczyt przedstawić opracowanie będące wynikiem pracy w ramach seminarium magisterskiego z zakresu prawa Unii Europejskiej i prawa międzynarodowego publicznego, prowadzonego w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego w latach 2015/2016. Do publikacji zostały wybrane i specjalnie opracowane najważniejsze tezy najlepszych prac magisterskich, bardzo wysoko ocenionych i docenionych przez Recenzentów, tak w procedurze dyplomowej, jak i wydawniczej.

Wspólnym mianownikiem dla przedstawionych opracowań są tytułowe *Aktualne problemy prawa Unii Europejskiej i prawa międzynarodowego – aspekty teoretyczne i praktyczne*. Zakres badawczy jest więc bardzo szeroki, tak jak szerokie i urozmaicone są zainteresowania naukowe Auterek, studentek WPAiE UW. Wyrazem tych zainteresowań są badania zarówno nad prawem UE, zwłaszcza gospodarczym, jak i prawem międzynarodowym. W badaniach tych podejmują aktualne i ważne prawniczo tematy, interesujące nie tylko pod względem teoretycznym, ale i praktycznym.

Na przedstawioną publikację składa się sześć opracowań. Pierwszym z nich jest praca **Marioli Sroki** pt. *Normy ostrożnościowe jako gwarancja stabilności systemu bankowego w prawie Unii Europejskiej*, która dotyczy zagadnienia zapewnienia bezpieczeństwa systemu bankowego za pomocą rozwiązań normatywnych wprowadzanych na poziomie UE. Kolejne opracowanie, autorstwa **Agnieszki Słobodzian**, pt. *Nadużywanie pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej* podejmuje złożoną problematykę prawną związaną z prawem konkurencji oraz ochroną własności intelektualnej. **Anna Świerczyna** w pracy pt. *Zasady obrotu lekami generycznymi w Unii Europejskiej – ograniczenia i bariery* za przedmiot badań obrała realizację swobody przepływu towarów na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej z uwzględnieniem kompetencji Unii w zakresie ochrony zdrowia. Przedmiotem pracy **Agaty Gonschior** pt. *Ochrona danych osobowych a prawo do prywatności w Unii Europejskiej* jest natomiast zakres ochrony danych osobowych w kontekście prawa do prywatności, w tym w związku z transgranicznym przepływem danych i z uwzględnieniem rozwoju nowych technologii i przetwarzania danych w sieci na szeroką skalę. Interdyscyplinarny charakter ma opracowanie **Karoliny Skup** pt. *Walka z dopingiem w prawie*

*międzynarodowym i Unii Europejskiej. W tym tekście krzyżują się zagadnienia z zakresu prawa Unii Europejskiej oraz prawa międzynarodowego, a wspólnym mianownikiem jest skuteczność systemu antydopingowego w globalnej skali. Wreszcie praca **Martyny Haberland** pt. *Okupacja wojenna w prawie międzynarodowym* to klasyczny problem prawa międzynarodowego, który jednak wciąż zachowuje aktualność we współczesnych międzynarodowych stosunkach politycznych i prawnych.*

Należy zauważyć, że każda z Auterek zdołała wykazać, że doskonale potrafi mierzyć się z wyzwaniami badawczymi oraz że posiada solidny i już ukształtowany warsztat naukowy, co stanowi doskonały prognostyk dla przyszłej kariery prawniczej absolwentek WPAiE UW. Pozostaje wyrazić nadzieję, że przedstawiona publikacja spotka się z zainteresowaniem studentów, doktorantów, młodych pracowników naukowych i stanowić będzie nie tylko ciekawą lekturę, ale także źródło inspiracji i zachęty dla adeptów prawa do wyboru ścieżki pracy naukowej jako drogi do kariery zawodowej.

Przedstawione opracowanie powstało w wyniku realizacji projektu badawczego w ramach Centrum Doskonałości Jeana Monneta „Unia Europejska w roli gwaranta i promotora praw podstawowych” (decyzja EACEA nr 2014–2161/001–001), finansowanego z środków Unii Europejskiej.

Dagmara Kornobis-Romanowska
Redaktor naukowy
Promotor prac magisterskich

NORMY OSTROŻNOŚCIOWE JAKO GWARANCJA STABILNOŚCI SYSTEMU BANKOWEGO W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ

Wstęp

Tematem opracowania są normy ostrożnościowe, które mają stanowić gwarancję stabilności, a tym samym bezpieczeństwa systemu bankowego, wypracowane na gruncie prawa Unii Europejskiej. Dotychczasowe rozwiązania, funkcjonujące głównie na poziomie krajowym, okazały się w obliczu ostatniego załamania daleko niewystarczające.

Występujące na przestrzeni ostatnich lat kryzysy finansowe generowane były zarówno przez kraje wysoko rozwinięte, jak i te zaliczane do rynków wschodzących (*emerging markets*)¹. Ich charakter oraz szybkość rozprzestrzeniania się udowodniły, jak bardzo społeczność międzynarodowa potrzebuje budowy nowej międzynarodowej architektury finansowej, która w konsekwencji miałaby zapewnić utworzenie bezpiecznego i stabilnego systemu finansowego, odpornego na zagrożenia płynące z destrukcyjnego wpływu kryzysów finansowych².

Zachodzące na światowych rynkach finansowych procesy globalizacji, liberalizacji i deregulacji wraz z towarzyszącym im postępowaniem technologicznym doprowadziły do uznania stabilności finansowej za dobro publiczne podlegające ochronie prawnej. W powszechnym przekonaniu stabilność finansowa stanowi warunek *sine qua non* wzrostu gospodarczego i stałości cen oraz gwarancję wysokiej pozycji państwa na arenie międzynarodowej. Należy mieć na uwadze, iż historia płynąca z ostatniego załamania na rynkach finansowych uczy, że utrzymanie zdrowego sektora bankowego ma kluczowe znaczenie dla stabilności systemu finansowego. Okazuje się, że słabości strukturalne stanowią nie tylko przyczynę kryzysu, ale warunkują również jego przebieg i determinują wysokość kosztów ponoszonych w ostateczności przez całe społeczeństwo. Dlatego też skuteczna ochrona przed destabilizacją tego systemu oznacza wdrożenie właściwych

¹ Zaliczane są do nich kraje, które nie stanowiły wcześniej integralnej części gospodarki światowej, jednak ze względu na wprowadzenie szeregu reform, mających na celu liberalizację gospodarki i otwarcie na wymianę międzynarodową. Do grupy tej należą kraje rozwijające się, jak: Indonezja, Meksyk, Argentyna oraz kraje transformacji ustrojowej i gospodarczej, głównie Europy Środkowo-Wschodniej. Zob. W. Małeckie, A. Sławiński, U. Żuławska, *Kryzysy walutowe*, Warszawa 2001, s. 9; J.-P. Allegret, B. Courbis, P.H. Dul-Becco, *Financial liberalization and stability of the financial system In emerging markets: the institutional dimensions of financial crises*, "Review of International Political Economy", February 2003, s. 89.

² Zob. A.M. Jurkowska, *Nowa architektura finansowa – istota i perspektywy*, [w:] J. Bieliński (red.), *Strategia lizbońska a konkurencyjność gospodarki*, Warszawa 2005, s. 67 i n.

rozwiązań instytucjonalnych. Przełamanie oporu poszczególnych rządów i banków przed wypracowaniem, przyjęciem i sfinansowaniem jednolitych reform na tle rozlewającego się kryzysu z 2008 r. na europejskie sektory bankowe, obejmujące następnie pozostałe sektory gospodarki, stanowiło zadanie niezwykle trudne. Aktualność, specyfika, złożoność i szczególne znaczenie regulowanej materii skłaniają do podejmowania tego tematu.

Celem tejże pracy jest analiza aktualnych rozwiązań normatywnych, które mają zwiększyć bezpieczeństwo w sektorze bankowym. Aby zrozumieć wagę i znaczenie wprowadzanych instrumentów prawno-finansowych, w pierwszej części omówione zostają podstawowe kwestie związane z kryzysami finansowymi, mechanizmem ich powstawania i transmisji oraz skutkami, jakie ze sobą niosą. Dla jasności wyводу w tej części przedstawione zostaną również wybrane aspekty teoretyczne systemów finansowych oraz pojęcie, klasyfikacja i geneza bankowych norm ostrożnościowych. W drugiej części pracy syntetycznie analizowana jest treść norm ostrożnościowych obowiązujących na etapie podejmowania oraz prowadzenia działalności bankowej. Na końcu omówione zostaną zagadnienia związane z implementacją nowego reżimu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji banków.

W pracy wykorzystano studium przypadku oraz analizę jako metody badawcze. Ich zastosowanie pozwoliło na potwierdzenie tezy, iż normy zawarte przede wszystkim w pakiecie CRD IV/CRR oraz dyrektywie o naprawie oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji banków mają realne przełożenie na wzrost zaufania konsumentów do banków i zwiększenie stabilności finansowej.

Analiza została przeprowadzona na podstawie aktów normatywnych, raportów, opinii i zaleceń sporządzanych m.in. przez Narodowy Bank Polski, Europejski Bank Centralny czy Komitet Bazylejski. Wykorzystano również literaturę polską i zagraniczną z zakresu prawa unijnego, finansowego, bankowego oraz finansów, rachunkowości i bankowości.

1. Normy ostrożnościowe – zagadnienia wstępne, pojęcie, geneza, podstawa prawna

1.1. Wybrane aspekty teoretyczne systemów finansowych

Aby zrozumieć wagę kreacji norm ostrożnościowych, ich roli w systemie finansowym, w szczególności jako stabilizatorów rynku, należy odnieść się do pewnych zagadnień ogólnych związanych z systemem finansowym, rynkiem finansowym, stabilnością finansową, ryzykiem oraz istotą kryzysów finansowych.

Należy mieć na uwadze, że ze względu na szereg zmiennych wciąż nie udało się wypracować powszechnie akceptowanej definicji systemu finansowego. Pojęcie to jest w fazie ewolucji ze względu na ciągle zmiany na rynkach finansowych³. Wpływ na jego

³ U. Banaszczyk-Soroka, P. Zawadzka, *Struktura systemu finansowego*, [w:] U. Banaszczyk-Soroka (red.), *Rynki finansowe: organizacja, instytucje, uczestnicy*, Wrocław 2014, s. 13.

rozumienie mają procesy globalizacji skutkujące powstaniem silnych zależności między rynkami różnych państw w sferze realnej i finansowej, co ma bezpośrednie przełożenie na możliwość zarażania innych gospodarek różnymi tendencjami, również tymi spadkowymi. Umacnia się trend liberalizacji ograniczający możliwość ingerowania państwa w mechanizmy rynkowe oraz deregulacji, co uwidacznia się w niwelowaniu barier prawnych utrudniających przepływ kapitału między różnymi sektorami rynków finansowych, również w wymiarze międzynarodowym. Pojawia się zjawisko sekurytyzacji, czyli przekształcania dwustronnych kontraktów terminowych, w przypadku których nie jest możliwy obrót, na papiery wartościowe charakteryzujące się stosunkowo dużą płynnością. Rozwój technologiczny pozwala na integrację rynków finansowych różnych państw, coraz bardziej powszechne stają się fuzje i przejęcia transgraniczne, jak w przypadku połączenia Banku Santander z Bankiem Zachodnim WBK czy giełdy Euronex z giełdą LIFFE. Intensyfikuje się również integracja usług i instytucji finansowych, powstają nowe konglomeraty finansowe, które są w stanie oferować „zintegrowane” usługi finansowe obejmujące inwestowanie, finansowanie oraz zarządzanie ryzykiem. Szczególnie ważne jest pojawienie się nowych, bardziej skomplikowanych instrumentów finansowych.

Pomimo rozbieżności w rozumieniu pojęcia „systemu finansowego” większość autorów wyróżnia cztery zasadnicze ogniwa systemu finansowego: rynki, instrumenty, instytucje oraz normy prawne⁴. Rynek finansowy jest rozumiany jako miejsce transakcji, w którym następuje „zmiana pieniądza na instrument finansowy, instrumentu finansowego na pieniądź oraz instrumentu finansowego na inny instrument finansowy”⁵. Uczestnikami tego rynku są kapitałodawcy indywidualni bądź instytucjonalni, czyli inwestorzy, kapitałobiorcy oraz pośrednicy finansowi, czyli instytucje finansowe, które pośredniczą, organizują, usprawniają i wspomagają obrót instrumentami finansowymi, takie jak banki komercyjne i inwestycyjne, towarzystwa ubezpieczeniowe czy fundusze emerytalne⁶. Instytucje finansowe funkcjonujące w ramach jednolitego rynku finansowego poddane są szczególnemu reżimowi prawnemu. Normy prawne regulują działalność instytucji finansowych, zwłaszcza poprzez ich autoryzowanie i nadzór. Ingerencja państwa skupia się głównie na ograniczaniu skali i rodzaju podejmowanych działań poprzez stanowienie norm o charakterze ostrożnościowym. Usprawiedliwieniem zaangażowania państwa w funkcjonowanie rynku finansowego jest stałe dążenie do korygowania niedoskonałości rynkowych, w tym ochrona interesu publicznego. Współcześnie stabilność finansowa uważana jest za dobro publiczne, dlatego też poszczególne państwa decydują się na wprowadzenie norm prawnych mających na celu zapewnienie stabilności, tworząc tzw. sieci bezpieczeństwa finansowego złożone z organu nadzoru nad rynkiem finansowym, banku centralnego oraz systemów gwarancyjnych⁷. Zgodnie ze stanowiskiem Europej-

⁴ *Ibidem*, s. 14.

⁵ P. Zawadzka, *Publiczne prawo rynku finansowego, Charakterystyka ogólna*, [w:] R. Mastalski, E. Fojcik-Mastalska, *Prawo finansowe*, Warszawa 2013, s. 550.

⁶ E. Radomska, *Globalny kryzys finansowy – przyczyny, przebieg, skutki*, „Zarządzanie Zmianami. Zeszyty Naukowe” 2013, nr 2–3, s. 2; http://pou.pl/zeszyty_naukowe/pdf/2013_59_nr_2-3_Radomska.pdf, [dostęp: luty 2016].

⁷ P. Zawadzka, *op. cit.*, s. 552.

skiego Banku Centralnego stabilność finansową należy rozumieć jako warunek, w którym system finansowy jest zdolny do sprostania wstrząsom i do poradzenia sobie z nierównowagą rynkową, ograniczając tym samym prawdopodobieństwo zakłóceń procesu pośrednictwa finansowego, co mogłoby zakłócić alokację oszczędności na rzecz dochodowych możliwości inwestycyjnych⁸.

By móc chronić stabilność finansową, należy prawidłowo zidentyfikować główne źródła jej wrażliwości i potencjalnego ryzyka, do których zaliczyć można: złe zarządzanie ryzykiem finansowym, nieefektywność alokacji zasobów finansowych czy też ich wadliwą wycenę. Utrzymanie stabilności finansowej jest współcześnie uważane za szczególnie priorytetowe zadanie ze względu na istniejące zjawisko międzynarodowej transmisji kryzysów, czyli zarażania, przenoszenia zjawisk kryzysowych w skali świata.

Bank Światowy definiuje ten „efekt domina” na trzy sposoby. Najszerze ujęcie zakłada, że ów proces zarażania powinien być rozumiany jako „międzynarodowa transmisja szoków” lub ogólne oddziaływanie międzynarodowe, tzw. *spillover effect*. Dotyczy to zarówno pozytywnych trendów, jak i zjawisk kryzysogennych. Zawężające podejście utożsamia zarażanie z transmisją szoków między państwami lub gospodarkami, które mają wspólne źródła, tzw. *common shocks*. Zgodnie zaś z ostatnim ujęciem z zarażeniem mamy do czynienia wtedy, gdy w czasie kryzysu korelacja między gospodarkami jest silniejsza niż w okresie spokoju⁹.

Zdaniem Pawła Dobrzańskiego występuje tutaj swoisty kanał transmisyjny, czyli powiązanie pomiędzy gospodarkami narodowymi, które pozwala na wzajemne przenoszenie impulsów koniunkturalnych¹⁰. Do głównych kanałów transmisji zalicza przede wszystkim finanse międzynarodowe, handel zagraniczny, psychologię graczy rynkowych, politykę międzynarodową¹¹.

Kanały transmisji funkcjonują na zasadzie lustrzanego odbicia, symetrii, co oznacza, iż jeśli ma miejsce przeniesienie zakłóceń między gospodarkami, to zakłócenia te absorbowane są przez ten sam sektor¹². W praktyce jednak nie zawsze kraj A zaraża kraj B, bowiem stopień wrażliwości na transmisję recesji jest pochodną wielu czynników. W przypadku kryzysów finansowych najważniejsza jest kwestia, czy dana gospodarka jest na tyle silna, by zagwarantować wystarczający poziom ochrony przed atakami spekulacyjnymi lub „negatywnymi zachowaniami stadnymi” inwestorów¹³. W dużo korzystniejszej sytuacji są zatem kraje wysoko rozwinięte, które gromadzą duże ilości zasobów finansowych, np. rezerw walutowych, niż kraje rozwijające się. Nie oznacza to jednak dla nich braku zagrożenia.

⁸ *Financial Stability Review*, European Central Bank, Frankfurt am Main, 2005, [za:] E. Radomska, *op. cit.*

⁹ E. Radomska, *op. cit.*, s. 6.

¹⁰ P. Dobrzański, *Transmisja kryzysu amerykańskiego na gospodarki europejskie*, [w:] J. Kundera (red.), *Globalizacja, europejska integracja a kryzys gospodarczy*, Wrocław 2011, s. 207.

¹¹ S. Mazurek, *Międzynarodowa transmisja kryzysów*, [w:] J. Czech-Rogosz, J. Pietrucha, R. Żelazna (red.), *Koniunktura gospodarcza. Od bańki internetowej do kryzysu subprime*, Warszawa 2009, s. 26–27.

¹² S. Mazurek, *Mechanizm międzynarodowej transmisji kryzysów gospodarczych*, Toruń 2011, s. 184.

¹³ *Ibidem*, s. 187.

1.2. Przyczyny wrażliwości współczesnego systemu finansowego. Mechanizm kryzysów finansowych

Przyczyn wrażliwości współczesnego systemu finansowego można podać bardzo wiele. Jedną z nich jest zmiana w strukturze finansowania przedsiębiorstw i gospodarstw domowych. Obecnie podmioty coraz chętniej finansują swoje bieżące przedsięwzięcia (konsumpcję) lub przedsięwzięcia inwestycyjne z funduszy zewnętrznych pozyskiwanych na rynkach finansowych. Intensywna, nienotowana do tej pory ekspozycja osób fizycznych i prawnych na rynek finansowy, w szczególności w segmencie dłużnym, powoduje, iż kondycja finansowa podmiotów jest w znacznej mierze uzależniona od warunków panujących na rynku finansowym oraz odwrotnie – kondycja finansowa podmiotów uczestniczących w operacjach tego rynku warunkuje stabilność rynku finansowego.

Samo pojęcie kryzysu finansowego jest pewnym uproszczeniem, ponieważ może oznaczać kryzys bankowy, walutowy – gdy występuje nagła dewaluacja lub deprecjacja kursu walutowego, wtedy też władze państwowe decydują się na użycie rezerw walutowych lub stóp procentowych – bądź zadłużeniowy, gdy kraj nie jest w stanie obsłużyć swojego zadłużenia zagranicznego¹⁴. Za miernik kryzysu sektora bankowego uważa się wartość „złych” długów w stosunku do sumy aktywów banku bądź liczbę banków, które ogłosiły upadłość, sam kryzys często objawia się w postaci masowego wycofywania pieniędzy i papierów wartościowych z banków przez klientów zaniepokojonych paniką giełdową¹⁵.

Do jednej z ważniejszych przyczyn należy zaliczyć również zmiany w strukturze zobowiązań podmiotów gospodarczych. Szczególnie w ostatnich latach zaobserwowano wzmoczoną tendencję do preferowania zobowiązań krótkoterminowych kosztem zobowiązań długoterminowych. Prawdopodobnie ta wynika z finansowania długoterminowych przedsięwzięć inwestycyjnych firm z zadłużeniem krótkoterminowym, które następnie jest „rolowane”. Źródłem tej „skłonności” należy dopatrywać się w wysokich kosztach obsługi, obarczonych stosunkowo większym ryzykiem, zadłużenia długoterminowego, niezależnie od tego, czy występuje w postaci kredytu czy emisji dłużnych papierów wartościowych. W normalnych warunkach długoterminowe stopy procentowe są wyższe niż stopy krótkoterminowe ze względu na ryzyko finansowe, które jest niższe w krótkim okresie czasu¹⁶. Zmiana w strukturze zobowiązań w konsekwencji uzależniła zaś ich spłatę od zdolności do zaciągania nowych. Zarówno gospodarstwa domowe, jak i firmy w coraz większym stopniu regulują swoje wymagalne zobowiązania za pomocą „rolowania”, refinansowania długu, czyli jego spłaty ze środków uzyskanych z nowego kredytu, coraz rzadziej dług regulowany jest z kapitału generowanego wewnątrz (wynagrodzeń, przychodu ze sprzedaży dóbr lub usług).

¹⁴ K. Piech, *Rodzaje kryzysów i sposoby jego przenoszenia*, [w:] K. Piech (red.), *Kryzysy światowe i recesje: teoria, historia, przykłady*, tom II, Warszawa 2012, s. 38.

¹⁵ *Ibidem*, s. 28.

¹⁶ W. Nawrot, *Globalny kryzys finansowy XXI wieku. Przyczyny, przebieg, skutki, prognozy*, Warszawa 2009, s. 13.

Ponadto trend deregulacji z lat 70. i 80. XX wieku zaowocował wprowadzeniem zmian w koncepcji roli norm prawnych w „porządkowaniu” rynku finansowego. „Przedkryzysowa filozofia legislacyjna” postulowała minimalny stopień ingerencji w procesy gospodarcze, w zasadzie wyłącznie w obszarze inicjowania bądź pobudzania wzrostu gospodarczego. W praktyce legislacja ma możliwość wpływu na mechanizmy rynkowe oraz postawy i zachowania uczestników tego rynku, jednak inicjatywa legislacyjna skupia się na tych obszarach rynku finansowego, które bezpośrednio oddziałują na „realną gospodarkę”¹⁷.

Podatność na zjawiska kryzysowe jest silnie skorelowana z intensywnym rozwojem sektora „egzotycznych instrumentów finansowych”. Twórcy-inżynierowie finansowi, odpowiedzialni za wykreowanie i wprowadzenie na rynek nowej generacji instrumentu finansowego, skupiają uwagę emitentów i inwestorów, co wiąże się dla nich ze znacznym profitem. Wśród instytucji finansowych obserwuje się ogólny wzrost skłonności do ryzyka. Banki są nastawione na osiąganie zysku, właściciele banków – akcjonariusze – również, ponieważ w zamian za wniesiony kapitał (w wyniku zakupu akcji) oczekują określonej stopy zwrotu tej inwestycji. Jak podnosi się w literaturze prawniczej, tylko w drodze akceptacji wyższego poziomu ryzyka banki były w stanie generować wysokie stopy zwrotu z kapitału dla swoich właścicieli, ponieważ relacja między ryzykiem a zwrotem z inwestycji ma nachylenie dodatnie¹⁸. Skłonność do ryzyka była również niejako wspierana przez działania interwencyjne rządu. Pomoc rządowa trafia do największych banków, które stoją na progu bankructwa¹⁹.

Zaprezentowany katalog przyczyn „uwrażliwienia” sektora finansowego jest jedynie zasygnalizowaniem zmian, jakie zachodzą na globalnych rynkach finansowych. Żeby zrozumieć uwarunkowania i mechanizmy rządzące współczesnym rynkiem finansowym oraz wynikającej z nich podatności na zjawiska kryzysowe, należy odnieść się do rozważań Hymana Minsky’ego i skonstruowanego przez niego modelu kryzysu finansowego²⁰. Należy mieć na uwadze, iż w literaturze przedmiotu najczęściej spotykane jest tradycyjne „modelowanie” kryzysów, które obejmuje etap szybkiego wzrostu cen określonych aktywów (nieruchomości, akcji, walut) oraz etap korekty ich wyceny, któremu towarzyszą incydentalne „manie” generujące kryzysy. Prezentowane jest również inne podejście mieszczące się w obrębie zagadnień cykliczności w gospodarce i zjawisk kryzysowych z tym związanych²¹. Ze względu na charakter opracowania szerzej omówiony zostanie jedynie pierwszy model autorstwa H. Minsky’ego, po-

¹⁷ *Ibidem*, s. 14.

¹⁸ *Ibidem*, s. 14.

¹⁹ Szerzej zob. G. Stern, R. Feldman, *Too Big to Fail: The Hazards of Bank Bailouts*, Brookings Institute Press, International Edition, Washington 2004.

²⁰ Zob. H. Minsky, *Stabilizing an Unstable Economy*, McGraw Hill, International Edition, New York 2008.

²¹ Koncepcje koncentrujące się wokół cykliczności obejmują m. in. 39-miesięczny cykl zapasów Kitchin’a, 7–8-letni cykl inwestycji w budowę fabryk oraz ich wyposażenia Juglara, 20-letni cykl w budownictwie mieszkaniowym Kuzneta, źródło: Ch. Kindleberger, R. Z. Aliber, *Manias, Panics, and Crashes. A History of Financial Crises*. John Wiley & Sons INC., Fifth Edition, Hoboken, New Jersey 2005, s. 24, [za:] W. Nawrot, *op. cit.*

nieważ odnosi się on do „klasycznych gospodarek rynkowych” – Stanów Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii czy Niemiec. W swojej pracy Minsky bazuje na tezach udowodnionych przez wybitnych ekonomistów: Johna Stuarta Milla, Knuta Wicksella, Alfreda Marshalla, Irvinga Fishera, którzy również zajmowali się kwestią zmienności w podaży kredytu. Minsky, podobnie jak I. Fisher, przypisywał duże znaczenie do stanu wysoko zadłużonych kredytobiorców, w szczególności tych, którzy zwiększali saldo swojego zadłużenia w celu sfinansowania swoich inwestycji w papiery wartościowe, nieruchomości, instrumenty rynku finansowego, które krótkookresowo miały kumulować korzyści finansowe. Impulsem do takich zachowań miała być dodatnia różnica między oczekiwaną stopą zwrotu z inwestycji a oprocentowaniem kredytów. Operacja taka jest opłacalna, jeśli występuje okres silnego wzrostu cen, wtedy tylko stopa zwrotu z inwestycji przewyższa oprocentowanie kredytów²².

W literaturze często powoływany jest model triady Mishina, który bierze pod uwagę znaczenie polityki interwencjonizmu państwowego oraz wpływ trzech czynników na rynek finansów: asymetrii informacji, negatywnej selekcji oraz pokusy nadużycia (*moral hazard*)²³. Asymetria informacji oznacza, że strona angażująca się finansowo nie jest w stanie zdobyć i prawidłowo zinterpretować wszystkich informacji płynących z rynku, co więcej – nie posiada również instrumentów pozwalających na weryfikację informacji przekazywanych przez stronę ubiegającą się o środki finansowe. Negatywna selekcja oznacza sytuację, w której o środki finansowe ubiegają się podmioty o słabej kondycji finansowej liczące na wysokie stopy zwrotu z inwestycji. Podmioty o dobrej pozycji finansowej, oczekujące niskich, ale pewnych zwrotów z inwestycji, nie są zainteresowane pozyskaniem pomocy finansowej ze źródeł zwrotnych. *Moral hazard* występuje, gdy pożyczkodawca nie dysponuje kompletem informacji o działaniach pożyczkobiorcy, który może podjąć decyzję o zaangażowaniu się w inwestycje obciążone wysokim stopniem ryzyka. Model ten analizuje rolę pięciu kluczowych czynników w kreacji sytuacji kryzysowej: wysokich stóp procentowych, spadków cen na rynku akcji, wzrostu niepewności, paniki bankowej oraz nieprzewidzianego obniżenia poziomu cen oraz wartości przedsiębiorstw²⁴.

Jednak za najbardziej ceniony wkład wniesiony do badań nad zjawiskami kryzysowymi na rynkach finansowych uważa się rozważania Minsky’ego na temat istoty zadłużenia i jego wpływu na procesy ekonomiczne. Wykazał on, w jaki sposób stabilność gospodarcza jest skorelowana z rosnącą i w pewnym momencie nadmierną kreacją kredytów, czego konsekwencją jest niestabilność systemu finansowego oraz swoista „bańka spekulacyjna”. To prowadzi zaś do ograniczania udzielania kredytów i wzrostu wolatylności rynku, hamując ostatecznie wzrost gospodarczy. „Nadprodukcja” kredytów i „bańka spekulacyjna” zaliczane są do czynników kryzysogennych, aczkolwiek ze względu na wydłużające się cykliczne okresy stabilności oraz kluczową rolę „stabilizatorów państwowych” kryzysy finansowe występują stosunkowo rzadko.

²² W. Nawrot, *op. cit.*, s. 15.

²³ E. Radomska, *op. cit.*, s. 4.

²⁴ F. Mishkin, *Anatomy of Financial Crisis*, „Journal of Evolutionary Economics” 1992, no. 2, s. 115–130, [za:] E. Radomska, *op. cit.*

H. Minsky wyróżnił pięć etapów kryzysu finansowego. Pierwszy z nich, właściwie etap przedwstępny, obejmuje tzw. fazę zaburzenia (*displacement*), w której system makroekonomiczny jest destabilizowany przez różnego rodzaju czynniki. Źródłem mogą być zjawiska społeczno-polityczne, takie jak wybuch bądź zakończenie wojny, zmiana polityki monetarnej, przyrodnicze – w postaci skrajnie niskich bądź wysokich zbiorów – lub też postęp naukowo-techniczny²⁵. Warto zauważyć, iż w latach 20. XX wieku swoistym „szokiem” dla systemu ekonomicznego był dynamiczny rozwój produkcji samochodów oraz rozbudowanie sieci autostrad wraz z postępującą elektryfikacją kraju. W Japonii natomiast w latach 80. XX wieku to silna aprecjacja jena oraz liberalizacja finansowa zaburzyły rynek finansów. Lata 90. XX wieku to kolejny „szok” dla amerykańskiej gospodarki, którego dostarczyła rewolucja informatyczna oraz zastosowania na szeroką skalę nowych form taniej telekomunikacji²⁶. Przykładów udowadniających tę tezę można wskazać bardzo wiele.

Zgodnie z tą teorią, jeżeli „czynnik zaburzący” ma odpowiednią siłę i skalę oddziaływania, to niesie ze sobą oczekiwania co do możliwości kumulowania zysku w danym sektorze gospodarki. W fazie „boomu” występuje maksymalne skupienie uwagi inwestorów na segment, który daje największe możliwości zarobku, postępuje „ekspansja kredytowa”, w dłuższym okresie czasu rosną stopy procentowe i ceny. Prowadzi to do ponadprzeciętnego wzrostu gospodarczego, co przekłada się na ogólny optymizm wśród wszystkich uczestników procesów ekonomicznych, ponadto przyciąga również nowych przedsiębiorców, skłonnych do inwestycji w „perspektywiczną branżę”. Podwyższone prognozy rentowności w różnych obszarach ryzyka kreują tendencje banków do niedoszacowywania ryzyka kredytowego.

W kolejnym etapie, w oczekiwaniu na wysoką stopę zwrotu z inwestycji, podmioty masowo wykupują dobra i papiery wartościowe „złotej” branży. Zmniejsza się awersja banków do ryzyka, które muszą konkurować ze sobą o zachowanie swojego udziału w rynku, czego rezultatem jest wzrost skłonności do pożyczania nawet tym osobom, które wcześniej uznane byłyby za zbyt ryzykowne. Kredytobiorcy zaś umacniają swoją predylekcję do zadłużania, zaciągają kredyty konsumpcyjne oraz hipoteczne, w ten sposób finansując swoje przedsięwzięcia oraz kupując aktywa (na rynku nieruchomości, towarowym, papierów wartościowych itp.) związane z potencjalną możliwością osiągnięcia zysku netto, czyli po odjęciu kosztów obsługi kredytu, tzw. *carry trade*²⁷. Konsekwencją tego procesu jest „przegrzanie” rynku (*overtrading*), w którym inwestorzy przeszacowują możliwość zysku. Pojawia się spekulacyjne oczekiwanie co do wzrostu cen aktywów. Intensyfikuje się proces *follow the leader* polegający na włączaniu się kolejnych podmiotów do spekulacyjnego wyścigu, którzy obserwując sytuację na rynku, również chcą skorzystać z łatwej okazji osiągnięcia korzyści majątkowych. Banki coraz agresywniej afirmują swoją rolę i pozycję na rynku, zwiększając swoją ofertę kredytową

²⁵ A. Mercik, *Charakterystyka kryzysu finansowego w świetle modelu H. Mynsky'ego*, Wrzesień 2011, s. 3, http://aleksandermecik.pl/dokumenty/publikacje/charakterystyka_kryzysu_finansowego_w_swietle_modelu_h_mynskyego.pdf, [dostęp: luty 2016].

²⁶ Ch. Kindleberger, R.A. Liber, *op. cit.*, [za:] W. Nawrot, *op. cit.*, s. 26.

²⁷ W. Nawrot, *op. cit.*, s. 17.

i proponując nowe rozwiązania kredytowe, w tym również tych z przeznaczeniem na zakup aktywów inwestycyjnych²⁸. Banki, świadomie obniżając swoje standardy ostrożnościowe, są w stanie udzielić większej liczby kredytów i pożyczek, przez co nadmierne rośnie zadłużenie. Wśród wszystkich uczestników gry rynkowej rodzi się „roszczenie” stałego wzrostu dochodu oraz pozytywnej prognozy ekspansji rynku finansowego. Rosnąca wartość rynkowa nabytych aktywów sprawia, iż okresowo wartość zadłużenia może spadać, co motywuje podmioty do skorzystania z kolejnych transz zadłużenia w celu sfinansowania kolejnych inwestycji. Jest to możliwe, bowiem istnieje stosunkowo niski poziom wskaźnika długu do kapitału własnego. W końcu następuje okres rewulsji (*financial distress*), ceny aktywów będących przedmiotem spekulacji spadają, pierwsze instytucje finansowe zmuszone są do ogłoszenia upadłości²⁹. „Gorączka spekulacyjna” wzmacnia nieracjonalne zachowanie inwestorów, co w konsekwencji prowadzi do „pęknięcia banki spekulacyjnej”³⁰.

Kryzys finansowy w modelu H. Minsky’ego kończy tzw. faza uspokojenia (*tranquility*), w której możliwe są trzy scenariusze wydarzeń. Po pierwsze, bank centralny, wykorzystując swoją pozycję w systemie, jest w stanie przekonać uczestników rynku, że podaż pieniądza wzrośnie do poziomu zaspokajającego zapotrzebowanie na gotówkę. Po drugie, ze względu na drastyczny spadek cen, mogą znaleźć się inwestorzy, którzy są zainteresowani nabyciem niedowartościowanych aktywów, co stabilizuje sytuację. Po trzecie zaś, odgórnie mogą zostać ustalone limity maksymalnego spadku ceny albo wprowadzone ograniczenia obrotu aktywami na przykład poprzez zamknięcie giełdy³¹.

Ostatni kryzys finansowy, zapoczątkowany w 2007 r. w Stanach Zjednoczonych, posiada wszystkie elementy modelu Minsky’ego. Szczegółowa analiza funkcjonowania mechanizmów rządzących rynkami finansowymi oraz roli, jaką odgrywają w nich banki, jednoznacznie dowodzi, iż brak precyzyjnie skonstruowanych norm ostrożnościowych może prowadzić do implozji całego systemu.

1.3. Pojęcie norm ostrożnościowych

W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż nie istnieje jedna, powszechnie akceptowana czy też prawnie wiążąca definicja legalna „norm ostrożnościowych”. Z tej przyczyny można spotkać się ze stosowaniem różnorodnych terminów, które obejmują swoim zakresem przedmiotowym omawiane normy ostrożnościowe, chociaż nie są to pojęcia tożsame. W polskich publikacjach używane są takie terminy jak: „normy o charakterze ostrożnościowym”, „nadzorcze normy ostrożnościowe”, „normy dopuszczalnego ryzyka w działalności banków”, „parametryczne instrumenty nadzoru bankowego”³²,

²⁸ G. Cooper, *The Origin of Financial Crises. Central banks, credit bubbles and the efficient market fallacy*. Hariman House LTD, Hampshire 2008, s. 93–105.

²⁹ A. Mercik, *op. cit.*, s. 2.

³⁰ W. Nawrot, *op. cit.*, s. 17.

³¹ A. Mercik, *op. cit.*, s. 2.

³² A. Kawulski, B. Smykla, *Nadzorcze normy ostrożnościowe wg znowelizowanej ustawy Prawo Bankowe na tle regulacji Unii Europejskiej (aspekty prawne)*, Warszawa 2003, s. 3.

„normy wskaźnikowe”³³, „regulacje ostrożnościowe”³⁴, „wskaźniki cyfrowe koncentracji ryzyk”³⁵, „regulacje prudencyjne”³⁶, „regulacje finansowe”³⁷. W literaturze zagranicznej pojawia się podobna tendencja, normy ostrożnościowe występują m.in. jako *financial regulation*³⁸ oraz *prudential regulation*³⁹.

Próby wypracowania kompleksowej definicji „normy ostrożnościowej” skupiają się przede wszystkim na płaszczyźnie celowościowej tychże norm. W przypadku instytucji finansowych, w tym banków, normy te powinny spełniać takie cele jak:

- 1) „ograniczenie możliwości podejmowania nadmiernego ryzyka i/lub podwyższenie poziomu bezpieczeństwa oraz stabilności sektora bankowego”⁴⁰,
- 2) „niedopuszczenie do podejmowania przez banki nadmiernego ryzyka oraz niebezpiecznych praktyk w ich działalności”⁴¹,
- 3) „wpływanie na ograniczenie ryzyka działalności operacyjnej banków”⁴²,
- 4) „określenie minimalnych standardów sprzyjających ograniczeniu nadmiernie ryzykownej działalności banków, a przez to wyznaczenie granic jej bezpieczeństwa i niedopuszczenie do prowadzenia niebezpiecznych praktyk, niezgodnych z podstawowymi zasadami sztuki bankowej”⁴³,
- 5) „niedopuszczenie do niebezpiecznych praktyk, nieprofesjonalnych zachowań, niezgodnych nie tylko ze sztuką bankową, ale i ze zdrowym rozsądkiem, ograniczenie ryzyka moralnego hazardu, ryzyka «zarażenia», a przede wszystkim ryzyka systemowego”⁴⁴,

³³ R.W. Kaszubski, *Funkcjonalne źródła prawa bankowego publicznego*, Kraków 2006, s. 61.

³⁴ Z. Ofiarski, *Prawo bankowe*, Kraków 2005, s. 289.

³⁵ J.A. Krzyżewski, *Rekomendacje nadzorcze – charakter prawny i zakres mocy obowiązującej*, „Prawo Bankowe” 2000, nr 7–8, s. 121.

³⁶ K. Kohutek, *Sanacja banku w bankowych procedurach naprawczych i w postępowaniu upadłościowym*, Kraków 2005, s. 82.

³⁷ E. Śleszyńska-Charewicz, D. Lewandowski, *Nadzorcze normy ostrożnego działania banków*, „Bank i Kredyt”, 1996, nr 6, s. 67–68.

³⁸ M. Brunnermaier, A. Crocket, Ch. Goodhart, A. Persaud, H. Shin, *The Fundamental Principles of Financial Regulation, Geneva Report on the World Economy 11*, International Center for Monetary and Banking Studies, Centre for Economic Policy Research 2009, s. 29.

³⁹ M. Dewatripoint, J. Tirole, *The Prudential Regulation of Banks*, Cambridge–London 1994, V.P. Polizatto, *Prudential Regulation and Banking Supervision: Building an Institutional Framework for Banks*, Working Papers, World Bank, Washington, January 1990; D. Llewelyn, *The Economic Rationale for Financial Regulation*, *Financial Services Authority, Occasional Paper Series*, no. 1, April 1999, s. 10–11.

⁴⁰ V.P. Polizatto, *op. cit.*, s. 2; D. Daniluk, *Regulacje i nadzór finansowy w Polsce*, s. 70, Warszawa 1996; A. Jończyk, B. Smykla, *Nadzorcze normy ostrożnościowe w polskim prawie bankowym*, „Biuletyn Bankowy. Vademecum Bankowca”, Warszawa, luty 1999, s. 3; E. Fojcik-Mastalska, *Regulacje ostrożnościowe Unii Europejskiej*, [w:] W. Pyziół (red.), *Encyklopedia Prawa Bankowego*, Warszawa 2000, s. 629 i n.; A. Kawulski, B. Smykla, *Nadzorcze normy ostrożnościowe wg znowelizowanej ustawy Prawo Bankowe na tle regulacji Unii Europejskiej (aspekty prawne)*, Warszawa 2003, s. 3; A.M. Jurkowska, *Prawo bankowe Unii Europejskiej. Licencjonowanie działalności bankowej*, Bydgoszcz–Gdańsk 2003, s. 59; C. Kosikowski, *Prawo Unii Europejskiej w systemie polskiego prawa finansowego*, Białystok 2010, s. 114.

⁴¹ K. Kohutek, *op. cit.*, s. 83.

⁴² R.W. Kaszubski, *op. cit.*, s. 17.

⁴³ M. Zaleska, *Wpływ wybranych regulacji zewnętrznych na działalność polskich banków*, Warszawa 1999, s. 37.

⁴⁴ E. Śleszyńska-Charewicz, D. Lewandowski, *op. cit.*, s. 70.

- 6) „zapewnienie bezpieczeństwa zdeponowanych w bankach środków pieniężnych” i „zapewnienie zasad uczciwej konkurencji na rynku bankowym”⁴⁵.

Regulacje ostrożnościowe z perspektywy wszystkich podmiotów rynku finansowego mają za zadanie przede wszystkim:

- a) utrzymać stabilność systemu finansowego oraz chronić klientów korzystających z usług tego rynku,
- b) budować zaufanie publiczne,
- c) wprowadzać minimalne, spójne i jednolite standardy ostrożnościowe,
- d) zapewnić bezpieczny, stabilny, wiarygodny i wykonujący wysokiej klasy usługi system finansowy, zdolny do uczciwego konkutowania,
- e) korygować słabości i niekoherentność rynku finansowego,
- f) przeciwdziałać wszelkim szkodliwym decyzjom i działaniom patologicznym zarówno niezamierzonym, jak i zamierzonym⁴⁶.

Ponadto należy zauważyć, że pewne standardy ostrożnościowe powinny zostać wprowadzone w sytuacji, gdy:

- 1) instytucja, której regulacja dotyczy, jest instytucją zaufania publicznego i pełni funkcję powierniczą,
- 2) klienci tejże instytucji, podejmując decyzję o skorzystaniu z usług instytucji lub zawierając z nią umowę, nie są w stanie dokonać oceny jej bezpieczeństwa oraz kondycji finansowej,
- 3) istnieje system gwarancji depozytów lub rekompensat dla inwestorów, który jest w stanie pokryć koszty związane m.in. z upadłością instytucji, której funkcjonowanie oparte jest na finansowaniu przez inne instytucje tego rodzaju; jest to sytuacja, w której koszty pewnych zdarzeń są przerzucane na inne instytucje,
- 4) zachowanie instytucji, jej stan finansowy po zawarciu umowy z klientem ma bezpośrednie przełożenie na wartość umowy⁴⁷.

Warto mieć na uwadze, iż dla efektywnej realizacji celów ogólnych norm ostrożnościowych niezbędne jest wyznaczanie i osiąganie celów częściowych. Dla przykładu można wskazać normy adekwatności kapitałowej i wynikający z nich nakaz utrzymywania odpowiedniego poziomu kapitału. Normy tego rodzaju pełnią w systemie trzy funkcje:

- 1) finansową, ponieważ stanowią bezzwrotne źródło finansowania operacji bankowych,
- 2) gwarancyjną, są bowiem źródłem spłaty wierzycieli w przypadku upadłości banku,
- 3) pokrywania strat, gdyż co do zasady wysokość kapitału własnego powinna pokryć wartość bieżącej działalności banku i umożliwić jego dalsze funkcjonowanie⁴⁸.

⁴⁵ B. Siénko-Kowalska, *Bank Uniwersalny na rynku papierów wartościowych*, Warszawa 2008, s. 121.

⁴⁶ The High-Level Group on Financial Supervision in the EU, chaired by Jacques de Larosière, Report, s. 14; E. Śleszyńska-Charewicz, D. Lewandowski, *op. cit.*, s. 67.

⁴⁷ D. Llewelyn, *op. cit.*, s. 10–11.

⁴⁸ M.A. Olszak, *Normy adekwatności kapitałowej. Rola Bazylei I i Nowej Umowy Kapitałowej w zarządzaniu portfelem kredytowym*, Warszawa 2009, s. 13.

Polski Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 stycznia 2007 r. utożsamiał termin „norm ostrożnościowych” z pojęciem „normy dopuszczalnego ryzyka” i w tym kontekście przyjął, iż normy te wyznaczają granice dopuszczalnego działania banków, stwierdził również, że ich przekroczenie zagraża prawidłowemu funkcjonowaniu tych podmiotów. Sąd Najwyższy podkreślił, iż granice te określają możliwość podejmowania przedsięwzięć należących do zakresu działania banku, „których przekroczenie może skutkować naruszeniem jego stabilności finansowej, podważyć bezpieczeństwo zgromadzonych w nim środków, a nawet powodować zagrożenie jego bytu”⁴⁹. Tego rodzaju wykładnia również odwołuje się do racji funkcjonalnych norm ostrożnościowych, których główny cel wprowadzania do porządku prawnego upatrywany jest właśnie w określeniu ram bezpiecznej działalności banków.

Mimo wagi i znaczenia norm ostrożnościowych dla stabilności systemu finansowego nie zdołano wypracować jednego katalogu tychże norm. C. Kosikowski normy ostrożnościowe utożsamia z „reglamentacją prawną funkcjonowania banków”, odrębnie ujmując normy dotyczące ich tworzenia i organizacji⁵⁰. Katalog norm ostrożnościowych w tym wypadku zostaje zawężony jedynie do regulacji dotyczących: funduszy własnych banku, współczynnika wypłacalności, rezerw celowych, limitów koncentracji kredytów, wskaźnika płynności, wysokości zaangażowań kapitałowych banku w obrocie papierami wartościowymi, limitowania pozycji walutowych, przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy, kontroli przepływów kapitałowych w obrocie banku papierami wartościowymi⁵¹. Autor ten wyróżnia również odrębną, swoistą kategorię norm prawnych związanych ze skutkami ryzyka bankowego. W tym kontekście wyróżnia on 3 możliwe sytuacje na rynku finansowym: pierwsza dotyczy stanu, w którym bank, ponosząc negatywne skutki ryzyka bankowego, zmuszony jest korzystać z pomocy z zewnątrz, aby nie groziła mu likwidacja bądź upadłość; druga – sytuacji, w której bank wymaga działań naprawczych, gdyż jego kondycja finansowa wymusza konieczność restrukturyzacji lub innych czynności sanacyjnych; trzecia związana jest z przymusowym zakończeniem działalności bankowej.

M. Zaleska tworzy zaś szerszy katalog norm ostrożnościowych i zalicza do nich przepisy prawa, które określają:

- a) zasady podejmowania działalności przez banki,
- b) fundusze własne banków,
- c) współczynnik wypłacalności,
- d) system gwarantowania depozytów,
- e) limity koncentracji zaangażowań,
- f) adekwatność kapitałową,
- g) zasady nadzoru skonsolidowanego.

⁴⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2007 r., sygn. IV CSK 342/06, nr Lex: 238969.

⁵⁰ C. Kosikowski, hasło: *Reglamentacja działalności banków*, [w:] W. Pyziół (red.), *Encyklopedia prawa bankowego*, Warszawa 2000, s. 624–4.

⁵¹ *Ibidem*, s. 628 i n.

J. Jaworski stoi na stanowisku, iż normy ostrożnościowe wypracowane w ramach Bazylejskiego Komitetu ds. Nadzoru Bankowego, przyjęte i egzekwowane w poszczególnych państwach, obejmują:

- a) minimum kapitałowe dla banków,
- b) wążenie ryzyka aktywów,
- c) kontrolę koncentracji kapitału,
- d) definiowanie składników kapitału,
- e) ocenę zarządzania portfelem kredytowym i rezerw celowych,
- f) kontrolę ryzyka rynkowego,
- g) kontrolę ryzyka kraju,
- h) kontrolę kredytów powiązanych,
- i) ocenę kontroli wewnętrznej w banku⁵².

M. Iwanicz-Drozdowska dzieli normy ostrożnościowe na trzy grupy, w których wyróżnia: warunki tworzenia banku (określenie minimalnego poziomu kapitału własnego banku, procedura licencjonowania działalności bankowej), przepisy prawa, które normują sposoby reagowania na niekorzystne tendencje na rynkach finansowych albo działania mające na celu rekompensatę skutków ryzyka podjętego przez banki (ubezpieczenie depozytów bankowych, tworzenie rezerw na należności) oraz obszerny zakres regulacji dotyczących operacji dokonywanych przez bank i związanych z nimi ryzykiem (limity inwestycyjne, limity koncentracji kredytowej, limity dotyczące otwartych pozycji walutowych, współczynniki wypłacalności i płynności, procedury związane z przeciwdziałaniem praniu brudnych pieniędzy, rezerwy obowiązkowe, limity dotyczące ryzyka stopy procentowej i operacji instrumentami pochodnymi)⁵³.

Z kolei M. Brunnermeier, A. Crocket, Ch. Goodhart, A. Persuad oraz A. Shin do kluczowych normy ostrożnościowych zaliczają wymagania kapitałowe i płynnościowe⁵⁴. D. Llewelyn stwierdza, że bankowe normy ostrożnościowe to normy, które koncentrują się na bezpieczeństwie, wypłacalności i prawidłowej kondycji instytucji finansowych⁵⁵.

Sam Komitet Bazylejski w swoim dokumencie „Podstawowe zasady efektywnego nadzoru bankowego” do wymagań ostrożnościowych zalicza:

- 1) minimalne wymogi adekwatności kapitałowej, w tym również określenie składników kapitału w stosunku do zdolności do zaabsorbowania strat,
- 2) ustalenie i przestrzeganie przez banki procedury oceny jakości aktywów oraz adekwatności odpisów na rezerwy z tytułu kredytów nieregularnych,
- 3) zarządzanie ryzykiem przez bank lub grupy banków, w tym identyfikacja, ocena, kontrola i ograniczanie ryzyka zarówno krajowego, jak i transferu w zakresie kre-

⁵² W. Jaworski, *Nadzór bankowy*, [w:] W.L. Jaworski, Z. Zawadzka (red.), *Bankowość. Podręcznik akademicki*, Warszawa 2003, s. 51.

⁵³ M. Iwanicz-Drozdowska, *Regulacje ostrożnościowe – powstanie i ewolucja*, „Bank i Kredyt” 1996, nr 9, s. 52–54.

⁵⁴ M. Brunnermeier, A. Crocket, Ch. Goodhart, A. Persuad oraz A. Shin, *The Fundamental Principles of Financial Regulation*, Geneva Report on the World Economy 11, s. 49.

⁵⁵ D. Llewelyn, *op. cit.*, s. 10.

- dytowania i inwestowania na arenie międzynarodowej ryzyka operacyjnego, ryzyka płynności, ryzyka rynkowego, ryzyka stopy procentowej w księdze bankowej,
- 4) bankowe systemy informacji zarządczej, które stanowią instrument identyfikacji koncentracji ryzyka w portfelu oraz limity ostrożnościowe, które pozwalają na ograniczenie ryzyka bankowego wobec kredytobiorców,
 - 5) system kontroli wewnętrznej i audytu,
 - 6) zasady polityki banku, w tym przede wszystkim przyjęte procedury udzielania kredytów, inwestowania, zarządzania portfelem kredytowym i inwestycyjnym,
 - 7) praktyki bankowe, które uniemożliwiają wykorzystywanie banku przed środowiska kryminalne⁵⁶.

Analiza przedstawionych powyżej norm prowadzi do wniosku, iż grono ekspertów pracujących dla Komitetu Bazylejskiego nie zalicza do norm ostrożnościowych m.in. regulacji z zakresu wydawania zezwoleń na działalność bankową, akceptując tym samym normy ostrożnościowe *sensu stricto*.

Powyżej zaprezentowano jedynie wybrane katalogi norm ostrożnościowych. W literaturze przedmiotu na potrzeby poszczególnych opracowań i dokumentów konstruowane są różne zbiory tychże norm w zależności od przyjętych celów, którym mają służyć. Dla jasności wyводу należy odróżnić za R. Cranstonem regulacje prewencyjne (*preventive regulation*) jako normy ostrożnościowe *sensu stricto*, których zasadniczym celem jest niedopuszczenie do wystąpienia kryzysów poprzez wymuszanie ograniczenia nadmiernego ryzyka. Stanowią one przede wszystkim gwarancję pożądanego zachowań instytucji finansowych w skali mikro w odniesieniu do każdego podmiotu, ich treść sprowadza się do wyznaczenia wymagań dotyczących kondycji finansowej oraz trybu, zakresu, procedur, warunków i metod działania⁵⁷. Drugą kategorię stanowią regulacje ochronne (*protective regulation*), czyli normy ostrożnościowe *sensu largo*, których celem jest zapewnienie stabilności całego systemu finansowego, w szczególności przez ochronę podmiotów w nim funkcjonujących⁵⁸. Rozróżnienie to koresponduje z rozgraniczeniem skali oddziaływania norm ostrożnościowych. Na tej podstawie wyodrębnia się regulacje mikroostrożnościowe, które koncentrują się na zapewnieniu stabilności każdego indywidulanego podmiotu, których główna rola sprowadza się do ochrony banku przed ryzykiem egzogenicznym (zewnętrznym), oraz makroostrożnościowe, których zadaniem jest stabilizowanie systemu finansowego jako całości⁵⁹.

Rozważane w drugiej części pracy normy ostrożnościowe należeć będą zatem głównie do norm ostrożnościowych *sensu stricto*, norm mikroostrożnościowych, natomiast trzecia część – poświęcana normom sanacyjnym i upadłościowym – należeć będzie, zgodnie z propozycją C. Kosikowskiego, do norm związanych ze skutkiem ryzyka bankowego.

⁵⁶ Basel Committee on Banking Supervision, *Core Principles for Effective Banking Supervision*, 2012, s. 2, źródło: <http://www.bis.org/publ/bcbs230.pdf> [dostęp: luty 2016].

⁵⁷ D. Daniluk, *Regulacje i nadzór bankowy*, Warszawa 1996, s. 69–71.

⁵⁸ R. Cranston, *Principles of banking law*, New York 2002, s. 82.

⁵⁹ M. Olszak, *Bankowe normy ostrożnościowe*, Białystok 2011, s. 69.

1.4. Klasyfikacja norm ostrożnościowych

Prawidłowe zidentyfikowanie ryzyka, które towarzyszy regulowanej działalności, oraz dokonanie trafnego wyboru sposobu ograniczenia go do akceptowanego poziomu przesądza o efektywności bądź jej braku bankowych norm ostrożnościowych. Specyfika omawianej materii determinuje konieczność tworzenia norm o zróżnicowanym charakterze prawnym w zależności od przyjętej strategii zarządzania ryzykiem oraz charakteru, zakresu i stopnia skomplikowania podjętej działalności przez banki. Możliwe podziały norm ostrożnościowych ukazują ich złożoność i wieloaspektowość.

Podstawę pierwszego podziału stanowi tzw. kryterium inspiracji (pierwowzoru) opierające się na wpływie i znaczeniu, jakie miały określone normy ostrożnościowe wypracowane przez poszczególne podmioty na przyjęty kształt tychże norm w państwie bądź instytucji. Na tej podstawie wyodrębniamy dychotomiczny podział na normy pierwotne, które stanowią pewnego rodzaju model, wzór konstrukcyjny, tak jak w przypadku norm zawartych w Nowej Umowie Kapitałowej Komitetu Bazylejskiego, oraz normy wtórne, które stanowią odbicie, odwzorowanie norm pierwotnych, czego przykładem jest dyrektywa 2006/48/WE.

Biorąc pod uwagę kryterium mocy wiążącej normy ostrożnościowej, można wyróżnić normy prawne, czyli normy postępowania ustanowione przez kompetentne organy oraz inne normy, generalno-abstrakcyjne, których stosowanie nie jest obwarowane przymusem państwowym. W pierwszej grupie znajdują się normy zawarte w aktach prawnych UE, przede wszystkim w dyrektywach, natomiast do drugiej, szerszej zakresowo grupy, zaliczyć należy różnego rodzaju fakultatywne akty będące rekomendacjami, opiniami, zaleceniami.

Ciekawym podziałem norm ostrożnościowych wydaje się podział dokonany za pomocą kryterium zakresu podmiotowo-przedmiotowego regulacji, którego efektem jest wyodrębnienie:

- 1) norm w ujęciu indywidualnym (*solo basis* lub *unconsolidated basis*), czyli takich, których adresatem jest bank jako podmiot podlegający nadzorowi indywidualnemu;
- 2) norm w ujęciu skonsolidowanym (*consolidated basis*), czyli tych, które uwzględniają powiązania i zależności między bankiem a podmiotami pozostającymi w nim w strukturze holdingowej; w przypadku tych norm uwzględnia się działanie banku w holdingu przy obliczaniu funduszy własnych, wymogów kapitałowych, limitów koncentracji zaangażowań czy współczynnika wypłacalności;
- 3) norm nadzoru uzupełniającego⁶⁰.

Jednak za najważniejsze kryterium podziału należy uznać kryterium sposobu określania wzorca bezpiecznego postępowania, które dzieli normy ostrożnościowe na normy ilościowe i jakościowe. Pierwsze w sposób matematyczny limitują działalność ich adresatów za pomocą parametrów bądź proporcji między wymiernymi pozycjami. Drugie zaś konstruowane są za pomocą zwrotów nieostrych, często o charakterze ocennym. Ich treść wyznacza wszelkiego typu zasady, tryb czy procedurę postępowania⁶¹.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 73.

⁶¹ *Ibidem*, s. 74–75.

Należy mieć na uwadze, iż nie zawsze istnieje możliwość jednoznacznego podporządkowania danej normy do jednej kategorii. Obecnie zaobserwowano tendencję do odchodzenia od norm o charakterze ilościowym na rzecz norm mieszanych, jakościowo-ilościowych bądź jakościowych (widać to zwłaszcza w przeniesionych do unijnego porządku prawnego postanowieniach Nowej Umowy Kapitałowej). Wydaje się, iż tylko tego typu normy są w stanie uwzględnić zakres, skalę i złożoność działalności adresatów tychże norm, a tym samym ograniczyć ryzyko ich zachowań⁶².

1.5. Geneza norm ostrożnościowych

Proces kreacji norm ostrożnościowych, jego *ratio legis*, jest silnie skorelowany z pojawieniem się „zmaterializowaniem” czynnika ryzyka będącego konsekwencją specyficznej działalności banków i innych instytucji finansowych. Normy ostrożnościowe miały stanowić remedium na niedoskonałości rynku, szczególnie widoczne w kryzysach systemów finansowych, których negatywne skutki można rozważać zarówno w wymiarze indywidualnym, społecznym, jak i globalnym – gospodarczym.

Należy mieć na uwadze, iż instytucje rynku finansowego, w tym banki, muszą spełniać warunki instytucji zaufania publicznego⁶³. Z drugiej jednak strony, ich działanie jest immanentnie związane z ryzykiem, którego nie sposób wyeliminować. Co najbardziej istotne – skutki, które pociąga za sobą ziszczenie się ryzyka, odnoszą się nie tylko do banków i innych instytucji rynku finansowego, ale dotyczą również biernych podmiotów rynku finansowego. W literaturze przedmiotu podnosi się w tym kontekście, iż w zasadzie udział kapitału własnego w pasywach banków jest wciąż relatywnie na zbyt niskim poziomie, co w konsekwencji ogranicza zdolność pokrywania ewentualnych strat ponoszonych przez banki⁶⁴.

Wielki Kryzys z lat 1929–1933 przyniósł ze sobą przełom w metodzie regulacji rynku finansowego i wymusił potrzebę reinterpretacji polityki względem rynku finansowego. W konsekwencji doprowadziło to do wypracowania i akceptacji szeregu sztywnych regulacji⁶⁵ obejmujących przede wszystkim kompleksowy system kontroli i nadzoru nad bankami i zdyskredytowania zasady nadmiernej, mało ograniczonej wolności. To właśnie „czarny czwartek”, jako zapowiedź początku światowego kryzysu gospodarczego, stanowił dostatecznie silny impuls do stworzenia bankowych norm ostrożnościowych i instytucji nadzoru bankowego, choć warto podkreślić, iż tego rodzaju normy istniały już wcześniej⁶⁶.

⁶² C. Kosikowski, M. Olszak, *Od prawa bankowego do prawa rynku finansowego* [w:] J. Głuchowski (red.), *System prawa finansowego, Tom 4. Prawo walutowe, prawo dewizowe, prawo rynku finansowego*, Warszawa 2010, s. 248.

⁶³ W. Baka, *Bankowość europejska*, Warszawa 2005, s. 41.

⁶⁴ C. Kosikowski, M. Olszak, *op. cit.*, s. 225.

⁶⁵ R.W. Kaszubski, *op. cit.*, s. 60.

⁶⁶ Zob. M. Iwanicz-Drozdowska, *Regulacje...*, s. 50 i s. 57; L. Góral, *Nadzór bankowy*, Warszawa 1998, s. 23; C. Kosikowski, *Publiczne prawo bankowe*, Warszawa 1999, s. 311, [za:] M. Olszak, *Bankowe...*, s. 27.

Rozbudowanie katalogu i wzrost precyzyjności bankowych norm ostrożnościowych należy zawdzięczać m.in. zmaganiom z kolejnymi kryzysami bankowymi, postępującej globalizacji rynku usług finansowych, dynamice rozwoju instrumentów finansowych, technologii oraz zwiększaniu się swobody przepływu kapitału i związanych z tym usług w skali międzynarodowej⁶⁷. Transgraniczność i złożoność gospodarki światowej skutkowałą naturalną zmianą optyki państwowocentrycznej i zwrotem ku skuteczniejszej – kolektywnej – międzynarodowej walce z zagrożeniami systemu bankowego⁶⁸.

Kolejne poważne zaburzenia na rynku walutowym i bankowym, m.in. upadłość działającego w środowisku międzynarodowym Domu Bankowego Herstatt z Republiki Federalnej Niemiec, stanowiły dostatecznie silny impuls do podjęcia decyzji o utworzeniu w 1974 r. Bazylejskiego Komitetu ds. Nadzoru Bankowego (*Basel Committee on Banking Supervision*) przez prezesów banków centralnych z 10 najbardziej uprzemysłowionych państw świata. Podjęcie odpowiednich działań wymusiło również wystąpienie w 1973 r. kryzysu naftowego. Odnotowano po raz pierwszy w historii tak znaczny wzrost ekspansji międzynarodowej dużych banków, co wyrażało się głównie w pośrednictwie w zakresie transmisji kapitału między państwami zmagającymi się z problemami finansowymi na skutek kryzysu naftowego a państwami „budującymi” swoją siłę ekonomiczną na wzroście cen ropy naftowej⁶⁹. Upadłość włoskiego Banco Ambrosiano w 1982 r. stanowiła zaś asumpt do zreorganizowania i zintensyfikowania prac w ramach Komitetu Bazylejskiego⁷⁰.

Przez lata wypracowano szereg międzynarodowych standardów ostrożnościowych, w tym konstrukcje kluczowych praktyk nadzorczych. Należy podkreślić, iż prestiż i siła oddziaływania członków Komitetu Bazylejskiego sprawiały, że pozostałe państwa, nieposiadające przedstawicielstwa w tej organizacji, skorzystały z jej dorobku naukowego.

Zasadniczym celem działalności Komitetu jest wypracowanie europejskich i światowych regulacji ostrożnościowych, spójnych i adekwatnych do poziomu ryzyka podejmowanego przez instytucje finansowe i kredytowe. W ostatnich latach najważniejszymi dokumentami przygotowanymi przez Komitet, mającymi wpływ na regulacje przyjęte przez Unię Europejską, należy uznać:

1. Podstawowe zasady efektywnego nadzoru bankowego oraz Metodologię podstawowych zasad⁷¹,
2. Umowę Kapitałową z lipca 1988 r. (tzw. Bazylea I), znowelizowana w 1996 r.,
3. Nową Umowę Kapitałową (tzw. Bazylea II) z 2004 r.,
4. Bazylea III z 2014 r.

⁶⁷ M. Olszak, *Bankowe...*, s. 28

⁶⁸ Szerzej na temat argumentów przemawiających za uwzględnieniem czynnika międzynarodowego w regulacjach bankowych, w tym normach ostrożnościowych, zob. J.R. Barth, G. Caprio, J.R., R. Levine, *Rethinking bank regulation. Till Angels Govern*, Cambridge 2006, s. 63 i n.; na ten temat także: A. Busch, *Banking Regulation and Globalization*, Oxford, Print publication date: 2008, published to Oxford Scholarship.

⁶⁹ M. Markiewicz, U. Mrzygłód (red.), *Finanse międzynarodowe*, Warszawa 2015, s. 191.

⁷⁰ J.R. Barth, G. Caprio Jr., R. Levine, *op. cit.*, s. 64.

⁷¹ Szerzej na temat wpływu tychże dokumentów na prawo Unii Europejskiej R.W. Kaszubski, *op. cit.*, s. 71 i n.

Unijny porządek prawny przede wszystkim w aktach prawa pochodnego stanowi odbicie dorobku Bazylejskiego Komitetu ds. Nadzoru Bankowego. Należy podkreślić, iż proces kreacji „europejskich” norm ostrożnościowych miał specyficzny charakter, co wynikało głównie z podjęcia działań na rzecz utworzenia jednolitego europejskiego rynku finansowego opartego o zasadę wzajemnego uznawania, z którą z kolei związana jest zasada jednolitej licencji oraz zasada nadzoru państwa macierzystego⁷².

Bazylejska Umowa Kapitałowa (*Basel Capital Accord*) z 1988 r. stanowiła przełom w zakresie tworzenia regulacji banków działających transgranicznie. Przyjmuje się, że najważniejsza procedura ostrożnościowa wprowadziła tzw. wskaźnik wypłacalności banku lub współczynnik *Cooka*, czyli zasadę utrzymywania sumy funduszy własnych na takim poziomie, aby zawsze wynosiła ona nie mniej niż 8% aktywów i zobowiązań pozabilansowych ważonych ryzykiem⁷³. Poszczególnym grupom aktywów oraz zobowiązań pozabilansowych przypisano określone wagi ryzyka w zależności od rodzaju instytucji i państwa pochodzenia oraz rodzaju operacji bankowych. Ryzyko 0% przypisane było inwestycjom w złoto lub obligacje rządowe krajów OECD. Ryzyko 20% obliczono dla inwestycji zabezpieczonych wierzytelnościami hipotecznymi, zaś 50% dla niezabezpieczonych obligacji hipotecznych. Wierzytelności pochodzące spoza państw OECD zostały natomiast oznaczone jako w 100% ryzykowne⁷⁴.

Wskaźnik ten stanowi instrument pozwalający na oszacowanie poziomu rezerw, który dany podmiot powinien zgromadzić w celu zabezpieczenia ryzyka niewypłacalności. Większość państw zdecydowała się na przyjęcie w ustawodawstwie krajowym rozwiązania, zgodnie z którym bank rozpoczynający działalność operacyjną musi utrzymywać współczynnik wypłacalności na poziomie co najmniej 15% przez pierwsze 12 miesięcy działalności, natomiast przez kolejne 12 miesięcy na poziomie co najmniej 12%⁷⁵.

Kolejne wydarzenia na rynkach finansowych, w tym przede wszystkim upadek w 1995 r. renomowanego Banku Barings wskutek poniesienia znaczących strat wynikających z inwestycji w niezabezpieczone instrumenty pochodne, skutkowały zrewidowaniem postanowień Bazylei I. Nowelizacja położyła nacisk na rozbudowanie współczynnika *Cooka* o dodatkowe zmienne, przede wszystkim o ryzyko rynkowe, w tym ryzyko kursu walutowego, stopy procentowej, otwartych pozycji walutowych i na instrumentach pochodnych, obliczane metodą standardowych wag ryzyka lub metodą *Value at Risk*, która oparta jest na określeniu granicznej wartości zagrożonego poziomu kapitału⁷⁶.

Po wieloletnich konsultacjach międzynarodowych w 2004 r. Komitet Bazylejski opublikował Nową Umowę Kapitałową (*New Basel Capital Accord*), która została implementowana do prawa unijnego w czerwcu 2006 r. przez dyrektywę 2006/48/EC w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe, nazy-

⁷² A. Jurkowska-Zeidler, *Bezpieczeństwo rynku finansowego w świetle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 117–136.

⁷³ M. Markiewicz, U. Mrzygłód (red.), *op. cit.*, s. 93.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 191.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 191.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 191.

wana dyrektywą CRD (*Capital Requirements Directive*) oraz dyrektywę 2006/49/EC w sprawie adekwatności kapitałowej firm inwestycyjnych i instytucji kredytowych, czyli dyrektywę CAD (*Capital Adequacy Directive*). 1 stycznia 2007 r. weszła w życie w przypadku zastosowania standardowej metody wewnętrznych ratingów oraz 1 stycznia 2008 r. w przypadku metody zaawansowanej.

Nowa umowa kapitałowa została skonstruowana w oparciu o trzy filary:

- 1) minimalnych wymogów kapitałowych,
- 2) procesu analizy nadzorczej,
- 3) dyscypliny rynkowej⁷⁷.

Pierwszy filar dotyczy przede wszystkim minimalnych wymogów kapitałowych związanych z ryzykiem kredytowym, rynkowym i operacyjnym. Dopuszczono stosowanie dwóch metod obliczania sumy aktywów ważonych ryzykiem. Metodę standardową, która oparta jest na ważeniu aktywów z zastosowaniem wag, które są ściśle przypisane do poszczególnych kategorii należności. Nowe podejście skutkowało również odejściem od klasyfikacji ryzyka przez pryzmat przynależności państwa do OECD, za podstawę klasyfikacji przyjęto natomiast oceny zewnętrznych agencji ratingowych⁷⁸. Druga metoda – wewnętrznych ratingów – jest znacznie bardziej skomplikowana, co pozwala na bardziej precyzyjne pomiary ryzyka i umożliwia zastosowanie niższych wymogów kapitałowych, dlatego też przeznaczona jest dla banków bardziej zaawansowanych technologicznie. W tym wypadku bank ma prawo do samodzielnego oszacowania prawdopodobieństwa niewykonania zobowiązań dłużników, instytucja nadzorcza wyznacza jedynie pozostałe parametry do szacowania ryzyka⁷⁹.

Do obliczania współczynnika adekwatności kapitałowej dodano zupełnie nowy element – wymóg kapitałowy na pokrycie ryzyka operacyjnego, które definiuje się jako „ryzyko straty wynikającej z niewłaściwych lub zawodnych procesów wewnętrznych, ludzi i systemów lub też ze zdarzeń zewnętrznych”⁸⁰. Uwzględnienie ryzyka operacyjnego było wynikiem takich wydarzeń jak atak na World Trade Center w 2001 r., tsunami w Japonii w 2004 r. czy ujawnionych nadużyć finansowych w Société Générale czy Banku Barings, co miało niebagatelny wpływ na wyniki finansowe banków⁸¹.

Wprowadzono również pojęcie kapitału wewnętrznego w celu prawidłowej oceny ryzyka, którego wysokość miała uwzględniać wszelkie rodzaje ryzyka, na które narażony jest bank. Chodziło przede wszystkim o ryzyko trudne do przewidzenia oraz takie, które nie jest związane bezpośrednio z działalnością banku, ale potencjalnie mogące wpłynąć na jego wyniki.

Drugi filar obejmował zagadnienia związane z monitorowaniem procesu zarządzania ryzykiem, wytyczne analizy nadzorczej, odpowiedzialności nadzoru oraz zasady zarządzania ryzykiem bankowym. Instytucjom nadzorczym przyznano kompetencję do

⁷⁷ *Basel II: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: a Revised Framework*, źródło: <https://www.bis.org/publ/bcbs107.htm>, [dostęp: luty 2016].

⁷⁸ E. Gostomski, *Bankowość międzynarodowa*, Gdańsk 2010, s. 94.

⁷⁹ Szerzej: M. Zaleska (red.), *Współczesna bankowość*, t. I, Warszawa 2007, s. 458–465.

⁸⁰ *Ibidem*, s. 465.

⁸¹ M. Markiewicz, U. Mrzygłód (red.), *op. cit.*, s. 192.

orzekania o jakości wydawanych przez banki ocen swoich potrzeb kapitałowych w stosunku do ponoszonego ryzyka oraz interwencji⁸².

Kluczowe w tym filarze było ustanowienie czterech reguł analizy nadzorczej:

- 1) banki powinny posiadać mechanizmy oceny swojej adekwatności kapitałowej z uwzględnieniem ich profilu ryzyka oraz dysponować strategią utrzymywania odpowiedniego poziomu kapitału,
- 2) instytucje nadzorcze powinny dokonywać przeglądu i oceny wewnętrznych strategii adekwatności kapitałowej banków oraz podejmować odpowiednie działania nadzorcze, jeżeli nie są usatysfakcjonowane skutkami procesów występującymi w bankach,
- 3) instytucje nadzorcze powinny wymagać od banków posiadania funduszy własnych na poziomie wyższym od regulacyjnego minimum,
- 4) instytucje nadzorcze powinny podejmować czynności prewencyjne, by móc zapobiegać obniżaniu się wielkości kapitału własnego poniżej minimalnego poziomu wymaganego do zabezpieczenia ryzyka danego banku, żądając natychmiastowych działań naprawczych, jeśli kapitał nie jest utrzymywany na wymaganym poziomie⁸³.

Elementem uzupełniającym procedurę kontrolną miały być tzw. *stress-testy*, czyli testy warunków skrajnych. Przyjmują one niekorzystną sytuację gospodarczą, na przykład zerowy wzrost gospodarczy, i oceniają, jakie przełożenie będzie to miało na sytuację banku z uwzględnieniem poziomu posiadanych w danym momencie rezerw kapitałowych⁸⁴. Trzeci filar – dyscypliny rynkowej – rozszerza obowiązek informacyjny banków w obszarze ryzyka działalności oraz adekwatności kapitałowej. W celu zwiększenia poziomu przejrzystości działań banku „nowy reżim adekwatności kapitałowej” obliguje instytucje bankowe do informowania o:

- 1) poziomie i strukturze funduszy własnych,
- 2) celach i politykach w zakresie zarządzania ryzykiem oraz rodzajach podejmowanego ryzyka,
- 3) minimalnych wymogach kapitałowych z tytułu poszczególnych rodzajów ryzyka, w tym o metodach pomiaru tych wymogów⁸⁵.

W założeniu jawność i transparentność tego typu informacji miała sprawić, by rynek samoistnie wywierał presję na banki, aby utrzymywały one kapitał na wymaganym poziomie. W ramach trzeciego filaru zobowiązano banki do publikacji danych dotyczących parametrów finansowych. Instytucje bankowe miały przygotowywać sprawozdania co pół roku, zaś duże banki, które działały w skali międzynarodowej, miały sporządzać sprawozdania co kwartał.

Dyrektywa CDR z czerwca 2006 r. w przeciwieństwie do postanowień Nowej Umowy Kapitałowej wprowadziła preferencyjne traktowanie wszystkich należności od

⁸² E. Gostomski, *op. cit.*, s. 96.

⁸³ M. Zaleska (red.), *op. cit.*, s. 467–469.

⁸⁴ J. Sokół, *Skuteczność stress testów jako narzędzia pomiaru ryzyka*, [w:] U. Mrzygłód (red.), *Wyzwania gospodarki globalnej*, „Prace i materiały Instytutu Handlu Zagranicznego Uniwersytetu Gdańskiego”, nr 31, Gdańsk 2012.

⁸⁵ M.A. Olszak, *op. cit.*, s. 28.

banków centralnych i rządów państw UE w walucie krajowej, przypisując im wagę ryzyka 0% niezależnie od ratingu zewnętrznego⁸⁶. Globalny kryzys na rynkach finansowych zmusił państwa należące do grupy G-20 do przygotowania bardziej restrykcyjnych regulacji, przede wszystkim w zakresie wymaganego poziomu kapitału własnego banków oraz płynności finansowej.

2. Treść norm ostrożnościowych *sensu stricto*

2.1. Sytuacja gospodarcza i zamiany w sektorze bankowym Unii Europejskiej po wybuchu kryzysu

Ostatni kryzys finansowy stanowił wyzwanie zarówno dla Unii Europejskiej jako instytucji, jak i dla rządów wszystkich państw członkowskich, których zadaniem jest dbanie o stabilność finansową. Na podstawie danych Eurostatu można stwierdzić, iż w 2009 r. w prawie wszystkich krajach UE odnotowano recesję. Aby przywrócić zaufanie w systemie finansowym, władze publiczne w Europie musiały zareagować na wstrząs na rynkach finansowych m.in. przez wdrożenie niekonwencjonalnych działań pomocowych już w pierwszej fazie kryzysu. W celu poprawienia płynności finansowej Europejski Bank Centralny zdecydował się na przeprowadzenie standardowych i niestandardowych operacji oraz interwencje na rynku obligacji, które objęły również zakup listów zastawnych⁸⁷. W ostrej fazie kryzysu, kiedy wysokie straty na działalności kredytowej negatywnie wpłynęły na wypłacalność banków, rządy państw zmuszone zostały do podjęcia kroków stabilizujących sytuację na rynkach finansowych i przywracających zaufanie do banków. Tylko w 2009 r. wartość pomocy udzielonej sektorowi finansowemu przez państwa członkowskie wynosiła 351,7 mld euro, co stanowiło prawie 3% PKB UE-28⁸⁸. Ponadto w przypadku takich krajów jak Islandia, gdzie aktywa banków przewyższały PKB kraju, pomoc państwa okazała się niemożliwa wobec skali problemu⁸⁹. Kryzys finansowy pociągnął za sobą również skutki wtórne, które prowadziły do spowolnienia gospodarki i wzrostu zadłużenia finansów publicznych.

Po odbiciu i wzroście PKB UE-28 w latach 2010–2011, w 2012 r. PKB znów się obniżyło, zaś w 2013 r. nie odnotowano wzrostu gospodarczego. W 2013 r. poziom PKB był wciąż niższy od poziomu z 2008 r. w Hiszpanii, Grecji i na Cyprze. Efektem tego procesu po 2008 r. w większości państw UE odnotowano istotny wzrost stopy bezrobocia⁹⁰. W sektorze finansowym wzrosła liczba należności zagrożonych, co ograniczyło możliwość poprawy kondycji banków ze względu na spadek popytu na kredyt. Z drugiej

⁸⁶ E. Gostomski, *op. cit.*, s. 96–97.

⁸⁷ J.C. Trichet, *Lessons from the crisis*, European American Press Club, Paryż, 3 grudnia 2010.

⁸⁸ Komisja Europejska, *Tabela wyników w dziedzinie pomocy państwa. Sprawozdanie na temat pomocy państwa przyznanej przez państwa członkowskie UE – Aktualizacja z jesieni 2010 r.*, SEC (2010) 1462 wersja ostateczna, s. 10.

⁸⁹ M. Markiewicz, M. Mrzygłód (red.), *op. cit.*, s. 194.

⁹⁰ M. Iwanicz-Drozdowska, J. Kerlin, P. Smaga, *Krajobraz po zmianach*, [w:] M. Iwanicz-Drozdowska (red.), *Restrukturyzacja banków w Unii Europejskiej w czasie globalnego kryzysu finansowego*, Warszawa 2015, s. 107.

jednak strony zaobserwowano stosunkowo wysoki wzrost PKB w Szwecji, krajach bałtyckich i części krajów Europy Środkowej i Wschodniej równolegle z wystąpieniem wzrostu stopy bezrobocia. W okresie 2008–2013 średnioroczna stopa inflacji w większości państw członkowskich mieściła się w granicach celu inflacyjnego poszczególnych banków centralnych. W latach 2014–2015 notuje się okres wyraźnie obniżonej dynamiki cen konsumenckich w państwach unijnych – poniżej 1%. Banki centralne zdecydowały się na obniżenie stóp procentowych, co oznaczało mniejszą możliwość uzyskiwania przychodów odsetkowych przez banki.

Konsekwencją pogorszenia sytuacji gospodarczej i pomocy dla sektora finansowego był wzrastający deficyt budżetowy i dług publiczny w zasadzie we wszystkich państwach UE, niezależnie od przynależności do strefy euro. Pogorszenie kondycji fiskalnej państw unijnych oraz problemy w sektorze bankowym uwypukliły negatywne sprzężenie zwrotne zachodzące między stanem sektora bankowego a finansami publicznymi. Należy podkreślić, iż właśnie tego rodzaju zależność ograniczyła możliwość poprawy kondycji finansowej zarówno banków, które posiadały w portfelu tracące na wartości obligacje rządowe, jak i państw finansujących pakiety ratunkowe dla sektora bankowego. Rosły skorelowane ze sobą wyceny instrumentów CDS (ang. *credit default swap*)⁹¹ banków i rządów, co utrudniało pozyskiwanie źródeł finansowania i pogorszenie płynności na rynku międzybankowym. 1 grudnia 2011 r. Unia Europejska wprowadziła zakaz korzystania w obrocie tzw. nagich CDS⁹².

Priorytetem stało się długookresowe wsparcie płynności w sektorze bankowym oraz udrożnienie kanałów transmisji impulsów monetarnych, co wymagało zarówno od Europejskiego Banku Centralnego, jak i krajowych banków centralnych podjęcia szeregu przedsięwzięć o charakterze niestandardowym. W perspektywie krótkookresowej podjęte działania przyniosły oczekiwany skutek, opanowano pierwszą falę paniki bankowej na rynkach europejskich, jednak nie zdołano wystarczająco pobudzić gospodarki, ożywić akcji kredytowej i odbudować zaufania w sektorze⁹³.

Naturalną konsekwencją kryzysu finansowego było również wyhamowanie tempa wzrostu wielkości systemów bankowych w Unii Europejskiej. Odnotowano natomiast wzrost sektora *shadow banking*, który nie jest objęty reżimem nadzoru bankowego i do którego nie odnoszą się bankowe normy ostrożnościowe. W krajach peryferyjnych Unii Europejskiej takich jak: Grecja, Cypr, Irlandia czy Belgia sektor bankowy uległ radykalnemu zmniejszeniu⁹⁴. Niejednokrotnie, aby uzyskać pomoc publiczną, banki musiały spełnić warunek zmniejszenia skali działalności. Osiągnięcie wyznaczonego pułapu wiązało się ze sprzedażą zagranicznych spółek-córek bądź redukcją najbardziej ryzy-

⁹¹ CDS – Instrument pochodny, który stanowi zabezpieczenie w przypadku niewywiązywania się ze spłaty zadłużenia.

⁹² *Euro-Parliament bans 'naked' credit default swaps*, <http://www.eubusiness.com/news-eu/finance-economy-cds.dij>, [dostęp: marzec 2016].

⁹³ Patrz: H. Żywiecka, *Niestandardowe działania banków centralnych w warunkach globalnego kryzysu finansowego*, Warszawa 2013.

⁹⁴ D. Schoenmaker, T. Peek, *The State of the Banking Sector in Europe*, OECD Economics Department Working Papers, no. 1102, OECD Publishing 2014, s. 6.

kownych linii biznesowych. To zaś w konsekwencji doprowadziło przeciętne banki do zmniejszenia swojej wielkości o około jedną czwartą⁹⁵.

Integracja finansowa na poziomie unijnym została zahamowana. Banki zdecydowały się na ograniczenie ekspozycji zagranicznych, by poprawić swoje wskaźniki adekwatności kapitałowej. W przypadku banków ze strefy euro oznaczało to delewarowanie, czyli obniżanie poziomu dźwigni finansowej, ograniczenie podaży kredytu oraz co najważniejsze – odpływ kapitału zagranicznego z sektora bankowego państw Europy Środkowej i Wschodniej oraz państw bałtyckich⁹⁶.

Trend rozwoju bankowej działalności transgranicznej oraz ekspansji banków należących do strefy euro do państw spoza tej strefy został zahamowany. Dane zgromadzone i opracowane przez EBC na temat bilansu banków strefy euro wskazują na spadek udziału kredytów w aktywach ogółem i równoległy wzrost roli portfela papierów dłużnych oraz wzrost bazy depozytowej w pasywach⁹⁷. Od 2008 r. systematycznie rośnie wskaźnik należności zagrożonych, a wskaźniki rentowności utrzymują się na poziomie często oscylującym wokół zera. Odnotowuje się poprawę wskaźników adekwatności kapitałowej, przy czym należy mieć na uwadze, iż jest to efektem delewarowania – zmniejszania aktywów ważonych ryzykiem – nie zaś wzmacniania bazy kapitałowej⁹⁸.

Analiza anatomii kryzysu prowadziła do wniosku, iż Unia Europejska pod względem instytucjonalnym nie była przygotowana na skuteczne radzenie sobie z kryzysem⁹⁹. Wskazuje się na takie słabe punkty, jak:

- 1) brak precyzyjnych wytycznych dotyczących roli Unii Europejskiej jako „pożyczkodawcy ostatniej szansy”,
- 2) brak skutecznych mechanizmów dotyczących zarządzania w sytuacji kryzysu finansowego,
- 3) brak transparentnych regulacji dotyczących podejmowania działań naprawczych w odniesieniu do transgranicznych banków,
- 4) brak jednej, przewodniej instytucji unijnej, która koordynowałaby polityki i działania władz państwowych,
- 5) brak mechanizmów podziału obciążeń¹⁰⁰.

Diagnoza stanu sektora finansowego oraz możliwość amortyzacji skutków sytuacji kryzysowych zmotywowała instytucje unijne i polityków do opracowania i przyjęcia rozwiązań mających na celu poprawę sfery regulacyjnej i instytucjonalnej w systemie finansowym Unii Europejskiej tak, aby zabezpieczyć stabilność finansową w przyszłości.

⁹⁵ *Ibidem*, s. 9.

⁹⁶ J. Eidenberger, S.W. Schmitz, K. Steiner, *The Priorities of Deleveraging in the Euro Area and Austria and Its Implications for CESEE*, Financial Stability Report 27, OENB, June 2014, s. 50–63.

⁹⁷ EBC, *Banking structures report*, October 2014, s. 16–27.

⁹⁸ M. Iwanicz-Drozdowska (red.), *Restrukturyzacja...*, s. 109.

⁹⁹ J. Pisani-Ferry, A. Sapir, *Banking crisis management in the EU: An interim assessment*, „Bruegel Working Paper” 2009, nr 7.

¹⁰⁰ O. Szczepańska, *Zmiany regulacyjne i instytucjonalne w systemie finansowym Unii Europejskiej po wybuchu światowego kryzysu*, [w:] M. Koczor, P. Tokarski (red.), *Gospodarka Unii Europejskiej. Reakcja na kryzys i perspektywy na nowe dziesięciolecie*, Warszawa 2011, s. 34.

2.2. Pojęcie instytucji kredytowej i jej formy organizacyjne

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych w art. 4 ust. 1 pkt 1 definiuje instytucję kredytową jako przedsiębiorstwo, którego działalność polega na „przyjmowaniu depozytów lub innych funduszy podlegających zwrotowi od klientów oraz na udzielaniu kredytów na swój własny rachunek”¹⁰¹. Z tego wynika, iż dla uznania danego podmiotu za instytucję kredytową wystarczy spełnienie przez niego warunku uzyskania uprawnienia do wykonywania czynności depozytowo-kredytowych, czyli uprawnienia do wykonywania „rdzennie bankowych czynności” (*core banking activities*)¹⁰².

Analiza zakresu przedmiotowego pojęcia instytucji kredytowej doprowadza do wniosku, iż nie obejmuje ono wyłącznie banków. W zakres wchodzi bowiem cały szereg podmiotów, które nie mają statusu prawnego banku, ale wykonują czynności bankowe, udzielają kredytów, gromadzą depozyty¹⁰³.

Instytucją kredytową może być zatem zarówno przedsiębiorstwo o charakterze prywatnym, jak i państwowym, które może mieć swoje oddziały w krajach trzecich, jeśli otrzymało zezwolenie właściwych władz krajowych na prowadzenie działalności kredytowej.

Nie jest formułowany w prawie Unii Europejskiej wymóg związany z formą organizacyjno-prawną instytucji kredytowej oraz z nazwą, którą może posługiwać się ten organ. Instytucje kredytowe mogą używać jednej nazwy na terenie całej Unii Europejskiej, jaką mają w państwie będącym siedzibą zarządu. Dopiero w przypadku, gdy nazwa instytucji kredytowej może wprowadzać w błąd, przyjmujące państwo członkowskie może stawiać wymóg jej zmiany, dodania pewnych oznaczeń wyjaśniających. W literaturze przedmiotu uregulowanie to traktowane jest jako przykład elastycznego podejścia unijnego legislatora do problemu odróżniania statusu prawnego banków i parabanków¹⁰⁴.

Konsekwentnie dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi w artykule 9 nakłada na państwa członkowskie obowiązek wprowadzenia zakazu prowadzenia „działalności polegającej na przyjmowaniu od ludności depozytów lub innych środków finansowych podlegających zwrotowi”¹⁰⁵ przez osoby lub przedsiębiorstwa, które nie są instytucjami kredytowymi. Zakaz ten nie dotyczy prowadzenia

¹⁰¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012. Tekst mający znaczenie dla EOG (CELEX: 32013R0575R).

¹⁰² Por. L. Góral, *Instytucja kredytowa w państwach Unii Europejskiej*, „Glosa” 1997, nr 2, s. 6.

¹⁰³ Patrz: J. Carmichael, M. Pomerleano, *The development and regulation of non-bank institutions*, The World Bank, Washington 2002 r., s. 3–5; także W. Szpringer, *Wpływ instytucji parabankowych na bezpieczeństwo i stabilność rynków finansowych*, „Bezpieczny Bank” 1998, nr 4, s. 24 i n.

¹⁰⁴ C. Kosikowski, *Prawo...*, s. 101.

¹⁰⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z dnia 26 czerwca 2013r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi, zmieniająca dyrektywę 2002/87/WE i uchylająca dyrektywy 2006/48/WE oraz 2006/49/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG), (Celex: 32013R0575), art. 9.

działalności depozytowej przez państwo członkowskie, jego władze regionalne lub lokalne oraz przez organizacje międzynarodowe, jeżeli członkiem tej organizacji jest co najmniej jedno spośród państw członkowskich, a działalność podlega regulacjom i mechanizmom kontroli zapewniającym ochronę deponentów i inwestorów¹⁰⁶.

Dozwolone jest również tworzenie przez instytucję kredytową oddziałów i przedstawicielstw w państwie pochodzenia i w państwie przyjmującym oraz poza obszarem Unii Europejskiej. Należy pamiętać, iż nadal to prawo państwa członkowskiego, które udzieliło zezwolenia, przesądza o uznaniu danego podmiotu za instytucję kredytową. W stosunku zaś do oddziału instytucji kredytowej rozstrzygające jest prawo państwa przyjmującego, na terenie którego ma powstać oddział¹⁰⁷.

W myśl rozporządzenia oddziałem jest miejsce prowadzenia działalności stanowiące prawnie zależną część instytucji, realizujące wszystkie bądź niektóre z transakcji przez nią wykonywanych¹⁰⁸. Utworzenie oddziału odbywa się zgodnie z prawem państwa pochodzenia i nie wymaga dokonywania innych czynności. Przyjmujące państwo członkowskie nie może wymagać od oddziału instytucji kredytowej posiadającego zezwolenie otrzymane w innym państwie członkowskim ubiegania się o wydanie nowego zezwolenia, nie może również wymagać wyposażenia tychże oddziałów w dodatkowy kapitał założycielski¹⁰⁹.

Liczba oddziałów instytucji kredytowej utworzona w innym państwie członkowskim niż państwo jej siedziby, nie ma znaczenia, bowiem będą one zawsze kwalifikowane jako pojedynczy oddział. Ze względu na brak osobowości i samodzielności prawnej do działalności oddziałów będzie miała zastosowanie zasada nadzoru państwa pochodzenia¹¹⁰.

Instytucja kredytowa, która zdecyduje się na założenie oddziału w innym państwie członkowskim, ma jednak obowiązek powiadomienia o tym właściwych organów w państwie pochodzenia. Tego rodzaju powiadomienie musi zawierać takie informacje jak:

- 1) program działalności, który określi przewidywany zakres działalności oraz strukturę organizacyjną oddziału,
- 2) wskazanie państwa członkowskiego, na terenie którego ma być utworzony,
- 3) adres w państwie przyjmującym, pod którym można otrzymać dokumenty,
- 4) nazwiska osób odpowiedzialnych za zarządzanie oddziałem¹¹¹.

Należy mieć na uwadze, iż dyrektywa wymaga od właściwych organów państwa pochodzenia zajęcia stanowiska w sprawie utworzenia oddziału. Przy sporządzaniu opinii w tej sprawie państwo pochodzenia bierze pod uwagę planowany zakres działalności i przez ten pryzmat ocenia adekwatność jego struktury administracyjnej lub kondycję

¹⁰⁶ *Ibidem*, art. 9.

¹⁰⁷ C. Kosikowski, *Prawo...*, op. cit., s. 100.

¹⁰⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012. Tekst mający znaczenie dla EOG (CELEX: 32013R0575R), art. 4 ust. 1 pkt 17.

¹⁰⁹ C. Kosikowski, *Prawo...*, s. 102.

¹¹⁰ A. Jurkowska-Zeidler, *Bezpieczeństwo...*, s. 115.

¹¹¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE..., art. 20.

finansową instytucji kredytowej. Dokument ten powinien zawierać dane dotyczące kwoty funduszy własnych oraz wymogów kapitałowych. W terminie trzech miesięcy państwo pochodzenia jest zobligowane do przekazania swojego stanowiska zarówno państwu przyjmującemu, jak i zainteresowanej instytucji. Właściwe władze państwa pochodzenia mogą odmówić przekazania tychże informacji państwu przyjmującemu i zobowiązane są w terminie 3 miesięcy podać instytucji kredytowej uzasadnienie swojej decyzji. Odpowiedź odmowna oraz jej brak podlegają zaskarżeniu do sądu państwa pochodzenia.

Jeśli jednak informacje te zostaną w sposób prawidłowy przekazane, aktualizuje się obowiązek państwa przyjmującego, które ma dwa miesiące na przygotowanie się do podjęcia nadzoru nad oddziałem instytucji kredytowej. Po upływie tego czasu oddział może rozpocząć działalność na terytorium państwa przyjmującego, chyba że sam organ państwa przyjmującego wcześniej wysłał zawiadomienie o tej możliwości.

Na marginesie należy zaznaczyć, że tego rodzaju forma zagranicznej aktywności instytucji kredytowej zakłada połączenie swobody świadczenia usług oraz swobody wyboru siedziby. Inna konstrukcja pozbawiłby sensu gospodarczego otwieranie oddziałów za granicą. Zakaz kumulacji tychże swobód oznaczałby w praktyce, iż instytucja kredytowa, która zdecydowała się na utworzenie za granicą oddziału, nie była uprawniona do „dodatkowego” transgranicznego świadczenia usług. Trybunał Sprawiedliwości rozstrzygnął jednoznacznie tę wątpliwość, uznając swobodę świadczenia usług za działalność samoistną w orzeczeniu z dnia 4 grudnia 1984 r., Case 205/84¹¹² oraz orzeczeniu z dnia 10 maja 1995 r., Case C-384/93¹¹³.

Przyjmujące państwo ma liczne prawa względem oddziałów instytucji kredytowej. Warto jednak zauważyć, iż działania podjęte przez to państwo nie mogą „pociągać za sobą dyskryminacyjnego lub restrykcyjnego traktowania instytucji ze względu na fakt, że instytucja ta działa na podstawie zezwolenia udzielonego w innym państwie członkowskim”¹¹⁴. Państwo przyjmujące może jednak żądać, aby oddziały przedkładały taki sam zakres informacji, jakie wymagane są od krajowych instytucji kredytowych oraz tych, które przekazywane są właściwym władzom państwa pochodzenia. W razie stwierdzenia nieprawidłowości państwo przyjmujące jest uprawnione do żądania ich usunięcia oraz w razie bezskuteczności żądania, po zawiadomieniu władz państwa pochodzenia, również do nakładania środków oddziałujących i sankcji, w tym zakazu podejmowania wszelkich dalszych transakcji¹¹⁵.

Dopuszczono również możliwość tworzenia oddziałów na obszarze państw unijnych dla instytucji kredytowych, których siedziba zarządu znajduje się poza Unią. W tym

¹¹² Patrz: Judgment of the Court of 4 December 1986. *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*. Freedom to provide services – Insurance. Case 205/84, Identyfikator ECLI: ECLI:EU:C:1986:463.

¹¹³ Patrz: Judgment of the Court of 10 May 1995. *Alpine INVESTMENTS BV v Minister van Financiën*. Reference for a preliminary ruling: College van Beroep voor het Bedrijfsleven – Netherlands. Freedom to provide services – Article 59 of the EEC Treaty – Prohibition of cold calling by telephone for financial services. Case C-384/93, Identyfikator ECLI: ECLI:EU:C:1995:126.

¹¹⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE..., art. 49 ust. 3.

¹¹⁵ C. Kosikowski, *Prawo...*, s. 103–104.

przypadku nie obowiązuje zasada równego traktowania, istnieje jednak możliwość jej ustanowienia na mocy porozumienia oraz powiadomienia Komisji Europejskiej i Komitetu Nadzoru Bankowego ESBC o udzieleniu takich zezwoleń¹¹⁶.

Warto wspomnieć również o obowiązku informowania Komisji w przypadku wystąpienia trudności przy tworzeniu filii, oddziałów, przedstawicielstw lub już na etapie prowadzenia przez nie działalności w państwach trzecich. W celu zaś zapewnienia porównywalnych możliwości konkurencyjności na rynku finansowym Rada może ograniczyć bądź zawiesić decyzje, które dotyczą wniosków o uzyskanie zezwolenia lub nabycia pakietów akcji przez podmioty podlegające prawu państwa trzeciego¹¹⁷.

2.3. Warunki podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe

By móc podjąć i wykonywać działalność, wymagane jest, by instytucja kredytowa uzyskała odpowiednie zezwolenie władz państwa członkowskiego. Prawo unijne powierzyło kompetencję do określenia warunków i trybu udzielania, cofania oraz odmowy udzielenia tychże zezwoleń prawu krajowemu państw członkowskich UE. Z tego również powodu to władze państw członkowskich decydują o nazwie takiego zezwolenia.

Podstawą podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe w prawie UE jest zasada jednolitej licencji (*single licence*), zwana też zasadą jednego paszportu (*single passport*). Stanowi ona urzeczywistnienie zasady swobodnego przepływu usług oraz swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

Wprowadzenie od 1 stycznia 1993 r. w Unii Europejskiej zasady jednolitej licencji bankowej stało się możliwe dzięki przyjęciu przez kraje członkowskie jednolitego katalogu minimalnych wymogów licencyjnych na gruncie zasady wzajemnego uznawania regulacji krajowych oraz zasady nadzoru bankowego sprawowanego przez władze państwa pochodzenia¹¹⁸. Dlatego też każda uznana licencją instytucja kredytowa ma prawo świadczyć usługi, jeśli jest do nich uprawniona w kraju macierzystym, w każdym innym państwie członkowskim. Może to czynić transgranicznie lub za pośrednictwem oddziałów nawet w sytuacji, gdy dana usługa nie mieściłaby się w katalogu tych oferowanych przez instytucje państwa przyjmującego¹¹⁹. W odniesieniu do działalności instytucji kredytowych zasada wzajemnego uznawania została wzmocniona przez interpretację zasady świadczenia usług bankowych i dobra powszechnego (*general good*) dokonaną przez Komisję Europejską¹²⁰. Podkreśla ona w tym dokumencie, iż działania podejmowane w ramach polityki otwierania rynku usług bankowych powinny być uzasadnione wiarygodnymi argumentami na rzecz ochrony dobra powszechnego, np. utrzymanie spójności systemu podatkowego, oraz powinny spełniać warunek konieczności

¹¹⁶ Por. J. Gliniecka, *System bankowy w regulacjach polskich i unijnych*, Bydgoszcz–Gdańsk 2004, s. 206.

¹¹⁷ C. Kosikowski, *Prawo...*, s. 104.

¹¹⁸ A. Jurkowska-Zeidler, *Bezpieczeństwo...*, s. 126.

¹¹⁹ Por. U.H. Schneider, *Europejskie Prawo Bankowe*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1994, nr 4, s. 678–679.

¹²⁰ Commission Interpretative Communication – *Freedom to provide services and the interest of the general good in the Second Banking Directive*, SEC (97) 1193 final, Brussels, 26.06.1997.

i proporcjonalności, nie dawać podstawy do dyskryminacji i nie kumulować wymogów¹²¹. Na marginesie warto zauważyć, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej swoboda świadczenia usług nie sprowadza się jedynie do zakazu traktowania narodowego (dyskryminacji), ale postuluje się jej szersze rozumienie – jako zakaz istnienia jakichkolwiek ograniczeń¹²². Zgodnie z zasadą proporcjonalności dolegliwości w stosunku do dobra prawnie chronionego oznacza zastosowane najłżejszego, najmniej dolegliwego środka koniecznego do uzyskania pożądanego rezultatu¹²³. Zakaz kumulacji wprowadzanych regulacji sprowadza się do tego, iż działania podejmowane do instytucji zagranicznych nie mogą stanowić jedynie powtórzenia środków, które obowiązują w państwie będącym siedzibą instytucji kredytowej¹²⁴.

Zakres przedmiotowy jednolitej licencji jest bardzo szeroki. Załącznik I dyrektywy 2013/36/UE wskazuje na 15 rodzajów działalności podlegających wzajemnemu uznawaniu i obejmuje:

- 1) przyjmowanie depozytów i innych środków podlegających zwrotowi,
- 2) udzielanie kredytów (w tym kredyt konsumencki, hipoteczny, factoring z regresem lub bez, finansowanie transakcji handlowych, *forfaiting*),
- 3) leasing finansowy,
- 4) usługi płatnicze związane z transferem środków pieniężnych,
- 5) emisję i administrowanie środkami płatniczymi,
- 6) udzielanie gwarancji, poręczeń oraz innych zobowiązań pozabilansowych,
- 7) obrót na rachunek własny bądź rachunek klienta:
 - a) instrumentami rynku pieniężnego: weksłami, czekami, certyfikatami depozytowymi itp.,
 - b) dewizami,
 - c) opcjami i terminowymi umowami na instrumenty finansowe typu *financial futures*,
 - d) instrumentami kształtowania stopy procentowej oraz wymiany walutowej,
 - e) zbywalnymi instrumentami wartościowymi,
- 8) partycypowanie w emisji papierów wartościowych oraz świadczenie usług z tym związanych,
- 9) doradztwo dla podmiotów gospodarczych w zakresie strategii przemysłowej, struktury kapitałowej, łączenia się oraz przejmowania podmiotów gospodarczych,
- 10) usługi brokerskie na rynku pieniężnym,
- 11) doradztwo inwestycyjne, zarządzanie portfelem,
- 12) administrowanie i przechowywanie papierów wartościowych,
- 13) usługi w zakresie opiniowania kredytobiorców,

¹²¹ Por. *Credit institutions and banking*. European Commission, London: Office for Official Publications of the European Communities, 1997, p. 115–116.

¹²² Por. Case 33/74 J.H.M. van Binsbergen v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid. European Court reports 1974 Page 1299, Case 2/74. *Reyners v Belgium*. European Court reports 1974 Page 631.

¹²³ Por. W. Szpringer, *Europejskie Regulacje Bankowe*, Warszawa 1997, s. 147–148.

¹²⁴ Por. orzeczenie ETS: Case 205/84. *Commission v RFN*. European Court reports 1989 Page 3755.

- 14) przechowywanie w sejfach,
- 15) emisja pieniądza elektronicznego.

Należy zauważyć, iż poza czynnościami, które są zastrzeżone tylko dla banków, wykaz ten zawiera również wszelkie formy działalności związane z obrotem papierami wartościowymi, właściwe dla instytucji inwestycyjnych¹²⁵. W praktyce oznacza to nadanie prymatu modelowi bankowości uniwersalnej, czego przyczyną jest chęć uniknięcia dyskryminacji własnych podmiotów rynku usług bankowych. W tym przypadku chodzi o wyeliminowanie sytuacji, w której podmiot krajowy, przy węższym wykazie usług podlegających wzajemnemu uznaniu, znajdowałaby się w gorszej sytuacji niż konkurencyjni usługodawcy z innych państw członkowskich¹²⁶.

W powyższym wykazie w pierwszej kolejności zostały wymienione klasyczne czynności zastrzeżone dla banków – depozytowo-kredytowe oraz rozliczeniowe. Co istotne, w dalszej kolejności uplasowały się różnego rodzaju usługi finansowe m.in. z zakresu bankowości inwestycyjnej. Ma to ogromne znaczenie dla dużych banków europejskich, które angażują się w transakcje przeprowadzane na rynku kapitałowym, ponieważ pośredniczą w emisji i obrocie papierami wartościowymi. Tego rodzaju transakcje są dokonywane na rachunek i zlecenie klienta lub stanowią podstawę strategii inwestowania przez same banki¹²⁷. Należy mieć na uwadze, iż banki angażują się również w pośrednictwo na rynkach dewizowych, co przyczynia się do łagodzenia zmian kursów walutowych.

Z przywileju jednolitej licencji mogą również korzystać instytucje finansowe. Na mocy art. 34 dyrektywy 2013/36/UE mogą one korzystać ze swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, tak jak instytucje kredytowe, jeśli wykonują działalność mieszczącą się w wykazie z załącznika I do tejże dyrektywy i polegają na transgranicznym świadczeniu usług bądź zakładaniu oddziałów niezależnie od tego, czy instytucje te stanowią jednostkę zależną, której współwłaścicielami są dwie instytucje kredytowe lub większa ich liczba, jeżeli zostało przewidziane to w akcie założycielskim oraz umowie spółki. Ponadto instytucja ta musi spełnić pięć dodatkowych, restrykcyjnych wymogów:

- 1) podmiot lub podmioty dominujące muszą legitymować się posiadaniem zezwolenia na prowadzenie działalności instytucji kredytowej w tym państwie, którego ustawodawstwu podlegają,
- 2) działalność ta musi być faktycznie wykonywana na terytorium tego samego państwa członkowskiego,
- 3) podmioty dominujące muszą dysponować w co najmniej 90% praw głosu wynikających z akcji lub udziałów w kapitale instytucji finansowej,
- 4) podmioty te muszą również spełniać wymogi właściwych władz w zakresie ostrożnego zarządzania instytucją finansową i po uzyskaniu zgody właściwych organów danego państwa członkowskiego złożyć oświadczenie o solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania zaciągnięte przez instytucję finansową,

¹²⁵ Zob. L. Oręziak, *Rynek finansowy Unii Europejskiej*, Warszawa 1999, s. 65–66.

¹²⁶ A.M. Jurkowska, *Prawo bankowe Unii Europejskiej, Licencjonowanie działalności bankowej*, Bydgoszcz–Gdańsk 2003, s. 39.

¹²⁷ P. Niczyporuk, A. Talecka, *Bankowość Unii Europejskiej*, Białystok 2010, s. 86.

- 5) podmiot zależny musi być faktycznie objęty skonsolidowanym nadzorem nad podmiotem dominującym.

Dopiero po weryfikacji spełnienia tychże warunków przez właściwe organy państwa przyjmującego instytucja finansowa otrzymuje zaświadczenie o spełnieniu wszystkich wymagań.

Instytucja kredytowa, podejmując działalność kredytową, powinna spełnić wymogi o charakterze kapitałowym, personalnym oraz organizacyjnym¹²⁸.

Na mocy art. 12 dyrektywy 2013/13/UE nie jest możliwe, by instytucja kredytowa rozpoczęła działalność w sytuacji, jeśli nie dysponuje wydzielonymi funduszami własnymi lub gdy jej kapitał założycielski wynosi mniej niż 5 milionów euro. Kapitał ten musi być w całości faktycznie wniesiony, nie może mieć charakteru deklaracji¹²⁹. Możliwa jest jednak sytuacja, w której władze państwa członkowskiego pozwolą na funkcjonowanie instytucji kredytowych, które nie spełniają wymogu kapitałowego, jeśli istniały już w dniu 15 grudnia 1979 r. Wydaje się, iż wynika to m.in. z domniemania ich stosunkowo silnej i ustabilizowanej sytuacji na rynku finansowym właśnie ze względu na długi czas ich obecności na nim. W kontekście trudności w nadzorze, w opracowania skutecznej i szybkiej reakcji na fluktuacje oraz istnienie wciąż zbyt słabych mechanizmów pozwalających na predykcję zmian na rynkach finansowych, bardziej trafnym rozwiązaniem w stosunku do tej grupy „zaufanych banków” byłoby przyjęcie wymogu podwyższenia w określonym czasie funduszy własnych do poziomu 5 milionów euro. Ponadto pozostawiono w kompetencji władz państw członkowskich dokonanie wyłączeń w zakresie wymogu kapitałowego poszczególnych kategorii instytucji kredytowych, jeśli ich kapitał założycielski wynosi nie mniej niż 1 milion euro oraz zainteresowane państwo powiadomi Komisję Europejską oraz Europejski Urząd Nadzoru Bankowego o powodach skorzystania z tej możliwości. Wówczas Komisja umieszcza adnotację w wykazie instytucji kredytowych o tym, że nie zostały spełnione minimalne wymogi kapitałowe.

Określenie poziomu wymaganych od instytucji kredytowych funduszy własnych zależy właśnie od wysokości kapitału założycielskiego. W chwili udzielenia zezwolenia wysokość tychże funduszy nie może się obniżyć poniżej obligatoryjnego poziomu kapitału założycielskiego. Podobnie jest w sytuacji, kiedy instytucje kredytowe łączą się w jeden podmiot, wtedy również poziom funduszy własnych nie może obniżyć się poniżej poziomu zsumowanych kapitałów własnych połączonych instytucji z chwili połączenia¹³⁰. Na podstawie art. 18 dyrektywy 2013/36/UE spadek wysokości funduszy własnych może być powodem cofnięcia zezwolenia. Z tej też przyczyny właściwe organy państwa członkowskiego wyznaczają czas na uzupełnienie funduszy własnych do wymaganego poziomu.

Wielkość kapitału własnego odgrywa kluczową rolę w określaniu pozycji podmiotu na rynku finansowym, stanowi pewnego rodzaju wyznacznik wiarygodności. Im

¹²⁸ A. Jurkowska-Zeidler, *Bezpieczeństwo...*, s. 127.

¹²⁹ C. Kosikowski, *Prawo...*, s. 106.

¹³⁰ *Ibidem*, s. 107.

większe zasoby finansowe, tym większa jest możliwość zaangażowania kapitału w operacje aktywne. Nie ulega również wątpliwości, iż wysoki poziom kapitału własnego stanowi gwarancję pokrycia ewentualnych strat bez zachwiania podstaw egzystencji banku. Od ich wielkości zależy wartość pułapu koncentracji wierzytelności bankowych. Kapitał własny umożliwia bieżącą działalność banku i ma bezpośredni wpływ na wyliczenie norm ostrożnościowych¹³¹.

Rozporządzenie nr 575/2013 wprowadziło nowe określenie funduszy własnych instytucji kredytowej. Zrezygnowano z wyodrębnienia poszczególnych składników kapitału własnego i wprowadzono podział na kapitał podstawowy i kapitał dodatkowy¹³².

Wymogi personalne dotyczą przede wszystkim członków organu zarządzającego, którzy „zawsze cieszą się wystarczająco dobrą opinią i posiadają wystarczającą wiedzę, umiejętności i doświadczenie do wykonywania swoich obowiązków”¹³³. Instytucja kredytowa powinna posiadać co najmniej dwie osoby na stanowiskach kierowniczych zgodnie z tzw. zasadą „czworga oczu”¹³⁴. Osoby te powinny działać w sposób uczciwy i etyczny oraz zachowywać niezależność osądu, by w razie konieczności móc ocenić i zakwestionować decyzje podjęte przez kierownictwo wyższego szczebla i monitorować proces podejmowania decyzji.

Każdy członek takiego organu powinien poświęcać wystarczająco dużo czasu, by prawidłowo wykonywać swoje funkcje. Wprowadzono również szereg ograniczeń związanych z kumulacją funkcji dyrektorskich, zależnie od indywidualnych okoliczności, skali i stopnia złożoności działalności instytucji.

Kreowany jest wymóg odpowiedniej wiedzy, umiejętności i doświadczenia w stosunku do organu zarządzającego jako całości, tak by był w stanie zrozumieć działalność instytucji oraz istotę ryzyka. Z tego też powodu formułowany jest postulat przeznaczania przez instytucje kredytowe odpowiednich zasobów finansowych na wprowadzanie w obowiązek oraz szkolenia kadry kierowniczej.

Wymogi organizacyjne dotyczą m.in. programu działalności instytucji kredytowej, powinien on określać przede wszystkim strukturę organizacyjną instytucji kredytowej, w tym jej oddziały i przedstawicielstwa, oraz przewidywane rodzaje usług finansowych. Prawo unijne w odniesieniu do siedziby zarządu instytucji kredytowej wymaga również, by instytucja ta, będąca osobą prawną, miała siedzibę zarządu w tym samym kraju członkowskim, w którym posiada siedzibę statutową. Jednocześnie kreowany jest wymóg, by siedziba zarządu znajdowała się w tym państwie, w którym wydane zostało zezwolenie oraz w którym faktycznie prowadzona jest działalność¹³⁵. Dopuszczalna jest sytuacja, w której siedziba zarządu instytucji kredytowej znajduje się poza terytorium Unii, co wynika z art. 47 ust. 2 dyrektywy 2013/36 UE.

Przy udzielaniu zezwolenia bardzo ważne jest przestrzeganie zasady identyfikacji pośrednich lub bezpośrednich akcjonariuszy bądź udziałowców instytucji kredytowej

¹³¹ G. Sikorski, *Prawo bankowe. Komentarz*, art. 126, Warszawa 2015, s. 333.

¹³² C. Kosikowski, *Finanse i prawo finansowe Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 287.

¹³³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE..., art. 91, ust. 1.

¹³⁴ P. Niczyporuk, A. Talecka, *op. cit.*, s. 80.

¹³⁵ C. Kosikowski, *Finanse...*, s. 297.

oraz braku zastrzeżeń co do odpowiedniego charakteru tychże osób. Identyfikacja tożsamości jest konieczna w stosunku do osób fizycznych i osób prawnych, które dysponują znacznym pakietem akcji. Artykuł 4 ust. 1 pkt 37 rozporządzenia UE nr 575/2013 stanowi definicję legalną pojęcia „znacznego pakietu akcji”, co należy rozumieć jako „posiadanie bezpośredniego lub pośredniego udziału w przedsiębiorstwie reprezentującego co najmniej 10% kapitału lub praw głosu lub umożliwiającego wywieranie znacznego wpływu na zarządzanie tym przedsiębiorstwem”¹³⁶. Właściwe organy państwa członkowskiego udzielające zezwoleń są też zobligowane do kontroli charakteru akcjonariuszy lub udziałowców, przede wszystkim przez pryzmat tego, kim są owe podmioty, skąd pochodzi ich kapitał i majątek.

Podobny charakter ma ocena istnienia powiązań pomiędzy instytucją kredytową a organem nadzoru, które mogłyby uniemożliwić skuteczne wykonywanie funkcji nadzorczych. Chodzi tu nie tylko o powiązania rodzinne, ale o wszelkie zależności, które mogą mieć istotne znaczenie dla sprawowania nadzoru¹³⁷.

Właściwe organy państwa macierzystego mogą również cofnąć zezwolenie na prowadzenie działalności bankowej. Prawo unijne ogranicza tę możliwość do przypadków, gdy instytucja kredytowa:

- 1) nie wykorzysta zezwolenia w ciągu 12 miesięcy lub nie prowadzi działalności od 6 miesięcy,
- 2) nie spełnia już warunków, na podstawie których udzielono zezwolenia,
- 3) podstawę uzyskania zezwolenia stanowiły fałszywe oświadczenia lub inne działania niezgodne z prawem,
- 4) utraciła wiarygodność wobec swoich deponentów, nie gwarantuje już zdolności do wywiązywania się z zaciągniętych zobowiązań wobec swoich wierzycieli, nie posiada dostatecznych funduszy własnych bądź nie spełnia innych wymogów ostrożnościowych,
- 5) nie spełnia innych wymogów przewidzianych przez prawo krajowe¹³⁸.

W literaturze przedmiotu podnosi się, iż koncentracja kapitału może być zarówno zjawiskiem pozytywnym, korzystnym, jak i szkodliwym. Gdy prowadzi do zwiększenia kapitału lub funduszy własnych podmiotu, jest postrzegana jako przynosząca korzyści. Natomiast w sytuacji, kiedy zagraża lub eliminuje konkurencję przez monopolizację określonego rodzaju działalności, powinna być uważana za szkodliwą¹³⁹. Dlatego też prawo UE reguluje sytuacje, w których instytucja kredytowa nabywa i zbywa znaczny pakiet akcji innej instytucji kredytowej. Najważniejsze wydaje się sformułowanie nakazu, by wszystkie państwa wymagały od każdej osoby fizycznej i prawnej, która decyduje się pośrednio lub bezpośrednio nabyć znaczny pakiet akcji, uprzedniego powiadomienia właściwych organów o tym zamiarze wraz z informacją o wielkości pakietu. Podmiot zainteresowany powiadamia właściwe organy, w przypadku powzięcia zamiaru dodatkowego zwiększenia znacznego pakietu akcji, jeśli udział praw głosu lub posiadanego

¹³⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013..., art. 4 ust. 1 pkt 37.

¹³⁷ C. Kosikowski, *Finanse...*, s. 297.

¹³⁸ C. Kosikowski, *Prawo...*, s. 110.

¹³⁹ C. Kosikowski, *Finanse...*, s. 288.

kapitału osiągnąłby lub przekroczyłby poziom 20%, 33% lub 50% bądź sprawiłby, że dany podmiot stałby się podmiotem zależnym.

Ponadto państwa członkowskie mają obowiązek podjąć odpowiednie środki mające na celu zwalczanie nieuprawnionego nabywania bądź zbywania znacznych pakietów akcji instytucji kredytowej. Warto podkreślić, że jeśli mimo wszystko dojdzie do takiego nabycia pakietu akcji, to państwa mają prawo, niezależnie od możliwości zastosowania innych sankcji, do zawieszenia praw głosu lub ich unieważnienia¹⁴⁰.

Prowadzenie działalności przez instytucję kredytową w sposób właściwy, zgodny z obowiązującym prawem stanowi warunek *sine qua non* efektywnej polityki przeciwdziałania negatywnym zdarzeniom na rynkach finansowych. Nadzór ostrożnościowy nad ich działalnością ma być koordynowany na poziomie unijnym i stanowić skuteczną ochronę konsumentów oraz całej gospodarki.

2.4. Zmiany w zakresie norm adekwatności kapitałowej oraz wypłacalności banków

Zredukowanie słabości w obszarze wypłacalności i płynności banków, co bezpośrednio przekłada się na zwiększenie ich bezpieczeństwa, było głównym celem Bazylii III. Wdrożenie poszczególnych mechanizmów i rozwiązań jest rozłożone w czasie i ostatecznie powinno się zakończyć w 2019 r.¹⁴¹ Dziesięcioletni plan wprowadzania zmian wynikał z niespełnienia przez wiele banków międzynarodowych standardów wyznaczonych przez Bazyleę III. Jak wynika z badań QIS, przeprowadzonych przez CEBS oraz Bazylejski Komitet Nadzoru Bankowego, duże banki, charakteryzujące się wysokim stopniem internacjonalizacji działalności, wykazały większe niedopasowanie do opracowanych standardów niż mniejsze banki, które w małej skali prowadziły działalność międzynarodową¹⁴².

Podstawową miarą adekwatności kapitałowej pozostał współczynnik wypłacalności ukształtowany na poziomie 8%. Za najistotniejsze zmiany wprowadzone przez Bazyleę III należy uznać:

- 1) zatwierdzenie bardziej restrykcyjnych wymagań dotyczących składników funduszy własnych; także zaostrenie wymagań co do ich jakości,
- 2) wprowadzenie wskaźnika dźwigni na poziomie 3%¹⁴³,
- 3) uregulowanie płynności (NSFR (*Net Stable Funding Ratio*) – wskaźnik stabilnego finansowania, LCR (*Liquidity Coverage Ratio*) – wskaźnik pokrycia płynności),

¹⁴⁰ *Ibidem*, s. 289.

¹⁴¹ M. Iwanicz-Drozdowska, *Restrukturyzacja...*, s. 112.

¹⁴² Zob. Basel Committee on Banking Supervision, *Results of the comprehensive quantitative impact study*, December 2010, oraz CEBS *Results of the comprehensive quantitative impact study*, December 2010.

¹⁴³ Dźwignia finansowa oznacza względną – w stosunku do funduszy własnych danej instytucji – wielkość posiadanych przez instytucję aktywów, zobowiązań pozabilansowych oraz zobowiązań warunkowych dotyczących płatności lub dostawy lub dostarczenia zabezpieczenia, z uwzględnieniem zobowiązań z tytułu otrzymanych środków finansowych, zaciągniętych zobowiązań, umów dotyczących instrumentów pochodnych lub umów z udzielonym przyrzeczeniem odkupu, lecz z wyjątkiem zobowiązań, które można wyegzekwować wyłącznie w przypadku likwidacji instytucji.

- 4) zaimplementowanie buforów kapitałowych (bufor antycykliczny, zabezpieczający, dla B-SIBs, dla innych instytucji o znaczeniu systemowym, ryzyka systemowego).

Utrzymano dwie z trzech wcześniej funkcjonujących kategorii funduszy własnych – kapitały tier I, tzw. kapitały ciągłości działania (*going concern capital*), które powinny stanowić 75% udziału w sumie funduszy własnych oraz kapitały tier II, czyli kapitały zakończenia działania (*gone concern capital*). W tier I wyróżniono *common equity tier I* (CET I), kapitał podstawowy o najwyższej jakości, który miał stanowić 75% udziału w tier I. W skład CET I wchodzi przede wszystkim akcje zwykłe wyemitowane przez bank, zyski zatrzymane, inne zakumulowane zyski i ujawnione rezerwy, premia emisyjna pochodząca z emisji instrumentów zaliczonych do CET I¹⁴⁴. Ze struktury kapitału własnego usunięto zaś kategorię tier III, do których zaliczano kapitały o stosunkowo niskiej jakości, a tym samym o nieznacznej zdolności do zaabsorbowania potencjalnych strat.

Nauka płynąca z globalnego kryzysu skłoniła specjalistów, a następnie decydentów politycznych do przypisania funduszom tier I większej wagi, by zapewnić ewentualną możliwość sfinansowania strat przez własny kapitał banku. Pierwsza fala kryzysu finansowego pokazała słabość poprzedniej konstrukcji tego kapitału, zwłaszcza przez umieszczenie w nich instrumentów hybrydowych, które nie mogły zostać wykorzystane do pokrycia strat.

Bazylea III prezentuje bardziej restrykcyjne podejście, na znaczeniu zyskują tzw. warunkowe zamienne kapitałowe instrumenty finansowe *Cocos* (*contingent convertible capital instruments* lub *bonds*) jako składnik kapitału tier I lub II¹⁴⁵. *Cocos* to instrumenty finansowe zamienne na akcje lub odpisywane na straty, oznacza to, że w chwili spełnienia się określonego warunku stanowią mechanizm absorpcji strat.

W ramach tejże umowy przewidziano wprowadzenie dwóch buforów – zabezpieczającego i antycyklicznego. Pakiet CRD IV/CRR wprowadził dodatkowe bufor – dla instytucji o znaczeniu systemowym oraz bufor ryzyka systemowego. Bufor zabezpieczający jest dla wszystkich banków jednakowy, z założenia ma stopniowo rosnąć od 2016 r. z poziomu 0,625% do 2,5% mianownika współczynnika wypłacalności pokrytego CET I w 2019 r.¹⁴⁶ Bufor zabezpieczający, ochronny (*conservation buffer*), jest w zasadzie kapitałem gromadzonym w okresie wzrostu gospodarczego, stanowiącym zabezpieczenie przed szokami w okresie dekonunktury. Bufor ten jest wypracowaną nadwyżką powyżej poziomu minimalnego, co w konsekwencji oznaczać będzie podniesienie współczynnika wypłacalności. Zadaniem buforu antycyklicznego (*countercyclical buffer*), stanowiącego 2,5% CET I, jest „schładzanie” akcji kredytowej banków, zabezpieczanie przed skutkami cyklu kredytowego, a przez to łagodzenie amplitudy wahań cyklu kredytowego i koniunkturalnego¹⁴⁷. Bufor antycykliczny dyscyplinuje działalność

¹⁴⁴ M. Iwanicz-Drozdowska, *Restrukturyzacja...*, s. 113.

¹⁴⁵ Zob. S. Avdijev, A. Kartasheva, B. Bogdanova, *Cocos: a primer*, „BIS Quarterly Review”, September 2013.

¹⁴⁶ M. Iwanicz-Drozdowska, *Restrukturyzacja...*, s. 113.

¹⁴⁷ M. Brzozowski, *CRD IV, CRR – instrumenty makroostrożnościowe*, Warszawa 2014, s. 6, <https://www.nbp.pl/systemfinansowy/crdiv-crr.pdf>, [dostęp: kwiecień 2016].

banków w okresie prosperity, kiedy akcja kredytowa kształtuje się w sposób bardzo dynamiczny. Istota tego mechanizmu sprowadza się do przymusowego gromadzenia środków w okresie dobrej koniunktury i wykorzystywanie ich w czasie spowolnienia gospodarczego. Na tej podstawie bufor antycykliczny działałby jako stabilizator sektora bankowego, limitując nadmierną akcję kredytową i ograniczając zjawisko nierównowagi makroekonomicznej¹⁴⁸. Bufor ma być w całości pokryty kapitałem najwyższej jakości, ewentualnie za pomocą innych instrumentów, które zapewniają pełną możliwość pokrycia strat.

Na marginesie warto zauważyć, że przeważnie banki utrzymują niższy poziom kapitałów własnych w stosunku do aktywów w porównaniu z podmiotami z innych branż. W znacznej liczbie dużych zachodnioeuropejskich banków, w zależności od przyjętej definicji kapitału własnego, relacja kapitałów własnych do aktywów kształtuje się na poziomie od 2% do 5%. Wpływ na to ma relatywnie niskie ryzyko bankructwa w sektorze bankowym, co prowadzi do tendencji zwiększania poziomu zadłużenia w stosunku do posiadanych kapitałów własnych, czyli do zwiększania poziomu dźwigni finansowej¹⁴⁹.

Wysoki poziom dźwigni finansowej, ze wszystkimi jej konsekwencjami, jest atrakcyjny przede wszystkim dla akcjonariuszy ze względu na możliwość osiągnięcia satysfakcjonujących wyników. Koszty takiej polityki odczuwane są przez społeczeństwo w dobie kryzysu, bowiem wtedy priorytetem staje się niedopuszczenie do upadku ważnych systemowo banków. Konstatacja ta stanowi *ratio legis* kreacji wskaźnika dźwigni finansowej na poziomie 3%, który ma stanowić hamulec bezpieczeństwa dla nadmiernego zadłużania się banków i zacznie obowiązywać od 2019 r. Wskaźnik ten jest relacją kapitałów własnych najwyższej jakości (CET I) do łącznej wartości sumy bilansowej i operacji pozabilansowych¹⁵⁰.

Ponadto opracowano bufor dla G-SIBs (od 1% do 3,5%), który został wprowadzie stworzony przez Komitet Bazylejski, jednak powstał poza Bazyleą III, bufor dla inwestycji o znaczeniu systemowym (do 2%) oraz bufor ryzyka systemowego (od 1% do 5%).

Trafność ustalenia i wdrożenia powyższych buforów polega na tym, że każdy z nich wymaga zgromadzenia dodatkowego kapitału o najwyższej jakości. Bufory te wliczane są do funduszy własnych i w pierwszej kolejności to one przeznaczone zostaną na pokrycie deficytów. Oznacza to, że wymagana minimalna wielkość współczynnika wypłacalności (8%) zostanie nienaruszona po pokryciu strat¹⁵¹.

Analiza anatomii kryzysu finansowego wymusiła również reinterpretację roli na rynku usług bankowych instytucji, które są „zbyt duże, zbyt skomplikowane i zbyt powiązane ze sobą, żeby upaść”¹⁵². Zarządy i właściciele tego rodzaju podmiotów żywiły

¹⁴⁸ M. Iwanicz-Drozdowska, B. Lepczyński, *Regulacje i nadzór nad systemem bankowym oraz ich znaczenie dla stabilności bankowej*, [w:] M. Iwanicz-Drozdowska (red.), *Stabilność finansowa*, Warszawa 2014, s. 63.

¹⁴⁹ *Ibidem*, s. 64.

¹⁵⁰ *Ibidem*, s. 64.

¹⁵¹ M. Iwanicz-Drozdowska, *Restrukturyzacja...*, s. 114.

¹⁵² M. Iwanicz-Drozdowska (red.), *Stabilność...*, s. 61.

złudne przekonanie o automatycznym wsparciu ze strony władzy publicznej. W październiku 2010 r. na szczycie państw G-20 w Seulu stwierdzono m.in., że globalne SIFI (*systematically important financial institutions*), które w największym stopniu kształtują stabilność finansową, powinny legitymować się większą zdolnością do absorbowania strat przy wykorzystaniu narzutów kapitałowych, warunkowych kapitałów lub długu, powinny być poddane skutecznemu nadzorowi oraz funkcjonować w bardziej restrykcyjnym reżimie związanym z programami naprawczymi oraz szybką likwidacją pozwalającą na uniknięcie ponoszenia strat przed podatników¹⁵³.

Obecnie wyróżnia się cztery rodzaje takich instytucji, do których zalicza się G-SIFI (*global systematically important financial institutions*) – globalne instytucje finansowe ważne systemowo, G-SIB, czyli globalne banki ważne systemowo (*global systematically important banks*), G-SII (*global systematically important insures*) – globalni ubezpieczyciele ważni systemowo oraz NBNI G-SIFI (*non-bank non-insurance*), do których zalicza się niebankowe i nieubezpieczeniowe globalne instytucje ważne systemowo¹⁵⁴.

W czerwcu 2011 r. została opublikowana przez Komitet Bazylejski propozycja sposobu identyfikacji globalnych banków ważnych systemowo¹⁵⁵, a następnie w listopadzie 2011 r. Rada Stabilności Finansowej opublikowała pierwszą listę tego rodzaju banków. Spis ten jest co roku aktualizowany. Wzięto pod uwagę takie kryteria jak: wielkość instytucji, działalność transgraniczna, zależności w systemie finansowym, możliwość zastąpienia przez inną instytucję, stopień skomplikowania działalności. Na tej podstawie wylicza się wskaźnik syntetyczny.

Zagadnienie płynności banków zostało zauważone i docenione dopiero po zidentyfikowaniu poważnych niedoborów płynności bieżącej i strukturalnej banków. Wprowadzenie obligatoryjnych norm płynnościowych na poziomie międzynarodowym stanowi pewnego rodzaju *novum*. Światowy kryzys finansowy pokazał dobitnie, jak bardzo niedoceniony został ten aspekt bezpieczeństwa działalności banków. Wskazuje się, iż pierwsza faza tego kredytu miała charakter płynnościowy. W tym obszarze Komitet Bazylejski zdefiniował dwa podstawowe błędy popełniane przez banki:

1. Brak posiadania przez banki wystarczającej jakości aktywów płynnych¹⁵⁶, tak by w sytuacji kryzysowej można było ponownie osiągnąć stan wypłacalności.

Rozwiązanie tego problemu stanowi wprowadzenie wskaźnika LCR (*liquidity coverage ratio*) – współczynnika wypłacalności krótkoterminowej, który stanowi relację aktywów płynnych do wypływów netto¹⁵⁷. Jest to tzw. horyzont przeżycia, ponieważ

¹⁵³ Freshfields Bruckhaus Deringer, *Systemically important financial institutions: the agreed G20 approach. Summary*, November 2010, <http://freshfield.com>, [dostęp: kwiecień 2016].

¹⁵⁴ Zob. BIS, IOSCO, *Principles for financial market infrastructures*, April 2012, Bank for International Settlements.

¹⁵⁵ Zob. BCBS *Global systematically important banks: assessment methodology and the additional loss absorbency requirement. Consultative document*, July 2011, Basel Committee on Banking Supervision.

¹⁵⁶ Aktywa płynne o wysokiej jakości to aktywa, które można zbyć po korzystnej cenie w krótkim czasie, nawet w warunkach kryzysowych.

¹⁵⁷ Szerzej na temat formuły obliczania tego wskaźnika: A. Stopczyński, *Nowe aspekty jakości nadzorczej w projekcie „Bazylea III”*, „Bezpieczny Bank” nr 3(48), 2012, s. 124.

przyjęta konstrukcja zakłada pokrycie odpływu kapitału w ciągu 30 dni właśnie przez posiadanie zapasu aktywów płynnych oraz wysokiej jakości należności¹⁵⁸.

W docelowej wysokości LCR ma być wprowadzony w 2019 r., jednak już od 2015 r. jego wartość powinna być nie niższa niż 60% i podwyższana systematycznie co roku o 10 punktów procentowych aż do osiągnięcia 100%¹⁵⁹.

2. Istnienie strukturalnego niedopasowania źródeł finansowania do potrzeb banku, co polega na finansowaniu aktywów długoterminowych depozytami z rynku międzybankowego.

Wskaźnik NSFR (*net stable funding ratio*) stanowi zatem relację stabilnych funduszy własnych i obcych do aktywów niepłynnych i o ograniczonej płynności¹⁶⁰. Wskaźnik ten wyliczany jest nie dla pojedynczych banków z grupy kapitałowej, ale dla spółek-matek w grupie kapitałowej prowadzących działalność międzynarodową. Ma być utrzymywany na poziomie wyższym niż 100%, dlatego też ma on zapewnić funkcjonowanie banku w ciągu roku w sytuacji ograniczonego dostępu do finansowania¹⁶¹.

W rzeczywistości taka konstrukcja wskaźnika NSFR w przypadku sektora bankowego opartego na wysokim udziale kapitału zagranicznego może doprowadzić do ograniczenia dostępności środków przeznaczonych na udzielanie kredytów. Tego rodzaju sektor bankowy występuje w większości państw Europy Środkowej i Wschodniej¹⁶².

Banki są zobligowane do przestrzegania limitów dotyczących koncentracji kredytów. Nienaruszanie tego ograniczenia ma uchronić instytucje kredytowe przed ponoszeniem wysokich strat właśnie dzięki dywersyfikacji podmiotowej portfela kredytowego¹⁶³.

Dyrektywa CRD III wprowadziła zmiany w regulacjach wynagrodzeń osób piastujących stanowiska kierownicze. Zmiana dotyczyła przede wszystkim sposobu naliczania wynagrodzeń, bowiem w większym stopniu obejmowały one składniki zmienne, zależne od osiągniętych wyników, co miało hamować skłonności do ryzykownych działań inwestycyjnych i operacyjnych. Tego rodzaju zachowania w kontekście obowiązywania krótkookresowego rozliczania premii za wyniki stanowiły jeden z czynników determinujących straty wielu inwestycji¹⁶⁴.

2.5. Nadzór nad rynkiem finansowym w Unii Europejskiej

Od 1 stycznia 2011 r. w Unii Europejskiej funkcjonuje nowy system nadzoru nad rynkiem finansowym. Jego istnienie warunkuje przestrzeganie i egzekwowanie norm ostrożnościowych. Już w listopadzie 2008 r. rozpoczęto prace w tym zakresie, powołując pod przewodnictwem Jacques'a de Larosiere'a Grupę Wysokiego Szczebła ds. Nadzoru

¹⁵⁸ M. Brzozowski, *Najnowsze kierunki zmian w regulacjach bankowych*, s. 5, https://www.knf.gov.pl/Images/M_Brzozowski_tcm75-26427.pdf, [dostęp: kwiecień 2016].

¹⁵⁹ M. Markiewicz, U. Mrzygłód (red.), *op. cit.*, s. 195.

¹⁶⁰ M. Brzozowski, *Najnowsze...*, s. 6.

¹⁶¹ M. Iwanicz-Drozdowska (red.), *Stabilność...*, s. 65.

¹⁶² M. Markiewicz, U. Mrzygłód (red.), *op. cit.*, s. 195.

¹⁶³ M. Iwanicz-Drozdowska (red.), *Stabilność...*, s. 59.

¹⁶⁴ L. Czarnecki, *Ryzyko w działalności bankowej – nowe spojrzenie po kryzysie*, Warszawa 2011, s. 47–49.

Finansowego w UE. W raporcie końcowym stwierdzono m.in., że doszło do znaczących niedopatrzeń w zakresie nadzoru, co również pośrednio przyczyniło się do powstania ostatniego kryzysu¹⁶⁵. Potwierdzono przede wszystkim brak odpowiednio funkcjonującego nadzoru makroostrożnościowego, co wynikało głównie z tego, że instytucje nadzorcze skupiały się na nadzorze singularnym nad poszczególnymi podmiotami. Dostrzeżony został również problem związany z uchybieniami w związku ze sprawowanym nadzorem oraz brakiem szczerości i współpracy między organami nadzoru państw członkowskich.

Jako remedium na zaobserwowane słabości w obszarze makroostrożnościowym zaproponowano utworzenie podmiotu odpowiadającego za system wczesnego ostrzegania przed ryzykiem oraz zajmującego się ryzykiem systemowym. Podmiot ten miał funkcjonować pod auspicjami i przy wsparciu Europejskiego Banku Centralnego. Jeśli zaś chodzi o sferę mikroostrożnościową, w tym zakresie zarekomendowano wypracowanie europejskiego systemu nadzorczego na zasadzie zdecentralizowanej sieci¹⁶⁶.

We wrześniu 2012 r. Komisja Europejska, konceptualizując projekt Unii Bankowej, zaproponowała utworzenie jednolitego mechanizmu nadzorczego. W październiku 2012 r. szef fiskalny banku centralnego Erkki Liikanen wraz z niezależną grupą ekspertów przedstawił raport dla Komisji Europejskiej, w którym postulował m.in. rozgraniczenie ryzykowej działalności finansowej prowadzonej na dużą skalę od operacji *stricte* bankowych związanych z przechowywaniem depozytów¹⁶⁷. Ostatecznie w marcu 2013 r. Parlament i Rada Europejska doszły do porozumienia w zakresie przyjęcia jednolitego mechanizmu nadzorczego, który objął wszystkie banki strefy euro. Od 4 listopada 2014 r. Europejski Bank Centralny przejął sprawowanie nadzoru nad większymi bankami unijnymi¹⁶⁸.

By EBC mógł wykonywać powierzone mu zadanie oraz uzupełnić deficyt informacji, w 2014 r. przeprowadzono kompleksową ocenę stabilności finansowej nadzorowanych banków za pomocą *stress-testów* pokazującą, które z banków są wystarczająco dokapitalizowane i odporne na potencjalny kryzys¹⁶⁹. Diagnoza aktualnej sytuacji w bankach była kluczowa dla oceny kapitałów bankowych¹⁷⁰. Należy zgodzić się ze stanowiskiem J. Elliotta, że nadzór ostrożnościowy i decyzje wydawane w tym zakresie przez EBC mogą być właściwe tylko pod warunkiem systematycznego gromadzenia i przetwarzania informacji oraz monitorowania całościowej sytuacji banków¹⁷¹. Na

¹⁶⁵ J. de Larosiere, *The high level group on financial supervision in the EU*, European Commission, Brussels 2009, s. 42.

¹⁶⁶ M. Iwanicz-Drozdowska (red.), *Stabilność...*, s. 72.

¹⁶⁷ E. Liikanen, *High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector*, Final Report, Brussels, 2 October 2012.

¹⁶⁸ M. Szyszko, *Polityka nadzorcza i pieniężna pod wspólnym dachem EBC*, [w:] M. Zaleska (red.), *Europejska Unia Bankowa*, Warszawa 2015, s. 79–96.

¹⁶⁹ Europejski Bank Centralny, *Raport roczny EBC z działalności nadzorczej za rok 2014*, marzec 2015.

¹⁷⁰ Komisja Europejska, *Unia Bankowa: przywracamy stabilność finansową w strefie euro*, Bruksela 2015.

¹⁷¹ D.J. Elliott, *Key Issues on European Banking Union Trade-Offs and Some Recommendations*. *Global Economy and Development Working Paper 52*, Washington DC 2012, s. 20, <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/11-european-banking-union-elliott.pdf>, [dostęp: kwiecień 2016].

marginesie należy zaznaczyć, iż brak dyscypliny rynkowej stanowił jedną z przyczyn powstania kryzysu¹⁷². Dlatego też, aby podnieść poziom dyscypliny w sektorze bankowym, wprowadzono wymóg publikacji danych na temat działalności instytucji i firm kredytowo-inwestycyjnych. Zakres i szczegółowość tychże informacji powinny pozwalać na przeprowadzenie analizy porównawczej przyjętych rozwiązań przez właściwe organy krajowe.

Rozporządzenie Rady (UE) nr 1024/2013 z dnia 15 października 2013 r. powierzające Europejskiemu Bankowi Centralnemu szczególne zadania w odniesieniu do polityki związanej z nadzorem ostrożnościowym nad instytucjami kredytowymi¹⁷³ oraz rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1022/2013 z dnia 22 października 2013 r. zmieniające rozporządzenie UE nr 1093/2010 w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru (Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego) w odniesieniu do powierzenia Europejskiemu Bankowi Centralnemu szczególnych zadań zgodnie z rozporządzeniem Rady (UE) nr 1024/2013¹⁷⁴ ustanawiają jednolity mechanizm nadzorczy – SSM (*Single Supervisory Mechanism*). Na tej podstawie EBC jako niezależna instytucja unijna stanowi najważniejsze ogniwo nadzoru mikro- i makroostrożnościowego. Do jej kompetencji należy m.in. ustalanie wspólnych zasad bieżącego nadzoru, wdrażanie jednolitych działań nadzorczych i środków naprawczych, wykrywanie słabych stron na wczesnym etapie i ich korekta. Obecnie EBC posiada szereg kompetencji względem instytucji kredytowych: nadzorczych, prawotwórczych, dewizowych, monetarnych, konsultacyjnych czy opiniodawczych¹⁷⁵.

Podstawą sporządzenia rzetelnej oceny stabilności finansowej przez EBC jest:

- 1) współpraca z krajowymi organami nadzoru, co decentralizuje sieć nadzorczą,
- 2) przeprowadzanie co roku analiz mikroostrożnościowych,
- 3) przeprowadzanie analiz sektora bankowego pod kątem jego struktury,
- 4) sprawdzenie co pół roku płynności finansowej w strefie wspólnej waluty¹⁷⁶.

Europejski System Banków Centralnych ma traktatowo zagwarantowaną niezależność finansową, instytucjonalną, personalną i funkcjonalną, dzięki czemu jest w stanie oprzeć się naciskom płynącym ze strony poszczególnych władz państwowych oraz instytucji unijnych. Sam EBC jest zobowiązany do przeprowadzania przeglądów nadzorczych, w ramach których uprawniony jest do dokonywania kontroli na miejscu oraz prowadzenia dochodzeń. Należy pamiętać, że jest on uprawniony również do udzielania i cofania zezwoleń na prowadzenie działalności bankowej. Ocenia także transakcje zakupu i sprzedaży znacznych pakietów akcji banków i czuwa nad przestrzeganiem

¹⁷² C. Kosikowski, *Finanse...*, s. 194.

¹⁷³ Rozporządzenie Rady (UE) nr 1024/2013 z dnia 15 października 2013 r. powierzające Europejskiemu Bankowi Centralnemu szczególne zadania w odniesieniu do polityki związanej z nadzorem ostrożnościowym nad instytucjami kredytowymi (CELEX: 32014D0077).

¹⁷⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1022/2013 z dnia 22 października 2013 r. zmieniające rozporządzenie UE nr 1093/2010 w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru (Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego) w odniesieniu do powierzenia Europejskiemu Bankowi Centralnemu szczególnych zadań zgodnie z rozporządzeniem Rady (UE) nr 1024/2013 (CELEX: 32013R1022).

¹⁷⁵ C. Kosikowski, *Finanse...*, s. 59.

¹⁷⁶ R. Wierzbą, *Europejski Bank Centralny*, Warszawa 2003, s. 70.

unijnych wymogów ostrożnościowych¹⁷⁷. Kontroluje formę udzielania pożyczek i sposób ich zaciągania przez banki oraz monitoruje sposób dokonywania przez nie inwestycji. W celu wzmocnienia respektowania nowych norm ostrożnościowych wprowadzono możliwość nakładania przez EBC kar finansowych na banki uchybiające tymże przepisom. Jako wyjątkowe uprawnienie Banku Centralnego należy uznać kompetencję do przejęcia bezpośredniego nadzoru nad dowolnym bankiem w państwie, które należy do unii bankowej¹⁷⁸.

Obecnie za nadzór makroostrożnościowy odpowiada Europejska Rada ds. Ryzyka Systemowego (*European Systemic Risk Board – ESRB*) funkcjonująca od stycznia 2011 r. przy EBC. Jej głównym celem jest przeciwdziałanie ryzyku systemowemu, a tym samym redukcja podatności systemu finansowego na zaburzenia i uodpornianie na wstrząsy.

Nadzór mikroostrożnościowy wykonują zaś europejskie urzędy nadzoru:

1. Europejski Urząd Nadzoru Bankowego (*Committee of European Banking Supervisors- CEBS*),
2. Europejski Urząd Nadzoru Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych (*Committee of European Insurance and Occupation Pensions Supervisors CEIOPS*),
3. Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych (*Committee of European Securities Regulators CESR*).

Wyżej wymienione urzędy należą do organów unijnych posiadających osobowość prawną. Należy mieć jednak na uwadze, że nie one sprawują nadzór bezpośredni nad bankami, funkcję tę pełnią krajowe organy nadzoru. Ich rolą jest wdrażanie wspólnych praktyk i standardów regulacyjnych, budowa wspólnej kultury nadzoru, mediacja, rozstrzyganie sporów między odpowiednimi organami, zapobieganie arbitrażowi regulacyjnemu, zapewnienie skutecznego i spójnego nadzoru.

Szczególnie ważną kompetencją europejskich urzędów nadzorczych jest wiążąca mediacja. Jest to mechanizm, za pomocą którego rozwiązywane mają być spory między krajowymi organami nadzoru lub w ramach kolegiów nadzorczych. Urzędy nadzorcze mają również możliwość opracowania wiążących standardów technicznych (*binding technical standards – BTS*), które stanowią uzupełnienie dyrektyw unijnych¹⁷⁹.

W nowej strukturze nadzorczej funkcję koordynacyjną pełni Wspólny Komitet Europejskich Urzędów Nadzoru, którego członkami są szefowie europejskich urzędów nadzoru. Zadaniem tego Komitetu jest analiza i monitoring ryzyka mającego wymiar międzysektorowy. Ostatnim ogniwem w strukturze nadzoru nad unijnym rynkiem finansowym są nadzorcze organy państw członkowskich. Wypełniając swoje funkcje nadzorcze, powinny one wszelkie uprawnienia, jakie posiadają w tym zakresie, wykonywać w wymiarze ogólnounijnym. Usankcjonowano zatem zasadę, zgodnie z którą pierw-

¹⁷⁷ Jednolity Mechanizm Nadzorczy, <https://www.bankingsupervision.europa.eu/about/thessm/html/index.pl.html>, [dostęp: maj 2016].

¹⁷⁸ P. Sitek, *Zintegrowany sektor bankowy Unii Europejskiej. Studium finansowo- prawne*, Warszawa 2015, s. 62.

¹⁷⁹ M. Iwanicz-Drozdowska (red.), *Stabilność...*, s. 74.

szeństwo przed wymiarem krajowym powinien mieć wymiar unijny, co realnie zwiększy możliwość utrzymania i zabezpieczenia stabilności finansowej na całym obszarze Unii Europejskiej¹⁸⁰. Każdorazowo organ nadzorczy musi zbadać, jaki wpływ wywrze podejmowana przez niego decyzja nie tylko na wewnętrzny rynek, ale również na inne kraje członkowskie. Na regułę tę wskazuje artykuł 7 dyrektywy 2013/26/UE, który mówi, że „Wykonując swoje ogólne obowiązki, właściwe organy z każdego państwa członkowskiego należycie uwzględniają potencjalny wpływ swoich decyzji na stabilność systemów finansowych we wszystkich innych zainteresowanych państwach członkowskich, w szczególności w sytuacjach nadzwyczajnych, w oparciu o informacje dostępne w danym czasie”¹⁸¹.

By nadzór ostrożnościowy był skuteczny, dyrektywa 2013/36/UE oraz rozporządzenie 575/2013 wprowadzają szereg mechanizmów i narzędzi, z których najważniejsze wydają się sankcje za naruszenia i działania niezgodne z wymogami. Dyrektywa 2013/36/UE nakłada na państwa członkowskie obowiązek skonstruowania takich sankcji oraz innych środków administracyjnych. Wprowadzane sankcje powinny być skuteczne, efektem ich istnienia powinno być zaniechanie lekceważenia obowiązujących norm prawnych, proporcjonalne – bowiem ich wysokość powinna być adekwatna do popełnionego wykroczenia oraz odpowiednio dotkliwa, aby sam jej wymiar zniechęcał do naruszeń. Charakter odstraszący w myśl przywoływanej dyrektywy ma polegać na tym, iż jej wysokość ma niwelować korzyści płynące z lekceważenia norm ostrożnościowych. Wskazuje się, że kara powinna być na tyle wysoka, aby nałożenie jej było dotkliwe również dla dużych podmiotów oraz osób zarządzających tymi instytucjami.

Dyrektywa 2013/36/UE wprowadza szereg różnorodnych sankcji, w katalogu tym mieszczą się instrumenty typowo administracyjne takie jak: cofnięcie zezwolenia, informowanie o wykroczeniu czy zakaz sprawowania funkcji, oraz finansowe, których wysokość jest różna dla osób fizycznych i prawnych. W przypadku osób fizycznych wysokość kary wynosi maksymalnie 5 mln euro lub równowartość w walucie narodowej, natomiast dla osób prawnych maksymalna przewidziana kara stanowi 10% całkowitych rocznych obrotów netto¹⁸².

Należy zaznaczyć, że wszelkie praktyki i działania nadzorcze powinny być tak prowadzone, by nie zakłócały funkcjonowania wewnętrznego rynku w zakresie przepływu kapitału. Szczególnie w stosunku do banków działających transgranicznie wszystkie zasady powinny być jednolite i transparentne. W kontekście spadku zaufaniu obywateli Unii Europejskiej do instytucji finansowych wprowadzono nowe regulacje w zakresie pełnej, przejrzystej i obowiązkowej sprawozdawczości¹⁸³. Nowe jej zasady mają podnieść poziom odpowiedzialności instytucji przed klientami poprzez wykazywanie treści

¹⁸⁰ P. Sitek, *op. cit.*, s. 81.

¹⁸¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE..., art. 7.

¹⁸² P. Sitek, *op. cit.*, s. 84.

¹⁸³ Ministerstwo Spraw Zagranicznych, *Polskie 10 lat w Unii. Raport*, Warszawa 2014, s. 94–99.

związanych z osiąganym zyskiem, zobowiązaniami podatkowymi czy wsparciem udzielanym przez inne podmioty¹⁸⁴.

Ujednolicenie przepisów dla całego obszaru Unii Europejskiej i ich implementacja przez państwa członkowskie stanowi szansę dla powstającej unii bankowej. Respektowanie zasad nadzoru ostrożnościowego warunkuje jej siłę i skuteczność w kontekście podejmowania działań mających na celu przeciwstawianie się wszelkim przejawom niesprzyjającej sytuacji gospodarczej, szczególnie w sektorze bankowym¹⁸⁵.

2.6. Ocena norm ostrożnościowych

Opinie formułowane pod adresem pakietu CRD IV/CRR są niejednoznaczne, często radykalnie odmienne. Głosy krytyczne powołują się przede wszystkim na argumenty związane z podwyższeniem kosztów działalności instytucji kredytowych, ryzyko obniżenia wzrostu gospodarczego lub wytworzenia się nadpłynności w bankach. Wskazuje się również na brak dowodów, by zalecenia Bazylei III mogły się realnie przełożyć na ochronę gospodarek przed skutkami przyszłych turbulencji na rynkach finansowych¹⁸⁶. Entuzjaści rozwiązań bazylejskich twierdzą zaś, że obniżenie wzrostu gospodarczego powinno być niewielkie, co może wpłynąć stabilizująco na gospodarkę. Z ich wyliczeń wynika również, iż koszty kredytu wzrosną stosunkowo nieznacznie¹⁸⁷.

Od 1 stycznia 2016 r. we wszystkich państwach europejskich zlecenia bazylejskie stanowią część obowiązującego prawa. Co ciekawe, Stany Zjednoczone dość sceptycznie podeszły do ich wdrożenia. Według opinii *Institute of International Finance* implementacja rozwiązań Bazylei III będzie miała fatalny wpływ na gospodarkę światową. Z kolei Chińska Republika Ludowa zdecydowała się nie tylko na wprowadzenie tychże regulacji w zaprojektowanych terminach, ale i na zaostrzenie wartości referencyjnych określonych w regulacjach ostrożnościowych narzucanych przez *China Banking Regulatory Commission*. Postawa władz chińskich jest zaś wynikiem silnej potrzeby unifikacji przepisów wewnętrznych i międzynarodowych w obszarze nadzoru ostrożnościowego i zabezpieczenia sektora bankowego przed konsekwencjami upadłości oraz przed problemami finansowymi banków chińskich posiadających olbrzymie aktywa i działających na rynkach międzynarodowych, co niesie ze sobą całe spektrum ryzyka działalności bankowej.

Przewiduje się, że segment bankowości korporacyjnej najsilniej odczuje zmiany w zakresie stosowania nowych wskaźników adekwatności kapitałowej. Banki odczują również zwiększone koszty długoterminowego finansowania aktywów, np. nieruchomości, oraz obsługi długoterminowych kredytów korporacyjnych. Szacuje się, iż wzrośnie koszt utrzymania linii kredytowych dla przedsiębiorstw i instytucji kredytowych. Nie-

¹⁸⁴ J.E. Turner, *Money Laundering Prevention: Detering, Detecting, and Resolving Financial Fraud*, USA 2011, s. 179 i n.

¹⁸⁵ Ministerstwo Spraw Zagranicznych, *Polskie 10 lat ...*, s. 97.

¹⁸⁶ P. Suttle, *Measuring the cumulative economic impact of Basel III*, Institute of International Finance, The 9th Annual Risk Capital Conference, Frankfurt.

¹⁸⁷ B. Cournede, P. Slovik, *Macroeconomic impact of Basel III*, OECD Publishing, „Working Paper”, no. 844, <http://dx.doi.org>, [dostęp: maj 2016].

wykluczone, iż wzrośnie także koszt produktów bankowych o relatywnie wysokich wagach ryzyka takich jak: niezabezpieczone kredyty, finansowanie obrotowe, finansowanie ustrukturyzowane¹⁸⁸.

Wdrożenie pakietu CRD IV/CRR pociąga za sobą pewnego rodzaju przewartościowanie proporcji w prowadzonych przez banki operacjach. Implementacja norm ostrożnościowych będzie najmniej dotkliwa w sferze bankowości detalicznej, gdzie stopień skomplikowania struktur produktowych jest najmniejszy. Na tle dostosowywania się do nowych wymogów zwiększenie stabilności bazy depozytów kredytowych o dłuższych terminach zapadalności stanowić będzie priorytet dla banków tego rodzaju. Należy zwrócić uwagę, iż banki inwestycyjne oraz departamenty inwestycyjne w bankach uniwersalnych będą poddane silnej presji związanej z obniżaniem rosnących kosztów finansowania będących wynikiem istnienia restrykcyjnych wymogów krótkoterminowego finansowania z rynku hurtowego. Banki będą musiały się również zmierzyć z trudnościami związanymi ze sztywnymi ramami regulacyjnymi dla nie płynnych aktywów, produktów ustrukturyzowanych oraz pochodnych instrumentów finansowych, bowiem dla nich wymagany jest wyższy poziom pokrycia.

Głównym filarem reformy norm ostrożnościowych jest wzrost bezpieczeństwa działalności banków. Nietrudno zauważyć, że obecnie sektor bankowy znajduje się pod ogromną presją związaną z wdrażaniem innowacji w zakresie technologii usług, produktów i kanału dostępu do nich. Wprowadzanie działań optymalizacyjnych przy wymogu stałego utrzymania rentowności instytucji finansowych przekłada się na wzrost poziomu konkurencji na rynku. Prognozy wskazują, że sektor bankowy odczuje silną presję konkurencyjną od 2018 r., co wynika z terminów osiągnięcia docelowej wysokości poszczególnych wskaźników kapitałowych takich jak: NSFR, LCR, bufor antycykliczny i zabezpieczający¹⁸⁹. Niewątpliwie jednak całokształt regulacji płynących z pakietu CRD IV/CRR ma realną szansę zwiększyć stabilność systemu bankowego przede wszystkim dzięki podjęciu i analizie kwestii zarządzania ryzykiem płynności.

Rodzi się również pytanie, czy wymóg utrzymywania wyższych kapitałów oraz współczynnika wypłacalności nie doprowadzi w konsekwencji do sytuacji, w której banki będą szukały innych rozwiązań pozwalających im przesunąć część swojej działalności na rynki nieregulowane bądź regulowane mniej restrykcyjnie. Ponadto należy mieć na uwadze, że badania zależności między zmianą poziomu kapitałów a ich strategią zarządzania ryzykiem są niejednoznaczne.

¹⁸⁸ M. Markiewicz, U. Mrzygłód (red.), *op. cit.*, s. 196.

¹⁸⁹ *Ibidem*, s. 196.

3. Restrukturyzacja i uporządkowana likwidacja banków

3.1. Geneza regulacji restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji.

Cele i zasady *resolution*

Ostatni kryzys finansowy ujawnił braki w zakresie mechanizmów, które pozwoliłyby na podjęcie efektywnych kroków ze strony władz publicznych w celu rozwiązania problemów finansowych banków znajdujących się w złej kondycji finansowej. Na szczęblu międzynarodowym i w poszczególnych państwach rozpoczęto prace nad sposobami, które z jednej strony umożliwiłyby utrzymanie ważnych funkcji systemowych danej instytucji w sytuacji kryzysowej – realizacji płatności, rozliczeń, obsługi klientów detalicznych – z drugiej zaś minimalizowałyby obciążenia budżetowe.

Wcześniej wypracowane procedury naprawcze i upadłościowe okazały się nieskuteczne głównie ze względu na przewlekłą kontrolę sądową postępowania upadłościowego oraz spadek wartości aktywów upadającego banku, który na etapie postępowania sądowego jest trudny do kontrolowania¹⁹⁰. Przebieg procesu sądowego z natury swojej uniemożliwia podjęcie szybkich decyzji i interwencji, co generuje niepewność na rynku i nie pomaga w utrzymywaniu ciągłości funkcji krytycznych instytucji finansowych. Na kanwie tych rozważań wypracowano w ramach grupy G-20 dokument kształtujący nowy reżim likwidacyjny dla instytucji finansowych¹⁹¹. W zasadzie od 2010 r. poszczególne państwa zdecydowały się na włączenie do swoich krajowych porządków prawnych pokryzysowych ram instytucjonalnych restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji instytucji finansowych. W Stanach Zjednoczonych uchwalono ustawę Dodd-Franka, znowelizowano prawo bankowe w Wielkiej Brytanii, natomiast w Unii Europejskiej przyjęto dyrektywę wprowadzającą spójne procedury przeprowadzania restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji instytucji finansowych (BRRD – *Bank Restructuring and Resolution Directive*)¹⁹².

Mechanizm uporządkowanej likwidacji (*special resolution regime*) stanowi szczególny rodzaj postępowania prawnego o charakterze pozasądowym, który ma na celu restrukturyzację niewypłacalnego banku lub jego uporządkowaną likwidację. Termin *resolution* powinien być rozumiany szeroko, odnosi się bowiem do wszelkich działań podejmowanych przez instytucję publiczną, pozwalających uniknąć poważnych problemów systemu finansowego i gospodarczego państwa i ograniczać koszty bankructwa banków¹⁹³.

¹⁹⁰ J. Kerlin, *Restrukturyzacja i uporządkowana likwidacja instytucji finansowych*, [w:] M. Iwanicz-Drozdowska (red.), *Restrukturyzacja...*, s. 120.

¹⁹¹ FSB, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, October 2011.

¹⁹² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE z dnia 15 maja 2014 r., ustanawiająca ramy na potrzeby prowadzenia działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych oraz zmieniająca dyrektywę Rady 82/891/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/24/WE, 2002/47/WE, 2004/25/WE, 2005/56/WE, 2007/36/WE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/UE oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 i (UE) nr 648/2012 (CELEX: 32014L0059).

¹⁹³ M. Iwanicz-Drozdowska, B. Lepczyński, *System gwarantowania depozytów i uporządkowanej likwidacji*, [w:] M. Iwanicz-Drozdowska (red.), *Stabilność...*, s. 87.

Wydaje się, iż wprowadzenie szczególnego reżimu likwidacyjnego dla instytucji kredytowych jest uzasadnione ze względu na rolę, jaką pełnią w systemie finansowym i płatniczym¹⁹⁴. Zwraca się również uwagę na znaczenie tychże instytucji w mechanizmie transmisji polityki pieniężnej oraz wykazuje się złożoność problemu bankructwa bankowego, który pociąga za sobą kryzys płynności oraz ekspresową wyprzedaż aktywów¹⁹⁵.

Opracowując nowe rozwiązania w zakresie restrukturyzacji i likwidacji instytucji finansowych, wyznaczono cele ogólne, którym ma służyć nowelizacja. Zaliczono do nich:

- 1) ochronę finansów publicznych, tak by pomoc płynąca ze środków publicznych ograniczona była jedynie do niezbędnego minimum,
- 2) zapewnienie możliwości nieprzerwanego pełnienia przez instytucję finansową kluczowych funkcji krytycznych, ochronę interesów deponentów,
- 3) uniknięcie negatywnych konsekwencji dla stabilności systemu finansowego poprzez dbałość o zachowanie dyscypliny rynkowej oraz przeciwdziałanie efektowi domina,
- 4) ochronę środków finansowych oraz aktywów należących do klientów instytucji zagrożonej niewypłacalnością.

Mechanizmy uporządkowanej likwidacji mogą być bardzo różne. W literaturze wyróżnia się takie rozwiązania jak: zamknięcie lub likwidacja banku (*liquidation/closing*), tymczasowa administracja (*conservatorship/temporary administration*), nabycie banku (*purchase and assumption*) lub nacjonalizacja banku (*nationalization*)¹⁹⁶. Ze względu na efektywność rozwiązania na uwagę zasługuje procedura, w której „zdrowe” aktywa i zobowiązania transferowane są do innego, bezpiecznego banku, co w konsekwencji chroni fundusz gwarantowania depozytów przed koniecznością wypłaty środków gwarantowanych. Należy mieć na uwadze, że ważną rolę w postępowaniu likwidacyjnym pełnią właśnie fundusze gwarantowania depozytów. Ich rola ewoluuje, obecnie ich działalność nie ogniskuje się wyłącznie na wypłacaniu należnych środków klientom, ale zostaje rozszerzona na działania naprawcze i likwidacyjne¹⁹⁷. Słusznie dowodzi Koleśnik, że „biorąc pod uwagę, iż nadrzędnym celem istnienia funduszy restrukturyzacyjnych, podobnie jak i systemów gwarantowania depozytów, jest zapobieganie ponoszeniu kosztów upadłości banków przez podatników, tym samym zasadna jest nie tylko możliwość wzajemnego użycia środków, którymi dysponują obydwaj, ale także łączenie funkcji i zadań tych systemów w jednym podmiocie”¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Cihak M., Nier E., *The need for special resolution regimes for financial institutions – the case of the European Union*, IMF Working Paper, 09/200, International Monetary Fund 2009, s. 4.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ C.L. McGuire, *Simple tools to assist in the resolution of troubled banks*, The World Bank, 2012, s. 3.

¹⁹⁷ FSB, *Thematic Review on deposit insurance systems*, February 2012, Financial Stability Board, Basel, s. 27.

¹⁹⁸ J. Koleśnik, *Pożądany kształt europejskiego zintegrowanego systemu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji banków oraz gwarantowania depozytów*, [w:] M. Zaleska (red.), *Unia Bankowa*, Warszawa 2013, s. 104–105.

W związku z kreacją nowej ścieżki administracyjno-prawnej wprowadzono nowe zasady postępowania restrukturyzacyjnego i likwidacyjnego, do których zaliczono:

- 1) zachowanie ścisłej hierarchii ponoszenia strat i kosztów postępowania; zgodnie z tą zasadą w pierwszej kolejności stratami powinni być obciążani akcjonariusze, następnie zaś wierzyciele instytucji objętej restrukturyzacją lub likwidacją,
- 2) udzielenie pomocy ze strony zarządu i kadry kierowniczej,
- 3) wymóg wymiany kadry kierowniczej wyższego stopnia i zarządu,
- 4) ponoszenie osobistej odpowiedzialności za upadłość instytucji finansowej,
- 5) nadrzędną ochronę depozytów gwarantowanych,
- 6) udzielanie informacji oraz konsultowanie stanowisk z pracownikami zagrożonej instytucji,
- 7) brak obowiązku w stosunku do wierzycieli ponoszenia wyższych kosztów niż te, które zostałyby przez nich poniesione w sytuacji likwidacji instytucji finansowej w ramach standardowego postępowania upadłościowego (zasada NCWO – *no creditor worse off*),
- 8) ograniczanie wpływu tego postępowania na inne instytucje oraz na stabilność finansową¹⁹⁹.

Jeśli chodzi o zasadę NCWO, należy mieć na uwadze, że działania podejmowane w ramach postępowania *resolution* mają często charakter ostateczny i nie przewidują środków odwołania bądź zaskarżenia, dlatego też wprowadzono zasadę, która ma na celu zabezpieczenie interesu wierzycieli, w tym również akcjonariuszy. Ochrona wierzycieli realizuje się w dokonaniu porównania ich sytuacji w *resolution* oraz w standardowym postępowaniu likwidacyjnym. Kluczową rolę odgrywa tutaj fundusz gwarantowania depozytów, który wypłacając środki, szczególnie uprzywilejowuje wierzytelności funduszu w hierarchii zaspokajania roszczeń. W praktyce polega to na istnieniu roszczenia zwrotnego gwaranta depozytów do masy upadłości, tudzież do restrukturyzowanego banku. Wskazuje się, że przeważnie kwota roszczenia będzie tak wysoka, że pozostali wierzyciele i akcjonariusze nie zostaną zaspokojeni²⁰⁰.

Nowelizacji wymagały również działania o charakterze operacyjnym, które przyczynią się do osiągnięcia większej skuteczności postępowania naprawczego i likwidacyjnego. Za najważniejsze uznano opracowanie zestawu narzędzi, które umożliwią wystarczająco wczesną i szybką interwencję w stosunku do instytucji będących u progu upadłości bądź w złej kondycji finansowej. Działania podjęte ze strony władz państwowych powinny pozwolić na kontynuację świadczenia funkcji krytycznych przez instytucję finansową, co w konsekwencji ma stabilizować sektor finansowy oraz gospodarkę. Uznano, że pewne kategorie osób zasługują na szczególną ochronę – zaliczono do nich przede wszystkim drobnych deponentów oraz pracowników zagrożonych instytucji.

Nie ulega wątpliwości, iż ze względu na duże obciążenie finansów publicznych przez podejmowanie działań pomocowych zmianie powinien również ulec mechanizm

¹⁹⁹ J. Kerlin, *op. cit.*, s. 123.

²⁰⁰ *Ibidem*, s. 124.

udzielania dofinansowań. Ustalono nową hierarchię podmiotów ponoszących straty związane z niewypłacalnością banku. W pierwszej kolejności straty mają ponosić podmioty, które są odpowiedzialne za złą sytuację instytucji i które są zobowiązane do wzięcia na siebie ciężaru restrukturyzacji bądź likwidacji. Do tego kręgu zalicza się akcjonariuszy i udziałowców zagrożonych spółek oraz ich wierzycieli. Taka konstrukcja pozwala na określenie przewidywanego podziału strat jeszcze przed rozpoczęciem postępowania.

Co do zasady ramy czasowe transponowania nowych regulacji do krajowych porządków prawnych określono na 1 stycznia 2015 r., z tym zastrzeżeniem, że część wymogów może być spełniona w późniejszym terminie, zwłaszcza tych, które wiążą się z obciążeniami sektora finansowego oraz najgłębiej ingerują w prawa właścicielskie (*bail-in*)²⁰¹.

W toku prac nad ostatecznym brzmieniem dyrektywy kwestią sporną pozostawał jej zakres podmiotowy. Pierwotnie wszystkie rozwiązania przygotowywane były z myślą o bankach jako instytucjach kredytowych, ze względu na specyfikę prowadzonej przez nich działalności i największe ryzyko przewlekłego prowadzenia postępowania upadłościowego. Znacznie później uwzględniono inne podmioty, które potencjalnie mogą destabilizować rynek i narażać klientów detalicznych na duże straty. Zaliczono do nich m.in. firmy inwestycyjne (w Polsce odpowiednikiem są domy maklerskie) oraz ubezpieczycieli. Ostatecznie jednak ma ona zastosowanie do instytucji, które podlegają procedurom ostrożnościowym oraz do holdingów. Takie rozwiązanie należy ocenić pozytywnie, bowiem obejmuje ono postępowanie nie tylko wobec instytucji kredytowych, ale i wobec innych podmiotów., również tych wielopodmiotowych o działalności mieszananej z substratem transgranicznym.

3.2. Organy postępowania *resolution*

Obecnie prawo unijne wymaga od władz państw członkowskich wyznaczenia podmiotu – organu administracji publicznej, który będzie uprawniony do wykonywania zadań z zakresu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji instytucji finansowych. Na poziomie unijnym nie zdecydowano się na harmonizację rozstrzygnięcia, która z instytucji sieci bezpieczeństwa miałaby sprawować tę funkcję. Przyczyn tego kompromisu należy szukać po pierwsze – w skomplikowaniu prawnym regulowanych zagadnień, po drugie zaś – w potrzebie ochrony interesu wielu podmiotów. Ponadto należy mieć na uwadze, że znaczna ingerencja w strukturę sieci bezpieczeństwa oraz w ustrój ochrony prawnej wierzycieli mogłaby budzić zastrzeżenia i opór poszczególnych państw i zainteresowanych grup lobbujących. Dyrektywa wprowadziła zatem rozwiązanie, na mocy którego „organami ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji mogą być narodowe banki centralne, właściwe ministerstwa lub inne organy administracji publicznej”²⁰². Powyższe wyliczenie nie stanowi katalogu zamkniętego, przy czym wymaga się, by wyznaczony podmiot należał do organów władztwa państwowego. W innych publikacjach

²⁰¹ *Ibidem*, s. 125.

²⁰² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE..., art. 3 ust. 3.

również kreowany jest postulat, by podmiot posiadający uprawnienia w zakresie administracji publicznej odpowiadał za przebieg postępowania *resolution*²⁰³.

W ramach wyjątku od zasady dopuszczono możliwość ustanowienia organu nadzoru jako organu *resolution*. Jako uzasadnienie tego uregulowania wskazuje się możliwość wystąpienia tzw. ryzyka zaniechania (*risk of forbearance*), które jest najwyższe ze strony nadzorcy. Wykazuje się, że nadzorca ma najwięcej powodów, aby opóźniać postępowanie *resolution*. Prawdopodobny jest bowiem scenariusz, w którym nadzorca posiadający wyłączną kompetencję do podjęcia decyzji o wszczęciu postępowania będzie zwlekał z podjęciem przedmiotowej decyzji, gdyż będzie to dla niego równoznaczne z przyznaniem się do porażki w pełnionym nadzorze²⁰⁴. W razie zaistnienia takiej sytuacji sformułowano dodatkowe zastrzeżenia polegające na tym, że konieczne jest podjęcie odpowiednich środków, aby zagwarantować niezależność operacyjną funkcji *resolution* oraz brak konfliktu interesów między funkcjami uporządkowanej likwidacji a funkcjami nadzoru. Dyrektywa w przypadku udzielania wsparcia z środków publicznych bezwzględnie wymaga uczestnictwa w procedurze rządu lub ministra finansów²⁰⁵.

Do katalogu podmiotów, które zostały uprawnione do wszczynania i prowadzenia postępowania *resolution*, należy zatem zaliczyć:

- 1) bank centralny,
- 2) Ministerstwo Finansów,
- 3) niezależny organ *resolution*,
- 4) instytucję gwarantowania depozytów,
- 5) nadzorcę instytucji rynku finansowego.

Państwa członkowskie, dokonując wyboru podmiotu odpowiedzialnego za *resolution*, muszą dokonać obszernej analizy warunków funkcjonowania wewnętrznego rynku finansowego oraz możliwych rozwiązań w zakresie układu instytucji w postępowaniu przymusowej restrukturyzacji. Kryteria, jakie należy brać pod uwagę przy wyborze tego podmiotu, to przede wszystkim:

- 1) zasoby finansowe instytucji (np. suma składek banków gromadzonych przez systemy gwarantowania depozytów),
- 2) doświadczenie podmiotu (np. w zakresie działalności pomocowej lub zarządu komisarycznego),
- 3) silną pozycję ustrojową i niezależność,
- 4) zakres kompetencji do wykonywania funkcji władczych (np. uprawnienia kontrolne)²⁰⁶.

Wybrany organ jest odpowiedzialny m.in. za zgromadzenie środków finansowych umożliwiających przeprowadzenie restrukturyzacji oraz zachowanie właściwej sekwen-

²⁰³ Zob. FSB, *Thematic Review on Deposit Insurance Systems, Peer Review Report*, 2012; J. D. Pollner, *The Polish Bank Insolvency Regime, Issues and Assumption Paper for the Design of an Upgraded Bank Resolution Framework*, World Bank, 2012; International Association of Deposit Insurers (IADI), *Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems*, November 2014.

²⁰⁴ J. Kerlin, *op. cit.*, s. 127.

²⁰⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE..., art. 3.

²⁰⁶ J. Kerlin, *op. cit.*, s. 127.

cji postępowania. Ponadto należy zwrócić uwagę, że organ ten powinien posiadać znaczny zakres uprawnień władczych oraz cały wachlarz różnorodnych narzędzi, tak aby zapewnić mu pożądaną silną pozycję ustrojową oraz niezależność. Chodzi tu m.in. o przyznanie prawa do pozbawiania osób trzecich wybranych praw (przede wszystkim własności), wypowiedania umów, umarzania zobowiązań instytucji czy jednostronnego przeniesienia akcji lub aktywów upadającego podmiotu do innego²⁰⁷.

3.3. Sekwencja *resolution*

10 lipca 2013 r. Komisja Europejska przedstawiła propozycję jednolitego mechanizmu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji banków oraz ustanowienia wspólnego bankowego funduszu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji. Jego głównym celem jest zabezpieczenie podatników ze strefy euro przed rekapitalizacją banków zagrożonych upadkiem²⁰⁸. W ramach tego mechanizmu utworzono Europejską Radę ds. Restrukturyzacji i Uporządkowanej Likwidacji, która monitoruje cały proces restrukturyzacji realizowany przez państwowe organy do spraw restrukturyzacji. Gdyby poszczególne krajowe organy nie stosowały się do decyzji Rady, jest ona uprawniona do przejęcia ich kompetencji.

Dyrektywa wprowadza trzy etapy procedur restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji instytucji finansowych. Pierwszy z nich to etap prewencji i niezakłóconej działalności, w których normy ostrożnościowe, nadzorcze oraz zasady prowadzenia biznesu bankowego pozwalają na unikanie wystąpienia zagrożeń w działalności bankowej. Na tym etapie sprawowany jest nadzór nad spełnianiem wymogów kapitałowych i płynnościowych, banki zaś rutynowo sporządzają raporty o zgodności prowadzonej działalności z normami ostrożnościowymi. Już w tej fazie opracowane zostają środki przygotowujące – programy nadzorcze, testy warunków skrajnych, indywidualne plany naprawcze oraz środki prewencyjne – indywidualne plany *resolution* oraz nakazy zmniejszania skali działalności²⁰⁹. Każdy bank przygotowuje dla siebie plan naprawy, który co roku aktualizuje i określa w nim, jakie działania podejmie w sytuacji zagrożenia.

Jeśli sytuacja finansowa instytucji zacznie się pogarszać, organy władzy publicznej są obowiązane do wdrożenia skoordynowanych działań naprawczych (etap wczesnej interwencji). Druga faza jest kluczowa, bowiem jej celem jest zapobieganie dalszemu pogarszaniu się sytuacji finansowej podmiotu i tym samym rozstrzygnięcie, czy stan finansów podmiotu może być sanowany, czy konieczne jest przeprowadzenie standardowej likwidacji. Do katalogu możliwych środków podejmowanych przed nadzorcę

²⁰⁷ *Ibidem*, s. 128.

²⁰⁸ A. Hryckiewicz, M. Pawłowska, *Czy nowy nadzór spełni swoje zadanie? Zmiany w nadzorze finansowym w Europie oraz ich konsekwencje dla Polski*, Materiały i Studia NBP, 289, Narodowy Bank Polski, Warszawa 2013, s. 18.

²⁰⁹ European Commission, *Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directives 77/91/EBC and 82/891/EC, Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC and 2011/35/EC and Regulation (EU) no 1093/2010*, Commission Staff Working Document, 166/3, Brussels 2012, s. 13.

należy nakaz podniesienia kapitałów własnych, wprowadzenie zarządu komisarycznego, nakaz wprowadzenia postanowień planu naprawczego, zmiana zarządu²¹⁰. Niepodjęcie tychże działań w odpowiednim momencie bądź ich nieskuteczność prowadzi do konieczności eliminacji danego podmiotu z rynku. W zakresie ścieżki wczesnej interwencji unijny ustawodawca przewidział również inicjatywę własną Europejskiego Banku Centralnego, niezależnie od inicjatywy formalnej właściwego krajowego organu państwa członkowskiego kierowaną do Rady. Wydaje się, iż dopuszczenie możliwości wystąpienia dwóch równolegle sprzężonych inicjatyw ma podnosić szanse na wczesne reagowanie, a tym samym wpływać na bezpieczeństwo sektora bankowego²¹¹. Odpowiednia wczesna interwencja stwarza szansę na zachowanie wartości aktywów oraz znaczną redukcję kosztów procesu, w tym przede wszystkim dla wierzycieli.

Na marginesie należy zaznaczyć, że EBC jest niezależną instytucją UE kierującą nadzorem bankowym z perspektywy całej Unii Europejskiej. W związku z tym do jego zadań należy m.in. ustalanie wspólnych zasad prowadzenia bieżącego nadzoru, wdrażanie jednolitych działań nadzorczych i środków naprawczych, gwarantowanie spójnego stosowania przepisów i zasad nadzoru. Co najważniejsze, do zakresu jego działań należy weryfikacja, czy instytucje kredytowe spełniają normy ostrożnościowe, wykrywanie słabej kondycji finansowej tychże instytucji oraz czuwanie nad wprowadzaniem zaleceń naprawczych. Suma zaś tych działań ma chronić stabilność finansową europejskiego sektora bankowego. Powyżej wymienione kompetencje w rezultacie mają odbudować zaufanie do rynku usług bankowych²¹².

Jeśli mimo implementacji środków przewidzianych w dwóch wcześniejszych fazach sytuacja finansowa banku będzie na tyle niekorzystna, że jej sanacja w określonym czasie okaże się niemożliwa, rozpoczyna się etap postępowania restrukturyzacyjnego i uporządkowanej likwidacji. Przed przystąpieniem do tej fazy należy rozważyć, czy istnieje możliwość przeprowadzenia standardowego postępowania upadłościowego. Przede wszystkim trzeba mieć na uwadze, czy nie będzie stanowić ono zagrożenia dla stabilności finansowej, czy nie zakłóci wykonywania funkcji krytycznych banku i czy nie wpłynie negatywnie na ochronę deponentów. Decyzja o wszczęciu postępowania likwidacyjnego w procedurze *resolution* może być podjęta po spełnieniu szeregu wymogów stawianych przez dyrektywę BRRD. Organ *resolution* musi dojść do wniosku, że:

- 1) instytucja jest zagrożona upadłością bądź jest na progu upadłości,
- 2) działanie jest konieczne w interesie publicznym,
- 3) istnieje małe prawdopodobieństwo, aby jakiegokolwiek inne, alternatywne działanie sektora prywatnego w stosunku do zagrożonej instytucji mogły w rozsądnym czasie zapobiec jej upadłości²¹³.

Jeśli spełniony zostanie warunek pierwszy i trzeci, organ *resolution* powinien niezwłocznie podjąć skoordynowane działania, które skutkować mają ochroną interesu publicznego. Wszczęcie postępowania powinno nastąpić bez zbędnej zwłoki, jednak – co

²¹⁰ *Ibidem*, s. 13.

²¹¹ P. Sitek, *op. cit.*, s. 162.

²¹² *Ibidem*, s. 162.

²¹³ J. Kerlin, *op. cit.*, s. 128.

istotne – jeszcze przed wystąpieniem niewypłacalności w rozumieniu zasad rachunkowości oraz zanim wyczerpane zostaną fundusze własne instytucji.

Organ *resolution* uznaje daną instytucję za będącą na progu upadłości bądź za zagrożoną upadłością, biorąc pod uwagę nieostre kryteria. Można je podzielić na przesłanki dwojakiego rodzaju:

- 1) kryteria jakościowe (miękkie),
- 2) kryteria ilościowe (twarde)²¹⁴.

Na podstawie kryteriów jakościowych uprawniony organ podejmuje dyskrecyjną decyzję w sprawie oceny sytuacji banku. Wydaje się, iż zwłaszcza przesłanka dotycząca banku zagrożonego upadłością (*likely to fail*) może budzić zastrzeżenia, ponieważ *de facto* może dotyczyć instytucji w różnych sytuacjach finansowych.

Taka konstrukcja prawna generuje ryzyko po stronie decydentów. Jest prawdopodobne, że akcjonariusze będą zaskarżać w sądzie tego rodzaju decyzje, jeśli zostały one podjęte, zanim bank stał się faktycznie niewypłacalny. Z drugiej jednak strony podjęcie działań w stosunku do banku, który nie jest już w stanie spłacać swoich zobowiązań, zmniejsza szanse na efektywne odzyskanie wartości instytucji i jej restrukturyzację bądź likwidację bez zaangażowania zasobów publicznych i transferowania negatywnych efektów na cały system finansowy²¹⁵.

Dyskrecyjność decyzji może zostać ograniczona za pomocą kryteriów ilościowych opartych na wskaźnikach matematycznych. Mechanizm aktywacji postępowania *resolution* jest w tym przypadku bardzo prosty – jeśli dany wskaźnik ulegnie niepożądanemu zmianie, będzie ono wszczynane na zasadzie automatyzmu. Przykładem takiego wskaźnika jest poziom kapitałów pierwszej kategorii (CET1), który musi być utrzymywany na odpowiednim poziomie. Przyjęcie tych kryteriów ma również minusy, mimo tego iż charakteryzują się one większą przejrzystością. Wskazuje się m.in. na nadmierne ograniczenie swobody decyzyjnej, bowiem decydenci są pozbawieni inicjatywy w przypadku, gdy wiedzą, że bank jest zagrożony upadłością, dopóki wskaźniki bilansowe nie osiągną określonych poziomów. Problemem jest również to, że wskaźniki ilościowe obrazują stan przeszły, nie nadążają za dynamiką banku²¹⁶. Wydaje się, iż najbardziej optymalnym rozwiązaniem jest, aby decyzja o rozpoczęciu procedury restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji opierała się na kryteriach ilościowych i jakościowej ocenie właściwego organu. Pozwoli to zabezpieczyć interesy właścicieli i wierzycieli, a przede wszystkim da możliwość reakcji na odpowiednio wczesnym stadium i zmaksymalizuje wartość aktywów.

W rozumieniu przedmiotowej dyrektywy bank znajdujący się na progu upadłości lub zagrożony upadłością to taki:

- 1) który naruszył lub istnieją obiektywne przesłanki pozwalające stwierdzić, że w najbliższej przyszłości naruszy wymogi dot. pozwolenia na działalność, w tym z po-

²¹⁴ *Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, DG Internal Market and Services, European Commission, 2011.

²¹⁵ O. Szczepańska, A. Dobrzańska, B. Zdanowicz, *Resolution czyli nowe podejście do banków zagrożonych upadłością*, Departament Stabilności Finansowej, Warszawa 2015, s. 45.

²¹⁶ *Ibidem*, s. 47.

- wodu poniesienia lub prawdopodobieństwa poniesienia straty, która wyczerpie jego fundusze własne bądź znaczną ich część,
- 2) którego wartość aktywów jest niższa niż wartość jego zobowiązań lub istnieją obiektywne przesłanki, by stwierdzić, że sytuacja taka zaistnieje w przyszłości,
 - 3) który jest niezdolny bądź istnieją obiektywne przesłanki, by stwierdzić, że w najbliższej przyszłości będzie niezdolny do spłaty swoich zobowiązań w terminie,
 - 4) który wymaga nadzwyczajnego wsparcia publicznego²¹⁷.

Koniecznym warunkiem rozpoczęcia procedury *resolution* jest również wyczerpanie możliwości wsparcia finansowego w sektorze prywatnym. Należy wykazać, że nie ma na rynku podmiotów, które byłyby gotowe podwyższyć kapitał danej instytucji, transferując środki w takiej wysokości, która umożliwiłaby co najmniej przywrócenie jej płynności i poprawę sytuacji kapitałowej. Wszczęcie procedury *resolution* musi również leżeć w interesie publicznym. Przesłanka ta rozumiana jest szeroko i może być wyrażana w konieczności zagwarantowania utrzymania wartości aktywów lub minimalizacji kosztów. Ponadto dyrektywa precyzuje, że rozpoczęcie tejże procedury leży w interesie publicznym, gdy jest to konieczne do realizacji celów tego postępowania oraz gdy przeprowadzenie standardowego postępowania sądowej likwidacji banku nie zapewniłoby osiągnięcia tych celów w równym stopniu. To dzięki przyznaniu prymatu ochronie interesu publicznego możliwe jest ograniczenie praw akcjonariuszy i wierzycieli²¹⁸.

3.4. Finansowanie *resolution*

Co do zasady postępowanie *resolution* ma być finansowane ze środków sektora prywatnego, wyklucza się bowiem możliwość finansowania publicznego. Regułą jest, że w pierwszej kolejności koszty postępowania ponoszą właściciele oraz nieubezpieczeni wierzyciele, jednak w przypadku niewystarczających funduszy to organ *resolution* uzupełnia braki, dlatego też powinien dysponować odpowiednimi zasobami finansowymi.

W tym celu tworzony jest fundusz *ex ante*, który musi zostać utworzony przez każde państwo członkowskie na cele restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji, finansowany przez sektor bankowy i dostępny w przypadku upadłości banku. Odrzucenie modelu finansowania *ex post* na rzecz modelu *ex ante* wynika m.in. z możliwości gromadzenia kapitału w okresie dobrej koniunktury. Dlatego też tak ważne jest prawidłowe określenie wielkości tego funduszu oraz opracowanie harmonogramu jego osiągnięcia²¹⁹.

Roczna składka na ten fundusz zależy od zobowiązań banku i podjętego przez niego ryzyka. Każdy krajowy fundusz do 31 grudnia 2024 r. będzie musiał zgromadzić środki w wysokości co najmniej 1% gwarantowanych depozytów wszystkich instytucji kredytowych działających na terytorium danego państwa²²⁰. Biorąc pod uwagę wielkość sektora bankowego w poszczególnych państwach, nominalnie najwięcej będą mu-

²¹⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE..., art. 2.

²¹⁸ J. Kerlin, *op. cit.*, s. 130.

²¹⁹ Zob. J. Koleśnik, *Bezpieczeństwo systemu bankowego. Teoria i praktyka*, Warszawa 2011, s. 240–249.

²²⁰ *Naprawa oraz restrukturyzacja i uporządkowana likwidacja banków*, <http://www.consilium.europa.eu/pl/policies/banking-union/single-rulebook/bank-recovery-resolution/>, [dostęp: maj 2016].

siały zebrać Niemcy, Francja i Wielka Brytania, utworzą bowiem w przyszłości największe fundusze. Należy zwrócić uwagę, że indeksowanie poziomu minimalnego akumulacji funduszu *resolution* do poziomu gwarantowanych depozytów w konsekwencji będzie prowadziło do zwiększania kwoty docelowej (*target level*). Potwierdzają to wstępne badania, ponieważ w 2009 r. oszacowano, że suma zgromadzonych środków będzie oscylowała wokół 57 mld EUR, natomiast w 2012 r. była to już wartość bliska 65 mld EUR²²¹.

Poziom docelowy ma sprzyjać mobilizacji i stanowi pewnego rodzaju punkt odniesienia dla obliczania rocznych składek. Wartość zgromadzonych w funduszu środków w stosunku do poziomu docelowego obrazuje potencjał funduszu, a tym samym jego zdolność do realizacji celów postępowania *resolution*. Im wyższy poziom akumulacji, tym większa wiarygodność i swoboda działania organu *resolution*²²².

Sam sposób obliczania składek nie został rozstrzygnięty na poziomie unijnym. Państwa członkowskie mogą ustalić jednakową składkę dla wszystkich instytucji, mogą zdecydować się również na wprowadzenie zróżnicowania ze względu na generowane przez nie ryzyko. Składka liniowa jest prosta w administrowaniu zarówno dla płatnika, jak i organu pobierającego. Nie motywuje ona jednak instytucji do ostrożnego zarządzania, banki, które kreują wyższe ryzyko, partycypują w systemie ponoszenia kosztów na takim samym poziomie, jak banki, które kreują mniejsze ryzyko. Znaczenie ma również podstawa obliczenia składki. Możliwe są różne konfiguracje – podstawę mogą stanowić aktywa ważone ryzykiem bądź zobowiązania całkowite banku z wyłączeniem gwarantowanych depozytów oraz funduszy własnych. Podstawa składki będzie mnożona przez współczynnik ryzyka uwzględniający profil ryzyka danego banku. By to określić, pod uwagę będą brane:

- 1) sytuacja finansowa banku,
- 2) znaczenie banku dla całego systemu finansowego oraz gospodarki danego kraju,
- 3) złożoność struktury organizacyjnej banku,
- 4) ekspozycja instytucji na ryzyko (w tym jej działalność handlowa, pozycje pozabilansowe, wysokość dźwigni finansowej),
- 5) prawdopodobieństwo, że bank zostanie objęty procedurą restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji,
- 6) model finansowania (stopień dywersyfikacji źródeł finansowania),
- 7) stopień, w jakim bank korzystał wcześniej z nadzwyczajnego publicznego wsparcia finansowego,
- 8) przynależność do instytucjonalnego systemu ochrony²²³.

Składki mogą być stałe bądź zmienne w czasie. Wprowadzenie zmiennej składki mogłoby ograniczać zjawisko procykliczności – w okresie dekonjunktury składka mogłaby zostać obniżona, w czasie stabilnej sytuacji finansowej banków obciążenia byłyby zwiększane.

²²¹ J. Kerlin, *op. cit.* s. 135.

²²² O. Szczepańska, A. Dobrzańska, B. Zdanowicz, *op. cit.* s. 54.

²²³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE..., art. 103.

Ustalono, że dla wzmocnienia potencjału finansowego funduszu systemy gwarantowania depozytów będą miały możliwość wsparcia kapitałowego. Docelowo fundusz ma sfinansować koszty procedury *resolution*, co oznacza, że system ten powinien być do pewnego stopnia samowystarczalny, z założenia korzystanie ze źródeł publicznych powinno mieć charakter wyjątkowy, awaryjny²²⁴. Należy mieć na uwadze, iż gromadzenie i utrzymanie środków finansowych, które pozwalałyby na pokrycie wszystkich potrzeb kwalifikowanych zobowiązań, nie jest rozwiązaniem pożądanym i skutecznym. Postuluje się, by zasoby funduszy wystarczyły na sfinansowanie wydatków w razie wystąpienia istotnych problemów w sektorze bankowym, ale nie ma wymogu, by wystarczyły na sfinansowanie wszystkich narzędzi pomocowych uruchamianych w czasie kryzysu systemowego²²⁵.

Krytycy składek *ex ante* wskazują przede wszystkim, iż banki muszą zrzucić się na wspólny fundusz, którego środki mogą nie zostać użyte. Co więcej, zasady inwestowania tych środków są oparte o priorytet bezpieczeństwa, co rodzi obawę o niską stopę zysku. Podkreśla się również argumenty związane z długotrwałym zbieraniem funduszy, co może doprowadzić w najbliższych latach do sytuacji, w której zabraknie finansowego buforu bezpieczeństwa²²⁶. W takim przypadku koszty klasycznie zostaną przerzucone na podatników, ponieważ rządy państw członkowskich w celu ratowania banków ponownie sięgną do zasobów publicznych.

Model opozycyjny – model składki *ex post* – zakłada, że składki wnoszone są dopiero po zaistnieniu konieczności wszczęcia procedury *resolution*. Wtedy też można oszacować koszt konkretnego postępowania i precyzyjnie wyliczyć wartość składki. W tym modelu fundusz nie gromadzi środków, jednak każdy bank ma obowiązek w swoich zasobach ją wydzielić. Rozwiązaniem optymalnym byłoby wykorzystanie mechanizmu, w którym składka byłaby dzielona i jej część banki utrzymywałyby we własnym bilansie w formie inwestycji w papiery wartościowe bądź inne aktywa płynne (*payment commitments*). Bank nie mógłby nimi dysponować, ale mógłby czerpać przychody z ich zainwestowania²²⁷. Jeśli środki zgromadzone w funduszu okazałyby się niewystarczające, organ *resolution* mógłby nakładać dodatkową składkę *ex post*.

Należy zadać sobie również pytanie o możliwość uruchomienia alternatywnych źródeł finansowania, w tym angażowania pieniędzy publicznych²²⁸. Należy zgodzić się z poglądem, że nawet relatywnie dobrze skapitalizowany fundusz może nie sprostać finansowo w przypadku prowadzenia postępowania względem złożonego organizacyjnie, dużego banku. Mimo zgody co do potrzeby minimalizowania kosztów procesu restrukturyzacji i likwidacji banków, nie można wykluczać scenariusza, w którym użycie środków pu-

²²⁴ O. Szczepańska, A. Dobrzańska, B. Zdanowicz, *op. cit.*, s. 56.

²²⁵ IADI, *Evaluation of Deposit Insurance Fund Sufficiency on the Basis of Risk Analysis*, BIS Discussion Paper, Basel, 2007.

²²⁶ J. Ramotowski, *Unia bankowa coraz mniej ambitna*, <http://www.obserwatorfinansowy.pl/tematyka/bankowosc/unia-bankowa-coraz-mniej-ambitna/>, [dostęp: maj 2016].

²²⁷ O. Szczepańska, A. Dobrzańska, B. Zdanowicz, *op. cit.*, s. 56.

²²⁸ Zob. *Forbearance, resolution and deposit insurance, Reports of the Advisory Scientific Committee*, European Systemic Risk Board, July 2012, https://www.esrb.europa.eu/pub/pdf/asc/Reports_ASC_1_1207.pdf?85662aa19afc1f0187fa5ff235602801, [dostęp: maj 2016].

blicznych będzie konieczne, ponieważ zaniechanie ich uruchomienia poważnie szkodziłoby stabilności finansowej.

Teoretycznie kredyt z banku centralnego mógłby stanowić źródło awaryjnego finansowania dla organu *resolution*. Jednak Europejski Bank Centralny stoi na stanowisku, że banki centralne nie powinny oferować wsparcia bankom komercyjnym w ramach alternatywnego źródła finansowania procedury, co wynika z artykułu 123 TUE – zakazu finansowania monetarnego²²⁹. Należy podkreślić, że bezwzględną zasadą jest finansowanie postępowania *resolution* w pierwszej kolejności przez akcjonariuszy oraz udziałowców. Wszystkie inne alternatywne źródła mogą być uruchamiane dopiero w przypadku wyczerpania tych środków.

3.5. Narzędzia *resolution*

Jeżeli bank kwalifikuje się do objęcia go procedurą restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji, organ *resolution* jest zobowiązany do podjęcia indywidualnej decyzji o rodzaju i zakresie narzędzi planowanych do wykorzystania. Wypracowano cztery podstawowe narzędzia, do których zalicza się:

- 1) sprzedaż przedsiębiorstwa bankowego (*purchase and assumption*),
- 2) utworzenie instytucji pomostowej (*bridge institution*),
- 3) wydzielenie aktywów (*asset separation*),
- 4) umorzenie lub konwersja długu (*bail-in*).

Dyrektywa BRR dopuszcza możliwość zaangażowania rządu i środków budżetowych jako rozwiązanie ostateczne (*last resort*) w przypadkach wystąpienia sytuacji kryzysowych o charakterze systemowym, w których upadkiem zagrożonych jest wiele banków i możliwa jest destabilizacja całego rynku finansowego. W takich okolicznościach dopuszcza się czasową nacjonalizację banku pod warunkiem, że akcjonariusze banku w pełni uczestniczyli w pokryciu strat, a pieniądze zainwestowane przez rząd zostaną spłacone. Możliwe jest użycie drugiego rządowego instrumentu stabilizacji rynkowej, a mianowicie rekapitalizacji, czyli publicznego wsparcia kapitałowego. Użycie tychże narzędzi jest zawsze poprzedzone analizą mającą na celu stwierdzenie, czy zastosowanie narzędzi w ramach procedury *resolution* jest wystarczające dla uniknięcia negatywnych skutków stabilności finansowej²³⁰. W tym celu organ *resolution* zwraca się o opinię do banku centralnego i organu nadzoru. Organ ten może ubiegać się o wsparcie tego rodzaju tylko, jeśli akcjonariusze oraz posiadacze instrumentów kapitałowych i zobowiązań kwalifikowanych przekazali wkład w postaci umorzenia bądź konwersji na poczet pokrycia strat i dokapitalizowania równy kwocie co najmniej 8% całkowitych zobowiązań, w tym funduszy własnych danego podmiotu. Wdrożenie tego mechanizmu musi również zostać zaakceptowane w ramach unijnych ram dozwolonej

²²⁹ *Opinion of the ECB of 29 November 2012 on a proposal for a directive establishing a framework for recovery and resolution of credit institutions and investment firms (CON/2012/99)*, http://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/en_con_2012_99_f_sign.pdf, [dostęp: maj 2016].

²³⁰ O. Szczepańska, A. Dobrzańska, B. Zdanowicz, *op. cit.*, s. 28.

pomocy państwa²³¹. Tymczasowa nacjonalizacja jest uważana za metodę najbardziej kosztowną i zaburzającą konkurencję na rynku. Ponadto należy mieć na uwadze, iż dokonanie transferu środków publicznych do banku może nastąpić stosunkowo szybko, natomiast sam proces „wychodzenia” państwa z banku jest związany z radykalną jego reorganizacją i z reguły jest długotrwały.

Przed 2007 rokiem powszechną metodą rozwiązywania problemów w bankach była metoda *Open Bank Assistance* (OBA)²³². W wyniku braku wypracowania innych instrumentów bank otrzymywał z środków publicznych wsparcie finansowe w postaci pożyczki bądź zasilenia kapitałowego i w ten sposób rządy państw członkowskich próbowały zapobiec rozprzestrzenianiu się kryzysu. Główną wadą tej metody jest fakt, że *de facto* akcjonariusze banku nie partycypują w ponoszeniu kosztów złej kondycji finansowej banku, wręcz przeciwnie – zyskują, bowiem pomoc płynie z budżetu państwa. Wzmaga to pokusę nadużycia zarówno po stronie akcjonariuszy, jak i zarządców banku, zwłaszcza jeśli dotyczy banku ważnego systemowo.

3.5.1. Sprzedaż przedsiębiorstwa bankowego

Klasyczne postępowanie upadłościowe bądź likwidacyjne ma na celu ostateczne zakończenie działalności podmiotu na rynku i sprowadza się do upłynnienia majątku spółki i finalnego rozliczenia jej wierzytelności i zobowiązań. W tym wypadku finalizacją postępowania jest sprzedaż funkcjonującej instytucji podmiotowi z sektora prywatnego, który będzie kontynuował jej działalność. Pozwoli to na zminimalizowanie negatywnych skutków, na jakie mogliby zostać narażeni klienci banku w likwidacji w przypadku zaprzestania świadczenia usług na ich rzecz²³³.

Metoda sprzedaży przedsiębiorstwa bankowego może polegać na sprzedaży części lub całości zobowiązań banku, wobec którego wszczęto procedurę *resolution*, nabywcy z sektora prywatnego, w szczególności innemu „zdrowemu” bankowi. Organ *resolution* zarządza sprzedaż całej instytucji lub poszczególnych składników jej bilansu. Transfer następuje bez konieczności uzyskania zgody akcjonariuszy banku, dlatego też właściwy organ musi być wyposażony w kompetencje pozwalające mu na przekazanie akcji lub innych instrumentów właścicielskich, uprawnienie powinno obejmować wszystkie aktywa, prawa bądź zobowiązania banku. Ostatni kryzys finansowy jasno pokazał, że nie jest możliwa pełna ochrona praw akcjonariuszy i wierzycieli, ponieważ uniemożliwia to sprawne procedowanie²³⁴. Doskonały przykład stanowi grupa Fortis, belgijsko-holenderski konglomerat finansowy prowadzący działalność w krajach Beneluxu, posiadający spółki zależne w Niemczech, Francji, Wielkiej Brytanii, Rosji, Ukrainie, Turcji²³⁵.

²³¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE..., art. 56.

²³² Zob. Federal Deposit Insurance Corporation, *Open Bank Assistance*, <https://www.fdic.gov/bank/historical/managing/history1-05.pdf>, [dostęp: maj 2016].

²³³ J. Kerlin, *op. cit.*, s. 130.

²³⁴ B.J. Attinger, *Crisis management and bank resolution, Quo vadis, Europe?*, Legal Working Papers Series no. 13, European Central Bank, December 2011, s. 14.

²³⁵ M. Cihak, E. Nier, *The need for special resolution regimes for financial institutions – the case of the European Union*, IMF Working Paper, WP/09/200, 2009, s. 23–24.

Należy zaznaczyć, że w Belgii, Holandii i Luksemburgu Fortis uważany był za instytucję ważną systemowo²³⁶. W 2008 r. pojawiły się wątpliwości co do kondycji finansowej banku w związku z komplikacjami przy przejęciu banku ABN AMRO. Spadek zaufania do instytucji pogłębił problemy płynnościowe związane z masowym odpływem depozytów. W ciągu dwóch dni klienci wypłacili środki w wysokości 50 mld EUR²³⁷. W tej sytuacji banki centralne Belgii i Holandii zdecydowały się na udzielenie awaryjnego wsparcia płynnościowego, a następnie na jego częściową nacjonalizację. Belgijski rząd stał się właścicielem 99% Fortis Bank Belgium i ogłosił zamiar sprzedaży 75% swoich udziałów francuskiemu bankowi BNP Paribas. Zgodnie z decyzją sądu z grudnia 2008 r. transakcja mogła zostać zalegalizowana jedynie po uzyskaniu zgody akcjonariuszy mniejszościowych²³⁸. W lutym 2009 r. akcjonariusze mniejszościowi na walnym zgromadzeniu nie wyrazili zgody na tę operację, przez co cały proces ratowania banku Fortis znacznie się wydłużył.

Wyłonienie nabywcy odbywa się na zasadach rynkowych, w szczególności przy poszanowaniu zasady równego traktowania wszystkich oferentów. W tym kontekście możliwość użycia tego instrumentu jest determinowana przez wielkość danego rynku, ponieważ na większych rynkach znalezienie nabywcy jest łatwiejsze. Stąd instrument ten jest bardzo popularny w USA²³⁹.

Należy mieć na uwadze, że procedura wymaga nie tylko znalezienia podmiotu chętnego do przejęcia zagrożonego banku, ale również osiągnięcia jak najwyższej ceny za dokonanie tego przejęcia. Atutem tego narzędzia jest fakt, iż jest on w stanie powstrzymać spadek wartości banku, co jest korzystne dla wszystkich wierzycieli.

3.5.2. Utworzenie banku pomostowego

Istota banku pomostowego sprowadza się do utworzenia specjalnej spółki celowej, do której transferowane są wszystkie aktywa i zobowiązania zagrożonego banku, i która powinna należeć lub być poddana kontroli organu publicznego. Bank pomostowy jest tworzony przede wszystkim wtedy, gdy istnieją poważne trudności ze znalezieniem prywatnego kupca bądź też z uzyskaniem akceptowalnych warunków cenowych. Tego rodzaju problemy dotyczą banków relatywnie dużych lub w sytuacji kryzysu o charakterze systemowym, kiedy równolegle kilka instytucji jest objętych procedurą *resolution*²⁴⁰.

Transfer do banku pomostowego jest dokonywany bez zgody akcjonariuszy zagrożonej instytucji. *Ratio legis* jego utworzenia sprowadza się do zapewnienia ciągłości działania, co jest szczególnie istotne dla klientów banku, którzy mają nieprzerwany dostęp do usług bankowych i swoich depozytów. Funkcjonowanie banku pomostowego

²³⁶ *Report and Recommendations of the Cross – Border Resolution Group*, Basel Committee and Banking Supervision, Bank for International Settlements, March 2010, s. 10–11.

²³⁷ *Ibidem*, s. 10–11.

²³⁸ *Ibidem*, s. 10–11.

²³⁹ Zob. B. Zdanowicz, *Amerykański sposób restrukturyzacji banków – doświadczenia Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC)*, „Bezpieczny Bank” nr 1(54), Warszawa 2014.

²⁴⁰ O. Szczepańska, A. Dobrzańska, B. Zdanowicz, *op. cit.*, s. 33.

jest ograniczone czasowo, ponieważ docelowo ma zostać on wyceniony i sprzedany, ewentualnie zlikwidowany²⁴¹. Każdorazowo należy określić czas istnienia banku pomostowego. Zgodnie z dyrektywą BRR tego rodzaju bank standardowo funkcjonuje 2 lata. W tym czasie kontynuuje działalność operacyjną, nie jest jednak uprawniony do rozwijania nowej działalności. W uzasadnionych przypadkach, gdy nie ma możliwości zbycia banku pomostowego, może on działać dłużej niż 2 lata. Dzieje się tak na przykład w sytuacji głębokiej recesji w sektorze bankowym.

Bank pomostowy może również przestać istnieć na skutek przejęcia go przez inne podmioty bądź połączenia z inną instytucją z sektora prywatnego.

W czasie ostatniego kryzysu finansowego rozwiązanie to nie cieszyło się dużym zainteresowaniem władz państw członkowskich, natomiast było wykorzystywane w krajach azjatyckich – Korei, Japonii, Tajwanie – oraz USA w latach 90. XX wieku²⁴².

3.5.3. Wydzielenie aktywów

Narzędzie wydzielenia aktywów nie funkcjonuje samodzielnie i jest w zasadzie stosowane w połączeniu z innym rozwiązaniem przewidzianym w ramach procedury *resolution*. W tym przypadku właściwy organ transferuje określone aktywa banku do odrębnej spółki zarządzającej aktywami, która jest w całości własnością władz publicznych, stanowi wyodrębniony prawnie podmiot. Co istotne, transferowi podlegają z reguły zły jakości aktywa, które negatywnie wpływają na wynik finansowy bądź obniżają wartość banku. Wyłącznym zadaniem spółki zarządzającej aktywami jest maksymalizacja odzyskanej wartości długów, nie ma zaś znaczenia budowanie pozytywnej, długofalowej relacji z klientami²⁴³.

Za transfer aktywów organ *resolution* płaci wynagrodzenie na rzecz restrukturyzowanego banku. Wycena zbywanych aktywów powinna być dokonywana przez niezależny podmiot, jednak w sytuacji krytycznej uprawniony do tego jest sam organ. Również w tym przypadku prawa akcjonariuszy zostały ograniczone – transfer odbywa się bez ich zgody, ponadto nie przysługują im żadne prawa względem spółki zarządzającej.

Wydzielenie słabej jakości aktywów oraz ich przeniesienie do odrębnego podmiotu skutkuje oczyszczeniem bilansu banku i może przyczynić się do zwiększenia efektywności pozostałych narzędzi restrukturyzacyjnych, a w konsekwencji ograniczyć koszty całej procedury.

3.5.4. Umorzenie lub konwersja długu

Umorzenie lub konwersja wierzytelności są uważane za najbardziej kontrowersyjne z proponowanych i wprowadzanych rozwiązań stabilizacyjnych, które głęboko inge-

²⁴¹ J. Kerlin, *op. cit.*, s. 131.

²⁴² Zob. J. Zhou, *Repeated Acquires in FDIC assisted acquisitions*, „Journal of Banking & Finance”, vol. 21, Issue 10, October 1997, p. 1419–1430, za: J. Kerlin, *op. cit.*, s. 131.

²⁴³ S. Aggarwal, K. Aritomo, G. Brenna, J. Clark, F. Guse, P. Harle, *Good riddance. Excellence in managing wind – down portfolios*, “McKinsey Working Papers on Risk”, no. 31, McKinsey&Company, 2012, [za:] O. Szczepańska, A. Dobrzańska, B. Zdanowicz, *op. cit.*, s. 34.

rują w prawo własności²⁴⁴. Koncepcja tego mechanizmu najpełniej odzwierciedla zasadę, że w pierwszej kolejności do pokrywania strat poniesionych przez bank zobowiązani są akcjonariusze i nieubezpieczeni wierzyciele. Z założenia ma wyeliminować lub znacznie ograniczyć angażowanie pieniędzy podatników.

Wdrożenie tego instrumentu może nastąpić zarówno na etapie działania instytucji finansowej (*going-concern*), jak i na etapie zakończenia jej działalności (*gone-concern*). W pierwszym przypadku wykorzystuje narzędzia typu *bail-in* w celu dokapitalizowania banku, absorpcji strat oraz przywrócenia zaufania. Bank pozostaje na rynku i kontynuuje swoją działalność (*open bank*). W drugim przypadku natomiast bank w sposób uporządkowany zostaje wycofany z rynku. Oznacza to sięgnięcie również po inne instrumenty procedury *resolution* – bank pomostowy lub wydzielenie aktywów.

Umorzenie lub konwersja długu składa się z dwóch operacji. Pierwsza sprowadza się do umorzenia kapitału akcyjnego i innych instrumentów kapitałowych, by pokryć wygenerowane straty. Jeśli okaże się, że środki te nie wystarczą i bank nie odzyskuje stabilności finansowej, określone zobowiązania podlegają konwersji na kapitał, by pokryć straty lub dokapitalizować bank i w ten sposób osiągnąć wymogi ostrożnościowe.

Akcjonariuszom nie przysługują żadne roszczenia w związku z umorzonymi instrumentami. Mogą oni jedynie dochodzić na drodze sądowej swoich praw do odszkodowania, aczkolwiek ciąży na nich obowiązek dowodu, że straty poniesione w postępowaniu *resolution* są wyższe, niż byłyby w standardowej procedurze upadłościowej²⁴⁵.

W ramach drugiego etapu nie wszystkie zobowiązania mogą podlegać konwersji na kapitał. Dyrektywa BRR wskazuje, że wyłączeniom spod narzędzia *bail-in* powinny podlegać:

- 1) depozyty gwarantowane,
- 2) zobowiązania zabezpieczone,
- 3) zobowiązania wobec pracowników,
- 4) zobowiązania wobec innych instytucji finansowych o terminie wymagalności krótszym niż 7 dni,
- 5) zobowiązania wobec urzędów podatkowych i instytucji zabezpieczenia społecznego,
- 6) zobowiązania powstające w wyniku utrzymywania aktywów lub środków pieniężnych klientów lub w wyniku stosunku powierniczego między bankiem a beneficjentem,
- 7) zobowiązania wobec systemu gwarantowania depozytów, które wynikają z należnych składek²⁴⁶.

Dla utrzymania stabilności finansowej kluczowe znaczenie ma wyłączenie z konwersji depozytów objętych gwarancją. Ochrona dotyczy depozytów określonych w prawie unijnym, m.in. depozytów gospodarstw domowych do równowartości

²⁴⁴ Por. J. Zhou, V. Rutledge, W. Bossu, M. Dobler, N. Jassuad, M. Moore, *From Bail-out to Bail-in: Mandatory Debt Restructuring of Systemic Financial Institutions*, IMF Staff Discussion Note, SDN/12/03, IMF, 24 April 2012, za: J. Kerlin, *op. cit.*, s. 131.

²⁴⁵ O. Szczepańska, A. Dobrzańska, B. Zdanowicz, *op. cit.*, s. 36.

²⁴⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE..., art. 60.

100 tys. EUR²⁴⁷. Ochrona depozytów jest niezwykle ważna w kontekście utrzymania zaufania klientów. Przykład może stanowić choćby cypryjski kryzys bankowy z 2013 r. Tenże sektor bankowy był jednym z największych w Unii Europejskiej pod względem jego wielkości w relacji do gospodarki tego kraju – wartość zgromadzonych aktywów przekraczała PKB Cypru ponad siedmiokrotnie. Cypryjskie banki finansowane były głównie depozytami nierezydentów – od 30% do 50% to środki rosyjskich banków, firm i osób fizycznych. Banki cypryjskie musiały się zmierzyć ze stratami na inwestycjach w greckie skarbowe papiery wartościowe emitowane w związku z restrukturyzacją długów Grecji oraz spadkiem oceny ratingowej cypryjskich skarbowych papierów wartościowych²⁴⁸.

Cypryjski rząd nie był w stanie sfinansować pomocy dla banków właśnie ze względu na ogromne rozmiary sektora bankowego w relacji do PKB kraju. Z tego też powodu w połowie 2012 r. rozpoczęto negocjacje w sprawie możliwości otrzymania wsparcia finansowego ze strony Unii Europejskiej. W marcu 2013 r. stało się jasne, że Bank of Cyprus oraz Laiki Bank znajdują się na progu upadłości, w związku z czym ogłoszono plan ratunkowy dla Cypru. Ustalono, że jednym z warunków udzielenia pomocy będzie obciążenie deponentów jednorazową opłatą – w przypadku depozytów do 100 tys. EUR 6,75%, natomiast powyżej tej kwoty 9,9%. W ramach rekompensaty deponenci mieli otrzymać akcje banków, w których zdeponowali swoje środki. Konsekwencją tego rozwiązania było masowe wypłacanie środków z banków, stąd też decyzja władz o czasowym zamknięciu banków i nałożeniu limitów na dzienne wypłaty z bankomatów²⁴⁹.

Dyrektywa BRR wprowadza minimalny poziom funduszy własnych oraz kwalifikowanych zobowiązań, czyli takich, które nie są wykluczone z narzędzia *bail-in* (*minimum requirement for own funds and eligible liabilities* MREL). Krajowe organy *resolution* ustalają poziom MREL indywidulanie dla każdego banku z uwzględnieniem profilu ryzyka, rodzaju działalności oraz struktury finansowania. Organy te są również zobowiązane do ustalenia współczynnika konwersji, który ma wskazywać, na ile akcji zwykłych/udziałów przekonwertowana zostanie wierzytelność. Zasadą ogólną jest wyższy współczynnik konwersji odnoszący się do zobowiązań uprzywilejowanych (*senior liabilities*) niż zobowiązań podporządkowanych (*subordinated liabilities*).

Warto podkreślić, iż z całą pewnością do pozytywnych skutków wykorzystania narzędzia *bail-in* należy zwiększenie dyscypliny rynkowej, podwyższenie kapitałów oraz możliwość pokrycia strat, a tym samym wyeliminowanie bądź ograniczenie kosztów pomocy publicznej. Trzeba mieć jednak na uwadze, że zastosowanie tego instrumentu w praktyce może rodzić ryzyko. Po pierwsze, istnieje prawdopodobieństwo, że wdrożenie tego narzędzia spowoduje wzrost kosztów finansowania banków. Po drugie, szczególnie dla słabiej rozwiniętych systemów finansowych oraz banków o niższym ratingu, utworzenie rynku na tego typu instrumenty będzie stanowić wyzwanie. Po

²⁴⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/49/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie systemów gwarancji depozytów.

²⁴⁸ O. Szczepańska, A. Dobrzańska, B. Zdanowicz, *op. cit.*, s. 37.

²⁴⁹ *Ibidem*, s. 38.

trzecie zaś, w związku z faktem, iż instrument ten znacznie ingeruje w prawa wierzycieli, decyzja o konwersji zobowiązań może mieć bezpośrednie przełożenie na wystąpienie negatywnych tendencji na rynku danej kategorii dłużnych papierów wartościowych. Po czwarte, prognozuje się, że w przypadku wystąpienia relatywnie dużej skali zaangażowania instrumentów dłużnych emitowanych przez bank w *bail-in* istnieje ryzyko poniesienia przez ich posiadaczy negatywnych konsekwencji, co może ograniczyć ich skłonność do dalszego finansowania banków²⁵⁰.

Zakończenie

Doświadczenia ostatniego kryzysu stanowią dowód, że doszło do rozrośnięcia się unijnego sektora bankowego, nieproporcjonalnie do poziomu bezpieczeństwa gwarantowanego przez system prawny. Unia Europejska musiała adaptować się do zmian i ruszyć w kierunku dalszego etapu integracji, przyjmując model partycypacyjny, czyli współuczestnictwa państwa oraz rynku²⁵¹. Należy zgodzić się ze stwierdzeniem, iż obecnie przyjęto konstrukcję tzw. samodzielności sektorowej, który ma ograniczyć możliwość wystąpienia efektu domina oraz wymusić na każdym sektorze zdolność do ponoszenia odpowiedzialności we własnym zakresie.

Głównym celem pracy była analiza najważniejszych wybranych norm ostrożnościowych i ich wpływu na stabilność sektora bankowego. Należy mieć jednak na uwadze, iż ze względu na wagę i specyfikę omawianej materii tego rodzaju normy prawne mogą się dynamicznie zmieniać. Wypracowane rozwiązania są odpowiedzią na szkody wyrządzone w gospodarce europejskiej przez kryzys globalny²⁵². Problemy sektora bankowego miały przełożenie na rosnące zadłużenie kolejnych państw wspólnoty, bowiem poszczególne władze krajowe zdecydowały się na udzielenie pomocy publicznej, tak by nie doszło do całkowitego załamania systemu. Konsekwencją tych wydarzeń była recesja, z którą niejako naturalnie wystąpiły takie zjawiska jak: bezrobocie, powszechny spadek dochodów, zmniejszenie inwestycji. Z tego też powodu Unia Europejska wraz z innymi podmiotami wypracowała ponadnarodowy kompromis i podjęła działania naprawcze.

Szereg rozwiązań ostrożnościowych, nadzorczych i restrukturyzacyjnych ma za zadanie zniwelować istniejące sprzężenie zwrotne występujące między bankami a sektorem finansów publicznych. Zreformowanie systemu bankowego Unii Europejskiej umocniło pozycję banków i zwiększyło ich odporność na wstrząsy. Upadające instytucje w myśl nowej procedury będą restrukturyzowane bądź likwidowane ze zgromadzonych wcześniej składek, co uchroni podatników od ponoszenia kosztów. Skonstruowanie zaś nadzoru na szczeblu europejskim w przypadku wystąpienia zaburzeń umożliwi automatyczne uruchomienie mechanizmów ponadpaństwowych.

²⁵⁰ *Ibidem*, s. 40.

²⁵¹ P. Sitek, *op. cit.*, s. 276.

²⁵² Zob. H. Van Rompuy, *Towards a genuine economic and monetary union 2012*, Raport z 26.06.2012, EUCO 120/12.

Jako postęp należy uznać w szczególności wymuszenie na instytucjach kredytowych podwyższenia jakości kapitałów oraz wprowadzenie standardów płynności. Reformą objęto również wynagrodzenie *managementu*, co ma związek ze zwiększeniem ich odpowiedzialności za podejmowane ryzyko. Dużym krokiem na przód wydaje się również ustanowienie obowiązkowych buforów kapitałowych, które zostaną uruchomione w przypadku zaistnienia warunków skrajnych. Zwiększenie transparentności i odpowiedzialności za podejmowane działania przez banki rozszerzyło zakres ochrony konsumentów. Wydaje się, iż z tych właśnie powodów uznano, że całościowy zysk dla gospodarki będzie większy niż koszty generowane przez wdrażany system reform.

W przyszłości unia bankowa będzie musiała zmierzyć się również z nowymi problemami. Obecnie zaobserwowano symptomy ekspansji instytucji finansowych pochodzących z państw trzecich, szczególnie z państw arabskich, na unijny rynek bankowy. Priorytetem stanie się ochrona kapitału europejskiego skumulowanego w sektorze bankowym. Dominacja na rynku finansowym Unii Europejskiej kapitału państw trzecich²⁵³ może negatywnie wpłynąć na politykę finansową²⁵⁴. Wydaje się zatem, że w interesie państw trzecich nie będzie trwał rozwój Unii Europejskiej.

Bibliografia

Literatura

1. Attinger B.J., *Crisis management and bank resolution, Quo vadis, Europe?* "Legal Working Papers Series", no. 13, European Central Bank, December 2011.
2. Avdijev S., Kartasheva A., Bogdanova B., *Cocos: a primer*, "BIS Quarterly Review", September 2013.
3. Baka W., *Bankowość europejska*, Warszawa 2005.
4. Banaszczyk-Soroka U. (red.), *Rynki finansowe: organizacja, instytucje, uczestnicy*, Wrocław 2014.
5. Barcz J. (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, wyd. 2, Warszawa 2003.
6. Barth R., Caprio G., Levine JR. R., *Rethinking bank regulation. Till Angels Govern*, Cambridge 2006.
7. Bednarski P., Staniszewski R., *Proces regulowania instytucji kredytowych w Unii Europejskiej – wybrane zagadnienia*, „Prawo Bankowe” 2007, nr 10.
8. Benink H., Wihlobrg C., *The New Basel Accord: Making it Effective with Marking Discipline*, "European Financial Management" 2002, vol. 8, no. 1.
9. Bieliński J. (red.), *Strategia lizbońska a konkurencyjność gospodarki*, Warszawa 2005.

²⁵³ P. Reuter, E.M. Truman, *Chasing Dirty Money: The Fight Against Money Laundering*, USA 2004.

²⁵⁴ J.R. Richards, *Transnational Criminal Organizations, Cybercrime, and Money Laundering*, [w:] *A Handbook for Law Enforcement Officers, Auditors, and Financial Investigators*, USA 1999.

10. Brunnermaier M., Crocket A., Goodhart Ch., Persaud A., Shin H., *The Fundamental Principles of Financial Regulation, Geneva Report on the World Economy 11*, International Center for Monetary and Banking Studies, Centre for Economic Policy Research, 2009.
11. Brzozowski M., *CRD IV, CRR – instrumenty makroostrożnościowe*, Warszawa 2014, <https://www.nbp.pl/systemfinansowy/crdiv-crr.pdf>, [dostęp: kwiecień 2016].
12. Brzozowski M., *Najnowsze kierunki zmian w regulacjach bankowych*, s. 5, https://www.knf.gov.pl/Images/M_Brzozowski_tcm75-26427.pdf, [dostęp: kwiecień 2016].
13. Bukowski S., Misala J., *Wzrost gospodarczy i finanse międzynarodowe*, Warszawa 2011.
14. Busch A., *Banking Regulation and Globalization*, Oxford, Print publication date: 2008, published to Oxford Scholarship.
15. Carmichael J., Pomerleano M., *The development and regulation of non-bank institutions*, The World Bank, Washington 2002.
16. Chisholm A., *Wprowadzenie do międzynarodowych rynków finansowych. Instrumenty, strategie, uczestnicy*, Warszawa 2011.
17. Chrabonszczewska E., Miklaszewicz S., Sum K., Waszkiewicz A., *Międzynarodowe rynki finansowe po kryzysie*, Warszawa 2012.
18. Cihak M., Nier E., *The need for special resolution regimes for financial institutions – the case of the European Union*, IMF Working Paper , 09/200, International Monetary Fund, 2009.
19. Cooper G., *The Origin of Financial Crises. Central banks, credit bubbles and the efficient market fallacy*, Hariman House LTD, Hampshire 2008.
20. Courbis Allegret B., DulBecco PH., *Financial liberalization and stability of the financial system In emerging markets: the institutional dimensions of financial crises*, “Review of International Political Economy”, February 2003.
21. Cournede B., Slovik P., *Macroeconomic impact of Basel III*, OECD Publishing, „Working Paper”, no. 844.
22. Czarnecki L., *Ryzyko w działalności bankowej – nowe spojrzenie po kryzysie*, Warszawa 2011.
23. Czech-Rogosz J., Pietrucha J., Żelazna R. (red.), *Koniunktura gospodarcza. Od bańki internetowej do kryzysu subprime*, Warszawa 2009.
24. de Larosiére J., *The high level group on financial supervision in the EU*, European Commission, Brussels 2009.
25. Dewatripoint M., Tirole J., *The Prudential Regulation of Banks*, Cambridge–London 1994.
26. Eidenberger J., Schmitz S.W., Steiner K., *The Priorities of Deleveraging in the Euro Area and Austria and Its Implications for CESEE*, Financial Stability Report 27, OENB, June 2014.
27. Elliott D.J., *Key Issues on European Banking Union Trade-Offs and Some Recommendations*, “Global Economy and Development Working Paper 52”, Washington DC 2012, <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/11-european-banking-union-elliott.pdf>, [dostęp: kwiecień 2016].
28. *Euro-Parliament bans ‘naked’ credit default swaps*, <http://www.eubusiness.com/news-eu/finance-economy-cds.dij>, [dostęp: marzec 2016].

29. Famulska T., Nowakowski J. (red.), *Finanse i rachunkowość w integrującej się Unii Europejskiej*, Warszawa 2006.
30. Fedorowicz M., Zalewicz A., *Pojęcie instytucji finansowej na gruncie europejskiego i polskiego prawa bankowego*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2010, nr 8.
31. Fojeik-Mastalska E., Mastalski R., *Prawo finansowe*, Warszawa 2013.
32. Gliniecka J., *System bankowy w regulacjach polskich i unijnych*, Bydgoszcz–Gdańsk 2004.
33. Głuchowski J. (red.), *System prawa finansowego. Tom 4. Prawo walutowe, prawo dewizowe, prawo rynku finansowego*, Warszawa 2010.
34. Głuchowski J., Pomorska A., Szolno-Koguc J. (red.), *Główne wyzwania i problemy systemu finansów publicznych*, Lublin 2009.
35. Gostomski E., *Bankowość międzynarodowa*, Gdańsk 2010.
36. Góral L., *Instytucja kredytowa w państwach Unii Europejskiej*, „Glosa” 1997, nr 2.
37. Góral L., *Nadzór bankowy*, Warszawa 1998.
38. Grzegorzczak F., Szraniec M. (red.), *Instytucje i usługi finansowe*, Warszawa 2010.
39. Hryckiewicz A., Pawłowska M., *Czy nowy nadzór spełni swoje zadanie? Zmiany w nadzorze finansowym w Europie oraz ich konsekwencje dla Polski*, Materiały i Studia NBP, 289, Narodowy Bank Polski, Warszawa 2013.
40. Iwanicz-Drozdowska M., *Regulacje ostrożnościowe – powstanie i ewolucja*, „Bank i Kredyt” 1966, nr 9.
41. Iwanicz-Drozdowska M., *Zarządzanie ryzykiem bankowym Poltext*, Warszawa 2012.
42. Iwanicz-Drozdowska M. (red.), *Restrukturyzacja banków w Unii Europejskiej w czasie globalnego kryzysu finansowego*, Warszawa 2015.
43. Iwanicz-Drozdowska M. (red.), *Stabilność finansowa*, Warszawa 2014.
44. Iwanicz-Drozdowska M., Jaworski W., Zawadzka Z., *Bankowość zagadnienia podstawowe, Część IV: Ryzyko bankowe*, Wydawnictwo Poltext, Warszawa 2010.
45. Jakubczyc J., *Finanse międzynarodowe*, Warszawa 2012.
46. Janc A., Mikołajczak P., Waliszewski K., *Europejska Unia rynków kapitałowych. Perspektywa finansowania przedsiębiorstw w Polsce*, Warszawa 2015.
47. Jaworski W.L., Zawadzka Z. (red.), *Bankowość. Podręcznik akademicki*, Warszawa 2003.
48. Jończyk A., Smykla B., *Nadzorcze normy ostrożnościowe w polskim prawie bankowym*, „Biuletyn Bankowy. Vademecum Bankowca”, Warszawa, luty 1999.
49. Jurkowska A.M., *Prawo bankowe Unii Europejskiej, Licencjonowanie działalności bankowej*, Bydgoszcz–Gdańsk 2003.
50. Jurkowska-Zeidler A.M., *Bezpieczeństwo rynku finansowego w świetle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008.
51. Kaszubski R.W., *Funkcjonalne źródła publicznego prawa bankowego*, Kraków 2006.
52. Kawulski A., Smykla B., *Nadzorcze normy ostrożnościowe wg znowelizowanej ustawy Prawo Bankowe na tle regulacji Unii Europejskiej (aspekty prawne)*, Warszawa 2003.
53. Kindleberger Ch., Aliber R. Z., *Manias, Panics, and Crashes. A History of Financial Crises*. John Wiley & Sons INC., Fifth Edition, 2005.

54. Koczor M., Tokarski P. (red.), *Gospodarka Unii Europejskiej. Reakcja na kryzys i perspektywy na nowe dziesięciolecie*, Warszawa 2011.
55. Kohutek K., *Sanacja banku w bankowych procedurach naprawczych i w postępowaniu upadłościowym*, Kraków 2005.
56. Koleśnik J., *Adekwatność kapitałowa banków. Standardy regulacyjne*, Warszawa 2014.
57. Koleśnik J., *Bezpieczeństwo systemu bankowego. Teoria i praktyka*, Warszawa 2011.
58. Koleśnik J., Rewiński M., *Zabezpieczenia w bankowości – aspekty prawne i wymogi regulacyjne*, Warszawa 2008.
59. Kosikowski C., *Finanse i prawo finansowe Unii Europejskiej*, Warszawa 2014.
60. Kosikowski C., *Polskie prawo finansowe na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008.
61. Kosikowski C., *Prawo finansowe w Unii Europejskiej*, Bydgoszcz–Warszawa 2008.
62. Kosikowski C., *Prawo Unii Europejskiej w systemie polskiego prawa finansowego*, Białystok 2010.
63. Krzyżewski J.A., *Rekomendacje nadzorcze – charakter prawny i zakres mocy obowiązujących*, „Prawo Bankowe” 2000, nr 7–8.
64. Kundera J. (red.), *Globalizacja, europejska integracja a kryzys gospodarczy*, Wrocław 2011.
65. Liikanen E., *High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector*, Final Report, Brussels 2 October 2012.
66. Llewelyn D., *The Economic Rationale for Financial Regulation*, Financial Services Authority, Occasional Paper Series, nr 1, April 1999.
67. Małecki M., Sławiński A., Żuławska U., *Kryzysy walutowe*, Warszawa 2001.
68. Marcinkowska M., *Standardy kapitałowe banków. Bazylejska Nowa Umowa Kapitałowa w polskich regulacjach nadzorczych*, Gdańsk 2009.
69. Markiewicz M., Mrzygłód U. (red.), *Finanse międzynarodowe*, Warszawa 2015.
70. Matysek-Jędrzych A. (red.), *Instytucje i rynki wobec kryzysu finansowego – źródła i konsekwencje kryzysu*, Warszawa 2011.
71. Mazurek S., *Mechanizm międzynarodowej transmisji kryzysów gospodarczych*, Toruń 2011.
72. McGuire C.L., *Simple tools to assist in the resolution of troubled banks*, The World Bank 2012.
73. Mercik A., *Charakterystyka kryzysu finansowego w świetle modelu H. Mynsky’ego*, wrzesień 2011, http://aleksandermecik.pl/dokumenty/publikacje/charakterystyka_kryzysu_finansowego_w_swietle_modelu_h_mynskyego.pdf, [dostęp: luty 2016].
74. Miemieć W., Sawicka K. (red.), *Instytucje prawnofinansowe w warunkach kryzysu gospodarczego*, Warszawa 2014.
75. Minsky H., *Stabilizing an Unstable Economy*, McGraw Hill, International Edition 2008.
76. Mishkin F., *Anatomy of Financial Crisis*, „Journal of Evolutionary Economics” 1992, no 2.
77. Moskal T., *Sieć bezpieczeństwa bankowego. Aspekty prawne*, Wałbrzych 2015.
78. Mrzygłód U. (red.), *Wyzwania gospodarki globalnej*, Prace i materiały Instytutu Handlu Zagranicznego Uniwersytetu Gdańskiego, nr 31, Gdańsk 2012.

79. Nawrot W., *Globalny kryzys finansowy XXI wieku. Przyczyny, przebieg, skutki, prognozy*, Warszawa 2009.
80. Nieborak T., *Aspekty prawne funkcjonowania rynku finansowego Unii Europejskiej*, Warszawa 2008.
81. Niczyporuk P., Talecka A., *Bankowość Unii Europejskiej*, Białystok 2010.
82. Nowakowski J. (red.), *Instrumenty i regulacje bankowe w czasie kryzysu*, Warszawa 2010.
83. Ofiarski Z., *Prawo Bankowe*, Warszawa 2011.
84. Olszak M.A., *Dyscyplina rynkowa w bankowości z uwzględnieniem III Filara Nowej Umowy Kapitałowej*, Warszawa 2009.
85. Olszak M.A., *Normy adekwatności kapitałowej. Rola Bazylei I Nowej Umowy Kapitałowej w zarządzaniu portfelem kredytowym*, Warszawa 2009.
86. Olszak M., *Bankowe normy ostrożnościowe*, Toruń 2011.
87. Olszak M., *Normy adekwatności kapitałowej*, Warszawa 2009.
88. Olszak M., *Podstawy prawne, istota i cel ograniczeń w zakresie koncentracji zaangażowań oraz dużych zaangażowań banku*, LexPolonica nr 429696.
89. Olszak M., *Pojęcie oraz wysokość limitu koncentracji zaangażowań i limitu dużych zaangażowań banku*, LexPolonica nr 429896.
90. Olszak M., *Skutki prawne przekroczenia limitu koncentracji zaangażowań i limitu dużych zaangażowań banku*, LexPolonica nr 436140.
91. Oręziak L., *Rynek finansowy Unii Europejskiej*, Warszawa 1999.
92. Piech K. (red.), *Kryzysy światowe i recesje: teoria, historia, przykłady*, tom II, Warszawa 2012.
93. Pisani-Ferry J., Sapir A., *Banking crisis management in the EU: An interim assessment*, „Bruegel Working Paper” 2009, nr 7.
94. Polizzato V.P., *Prudential Regulation and Banking Supervision: Building an Institutional Framework for Banks*, Working Papers, World Bank, Washington, January 1990.
95. Pollner J.D., *The Polish Bank Insolvency Regime, Issues and Assumption Paper for the Design of an Upgraded Bank Resolution Framework*, World Bank 2012.
96. Pyziół W. (red.), *Encyklopedia Prawa Bankowego*, Warszawa 2000.
97. Radomska E., *Globalny kryzys finansowy – przyczyny, przebieg, skutki*, „Zarządzanie zmianami. Zeszyty Naukowe” 2–3/2013; http://pou.pl/zeszyty_naukowe/pdf/2013_59_nr_2-3_Radomska.pdf, [dostęp: luty 2016].
98. Ramotowski J., *Unia bankowa coraz mniej ambitna*, <http://www.obserwatorfinansowy.pl/tematyka/bankowosc/unia-bankowa-coraz-mniej-ambitna/>, [dostęp: maj 2016].
99. Reuter P., Truman E.M., *Chasing Dirty Money: The Fight Against Money Laundering*, USA 2004.
100. Schneider U.H., *Europejskie Prawo Bankowe*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1994, nr 4.
101. Schoenmaker D., Peek T., *The State of the Banking Sector in Europe*, OECD Economics Department Working Papers, no. 1102, OECD Publishing 2014.
102. Sieńko-Kowalska B., *Bank Uniwersalny na rynku papierów wartościowych*, Warszawa 2008.

103. Sikorski G., *Prawo bankowe. Komentarz, art. 126*, Warszawa 2015.
104. Sitek P., *Zintegrowany sektor bankowy Unii Europejskiej. Studium finansowo-prawne*, Warszawa 2015.
105. Srokosz W., *Dyrektywa 2001/24/EC dotycząca reorganizacji i likwidacji instytucji kredytowych*, „Prawo Bankowe” 2004, nr 6.
106. Stern G., Feldman R., *Too Big to Fail: The Hazards of Bank Bailouts*, Brookings Institute Press, International Edition 2004.
107. Stopczyński A., *Nowe aspekty jakości nadzorczej w projekcie „Bazylea III”*, „Bezpieczny Bank” nr 3(48), 2012.
108. Suttle P., *Measuring the cumulative economic impact of Basel III*, Institute of International Finance, The 9th Annual Risk Capital Conference, Frankfurt.
109. Szczepańska O., Dobrzańska A., Zdanowicz B., *Resolution, czyli nowe podejście do banków zagrożonych upadłością*, Departament Stabilności Finansowej, Warszawa 2015.
110. Szpringer W., *Wpływ instytucji parabankowych na bezpieczeństwo i stabilność rynków finansowych*, „Bezpieczny Bank” 1998, nr 4.
111. Śleszyńska-Charewicz E., Lewandowski D., *Nadzorcze normy ostrożnego działania banków*, „Bank i Kredyt” 1996, nr 6.
112. Świdorski A., *Kryzys finansowy 2007–2009 jako efekt dysfunkcji legislacyjnych w systemie prawa*, „Czasopismo Kwartalne Całego Prawa Handlowego, Upadłościowego oraz Rynku Kapitałowego” 2009, nr 2.
113. Trichet J.C., *Lessons from the crisis*, European American Press Club, Paryż, 3 grudnia 2010.
114. Turner J.E., *Money Laundering Prevention: Detering, Detecting, and Resolving Financial Fraud*, USA 2011.
115. Van Rompuy H., *Towards a genuine economic and monetary union 2012*, Raport z 26.06.2012, EUCO 120/12.
116. Wierzba R., *Europejski Bank Centralny*, Warszawa 2003, s. 70.
117. Wojtczak D., *Usługi bankowe w regulacjach Unii Europejskiej*, Warszawa 2012.
118. Zaleska M. (red.), *Współczesna bankowość*, t. I, Warszawa 2007.
119. Zaleska M. (red.), *Europejska Unia Bankowa*, Warszawa 2015.
120. Zaleska M. (red.), *Unia bankowa*, Warszawa 2013.
121. Zdanowicz B., *Amerykański sposób restrukturyzacji banków – doświadczenia Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC)*, „Bezpieczny Bank” 2014, nr 1(54).
122. Żabińska J. (red.), *Rynki finansowe w Unii Europejskiej w strefie euro*, Warszawa 2011.
123. Żabińska J. (red.), *Rola międzynarodowej współpracy finansowej w tworzeniu norm i regulacji ostrożnościowych zabezpieczających stabilność systemów finansowych*, Katowice 2008.
124. Żywiecka H., *Niestandardowe działania banków centralnych w warunkach globalnego kryzysu finansowego*, Warszawa 2013.

Dokumenty:

1. Basel Committee on Banking Supervision, *Results of the comprehensive quantitative impact study*, December 2010.
2. CEBS, *Results of the comprehensive quantitative impact study*, December 2010.
3. Basel Committee and Banking Supervision, Bank for International Settlements, *Report and Recommendations of the Cross – Border Resolution Group*, March 2010.
4. Basel Committee on Banking Supervision, *Core Principles for Effective Banking Supervision*, s. 2, [dostęp: luty 2016].
5. Basel II: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: a Revised Framework.
6. Basel II: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: a Revised Framework, <https://www.bis.org/publ/bcbs107.htm>, [dostęp: luty 2016].
7. BCBS, *Global systematically important banks: assessment methodology and the additional loss absorbency requirement. Consultative document*, July 2011, Basel Committee on Banking Supervision.
8. BIS, IOSCO, *Principles for financial market infrastructures*, April 2012, Bank for International Settlements.
9. Commission Interpretative Communication – *Freedom to provide services and the interest of the general good in the Second Banking Directive*, SEC (97) 1193 final, Brussels, 26.06.1997.
10. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/49/WE z dnia 14 czerwca 2006 r. w sprawie adekwatności kapitałowej firm inwestycyjnych i instytucji kredytowych (CELEX: 32006L0049).
11. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/48/WE z dnia 14 czerwca 2006 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe (CELEX: 32006L0049).
12. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi (CELEX: 32013R0575R).
13. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE z dnia 15 maja 2014 r. ustanawiająca ramy na potrzeby prowadzenia działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych oraz zmieniająca dyrektywę Rady 82/891/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/24/WE, 2002/47/WE, 2004/25/WE, 2005/56/WE, 2007/36/WE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/EU oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 i (UE) nr 648/2012 (CELEX: 32014L0059).
14. EBC, *Banking structures report*, October 2014.
15. EBC, *Opinion of the ECB of 29 November 2012 on a proposal for a directive establishing a framework for recovery and resolution of credit institutions and investment firms (CON/2012/99)*, http://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/en_con_2012_99_f_sign.pdf, [dostęp: maj 2016].

16. European Commission, *Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directives 77/91/EBC and 82/891/EC, Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC and 2011/35/EC and Regulation (EU) no. 1093/2010*, Commission Staff Working Document, 166/3, Brussels 2012.
17. European Commission, *Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, DG Internal Market and Services, European Commission, 2011.
18. European Systemic Risk Board, *Forbearance, resolution and deposit insurance, Reports of the Advisory Scientific Committee*, July 2012, https://www.esrb.europa.eu/pub/pdf/asc/Reports_ASC_1_1207.pdf?85662aa19afc1f0187fa5ff235602801, [dostęp: maj 2016].
19. Europejski Bank Centralny, *Raport roczny EBC z działalności nadzorczej za rok 2014*, marzec 2015.
20. Federal Deposit Insurance Corporation, *Open Bank Assistance*, <https://www.fdic.gov/bank/historical/managing/history1-05.pdf>, [dostęp: maj 2016].
21. Freshfields Bruckhaus Deringer, *Systematically important financial institutions: the agreed G20 approach. Summary*, November 2010, <http://freshfield.com>, [dostęp: kwiecień 2016].
22. FSB, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, October 2011.
23. FSB, *Thematic Review on deposit insurance systems*, February 2012, Financial Stability Board, Basel.
24. IADI, *Evaluation of Deposit Insurance Fund Sufficiency on the Basis of Risk Analysis*, BIS Discussion Paper, Basel, 2007.
25. International Association of Deposit Insurers (IADI), *Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems*, November 2014.
26. Komisja Europejska, *Tabela wyników w dziedzinie pomocy państwa. Sprawozdanie na temat pomocy państwa przyznanej przez państwa członkowskie UE – Aktualizacja z jesieni 2010 r.*, SEC (2010) 1462 wersja ostateczna.
27. Komisja Europejska, *Unia Bankowa: przywracamy stabilność finansową w strefie euro*, Bruksela 2015.
28. Ministerstwo Spraw Zagranicznych, *Polskie 10 lat w Unii. Raport*, Warszawa 2014.
29. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012. Tekst mający znaczenie dla EOG (CELEX: 32013R0575R).
30. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12.01.2007 r., sygn. IV CSK 342/06, Lex 238969.

NADUŻYCIE POZYCJI DOMINUJĄCEJ POPRZECZ ODMOWĘ UDZIELENIA LICENCJI NA PRAWO WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ W UNII EUROPEJSKIEJ

Wstęp

Przedmiotem niniejszej analizy jest problem prawny z pogranicza dwóch gałęzi prawa – prawa konkurencji i prawa własności intelektualnej – a mianowicie nadużycie pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej. Zagadnienie to ze względu na swój dynamiczny charakter niezmiennie wzbudza zainteresowanie doktryny. Nowe technologie będące coraz częściej przedmiotem udzielanych licencji sprawiają, że temat jest nie tylko aktualny, ale nadto wymaga natychmiastowego uregulowania w celu zapewnienia swobodnego, niezakłóconego obrotu dobrami niematerialnymi. Jest to szczególnie ważne ze względu na globalne oddziaływanie zarówno na gospodarkę, jak i dobrobyt ogółu społeczeństwa. W niniejszej rozprawie przeprowadzona zostanie analiza przesłanek wypracowanych przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE pozwalająca zrozumieć, kiedy odmowa udzielenia licencji stanowić będzie naruszenie reguł prawa ochrony konkurencji. Rozstrzygnięcie w tej kwestii ułatwi również odpowiedź na pytanie, czy i w jakim stopniu prawo konkurencji powinno ingerować w wykonywanie prawa wyłącznego, jakim jest prawo własności intelektualnej.

Zakres poniższej analizy obejmuje unijne prawo konkurencji oraz prawo własności intelektualnej, które pozostaje w domenie prawa krajowego oraz prawa międzynarodowego. W celu pełnego zobrazowania globalnego zasięgu wspomnianego problemu prawnego pomocniczo przywołane zostało również orzecznictwo sądów amerykańskich odnoszące się do prawa antytrustowego. Głównym aktem prawnym poddanym analizie jest Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (art. 102) oraz wszelkie dokumenty i orzeczenia stanowiące jego wykładnię. Pojawiają się również elementy będące przedmiotem badań nauk ekonomicznych mające na celu kompleksowe zaprezentowanie poruszanej problematyki. Wykorzystano także literaturę polską i zagraniczną z zakresu prawa konkurencji i prawa własności intelektualnej.

W pierwszej części poruszone zostanie zagadnienie wzajemnego oddziaływania prawa konkurencji i prawa własności intelektualnej w postaci nadużycia pozycji dominującej. Jego istotę i sposób ustalania zaprezentowano poprzez wyjaśnienie takich pojęć jak: rynek właściwy, siła rynkowa, presja konkurencyjna i pozycja dominująca.

W drugiej części przedmiotem analizy będzie odmowa udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej jako przykład nadużycia pozycji dominującej. W celu pełnego zobrazowania problematyki wyjaśniono takie pojęcia jak odmowa kontraktowania przybierająca formę odmowy świadczenia bądź odmowy licencjonowania. Następnie dokonano analizy wypracowanych przez sądy unijne przesłanek nadużycia pozycji dominującej pośrednio i bezpośrednio odnoszących się do prawa własności intelektualnej. W grupie wyroków odnoszących się w sposób pośredni do prawa własności intelektualnej akcent położono na wyjaśnieniu reguły Commercial Solvents oraz doktryny urzędzeń kluczowych. Natomiast w grupie orzeczeń poruszających kwestie sporne z pogranicza prawa ochrony konkurencji i prawa własności intelektualnej znalazły się najbardziej istotne wyroki sądów unijnych w tym zakresie, m.in. wyrok w sprawie *Magill* oraz wyrok w sprawie *IMS Health*.

Trzecia część to analiza najbardziej aktualnego przejawu nadużycia pozycji dominującej, a mianowicie odmowa udzielenia licencji na informacje o interoperacyjności. Zaprezentowano w niej i dokonano oceny przesłanek pojawiających się w wyroku Sądu Pierwszej Instancji (dalej SPI) w sztandarowej już sprawie *Microsoft*. W celu kompletnego zobrazowania zjawiska pochyłono się zarówno nad decyzją Komisji Europejskiej, jak i przebiegiem postępowania przed dawnym SPI. Aby zapewnić przedstawienie zagadnienia w jak najbardziej pełnym kontekście, pomocniczo odwołano się również do rozstrzygnięć sądów antytrustowych Stanów Zjednoczonych. Następnie przybliżono przebieg postępowań w sprawach dotyczących podobnej materii toczących się równolegle bądź już po wydaniu wyroku SPI w sprawie *Microsoft*.

Niniejsza publikacja ma na celu dokonanie prawnej analizy problemu na styku dwóch dyscyplin prawa, której celem jest próba odpowiedzi na pytanie, czy i w jakich okolicznościach ingerencja prawa konkurencji w wykonywanie prawa wyłącznego będącego przedmiotem prawa własności intelektualnej jest możliwa i prawnie uzasadniona.

1. Nadużycie pozycji dominującej w prawie konkurencji Unii Europejskiej – istota, charakter, pojęcie

1.1. Zakaz nadużywania pozycji dominującej – istota, pojęcie, podstawa prawna

Jednym ze zjawisk prawnych i ekonomicznych, któremu towarzyszyć może zektnięcie się prawa konkurencji i prawa własności intelektualnej, jest zjawisko nadużycia pozycji dominującej. W związku z wyłącznym charakterem praw własności intelektualnej przedsiębiorcom będącym w ich posiadaniu często zarzucane jest niezgodne z prawem wykorzystywanie zdobytej przez nich pozycji na rynku. Unijne prawo konkurencji zabrania nadużywania pozycji dominującej. Swój prawny wyraz zakaz ten znajduje w art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Aby jednak w ogóle móc mówić o nadużywaniu pozycji dominującej, najpierw należy ustalić, czy dane przedsiębiorstwo w ogóle w takiej pozycji się znajduje.

1.1.1. Pozycja dominująca

Pomimo że ani regulacje unijne, ani regulacje państw członkowskich (które w istocie są zwyczajną kalką przepisów unijnych) nie przewidują definicji legalnej pozycji dominującej, przedmiot ten wielokrotnie wzbudzał zainteresowanie i dyskusje zarówno doktryny, jak i organów orzekających. Pozycja dominująca nie stanowi kategorii ekonomicznej, jest to pojęcie będące wytworem prawnym¹. Pozycję dominującą możemy zdefiniować jako szczególnego rodzaju kwalifikowaną postać siły rynkowej danego przedsiębiorstwa, pozwalającą mu na działanie w dużej mierze niezależnie od pozostałych uczestników rynku oraz wpływanie na strukturę takiego rynku². Granica takiego niezależnego od konkurentów zachowywania się może być inna na różnych rynkach właściwych ze względu na specyfikę danej branży bądź gałęzi gospodarczej³. Z tak skonstruowanego ujęcia zjawiska pozycji dominującej możemy wnioskować, że w celu poprawnego jej ustalenia najpierw powinno się w odpowiedni sposób określić dwa niezwykle istotne elementy – pojęcie siły rynkowej oraz rynku, a konkretnie rynku właściwego.

1.1.1.1. Rynek właściwy i siła rynkowa

W ujęciu ekonomicznym rynek to miejsce, w którym dany przedsiębiorca prowadzi swoją działalność gospodarczą. Niektórzy przedstawiciele doktryny rynek określają jako „miejsce zetknięcia się podaży z popytem” lub definiują go jako obszar relacji między podmiotami uczestniczącymi w wymianie dóbr i usług⁴. Należy pamiętać o tym, że rynek to nie tylko miejsce działalności gospodarczej, ale również miejsce dokonywania naruszeń związanych z jej prowadzeniem – działań, które powodują zakłócenie normalnej rywalizacji rynkowej między uczestnikami rynku.

Nieco węższym pojęciem, aczkolwiek nadal uważanym za lustrzane odbicie rynku w ujęciu ekonomicznym, jest pojęcie rynku właściwego będącego kategorią jurystyczną w całości wypracowaną dla potrzeb prawa antymonopolowego⁵. Rynek właściwy różni się od rynku w rozumieniu ekonomicznym tym, iż przy jego ustalaniu eksponuje się elementy relewantne z punktu widzenia prawa antymonopolowego. Każdy rynek właściwy jesteśmy w stanie w sposób konkretny wyznaczyć i wyodrębnić przy użyciu odpowiednich kryteriów – przede wszystkim za pomocą kryterium produktowego i kryterium geograficznego oraz w niektórych przypadkach, stosując kryterium czasowe bądź podmiotowe. Owe kryteria stanowią kolejne etapy wyodrębniania rynku właściwego i rozstrzygają o jego granicach.

¹ C. Bongard, *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2007, s. 233.

² M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2010, s. 82.

³ A. Brzezińska-Rawa, *Wprowadzenie do prawa antymonopolowego*, Dom Organizatora, Toruń 2009, s. 243.

⁴ M. Szydło, *op. cit.*, s. 61.

⁵ C. Banasiński, *Dyskrecyjność w prawie antymonopolowym*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2015, s. 187.

Zgodnie z obwieszczeniem Komisji Europejskiej w sprawie definicji rynku właściwego dla celów unijnego prawa konkurencji rynek właściwy należy definiować poprzez połączenie tych dwóch kryteriów – pojęcia rynku asortymentowego i rynku geograficznego. Ten pierwszy według Komisji „składa się z wszystkich tych produktów i/lub usług, które uważane są za zamienne lub za substytuty przez konsumenta, ze względu na właściwości produktów, ich ceny i ich zamierzone stosowanie”, natomiast drugi „obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa uczestniczą w podaży i popycie na produkty lub usługi, na którym warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne, oraz który może zostać odróżniony od sąsiadujących obszarów ze względu na to, że warunki konkurencji na tym obszarze znacznie się różnią”⁶. Również polska ustawa regulująca prawo konkurencji, stanowiąca kalkę przepisów unijnych, rynek właściwy określa jako „rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu panują zbliżone warunki konkurencji”⁷. Z powyższych definicji rynku właściwego można zatem wywnioskować, że wąski charakter rynku właściwego wynika z ograniczenia go do danego towaru lub usługi, a także do określonego terytorium – płaszczyzny, na której panują w miarę homogeniczne ekonomiczne warunki konkurowania i prowadzenia działalności gospodarczej.

Pierwszym etapem wyodrębniania rynku właściwego zawsze powinno być zastosowanie kryterium produktowego polegające na zdefiniowaniu towaru lub usługi, które „ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty”⁸. Substytucyjność powinniśmy zatem oceniać z perspektywy konsumenta. Bardzo często przy jej określaniu ekonomiści i prawnicy posługują się tzw. testem SSNIP (*Small but Significant and Non-Transitory Increase of Price*), który polega na badaniu hipotetycznej reakcji nabywców na mały, ale znaczący i stały wzrost ceny określonego towaru⁹. Taki sposób pomiaru substytucyjności nie jest jednak wolny od wad, gdyż narażony jest na dwa rodzaje błędów – błąd celofanowy i zjawisko określane mianem *captive groups*. Błąd celofanowy charakteryzuje się zbyt szerokim zakreśleniem granic danego rynku właściwego i bardzo często jest wynikiem posiadania przez przedsiębiorcę tak znaczącej siły rynkowej, że ustalona przez niego cena oferowanego towaru przestaje być ceną rynkową¹⁰. Drugi defekt dotyczy swoistego rodzaju grupy konsumentów (*captive groups*), których preferencje co do produktów pozostają niezmiennie niezależnie od tego, że na rynku istnieją ich bliskie substytuty. Aby móc mówić o tym zjawisku, należy najpierw wyodrębnić taką grupę i ustalić, że między nią a innymi kategoriami nabywców nie istnieje przepływ towarów. W rezultacie będziemy mieli do czy-

⁶ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla celów unijnego prawa konkurencji (Dz. Urz. WE 1997, C 372/5, pkt 7–9).

⁷ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r., poz. 184).

⁸ M. Szydło, *op. cit.*, s. 64.

⁹ *Ibidem*, s. 64.

¹⁰ C. Bongard, *op. cit.*, s. 68.

nienia z sytuacją, w której fakt istnienia substytutu przestaje mieć znaczenie, gdyż towar będący przedmiotem zainteresowania takiej grupy ustanowi odrębny rynek właściwy w ujęciu produktowym¹¹. Czasami pomocne będzie również zbadanie substytucyjności po stronie podaży, tzn. możliwości przedstawienia się przez przedsiębiorców produkujących dany towar lub oferujących daną usługę na produkcję innego towaru lub oferowanie innej usługi. Taki proces powinien być mało skomplikowany, szybki i nie pociągać za sobą znacznych kosztów dla przedsiębiorcy dokonującego zmiany. Oznacza to, że bariery wejścia na rynek w takiej sytuacji mogą być szybko i tanio przezwyciężone.

Kolejnym dość specyficznym zjawiskiem, na które natknąć możemy się podczas definiowania rynku właściwego za pomocą kryterium przedmiotowego, jest sytuacja, w której dwa różne towary mogą stanowić jeden rynek właściwy. Dzieje się tak wtedy, gdy oferowane są one konsumentom w pakiecie i w taki łączny sposób mają zaspokajać określone potrzeby nabywców¹². Natomiast w zupełnie inną sytuację mamy do czynienia w przypadku tzw. rynku związanego, który stanowi jedno z kluczowych elementów przeprowadzanej tu analizy zjawiska nadużycia pozycji dominującej poprzez wykonywania prawa własności intelektualnej. Rynek związany możemy zdefiniować jako odrębny produktowo rynek właściwy, który jest powiązany z innym rynkiem „z uwagi na określone funkcjonalno-gospodarcze powiązania występujące pomiędzy towarami będącymi przedmiotem tych dwóch odrębnych rynków”¹³. Zależność ta polega na tym, że uzyskanie dostępu do jednego z tych rynków (lub do towaru/usługi oferowanego na tym rynku) jest warunkiem koniecznym dla prowadzenia działalności na drugim rynku. Ma to istotne znaczenie w kontekście posiadania pozycji dominującej, gdyż dominant na jednym z takich rynków jest w stanie rozciągnąć swoją pozycję na rynek związany i zacząć wykorzystywać ją w sposób wywołujący antykonkurencyjne skutki na tym rynku (zjawisko tzw. efektu dźwigni).

Kiedy rynek właściwy zostanie już nakreślony pod względem oferowanego na nim produktu, kolejnym etapem jego definiowania powinno być kryterium geograficzne. Polega ono na wyznaczeniu obszaru geograficznego, w którego obrębie oferowany jest dany towar lub usługa oraz towary i usługi wobec niego substytucyjne i w którego obrębie panują zbliżone warunki konkurowania, wyraźnie odróżniające się od warunków panujących na obszarach sąsiadujących¹⁴. O tak ujętej homogeniczności warunków świadczyć mogą m.in. rodzaj i właściwości danego towaru lub usługi, bariery w uzyskaniu dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen oraz koszty transportu. Pierwszy z czynników, rodzaj i właściwość danego towaru lub usługi mają znacznie, kiedy ze względu na nie niemożliwe lub utrudnione staje się transportowanie towaru na większe odległości, co wpływa na zmniejszenie rynku w ujęciu geograficznym. Bariery w dostępie do rynku, czyli pewne jego cechy o charakterze ekonomicznym lub prawnym, które uniemożliwiają lub utrudniają wejście lub konkurowanie na takim rynku, również mają wpływ na wyizolowanie pewnego obszaru geograficznego

¹¹ *Ibidem*, s. 63.

¹² M. Szydło, *op. cit.*, s. 68.

¹³ *Ibidem*, s. 68.

¹⁴ C. Banasiński, *op. cit.*, s. 214.

jako odrębnego rynku właściwego. Wpływ czynnika, jakim są preferencje konsumentów znajdujących się na danym obszarze geograficznym, polega na tym, że konsumenci z takiego terytorium czasami przedkładają towar oferowany przez określonego przedsiębiorcę ponad tego samego rodzaju towar innego przedsiębiorcy ze względu na przyzwyczajenia czy upodobania. Najczęściej z taką sytuacją mamy do czynienia w odniesieniu do specyficznego języka danego produktu, który zazwyczaj przesądza o krajowym charakterze danego rynku. Jeśli natomiast chodzi o znaczące zróżnicowanie cen, to zakłada się, że na odpowiednio wyznaczonym pod względem geograficznym rynku ceny nie powinny się znacznie różnić. Koszty produktu, podobnie jak jego rodzaj lub właściwości, również mogą mieć wpływ na możliwość jego przemieszczania, a zatem na zasięg danego rynku. Co więcej, o odrębności danej płaszczyzny w ujęciu geograficznym przesądza też „brak znaczących przepływów tego towaru z zewnątrz do wewnątrz wspomnianego terytorium oraz z jego wewnątrz na zewnątrz”¹⁵. Jednakże tego kryterium nie należy stosować w oderwaniu od pozostałych elementów wyznaczania rynku geograficznego.

Tak ustalony rynek właściwy może mieć różnorodny zasięg – globalny, obejmujący kontynent europejski lub obszar państw członkowskich UE bądź Europejskiego Obszaru Gospodarczego albo też tylko części obszaru UE – obejmujący obszar danego kraju lub tylko jego danego regionu, a ostatecznie dotyczyć może również „pewnej małej i dostatecznie wyodrębnionej przestrzeni geograficznej, ustalonej niezależnie od istniejących podziałów administracyjnych”¹⁶.

W związku z uprzednim stwierdzeniem, że pozycja dominująca to szczególnego rodzaju kwalifikowana siła rynkowa, kolejnym elementem umożliwiającym zrozumienie tego zjawiska będzie zdefiniowanie pojęcia siły rynkowej. W ujęciu ekonomicznym siła rynkowa to „zdolność przedsiębiorstwa do podwyższania poziomu cen [...], chociażby poprzez ograniczenie produkcji, przy równoczesnym zwiększaniu czystych zysków”¹⁷. Oczywiście tak pojmowaną siłę rynkową ma zdecydowana większość przedsiębiorców prowadzących swoją działalność na rynku, inaczej bowiem nie byłoby oni w stanie pokrywać kosztów własnej działalności. Również proces konkurencji polega na nieustannym budowaniu i utrzymywaniu przez przedsiębiorców swojej siły rynkowej¹⁸. Analiza funkcjonowania poszczególnych rynków pozwala nam dojść do wniosku, że siła rynkowa podlega stopniowaniu, a najsilniejszy jej próg stanowi pełen monopol przedsiębiorcy. W celu ustalenia stopnia posiadanej pozycji rynkowej danego przedsiębiorstwa Komisja Europejska przy ocenie uwzględnia takie okoliczności jak: „alternatywne możliwości zaopatrzenia dla dostawców i konsumentów, siłę gospodarczą i potencjał finansowy przedsiębiorstwa, strukturę rynku lub rynków w danej sprawie, międzynarodową konkurencję, kształtowanie się popytu i podaży na dane towary względnie usługi”¹⁹.

¹⁵ M. Szydło, *op. cit.*, s. 73.

¹⁶ *Ibidem*, s. 75.

¹⁷ *Ibidem*, s. 79.

¹⁸ *Ibidem*, s. 80.

¹⁹ W. Hakenberg, *Prawo europejskie*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 167.

1.1.1.2. Pozycja dominująca – pojęcie i rodzaje

Stopień siły rynkowej, stanowiący przedmiot niniejszej analizy, odpowiada progowi, który określamy mianem posiadania pozycji dominującej. Pozycja taka definiowana jest jako szczególnie mocna i kwalifikowana postać siły rynkowej²⁰. Nie znajduje ona swojego odpowiednika w ekonomii oraz nie da się jej także przypisać konkretnego poziomu siły rynkowej w ujęciu ekonomicznym. Dzieje się tak, ponieważ między pozycją dominującą na gruncie prawa konkurencji a ekonomiczną siłą rynkową nie zachodzi zależność pozwalająca na ich automatyczne utożsamianie. Dlatego też dane przedsiębiorstwo może posiadać znaczną siłę rynkową w ujęciu ekonomicznym, nie będąc natomiast uważane w świetle prawa antymonopolowego za dominanta na danym rynku. Pomimo braku takich wzajemnych oddziaływań nadal przy definiowaniu i ustalaniu pozycji dominującej posługiwać będziemy się narzędziami i kategoriami ekonomicznymi, wykorzystywanymi jednakże w swoisty sposób.

Zgodnie z orzeczeniem TSUE w sprawie *United Brands p. Komisji* pozycja dominująca „oznacza pozycję siły ekonomicznej posiadanej przez danego przedsiębiorcę, która umożliwia mu powstrzymanie skutecznej konkurencji na danym rynku poprzez swobodę zachowania się w dużej mierze niezależnie od konkurentów, klientów (dostawców) i w końcu konsumentów”²¹. Na uzyskanie i utrzymywanie takiej pozycji składać się mogą m.in. udział w rynku właściwym, dostęp do surowców, kapitał, prawa własności intelektualnej, a także inne czynniki świadczące o przewadze przedsiębiorstwa i umożliwiające mu ustalanie cen lub kontrolę produkcji na danym rynku. Takie czynniki równocześnie stanowią bariery wejścia na rynek przez konkurentów. Bardzo często popełnianym błędem w ustalaniu pozycji dominującej jest poprzestanie zaledwie na stwierdzeniu wysokiego udziału w rynku. Niektóre ustawodawstwa (w tym polska ustawa o ochronie konkurencji) wprowadzają domniemania, które pozwalają na uznanie, że uzyskanie pewnego procentu przewagi (zazwyczaj jest to 50%, choć TSUE w sprawie *Virgin/British Airways* stwierdził, że nawet podmiot mający jedynie 39,7% udziału może ostać uznany z dominującego²²) na rynku automatycznie świadczy o posiadaniu na nim pozycji dominującej. Oczywiście takie domniemanie ma charakter wzruszalny i może zostać obalone przez posądzane o dominowanie na danym rynku przedsiębiorstwo. Jednakże zgodnie ze zdaniem przeważającej części doktryny nie należy poprzestawać tylko na ustaleniu wysokiego udziału w rynku. Taki zabieg powinien stanowić pierwszy etap w procesie ustalania pozycji dominującej.

Szczególnego rodzaju czynnikiem wpływającym na posiadanie przez przedsiębiorstwo pozycji dominującej są prawa własności intelektualnej. W sprawie *Hugin p. Komisji* TSUE orzekł, że przedsiębiorstwo Hugin znajdowało się w pozycji dominującej na rynku części zamiennych dla kas fiskalnych ze względu na to, że ówczesne prawo w Anglii chroniło jego prawo własności intelektualnej w taki sposób, że unie-

²⁰ C. Banasiński, *op. cit.*, s. 233.

²¹ Wyrok TSUE z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands Company i United Brands Continental p. Komisji*, ECLI:EU:C:1978:22.

²² Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 13 grudnia 1999 r. w sprawie 34780 *Virgin/British Airways*, *Official Journal L* 030, 2000, P. 0001-0024.

możliwiało innym konkurującym przedsiębiorstwom na produkowanie części zamiennych w obawie przed potencjalnym pozwaniem ich przez Hugin²³. Również w wyroku w sprawie *Hoffmann-La Roche* TSUE doszedł do wniosku, że fakt posiadania prawa własności intelektualnej, a w szczególności sposób, w jaki to prawo jest wykonywane, może wpłynąć na ocenę działań podejmowanych przez przedsiębiorstwo dominujące²⁴. Jednakże stwierdził, że sam fakt posiadania prawa własności intelektualnej nie przesądza automatycznie o znajdowaniu się w pozycji dominującej.

Przykładem transpozycji unijnych regulacji może być polska ustawa o ochronie konkurencji, w której pozycję dominującą określa się jako pozycję przedsiębiorcy umożliwiającą mu „zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnego od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów”²⁵. Polska ustawa wprowadza również przesłankę ilościową w postaci domniemania, które stanowi, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%²⁶. Należy jednak pamiętać, że ta przesłanka ilościowa ma zaledwie charakter uzupełniający względem przesłanek jakościowych mających rozstrzygające znaczenie w procesie ustalania pozycji dominującej. I tak bardzo często dochodzi do sytuacji, w których przedsiębiorstwa posiadające 40% udziału w rynku wcale nie są uznawane za dominujące, gdyż działają na rynkach rozwijających się i można spodziewać się, że ich pozycja będzie stale słabła.

Analizując orzecznictwo unijne, możemy dojść do wniosku, że istnieją dwie przesłanki jakościowe warunkujące istnienie pozycji dominującej, a mianowicie: możliwość zapobiegania skutecznej konkurencji na rynku właściwym oraz możliwość działania w znacznym stopniu niezależnego od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Taki stan faktyczny wynika według Wytocznych Komisji Europejskiej z dnia 9 lutego 2009 r. z braku istnienia efektywnej presji konkurencyjnej. Według Komisji Europejskiej „przedsiębiorstwo, które przez wystarczająco długi czas zachowuje zdolność do podwyższania w sposób opłacalny cen powyżej poziomu konkurencyjnego nie stoi w obliczu wystarczająco skutecznej presji konkurencyjnego, a wobec tego może być na ogół uznane za dominujące”²⁷. Długość okresu potrzebnego do ustalenia tej pozycji uzależniona jest od rodzaju produktu oraz sytuacji na danym rynku, jednakże w większości przypadków uznaje się, że 2 lata stanowią wystarczająco długi czas. Zwrot „podwyższanie cen” powinien być rozumiany jako „zdolność do utrzymania cen na poziomie wyższym od konkurencyjnego”²⁸, ale stosowany jest jedynie jako skrót myślowy dla szerszej gamy działań mających negatywny wpływ na parametry konkurencji, takich jak: wielkość produkcji, jakość i różnorodność produktów, innowacyjność na rynku etc. Działania

²³ Wyrok TSUE z dnia 31 maja 1979 r. w sprawie 22/78 *Hugin Kassaregister AB i Hugin Cash Registers Ltd p. Komisji*, ECLI:EU:C:1979:138.

²⁴ Wyrok TSUE z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76 *Hoffman-La Roche p. Komisji*, ECLI:EU:C:1979:36.

²⁵ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów...

²⁶ C. Banasiński, *op. cit.*, s. 236.

²⁷ Wytoczne Komisji Europejskiej z dnia 9 lutego 2009 r. (Dz. Urz. UE z 2009 r. C 45), 52010IP0050.

²⁸ *Ibidem*.

nie takie charakteryzuje się generowaniem korzyści po stronie przedsiębiorstwa dominującego, a szkód po stronie konsumentów.

Wydawać by się zatem mogło, że zdaniem Komisji już samo posiadanie pozycji dominującej ma negatywny wpływ na konkurencję i nie zachodzi potrzeba wykazywania występowania juredycznych przesłanek – tj. niezależności działania i zdolności zapobiegania skutecznej konkurencji. Takie podejście wiązałoby się z przejściem na zupełnie inny sposób ustalania pozycji dominującej, a mianowicie wystarczające okazałoby się ustalenie zaledwie istnienia siły rynkowej przedsiębiorstwa. Zdaniem M. Szydło takie rozumowanie byłoby nielogiczne i sprzeczne z intencjami Komisji Europejskiej, która w Wytycznych wcale nie stara się przekonywać, że samo tylko ustalenie siły rynkowej danego przedsiębiorstwa jest wystarczające dla uznania go za dominanta. Każde przedsiębiorstwo posiada bowiem większą lub mniejszą siłę rynkową, dlatego też dla ustalenia pozycji dominującej poszukiwać należy takiej siły rynkowej, która jest „odpowiednio mocna” oraz „istotna i trwała”²⁹. Mimo to Komisja nie wskazuje konkretnego poziomu siły rynkowej, który miałyby konstytuować pozycję dominującą. Zapoznanie się z Wytycznymi pozwala dojść do wniosku, że to brak efektywnej presji konkurencyjnej i występowanie niezależności (od innych uczestników rynku) działania powinny być kluczowe przy ustalaniu pozycji dominującej.

Presja konkurencyjna może wynikać z trzech źródeł: pozycji na rynku przedsiębiorstwa dominującego i jego konkurentów, potencjalnej ekspansji i wejścia na rynek oraz wyrównawczej siły nabywczej. Pierwsze z nich to nic innego jak kształtowanie się udziałów poszczególnych przedsiębiorstw na danym rynku. Jak już było wspomniane, zazwyczaj udział nie mniejszy niż 40% będzie wskazywał na istnienie pozycji dominującej, choć oczywiście istnieją liczne od tego wyjątki. Zdaniem M. Szydło „im większy udział przedsiębiorstwa w rynku i im dłuższy czas posiadania tego udziału, tym większe prawdopodobieństwo, że są to ważne wstępne przesłanki istnienia pozycji dominującej i pojawienia się w pewnych okolicznościach poważnych skutków nadużycia, uzasadniające podjęcie interwencji przez organy ochrony konkurencji”³⁰. Niemniej nadal konieczne jest przeanalizowanie pozostałych czynników mogących mieć wpływ na ustalenie pozycji dominującej. Drugie źródło – ekspansja i wejście na rynek – dotyczy sytuacji, w której nowi konkurenci wchodzi na rynek albo aktualni konkurenci dokonują ekspansji swoich działań. Przy ustalaniu pozycji dominującej należy odpowiednio ocenić prawdopodobieństwo zaistnienia takich stanów faktycznych. Będą one możliwe tylko wtedy, gdy ekspansja lub wejście na rynek są „wystarczająco opłacalne dla konkurenta lub przedsiębiorstwa wchodzącego na rynek, przy uwzględnieniu takich czynników jak: bariery [...], prawdopodobne reakcje przedsiębiorstwa dominującego i innych konkurentów, ryzyko i koszty niepowodzenia”³¹. Takie działania muszą być realizowane szybko i nie stanowić przedsięwzięć na niewielką skalę niebędących w stanie zapobiec podwyższaniu cen przez dominanta. Badanie takich potencjalnych zjawisk

²⁹ *Ibidem*, s. 10.

³⁰ M. Szydło, *op. cit.*, s. 88.

³¹ *Ibidem*, s. 89.

jest wyrazem rozumienia konkurencji jako procesu dynamicznego. Ostatnim źródłem presji konkurencyjnej może być wyrównawcza siła nabywczą, tj. posiadanie przez nabywców znaczącej siły przetargowej mogące być wynikiem rozmiarów przedsiębiorstw będących nabywcami, ich handlowego znaczenia czy też zdolności przejścia do konkurencyjnych dostawców. Jeśli rzeczywiście taka siła jest wystarczająco mocna, to może pomóc w przeciwstawieniu się podnoszeniu cen przez dominanta.

Kiedy brak jest skutecznie oddziałującej na przedsiębiorstwo presji konkurencyjnej, to jest ono w stanie działać niezależnie od pozostałych uczestników danego rynku i dzięki temu w znaczący sposób zapobiegać funkcjonowaniu skutecznej konkurencji na rynku. Łączny brak presji konkurencyjnej oraz występowanie przesłanek jakościowych (możliwości zapobiegania skutecznej konkurencji na rynku właściwym i możliwość działania w znacznym zakresie niezależnego od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów) przesądza o posiadaniu pozycji dominującej na danym rynku właściwym.

Art. 102 TFUE zakazuje nadużywania pozycji dominującej przez „jedno lub więcej przedsiębiorstw”, dlatego też warto zastanowić się nad tym, na czym polega różnica między tymi dwoma rodzajami pozycji dominującej. Posiadanie pozycji dominującej przez jednego przedsiębiorcę określamy mianem indywidualnej pozycji dominującej. Natomiast posiadanie pozycji dominującej przez kilku przedsiębiorców nazywamy kolektywną pozycją dominującą. Występuje ona głównie na rynkach oligopolistycznych – takich, na których działalność gospodarczą prowadzi niewielka liczba przedsiębiorców posiadających zazwyczaj wysokie udziały rynkowe. Aby mówić o kolektywnej pozycji dominującej, między takimi przedsiębiorstwami muszą zachodzić pewne współzależności, choć niekoniecznie oznacza to występowanie oficjalnej współpracy. Przedsiębiorstwa oligopolistyczne mają do wyboru albo prowadzić niezależną politykę rynkową, albo rozpocząć koordynowanie swoich zachowań z zachowaniami pozostałych uczestniczących w rynku przedsiębiorstw. Taka koordynacja może przebiegać w sposób formalny (poprzez zawieranie odpowiednich umów) albo nieformalny (poprzez działania faktyczne). Przedsiębiorstwa mogą nie tylko uzgadniać ze sobą swoje działania, ale mogą również zastosować tzw. działania paralelne polegające na upodabnianiu swoich działań do działań innych przedsiębiorstw bez uprzedniego nawiązywania z nimi kontaktu. Funkcjonowanie takiego zjawiska ułatwia kilka czynników takich jak: niewielka liczba przedsiębiorstw działających na danym rynku, homogeniczność oferowanego na rynku produktu, istotne bariery wejścia na rynek ograniczające potencjalnych konkurentów, przewidywalny i stały popyt, możliwość wzajemnej wymiany informacji oraz zbliżone koszty produkcji³². W związku z tym istnieje małe prawdopodobieństwo, że przedsiębiorstwa oligopolistyczne zdecydują się na rywalizowanie między sobą. Znacznie bardziej opłacalne będzie dla nich porozumiewanie się co do swoich działań, co z kolei w sposób negatywny wpłynie na konkurencję na danym rynku. Należy jednak pamiętać, że nie na każdym rynku oligopolistycznym będziemy mieli do czynienia z kolektywną pozycją dominującą. Aby ją ustalić, konieczne występować muszą wza-

³² *Ibidem*, s. 97.

jemne powiązania między przedsiębiorstwami mogące mieć charakter strukturalny, umowny, nieformalny lub przybierać formę świadomego paralelizmu.

Pierwotnie sądy unijne uznawały, że kolektywną pozycję dominującą mogą mieć tylko przedsiębiorstwa należące do tej samej grupy kapitałowej, a zatem tworzące jednolitą jednostkę ekonomiczną. Dopiero w wyroku w sprawie *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA i PPG Vernante Pennitalia SpA*, SPI stwierdził, że taka pozycja może zachodzić w wyniku ustalenia, że między dwoma lub więcej przedsiębiorstwami występują określone „gospodarcze powiązania” (*economic links*) – umowy lub wzajemne udziały kapitałowe oraz „gdy równocześnie te powiązane gospodarczo ze sobą przedsiębiorstwa posiadają naprzeciwko innych uczestników rynku taką pozycję rynkową, która odpowiada dominacji”³³. Również przewidywanie działań pozostałych przedsiębiorców i dostosowywanie się do nich w celu antykonkurencyjnym w sytuacji braku powiązań strukturalnych może zostać uznane za działanie warunkujące istnienie kolektywnej pozycji dominującej³⁴.

Kwestię kolektywnej pozycji dominującej na rynku oligopolistycznym najlepiej wyjaśnia orzeczenie SPI w sprawie *Airtours*, w którym sąd unijny stwierdził, że „wspólna pozycja dominująca może zaistnieć w sytuacji oligopolu, w przypadku którego każdy z jego członków jest świadomy wspólnych interesów oraz uważa za możliwe, ekonomicznie racjonalne i dlatego preferowane przyjmowanie na trwałej podstawie wspólnej polityki na rynku w celach antykonkurencyjnych [...], nawet jeżeli pomiędzy członkami takiego oligopolu nie dochodzi do zawierania żadnych umów ani też nie są pomiędzy nimi dokonywane uzgodnione praktyki”³⁵. Ponadto SPI określił trzy dodatkowe warunki, które muszą być spełnione w celu ustalenia kolektywnej pozycji dominującej. Na rynku musi panować wystarczająca przejrzystość, tak aby każdy z członków oligopolu był w stanie poznać i monitorować zachowania innych członków. Po drugie, cicha koordynacja musi mieć trwały charakter i być utrzymywana przez wszystkich członków, inaczej nie będzie przynosiła żadnemu z nich korzyści. Ostatecznie musi zachodzić pewność co do tego, że w przyszłości reakcje obecnych lub potencjalnych konkurentów czy też konsumentów nie będą w stanie zneutralizować tychże korzyści będących wynikiem współpracy między przedsiębiorcami.

Natomiast Komisja Europejska w Artykule z grudnia 2005 r. w sprawie stosowania art. 82 TWE (obecnie art. 102 TFUE) w odniesieniu do praktyk abuzywnych o charakterze wykluczającym utrzymywała, że w celu ustalenia pozycji dominującej o charakterze kolektywnym przedsiębiorstwa wspólnie posiadające taką pozycję muszą się z „ekonomicznego punktu widzenia prezentować lub działać razem na określonym rynku jako

³³ Wyrok SPI w sprawie T-68/89, T-77/89 i T-78/89 *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA i PPG Vernante Pennitalia SpA przeciwko Komisji*, Zbiór Orzeczeń z 1992 r., s. II-1403, pkt 358.

³⁴ Wyrok SPI w sprawie T-102/96 *Gencor Ltd przeciwko Komisji*, Zbiór Orzeczeń z 1999 r., s. II-753, pkt 273–277, orzeczenie ETS w sprawie C-395/96 P i C-396/96 P *Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) i Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) przeciwko Komisji*, Zbiór Orzeczeń z 2000 r., s. I-1365, pkt 35–45.

³⁵ Wyrok SPI w sprawie T-342/9 *Airtours plc przeciwko Komisji*, Zbiór Orzeczeń z 2002 r., s. II-2585, pkt 61–62.

wspólna jednostka”³⁶. Nie oznacza to jednak, że w każdej sytuacji muszą postępować identycznie. Wystarczy, że będą prowadzić taką samą politykę rynkową. Komisja przypominała, jakie formy mogą przybierać wzajemne powiązania między przedsiębiorcami posiadającymi kolektywną pozycję dominującą, a także przywołała wypracowane przez SPI w orzeczeniu *Airtours* trzy konstytutywne warunki istnienia kolektywnej pozycji dominującej.

Podsumowując wszelkie próby ujęcia w ramy i zdefiniowania kolektywnej pozycji dominującej, dla jej zaistnienia konieczne jest występowanie wzajemnych powiązań między przedsiębiorstwami o charakterze trwałym, umożliwiającym im niezależne od pozostałych uczestników rynku działanie oraz zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym.

1.1.2. Nadużywanie pozycji dominującej

Samo posiadanie pozycji dominującej zarówno indywidualnej, jak i kolektywnej nie przesądza jeszcze o tym, że każde podejmowane przez dominanta działanie będzie można uznać za bezprawne. Nie zmienia to faktu, że przedsiębiorstwa dominujące powinny zachować ostrożność przy podejmowaniu decyzji, gdyż spoczywa na nich szczególnego rodzaju odpowiedzialność wynikająca z posiadanej przez nich większej niż zwyczajowa zdolności wpływania (negatywnego i pozytywnego) na konkurencyjną strukturę rynku właściwego³⁷. Dlatego też zobowiązani są oni do niepodejmowania lub zaniechania wszelkich działań, które mogą wywoływać antykonkurencyjne skutki na danym rynku. To właśnie takie działania, określane jako nadużywanie pozycji dominującej przez przedsiębiorcę, są zakazane przez unijne prawo konkurencji.

1.1.2.1. Podstawa prawna zakazu nadużywania pozycji dominującej

Przywoływany już wielokrotnie art. 102 TFUE dostarcza podstawy prawnej dla zakazu nadużywania pozycji dominującej. Stanowi on, co następuje: „Niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi. Nadużywanie takie może polegać w szczególności na: a) narzucaniu w sposób bezpośredni lub pośredni niesłuszných cen zakupu lub sprzedaży albo innych niesłuszných warunków transakcji; b) ograniczaniu produkcji, rynków lub rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów; c) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji; d) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają

³⁶ Artykuł Komisji Europejskiej z grudnia 2005 r. w sprawie stosowania art. 82 TWE w odniesieniu do praktyk abuzywnych o charakterze wykluczającym, [dostęp: 20.11.2015], dostępny w Internecie: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

³⁷ A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz nadużycia pozycji dominującej we wspólnotowym i polskim prawie anty-monopolowym*, Dom Organizatora, Toruń 2009, s. 142.

związku z przedmiotem tych kontraktów”³⁸. Z treści tego przepisu można wnioskować, że aby dane działanie uznać za zakazane, należy udowodnić spełnienie trzech następujących przesłanek: istnienia pozycji dominującej na rynku właściwym, nadużycia tej pozycji dominującej oraz wywołania tym nadużyciem negatywnego wpływu na handel między państwami członkowskimi. Pierwsza z przesłanek świadczy o tym, że zakaz ten odnosi się tylko do szczególnej grupy przedsiębiorców, a mianowicie tych znajdujących się w pozycji dominującej. Druga z przesłanek wskazuje na to, że zakaz ten nie zabrania zdobywania i posiadania pozycji dominującej (pod warunkiem, że została ona zdobyta w drodze tzw. wzrostu wewnętrznego, a nie poprzez nielegalną koncentrację przedsiębiorców), gdyż często taki stan rzeczy może również pozytywnie oddziaływać na sytuację na rynku. Zabronione jest natomiast nadużywanie pozycji dominującej, tj. „takie wykorzystywanie tej pozycji, które odbywa się ze szkodą dla chronionych prawem antymonopolowym wartości”³⁹. Takie działanie może przybierać formę praktyki wykluczającej lub praktyki eksploatacyjnej. Istotne jest tutaj też kryterium geograficzne, a mianowicie fakt, że takie nadużycie musi wywoływać negatywny skutek na rynku wewnętrznym lub na jego istotnej części, aby mogło je regulować unijne prawo antymonopolowe. Zakaz zawarty w art. 102 TFUE zawiera w sobie także obowiązek niezwłocznego zaniechania dokonywanych nadużyć. Obowiązuje on z mocy samego prawa (*ex lege*). Znaczy to, że nie jest konieczne wydanie żadnego aktu przez organ ochrony konkurencji, które aktualizowałoby obowiązek jego przestrzegania. Postępowanie przeciwko nadużywającemu pozycji dominującej wszczyna Komisja Europejska. Do jego wszczęcia zobowiązane są również organy antymonopolowe państw członkowskich (o ile Komisja nie wszczęła postępowania wcześniej) niezależnie od zastosowania już przez nie krajowego prawa ochrony konkurencji. Wzajemne relacje proceduralne w tej kwestii regulowane są przez rozporządzenie nr 1/2003⁴⁰.

W związku z tym, że zakaz nadużywania pozycji dominującej jest przejawem ograniczania wolności działalności gospodarczej gwarantowanej przez prawo unijne (w formie swobód rynku wewnętrznego oraz związania się UE postanowieniami Karty Praw Podstawowych), ingerencja w tę wolność musi być uzasadniona ważnym interesem publicznym oraz mieć proporcjonalny charakter. Zarówno większość doktryny, jak i sądy unijne uważają, że zwiększenie efektywności ekonomicznej i maksymalizacja dobrobytu konsumentów stanowi właśnie taki istotny interes publiczny.

1.1.2.2. Cele zakazu nadużywania pozycji dominującej

Wyodrębnić możemy dwie grupy celów zakazu wynikającego z art. 102 TFUE, a mianowicie cele bezpośrednie i pośrednie⁴¹. Za bezpośredni cel zakazu uznaje się wyeliminowanie praktyk rynkowych podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące

³⁸ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej...

³⁹ M. Szydło, *op. cit.*, s. 106.

⁴⁰ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (OJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25), 32003R0001.

⁴¹ K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2012, s. 79.

ograniczających konkurencję, a mianowicie praktyk wykluczających i praktyk eksploatacyjnych⁴². Natomiast pod pojęciem pośrednich celów zakazu kryje się ochrona pewnych istotnych z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji wartości. Jest nimi przede wszystkim skuteczna konkurencja na rynku, stanowiąca środek mający pozwolić na osiągnięcie efektywności ekonomicznej (alokacyjnej, ekonomicznej i produkcyjnej) na rynku. Dzięki zwiększeniu efektywności ekonomicznej, która uznawana jest za drugi pośredni cel zakazu, możliwe jest jednocześnie spełnienie trzeciego celu zakazu – maksymalizowanie dobrobytu konsumentów. Osiągnięcie tych celów sprzyja również podrzędnym celom, takim jak ochrona interesów przedsiębiorstw konkurujących z przedsiębiorstwem dominującym.

Wielu upierałoby się, że to przecież konkurencja jest naczelnym dobrem chronionym przez unijne regulacje. Jednakże należy stwierdzić, że osiągnięcie stanu konkurencji nie jest celem samym w sobie, a jedynie instrumentem, który sprzyjać ma osiągnięciu innych, licznych pozytywnych skutków powiązanych z efektywnością ekonomiczną i dobrobytem konsumentów⁴³. Tak bowiem kształtowane są obecne priorytety unijnej polityki antymonopolowej (choć art. 102 TFUE jest skonstruowany w taki sposób, aby być w stanie elastycznie dopasowywać się do każdej zmiany tej polityki). Pomimo tak ustalonych priorytetów sądy unijne wydają się czasami orzekać przeciwnie, nadal hołdując przekonaniom szkoły ordoliberalnej twierdzącej, że art. 102 TFUE powinien chronić przede wszystkim konkurentów dominanta oraz ich indywidualną wolność gospodarczą⁴⁴. Taki pogląd M. Szydło uznaje za przestarzały i nienadający się do stosowania w obecnych realiach rynkowych⁴⁵.

1.1.2.3. Istota i ustalanie nadużywania pozycji dominującej

Ustalenie, co tak naprawdę kryje się pod pojęciem nadużywania pozycji dominującej, jest o tyle trudne, że art. 102 TFUE wcale nie definiuje tego pojęcia⁴⁶. Znajdziemy w nim jedynie otwarty katalog przykładowych praktyk dominantów stanowiących działania zabronione przez prawo unijne. Wcale nie oznacza to, że w doktrynie i orzecznictwie nie podejmowano licznych prób zdefiniowania i usystematyzowania tego zjawiska.

Wyrok TSUE w sprawie *Hoffmann-La Roche* nadużycie pozycji dominującej definiuje jako zachowanie dominanta polegające na wywieraniu wpływu na strukturę rynku, na którym ze względu na samą „[...] tylko obecność przedsiębiorstwa dominującego, stopień konkurencji jest już osłabiony i które to zachowanie, poprzez odwołanie do metod innych niż te które są stosowane w warunkach normalnej konkurencji [...], wywołuje taki efekt, że przeszkadza w utrzymaniu stopnia konkurencji wciąż istniejącego na tym rynku bądź też przeszkadza w rozwinięciu się tam konkurencji”⁴⁷. Natomiast w przekonaniu Komisji Europejskiej nadużyciem pozycji dominującej nazywamy praktyki wy-

⁴² A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz...*, s. 153.

⁴³ Artykuł Komisji Europejskiej z 2005 r.,..., s. 4 i 54.

⁴⁴ K. Kohutek, *op. cit.*, s. 60.

⁴⁵ M. Szydło, *op. cit.*, s. 119.

⁴⁶ A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz...*, s. 139–140.

⁴⁷ M. Szydło, *op. cit.*, s. 123.

kluczające, których efektem jest zamknięcie konkurentom dostępu do rynku, ograniczające jednocześnie potencjalny dostęp do oferowanego przez nich konkurencyjnego towaru lub usługi⁴⁸. Takie działanie ma na celu wyeliminowanie z rynku lub osłabienie pozycji aktualnych konkurentów lub niedopuszczenie do wejścia na rynek potencjalnych nowych konkurentów. Zachowanie to szkodzi mechanizmowi konkurencji. Jednocześnie Komisja uważa, że zakaz wynikający z art. 102 TFUE nie zabrania praktyk wykluczających, których jedynym skutkiem byłoby zaszkodzenie konkurentom. Istotne jest to, czy takie działanie powoduje antykonkurencyjny skutek na rynku właściwym – skutek, który polegać może na zmniejszeniu efektywności alokacyjnej lub zaszkodzeniu dobrobytowi konsumentów, przy równoczesnym braku równoważących ten negatywny wpływ korzyści. A zatem kluczowe jest tutaj łączne wystąpienie co najmniej prawdopodobieństwa efektu wykluczenia oraz jego antykonkurencyjny charakter. Drugą z praktyk, do których wyeliminowania zmierza zakaz z art. 102 TFUE, są praktyki eksploatacyjne polegające na ekonomicznym wykorzystaniu konsumentów oraz kontrahentów posiadających słabszą niż dominant pozycję na rynku.

Jak już zostało to wspomniane, TSUE w wyroku z 1983 r. w sprawie *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin p. Komisji* orzekł, że nadużycie pozycji dominującej nie stanowi samo jej posiadanie. Jednakże fakt ten powoduje, że na przedsiębiorstwie dominującym spoczywa szczególnego rodzaju odpowiedzialność – obowiązek powstrzymywania się od podejmowania działań, które mogą zagrażać skutecznej i niezakłóconej konkurencji na rynku właściwym⁴⁹. Wszelkie działania dominanta powinny być proporcjonalne do zamierzonych celów⁵⁰. Może zdarzyć się również tak, że zachowania, które w warunkach normalnej konkurencji uważane są za dopuszczalne, w chwili podjęcia ich przez przedsiębiorcę znajdującego się w pozycji dominującej uznane będą za nadużycie takiej pozycji⁵¹. Należy pamiętać, że nadużycie może wynikać nie tylko z działania przedsiębiorcy, ale również z pewnego rodzaju zaniechań. Co więcej, nadużycie jest kategorią obiektywną, brak winy wcale nie legalizuje działań o charakterze antykonkurencyjnym⁵².

Jednym z przejawów nadużywania pozycji dominującej o charakterze wykluczającym jest m.in. przeciwdziałanie rozwojowi konkurencji – to znaczy zapobieganie bądź utrudnianie ukształtowaniu się takich warunków, które uznawane są za niezbędne dla powstania lub rozwoju konkurencji. Taką okolicznością, istotną z punktu widzenia poruszanej tematyki, jest zmniejszenie tempa rozwoju technologicznego⁵³. Przedsiębiorstwa dominujące na warunki te wpływać mogą w dwojaki sposób – poprzez działanie lub poprzez zaniechanie. Działanie może polegać np. na przyznaniu danemu przedsiębiorcy

⁴⁸ Wytyczne Komisji Europejskiej z dnia 9 lutego 2009 r. ...

⁴⁹ Wyrok TSUE z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie 322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin p. Komisji*, ECLI:EU:C:1983:313.

⁵⁰ Wyrok SPI z dnia 30 września 2003 r. w sprawie T-191/98 *Atlantic Container Line and Others p. Komisji*, ECLI:EU:T:2003:245.

⁵¹ Decyzja Komisji z dnia 15 czerwca 2005 r. w sprawie COMP/A. 37.507/F3 *AstraZeneca*.

⁵² A. Brzezińska-Rawa, *Wprowadzenie...*, s. 259.

⁵³ A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz...*, s. 177.

wyłączonego prawa prowadzenia działalności gospodarczej na danym rynku albo na utrudnianiu życia innym przedsiębiorcom zmierzającym do ich całkowitego wyeliminowania z rynku. Takie zapobieganie rozwojowi konkurencyjnych warunków rynku nie musi odnosić się tylko i wyłącznie do rynku właściwego. Skutek ten przedsiębiorstwo dominujące może również wywoływać na rynku związanym – jest to zjawisko tzw. efektu dźwigni (*leveraging*) polegające na przenoszeniu pozycji dominującej z jednego rynku na drugi. Sytuacja ta bardzo często ma miejsce w sektorach gospodarki, w których występuje infrastruktura stanowiąca urządzenie kluczowe do prowadzenia danej działalności, której skopiowanie jest często nieopłacalne albo wręcz niemożliwe. Warto zauważyć, że przedsiębiorstwo dominujące niekoniecznie musi przenosić swoją pozycję na inny rynek (poprzez rozpoczęcie wykonywania na nim działalności gospodarczej), aby móc ograniczać rozwój konkurencji na takim rynku. Czasami wystarcza fakt, iż posiada ono na tyle silną pozycję na swoim rynku, że pozwala mu ona na wyznaczanie pewnych standardów wywierających pośredni skutek na drugim rynku.

Stosownie do orzeczenia SPI w sprawie *Compagnie maritime belge*, w niektórych szczególnych przypadkach również korzystanie z przepisów prawa (np. prawa własności intelektualnej) poprzez inicjowanie postępowań, może być odebrane jako tożsame z nadużywaniem posiadanej pozycji dominującej⁵⁴, w szczególności gdy podejmowane jest z intencją wywołania skutku antykonkurencyjnego. Jednakże niektórzy przedstawiciele doktryny nie zgadzają się, że wykorzystywanie praw własności intelektualnej musi świadczyć o nadużywaniu pozycji dominującej. M. Górską uważa, że aby takie działanie można było uznać za nadużycie, muszą występować dodatkowe, abuzywne okoliczności⁵⁵. A zatem o tym, czy odmowa udzielenia licencji na prawo własności intelektualne stanowi nadużycie pozycji dominującej, rozstrzygać będą inne elementy towarzyszące odmowie kontraktowania.

2. Odmowa udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej jako nadużycie pozycji dominującej – pojęcie, przesłanki

2.1. Przypadek nadużycia pozycji dominującej poprzez odmowę kontraktowania jako wyjątek od zasady swobody umów

Wolność gospodarcza, a co za tym idzie wypływająca z niej swoboda kontraktowania, to jedno z naczelných wartości rynku wewnętrznego Unii Europejskiej. Przedsiębiorca będący w posiadaniu prawa własności intelektualnej co do zasady może w sposób dowolny swoim prawem dysponować, a także posługiwać się wszelkimi środkami w celu jego ochrony. Jednakże w niektórych sytuacjach, obwarowanych licznymi warunkami, swoboda ta doznawać może pewnych ograniczeń. Dzieje się tak, gdy odmowie

⁵⁴ Wyrok SPI z dnia 17 lipca 1998 r. w sprawie T-111/96 ITT *Promedia NV p. Komisji*, ECLI:EU:T:1998:183.

⁵⁵ M. Górską, *Przesłanki uznania odmowy dostępu do własności intelektualnej za nadużycie pozycji dominującej*, [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność intelektualna. Zarys Prawa Własności Intelektualnej*, t. II, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 5.

kontraktowania towarzyszy nadużycie pozycji dominującej, w jakiej znajduje się przedsiębiorca⁵⁶.

Nadużycie pozycji dominującej przez odmowę kontraktowania może przyjąć dwójaki charakter – odmowy świadczenia (*refusal to supply*) lub odmowy udzielenia licencji (*refusal to license*)⁵⁷. Przedmiotem pierwszej z nich są rzeczy (*tangible property*), natomiast druga związana jest co do zasady z odmową dostępu do prawa własności intelektualnej. W literaturze prawa UE takie działania traktowane są jako pozacenowe praktyki wykluczające na rynku sąsiednim, inaczej zwane również wertykalnym wykluczeniem z rynku (*vertical foreclosure*), w przeciwieństwie do horyzontalnego wykluczenia z rynku opartego na praktyce cenowej mającej na celu wykluczenie z rynku właściwego dla podmiotu dominującego⁵⁸.

W doktrynie podejmowano również próby innego klasyfikowania przypadków odmowy kontraktowania, np. na te polegające na nielegalnym przenoszeniu siły rynkowej z jednego rynku na drugi, bardzo często na skutek wstrzymania dotychczasowych dostaw (*termination of supply cases*) oraz przypadki odmowy dostępu do urządzenia kluczowego (*access to essential facility cases*)⁵⁹. Różnica pomiędzy nimi polega na tym, że w przypadku zaprzestania dotychczasowych dostaw mamy do czynienia z niedozwolonym działaniem, które jest problemem behawioralnym, natomiast w przypadku spraw dotyczących urządzeń kluczowych problem ma bardziej strukturalny charakter – już samo posiadanie przez dominanta urządzenia kluczowego determinuje obowiązek kontraktowania z nowymi kontrahentami na niedyskryminujących warunkach. Dla wielu podział ten nie ma znaczenia praktycznego, gdyż oba te przypadki odnoszą się do pewnego dobra (elementu infrastruktury, surowca, prawa własności intelektualnej) znajdującego się we władaniu dominanta, które stanowi warunek konieczny gospodarczego funkcjonowania na rynku przez inne przedsiębiorstwa. Co więcej, bardzo często podkreśla się, że rozróżnienie na odmowę kontraktowania po raz pierwszy i na zerwanie dotychczasowych relacji kontraktowych z danym klientem nie ma i nie powinno mieć jakiegokolwiek znaczenia, gdyż obie te sytuacje traktowane są w jednakowy sposób. Gdyby przyjąć odmiennie i przypadki zerwania dotychczasowych relacji traktować z większym rygorem, jakoby automatycznie wiązały się z antykonkurencyjnymi pobudkami, mogłoby spowodować to niepożądane przez obie strony skutki. W takiej sytuacji przedsiębiorca stawałby się bardziej ostrożny, a czasami nawet skrajnie nieufny przy nawiązywaniu pierwszych relacji kontraktowych z nowymi kontrahentami. Obawiałby się bowiem potencjalnej niemożności późniejszego swobodnego kontraktowania. Takie zachowanie zdecydowanie nie miałoby pozytywnego wpływu na konkurencję na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 5.

⁵⁷ A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz...*, s. 180.

⁵⁸ M. Surdek, *Odmowa Microsoftu przekazania konkurentom informacji zapewniających interoperacyjność ich systemów operacyjnych dla serwerów z platformą Windows*, [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2008, s. 48.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 50.

2.2. Przesłanki pośrednio odnoszące się do prawa własności intelektualnej

Wydaje się, że nie sposób w pełni zobrazować odmowy licencjonowania bez omówienia reguł wypracowanych przez orzecznictwo w sprawach dotyczących odmowy świadczenia. Choć zasady te nie odnoszą się bezpośrednio do prawa własności intelektualnej, niejednokrotnie przywoływane były przez sądy rozpatrujące późniejsze sprawy dotyczące odmowy licencjonowania. Często nawet prowokowały dyskusję co do słuszności oraz możliwości zastosowania ich w odniesieniu do prawa własności intelektualnej i ewentualnej konieczności wypracowania odrębnych reguł.

Odmowa świadczenia naruszająca art. 102 TFUE, który stanowi, że „niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi”⁶⁰, ma miejsce w sytuacji, gdy przedsiębiorca dominujący posiada przedmiot stanowiący warunek niezbędny dla wejścia przez konkurenta na rynek zajęty przez dominanta lub konkurowania na innym ściśle z nim powiązanim rynku⁶¹. Odmowę świadczenia można dalej podzielić na odmowę dalszej dostawy oraz domniemaną odmowę na skutek podniesienia cen do takiej wysokości, że dla kontrahenta nieopłacalnym staje się utrzymywanie relacji z dominantem. A zatem więź łącząca dominanta z kontrahentem zerwana może być w różnoraki sposób, przy czym, aby stanowiła nadużycie, musi mieć istotny wpływ na funkcjonowanie kontrahenta na rynku.

2.2.1. Reguła Commercial Solvents

Kwestia nadużycia pozycji dominującej poprzez odmowę świadczenia, a ściślej poprzez odmowę dotychczasowej dostawy, po raz pierwszy została poruszona przez TSUE w 1974 r. w wyroku w sprawie *Commercial Solvents p. Komisji*⁶². Przedsiębiorstwo Commercial Solvents Corporation (CSC) było jedynym na rynku dostawcą surowca niezbędnego do produkcji leku przeciwgruźliczego. Od wielu lat dostarczało ten produkt swojemu kontrahentowi, firmie Zoja zajmującej się produkcją leku na rynku związanym. Po pewnym czasie CSC zdecydował się na zerwanie dotychczasowych dostaw w związku z planowanym rozpoczęciem własnej produkcji leku przeciwgruźliczego, pozbawiając tym samym firmę Zoja jedyne źródła surowca i uniemożliwiając jej dalsze funkcjonowanie na rynku. TSUE uznał, że działanie CSC stanowiło nadużycie pozycji dominującej, gdyż doprowadziło do wyeliminowania wszelkiej konkurencji na rynku sąsiednim leków przeciwgruźliczych. Na wykazanie abuzywnego charakteru działania istotny wpływ miał fakt, że CSC zaprzestał dostawy dopiero w momencie, gdy firma Zoja stała się jego bezpośrednim konkurentem. TSUE stwierdził, że przedsiębiorca znajdujący się w pozycji dominującej na rynku produkcji surowca, a co za tym idzie

⁶⁰ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej...

⁶¹ M. Górski, *op. cit.*, s. 6.

⁶² Wyrok TSUE z dnia 6 marca 1974 r. w sprawach połączonych 6/73 i 7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. i Commercial Solvents Corporation p. Komisji*, ECLI:EU:C:1974:18.

mający całkowitą kontrolę nad jego dostawą do producentów produktów pochodnych (*derivatives*), nie może odmówić dostarczenia surowca swoim dotychczasowym klientom tylko ze względu na fakt, że sam zamierza rozpocząć produkcję produktu pochodnego. Takie działanie jest sprzeczne z art. 102 TFUE i stanowi nadużycie pozycji dominującej, gdyż stwarza ryzyko eliminacji wszelkiej konkurencji na rynku sąsiadującym, jakim jest rynek produkcji leku przeciwgruźliczego. Jak można zauważyć, TSUE w orzeczeniu wyodrębnia dwa rynki – właściwy, którym jest rynek surowca, oraz sąsiedni, będący rynkiem produkcji leku. Rynek sąsiadujący nazywany jest również w doktrynie rynkiem związanym, komplementarnym, wtórnym lub pochodnym. CSC, będący monopolistą na rynku właściwym, poprzez odmowę dostawy surowca chciał jednocześnie zagarnąć rynek sąsiadujący. Wykształcona w tej sprawie zasada, zwana dalej regułą Commercial Solvents, stanowi, iż naruszeniem przez przedsiębiorcę dominującego art. 102 TFUE jest „odmowa wobec kontrahenta funkcjonującego na rynku ściśle związanym z rynkiem właściwym dla dominanta, której skutkiem byłoby wyeliminowanie całej konkurencji na tym rynku związanym”⁶³. Zatem okolicznością abuzywną towarzyszącą odmowie dostawy, która może wskazywać na nadużycie pozycji dominującej, jest ryzyko wyeliminowania konkurencji ze strony kontrahenta. Przesłanka ta przeistoczyła się w swoisty test przywoływany wielokrotnie w późniejszych rozstrzygnięciach i wraz z przesłanką braku obiektywnego uzasadnienia dla zachowania przedsiębiorcy dominującego stała się jednym z dwóch argumentów, które doczekały się rozwinięcia przez doktrynę urzędów kluczowych.

2.2.2. Doktryna urządzeń kluczowych (*essential facilities doctrine*)

Doktryna urządzeń kluczowych stanowiła odpowiedź na powracającą wciąż potrzebę stworzenia instrumentu reagowania na praktyki wykluczające w postaci odmowy kontraktowania. Do dnia dzisiejszego jej konstrukcja nadal nie została precyzyjnie i ostatecznie zdeterminowana przez orzecznictwo, dlatego też obecnie znajduje szerokie zastosowanie. W literaturze przedmiotu często pojawia się postulat przestrzegający przed nadmiernym używaniem tego narzędzia, gdyż stanowi on istotną ingerencję w przysługującą przedsiębiorcy swobodę kontraktowania i w dłuższej perspektywie może wywołać więcej negatywnych aniżeli pozytywnych konsekwencji⁶⁴.

Doktryna *essential facilities* nie różni się zaledwie od reguły Commercial Solvents. Stanowi jej rozwinięcie i charakteryzuje się niemalże identycznymi przesłankami, jednakże inny jest zakres jej zastosowania. Podczas gdy reguła Commercial Solvents odnosiła się do przedmiotu, jakim był pożądaný surowiec, doktryna urządzeń kluczowych dotyczy głównie dostępu do infrastruktury⁶⁵. Natomiast kontrowersje pojawiają się podczas prób zastosowania jej do stanów faktycznych związanych z prawem własności intelektualnej.

⁶³ M. Górka, *op. cit.*, s. 7.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 8.

⁶⁵ A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz...*, s. 181.

Korzeni doktryny urządzeń kluczowych można doszukać się w orzecznictwie amerykańskim. W sprawie *United States p. Terminal Railroad Association* z 1912 r.⁶⁶ przedmiotem sporu był dostęp do mostu łączącego dwie części miasta. Poprzez fuzję dwóch spółek zapewniających infrastrukturę kolejową w mieście planowano zunifikować system infrastruktury w mieście. Ten pozornie szczytny cel spotkał się z zarzutem wyeliminowania wszelkich alternatywnych sposobów przedostania się do drugiej części miasta i wzbudził wątpliwości co do jego zgodności z amerykańską ustawą antymonopolową Sherman Act. Stanowiła ona, że o ile sama fuzja podmiotów nie konstytuuje jeszcze nadużycia, o tyle towarzyszące jej okoliczności w postaci warunków zmierzających do wprowadzenia zakazu korzystania z innych, alternatywnych środków transportu, które miały zostać pozbawione dostępu do infrastruktury, świadczą o próbie zmonopolizowania rynku. Zaplanowane działanie spółek wzbudzało podejrzenie co do ryzyka wyeliminowania alternatywnego sposobu transportu towarów świadczonego przez podmioty niepowiązane ze spółkami. Szczególnie niepokojące w uznaniu sądu amerykańskiego były znajdujące się w umowie stworzonej przez łączące się spółki zapisy dotyczące reguł pobierania opłat za przejazd przez most mające dyskryminacyjny charakter wobec innych przedsiębiorstw niewchodzących w strukturę dominanta⁶⁷.

Stosownie do orzeczenia sądu amerykańskiego doktryna urządzeń kluczowych to reguła stanowiąca, że przedsiębiorca, który w wyłączny sposób dysponuje narzędziem mającym „kluczowe” znaczenie dla funkcjonowania mechanizmu konkurencji, powinien to narzędzie udostępnić innym przedsiębiorcom na rozsądnych warunkach⁶⁸. W orzeczeniu wyjaśniono również specyfikę zajmowania pozycji monopolisty, która bezpośrednio związana jest z definicją urządzenia kluczowego. Stwierdzono, iż jest to posiadanie wpływu na los podmiotów, których funkcjonowanie uzależnione jest od możliwości korzystania z urządzenia kluczowego. Jednakże to funkcjonowanie niekoniecznie musi odnosić się wyłącznie do tego samego rynku, na którym występuje dominant, ale może również odnosić się do rynku z nim powiązanego. W konsekwencji sąd nie stwierdził nielegalności samej fuzji spółek, wskazując wręcz na pozytywny dla ogółu zainteresowanych skutek unifikacji systemu infrastruktury. Jednakże jednocześnie wydał sprzyjający konkurencji nakaz zmiany regulacji warunków dostępu do mostu, a co za tym idzie – opowiedział się za mniej rygorystycznym instrumentem karania dominantów za próby monopolizacji rynku. Sąd zobowiązał łączące się spółki do dopuszczenia do korzystania z urządzenia przez wszystkich przedsiębiorców (nie tylko tych powiązanych z Terminal Railroad Association) na możliwie równych warunkach. Ponadto w orzeczeniu tym wypracowano cztery przesłanki nadużycia pozycji dominującej w drodze odmowy dostępu do urządzenia kluczowego: 1) posiadanie przez monopolistę kontroli nad urządzeniem kluczowym; 2) niemożność stworzenia przez konkurentów alternatywy dla tego urządzenia; 3) odmowa dostępu do urządzenia; 4) możliwość

⁶⁶ *United States p. Terminal Railroad Ass'n* 224 U.S. 383 (1912).

⁶⁷ I.B. Nestoruk, *Uwagi w sprawie tzw. doktryny „essential facilities” oraz relacji między prawem autorskim a prawem konkurencji*, [w:] K. Lewandowski (red.), *Prawo autorskie a prawo konkurencji*, Poznań 2009, s. 153.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 154.

udostępnienia urządzenia. Orzeczenie to nie od razu stało się częścią doktryny. Nastąpiło to dopiero na skutek częstego przywoływania go w późniejszych sprawach rozstrzyganych przez sądy amerykańskie. W kolejnych orzeczeniach dokonano również egzemplifikacji pojęcia urządzenia kluczowego. W sprawie *Hecht p. Pro Football League*⁶⁹ stwierdzono, że urządzeniem kluczowym jest stadion sportowy, w sprawie *Otter Tail Power Co p. United States*⁷⁰ do zbioru takich urządzeń zaliczono również urządzenia sieciowe służące do przesyłu elektryczności, a w późniejszych orzeczeniach infrastrukturę telekomunikacyjną oraz różnego rodzaju budynki. Jak można zaobserwować, w literaturze i orzecznictwie wyliczenia przykładowych urządzeń kluczowych odnoszą się przede wszystkim do obiektów materialnych. Pojawia się zatem pytanie, czy możliwe jest zastosowanie tej doktryny do prawa własności intelektualnej, a ściślej do nowych technologii, które coraz częściej stają się łatwym narzędziem monopolizacji rynku. Orzeczenia dotyczące dóbr niematerialnych (takich jak: listy klientów, bazy danych) pojawiły się w Stanach Zjednoczonych stosunkowo szybko. W roku 1945 r. w sprawie *Associated Press p. United States*, w związku ze stosowaniem dyskryminujących warunków dotyczących członkostwa w agencji prasowej, poruszono kwestię ograniczenia dostępu do tworzonych przez agencję serwisów informacyjnych⁷¹. Orzeczenie to wzbudziło wiele kontrowersji – zarzucano mu przede wszystkim brak precyzyjnego wskazania urządzenia kluczowego.

Nie ma zatem definitywnego rozstrzygnięcia w kwestii możliwości stosowania doktryny urządzeń kluczowych wobec praw własności intelektualnej. Można tylko wspomnieć, że przeciwnicy takiego postępowania zarzucają doktrynie, iż łamie ona całkowicie założenia systemu ochrony prawa własności intelektualnej, podważając zasadność istnienia mechanizmów ochrony twórczej działalności człowieka. Takie posunięcie może mieć fatalne skutki w przyszłości, powodować utratę zainteresowania w podejmowaniu twórczego wysiłku, a w rezultacie prowadzić do zahamowania rozwoju technologicznego. Zwolennicy natomiast utrzymują, że doktryna urządzeń kluczowych radzi sobie całkiem dobrze w godzeniu sprzeczności ujawniających się w relacjach prawa konkurencji i prawa własności intelektualnej oraz pozwala na zachowanie równowagi między wartościami chronionymi przez obie te dziedziny prawa. I. Nestoruk uważa, że wszelką krytykę kierowaną pod adresem doktryny urządzeń kluczowych należałoby raczej skoncentrować na niedoskonałościach i lukach charakteryzujących obie te dziedziny prawa. Autor proponuje kilka godnych uwagi rozwiązań, lecz równocześnie dostrzega, iż ze względu na zbyt szybkie tempo zmian powodowane dynamicznym rozwojem technologicznym niemal niemożliwe jest wypracowanie definitywnego remedium dla tego problemu⁷².

Na grunt prawa Unii Europejskiej doktryna *essential facilities* została przeniesiona dopiero dzięki decyzji Komisji Europejskiej w sprawie *Sealink/B&I – Holyhead* z 1992 r. Brytyjskie przedsiębiorstwo Sealink oferujące usługi przepraw promowych znajdowało

⁶⁹ *Hecht p. Pro-Football, Inc.*, 312 F. Supp. 472 (D.D.C. 1970).

⁷⁰ *Otter Tail Power Co. p. United States* 410 U.S. 366 (1973).

⁷¹ *Associated Press p. United States* 326 U.S. 1 (1945).

⁷² I.B. Nestoruk, *op. cit.*, s. 166.

się w posiadaniu urządzenia kluczowego – portu Holyhead, z którego usług korzystało irlandzkie przedsiębiorstwo B&I oferujące przewozy między Wielką Brytanią a Irlandią. Sealink, wykorzystując swoją pozycję dominującą, próbowało zmienić rozkład przepraw promowych na bardziej dla siebie korzystny, ze szkodą dla B&I, który nie mógłby w rezultacie oferować swoim klientom usług o najwyższej jakości i zostałby postawiony w niekorzystnej konkurencyjnie pozycji. Spadek jakości spowodowany byłby dłuższym czasem oczekiwania na rozładunek oraz załadunek statku w związku z koniecznością przepuszczenia dwóch promów Sealink. TSUE rozstrzygnął, że Sealink rzeczywiście znajdowało się w pozycji dominującej, posiadało urządzenie kluczowe oraz nadużyło swojej pozycji poprzez zaoferowanie konkurentowi dostępu do tego urządzenia na mniej korzystnych i dyskryminujących warunkach⁷³.

Następnie doktryna ta rozwinięta została w sprawie *Oscar Bronner* z 1998 r.⁷⁴, gdzie zawężono jej stosowanie poprzez wydłużenie listy przesłanek warunkujących nadużycie pozycji dominującej i wskazanie na konieczność łącznego ich występowania. Austriacki wydawca Oscar Bronner żądał od przedsiębiorstwa Mediaprint dostępu do stworzonej przez nie ogólnokrajowej sieci dystrybucji czasopism do domów subskrybentów magazynu wydawanego przez Mediaprint. Po tym, jak firma odmówiła mu świadczenia tej usługi, zarzucił jej nadużywanie pozycji dominującej. Twierdził, że jako mały przedsiębiorca nie jest w stanie stworzyć sieci o podobnym zasięgu, dlatego też swoim działaniem Mediaprint wpłynęło na znaczne utrudnienie funkcjonowania przez niego na rynku czasopism i postawiło go w niekorzystnej konkurencyjnie sytuacji. Swoje racje argumentował tym, że Mediaprint zajmowało się dystrybucją również innego niż wydawanego przez siebie magazynu. Mediaprint w odpowiedzi na zarzuty Bronnera stwierdziło, że posiadanie pozycji dominującej nie zobowiązuje go do dotowania swoich konkurentów. Co więcej, dodało, że stworzenie własnej ogólnokrajowej sieci dystrybucji wymagało tak wielkich nakładów finansowych i organizacyjnych, iż udostępnienie tej sieci ogółowi wydawców austriackich czasopism znacznie przekroczyłoby naturalne możliwości tego systemu. Zapewniało, że wydawca, którego pismo obok własnego również dystrybuują, znajduje się w zupełnie innej sytuacji niż Bronner, gdyż usługa ta jest tylko elementem pakietu usług, które Mediaprint temu wydawcy oferuje.

Oceniając stan faktyczny, TSUE sformułował cztery przesłanki warunkujące nadużycie pozycji dominującej poprzez odmowę dostępu do urządzenia kluczowego, jakim rzekomo była sieć dystrybucji. Były one następujące: 1) możliwość wyeliminowania wszelkiej konkurencji na rynku związanym, na którym funkcjonuje kontrahent żądający dostępu; 2) niezbędność usługi do prowadzenia działalności gospodarczej na rynku związanym; 3) brak potencjalnego lub faktycznego substytutu dla usługi; 4) brak obiektywnego uzasadnienia odmowy⁷⁵. W konsekwencji sąd uznał, że w przywołanej sytuacji nie doszło do nadużycia pozycji dominującej, a żądanie dostępu do sieci dystrybucji

⁷³ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 21 grudnia 1993 r., IV/34.689 - *Sea Containers p. Stena Sealink-Środek tymczasowy*.

⁷⁴ Wyrok TSUE z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG p. Mediaprint Zeitungs*, ECLI:EU:C:1998:569.

⁷⁵ M. Górka, *op. cit.*, s. 8.

było nieuzasadnione, gdyż nie był to jedyny możliwy sposób dystrybucji czasopisma Oscara Bronnera. Sieć stworzona przez Mediaprint nie była niezbędna do prowadzenia działalności przez Oscara Bronnera i w przekonaniu TSUE nie stanowiła urządzenia kluczowego, gdyż stworzenie alternatywnego sposobu dystrybucji było możliwe (nawet jeśli ekonomicznie niedogodne). TSUE stwierdził, że istnieją również inne sposoby dystrybucji magazynów, np. za pośrednictwem kiosków, dlatego też nie można powiedzieć, że działanie Mediaprint wyeliminuje z rynku wszelką konkurencję, gdyż Bronner nadal może na nim funkcjonować. Ponadto TSUE dodał, że nie dostrzega żadnych technicznych, prawnych, a nawet ekonomicznych przeszkód uniemożliwiających stworzenie przez innego wydawcę lub kilku współpracujących ze sobą wydawców swojej własnej sieci dystrybucji.

TSUE przytoczył również równoległe toczącą się sprawę dotyczącą praw własności intelektualnych – *Magill* – gdzie stwierdzono, że obowiązek przymusowego udzielenia dostępu może być nałożony na przedsiębiorcę dominującego, jeśli występują „wyjątkowe okoliczności”⁷⁶, których w sprawie *Oscar Bronner* nie ustalono. W porównaniu do poprzednich orzeczeń odnoszących się do doktryny *essential facilities*, w sprawie *Oscar Bronner* pojawiła się nowa przesłanka – „obowiązek wykazania, że nie istnieje potencjalnie lub faktycznie alternatywny dostęp do urządzenia kluczowego”⁷⁷. Ponadto dookreślono pojęcie „niezbędności”, wskazując, że oznaczać ma ono „bycie niezastępowanym”, tzn. że dostęp do takiego urządzenia jest warunkiem koniecznym prowadzenia działalności na rynku sąsiadującym. Tak jak wcześniej zostało wspomniane, orzeczenie w sprawie *Oscar Bronner* spowodowało zawężenie stosowania reguły urządzeń kluczowych.

2.3. Przesłanki bezpośrednio odnoszące się do prawa własności intelektualnej

2.3.1. Zasada ogólna w sprawach *Deutsche Grammophon*, *AB Volvo p. Erik Veng*, *CICCRA* i *Maxicar p. Renault*

Zanim jednak TSUE sformułował „test wyjątkowych okoliczności”, trafiały do niego liczne sprawy, których rozstrzygnięcia miały istotny wpływ na późniejsze przypadki nadużycia pozycji dominującej poprzez odmowę kontraktowania. Główna zasada przywoływana bardzo często przy analizowaniu tego problemu prawnego została wyrażona w wyroku w sprawie *Deutsche Grammophon* z 1971 r.⁷⁸ Stwierdzono wtedy, iż przedsiębiorca posiadający utwór chroniony prawem i zwyczajnie wykonujący swoje prawo wyłączne nie znajduje się automatycznie w pozycji dominującej. A nawet, jeśli rzeczywiście jest dominantem, to zwyczajne wykonywanie przez niego prawa własności intelektualnej niekoniecznie musi od razu prowadzić do nadużycia. Dojdzie do niego

⁷⁶ Wyrok TSUE z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 I C-242/91 *Radio Telefís Éireann (RTE) i Independent Television Publications Ltd (ITP) p. Komisji*, ECLI:EU:C:1995:98.

⁷⁷ Wyrok TSUE z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG p. Mediaprint Zeitungs*, ECLI:EU:C:1998:569.

⁷⁸ Wyrok TSUE z dnia 8 czerwca 1971 r. w sprawie 78/70 *Deutsche Grammophon GmbH p. Metro-SB-Grossmarkte GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:1971:59.

natomiast dopiero wtedy, gdy przez swoje działanie dominant zacznie uniemożliwiać konkurencję na rynku. Z taką sytuacją możemy mieć do czynienia w momencie, gdy pojawiają się okoliczności dające dominantowi przewagę umożliwiającą zniekształcanie lub zakłócenie skutecznej konkurencji⁷⁹. Nazywamy je działaniami o charakterze abuzywnym. Z orzeczenia w sprawie *Deutsche Grammophon* wynika zatem, iż fakt posiadania prawa własności intelektualnej oraz pozycji dominującej może, lecz niekoniecznie musi, stanowić podstawę żądania udzielenia licencji.

Orzeczeniem rozwijającym zasadę przyjętą w sprawie *Deutsche Grammophon* był wyrok w sprawie *Volvo p. Veng* z 1998 r.⁸⁰ Przedsiębiorstwo Volvo, będące posiadaczem zarejestrowanego wzoru przemysłowego, zwróciło się do sądu o stwierdzenie naruszenia jego wyłącznego prawa przez przedsiębiorstwo Veng, które bez uzyskania zgody Volvo wykorzystywało ich wzór do produkcji i sprzedaży identycznej części samochodu. Firma Veng broniła swojego stanowiska, zarzucając Volvo nadużycie pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia licencji na wzór, która to odmowa uniemożliwiła stworzenie substytutu produktu. Ponadto oskarżano Volvo o ustalanie zbyt wygórowanych cen za części zamienne potrzebne do naprawy samochodów ich produkcji. W następstwie zgłoszenia tego roszczenia sąd krajowy zwrócił się do TSUE o rozstrzygnięcie wątpliwości prawnych, które pojawiły się w tej sprawie. TSUE orzekł, że firma Volvo rzeczywiście posiadała pozycję dominującą na rynku części zamiennych potrzebnych do naprawy samochodu. Rzecznik generalny Jean Mischo przywołał w swojej opinii uprzednie orzeczenia w sprawie *Deutsche Grammophon* czy sprawie *Sirena*, zgodnie z którymi posiadacz prawa wyłącznego z tytułu własności przemysłowej znajduje się w pozycji dominującej, jeśli ma możliwość zapobiegnięcia utrzymywania efektywnej konkurencji w znacznej części rynku właściwego, zwłaszcza w odniesieniu do funkcjonowania i pozycji producentów oraz dostawców mogących sprzedawać produkty podobne lub stanowiące zamienniki dla produktów dominanta⁸¹. W analizowanej sprawie jedyny produkt, który może zastąpić produkt marki Volvo, musi mieć dokładnie taki sam kształt jak części zamienne produkowane przez producenta naprawianego samochodu, tj. przez dominanta. W związku z tym nie może istnieć i nie istnieje produkt będący substytutem, który nie naruszałby równocześnie prawa wyłącznego Volvo płynącego z zarejestrowanego wzoru. W tej sytuacji wszelkie próby stworzenia substytutu bez wcześniejszego uzyskania zgody Volvo byłyby nielegalne. W opinii Mischo producent samochodów będący posiadaczem zarejestrowanego wzoru przemysłowego i mający całkowite oraz wyłączne prawo do wytwarzania i dostarczania części zamiennych niezbędnych do naprawy samochodu w sytuacji, w której części te nie są zastępowalne przez części wyprodukowane w oparciu o inny wzór, znajduje się w pozycji dominującej w znaczeniu art. 102 TFUE. Dzieje się tak z powodu zarówno posiadania prawa wyłącznego, jak i faktu, że konsument nie może uzyskać substytutu dla produk-

⁷⁹ M. Górski, *op. cit.*, s. 9.

⁸⁰ Wyrok TSUE z dnia 5 października 1988 r. w sprawie 238/87 *AB Volvo p. Eric Veng (UK) Ltd.*, ECLI:EU:C:1988:477.

⁸¹ Opinia rzecznika generalnego J. Mischo z dnia 21 czerwca 1988 r. w sprawie C-53/87, ECLI:EU:C:1988:330.

tu dominanta. Dlatego też w tym stanie faktycznym firma Volvo rzeczywiście znajdowała się w pozycji dominującej⁸².

Należy jednak podkreślić, że sam fakt posiadania prawa płynącego z rejestracji wzoru przemysłowego nie świadczy jeszcze o posiadaniu pozycji dominującej. Tym bardziej nie można mówić o automatycznym jej nadużyciu. Zgodnie z wcześniejszymi wyrokami TSUE w sprawie *Parke, Davies and Co p. Probel, Centrafarm i inni*⁸³ z 1967 r., z nadużyciem pozycji dominującej mamy do czynienia dopiero, gdy dominant nadużywa ochrony przysługującej mu z tytułu patentu. Odmowa licencjonowania jako zwykłe wykonywanie prawa nie może samoistnie konstituować nadużycia pozycji dominującej. Do jego stwierdzenia konieczne jest występowanie dodatkowego elementu, takiego jak np. dyskryminujące warunki sprzedaży (odmowa dostarczenia części do niezależnych warsztatów zajmujących się naprawą) lub odmowa dalszego produkowania części do nieprodukowanych już, lecz znajdujących się wciąż w użytku, samochodów oraz narzucanie wygórowanych cen. Tak właśnie prezentowały się zarzuty kierowane pod adresem Volvo. Jednakże w orzeczeniu w sprawie *Parke, Davies and Co. p. Probel, Centrafarm i inni* uznano, iż wygórowane ceny wcale nie muszą stanowić o nadużyciu pozycji dominującej, gdyż twórca produktu jak najbardziej ma prawo do odzyskania kosztów produkcji, osiągnięcia odpowiedniego zysku, a co więcej, do zwrotu nakładów dokonanych na cele badawcze i rozwój technologiczny.

Ostatecznie TSUE orzekł, iż prawo posiadacza zarejestrowanego wzoru przemysłowego do zapobiegania produkcji, sprzedaży oraz importu produktu stworzonego bez jego zgody na podstawie tego wzoru przez osoby trzecie stanowi przedmiot jego prawa wyłącznego. Dlatego też nałożenie na niego obowiązku udzielenia takim osobom licencji na dostawę produktów zawierających w sobie ten wzór, nawet za odpowiednim wynagrodzeniem, prowadziłoby do pozbawienia go istoty jego prawa wyłącznego. W związku z tym odmowa licencjonowania nie może sama w sobie konstituować nadużycia pozycji dominującej. Jednakże taki sposób wykonywania prawa wyłącznego może być uznany za sprzeczny z art. 102 TFUE, jeśli powiązany jest z pewnymi abuzywnymi zachowaniami ze strony dominanta, takimi jak arbitralna odmowa dostarczenia części zamiennych do niezależnych warsztatów, ustalanie cen na niesprawiedliwym poziomie albo decyzja zaprzestania dalszej produkcji części dla konkretnego modelu, nawet jeśli samochody tego modelu nadal znajdują się w użyciu.

Sprawa *CICCRA i Maxicar p. Renault* z 1988 r.⁸⁴ dotyczyła bardzo podobnych okoliczności co sprawa *Volvo p. Veng* z tą różnicą, że przedmiotem sporu były chronione zarejestrowanym wzorem przemysłowym części ozdobne samochodu. Reakcja TSUE była niemalże identyczna. Stwierdził on, że odmowa licencjonowania w celu

⁸² E. Stępień, *Nakazanie udzielenia licencji przymusowej w wyniku nadużywania pozycji dominującej w świetle orzecznictwa wspólnotowego*, [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2008, s. 40-41.

⁸³ Wyrok TSUE z dnia 29 lutego 1968 r. w sprawie 24-67 *Parke, Davies and Co p. Probel, Centrafarm and Others*, ECLI:EU:C:1968:11.

⁸⁴ Wyrok TSUE z dnia 5 października 1988 r. w sprawie 53/87 *CICCRA and Maxicar p. Renault*, ECLI:EU:C:1988:472.

zapobiegnięcia produkcji i sprzedaży substytutu opartego na chronionym wzorze stanowi istotę prawa wyłącznego, jakie przysługuje firmie Renault. Natomiast wszelkie próby niestosowania w tej sytuacji krajowej legislacji mającej za zadanie chronić własność przemysłową podważałyby sens istnienia takiego prawa. Dodał, że zasady odnoszące się do swobody przepływu towarów w ramach Unii Europejskiej nie wyłączają stosowania ustawodawstwa państw członkowskich przyznającego uprawnionemu z tytułu zarejestrowanego wzoru prawa odmowy licencjonowania. A zatem nie stanowi nadużycia pozycji dominującej wykonywanie prawa wyłącznego poprzez upewnienie się, iż żadna osoba trzecia nie będzie produkować, sprzedawać, importować lub eksportować produktów identycznych do produktu stworzonego przez uprawnionego. Takie działanie nie jest abuzywną metodą eliminowania konkurencji na rynku. TSUE wymienił również przykładowe zachowania noszących znamię abuzywności i mogących świadczyć o nadużyciu pozycji dominującej, które były zbieżne z katalogiem wykreowanym w orzeczeniu w sprawie *Volvo p. Veng*. Rozwinął nieco bardziej kwestię niesprawiedliwych i wyższych od oferowanych przez konkurentów cen oraz orzekł, że wyższe ceny same w sobie nie świadczą o nadużyciu pozycji dominującej, gdyż posiadacz zarejestrowanego wzoru ma prawo odzyskania zainwestowanego w jego stworzenie kapitału. Ponownie utrzymano zasadę, iż sam fakt uzyskania ochrony na gruncie prawa własności przemysłowej nie jest jednoznaczny z nadużyciem pozycji dominującej. Z kolei wykonywanie takiego prawa wyłącznego może być zakazane (zgodnie z art. 102 TFUE) tylko wtedy, gdy towarzyszy mu dodatkowe, abuzywne działanie ze strony dominanta. Kryterium owo wkrótce miało zostać zastąpione nowym testem mającym pomóc skutecznie ustalić, czy doszło do nadużycia pozycji dominującej.

2.3.2. „Test wyjątkowych okoliczności” w orzeczeniu w sprawie *Magill*

Orzeczenie TSUE z 1995 r. w sprawie *Magill*⁸⁵ jest jednym z najważniejszych wyroków odnoszących się do problematyki odmowy udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej. Wraz ze sprawą *IMS Health* stanowią dwa szstandarowe rozstrzygnięcia, które wielokrotnie przywoływane były w sytuacjach nadużywana pozycji dominującej do czasu pojawienia się na horyzoncie sprawy *Microsoft*.

Przedsiębiorstwo *Magill* chciało wprowadzić na rynek nowy, nieoferowany dotąd produkt – zbiorczy, cotygodniowy program telewizyjny wszystkich stacji telewizyjnych w Irlandii i Irlandii Północnej. Dotychczas każda z tych stacji (RTE, ITV i BBC) osobno publikowała swoją własną dzienną ramówkę, równocześnie zastrzegając sobie prawo do publikacji cotygodniowych zestawień przez osoby trzecie. Zewnętrzne dzienniki i periodyki mogły uzyskać licencję jedynie na publikację informacji dostarczonych im wcześniej przez stacje, dotyczących programu zaledwie jedno- lub wyjątkowo dwudniowego. Co więcej, licencja ta obciążona była dodatkowymi obostrzeniami, np. w postaci konieczności uzyskania autoryzacji wyboru pozycji polecanych przez magazyny w danym tygodniu. Próba wprowadzenia na rynek tygodniowego, zbiorczego programu telewizyj-

⁸⁵ Wyrok TSUE z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 I C-242/91 *Radio Telefís Éireann (RTE) i Independent Television Publications Ltd (ITP) p. Komisji*, ECLI:EU:C:1995:98.

nego przez Magill spotkała się z gwałtowną reakcją wspomnianych trzech stacji telewizyjnych, które błyskawicznie uzyskały sądowy zakaz publikacji tego produktu. W następstwie tej decyzji Magill wniósł skargę do Komisji Europejskiej, zarzucając stacjom telewizyjnym naruszenie art. 102 TFUE. Komisja w swojej decyzji nałożyła na te przedsiębiorstwa obowiązek zaprzestania sprzecznego z prawem działania oraz obowiązek udzielenia licencji na niedyskryminacyjnych warunkach i za rozsądną ustaloną opłatą. Stacje telewizyjne wystąpiły o zawieszenie wykonania decyzji oraz próbowały się od niej odwołać. Sąd Pierwszej Instancji odrzucił ich wnioski, a sprawa trafiła przed TSUE. Komisja utrzymywała, że działanie stacji telewizyjnych miało zdecydowanie abuzywny charakter, gdyż wyeliminowało z rynku nowy produkt ze szkodą dla konsumentów oraz ograniczyło i zamierzało nadal ograniczać handel między państwami członkowskimi UE. Przeciwna strona utrzymywała, że SPI źle zinterpretował pojęcie nadużycia pozycji dominującej wypływające z przepisów unijnych, błędnie ustalił wpływ działania stacji telewizyjnych na rynek wewnętrzny UE oraz nie wziął pod uwagę postanowień konwencji berneńskiej z 1886 r. RTE dodało, iż Komisji Europejskiej nie ma wystarczających kompetencji do nałożenia obowiązku przymusowego licencjonowania na posiadacza prawa wyłącznego. Co więcej, zarzucano, że uzasadnienie wyroku SPI nie spełnia wymagań prawa do obrony.

Kluczowym argumentem stron były jednak zarzuty niezgodnej z prawem unijnym interpretacji nadużycia pozycji dominującej. Próbując udowodnić abuzywny charakter działania stacji telewizyjnych, SPI odniósł się do problemu relacji między krajowym prawem własności intelektualnej a zasadami ogólnymi Unii Europejskiej odnoszącymi się do prawa konkurencji. Według sądu pogodzenie tych dwóch obszarów prawa powinno być przeprowadzone w taki sposób, aby chronione pozostawało legalne wykonywanie praw własności intelektualnej i równocześnie wykluczone było jego niewłaściwe wykonywanie mogące prowadzić do sztucznych podziałów na rynku wewnętrznym UE oraz do wypaczenia reguł rządzących unijnym prawem konkurencji. Sąd stwierdził, iż rzeczywiście możliwa jest derogacja od swobody przepływu towarów, ale tylko w konkretnych przypadkach usprawiedliwionych ochroną własności przemysłowej lub handlowej (podobnie jak w sprawie *Deutsche Grammophon*). SPI uznał, że co do zasady ochrona przedmiotu prawa własności intelektualnej zezwala jego posiadaczowi na zastrzeżenie sobie wyłącznego prawa do reprodukcji utworu, jednakże sposób, w jaki w sprawie *Magill* wykonywano to prawo, był ewidentnie sprzeczny z celem art. 102 TFUE. Sąd stwierdził, że zachowanie dominanta nie spełniało pierwotnej funkcji art. 36 TFUE, tj. ochrony autorskich praw osobistych oraz prawa do wynagrodzenia za twórczy wysiłek, a co za tym idzie – nie respektowało zasad zawartych w art. 102 TFUE. W związku z tym, że krajowe prawo własności intelektualnej okazało się sprzeczne z wartościami prawa unijnego, sąd w tej sytuacji przyznał prymat unijnemu prawu konkurencji. SPI orzekł, że poprzez zastrzeżenie wyłącznego prawa reprodukcji utworu, dominant uniemożliwił pojawienie się na rynku nowego produktu, który z dużym prawdopodobieństwem mógłby skutecznie konkurować z produktami dominanta. W taki sposób stacje telewizyjne wykorzystały swoje prawo wyłączne w celu ustanowienia

monopolu na rynku sąsiadującym. SPI stwierdził, że zachowanie eliminujące wszelką konkurencję na rynku nie mieści się w rozumieniu istoty prawa własności intelektualnej. Pomimo przysługującej dominantowi w tej sytuacji ochrony prawnoautorskiej działania stacji nie powinno się kwalifikować jako słusznego przejawu obrony swojego prawa. Nie dość, że jest ono sprzeczne z art. 102 TFUE, to stoi także na drodze do wypracowania zgodnego koegzystowania prawa własności intelektualnej i swobody przepływu towarów oraz swobody konkurencji.

Przedsiębiorstwa dominujące broniły swoich racji na wiele sposobów. Powoływały się przede wszystkim na orzeczenie w sprawie *Volvo p. Veng* ustanawiające zasadę, że wykonywanie prawa własności intelektualnej, np. przez odmowę udzielenia licencji, nie może samo w sobie być postrzegane jako nadużycie. Co więcej, przedsiębiorstwa wskazywały, że prawo do reprodukcji jest podstawowym prawem wypływającym z istoty prawa własności intelektualnej – niejako wynagrodzeniem w postaci wyłącznego prawa sprzedaży produktów zawierających w sobie chroniony utwór. W argumentacji stacji telewizyjnych pojawia się także kwestia prawa do wprowadzenia produktu na rynek, która była już wcześniej poruszana przez sądy unijne, a prawo to zostało uznane za specyficzny element prawa własności intelektualnej. Strony utrzymywały również, że uprawniony wcale nie musi uzasadniać odmowy udzielenia licencji, ponieważ taki wymóg nie znajduje poparcia w dotychczasowym orzecznictwie unijnym, a ponadto stanowi niejednoznaczne kryterium podważające zasadę pewności prawa. Strony zarzucały Komisji Europejskiej i SPI, że prawo własności intelektualnej widzą jedynie jako konglomerat prawa do autorstwa i prawa do wynagrodzenia za korzystanie, ignorując zupełnie pozostałe elementy w nim się mieszczące, co z kolei stoi w sprzeczności z ustawodawstwem państw członkowskich oraz postanowieniami konwencji berneńskiej. Finalnym, zwięzającym stanowisko stacji telewizyjnych argumentem był zarzut nieustalenia posiadania pozycji dominującej z ekonomicznego punktu widzenia, a jedynie z punktu widzenia posiadania prawa własności intelektualnej, co według stron zostało uznane za niewystarczające.

W swoim orzeczeniu TSUE powtórzył zasadę wynikającą z wyroku w sprawie *Deutsche Grammophon* i przyznał, że samo posiadanie prawa własności intelektualnej rzeczywiście nie przesądza o posiadaniu pozycji dominującej. Nie zmieniało to jednak faktu, że SPI miało rację w kwestii faktu posiadania jej przez oskarżone przedsiębiorstwa. Były one jedynym źródłem informacji koniecznych do stworzenia nowego produktu przez firmy takie jak Magill, a tym samym miały monopol na te informacje oraz znajdowały się w pozycji, która pozwalała im na wyeliminowanie skutecznej konkurencji na rynku cotygodniowych, zbiorczych programów telewizyjnych. Jeśli natomiast chodzi o nadużycie ustalonej już pozycji dominującej, TSUE stwierdził, że stacje myliły się co do tego, że wykonywanie prawa wyłącznego nie może być rozpatrywane w świetle art. 102 TFUE. Brak standaryzacji i harmonizacji prawa własności intelektualnej na szczeblu prawa unijnego pozwala na stosowanie w takich sytuacjach prawa krajowego państw członkowskich, zgodnie z którym zwyczajne wykonywanie prawa wyłącznego przez dominant może nie stanowić nadużycia. Jednakże w pewnych okolicznościach

nazwanych w sprawie *Magill* „okolicznościami wyjątkowymi”, takie działanie może zawierać w sobie pierwiastek abuzywny⁸⁶. Tak właśnie stało się w przypadku stacji telewizyjnych, które posłużyły się swoim prawem jako narzędziem, które pozwolić miało im na powstrzymanie *Magill*, a także innych potencjalnych konkurentów, przed wprowadzeniem na rynek sąsiadujący nowego produktu. Za „wyjątkowe okoliczności” tego stanu faktycznego możemy uznać brak rzeczywistego lub potencjalnego substytutu dla oferowanego przez *Magill* produktu. Na rynku istniały bowiem tylko 24-godzinne i 48-godzinne przewodniki po programach telewizyjnych. Tygodniowe przewodniki oferowane wyłącznie przez dominantów przedstawiały ramówkę tylko jednej, konkretnej stacji. Na rynku powstała zatem luka, którą mógłby wypełnić produkt zaspokajający potrzebę konsumentów w postaci możliwości zdecydowania z wyprzedzeniem o planach związanych z oglądaniem telewizji na przestrzeni całego tygodnia. Takie zapotrzebowanie zdaniem sądu powinno być konkretne, ciągłe, regularne i potencjalne.

Przedsiębiorcy dominujący, nie udzielając licencji na korzystanie ze swojego utworu, nie pozostawili widzom (swoim klientom) żadnego alternatywnego wyboru jak wykupienie poszczególnych programów telewizyjnych od każdej ze stacji. Takie działanie doprowadziło do niepojawienia się na rynku nowego produktu, którego dominanci sami nie oferowali, a na które istniało potencjalne zapotrzebowanie ze strony konsumentów. Poprzez odmowę dostępu do podstawowych informacji koniecznych do stworzenia nowego produktu, wyeliminowali całą konkurencję i doprowadzili do zarezerwowania dla siebie rynku sąsiadującego. W takim ewidentnie abuzywnym zachowaniu TSUE dopatrzył się naruszenia art. 102 TFUE i stwierdził, że strony niedostatecznie uzasadniły odmowę licencjonowania.

Jak można zauważyć, TSUE stworzył swoisty test – „test wyjątkowych okoliczności” – których wystąpienie miało pomóc w ustaleniu, czy odmowa udzielenia licencji konstituuje nadużycie pozycji dominującej. Do katalogu tych przesłanek zalicza się następujące warunki: uniemożliwienie pojawienia się nowego produktu, na który istnieje zapotrzebowanie; zarezerwowanie sobie przez uprawnionego z tytułu prawa własności intelektualnej rynku sąsiadującego poprzez wyeliminowanie wszelkiej konkurencji na tym rynku; brak obiektywnego uzasadnienia dla odmowy licencjonowania⁸⁷. Jednym z defektów wyroku TSUE był brak przesądzenia, czy wszystkie te elementy powinny występować łącznie. Tę wątpliwość rozwiązano dopiero w kolejnych orzeczeniach.

W sprawie *Magill* nadano szczególnego znaczenia pierwszej przesłance – kryterium „nowego produktu” – który nie był wcześniej oferowany przez dominantów, a na którego istniało zapotrzebowanie konsumentów. Zatem działanie polegająca na udaremnianiu pojawienia się takiego produktu możemy dołączyć do katalogu działań abuzywnych równoznacznych z nadużyciem pozycji dominującej. Równocześnie przesłanka ta wpisuje się w treść art. 102 TFUE, a mianowicie w „ograniczenie produkcji, rynku lub postępu technologicznego na szkodę konsumentów”⁸⁸. Kryterium „nowego produk-

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ M. Górka, *op. cit.*, s. 11–12.

⁸⁸ *Ibidem*, s. 11.

tu” miało być remedium na konflikt między prawem własności intelektualnej a unijnym prawem konkurencji, próbą dostosowania reguły Commercial Solvents do specyfiki prawa własności intelektualnej, a także wyważeniem interesów dominanta i konkurentów z rynku sąsiadującego⁸⁹. Pojęcie „nowego produktu” doczekało się doprecyzowania w orzeczeniu z 1997 r. w sprawie *Tiercé Ladbroke*⁹⁰. Sąd uznał wtedy, że spełnienie tego kryterium jest uzależnione od potencjalnego zapotrzebowania na nowy produkt, które powinno być „stałe, regularne i odnoszące się konkretnie do tego produktu”⁹¹. Sąd przyznał, że alternatywą dla kryterium „nowego produktu” może być kryterium „niezbędności”, którego spełnienie wskazuje na potencjalne naruszenie art. 102 TFUE. Reguła, która wykształtowała się w tym orzeczeniu, brzmiała następująco – do nadużycia pozycji dominującej może dojść, gdy odmowa dotyczy „produktu lub usługi, które są niezbędne do prowadzenia określonej działalności w tym sensie, że nie ma dla nich żadnego rzeczywistego ani potencjalnego substytutu”⁹². W rozpatrywanej sprawie przedsiębiorstwo Tiercé Ladbroke zarzucało innemu przedsiębiorstwu posiadającemu wyłączne prawo organizowania zakładów wzajemnych we Francji nadużycie pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia licencji na transmisję obrazu i dźwięku z francuskich wyścigów konnych w lokalach przyjmujących zakłady wzajemne, których właścicielem było belgijskie przedsiębiorstwo Tiercé Ladbroke. SPI oddalił skargę Tiercé, ponieważ uznał, że możliwość takiej transmisji nie była warunkiem niezbędnym do prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorstwo, jaką była działalność bukmacherska. Dowodem na to, że transmisja nie była czynnikiem niezbędnym do funkcjonowania przedsiębiorstwa, był fakt uzyskiwania przez firmę wysokich dochodów w okresie, w którym transmisja nie była oferowana klientom.

Natomiast, jeśli chodzi o przywoływany przez stacje telewizyjne argument braku wpływu ich działania na rynek wewnętrzny UE, TSUE uznał, że nie jest konieczne wykazanie rzeczywistego wpływu. Wystarczy, że miały one taką możliwość. Przedsiębiorstwa swoim zachowaniem wykluczyły wszelkich potencjalnych konkurentów na obszarze geograficznym Irlandii i Wielkiej Brytanii oraz zmodyfikował konkurencję na tym rynku w takim stopniu, iż istniała realna szansa oddziaływania na potencjalne umowy handlowe między Irlandią a Wielką Brytanią. W odpowiedzi na zarzuty pozostawiania w sprzeczności z konwencją berneńską TSUE przypomniał, że Unia Europejska nie jest związana postanowieniami tej umowy międzynarodowej. Jednakże stacje telewizyjne twierdziły, że pomimo iż Unia Europejska nie jest stroną konwencji, to od zawsze zachęcała państwa członkowskie do respektowania jej postanowień. W odpowiedzi, TSUE stwierdził, że sprawa *Magill* dotyczy tylko i wyłącznie państw będących członkami Unii Europejskiej i nie istnieje możliwość zastosowania w takiej sytuacji postanowień konwencji berneńskiej przed regułami unijnego prawa konkurencji. Ponadto TSUE uznał, że zmiany w konwencji berneńskiej dokonano bez przestrzegania odpowiedniej proce-

⁸⁹ *Ibidem*, s. 12.

⁹⁰ Wyrok SPI z dnia 12 czerwca 1997 r. w sprawie T-504/93 *Tiercé Ladbroke p. Komisji*, ECLI:EU:T:1997:84.

⁹¹ M. Surdek, *op. cit.*, s. 62.

⁹² Wyrok SPI w sprawie T-504/93 *Tiercé Ladbroke p. Komisji*.

dury, a Wielka Brytania ratyfikowała je już po przystąpieniu do UE, natomiast Irlandia w ogóle nie zdążyła ich do tego czasu ratyfikować. Dlatego też nie można mówić w tej sytuacji o jakiegokolwiek niezgodności prawa UE z prawem międzynarodowym.

2.3.3. Test IMS Health

Po raz kolejny TSUE pochylił się nad problematyką nadużycia pozycji dominującej w sprawie rozgrywającej się ponownie w środowisku farmaceutycznym. Jednakże tym razem przedmiotem sporu nie był, jak w przypadku sprawy *Commercial Solvents*, surowiec niezbędny do produkcji leku, a chroniona prawem własności intelektualnej metoda pozyskiwania informacji⁹³. Przedsiębiorstwo IMS Health zajmowało się śledzeniem sprzedaży produktów farmaceutycznych na terenie Niemiec. Pozyskane dane dostarcza swoim klientom (laboratoriom) w oparciu o stworzoną przez siebie metodę – strukturę cegiełkową złożoną z 1860 r. lub 2847 cegiełek odpowiadających określonemu obszarowi geograficznemu w Niemczech. Cegiełki zostały stworzone na podstawie różnorodnych kryteriów: granic gmin, kodów pocztowych, gęstości zaludnienia, połączeń komunikacyjnych oraz rozmieszczenia aptek i lekarzy. W celu wykreowania produktu, który jak najbardziej odpowiadałby potrzebom klientów, IMS Health zaprosiło do grupy roboczej przedsiębiorstwa farmaceutyczne, wraz z którymi pracowało nad udoskonaleniem swojego produktu. Co więcej, jak udało się ustalić TSUE, IMS Health nieodpłatnie dostarczyło system cegiełkowy aptekom i gabinetom lekarskim. Dzięki takim poczynaniom, wkrótce produkt ten przeobraził się w rynkowy standard, do którego klienci IMS Health dostosowali własne systemy informacyjno-dystrybucyjne. W momencie, kiedy inne firmy postanowiły wprowadzić na rynek swoje własne systemy, żadne z przedsiębiorstw farmaceutycznych nie chciało nabywać ich produktów, gdyż swoją dotychczasową organizację zdążyły oprzeć już na produkcie IMS Health, a korzystanie z innych systemów wiązałoby się z dodatkowymi nakładami finansowymi. Kierowane brakiem sukcesu własnego systemu przedsiębiorstwo NDC (założone po odejściu z IMS Health przez jej byłego dyrektora) rozpoczęło sprzedaż danych w oparciu o system cegiełkowy IMS Health.

Na wniosek IMS Health sąd wydał orzeczenie, w którym zakazał NDC używania struktury cegiełkowej oraz jakiegokolwiek innej stanowiącej jej pochodną z powodu naruszenia prawa autorskich do bazy danych (tak bowiem nazwał strukturę stworzoną przez IMS Health). NDC złożyło skargę do Komisji Europejskiej, utrzymując, że IMS Health poprzez odmowę udzielenia licencji na użycie struktury cegiełkowej naruszyło art. 102 TFUE. Komisja w swojej decyzji nakazała IMS Health udzielenia licencji, gdyż – jak stwierdziła – w sprawie pojawiły się „wyjątkowe okoliczności”. System stworzony przez IMS Health stał się standardem na rynku, a obiektywnie nieuzasadniona odmowa udzielenia licencji groziłaby wyeliminowaniem wszelkiej konkurencji na danym rynku. Bez tej struktury niemożliwe byłoby konkurowanie z IMS Health. SPI zawiesił wykonanie decyzji, a Komisja ostatecznie sama ją wycofała.

⁹³ Wyrok TSUE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG p. NDC Health GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2004:257.

W rezultacie pytania prejudycjalnego skierowanego przez sąd krajowy w tej sprawie, TSUE wydał orzeczenie, w którym poruszono kwestie, których rozstrzygnięcia domagało się NDC. Przede wszystkim chciano uzyskać odpowiedź na pytanie, czy odmowa udzielenia licencji na wykorzystanie chronionego prawem autorskim systemu przez IMS Health, w sytuacji, w której potencjalni klienci odrzucają jakiegokolwiek nowy produkt stworzony w oparciu o inny system, przesądza o abuzywnym charakterze zachowania. Co więcej, domagano się ustalenia, czy udział konsumentów w tworzeniu chronionego prawem systemu, a także poczynione przez nich pierwotnie nakłady finansowe są istotne przy ocenie abuzywnego działania.

W sprawie *IMS Health* mamy do czynienia z sytuacją, w której konkurent znajduje się w niekorzystnej sytuacji z powodu niezbyt pozytywnego nastawienia konsumentów wobec jego produktu powodowanego wcześniejszym udziałem w tworzeniu innego systemu, do którego zdążyli dostosować całą swoją działalność. W związku z tym NDC nie jest w stanie zaoferować alternatywnego produktu, który miałby szansę odnieść sukces na rynku. Pytanie, jakie w tym momencie się rodzi, jest następujące – czy rzeczywiście prawo do wykorzystania systemu IMS Health jest konieczne, aby konkurent mógł wejść na rynek zdominowany przez IMS Health.

IMS Health utrzymywało, że udział użytkowników w tworzeniu systemu powinien działać na jego korzyść, gdyż jest dowodem na istnienie konkurencji. Pokazuje jego determinację do uzyskania przewagi konkurencyjnej w sposób zgodny z prawem – poprzez oferowanie konsumentom produktu bardziej dostosowanego do ich potrzeb. NDC spierało się natomiast, że taka współpraca doprowadziła do swoistego uzależnienia konsumentów od produktu stworzonego przez dominanta. Na poparcie przekonania o niezbędności systemu IMS Health w dostaniu się na rynek, NDC przywołało orzeczenie w sprawie *Oscar Bronner*, w którym ustalono, iż o niezbędności przesądza możliwość stworzenia przez konkurenta opłacalnej alternatywy dla produktu dominanta. Według NDC w zaistniałej sytuacji nie było to możliwe ze względu na przeszkody ekonomiczne i prawne.

W odpowiedzi na kierowane wobec siebie przez strony zarzuty TSUE uznał, że aby ustalić, czy dany produkt lub usługa są niezbędne dla funkcjonowania przedsiębiorstwa na danym rynku, konieczne jest ocenienie, czy istnieją alternatywne rozwiązania dla tych produktów lub usług – nawet, jeśli miałyby one okazać się mniej korzystne dla przedsiębiorcy – oraz czy rzeczywiście istnieją przeszkody prawne i ekonomiczne mogące uniemożliwić lub znacząco utrudnić stworzenie takich substytutów (np. w porozumieniu z innymi przedsiębiorstwami). Zgodnie z orzeczeniem w sprawie *Oscar Bronner* wystarczającą przeszkodą ekonomiczną jest sytuacja, w której niemożliwa staje się produkcja wykreowanego przez przedsiębiorstwo produktu lub usługi na skalę porównywalną do produkcji prowadzonej przez przedsiębiorstwo dominujące. TSUE przyznał, że IMS Health rzeczywiście stworzył pewną zależność użytkowników od jego systemu i w sytuacji, w której zdecydowaliby się oni na nabycie od innych przedsiębiorstw danych opartych na innym systemie, musieliby oni dokonać nadzwyczajnych nakładów organizacyjnych i finansowych, aby dostosować się do nabytego nowego produktu. Aby konsument zdecydował się na taki krok, konkurent musiałby oferować naprawdę wyjąt-

kowe warunki nabycia swojego produktu. To z kolei mogłoby prowadzić do tego, że jego funkcjonowanie na rynku na skalę podobną do tej dominanta, okazałoby się niemożliwe z ekonomicznego punktu widzenia. Jak można zatem zauważyć, TSUE przyznał, że w celu ustalenia działania abuzywnego naruszającego art. 102 TFUE konieczne jest wzięcie podczas tej oceny pod uwagę udziału użytkowników w tworzeniu systemu oraz nakładów finansowych, jakie mieliby oni ponieść w związku z przerzuceniem się na użytkowanie nowego produktu.

Zarówno IMS, NDC, jak i Komisja w swojej argumentacji odwoływały się do orzeczenia w sprawie *Magill*, jednakże każde z nich przyjmowało odmienną interpretację wypracowanych w tym rozstrzygnięciu warunków. IMS Health utrzymywał, że wszystkie trzy przesłanki „testu wyjątkowych okoliczności” powinny być spełnione łącznie i dlatego też uważał, że nie ma on obowiązków udzielenia licencji, gdyż NDC nie próbuje wprowadzić nowego produktu na rynek sąsiadujący, a chce tylko wykorzystać system IMS Health do wprowadzenia na rynek właściwy swojego niemalże identycznego produktu. Natomiast NDC przekonywał, że wręcz przeciwnie oferować chce całkiem nowy produkt. Zgadzał się ze stanowiskiem Komisji co do faktu, iż dla uznania działania IMS Health za abuzywne nie jest jednak wcale konieczne istnienie rynku sąsiadującego (tzn. takiego, którego stworzyłby produkt NDC i który byłby zależny od rynku właściwego systemów cegiełkowych) – wystarczy bowiem, że dominant posiada pewną „infrastrukturę” niezbędną do konkurowania z nim już na rynku właściwym.

W odpowiedzi na argumenty stron TSUE przywołał ugruntowaną w doktrynie zasadę pochodzącą z orzeczenia w sprawie *Volvo p. Veng*, która stanowi, że odmowa udzielenia licencji sama w sobie nie konstituuje nadużycia pozycji dominującej. Jednakże przypomniał, że w wyjątkowych okolicznościach taka odmowa może zawierać w sobie pierwiastek abuzywnego działania. Jak już była mowa w orzeczeniu w sprawie *Magill*, dominant nadużywa swojej pozycji w sytuacji, gdy uniemożliwia pojawienie się na rynku sąsiadującym nowego produktu, na który istnieje potencjalne zapotrzebowanie konsumentów. Ponadto przez takie działanie stwarza ryzyko wyeliminowania wszelkiej konkurencji na takim rynku, a odmowa udzielenia licencji nie jest obiektywnie uzasadniona. Te trzy przesłanki muszą być kumulatywnie spełnione, aby można było mówić o nadużyciu pozycji dominującej.

W celu ustalenia w sprawie *IMS Health* występowania warunku wyeliminowania wszelkiej konkurencji na rynku sąsiadującym, TSUE przywołał orzeczenie w sprawie *Oscar Bronner*. W szczególności zwrócił uwagę na konieczność ustalenia, czy w danym przypadku rzeczywiście istnieje rynek sąsiadujący i czy odmowa dostępu do produktu uniemożliwia funkcjonowanie konkurenta na tym rynku poprzez pozbawienie go sposobu dystrybucji swojego produktu. Rynkiem sąsiadującym (*downstream market*) nazywamy rynek produktu nowego, który powstać może dzięki dostępowi do produktu lub usługi rynku właściwego (*upstream market*) – te dwa rynki powinny być ze sobą w określony sposób powiązane.

Dlatego też w analizowanej sprawie należało rozstrzygnąć, czy system stworzony przez IMS Health tworzył rynek właściwy i był produktem niezbędnym dla rynku

sąsiadującego baz danych dotyczących regionalnej sprzedaży produktów farmaceutycznych. IMS Health argumentował, że nie sprzedawał nikomu swojego systemu cegiełkowego, a jedynie dane uzyskane przy jego użyciu. System ten miał być jego atutem mającym pomóc mu w konkutowaniu na rynku baz danych, który uważał za rynek właściwy, a nie jak NDC za rynek sąsiadujący.

Biorąc pod uwagę, że w tej sprawie nie istniał rynek rzeczywisty, TSUE potwierdził, że wystarczające jest istnienie rynku potencjalnego lub nawet hipotetycznego. Takie stwierdzenie doprowadziło do licznych głosów sprzeciwu. Oznaczałoby to bowiem, że sam fakt posiadania dobra chronionego przez prawo własności intelektualnej automatycznie kreuje rynek właściwy i zobowiązuje posiadacza do dzielenia się tym dobrem, nawet jeśli nie wykonuje on swojego prawa, np. poprzez dystrybucję⁹⁴.

Jeśli chodzi natomiast o przesłankę zapobiegnięcia pojawienia się nowego produktu na rynku, TSUE przypominał, że w sytuacji ścierania się dwóch interesów – praw posiadacza prawa własności intelektualnej (prawa z tytułu prawa własności intelektualnej oraz swobody kontraktowania) oraz swobody konkurencji – prawu konkurencji prymat można przyznać tylko w momencie, gdy odmowa udzielenia licencji wiązać będzie się z uniemożliwieniem rozwinięcia się rynku sąsiadującego ze szkodą dla konsumentów. Dlatego też takie zachowanie dominanta może być uznane za nadużycie tylko wtedy, gdy konkurent nie ogranicza się do zduplikowania produktu dominanta już oferowanego na rynku sąsiadującym, ale zamierza stworzyć nowy produkt, na który istnieje potencjalne zapotrzebowanie ze strony konsumentów. Wyodrębnienie tej przesłanki spotkało się z krytyką ze strony doktryny. Pojęciu „nowy produkt” zarzucano zbytnią niejasność, za błąd uważano brak dalszego rozwinięcia i wyjaśnienia tego wyrażenia przez sąd w treści wyroku. Według M. Surdek bardziej odpowiednie byłoby posłużenie się terminem „niebędący substytutem”, gdyż miał on już ugruntowane w orzecznictwie znaczenie⁹⁵. W obecnym stanie trudno było bowiem stwierdzić, czy TSUE chodziło o produkt całkiem nowy czy tylko o produkt udoskonalony.

Podsumowując, odmowa udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej – tutaj w postaci systemu stworzonego przez IMS Health niezbędnego do zaprezentowania danych dotyczących sprzedaży produktów farmaceutycznych – może stanowić nadużycie pozycji dominującej, gdy łącznie spełnione są następujące przesłanki: przedsiębiorstwo domagające się udzielenia licencji zamierza wprowadzić na rynek sąsiadujący produkt dotąd nieoferowany przez dominanta, na który istnieje potencjalne zapotrzebowanie konsumentów; odmowa nie jest obiektywnie uzasadniona oraz powoduje zarezerwowanie sobie rynku sąsiadującego przez dominanta poprzez wyeliminowanie wszelkiej konkurencji na tym rynku. Co więcej, zaangażowanie użytkowników w tworzenie systemu oraz kosztu związane z rozpoczęciem użytkowania alternatywnego produktu przez potencjalnych użytkowników muszą być brane pod uwagę przy ocenie, czy doszło do nadużycia pozycji dominującej.

⁹⁴ M. Surdek, *op. cit.*, s. 65.

⁹⁵ *Ibidem*, s. 65.

Najistotniejsze implikacje, jakie miało orzeczenie w tej sprawie, to przede wszystkim potwierdzenie i uporządkowanie dotychczasowych kryteriów ustalenia nadużycia pozycji dominującej, a także wskazanie, iż muszą one występować łącznie. Niektórzy uważają, że wyrok ten potwierdził stosowanie w Unii Europejskiej „doktryny urządzeń kluczowych” do spraw związanych z prawem własności intelektualnej oraz jednocześnie dopasował tę doktrynę do specyfiki tej dziedziny prawa – tzn. nadal uwzględniał dystynkcję na dobra materialne i niematerialne⁹⁶. Użycie „doktryny urządzeń kluczowych” wobec tych ostatnich obwarowane było bowiem surowszymi warunkami dzięki wprowadzeniu kryterium nowego produktu.

Jednakże orzeczenie to wywołało również duże kontrowersje. Oprócz tego, że mocno krytykowane było użycie pojęcia „nowego produktu”, z niezadowolaniem spotkało się również szerokie ujęcie rynku sąsiadującego (tzn. uznanie rynku potencjalnego oraz hipotetycznego). Takie założenie prowadzi bowiem do sytuacji, w której prawa własności intelektualnej zawsze będą mogły stanowić odrębny hipotetyczny rynek, nawet jeśli posiadacz nie będzie chciał ich sprzedawać. Aby móc stosować „doktrynę urządzeń kluczowych”, istnieć powinny dwa rynki, a funkcjonowanie na jednym z nich uzależnione powinno być od dostępu do urządzenia oferowanego na tym drugim. Według krytyków w sprawie *IMS Health* istniał tylko jeden rynek, dlatego też „doktryna urządzeń kluczowych” nie powinna być w niej zastosowana, a posiadanie prawa własności było tylko atutem konkurencyjnym przedsiębiorstwa i nie kreowało obowiązku dzielenia się nim z osobami trzecimi.

W Stanach Zjednoczonych orzeczenie to okrzyknięto wyrokiem sprzyjającym bardziej konkurentom dominanta aniżeli samej konkurencji. Jednakże przez wielu wyrok ten nadal był bagatelizowany. Uważano go bowiem jedynie za aberrację – odchylenie od normalności spowodowane nietypowym stanem faktycznym⁹⁷. Nie przewidywano, że podobne sprawy jeszcze kiedykolwiek trafią przed TSUE. Były to jednak płonne nadzieje, gdyż kilka lat później światło dzienne ujrzała wzbudzająca jak dotychczas największe kontrowersje sprawa *Microsoft*.

2.3.4. Analiza przesłanek nadużycia pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia licencji, które pojawiły się w orzecznictwie do czasu sprawy *Microsoft*

Analiza orzecznictwa poprzedzającego wyrok w sprawie *Microsoft* i odnoszącego się pośrednio lub bezpośrednio do odmowy udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej ewidentnie wskazuje na występowanie problemu, jakim jest nieuchwytność granicy między istnieniem a wykonywaniem prawa własności intelektualnej. Niektórzy przedstawiciele doktryny uważają, iż konfuzja ta powodowana jest specyfiką praw własności intelektualnej, które w swojej istocie zakładają wyłączność oraz skuteczną ich ochronę wobec osób trzecich. Wyrok w sprawie *Magill* ich zdaniem jest nieporozumieniem, gdyż błędnie zrównuje fakt posiadania prawa własności intelektualnej z posiada-

⁹⁶ *Ibidem*, s. 64.

⁹⁷ *Ibidem*, s. 65.

niem pozycji dominującej, a dalej z jej nadużyciem w wyniku zwyczajnego wykonywania swojego prawa. C. Miller utrzymuje, że w przypadku posiadania prawa własności intelektualnej nieistotny jest dodatkowy fakt posiadania pozycji dominującej, gdyż już na tym etapie posiadacz prawa własności intelektualnej jest w stanie wpływać na innych uczestników obrotu gospodarczego⁹⁸. Dlatego też posiadanie prawa własności intelektualnej zawsze będzie zakłócało konkurencję.

Niezależnie od głosów sprzeciwu orzeczenia w sprawach *Magill* i *IMS Health* potwierdziły, iż wykonywanie prawa własności intelektualnej jak najbardziej podlega prawu konkurencji oraz może w wyjątkowych okolicznościach stanowić nadużycie pozycji dominującej. Przed zaprezentowaniem stanowiska sądu w traktowanym jako przełomowe orzeczeniu w sprawie *Microsoft* warto byłoby dokonać kompilacji i łącznej analizy dotychczasowo wypracowanych elementów, których pojawienie się miało przesądzać o nadużyciu pozycji dominującej.

Jednym z kryteriów było zapobiegnięcie pojawieniu się nowego produktu, na który istnieje zapotrzebowanie ze strony konsumentów. Przesłanka ta budziła wiele zastrzeżeń w doktrynie ze względu na zbytnią ogólnikowość wyrażenia oraz brak rozwinięcia jej treści przez orzecznictwo. TSUE w sprawie *IMS Health* ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że odmowa udzielenia licencji może stanowić nadużycie pozycji dominującej tylko w sytuacji, gdy uniemożliwia wprowadzenie przez ubiegającego się o licencję przedsiębiorcę nowego produktu lub usługi, a nie tylko powielenie produktów lub usług już oferowanych przez dominanta na rynku wtórnym⁹⁹. Były to jedyne wskazówki, których udzielił TSUE w tej sprawie, pozostawiając ostateczne ustalenie spełnienia przesłanki w gestii sądów krajowych.

Jak zatem należy rozumieć pojęcie „nowego produktu”? Wśród doktryny ujmowano je zarówno w sposób wąski, jak i szeroki. Jednym z najczęściej prezentowanych poglądów było przekonanie, że „nowym produktem” określać powinno się tylko taki, który nie stanowi zamiennika dla produktu już oferowanego i tworzy nowy rynek sąsiadujący względem rynku właściwego. Jednakże, jak pokazało orzeczenie w sprawie *IMS Health*, „nowy produkt” niekoniecznie oznaczać musiałby zupełnie odrębny od istniejącego produktu wytwór. Wystarczy, że byłby jego duplikatem wzbogaconym o nowe właściwości. Okazało się zatem, że wbrew temu, co zdążono do tej pory ustalić, produkt kwalifikujący się pod określenie „nowy” nie tworzyłby odrębnego rynku sąsiadującego.

O ile w sprawie *Magill* jak najbardziej mieliśmy do czynienia z zupełnie nowym, nieoferowanym dotychczas produktem, o tyle niekoniecznie było tak w przypadku sprawy *IMS Health*. W tym stanie faktycznym na rynek próbowano wprowadzić duplikat istniejącego produktu wyposażony w rzekomo nowe funkcje. Ścieranie się tych dwóch odmiennych opinii prowadzi do pytania o stopień nowości, jaki musi zostać zaprezentowany przez produkt, aby spełniona została przesłanka testu *Magill/IMS Health*. Na poziom ten wpływ może mieć kilka różnych czynników: nowość na rynku, cena, jakość, istotne ulepszenie. Pierwszy z nich – nowość – rzeczywiście równoznaczny jest ze speł-

⁹⁸ M. Górka, *op. cit.*, s. 14.

⁹⁹ *Ibidem*, s. 15.

nieniem przesłanki „nowego produktu”, natomiast kolejne cechy nie wykluczają możliwości wystąpienia imitacji produktu już oferowanego. Kryterium „nowości produktu” jest na tyle niejednoznaczne, iż może okazać się, że w przesłance tej zmieści się nawet taki sam produkt, ale oferowany w znacznie korzystniejszej cenie albo na korzystniejszych warunkach niż produkt pierwotny¹⁰⁰. Mimo iż spora część doktryny podtrzymuje, że produktem nowym możemy nazwać tylko taki, który dotychczas nie istniał na rynku lub który jest zdecydowanie ulepszoną wersją starego, to nie można wykluczyć sytuacji, w której za produkt nowy zostanie uznany towar, w którym dokonano tylko nieznacznych modyfikacji. W obliczu dynamicznie rozwijającego się rynku nowych technologii nawet stopień modyfikacji może okazać się trudny do ocenienia w kontekście przesłanki „nowego produktu”. Istnieje wiele produktów, których immamentną cechą jest właśnie stałe unowocześnianie samych komponentów, a nie zmiana całego produktu¹⁰¹. Pojawiają się także głosy opowiadające się za tym, aby nawet zmiany hipotetyczne, mogące stanowić przedmiot zainteresowania ze strony konsumenta, traktować jako spełniające przesłankę „nowego produktu”¹⁰².

Nadal jednak nie ma pewności, jak odnosić się do sytuacji, w której przedsiębiorca chciałby oferować produkt będący komplementarnym w stosunku do produktu pierwotnego. Nie byłby to bowiem produkt nowy ani nawet substytut już istniejącego, tylko towar mający ułatwić korzystanie z produktu pierwotnego lub taki, którego sens użytkowania uzależniony byłby od spełnienia wymogu interoperacyjności z produktem pierwotnym.

Innym sposobem interpretowania wyrażenia „nowy produkt” jest ten proponowany przez Ch. Ahlborn, D. Evans i J. Padilla. Twierdzą oni bowiem, że nowym produktem nazwać można tylko taki, który „zaspokaja potrzeby konsumentów w sposób dotąd nieoferowany przez istniejące produkty”¹⁰³. Postulują oni wąską interpretację pojęcia, która zakładałaby konieczność oferowania możliwości dotąd niespotykanych na rynku. Produkt nie musiałby być całkiem nowy, ale powinien oferować zupełnie odmienne od dotychczasowych możliwości. Podobnie uważa A. Michalak, który utrzymuje, że za nowy produkt należy uznawać tylko „nową wersję rynkową, a nie jedynie ulepszenie bądź modyfikację istniejącego produktu”¹⁰⁴.

W doktrynie pojawia się również pogląd, jakoby kryterium „nowego produktu” niekoniecznie miało sprawdzać się we wszystkiego rodzaju sytuacjach związanych z konkurencją na rynku. O ile „konkurowanie przez imitację” rzeczywiście jest niedopuszczalne, o tyle już „konkurowanie przez substytucję” nie jest sprzeczne z prawem¹⁰⁵. Czasami uważane jest wręcz za sprzyjające rozwojowi i postępowi technologicznemu. Należy jednak mieć na uwadze, że substytutem będzie tylko produkt niebędący powieleniem już oferowanego, a taki, który zawiera ulepszenia odpowiadające na zapotrzebowanie konsumentów.

¹⁰⁰ *Ibidem*, s. 15.

¹⁰¹ *Ibidem*, s. 15.

¹⁰² *Ibidem*, s. 16.

¹⁰³ *Ibidem*, s. 16.

¹⁰⁴ *Ibidem*, s. 16.

¹⁰⁵ *Ibidem*, s. 16.

Zdaniem J. Drexla, gdy barierą pojawienia się na rynku substytutu jest brak dostępu do prawa własności intelektualnej, za uzasadnione należy uznać żądanie uzyskania licencji na korzystanie z niego. Odmowa oznaczałaby bowiem znaczne utrudnienie dopuszczalnej „konkurencji poprzez substytucję”. J. Drexl nadmienia, że gdy na niepowojenie się nowego produktu na rynku wpływ mają czynniki zewnętrzne, np. w postaci efektu przywiązania konsumentów do danego standardu, a nie samo prawo własności intelektualnej, wtedy niemożliwe jest zastosowanie testu „nowego produktu” i nie dojdzie do naruszenia art. 102 TFUE.

Zupełnie inaczej na problem nowości produktu zapatrują się ekonomiści. Nie zgadzają się oni z obiema przyjętymi w doktrynie interpretacjami pojęcia, gdyż ich zdaniem konsumenci nie przywiązują się do produktu jako takiego, a do jego właściwości czy oferowanych funkcji. F. Leveque uważa, że kryterium nowości spełni zarówno produkt posiadający całkiem nowe właściwości, jak i ten, który oferuje ich ulepszoną wersję. Według ekonomistów przy ocenie spełnienia przesłanki testu Magill/IMS Health powinno się brać pod uwagę to, czy konsument będzie skłonny zapłacić za „nowy produkt”, którym jest dokonane ulepszenie.

W teście Magill/IMS Health mamy do czynienia również z przesłanką „niezbędności” – tj. sytuacji, w której w celu prowadzenia działalności gospodarczej na rynku sąsiadującym konieczne jest uzyskanie licencji na prawo własności intelektualnej tworzącego rynek właściwy. Aby móc ustalić, czy rzeczywiście taki dostęp jest niezbędny, należałoby odpowiedzieć na pytanie, czy istnieją alternatywne sposoby stworzenia produktu lub usługi, nawet jeśli miałyby okazać się mniej korzystne dla konkurenta zamierzającego wkroczyć na rynek sąsiedni, oraz czy pojawiają się w danej sprawie przeszkody ekonomiczne i prawne mogące utrudnić lub uniemożliwić takie działanie. Jak stwierdził TSUE, dla potrzeby wykazania takich przeszkód sąd krajowy ustalić musiałby, że stworzenie produktu w sposób alternatywny nie jest dla przedsiębiorcy konkurującego opłacalne na skalę porównywalną do tej, w jakiej funkcjonuje dominant. Z opłacalnością wiąże się natomiast kwestia udziału innych podmiotów (np. konsumentów) w tworzeniu danego produktu, a także koszty związane z dostosowaniem swojej działalności do nowego produktu. Zbytne przykładanie uwagi do tych okoliczności zostało mocno skrytykowane przy okazji wyroku w sprawie *IMS Health*. Dla wielu jednak zaangażowanie konsumentów w proces tworzenia produktu przesądzało o jego większej wartości na rynku.

Kolejną przesłanką wyodrębnioną w orzecznictwie poprzedzającym sprawę *Microsoft* był brak uzasadnienia dla odmowy udzielenia licencji. Kryterium to nie doczekało się bardziej szczegółowego rozwinięcia w żadnym z orzeczeń. Oskarżone o nadużycia strony usiły bronić swoich racji argumentem „istoty prawa wyłącznego”, które sąd uznał za niewystarczające dla umotywowania słuszności odmowy licencjonowania¹⁰⁶. Pojawiła się zatem idea, jakoby ochrona „zachęty do innowacji” była w stanie ostatecznie przekonać sąd. Jedną z najbardziej trapiących kwestii była sytuacja, w której przedsiębiorca dominujący odmawiał udzielenia licencji ze względu na własne próby wpro-

¹⁰⁶ *Ibidem*, s. 20.

wadzenia na rynek nowego produktu odpowiadającego potrzebom konsumentów. Żadne z orzeczeń nie udzieliło odpowiedzi na to pytanie, a nie da się ukryć, że negatywne rozstrzygnięcie w tej kwestii mogłoby prowadzić do „zamrożenia działalności innowacyjnej”¹⁰⁷.

Ostatnią przesłanką składającą się na test Magill/IMS Health było wyeliminowanie wszelkiej konkurencji na rynku sąsiednim. Wielu autorów twierdzi, że nie powinna ona stanowić odrębnego kryterium, gdyż stanowi niejako część składową „przesłanki niezbędności”. Odmowa udzielenia licencji przez posiadacza produktu lub usługi niezbędnych do funkcjonowania na rynku sąsiednim automatycznie eliminuje wszelką konkurencję na tym rynku. Dlatego też wyodrębnienie tej przesłanki wydaje się być sztuczne. Jak można zauważyć, kryterium to zakłada istnienie dwóch rynków – właściwego i sąsiadującego. Rynek właściwy kreuje produkt lub usługi oferowane przed dominanta, natomiast rynek sąsiadujący to taki, na którym funkcjonowanie przez przedsiębiorcę konkurującego uzależnione jest od dostępu do produktu lub usługi oferowanego przez dominanta na rynku właściwym. Taki rynek nie musi faktycznie istnieć, wystarczy, że jest potencjalny lub nawet hipotetyczny. Kluczowe będzie wyodrębnienie występowania dwóch powiązanych ze sobą etapów produkcji. Powiązanie to powinno polegać na tym, że produkt z rynku właściwego (pierwotnego) jest niezbędny do dostarczenia produktu na rynku sąsiadującym (wtórnym).

W takim rozumowaniu można jednak zauważyć pewną sprzeczność, a mianowicie to, że pewne stadia produkcji można wyodrębnić tylko na istniejącym już rynku. Nasuwa się zatem pytanie, jak w takiej sytuacji traktować powinno się dopuszczenie przez sąd występowania rynku zaledwie potencjalnego albo hipotetycznego. V. Korah twierdzi, że dzięki temu dominant będzie w stanie w bardzo prosty sposób uniknąć spełnienia tej przesłanki poprzez udzielenie licencji kontrahentowi niebędącemu w stanie zagrozić jego pozycji na rynku (tzw. *bonsai competition*)¹⁰⁸. Nie będzie musiał obawiać się zagrożenia ze strony konkurencji, a równocześnie nie spowoduje wyeliminowania wszelkiej konkurencji na danym rynku.

Test Magill/IMS Health, mimo że bardzo często krytykowany, został powszechnie przyjęty przy rozstrzyganiu spraw z zakresu nadużycia pozycji dominującej w wykonywaniu prawa własności intelektualnej. Gdy na horyzoncie pojawiła się sprawa *Microsoft*, rozpoczęły się żywe dyskusje nad tym, w jaki sposób „test wyjątkowych okoliczności” zostanie dostosowany do tak nietypowego stanu faktycznego.

¹⁰⁷ *Ibidem*, s. 20.

¹⁰⁸ *Ibidem*, s. 19.

3. Odmowa dostępu do informacji o interoperacyjności stanowiąca nadużycie pozycji dominującej poprzez wykonywanie prawa własności intelektualnej – na przykładzie sprawy *Microsoft*

Obawy związane ze sprawą *Microsoft* wynikały przede wszystkim z nietypowego stanu faktycznego, którego główny element stanowił specyficzny charakter rynku, na którym funkcjonowało i nadal funkcjonuje przedsiębiorstwo Microsoft i jego konkurenci. Stosunkowo młody rynek nowych technologii stał się w ostatnich czasach niezwykle ważnym sektorem gospodarki, a dzięki swojemu niemalże nieograniczonemu zasięgowi geograficznemu wykreował arenę globalnej konkurencji¹⁰⁹. Poza kolosalnymi przychodami rynek ten generuje również wiele sytuacji spornych pomiędzy prześcigającymi się za pomocą innowacyjnych rozwiązań przedsiębiorstwami. Z uwagi na jego dynamiczny rozwój oraz nieprzewidywalność ustawodawca często nie nadąża z wprowadzaniem regulacji prawnych odnoszących się do produktów będących na nim przedmiotem obrotu. To z kolei negatywnie wpływa na efektywność kontroli antymonopolowej i sprawia, że rynek ten jest bardziej podatny na próby zniekształcenia istniejącej na nim konkurencji.

Prawa własności intelektualnej, stanowiące klucz do funkcjonowania na rynku nowych technologii, pozwalają przedsiębiorcom nie tylko na odzyskanie zainwestowanego kapitału, ale umożliwiają im również osiągnięcie wyjątkowej pozycji na rynku. Charakterystyczna dla tego rynku „superdominacja”, powodowana efektem sieci i standaryzacją produktu sprawia, że coraz częściej przedsiębiorcy pod płaszczykiem ochrony swoich praw wyłącznych usiłują przemycić działania o ewidentnie antykonkurencyjnych pobudkach. Pomimo wielu negatywnych następstw takiego postępowania niełatwo w jednoznaczny sposób rozstrzygnąć kwestię przymuszania przedsiębiorców do dzielenia się owocami ich wieloletniej pracy. Często bowiem możliwość odzyskania zainwestowanego kapitału pobudza przedsiębiorców do podejmowania dalszych innowacyjnych działań w celu nieustannego ulepszania swojego produktu, co może mieć tylko i wyłącznie pozytywny wpływ na dobrobyt konsumenta. Także rozprzestrzeniające się zjawisko standaryzacji produktu ma swoje korzyści, czasami nawet przewyższające te płynące z zagwarantowania konsumentowi większego wyboru. Pozbawianie dominantów ochrony ich prawa wyłącznego może prowadzić do sytuacji, w której innowacyjność na rynku zostanie całkowicie zamrożona. Trudno jednak przewidzieć reakcję przedsiębiorcy, gdyż równie prawdopodobne jest, że dominant pozbawiony wszelkiej konkurencji osiadzie na laurach i nie będzie w żaden sposób motywowany do rozwijania swojego potencjału innowacyjnego. Kolejną charakterystyczną cechą rynku nowych technologii jest to, że taką pozycję równie szybko można zarówno zdobyć, jak i utracić – nieprzewidywalność i nieustanny wyścig technologiczny mogą sprawić, że rozkład sił na rynku błyskawicznie się zmieni, a poprzedni dominant nękany rygorystycznym prawem antymonopolowym nie zdąży odzyskać poczynionych nakładów.

¹⁰⁹ K. Chałubińska-Jentkiewicz, M. Karpiuk, *Prawo nowych technologii. Wybrane zagadnienia*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2015, s. 31.

W związku z nietypowymi okolicznościami sprawy wydawać by się mogło, że wyrok TSUE będzie miał równie rewolucyjny charakter. Opinie w tej kwestii są jednak podzielone. Część doktryny błyskawicznie okrzyknęła orzeczenie TSUE mianem nowego testu cechującego się innowacyjnymi rozwiązaniami, ale pojawiło się również wiele głosów niezadowolenia. Niektórzy zarzucali wyrokowi TSUE zbyt tradycyjne podejście do sprawy, zwłaszcza w świetle zapowiadanych zmian w sposobie interpretacji art. 102 TFUE, która miała przyjąć bardziej ekonomiczny wymiar¹¹⁰. Co więcej, wielu komentatorom nie podobało się także to, jak mocno ekwilibrystycznych zabiegów dopuścił się TSUE, aby móc do zaistniałego stanu faktycznego zastosować już wypracowane w orzecznictwie przesłanki. Doprowadziło to do sytuacji, w której zamiast rozwiązać wątpliwości poprzez doprecyzowanie przesłanek nadużycia pozycji dominującej, wprowadzono jeszcze większy chaos i niepewność co do obowiązującego prawa. To z kolei będzie miało niemalże wpływ na podejmowane przed przedsiębiorstwa funkcjonujące na rynku nowych technologii działania.

Microsoft Corporation to zdecydowanie jedno z najbardziej liczących się i wpływowych przedsiębiorstw na tym rynku. Jest ono producentem jednego z najpowszechniej rozpoznawanych na świecie produktów – systemu operacyjnego Windows, który stał się faktycznym standardem na rynku i stanowi nie lada wyzwanie dla przedsiębiorstw chcących konkurować z Microsoft. Dlatego też każde podejmowane przez Microsoft działanie od razu budzi zainteresowanie nie tylko konkurentów, ale i organów antymonopolowych oraz spotyka się z wnikliwą analizą pod kątem wywoływania negatywnego efektu na stan konkurencji i dobrobyt konsumenta.

Trudno się zatem dziwić, że kiedy spółka z Redmond odmówiła udzielenia licencji na informacje dotyczące interoperacyjności ze swoim systemem, w przemyśle nowych technologii wybuchła burza co do legalności tej decyzji. Przedsiębiorstwo Sun Microsystems zajmujące się dostarczaniem systemów operacyjnych dla grup roboczych wniosło na Microsoft skargę do Komisji Europejskiej. Zarzucało mu naruszenie art. 102 TFUE, a mianowicie nadużycie pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia dostępu do informacji o interoperacyjności, które umożliwiałoby mu i pozostałym konkurentom Microsoft utrzymanie się na rynku systemów operacyjnych dla grup roboczych. To, co sprawia, że dostęp do tych informacji jest kluczowy, to fakt, iż pozwalają one na kompatybilność i współpracę z powszechnie użytkowanym systemem Windows. Jest to funkcjonalność, której oczekują klienci decydujący się na zakup produktu innego niż standardowy. Bardzo szybko pojawiły się głosy krytyczne wobec rzeczywistej niezbędności tych informacji. Niektórzy uważali, że dostęp do nich ułatwi konkurentom skopiowanie produktu Microsoft, a nie stworzenie atrakcyjnego dla konsumentów nowego produktu. Inni nazwali te informacje „dogodnymi”, mającymi zaledwie zaoszczędzić trudów i czasu, których wymagałoby zastosowanie alternatywnych rozwiązań, których według argumentacji Microsoft było co najmniej kilka. Liczne kontrowersje towarzyszyły nie tylko zastosowaniu „przesłanki niezbędności”, ale niemal wszystkich wypracowanych dotychczas przez sądy unijne przesłanek.

¹¹⁰ E. Stępień, *op. cit.*, s. 90.

Zanim jednak zaprezentowane i przeanalizowane zostanie stanowisko TSUE w tej sprawie oraz ze względu na szczególnie zasięg geograficzny problemu Microsoft, warto zapoznać się z dotychczasowym orzecnictwem sądów amerykańskich, traktującym o relacjach prawa własności intelektualnej i prawa konkurencji. Jak się bowiem okazuje, zasady wypracowane przez tamtejsze sądy wcale nie są zbieżne z europejskim orzecnictwem i dlatego sprawa *Microsoft* potoczyła się dwoma różnymi torami.

3.1. Odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej w orzecnictwie sądów amerykańskich

Naczelna zasada rządząca prawem własności intelektualnej wypracowana została w orzeczeniu w sprawie *Continental Paper Bag p. Eastern Paper Bag*¹¹¹. Wtedy też Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych stwierdził, że właściciel prawa własności intelektualnej nie jest zobowiązany ani do korzystania ze swojego prawa, ani do udzielania licencji na takie korzystanie osobom trzecim. Dlatego też działanie właściciela polegające na pozwaniu konkurenta za naruszenie jego prawa, chociażby miało na celu tylko i wyłącznie wyeliminowanie konkurencji, nie stanowi z jego strony nadużycia. W przeciwieństwie do rozstrzygnięć sądów unijnych, na gruncie prawa amerykańskiego uważa się, że przedsiębiorstwo, które legalnie uzyskało patent, nie może ponosić odpowiedzialności wynikającej z ustawy Sherman Act za odmowę udzielenia licencji zmierzającą do utrzymania nabytego zgodnie z prawem monopolu. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, w której takie zachowanie będzie prowadziło do odpowiedzialności. Podobne przypadki trafiały do rozstrzygnięcia przez sądy amerykańskie dość rzadko i rozstrzygano w nich na zasadzie wyjątku od generalnej zasady. Dotyczyły też raczej stanów faktycznych, w których wykonywanie prawa własności intelektualnej wykraczało poza zakres przedmioty tego prawa. Orzeczenia te można podzielić na dwie grupy: pierwszą, w której prawo własności intelektualnej strony chciały traktować jako urządzenie kluczowe, i drugą, w której odmowa licencjonowania uważana była przez strony za działanie ograniczające konkurencję, prowadzące do monopolu i tym samym naruszające ustawę Sherman Act.

W pierwszej kategorii istotny wpływ na dalsze rozstrzygnięcia miał test stworzony przez sąd w sprawie nie dotyczącej bezpośrednio prawa własności intelektualnej. W orzeczeniu *MCI p. AT&T*¹¹² przedstawione zostały cztery przesłanki, których łączne spełnienie przesądzało o zasadności żądania dostępu do urządzenia kluczowego: 1) znajdowanie się urządzenia kluczowego w posiadaniu monopolisty; 2) niemożliwość zduplikowania urządzenia przez żądającego licencji; 3) odmowa dostępu do urządzenia, w sytuacji gdy 4) takie udostępnienie było możliwe w normalnym toku prowadzenia działalności gospodarczej¹¹³.

Sąd amerykański dwukrotnie orzekał o niespełnieniu tego testu – w sprawie *Intergraph Corp. p. Intel Corp.* oraz *Aldridge Corp. p. Microsoft Corp.* W pierwszej z nich

¹¹¹ Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Continental Paper Bag p. Eastern Paper Bag*, 210 U.S. 405 (1908).

¹¹² Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *MCI p. AT&T*, 512 U.S. 218 (1994).

¹¹³ M. Surdek, *op. cit.*, s. 56.

przedsiębiorstwo Intel żądało udzielenia dostępu do mikroprocesorów produkowanych przez Intergraph Corp., jego zdaniem niezbędnych do prowadzenia działalności polegającej na produkcji i sprzedaży komputerów stacjonarnych. Sąd orzekł, że stan faktyczny nie czyni zadość warunkom testu, gdyż przedsiębiorstwa te nie konkurowały ze sobą na rynku właściwym¹¹⁴.

Natomiast w sprawie *Aldridge Corp. p. Microsoft Corp.*¹¹⁵ sąd amerykański uznał, że doktryna urządzeń kluczowych stosowana może być jedynie w przypadkach monopolu naturalnego albo monopolu utrzymywanego przez państwo. Ponadto, aby urządzenie uznać za niezbędne, musi być ono niezbędne zarówno dla utrzymania indywidualnej zdolności konkurencyjnej, ale także ogólnej konkurencji na rynku. Sąd podkreślił, że nawet monopolisci mają prawo do udoskonalania swoich produktów i nie powinno się tego prawa ograniczać ze względu na ryzyko wyeliminowania konkurencji, gdyż prowadzić może to do zamrożenia aktywności innowacyjnej.

Nadal kontrowersyjna pozostawała kwestia uznawania prawa własności intelektualnej za urządzenia kluczowe. Do tej pory sądy amerykańskie nie zdecydowały się na jej ostateczne rozstrzygnięcie. Co więcej, można dopatrzeć się coraz większego odstępowania od stosowania doktryny *essential facilities*. Zarzuca się jej to, iż sprzeczna jest z celami prawa konkurencji, ponieważ w dłuższej perspektywie zniechęca przedsiębiorstwa do podejmowania inwestycji związanych z takimi urządzeniami. Sądy amerykańskie uważają również, że nie posiadają wystarczających kompetencji ani instrumentów pozwalających im na podejmowanie decyzji o wysokości opłat za udzielenie dostępu do takich urządzeń.

Podobną ostrożnością cechują się wobec ingerencji prawa antytrustowego w prawo własności intelektualnej. Dlatego procesujące się strony bardzo często odwołują się do argumentu monopolistycznych zamiarów podmiotu będącego w posiadaniu prawa własności intelektualnej. Takie działanie z jego strony wykraczałoby bowiem poza zakres przedmiotowy jego prawa, a dla jego przeciwników jest jedyną szansą na zwyciężenie w sporze. I w taki właśnie sposób w sprawie *Xerox*¹¹⁶ podmioty, którym producent kserokopieerek odmówił dostarczenia produktów zamiennych do naprawy, próbowały przekonać sąd o swoich racjach. W odpowiedzi firma Xerox broniła się uzyskaniem patentu zapewniającego jej ochronę prawną ich produktu i możliwość odmowy udzielenia na niego licencji. Sąd przyznał jej rację i stwierdził, że prawo z patentu daje firmie możliwość kontrolowania rynku naprawy kopiarek. Jednocześnie przytoczył okoliczności, w których odmowa udzielenia licencji mogłaby być ograniczona. Stałoby się tak, gdyby patent nabyto w wyniku oszustwa; pozew o naruszenie patentu był oczywiście bezzasadny albo odmowa zmierzała do monopolizacji rynku. W rezultacie sąd amerykański w sprawie *Xerox* ustanowił nieobalalne domniemanie legalności takiej odmowy i nie wyraził zgody na dalsze badanie motywów przedsiębiorstwa¹¹⁷.

¹¹⁴ *Intergraph Corp. p. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346 (Fed. Cir. 1999).

¹¹⁵ *Aldridge Corp. p. Microsoft Corp.*, 995 F. Supp. 728 (S. D. Tex. 1998).

¹¹⁶ *CSU p. Xerox*, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000).

¹¹⁷ M. Surdek, *op. cit.*, s. 58.

Bardzo podobnymi okolicznościami faktycznymi charakteryzowała się sprawa *Data General*¹¹⁸. Twórca programu diagnostycznego służącego do naprawy sprzętu komputerowego odmówił dalszej dostawy swojego produktu firmom zajmującym się niezależną naprawą. Mimo to firmy nadal korzystały z jego oprogramowania, uznając jego działanie za próbę zmonopolizowania rynku. W przeciwieństwie do wyroku w sprawie *Xerox* tym razem sąd przychylił się ku koncepcji obalalnego domniemania legalności odmowy. Pod tym pojęciem kryć się miało przekonanie, że taka odmowa jest uzasadniona istotą prawa własności intelektualnej, tj. jego wyłącznością, i stanowi działanie dopuszczalne przez prawo, nawet jeśli spowodować miałyby szkodę dla konsumenta. Ograniczenia jednak doznaje w przypadku prowadzenia do monopolizacji rynku. Sąd w analizowanej sprawie nie odnalazł podstaw do stwierdzenia obalenia domniemania. Inne rozstrzygnięcie podważałoby sens ochrony patentowej i prawnoautorskiej oraz mogłoby w niekorzystny sposób wpłynąć zarówno na działalność innowacyjną ze strony uprawnionego, jak i na działalność konkurencyjną na rynku. Dlatego sąd w swoisty sposób przyznał priorytet prawu autorskiemu oraz korzyściom płynącym z innowacji i za bezzasadne uznał wnikanie w motywy odmowy udzielenia licencji.

Sprawy *Xerox* i *Data General* były do siebie bardzo zbliżone zarówno pod względem okoliczności faktycznych, jak i ostatecznych rozstrzygnięć sądów. Różniły się jedynie kwestią możliwości obalenia domniemania legalności. W obu przypadkach sąd stwierdził, że wnikanie w umotywowanie odmowy udzielenia licencji jest nieuzasadnione. Natomiast sprawa *Image Technical*¹¹⁹ przyjęła nieco inny kierunek i sąd doszedł do konkluzji, że konieczne jest wzięcie pod uwagę ignorowane wcześniej motywy. Firma Kodak, po tym jak odmówiła dalszych dostaw swojego produktu, toczyła wieloletni spór z dotkniętymi przez odmowę podmiotami. Jednak w przeciwieństwie do *Xerox* czy *Data General* argumentem ochrony wynikającej z patentu posłużyła się zdecydowanie za późno. W związku z tym sąd po przeanalizowaniu stanu faktycznego pod kątem domniemania legalności odmowy orzekł, że domniemanie to zostało w tym wypadku skutecznie obalone. Okazało się bowiem, że tylko część produktów Kodak była chroniona patentem, a przedsiębiorstwo posłużyło się tym argumentem tylko w celu zamaskowania swojego rzeczywistego celu, jakim była chęć zmonopolizowania rynku¹²⁰.

Obserwacja orzeczniczej aktywności sądów amerykańskich pozwala dojść do wniosku, że prawo amerykańskie co do zasady uznaje argument prawa własności intelektualnej za wystarczający dla uzasadnienia odmowy udzielenia licencji. Istnieją jednak pewne okoliczności, w których zasada ta dozna ograniczeń. Posługiwanie się tym argumentem regularnie zwalczane jest przez sądy w przypadkach, w których dostrzegają one monopolistyczne zamiary uprawnionych podmiotów. Porównując amerykańską linię orzeczniczą do europejskiej, śmiało można stwierdzić, iż sądy amerykańskie bardziej przychylne są ochronie praw własności intelektualnej aniżeli prawa konkurencji. Nikogo zatem nie zdziwi fakt, że sprawa *Microsoft* (jak wiele innych z udziałem tego

¹¹⁸ *Data General p. Grumman Systems Support*, 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994).

¹¹⁹ *Image Technical Services p. Eastman Kodak*, 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997).

¹²⁰ M. Surdek, *op. cit.*, s. 59.

przedsiębiorstwa) zakończyła się zawarciem ugody z Departamentem Sprawiedliwości USA. Istotną różnicą między unijnym a amerykańskim systemem ochrony konkurencji jest występowanie w USA prywatnoprawnej drogi dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych wynikających z naruszenia reguł konkurencji ustanowionych w ustawie Sherman Act. Pomimo licznych przypadków oddziaływań orzecznictwa amerykańskiego na wyroki sądów unijnych w sprawach z prawa konkurencji sprawy z pogranicza tych dwóch dziedzin pozostają wyjątkiem. Ze względu na bardzo częsty globalny zasięg takich konfliktów prawnych, nierzadko pomiędzy przedsiębiorstwami mającymi olbrzymi wpływ na światową gospodarkę, korzystne dla obu porządków prawnych byłoby wypracowanie zbliżonych katalogów przesłanek, których spełnienie uruchamiałoby odpowiedzialność za naruszenie reguł konkurencji.

3.2. Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie *Microsoft* (w Unii Europejskiej)

W przeciwieństwie do sądów amerykańskich sądy unijne podchodzą do zagadnienia przestrzegania reguł konkurencji bardzo rygorystycznie. Pomimo że art. 102 TFUE został skonstruowany w taki sposób, aby umożliwić dopasowanie go do aktualnie panujących realiów i priorytetów w prawie ochrony konkurencji, nadal podejście sądów unijnych wydaje się nie nadążać za potrzebami nowo powstałych rynków rządzących się zupełnie innymi zasadami. Jak pokazuje wyrok w sprawie *Microsoft*, sądy unijne wzbraniają się przed stworzeniem nowego, skrojonego na miarę rynku nowych technologii, testu i kurczowo trzymają się tego, co zostało wypracowane wiele lat temu. Przed wydaniem wyroku w sprawie *Microsoft* wielu przedstawicieli doktryny wierzyło, że nadszedł moment, w którym sąd unijny zdecyduje się na podjęcie odważnego, odwracającego dotychczasowy kierunek prawa konkurencji kroku. Ku zdziwieniu i niezadowoleniu wielu tak się jednak nie stało.

3.2.1. Przebieg postępowania przed Komisją Europejską

Jak już wcześniej zostało wspomniane, przedsiębiorstwo Sun Microsystems w poszukiwaniu alternatywnych sposobów na poprawienie swojej niekorzystnej sytuacji na rynku, opierając się na art. 3 rozporządzenia 17¹²¹, w 1998 r. złożyło skargę do Komisji Europejskiej w sprawie rzekomego naruszenia ówczesnego art. 82 (obecnie art. 102 TFUE). Nadużycie to w postaci odmowy przekazania informacji oraz technologii zapewniających „poprawną współpracę systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych z systemem operacyjnym Windows dla komputerów osobistych”¹²² miało w istotny sposób uniemożliwiać konkurowanie na rynku systemów operacyjnych dla grup roboczych. Zanim jednak Komisja wydała decyzję, sprawa *Microsoft* przez 10 lat była przedmiotem długotrwałego postępowania antymonopolowego. W 2000 r. i 2001 r.

¹²¹ Rozporządzenie Rady EWG nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r., pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu (Dz. U. z 1962 r., Nr 13, str. 204).

¹²² T. Skoczny, *Sprawa Microsoft przed Komisją Europejską i Sądem Pierwszej Instancji*, [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft ...*, s. 29.

Komisja przedstawiła Microsoft ostateczne zarzuty odnoszące się zarówno do interoperacyjności klient-serwer, jak i serwer-serwer, a także do niebędącej przedmiotem tej analizy, ale stanowiącej równie interesujące nadużycie sprzedaży związanej. Microsoft, idąc na liczne ustępstwa w trakcie trwania postępowania (np. na kontrolowany dostęp do wypracowanych przez siebie technologii), liczyło na to, że sprawa przed unijnym organem antymonopolowym potoczy się w podobny sposób jak w Stanach Zjednoczonych i zostanie zawarta ugoda. Stało się jednak inaczej i w 2004 r. Komisja Europejska wydała decyzję, w której stwierdziła naruszenie pozycji dominującej na dwóch z trzech zdefiniowanych w decyzji rynkach właściwych, do których należały: rynek systemów operacyjnych dla komputerów osobistych, rynek systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych i rynek odtwarzaczy strumieniowych. Na dwóch pierwszych Microsoft znajdował się w pozycji dominującej, posiadając około 90% udziału na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych, gdzie jego produkt stał się *de facto* standardem w dziedzinie systemów operacyjnych, oraz około 60% na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych, gdzie Windows konkutował z takimi produktami jak Novella, Linux czy Unix. Ten drugi rynek charakteryzowały bariery wejścia w postaci silnego pośredniego efektu sieci ze względu na silne powiązanie zarówno handlowe, jak i technologiczne pomiędzy nim a rynkiem systemów operacyjnych dla komputerów osobistych. Komisja stwierdziła, że Microsoft nadużył swojej pozycji dominującej poprzez przeniesienie jej z rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych na dwa pozostałe rynki. Komisja stwierdziła, że „odmowa udostępnienia informacji dotyczących interoperacyjności oraz nie udzielenie zezwolenia na ich wykorzystanie w celu opracowania i rozprowadzenia na tym rynku systemów operacyjnych konkurencyjnych wobec produktów Microsoft”¹²³ nie jest działaniem obiektywnie uzasadnionym. W ramach kary na Microsoft została nałożona grzywna w wysokości, która miała uwzględniać znaczną zdolność finansową przedsiębiorstwa i równocześnie wywoływać wobec niego wystarczający efekt odstrasżający. Uwzględniony został również długi (ponad 5 lat) czas trwania naruszenia. Ostatecznie grzywna została ustalona na 497 196 304 euro. Jednocześnie Komisja Europejska zażądała zaniechania stosowania praktyk, które stanowiły naruszenie art. 102 TFUE poprzez wykonanie nałożonych na Microsoft środków zaradczych oraz powstrzymanie się od kolejnych działań mogących mieć podobny skutek jak wykazane nadużycie. Jako środki zaradcze mające na celu wyeliminowanie skutków działania Microsoft i przywrócenie poprawnego funkcjonowania konkurencji na rynku właściwym Komisja nakazała przedsiębiorstwu udostępnić informacje o interoperacyjności, na bieżąco je aktualizować oraz ustanowić mechanizm umożliwiający innym przedsiębiorstwom zapoznanie się z zakresem i warunkami korzystania z takich informacji¹²⁴. Komisja była przekonana, że jej decyzja stanowi precyzyjne i proporcjonalne ustanowienie zasad dla przyszłych działań Microsoft. Co więcej, obok wyżej wymienionych konsekwencji Komisja zdecydowała się na ustanowienie mechanizmu monitorowania wykonania przez

¹²³ *Ibidem*, s. 32.

¹²⁴ *Ibidem*, s. 33.

Microsoft nałożonych środków. Mechanizm ten miał obejmować powołanie specjalnego pełnomocnika do spraw monitorowania, niezależnego od Microsoft, który miał kontrolować, czy informacje przekazywane konkurującym przedsiębiorstwom są kompletne i właściwe. Zaskakujące było to, że to samo Microsoft miało zaproponować taki mechanizm, a w razie niesatysfakcjonującego Komisję rezultatu zastrzegła sobie ona prawo narzucenia własnego mechanizmu w drodze decyzji.

Według Górskiej decyzja Komisji Europejskiej stanowiła „imponującą wolę od tradycyjnego [...] ugruntowanego podejścia do odmowy udzielenia licencji”¹²⁵. Prawa własności intelektualnej zostały potraktowane na równi z innymi formami prawa własności w sytuacjach odmowy udzielenia dostępu do nich, co przywołuje na myśl powrót do zasady Commercial Solvents. Górka wskazuje, że w swojej decyzji Komisja Europejska stworzyła dwa nowe testy: „test całości okoliczności” i „test zachęty do innowacyjności”¹²⁶. Pierwszy z nich miał odnosić się do okoliczności, w których odmowa udzielenia licencji stanowić będzie nadużycie art. 102 TFUE. Według niej Komisja Europejska doszła do wniosku, że nie istnieje zamknięty i wyczerpujący katalog „wyjątkowych okoliczności”, dlatego przy ocenie indywidualnych stanów faktycznych należy brać pod uwagę całość okoliczności. Tak skonstruowany test jest bardzo obszerny i przesądza o uniwersalnym zastosowaniu do różnego rodzaju sytuacji faktycznych. Autorka zwraca tutaj uwagę na jedną z okoliczności, która w znaczny sposób działa na niekorzyść Microsoft, a mianowicie fakt, że do momentu osiągnięcia pozycji dominującej na rynku właściwym przedsiębiorstwo prowadziło politykę „otwartego dostępu do informacji”, a odmowa dotyczyła jego dotychczasowego kontrahenta. Istotną okolicznością jest tutaj również występowanie „efektu sieci”¹²⁷ – sytuacji, w której produkt staje się standardem na rynku, a przyzwyczajeni do niego (jego poziomu, zasięgu, funkcjonalności *etc.*) konsumenci nie chcą korzystać z innych alternatywnych produktów, nawet jeśli są one nowocześniejsze. Taki stan powoduje powstanie istotnej bariery wejścia na rynek dla nowych przedsiębiorstw. Dlatego też zdaniem Górskiej pozycja dominująca powstaje nie na skutek wykonywania prawa własności intelektualnej, ale jako następstwo efektu tak silnego przyzwyczajania konsumentów do danego produktu.

Z kolei „test zachęty do innowacyjności” stanowił odpowiedź na argument Microsoft, że udzielenie licencji doprowadzi do skopiowania jego produktu przez konkurentów. Ów test polega na wyważaniu dwóch interesów: negatywnego wpływu licencji na innowacyjność dominanta i pozytywnego wpływu na cały przemysł. Komisja doszła do wniosku, że w tych okolicznościach faktycznych przeważa ten drugi interes. W przeciwnym razie doszłoby do wyeliminowania całej konkurencji na rynku i postawienia Microsoft w sytuacji, w której nie działałyby na niego żadne bodźce zachęcające do działalności innowacyjnej.

¹²⁵ M. Górka, *op. cit.*, s. 21.

¹²⁶ *Ibidem*, s. 21.

¹²⁷ E. Stępień, *op. cit.*, s. 84.

3.2.2. Przebieg postępowania przed Sądem Pierwszej Instancji

W odpowiedzi na decyzję Komisji Europejskiej Microsoft złożył odwołanie do Sądu Pierwszej Instancji i domagał się zastosowania środków tymczasowych w postaci zawieszenia wykonania nakazu zaniechania oraz środków zaradczych zawartych w decyzji Komisji aż do czasu rozstrzygnięcia w sprawie głównej. Komisja dobrowolnie zawiesiła owe środki aż do czasu rozstrzygnięcia przez SPI w sprawie wniosku o zawieszenie wykonania decyzji. Po wysłuchaniu ustnym przed prezesem SPI sąd oddalił wniosek Microsoftu. Uznał, że mimo iż warunek *fumus boni iuris* (istnienie sporu zasługującego na rozstrzygnięcie przez sąd) został spełniony, to firmie Microsoft nie grozi żadna poważna i nieodwracalna szkoda, a sprawa nie ma charakteru pilnego. Microsoft bowiem argumentował, iż upowszechnienie specyfikacji protokołów komunikacyjnych doprowadzi do naruszenia prawa własności intelektualnej, wolności gospodarczej, a także spowoduje nieodwracalne zmiany warunków na rynku¹²⁸. Co więcej, wpłynie na obniżenie wartości systemu Windows poprzez naruszenie pierwotnej koncepcji jego budowy, a także negatywnie odbije się na reputacji przedsiębiorstwa. Sprawa główna ciągnęła się niemal przez 3 lata przed coraz to szerszym składem SPI – zaczynając od czwartej izby SPI w składzie zwykłym, na wielkiej izbie sądu skończywszy. Przez 2 lata postępowanie odbywało się w formie pisemnej, a w 2006 r. rozpoczęła się procedura ustna. Ostateczny wyrok SPI zapadł 17 września 2007 r. W skardze dotyczącej sprawy głównej Microsoft domagał się uchylenia decyzji Komisji Europejskiej, uchylenia lub istotnego obniżenia wysokości grzywny oraz obciążenia Komisji kosztami postępowania. Przedsiębiorstwo zarzucało Komisji, że popełniła błąd, uznając, że Microsoft naruszył art. 102 TFUE. Argumentowało, że informacje dotyczące wypracowanej przez nie technologii nie są niezbędne do zapewnienia kompatybilności i w związku z tym odmowa udzielenia dostępu do nich nie utrudnia wprowadzenia na rynek nowego produktu oraz nie eliminuje całej konkurencji na rynku związanym. Microsoft zarzucał także Komisji naruszenie zobowiązań wynikających z TRIPS, której stroną jest Unia Europejska. Co więcej, utrzymywał, że mechanizm monitorowania narzucony przez Komisję był bezprawny i stanowił przekroczenie kompetencji Komisji, gdyż nie miała prawa delegować na podmiot zewnętrzny swoich uprawnień dochodzeniowych i wykonawczych oraz nie miała prawa obciążać kosztami sprawowanej przez siebie kontroli osoby kontrolowanej, tj. Microsoft. Jako ostateczny argument przeciwko decyzji Komisji Microsoft powoływał się na zasadę „prawnej nowości stwierdzenia nadużycia”, której zaistnienie przesądzałoby o braku podstaw do nałożenia na naruszające przedsiębiorstwo kary grzywny, zwłaszcza w tak zawyżonej postaci jak w sprawie *Microsoft*¹²⁹.

SPI nieusatsfakcjonowany argumentacją Microsoft oddalił jego odwołanie i uznał, że Komisja wystarczająco udowodniła swoje ustalenia co do naruszenia przez przedsiębiorstwo art. 102 TFUE, a co za tym idzie – utrzymał w mocy karę grzywny i środki zaradcze. Odrzucił argument przedsiębiorstwa co do „nowej interpretacji prawa” – według jego uznania działanie Microsoft nie stanowiło nowej formy nadużycia, a przedsię-

¹²⁸ T. Skoczny, *op. cit.*, s. 36.

¹²⁹ *Ibidem*, s. 37.

biorstwo mogło – zwłaszcza po orzeczeniu w sprawie *Magill* – przewidzieć, że jego zachowanie będzie uznane za naruszenie. Równocześnie SPI stwierdził nieważność mechanizmu monitorowania wprowadzonego przez Komisję, przyznając, że przekroczyła swoje uprawnienia. O ile Komisja rzeczywiście ma prawo kontroli wykonania wydanej przez nią decyzji, nie ma ona prawa obciążać kosztami takiej kontroli podmiotu decyzji oraz nie miała prawa nakazania firmie Microsoft zaproponowania mechanizmu takiej kontroli, gdyż nie jest uprawniona do delegowania swoich kompetencji w tym zakresie.

3.2.3. Analiza wyroku SPI – przesłanki uznania odmowy udzielenia licencji na dostęp do informacji o interoperacyjności za nadużycie pozycji dominującej

Jak już wcześniej wspomniano, SPI orzekł, że Microsoft dopuścił się naruszenia art. 102 TFUE, który stanowi, że „niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi”¹³⁰. Jednocześnie zakwalifikował nadużycie Microsoft do praktyki z art. 102 lit. b) TFUE, tj. „ograniczenia produkcji, rynków lub rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów”¹³¹. SPI przypomniał wcześniejsze orzeczenia sądów unijnych, w których przyznano, że posiadanie pozycji dominującej samo w sobie nie jest nadużyciem, ale podmiot znajdujący się w takiej pozycji ma szczególnie obowiązek upewnienia się, że jego działania nie naruszają stanu skutecznej i niezakłóconej konkurencji na danym rynku. Swoboda kontraktowania może być w takich wyjątkowych przypadkach ograniczona, a odmowa udzielenia dostępu lub licencji może wtedy stanowić nadużycie oraz wystarczającą przesłankę dla ingerencji w wykonywanie prawa wyłącznego.

W swoim wyroku SPI zdecydował się nie rozważać stanu faktycznego odnoszącego się do zarzutu Microsoft co do tego, że Sun Microsystems wcale nie żądał dostępu do informacji o interoperacyjności. SPI zgodził się w tej kwestii z ustaleniami Komisji. Bardzo szybko również rozprawił się z zarzutem odnoszącym się do naruszenia zobowiązań wynikających ze związania konwencją TRIPS, stwierdzając, że nie ma ona pierwszeństwa przed prawem unijnym.

Na wstępie swojej analizy SPI musiał pochylić się nad pytaniem, czy sprawa *Microsoft* w istocie stanowi przypadek odmowy udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej. Aby odpowiedzieć na to pytanie, należało rozważyć, czy informacje, do których dostępu żądało Sun Microsystems, rzeczywiście mogą być zaliczone do kategorii przedmiotów chronionych prawem własności intelektualnej. Jeśli bowiem okazałoby się, że tak nie jest, to zastosowanie miałby test urządzeń kluczowych, który jest mniej surowy niż test odnoszący się do praw własności intelektualnej (test *IMS Health*).

¹³⁰ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Lizbona...

¹³¹ *Ibidem*.

Microsoft utrzymywał, że informacje o interoperacyjności (protokoły komunikacyjne: „zestaw reguł, według których systemy operacyjne dla serwerów połączone w sieć wchodzi w rozmaite interakcje i komunikują się ze sobą”¹³²) mają charakter innowacyjny, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a część z nich chroniona jest nawet przez patenty. Co więcej, wykazywał, że opisy protokołów komunikacyjnych stanowią przedmiot ochrony prawa autorskiego. Z wszystkimi powyższymi argumentami Komisja starała się polemizować. Uważała, że argument objęcia informacji ochroną wynikającą z patentu jest mało przekonujący, gdyż Microsoft powołał się na taką ochronę dopiero pod sam koniec trwania postępowania i nie był w stanie wykazać więcej niż jednego zarejestrowanego patentu. Komisja nie zgadzała się również z tym, że protokoły stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż jej zdaniem to nie samowolna decyzja przedsiębiorstwa przesądza o zakwalifikowaniu danych informacji do takiej ochrony. Ponadto twierdziła, że wartość gospodarcza tych informacji ma swoje źródło nie w innowacyjnym charakterze, a w pozycji, jaką Microsoft zajmuje na rynku. Jeśli natomiast chodzi o objęcie ochroną prawnautorską, zdaniem Komisji sposób, w jaki konkurujące przedsiębiorstwo chciało użyć tych informacji (tj. implementacja do własnego systemu operacyjnego), wcale nie prowadziłyby do naruszenia prawa autorskiego, ale do powstania nowego – odrębnego i oryginalnego – utworu.

SPI zdecydował się ostatecznie nie rozstrzygać w tej kwestii ze względu na to, iż Komisja Europejska przychyliła się do Microsoft i w swojej decyzji zachowanie przedsiębiorstwa traktowała jako przypadek odmowy udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej, a co za tym idzie, interpretowała go zgodnie z kryteriami testu Magill/IMS Health. Mimo pewnego niedosytu, jaki pozostawia decyzja SPI co do nieporuszenia tej kwestii, zdaniem M. Surdek Komisja postąpiła bardzo rozważnie, decydując się na zastosowanie bardziej surowego testu IMS Health, gdyż „pochopna i nieuzasadniona ingerencja prawa własności intelektualnej może przynieść negatywny efekt w postaci zmniejszenia innowacyjności”¹³³. Dlatego w sytuacjach, w których pojawiają się wątpliwości, bezpieczniejszym wyjściem jest potraktowanie danego zachowania jako odmowy udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej.

Pomimo zgodzenia się z kwalifikacją stanu faktycznego dokonanej przez Komisję SPI zastrzegł, że nie należy automatycznie stosować kryteriów „testu wyjątkowych okoliczności” z orzeczeń Magill i IMS Health, lecz pod uwagę należy brać wszelkie wyjątkowe okoliczności, które niekoniecznie muszą pokrywać się z tymi z wypracowanego uprzednio przez sądy unijne testu. Przykładowymi wyjątkowymi okolicznościami charakteryzującymi stan faktyczny w sprawie *Microsoft* było to, że odmowa dotyczyła „informacji zapewniających interoperacyjność na rynku oprogramowań, do osiągnięcia której ustawodawstwo unijne przywiązywało dużą uwagę”¹³⁴, zaistnienie zjawiska zwanego *leveraging*, tj. przeniesienia nadzwyczajnej siły rynkowej posiadanej na rynku pierwotnym na rynek związany w celu wyeliminowania konkurencji na tym rynku

¹³² M. Surdek, *op. cit.*, s. 70.

¹³³ *Ibidem*, s. 71.

¹³⁴ *Ibidem*, s. 71.

oraz zaprzestanie polityki „otwartego dostępu” w momencie wprowadzenia nowego produktu na rynek (tj. Windows 2000). Niezależnie od wprowadzenia nowego „testu całości okoliczności” nadal konieczne jest wykazanie istnienia dwóch rynków – właściwego (podstawowego) i związanego (sąsiadującego). Nieistotne jest tutaj, że produkty nie są oddzielnie przedmiotem obrotu – wystarczające jest wyróżnienie dwóch faz produkcji, gdzie jedna z nich uzależniona jest od drugiej (tj. produkt z pierwszej fazy jest niezbędny do wytworzenia produktu finałowego). Taki stan faktyczny przesądza o istnieniu dwóch powiązanych ze sobą rynków. Co więcej, Komisja twierdziła, że w sprawie *Microsoft* zostały spełnione (choć nie musiały) przesłanki z testu Magill/IMS Health: kryterium niezbędności, kryterium wykluczenia konkurencji, kryterium nowego produktu, kryterium braku obiektywnego uzasadnienia. Dlatego też SPI uznał, że najpierw oceni, czy przesłanki z poprzednich testów rzeczywiście zostały spełnione, a dopiero w następnej kolejności pochylił się nad nowymi okolicznościami indywidualnego stanu faktycznego.

3.2.3.1. Kryterium niezbędności

Pierwszym z kryteriów, nad którymi pochylił się SPI, była przesłanka niezbędności dostępu do prawa własności intelektualnej. Aby móc w pełni przeanalizować tę kwestię, należy najpierw zdefiniować przedmiot, który w tej sprawie miał być niezbędny do prowadzenia działalności gospodarczej na danym rynku związanym. Informacje o interoperacyjności w tej konkretnej sprawie to „informacje oraz technologie zapewniające interoperacyjność, tj. poprawną współpracę systemu operacyjnego dla serwerów grup roboczych z systemem operacyjnym Windows dla komputerów osobistych (stacji roboczych)”¹³⁵. Wydawać by się mogło, że interoperacyjność stanowi najcenniejszy przymiot danego produktu, ale tak naprawdę jest tylko ona jedną z wielu funkcjonalności charakteryzujących oprogramowanie. Jednakże, jak utrzymuje Górska, interoperacyjność ma duże znaczenie dla konkurencji na rynku nowych technologii, zwłaszcza gdy rynek jednocześnie cechuje się silnym „efektem sieciowym”.

W ustalaniu spełnienia przesłanki niezbędności Komisja Europejska kierowała się dwustopniowym testem. Po pierwsze, badała, jaki poziom interoperacyjności musi zostać osiągnięty, aby zapewnić nie tylko utrzymanie się konkurentów na rynku, ale także skuteczną konkurencję. Po drugie, czy informacje, których dotyczyła odmowa, rzeczywiście były niezbędne do osiągnięcia tego poziomu interoperacyjności. W przekonaniu Microsoft dostęp do takich informacji umożliwiłby konkurentom stworzenie produktu identycznego do systemu oferowanego przez Microsoft. W wyroku SPI uznał, że informacje, do których dostępu żądało przedsiębiorstwo Sun Microsystems, były zaledwie specyfikacjami, na podstawie których niemożliwe byłoby napisanie takiego samego kodu źródłowego. Ponadto Microsoft twierdził, że istnieje co najmniej pięć alternatywnych metod zapewnienia interoperacyjności z systemem Windows. SPI nie przyjął jednak tej argumentacji, gdyż sam Microsoft przyznał, że owe metody nie pozwolą na osiągnięcie takiego samego stopnia interoperacyjności, jak poprzez udzielenie dostępu do

¹³⁵ T. Skoczny, *op. cit.*, s. 29.

tych informacji. Microsoft ripostował stwierdzeniem, że SPI błędnie założył, że dany poziom interoperacyjności pozwoli konkurentom na utrzymanie się na rynku. Jego zdaniem nie istniał żaden związek przyczynowy między odmową a zdolnością utrzymania się na rynku, gdyż dotychczas konkurencja taka na rynku funkcjonowała. Ponownie SPI nie zgodził się z argumentacją Microsoft, przypominając, że powodem braku takiego związku jest fakt, że Microsoft zaledwie co wprowadził na rynek nowy produkt w postaci Windows 2000 i dlatego nie nastąpił jeszcze skutek w postaci eliminacji konkurencji. Według SPI stopniowe eliminowanie konkurencji nadal stanowi eliminowanie wywołujące odpowiedzialność danego podmiotu. To, że skutek nie jest natychmiastowy, wcale nie przesądza, że dany produkt nie jest niezbędny.

SPI stwierdził, że podjęte przez przedsiębiorstwo próby argumentacji nie podlegają w pełni kontroli sądu, gdyż oparte są na skomplikowanych analizach ekonomicznych, do których zbadania sądy unijne nie mają narzędzi. Mimo to doszedł do wniosku, że informacje o interoperacyjności rzeczywiście mają kluczowy charakter dla utrzymania się na rynku. Powodowane jest to tym, że oprogramowanie nie działa w izolacji, a często o wyborze produktu przez konsumenta decyduje możliwość zintegrowania go z posiadanymi lub wcześniej zakupionymi innymi produktami. Ten fakt, oczywista dominacja Microsoft na rynku oraz system operacyjny, który stał się standardem, sprawiają, że konsumenci często decydują się na zakup Windows, pomimo iż zdają sobie sprawę, że inne produkty są lepsze lub nowocześniejsze.

3.2.3.2. Kryterium eliminacji konkurencji

Kolejnym kryterium istotnym dla ustalenia nadużycia jest przesłanka eliminacji konkurencji na rynku. W dotychczasowym orzecznictwie mówiono o eliminacji wszelkiej konkurencji. Microsoft swoją argumentację opierał na wcześniejszych wyrokach, które mówiły o „prawdopodobieństwie eliminacji”, które miało graniczyć z pewnością. Dlatego nie podobało mu się, że w swojej decyzji Komisja Europejska postanowiła inaczej sformułować to kryterium, a mianowicie jako „ryzyko eliminacji”. Zdaniem firmy Microsoft rozszerzenie zakresu zastosowania tej przesłanki i błędne (zbyt wąskie) zdefiniowanie rynku związanego wpłynęło na negatywną ocenę jego postępowania. Przedsiębiorstwo uważało bowiem, że na rynku istnieje konkurencja w postaci takich przedsiębiorstw jak: Sun Microsystems, IBM, Novell czy Red Hat. SPI nie zgodził się z tą argumentacją i uznał, że zaproponowana przez Komisję definicja rynku sąsiadującego jest poprawna. Co więcej, SPI uznał spór o różnicę między prawdopodobieństwem a ryzykiem za bezzasadny. Według niego nigdy nie istniało takie rozróżnienie, gdyż byłoby ono sprzeczne z celem art. 102 TFUE (tj. „utrzymaniem niezakłóconej konkurencji”). Nielogiczne byłoby oczekiwanie z podjęciem akcji przeciwko naruszającemu do momentu, w którym z rynku wyeliminowana zostałaby cała konkurencja. Według SPI ze względu na specyfikę rynku nowych technologii (m.in. zjawisko „efektu sieciowego”) Komisja słusznie zastosowała art. 102 TFUE przed całkowitym wyeliminowaniem konkurencji. W takiej sytuacji mogłoby bowiem okazać się niemożliwe przywrócenie wyeliminowanej już konkurencji (tj. przywrócenie rynku do poprzedniego stanu konkurencji).

Kolejną zmianą wprowadzoną do tego kryterium było sformułowanie go w taki sposób, że dla jego spełnienia wystarczająca byłaby eliminacja wszelkiej „skutecznej” (efektywnej) konkurencji – tj. albo przez całkowite wyeliminowanie z rynku (na skutek nierentowności prowadzonej przez konkurenta działalności) lub przez zepchnięcie do nisz rynkowych (tzw. *bonsai competition*). Minimalna obecność konkurentów w takich niszach nie jest wystarczająca, aby rynek był w stanie utrzymać przymiot konkurencyjnego. Nie stanowi to bowiem skutecznej konkurencji.

Przy okazji analizy tej przesłanki pojawił się również spór co do poprawności ustalenia posiadania przez Microsoft pozycji dominującej na rynku związanym. Zgodnie z orzeczeniem sądu fakt ten nie miał w tej sytuacji znaczenia, gdyż nastąpiło zjawisko tzw. *leveragingu*, tj. przeniesienia pozycji z rynku właściwego na rynek związany. Jak już zdążono ustalić, Microsoft posiadał miażdżącą przewagę na rynku właściwym oscylującą w granicach 90%. Co więcej, rynek związany charakteryzowały wysokie bariery wejścia na rynek spowodowane „efektem sieci”, brakiem interoperacyjności, a także silnymi powiązaniem technologicznymi i handlowymi z rynkiem systemów operacyjnych dla komputerów osobistych. Gwałtowny wzrost udziału Microsoft na rynku związanym i równoczesny spadek w udziale w tym rynku przedsiębiorstw konkurujących z Microsoft przesądziły o tym, że SPI uznał, iż istnieje ryzyko eliminacji wszelkiej skutecznej konkurencji na rynku związanym.

3.2.3.3. Kryterium nowego produktu

Kolejnym spornym elementem było kryterium powstania nowego produktu. Microsoft utrzymywał, że w jego sprawie ta przesłanka nie zachodzi, gdyż dodanie zaledwie jednej cechy do produktu nie może być traktowane jako stworzenie nowego. Jak już wcześniej zostało wspomniane, przedsiębiorstwo argumentowało, że udzielenie licencji na informacje o interoperacyjności wywoła sytuację, w której konkurenci spróbują naśladować lub najzwyczajniej skopiują produkt Microsoft, w którego stworzenie przedsiębiorstwo zainwestowało znaczne nakłady. Takie działanie spowoduje natomiast osłabienie innowacyjności zarówno Microsoft, jak i jego konkurentów. W odpowiedzi na te zarzuty SPI stwierdził, że przesłankę „nowego produktu” należy interpretować w świetle art. 102 TFUE lit. b), a mianowicie jako „ograniczanie produkcji, rynków lub rozwoju technologicznego ze szkodą dla konsumentów”¹³⁶. SPI uznał, że zastosowanie tutaj znajdzie treść wyroków w sprawach *Magill* i *IMS Health* w odniesieniu do przesłanki nowego produktu – choć tam rzeczywiście do czynienia mieliśmy z powstaniem nowego produktu. Zatem sąd doszedł do wniosku, że możliwa jest szersza interpretacja tego kryterium – nie tylko jako zapobiegnięcia powstaniu nowego produktu, ale również jako ograniczenia postępu technicznego ze szkodą dla konsumentów. Ograniczenie to polegało na tym, że konsumenci poprzez zamknięcie w środowisku systemu operacyjnego Windows (poprzez brak interoperacyjności z innymi systemami) zostali pozbawieni możliwości wyboru innych produktów¹³⁷. Co więcej, takie zamknięcie miało wpływ nie

¹³⁶ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej...

¹³⁷ M. Surdek, *op. cit.*, s. 77.

tylko na konsumentów, ale również na działanie konkurentów, którzy przekonani o niemożliwości znalezienia popytu na swój produkt pozbawiony funkcjonalności w postaci kompatybilności z produktem Microsoft zaprzestali jakiegokolwiek wysiłku innowacyjnego i ulepszenia swoich produktów. Ponadto SPI nie zgodził się z Microsoft, że dostęp do informacji o interoperacyjności przyczyni się do skopiowania produktu. Ponownie przywołał fakt, że informacje, o które prosiło przedsiębiorstwo Sun Microsystems, to zaledwie specyfikacje protokołów komunikacyjnych (tj. „opisu tego, jak systemy operacyjne Windows komunikują się i ze sobą współpracują”¹³⁸). Przed takim działaniem wzbraniać się będą same konkurujące przedsiębiorstwa, gdyż wcale nie działałoby to na ich korzyść. Albowiem, aby przykuć uwagę potencjalnych konsumentów i zyskać przewagę konkurencyjną, ich produkt powinien wyróżniać się na tle produktu oferowanego przez Microsoft.

Zatem SPI w celu rozstrzygnięcia sporu ponownie musiał balansować interesy płynące z jednej strony z ochrony prawa własności intelektualnej i wolności gospodarczej, a z drugiej z ochrony wolnej konkurencji. Uznał, że ten drugi interes przeważa, jeśli odmowa stanowi przeszkodę dla rozwoju rynku związanego ze szkodą dla konsumentów¹³⁹. Do takiej przeszkody zakwalifikować można również „zakłócenie rozwoju technologicznego danego produktu”¹⁴⁰, a nie jedynie uniemożliwienie stworzenia nowego produktu. Co więcej, przykładowe działania ujęte w art. 102 TFUE wcale nie muszą wywoływać bezpośrednio szkody dla konsumentów. Również szkoda taka wywołana w sposób pośredni, np. poprzez osłabienie „konkurencyjnej struktury rynku”¹⁴¹, będzie spełniała przesłankę z art. 102 TFUE. Zdaniem M. Surdek takie podejście sądu unijnego zdaje się prezentować wpływy szkoły ordoliberalnej w prawie ochrony konkurencji, a mianowicie skoncentrowanie się na utrzymaniu konkurencyjnej struktury rynku zamiast na rzeczywistych skutkach ekonomicznych praktyk rynkowych podejmowanych przez konkurujące ze sobą przedsiębiorstwa. Autorkę dziwi taka postawa SPI, zwłaszcza w kontekście zapowiadanej przez Komisję Europejską reformy w postaci bardziej ekonomicznego podejścia w stosowaniu art. 102 TFUE¹⁴².

3.2.3.4. Kryterium braku obiektywnego uzasadnienia

Ostatnim sposobem na przekonanie SPI do własnych racji było wykazanie przez Microsoft obiektywnego uzasadnienia dla jego działań – jednej z negatywnych przesłanek testu Magill/IMS Health oraz części nowego testu Microsoft. W przeciwieństwie do pozostałych przesłanek ciężar dowodu w przypadku tej spoczywa na przedsiębiorstwie dominującym, któremu zarzuca się nadużycie tej pozycji. Następnie to Komisja Europejska zobowiązana jest do wykazania, że argumenty oskarżonego o nadużycia nie zasługują na uwzględnienie. Zdaniem Microsoft powołanie się na ochronę płynącą z prawa własności intelektualnej powinno być wystarczającym uzasadnieniem dla odmowy

¹³⁸ *Ibidem*, s. 70.

¹³⁹ M. Górską, *op. cit.*, s. 25.

¹⁴⁰ *Ibidem*, s. 25.

¹⁴¹ M. Surdek, *op. cit.*, s. 78.

¹⁴² Artykuł Komisji Europejskiej z grudnia 2005 r. w sprawie stosowania art. 82 TWE...

udzielenia licencji. SPI nie zgodził się ze zdaniem przedsiębiorstwa, wskazując, iż gdyby rzeczywiście tak było, test Magill/IMS Health nigdy nie znalazłby zastosowania, a przecież to właśnie on ustanowił odstępstwo od wolności gospodarczej, jaką stanowi swoboda udzielenia licencji wybranym kontrahentom.

Ponadto przedsiębiorstwo przekonywało o wielkich nakładach poczynionych w celu stworzenia tej niezwykle cennej technologii i o tym, że dzielenie się z konkurentami owocami własnej innowacyjności nie będzie miało pozytywnego wpływu na jego dalsze działania innowacyjne. Ponownie SPI nie podzielił zdania Microsoft. W jego przekonaniu o wartości informacji, których tak bardzo chciał chronić dominant, świadczy wyłącznie fakt, że stanowią one kluczowy warunek dla utrzymania się konkurentów na rynku związanym. Co do zahamowania innowacyjności Microsoft, SPI wyraził się równie krytycznie – uznał, że argument ten jest zbyt ogólny, nieodnoszący się do konkretnego produktu, a dotychczasowe udzielanie takich licencji przez Microsoft (które stanowi powszechne zjawisko na rynku nowych technologii) przemawia w tej kwestii na niekorzyść dominanta.

Co więcej, Microsoft zarzucał Komisji zastosowanie nieznajdującego oparcia w orzecznictwie „testu równoważenia innowacyjności”, który miałby polegać na uznaniu, że „jeśli udzielenie licencji przyczyniłoby się do wzrostu innowacyjności netto na całym rynku i jeśli takie pozytywne skutki przeważałyby negatywne konsekwencje nałożenia obowiązku udzielenia licencji dla innowacyjności przedsiębiorcy dominującego”¹⁴³, to nieudzielenie w takiej sytuacji licencji stanowiłoby naruszenie art. 102 TFUE. Przedsiębiorstwo argumentowało, że takie podejście jest niedopuszczalne ze względu na niski poziom precyzyjności, nieprzewidywalność oraz brak możliwości ujęcia w liczbach negatywnego wpływu obowiązku licencjonowania na innowacyjność przedsiębiorstwa. SPI w odpowiedzi na ten zarzut stwierdził, że Komisja Europejska wcale nie zastosowała takiego testu, a jedynie badała, czy uzasadnianie przez Microsoft odmowy negatywnym wpływem na jego innowacyjność rzeczywiście stanowi interes mogący przewyższyć test wyjątkowych okoliczności. Zdaniem SPI tak się jednak nie stało, gdyż udzielenie licencji jest powszechną praktyką na rynku nowych technologii (stosowaną również przez samo Microsoft) i wcale nie spowoduje skopiowania produktu.

Microsoft nie podobało się również to, że Komisja w swojej argumentacji przywoływała ugodę zawartą w tej samej sprawie między przedsiębiorstwem a organem antymonopolowym Stanów Zjednoczonych. Microsoft twierdził, że te dwa obowiązki licencjonowania znacznie się od siebie różnią. Ten nałożony w ugodzie rządził się mniej surowymi warunkami, a do tego został czasowo ograniczony. Natomiast nałożony przez Komisję był bezterminowy, bez prawa licencji wzajemnej oraz na warunkach i za wynagrodzeniem podlegającymi wyłącznej dyskrekcji Komisji. SPI nie wydawał się być przekonany rozróżnieniem dokonywanym przez Microsoft i stwierdził, że skoro wykonanie takiej ugody nie miało negatywnych skutków na innowacyjność Microsoft, to wykonanie obowiązku nałożonego przez Komisję takich rażących skutków również mieć nie będzie.

¹⁴³ M. Surdek, *op. cit.*, s. 79.

3.2.4. Ocena wyroku SPI w sprawie *Microsoft* i stosunek nowo wypracowanego testu do testu Magill/IMS Health

Przy ocenie znaczenia wyroku w sprawie *Microsoft* dla przyszłych przypadków nadużycia pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia licencji warto zastanowić się, jak bardzo orzeczenie to różni się od uprzednio wypracowanego testu Magill/IMS Health. Czy stanowi ono przełomową nową zasadę mającą na zawsze odwrócić sposób rozstrzygania spraw z zakresu prawa ochrony konkurencji, czy nadal pozostaje nam czekać na wypracowanie nowego testu odpowiadającego wszelkim potrzebom rynku nowych technologii.

Jeśli chodzi o nowości, jakie pojawiły się w wyroku SPI, to jako jedną z nich można wymienić uznanie przez SPI, że katalog przesłanek ujętych w teście Magill/IMS Health nie jest wyczerpujący. Spełnienie wszystkich czterech z nich jest wystarczające, ale nie niezbędne dla uznania danej praktyki za nadużycie. Tym samym SPI wprowadził nowy test zwany „testem całości okoliczności”¹⁴⁴. Ponadto doprecyzowane zostały przesłanki „nowego produktu” i „eliminacji konkurencji”, co doprowadziło do obniżenia poziomu trudności udowodnienia ich spełnienia oraz poniekąd naruszyło równowagę między prawem własności intelektualnej a prawem konkurencji. Jedną z największych kontrowersji okazała się być reinterpretacja kryterium „nowego produktu”, która pozwoliła na poszerzenie i odejście od literalnego rozumienia tego pojęcia. Od tej pory do tej przesłanki kwalifikować będziemy również ograniczenie postępu technicznego – m.in. modyfikację, ulepszenie produktu. Takie nowe podejście spotkało się z krytyką doktryny, albowiem stanowiło istotne odejście od testu Magill/IMS Health. Skupiono się na skutku, jaki wywołuje odmowa udzielenia licencji. Jedną z najbardziej istotnych wątpliwości pojawiających się w związku z nową interpretacją tej przesłanki jest ustalenie granicy między tym, co nosi znamię nowości, a co nie. Czy pod tym pojęciem kryje się produkt kompletnie nowy czy zaledwie udoskonalony? Czy produkt imitujący mieści się w tej definicji? Czy jakiegokolwiek ulepszenie przesądza o nowym charakterze, a przede wszystkim – z czyjej perspektywy należy oceniać nowość produktu? Jeśli bowiem zdecydujemy, że perspektywa konsumenta jest w tej sytuacji najistotniejsza, nadal pozostaje nam odpowiedzieć na pytanie, czy takie elementy jak: nowe cechy, funkcje, parametry, ulepszony jeden z parametrów stanowią nowość w świetle wyroku SPI w sprawie *Microsoft*.

Doprecyzowanie kryterium „eliminacji konkurencji” polegało na wskazaniu, że nie wystarczy, aby na rynku utrzymywała się jakakolwiek konkurencja, a powinna to być konkurencja skuteczna. Ponadto SPI uznał, że nie należy czekać na całkowite wyeliminowanie konkurencji z rynku, wystarczy tylko ryzyko takiego wyeliminowania, albowiem inna interpretacja tej przesłanki mijałaby się z celem art. 102 TFUE. Jednocześnie stwierdził, że jego interwencja w sprawie *Microsoft* nastąpiła w ostatnim możliwym momencie przed całkowitym wyeliminowaniem konkurencji. W ocenie doktryny zabiegi, jakimi posłużył się SPI, dokonując tej oceny, miały bardzo ekwilibrystyczny charakter.

¹⁴⁴ Wyrok SPI z dnia 17 września 2007 r. w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, ECLI:EU:T:2007:289.

Kolejnym zagadnieniem, które wzbudziło wiele kontrowersji, było pojęcie „niezbędności”. Zdaniem SPI dostęp do informacji o interoperacyjności jest kluczowy, zwłaszcza gdy rynek charakteryzuje silny efekt sieci, a produkt, którego dotyczą owe informacje, stanowi faktyczny standard na rynku. Co więcej, zagwarantowanie interoperacyjności ma istotny wpływ na gamę produktów, w których może wybierać konsument (co z kolei ma zapewnić jego dobrobyt), a także odgrywa istotną rolę w stymulowaniu interoperacyjności. Zdaniem wielu zarówno SPI, jak i Komisja Europejska nie poświęciły wystarczającej uwagi temu problemowi. Nie podjęto prób analizy, czy istnieją alternatywne metody stworzenia produktu kompatybilnego z systemem operacyjnym Windows. Według R. Pardolesi i A. Renda informacje o interoperacyjności są ważne, ale nie na tyle, aby uznać je za niezbędne, gdyż istnieją alternatywne sposoby na osiągnięcie tych samych rezultatów bez konieczności odwoływania się do specyfikacji, których Sun Microsystems żądało od Microsoft¹⁴⁵. Natomiast SPI zdecydował się zaledwie na ograniczenie się do określenia dwóch etapów produkcji, co stanowiło przeniesienie akcentu z przesłanki „istnienia rynku” na przesłankę „niezbędnego wkładu”. Podejście SPI na pewno nie stanowi przejawu stosowania testu z wyroku IMS Health – trudno się dziwić, skoro nie pozwalały na to same okoliczności faktyczne – w sprawie *Microsoft* inny był cel uzyskania licencji (nie była to możliwość zaoferowania nowego produktu). Dlatego też oparcie się na przesłankach testu Magill/IMS Health sprzeczne byłoby z poczuciem słuszności¹⁴⁶, w związku z czym wypracowano nowy test. D. Ridyard krytycznie odnosi się do przyjętej przez SPI interpretacji „niezbędności”, utrzymując, że stanowi ona odejście od koncepcji „urządzeń kluczowych” na rzecz koncepcji „urządzeń dogodnych”¹⁴⁷. Według niego istnieją alternatywne rozwiązania. Jednakże wymagają poniesienia znacznych kosztów, co oczywiście nie może przesądzać o uzyskaniu dostępu do informacji za niezbędny, lecz SPI zdaje się twierdzić inaczej.

Zdaniem M. Surdek wyrok w sprawie *Microsoft* wcale nie może być określony mianem przełomowego, gdyż jest on zaledwie kontynuacją dotychczasowej linii orzeczniczej i potwierdza regułę, że na przedsiębiorstwo dominujące można nałożyć obowiązek udzielenia licencji tylko w przypadku wystąpienia wyjątkowych okoliczności¹⁴⁸. Inni natomiast twierdzą wręcz przeciwnie i krytykują SPI za brak literalnego zastosowania wypracowanych wcześniej przesłanek. Z oceną Surdek zgadza się T. Skoczny, który uważa, że co prawda orzeczenie w sprawie *Microsoft* wejdzie do historii stosowania unijnych reguł konkurencji, ale tylko ze względu na interpretację pojęć „interoperacyjności” i „sprzedaży związanej”. Poza tym wyrok nie jest niczym więcej niż modyfikacją dotychczasowych testów, ale nie na tyle istotną, aby móc uznawać ją za „nową interpretację prawną”¹⁴⁹. Autor ocenił postępowanie SPI jako agresywne podejście do praktyk superdominanta, które w ostateczności (w przypadku sprzedaży związanej) doprowadziło do stworzenia produktu uboższego, który nie znalazł dla siebie popytu na rynku. Skutek

¹⁴⁵ M. Górską, *op. cit.*, s. 27.

¹⁴⁶ *Ibidem*, s. 30.

¹⁴⁷ *Ibidem*, s. 29.

¹⁴⁸ M. Surdek, *op. cit.*, s. 81.

¹⁴⁹ T. Skoczny, *op. cit.*, s. 42.

ten obrazuje, jak bardzo formalne pozostaje podejście SPI do spraw z zakresu prawa konkurencji pomimo postulowanej w dokumencie dyskusyjnym¹⁵⁰ zmiany w kierunku ekonomicznego stosowania art. 102 TFUE. Takiego zwrotu doczekamy się jednakże zdaniem T. Skocznyego dopiero w momencie, kiedy przedsiębiorstwa dominujące zdadzą sobie sprawę, że to na nich spoczywa ciężar „dowodu z efektywności”¹⁵¹. W związku z tym to one muszą wypracować instrumenty jej pomiaru. Orzeczenie w sprawie *Microsoft* przejdzie do historii jako przykład nieskutecznej obrony przedsiębiorstwa dominującego wskutek zbytniego skupienia się na dowodach z orzecznictwa aniżeli na analizach ekonomicznych. W tym wypadku zawinił również sąd, który w sposób niewystarczający zweryfikował spełnienie przesłanek. Stało się tak z kilku powodów, a mianowicie: braku oparcia na analizie ekonomicznej (skoncentrowanie się jedynie na faktach), nieprecyzyjnym określeniu rynku właściwego (co zaważyło na ocenie, czy w ogóle mamy do czynienia z pozycją dominującą), braku wyposażenia sądów i organów antymonopolowych w instrumenty pozwalające na analizę ekonomiczną w takim zakresie, w jakim wymagała tego sprawa *Microsoft*¹⁵².

Pomimo tak istotnych braków zwolennicy wyroku SPI uważali, że zastosowanie przez sąd „testu zachęty do innowacyjności” stanowiło wyraz ekonomicznego podejścia do sytuacji nadużycia pozycji dominującej oraz próbę naprawienia defektów prawa własności intelektualnej. Test ten postrzegany jest przez wielu przedstawicieli doktryny jako słuszny wybór przy ważeniu dwóch spornych interesów w tej sprawie, ponieważ za priorytet uznaje pozytywny wpływ na poziom innowacyjności całego przemysłu. Z kolei przeciwnicy stosowania „testu zachęty do innowacyjności” wskazują na jego mało precyzyjny charakter oraz zbyt wielkie uproszczenia. Za główną jego wadę uznają jednak fakt, że oceny wartości prawa własności intelektualnej dokonuje w swojej dyskrekcji organ antymonopolowy, co bardzo szybko może doprowadzić do zahamowania rozwoju i innowacji poprzez spowodowanie spadku wartości rynkowej takich praw.

Ekonomiści krytykują SPI za to, że w swoim wyroku opowiedział się za „konkurencją na rynku” zamiast za bardziej wartościową „konkurencją dla rynku”¹⁵³. Ich zdaniem ta druga powoduje, że konkurenci starają się stworzyć innowacyjny i przełomowy produkt w celu odebrania pozycji lidera obecnemu dominantowi. Natomiast „konkurencja na rynku” w perspektywie długoterminowej może prowadzić do spowolnienia rozwoju i postępu technologicznego. Co ciekawe, ani Komisja Europejska w swojej decyzji, ani SPI w swoim wyroku, nigdzie nie uzasadnili, dlaczego opowiedzieli się właśnie za „konkurencją na rynku”, co stanowi bardzo istotną wadę orzeczenia w sprawie *Microsoft*.

Również zapowiadane w dokumencie dyskusyjnym skoncentrowanie się na dobrobycie konsumentów przy stosowaniu unijnych reguł konkurencji nie znalazło potwierdzenia w wyroku SPI. Właśnie ten fakt wskazuje na wielki rozdźwięk między amerykańskim a unijnym podejściem do prawa ochrony konkurencji i powoduje, że do Unii Europejskiej docierają krytyczne głosy zza oceanu. Thomas Barnett w swoim oświad-

¹⁵⁰ Artykuł Komisji Europejskiej z grudnia 2005 r. w sprawie stosowania art. 82 TWE...

¹⁵¹ T. Skoczny, *op. cit.*, s. 43.

¹⁵² M. Górka, *op. cit.*, s. 30.

¹⁵³ *Ibidem*, s. 30.

czeniu z 17 września 2007 r. stwierdził, że wyrok w sprawie *Microsoft* może spowodować „schłodzenie innowacji i osłabienie konkurencji”¹⁵⁴. Jednocześnie przypominał, że celem prawa konkurencji powinien być dobrobyt konsumenta, a nie ochrona konkurentów. Warto zaznaczyć, że mimo iż Microsoft zawarł z amerykańskim organem antymonopolowym ugodę co do obowiązku licencjonowania, to nigdzie nie stwierdzono, aby rzeczywiście dopuścił się naruszenia prawa ochrony konkurencji. Według M. Surdek problemy z wprowadzeniem w życie wspomnianego postulatu wynikają z tego, że sądy unijne nadal znajdują się pod silnym wpływem szkoły ordoliberalnej koncentrującej się na ochronie konkurencyjnej struktury rynku, podczas gdy w USA propaguje się szkołę chicagowską, która za nadrzędny cel przyjmuje ochronę konsumentów¹⁵⁵. Co więcej, automatyczne kwalifikowanie praktyk przedsiębiorstw jako abuzywnych uznaje za szkodliwe dla dobrobytu konsumentów oraz mogące mieć wpływ na zahamowanie konkurencyjności na rynku. Nie zawsze opanowanie rynku przez jeden produkt (przez tzw. efekt sieci) musi mieć negatywny wpływ na dobrobyt konsumenta. Wysoki poziom innowacyjności na rynku wcale nie przesądza o wyłącznych korzyściach płynących z takiego stanu rzeczy – idealnym przykładem może tutaj być wyścig w patentowaniu wynalazków. Należy również pamiętać o tym, że nie można mieć całkowitej pewności co do tego, że udzielenie licencji rzeczywiście doprowadzi do sytuacji (wzorcowej, niemal zawsze zakładanej przez sądy przy orzekaniu w podobnych sprawach), w której konkurenci zaczną udoskonalać swoje produkty o nowe funkcje istotne dla konsumentów czy po prostu poprzestaną oni na konkurencji cenowej z Microsoft.

Największym jednak problemem okazuje się brak pewności prawa. Zdaniem M. Górskiej „nieprecyzyjność, skrótowość wyjaśnień przekłada się na brak jasnych, konkretnych wytycznych dla przedsiębiorców”¹⁵⁶. Orzeczenie SPI pozostawia więcej pytań niż odpowiedzi – jest to stan, którego z całą pewnością nikt nie spodziewał się po tak długotrwałym postępowaniu i zapowiadany przełomowy charakterze. Niekorzystnie wpływa to na sytuację przedsiębiorców, którzy nie dość, że muszą borykać się z niejasnymi przesłankami mającymi wpływ na niepewność obrotu gospodarczego, to równocześnie na nich spoczywa ciężar dowodu „obiektywnie uzasadnionej odmowy”, który jest kosztowny i skomplikowany¹⁵⁷. Co więcej, jak wynika z wyroku SPI, przedsiębiorcy dominujący na rynku nie mogą powoływać się w tej sytuacji na ochronę płynącą z prawa własności intelektualnej czy na ryzyko zmniejszenia własnej innowacyjności. Ponadto informacje poufne zdaniem SPI nie zasługują na szczególną ochronę, co z kolei M. Surdek uważa za wadę orzeczenia, gdyż między informacjami, o które spór toczył się w sprawie *Microsoft*, a tymi z orzeczenia *IMS Health* czy *Magill* zachodzi spora różnica – te ostatnie bowiem były informacjami powszechnie dostępnymi w przeciwieństwie do informacji o interoperacyjności. Przedsiębiorcy nie otrzymali żadnych wskazówek co do tego, w jaki sposób należy taki dowód przeprowadzać. Natomiast nawet, jeśli uda im się przekonać SPI co do zasad-

¹⁵⁴ T. Barnett, *Statement on European Microsoft Decision*, 17.09.2007, [dostęp: 20.03.2016], dostępny w Internecie: <http://www.usdoj.gov/atr/public/pressreleases/2007/226070.htm>.

¹⁵⁵ M. Surdek, *op. cit.*, s. 85.

¹⁵⁶ M. Górską, *op. cit.*, s. 30.

¹⁵⁷ *Ibidem*, s. 30.

ności swojej argumentacji, to w następnej kolejności ciężar dowodu przechodzi na Komisję Europejską. Oznacza to, że do Komisji należy ostatnie słowo w danej sprawie. Trudno jest z nim również polemizować, gdyż sądy nie posiadają odpowiednich narzędzi do zwerifikowania ostatecznych twierdzeń Komisji opartych na analizach ekonomicznych. Zdaniem M. Górskiej ciężko ostatecznie ocenić orzeczenie SPI, gdyż z jednej strony widać, że sąd próbował dostosować się do potrzeb rynku nowoczesnych technologii, a z drugiej strony mamy tutaj do czynienia ze zbyt daleko posuniętymi, niebezpiecznymi uproszczeniami zaważającymi nad oceną prawidłowości wydanego przez SPI wyroku¹⁵⁸. SPI, zamiast zastosować wcześniej wypracowany test i wyjaśnić powstałe uprzednio związane z nim niejasności, postanowił stworzyć nowy test i jeszcze bardziej skomplikować linię orzeczniczą sądów unijnych.

Tym, co cechowało wszystkie poprzednie orzeczenia odnoszące się do odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej, było zbyt przywiązywanie uwagi do indywidualnych okoliczności faktycznych każdej ze spraw. Takie podejście doprowadziło do tego, że nie zostały wypracowane precyzyjne i uniwersalne przesłanki nadające się do zastosowania do wielu stanów faktycznych. „Test całości okoliczności” miał stanowić remedium dla tego problemu, gdyż pozwala on na poprawną ocenę stanu faktycznego, a jednocześnie zgodny jest z art. 102 TFUE. Daje możliwość objęcia treścią tego przepisu wiele różnych sytuacji, natomiast wyroki w sprawie *Magill* czy *IMS Health* zawężyły zakres jego zastosowania. Taki kierunek mógł natomiast doprowadzić do tego, że poważne nadużycia pozostawałyby niesankcjonowane. „Test całości okoliczności” według Górskiej to wyraz potrzeby „zapewnienia skuteczności i wymaganej elastyczności prawu konkurencji”¹⁵⁹. Jednakże autorka uważa, że SPI powinien uzasadnić jego użycie w bardziej przekonujący i wolny od niedopowiedzeń sposób. W szczególności dlatego, że owo orzeczenie miało stać się wskazówką nie tylko dla sądów i organów rozstrzygających w przyszłości w podobnych sprawach, ale także dla przedsiębiorców podejmujących działania, które potencjalnie mogą stanowić nadużycie.

Jednakże krytycy orzeczenia SPI utrzymują, że wyrok ten nie ma żadnego znaczenia dla innych niż Microsoft przedsiębiorstw, gdyż SPI wyraźnie zaznaczał wyjątkowy charakter tej sprawy i wskazywał, że kryteria zakwalifikowania jako nadużycia należy oceniać w ścisłym powiązaniu ze stanem faktycznym sprawy *Microsoft*. Takie podejście miało uspokoić przedsiębiorców co do obaw przed rosnącą ingerencją prawa antymonopolowego w ich praktyki i prawa własności intelektualnej. Każdorazowe ocenianie w kontekście konkretnego stanu faktycznego wydaje się być słuszne, ale znacznie bardziej wartościowe byłoby osiągnięcie stanu pewności praw poprzez stworzenie wskazówek – np. zestawu dających się obalić domniemań – ułatwiających przedsiębiorcom ocenę, czy ich działanie rzeczywiście można uzasadnić negatywnym wpływem udzielenia licencji na innowacyjność. Brak pewności prawa i bardzo rygorystyczne wobec dominujących przedsiębiorstw podejście unijnych organów antymonopolowych sprawiają, że takie firmy bardziej narażone są na stanie się obiektem skarg kierowanych do Komisji

¹⁵⁸ *Ibidem*, s. 30.

¹⁵⁹ *Ibidem*, s. 31.

Europejskiej. Może też zdarzyć się tak, że w związku z takim stanem amerykańskie przedsiębiorstwa zamiast do organów antytrustowych USA swoje skargi kierować będą do Komisji Europejskiej, gdyż to w UE będą miały większe szanse na uzyskanie korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia.

3.3. Wpływ wyroku w sprawie *Microsoft* na późniejsze sprawy odmowy udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej

O tym, czy wyrok SPI w sprawie *Microsoft* ostatecznie uznany zostanie za przełomowy, świadczyć będzie jego wpływ na późniejsze sprawy odnoszące się do obowiązku licencjonowania informacji o interoperacyjności, które w przyszłości trafią pod analizę sądów unijnych. Niewiele czasu musiało upłynąć od wyroku, żeby do Komisji Europejskiej trafiły dwie kolejne skargi na działanie Microsoft. Pierwsza została zainicjowana przez ECIS (*European Committee for Interoperable Systems*), organizację, w której skład wchodzi największe przedsiębiorstwa na rynku nowych technologii (m.in. Adobe Systems, IBM, Oracle, RealNetworks i Sun Microsystems). Ponownie dotyczyła ona dostępu do informacji o interoperacyjności w odniesieniu do takich produktów jak Office, Outlook czy NET Framework. ECIS zarzucała firmie Microsoft działanie naruszające zasady wolnej konkurencji mogące skutkować ograniczeniem wyboru konsumentów co do produktów konkurencji. Ponadto skrytykowała celowe nieuwzględnienie w pakiecie Office obsługi formatu Open Document, pomimo jego powszechnego stosowania na rynku gwarantującego interoperacyjność różnych pakietów biurowych i umożliwiającego konkurencję na rynku takiego oprogramowania. Udział pakietu Microsoft Office na tym rynku to niemal 95%¹⁶⁰. Wszystkie jego elementy (Word, Excel, PowerPoint, Outlook) stanowią *de facto* standardy na rynku w odpowiednich dla siebie kategoriach. Pozycja Microsoft na tym rynku, granicząca z monopolem, doprowadziła do tego, że przedsiębiorstwo to osiadło na laurach i przestało udoskonalać swój produkt, co miało szkodliwy wpływ na dobrobyt konsumentów. Sam Bill Gates, założyciel Microsoft, przyznaje, że jedyną presją, z jaką potencjalnie może borykać się przedsiębiorstwo, jest okoliczność, w której konsumenci zdecydują się nie aktualizować programu do najnowszej wersji¹⁶¹. Bardzo wolne jak na standardy panujące na tym rynku proponowanie nowszych wersji (zwłaszcza między rokiem 1997 a 2007) oraz mała istotność wprowadzanych zmian przesądza o tym, że pozycja, którą zajmuje Microsoft, wcale nie działa korzystnie na jego innowacyjność. Dopiero w 2007 r., kiedy Google rozpoczęło pracę nad internetowym edytorem tekstu, Microsoft kompletnie zmienił interfejs pakietu Office i – co mało zaskakujące – zdecydował się na wprowadzenie nowego formatu plików, niekompatybilnego z powszechnie używanym przez jego konkurentów.

Otwarcie sprawy przez Komisję Europejską nastąpiło w styczniu 2008 r., jednakże na skutek decyzji podjętej w grudniu 2009 r. przez Microsoft, ECIS zdecydował się

¹⁶⁰ *To Pay or Not to Pay: The World of Office Suites Opens Up*, KNOWLEDGE@W.P. CAREY, Arizona State Univ. School of Business, Oct. 10, 2007.

¹⁶¹ D. Kirkpatrick, *Gates and Ozzie: How to Escape E-Mail Hell*, FORTUNE, June 27, 2005, s. 169–172.

wycofać wniesioną skargę. Microsoft zgodził się na udostępnienie niektórych informacji o interoperacyjności i podporządkowanie się pewnym standardom kompatybilności. ECIS uznał, że taka propozycja go satysfakcjonuje, ale będzie obserwować implementację tych zobowiązań w życie. Wygląda na to, że Microsoft wyciągnął wnioski z wyroku SPI i zdał sobie sprawę, że nie może ryzykować ponownego postępowania antymonopolowego, gdyż bardzo prawdopodobne jest, że decyzja po raz kolejny byłaby dla niego niekorzystna. Również Komisja Europejska zapowiedziała uważne monitorowanie wpływu decyzji Microsoft na dany rynek.

Druga skarga została złożona przez przedsiębiorstwo OPERA – dostawcę przeglądarki internetowej – i dotyczyła praktyk Microsoft związanych z oferowaną przez dominanta przeglądarką Internet Explorer. Ponownie do pewnego czasu Microsoft posiadał pozycję dominującą na rynku przeglądarek internetowych. Dopóki miał konkurentów, na bieżąco starał się aktualizować swój produkt, jednakże w momencie, kiedy pozbył się swojego największego konkurenta, Netscape, zaprzestał swojej działalności innowacyjnej. Taka agresywna polityka udoskonalania swojego produktu na etapie wchodzenia na rynek i zaprzestanie działalności innowacyjnej w momencie wyeliminowania konkurencji i ustanowienia pozycji dominującej to cecha charakterystyczna dla praktyk rynkowych Microsoft¹⁶².

Microsoft szybko jednak dostał nauczkę po tym, jak w grudniu 2009 r. Google wprowadził na rynek przeglądarkę Google Chrome na zasadach *open source* i bardzo szybko stał się dominantem na rynku przeglądarek internetowych, wygrywając z Internet Explorer i plasując się ponad takimi przeglądarkami jak Mozilla Firefox czy Opera. Taki stan rzeczy pokazuje, że Microsoft osiadł na laurach przez swoją pozycję dominującą, a jego argument co do obiektywnego uzasadnienia odmowy udzielenia licencji, którym próbował ratować się w postępowaniu przed SPI, a mianowicie zahamowanie ich innowacyjności był bezzasadny. To samozadowolenie (wynikające z braku efektywnej konkurencji) doprowadziło do osłabienia ich innowacyjności.

W swojej skardze OPERA skarżyła się na to, że Microsoft wykorzystuje dominującą pozycję systemu operacyjnego Windows ze skutkiem ograniczającym konkurencję na rynku przeglądarek. Działanie, które potępiali, to sposób, w jaki Microsoft przy instalacji systemu operacyjnego oferował instalację konkurencyjnych dla Internet Explorer przeglądarek. W oknie wyboru pojawiającym się podczas instalacji wyświetlanych było tylko 5 najpopularniejszych przeglądarek, co w istotny sposób wpływało na wybór konsumentów i obniżenie pozycji rynkowej mniejszych producentów. Ta sprawa, podobnie jak ta zapoczątkowana przez ECIS, również została zamknięta w grudniu 2009 r., gdyż Microsoft zgodził się zaoferować użytkownikom tzw. *ballot screen* (przewijane menu) pozwalające na swobodny (pozbawiony sugestii ze strony Microsoftu) wybór przeglądarki internetowej.

¹⁶² Walter S. Mossberg, *For Tabbed Browsing and Other New Tricks*, Try Explorer's Rivals, WALL ST. J., Jan. 8, 2004.

3.4. Sprawa *Apple France* jako przykład niestwierdzenia nadużycia pozycji dominującej poprzez wykonywania prawa własności intelektualnej

Warto również wspomnieć o sprawie, w której nie doszło do stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej poprzez wykonywanie prawa własności intelektualnej. W listopadzie 2004 r. przed FCA (*French Competition Authority*), francuski organ antymonopolowy, trafiła skarga przedsiębiorstwa *Virgin Mega przeciwko Apple France* (francuskiej filii amerykańskiego przedsiębiorstwa operującego na rynku nowych technologii) na odmowę udzielenia licencji na technologię DRM (*Digital Rights Management*). Technologia Apple – zwana Fairplay – pozwalała przedsiębiorcy na zapewnienie interoperacyjności między jego platformą umożliwiającą zakup i pobranie utworów muzycznych a urządzeniami komplementarnymi, m.in. zewnętrznym urządzeniem w postaci przenośnego odtwarzacza muzyki, zwanego iPod. Pobrana muzyka mogła być odtwarzana przez kolejny produkt Apple, dostarczany użytkownikom bezpłatnie program iTunes. To, co stanowiło o nowatorskim charakterze rozwiązania zastosowanego przez Apple, to sposób transferu pobranych utworów na urządzenia zewnętrzne (iPod) – który chroniony był właśnie przez technologię DRM. Utwory pobrane z platform innych niż iTunes mogły być odczytane przez odtwarzacz iPod tylko, jeśli ich dostawcy mieli dostęp do interfejsów i specyfikacji stworzonych przez Apple. Virgin Mega chciało, aby pobrane z jego platformy utwory mogły być odtwarzane na urządzeniu Apple. FCA miało w tej sprawie ocenić, czy działanie Apple narusza unijne prawo konkurencji i czy znajdzie tutaj zastosowanie doktryna urządzeń kluczowych oraz w jakim stopniu możliwe jest ograniczenie praw własności intelektualnej w celu zachowania lub wzmocnienia konkurencji na rynku. Dokonując oceny, FCA wyróżniło trzy zależne od siebie rynki, w tym najistotniejszy dla sprawy rynek związany – rynek platform umożliwiających zakup i pobranie utworów muzycznych. Pozostałe rynki komplementarne to rynek technologii DRM oraz rynek przenośnych odtwarzaczy muzycznych. FCA stwierdził, że Apple nie posiadał pozycji dominującej na rynku technologii DRM, gdyż na nim obecnie przewagę posiadał Microsoft i jego technologia WMA. Nie znajdował się też w pozycji dominanta na rynku przenośnych odtwarzaczy, gdyż rynek ten nie jest ograniczony wyłącznie do odtwarzaczy zabezpieczonych przez technologię DRM. Natomiast nie wykluczył, że Apple mogło zajmować pozycję dominującą na rynku platform umożliwiających pobieranie utworów, gdyż jego jedynym w tamtej chwili konkurentem było słabsze przedsiębiorstwo Sony.

Zdaniem G. Mazziotiego decyzja FCA w pewnych aspektach stara się naśladować decyzję Komisji Europejskiej w sprawie *Microsoft* (w momencie orzekania przez FCA SPI nie wydał jeszcze swojego wyroku), lecz uważa, że obie te sprawy miały ze sobą niewiele wspólnego¹⁶³. Jedyne odniesienie do sprawy *Microsoft* pojawiające się w decyzji FCA to wykazanie, jak brak interoperacyjności może skutkować wyeliminowaniem

¹⁶³ G. Mazzioti, *Did Apple's refusal to license proprietary information enabling interoperability with its iPod music player constitute an abuse under Article 82 of the EC Treaty?*, 2005, [dostęp: 15.01.2016], dostępne w Internecie: <http://escholarship.org/uc/item/7sv460b7?query=mazzioti#page-1>, s. 14.

konkurencji na rynku związanym. Poza tym te dwie sprawy różniły się znacząco stanem faktycznym, albowiem Apple nie posiadało pozycji dominującej na rynku DRM, a pozycja na rynku odtwarzaczy przenośnych nijak nie może równać się *quasi-monopolowi* Microsoft na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych. W związku z tym *FCA* w podejmowaniu decyzji w sprawie *Apple France* nie mogło polegać na nowo wypracowanym teście Microsoft. Dlatego też, aby ocenić, czy słuszne w tej sprawie byłoby zastosowanie licencji przymusowej, *FCA* musiało przeprowadzić „test niezbędności” z orzeczeń w sprawie *Magill*, *Oscar Bronner* i *IMS Health*.

Zdaniem *FCA* licencja przymusowa nie znajdzie tutaj zastosowania, gdyż technologia DRM nie była niezbędna do utrzymania konkurencji na rynku związanym – rynku platform umożliwiających zakup i pobranie utworów muzycznych. Argumentami przemawiającymi za brakiem spełnienia przesłanki niezbędności były: niewielki procent sytuacji, w których konsumenci decydują się na transfer pobranych utworów na przenośne odtwarzacze; utwory pobrane z innych platform niż iTunes nadal mogą być kompatybilne z odtwarzaczem iPod dzięki zastosowaniu tzw. *ripping* polegającego na przekonwertowaniu ich na inny format; większość urządzeń przenośnych konkurentów Apple była kompatybilna z formatem oferowanym przez Virgin Mega. Co do spełnienia przesłanki „eliminacji konkurencji”, *FCA* przypomniało argument niskiego procentu sytuacji, w których utwory transferowane są na odtwarzacze przenośne, oraz wskazało, że na rynku pojawia się coraz więcej nowych producentów takich odtwarzaczy. *FCA* uznała również za zasadną argumentację Apple co do przesłanki „obiektywnego uzasadnienia odmowy”. Apple utrzymywało, że udzielenie licencji znacznie utrudni mu konieczną aktualizację technologii Fairplay umożliwiającą zwalczanie błędów mogących pojawić się w systemie bezpieczeństwa. W takiej sytuacji musiałoby kontrolować spełnienie takiego obowiązku w odniesieniu do wszystkich udzielonych licencji. Ponadto przedsiębiorstwo Virgin Mega nie wykazało spełnienia przesłanki „nowego produktu”, gdyż nie określiło, czy będzie w stanie zaoferować inny niż proponowany przez Apple produkt, na który istniałoby zapotrzebowanie konsumentów¹⁶⁴.

Ostatecznie *FCA* rozstrzygnął, że ze względu na strukturę rynku i inne niż w sprawie *Microsoft* okoliczności faktyczne brak dostępu do technologii DRM Apple nie miał negatywnego wpływu na rynek związany – rynek platform umożliwiających zakup i pobieranie utworów muzycznych. Zdaniem *Mazziottiego* takie rozstrzygnięcie nie wyklucza sytuacji, w której w przyszłości technologia DRM Apple stanie się *de facto* standardem na rynku, tak jak stało się to w przypadku Windows i jego technologii WMA¹⁶⁵. Jednakże tak długo, jak kilka technologii DRM będzie ze sobą rywalizowało w ochronie treści dostarczanej przez kilku dostawców internetowych, tak długo Komisja Europejska nie będzie musiała rozstrzygać problemu prawnego związanego z prawem konkurencji – pod warunkiem, że nie dojdzie do sytuacji, w której każdy dostawca zmuszony będzie do używania produktu, który stanie się *de facto* standardem na rynku¹⁶⁶.

¹⁶⁴ *Ibidem*, s. 28.

¹⁶⁵ *Ibidem*, s. 28.

¹⁶⁶ *Ibidem*, s. 29.

Według autora ani test Magill/IMS Health, ani test Microsoft nie powinny znaleźć zastosowania w sprawie *Apple France*. Zaproponował on kilka potencjalnych rozwiązań dla narosłego problemu, a mianowicie mniej rygorystyczne wyjątki od zakazu stosowania inżynierii wstecznej (*reverse-engineering*) albo ustalenie standardu co do otwartej technologii DRM. Jednakże do momentu, w którym możliwe będzie zastosowanie takich praktyk, należy przyjąć, że technologia DRM pozostaje przedmiotem „testu wyjątkowych okoliczności” z wyroku w sprawie *Magill*¹⁶⁷.

Podsumowując, jak można wnioskować ze sprawy *Apple France*, nie zawsze informacje zapewniające interoperacyjność traktowane będą jako niezbędne dla utrzymania się przez konkurencję na rynku. Dlatego też ostrożnie należy podchodzić do określania wyroku SPI w sprawie *Microsoft* mianem przełomowego, gdyż tak naprawdę nie stał się on wzorcem dla rozwiązywania równoległych oraz późniejszych spraw traktujących o podobnych sytuacjach faktycznych. Słuszne zatem okazały się być słowa SPI, że sprawa *Microsoft* ma wyjątkowy charakter i wypracowany w niej test powinien być ściśle interpretowany w kontekście zaistniałych w tej właśnie sprawie okoliczności. Trudno się jednak nie zgodzić z tym, że przez takie działanie SPI nadal utrzymał przy życiu funkcjonujący od dawna stan niepewności co do prawa, w związku z czym każde z przedsiębiorstw znajdujących się w pozycji dominującej będzie musiało bacznie przyglądać się każdej ze swoich decyzji mogących budzić choć cień wątpliwości co do ich antykonkurencyjnego charakteru.

Zakończenie

Niedoskonałości rozstrzygnięcia w sprawie *Microsoft* pokazują, jak bardzo aktualny jest problem nadużywania pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej i jak bardzo potrzebne jest jednoznaczne i definitywne uregulowanie tej kwestii w postaci uniwersalnego testu, który zastosowanie mógłby znaleźć już na etapie podejmowania przez przedsiębiorstwo ryzykownej decyzji. Wielokrotnie w orzecznictwie sądów unijnych potwierdzono, że sam fakt posiadania prawa własności intelektualnej, a nawet jego wykonywanie, nie przesądzają jeszcze o nadużyciu pozycji dominującej. Pomimo sformułowania testu wyjątkowych okoliczności, a następnie przekształcenia go w test całości okoliczności, w sprawie *Microsoft*, której znaczenie nie jest tak przełomowe, jak wskazuje doktryna, przesłanki stanowiące o przekroczeniu granicy w wykonywaniu swojego prawa wyłącznego nadal pozostają niejasne. Brak klarowności jest wynikiem konkluzji w orzecznictwie TSUE, że każda z rozstrzyganych spraw wynikała z nietypowych okoliczności faktycznych. Taki stan rzeczy negatywnie wpływa na pewność prawa, która stanowi jeden z głównych celów każdego porządku prawnego, gdyż jest gwarantem poprawnego funkcjonowania zarówno prawa konkurencji, jak i prawa własności intelektualnej.

¹⁶⁷ *Ibidem*, s. 34.

Sądy swoje rozstrzygnięcia uzasadniały koniecznością zapewnienia niezakłóconej konkurencji, a równocześnie pobudzania dominanta do dalszego rozwoju swojej innowacyjności. To z kolei miało gwarantować efektywność ekonomiczną i dobrobyt konsumenta. Minusem takiego rozumowania jest ryzyko niekorzystnego wpływu na innowacyjność przedsiębiorstw, które ze względu na swoją silną, dominującą pozycję na rynku są w stanie najwięcej zainwestować w ulepszanie swoich produktów, a co za tym idzie – pozytywnie wpływać na poziom konkurencji na rynku. W sytuacji, gdy zmuszone są dzielić się owocami swojej twórczości z konkurentami, dochodzi do zahamowania innowacyjności mającej negatywny wydźwięk na dobrobyt konsumentów. Działanie takie wskazuje również na stopniowe odchodzenie od doktryny urzędów niezbędnych ku doktrynie urzędów dogodnych, co stanowi całkowite zaprzeczenie celów, jakim służyć ma prawo ochrony konkurencji.

Nadal aktualne pozostaje zatem pytanie, czy prawo konkurencji jest odpowiednim i skutecznym narzędziem służącym do korygowania luk prawa własności intelektualnej oraz czy rozsądne jest pozwalanie na tak głęboką ingerencję w wykonywanie prawa wyłącznego stanowiącego prawo własności będące jedną z czołowym zasad gwarantowanej przez prawo unijne wolności gospodarczej. Wielu uważa, że taka ingerencja jest uzasadniona, o ile zachowane zostaną środki ostrożności w postaci zastosowania odpowiednich, jednoznacznych testów oraz kryteriów. Jednakże obecny stan wypracowanych przesłanek nie pozwala na zminimalizowanie ryzyka zahamowania innowacyjności, przy równoczesnym zapewnieniu niezakłóconego poziomu konkurencji na rynku. Pożyczany jest nowy test, który spełniałby potrzeby dynamicznie rozwijającego się rynku nowych technologii i jednocześnie odpowiadałby zasadzie pewności prawa. Na chwilę obecną sądy unijne niezbyt umiejętnie starają się dopasować wcześniej wypracowane rozwiązania w tej materii, bojąc się podjęcia faktycznie rewolucyjnych kroków oraz spełnienia składanych obietnic co do bardziej ekonomicznego podejścia w interpretacji unijnych reguł konkurencji.

Bibliografia

Literatura

1. Adamczak A. (red.), *Aktualne problemy własności intelektualnej, konkurencji i transferu technologii: zbiór referatów z Seminarium Rzeczników Patentowych Szkół Wyższych*, Rada Rzeczników Patentowych Szkół Wyższych, Kielce 2012.
2. Arezzo E., *Intellectual Property Rights at the Crossroad Between Monopolization and Abuse of Dominant Position: American and European Approaches Compared*, Issue 3 “Journal of Computer & Information Law” 2006, vol. 24.
3. Banasiński C., *Dyskrecyjność w prawie antymonopolowym*, Wolter Kluwer S.A., Warszawa 2015.
4. Barnett T., *Statement on European Microsoft Decision*, 17.09.2007, [dostęp: 20.03.2016], dostępny w Internecie: <http://www.usdoj.gov/atr/public/pressreleases/2007/226070.htm>.

5. Barta J., Markiewicz R. (red.), *Prawo autorskie*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2016.
6. Bongard Ch., Möller D., Raimann A., Szadkowski N., Dubejko U., *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2007.
7. Brodecki Z. (red.), *Konkurencja*, Lexis Nexis, Warszawa 2004.
8. Brzezińska-Rawa A., *Zakaz nadużycia pozycji dominującej we wspólnotowym i polskim prawie antymonopolowym*, Dom Organizatora, Toruń 2009.
9. Brzezińska-Rawa A., *Wprowadzenie do prawa antymonopolowego*, Dom Organizatora, Toruń 2009.
10. Chałubińska-Jentkiewicz K., Karpiuk M., *Prawo nowych technologii. Wybrane zagadnienia*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2015.
11. Dreier T., *European intellectual property law: texts, cases and materials*, Cheltenham: Elgar, 2013.
12. Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Zarys prawa cywilnego*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
13. Golat R., *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
14. Hakenberg W., *Prawo europejskie*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
15. Kępiński M. (red.), *Konkurencja a własność intelektualna*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
16. Kohutek K., *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawdopodobieństwo i stosowność reguł prawa konkurencji*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2012.
17. Kirkpatrick D., *Gates and Ozzie: How to Escape E-Mail Hell*, FORTUNE, 27 czerwca 2005, [dostęp: 20.02.2016], dostępny w Internecie: http://money.cnn.com/magazines/fortune/fortune_archive/2005/06/27/8263426/index.htm.
18. Lewandowski K., *Prawo autorskie – Prawo konkurencji*, Wyższa Szkoła Umiejętności Społecznych w Poznaniu, Poznań 2009.
19. Majcher J., *Dostęp do urządzeń kluczowych w świetle orzecznictwa antymonopolowego*, Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005.
20. Mazziotti G., *Did Apple's refusal to license proprietary information enabling interoperability with its iPod music player constitute an abuse under Article 82 of the EC Treaty?*, 2005, [dostęp: 15.01.2016], dostępny w Internecie: <http://escholarship.org/uc/item/7sv460b7?query=mazziotti#page-1>.
21. Miąsik D., *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Chełm 2004.
22. Miąsik D., Skoczny T., Surdek M. (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2008.
23. Miąsik D., *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2012.
24. Miąsik D., *Własność intelektualna a szkoda dla konkurencji w prawie UE*, Centrum Europejskie Natolin, Warszawa 2012.
25. Michniewicz G., *Ochrona własności intelektualnej*, C.H. Beck, Warszawa 2010.

26. Mossberg W.S., *For Tabbed Browsing and Other New Tricks, Try Explorer's Rivals*, WALL ST. J., 8 stycznia 2004, [dostęp: 12.04.2016], dostępny w Internecie: <http://web.archive.org/web/20070214035829/http://ptech.wsj.com/archive/ptech-20040108.html>.
27. Pham A., *Competition Law and Intellectual Property Rights: Controlling Abuse or Abusing Control?*, CUTS Centre for Competition, Investment & Economic Regulation, 2008.
28. Piontek E. (red.), *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2008.
29. Schumpeter J.A., *Kapitalizm, socjalizm, demokracja*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2009.
30. *See To Pay or Not to Pay: The World of Office Suites Opens Up*, KNOWLEDGE@W.P. CAREY, Arizona State Univ. School of Business, 10 października 2007, [dostęp: 12.04.2016], dostępny w Internecie: <http://knowledge.wpcarey.asu.edu/article.cfm?articleid=1483>.
31. Skubisz R. (red.), *Prawo własności przemysłowej*, System Prawa Prywatnego, t. 14a, Warszawa 2012.
32. Szydło M., *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2010.
33. Żakowska-Henzler H., *Rynek wewnętrzny UE a prawo własności intelektualnej*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2013.

Dokumenty

1. Rozporządzenie Rady EWG nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r., pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu (Dz. U. z 1962 r. Nr 13, str. 204).
2. Dyrektywa Rady 91/250/EWG z dnia 14 maja 1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych, 52008PC0023.
3. Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla celów unijnego prawa konkurencji (Dz. Urz. C 372/5 09/12/1997 P. 0005-0013), 31997Y1209(01).
4. Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (OJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25), 32003R0001.
5. Artykuł Komisji Europejskiej z grudnia 2005 r. w sprawie stosowania art. 82 TWE w odniesieniu do praktyk abuzywnych o charakterze wykluczającym, [dostęp: 20.11.2015], dostępny w Internecie: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.
6. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Lizbona, sporządzony 13.12.2007 r., ogłoszony 2.12.2009 r. (Dz. U. z 2012 r. Nr 203, poz. 1569).
7. Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE 2007 C 303/1), 12012P.
8. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r., poz. 184).
9. Wytyczne Komisji Europejskiej z dnia 9 lutego 2009 r. (Dz. Urz. UE 2009 C 45), 52010IP0050.

10. „*Copyright, Competition and Development*”, Max Planck Institute for IP and Competition Law, Munich, grudzień 2013.

Orzeczenia

1. *Continental Paper Bag p. Eastern Paper Bag*, 210 U.S. 405 (1908), [dostęp: 15.09.2015], dostępny w Internecie: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/210/405/case.html>.
2. *United States p. Terminal Railroad Ass'n* 224 U.S. 383 (1912), [dostęp: 15.09.2015], dostępny w Internecie: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/224/383/case.html>.
3. *Associated Press p. United States* 326 U.S. 1 (1945), [dostęp: 15.09.2015], dostępny w Internecie: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/1/case.html>.
4. Wyrok TSUE z dnia 29 lutego 1968 r. w sprawie 24–67 *Parke, Davies and Co p. Probel, Centrafarm and Others*, ECLI:EU:C:1968:11.
5. *Hecht p. Pro-Football, Inc.*, 312 F. Supp. 472 (D.D.C. 1970), [dostęp: 10.09.2015], dostępny w Internecie: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/312/472/1468853/>.
6. *Otter Tail Power Co. p. United States* 410 U.S. 366 (1973), [dostęp: 10.09.2015], dostępny w Internecie: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/366/case.html>.
7. Wyrok TSUE z dnia 6 marca 1974 r. w sprawach połączonych 6/73 i 7/73 *Istituto Chimioterapico Italiano S.p.A. i Commercial Solvents Corporation p. Komisji*, ECLI:EU:C:1974:18.
8. Wyrok TSUE z dnia 8 czerwca 1971 r. w sprawie 78/70 *Deutsche Grammophon GmbH p. Metro-SB-Grossmarkte GmbH&Co. KG.*, ECLI:EU:C:1971:59.
9. Wyrok TSUE z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands Company i United Brands Continental p. Komisji*, ECLI:EU:C:1978:22.
10. Wyrok TSUE z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76 *Hoffman-La Roche p. Komisji*, ECLI:EU:C:1979:36.
11. Wyrok TSUE z dnia 31 maja 1979 r. w sprawie 22/78 *Hugin Kassaregister AB i Hugin Cash Registers Ltd p. Komisji*, ECLI:EU:C:1979:138.
12. Wyrok TSUE z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie 322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin p. Komisji*, ECLI:EU:C:1983:313.
13. *MCI Comm. Corp. p. AT&T*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), [dostęp: 10.09.2015], dostępny w Internecie: <http://openjurist.org/708/f2d/1081/mci-communications-corporation-mci-v-american-telephone-and-telegraph-company>.
14. Opinia Rzecznika Generalnego J. Mischo z dnia 21 czerwca 1988 r. w sprawie C-53/87, ECLI:EU:C:1988:330.
15. Wyrok TSUE z dnia 5 października 1988 r. w sprawie 238/87 *AB Volvo p. Eric Veng (UK) Ltd.*, ECLI:EU:C:1988:477.
16. Wyrok TSUE z dnia 5 października 1988 r. w sprawie 53/87 *CICCRA and Maxicar p. Renault*, ECLI:EU:C:1988:472.
17. Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 21 grudnia 1993 r., IV/34.689 - *Sea Containers p. Stena Sealink*, Official Journal L 015, 18/01/1994 P. 0008 - 0019.

18. *Data General p. Grumman Systems Support*, 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994), [dostęp: 3.09.2015], dostępny w Internecie: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/834/477/1646431/>
19. Wyrok TSUE z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 I C-242/91 *Radio Telefís Éireann (RTE) i Independent Television Publications Ltd (ITP) p. Komisji*, ECLI: EU:C:1995:98.
20. *Image Technical Services p. Eastman Kodak*, 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997), [dostęp: 12.09.2015], dostępny w Internecie: <http://openjurist.org/36/f3d/1147/data-general-corporation-v-grumman-systems-support-corporation>.
21. Wyrok SPI z dnia 12 czerwca 1997 r. w sprawie T-504/93 *Tiercé Ladbroke p. Komisji*, ECLI: EU:T:1997:84.
22. *Aldridge Corp. p. Microsoft Corp.*, 995 F. Supp. 728 (S. D. Tex. 1998), [dostęp: 10.09.2015], dostępny w Internecie: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/995/728/1598460/>.
23. Wyrok SPI z dnia 17 lipca 1998 r. w sprawie T-111/96 *ITT Promedia NV p. Komisji*, ECLI: EU:T:1998:183.
24. Wyrok TSUE z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG p. Mediaprint Zeitungs*, ECLI:EU:C:1998:569.
25. *Intergraph Corp. p. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346 (Fed. Cir. 1999), [dostęp: 22.09.2015], dostępny w Internecie: <http://openjurist.org/195/f3d/1346/intergraph-corporation-v-intel-corporation>.
26. Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 13 grudnia 1999 r. w sprawie 34780 *Virgin/British Airways*, Official Journal L 030, 2000, P. 0001–0024.
27. *CSU p. Xerox*, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000), [dostęp: 19.09.2015], dostępny w Internecie: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/203/203.F3d.1322.99-1323.html>.
28. Wyrok SPI z dnia 30 września 2003 r. w sprawie T-191/98 *Atlantic Container Line and Others p. Komisji*, ECLI:EU:T:2003:245.
29. Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 24 marca 2004 r., COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, OJ L 32, 6.2.2007.
30. Wyrok TSUE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG p. NDC Health GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2004:257.
31. *Verizon Communication Inc. p. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004), [dostęp: 22.09.2015], dostępny w Internecie: <https://transition.fcc.gov/ogc/documents/opinions/2004/02-682-011304.pdf>.
32. Decyzja FCA (French Competition Authority) z dnia 9 listopada 2004 r. w sprawie 04-D-54 *Virgin p. Apple*.
33. Decyzja Komisji z dnia 15 czerwca 2005 r. w sprawie COMP/A. 37.507/F3 *AstraZeneca*.
34. Wyrok SPI z dnia 17 września 2007 r. w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, ECLI:EU:T:2007:289.
35. Wyrok TSUE z dnia 29 stycznia 2008 r. C-275/06 *Productores de Musica de Espana (Promusicae) v Telefonica de Espana SAU*, ECLI:EU:C:2008:54.

ZASADY OBROTU LEKAMI GENERYCZNYMI W UNII EUROPEJSKIEJ – OGRANICZENIA I BARIERY

Wstęp

Niniejsze opracowanie to kompleksowe omówienie poszczególnych etapów obrotu leków generycznych na obszarze Unii Europejskiej (UE) w świetle traktatowej zasady swobody przepływu towarów. Po pierwsze, wyczerpująca analiza tych etapów pozwala na uwidocznienie prawnych i administracyjnych barier oraz innych ograniczeń handlu generycznymi produktami leczniczymi między państwami członkowskimi UE. W następnej kolejności opracowanie to ma na celu zmierzenie się z problematyką krajowych systemów opieki zdrowotnej, których określanie należy do kompetencji państw członkowskich UE, a które jednocześnie mogą kolidować ze swobodnym przepływem towarów.

Głównym argumentem wprowadzania do obrotu leków generycznych, będących odpowiednikami leków oryginalnych, jest zmniejszenie wydatków na zakup niezbędnych leków zarówno przez pacjentów, jak i przez publicznego płatnika wyznaczanego w ramach systemów refundacji państw członkowskich. Dzięki możliwości zakupu tańszych odpowiedników poprawia się powszechność dostępu do leków, będąca komponentem prawa do ochrony zdrowia ujętego w postanowieniach konstytucji państw członkowskich UE jako prawo podmiotowe. Oprócz tego prawo do ochrony zdrowia uznawane jest za jedno z fundamentalnych praw człowieka, po raz pierwszy wyrażone w art. 25 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Umożliwianie efektywnego dostępu do leków o przystępnych cenach jawi się zatem jako obowiązek każdego państwa. W tym kontekście wprowadzenie leków generycznych na rynek stanowiłoby jeden z najprostszych sposobów wypełnienia tego obowiązku. Państwa nie dopuszczają do ich natychmiastowej produkcji i sprzedaży na swym terytorium, bowiem przy regulowaniu wprowadzania na rynek odpowiedników władze państw muszą respektować prawa własności przemysłowej firm farmaceutycznych produkujących leki oryginalne, mając także na uwadze ich działalność jako niezbędny element przyczyniający się do stałego podnoszenia rozwoju społeczeństwa i innowacji w dziedzinie medycyny i farmacji. Wszakże to głównie badania nad nowymi związkami chemicznymi i mieszaninami prowadzone przez innowacyjne koncerny farmaceutyczne przyczyniają się w istotny sposób do przeciwdziałania nowo pojawiającym się chorobom, mutacjom znanych bakterii i wirusów, do poprawy wyników leczenia chorób, których to zwalczanie należy do obowiązku państw jako podmiotów zobowiązanych do ochrony prawa do życia i zdrowia ludzi.

Problem utrzymania odpowiedniego poziomu innowacji w sektorze farmaceutycznym, przy jednoczesnym regulowaniu cen na produkty lecznicze, stanowi wyzwanie dla państw członkowskich UE określających swe polityki zdrowotne. W ramach tego działania muszą wziąć pod uwagę wyważenie interesów producentów leków innowacyjnych i producentów leków generycznych, uwidaczniający się problem konkurencyjności na rynku farmaceutycznym oraz przeciwdziałanie powstawaniu monopolu. Dogłębna analiza obrotu leków generycznych w UE pozwoli zarówno zobrazować techniki, którymi dysponują państwa członkowskie dla realizacji powyższych zadań, jak i zaprezentuje rolę pełnioną przez Unię Europejską w stymulowaniu i harmonizacji ww. polityk. Działania podejmowane na szczeblu unijnym mają pionierskie znaczenie w przytoczonym powyżej konflikcie interesów.

1. Swoboda przepływu produktów leczniczych jako towaru w Unii Europejskiej

1.1. Podstawowe założenia swobodnego przepływu towarów

1.1.1. Fundamentalny charakter swobód rynku unijnego

Kluczowy element, a zarazem fundament jednolitego rynku wewnętrznego stanowią przywołane w art. 26 TFUE swobody rynku wewnętrznego. Są to normy polegające na znoszeniu barier w handlu między państwami członkowskimi gwarantujące przepływ czynników produkcji między nimi¹. Każda ze swobód ma określony przepisami traktatowymi zakres, cechy charakterystyczne oraz dozwolone wyjątki od jej zastosowania. Szczegółowa analiza ich konstrukcji pozwala na stwierdzenie, że nie stanowią one wyłącznie postulatu wobec państw co do znoszenia ograniczeń w wymianach handlowych, lecz zostały stworzone na wzór praw podstawowych i tak też należy przestrzegać ich jako praw podmiotowych². Przy czym, pomimo ścisłego określenia zastosowania każdej ze swobód, sam ich status i rola nie zostały na tyle konkretnie sprecyzowane w traktatach, aby zahamować faktyczne poszerzenia ich zastosowania poprzez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Dzięki swemu otwartemu i rozwojowemu charakterowi swobody wpływały na kształt prawodawstwa, tym samym determinując rozwój procesu integracji³.

Omawiając swobody rynku wewnętrznego, nie sposób określić zakresu ich zastosowania. Nie mają one charakteru nieograniczonego, a podlegają im wyłącznie sytuacje prawne zawierające tzw. aspekt transgraniczny, który – stanowiąc element obcy – wykracza poza granice bądź jurysdykcję macierzystego systemu krajowego⁴. Zatem w zakresie zastosowania fundamentalnych swobód rynku nie znajdują się tzw. sytuacje

¹ A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze, t. I, Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009, s. 39.

² *Ibidem*, s. 40.

³ A. Cieśliński, *Konstrukcja prawna swobód rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, Wrocław 2013, s. 34.

⁴ A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze...*, s. 49.

wewnątrz krajowe. Sytuacje te posiadają wyłącznie elementy krajowe, a więc nie korzystają ze swobody przepływu w dosłownym brzmieniu, gdyż nie ma miejsca przekroczenie granicy przez podmiot czy przedmiot.

1.1.2. Unijne zasady obrotu towarami

1.1.2.1. Pojęcie towaru

Na podstawie art. 28 i 29 TFUE towarem dopuszczonym do swobodnego obrotu na terytorium UE jest zarówno produkt pochodzący z państwa członkowskiego, jak i ten pochodzący z państwa trzeciego, który został wprowadzony na terytorium jednego z państw członkowskich w sposób legalny, tj. po wypełnieniu wszelkich formalności przywozowych, od którego pobrano wszystkie wymagane cła i opłaty o skutku równoważnym w tym państwie członkowskim i który nie skorzystał z całkowitego lub częściowego zwrotu tych cel lub opłat. Zarówno traktaty, jak i akty prawa wtórnego nie zawierają definicji towaru, w związku z czym dla wyjaśnienia pojęcia „towaru” należy odwołać się do orzecznictwa TSUE, który – rezygnując ze stworzenia ogólnej definicji towaru – dokonywał jej konkretyzacji *ad casum* przy rozwiązywaniu praktycznych problemów⁵. W wyroku z dnia 10 grudnia 1968 r. w sprawie dzieł sztuki dotyczącym zakwestionowanej przez Komisję Europejską ustawy uchwalonej przez parlament włoski, która nakładała na wywożone z Włoch dzieła sztuki specjalną opłatę, Trybunał uznał, że towarem są wszelkie produkty posiadające wartość wymierną w pieniądzu i mogące jako takie stanowić przedmiot transakcji handlowych⁶. Następnie Trybunał w swym orzeczeniu z dnia 3 grudnia 1998 r. w sprawie postępowania karnego przeciwko Ditlev Bluhme wykluczył z kategorii towarów rzeczy (w tym przypadku narkotyki), które nie mogą stanowić przedmiotu legalnych transakcji handlowych, choćby w jednym z państw członkowskich⁷. Warto również przytoczyć orzeczenia Trybunału, w których – dokonując wyjątku od zasady nieuznawania za towary dóbr niematerialnych – włączył do zakresu swobody przepływu towarów gaz⁸ i energię elektryczną⁹. Towarem będzie również każdy przedmiot transakcji handlowej, niezależnie od jego wartości pozytywnej bądź negatywnej. Opinię tę Trybunał wyraził w wyroku z dnia 9 lipca 2000 r., kończąc tym samym problem kwalifikacji odpadów należących do kategorii nienadających się do recyklingu i ponownego wykorzystania¹⁰. Za towar nie uznaje się, o czym wspomniano powyżej, produktów związanych z realizacją innych swobód, jak na przykład

⁵ *Ibidem*, s. 678.

⁶ Wyrok TSUE w sprawie C-7/68 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:1968:51.

⁷ Wyrok TSUE w sprawie C-67/97 *postępowania karnego przeciwko Ditlev Bluhme*, ECLI:EU:C:1998:584.

⁸ Wyrok TSUE w sprawie C-159/94 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej*, ECLI:EU:C:1997:501.

⁹ Wyrok TSUE w sprawie C-393/92 *Commune d'Almelo i inni przeciwko NV Energiebedrijf IJsselmij*, ECLI:EU:C:1994:171.

¹⁰ Wyrok TSUE w sprawie C-2/90 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Belgii*, ECLI:EU:C:1992:310.

audycji telewizyjnych i radiowych, w których dominujący aspekt posiada swoboda przepływu usług¹¹, oraz pieniędzy, których przepływ stanowi przejaw korzystania ze swobody przepływu kapitału¹².

Co istotne, dla kwalifikacji danej rzeczy jako towaru priorytetowe znaczenie ma jego możliwość bycia przedmiotem transakcji handlowej, a nie zdolność do wyrażenia w pieniądzu. Konstatacja ta nabiera szczególnego aspektu w niniejszym opracowaniu, uznając za towary bez sprecyzowanej ceny rzeczy przeznaczone do przetwarzania, składowania bądź magazynowania, które stanowią typowe czynności podejmowane w stosunku do produktów leczniczych.

Nierozłącznym elementem definicji towaru z perspektywy swobody przepływu towarów jest pojęcie ich pochodzenia, ponieważ – jak wcześniej wspomniano – towarem są wyłącznie produkty pochodzące z państw członkowskich bądź te, które zostały w sposób legalny wprowadzone na terytorium któregośkolwiek państwa członkowskiego. Towarem wyprodukowanym w UE jest produkt, który powstał w całości na terytorium jednego lub kilku państw członkowskich lub też został wytworzony na terytorium UE, ale z użyciem składników importowanych, legalnie dopuszczonych do obrotu na wewnętrznym rynku UE¹³. Pochodzenie towaru określa się według tzw. reguł pochodzenia sformułowanych w Kodeksie Celnym WE¹⁴.

1.1.2.2. Elementy swobody przepływu towarów

Realizacja rynku wewnętrznego wymagała od państw członkowskich eliminacji barier między nimi takich jak: taryfowe – poprzez utworzenie unii celnej między państwami członkowskimi; parataryfowe – na przykład opłaty krajowe o charakterze protekcyjnym dyskryminującym; pozataryfowe – ilościowe¹⁵. Na bazie zniesienia powyższych barier powstała swoboda przepływu towarów, a elementami stanowiącymi jej istotę są: unia celna, zakaz wprowadzania nowych cel i opłat o skutku równoważnym do cel, zakaz opodatkowania dyskryminacyjnego i protekcyjnego oraz zakaz ograniczeń ilościowych i ograniczeń o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych¹⁶.

Cło, będące jedną z głównych przeszkód w swobodnym przepływie towarów, oznacza opłatę nakładaną przez poszczególne państwa na podstawie taryfy celnej pobieraną przez państwo w związku z przemieszczaniem towarów przez granicę celną. Motyw wprowadzenia tego obciążenia odnajduje się w chęci zwiększenia wpływów do budżetu krajowego i ochrony rynku krajowego oraz rodzimych producentów przed towarami wyprodukowanymi w innym państwie. Działanie takie stoi w sprzeczności z fundamentalnym założeniem unii celnej, o czym świadczy art. 30 TFUE, stanowiąc, że w obrocie

¹¹ Wyrok TSUE w sprawie 155-73 *Giuseppe Sacchi*, ECLI:EU:C:1974:40.

¹² Wyrok TSUE w sprawie 7/78 *Regina przeciwko Ernest George Thompson, Brian Albert Johnson i Colin Alex Norman Woodiuss*, ECLI:EU:C:1978:209.

¹³ J. Barcz, *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. 7.

¹⁴ Rozporządzenie Rady 2912/92, Dz. Urz. WE L 302/1 z dnia 12 października 1992 r.

¹⁵ J. Barcik, A. Wentowska, *Prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 494.

¹⁶ B. Nowak, A. Pudło, [w:] A. Zawidzka-Łojek, R. Grzeszczak, A. Łazowski (red.), *Prawo Unii Europejskiej, Instytucje i porządek prawny, Prawo materialne*, Warszawa 2014, s. 345.

gospodarczym towarami zakazane jest stosowanie ceł importowych i eksportowych pomiędzy państwami członkowskimi UE, a także opłat o skutku równoważnym do ceł¹⁷. O ile zakaz stosowania ceł nie budził wątpliwości w handlu pomiędzy państwami członkowskimi, kwestią problematyczną okazał się być zakaz stosowania opłaty o skutku równoważnym do ceł.

Dookreślenia definicji owej opłaty podjął się TSUE, uznając, iż opłaty o skutku równoważnym do cła są to wszelkiego rodzaju opłaty nakładane w swoim interesie i jednostronnie przez dane państwo członkowskie na produkty unijne w związku z przekroczeniem przez nie granicy na podstawie przepisów innych niż taryfa celna czy przepisy podatkowe¹⁸. Ponadto Trybunał przyznał, że opłatą tą może być każde obciążenie nałożone na towary pochodzące z innego państwa niezależnie od jej nazwy, celu czy sposobu pobierania oraz przeznaczenia uzyskanych środków, jeżeli ma ona charakter dyskryminujący lub protekcyjnistyczny. Dodatkowymi warunkami uznania opłaty za tę o skutku równoważnym do cła można, zgodnie z orzecznictwem TSUE, zaliczyć pozostawanie opłaty w związku przyczynowym z przekroczeniem granicy, związanie jej poboru wyłącznie z towarami przywiezionymi, a nie krajowymi, jej niezależność od dolegliwości jej poniesienia¹⁹.

Kolejny zakaz wspierający swobodę przepływu towarów wprowadzony został na mocy art. 110 TFUE i dotyczy eliminacji wszelkiego rodzaju barier podatkowych wpływających na wymianę towarami pomiędzy państwami członkowskimi. Na podstawie przywołanego artykułu państwo członkowskie nie może nakładać jakichkolwiek podatków wewnętrznych na produkty pochodzące z innych państw członkowskich, wyższych od tych, które nakłada na podobne produkty krajowe. Poza tym żadne z państw nie może nakładać na produkty innych państw członkowskich takich podatków wewnętrznych, które pośrednio chronią produkty krajowe²⁰. W tym wypadku mówi się o zakazach podatkowych.

Pomimo autonomii podatkowej państw członkowskich nieobejmującej podatku VAT oraz akcyzowanego ustawodawca unijny wprowadza zakazy podatkowe odnoszące się jednak jedynie do samego skutku podatku, który może powodować w przestrzeni swobodnego przepływu towarów powstanie niepowołanych zjawisk dyskryminacji podatkowej bądź protekcyjnizm podatkowy²¹. Dyskryminacja podatkowa może przybrać różne formy i nie zawsze sprowadza się do różnicy w wysokości podatku od produktów krajowych i zagranicznych czy braku podatku na produkt krajowe. Przykładowo wymienić można sytuację różnicowania stawek podatku na produkty importowane²².

¹⁷ B. Nowak, A. Pudło, [w:] J. Barcz (red.), *Prawo gospodarcze ...*, s. 10.

¹⁸ Wyrok TSUE w sprawie C-314/82 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Belgii*, ECLI:EU:C:1984:118.

¹⁹ Zob. orzeczenia: wyrok TSUE w sprawie C-32/80 *Postępowanie karne przeciwko J.A.W.M.J.*, ECLI:EU:C:1981:20 oraz wyrok TSUE w sprawie C-29/72 *S.p.A. Marimex przeciwko Amministrazione Finanziaria Italiana*, ECLI:EU:C:1972:126.

²⁰ Art. 110 TFUE.

²¹ R. Maria-Pal, [w:] A. Kuś (red.), *Prawo materialne Unii Europejskiej*, Lublin 2011, s. 270.

²² Wyrok TSUE w sprawie C-112/84 *Michel Humblot przeciwko Directeur des services fiscaux*, ECLI:EU:C:1985:185.

Art. 110 ust. 2 TFUE stanowi o drugim zakazie podatkowym, a mianowicie zakazie opodatkowania protekcyjnego. Dotyczy on produktów, które zarówno w sposób rzeczywisty, jak i potencjalny mogą ze sobą konkurować. Do takiego stanowiska doszedł Trybunał w swym orzeczeniu w sprawie *Komisja Europejska przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, uznając wina lekkie za produkty konkurujące z piwem²³. Natomiast samo wystąpienie zjawiska protekcyjizmu zależy od uznania, że pomimo wprowadzenia przez państwo formalnie równych regulacji dotyczących produktów krajowych i zagranicznych w danej sytuacji, jego celem działania była ochrona określonego towaru krajowego, a tym samym atakowanie konkurujących z nim produktów zagranicznych.

Przechodząc do kolejnego elementu składowego istoty swobody przepływu towarów, należy wskazać na ustanowiony w art. 34 i 35 TFUE zakaz ograniczeń ilościowych i środków o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych w imporcie i eksporcie towarów. Ograniczeniem ilościowym w swobodzie przepływu towarów są wszelkie środki państwowe całkowicie zakazujące importu lub eksportu towarów oraz te, które wpływają na ograniczenie przywozu lub wywozu towarów przez zastosowanie kryterium liczby sztuk, wartości, wagi lub czasu²⁴. W praktyce tradycyjnie rozumiane ograniczenia ilościowe mylone są ze środkami o skutku równoważnym do tychże ograniczeń. Dla rozgraniczenia tych dwóch pojęć warto powołać się na postanowienia dyrektywy Komisji (EWG) 70/50 z dnia 22 grudnia 1969 r.²⁵, która obok środków skierowanych wyłącznie przeciwko towarom z innych państw członkowskich (ograniczenia ilościowe) wyróżniła właśnie te bardziej subtelne, które stosowane były wobec wszystkich towarów, faktycznie jednak stanowiąc idealną barierę dostępu dla produktów zagranicznych. Zarówno ograniczenia ilościowe, jak i te o skutku do niego równoważnym, uznawane za najbardziej niebezpieczne dla rynku wewnętrznego poprzez całkowitą blokadę handlu, stały się przedmiotem licznych orzeczeń TSUE, który poprzez interpretację art. 34–36 TFUE stworzył słynne formuły Dassonville, Cassis de Dijon oraz Keck. Nazwano tak najważniejsze orzeczenia mające charakter przełomowy, w oparciu o które aktualnie przedstawia się rozwój i zakres swobody przepływu towarów²⁶.

Formuła Dassonville stworzona na bazie wyroku TSUE w sprawie 8/74 *postępowanie karne (oraz cywilne) przeciwko Benoit i Gustave Dassonville* stanowiła przez długi czas fundament rozwoju orzecznictwa w ramach swobody przepływu towarów. Wyznacza ona nie tylko samą definicję środka równoważnego do ograniczeń ilościowych, ale również pozwala właściwie kwalifikować działania państw, zwalczając te, które są niedopuszczalne w świetle prawa unijnego. W przywołanym orzeczeniu w sprawie 8/73 Trybunał uznał za środek równoważny do ograniczeń ilościowych „wszelkie

²³ Wyrok TSUE w sprawie 170/78 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Zjednoczonemu Królestwu Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, ECLI:EU:C:1983:202.

²⁴ P. Dąbrowska-Kłosińska, E. Gromnicka, [w:] J. Barcz (red.) *Prawo Unii Europejskiej, t. II, Prawo materialne*, Warszawa 2014, s. 368.

²⁵ Dyrektywa Komisji (EWG) 70/50 z dnia 22 grudnia 1969 r. oparta na postanowieniach artykułu 33(7) dotyczących likwidacji środków mających skutek równoważny ograniczeniom ilościowym na towary importowane, a nieuregulowanych innymi przepisami przyjętymi zgodnie z Traktatem ustanawiającym EWG, OJ L 1970 Nr 13, s. 19.

²⁶ A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze...*, s. 741.

przepisy państw członkowskich dotyczące obrotu handlowego mogące bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie, utrudnić wewnątrzwspólnotową wymianę handlową”²⁷. Sformułowana w sposób szeroki definicja znacznie ogranicza działania państw członkowskich, gdyż obejmuje ona wszelkie środki krajowe natury prawnej i faktycznej, mogące zagrażać swobodzie przepływu towarów, niezależnie od tego, czy posiadają charakter dyskryminujący wobec towarów importowanych²⁸.

Orzeczenie TSUE w sprawie *Cassis de Dijon*²⁹, przyjęte w obronie importera francuskiego likieru Cassis de Dijon, któremu przepisy prawa niemieckiego zabraniały sprowadzać jego produkt na terytorium Republiki Federalnej Niemiec, spowodowało postulowane zawężenie szerokiej formuły wypracowanej orzeczeniem w sprawie *Dassonville*. Na podstawie tego orzeczenia Trybunał sformułował istotne zasady wymogów imperatywnych oraz wzajemnego uznania standardów. Zgodnie z pierwszą każde państwo może wprowadzić pewne ograniczenia swobody przepływu towarów, powołując się na ważny i uzasadniony interes publiczny³⁰. W celu powołania się na wymóg konieczny państwo musi spełnić oraz udowodnić kumulatywne spełnienie następujących warunków: brak harmonizacji unijnej w stosunku do wymogów dla danego towaru, przyjęcie środków krajowych w sposób niedyskryminujący, wprowadzenie tych środków jako konieczne do ochrony interesu publicznego, którego celu nie można osiągnąć za pomocą innych środków, proporcjonalność danego środka do zamierzonego celu, uwzględnienie interesu UE w swobodnym obrocie towarami. Natomiast według drugiej każdy towar legalnie wytwarzany w państwie członkowskim powinien być dopuszczony do swobodnego obrotu we wszystkich pozostałych państwach.

Kolejne fundamentalne orzeczenie Trybunału z dnia 24 listopada 1993 r. w sprawie *Keck* przyczyniło się do rozróżnienia środków przyjmowanych przez państwa członkowskie na środki dotyczące produktu oraz te dotyczące sposobu sprzedaży towarów. Orzeczenie to stanowi kolejne zawężenie formuły *Dassonville*³¹, wykluczając z definicji środka o skutku równoważnym do ograniczenia ilościowego przepisów prawa krajowego odnoszących się do sposobu sprzedaży. Na podstawie kolejnych orzeczeń TSUE można wyróżnić cztery podstawowe kategorie spraw, które mieszczą się w przywołanych przepisach dotyczących sprzedaży. A mianowicie są to: środki krajowe dotyczące czasu sprzedaży produktu³², środki, które dotyczą umiejscowienia zbytu produktów lub ograniczeń dotyczących ich sprzedawców³³, środki krajowe dotyczące warunków

²⁷ Wyrok TSUE w sprawie C-8/74 *Procureur du Roi przeciwko Benoît i Gustave Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82.

²⁸ Wyrok TSUE w sprawie C-8/74 *Procureur du Roi przeciwko Benoît i Gustave Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ W. Czapliński, M. Szwarc, [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej...*, Warszawa 2006, s. 58.

³¹ Wyrok TSUE w sprawie C-267/91 *Postępowanie karne przeciwko Bernard Keck i Daniel Mithouard*, ECLI:EU:C:1993:905.

³² Wyrok TSUE w sprawie C-401/92 *Postępowania karne przeciwko Tankstation 't Heukske vof i J. B. E. Boermans*, ECLI:EU:C:1994:220.

³³ Wyrok TSUE w sprawie C-391/92 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, ECLI:EU:C:1995:199.

i metod marketingu produktów³⁴, a także środki dotyczące kontroli cen³⁵. Dzięki formule Keck, poprzez spełnienie wymienionych w niej warunków, państwo – ustanawiając przepisy dotyczące sposobów sprzedaży, a także warunków dotyczących produkcji towarów³⁶ – co do zasady działa zgodnie z art. 34 TFUE. Jednakże, co ukazało późniejsze orzecznictwo TSUE, przy ocenie zgodności prawa krajowego z art. 34 TFUE oraz potencjalnej kwalifikacji działań państw jako środków o skutku równoważnym, formuła Keck powoływana była drugorzędnie, a decydującą kwestią o zgodności prawa krajowego z art. 34 TFUE był brak utrudniania dostępu do rynku w danym państwie UE towarom z innych państw członkowskich. Zatem, jeżeli prawo takie utrudnia dostęp do rynku towarom zagranicznym, w dalszym ciągu może być uznane za niezgodne z art. 34 TFUE³⁷.

1.1.3. Znaczenie art. 36 TFUE dla swobody przepływu produktów leczniczych

Mimo wprowadzenia licznych, wyżej wymienionych zakazów wynikających ze swobody przepływu towarów państwa członkowskie nie utraciły całkowicie możliwości ustanawiania pewnych ograniczeń czy zakazów w eksporcie, imporcie oraz tranzycie towarów pochodzenia zagranicznego. Ich wprowadzenie musi być oparte na wspomnianych przy omówieniu formuły Cassis de Dijon wymogach imperatywnych lub wymienionych w sposób taksacyjny w art. 36 TFUE wartości³⁸. Autorka zdecydowała się na odrębne omówienie tych wartości ochrony zdrowia i życia ludzi oraz ochrony własności przemysłowej i handlowej jako tych, które odgrywają istotne znaczenie w obrocie produktami leczniczymi w UE. Należą one do grupy dóbr, które zostały uznane przez twórców traktatów za na tyle istotne, aby uzasadnić ograniczenia handlu wewnętrznego³⁹. Wynika wszakże z tego, że twórcy traktatu uznali istnienie innych niż wolności ekonomiczne, które stanowią podstawowe zasady traktatów, wartości, w równym stopniu zasługujących na ochronę, nawet kosztem zakłócenia funkcjonowania rynku wewnętrznego. Regulacja tych dziedzin pozostaje w kompetencji państw członkowskich, tak jak poziom ich ochrony, dopóki Unia nie zadecyduje o ich unormowaniu⁴⁰. Aczkolwiek należy podkreślić, że to właśnie uwagi na ochronę istoty swobody przepływu towarów dobra te stanowią katalog zamknięty i nie podlegają rozszerzeniu, a raczej zawężającej

³⁴ Wyrok TSUE w sprawie C-412/93 *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec przeciwko TFI Publicité SA i M6 Publicité SA*, ECLI:EU:C:1995:26.

³⁵ Wyrok TSUE w sprawie C-63/94 *Groupeement national des négociants en pommes de terre de Belgique przeciwko ITM Belgium SA i Vocarex SA*, ECLI:EU:C:1995:270.

³⁶ Wyrok TSUE w sprawie C-158/04 *Alfa Vita Vassilopoulos AE (C-158/04) i Carrefour Marinopoulos AE (C-159/04) przeciwko Elliniko Dimosio i Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon*, ECLI:EU:C:2006:562.

³⁷ P. Dąbrowska-Kłosińska, E. Gromnicka, [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej...*, 2006, s. 400.

³⁸ Art. 36 TFUE.

³⁹ A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 122.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 124.

interpretacji, poprzez nadanie poszczególnym pojęciom unijnego charakteru, wykluczając odwoływanie się do terminów istniejących w ustawodawstwach krajowych⁴¹.

Odwołanie się przez państwo członkowskie do przesłanki ochrony zdrowia i życia ludzi, zwierząt i roślin w celu wprowadzenia ograniczeń w wewnątrzunijnej wymianie handlowej jest możliwe przy wykazaniu proporcjonalności środka oraz realności zagrożenia. Przesłanki te mają przy tym charakter bardziej obiektywny, a poziom ochrony wartości nie powinien różnić się nadto między państwami, w przeciwieństwie do choćby przesłanki moralności publicznej⁴². Co do zasady uznaje się, wobec braku harmonizacji unijnej, iż państwa mają szeroką swobodę uznania w ustalaniu poziomu ochrony zdrowia, w tym również dotyczących przepływu produktów leczniczych. Orzeczenia TSUE w sprawach C-319/05 *Komisja przeciwko Niemcom*⁴³, C-107/04 *Klas Rosengren*⁴⁴, a także 35/76 *Simmenthal*⁴⁵ potwierdzają jednak, iż pomimo działań państw skierowanych na ochronę tak istotnej wartości jak ochrona zdrowia ludzkiego zostały uznane za nieproporcjonalne dla realizacji celu i niezgodne z art. 34 TFUE, co uwidoczniło – przynajmniej w przytoczonych sprawach – wyższość swobody przepływu towarów nad danymi wartością ochrony zdrowia. Ponadto, co zostanie szczegółowo omówione w punkcie drugim opracowania, odnośnie do produktów leczniczych, w sytuacji przyjęcia unijnych przepisów narzucających jednolite standardy wytwarzania oraz jeden system dopuszczania i pozostawiania w obrocie, państwo pozbawione jest możliwości powołania się na przesłanki z art. 36 TFUE przy przyjmowaniu ograniczeń w handlu wewnątrzunijnym⁴⁶.

Pojęcie własności przemysłowej i handlowej zawarte w art. 36 TFUE jest interpretowane szeroko, obejmując tym samym ochronę na podstawie praw patentowych, praw autorskich lub praw do znaków towarowych. Warto podkreślić, że jako jedyna z przesłanek usprawiedliwiających ograniczenia, prawo własności przemysłowej i handlowej ma na celu ochronę interesów prywatnych, a nie publicznych⁴⁷. Terytorialny zakres przywołanych praw własności intelektualnej oraz zróżnicowanie reguł, jakim podlega gospodarcza eksploatacja ich przedmiotów, stwarza oczywistą przeszkodę dla swobodnego przepływu towarów między państwami członkowskimi⁴⁸. Obawa przed restrykcyjnym podporządkowaniem praw własności intelektualnej regułom art. 34 TFUE, które prowadzić mogło do marginalizacji krajowych systemów ochrony własności intelektualnej oraz pogwałcenia praw posiadaczy uprawnionych do tejże ochrony,

⁴¹ A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze...*, s. 295.

⁴² *Ibidem*, s. 300.

⁴³ Wyrok TSUE w sprawie C-319/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2007:678.

⁴⁴ Wyrok TSUE w sprawie C-107/04 *Comité Andaluz de Agricultura Ecológica przeciwko Administración General del Estado i Comité Aragonés de Agricultura Ecológica*, ECLI:EU:C:2005:470.

⁴⁵ Wyrok TSUE w sprawie C-35/76 *Simmenthal SpA przeciwko Ministero delle Finanze italiano*, ECLI:EU:C:1976:180.

⁴⁶ A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze...*, s. 302.

⁴⁷ P. Dąbrowska-Kłosińska, E. Gromnicka, [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej...*, 2006, s. 383.

⁴⁸ H. Żakowska-Henzler, *Rynek wewnętrzny Unii Europejskiej a prawo własności intelektualnej*, Warszawa 2013, s. 65.

stała się wszakże przesłanką ujęcia własności przemysłowej i handlowej w katalogu z art. 36 TFUE. W rozpatrywaniu spraw dotyczących przepływu towarów objętych prawami własności intelektualnej Trybunał dokonał rozróżnienia pomiędzy samym istnieniem praw własności intelektualnej a ich wykonywaniem. Uznał, iż wyłącznie wykonywanie tych praw może zarówno zostać uznane za zabronione na mocy art. 34 TFUE, jak i tylko przy ich wykonywaniu państwo może powołać się na wyjątek z art. 36 TFUE, ponieważ traktaty nie obejmują kwestii związanych z samym istnieniem praw własności intelektualnej, gdyż te podlegają prawu państw członkowskich przyznających taką ochronę⁴⁹.

W stosunku do stosowania wyjątku własności przemysłowej i handlowej Trybunał wypracował także tzw. zasadę wyczerpania praw, określając, że posiadacz praw chronionych nie może powołać się na prawo krajowe i wyjątek z art. 36 TFUE, jeżeli towary objęte prawem własności intelektualnej zostały przez niego wprowadzone na rynek jednego z państw członkowskich⁵⁰. Jako przykład stosowania tej zasady można podać wyrok TSUE wydany w trybie prejudycjalnym w sprawie 15/74 *Centrafarm przeciwko Sterling*⁵¹, w którym Trybunał uznał, że posiadacz patentu na dany produkt leczniczy nie może się na niego powołać w celu zablokowania importu tego produktu przez inny podmiot, jeżeli produkt ten został już wprowadzony do obrotu przez niego samego lub za jego zgodą, gdyż uznane byłoby to za ukryte ograniczenie w handlu i arbitralną dyskryminację określoną w art. 34 TFUE.

1.2. Przedmiot regulacji

1.2.1. Pojęcie produktu leczniczego

Obrót lekami generycznymi, stanowiący temat niniejszego opracowania, został wyróżniony z ogólnego zjawiska obrotu ze względu na swój przedmiot, którym właśnie jest lek generyczny. Szczegółowe omówienie zasad obrotu lekami generycznymi musi być poprzedzone rozważaniami dotyczącymi samego produktu, co pozwoli na zakreszenie ram niniejszego opracowania. Z kolei precyzyjne zdefiniowanie pojęcia produktu leczniczego, wobec kwalifikacji leków generycznych do tej kategorii produktów, niezbędnym jest dla odróżnienia tych produktów spośród innych znajdujących się w obrocie.

Artykuł 2 pkt 32 ustawy – Prawo farmaceutyczne (pr. farm.) wprowadza do polskiego systemu prawnego definicję produktu leczniczego, określając go jako substancję lub mieszaninę substancji przedstawioną jako posiadającą właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt lub podawaną w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne⁵².

⁴⁹ Wyrok TSUE w sprawie C-78/70 *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH przeciwko Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:1971:59.

⁵⁰ P. Dąbrowska-Kłosińska, E. Gromnicka, [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej...*, 2006, s. 383.

⁵¹ Wyrok TSUE w sprawie C-15/74 *Centrafarm BV i Adriaan de Peijper przeciwko Sterling Drug Inc.*, ECLI:EU:C:1974:114.

⁵² Art. 2 pkt 32 ustawy – Prawo farmaceutyczne, Dz. U. z 2001 r. Nr 126, poz. 1381.

Definicja ta została przyjęta przez ustawodawcę polskiego jako pochodna unijnej definicji produktu leczniczego ówczesnie obowiązującej w dyrektywie 65/65⁵³. Dyrektywa ta przyjęła definicję wizerunkową produktu leczniczego, uznając za taki produkt wyłącznie ten, który jest prezentowany jako substancja lecząca lub zapobiegająca chorobom. Natomiast za produkt jedynie uznawany za leczniczy, zgodnie z definicją funkcjonalną, był ten, który faktycznie posiadał właściwości farmakologiczne⁵⁴.

Definicja przyjęta w dyrektywie 2001/83/WE, co podkreślił TSUE w swym wyroku z dnia 16 października 2008 r., dokonując kodyfikacji poprzez zebranie w jednym akcie dyrektywy w sprawie zbliżenia przepisów ustawodawczych, wykonawczych i administracyjnych dotyczących produktów leczniczych stosowanych u ludzi⁵⁵, okazała się niemal identyczna do poprzednio obowiązującej – wyodrębniała jedynie weterynaryjne produkty lecznicze od produktów przeznaczonych dla ludzi. Definicja ta brzmi następująco: „Produkt leczniczy to jakakolwiek substancja lub połączenie substancji przeznaczone do leczenia lub zapobiegania chorobom u ludzi. Jakakolwiek substancja lub połączenie substancji, które mogą być podawane ludziom w celu stawiania diagnozy leczniczej lub przywracania, korygowania lub modyfikacji funkcji fizjologicznych u ludzi, są traktowane tak jak produkt leczniczy”⁵⁶.

W sprawie *Van Bennekom*, gdzie kluczowe dla jej rozstrzygnięcia stało się zagadnienie zdefiniowania pojęcia produktu leczniczego, Trybunał uznał, że w świetle art. 1 ust. 2 wówczas obowiązującej dyrektywy 65/65 produktem leczniczym jest zarówno produkt przedstawiany jako taki, jak i ten, który faktycznie zawiera właściwości farmakologiczne⁵⁷. Ponadto w kolejnym orzeczeniu Trybunał podkreślił, że każda z definicji (wizerunkowa czy funkcjonalna) powinna być interpretowana możliwie szeroko, mając na uwadze fakt, że korzystanie z produktów leczniczych wiąże się ze znacznym ryzykiem dla zdrowia osoby korzystającej, czego odzwierciedleniem jest znaczne zastrzeżenie formułowanych na gruncie prawa wspólnotowego zasad obrotu produktami leczniczymi⁵⁸. Odnosnie do definicji wizerunkowej Trybunał wielokrotnie podkreślał, że powinna być ona interpretowana rozszerzająco w celu ochrony konsumenta przed produktami, które nie przedstawiają działania, jakiego konsument mógłby oczekiwać⁵⁹. Niemniej jednak wykluczył z definicji wizerunkowej produktu leczniczego takie produkty

⁵³ Dyrektywa Rady 65/65/EWG z dnia 26 stycznia 1965 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych lub działań administracyjnych odnoszących się do leków gotowych, Dz. Urz. 22 z 09.02.1965 r., s. 369/65.

⁵⁴ R.J. Kruszyński, *Obrót detaliczny lekami. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2014, s. 36.

⁵⁵ Wyrok TSUE w sprawie C-452/06 *The Queen, na wniosek Synthon BV przeciwko Licensing Authority of the Department of Health*, ECLI:EU:C:2008:565.

⁵⁶ Dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi, Dz. Urz. L 311 z 28.11.2001 r.

⁵⁷ Wyrok TSUE w sprawie C-227/82 *Postępowanie karne przeciwko Leendert van Bennekom*, ECLI:EU:C:1983:354.

⁵⁸ Wyrok TSUE w sprawie C-35/85 *Procureur de la République przeciwko Gérard Tissier*, ECLI:EU:C:1986:143.

⁵⁹ Wyrok TSUE w sprawie C-227/82 *Postępowanie karne przeciwko Leendert van Bennekom*, ECLI:EU:C:1983:354.

jak kosmetyki czy suplementy diety, których sprzedaż w aptekach nie jest wystarczającą przesłanką do uznania, że zachodzi ich prezentacja jako produktów leczniczych⁶⁰.

Natomiast do kluczowych ustaleń przy interpretacji definicji funkcjonalnej produktu leczniczego należy zaliczyć – po pierwsze – postulat obejmowania tą definicją wyłącznie produktów, których właściwości lecznicze zostały potwierdzone badaniami naukowymi, i które zostały zaprojektowane z przeznaczeniem do pełnienia funkcji właściwych produktom leczniczym⁶¹. Ponadto Trybunał stwierdził, iż przy kwalifikacji produktu jako produktu leczniczego przy zastosowaniu definicji funkcji sama obecność w nim określonej substancji czynnej nie przesądza o charakterze tego produktu jako produktu leczniczego, jeżeli nie jest odpowiedni do odzyskania, poprawy lub zmiany funkcji fizjologicznych ze względu na niewielką ilość substancji lub sposób jego stosowania⁶².

W celu podkreślenia znaczenia ochrony zdrowia na gruncie prawa farmaceutycznego w przypadku tzw. produktów z pogranicza i konieczności wykluczenia prawdopodobieństwa kumulatywnego zastosowania do produktu leczniczego przepisów jego dotyczących jak i innych kategorii normatywnych, dyrektywa 2001/83 wprowadziła tzw. domniemanie produktu leczniczego⁶³. Zgodnie z nim przypisy dyrektywy stosuje się w przypadkach wątpliwych, gdy biorąc pod uwagę charakterystykę produktu, może być on objęty zakresem definicji pojęcia produktu leczniczego, a także zakresem definicji produktu podlegającego innym przepisom prawa wspólnotowego⁶⁴.

Bogate orzecznictwo TSUE oraz szczegółowe definicje legalne kształtują czytelną definicję produktu leczniczego w celu osiągnięcia wysokich standardów jakości, bezpieczeństwa oraz skuteczności produktów leczniczych stosowanych u ludzi⁶⁵. Aczkolwiek należy pamiętać, że mimo szerokiej harmonizacji prawa farmaceutycznego w UE ostateczna decyzja co do klasyfikacji produktu jako produktu leczniczego pozostaje w gestii władz narodowych⁶⁶. Podkreślił to TSUE w swoim orzeczeniu w sprawie C-112/89 *Upjohn*⁶⁷: „[...] do władz narodowych należy określenie, podlegające kontroli sądowej, dla każdego produktu, czy jest on albo nie jest produktem leczniczym [...]”⁶⁸.

Wreszcie, wobec dynamicznego rozwoju badań naukowych i postępu technicznego, w dalszym ciągu możliwe jest istnienie różnic pomiędzy państwami członkowskimi, co wynika z faktu narastania zjawiska „graniczności”, na bazie którego jedno państwo może uznać dany produkt wedle jego funkcji za produkt leczniczy, natomiast inne państwo członkowskie już nie.

⁶⁰ M. Ożóg, *System handlu produktami leczniczymi i produktami pokrewnymi. Problematyka prawna*, Warszawa 2010, s. 56.

⁶¹ Wyrok TSUE w sprawie C-319/05 *Komisja Wspólnot Europejskich...*

⁶² Wyrok TSUE w sprawie C-150/00 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Austrii*, ECLI:EU:C:2004:237.

⁶³ M. Ożóg, *op. cit.*, s. 67.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 68.

⁶⁵ Preambuła dyrektywy nowelizującej 2001/83, Dz. Urz. L 311 z 28.11.2001 r.

⁶⁶ M. Krekota, M. Świerczyński, E. Traple, *Prawo farmaceutyczne*, Warszawa 2012, s. 40.

⁶⁷ Wyrok TSUE w sprawie C-112/89 *Upjohn Company i Upjohn NV przeciwko Farzoo Inc. i J. Kortmann*, ECLI:EU:C:1991:147.

⁶⁸ M. Krekota, M. Świerczyński, E. Traple, *op. cit.*, s. 40.

Podsumowując, pojęcie produktu leczniczego jest szeroko i precyzyjnie definiowane zarówno w orzecznictwie, jak i w ustawodawstwie krajowym i unijnym. Jednocześnie definicje te w żaden sposób nie przeczą uznaniu produktu leczniczego za towar podlegający obrotowi na rynku, a wyłącznie podkreślają jego specyfikę jako produktu mającego szczególne znaczenie dla życia i zdrowia konsumenta.

1.2.2. Pojęcie generycznego produktu leczniczego

1.2.2.1. Lek generyczny a lek referencyjny

Prawo farmaceutyczne nie wprowadza definicji leku generycznego. Aczkolwiek należy wywnioskować na podstawie obowiązujących przepisów, że pojęcie generycznego produktu leczniczego jest nierozdzielnie związane z pojęciem referencyjnego produktu leczniczego. Produktem referencyjnym może być produkt leczniczy dopuszczony do obrotu na terytorium Polski lub produkt leczniczy dopuszczony do obrotu decyzją Komisji Europejskiej w ramach procedury centralnej albo produkt leczniczy dopuszczony do obrotu w innym państwie członkowskim UE lub EFTA⁶⁹. Istotnym wyróżnieniem referencyjnego produktu leczniczego od generycznego produktu leczniczego jest wymóg posiadania pełnej dokumentacji. Prawo farmaceutyczne, regulując postępowanie w sprawie uzyskiwania pozwolenia na wprowadzenie do obrotu, w art. 10 wymienia listę dokumentów, które muszą być złożone wraz z wnioskiem o wydanie pozwolenia⁷⁰. Pełna dokumentacja odnosi się do wyników, streszczeń i sprawozdań z badań farmaceutycznych: farmakologicznych, biologicznych lub mikrobiologicznych, badań nieklinicznych: farmakologicznych oraz toksykologicznych oraz badań klinicznych⁷¹. Referencyjnym produktem leczniczym jest właśnie ten produkt leczniczy, który został dopuszczony do obrotu na podstawie zaprezentowania pełnej, ww. dokumentacji⁷².

Generyczne produkty lecznicze, czyli tzw. odpowiedniki leków oryginalnych, to produkty lecznicze posiadające ten sam jakościowy i ilościowy skład w substancjach czynnych oraz tę samą postać farmaceutyczną jak referencyjny produkt leczniczy, których biorównoważność względem referencyjnego produktu leczniczego została udowodniona w drodze przeprowadzania odpowiednich badań biodostępności⁷³. Są to zatem leki, które dopuszczane są do obrotu na podstawie dokumentacji z badań dotyczących innego leku – referencyjnego. Zgodnie z prawem UE producent leków generycznych również nie ma obowiązku powtarzania obszernych i kosztownych badań klinicznych, jakie wymagane są od producenta leku referencyjnego. Jak stanowi art. 10 dyrektywy 2001/83/WE: „wnioskodawca nie jest zobowiązany do przedstawienia wyników badań przedklinicznych i badań klinicznych, jeżeli może wykazać, że produkt leczniczy jest

⁶⁹ *Ibidem*, s. 45.

⁷⁰ Art. 10 pr. farm.

⁷¹ M. Duszyńska, K. Kęska, B. Michalski, Ł. Sławatyniec, [w:] Ł. Sławatyniec (red.), *Prawo farmaceutyczne i refundacja leków*, Warszawa 2009, s. 41.

⁷² Art. 2 pkt 35b pr. farm.

⁷³ D. Grzywińska, *Determinanty procesu podejmowania decyzji na rynku generycznych leków recepturowych w Polsce*, Poznań 2013, s. 117.

generycznym produktem leczniczym w stosunku do referencyjnego produktu leczniczego”⁷⁴.

Z powyższego wynika, że podstawowym warunkiem powołania się na dokumentację złożoną w odniesieniu do innego leku w celu rejestracji leku generycznego jest podobieństwo leku referencyjnego i odpowiednika wykazane stosownymi badaniami⁷⁵. Z kolei podobieństwo to oceniane jest na podstawie przesłanki równoważności terapeutycznej i biorównoważności.

1.2.2.2. Równoważność terapeutyczna i biorównoważność leku generycznego

Każdy produkt leczniczy składa się z substancji czynnej (aktywnej) oraz ewentualnie substancji pomocniczych. Substancją czynną jest każda materia będąca pochodzenia ludzkiego (np. ludzka krew, elementy i składniki pochodzące z krwi ludzkiej), zwierzęcego (np. mikroorganizmy, całe organizmy zwierzęce, fragmenty organów, wydzieliny zwierzęce, toksyny), roślinnego (np. mikroorganizmy, całe rośliny, wydzieliny roślinne, wyciągi) bądź chemicznego (np. pierwiastki lub związki chemiczne naturalnie występujące w przyrodzie lub otrzymane w drodze przemian chemicznych lub syntezy), która to właśnie nadaje produktowi charakter produktu leczniczego⁷⁶. Substancje pomocnicze z kolei stanowią dodatkowe składniki produktu leczniczego. Mogą być nimi: środki konserwujące, słodzące, barwniki lub przeciwutleniacze figurujące w wykazie określonym przez Ministra Zdrowia w drodze rozporządzenia⁷⁷.

Określenie „biorównoważność” leków odnosi się do ich składu farmaceutycznego oraz ich biodostępności w miejscu działania. Aby generyczny produkt leczniczy został uznany za odpowiednik referencyjnego produktu leczniczego, musi zawierać te same substancje aktywne, w tej samej ilości i postaci oraz o porównywalnych parametrach. Za odpowiednik danego leku oryginalnego mogą być uznane również leki generyczne w ramach tzw. odmian farmaceutycznych, czyli produktów leczniczych, które zawierają te same substancje lecznicze, ale różnią się formą chemiczną, mocą lub postacią farmaceutyczną⁷⁸. Z powyższego wynika, że za tę samą substancję aktywną są uważane również różne sole, estry, etery, izomery, mieszaniny izomerów, kompleksy czy pochodne danej substancji aktywnej⁷⁹.

Jednakowość substancji aktywnych przesądza o podobieństwie leku generycznego do jego odpowiednika. Natomiast substancje pomocnicze mogą być dowolnie dobrane przez producenta leku generycznego, pod warunkiem że zakomunikuje on ich zamianę, powstałą różnicę lub odmienną ich charakterystykę w odniesieniu do leku oryginalnego. Oprócz tego konsumenci muszą zostać poinformowani o konieczności zachowania

⁷⁴ Art. 10 dyrektywy 2001/83 WE Parlamentu Europejskiego i Rady.

⁷⁵ M. Duszyńska, K. Kęska, B. Michalski, Ł. Sławatyniec, *op. cit.*, s. 41.

⁷⁶ Art. 2 pkt 38 lit. a-d pr. farm.

⁷⁷ M. Ożóg, *op. cit.*, s. 64.

⁷⁸ D. Jakoniuk, *Biorównoważność w ocenie skuteczności terapeutycznej leków generycznych*, <http://www.ptfarm.pl/pub/File/Farmacja%20Polska/2009/12-2009/02%20%20Biorownowaznosc.pdf>, s. 835, [dostęp: 12.01.2016].

⁷⁹ *Ibidem*, s. 837.

szczególnego bezpieczeństwa przy stosowaniu zamiennika. Ponadto substancje pomocnicze stosowane przy produkcji leku generycznego powinny przejść test biorównoważności potwierdzający ich tożsamość pod względem siły działania, czystości, jakości i stabilności z substancjami występującymi w leku oryginalnym⁸⁰. Gorsza tolerancja występująca w trakcie terapii lekiem generycznym może bowiem wynikać z osobniczej reakcji na substancje pomocnicze w nim zawarte⁸¹.

Test biorównoważności pełni istotną rolę w procesie wprowadzenia leku generycznego do obrotu. Teoretycznie lek oryginalny i lek generyczny nie powinny wykazywać istotnych różnic w samej terapii pacjenta. Aczkolwiek z uwagi na ww. możliwości występowania niewielkich różnic w składzie danego leku wskazuje się na prawdopodobieństwo pogorszenia stanu zdrowia chorego przy zmianie oryginalnego produktu leczniczego na jego zamiennik generyczny. Z tego względu równoważność terapeutyczna leku generycznego musi zostać poparta badaniami, a mianowicie badaniami biorównoważności.

Europejska Agencja Leków (EMA) definiuje dwa produkty lecznicze zawierające tę samą substancję leczniczą jako biorównoważne, jeżeli ich dostępność biologiczna po dodaniu w tej samej dawce molowej jest zasadniczo podobna w odniesieniu do skuteczności i bezpieczeństwa. Produkty generyczne są uważane za terapeutycznie równoważne, jeżeli można oczekiwać od nich takich samych efektów terapeutycznych, jak przy stosowaniu produktów oryginalnych⁸². W dokumencie CPMP/EWP/QWP/1401/98 z dnia 24 lipca 2008 r. EMEA⁸³ wskazuje badania, jakie należy wykonać, żeby wykazać biorównoważność. Zwane są one inaczej badaniami biodostępności i bazują na założeniu, że stężenie leku w miejscu działania jest równoważne ze stężeniem leku we krwi. Zatem w stwierdzeniu biorównoważności leku generycznego i oryginalnego wystarczy posłużyć się surogatem końcowego punktu klinicznego, jakim jest stężenie leku we krwi lub – w niewielu przypadkach – w moczu⁸⁴. Na podstawie wyników ww. badań należy uznać sprawdzany lek generyczny za biologicznie równoważny z lekiem oryginalnym, gdy poddane badaniu produkty nie różnią się w istotny sposób pod względem tempa i stopnia wchłaniania we krwi⁸⁵.

Podsumowując rozważania dotyczące różnic i podobieństw między lekami generycznymi a lekami referencyjnymi, należy stwierdzić, że leki generyczne nie stanowią ani fałszywych leków innowacyjnych, ani ich nieudolnej kopii. Wręcz przeciwnie, leki generyczne są pełnowartościowymi zamiennikami leków oryginalnych, spełniając te same standardy jakości, bezpieczeństwa i skuteczności. Mimo powyższego sam obrót lekami generycznymi w UE jest odmienny od obrotu ich odpowiedników oryginalnych. Różnice

⁸⁰ *Ibidem*, s. 837.

⁸¹ *Mythbusters*, [w:] *Eurohealth*, t. 14, nr 4, 2008, s. 33.

⁸² Guideline on the investigation of bioequivalence, CPMP/EWP/QWP/1401/98 Rev.1 24 July 2008. European Medicines Agency Website, http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Scientific_guideline/2010/01/WC500070039.pdf, [dostęp: 12.01.2016].

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ D. Jakoniuk, *op. cit.*, s. 836.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 836.

uwidaczniają się szczególnie na poziomie wprowadzenia do obrotu, gdzie producenci leków generycznych mogą skorzystać z uproszczonej i mniej kosztownej drogi rejestracji leku. Kwestie procedury administracyjnej z tym związanej zostaną omówione w punkcie drugim tego opracowania poprzez wskazanie, iż teoretycznie uproszczona procedura faktycznie może powodować dla producenta długofalowe utrudnienia we wprowadzeniu swojego produktu na rynek. Zanim jednak przejdę do tej części opracowania, nieodzownym punktem jest pochylenie się nad znaczeniem leków generycznych na rynku farmaceutycznym, nie tylko w Polsce, ale także we wszystkich państwach członkowskich UE.

1.2.3. Znaczenie leków generycznych na rynku farmaceutycznym

Przemysł farmaceutyczny charakteryzuje się wysokim stopniem innowacyjności, która z kolei wiąże się z wysokimi nakładami pieniężnymi. Kwota, jaką producent leków oryginalnych musi ponieść przy opracowaniu i wprowadzeniu na rynek jednego leku, waha się między kilkuset milionami a miliardem euro. Liczba ta wynika przede wszystkim z konieczności prowadzenia równolegle badań nad wieloma związkami chemicznymi, przy których ostatecznie jeden na około 5 tysięcy może być zakwalifikowany jako nadający się do stosowania w lecznictwie⁸⁶. Ten jeden związek uznany za sukces wieloletnich badań ma zapewnić zwrot olbrzymich nakładów inwestycyjnych firmy, co jednocześnie uzasadnia wysokie ceny innowacyjnych produktów leczniczych na rynku farmaceutycznym.

Tymczasem produkty wytwarzane w przemyśle farmaceutycznym są zwykle mniej lub bardziej skomplikowanymi związkami chemicznymi lub ich mieszaninami, których wewnętrzna struktura może być stosunkowo łatwo odtworzona przez profesjonalistów⁸⁷. Z tej sposobności korzystają producenci leków generycznych. Odtwarzając związki chemiczne czy ich mieszaniny, produkują własne leki-zamienniki. Prowadzenie działalności odtwórczej przez producentów leków generycznych nie wymaga przeprowadzania wieloletnich badań klinicznych, których kosztów nie muszą następnie odzyskiwać poprzez sprzedaż leków o wygórowanej cenie. Dzięki temu leki generyczne co do zasady są znacznie tańsze od ich leków referencyjnych dostępnych na rynku⁸⁸. Przyjmuje się, że cena leku generycznego jest średnio o 45% niższa od ceny jego oryginalnego odpowiednika⁸⁹. Nie oznacza to, że producenci leków generycznych nie inwestują w badania i rozwój. W 2007 r. firmy produkujące leki generyczne przeznaczyły 7% swych dochodów na badania innowacyjne⁹⁰. W porównaniu do nakładów firm produkujących leki oryginalne, które inwestują 17% swojego dochodu na rozwój i badania⁹¹, suma ta nie jest imponująca, aczkolwiek nadal stanowi znaczącą wartość pieniężną.

⁸⁶ Ż. Pacud, *Ochrona patentowa produktów leczniczych*, Warszawa 2013, s. 100.

⁸⁷ *Ibidem*, s. 100.

⁸⁸ E. Seeley, P. Kanavos, *Generic medicines from a societal perspective: Savings for health care systems?*, [w:] *Eurohealth*, t. 14, nr 2, 2008, s. 18.

⁸⁹ *Mythbusters*, *op. cit.*, s. 33.

⁹⁰ A. Sheppard, *Generic Medicines: Essential contributors to the long-term health of society*, http://www.hup.hr/EasyEdit/UserFiles/Granske_udruga/HUP-UPL/IMS.pdf, s. 1, [dostęp: 14.01.2016].

⁹¹ Ż. Pacud, *Ochrona patentowa...*, s. 100.

Na powyższe wnioski nakładają się aktualne zmiany w stylu życia i strukturze społeczeństwa europejskiego. Proces starzenia się pociąga za sobą wzrost zapotrzebowania na opiekę zdrowotną i konsekwentny wzrost jej kosztów⁹². O ile we wszystkich państwach UE opieka zdrowotna jest finansowana ze środków publicznych, o tyle nie jest to powszechna sytuacja w sektorze farmaceutycznym, gdzie wydatki związane z zakupem produktów leczniczych pokrywane są w większej części przez pacjenta⁹³. Szacuje się, że państwa członkowskie przeznaczają średnio ok. 10% budżetu opieki zdrowotnej na zakup produktów leczniczych, przy czym wyłącznie 1–2% tego budżetu obejmuje produkty generyczne⁹⁴. Tymczasem silny sektor leków generycznych stanowi nie tylko mocny bodziec stymulujący i rozpowszechniający innowację, ale przede wszystkim umożliwia zakup nowych innowacyjnych leków, sprzyjając powszechności świadczeń zdrowotnych. Sprzedaż leków generycznych spowodowała oszczędności na poziomie 30 bilionów euro w UE. Ponadto leki generyczne aktualnie obejmują niemal połowę rynku produktów farmaceutycznych, stanowiąc przy tym jedynie 18% wydatków w tym sektorze⁹⁵. Ze sprzedaży leków generycznych korzystają zarówno państwa członkowskie UE dzięki zmniejszeniu kosztów swojej polityki refundacyjnej, jak i sami pacjenci mogący otrzymać tańszy towar w aptece.

W podsumowaniu należy uznać produkcję leków generycznych za pozytywny bodziec stymulujący konkurencję na rynku farmaceutycznym UE, mający pozytywny i statystycznie istotny wpływ na obniżenie cen leków oryginalnych⁹⁶. Dzięki powyższemu, a także dzięki atrakcyjnej cenie, obecność leków generycznych kreuje oszczędności zarówno dla państw, jak i ich obywateli. Ponadto należy przywołać, że procesy związane z produkcją leków generycznych przyczyniły się do powstania solidnej bazy zatrudnienia, tworząc 150 000 stanowisk pracy w UE⁹⁷. Penetracja rynku przez leki generyczne jest zjawiskiem o charakterze zdecydowanie pozytywnym, przynoszącym korzyści dla wielu środowisk. Niemniej jednak podaje się, iż wejście na rynek leków generycznych jest znacznie opóźnione⁹⁸. Sprawniejsze wprowadzenie tych produktów na rynek mogłoby generować oszczędności o 20% wyższe, aniżeli aktualnie dzięki nim osiągnięte⁹⁹.

Sprawność i efektywność produkcji i dystrybucji leków generycznych zależy w dużej mierze od unijnych i krajowych regulacji prawnych. Potencjalne bariery i ograniczenia usytuowane są nie tylko na poziomie regulacji prawnych, ale także wśród praktyk wydawania pozwolenia na obrót leku, polityki cenowej i refundacji leków w państwach członkowskich oraz regulacji związanych z systemem ochrony patentowej

⁹² A. Sheppard, *op. cit.*, s. 2.

⁹³ E. Mossialos, M. Mrazek, T. Walley (red.), *Regulating pharmaceuticals in Europe: striving for efficiency, equity and quality*, Berkshire 2004, s. 3.

⁹⁴ A. Sheppard, *op. cit.*, s. 2.

⁹⁵ *Vision 2015, The EGA's thoughts on how to improve the legal and regulatory framework for generic and biosimilar medicines*, Bruksela 2010, s. 1.

⁹⁶ D. Grzywińska, *op. cit.*, s. 120.

⁹⁷ A. Sheppard, *op. cit.*, s. 1.

⁹⁸ C. Leopold, J. Rovira, C. Habl, *Generics in small markets or for low volume medicines*, Wiedeń 2010, s. 8.

⁹⁹ *Ibidem*, s. 8.

leków innowacyjnych. Poszczególne etapy zostaną omówione w dalszych punktach niniejszego opracowania. Upřednio natomiast nieodzownym jest przybliienie aktów prawnych istotnych w przedmiocie obrotu leków generycznych w UE, rozróżniając przy tym kwestie, w których UE podejmuje inicjatywę legislacyjną od kwestii pozostających w gestii państw członkowskich.

1.3. Podstawa prawna dla obrotu produktami leczniczymi w Unii Europejskiej

1.3.1. Podział kompetencji: kompetencje UE a kompetencje państw członkowskich

W szerokim znaczeniu ochrona zdrowia oznacza wszelkie działania, które bezpośrednio lub pośrednio związane są z zapobieganiem chorobom, utrzymaniem i poprawianiem stanu zdrowia¹⁰⁰. Uściślenia owych działań podjęła się S. Golimowska, wskazując na ochronę zdrowia jako logiczną, całościową perspektywę zdrowotną w życiu społeczeństwa i jego jednostek i ujmującą: zdrowie publiczne, opiekę zdrowotną, opiekę długoterminową, rehabilitację, opiekę społeczną oraz opiekę paliatywną¹⁰¹. Istotne w ramach tego opracowania jest stwierdzenie, że opieka zdrowotna, której dostarczanie jest obowiązkiem państw wynikającym z fundamentalnych praw człowieka (prawa do życia i zdrowia), jak podkreślił Komitet do Praw Gospodarczych, powinna być rozumiana jako możliwość korzystania z szeregu udogodnień, dóbr, usług i warunków koniecznych dla urzeczywistnienia najwyższej osiągalnego stanu zdrowia. Przez ów szereg udogodnień należy rozumieć również dostęp do podstawowych produktów leczniczych, zważywszy na fakt, iż obecnie prewencja, leczenie i kontrola większości chorób opiera się głównie na produktach leczniczych jako integralnej i niezbędnej części terapii¹⁰².

W art. 168 TFUE UE gwarantuje państwom członkowskim autonomię w zakresie organizacji i świadczenia usług zdrowotnych oraz przyznawania środków finansowych na te cele¹⁰³. Kluczowy dla zagadnienia obrotu produktami leczniczymi jest ust. 7 tego artykułu, który stanowi, że: „Działania Unii są prowadzone w poszanowaniu obowiązków Państw Członkowskich w zakresie określania ich polityki dotyczącej zdrowia, jak również organizacji i świadczenia usług zdrowotnych i opieki medycznej. Obowiązki Państw Członkowskich obejmują zarządzanie usługami zdrowotnymi i opieką medyczną, jak również przydział przyznanych im zasobów [...]”¹⁰⁴. Podkreślona w tym przepisie zasada samodzielnego decydowania o organizacji systemu opieki zdrowotnej przez państwa członkowskie jest zasadniczo potwierdzeniem uprzedniego orzecznic-

¹⁰⁰ J. Hryniewicz, *Mierniki i wskaźniki w systemie ochrony zdrowia*, Warszawa 2001, s. 98.

¹⁰¹ S. Golimowska, *Problemy i koszty funkcjonowania systemu ochrony zdrowia w Polsce a potrzebne zmiany i reformy*, „Kontrola Państwowa” 2006, nr 1, s. 14.

¹⁰² M. Barczewski, *Prawa własności intelektualnej w światowej organizacji handlu a dostęp do produktów leczniczych*, Warszawa 2013, s. 23.

¹⁰³ Art. 168 TFUE.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

twą Trybunału, który w wyroku w sprawie 238/82 *Duphar*¹⁰⁵, a następnie w wyroku wydanym w sprawach połączonych C-159/91 i C-160/91 *Poucet and Pistre*¹⁰⁶ uznał, że „Prawo wspólnotowe nie umniejsza uprawnieniom państw członkowskich do organizacji ich systemów zabezpieczenia socjalnego”¹⁰⁷. Z powyższego wynika, że pełna, bezpośrednia harmonizacja w tej dziedzinie jest wykluczona, a państwa członkowskie zachowują autonomię co do finansowania opieki zdrowotnej, w tym określania cen produktów leczniczych i ich refundacji¹⁰⁸. Powyższe ma zasadnicze konsekwencje w postaci różnic w systemach opieki zdrowotnej poszczególnych państw, co z kolei, jak zostanie przedstawione w następnych punktach tego opracowania, wpływa na powstanie barier w obrocie produktami leczniczymi między tymi państwami.

Mimo że z traktatów unijnych jasno wynika wyżej omówiony obowiązek UE szanowania odpowiedzialności poszczególnych państw członkowskich określenia własnej polityki zdrowotnej, zdrowie ludzkie pozostaje dobrem chronionym i szczególnie branym pod uwagę w rozwoju wszystkich polityk i działań UE, która głównie uzupełnia i wspiera działania podejmowane przez poszczególne państwa w tej dziedzinie zdrowia. Jej rola polega na koordynacji i współpracy oraz wymianie informacji i wiedzy¹⁰⁹. W ograniczonym zakresie polityka zdrowotna należy również do tzw. kompetencji dzielonych.

Jak powyżej zostało wskazane, regulacje obrotu produktami leczniczymi również wchodzi w zakres polityk ochrony zdrowia państw członkowskich z uwagi na konieczność dostarczenia obywatelom niezbędnych dla ich życia i zdrowia produktów. Niemniej jednak w ramach UE pierwszorzędny charakter posiadają swobody rynku wewnętrznego, opisane w części pierwszej tego punktu, jako stanowiące prawny wyraz fundamentalnego założenia znajdującego się u podstaw UE¹¹⁰. Jedną z tych zasad jest swoboda przepływu towarów, która obejmuje również produkty lecznicze będące towarami. Praktyczna realizacja opisanej w części pierwszej tego punktu zasady swobodnego przepływu towarów w UE, wynikająca z artykułów 34 oraz 35 TFUE¹¹¹, wymagała ujednolicenia przepisów państw członkowskich dotyczących obrotu produktami leczniczymi, a przede wszystkim jego bezpieczeństwa¹¹². Ochrona zdrowia wiąże się w praktyce także z ochroną konsumenta, której wymogi powinny być uwzględniane przy

¹⁰⁵ Wyrok TSUE w sprawie C-238/82 *Duphar BV i inni przeciwko państwu niderlandzkiemu*, ECLI:EU:C:1984:45.

¹⁰⁶ Wyrok TSUE w sprawach połączonych C-159/91 i C-160/91 *Christian Poucet c. Assurances Générales de France (AGF) i Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon i Daniel Pistre v. Caisse Autonome Nationale de Compensation de l'Assurance Vieillesse des Artisans (Canava)*, ECLI:EU:C:1993:63.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ M. Roszak, *Handel równoległy produktami leczniczymi w prawie unijnym – granice swobody przepływu towarów na rynku farmaceutycznym*, Warszawa 2014, s. 21.

¹⁰⁹ *The EU explained: Public health*, European Commission Directorate-General for Communication Publications, Bruksela 2014, s. 5.

¹¹⁰ M. Roszak, *op. cit.*, s. 15.

¹¹¹ Art. 34 i 35 TFUE.

¹¹² M. Roszak, *op. cit.*, s. 18.

określaniu i urzeczywistnianiu innych polityk i działań UE¹¹³. W związku z powyższym prawo farmaceutyczne obowiązujące w poszczególnych państwach członkowskich, jako gałąź prawa regulująca w sposób wyczerpujący całość zjawisk związanych z kategorią produktów leczniczych, zostało poddane szerokiemu procesowi europeizacji¹¹⁴. Z uwagi na znaczenie produktów leczniczych dla społeczeństwa i związanych z nimi zagrożeń dla konsumentów sektor farmaceutyczny prawdopodobnie charakteryzuje się najwyższym poziomem regulacji i kontroli ze strony władz państwowych. Zarówno obszerna regulacja krajowa dotycząca zagadnienia obrotu produktami leczniczymi, jak i stale rozbudowywana legislacja unijna w tym sektorze składają się na gęszcz przepisów prawnych, których systematyzacja stanowi nieodzowny element tego opracowania.

1.3.2. Prawo unijne

Zjawisko europeizacji prawa farmaceutycznego przebiega na dwóch płaszczyznach. Pierwszą jest dostosowanie regulacji krajowych do rozwiązań unijnych¹¹⁵, czyli proces transpozycji dyrektyw unijnych poprzez przyjmowanie całkowicie nowych rozwiązań lub zmianę dotychczasowych przepisów prawa. Drugą płaszczyzną jest natomiast uchwalanie unijnych aktów prawnych, głównie rozporządzeń mających na celu ujednolicenie regulacji farmaceutycznej we wszystkich państwach członkowskich¹¹⁶.

1.3.2.1. Dyrektywy

W 2015 r. legislacja unijna w sektorze farmaceutycznym obchodziła swoje 50-lecie. Pierwsza unijna regulacja dotycząca produktów leczniczych została ustanowiona już kilka lat po podpisaniu traktatów rzymskich. Chodzi o dyrektywę Rady 65/65/EWG¹¹⁷ z dnia 2 stycznia 1965 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych lub działań administracyjnych odnoszących się do leków gotowych, których podstawowym celem była eliminacja przeszkód w handlu produktami leczniczymi, rozwój przemysłu farmaceutycznego oraz poprawa ochrony zdrowia publicznego. Z początku postanowienia dyrektywy poświęcono głównie zagadnieniu dopuszczania produktów leczniczych do obrotu. Następnie jej zakres podlegał jednak stopniowemu rozszerzaniu poprzez wielokrotne nowelizacje¹¹⁸. Do początku lat 90. dyrektywa ta stanowiła podstawowy akt unijnego prawa farmaceutycznego. W latach 1992–1993 przeprowadzona została zasadnicza reforma sektora farmaceutycznego polegająca z jednej strony na przyjęciu rozporządzenia Rady (EWG) nr 93/2309 z dnia 22 lipca 1993 r., z drugiej strony natomiast na utworzeniu w 1992 r. szeregu tzw. dyrektyw racjonalnego użytku regulujących kwestię

¹¹³ M. Paszkowska, *Ewolucja podstaw prawnych i kierunki polityki zdrowotnej Unii Europejskiej*, [w:] M. Urbaniec, P. Stec (red.), *Prawno-ekonomiczne aspekty ochrony zdrowia*, Częstochowa 2010, s. 38.

¹¹⁴ R.J. Kruszyński, *op. cit.*, s. 75.

¹¹⁵ *Ibidem*, s. 78.

¹¹⁶ *Ibidem*, s. 78.

¹¹⁷ Dyrektywa Rady 65/65/EWG

¹¹⁸ M. Roszak, *op. cit.*, s. 18.

hurtowej dystrybucji produktów leczniczych¹¹⁹. Dzięki tej reformie prawo farmaceutyczne państw członkowskich zostało w zasadniczy sposób zharmonizowane, ustanawiając nowy poziom wspólnych standardów ochrony konsumenta produktów leczniczych i ułatwienie obrotu tymi produktami na rynku unijnym. Jednocześnie przyjęcie wyżej wymienionych dyrektyw i konieczność ich transpozycji przez państwa członkowskie spowodowały spadek przejrzystości i koherencji tej dziedziny prawa, ponieważ przepisy krajowe i unijne stały się niejasne, rozproszone i niejednokrotnie wzajemnie na siebie zachodzące¹²⁰. Konieczność systematyzacji przepisów prawa farmaceutycznego znajdowała się u źródła opracowania zbiorczej dyrektywy kompleksowo regulującej wszystkie poszczególne zagadnienia tej gałęzi prawa. Dnia 7 listopada 2001 r. Parlament Europejski i Rada przyjęli dyrektywę 2001/83/WE¹²¹ w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi, zastępującą dyrektywę 65/65/EWG i integrującą w swojej treści przepisy pozostałych dyrektyw¹²².

Dyrektywa 2001/83/WE stanowi na dzień dzisiejszy podstawowe źródło unijnego prawa farmaceutycznego, regulując sprawy związane z wprowadzeniem produktów leczniczych do obrotu, kwestie wytwarzania i przewozu tych produktów z państw trzecich, etykietowania i innych obowiązków informacyjnych, klasyfikacji produktów leczniczych pod kątem niebezpieczeństwa, jakie prezentują dla pacjenta, dystrybucji hurtowej leków, reklamy, nadzoru farmakologicznego oraz określenia kategorii produktów leczniczych¹²³. Również i ta dyrektywa została poddana wielu nowelizacjom, które były konieczne z uwagi na szybki rozwój nauki i technologii w przemyśle farmaceutycznym i dotyczyły głównie specyficznych rodzajów produktów leczniczych¹²⁴. Oprócz tego w ramach tematyki tego artykułu niezmiernie istotne jest przywołanie dyrektywy 2004/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. zmieniającej dyrektywę 2001/83/WE¹²⁵, która m.in. poważnie zmodyfikowała definicję produktu leczniczego oraz procedurę dopuszczania produktów leczniczych do obrotu oraz najnowszą

¹¹⁹ Dyrektywa Rady 92/25/EWG z dnia 31 marca 1992 r. w sprawie hurtowej dystrybucji produktów leczniczych stosowanych u ludzi, dyrektywa Rady 92/26/EWG z dnia 31 marca 1992 r. dotycząca klasyfikacji dostaw produktów leczniczych stosowanych u ludzi, dyrektywa Rady 92/27/EWG z dnia 31 marca 1992 r. dotycząca oznakowania i notatki informującej o lekarstwach przeznaczonych dla ludzi oraz dyrektywa Rady 92/28/EWG z dnia 31 marca 1992 r. w sprawie reklamowania produktów leczniczych przeznaczonych dla ludzi, Dz. Urz. WE L 113 z 30.04.1992 r.

¹²⁰ M. Roszak, *op. cit.*, s. 19.

¹²¹ Dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi, Dz. Urz. WE L 311 z 28.11.2001 r., s. 67.

¹²² M. Roszak, *op. cit.*, s. 19.

¹²³ *Ibidem*, s. 19.

¹²⁴ Przykładowe dyrektywy: dyrektywa 2004/24/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. zmieniająca dyrektywę 2001/83/WE w zakresie tradycyjnych ziołowych produktów leczniczych, Dz. Urz. UE L 136/85 z 30.04.2004 r.; dyrektywa Komisji 2009/120/WE z dnia 14 września 2009 r. zmieniająca dyrektywę 2001/83/WE w zakresie produktów leczniczych terapii zaawansowanej, Dz. Urz. UE L 242/3 z 19.09.2009 r.; dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/62/UE z dnia 8 czerwca 2011 r. w zakresie zapobiegania wprowadzaniu sfałszowanych produktów leczniczych do legalnego łańcucha dystrybucji, Dz. Urz. UE L 174/74 z 01.07.2011 r.

¹²⁵ Dz. Urz. UE L 136 z 30.04.2004 r.

dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/26/UE z dnia 25 października 2012 r., zmieniającą dyrektywę 2001/83/WE w zakresie nadzoru nad bezpieczeństwem farmakoterapii¹²⁶.

1.3.2.2. Rozporządzenia

Rozporządzenia unijne nie stanowią typowego środka ujednolicenia regulacji sektora farmaceutycznego obowiązujących w państwach członkowskich z uwagi na wcześniej opisaną zasadę autonomii w zakresie określenia systemu opieki zdrowotnej. Niemniej jednak instytucje europejskie uchwały rozporządzenia regulujące specyficzne zagadnienia prawa farmaceutycznego, z których aktualnie obowiązują (z późniejszymi zmianami) i mają istotne znaczenie dla tematyki tego opracowania następujące: rozporządzenie (WE) Nr 141/2000 Parlamentu Europejskiej i Rady z dnia 16 grudnia 1999 r. w sprawie sierocych produktów leczniczych (Dz. Urz. WE L 18/1 z 22.01.2000 r.); rozporządzenie (WE) Nr 726/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. ustanawiające wspólnotowe procedury wydawania pozwoleń dla produktów leczniczych stosowanych u ludzi i do celów weterynaryjnych i nadzoru nad nimi oraz ustanawiające Europejską Agencję Leków (Dz. Urz. UE L 136/1 z 30.04.2004 r.), rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 469/2009 z dnia 6 maja 2009 r. dotyczące dodatkowego świadectwa ochronnego dla produktów leczniczych (Dz. Urz. UE 152/1 z 16.06.2009 r.); rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 536/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi oraz uchylenia dyrektywy 2001/20/WE (Dz. Urz. UE 158/1 z 27.05.2014).

Oprócz rozporządzeń Parlamentu i Rady w systemie prawa farmaceutycznego obowiązują również liczne rozporządzenia wykonawcze Komisji Europejskiej. Jako istotne dla opracowania należy wymienić: rozporządzenie Komisji (WE) nr 1662/95 z dnia 7 lipca 1995 r. ustanawiające pewne szczegółowe uzgodnienia w celu wykonania wspólnotowych procedur podejmowania decyzji w odniesieniu do zezwoleń na wprowadzenie do obrotu produktów stosowanych u ludzi lub weterynaryjnych (Dz. Urz. WE L 158/4 z 08.07.1995); rozporządzenie Komisji (WE) nr 2141/96 z dnia 7 listopada 1996 r. dotyczące rozpatrywania wniosku o przeniesienie pozwolenia na wprowadzenie do obrotu produktów leczniczych wchodzących w zakres rozporządzenia Rady (WE) nr 2309/93 (Dz. Urz. WE L 286/6 z 08.11.1996), rozporządzenie Komisji (UE) nr 520/2012 z dnia 19 czerwca 2012 r. w sprawie działań związanych z nadzorem nad bezpieczeństwem farmakoterapii, o których mowa w rozporządzeniu (WE) nr 726/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady w dyrektywie 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 159/5 z 20.06.2012).

1.3.2.3. Inne akty prawne

Zgodnie z art. 288 TFUE wyłącznie rozporządzenia i dyrektywy stanowią wiążące państwa członkowskie akty prawne UE o charakterze ogólnym¹²⁷. Niemniej jednak in-

¹²⁶ Dz. Urz. UE L 299/1 z 27.10.2012 r.

¹²⁷ Art. 288 TFUE.

stytucje europejskie przyjmują inne akty prawne o charakterze niewiążącym, które mają wpływ na regulację zagadnień związanych z obrotem produktów leczniczych w UE i w związku z tym istotne jest ich przywołanie w niniejszym opracowaniu.

Do takich źródeł należą przede wszystkim wytyczne Komisji Europejskiej. Dokumenty te należy rozumieć w szerszym kontekście jako „dokumenty zatytułowane”, „komunikaty” czy „wyjaśnienia”. Są one nośnikiem informacji o intencjach oraz sugerowanych kierunkach interpretacji określonych uregulowań unijnych, przez co *de facto* wpływają na kształtowanie zasad szeroko rozumianej polityki Komisji Europejskiej w danym obszarze działania Unii¹²⁸. Jako przykład wytycznych Komisji w zakresie regulacji obrotu produktów leczniczych w UE należy przywołać: komunikat Komisji w sprawie importu paralelnego leków gotowych, dla których pozwolenie na wprowadzenie do obrotu zostało wydane (Dz. Urz. UE C 115 z 06.05.1982, s. 5); komunikat Komisji w sprawie implementacji nowych procedur wydawania pozwoleń na wprowadzenie do obrotu produktów leczniczych stosowanych u ludzi i zwierząt zgodnie z Rozporządzeniem Rady (EEC) Nr 2309/93 z dnia 22 lipca 1993 oraz dyrektyw Rady 93/39/EEC, 93/40/EEC i 93/41/EEC przyjętych dnia 14 czerwca 1993 r. (Dz. Urz. UE C 82 z 19.03.1994, s. 4); wytyczne dotyczące definicji potencjalnego poważnego ryzyka dla zdrowia publicznego w kontekście art. 29(1) dyrektywy 2001/83/EC (Dz. Urz. UE C 133 z 03.06.2006); wytyczne z dnia 5 listopada 2013 r. dotyczące Praktyk Dobrej Dystrybucji produktów leczniczych stosowanych u ludzi (Dz. Urz. UE C 343 z 23.11.2013, s. 23).

Akty unijne w dziedzinie prawa farmaceutycznego, mimo rozpiętości i precyzyjności harmonizacji, nadal pozostają niekompletne¹²⁹. Celem ustawodawcy unijnego jest zbliżenie przepisów państw członkowskich i usunięcie wszelkich barier prawnych i administracyjnych, aby swoboda przepływu produktów leczniczych została osiągnięta na poziomie UE¹³⁰. Niektórzy autorzy wskazują jednak na negatywne konsekwencje nadmiernej interwencji ustawodawcy unijnego w konstrukcje prawa farmaceutycznego państw członkowskich, która poprzez brak legislacyjnej przejrzystości może zachwiać fundamentalną wartością systemu prawa, jaką jest pewność i bezpieczeństwo prawne¹³¹. Poprzez analizę wpływu przepisów unijnych na przepisy prawa krajowego regulującego poszczególne elementy procesu obrotu generycznymi produktami leczniczymi w Unii Europejskiej opracowanie to podda ocenie efektywności wdrażania swobody przepływu leków generycznych.

1.4. Prawo krajowe

1.4.1. Ustawy

W polskim porządku prawnym najistotniejszym aktem regulującym sektor farmaceutyczny jest ustawa Prawo farmaceutyczne (pr. farm.)¹³². Została ona uchwalona w dniu

¹²⁸ L. Senden, *Soft law in European Community Law*, Portland 2004, s. 153.

¹²⁹ M. Roszak, *op. cit.*, s. 20.

¹³⁰ *Ibidem*, s. 20.

¹³¹ R.J. Kruszyński, *op. cit.*, s. 78.

¹³² Ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne, Dz. U. z 2001 r. Nr 126, poz. 1381.

6 września 2001 r. i weszła w życie w terminie i na warunkach określonych w ustawie z dnia 6 września 2001 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo farmaceutyczne, ustawę o wyrobach medycznych oraz ustawę o Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych¹³³. Ustawa pr. farm. jest regulacją kompleksową, obejmującą całą problematykę związaną z wprowadzaniem na rynek produktów leczniczych. Znalazły się w niej zagadnienia związane m.in. z: zasadami i trybem dopuszczania do obrotu produktów leczniczych, z uwzględnieniem w szczególności wymagań dotyczących jakości, skuteczności i bezpieczeństwa ich stosowania; warunków wytwarzania produktów leczniczych; warunków obrotu produktami leczniczymi; wymagań dotyczącymi aptek, hurtowni farmaceutycznych i placówek obrotu pozaaptecznego; zadaniami Inspekcji Farmaceutycznej i uprawnieniami jej organów¹³⁴. Z uwagi na szeroką implementację do polskiego porządku prawnego wcześniej omówionych aktów prawa unijnego ustawa pr. farm. jest prawie w całości oparta na prawie unijnym. Z tego względu ustawa ta była poddawana na przestrzeni lat wielu nowelizacjom¹³⁵, z których najnowsza uchwalona została dnia 9 października 2015 r.¹³⁶

Poza ustawą pr. farm. dokumentami, które w sposób pośredni wpływają na obrót produktów leczniczych i wobec czego będą przywołane w tym artykule, są m.in.: ustawa z dnia 10 października 1991 r. o środkach farmaceutycznych, materiałach medycznych, aptekach, hurtowniach i Inspekcji Farmaceutycznej (Dz. U. Nr 105, poz. 452 z późn. zm.); ustawa z dnia 30 października 1992 r. o zmianie ustawy o wynalazczości i ustawy o Urzędzie Patentowym Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 1993 r. Nr 4, poz. 14); ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117); ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (Dz. U. Nr 126, poz. 1379 z późn. zm.); ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. Nr 210, poz. 2135); ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2011 r. Nr 122, poz. 696); ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

1.4.2. Rozporządzenia

Rozporządzenia, jako akty wykonawcze do ustaw, odgrywają również szczególną rolę w regulacji obrotu produktów leczniczych. Z uwagi na ich liczebność, wyłącznie w celach przykładowych, wymienione zostaną najważniejsze z nich: rozporządzenie

¹³³ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo farmaceutyczne, ustawę o wyrobach medycznych oraz ustawę o Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, Dz. U. z 2001 r. Nr 126, poz. 1382.

¹³⁴ M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, *op. cit.*, s. 4.

¹³⁵ Zobacz akty zmieniające ustawę – Prawo farmaceutyczne, <http://isap.sejm.gov.pl/RelatedServlet?i-d=WDU20011261381&type=12&isNew=true>, [dostęp: 18.01.2016].

¹³⁶ Ustawa z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2015 r., poz. 1991.

Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 11 grudnia 2008 r. w sprawie wzoru zgłoszenia zbioru danych do rejestracji Generalnemu Inspektorowi Ochrony Danych Osobowych (Dz. U. Nr 229, poz. 1536); rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 16 stycznia 2004 r. w sprawie produktów leczniczych będących przedmiotem pomocy humanitarnej (Dz. U. Nr 13, poz. 115); rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 14 listopada 2008 r. w sprawie kryteriów zaliczenia produktów leczniczych do poszczególnych kategorii dostępności (Dz. U. z 2008 r. Nr 206, poz. 1292); rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 21 marca 2012 r. w sprawie sprowadzania z zagranicy produktów leczniczych niezbędnych dla ratowania życia lub zdrowia pacjenta dopuszczonych do obrotu bez konieczności uzyskania pozwolenia (Dz. U. z 2012 r., poz. 349).

1.5. Konkluzje

Podsumowując, konstrukcja jednolitego rynku wewnętrznego UE pozytywnie oddziałuje na obrót towarami między państwami członkowskimi UE. Wyjątkową rolę w tej kwestii odegrała zasada swobody przepływu towarów, na podstawie której zakazuje się wprowadzania nowych cel i opłat o skutku równoważnym do cel, wszelkiego opodatkowania dyskryminacyjnego i protekcyjnego oraz ograniczeń ilościowych i tych o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych. Z dorobku unijnej zasady przepływu towarów korzystają również leki, które zalicza się do kategorii produktów podlegających wymianie towarowej. Ich obrót między państwami członkowskimi UE, dzięki bogatemu orzecznictwu TSUE oraz szerokiej interwencji unijnego prawodawcy, podlega intensywnej harmonizacji, a w konsekwencji – rozkwitowi. To samo dotyczy leków generycznych, które stały się przedmiotem unijnej harmonizacji poprzez ich ujęcie w dyrektywie 2001/83/WE, a także działalności orzeczniczej TSUE bezpośrednio odnoszącej się do ich problematyki.

Pomimo procesu ujednolicania przepisów krajowych obejmujących produkty lecznicze, w tym generyczne produkty lecznicze, nie można mówić o całkowitej swobodzie obrotu tymi towarami w UE. Wynika to głównie ze specyficznego charakteru leków jako produktów przeznaczonych do poprawy zdrowia i podtrzymania życia. Wobec roli, jaką leki odrywają w społeczeństwie oraz ich znaczenia w krajowych politykach zdrowotnych, ich obrót zależny jest w dużej mierze od ustawodawstw poszczególnych państw członkowskich UE. Prawodawca unijny dokonuje interwencji w krajowe przepisy prawa farmaceutycznego zasadniczo wyłącznie poprzez uchwalanie dyrektyw, które w przeciwieństwie do rozporządzeń nie zapewniają pełnej harmonizacji.

Na podstawie powyższego obrót generycznymi produktami leczniczymi w UE podlega z jednej strony przepisom prawa unijnego dążącym do ustanowienia jak najpełniejszej swobody ich przepływu i ustanowienia całkowitej konkurencji na rynku farmaceutycznym, z drugiej strony natomiast przepisom prawa krajowego państw członkowskich UE, które w trosce o swych obywateli, przedsiębiorców oraz wydatki publiczne starają się kontrolować handel tymi produktami. Ten dwoisty charakter regulacji prawa farmaceutycznego wywiera ogromny wpływ na faktyczny obrót generycznymi produktami leczniczymi w UE, decydując ostatecznie o jego swobodzie bądź ograniczeniach.

2. Wprowadzenie leków generycznych do obrotu w Unii Europejskiej

2.1. Pojęcia i wymogi

2.1.1. Pojęcie wprowadzenia do obrotu

W terminologii ekonomicznej obrót ujmowany jest jako dynamiczna wartość odnosząca się do kupna i sprzedaży danego dobra ekonomicznego czy też do ruchu dóbr materialnych dokonywanego poprzez akty kupna i sprzedaży lub do transferu pieniężnego w formie gotówkowej czy bezgotówkowej¹³⁷. Wobec braku zdefiniowania na gruncie prawnym pojęcia obrotu orzecznictwo odwołuje się do jego charakterystyki ekonomicznej, określając obrót jako zjawisko społeczno-gospodarcze polegające na wymianie dóbr lub usług pomiędzy podmiotami dążącymi do pozyskiwania tychże dóbr lub usług za pomocą istotowo i treściowo zróżnicowanych czynności prawnych i faktycznych¹³⁸.

Tytułowe pojęcie obrotu lekami generycznymi, z uwagi na brak definicji samego pojęcia obrotu w prawie farmaceutycznym, charakteryzuje się w odwołaniu do znaczenia pojęcia wprowadzenia do obrotu oraz poprzez wyodrębnienie faz wymiany danego produktu pomiędzy różnymi podmiotami ekonomicznymi¹³⁹. Dogłębna analiza znaczenia wprowadzenia do obrotu produktu leczniczego, a także sposobu przechodzenia danego produktu w dół łańcucha dystrybucji pozwoli na uwidocznienie barier administracyjnych i prawnych, które napotyka lek generyczny, zanim ostatecznie dotrze do najniższego szczebla obrotu, czyli pacjenta. Obrót produktem trwa bowiem od chwili jego wprowadzenia do obrotu aż do chwili jego wydania użytkownikowi końcowemu, który z kolei doprowadzi do zużycia produktu lub rozporządzenia nim w inny sposób¹⁴⁰.

Pojęcie wprowadzenia produktu leczniczego do obrotu, mimo swego istotnego znaczenia, nie zostało określone w dyrektywie 2001/83/WE. Niemniej jednak, wskutek podobieństwa przedmiotu regulacji, powołać się można w celu jego zdefiniowania na postanowienia zawarte w art. 1 ust. 2 lit. h dyrektywy 93/42/EWG dotyczącej wyrobów medycznych¹⁴¹. Wprowadzenie do obrotu zostało tam zdefiniowane jako „pierwsze, dostępne za opłatą lub wolne od opłat udostępnienie, w celu dystrybucji lub stosowania na rynku Wspólnoty”¹⁴². Ponadto prawodawca unijny, przy wyznaczeniu wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, uznał za wprowadzenie do obrotu „udostępnienie produktu na rynku wspólnotowym po raz pierwszy”¹⁴³. Warto również przytoczyć stanowisko Sądu Najwyższego, który dokonał wykładni pojęcia wprowadzenia do obrotu handlowego w rozumieniu ustawy z dnia 9 listopada 1995 r. o ochronie

¹³⁷ R.J. Kruszyński, *op. cit.*, s. 18.

¹³⁸ *Ibidem*, s. 19.

¹³⁹ M. Ożóg, *op. cit.*, s. 143.

¹⁴⁰ *Ibidem*, s. 143.

¹⁴¹ Dyrektywa Rady 93/42/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca wyrobów medycznych, Dz. Urz. L 169 z 12.07.1993 r., s. 1.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ Art. R1 Załącznika I Decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady nr 768/2008/WE z dnia 9 lipca 2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, uchylająca decyzję Rady 93/465/EWG, Dz. Urz. L 218 z 13.08.2008 r., s. 82–128.

zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych, twierdząc, iż pojęcie „wprowadza” należy, zgodnie z jego potocznym znaczeniem, odnosić do czynności inicjującej, dającej początek stanowi, procesowi czy zaszłościom, które ze swej istoty następują dopiero po ich zainicjowaniu¹⁴⁴.

Podane powyżej wąskie znaczenie wprowadzenia do obrotu jako wprowadzenia produktu do obrotu po raz pierwszy stosowane jest szczególnie w tych uregulowaniach, w których na podmioty dokonujące pierwszego wprowadzenia na rynek nakładane są określone obowiązki¹⁴⁵. Prawo farmaceutyczne należy bezsprzecznie do tego typu uregulowań, jako iż państwo bezpośrednio ingeruje w autonomiczność podmiotów zaangażowanych w obrót produktami leczniczymi, ograniczając i znosząc zasadę swobody umów zobowiązaniowych albo jej elementów¹⁴⁶.

2.1.2. Wymóg pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego

Rynek farmaceutyczny stanowi jeden z nielicznych rynków, w odniesieniu do których władze publiczne podjęły się restrykcyjnej reglamentacji. Źródłem państwowej interwencji jest konieczność równoważenia kontrastujących ze sobą celów: z jednej strony ochrony zdrowia publicznego, z której wynika konieczność zapewnienia pacjentom dostępu do bezpiecznych i efektywnych leków i rozwoju jakości opieki zdrowotnej, a z drugiej strony zachęcanie do rozwoju badań naukowych nad produktami leczniczymi, zwiększenie zatrudnienia w sektorze farmaceutycznym oraz pozytywna równowaga handlu w odniesieniu do eksportu leków¹⁴⁷.

Sprzedaż produktów leczniczych charakteryzuje się asymetrią informacji na poszczególnych etapach obrotu, występującą zarówno między producentem leku i konsumentem, producentem i sprzedawcą-farmaceutą, jak i producentem i państwem, jako kompensatorem świadczeń zdrowotnych¹⁴⁸. Brak wiedzy ze strony konsumenta dotyczącej konkretnego produktu może prowadzić do błędnej ewaluacji jego jakości. Z kolei ze strony państwa brak informacji na temat przeprowadzonych badań produktu i ich kosztów wiązałby się z podjęciem nieracjonalnego sposobu ich refundacji¹⁴⁹. To bezpieczeństwo konsumentów i obowiązek ochrony zdrowia publicznego znajduje się u źródeł ścisłej regulacji prawnej i rygorystycznej kontroli obrotu produktów leczniczych na obszarze UE. Ingerencja władz publicznych ma za zadanie gwarantować najwyższą możliwą skuteczność leków, przy jak najmniej niekorzystnych skutkach ubocznych dla pacjentów¹⁵⁰. Pierwszym z obowiązków nałożonych w ramach standardów bezpieczeństwa na podmioty zaangażowane w handel lekami jest wymóg uzyskania pozwolenia

¹⁴⁴ Uchwała SN z dnia 21 września 2005 r., sygn. I KZP 29/05, OSNKW z 2005 r., nr 10, poz. 90.

¹⁴⁵ M. Ożóg, *op. cit.*, s. 157.

¹⁴⁶ R.J. Kruszyński, *op. cit.*, s. 22.

¹⁴⁷ E. Mossialos, M. Mrazek, T. Walley (red.), *op. cit.*, s. 1.

¹⁴⁸ *Competitiveness of EU Market and Industry for Pharmaceuticals, Volume 1: Welfare Implications of Regulation*, Rotterdam 2009, s. 38.

¹⁴⁹ *Ibidem*, s. 38.

¹⁵⁰ M. Roszak, *op. cit.*, s. 43.

na dopuszczenie leku do obrotu, stanowiący tym samym podstawowe źródło dopuszczalności obrotu produktem leczniczym. Pozwolenie to jest decyzją wydaną przez uprawniony organ potwierdzającą, że dany produkt leczniczy może być przedmiotem obrotu na terytorium danego państwa¹⁵¹. Na terytorium Rzeczypospolitej Polski organem wydającym pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego jest Prezes Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych (Prezes URPL)¹⁵².

Jednocześnie, pamiętając, że podejmowanie decyzji związanych z funkcjonowaniem systemów opieki zdrowotnej należy do państw członkowskich, proces dopuszczania leków do obrotu w danym kraju pozostaje głównie w gestii organów administracji publicznej danego państwa¹⁵³. Jednakże, mając na uwadze ideę jednolitego rynku wewnętrznego i swobodnego przepływu produktów leczniczych w jego ramach, konieczne stało się zharmonizowanie procesu dopuszczania do obrotu leków, które raz wprowadzone do obrotu w jednym państwie członkowskim, następnie mogą trafić na pułki w aptekach innego państwa członkowskiego. Skądinąd, to w kontekście konieczności harmonizacji przepisów krajowych i przeciwdziałania utrudniania tym samym możliwości swobodnego obrotu tymi produktami została uchwalona dyrektywa 2001/83/WE.

Oprócz harmonizacji samego systemu dopuszczania do obrotu produktów leczniczych prawodawca unijny wprowadził również postanowieniami rozporządzenia 726/2004, osobne pozwolenie dopuszczania do obrotu, wydawane odpowiednio przez Radę Unii Europejskiej bądź przez Komisję Europejską. Pozwolenie to, poprzez interpretację przepisów pr. farm., wydaje się być traktowane przez prawodawcę polskiego jako odrębna podstawa prawna dopuszczania do obrotu. Aczkolwiek nie należy różnicować pod względem mocy prawnej pozwoleń wydawanych przez którykolwiek z uprawnionych organów¹⁵⁴. Nie wpływa również na moc prawną pozwoleń typ procedury, w ramach której dane pozwolenie zostało wydane.

Podsumowując, na obszarze jednolitego rynku wewnętrznego UE istnieją dwa rodzaje pozwoleń na dopuszczenie produktu leczniczego do obrotu. Pierwsze stanowi pozwolenie unijne wydane na podstawie rozporządzenia 726/2004 posiadające moc prawną na terytorium wszystkich państw członkowskich UE. Drugim pozwoleniem jest to wydane w procedurze krajowej przez organy administracyjne danego państwa, ważne tylko i wyłącznie na terytorium tego państwa członkowskiego, w którym zostało wydane¹⁵⁵. Dodatkowo wskazać należy, zgodnie z art. 4a pr. farm., na szczególny rodzaj pozwolenia, a mianowicie na import równoległy. Pozwolenie to nie stanowi typowego pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego, ponieważ jest wydawane w przedmiocie produktu leczniczego, który został już wprowadzony do obrotu. Powoduje to, iż pozwolenie to posiada inny charakter prawny oraz przyznawane jest w ramach

¹⁵¹ M. Ożóg, *op. cit.*, s. 190.

¹⁵² Art. 7 pr. farm.

¹⁵³ A. Suławko-Karetko, J.G. Będkowski, B.A. Klimkowska, *Rejestracja produktów leczniczych*, Warszawa 2010, s. 67.

¹⁵⁴ M. Ożóg, *op. cit.*, s. 191.

¹⁵⁵ M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, *op. cit.*, s. 59.

odmiennej procedury przed organami administracji publicznej odpowiednio wskazanego przez wnioskodawcę państwa członkowskiego.

2.2. Procedury dopuszczenia produktów leczniczych do obrotu

2.2.1. Procedura krajowa

Dopuszczenie produktu leczniczego do obrotu stanowi pierwszy z etapów funkcjonowania danego produktu na rynku. Wobec istnienia dwóch rodzajów pozwolenia na dopuszczenie do obrotu – krajowego oraz unijnego – co do zasady wyróżnia się również dwie procedury dopuszczenia produktu leczniczego do obrotu – procedurę narodową prowadzoną przed właściwymi organami państw członkowskich oraz procedurę centralną mającą miejsce przed Europejską Agencją Leków (EMA). Jak już zostało podkreślone w ramach tego artykułu, pozwolenie uzyskane w ramach procedury centralnej ważne jest na całym obszarze UE, natomiast pozwolenie otrzymane w ramach procedury krajowej ograniczone jest do obszaru danego państwa członkowskiego. Mimo to pozwolenie krajowe może być rozciągnięte na inne państwa członkowskie dzięki procedurze wzajemnego uznania lub procedurze zdecentralizowanej¹⁵⁶. Z uwagi na cel i specyfikę procedur wzajemnego uznania i procedury zdecentralizowanej, pomimo iż w istocie stanowią one rodzaj procedury krajowej, zostaną one omówione osobno w ramach tego opracowania. Ta sama konstatacja wystąpiła u źródła wyróżnienia procedury uzyskania pozwolenia na import równoległy, która także odbywa się przed organami krajowymi.

Postępowanie o dopuszczenie do obrotu wszczynane jest na wniosek podmiotu odpowiedzialnego, który oprócz szczegółowych danych dotyczących podmiotów zaangażowanych w obrót hurtowy produktem leczniczym i szczegółowych informacji dotyczących składu produktu musi zawierać obszerną listę dokumentacji obejmującą wyniki, streszczenia i sprawozdania z badań farmaceutycznych: fizykochemicznych, biologicznych lub mikrobiologicznych, nieklinicznych oraz klinicznych¹⁵⁷. Ma to na celu udowodnienie, że dany produkt leczniczy spełnia wymogi w zakresie jakości, skuteczności i bezpieczeństwa¹⁵⁸.

Wniosek składa się do Prezesa URPL, co stanowi moment wszczęcia postępowania administracyjnego w tej sprawie. Celem toczącego się postępowania jest wydanie decyzji o dopuszczeniu produktu leczniczego do obrotu lub decyzji o jego odmowie. Przed wydaniem decyzji Prezes URPL weryfikuje wniosek wraz z dołączoną do niego dokumentacją, uwzględniając wytyczne opracowane przez Grupę Koordynacyjną ds. Procedury Wzajemnego Uznania i Procedury Zdecentralizowanej, które dokładnie określają, w jakich sytuacjach można pozostawić wniosek bez rozpoznania. Badanie formalne wniosku trwa 30 dni od daty jego złożenia, jednakże w sytuacji przedłożenia wniosku niekompletnego wnioskodawca zostaje wezwany do uzupełnienia braków formalnych,

¹⁵⁶ M. Roszak, *op. cit.*, s. 63–64.

¹⁵⁷ Art. 10 pr. farm.

¹⁵⁸ M. Duszyńska, K. Kęska, B. Michalski, Ł. Sławatyniec, *op. cit.*, s. 40.

co znacznie wydłuża procedurę wszczęcia postępowania¹⁵⁹. Ocena merytoryczna wniosku dokonywana jest na podstawie wiedzy naukowej przez wykwalifikowanych pracowników Urzędu Rejestracji, którzy na podstawie obiektywnych kryteriów oceniają, czy przedstawione badania rzeczywiście dowodzą, że dany produkt leczniczy jest skuteczny, bezpieczny i odpowiedniej jakości¹⁶⁰.

Pozwolenie na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego stanowi decyzję administracyjną, z tego względu powinno zawierać więc wszystkie elementy wymagalne dla tejże decyzji¹⁶¹. Oprócz tego ustawa określa inne konieczne komponenty pozwolenia na dopuszczenie do obrotu, m.in. nazwę produktu leczniczego i nazwę powszechnie stosowaną produktu leczniczego, jeżeli taka występuje, jego postać, drogę podania, moc, dawkę substancji czynnej, pełny skład jakościowy czy termin uprawniający do wprowadzenia do obrotu odpowiednika referencyjnego produktu leczniczego, w przypadku rejestrowania takiego odpowiednika¹⁶².

Warto również podkreślić, że pierwsze pozwolenie na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego wydawane jest na pięć lat¹⁶³. Przedłużenie pozwolenia wymaga ponownego wydania decyzji administracyjnej w przedmiocie przedłużenia okresu ważności pozwolenia, niemniej jednak – co do zasady – kolejne pozwolenie wydawane jest na czas nieokreślony¹⁶⁴. O wydaniu pozwolenia, okresie jego ważności, cofnięciu lub przedłużeniu decyduje wiele czynników, z których wszystkie skupiają się na zapewnieniu bezpieczeństwa pacjentów oraz efektywności zażywanych leków. Jako przykład przesłanek cofnięcia pozwolenia na dopuszczenie do obrotu, zgodnie z art. 33 pr. farm., można podać: stwierdzenie niespodziewanego, ciężkiego lub niepożądanego działania produktu leczniczego zagrażającego życiu bądź zdrowiu ludzkiemu; brak deklarowanej skuteczności terapeutycznej; stwierdzenie ryzyka stosowania niewspółmiernego do efektu terapeutycznego¹⁶⁵.

Na zakończenie rozważań dotyczących procedury krajowej warto zasygnalizować możliwość wszczęcia postępowania z urzędu, przewidzianą w art. 8a pr. farm. Jest ono o tyle nietypowe, iż zasadą jest, że postępowanie o uzyskanie pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego wszczynane jest na wniosek podmiotu odpowiedzialnego. Biorąc jednak pod uwagę sytuację, w której rynek farmaceutyczny danego państwa jest na tyle mały i nieatrakcyjny finansowo dla przedsiębiorcy, to nie jest on – co do zasady – zainteresowany sprzedażą swego leku na terytorium tego państwa i tym samym nie występuje z wnioskiem o dopuszczenie go do obrotu. Powoduje to, że produkt leczniczy, dla którego nie wydano pozwolenia na dopuszczenie do obrotu na terytorium tego państwa, a jednocześnie pożądanym przez nieznaczną część społeczeństwa, nie będzie mógł

¹⁵⁹ A. Suławko-Karetko, J.G. Będkowski, B.A. Klimkowska, *op. cit.*, s. 114.

¹⁶⁰ *Ibidem*, s. 115.

¹⁶¹ Art. 107 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, Dz. U. z 1960 r. Nr 30, poz. 168.

¹⁶² Art. 23 pr. farm.

¹⁶³ Art. 7 pr. farm.

¹⁶⁴ M. Duszyńska, K. Kęska, B. Michalski, Ł. Sławatyniec, *op. cit.*, s. 58.

¹⁶⁵ Art. 33 pr. farm.

być sprowadzony z zagranicy do aptek. Wobec tego w dyrektywie 2004/84/WE przewidziano możliwość uzyskania pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego z urzędu, co zostało wprowadzone do pr. farm. nowelizacją z 2004 r.¹⁶⁶

2.2.2. Procedura zdecentralizowana i procedura wzajemnego uznania

Omówiona powyżej procedura krajowa, w ramach której wydawane pozwolenie na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego jest ważne wyłącznie na terytorium państwa członkowskiego, którego organ je wydał, stanowiła barierę dla swobodnego przepływu tych produktów, uzasadnioną jednak interesem zdrowia publicznego. Konieczne stało się zatem wypracowanie dodatkowej procedury, która ułatwiłaby uzyskanie pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego w więcej niż jednym państwie członkowskim. Owocem prac nad stworzeniem takiej procedury stało się wprowadzenie w 1993 r. procedury wzajemnego uznania. Następnym etapem, na bazie doświadczeń z procedurą wzajemnego uznania, było wypracowanie w 2004 r. procedury zdecentralizowanej¹⁶⁷.

W stosunku do produktów leczniczych, które zostały już dopuszczone do obrotu w co najmniej jednym państwie członkowskim UE lub EFTA, można skorzystać z procedury wzajemnego uznania mającej na celu rozszerzenie danego pozwolenia na inne państwa, jak stanowi art. 28 ust. 2 dyrektywy 2001/83/WE¹⁶⁸. Procedura wzajemnego uznania jest procedurą rejestracyjną polegającą na uznaniu wydanego przez organy administracyjne państwa referencyjnego pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego przez organy administracyjne państwa zainteresowanego¹⁶⁹. Procedura wzajemnego uznania rozpoczyna się złożeniem przez podmiot posiadający pozwolenie na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego wniosku o opracowanie raportu oceniającego dany produkt leczniczy do właściwych organów administracji państwa referencyjnego.

Zgodnie z art. 19 pr. farm. organem właściwym do sporządzenia raportów oceniających produkt leczniczy wraz z charakterystyką produktu leczniczego, jego znakowaniem oraz ulotkami (w przypadku Polski jako państwa referencyjnego) oraz organem dokonującym analizy przekazanego przez organy państwa referencyjnego raportu (w przypadku Polski jako państwa zainteresowanego) jest Prezes URPL. Po analizie i uznaniu raportu oceniającego Prezes URPL wydaje pozwolenie na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego. Jeżeli natomiast zaistnieje podejrzenie potencjalnego i poważnego ryzyka dla ochrony zdrowia publicznego, wówczas Prezes URPL wszczyna procedurę wyjaśniającą i przekazuje odpowiednie uzasadnienie właściwym organom państwa referencyjnego, i innych zainteresowanych państw członkowskich UE i EFTA¹⁷⁰. Procedura wyjaśniająca ma na celu uniknięcie ograniczenia swobody przepływu produktów leczniczych poprzez odwołanie się do przesłanki ochrony zdrowia publicznego.

¹⁶⁶ M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, *op. cit.*, s. 110–111.

¹⁶⁷ *Ibidem*, s. 106.

¹⁶⁸ Art. 28 ust. 2 dyrektywy 2001/83/WE.

¹⁶⁹ A. Suławko-Karetka, J.G. Będkowski, B.A. Klimkowska, *op. cit.*, s. 95.

¹⁷⁰ *Ibidem*, s. 96.

Ponadto art. 19 ust. 5 pr. farm. stanowi, że wniosek o tego typu dopuszczenie do obrotu dotyczy produktu leczniczego, który w stosunku do innego produktu leczniczego, na którego dopuszczenie do obrotu pozwolenie zostało wydane przez właściwe organy państwa zainteresowanego, ma identyczny skład jakościowy i ilościowy substancji czynnych, identyczną postać farmaceutyczną oraz zasadniczo zgodne z tym produktem oznakowanie opakowań, ulotkę i charakterystykę produktu leczniczego¹⁷¹. W tym miejscu należy przywołać wyrok TSUE z dnia 16 października 2008 r. w sprawie sporu między Synthon BV, spółką prawa niderlandzkiego działającą w sektorze farmaceutycznym, a organem koncesyjnym Wielkiej Brytanii w przedmiocie zgodności z prawem decyzji, na mocy której organ ten odrzucił złożony przez Synthon BV wniosek o wzajemne uznanie pozwolenia na dopuszczenie generycznego produktu leczniczego do obrotu¹⁷². Organ uzasadnił swoją decyzję, powołując się na uzyskane przez wnioskodawcę pozwolenie na dopuszczenie do obrotu, wyłącznie w procedurze uproszczonej w państwie referencyjnym. Trybunał w swym orzeczeniu podkreślił, iż ustawodawstwo unijne w sektorze farmaceutycznym nie ustanawia jakiegokolwiek rozróżnienia odnośnie do zasięgu i skutków prawnych procedury wzajemnego uznania, a pozwolenie wydane w państwie referencyjnym powinno być rozpoznane przez państwo zainteresowane, jeżeli dostarczona dokumentacja jest identyczna z tą zaakceptowaną przez państwo referencyjne¹⁷³. Dotyczy to zatem również produktów leczniczych dopuszczonych na podstawie procedury uproszczonej, czyli leków generycznych.

Z powyższego wynika, iż lek generyczny w ramach procedury wzajemnego uznania może być zarejestrowany zarówno poprzez powołanie się na dokumentację rejestracji tego leku generycznego w państwie referencyjnym, jak i dokumentację rejestracji tego leku referencyjnego w tymże państwie. W pr. farm. możliwość ta została uregulowana w art. 15 ust. 4¹⁷⁴.

Przechodząc do procedury zdecentralizowanej, należy zauważyć, że postrzegana jest ona jako nowy sposób dla jednoczesnego złożenia wniosku o dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego w kilku państwach członkowskich w UE. Została ona wprowadzona przez dyrektywę 2004/27/WE¹⁷⁵ zmieniającą postanowienia dyrektywy 2001/83/WE. Procedura ta właściwa jest dla podmiotu, który planuje wprowadzić dany produkt leczniczy na terytorium więcej niż jednego państwa, dla którego nie uzyskał dotychczas pozwolenia na dopuszczenie do obrotu w żadnym z państw członkowskich UE lub EFTA¹⁷⁶. Przebieg tejże procedury należy określić jako tradycyjny przebieg procedury krajowej z elementem procedury wzajemnego uznania. Podmiot odpowiedzialny składa bowiem wniosek o wydanie pozwolenia na dopuszczenie produktu leczniczego do obro-

¹⁷¹ *Ibidem*, s. 97.

¹⁷² Wyrok TSUE w sprawie C-195/09 *Synthon BV przeciwko Merz Pharma GmbH & Co. KGaA*, ECLI: EU:C:2011:518.

¹⁷³ J. Perigné, *Responsabilités des Etats membres qui méconnaissent la procédure de reconnaissance mutuelle des médicaments génériques*, „Revue de droit sanitaire et social” 2002, s. 164.

¹⁷⁴ Art. 15 ust. 4 pr. farm.

¹⁷⁵ Dyrektywa 2004/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. zmieniającej dyrektywę 2001/83/WE.

¹⁷⁶ A. Suławko-Karetka, J.G. Będkowski, B.A. Klimkowska, *op. cit.*, s. 103.

tu do właściwego organu państwa referencyjnego wraz ze wskazaniem innych państw zainteresowanych, na terytorium których również wnosi o uzyskanie pozwolenia¹⁷⁷. W takiej sytuacji organ właściwy państwa referencyjnego zobowiązany jest nie tylko do analizy wniosku podmiotu, ale również przygotowania raportu oceniającego i przekazania go poszczególnym organom państw zainteresowanych. Jeśli wszystkie państwa zgadzają się na wydanie pozwolenia, zostaje ono ogłoszone na podstawie przygotowanego raportu we wszystkich państwach członkowskich biorących udział w procedurze¹⁷⁸.

Uzyskanie pozwolenia na dopuszczenie do obrotu leku generycznego w ramach tej procedury jest również możliwe, jeżeli we wskazanym przez wnioskodawcę państwie referencyjnym lek referencyjny uzyskał pozwolenie na dopuszczenie do obrotu.

2.2.3. Procedura centralna

Procedura centralna została wprowadzona postanowieniami rozporządzenia 726/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. ustanawiającymi wspólnotowe procedury wydawania pozwoleń dla produktów leczniczych stosowanych u ludzi i do celów weterynaryjnych i nadzoru nad nimi oraz ustanawiającymi EMA. W procedurze tej wydawane jest wyłącznie jedno pozwolenie na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego w formie decyzji Komisji Europejskiej odpowiednio po analizie wniosku i wydaniu opinii Komitetu ds. Produktów Leczniczych stosowanych u ludzi, będącego częścią EMA¹⁷⁹. Pozwolenie to ważne jest na terytorium wszystkich państw UE oraz EFTA. Nie wydaje się natomiast osobnych pozwoleń w poszczególnych państwach ani nie jest konieczne przysyłanie raportów oceniających, jak w przypadku omówionych procedur zdecentralizowanej i wzajemnego uznania¹⁸⁰.

Wniosek o rejestrację produktu leczniczego w ramach procedury centralnej może złożyć wyłącznie podmiot prowadzący działalność gospodarczą na obszarze UE¹⁸¹. Z kolei art. 1 rozporządzenia 726/2004 stanowi o kategorii produktów leczniczych, które – aby uzyskać pozwolenie na dopuszczenie do obrotu – muszą być obligatoryjnie zarejestrowane poprzez procedurę centralną¹⁸². Odnosi się to do produktów wymienionych w załączniku do rozporządzenia 726/2004, takich jak m.in.: wyprodukowane przez zastosowanie jednego z wymienionych procesów biotechnologicznych; produkty lecznicze terapii zaawansowanej; leki sieroce; produkty lecznicze stosowane u ludzi zawierające nową substancję aktywną, ze wskazaniem do stosowania w chorobach zespołu nabytego niedoboru odporności, nowotworu, zaburzenia neurodegeneracyjne itd.¹⁸³ Ponadto, fakultatywnie, podmiot odpowiedzialny może złożyć wniosek o uzyskanie pozwolenia w ramach procedury centralnej, jeżeli wskaże, iż produkt leczniczy stanowi ważną innowację terapeutyczną, naukową lub techniczną lub przyznanie pozwolenia

¹⁷⁷ M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, *op. cit.*, s. 117.

¹⁷⁸ *Ibidem*, s. 117.

¹⁷⁹ Art. 5 i 10 rozporządzenia WE nr 726/2004.

¹⁸⁰ M. Duszyńska, K. Kęska, B. Michalski, Ł. Sławatyniec, *op. cit.*, s. 46.

¹⁸¹ Art. 2 rozporządzenia WE nr 726/2004.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ Załącznik do rozporządzenia WE nr 726/2004.

zgodnie z niniejszym rozporządzeniem jest w interesie pacjentów lub zdrowia zwierząt na poziomie wspólnotowym¹⁸⁴.

Z uwagi na utrzymanie koherencji i jedności rynku wewnętrznego UE wniosek o dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego zawierającego substancję aktywną będącą już przedmiotem centralnej procedury rejestracji powinien być rozpatrzony w ramach tej samej procedury w sytuacji szczególnej, gdy oznaczenie terapeutyczne danego leku znajduje się na trzecim poziomie klasyfikacji anatomiczno-terapeutyczno-chemicznej¹⁸⁵. Ograniczenie to dotyczy głównie leków generycznych, których skład jest taki sam co ich leków referencyjnych. A mianowicie – co do zasady – wyłącznie te leki generyczne, które znajdują się na trzecim poziomie klasyfikacji, mogą być rejestrowane w ramach procedury centralnej. Natomiast tylko w sposób fakultatywny i wyjątkowo, poprzez spełnienie przesłanki interesu pacjentów na poziomie wspólnotowym, leki generyczne z innego poziomu klasyfikacji mogą zostać wprowadzone do obrotu w procedurze centralnej¹⁸⁶. Podkreślić przy tym należy, iż pomimo niespełnienia wyżej wymienionych przesłanek lek generyczny, którego lek referencyjny został dopuszczony do obrotu poprzez procedurę centralną, nadal może być zarejestrowany w procedurach krajowych przez właściwe organy państw członkowskich, o czym stanowi art. 3 ust. 3 rozporządzenia 726/2004, nakładając przy tym określone warunki dopuszczenia¹⁸⁷. Pierwszym warunkiem jest zgodność charakterystyki produktu generycznego z charakterystyką produktu leczniczego dopuszczonego przez UE pod wszystkimi względami, z wyjątkiem tych części charakterystyki produktu referencyjnego odnoszących się do wskazań lub form dawkowania, które były chronione prawem z patentu w czasie, kiedy lek generyczny był wprowadzany do obrotu. Drugim warunkiem stawianym generykowi jest konieczność dopuszczenia pod tą samą nazwą we wszystkich państwach członkowskich, w których został złożony wniosek¹⁸⁸.

Podsumowując opisane powyżej unijne procedury wprowadzenia produktu leczniczego do obrotu, należy zauważyć, iż lek generyczny może być wprowadzony do obrotu poprzez zastosowanie każdej z nich. Co więcej, według przeprowadzonych statystyk to właśnie leki generyczne dominują jako przedmioty procedur wprowadzania do obrotu. Odpowiednio 83% wszystkich wniosków o wydanie pozwolenia w ramach procedury zdecentralizowanej, 68% wniosków w ramach procedury wzajemnego uznania oraz 50% wniosków w procedurze centralnej dotyczyło wprowadzenia do obrotu leków generycznych¹⁸⁹. Mimo tak dużego zainteresowania sprzedażą leków generycznych w UE wskazuje się na stały problem opóźnień w uzyskaniu pozwolenia na dopuszczenie do obrotu przez podmiot odpowiedzialny¹⁹⁰. Średni czas między datą, w której lek referen-

¹⁸⁴ Art. 3 rozporządzenia 726/2004.

¹⁸⁵ M.A. Bianchetto, *Overview of Authorisation Procedures for Medical Products*, http://www.raps.org/uploadedFiles/PDF_Assets/EU%20Fundamentals,%20Ch.%2017.pdf, s. 157, [dostęp: 11.04.2016].

¹⁸⁶ *Ibidem*, s. 157.

¹⁸⁷ *Ibidem*, s. 157.

¹⁸⁸ Art. 3 ust. 3 rozporządzenia WE nr 726/2004.

¹⁸⁹ *Vision 2015, The EGA's thoughts...*, s. 3.

¹⁹⁰ *Competitiveness of EU Market...*, s. 38.

cyjny utracił wyłączność danych, a datą, w której generyk został wprowadzony do obrotu, wynosi na obszarze UE 7 miesięcy. Jednocześnie okres ten znacząco różni się w poszczególnych państwach członkowskich – w Austrii, Danii, Finlandii, Irlandii, Holandii, Szwecji i Wielkiej Brytanii jest stosunkowo krótki, w Belgii, Czechach, Niemczech, Francji, Węgrzech, Włoszech i Portugalii przekracza 6 miesięcy, natomiast w Hiszpanii, Grecji i Luksemburgu wynosi ponad 12 miesięcy¹⁹¹. Dla porównania w Stanach Zjednoczonych okres ten wynosi mniej niż 3 miesiące¹⁹². Opóźnienia te jawią się jako negatywna konsekwencja nie tylko dla samego podmiotu zainteresowanego wprowadzeniem do obrotu, ale również dla państw członkowskich i samych konsumentów. Oszczędności związane bowiem ze sprzedażą leków generycznych w państwach członkowskich UE mogłyby być o 20% wyższe, gdyby nie dochodziło do opóźnień w ich wprowadzeniu do sprzedaży¹⁹³.

Sama konieczność uzyskania pozwolenia na dopuszczenie do obrotu leku generycznego, obwarowanego licznymi formalnościami, stanowi prawną barierę ich obrotu na terytorium UE¹⁹⁴. Dzięki harmonizacji procedur administracyjnych poprzez prawo unijne pozwolenia na dopuszczenie do obrotu leków, mimo wydawania ich przez różne władze krajowe, posiadają w istocie charakter jednolity, co zdecydowanie zmniejsza niedogodności tej bariery prawnej¹⁹⁵. Jednakże rozbieżności w ostatecznym terminie przyznania pozwolenia na dopuszczenie do obrotu leku generycznego w poszczególnych państwach członkowskich oraz relatywnie długi okres oczekiwania na jego otrzymanie ujawnia kolejną, administracyjną barierę obrotu tymi lekami na rynku UE. Europejskie Stowarzyszenie Leków Generycznych wyraziło swoje stanowisko dotyczące ograniczania obrotu lekami generycznymi w UE, zwracając szczególną uwagę na procedury administracyjne uzyskania pozwolenia na dopuszczenie do obrotu tych produktów. Jako sposób osiągnięcia większej swobody obrotu lekami generycznymi oraz zwiększenia konkurencji na rynku farmaceutycznym wskazano na konieczność poszerzenia zastosowania procedury wzajemnego uznania, utworzenie alternatywnych i wspólnych schematów jej zastosowania, a przede wszystkim bardziej zcentralizowaną koordynację działań w zakresie tej procedury¹⁹⁶. Propozycją jest silniejsze jej upodobnienie do procedury centralnej poprzez transpozycję niektórych jej elementów, takich jak: jednolita lista pytań, przejrzyste zasady dotyczące ponownego złożenia wniosku oraz jasność procesu podejmowania decyzji przy odmowie wydania pozwolenia¹⁹⁷. W stosunku do procedury centralnej przedstawiane stanowiska skupiają się w głównej mierze na poszerzeniu możliwości złożenia wniosku w jej ramach. Dotyczy to przede wszystkim rozwinięcia definicji pojęcia „wspólnotowego interesu” oraz nowelizacji

¹⁹¹ *Ibidem*, s. 38.

¹⁹² J. Watal, „Bolar” exception to patent rights: Some economic implications, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_21/scp_21_ref_watal.pdf, [dostęp: 16.04.2016].

¹⁹³ A. Sheppard, *op. cit.*, s. 5.

¹⁹⁴ *Competitiveness of EU Market...*, s. 48.

¹⁹⁵ *Pharmaceutical industry: A strategy sector for European economy*, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/7649/attachments/1/translations/en/renditions/native>, [dostęp: 16.04.2016].

¹⁹⁶ *Vision 2015, The EGA's thoughts...*, s. 6.

¹⁹⁷ *Ibidem*, s. 6.

wytycznych w tej kwestii, dzięki czemu leki generyczne mogłyby korzystać w większym stopniu z procedury przed EMA¹⁹⁸.

2.3. Specyfika wprowadzania leków generycznych do obrotu

2.3.1. Procedura uproszczona

Dopuszczenie do obrotu leków generycznych będących odpowiednikami referencyjnych produktów leczniczych tradycyjnie dokonuje się w ramach specjalnej procedury dopuszczenia do obrotu. Co do zasady przebiega ona w identyczny sposób jak procedura krajowa, odpowiednio przed właściwymi organami krajowymi, z jedną różnicą dotyczącą zwolnienia z obowiązku przedkładania niektórych dokumentów¹⁹⁹.

W Rzeczypospolitej Polskiej procedura ta istniała już na gruncie przepisów ustawy Prawo farmaceutyczne z 1991 r., natomiast jej aktualny stan prawny z 2011 r. został wzbogacony odpowiednio wymaganiami prawa unijnego²⁰⁰. Zgodnie z art. 15a pr. farm. podstawowym warunkiem odwołania się do tej procedury jest potwierdzenie, poprzez przedstawienie odpowiednich badań biodostępności, podobieństwa leku generycznego do leku referencyjnego oraz ich biorównoważności²⁰¹, które to pojęcia zostały omówione w punkcie pierwszym tego opracowania. Oprócz tego przy wskazaniu leku referencyjnego należy uwzględnić fakt, iż produktem tym może być wyłącznie taki produkt leczniczy, który uzyskał pozwolenie wydane wyłącznie w zgodzie z przepisami prawa unijnego²⁰², co podkreślił Trybunał w wyroku z dnia 18 czerwca 2009 r.²⁰³.

Dodatkowym warunkiem odwołania się do procedury uproszczonej jest posiadanie zgody podmiotu odpowiedzialnego posiadającego pozwolenie na dopuszczenie do obrotu referencyjnego produktu leczniczego na wykorzystanie do oceny wniosku o dopuszczenie do obrotu tego odpowiednika wyników badań nieklinicznych i klinicznych zawartych w dokumentacji referencyjnego produktu leczniczego. Natomiast zgoda ta nie jest wymagana, jeżeli od dnia wydania pierwszego pozwolenia na dopuszczenie do obrotu referencyjnego produktu leczniczego w którymkolwiek z tych państw członkowskich do dnia złożenia wniosku o dopuszczenie do obrotu odpowiednika referencyjnego produktu leczniczego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej upłynął okres wyłączności danych. Jednocześnie w doktrynie podkreśla się, iż leków zarejestrowanych na podstawie wyraźnej zgody na powołanie się na dokumentację dołączoną do leku referencyjnego zarejestrowanego przez inny podmiot odpowiedzialny nie nazywa się lekami generycznymi²⁰⁴. Dlatego też istotne w kwestii wprowadzenia do obrotu leków generycznych jest pojęcie wyłączności danych.

¹⁹⁸ *Ibidem*, s. 8.

¹⁹⁹ D. Biadun, *Obrót produktami leczniczymi w świetle orzecznictwa sądowego*, Warszawa 2012, s. 62.

²⁰⁰ *Ibidem*, s. 62.

²⁰¹ Art. 15 pr. farm.

²⁰² *Ibidem*, s. 63.

²⁰³ Wyrok TSUE w sprawie C-527/07, *Generics(UK) Ltd przeciwko Licensing Authority*, ECLI:EU:C:2009:379.

²⁰⁴ M. Duszyńska, K. Kęska, B. Michalski, Ł. Sławatyniec, *op. cit.*, s. 41.

2.3.2. Wyłączność danych i wyłączność rynkowa

Zgodnie z art. 28 pr. farm. produkt leczniczy dopuszczony do obrotu na podstawie pozwolenia podlega wpisowi do Rejestru Produktów Leczniczych Dopuszczonych do Obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Jak uznał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 30 listopada 2005 r., sprawy leków dopuszczanych do obrotu są sprawami publicznymi, a zatem dane zawarte w rejestrze Produktów Leczniczych Dopuszczonych do Obrotu są danymi publicznymi. Informacje ujawnione w rejestrze są wiadomościami wytworzonymi przez władze publiczne w zakresie wykonywania władzy publicznej, a więc są one informacją publiczną²⁰⁵. Z kolei do tych informacji mają zastosowanie przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej z dnia 6 września 2001 r.²⁰⁶ Jednocześnie, wskazując na treści art. 1 ust. 2 tejże ustawy, przepisy ustawy nie naruszają przepisów innych ustaw określających odmienne zasady i tryb dostępu do informacji będących informacją publiczną. W związku z tym w zakresie uregulowanym w prawie farmaceutycznym będzie miało zastosowanie prawo farmaceutyczne w kontekście dostępu do danych zawartych w Rejestrze Produktów Leczniczych Dopuszczonych do Obrotu jako *lex specialis*, a dopiero w zakresie nieuregulowanym znajdują zastosowanie przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej²⁰⁷.

Art. 34 pr. farm. wprowadza ogólną zasadę dostępności rejestru oraz dokumentów przedłożonych w postępowaniu w sprawie dopuszczenia do obrotu produktu leczniczego dla osób mających w tym interes prawny, z zachowaniem przepisów o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie własności przemysłowej. Analizę treści tego przepisu przeprowadzę w oparciu o trzy istotne elementy: moment dostępu do danych, podmiot, który może uzyskać ten dostęp, oraz przesłanki jego uzyskania.

Po pierwsze, uznaje się, że przed publikacją pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego osoby trzecie nie powinny mieć dostępu do informacji o toczącym się postępowaniu, ponieważ naruszałoby to postanowienia art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez ujawnienie planów handlowych podmiotu odpowiedzialnego²⁰⁸. Dostęp do informacji miałby zatem miejsce wyłącznie po dopuszczeniu produktu leczniczego do obrotu i upublicznieniu jego charakterystyki ze względu na interes publiczny²⁰⁹.

Po drugie, jak wskazuje się w doktrynie, nie jest możliwe ustalenie *a priori*, kto poza podmiotem odpowiedzialnym ma interes w dostępie do dokumentacji produktu leczniczego i rejestru, gdyż sam podmiot odpowiedzialny ma zawsze dostęp do tejże dokumentacji, a treść art. 34 ustawy przemawia za tym, aby artykuł ten odnosił się do szerszego kręgu podmiotów²¹⁰. Takie rozwiązanie przyjmuje również prawo unijne.

²⁰⁵ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 30 listopada 2005 r., I SA/Wa 1651/04, LEX nr 192592.

²⁰⁶ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, Dz. U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198.

²⁰⁷ M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, *op. cit.*, s. 157.

²⁰⁸ Art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. U. z 1993 r. Nr 47, poz. 211.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ *Ibidem*.

Przywołując postanowienia dyrektyw 2001/83/WE oraz 2001/84/WE, wymagają one, aby decyzje o dopuszczeniu do obrotu produktu leczniczego oraz jego cofnięciu były dostępne publicznie²¹¹. Należy przy tym jednak odróżnić dostęp do rejestru, zawierającego podstawowe informacje dotyczące produktu leczniczego, od dostępu do dokumentacji tego produktu, przedstawiającej między innymi istotne dla producenta leków generycznych wyniki badań. Przy dostępie do dokumentacji bowiem interes prawny powinien być interpretowany wąsko, na podstawie postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, by na prawo do dostępu nie powoływali się konkurenci podmiotu odpowiedzialnego²¹².

W końcu uznaje się, że przepisy pozwalające na odwołanie się do dokumentacji produktu leczniczego referencyjnego przy składaniu wniosku o dopuszczenie do obrotu odpowiednika tego produktu nie dają prawa wnioskodawcy do uzyskania dostępu do dokumentacji referencyjnego produktu leczniczego przez podmiot odpowiedzialny leku generycznego²¹³. Wynika to z treści art. 34 pr. farm., który poprzez ogólne odwołanie do przepisów ochrony własności przemysłowej obejmuje, zgodnie z postanowieniami konwencji paryskiej²¹⁴, nie tylko przepisy ustawy – Prawo o własności przemysłowej, ale także informacje chronione przez ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²¹⁵. Zatem niezależnie od tego, czy dopuszczony do obrotu lek referencyjny jest chroniony prawami własności intelektualnej, w tym przede wszystkim prawem patentowym, czy też nie, dokumentacja dotycząca wydania pozwolenia na dopuszczenie do obrotu tego leku jest chroniona przed konkurentami. W tym miejscu należy odróżnić pojęcie dostępu do dokumentacji, a jedynie powołanie się na dokumentację, do której dostępu się nie posiada. Procedura uproszczona może być wszczęta przez podmiot odpowiedzialny w stosunku do leku generycznego, gdy ten powoła się na dokumentację dotyczącą leku referencyjnego już dopuszczonego do obrotu, jednocześnie przestrzegając okresu wyłączności danych.

Dyrektywa 2001/83/WE wprowadziła postanowieniami art. 10 zasadę wyłączności danych ograniczającą wprowadzenie leku generycznego poprzez procedurę uproszczoną. Podobne ograniczenie zostało określone w art. 14 rozporządzenia 726/2004, znajdując tym samym zastosowanie w procedurze centralnej²¹⁶. Wyłączność danych, nazywana inaczej ochroną danych rejestrowych, polega na tym, że przez dany okres wnioskodawca generyczny nie może skutecznie ubiegać się o rejestrację generyku do leku referencyjnego z powołaniem na dokumentację leku referencyjnego. Organ właściwy w sprawie o wydanie pozwoleń na dopuszczenie do obrotu jest zobowiązany do kontroli upłynięcia okresu wyłączności danych przy rozpatrywaniu wniosku o dopuszczenie generyku do obrotu²¹⁷. Dyrektywa przewiduje minimalny ośmioletni okres wyłączności

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, *op. cit.*, s. 157.

²¹³ *Ibidem*, s. 157.

²¹⁴ Konwencja paryska o ochronie własności przemysłowej z dnia 20 marca 1883 r., Dz. U. z 1975 r. Nr 9, poz. 51.

²¹⁵ *Ibidem*, s. 155.

²¹⁶ *Competitiveness of EU Market...*, s. 55.

²¹⁷ M. Duszyńska, K. Kęska, B. Michalski, Ł. Sławatyniec, *op. cit.*, s. 69.

danych, liczony od dnia wydania pierwszego pozwolenia na dopuszczenie do obrotu referencyjnego produktu leczniczego w którymkolwiek z państw do dnia złożenia wniosku o dopuszczenie do obrotu odpowiednika referencyjnego produktu leczniczego²¹⁸. Ustawodawca polski dokonał transpozycji tego postanowienia dyrektywy w art. 15 pr. farm., przyjmując ośmioletni okres ochrony danych rejestracyjnych.

Wyłączność rynkowa, wprowadzona również postanowieniami art. 10 dyrektywy 2001/83/WE oraz art. 14 rozporządzenia 726/2004, oznacza z kolei zakaz wprowadzania do obrotu leku generycznego przez dany czas, nawet jeśli generyk uzyskał już ważne pozwolenie na dopuszczenie do obrotu²¹⁹. Dyrektywa 2001/83/WE w art. 10 stanowi, iż „generyczny produkt leczniczy dopuszczony do obrotu nie może zostać wprowadzony do obrotu przed upływem dziesięciu lat od pierwszego dopuszczenia do obrotu produktu referencyjnego”²²⁰, co zostało poprawnie transponowane przez ustawodawcę polskiego w art. 14 ust. 11 pr. farm. Dodatkowo, pod pewnymi warunkami, okres wyłączności rynkowej może zostać przedłużony o 12 miesięcy, o czym stanowi w dalszej części art. 10 dyrektywy 2001/83/WE²²¹.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na różnice istniejące między okresem wyłączności danych a okresem wyłączności rynkowej, która odzwierciedla odmienności interesów nimi chronionych. Okres wyłączności danych biegnie od momentu wydania pozwolenia na dopuszczenie do obrotu, natomiast okres wyłączności rynkowej od momentu wprowadzenia do obrotu leku referencyjnej, czyli faktycznej jego komercjalizacji na terytorium państwa członkowskiego.

Na koniec, jak już zostało wskazane powyżej, zarówno wyłączność danych, jak i wyłączność rynkowa stanowi mechanizm ochrony niezależny od ochrony patentowej i równoległy do niej, o czym stanowi art. 15 pr. farm.: „niezależnie od ochrony wynikającej z przepisów ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej”²²². Ochrona danych rejestracyjnych ma bowiem charakter administracyjny, a ochrona patentowa charakter cywilnoprawny²²³.

2.3.3. Wyjątek Roche-Bolara

Klauzula Roche-Bolara, mimo swego bezpośredniego związku z kwestią prawa patentowego chroniącego produkty lecznicze, zostanie omówiona w tym punkcie z uwagi na jej wpływ na przyspieszenie procesu uzyskania przed podmioty odpowiedzialne pozwolenia na dopuszczenie do obrotu generycznych produktów leczniczych.

Dnia 11 marca 2004 r. została przyjęta dyrektywa 2004/27/WE zmieniająca przepisy dyrektywy 2001/83/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi, dzięki której umożliwiono legalne przeprowadzanie badań dotyczących leków generycznych przed wygaśnięciem ochrony patentowej

²¹⁸ Art. 10 dyrektywy 2001/83/WE.

²¹⁹ M. Duszyńska, K. Kęska, B. Michalski, Ł. Sławatyniec, *op. cit.*, s. 70.

²²⁰ Art. 10 dyrektywy 2001/76/WE.

²²¹ *Ibidem*.

²²² Art. 15 pr. farm.

²²³ M. Duszyńska, K. Kęska, B. Michalski, Ł. Sławatyniec, *op. cit.*, s. 75.

leku referencyjnego²²⁴. Jak stanowi znowelizowany art. 10 ust. 6 dyrektywy 2001/83/WE „Przeprowadzenia niezbędnych badań i prób w związku z zastosowaniem ust. 1, 2, 3 i 4 oraz wynikających z nich wymogów praktycznych nie uznaje się za sprzeczne z prawami z patentu lub z dodatkowymi świadectwami ochronnymi na produkty lecznicze”²²⁵.

Historia klauzuli Roche-Bolara sięga słynnego procesu przed Sądem Okręgowym Nowego Jorku²²⁶, dotyczącego sporu między firmą Roche, producentem innowacyjnego i opatentowanego leku, a firmą Bolar, która poprzez zakup niewielkiej ilości leku podjęła się badań nad wytworzeniem odpowiednika do leku firmy Roche. W tej sprawie sąd orzekł, iż nie doszło do naruszenia praw z patentu z uwagi na zastosowanie zasady *de minimis*, przywołując jednocześnie badawczy charakter działań podjętych przez firmę Bolar²²⁷. Sąd Apelacyjny następnie uchylił przełomowy wyrok²²⁸, jednakże z uwagi na reakcję Kongresu Stanów Zjednoczonych i przyjęcie Hatch-Waxman Act wprowadzającego wyjątek przeprowadzania badań do Federal Food, Drug and Cosmetic Act sprawa *Roche przeciwko Bolar* stała się źródłem koncepcji samej klauzuli²²⁹.

Przyjęcie w dorobku prawa farmaceutycznego UE klauzuli Roche-Bolara dyrektywą 2004/76/WE miało przede wszystkim na celu zrównanie rynku generycznych produktów leczniczych UE z rynkiem tych produktów w Stanach Zjednoczonych i Japonii, na których już od lat 90. obowiązywało owo uregulowanie²³⁰. Szczególnie interesujący jest fakt, iż przyjęcie tego wyjątku zostało zaproponowane na forum Parlamentu Europejskiego już w 1996 r., jednak z uwagi na pewne wątpliwości co do jej zgodności z postanowieniami porozumienia w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej²³¹ ostateczne jej zaakceptowanie miało miejsce w 2004 r. Przyjęcie klauzuli było silnie oczekiwane przez te państwa członkowskie, którym wyjątkowo zależało na obniżeniu swojego budżetu przeznaczanego na opiekę zdrowotną dzięki szybszemu wprowadzeniu na rynek generyków²³².

Po samym formalnym przyjęciu klauzuli Roche-Bolara w prawie UE uwidoczniły się w praktyce pewne wątpliwości co do jej treści. Europejska wersja klauzuli różniła się bowiem od amerykańskiej dodaniem do tradycyjnego ujęcia przeprowadzania badań i prób postanowienia dotyczącego „badań i prób wynikających z nich wymogów prak-

²²⁴ P. L'Ecluse, C. Longeval, *The Bolar clause in the new European pharmaceutical regulatory package*, <http://www.vanbaelbellis.com/site/download.cfm?SAVE=724&LG=1>, [dostęp: 16.04.2016].

²²⁵ Art. 10 ust. 6 dyrektywy 2001/83/WE.

²²⁶ *Roche Products, Inc. v Bolar Pharmaceutical Co.*, No. CV 83–4312, US District Court for the Eastern District of New York, 572 F. Supp. 255; 1983 US Dist. LEXIS 12799, 13 October 1983.

²²⁷ P. L'Ecluse, C. Longeval, *op. cit.*

²²⁸ *Roche Products, Inc. v Bolar Pharmaceutical Co.*, Appeal No. 84–560, US Court of Appeals for the Federal Circuit, 733 F.2d 858; 1984 US app. LEXIS 15006; 221 USP.Q (BNA) 937, 23 April 1984.

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ *The Bolar clause: Brining the European generic pharmaceuticals industry into line with the US?*, https://www.ashurst.com/doc.aspx?id_Content=1659, s. 1, [dostęp: 16.04.2016].

²³¹ Załącznik 1c 1C – Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu, sporządzonego w Marakeszu dnia 15 kwietnia 1994 r., Dz. U. z 1995 r. Nr 98, poz. 483.

²³² P. L'Ecluse, C. Longeval, *op. cit.*

tycznych”²³³. Wprowadzenie tak nieprecyzyjnego pojęcia w tekście dyrektywy świadczy o chęci pozostawienia w kwestii państw członkowskich jego interpretacji i tym samym ostateczny sposób stosowania wyjątku Roche-Bolara. Państwa członkowskie miały 18 miesięcy, licząc od 30 kwietnia 2004 r., na dostosowanie swoich przepisów krajowych do uchwalonej dyrektywy²³⁴. Mimo iż wszystkie państwa wywiązały się z obowiązku transpozycji, przyjęcie klauzuli Roche-Bolara nie nastąpiło w jednolity sposób²³⁵.

Ostatecznie, na przekór wprowadzeniu omawianej klauzuli, co pozwoliło europejskim producentom opracowywać leki generyczne na całym terytorium UE przed samym wygaśnięciem praw z patentu leku innowacyjnego, nadal istnieją pewne ograniczenia w ich wprowadzaniu do obrotu. Przede wszystkim wiąże się to z brakiem jednakowej interpretacji owego pojęcia „wymogów praktycznych”, stawiającej w niepewności producentów co do legalności samego wytwarzania leków generycznych przed wygaśnięciem patentów leków referencyjnych²³⁶. Wszakże nie jest oczywistym, czy produkcja leków generycznych wpisuje się w pojęcie wymogów praktycznych przeprowadzania badań i prób.

Niejednoznaczna interpretacja powoduje dalsze konsekwencje. Szeroko krytykowaną praktyką organów rejestracyjnych jest wiązanie procedury administracyjnej uzyskania pozwolenia na wprowadzenie do obrotu leku generycznego z ochroną patentową obejmującą lek innowacyjny. Jak stanowi art. 126 dyrektywy 2001/86/WE: „nie można odmówić, zawiesić lub cofnąć pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego, jak tylko z przyczyn określonych w niniejszej dyrektywie”²³⁷. Wobec faktu, iż ochrona patentowa nie została wymieniona pośród przyczyn ujętych w przepisach dyrektywy, nie może być przywoływana jako argument uzasadniający odrzucenie wniosku o uzyskanie pozwolenia na wprowadzenie do obrotu leku generycznego²³⁸. Problem bezprawnego wiązania ochrony patentowej z procedurą administracyjną dotyczy nie tylko działań organów administracyjnych, które poprzez interpretację przepisów dotyczących rejestracji leków wymagają od podmiotu odpowiedzialnego potwierdzenia wygaśnięcia patentu chroniącego lek referencyjny²³⁹, ale również czynności podejmowanych przez producentów leków innowacyjnych. Wykorzystując lukę w interpretacji pojęć użytych przez ustawodawcę unijnego, składają oni skargę do sądu cywilnego o naruszenie patentu w stosunku do producenta starającego się o uzyskanie pozwolenia na wprowadzenie do obrotu leku generycznego²⁴⁰. Tego rodzaju postępowania sądowe

²³³ Dyrektywa Rady 2004/76/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. zmieniająca dyrektywę 2003/49/WE, Dz. U. L 157 z 30.04.2004.

²³⁴ *The Bolar clause: Brining the European...*, s. 2.

²³⁵ *Bolar Provision and Regulatory Data Exclusivity in Europe*, <http://www.cms-cmck.com/Hubbard.FileSystem/files/Publication/3ed51f5e-7615-44dc-a399-076a7ccc3745/Presentation/PublicationAttachment/2a4563f5-b970-4fa2-9d61-0bac21c0b232/BolarProvisioninEU.pdf>, [dostęp: 16.04.2016].

²³⁶ A. Sheppard, *op. cit.*, s. 5.

²³⁷ Art. 126 dyrektywy 2001/86/WE.

²³⁸ *Vision 2015, The EGA's thoughts...*, s. 6.

²³⁹ *Ibidem*, s. 8.

²⁴⁰ *Ibidem*, s. 7.

opóźniły wprowadzenie generyków do obrotu średnio o 4 miesiące, przy czym w 62% postępowaniach pozwany producent generyków wygrał sprawę przed sądem²⁴¹.

Podsumowując powyższe rozważania, należy uznać, iż różnorodna transpozycja klauzuli Roche-Bolara w państwa członkowskich jawi się jako kolejne ograniczenie obrotu lekami generycznymi w UE. Leki te, pomimo możliwości otrzymania pozwolenia na dopuszczenie do obrotu już po upływie okresu wyłączności danych, nie mają pewności odnośnie do możliwości natychmiastowej produkcji i przygotowania ich do sprzedaży na obszarze UE, aniżeli ich produkcja po ostatecznym wygaśnięciu patentu na lek referencyjny. W konsekwencji tego wiele leków generycznych jest produkowanych tam, gdzie są przeprowadzane ich badania i próby, a dodatkowo, gdzie dany lek referencyjny nie jest chroniony prawami z patentu, czyli głównie poza UE²⁴². W ten sposób producenci leków generycznych nie ryzykują naruszenia praw patentowych i jednocześnie przyspieszają proces wprowadzenia leków do obrotu po wygaśnięciu praw.

2.4. Cena i refundacja leków generycznych

2.4.1. Krajowe systemy ceny i refundacji świadczeń zdrowotnych a prawo UE

Jak już wspomniano w niniejszym opracowaniu, gwarancja odpowiedniego poziomu ochrony życia i zdrowia obywateli należy do obowiązku poszczególnych państw. W jego ramach każde państwo musi między innymi zapewnić swym obywatelom dostępność produktów leczniczych, rozumianą również jako dostępność po umiarkowanych cenach. Stały wzrost konsumpcji produktów leczniczych powoduje, iż państwa przyjmują coraz to więcej skomplikowanych strategii w zakresie zarządzania sprzedażą produktów leczniczych. Wdrażane przez rządy strategie kontroli wydatków publicznych dotyczą zarówno zakresu ustanawiania cen i refundacji (tzw. środki po stronie podażowej), jak i oddziaływania na pracowników służby zdrowia, farmaceutów i pacjentów (tzw. środki po stronie popytowej). Mimo iż podstawowym założeniem ww. strategii jest promocja zdrowia publicznego, mają one w istocie na celu skonfrontowanie lub ograniczenie ciągłego wzrostu wydatków publicznych na ochronę zdrowia i zapewnienie samej stabilności budżetu państwowego w dziedzinie zdrowia²⁴³.

Instytucją, dzięki której państwo w najpełniejszy sposób gwarantuje dostępność produktów leczniczych, jest mechanizm refundacji ich kosztów. Refundację definiuje się jako „zwrot, z zasobów podmiotu finansującego, np. budżetu państwa, środków pieniężnych wydatkowanych zastępczo przez jednostkę gospodarczą, np. aptekę, na określony cel, np. zakup leków”²⁴⁴. Objęcie leku refundacją traktowane jest jako kolejny, konieczny etap obrotu tego produktu leczniczego, następujący po dokonaniu rejestracji oraz fizycznym jego wprowadzeniu do obrotu. W stosunku do leków generycznych ob-

²⁴¹ *Ibidem*, s. 7.

²⁴² *Ibidem*, s. 5.

²⁴³ R. Stankiewicz, [w:] M. Piekłak, R. Stankiewicz (red.), *Ustawa o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych – Komentarz*, Warszawa 2014, s. 3.

²⁴⁴ M. Czech, *Farmakoekonomika jako narzędzie zarządzania lekami w Polsce*, Warszawa 2006, s. 259.

jęcie ich refundacją właściwie przesądza o powodzeniu ich sprzedaży, gdyż konkurencyjność leków generycznych na rynku wynika z ich niskiej ceny ustalonej w dużej mierze dzięki objęciu ich systemem refundacji. Z tego względu kwestie związane z ceną i refundacją leków generycznych zostały omówione w punkcie poświęconym wprowadzeniu do obrotu wraz z przywołaniem barier i ograniczeń z nim związanych.

W kontekście art. 168 ust. 7 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) państwa członkowskie UE posiadają autonomię w kontroli finansowania produktów leczniczych i zarządzaniu ich konsumpcją w ramach swych systemów opieki zdrowotnej. Wobec powyższego na obszarze UE obowiązuje 28 różnych systemów ustalania cen i refundacji produktów leczniczych opartych zarówno na odmiennych mechanizmach kształtowania list produktów leczniczych refundowanych, ustalania ich cen, jak i kryteriach ich określania²⁴⁵. Różnice w konstrukcjach prawnych systemów refundacji państw członkowskich wynikają przede wszystkim ze świadomych zadań, które stawiane są danej regulacji przez rządy państw podejmujące decyzję o takiej a nie innej strukturze refundacji²⁴⁶. Co oczywiste, głównym determinantem konstrukcji mechanizmu refundacji jest poziom środków budżetowych przeznaczonych na współfinansowanie. Ma to istotne znaczenie w odniesieniu do obrotu leczniczymi produktami generycznymi, gdyż państwa o większych budżetach ochrony zdrowia, kształtując własne systemy refundacji, przeznaczają odpowiednio większą ilość środków pieniężnych na współfinansowanie zakupu leków przez swych obywateli, w tym leków generycznych. Państwa te szczególnie czuwają nad wyważeniem interesów między powszechnym dostępem do tanich leków a koniecznością promowania innowacji w sektorze farmaceutycznym, co uwiadacznia się w równie wysokim finansowaniu zakupu innowacyjnych produktów leczniczych przez te państwa²⁴⁷. Natomiast państwa o mniejszych budżetach na ochronę zdrowia jako priorytet uznają konstrukcję mechanizmu refundacji promującą zakup jak najtańszych leków, faworyzując tym samym generyczne produkty lecznicze nad oryginalnymi produktami leczniczymi. W ten sposób samo państwo przeznacza mniej środków na refundację, a pacjenci otrzymują dostęp do szerokiej oferty tańszych produktów leczniczych kosztem zmniejszenia dostępu do terapii innowacyjnych oraz zahamowania rozwoju badań w dziedzinie farmacji²⁴⁸.

Jednostronne ukierunkowanie polityk cen i refundacji państw członkowskich UE, a w ich efekcie przyjmowanie środków krajowych mających na celu kontrolę finansowania leków oraz zarządzanie ich konsumpcją, może prowadzić do powstania barier handlowych w obrocie produktami leczniczymi na obszarze UE, wpływając na zdolność firm farmaceutycznych do sprzedawania produktów na rynkach krajowych²⁴⁹. Środki te

²⁴⁵ R. Stankiewicz, *op. cit.*, s. 10.

²⁴⁶ *Ibidem*, s. 6.

²⁴⁷ *Ibidem*, s. 7.

²⁴⁸ *Ibidem*, s. 7.

²⁴⁹ Wniosek: Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca przejrzystości środków regulujących ustalanie cen produktów leczniczych stosowanych u ludzi oraz włączanie tych produktów w zakres systemów powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, COM/2012/084 final – 2012/0035 (COD), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52012PC0084>, [dostęp: 19.06.2016].

nie tylko decydują o potencjale sprzedaży produktów na terytorium danego państwa przez koncerny farmaceutyczne, lecz również wpływają znacząco na samą konkurencję i funkcjonowanie rynku wewnętrznego UE²⁵⁰. Co więcej, organizacja krajowych systemów opieki zdrowotnej może doprowadzić do ograniczenia swobody przepływu towarów poprzez dyskryminację produktów pochodzących z innych państw członkowskich. Z tego względu TSUE w swym orzecznictwie podjął się próby znalezienia złotego środka między z jednej strony autonomią polityki socjalno-ekonomicznej państw członkowskich, z drugiej strony ochroną unijnej swobody przepływu towarów²⁵¹. Przywołując poszczególne wyroki TSUE²⁵² dotyczące kwestii zgodności środków kontroli cen produktów leczniczych z zasadą swobodnego przepływu towarów, należy zauważyć wyraźną ewolucję stanowiska TSUE z pozycji przeprowadzania skrupulatnej kontroli zgodności tych środków z traktatową zasadą, w kierunku możliwości uzasadnienia stosowanych środków obiektywnym interesem publicznym i możliwościami finansowymi systemów zdrowotnych²⁵³.

Z zamiarem ograniczenia wpływu różnic polityk refundacyjnych państw członkowskich na funkcjonowanie rynku wewnętrznego już w 1988 r. przyjęto na poziomie ówczesnej wspólnoty europejskiej dyrektywę 89/105/EWG²⁵⁴, zwaną dyrektywą przejrzystości. Jej postanowienia stanowią zbiór dotychczasowego dorobku orzeczniczego TSUE przy jednoczesnym respektowaniu koncepcji minimalnej ingerencji w organizację krajowej polityki zabezpieczenia społecznego przez państwa członkowskie²⁵⁵. Dyrektywa ta określa szereg wymogów proceduralnych, których przestrzeganie ma zapewnić przejrzystość środków krajowych w zakresie ustalania cen i refundacji przyjmowanych przez państwa członkowskie. Natomiast przepisy tej dyrektywy, zgodnie z postanowieniami TFUE, nie mają wpływu na decyzje dotyczące ustalania cen podejmowanych przez poszczególne państwa ani na prowadzoną przez nie politykę zabezpieczenia społecznego²⁵⁶. Celem przyjęcia tego aktu było stworzenie ram prawnych, które stanowiłyby ogólne zasady postępowania w przedmiocie obejmowania produktów leczniczych refundacją, chroniąc przed regulacjami ograniczającymi funkcjonowanie wolnego rynku²⁵⁷.

²⁵⁰ *Ibidem*, s. 10.

²⁵¹ M. Roszak, *op. cit.*, s. 121.

²⁵² Zob. wyrok TSUE w sprawie 181/82 *Roussel Laboratoria BV i inni przeciwko państwu niderlandzkiemu*, ECLI:EU:C:1983:352; wyrok TSUE w sprawie 238/82 *Duphar BV i inni przeciwko państwu niderlandzkiemu*, ECLI:EU:C:1984:45; wyrok TSUE w sprawie 56/87 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:1988:295; wyrok TSUE w sprawie C-120/95 *Nicolas Decker przeciwko Caisse de maladie des employés privés*, ECLI:EU:C:1998:167; wyrok TSUE w sprawach połączonych C-159/91 i C-160/91 *Christian Poucet przeciwko Assurances générales de France i Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, ECLI:EU:C:1993:63.

²⁵³ M. Roszak, *op. cit.*, s. 122.

²⁵⁴ Dyrektywa Rady 89/105/EWG z dnia 21 grudnia 1988 r. dotycząca przejrzystości środków regulujących ustalanie cen na produkty lecznicze przeznaczone do użytku przez człowieka oraz włączenia ich w zakres krajowego systemu ubezpieczeń zdrowotnych, Dz. Urz. WE L 40 z 11.02.1989 r.

²⁵⁵ R. Stankiewicz, *op. cit.*, s. 11.

²⁵⁶ Wniosek: Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca przejrzystości środków regulujących ustalanie cen produktów leczniczych....

²⁵⁷ R. Stankiewicz, *op. cit.*, s. 12.

Do obowiązków formalnych państw członkowskich należy przestrzeganie określonych terminów podejmowania indywidualnych decyzji dotyczących ustalania cen i refundacji (90 dni na podjęcie decyzji dotyczącej zarówno ustalania cen, jak i refundacji). Ponadto w dyrektywie zobowiązuje się odpowiednie organy administracji krajowej do przedstawienia uzasadnienia opartego na obiektywnych i możliwych do sprawdzenia kryteriach w odniesieniu do każdej z wydanych decyzji oraz zapewnienia wnioskującym podmiotom odpowiednich sądowych środków odwoławczych²⁵⁸.

2.4.2. Podstawowe założenia ceny i refundacji leków

Omawiając przyjmowane przez państwa członkowskie UE systemy ustalania cen i refundacji leków, nie sposób pominąć instytucji takich jak ustalanie urzędowych cen zbytu, marż detalicznych i hurtowych oraz określanie poziomów odpłatności refundowanych leków, stanowiących podstawowe środki wpływu państw na obrót produktów leczniczych na rynku farmaceutycznym. Istotne jest również omówienie dwóch postępowań: w sprawie umieszczenia leku w wykazie oraz w sprawie ustalenia ceny urzędowej. Zaznacza się przy tym, iż państwa członkowskie opracowują coraz bardziej złożone i innowacyjne strategie ustalania cen i refundacji, by ograniczyć rosnące wydatki na produkty farmaceutyczne, co będzie stanowiło uzasadnienie następnie omawianej propozycji nowelizacji dyrektywy przejrzystości.

Pierwszorzędnie należy wskazać, iż najważniejszą cechą kontroli przez państwa ceny produktów leczniczych jest określanie ich statusu refundowania. Wynika to z faktu, iż w większości przypadków to leki podlegające refundacji ze środków publicznych są przedmiotem regulacji cen przez państwo, a z kolei leki niepodlegające refundacji posiadają swobodę co do wyznaczenia ceny rynkowej²⁵⁹. Cena, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, jest wartością wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę²⁶⁰. Urzędowe ceny zbytu, urzędowe marże hurtowe i detaliczne mają charakter cen i marż sztywnych, ustalanych urzędowo, przez co podmioty uczestniczące w obrocie nie mają możliwości sprzedaży produktu po innej cenie aniżeli ta określona przepisami prawa²⁶¹. Ustawodawca polski w art. 2 ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (u.r.l.) dokonał zdefiniowania pojęcia ceny detalicznej leku jako urzędowej ceny zbytu leku powiększonej o urzędową marżę hurtową i urzędową marżę detaliczną oraz należny podatek towarów i usług²⁶².

²⁵⁸ Wniosek: Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca przejrzystości środków regulujących ustalanie cen produktów leczniczych...

²⁵⁹ S. Vogler, *The impact of pharmaceutical pricing and reimbursement policies on generics uptake: implementation of policy option on generics in 29 European countries- an overview*, "Generics and Biosimilars Initiative Journal" 2012, vol. 1, <http://gabi-journal.net/the-impact-of-pharmaceutical-pricing-and-reimbursement-policies-on-generics-uptake-implementation-of-policy-options-on-generics-in-29-european-countries%E2%94%80an-overview.html>, [dostęp: 18.06.2016].

²⁶⁰ Art. 3 ust. 1 ustawy o cenach, Dz. U. z 2001 r. Nr 97, poz. 1050.

²⁶¹ M. Kwiatkowska, *Prawo farmaceutyczne. Poradnik dla aptek, część II*, Warszawa 2013, s. 52.

²⁶² Art. 2 pkt 4 u.r.l.

Cena hurtowa leku natomiast oznacza urzędową cenę zbytu leku powiększoną o urzędową marżę hurtową oraz należny podatek od towarów i usług²⁶³. Z kolei sama urzędowa cena zbytu leku odnosi się do ceny zbytu leku ustalonej w decyzji administracyjnej o objęciu refundacją, uwzględniającą należny podatek od towarów i usług²⁶⁴. Cena urzędowa ma charakter ceny maksymalnej, dzięki czemu możliwa jest wyłącznie sprzedaż produktów leczniczych za ceny niższe od tejże ceny urzędowej²⁶⁵. Z powyższego wynika, iż podmioty gospodarcze wprowadzające na rynek produkty lecznicze są ograniczane w swej swobodzie uzgadniania cen poprzez zarówno przepisy prawne ustalające maksymalną wartość marży hurtowej i detalicznej, jak i obowiązek uzyskania decyzji administracyjnej określającej urzędową cenę zbytu leku oraz poziom jego refundacji.

Ustawodawca polski przewiduje następujące poziomy odpłatności leków: brak jakiegokolwiek odpłatności, odpłatność ryczałtową, odpłatność w wysokości 30% lub 50% limitu finansowania leku oraz odpłatność 100%²⁶⁶. Objęcie leku danym poziomem odpłatności zależy zarówno od kategorii dostępności leku, jak i od jego ujęcia w jednym z wykazów leków refundowanych ze środków publicznych – odpowiednio leków podstawowych, leków uzupełniających, leków recepturowych, leków, które mogą być traktowane jako surowce farmaceutyczne oraz leków do terapii niektórych chorób i upośledzenia umysłowego. Wykazy tych leków przyjmowane są w drodze rozporządzenia ministra właściwego do spraw zdrowia wraz z określeniem ich odpłatności²⁶⁷. Należy zwrócić uwagę, iż takiego typu pozytywne listy refundacji leków sporządzane są w zdecydowanej większości państw członkowskich UE. Niektóre państwa, dodatkowo bądź wyłącznie, stosują negatywne wykazy produktów leczniczych, które nie podlegają refundacji. Do tychże państw należą: Niemcy, Wielka Brytania, Hiszpania oraz Węgry²⁶⁸.

Zaliczenie leku do kategorii dostępności leku następuje poprzez wydanie decyzji administracyjnej z urzędu lub na podstawie złożonego wniosku w postępowaniu w sprawie ustalenia ceny urzędowej. Tę samą procedurę stosuje się w postępowaniu w sprawie umieszczenia leku w wykazie. Jak podkreśla się w literaturze, do czasu nowelizacji ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej z dnia 24 sierpnia 2007 r.²⁶⁹ postępowania te przebiegały głównie z urzędu. Wobec krytyki ze strony podmiotów uczestniczących w procesie obrotu produktami leczniczymi dotyczącej długotrwałości i niejawności procesu decyzyjnego w Ministerstwie Zdrowia, a zwłaszcza z uwagi na konieczność transpozycji postanowień dyrektywy 89/105, aktualnie składane mogą być również wnioski o umieszczenie leku w wykazach²⁷⁰.

Decyzja wydawana jest przez ministra właściwego do spraw zdrowia na wniosek lub z urzędu, w przypadku gdy dany lek stanowi istotną składową kosztową świadczeń

²⁶³ Art. 2 pkt 5 u.r.l.

²⁶⁴ Art. 2 pkt 26 u.r.l.

²⁶⁵ M. Ożóg, *op. cit.*, s. 539.

²⁶⁶ Art. 6 ust. 2 u.r.l.

²⁶⁷ M. Ożóg, *op. cit.*, s. 553.

²⁶⁸ S. Vogler, *op. cit.*

²⁶⁹ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2007 roku o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 166, poz. 1172.

²⁷⁰ M. Ożóg, *op. cit.*, s. 558.

gwarantowanych²⁷¹. Decyzja wydawana jest na okres 5, 3 lub 2 lat, przy czym czas jej obowiązywania nie może przekraczać terminu wygaśnięcia wyłączności rynkowej dla leków oryginalnych. Również podwyższenie lub obniżenie ceny zbytu leku następuje w drodze decyzji administracyjnej ministra właściwego do spraw zdrowia²⁷². Natomiast w postępowaniu w sprawie umieszczenia leku w wykazie wniosek nie jest rozpatrywany pierwszorzędnie przez ministra właściwego do spraw zdrowia, lecz przez Zespół do Spraw Gospodarki Lekami będący *quasi*-organem przy nim działającym. Pozytywne rozpatrzenie wniosku powoduje umieszczenie leku w wykazie w drodze nowelizacji odpowiedniego rozporządzenia, natomiast dopiero negatywne rozpatrzenie wniosku prowadzi do wydania decyzji przez ministra właściwego do spraw zdrowia²⁷³. Kryteria, którymi organy administracyjne państw członkowskich kierują się, umieszczając dany lek w wykazie leków refundowanych, to: opłacalność, zapotrzebowanie medyczne oraz wartość terapeutyczna, w tym szczególnie relatywna efektywność w przypadku leku nieoryginalnego, ale o dodatkowej wartości terapeutycznej. Dodatkowo częstą przesłanką braną pod uwagę jest wpływ refundacji leku na budżet państwa, zwłaszcza w centralnych i wschodnich państwach UE²⁷⁴. Wreszcie należy zauważyć, iż w prawie polskim postępowanie w sprawie ustalenia ceny urzędowej leku może występować łącznie z rozpatrywaniem wniosku o umieszczenie danego produktu w konkretnym wykazie leków. Wniosek o umieszczenie leku w odpowiednim wykazie zawsze implikuje bowiem konieczność ustalenia jego ceny urzędowej, co jest istotą tworzenia wykazu tego rodzaju²⁷⁵. Z kolei postępowanie w sprawie ustalenia ceny urzędowej może dotyczyć leku już umieszczonego w wykazie. Łączny termin toczenia się połączonych postępowań nie powinien przekroczyć 180 dni, zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy przejrzystości²⁷⁶.

Powyższe zaprezentowanie podstawowych regulacji cen i refundacji produktów leczniczych w polskim systemie opieki zdrowotnej pozwala z jednej strony na zapoznanie się z najistotniejszymi pojęciami i procedurami tego systemu, z drugiej strony natomiast ukazuje wpływ postanowień dyrektywy przejrzystości na obowiązujący system refundacji leków w RP, na co wskazuje choćby przywołana nowelizacja z 2007 r. Niemniej jednak, co zostanie ukazane w następnym punkcie artykułu, proceduralny charakter przepisów dyrektywy, problemy dotyczące ich wykładni, wdrażania i egzekwowania, a przede wszystkim ich dezaktualizacja w wyniku rozwoju rynku farmaceutycznego w ciągu prawie 20 lat obowiązywania dyrektywy spowodowało, iż nie tylko systemy ustalania cen leków i ich refundacja różnią się w poszczególnych państwach członkowskich UE, ale także dochodzi do powstawania barier handlowych ograniczających lub opóźniających obrót niektórymi produktami leczniczymi, w tym generycznymi²⁷⁷.

²⁷¹ Art. 9 ust. 3 u.r.l.

²⁷² M. Kwiatkowska, *op. cit.*, s. 54.

²⁷³ *Ibidem*, s. 54.

²⁷⁴ S. Vogler, *op. cit.*

²⁷⁵ M. Ożóg, *op. cit.*, s. 566.

²⁷⁶ Art. 6 ust. 1 dyrektywy 89/105/EWG.

²⁷⁷ Wniosek: Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca przejrzystości środków regulujących ustalanie cen produktów leczniczych....

2.4.3. Obrót lekami generycznymi w świetle polityk, przepisów i praktyk ustalania cen i refundacji produktów leczniczych

Z uwagi na silne powiązanie rynku farmaceutycznego ze strategiami ustalania cen i refundacji produktów leczniczych państw członkowskich UE rozmiar oraz efektywność obrotu leków generycznych na rynku UE zależy w istocie od ich ujęcia w krajowych systemach refundacji. Sprzedaż leków generycznych, które nie zostaną wpisane do wykazu leków refundowanych, jest nieopłacalna dla ich producenta²⁷⁸. Ku zadowoleniu ich wytwórców leki generyczne odgrywają istotną rolę w systemach opieki zdrowotnej państw członkowskich UE, gdyż to właśnie dzięki ich refundacji i ustalaniu cen przyczyniają się do znacznej redukcji środków publicznych przeznaczanych na opiekę zdrowotną²⁷⁹. Aczkolwiek wartościowy udział leków generycznych w krajowym budżecie różni się znacząco w poszczególnych państwach członkowskich. Przykładowo w 2009 r. w Portugalii niewiele ponad 10% rynku farmaceutycznego obejmowały generyki, natomiast w tym samym czasie w Rumunii i Słowenii obejmowały one ok. 70% rynku²⁸⁰.

Badania ukazują, iż rynek leków generycznych jest większy w państwach, które pozwalają na relatywnie dowolne ustalanie cen produktów leczniczych przez podmioty uczestniczące w ich obrocie, aniżeli w państwach, które utrzymują restrykcyjny system ustalania cen produktów leczniczych. Wynika to z faktu, iż w pierwszych z państw ceny produktów leczniczych są co do zasady znacznie wyższe, co przyciąga producentów leków generycznych wprowadzających odpowiedniki o zdecydowanie niższych cenach²⁸¹.

Odnosnie do możliwości refundacji leków generycznych podkreśla się pozytywny efekt przyjmowania przez państwa omówionych powyżej wykazów leków refundowanych. Poprzez stworzoną w tych wykazach klasyfikację leków na grupy według identyczności substancji aktywnych w nich zawartych czy podobieństwa w ich działaniu leki generyczne zostały dopuszczone do refundacji ze środków publicznych bez jakiegokolwiek ich dyskryminacji w odniesieniu do leków oryginalnych²⁸².

Natomiast wobec przepisów ustalających cenę leków generycznych wskazuje się, iż w większości państw członkowskich UE cena leku generycznego ustalana jest w wartości procentowej odpowiednio niższej do ceny jego leku referencyjnego, na przykład 25% lub 40% ceny leku referencyjnego. Tego typu odwzorowanie ceny generyka nazywane jest powiązaniem leku generycznego (ang. *generic price linkage*)²⁸³.

W ramach systemów ustalania cen i refundacji produktów leczniczych dodatkowo pozytywny efekt dla obrotu generycznych produktów leczniczych mają przyjmowane przez państwa strategie popytowe promujące sprzedaż leków generycznych, nakierowane na pracowników służby zdrowia odpowiedzialnych za przepisywanie leków, farmaceutów oraz pacjentów²⁸⁴. OECD wymienia jako przykłady tego typu strategii państw:

²⁷⁸ S. Vogler, *op. cit.*

²⁷⁹ S. Vogler, *op. cit.*

²⁸⁰ *Ibidem.*

²⁸¹ *Competitiveness of EU Market...*, s. 37.

²⁸² S. Vogler, *op. cit.*

²⁸³ S. Vogler, *op. cit.*

²⁸⁴ *Ibidem.*

obowiązek farmaceutów zaproponowania pacjentowi zakupu tańszego odpowiednika w miejsce przepisanego na receptę droższego leku oryginalnego, zachęcanie podmiotów do przepisywania leków generycznych poprzez program płać-za-efektywność (ang. *pay-for-performance*), obowiązek przepisywania przez podmioty odpowiedzialne leków według międzynarodowych nazw niezastrzeżonych i wreszcie zaangażowanie samych pacjentów do zakupu generyków dzięki ustanowieniu wyższego poziomu refundacji generyka wobec poziomu refundacji jego leku referencyjnego lub stopniowe zmniejszanie ceny urzędowej generyków poprzez zwiększanie wartości procentowej ich ceny w odniesieniu do leku referencyjnego²⁸⁵.

Pomimo zarówno pozytywnego wydźwięku ujęcia leków generycznych w krajowych systemach refundacji, jak i przyjmowania rozmaitych strategii promujących ich sprzedaż Europejskie Stowarzyszenie Producentów Leków Generycznych (EGA) zwraca uwagę na negatywne strony systemu ustalania cen i refundacji dla samego obrotu leków generycznych w UE. Po pierwsze, wskazuje na stałe powiązanie ceny urzędowej leku generycznego z ceną leku referencyjnego, nawet po wejściu do obrotu leku generycznego, jako znaczącą barierę dla faktycznego udziału tychże leków na rynku farmaceutycznym. Jak uzasadnia EGA, negatywny efekt takiego powiązania wynika głównie z braku harmonizacji jego stosowania pośród państw członkowskich, powodujące zakłócenie w efektywności sprzedaży generyków w UE²⁸⁶.

W następnej kolejności EGA negatywnie ocenia konieczność uzyskania decyzji o refundacji i ujęcia w danym wykazie generycznych produktów leczniczych, która powoduje opóźnienie ich faktycznego wprowadzenia do obrotu o około 7 miesięcy²⁸⁷. Ponadto sam termin wydania decyzji o refundacji czy ujęciu w wykazie zdecydowanie różni się w każdym z państw członkowskich. Przykładowo w Danii wynosi on mniej niż 50 dni, natomiast w Austrii, Czechach, Estonii czy Polsce około 180 dni, z kolei w Rumunii i Słowacji przekracza 270 dni, a w Chorwacji nawet 350 dni. Dane te są tym bardziej niepokojące, gdyż prowadzenie tak długotrwałego postępowania administracyjnego przez państwa członkowskie stoi w sprzeczności z postanowieniami dyrektywy przejrzystości, na podstawie których właściwy organ krajowy powinien wydać decyzję w ciągu 90 dni od daty złożenia wniosku²⁸⁸.

Wreszcie EGA jest stanowiska, że wydanie decyzji refundacyjnej wobec wprowadzanego do obrotu odpowiednika powinno być bezpośrednim i sprawnym procesem, gdyż jego lek referencyjny został wcześniej wprowadzony do obrotu na terytorium danego państwa UE i została wobec niego wydana decyzja refundacyjna. Tym bardziej, jeżeli przyjmujemy, że dany odpowiednik uzyskał już pozwolenie na dopuszczenie do obrotu, czyli jego biorównoważność względem leku oryginalnego została potwierdzona i powinien być wpisany w ten sam wykaz leków refundowanych co lek

²⁸⁵ A. Belloni, D. Morgan, V. Paris, *Pharmaceutical Expenditure and Policies: Past Trends and Future Challenges*, OECD Working Papers, no. 87, OECD Publishing, Paris 2016, s. 32.

²⁸⁶ F. Bongers, H. Carradinha, *How to Increase Patient Access to Generic Medicines in European Health-care systems*, Report by the European Generic Medicines Association, Bruksela 2009, s. 17.

²⁸⁷ *Competitiveness of EU Market...*, s. 38.

²⁸⁸ F. Bongers, H. Carradinha, *op. cit.*, s. 20.

oryginalny, a sama cena odpowiednika ustalona na podstawie powiązania z ceną referencyjnego leku²⁸⁹.

W kwestii praktyk administracyjnych i długotrwałych postępowań administracyjnych w przedmiocie refundacji, które stanowią barierę administracyjną dla obrotu lekami generycznymi, należy przywołać problem związany z transpozycją dyrektywy przejrzystości i podejmowanymi staraniami w kierunku jej nowelizacji. W 2011 r. Komisja Europejska podjęła starania ku nowelizacji dyrektywy przejrzystości głównie z uwagi na dezaktualizację jej przepisów odzwierciedlających warunki panujące na rynku farmaceutycznym ponad dwadzieścia lat temu. Szczegółowo Komisja jako argumenty dokonania nowelizacji podała pojawiające się rozbieżności między przepisami dyrektywy, które zawierają opis głównych rodzajów procedur ustalania cen i refundacji w latach 80. XX wieku (obecnie państwa podejmują środki o znacznie szerszym zakresie) oraz notoryczne przekraczanie przez państwa członkowskie terminów podejmowania decyzji dotyczących ustalania cen i refundacji. Co istotne, w swym wniosku z 2012 r. Komisja wskazała również na niepotrzebne opóźnienia w ustalaniu cen i refundacji leków generycznych, które według przeprowadzonych badań powodują opóźnienie w udostępnianiu pacjentom tańszych produktów leczniczych i zwiększają obciążenie finansowe ponoszone przez państwa członkowskie²⁹⁰. W nowelizowanej wersji dyrektywy przejrzystości doszło do skrócenia terminu wydania decyzji zatwierdzającej cenę urzędową w odniesieniu do generyków do 15/30 dni, w przypadku gdy produkt referencyjny został już wyceniony i włączony do systemu ubezpieczeń zdrowotnych²⁹¹. Z kolei terminy mające zastosowanie do wszelkich innych produktów leczniczych miały być skrócone do 60 dni²⁹².

Pozytywny efekt dla obrotu leków generycznych w UE, jaki mogłaby wyrzucić nowelizacja dyrektywy przejrzystości, ostatecznie nie został osiągnięty z uwagi na sprzeciw wyrażony w Radzie Unii Europejskiej w 2015 r. Opozycja państw wobec projektu Komisji nie wynikała wyłącznie z technicznego przymusu szybszej pracy, ale miała bardziej polityczne podłoże. Większość państw podnosiła obawę naruszenia zasady subsydiarności działania UE, gdyż podstawowe cele propozycji Komisji mogły być uzyskane na podstawie innych alternatywnych środków²⁹³. W sposób szczególnie uwidacznia to stanowisko głos przeciwny państw, które już obecnie wydają decyzje administracyjne dotyczące cen i refundacji leków generycznych w maksymalnym 30-dniowym terminie²⁹⁴.

Podsumowując, kwestia ustalenia ceny i refundacji produktów generycznych stanowi cel pierwszoplanowy wielu państw członkowskich UE w ich budżecie prezna-

²⁸⁹ *Ibidem*, s. 19.

²⁹⁰ Wniosek: Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca przejrzystości środków regulujących ustalanie cen produktów leczniczych...

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² *Ibidem*.

²⁹³ Sprawozdanie z przesłuchań Parlamentu Europejskiego, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAnswers.do?reference=E-2015-000260&language=EN>, [dostęp: 19.06.2016].

²⁹⁴ *Whatever happened to faster reimbursement for generics in Europe?*, <http://www.pharmexec.com/whatever-happened-faster-reimbursement-generics-europe?id&sk&date=%0A%09%09%09&pageID=2>, [dostęp: 19.06.2016].

czanym na opiekę zdrowotną. Nie tylko ujmują one leki generyczne w swych systemach refundacji, ale również przyjmują inne strategie promujące ich sprzedaż. Natomiast sam brak efektywnie wdrażanych środków w dziedzinie ustalania cen i refundacji leków, które pozytywnie wpływałyby na sprzedaż generyków w UE, można uznać za kolejną z barier w ich obrocie. Mimo to nie należy zapominać, iż głównym zadaniem budżetu państwa jest utrzymanie modelu zrównoważonego rynku zdrowia publicznego, gdzie leki generyczne są wyłącznie elementem decydującym o szerszym dostępie do leków. Z tego względu niektóre państwa podejmują więcej długoplanowych polityk promujących sprzedaż leków generycznych, a inne stosunkowo mniej. Ostatecznie wydaje się, iż to właśnie autonomia państw w określaniu własnych polityk i strategii ustalania cen i refundacji stanowi w tym aspekcie ograniczenie obrotu leków generycznych w UE.

2.5. Handel równoległy a wprowadzenie leków generycznych do obrotu

2.5.1. Definicja, źródła i zalety instytucji handlu równoległego produktów leczniczych

Handel równoległy odnoszący się zarówno do zjawiska importu równoległego, jak i eksportu równoległego oraz stanowiący legalną formę obrotu towarami pomiędzy państwami nabrał w UE szczególnego znaczenia²⁹⁵. Wynika on bowiem wprost z ujętej w art. 28 i 29 TFUE zasady swobodnego przepływu towarów będącej fundamentalną zasadą polityki i działania wewnętrznego UE, według której wszelkie ograniczenia ilościowe w przywozie i wywozie oraz wszelkie środki o skutku równoważnym są zakazane między państwami członkowskimi²⁹⁶. Określenie „równoległy” uzasadniane jest sposobem dokonywania danego handlu, który odbywa się niezależnie od sieci dystrybucji ustanowionej przez producenta i dostawców produktów – równocześnie z nią i równoległe do niej²⁹⁷. Za pierwsze orzeczenie TSUE w sprawie handlu równoległego w UE uznaje się orzeczenie TSUE z dnia 8 czerwca 1971 r. w sprawie C-78/70 *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH przeciwko Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*²⁹⁸. Następnie, jako że zjawisko handlu równoległego dotyczy wszystkich rodzajów produktów, należy przywołać orzeczenie TSUE z dnia 31 października 1974 r. w sprawie C-15/74 *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper przeciwko Sterling Drug Inc.*, w którym to Trybunał po raz pierwszy odniósł się do zjawiska handlu równoległego produktów leczniczych w UE, wskazując, iż produkty lecznicze powinny być kwalifikowane jako towary, które nie podlegają wyłączeniu spod ogólnych zasad rządzących swobodnym przepływem towarów w ramach jednolitego rynku wewnętrznego²⁹⁹.

²⁹⁵ J. Szczodrowski, *Handel równoległy produktami farmaceutycznymi w orzecznictwie ETS*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 10, s. 40.

²⁹⁶ Art. 28 i 29 TFUE.

²⁹⁷ J. Szczodrowski, *op. cit.*, s. 40.

²⁹⁸ Wyrok TSUE w sprawie C-78/70 *Deutsche Grammophon...*

²⁹⁹ Wyrok TSUE w sprawie C-15/74 *Centrafarm BV...*

TSUE wskazuje w swych orzeczeniach przede wszystkim na dwie korzyści płynące z handlu równoległego produktów leczniczych: dobry sposób stymulacji konkurencji oraz ograniczenie wydatków publicznych na ochronę zdrowia³⁰⁰. Działalność importerów równoległych związana jest bowiem immanentnie z różnicą cen produktów leczniczych ustalonych pierwszorzędnie zarówno przez krajowego ustawodawcę w systemie ustalania cen i refundacji, jak i następnie przez producenta leku. Różnica ta stanowi impuls dla hurtowników, pośredników do zakupu leków, w państwie, gdzie ich cena jest relatywnie niska, aby następnie eksportować te produkty do tego kraju członkowskiego UE, gdzie z kolei ich cena jest stosunkowo wyższa³⁰¹. Za przykład można podać lek Simvastatin, którego cena lokalna w 2002 r. w Niemczech wynosiła 223,4 euro, natomiast w Wielkiej Brytanii już tylko 55,5 euro, a w Holandii jedynie 50,4 euro. Importerzy równolegli poprzez zakup tego leku na innych rynkach, a następnie sprzedaż w trzech wyżej wymienionych państwach zaproponowali następujące ceny Simvastationu: w Niemczech między 212,6 a 221,7 euro, w Wielkiej Brytanii między 45,3 a 50,2 euro, a w Holandii między 49,9 a 55,4 euro³⁰². Rozkład ceny leku Simvastatin idealnie świadczy o atrakcyjności importu równoległego jako alternatywnego źródła zaopatrzenia, dzięki któremu konsument zaoszczędza środki pieniężne przeznaczone na zakup niezbędnych produktów leczniczych³⁰³.

Dla przedsiębiorców mających swoje siedziby na terenie państw członkowskich UE lub EFTA³⁰⁴ zaletą prowadzenia handlu równoległego lekami jako sposobu ich obrotu w UE jest szczególna, uproszczona procedura wprowadzenia do obrotu produktu leczniczego³⁰⁵. Pomimo aktualnej powszechności tej formy obrotu towarów w UE jej podstawy nie leżą w prawie normatywnym, lecz zostały wypracowane w ramach działalności TSUE, który w swych orzeczeniach, poprzez szeroką interpretację zasady swobody przepływu, otworzył jednolity rynek wewnętrzny UE na handel równoległy³⁰⁶.

2.5.2. Zasady przeprowadzenia handlu równoległego produktami leczniczymi

Przechodząc do samej problematyki wprowadzenia produktu leczniczego do obrotu w ramach handlu równoległego, należy podkreślić, że duże znaczenie w zakresie jej usystematyzowania miały zbiorcze opracowania opublikowane w postaci komunikatów Komisji powielające zasady dopuszczalności importu równoległego sformułowane przez orzecznictwo TSUE, jednocześnie określające wytyczne w zakresie ich stosowa-

³⁰⁰ A. Zimmermann, P. Malach, *Import równoległy produktów leczniczych*, „Farmacja Polska” 2009, t. 65, nr 8, s. 539.

³⁰¹ J.M. Czesak, *Import równoległy w prawie farmaceutycznym jako zagadnienia prawa gospodarczego*, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/docmetadata?id=48357&from=publication>, s. 84, [dostęp: 24.04.2016].

³⁰² P. Kanavos, S. Kowal, *Does pharmaceutical parallel trade serve the objectives of cost control?*, “Euro-health”, 2008, t. 14, nr 2, s. 25.

³⁰³ J.M. Czesak, *op. cit.*, s. 85.

³⁰⁴ J. Szczodrowski, *op. cit.*, s. 40.

³⁰⁵ M. Ożóg, *op. cit.*, s. 144.

³⁰⁶ D. Biadun, *op. cit.*, s. 76.

nia stanowiące akty miękkiego prawa. Mimo iż nie mają prawnej mocy wiążącej, oddziałują na przepisy prawne państw członkowskich. W najnowszej wersji komunikatu z dnia 30 grudnia 2003 r. w sprawie importu równoległego gotowych produktów leczniczych Komisja Europejska wskazała na możliwość obwarowania takiego importu, z uwagi na przesłankę ochrony zdrowia publicznego, koniecznością uzyskania pozwolenia na import równoległy wydanego przez organy administracji publicznej państwa członkowskiego w ramach procedury proporcjonalnie uproszczonej w stosunku do procedury uzyskania pozwolenia na wprowadzenie do obrotu³⁰⁷.

W świetle tych wytycznych prawodawca polski ustanowił w art. 4a pr. farm. konieczność uzyskania pozwolenia na import równoległy produktów leczniczych³⁰⁸. Natomiast art. 21a pr. farm. precyzuje przebieg procedury związanej z uzyskaniem takiego pozwolenia. Niezbędne jest złożenie odpowiedniego wniosku do Prezesa URPL, który następnie dokonuje jego oceny i wydaje decyzję o wydaniu pozwolenia na import równoległy, o odmowie wydania takiego pozwolenia, a także o zmianie pozwolenia lub jego cofnięciu. Pozwolenie na import równoległy wydawane jest na 5 lat, aczkolwiek niewykluczone jest jego wcześniejsze wygaśnięcie lub cofnięcie z uwagi na istnienie związku tego pozwolenia z istnieniem pozwoleń na dopuszczenie do obrotu wydanych w Polsce oraz w państwie, z którego dany produkt jest importowany³⁰⁹.

2.5.3. Zasada podobieństwa jako podłoże handlu równoległego leków generycznych

Import równoległy produktów leczniczych, zgodnie z orzecznictwem TSUE, może nastąpić między dwoma państwami członkowskimi, pod warunkiem że produkt leczniczy uzyskał pozwolenie na wprowadzenie do obrotu w państwie członkowskim, z którego terytorium jest eksportowany (państwo członkowskie pochodzenia), a ponadto jeżeli ten produkt leczniczy jest istotnie podobny (ang. *essentially similar*) do produktu, który uzyskał pozwolenie na wprowadzenie do obrotu w państwie członkowskim, do którego jest importowany (państwo członkowskie docelowe)³¹⁰. Wobec ujętego w sposób ekspresywny dwojakiego ograniczenia importu równoległego produktów leczniczych nasuwają się pytania dotyczące możliwości prowadzenia importu równoległego leku generycznego, który uzyskał pozwolenie na wprowadzenie do obrotu w państwie członkowskim pochodzenia, na terytorium państwa członkowskiego docelowego, w którym pozwolenie na wprowadzenie do obrotu uzyskał jego lek referencyjny.

W swym orzeczeniu w sprawie *Peijper* Trybunał pochylił się nad kwestią podobieństwa leku importowanego do leku referencyjnego, uznając, iż „dwa produkty, chociaż nie są identyczne pod każdym względem, zostały wyprodukowane zgodnie z tą samą formułą, przy użyciu tej samej substancji czynnej i mają ten sam efekt terapeutyczny, muszą

³⁰⁷ Komunikat Komisji w sprawie importu równoległego leków gotowych, dla których pozwolenie na wprowadzenie do obrotu zostało wydane, Dz. Urz. UE C 115 z 6.5.1982 r.

³⁰⁸ Art. 4a pr. farm.

³⁰⁹ M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, *op. cit.*, s. 127.

³¹⁰ Komunikat Komisji w sprawie importu równoległego leków gotowych...

one traktować produkt importowany jako objęty tym drugim pozwoleniem, chyba że istnieją przeważające względy dotyczące skutecznej ochrony życia i zdrowia ludzi”³¹¹. Zatem w przywołanej sprawie trzy przesłanki zadecydowały o podobieństwie produktów: ich formuła, substancja czynna oraz ten sam efekt terapeutyczny. Lek generyczny co do zasady spełnia wszystkie trzy wyżej wymienione warunki, posiadając ten sam jakościowy i ilościowy skład w substancjach czynnych oraz tę samą postać farmaceutyczną jak referencyjny produkt leczniczy, co potwierdza, iż mógłby stanowić przedmiot handlu równoległego. Natomiast problematyczna pozostaje kwestia miejsca produkcji leku, czyli źródła jego faktycznego pochodzenia. W sprawie *Peijper* chodziło bowiem o leki, które były produkowane przez dwie niezależne spółki, lecz na podstawie umowy licencjonowanej zawartej z tym samym licencjodawcą, co powodowało, iż substancja aktywna leków miała to samo źródło pochodzenia.

Do 2004 r. Trybunał w swych orzeczeniach nie wypowiadał się bezpośrednio na temat przesłanki wspólnego źródła pochodzenia, co spowodowało w doktrynie przychylenie się do twierdzenia, iż handel równoległy produktów leczniczych może nastąpić tylko i wyłącznie, jeżeli istnieje związek między producentem leku, który uzyskał pozwolenie w państwie pochodzenia, a producentem leku postulującego o import równoległy³¹². Taki dodatkowy warunek jawił się jako bariera dla handlu równoległego lekami generycznymi, które produkowane są co do zasady niezależnie od producenta leku referencyjnego, po wygaśnięciu ochrony wyłączności danych oraz po wygaśnięciu praw z patentu – czyli bez jakiegokolwiek umowy licencji.

Rozstrzygnięcie kwestii wymogu wspólnego źródła pochodzenia produktów leczniczych w kontekście prowadzenia handlu równoległego produktów leczniczych przyniosło orzeczenie Trybunału wydane w sprawie C-112/02 *Kohlpharma*³¹³. Sprawa ta dotyczyła wniosku złożonego do niemieckiej agencji ds. produktów leczniczych przez spółkę Kohlpharma o pozwolenie na import równoległy leku pod nazwą handlową Jumex, produkowanego i sprzedawanego we Włoszech przez spółkę Chiesi Farmaceutici SpA, którego substancję czynną włoska spółka kupowała od węgierskiej spółki Chinon Pharmaceutical and Chemical Works Co. Ltd. Swój wniosek spółka Kohlpharma oparła o pozwolenie wydane dla leku Morvegan produkowanego i sprzedawanego przez niemiecką spółkę Orion Pharma GmbH, która substancję czynną tego leku również pozyskiwała od węgierskiej spółki. Niemiecka agencja odrzuciła wniosek Kohlpharma, argumentując, iż produkty lecznicze nie mają wspólnego pochodzenia³¹⁴. W sprawie *Kohlpharma* TSUE uznał³¹⁵, iż wspólne pochodzenie produktów leczniczych nie może być wymogiem przy dopuszczeniu na rynek danego państwa produktu leczniczego z importu równoległego. Aczkolwiek, jak podkreślił Trybunał, pochodzenie stanowić

³¹¹ Wyrok TSUE w sprawie C-15/74 *Centrafarm BV*...

³¹² M. Frei, *Parallel import of generic medical products- possible impacts of the Kohlpharma Case*, http://dgra.de/media/pdf/studium/masterthesis/master_frei_m.pdf, s. 39, [dostęp: 26.04.2016].

³¹³ Wyrok TSUE w sprawie C-112/02 *Kohlpharma GmbH v Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2004:208.

³¹⁴ M. Roszak, *op. cit.*, s. 78.

³¹⁵ Wyrok TSUE w sprawie C-112/02 *Kohlpharma GmbH*...

może istotny czynnik przy ocenie bezpieczeństwa takiego produktu dla zdrowia publicznego³¹⁶.

Na podstawie wyroku w sprawie *Kohlpharma* usunięto wymóg występowania jakiegokolwiek związku między producentem referencyjnego produktu leczniczego a producentem produktu leczniczego pochodzącego z importu równoległego. Ponadto, dzięki jednoczesnemu braku doprecyzowania poziomu podobieństwa między tymi lekami, TSUE automatycznie otworzył możliwość obrotu w ramach handlu równoległego każdego produktu leczniczego, który posiada tę samą substancję aktywną, jaka aktualnie jest objęta pozwoleniem w docelowym państwie³¹⁷. Powoduje to, iż leki generyczne również mogą podlegać importowi równoległemu do innych państw UE bez konieczności stosowania procedury wzajemnego uznania, zdecentralizowanej bądź standardowej procedury uproszczonej³¹⁸. Ułatwia to w zasadniczy sposób obrót lekami generycznymi w UE. Po pierwsze, ponieważ procedura w przedmiocie importu równoległego jest mniej uciążliwa dla wnioskodawcy z uwagi na zasadniczo mniejszą liczbę danych koniecznych do przedstawienia w porównaniu z wymogami innych procedur. Po drugie, koszty opłat administracyjnych w procedurze importu równoległego są zazwyczaj zasadniczo niższe³¹⁹. Przykładowo – w Polsce w 2014 r. wysokość opłaty za złożenie wniosku o dopuszczenie do obrotu leku generycznego produktu leczniczego w procedurze uproszczonej wynosiła 27.300 zł, natomiast opłata za złożenie wniosku o wydanie pozwolenia na import równoległy produktu leczniczego – jedynie 6.137 zł³²⁰. Po trzecie, w doktrynie wskazuje się, iż dzięki zastosowaniu procedury importu równoległego lek generyczny, który uzyskał pozwolenie na dopuszczenie do obrotu w państwie pochodzenia, odpowiednio po wygaśnięciu okresu wyłączności danych chroniącego lek referencyjny, może wejść na rynek innego państwa członkowskiego nawet przed wygaśnięciem okresu wyłączności danych chroniącego lek referencyjny w tym państwie³²¹.

2.5.4. Handel równoległy a ograniczenia obrotu leków generycznych

Mimo iż w teorii obrót lekami generycznymi poprzez handel równoległy stał się możliwy dzięki ewolucyjnemu orzecznictwu TSUE, ostateczne jego stosowanie w praktyce zależy pierwszorzędnie od przyjętych ustawodawstw państw członkowskich, które nie podlegają w tej kwestii harmonizacji.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na przyjmowane przez państwa członkowskie środki prawne mające na celu ograniczenie eksportu handlu równoległego produktów leczniczych. Ograniczenie tego typu uzasadniane jest zwłaszcza negatywnymi

³¹⁶ M. Roszak, *op. cit.*, s. 79.

³¹⁷ M. Frei, *op. cit.*, s. 61.

³¹⁸ *Ibidem*, s. 61.

³¹⁹ M. Roszak, *op. cit.*, s. 81.

³²⁰ Załącznik do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 2 marca 2011 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie sposobu ustalania i uiszczania opłat związanych z dopuszczaniem do obrotu produktu leczniczego, Dz. U. Nr 61, poz. 314.

³²¹ A. Wearing, I. Kirby, M. van Kerckhove, W. Vodra, *Parallel trade in the EU and US pharmaceutical markets*, "Global Counsel Life Science Handbook" 2004, nr 5, s. 117.

konsekwencjami zjawiska handlu równoległego, które uwidaczniają się w stosunku do państw, z których leki są eksportowane, powodując ich brak na rynku, wzrost cen oraz opóźnienia w dostępie do nowych leków³²². Jako przykład można przytoczyć przepisy polskiej ustawy z dnia 9 kwietnia 2015 r. zmieniającej przepisy ustawy z dnia 6 września 2001 r. prawo farmaceutyczne³²³, mającej na celu ograniczenie wywozu produktów leczniczych z Polski wyłącznie do takiej ilości, której wywóz z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie zagraża bezpieczeństwu zdrowia i życia polskich pacjentów³²⁴. Ustawa ta nakłada dodatkowe obowiązki na poszczególne podmioty biorące udział w dystrybucji produktów leczniczych. Obowiązki te związane są np. z prowadzeniem ewidencji produktów oraz dostarczaniem odpowiednich informacji dotyczących stanów magazynowych³²⁵. Najistotniejszą spośród nich jest konieczność zgłoszenia Głównemu Inspektorowi Farmaceutycznemu (GIF) przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność polegającą na prowadzeniu hurtowni zamiaru wywozu poza terytorium RP lub zbycia podmiotowi prowadzącemu działalność poza jej terytorium produktów leczniczych, które zawarte są w odpowiednim wykazie produktów zagrożonych brakiem ich dostępności na rynku³²⁶. Ponadto przedsiębiorca zobowiązany jest nie tylko do zgłoszenia zamiaru wywozu lub zbycia produktu leczniczego poza terytorium Polski, ale też poinformowania o fakcie dokonania takiego wywozu lub zbycia. Możliwość sprzeciwienia się przez GIF eksportowi produktu leczniczego oraz ustanowienie postanowieniami nowej ustawy dodatkowych sankcji pieniężnych, jak sankcji cofnięcia zezwolenia na prowadzenia hurtowni farmaceutycznej wobec podmiotu, który bez uprzedniego zgłoszenia GIF³²⁷ przed upływem terminu na zgłoszenie sprzeciwu lub wbrew sprzeciwowi GIF dokonał wywozu lub zbycia produktu leczniczego, jawi się jako dodatkowa bariera prawna obrotu lekami generycznymi na obszarze UE.

Wreszcie, ostatnie, lecz niemniej znaczące – ograniczenie obrotu leków generycznych w kontekście handlu równoległego wynika z dość szerokiej swobody podejmowania decyzji organów administracji co do wydania pozwolenia na import, a teraz również eksport, równoległy leków generycznych. Uwzględniając przesłankę bezpieczeństwa dla zdrowia publicznego, mogą one z łatwością odrzucić wniosek producenta leku generycznego z uwagi na brak dostępnych informacji do wykonania wszelkich dodatkowych badań koniecznych do stwierdzenia, czy importowany lek jest wystarczająco podobny do referencyjnego, a zatem wystarczająco bezpieczny dla zdrowia publicznego³²⁸.

³²² A. Świerczyna, *Prawo dostępu do leków a obrót równoległy produktami leczniczymi w Unii Europejskiej*, [w:] U. Drozdowska, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), *Prawa pacjenta*, Warszawa 2016, s. 47.

³²³ Ustawa z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2015 r., poz. 788.

³²⁴ A. Świerczyna, *Prawo dostępu do leków...*, s. 44

³²⁵ *Ibidem*, s. 44.

³²⁶ *Ibidem*, s. 44.

³²⁷ *Ibidem*, s. 44.

³²⁸ M. Roszak, *op. cit.*, s. 82.

2.6. Konkluzje

Leki generyczne, tak jak i wszystkie produkty lecznicze, podlegają obowiązkowi uzyskania pozwolenia na wprowadzenie ich do obrotu. Obowiązek ten uzasadniony jest koniecznością dostarczania pacjentom bezpiecznych i efektywnych w działaniu produktów leczniczych, zgodnie z przesłanką z art. 36 TFUE. Polityka zdrowotna państw członkowskich UE przejawia się między innymi w intensywnej reglamentacji rynku farmaceutycznego. W porównaniu do innych towarów można by zatem uznać, iż wymaganie uzyskania danego pozwolenia wobec leków generycznych stanowi barierę administracyjną obrotu tymi produktami w państwach członkowskich UE.

Należy przy tym zwrócić uwagę, iż leki generyczne w porównaniu do oryginalnych produktów leczniczych mogą korzystać z uproszczonej procedury wprowadzenia do obrotu, która to zwalnia wnioskodawcę z obowiązków przedstawiania pełnej dokumentacji dotyczącej danego produktu. Zatem z tej perspektywy samo uzyskanie pozwolenia nie jawi się jako większa bariera administracyjna aniżeli w odniesieniu do leków referencyjnych.

Jako faktyczną barierę administracyjną dla obrotu leków generycznych należy wskazać instytucje wyłączności danych oraz wyłączności rynkowej mające zastosowanie tylko przy udzielaniu pozwolenia na wprowadzenie do obrotu leków generycznych. Kwestionowanie istnienia tychże instytucji mogłoby być oparte na twierdzeniu, iż powinny one być niezależne od obejmującej leki innowacyjne ochrony patentowej, a w połączeniu stanowią podwójną barierę dla sprawnego wejścia na rynek generycznych produktów leczniczych. Dodatkowo wprowadzenie klauzuli Roche-Bolara, mającej za zadanie przyspieszenie uzyskania pozwolenia dla leków generycznych, w istocie – ze względu na brak całkowitej harmonizacji w państwach członkowskich UE – nie spełnia całkowicie swej roli.

Z kolei samo uproszczenie administracyjnej procedury dla wprowadzenia do obrotu leków generycznych jest prawdziwe wyłącznie w przypadku wprowadzania leków generycznych na terytorium jednego państwa członkowskiego UE. Przy tzw. transgranicznym wprowadzeniu do obrotu leków generycznych i chęci korzystania przez nie z traktatowej swobody przepływu towarów, co do zasady mogą one korzystać z większości unijnych procedur wprowadzania produktów leczniczych do obrotu, takich jak: procedury zdecentralizowanej, procedury wzajemnego uznania oraz procedury centralnej (w ograniczonym zakresie). Co więcej, w doktrynie występuje pogląd, iż leki generyczne mogą również korzystać z osiągnięć wypracowanej w orzecznictwie instytucji handlu równoległego.

Szerokie możliwości administracyjne wprowadzania leków generycznych do obrotu między państwami członkowskimi UE pozwalają w teorii na płynniejszy obrót tymi produktami na obszarze UE. Niemniej jednak wskazuje się na ograniczoną do aspektu proceduralnego interwencję ustawodawcy unijnego zarówno w przedmiocie wprowadzania leków do obrotu poprzez przyjęcie dyrektywy 65/65/EWG (z dalszymi zmianami), jak i w dziedzinie ustalania ich cen i objęcia systemem refundacji poprzez postanowienia dyrektywy 89/105/EWG. Tego typu interwencja w istocie negatywnie wpłynęła

na funkcjonowanie samych praktyk administracyjnych państw członkowskich, które – z uwagi na brak całkowitego ujednolicenia procedur – różnią się znacznie między państwami członkowskimi UE. Zarówno odmienność decyzyjna, jak i proceduralna organów odpowiedzialnych za wydawanie decyzji administracyjnych w przedmiocie wprowadzenia do obrotu czy ceny lub refundacji leków generycznych, a także okres, w którym wniosek zostaje rozpatrzony, stanowi faktyczne ograniczenie ich obrotu między państwami członkowskimi UE. Taki stan faktyczny sugeruje, iż interwencje UE poprzez twarde prawo w politykę zdrowotną państw członkowskich, choćby nie następowały w sposób bezpośredni, nie spełniają swojej funkcji ochronnej w stosunku do zasady swobody przepływu towarów. Państwa chcą posiadać swobodę w utrzymaniu modelu zrównoważonego rynku zdrowia publicznego w ramach swojego budżetu. Leki generycznie są elementem decydującym o szerszym dostępie do medykamentów, wobec czego niektóre państwa podejmują więcej długoplanowych polityk promujących ich sprzedaż. Ale nie wszystkie kraje – ich autonomia, szczególnie w dziedzinie ustalania cen i refundacji leków generycznych, spowodowała, iż ingerencja instytucji UE w kontekście tychże leków przeniosła się na płaszczyznę prawa konkurencji nierozzerwalnie związanego z prawem własności intelektualnej chroniącym leki oryginalne.

3. Obrót lekami generycznymi a prawo własności intelektualnej

3.1. Produkt leczniczy jako przedmiot ochrony prawa własności intelektualnej

3.1.1. Prawa własności intelektualnej a rynek farmaceutyczny – patent jako zasadniczy sposób ochrony leku

Uzasadnieniem korzystania przez producentów leków z ochrony własności przemysłowej jest przede wszystkim chęć zabezpieczenia zwrotu nakładów finansowych poczynionych na badania, wypracowanie i produkcję danego leku³²⁹. Suma pieniężna, jaką inwestor musi ponieść przy opracowaniu i wprowadzeniu na rynek jednego leku, waha się między kilkuset milionami a miliardem euro. Kwota ta wynika przede wszystkim z konieczności prowadzenia równoległe różnorodnych badań nad licznymi związkami chemicznymi, z których statystycznie tylko jeden na około 5 tysięcy zostaje pozytywnie zakwalifikowany do stosowania w medycynie³³⁰. Produkcja i sprzedaż tego jednego związku ma za zadanie zwrócić sumę poniesionych przez firmę nakładów pieniężnych. W wielu sektorach gospodarki przedsiębiorstwa zabezpieczają swój monopol rynkowy na produkcję danego produktu poprzez utrzymanie w sekrecie jego sposobu tworzenia czy też składu. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż w przypadku produktów leczniczych utrzymanie ich składu w poufności jest niemożliwe. Obowiązek zapew-

³²⁹ M. Trąbski, *Rola patentu jako środka ochrony wynalazków farmaceutycznych – praktyka, perspektywy, problemy*, [w:] M. Załucki (red.), *Rozwój prawa własności intelektualnej w sektorze farmaceutycznym*, Warszawa 2010, s. 105.

³³⁰ Ż. Pacud, *Ochrona patentowa...*, s. 100.

nienia bezpieczeństwa i jakości produktów podawanych pacjentom sprawia, że sektor farmaceutyczny jest silnie reglamentowany, a producent leku musi udostępnić publicznie skład produktu w celu uzyskania pozwolenia na wprowadzenie go do obrotu³³¹. Dodatkowo podkreśla się łatwość, z jaką dany produkt leczniczy może być odtworzony przez inne koncerny farmaceutyczne, wyłącznie dzięki uzyskaniu informacji o jego składzie³³². Ten prosty sposób skopiowania leku jednej firmy przez konkurenta i brzmienie przepisów administracyjnych jest problematyczne dla producenta leku innowacyjnego, który – jak już wcześniej zostało wspomniane – obarczony był kosztami opracowania danego leku oryginalnego³³³. Obawa przed utratą monopolu na produkcję leku gwarantującego zwrot nakładów i uzyskanie zysków z jego sprzedaży powoduje, iż firmy farmaceutyczne decydują się na maksymalne wykorzystanie możliwości prawnych ochrony własności przemysłowej. Ochrona patentowa stanowi najefektywniejszy sposób tychże możliwości.

Ochrona patentowa została wprowadzona do systemów prawnych przede wszystkim jako wyraz naturalnego prawa twórcy do plodów własnego umysłu oraz rekompensatę dla twórcy za jego dokonania³³⁴. Dopiero na drugim miejscu wskazywano na rolę ochrony patentowej, niejako uzasadniając jej ekonomiczne przesłanki jako stanowiące zachętę do dokonywania wynalazków i ich stosowania oraz do ujawnienia i rozpowszechniania wynalazku, a także jako bodźca dla transformacji wynalazku do stadium innowacji oraz umożliwienie jego powszechnej eksploatacji³³⁵. Z powyższego wynika, że patent służy pierwszorzędnie ochronie interesów majątkowych wynalazcy, na co wskazuje art. 63 ustawy – Prawo własności przemysłowej (pr. wł. przem.): „przez uzyskanie patentu nabywa się prawo wyłącznego korzystania z wynalazku w sposób zarobkowy lub zawodowy na całym obszarze Rzeczypospolitej Polski”³³⁶. W obliczu prawnej skuteczności co do zamierzonych celów gospodarczo-finansowych producenci środków leczniczych, sięgając po narzędzia ochrony własności przemysłowej, ubiegają się pierwszorzędnie o uzyskanie patentu, ustanawiając go tym samym zasadniczym sposobem ochrony własności intelektualnej w sektorze farmaceutycznym.

3.1.2. Kryteria i zakres ochrony patentowej leku

3.1.2.1. Lek jako wynalazek

Przepisy aktów prawa międzynarodowego nie wymieniają w sposób bezpośredni produktów leczniczych jako przedmiotu ochrony prawa patentowego. Jednakowoż, poprzez wykładnię poszczególnych przepisów, lek powszechnie uznawany jest w sposób niekwestionowany za produkt spełniający przesłanki patentowości³³⁷.

³³¹ B. Lehman, *The pharmaceutical Industry and the Patent System*, http://users.wfu.edu/mcfallta/DIR0/pharma_patents.pdf, s. 7, [dostęp: 11.05.2016].

³³² *Ibidem*, s. 7.

³³³ *Ibidem*, s. 7.

³³⁴ M. du Vall, *Prawo patentowe*, Warszawa 2008, s. 67.

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ Art. 63 pr. wł. przem.

³³⁷ M. Trąbski, *op. cit.*, s. 104.

Na mocy art. 27 załącznika 1c Porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (TRIPS), przesłanki zdolności patentowej zostały ujednolicone w skali globalnej, stanowiąc, iż „patenty będą udzielane na wszystkie wynalazki, produkty i procesy ze wszystkich dziedzin techniki, niezależnie od tego, czy dotyczą one produktu czy procesu, pod warunkiem że są nowe, zawierają element wynalazczy i nadają się do przemysłowego stosowania”³³⁸. Odpowiednio, w swej wersji z późniejszymi zmianami, ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej, tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 (pr. wł. przem.) w art. 24 stanowi: „Patenty są udzielane – bez względu na dziedzinę techniki – na wynalazki, które są nowe, posiadają poziom wynalazczy i nadają się do przemysłowego stosowania”³³⁹. Oprócz przyjęcia w krajowym porządku prawnym postanowień TRIPS ujednolicenie przesłanek zdolności patentowej w skali europejskiej nastąpiło poprzez wykładnię przepisów krajowych przepisów prawa własności przemysłowej w zgodzie z ratyfikowaną konwencją o udzielaniu patentów europejskich (Konwencja o patencie europejskim)³⁴⁰, co z kolei następowało poprzez odwołanie się do dorobku praktyki Europejskiego Urzędu Patentowego ujętego w wytycznych ostatnio uaktualnionych w listopadzie 2015 r.³⁴¹

Przedmiotem ochrony prawa patentowego może być zatem wynalazek, którego patentowość uwarunkowana jest trzema przesłankami: nowości, poziomu wynalazczego oraz przemysłowej stosowalności³⁴². Wynalazek uznawany jest za nowy, jeżeli nie stanowił on elementu techniki w chwili zgłoszenia wniosku o wydanie patentu. Co istotne, nie może on być częścią techniki nie tylko na terytorium państwa, w którym ubiega się o patent, ale także w skali światowej³⁴³. Poziom wynalazczy, jak stanowi art. 26 pr. wł. przem., wymaga, aby wynalazek nie wynikał dla jego twórcy w sposób oczywisty ze stanu techniki³⁴⁴. Nie można bowiem opatentować czegoś, jeśli nie wykracza poza normalne procesy technologii, a twórca jedynie kontynuuje to, co jest powszechnie znane i logiczne w aktualnym stanie techniki. Wynalazek musi wszakże świadczyć o umiejętności i zdolności jego twórcy – specjalisty w danej dziedzinie³⁴⁵. Z kolei przemysłowa stosowalność wynalazku, zgodnie z art. 27 pr. wł. przem., oznacza, iż z wynalazku może być uzyskiwany wytwór lub wykorzystywany sposób, w rozumieniu technicznym, w ja-

³³⁸ Art. 27 załącznika 1c – Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (TRIPS), sporządzonego w Marakeszu dnia 15 kwietnia 1994 r.

³³⁹ Art. 24 pr. wł. przem.

³⁴⁰ Konwencja o udzielaniu patentów europejskich (Konwencja o patencie europejskim), sporządzona w Monachium dnia 5 października 1973 r., Dz. U. z 26.04.2004 r.

³⁴¹ Wytyczne Europejskiego Urzędu Patentowego, wersja zaktualizowana w listopadzie 2015 r., <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/guidelines.html>, [dostęp: 06.05.2016]/

³⁴² E. Nowicka, U. Promińska, M. du Vall, *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2011, s. 28.

³⁴³ M. Skwarzyński, *Granice własności intelektualnej w prawie farmaceutycznym, w kontekście prawa człowieka do ochrony zdrowia*, [w:] M. Załucki (red.), *Rozwój prawa własności intelektualnej w sektorze farmaceutycznym*, Warszawa 2010, s. 74.

³⁴⁴ Art. 26 pr. wł. przem.

³⁴⁵ E. Nowicka, U. Promińska, M. du Vall, *op. cit.*, s. 35.

kiejkolwiek działalności przemysłowej, nie wykluczając rolnictwa³⁴⁶. Przesłanka ta wymaga, aby rozwiązanie było zupełne, czyli pozwalające na osiągnięcie przewidywalnego skutku bez konieczności dokonywania rozwiązań dodatkowych, wykraczających poza zwyczajne zabiegi adaptacyjne, a jednocześnie – aby osiągnięty rezultat był powtarzalny³⁴⁷. Urząd patentowy wymaga, aby twórca w swym wniosku o wydanie patentu wskazał konkretny, praktyczny cel swojego wynalazku³⁴⁸.

Wyżej wymienione przesłanki zdolności patentowej wskazują jednoznacznie, iż produkt leczniczy może stanowić wynalazek, precyzyjniej wynalazek farmaceutyczny, zaliczany do kategorii wynalazków chemicznych. Istotą wynalazków chemicznych jest bowiem stwierdzenie, że substancja chemiczna (w odniesieniu do leku – substancja aktywna bądź pomocnicza) o określonym składzie chemicznym oddziałuje w sposób techniczny na organizm ludzki lub zwierzęcy³⁴⁹. Założenie to implikuje przyjęcie stanowiska, że zasady dotyczące zdolności patentowej przy wynalazkach chemicznych stosuje się również do wynalazków z dziedziny farmacji³⁵⁰. Stwierdzenie to uznawane jest za prawdziwe wyłącznie w odniesieniu do produktów leczniczych zastrzeganych jako takie – zatem, jeżeli dany produkt zawiera strukturę chemiczną substancji lub mieszaniny będącą nowością na rynku farmaceutycznym oraz posiadającą charakter wynalazczy. Przemysłowa stosowalność tejże substancji wynika natomiast z możliwości uzyskania z danej substancji leku, czyli substancji leczącej, i następnie jego produkcji i komercjalizacji. Ochrona patentowa produktów leczniczych wyróżnia się daleko idącą specyfiką w porównaniu z ochroną innych rodzajów wynalazków, która to wynika z omówionej w dalszej części zarówno specyficznej i osobnej kategorii wynalazków przewidzianej dla produktów leczniczych, jak i zastrzeżeń patentowych ich dotyczących.

3.1.2.2. Zakres przedmiotowy ochrony patentowej leku

Definicja pojęcia wynalazku wskazuje na elementy techniki, które podlegają ochronie patentowej. Z owym pojęciem nieodzownie związany jest wymóg wskazania zastrzeżeń patentowych we wniosku patentowym, ponieważ to one nakreślają zakres przedmiotowy patentu, czyli to, czym jest wynalazek, a więc co w istocie podlega ochronie, zgodnie z art. 63 pr. wł. przem.³⁵¹ Przepisy prawa patentowego wyróżniają dwie podstawowe kategorie wynalazków: produkt i sposób. Pierwsza kategoria odnosi się do fizycznej postaci wynalazku, druga natomiast do jego wykorzystania w praktyce. Na podstawie wytycznych Europejskiego Urzędu Patentowego (EUP) pierwszy rodzaj zastrzeżeń obejmuje wszelkie jednostki fizyczne, czyli: przedmioty, towary, urządzenia, maszyny, a także substancje i mieszaniny. Zastrzeżenia te dotyczą więc wynalazku jako produktu. Drugi rodzaj zastrzeżeń stosowany jest natomiast wobec jakiegokolwiek

³⁴⁶ Art. 27 pr. wł. przem.

³⁴⁷ E. Nowicka, U. Promińska, M. du Vall, *op. cit.*, s. 42.

³⁴⁸ *Ibidem*, s. 42.

³⁴⁹ Ż. Pacud, *Ochrona patentowa...*, s. 34.

³⁵⁰ *Ibidem*, s. 34.

³⁵¹ Art. 63 pr. wł. przem.

czynności, w przebiegu której zakłada się wykorzystanie przedmiotów materialnych³⁵². Zastrzeżenia te właściwe są dla wynalazku – sposobu w jego dwóch odsłonach. Po pierwsze, jako wynalazku stanowiącego sposób wytwarzania jakiegoś produktu, a po drugie – wynalazku będącego sposobem postępowania w celu osiągnięcia jakiegoś efektu technicznego³⁵³. Produkty lecznicze mogą być opatentowane poprzez zastrzeżenie w obu tych podstawowych kategoriach, a więc jako produkt – substancję lub mieszaninę – oraz jako pierwszy rodzaj wykorzystania wynalazku, a mianowicie sposób wytwarzania produktu. Specyfika ochrony patentowej produktów leczniczych polega również na wyłączeniu zdolności patentowej metod leczenia, co uniemożliwia opatentowanie leku jako drugiej odsłony sposobu wykorzystania wynalazku, czyli jego oddziaływania. Wyłącznie to stanowiło jednocześnie bezpośrednią pobudkę rozbudowania zakresu ochrony patentowej produktów leczniczych.

Rozpoczynając od ochrony patentowej leku jako produktu, istotny przy jego patentowaniu jest jego dokładny opis w zastrzeżeniu patentowym. Budowę wewnętrzną produktu leczniczego, składającego się z pojedynczych związków chemicznych lub ich mieszanin, zazwyczaj określa się poprzez ich strukturę i właściwości chemiczne. Natomiast złożone produkty lecznicze przedstawia się jako zawierające substancję czynną w określonej postaci i ilości oraz najczęściej jeden lub kilka dodatkowych składników. Te mogą być charakteryzowane przez wskazanie ich przeznaczenia do określonego zastosowania oraz przez sposób podawania i dawkowania³⁵⁴. Dodatkowo w praktyce Europejskiego Urzędu Patentowego (EUP) wyróżnia się zastrzeżenie *product-by-process*, czyli zdefiniowanie leku-produktu nie poprzez jego budowę wewnętrzną, lecz jego sposób wytworzenia³⁵⁵.

Jak już zostało wspomniane, możliwość patentowania zastosowania substancji lub mieszaniny w metodzie leczenia została wyłączona na podstawie art. 53 lit. c Konwencji o patencie europejskim. W tym kontekście przywołać należy problematykę ochrony zdrowia z drugiej połowy XX w., kiedy to masowo pojawiały się nieznane dotychczas choroby o zasięgu światowym, których zapobieganie stało się priorytetem. Oprócz tego w tym samym czasie nastąpił gwałtowny rozwój technologii biochemicznych, farmaceutycznych i medycznych. Koncerny farmaceutyczne podjęły się badań znanych już w farmacji związków chemicznych pod kątem zwalczania nowo występujących chorób. W rezultacie owych badań doszło do wynalezienia wielu innowacyjnych zastosowań substancji i mieszanin, które same były już powszechnie stosowane w farmacji. Z uwagi na konieczność rekompensaty kosztów poniesionych przez firmy farmaceutyczne na te badania, a także stagnację w otrzymywaniu nowych związków chemicznych jako takich, pierwszorzędnie postanowiono wprowadzić możliwość patentowania tzw. pierwszego zastosowania medycznego produktu leczniczego, a w następnej kolejności jego drugiego i kolejnego zastosowania³⁵⁶.

³⁵² Ż. Pacud, *Ochrona patentowa...*, s. 21.

³⁵³ *Ibidem*, s. 82.

³⁵⁴ *Ibidem*, s. 35.

³⁵⁵ *Ibidem*, s. 35.

³⁵⁶ Ż. Pacud, [w:] M. Kępiński, *Rynek farmaceutyczny a prawo własności intelektualnej*, Warszawa 2013, s. 6.

Patentowanie pierwszego zastosowania medycznego produktu leczniczego polega na złożeniu wniosku o udzielenie patentu na substancję lub mieszaninę, której właściwości medyczne nie zostały ujawnione, mimo iż sama substancja czy mieszanina jest już powszechnie znana w dziedzinie techniki³⁵⁷. Należy podkreślić przy tym, iż przedmiotem wynalazku nie jest tu zastosowanie substancji, ale produkt jako taki. Natomiast wyróżniającym elementem tego typu opatentowania, w porównaniu do tradycyjnego opatentowania produktu leczniczego jako takiego, jest wskazanie przeznaczenia medycznego substancji lub mieszaniny jako elementu determinującego jej charakter wynalazczy wynikający z nowo ustalonych właściwości³⁵⁸.

Drugie i kolejne zastosowanie medyczne jest kategorią wynalazku, która została dopuszczona w praktyce patentowania produktów leczniczych przez EUP. Precedensowa w tej kwestii decyzja została wydana w 1984 r. w sprawie *Eisai*, w ramach której Komisja Odwoławcza EUP dokonała dodatkowego rozstrzygnięcia, dopuszczając udzielenie patentu europejskiego na drugie zastosowanie medyczne³⁵⁹. Istotą tego typu wynalazku jest bowiem ustalenie, że substancja o znanych już właściwościach w dziedzinie medycyny może być przeznaczona do innego, nowego i nieoczywistego zastosowania medycznego³⁶⁰. Pomimo problematycznej w tej kwestii przesłanki nowości wynalazku Komisja Odwoławcza EUP orzekła, że można brać pod uwagę nie tylko techniczne cechy wynalazku, zatem budowę wewnętrzną leku, ale także jego cechy funkcjonalne, czyli nowe, inne w porównaniu do dotychczasowego zastosowanie medyczne substancji³⁶¹.

Wynalazek podlegający kategorii sposobu wytwarzania definiuje się jako pewien ciąg czynności określonych parametrami fizycznymi, które następują w danych warunkach i według ustalonego schematu³⁶². Istotą wynalazku dotyczącego sposobu wytwarzania przypadku produktów leczniczych będzie natomiast sposób postępowania w danym procesie technologicznym stosowanym w którymś z etapów wytwarzania produktu leczniczego. Zastrzegając sposób, chronić można tu przede wszystkim procesy, w których powstają produkty pośrednie i finalne, a także inne metody dotyczące wytwarzania produktów leczniczych, jak np. metoda wydzielania czy oczyszczania³⁶³.

Ponadto, w odniesieniu do wymogu nowości, warto zauważyć możliwość opatentowania nowego sposobu otrzymywania znanego produktu leczniczego. Twierdzenie, iż produkt otrzymywany w wyniku zastrzeganego sposobu stanowi element stanu techniki, nie wyklucza nowości samego sposobu, który podlega ocenie niezależnie od końcowego wytworu³⁶⁴.

³⁵⁷ *Ibidem*, s. 8.

³⁵⁸ *Ibidem*.

³⁵⁹ Decyzja Rozszerzonej Komisji Odwoławczej w sprawie G 5/83, *Eisai*, ECLI:EP:BA:1984:G000583.19841205.

³⁶⁰ Ż. Pacud, [w:] *Rynek farmaceutyczny...*, s. 14.

³⁶¹ Decyzja Komisji Odwoławczej EUP w sprawie G 2/08, <http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/g080002eu1.html#q>, [dostęp: 08.05.2016].

³⁶² Ż. Pacud, *Ochrona patentowa...*, s. 82.

³⁶³ *Ibidem*, s. 82.

³⁶⁴ *Ibidem*, s. 82.

3.2. Systemy ochrony patentowej

3.2.1. Krajowy system ochrony patentowej

Udzielanie praw własności intelektualnej jest prawem suwerennym państw. Każdy kraj posiada własny urząd patentowy, do którego wpływają wnioski wynalazców o udzielenie prawa ochronnego. Odrębności w procedurach przed poszczególnymi krajowymi urzędami mogą być problematyczne zarówno dla wnioskodawców, jak i dla osób zainteresowanych zakresem udzielanych praw podmiotowych. Przykładowo, w wielu krajach przeprowadzane są badania wniosku przed udzieleniem wnioskodawcy prawa z patentu. W innych państwach z kolei zastrzeżenia patentowe są rejestrowane pierwszorzędnie, a szczegółowe ich badanie następuje dopiero w momencie wystąpienia sporu co do przesłanek i ważności ich rejestracji³⁶⁵. Drugi typ procedury może być szczególnie problematyczny dla producentów leków generycznych, jeżeli będą chcieli podważyć słuszność udzielonego patentu na lek oryginalny.

W polskim systemie prawa podstawowym dokumentem regulującym ochronę patentową jest ustawa – Prawo własności przemysłowej, która to, zgodnie z art. 1 „normuje stosunki w zakresie wynalazków, a również wzorów użytkowych, wzorów przemysłowych, znaków towarowych, oznaczeń geograficznych i topografii układów scalonych”³⁶⁶. Źródłem prawa do patentu, będącego prawem podmiotowym wynalazcy, jest zasadniczo decyzja Urzędu Patentowego RP o udzieleniu patentu. Decyzja ta wydawana jest po tzw. badaniu, czyli po sprawdzeniu, czy zgłoszone rozwiązanie lub oznaczenie spełnia ustawowe przesłanki³⁶⁷.

W art. 4 pr. wł. przem. zasygnalizowano stosunek tejże ustawy do wiążących Polskę umów międzynarodowych oraz prawa europejskiego. Na podstawie tego artykułu uznaje się, iż jeżeli umowa międzynarodowa lub przepisy prawa UE obowiązujące bezpośrednio w krajach członkowskich określają szczególny tryb udzielania ochrony na wynalazki i inne prawa własności przemysłowej, w sprawach nieuregulowanych w tej umowie lub w tych przepisach albo pozostawionych w kompetencji organów krajowych, przepisy ustawy stosuje się odpowiednio³⁶⁸. Przykładem szczególnego trybu udzielania ochrony w zakresie wynalazków jest układ o współpracy patentowej z 1970 r.³⁶⁹

Odrębność systemów patentowych w każdym państwie członkowskim UE jest z pewnością problematyczna zarówno dla wnioskodawców patentowych na produkty lecznicze, jak i producentów leków generycznych zainteresowanych ważnością oraz zakresem udzielonej ochrony patentowej na obszarze UE. Podkreśla się, iż mimo braku całkowitej harmonizacji systemu patentowego w UE systemy w poszczególnych państwach członkowskich są w dużej mierze podobne. Harmonizujący efekt przyniosło

³⁶⁵ *Ibidem*, s. 5.

³⁶⁶ Art. 1 pr. wł. przem.

³⁶⁷ M. du Vall, *op. cit.*, s. 78.

³⁶⁸ Art. 4 pr. wł. przem.

³⁶⁹ Układ o współpracy patentowej sporządzony w Waszyngtonie dnia 19 czerwca 1970 r., poprawiony dnia 2 października 1979 r. i zmieniony dnia 3 lutego 1984 r., Dz. U. z 1991 r. Nr 70, poz. 303.

zwłaszcza przyjęcie Porozumienia TRIPS³⁷⁰, którego stronami są również wszystkie państwa członkowskie UE³⁷¹. Akt ten należy również uznać za *lex specialis* w rozumieniu art. 4 pr. wł. przem.

3.2.2. Międzynarodowy system ochrony patentowej

Z początkiem lat 60. XX w. prawo patentowe weszło w okres internacjonalizacji. Odchodząc od sztywnej zasady terytorializmu, uchwalone zostały akty prawa międzynarodowego dotyczące ochrony własności przemysłowej, w tym ochrony patentowej, co pozwoliło na ujednolicenie w skali globalnej standardów tejże ochrony i tworzenie ponadnarodowych systemów jej udzielania³⁷². Na ową internacjonalizację ochrony patentowej największy wpływ miało zjawisko globalizacji. Obowiązywanie praw patentowych ściśle związanych z krajowymi systemami prawnymi nieuchronnie prowadziło do kolizji praw z patentów w obliczu rozwoju międzynarodowej konkurencji i ekspansji innowacyjnych przedsiębiorstw na nowe rynki³⁷³. Zderzenie praw nabrało szczególnego znaczenia na obszarze UE wobec rządzących rynkiem wewnętrznym zasad swobody przepływu towarów. W przypadku obszaru UE proces uchwalania aktów prawa międzynarodowego w przedmiocie ochrony patentowej dodatkowo miał na celu przeciwdziałanie podziałowi rynku wewnętrznego na rynki narodowe według praw własności intelektualnej chroniących produkty pozostające w obrocie między państwami członkowskimi³⁷⁴.

Jako akty prawa międzynarodowego mające szczególne znaczenie w kwestii prawa patentowego na obszarze UE, w tym zwłaszcza wobec obrotu produktami leczniczymi między państwami członkowskimi UE, należy wymienić Porozumienie TRIPS z dnia 15 kwietnia 1994 r., konwencję o patencie europejskim z dnia 5 października 1973 r. o udzielaniu patentów europejskich, akt z dnia 29 listopada 2000 r. rewidujący Konwencję o udzielaniu patentów europejskich, a ponadto rozporządzenie Rady nr 1768/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. wprowadzające dodatkowe prawo ochronne³⁷⁵ oraz rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 469/2009 z dnia 6 maja 2009 r. dotyczące dodatkowego świadectwa ochronnego dla produktów leczniczych³⁷⁶. Przyjęcie tych aktów oraz stworzenie tym samym nowego działu prawa patentowego o wymiarze międzynarodowym miało istotny wpływ na obrót leków generycznych na obszarze UE, których wprowadzenie na rynek zależne jest od istnienia oraz zakresu ochrony patentowej chroniącej prawa wynalazcy leków innowacyjnych.

³⁷⁰ Akt z dnia 29 listopada 2000 r. rewidujący Konwencję o udzielaniu patentów europejskich, sporządzoną w Monachium dnia 5 października 1973 r., Dz. U. z 2007 r. Nr 236, poz. 1736.

³⁷¹ N. Tuominen, *Patenting Strategies of the EU Pharmaceutical Industry Crossroad between Patent Law and Competition Policy*, „Cahiers juridiques” 2011, nr 1, s. 9.

³⁷² M. du Vall, *op. cit.*, s. 6.

³⁷³ M. Roszak, *op. cit.*, s. 132.

³⁷⁴ M. Trąbski, *op. cit.*, s. 102.

³⁷⁵ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 1768/92 z dnia 18 czerwca 1992 r. dotyczące stworzenia dodatkowego świadectwa ochronnego dla produktów leczniczych, Dz. Urz. L 182 z 02.07.1992 r.

³⁷⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) NR 469/2009 z dnia 6 maja 2009 r. dotyczące dodatkowego świadectwa ochronnego dla produktów leczniczych, Dz. Urz. UE 152/1 z 16.06.2009 r.

Dzięki współpracy państw na poziomie międzynarodowym w przedmiocie ochrony patentowej obecnie wyróżnia się trzy systemy tej ochrony: międzynarodowy, regionalny oraz krajowy. Za początek systemu międzynarodowego ochrony patentowej uznaje się podpisanie przez 18 państw założycielskich konwencji międzynarodowej z dnia 9 czerwca 1970 r. w Waszyngtonie³⁷⁷. Następnie dołączyło do niej 131 innych państw, tworząc wspólnie Układ o współpracy patentowej. W jego ramach nie udziela się patentów, lecz stworzone zostały procedury, dzięki którym można – poprzez złożenie wyłącznie jednego, międzynarodowego wniosku – uzyskać ochronę patentową swego wynalazku na terytorium większej liczby państw³⁷⁸. Wniosek składany jest poprzez pośrednictwo jednego krajowego urzędu patentowego nazywanego urzędem przyjmującym, a dopiero kolejny etap stanowi postępowanie w ramach procedury krajowej w wybranych przez wnioskodawcę państwach będących sygnatariuszami układu o współpracy patentowej. Międzynarodowa procedura służy głównie wnioskodawcy do uzyskania tzw. priorytetu, dzięki któremu podmiot dążący do uzyskania ochrony patentowej na obszarze wielu państw nie musi składać jednocześnie wniosku do każdego krajowego urzędu patentowego z osobna, aby jego wynalazek nie utracił cechy nowości³⁷⁹. Dodatkowo, procedura międzynarodowa służy jako punkt informacyjny co do perspektyw przyszłych kosztów złożenia wniosków o uzyskanie patentów w wybranej liczbie państw przez wnioskodawcę³⁸⁰.

Natomiast, co należy podkreślić, w obecnym stanie prawnym nie istnieje instytucja patentu międzynarodowego. Gdy przywołuje się, iż dany podmiot uzyskał ochronę patentową w skali globalnej, oznacza to tyle, iż posiada on zbiór patentów krajowych bądź regionalnych, przy uzyskaniu których pomaga jedynie odwołanie się do procedury przewidzianej układem o współpracy patentowej³⁸¹.

Przechodząc do regionalnego systemu patentowego, należy wskazać, iż w Europie, a szczególnie również na obszarze UE, występują dwa systemy patentowe lub też jeden system, lecz oparty na dwóch filarach: centralnym i krajowym³⁸². Centralny filar odnosi się do systemu europejskiego ochrony patentowej, którego źródła powstania doszukuje się w pierwotnych problemach, które napotykał utworzony w 1957 r. wspólny rynek, w ramach którego obowiązywały liczne, a zarazem odmienne krajowe systemy ochrony patentowej³⁸³. Dla osiągnięcia jednolitego rynku wewnętrznego UE fundamentalne znaczenie miało przyjęcie Konwencji o udzielaniu patentów europejskich, a także jej regulaminu wykonawczego. Obecnie konwencja ta została znowelizowana aktem z dnia 29 listopada 2000 r.³⁸⁴ Chociaż, formalnie rzecz biorąc, przepisy tejsze kon-

³⁷⁷ Układ o współpracy patentowej sporządzony w Waszyngtonie dnia 19 czerwca 1970 r., poprawiony dnia 2 października 1979 r. i zmieniony dnia 3 lutego 1984 r., Dz. U. z 1991 r. Nr 70, poz. 303.

³⁷⁸ *OECD Patent statistics Manual*, OECD 2009, s. 53.

³⁷⁹ M. du Vall, *op. cit.*, s. 19.

³⁸⁰ *OECD Patent statistics ...*, s. 53.

³⁸¹ *Drug patents under the spotlight- Sharing practical knowledge about pharmaceutical patents*, Médecins sans frontières 2003, <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Js4913e/>, [dostęp: 18.05.2016].

³⁸² Ż. Pacud, *Ochrona patentowa...*, s. 9.

³⁸³ M. du Vall, *op. cit.*, s. 42.

³⁸⁴ Akt z dnia 29 listopada 2000 r. rewidujący Konwencję o udzielaniu patentów europejskich....

wencji nie przynależą do *acqui communautaire*, to – praktycznie rzecz biorąc – spełniają taką rolę. Szczególnie zwraca się uwagę na postanowienia zawarte w umowach między UE a krajami aspirującymi do członkostwa, gdzie widnieje obowiązek przystąpienia do konwencji monachijskiej³⁸⁵. Problem terytorialności ochrony patentowej w obrębie wspólnego rynku został z kolei złagodzony dzięki wypracowaniu w orzecznictwie TSUE koncepcji eurowyczerpania prawa³⁸⁶.

3.2.3. Europejski system ochrony patentowej

3.2.3.1. Patent europejski

Obok krajowej procedury uzyskania ochrony patentowej wynalazku występuje procedura regionalna, dzięki której ochrona ta może rozciągać się na terytorium kilku bądź nawet kilkudziesięciu państw w danym regionie świata. Taki regionalny system ochrony patentowej w Europie ustanowiony został 10 X 1973 r. postanowieniami wspomnianej już Konwencji o patencie europejskim³⁸⁷. Na jej podstawie stworzono Europejski Urząd Patentowy (EUP), którego zadaniem jest udzielanie patentów europejskich w ramach procedury scentralizowanej. Wnioskodawca, poprzez wypełnienie jednego wniosku patentowego w jednym z trzech języków urzędowych EUP, uzyskuje możliwość objęcia ochroną patentową swojego wynalazku we wszystkich państwach europejskich, które są stronami konwencji monachijskiej³⁸⁸. Patenty europejskie udzielane przez EUP posiadają taką samą moc prawną oraz podlegają tym samym uregulowaniom prawnym co patenty krajowe udzielane przez krajowe urzędy patentowe. Warto przy tym dodać, że zakres terytorialny patentu europejskiego w zasadzie zależy od wnioskodawcy, który w podaniu o udzielenie patentu europejskiego zaznacza, w jakich państwach członkowskich konwencji chce ubiegać się o ochronę patentową swego wynalazku. Głównie dotyczy to kosztów administracyjnych, zważywszy, że wzrastają one odpowiednio do liczby wskazanych państw, na obszarze których ubiega się o ochronę patentową wynalazku. Po pozytywnym przejściu procedury scentralizowanej przez EUP patent europejski stanowi wyłączenie patentów krajowych, ponieważ to krajowe urzędy patentowe zatwierdzają następnie ważność takiego patentu w celu nadania mu efektywności na terytorium tego państwa członkowskiego³⁸⁹. Z tej perspektywy należy podkreślić, iż patent europejski nie stanowi odrębnego od krajowych rodzaju patentu. Jego udzielenie nie powoduje bowiem automatycznego obowiązywania ochrony patentowej wynalazku we wszystkich wskazanych przez wnioskodawcę państwach po ukończeniu procedury przed EUP, co podkreśla chociażby obowiązek walidacji patentu europejskiego na poziomie krajowym w terminie 3 miesięcy. Dalsza część procedury przed krajowymi urzędami patentowymi uwidacznia z kolei skomplikowane dodatkowe formalności, których wypełnienie wymagane jest na podstawie regulacji krajowych.

³⁸⁵ M. du Vall, *op. cit.*, s. 43.

³⁸⁶ *Ibidem*, s. 43.

³⁸⁷ H. Dreszer-Lichańska, *Własność przemysłowa w Unii Europejskiej*, Gdańsk 2004, s. 67.

³⁸⁸ *OECD Patent statistics...*, s. 51.

³⁸⁹ *Ibidem*, s. 51.

Wobec powyższego procedura i przesłanki uzyskania patentu na obszarze UE są bezpośrednio powiązane i zależne od krajowych przepisów prawnych państw członkowskich³⁹⁰. To z kolei ma swoje konsekwencje w działalności producentów leków generycznych oraz obrocie tymi produktami między państwami członkowskimi UE. Jak podają przedstawiciele firm generycznych, sytuacja, w której europejski patent wydawany przez EUP jest następnie przeistaczany w wiązkę patentów krajowych, stanowi główny problem dla prowadzenia ich działalności gospodarczej. Producenci generyków korzystali w pełni z tradycyjnej zasady terytorializmu ochrony patentowej produktów leczniczych, a istota ich działalności sprowadzała się do wprowadzania swych produktów na rynki, w obrębie których producent leku innowacyjnego nie zawnioskował o ochronę patentową. W tym wypadku możliwość prostszego, co do zasady, uzyskania tejże ochrony dzięki ustanowieniu europejskiego systemu ochrony patentowej stanowi jedną z podstawowych barier obrotu lekami generycznymi w UE. Uzyskanie poprzez złożenie jednego wniosku do EUP ochrony patentowej produktu leczniczego we wszystkich państwach członkowski UE prawnie wyklucza na 20, a nawet 25 lat obrót zamiennikami tychże leków na obszarze UE bez narażenia się na konsekwencje prawne ze strony producentów czy dystrybutorów leków generycznych.

Dodatkowo, jeżeli zakładamy, iż osiągnięcie ochrony patentowej leku na całym obszarze UE jest procesem długim i skomplikowanym, również taki stan rzeczy działa na niekorzyść producentów generyków. A mianowicie, powolny okres walidacji na poziomie krajowym patentu europejskiego oraz możliwe odmienne postanowienia poszczególnych urzędów patentowych państw członkowskich stawiają producentów leków generycznych w niepewności zarówno co do ewentualnej możliwości produkcji zamienników leków, które ubiegają się o objęcie ochroną patentową, jak i co do ostatecznego zakresu terytorialnego tejże ochrony. Uwidocznione zostało tym samym kolejne ograniczenie obrotu lekami generycznymi na obszarze UE wynikające z niedostatecznego procesu harmonizacji procedur krajowych w państwach UE oraz ustanowienia centralnego urzędu patentowego.

Następne ograniczenie obrotu generyków w kontekście europejskiego systemu ochrony patentowej ujawnia się przy możliwości egzekwowania praw z patentów obejmujących leki oryginalne. Prawa z patentów europejskich, mimo ich źródła w procedurze centralnej, będą bowiem następnie egzekwowane lub podważane osobno przed władzami administracyjnymi czy sądami krajowymi każdego z państw, na terenie którego patent ten uzyskał zatwierdzenie³⁹¹. Z uwagi na fakt, iż na jeden produkt leczniczy może być udzielonych nawet do 100 różnych patentów³⁹², w kontekście ich osobnego egzekwowania czy podważania w 28 państwach członkowskich, wydaje się to być zdecydowanym faktycznym i ekonomicznym ograniczeniem dla producentów generycznych chcących jak najszybciej i w sposób legalny produkować odpowiedniki leków oryginalnych.

³⁹⁰ *Competitiveness of EU Market...*, s. 13.

³⁹¹ *Ibidem*, s. 77.

³⁹² N. Tuominen, *op. cit.*, s. 14.

3.2.3.2. Dodatkowe świadectwo ochronne

Postanowieniami rozporządzenia Rady (EWG) nr 1768/92 z dnia 18 czerwca 1992 r.³⁹³ oraz postanowieniami rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1610/96 z dnia 23 lipca 1996 r.³⁹⁴ w unijnym porządku prawnym przyjęto kolejny instrument ochrony własności przemysłowej – dodatkowe prawo ochronne. Miało ono na celu stworzenie dodatkowego prawa ochronnego wyłącznie w stosunku do wynalazków – produktów leczniczych oraz środków ochrony roślin, które to pozwalało na wydłużenie wyłączności rynkowej tychże produktów ponad dwudziestoletni okres ochrony patentowej, maksymalnie o dodatkowych pięć lat. Uzasadnieniem poszerzenia katalogu dostępnych praw wyłącznych dla firm farmaceutycznych było potencjalne ograniczenie faktycznego korzystania przez te wynalazki z ochrony patentowej i zapewnienie dzięki niej monopolu. W odniesieniu do produktu leczniczego będącego wynalazkiem wnioski o udzielenie patentu składany jest stosunkowo wcześniej, już podczas procesów badawczych³⁹⁵. Jednocześnie przedstawiciele koncernów farmaceutycznych podają, iż z uwagi zarówno na konieczność przeprowadzenia dogłębnych badań klinicznych, jak i przejścia długotrwałej procedury administracyjnej wprowadzenia leku do obrotu czy też napotkania innych opóźnień rynkowych, produkty lecznicze w czasie pełnej 20-letniej ochrony patentowej w rzeczywistości chronione są tylko przez 8–10 lat, licząc od momentu wejścia danego leku do sprzedaży³⁹⁶. Relatywnie krótki okres, w czasie którego firmy produkujące leki oryginalne cieszą się monopolem na ich wytwarzanie i sprzedaż, zazwyczaj nie pozwala na osiągnięcie wystarczających zysków, aby w pełni pokryć koszty wcześniej przeprowadzanych badań oraz pozwolić na kolejne, innowacyjne inwestycje w dziedzinie farmacji³⁹⁷. Celem przyjętego dodatkowego prawa ochronnego na produkty lecznicze jest przyznanie „rekompensaty” uprawnionemu z patentu na dane wynalazki za okres, który upływa między zgłoszeniem patentowym produktu leczniczego a uzyskaniem pierwszego pozwolenia na dopuszczenie go do obrotu i faktycznym wprowadzeniu na rynek³⁹⁸. W innym bowiem wypadku podmioty działające w sektorze farmaceutycznym mogłyby być dyskryminowane w stosunku do przedsiębiorców z innych dziedzin gospodarki, którzy, co do zasady, wprowadzając swoje produkty na rynek, nie muszą przechodzić przez długie procedury administracyjne.

Analizując dodatkowe prawo ochronne, należy omówić jego zakres przedmiotowy i zakres praw, które przysługują uprawnionemu z jego tytułu. Odnośnie do zakresu przedmiotowego art. 4 rozporządzenia 469/2009 stanowi, iż „w granicach ochrony

³⁹³ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 1768/92 z dnia 18 czerwca 1992r. w sprawie stworzenia dodatkowego świadectwa ochronnego dla produktów leczniczych, Dz. U. L 182 z 02.07.1992 r., s. 1, uchylone postanowieniami rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 469/2009 z dnia 6 maja 2009 r. dotyczącego dodatkowego świadectwa ochronnego dla produktów leczniczych, Dz. U. L 152 z 16.06.2009 r.

³⁹⁴ Rozporządzenie (WE) nr 1610/96 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 lipca 1996 r. dotyczące stworzenia dodatkowego świadectwa ochronnego dla środków ochrony roślin, Dz. U. L 198 z 08.08.1996 r.

³⁹⁵ N. Tuominen, *op. cit.*, s. 7.

³⁹⁶ *Ibidem*, s. 6.

³⁹⁷ *Ibidem*, s. 6.

³⁹⁸ M. Kondrat, *SPC – dodatkowe prawo ochronne*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 7, s. 10.

przyznanej patentem podstawowym, ochrona przyznana świadectwem rozciąga się jedynie na produkt objęty zezwoleniem na obrót odpowiadającym mu produktem leczniczym oraz na każde użycie produktu jako produktu leczniczego, jakie było dozwolone przed wygaśnięciem świadectwa”³⁹⁹. Przepis ten należy interpretować w taki sposób, iż jeżeli w czasie trwania dodatkowego prawa ochronnego produkt otrzyma zezwolenie na dopuszczenie do obrotu do kolejnych zastosowań medycznych, to zastosowania te wchodzi również w zakres dodatkowego prawa ochronnego SPC, o ile wchodzi również w zakres patentu podstawowego⁴⁰⁰. Natomiast art. 5 rozporządzenia 469/2009 wskazuje, iż: „z zastrzeżeniem przepisów art. 4, świadectwo przyznaje te same prawa, które przyznane są na mocy patentu podstawowego, oraz podlega takim samym ograniczeniom i takim samym zobowiązaniom”⁴⁰¹. Oznacza to, że w danym zakresie przedmiotowym dodatkowe prawo ochronne udziela na rzecz uprawnionego takich samych praw, jakich udzielałby patent podstawowy o takich zastrzeżeniach patentowych w danym państwie⁴⁰².

Znaczenie, jakie dla firm farmaceutycznych miało wprowadzenie dodatkowego prawa ochronnego, idealnie obrazuje sprawa leku Prozac. W Wielkiej Brytanii lek ten był chroniony patentem w latach 1990–1994, a następnie dodatkowym prawem ochronnym od 1999 r. do 2004 r. Aż 80% łącznej sprzedaży tego leku przypadło na ostatnich 5 lat, czyli czas w którym ochrona patentowa tego leku wygasła, natomiast nadal był chroniony dodatkowym prawem ochronnym. Podobną sytuację odnotowano we Francji, gdzie na okres obowiązywania dodatkowego prawa ochronnego Prozacu przypadło 60% łącznej wartości jego sprzedaży. Rozłożenie procentowe sprzedaży tego leku w poszczególnych okresach świadczy o zasadniczym znaczeniu okresu ochrony leku dodatkowym prawem ochronnym jako okresu generującego najwyższe zyski dla jego producenta⁴⁰³.

Nieodzowne jednak jest spostrzeżenie negatywnych konsekwencji wprowadzenia dodatkowego prawa ochronnego na produkty lecznicze w stosunku do obrotu produktami generycznymi w UE. Po pierwsze, niekorzystne skutki dotyczą przemysłu generyczny, ponieważ producenci odpowiedników muszą dłużej aniżeli dotychczas oczekiwać na wprowadzenie swych produktów do obrotu⁴⁰⁴. Po drugie, wprowadzenie kolejnego narzędzia ochrony własności przemysłowej koncernów farmaceutycznych ma negatywny wpływ na interes pacjentów oraz państw jako fundatorów opieki zdrowotnej. Wysokie wydatki na leki innowacyjne w okresie objęcia ich dodatkowym prawem ochronnym świadczą wszakże o kwocie oszczędności, które mogłyby być poczynione dla konsumentów i budżetu państwa poprzez wcześniejsze wprowadzenie leków generycznych na rynek.

³⁹⁹ Art. 4 rozporządzenia 469/2009 z dnia 6 maja 2009 r. dotyczącego dodatkowego świadectwa ochronnego dla produktów leczniczych, Dz. U. L 152 z 16.06.2009 r.

⁴⁰⁰ Ż. Pacud, *Ochrona patentowa...*, s. 95.

⁴⁰¹ Art. 5 rozporządzenia 469/2009.

⁴⁰² Ż. Pacud, *Ochrona patentowa...*, s. 97.

⁴⁰³ M. Kondrat, *op. cit.*, s. 11.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, s. 10.

3.2.3.3. Jednolity patent europejski

Postulaty utworzenia jednolitego systemu patentowego podnoszone były już w latach 60. XX wieku przez państwa członkowskie UE o silnych gospodarkach, dobrze prosperujących w dziedzinach innowatorskich. Od tego czasu koncepcja „patentu unijnego” stanowi nieustannie powracający temat dyskusji, uwypuklający odmienności interesów poszczególnych państw należących do UE, a samej Unii jako organizacji stawiającej sobie za cel znoszenie wszelkich barier: ekonomicznych, społecznych czy prawnych⁴⁰⁵.

Inicjatywę odnowienia prac nad ustanowieniem jednolitego systemu ochrony patentowej w UE podjęła w 2011 r. grupa 11 państw członkowskich, która zdecydowała się wystąpić z propozycją wzmocnionej współpracy, uregulowanej w art. 20 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) oraz art. 324–334 TFUE⁴⁰⁶. W dniu 10 marca 2011 r. decyzją nr 2011/167/UE⁴⁰⁷ Rada upoważniła do podjęcia wzmocnionej współpracy w dziedzinie tworzenia jednolitego systemu ochrony patentowej. Działania podejmowane w ramach powyższej inicjatywy prowadzone są do dziś i jak dotychczas znajdują się na etapie najbardziej zaawansowanym w celu faktycznego utworzenia jednolitego systemu ochrony patentowej w Unii Europejskiej. Zaprojektowany system patentowy ma składać się z następujących aktów prawnych: rozporządzenia Rady i Parlamentu Europejskiego wprowadzającego wzmocnioną współpracę w dziedzinie tworzenia jednolitego systemu ochrony patentowej⁴⁰⁸ (zwanego skrótowo „rozporządzeniem w sprawie patentu jednolitego”), rozporządzenia Rady wprowadzającego wzmocnioną współpracę w dziedzinie tworzenia jednolitego systemu ochrony patentowej w odniesieniu do ustaleń dotyczących tłumaczeń⁴⁰⁹ (zwanego skrótowo „rozporządzeniem w sprawie tłumaczeń”) oraz umowy międzynarodowej o Jednolitym Sądzie Patentowym⁴¹⁰ wraz z projektem statutu⁴¹¹. Dwa pierwsze rozporządzenia zostały uchwalone dnia 20 stycznia 2013 r., jednakże wejdą one w życie bądź w dniu 1 stycznia 2014 r. albo w dniu wejścia w życie porozumienia w sprawie Jednolitego Sądu Patentowego, w zależności od tego, która data jest późniejsza⁴¹². Porozumienie w sprawie Jednolitego Sądu Patentowego zostało

⁴⁰⁵ A. Nowicka, [w:] R. Skubisz (red.), *System prawa prywatnego. t. 14A. Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2012, s. 185.

⁴⁰⁶ Zobacz art. 20 TUE oraz art. 324–334 TFUE.

⁴⁰⁷ Decyzja Rady 2011/167/UE z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie upoważnienia do podjęcia wzmocnionej współpracy w dziedzinie tworzenia jednolitego systemu ochrony patentowej, Dz. U. L 76 z 22.03.2011 r., s. 53.

⁴⁰⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1257/2012 z dnia 17 grudnia 2012 r. wprowadzające wzmocnioną współpracę w dziedzinie tworzenia jednolitego systemu ochrony patentowej, Dz. Urz. L 361 z 2012 r.

⁴⁰⁹ Rozporządzenie Rady (UE) nr 1260/2012 z dnia 17 grudnia 2012 r. wprowadzające wzmocnioną współpracę w dziedzinie tworzenia jednolitego systemu ochrony patentowej w odniesieniu do mających zastosowanie ustaleń dotyczących tłumaczeń, Dz. Urz. L 361 z 31.12.2012 r.

⁴¹⁰ Protokół podpisania porozumienia w sprawie Jednolitego Sądu Patentowego, 6572/13, 19.02.2013.

⁴¹¹ M. Brandi-Dohrn, *Some critical observations on competence and procedure of the Unified Patent Court*, http://www.rzecznikpatentowy.org.pl/nie_dla_pat_jed/Brandi-dohrn_AUPC_final.pdf, [dostęp: 24.04.2015].

⁴¹² Art. 18 ust. 2 rozporządzenia nr 1257/2012 oraz art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 1260/2012.

podpisane przez 25 państw członkowskich Unii Europejskiej dnia 19 lutego 2013 r., jednak – aby weszło w życie – musi być ratyfikowane przez co najmniej 13 państw, w tym: Francję, Niemcy oraz Wielką Brytanię. Spoglądając na obecny stan, tylko 9 państw ratyfikowało porozumienie o Jednolitym Sądzie Patentowym⁴¹³.

Istotą jednolitego patentu europejskiego, jak sama nazwa wskazuje, jest jego jednolity charakter, poprzez który zapewnia jednolitą ochronę, z identycznym jej zakresem we wszystkich państwach zaangażowanych we współpracę wzmocnioną⁴¹⁴. Warunkiem ujęcia wynalazku jednolitą ochroną patentową, zgodnie z art. 12a rozporządzenia 1257/2012⁴¹⁵, ma być złożenie wniosku przez uprawnionego z patentu europejskiego o rejestrację jednolitego skutku do EUP w ciągu miesiąca po opublikowaniu w Europejskim Biuletynie Patentowym informacji o udzieleniu patentu na dany wynalazek. Dzięki tego typu wnioskowi walidacja patentu europejskiego przez poszczególne krajowe urzędy patentowe nie będzie konieczna, a mimo to jednolity patent europejski wywierać będzie skutek prawny w państwach UE uczestniczących we wzmocnionej współpracy, które w dniu zarejestrowania jednolitego skutku (dla tego patentu europejskiego) będą już związane umową o JSP⁴¹⁶.

Jednolity patent europejski stanowiłby, tak samo jak tradycyjny patent europejski, wyłącznie wiązkę patentów krajowych. Aczkolwiek w przypadku jednolitego patentu europejskiego wiązka ta powstanie w sposób automatyczny, gdyż patenty krajowe we wszystkich państwach uczestniczących we wzmocnionej współpracy udzielane są bez przeprowadzania późniejszych walidacji. Dzięki temu patent ten nadawałby uprawnionemu ten sam zakres ochrony na terytorium wszystkich państw uczestniczących na podstawie wyłącznie jednej prawnie wiążącej treści patentu, dostępnej w jednym z trzech języków urzędowych EUP: angielskim, francuskim lub niemieckim. Ponadto patent należący do wiązki patentów, udzielony w procedurze odpowiedniej dla jednolitej ochrony patentowej, nie może być ograniczany, przenoszony, unieważniany, a także może wygasać tylko w odniesieniu do terytorium wszystkich zaangażowanych państw członkowskich, co zawdzięcza się utworzeniu Jednolitego Sądu Patentowego⁴¹⁷. Przyjęcie jednolitego patentu europejskiego mającego za cel ujednolicenie systemów ochrony patentowej państw członkowskich UE będzie wywierać bezpośrednie konsekwencje w odniesieniu do obrotu generycznych produktów leczniczych w UE, ze względu na zależność tego obrotu od zakresu ochrony patentowej udzielonej na leki referencyjne.

⁴¹³ *Agreement on a Unified Patent Court's ratification details*, <http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/agreements-conventions/agreement/?aid=2013001>, [dostęp: 18.05.2016].

⁴¹⁴ A. Nowicka, *op. cit.*, s. 190.

⁴¹⁵ Art. 12a rozporządzenia 1257/2012.

⁴¹⁶ *Analiza w sprawie potencjalnych skutków gospodarczych wprowadzenia w Polsce systemu jednolitej ochrony patentowej*, http://www.mg.gov.pl/files/upload/16510/Analiza%20potencjalnych%20skutkow%20jednolitego%20patentu%20europejskiego_final.pdf [dostęp: 24.04.2015].

⁴¹⁷ K. Szczepanowska-Kozłowska, *Korzyści, szanse i zagrożenia wynikające z jednolitego systemu ochrony patentowej dla jednostek naukowych*, http://www.rzecznikpatentowy.org.pl/nie_dla_pat_jed/3252_2012_08_27_od_min_nauki_i_szkol_wyysz_pismo_dot_material_o_patent.jednolit_mj.pdf, [dostęp: 24.04.2015].

Produkcja leków generycznych, w przeciwieństwie do produkcji leków innowacyjnych, realizowana jest zazwyczaj przez przedsiębiorstwa o regionalnym charakterze⁴¹⁸, pozwalające tym samym społeczności danego terytorium na dostęp do tańszych leków. Co więcej, przedsiębiorstwa te wprowadzają zamienniki leków oryginalnych nie tylko dopiero po wygaśnięciu ochrony patentowej na dany lek referencyjny, ale również gdy uprawniony z patentu nie wnioskuję o ochronę patentową na terytorium danego państwa⁴¹⁹. W takiej sytuacji korzystają z tzw. luk w ochronie patentowej⁴²⁰. Przy udzielaniu tradycyjnego patentu europejskiego owa luka występuje, gdy zgłaszający o uzyskanie ochrony patentowej przed EUP nieawnioskuję o uzyskanie jej na obszarze wszystkich państw, które podpisały Konwencję o patencie europejskim. To z kolei zdarza się, gdy wnioskodawca nie chce ponosić wysokich kosztów uzyskania ochrony patentowej we wszystkich 38 państwach⁴²¹. Należy zatem uznać, iż pierwszą negatywną konsekwencją wprowadzenia jednolitej ochrony patentowej, barierą dla obrotu lekami generycznymi w UE, byłoby wypełnienie ww. luk w ochronie patentowej poprzez radykalny wzrost liczby patentów europejskich wraz z ich automatycznym obowiązywaniem na terytorium wszystkich uczestniczących we wzmocnionej współpracy państw członkowskich, których uzyskanie byłoby znacznie tańsze aniżeli tradycyjnych patentów europejskich⁴²².

Kolejny negatywny wpływ dotyczy egzekwowania jednolitej ochrony patentowej przez innowacyjne firmy farmaceutyczne. Z jednej strony bowiem wskazuje się, iż ustanowienie Jednolitego Sądu Patentowego wpłynęłoby na szybsze i jednakowe rozpatrywanie sporów sądowych o naruszenie praw z patentu toczących się pomiędzy producentami leków oryginalnych oraz producentami leków generycznych⁴²³. Z drugiej strony jednak stworzy to dodatkowe niedogodności dla działających na regionalną skalę przedsiębiorstw leków generycznych, które zostałyby obciążone wyższymi kosztami prowadzenia sporu sądowego przed Jednolitym Sądem Patentowym, w porównaniu do sporów przed sądami krajowymi. Koszty te dotyczą nie tylko przygotowania tłumaczeń dokumentacji, ale również podróży zagranicznych na rozprawy mające miejsce bądź w Paryżu, bądź w Monachium lub Londynie⁴²⁴. Ustanowienie jednolitej jurysdykcji patentu europejskiego może zarówno wywierać pozytywne oddziaływanie na obrót lekami generycznymi, jak i stanowić ekonomiczne ograniczenia dla podmiotów prowadzących tenże obrót. W aktualnym stanie prawnym podmioty te nie ponoszą bowiem aż tak wysokich kosztów sądowych, gdyż kompetencję w sprawach dotyczących walidacji lub

⁴¹⁸ Ż. Pacud, *Ochrona patentowa...*, s. 29.

⁴¹⁹ *Analiza w sprawie potencjalnych skutków...*

⁴²⁰ A. Świerczyna, *Jednolity patent europejski na produkty lecznicze – analiza z perspektywy polskiego rynku farmaceutycznego*, [w:] D. Nawieśniak, M. Nitkowski, A. Pietraszewska, M. Szczepaniak (red.), *Prawo autorskie i własność przemysłowa*, Wrocław 2015, s. 174.

⁴²¹ *Analiza w sprawie potencjalnych skutków...*

⁴²² *Ibidem*.

⁴²³ A. Nowicka, R. Skubisz, *Pakiet patentowy (ocena z perspektywy Polski)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 4, s. 13.

⁴²⁴ *Analiza w sprawie potencjalnych skutków...*

naruszenia tradycyjnego patentu europejskiego sprawują odpowiednie organy poszczególnych państw członkowskich⁴²⁵.

Ostatnia niedogodność wynikająca z ewentualnego wprowadzenia jednolitej ochrony patentowej w UE w stosunku do obrotu lekami generycznymi dotyczy kwestii skutecznego dostępu do wiedzy technicznej zawartej w opisach patentowych oraz sposobu ich publikowania⁴²⁶. Wszakże to dzięki korzystaniu z publicznej informacji patentowej przedsiębiorstwa produkujące leki generyczne rozpoczynają proces opracowania odpowiedników do chronionych prawami patentowymi leków oryginalnych poprzez dostęp do aktualnej i szczegółowej informacji na temat nowych rozwiązań farmaceutycznych⁴²⁷. Propozycja jednolitej ochrony patentowej przewiduje również wprowadzenie specyficznego systemu językowego opartego wyłącznie na trzech językach urzędowych EUP, co może ograniczyć w znacznym stopniu ww. dostęp do informacji patentowych. Sytuacja ta może się okazać wyjątkowo dotkliwa dla producentów leków generycznych. Z uwagi na wielość i złożoność zastrzeżeń cechujących patenty na produkty lecznicze, ich wysoki stopień komplikacji składający się z wielorakich konfiguracji związków czy dopuszczalnych podstawników, właściwa interpretacja opisu i zastrzeżeń przesądza, czy wprowadzany lek generyczny narusza prawo własności intelektualnej chroniące lek referencyjny⁴²⁸. Jeżeli wiążąca treść jednolitego patentu europejskiego będzie dostępna wyłącznie w języku angielskim, francuskim lub niemieckim, producenci leków generycznych z państw, którzy nie posługują się nimi w stopniu pozwalającym na odszyfrowanie specjalistycznego słownictwa, będą zmuszeni ponieść dodatkowe koszty tłumaczeń oraz ryzyko związane z ich niedokładnością, skutkujące nieświadomym naruszeniem patentu⁴²⁹. Wprowadzenie tłumaczeń maszynowych, reprezentujących w ciągu dalszym niezadowalającą jakość, nie zrekompensuje ograniczeń, jakie zostałyby narzucone na producentów leków generycznych, a w ostatecznym efekcie na obrót tymi produktami na obszarze obowiązywania jednolitej ochrony patentowej.

3.3. Obrót lekami generycznymi a prawa producentów leków innowacyjnych

3.3.1. Podstawy i konsekwencje polityki patentowej firm farmaceutycznych

Budowa systemu ochrony patentowej leków uznawana jest za swoistą umowę między społeczeństwem a producentami leków. Społeczeństwo godzi się na udzielenie firmie farmaceutycznej czasowego monopolu na produkcję leku innowacyjnego, co wiąże się z pozwoleniem na ustalenie cen rynkowych wyższych aniżeli wynikałoby to z mechanizmów rynkowych. Zobowiązaniem wzajemnym firmy farmaceutycznej na podstawie tejże umowy jest stałe pobudzanie innowacji na rynku produktów leczniczych po-

⁴²⁵ A. Świerczyna, *Jednolity patent europejski...*, s. 175.

⁴²⁶ A. Nowicka, *op. cit.*, s. 196.

⁴²⁷ A. Świerczyna, *Jednolity patent europejski...*, s. 175.

⁴²⁸ Ż. Pacud, *Ochrona patentowa...*, s. 231.

⁴²⁹ A. Świerczyna, *Jednolity patent europejski...*, s. 176.

przez przeznaczanie przychodów ze sprzedaży opatentowanych leków po wyższych cenach na kolejne badania i rozwój, co przyczynia się do opracowywania nowych metod leczenia chorób⁴³⁰. Zatem umowa ta ma na celu obopólne korzyści: dla inwestorów czasową eliminację konkurencji na rynku, dla społeczeństwa natomiast podniesienie poziomu wiedzy w dziedzinie medycyny i farmacji⁴³¹.

W doktrynie wyrażany jest pogląd, iż patenty są również podstawą w podnoszeniu konkurencyjności cenowej oraz produktowej na rynku farmaceutycznym. Stałe zwiększanie innowacyjności w sektorze farmaceutycznym dowodzi, iż zarówno pacjenci, jak i płatnicy publiczni są skłonni płacić dużo więcej za leki nowej generacji⁴³². Zatem, stymulując innowację, ochrona patentowa ma zwiększać konkurencję na rynku. Dotyczy to wyłącznie konkurencyjności między producentami leków innowacyjnych, bowiem w odniesieniu do konkurentów będących producentami leków generycznych istnienie patentów stanowi główną barierę ich wejścia na rynek⁴³³. Bez tej bariery prawnej generyczne firmy farmaceutyczne mogłyby z łatwością oraz niedrogo skopiować lek referencyjny i wprowadzić jego odpowiednik po upływie okresu wyłączności danych i wyłączności rynkowej. Patrząc z tej perspektywy, to leki generyczne stanowią główny czynnik generujący konkurencję na rynku produktów leczniczych. Po wygaśnięciu ochrony patentowej wytwarzają presję na obniżenie cen leków referencyjnych poprzez produkcję tańszych odpowiedników, a jednocześnie mają charakter motywujący dla producentów leków oryginalnych. Firmy innowacyjne, świadome wyłącznie czasowego monopolu na produkcję opatentowanych leków oryginalnych, inwestują w badania nad nowymi związkami chemicznymi i mieszaninami⁴³⁴.

Specyficzne uwarunkowania rynku farmaceutycznego sprawiają, że producenci leków innowacyjnych dążą do najlepszego wykorzystania możliwości prawnych w ramach systemu patentowego. W podejmowaniu decyzji przedsiębiorstwa kierują się określoną polityką patentową, natomiast wobec konkretnych produktów wyznaczają odpowiednie strategie patentowe. Każda indywidualna strategia bierze pod uwagę różnorodne cechy produktu, m.in.: jego wartość ekonomiczną, maksymalny czas życia rozwiązania, łatwość kopiowania, poziom zaawansowania badań konkurentów⁴³⁵. Spośród kategorii polityk patentowych wytwórcy leków oryginalnych przyjmują najczęściej strategię aktywną, której celem jest zapewnienie jak najpełniejszej ochrony patentowej innowacji⁴³⁶. Nieuniknione przy tej strategii jest podejmowanie decyzji zarówno o miejscu zgłoszenia wniosku patentowego, jego czasie, jak i o zakresie pożądanej ochrony patentowej, która to równoznaczna jest z nakreśleniem przedmiotu patentu w ten sposób, aby zapewnić możliwie jak najszerszą ochronę dla wynalazku⁴³⁷.

⁴³⁰ A. Siddiqi, *Patents and Pharmaceutical Drugs*, http://web.stanford.edu/group/journal/cgi-bin/wordpress/wp-content/uploads/2012/09/Siddiqi_SocSci_2005.pdf, s. 3, [dostęp: 11.05.2016].

⁴³¹ N. Tuominen, *op. cit.*, s. 6.

⁴³² D. Grzywińska, *op. cit.*, s. 19.

⁴³³ *Ibidem*, s. 19.

⁴³⁴ D. Grzywińska, *op. cit.*, s. 118.

⁴³⁵ Ż. Pacud, *Ochrona patentowa...*, s. 101.

⁴³⁶ Ż. Pacud, [w:] *Rynek farmaceutyczny...*, s. 31.

⁴³⁷ Ż. Pacud, *Ochrona patentowa...*, s. 101.

Producenci leków generycznych nie negują wartościowej w istocie ochrony patentowej produktów leczniczych, uznając ją za fundamentalną regulację prawną stymulującą innowacyjność na rynku farmaceutycznym. Podnoszą jednakże, że lek-wynalazek, będący przedmiotem tejże ochrony patentowej, powinien prawdziwie zasłużyć na objęcie go tą ochroną prawną⁴³⁸. Wiąże się to również z koniecznością zachowania optymalnej równowagi między dostarczaniem korzyściami płynącymi z podwyższonego poziomu innowacji na rynku farmaceutycznym a kosztami, które społeczeństwo musi ponieść w związku z długofalową ochroną patentową niezbędnych leków⁴³⁹. Niestety, wobec niektórych elementów polityki patentowej firm farmaceutycznych równowaga ta podawana jest w wątpliwość, a wraz z nią konkurencyjność na rynku farmaceutycznym, a zatem właściwy do niego dostęp dla producentów leków generycznych. EGA wyróżnia cztery taktyki, poprzez prowadzenie których owa równowaga jest zachwiana, a ochrona patentowa produktów leczniczych wykorzystywana w celu anormalnego opóźnienia wejścia na rynek leków generycznych. Z kolei Komisja Europejska w swoim raporcie odwołuje się do swoistego zestawu instrumentów polityki patentowej producentów leków innowacyjnych, poprzez użycie których dążą oni do zachowania swojej pozycji dominującej na rynku, a przede wszystkim opóźnienia wejścia na rynek generycznych odpowiedników ich leków⁴⁴⁰.

3.3.2. Strategie patentowe ograniczające obrót leków generycznych

3.3.2.1. Trywializacja patentów na produkty lecznicze

Zrównoważony system ochrony patentowej wymaga wydawania patentów wysokiej jakości, to znaczy takich, wobec których istnieje wysoki poziom przejrzystości co do jego zakresu oraz ważności. Wysoka jakość patentu wynika z jego niepodważalności prawnej. Patenty na produkty lecznicze, które nie posiadają takiej właściwości, prowadzą do niepewności prawnych oraz procesów sądowych, a te z kolei odciągają firmy farmaceutyczne od prac nad badaniami i rozwojem, hamując prawdziwe innowacje, a ponadto ograniczając wejście na rynek konkurencyjnych generycznych produktów leczniczych, co prowadzi do niewskazanego utrzymywania się wysokich cen na produktach leczniczych⁴⁴¹.

Ochrona patentowa na produkty lecznicze została w dużym stopniu rozbudowana, a samo uzyskanie patentu ułatwione wskutek złagodzenia spełnienia wymogu poszczególnych przesłanek patentowości poprzez praktykę decyzyjną EUP oraz krajowych urzędów patentowych. Wobec takiego stanu rzeczy, w szczególności możliwości patentowania wynalazków w kategoriach zastosowań medycznych oraz przede wszystkim w kategorii drugiego zastosowania medycznego, zaobserwowano zjawisko trywializacji

⁴³⁸ K. Roox, *Patent-related Barriers to Market Entry for Generic Medicines in the European Union*, Bruksela 2010, s. 7.

⁴³⁹ *Ibidem*, s. 7.

⁴⁴⁰ *Pharmaceutical Sector Inquiry – Preliminary Report Fact Sheet “Originator-Generic competition”*, Raport Komisji Europejskiej dostępny na stronie internetowej http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/fact_sheet_2.pdf, [dostęp: 15.05.2016].

⁴⁴¹ K. Roox, *op. cit.*, s. 9.

patentów na produkty lecznicze. Polega ono w dużej mierze na zmniejszeniu wartości pojedynczego patentu, preferowaniu uzyskiwania wielu patentów na ten sam produkt leczniczy lub sposoby jego wykorzystania, przy jednoczesnym niskim poziomie wynalazczości⁴⁴².

Jak wskazuje EGA, u źródła zjawiska trywializacji patentów znajduje się brak rygorystycznej oceny spełnienia przesłanek patentowości, w tym szczególnie poziomu wynalazczego, brak wartościowych wniosków, niekompetencja komisji sprawdzających przedstawione we wniosku dane, brak odpowiedniego etapu konsultacji ze stronami trzecimi podczas oceny wniosku o udzielenie patentu i wreszcie nieefektywność procedury sprzeciwu⁴⁴³. Zmniejszenie jakości patentów na produkty lecznicze uwidacznia zmianę w postrzeganiu wartościowości patentu z jego jakości na ilość, co w dalszym etapie prowadzi do powstawania „kłączy” patentowych oraz stanowi punkt wyjścia do strategii przedłużania życia opatentowanych wynalazków.

3.3.2.2. Odświeżanie patentów oraz powstawanie „kłączy” patentowych

Rozbudowany system ochrony patentowej produktów leczniczych w swej konsekwencji nie tylko prowadzi do udzielania patentów niskiej jakości, ale przede wszystkim – z uwagi na liczne kategorie wynalazków mogące odwoływać się do produktu leczniczego – powoduje mnożenie patentów udzielanych na *de facto* ten sam wynalazek. Dzięki stałemu zwiększaniu ilości patentów odwołujących się do tego samego leku jego producent cieszy się wydłużonym okresem wyłączności na korzystanie z wynalazku-leku⁴⁴⁴, hamując tym samym wejście na rynek tańszych leków generycznych. Zjawisko to nazywane jest „odświeżaniem” (ang. *evergreening*), a jego definicja sprowadza się do różnych praktyk, do których uciekają się właściciele patentów, wykorzystując uregulowania prawne, dążąc do rozciągnięcia swojego monopolu własności intelektualnej na wysoko dochodowe leki oryginalne (ang. *blockbusters*) poprzez wnioskowanie o kolejne patenty na uprzednio opatentowany wynalazek tuż przed wygaśnięciem jego macierzystej ochrony patentowej⁴⁴⁵.

Konsekwencją prowadzenia strategii odświeżania patentów oraz ww. strategii trywializacji patentów na leki jest również budowanie kłączy patentowych, czyli uzyskiwanie przez firmy produkujące leki innowacyjne wielu patentów wokół zasadniczo jednej oryginalnej molekuly⁴⁴⁶. Jak podaje w swoim raporcie Komisja Europejska, farmaceutyki mogą być chronione na podstawie nawet powyżej 100 specyficznych dla tego produktu rodzin patentowych, co prowadzi do istnienia ponad 1300 patentów lub rozpatrywanych zgłoszeń patentowych we wszystkich państwach członkowskich UE dla jednego leku⁴⁴⁷. Ponadto, jak wynika z przeprowadzonych statystyk, znaczna część zgłoszeń patentowych została złożona stosunkowo późno w cyklu obowiązywania

⁴⁴² Ż. Pacud, *Ochrona patentowa...*, s. 108.

⁴⁴³ K. Roos, *op. cit.*, s. 12.

⁴⁴⁴ N. Tuominen, *op. cit.*, s. 14.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, s. 14.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, s. 14.

⁴⁴⁷ *Pharmaceutical Sector Inquiry...*

pierwotnego patentu na lek, szczególnie odnośnie do leków innowacyjnych, które posiadają wysoki popyt na rynku⁴⁴⁸.

Zarówno zjawisko trywializacji patentów na produkty lecznicze, ich odświeżania, jak i powstawanie kłaczy patentowych stanowi przyczynę niepewności producentów leków generycznych co do możliwości wprowadzenia swych produktów na rynek bez dalszych konsekwencji prawnych związanych z naruszeniem któregoś z praw podmiotowych producenta leku referencyjnego. Portfolio własności intelektualnej leków innowacyjnych stało się na tyle obszerne, iż jego czytelność przez konkurencję jest zdecydowanie utrudniona. W takiej sytuacji producenci generyczni mogą bądź czekać na wygaśnięcie praw wynikających z patentów formujących rodzinę patentów na dany lek oryginalny, bądź – mimo ich dalszego obowiązywania – wnioskować o otrzymanie pozwolenia na wprowadzenie wcześniej swych odpowiedników, ryzykując tym samym wszczęcie przez właściciela patentu na lek innowacyjny procesu sądowego⁴⁴⁹. Dodatkowo należy przytoczyć stanowisko TSUE w tej kwestii, przywołując wydane orzeczenie w sprawie spółki C.H. Boehringer Sohn i Boehringer AG⁴⁵⁰. Wszczęte wobec tychże spółek postępowanie antykonkurencyjne dotyczyło niewłaściwego wykorzystywania systemu patentowego w celu wykluczenia potencjalnej konkurencji. Według TSUE nadużyciem pozycji dominującej w kontekście polityk patentowej firmy farmaceutycznych, w rozumieniu art. 102 lit. b TFUE, jest składanie zgłoszeń patentowych dotyczących kolejnych patentów na substancję czynną danego leku oraz licznych jej kombinacji z innymi substancjami. W przywołanej sprawie strategia patentowa firmy została uznana przez TSUE za nadużycie pozycji dominującej, gdyż składane kolejne wnioski patentowe miały na celu powstrzymanie konkurencyjnych przedsięwzięć badawczych przed udoskonalaniem produktu leczniczego służącego leczeniu określonej choroby, a w dalszej kolejności uniemożliwiali komercjalizację tychże farmaceutycznych nowości, których wprowadzenie na rynek mogłoby ograniczyć pozycję monopolistyczną pierwszej na rynku⁴⁵¹.

3.3.2.3. Spory sądowe o naruszenie praw z patentu

Patent stanowi prawo wyłączone wyjątkowo cenne dla jego właściciela, zwłaszcza gdy w razie jego naruszenia przez osoby trzecie jest egzekwowane w sposób efektywny na drodze sporu sądowego. Samo występowanie na drogę sądową przez właścicieli patentów na produkty lecznicze nie jest uważane za zjawisko niewłaściwe, ponieważ to wszakże w nim zawiera się sama istota ochrony patentowej oraz całego systemu prawa cywilnego, dzięki któremu osoby mogą dochodzić przed sądem swych praw, których naruszenie nastąpiło przez działania innych osób⁴⁵². Należy w tym miejscu przywołać również postanowienia art. 5 kodeksu cywilnego: „Nie można czynić ze swego prawa

⁴⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁴⁹ N. Tuominen, *op. cit.*, s. 14.

⁴⁵⁰ Wyrok TSUE w sprawie T-125/96 *Boehringer Ingelheim Vetmedica GmbH i C.H. Boehringer Sohn przeciwko Radzie Unii Europejskiej*, ECLI:EU:T:1999:302.

⁴⁵¹ Ż. Pacud, *Ochrona patentowa...*, s. 106.

⁴⁵² K. Roxx, *op. cit.*, s. 17.

użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony⁴⁵³. Artykuł ten, wskazując na sytuację nadużycia prawa podmiotowego, może odnosić się również do egzekwowania praw wynikających z patentu na lek. Szczególnie, jeżeli występowanie przez producenta leków innowacyjnych na drogę sądową z pozwem o zaniechanie naruszania patentu lub o odszkodowanie za dokonane naruszenie stanowi wyłącznie działanie wpisujące się w strategię aktywną polityki patentowej tego producenta, której celem jest wyłącznie utrzymanie monopolu na produkcję i sprzedaż leku oryginalnego⁴⁵⁴. Egzekwowanie praw z patentu w konkretnych okolicznościach oraz przede wszystkim w związku z kierowaniem się szczególnymi pobudkami oceniane może być jako zachowanie sprzeczne ze społeczno-gospodarczym celem tego prawa, a ponadto jako działanie niekonkurencyjne.

Spory sądowe w przedmiocie naruszenia prawa z patentu powstają przede wszystkim pomiędzy firmami innowacyjnymi a ich konkurencją generyczną. Właściciel patentu (producent leku innowacyjnego lub ewentualnie jego licencjodawca) może pozwać producenta leku generycznego o produkcję, importowanie, używanie, sprzedaż lub oferowanie do sprzedaży leku-wynalazku opatentowanego bez wyraźnej zgody udzielonej przez właściciela patentu lub licencjodawcę w czasie obowiązywania ochrony patentowej⁴⁵⁵. Wobec powyższego przedstawiciele EGA zwrócili uwagę na wiele niekorzystnych warunków wpływających na działalność gospodarczą producentów leków generycznych zarówno z uwagi na działania właścicieli patentów, jak i ramy, w obrębie których toczą się spory sądowe⁴⁵⁶.

Po pierwsze, negatywne konsekwencje wobec producentów generyków wynikają ze złożoności i nieprzewidywalności sporu sądowego w UE, gdzie udzielony patent europejski stanowi wyłącznie wiązkę patentów krajowych, w rezultacie czego kwestie ich naruszania i ważności podlegają różnym prawom i rozstrzygane są przez sądy krajowe działające na mocy odmiennych regulaminów⁴⁵⁷. Po drugie, producenci leków generycznych w związku z prowadzonymi sporami sądowymi zmagają się również z problemem nieprawidłowo wydawanych tymczasowych nakazów sądowych. Wreszcie podkreśla się, iż producenci leków generycznych w ochronie swojej swobody działalności gospodarczej decydują się na przyjmowanie strategii obronnej wykorzystania regulacji ochrony patentowej. Taka oto strategia ma służyć – po pierwsze – utrudnieniu lub uniemożliwieniu uzyskania bądź dalszego trwania ochrony patentowej firmom innowacyjnym poprzez udział w postępowaniu patentowym i podważanie zdolności patentowej

⁴⁵³ Art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. z 2016 r., poz. 380.

⁴⁵⁴ Ż. Pacud, *Ochrona patentowa...*, s. 101.

⁴⁵⁵ B. Aggarwal, M. Gurnani, *Branded versus Generic Medicines: cost-savings and life-savings: A review of the difference*, https://www.researchgate.net/publication/259467658_Branded_versus_Generic_Medicines_-_Cost-Saving_and_Life-Saving_A_Review_of_the_Difference, 5 kwietnia, s. 6. [dostęp: 24.01.2016].

⁴⁵⁶ *Ibidem*.

⁴⁵⁷ K. Roos. *op. cit.*, s. 18.

zgłaszanego leku-wynalazku. Po trzecie, strategia obronna dotyczy osłabiania negatywnych skutków ujawnienia własnych rozwiązań dzięki dokonywaniu tzw. zgłoszeń papierowych czy blokujących⁴⁵⁸.

O strategicznym wykorzystaniu drogi sądowej świadczą również statystyki. W latach 2000–2007 zanotowano rozpoczęcie 700 spraw sądowych dotyczących naruszenia praw patentowych między producentami leków innowacyjnych a producentami leków generycznych⁴⁵⁹. Większość z tych procesów zainicjowana została przez firmy innowacyjne. Przy tym 30% z tych spraw toczyło się między tymi samymi stronami w ponad dwóch państwach członkowskich UE. Dodatkowo, z uwagi na brak Europejskiego Sądu Patentowego, dochodziło do dublowania spraw dotyczących tego samego naruszenia patentu przed wieloma sądami krajowymi państw członkowskich⁴⁶⁰. Średnio około między 146 a 311 spraw z zakresu prawa patentowego produktów leczniczych jest rocznie dublowanych w państwach członkowskich UE⁴⁶¹. To z kolei generuje wysokie koszty sądowe dla stron postępowania, bardziej dotkliwe dla mniejszych, regionalnych producentów leków generycznych aniżeli dla międzynarodowych koncernów farmaceutycznych produkujących leki innowacyjne.

Następnie, spośród ww. 700 sporów sądowych, aż 223 z nich było rozwiązanych za ugodą stron, a tylko w 149 przypadkach doszło do wydania ostatecznego wyroku sądowego. Reszta ze spraw została zakwalifikowana jako trwająca lub zawieszona⁴⁶². W sprawach, w których doszło do wydania ostatecznego wyroku, w 62% z nich sąd zasądził na rzecz producenta leków generycznych⁴⁶³. Co więcej, w 225 sprawach producent leków innowacyjnych wnioskował o wydanie tymczasowego nakazu, który to został udzielony w 112 sprawach. Średni czas trwania udzielonego tymczasowego nakazu to 18 miesięcy. W 46% spraw, w których sąd wydał tymczasowy nakaz, postępowanie zakończyło się bądź wydaniem wyroku na rzecz producenta leków generycznych, bądź zawarciem ugody, która była bardziej korzystna dla tego producenta, gdyż np. pozwalała na wcześniejsze wejście do obrotu leków generycznych lub przewidywała przeniesienie wartości pieniężnej na rzecz producenta generyków⁴⁶⁴. Wreszcie należy podkreślić, że długość procesu sądowego w sprawie o naruszenie patentu na produkt leczniczy znacznie różni się w państwach członkowskich UE – średnia długość wynosi 2,5 roku⁴⁶⁵.

Podane wyżej statystyki, przede wszystkim te dotyczące liczby rozpatrywanych rocznie spraw sądowych z naruszenia patentu na lek oraz samej długości ich rozpatrywania przez sądy krajowe, świadczą o występowaniu prawnej bariery dla legalnego obrotu lekami generycznymi w UE. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na liczbę i długości zasądzanych tymczasowych nakazów, które w sposób bezpośredni uniemożliwiają pro-

⁴⁵⁸ Ż. Pacud, [w:] *Rynek farmaceutyczny...*, s. 34.

⁴⁵⁹ *Pharmaceutical Sector Inquiry...*

⁴⁶⁰ *Competitiveness of EU Market...*, s. 78.

⁴⁶¹ *Ibidem*, s. 78.

⁴⁶² *Pharmaceutical Sector Inquiry...*

⁴⁶³ *Ibidem*.

⁴⁶⁴ *Ibidem*.

⁴⁶⁵ *Ibidem*.

dukcję i sprzedaż tychże produktów w państwie członkowskich, którego nakaz dotyczy. Ponadto sam procent spraw, w których sąd orzekł na rzecz producentów leków generycznych, oraz tych, które zakończyły się ugodą stron, dowodzi strategicznego wchodzenia na drogę sądową przez właścicieli patentów na leki oryginalne oraz nadużywania ich praw podmiotowych wyłącznie w celu znacznego opóźnienia wejścia tańszych odpowiedników do obrotu. Przyjmowanie takiego typu strategii patentowej innowacyjnych firm farmaceutycznych stanowi ograniczenie obrotu lekami generycznymi w UE, z uwagi na zaangażowanie ich producentów w spory sądowe oraz kreowanie niepewności prawnych co do możliwości ich legalnego wprowadzenia na rynek.

3.3.2.4. Porozumienia ograniczające wejście na rynek generyków

Zarówno obawa przed kosztami sądowymi postępowań sądowych, jak i charakter czasowy ochrony patentowej stanowią główne przesłanki zawierania przez firmy innowacyjne porozumień patentowych. Porozumienia te zostały zdefiniowane przez Komisję Europejską jako „porozumienia handlowe zawierane w celu zakończenia trwającego lub potencjalnego sporu związanego z patentami na produkty lecznicze”⁴⁶⁶. W sektorze farmaceutycznym niektóre z tych porozumień mogą być szczególnie problematyczne z perspektywy prawa konkurencji, jako że ich celem jest opóźnienie wejścia na rynek generycznych produktów leczniczych w zamian za kwoty pieniężne przekazane przez firmy innowacyjne na rzecz firm generycznych⁴⁶⁷. Potocznie porozumienia ten nazywane są układami zapłaty za opóźnienie (ang. *pay-for-delay deals*).

Dnia 8 lipca 2009 r. Komisja Europejska przyjęła końcowe sprawozdanie na temat badania poziomu konkurencyjności w sektorze farmaceutycznym⁴⁶⁸. Od tego czasu Komisja monitoruje zawieranie porozumień patentowych między producentami innowacyjnymi i generycznymi oraz publikuje roczne raporty ze swoich prac. Głównym celem działań monitorujących jest lepsze zrozumienie korzystania z tego rodzaju umowy w Europejskim Obszarze Gospodarczym oraz zidentyfikowanie tych porozumień, które pociągają za sobą ograniczenie obrotu na rynku lekami generycznymi ze szkodą dla konsumenta europejskiego⁴⁶⁹. Ograniczenie to w najprostszy sposób przebiega poprzez zawarcie w porozumieniu klauzuli bezpośrednio stanowiącej, iż firma generyczna powstrzyma się od kwestionowania ważności patentu przyznanego na produkt leczniczy firmy innowacyjnej (ang. *non-challenge clause*) oraz ta powstrzyma się od wprowadzenia do obrotu odpowiednika tegoż leku przed wygaśnięciem ochrony patentowej chroniącej lek oryginalny⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ Szósty raport Komisji Europejskiej dotyczących badania porozumień patentowych w okresie styczeń-grudzień 2014, http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/patent_settlements_report6_en.pdf, [dostęp: 15.05.2016].

⁴⁶⁷ *Ibidem*.

⁴⁶⁸ Komunikat Komisji z dnia 8 lipca 2009 r. dotyczący końcowego sprawozdania z badania sektora farmaceutycznego, http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_pl.pdf, [dostęp: 15.05.2016].

⁴⁶⁹ Informacja na stronie internetowej: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/> [dostęp: 15.05.2016].

⁴⁷⁰ Szósty raport Komisji Europejskiej dotyczących badania porozumień patentowych...

Na podstawie przeprowadzanych rocznych badań sektora farmaceutycznego w 2012 r. zanotowano najwyższą dotychczas liczbę zawartych porozumień między firmami innowacyjnymi a generycznymi (183 porozumienia) w porównaniu do średniej liczby 24 porozumień na rok w latach 2000–2008⁴⁷¹. Większość zawartych porozumień dotyczyła terytorium jednego państwa członkowskiego UE. Aczkolwiek, co najważniejsze, 20 porozumień obejmowało cały obszar UE, a 3 spośród 183 miało zakres światowy⁴⁷². Ponadto ustalono, iż 93 porozumienia, które odnosiły się do ok. 40 substancji chemicznych, prowadziło do faktycznego opóźnienia wejścia generyków na rynek, natomiast 9 z nich dokonywało tego w zamian za uzyskanie korzyści majątkowych przez producenta leków generycznych. Łączna kwota przepływów pieniężnych wynikających z tych 9 porozumień wyniosła 1 mln euro⁴⁷³. W raporcie z badań sektora farmaceutycznego na rok 2013 oraz 2014 zanotowano spadek zawieranych porozumień patentowych – 146 w 2013 r. oraz 76 w 2014 r. Suma ta jest znacznie niższa niż w 2012 r., jednakże nadal stosunkowo wysoka w odniesieniu do rocznej średniej z lat 2000–2008. Równocześnie odsetek porozumień potencjalnie ograniczających obrót lekami generycznymi utrzymuje się na tym samym poziomie – 8% w 2013 r. oraz 11% w 2014 r.⁴⁷⁴

Dodatkowo należy podkreślić, iż działania Komisji nie skupiały się wyłącznie na monitorowaniu sektora farmaceutycznego w kwestii zawierania patentowych porozumień ograniczających konkurencję, ale na egzekwowaniu przestrzegania europejskiego prawa konkurencji. Komisja przyjęła szereg indywidualnych decyzji wobec firm farmaceutycznych, nakładając odpowiednio kary za ustanawianie antykonkurencyjnych porozumień. Przykładowo, w 2014 r. Komisja nałożyła na firmę Servier karę o wysokości 330 mln euro oraz na kilku producentów leków generycznych kwotę 97 mln euro za opóźnienia wejścia na rynek leków generycznych peryndoprylu (leku stosowanego w leczeniu nadciśnienia tętniczego), poprzez zawiązanie umowy zapłaty za opóźnienie⁴⁷⁵.

Porozumienia patentowe, ze względu na klauzule w nich ujęte oraz konsekwencje ich przyjęcia między producentami innowacyjnymi oraz producentami generycznymi, mogą stanowić bezpośrednie ograniczenie obrotu generycznych produktów leczniczych na obszarze UE. O ile takie porozumienia, z uwagi na fakt, iż są zawierane w zgodzie z producentami leków generycznych, nie wpływają negatywnie na ich działalność gospodarczą, biorąc pod uwagę rekompensaty opóźnień proponowane przez firmy innowacyjne, o tyle z perspektywy konsumenta-pacjenta, a także państwa jako ponoszącego główne wydatki w sektorze ochrony zdrowia opóźnienia w dostępie do produktów generycznych

⁴⁷¹ *Czwarty raport Komisji Europejskiej dotyczący badania porozumień patentowych w okresie styczeń–grudzień 2012*, http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/patent_settlements_report4_en.pdf, [dostęp: 15.05.2016].

⁴⁷² *Ibidem*.

⁴⁷³ Ż. Pacud, *Ochrona patentowa...*, s. 107.

⁴⁷⁴ *Piąty i szósty raport Komisji Europejskiej dotyczący badania porozumień patentowych w okresie styczeń–grudzień 2013 oraz 2014*, <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/>, [dostęp: 15.05.2016].

⁴⁷⁵ Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie AT. 39612 – *Perindopril* (Servier), wersja prowizyjna, niekonfidenjonalna decyzji dostępna na stronie internetowej http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39612/39612_11972_5.pdf, [dostęp: 15.05.2016].

wiążą się z ograniczeniem konkurencji. Pociąga to za sobą wyższe ceny leków, a zatem zwiększone wydatki na ich zakup.

3.4. Konkluzje

Ochrona patentowa obejmująca leki innowacyjne stanowi jedną z podstawowych barier w obrocie lekami generycznymi w UE. W porównaniu z wymogami uzyskania pozwolenia na wprowadzenie do obrotu generycznego produktu leczniczego, określonymi jako bariery administracyjne, udzielone patenty na leki innowacyjne ujawniają się jako bariery prawne obrotu lekami generycznymi. Nawet, jeżeli producent danego generyka uzyska pozwolenie na jego wprowadzenie do obrotu na terenie jednego lub więcej państw członkowskich UE, nie jest to jednoznaczne ze sposobnością legalnej produkcji i dalszej sprzedaży tego produktu w obrębie ww. państw. Tak długo, jak istnieje ochrona patentowa leku referencyjnego, a w kolejności również dodatkowe świadectwo ochronne, producent generyka musi liczyć się z możliwością otrzymania pozwu o naruszenie praw z patentu. Zatem, mimo iż w praktyce producent może uzyskać pozwolenie na wprowadzenie leku generycznego do obrotu przed wygaśnięciem ochrony patentowej na lek innowacyjny i faktycznie rozpocząć jego komercjalizację, obawa przed procesem sądowym skutecznie przeciwdziała tego typu działaniom. Proces sądowy generuje nie tylko koszty związane z jego prowadzeniem, ale także pokąsną sumę odszkodowania zasądzaną na rzecz powoda – producenta leku referencyjnego. Spór sądowy może przede wszystkim skutkować wydaniem tymczasowego nakazu sądowego uniemożliwiającego produkcję i sprzedaż na określonym rynku danego leku generycznego na średnio 18 miesięcy. W obliczu możliwych negatywnych konsekwencji prowadzenia sprawy przed sądem cywilnym o naruszenie prawa z patentu ochrona patentowa leków innowacyjnych stanowi zasadniczą barierę prawną obrotu lekami generycznymi w UE.

Tymczasem słuszność samego istnienia ochrony patentowej produktów leczniczych jako takiej nie jest negowana. Wszakże zarówno koncerny farmaceutyczne produkujące leki oryginalne, jak i te produkujące leki generyczne wskazują na pobudzający innowację charakter ochrony patentowej w sektorze farmaceutycznym, która to jest niezbędna dla skutecznej prewencji nowo ujawniających się chorób oraz efektywniejszej walki z obecnie znanymi. Należałoby przy tym dokonać krytycznej oceny struktury systemu ochrony patentowej, która podlega stałemu umacnianiu i poszerzaniu patentowania oryginalnych produktów leczniczych. Po pierwsze, dotyczy to samego procesu internacjonalizacji i regionalizacji tejże ochrony, który w praktyce spowodował brak możliwości korzystania z tzw. luk w ochronie patentowej przez producentów leków generycznych na obszarze UE. Następnie, w skali zarówno krajowej, jak i europejskiej, wzmocnienie ochrony patentowej leków uwidoczniło się poprzez wprowadzenie dodatkowego świadectwa ochronnego, a także ochrony pierwszego i następnych zastosowań medycznych czy zwiększenie elastyczności w ocenie przesłanek zdolności patentowej wynalazków farmaceutycznych. W istocie instytucje te ukazały się jako narzędzia, które nie podnoszą innowacji w dziedzinie farmacji, a jedynie przyczyniają się do zwiększania monopolu koncernów farmaceutycznych i podnoszenia ich zysków ze sprzedaży opatentowanych leków.

Po dokonaniu oceny samej struktury systemu ochrony patentowej produktów leczniczych należy zwrócić uwagę na jego wykorzystanie w praktyce przez producentów farmaceutyków. Dotyczy to mianowicie przyjmowanych przez nie polityk i strategii patentowych, które często wykraczają poza podstawowy cel ochrony patentowej, jakim jest prewencja przed naruszeniem przez osoby trzecie ich praw podmiotowych, a służy w większości wyłącznie do ograniczania wejścia na rynek konkurencyjnych leków generycznych. Aby zapewnić równowagę między innowacją a konkurencją na rynku farmaceutycznym, ochrona patentowa powinna być wykorzystywana we właściwy, uregulowany prawnie sposób pozwalający na korzystanie z czasowego monopolu producentom leków innowacyjnych oraz po jej wygaśnięciu na efektywne i szybkie wprowadzenie leków generycznych na rynek, których pojawienie się jest szczególnie istotne dla społeczeństwa.

Wreszcie, ocenie należy poddać również samą ingerencję instytucji UE w dziedzinie prawa patentowego, która – jak sama zasada terytorializmu wskazuje – należy do kompetencji państw członkowskich UE. Z uwagi na ochronę swobody przepływu towarów UE zdecydowała się na ingerencję w krajowe systemy prawa własności intelektualnej, jak chociażby poprzez ustanowienie dodatkowego świadectwa ochronnego czy nadal rozpatrywany projekt jednolitego patentu europejskiego. Wprawdzie działania te nie odnoszą się wyłącznie do obrotu produktami leczniczymi, gdyż prawo patentowe dotyczy wynalazków z różnych dziedzin techniki i przemysłu. Jednak to w obrębie sektora farmaceutycznego, znajdującego się na granicy czystej działalności gospodarczej i obowiązku ochrony zdrowia publicznego spoczywającego na państwach, unijne prawo własności intelektualnej jest najbardziej kontrowersyjne, gdyż w sposób bezpośredni wpływa na obroty danymi lekami na terytorium państwa, a zatem pośrednio na sam system ochrony zdrowia przyjęty w danym kraju. Ukazanie zależności obrotu lekami generycznymi od instytucji prawa patentowego, obecnie determinowanego w dużej mierze przez prawodawcę unijnego, w sposób szczególny uzewnętrznia ową problematykę utrzymania autonomii państw członkowskich w dziedzinie zdrowia publicznego.

Zakończenie

Zasada swobody przepływu towarów odgrywa zasadniczą rolę w ułatwieniu obrotu produktów leczniczych, w tym również generycznych produktów leczniczych, między państwami członkowskimi UE. Priorytetowe zniesienie zakazów i ograniczeń w wymianach handlowych pozwoliło na wprowadzanie produktów leczniczych z jednego państwa członkowskiego na rynek farmaceutyczny w drugim państwie członkowskim. I nawet, jak wydawałoby się oczywista, przesłanka ochrony zdrowia z art. 36 TFUE nie może być przywoływana w sposób autorytatywny przez państwa w celu ograniczenia przepływu produktów leczniczych. Na straży swobody przepływu towarów, a w tym i swobody przepływu leków, stoi orzecznictwo TSUE oraz działalność regulacyjno-harmonizująca instytucji unijnych przejawiająca się przyjmowaniem licznych aktów prawnych w tejże temacie.

tyce, a w szczególności dyrektywy w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi.

Obowiązek wcześniejszego uzyskania odpowiedniego pozwolenia na wprowadzenie leków, również generycznych, do obrotu stanowi jedną z podstawowych barier administracyjnych w obrocie tymi produktami. Dodatkowo wymóg uzyskania owego pozwolenia w każdym z państw członkowskich UE podkreśla złożoność obrotu tymi produktami w wymiarze unijnym. W tym kontekście działania prawodawcy unijnego pozwoliły na znaczne uproszczenie tego procesu dzięki przeprowadzonej harmonizacji procedur wprowadzenia do obrotu produktów leczniczych oraz ustanowienie tzw. procedur unijnych, z których leki generyczne mogą także w większości korzystać. Ponadto ważną rolę na tym etapie obrotu odgrywa instytucja handlu równoległego. Bogate orzecznictwo TSUE otworzyło furtkę dla handlu równoległego lekami generycznymi, dzięki czemu obrót nimi między państwami członkowskimi UE został znacznie ułatwiony i usprawniony. Nadto, pozytywny wpływ na obrót lekami generycznymi w UE miało przyjęcie europejskiej klauzuli Roche-Bolara, która zharmonizowała i przyspieszyła proces ich wprowadzenia do obrotu poprzez umożliwienie uzyskania administracyjnego pozwolenia przed upływem okresu ochrony patentowej leków innowacyjnych.

Ochrona patentowa innowacyjnych produktów leczniczych stanowi podstawową barierę prawną dla obrotu lekami generycznymi na terytorium państw, gdzie ochrona ta obowiązuje. W tym kontekście należy przywołać pozytywne osiągnięcia procesu internacjonalizacji i europeizacji ochrony patentowej. Międzynarodowe i europejskie akty prawne dokonały harmonizacji zakresu i przesłanek ochrony patentowej w państwach członkowskich UE. Przyczyniło się to do większej przejrzystości zakresu ochrony patentowej w skali światowej i europejskiej. Dla producentów leków generycznych, których działalność gospodarcza polega na wprowadzaniu na rynek odpowiedników leków opatentowanych, owa przejrzystość zakresu ochrony patentowej ustanowionej na leki innowacyjne odegrała kluczowe znaczenie, pozwalając na wyznaczenie terytorium państw członkowskich UE, na których legalnie mogą produkować i sprzedawać swe towary oraz w jakim zakresie mogą tego dokonywać. Pozytywne oddziaływanie na obrót lekami generycznymi ma również ustanowienie patentu europejskiego i możliwość ustanowienia w przyszłości jednolitego patentu europejskiego, z uwagi na perspektywę scentralizowania procedur administracyjnych i sądowych. W znaczny sposób ułatwia to bowiem producentom leków generycznych podważenie istoty i zakresu przyznanych producentom leków innowacyjnych praw patentowych.

Przywołane w niniejszym opracowaniu akty legislacyjne i regulacyjne oraz orzecznictwo instytucji Unii Europejskiej co do zasady zmniejszyły uciążliwość barier prawnych i administracyjnych w obrocie lekami generycznymi na obszarze UE. Działania te podejmowane były w imię zapewnienia efektywności traktatowej zasady swobody przepływu towarów. Niemniej jednak bariery i ograniczenia w obrocie generykami nadal istnieją, a w niektórych sytuacjach zostały wręcz wyostrożone w efekcie harmonizacyjnej działalności UE. Ograniczenia ujawniają się poprzez wprowadzenie nowych instytucji i procedur w stare systemy prawne, jak dodatkowe świadectwo ochronne czy procedury

wprowadzenia do obrotu produktów leczniczych, potęgując przeszkody w obrocie generykami dotychczas obowiązujące. Działalność instytucji UE wywarła negatywny wpływ na obrót lekami generycznymi z uwagi na swój wyłącznie harmonizacyjny charakter. Regulowanie obrotu produktami leczniczymi, wobec ścisłego związku z dziedziną zdrowia publicznego, usytuowane jest na granicy wyłącznych kompetencji UE odnośnie do regulacji jednolitego rynku wewnętrznego a kompetencji państw członkowskich UE w zakresie polityk ochrony zdrowia. Z tego względu instytucje UE, chcąc interweniować w sektorze farmaceutycznym, przyjmowały przede wszystkim dyrektywy, których postanowienia, pomimo przyjętego obowiązku harmonizacji, zostały w różny sposób implementowane w systemach prawnych państw członkowskich. Mimo dobrych intencji powstał chaos w przepisach prawnych i ich egzekwowaniu na poziomie unijnym i państw członkowskich, który jedynie negatywnie oddziałuje na obrót lekami generycznymi między państwami członkowskimi UE, stanowiąc dalsze, dodatkowe ograniczenie tegoż obrotu.

Wreszcie, co należy zauważyć, nie tylko konkurencyjna działalność dwóch legislatorów, ale w istocie dwudziestu ośmiu legislatorów, wpływa na powstały chaos w przepisach prawa farmaceutycznego. Odmienności w implementacjach dyrektyw unijnych przez państwa członkowskie oraz przyjmowanie specyficznych przepisów prawnych dotyczących obrotu produktami leczniczymi jest bezpośrednio związane z ich wewnętrzną polityką zdrowotną. Niektóre z państw nade wszystko promują innowacyjność sektora farmaceutycznego, przez co swoją działalnością legislacyjną wspierają szczególnie firmy produkujące leki oryginalne. Natomiast inne państwa, z uwagi na swe ograniczenia budżetowe, swoją politykę zdrowotną koncentrują na promowaniu produkcji leków generycznych. Czasem wspieranie obrotu generyków bądź leków oryginalnych przez rządy zależy od firmy farmaceutycznych, które mają swoją siedzibę na terytorium danego państwa. Przykładowo – takie kraje jak Polska czy Rumunia, w których działalność gospodarczą prowadzą przede wszystkim producenci leków generycznych, swymi decyzjami będą wspierać krajowe przedsiębiorstwa generyczne. Natomiast państwa zachodnioeuropejskie, jak Niemcy czy Francja, z uwagi na silne przedstawicielstwo producentów leków oryginalnych przyjmują więcej strategii promujących leki innowacyjne.

Niemniej jednak nie należy zapominać, iż w obu przypadkach państwa kierują się obowiązkiem zapewnienia swym obywatelom skutecznej ochrony zdrowia poprzez dostęp do leków. Producenci zarówno leków oryginalnych, jak i leków generycznych odgrywają istotną rolę w dążeniu do efektywności ochrony zdrowia. Wkład pierwszych polega na stałym podnoszeniu innowacyjności w dziedzinie farmacji i medycyny niezbędnej dla rozwoju ochrony zdrowia, szczególnie w perspektywie stale spadającej rezystencji bakterii na antybiotyki. Z kolei producenci leków generycznych poprzez działalność konkurencyjną przyczyniają się do promowania powszechności ochrony zdrowia, obniżając ceny niezbędnych produktów leczniczych na rynku. Wobec powyższego konieczność występowania na rynku farmaceutycznym zarówno leków oryginalnych, jak i leków generycznych jest niepodważalna. W UE konieczność ta jest dodatkowo wzmocniona traktatową zasadą konkurencyjności.

W podsumowaniu niniejszego opracowania trzeba wskazać na potrzebę utrzymania równowagi na rynku farmaceutycznym między lekami innowacyjnymi i lekami generycznymi. Co więcej, owa równowaga powinna również być zachowana w odniesieniu do działalności legislacyjnej na poziomie krajowym i na poziomie unijnym, ponieważ – jak przedstawiono na łamach tego opracowania – nadmierna ingerencja legislatora unijnego w autonomię krajowych systemów zdrowia prowadzi do chaosu, a nie harmonizacji i ostatecznie nie chroni swobody przepływu leków, a ją blokuje. Uwidocznione zostało to zarówno na etapie implementacji przepisów unijnych, ich stosowania w praktyce, jak i samego przyjmowania podczas obrad UE. Ukazano, iż w istocie integracja europejska jest niepełna w dziedzinie produktów leczniczych, a sprzeczności wynikają z samego unijnego prawa pierwotnego. Szablonowym przykładem tej sprzeczności jest problematyka ustalania cen i refundacji leków. Dyrektywa przejrzystości nie tylko została w różny sposób przyjęta do krajowych porządków prawnych, ale także jej przepisy są na 28 możliwych sposobów egzekwowane w praktyce administracyjnej. Wreszcie, propozycja nowelizacji tej dyrektywy spotkała się ze zdecydowanym sprzeciwem państw członkowskich na forum Rady Unii Europejskiej. Na tej podstawie należy stwierdzić, iż tak długo, jak określanie systemów ochrony zdrowia będzie stanowić autonomiczną kompetencję państw członkowskich UE, tak długo UE powinna odgrywać wyłącznie rolę moderatora w legislacji sektora farmaceutycznego. Podejmując działania jako moderator, UE powinna zdecydowanie częściej sięgać ku wprowadzaniu przepisów prawa miękkiego aniżeli prawa twardego. Przepisy unijnego prawa miękkiego w przedmiocie obrotu produktami leczniczymi pozwolą w sposób efektywniejszy i sprawniejszy zapewnić równowagę zarówno między lekami generycznymi i lekami oryginalnymi na rynku, jak i między wieloma legislatorami.

W odniesieniu do tytułowego obrotu leków generycznych w UE można wysunąć raczej pesymistyczne wnioski na temat obowiązywania traktatowej zasady swobody przepływu towarów. Obrót generykami jest najpełniej swobodny w teorii, a starania UE są sprowadzane na manowce w krajowej rzeczywistości, gdyż ostatecznie autonomia państw może hamować tenże obrót w praktyce. Niemniej jednak, biorąc pod uwagę powyższe wnioski, wskazane byłoby przyjęcie przez Komisję Europejską wytycznych dotyczących obrotu lekami generycznymi w przestrzeni UE. Wytyczne te, niemające wiążącego charakteru prawnego, pozwoliłyby zachować omówioną równowagę między legislatorem unijnym i legislatorem krajowym. Dodatkowo państwa na podstawie owych wytycznych mogłyby dokonać rewizji własnych regulacji w przedmiocie generyków, przeprowadzając badanie równowagi leków generycznych i leków innowacyjnych na krajowym rynku farmaceutycznym. Wreszcie, przyjęcie tychże wytycznych pozwoliłoby na zebranie w jednym dokumencie całości rozproszonych regulacji odnoszących się do obrotu lekami generycznymi, a nadto stanowiłyby one pewne odwzorowanie dobrych praktyk w tym zakresie wszystkich państw członkowskich UE. Chaos legislacyjny pokonałaby „łagodna” harmonizacja.

OCHRONA DANYCH OSOBOWYCH A PRAWO DO PRYWATNOŚCI W UNII EUROPEJSKIEJ

Wstęp

Tematyką niniejszego artykułu jest problem ochrony danych osobowych w świetle prawa do prywatności. Wybór takiego tematu podyktowany został aktualnością problemów ochrony w sferze zarówno danych osobowych, jak i prawa do prywatności. Aktualność ta wyraża się w reformie ochrony danych osobowych w prawodawstwie Unii Europejskiej, której to końcowe etapy można obserwować na przestrzeni ostatnich tygodni. Problematyka ta wymagała podjęcia przede wszystkim ze względu na postęp technologiczny, który w niezwykle szybkim tempie wpływa na wszystkie elementy rzeczywistości społecznej, prawnej, gospodarczej i tym samym stanowi podstawową oś trudności związanych z dostosowywaniem ochrony do obecnych wymogów.

Celem rozprawy jest wykazanie korelacji pomiędzy ochroną danych osobowych i prawem do prywatności, ich wzajemnego przenikania się i przez to konieczności kompleksowej ochrony obu wartości poprzez branie pod uwagę jednego z tych dóbr w celu ochrony drugiego. W niniejszym artykule ukazane zostały powiązania i różnice związane z ochroną obu wspomnianych praw. Podstawowym jednak zamierzeniem rozprawy jest ukazanie, jak zachowane zostaje prawo do prywatności w tak specyficznej dziedzinie, jaką jest ochrona danych osobowych, przy okazji przetwarzania danych, a także ukazanie odstępstw od ochrony prywatności w sferze danych osobowych. Zadaniem artykułu jest pokazanie, w jaki sposób i czy w ogóle prawo do prywatności zachowywane jest w sferze danych osobowych przy okazji chociażby przetwarzania danych czy też ich udostępniania, które to przecież niewątpliwie w ową prywatność ingerują. Problem polegający na tym, czy i jak prywatność jest chroniona w takich sytuacjach, za pomocą jakich instrumentów, jakie płyną dla niej zagrożenia i – jeśli ochrona prywatności w sferze danych osobowych w ogóle ma miejsce – czy jej poziom jest dostateczny i odpowiedni jest podstawowym problemem dla niniejszej pracy.

Zakres artykułu obejmuje zarówno problemy związane z ochroną danych osobowych, jak i z ochroną prywatności. Rozprawa bazuje na dorobku naukowym badaczy związanych z dziedzinami ochrony prywatności i ochrony danych osobowych, a także w dużej mierze opiera się na aktach prawa unijnego podstawowych dla ochrony danych osobowych oraz na jeszcze nieobowiązującym rozporządzeniu ogólnym o ochronie danych osobowych będącym efektem wieloletnich prac nad reformą ochrony danych oso-

bowych w UE. W artykule w wielu miejscach występuje porównanie rozwiązań prawnych wynikających z obowiązującej jeszcze dyrektywy i nowego rozporządzenia, mające na celu ukazanie zmian spowodowanych koniecznością dostosowania prawodawstwa do obecnych potrzeb. Podstawą dla artykułu okazało się orzecznictwo TSUE, które to w wielu przypadkach stanowi wskazówkę, jak prawo unijne powinno być stosowane w praktyce i jak powinny być rozumiane jego pojęcia. Orzecznictwo to stanowi w niniejszej pracy ilustrację dla aktualnych problemów związanych z ochroną danych osobowych i prywatności w praktyce, podkreśla trudności w sferze ochrony wartości będących przedmiotem pracy wywołane postępowaniem technologicznym.

Na strukturę artykułu składają się trzy rozdziały. W pierwszym przedstawione zostały podstawowe problemy wprowadzające do tematyki artykułu. Zawiera on podstawowe definicje pojęć kluczowych, takich jak: prywatność, dane osobowe, zakresy tych pojęć, podstawy prawne dla ochrony prywatności i danych osobowych, a także zakres ochrony, przedstawienie poziomu tej ochrony i jej prawnych standardów. Drugi rozdział dotyczy mechanizmów pozwalających na zachowanie prawa do prywatności w sferze ochrony danych osobowych przy okazji operacji na danych osobowych, które mogą stanowić ingerencję w prywatność osoby, od której pochodzą, jak np. przetwarzanie czy udostępnianie danych. Przedstawione zostały też rozwiązania prawne, które mają zapewnić w praktyce zachowanie prawa do prywatności przy przetwarzaniu danych osobowych, a także podstawowy problem dopuszczalności w ogóle przetwarzania danych w świetle prawa do prywatności jako potencjalnie wkraczającego w sferę prywatności. W trzecim rozdziale z kolei przedstawione zostały zagrożenia dla zachowywania prywatności w sferze ochrony danych osobowych, potencjalne mechanizmy, które pozwalają na odstępstwa od zachowywania prywatności przy okazji dokonywania operacji na danych osobowych. Uwydatniony został problem transgranicznego przepływu danych czy też skala zjawiska związana z rozwojem technologii, a w szczególności sieci Internet i przetwarzaniem danych w sieci na niezwykle szeroką skalę. Zasygnalizowany został problem przepływu danych do państw spoza UE, państw trzecich, które nie zawsze zapewniają odpowiedni poziom ochrony danych osobowych, co może stanowić zagrożenie dla prywatności podmiotów danych.

Niniejszy artykuł podejmuje zatem niezwykle ciekawy i aktualny problem ochrony danych osobowych w świetle prawa do prywatności w UE.

1. Ochrona danych osobowych i prawo do prywatności – pojęcia, podstawa prawna, zakres

1.1. Podstawa prawna, pojęcie i zakres prawa do prywatności

1.1.1. Podstawa prawna

Prawo do prywatności zaliczane jest w prawie wewnętrznym, unijnym i międzynarodowym do podstawowych praw człowieka. Uzasadnione jest stwierdzenie, że prawo to chronione jest niemal we wszystkich systemach prawnych. Gwarantowane jest

przez polską Konstytucję z 1997 r., która w art. 47 stanowi, że „Każdy ma prawo do ochrony życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym” oraz w art. 51¹, którego paragraf 1 stanowi, że „Nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby”.

W prawie Unii Europejskiej prywatność początkowo nie znajdowała ochrony w traktatach ustanawiających Wspólnoty, z biegiem czasu wykształcił się jednak autonomiczny system ochrony praw podstawowych, w tym także prawa do prywatności. Szczególną rolę w tej kwestii odgrywał i odgrywa nadal Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), który przez dekady w swoim orzecznictwie podkreślał, że prawa człowieka stanowią część zasad ogólnych dawnego prawa wspólnotowego, a więc zasad branych pod uwagę przy stosowaniu i interpretacji prawa unijnego (wywodzonych przez TSUE z traktatów), wynikających z tradycji kulturowych i konstytucyjnych państw członkowskich UE oraz w EKPC². Ochrona praw podstawowych okazała się na tyle konieczna, że pojawiła się w orzecznictwie właśnie w kontekście zasad ogólnych prawa przy okazji sprawy *Stauder* z 1969 r.³ Koncepcja ta rozwijana była w kolejnych orzeczeniach aż do kluczowego momentu dla rozwoju ochrony praw podstawowych, a zatem i prawa do prywatności – uznania praw zawartych w Karcie praw podstawowych na mocy art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) w wersji traktatu z Lizbony⁴, kiedy to prawa podstawowe zostały usystematyzowane i uwypuklone, a Karta Praw Podstawowych (KPP) zyskała taką samą moc prawną jak traktaty. Art. 6 TUE zapewnia poszanowanie praw człowieka i podstawowych wolności jako tradycji konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich, a także poszanowanie praw podstawowych zawartych w europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności (EKPC) jako części zasad ogólnych prawa⁵. Zatem, w odniesieniu do prawa do prywatności, Unia Europejska zobowiązana jest szanować prawa wynikające z art. 8 EKPC, tj. prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego obejmujące cztery sfery: ochrona życia prywatnego, rodzinnego, korespondencji, mieszkania⁶. Prawo do prywatności chronione jest art. 7 KPP (prywatność w znaczeniu szerszym), który na mocy traktatu lizbońskiego otrzymał brzmienie: „Każdy ma prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się”⁷. Co ciekawe, prawo to jest podobne zakresowo do tego określonego w EKPC⁸. Prawo do prywatności gwarantuje także art. 8 (prywatność informacyjna) KPP⁹.

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, art. 47 i 51.

² J. Braciak, *Prawo do prywatności*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2004, s. 103.

³ Wyrok TSUE 29/69, *Stauder przeciwko Ulm*, EU:C:1969:57.

⁴ Traktat o Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana, Dz. Urz. UE C 326/01 z 26.10.2012 r., art. 6.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, art. 8, dalej EKPC.

⁷ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 326/391 z 26.10.2012 r., art. 7, dalej KPP.

⁸ Art. 8 EKPC.

⁹ J. Braciak, *op. cit.*, s. 103.

1.1.2. Pojęcie

Stworzenie precyzyjnej, konkretnej definicji prawa do prywatności jest niemalże niemożliwe – ciągle zmieniająca się sytuacja społeczna, gospodarcza, rozwój techniki – w szczególności przestrzeni informatycznej – powodują, że zakres tego, co „prywatne” także nieustannie się zmienia¹⁰. Ze względu na przekształcające się realia i szybko postępującą informatyzację życia określenie, choć jedynie ramowe, sfery prywatności jest niezwykle istotne dla jej ochrony. Wagę ochrony prywatności podkreśla Marek Safjan, wskazując, że: „prywatność ma podlegać ochronie właśnie dlatego i tylko dlatego, że przysznaje się każdej osobie prawo do wyłącznej kontroli tej sfery życia, która nie dotyczy innych, a w której wolność od ciekawości innych jest swoistą *conditio sine qua non* swobodnego rozwoju jednostki”¹¹. Definicja prawa do prywatności wymaga zatem w pierwszej kolejności zdefiniowania samej prywatności w ogólności.

Przyjmuje się, że pojęcie prawa do prywatności wprowadzili w 1890 r w Ameryce Samuel Warren i Louis Brandeis w swoim artykule pt. *The Right to Privacy*¹². Choć podwalin wyróżniania prywatności niektórzy autorzy doszukują się już w Biblii, a później w myśli Benjamina Constanta czy Johna Stuarta Milla¹³, to dla doktryny prawa szczególne znaczenie miał wspomniany artykuł. Współcześnie pojęcie to definiuje się jako pewną sferę wolną od cudzej ingerencji, przy czym zaznaczyć należy, że definicje nawiązują do rozwijającego się orzecznictwa w tym zakresie poprzez wskazywanie składających się na tę wolną od ingerencji sferę elementów¹⁴. Prywatność można też definiować jako opozycję do publicznej sfery aktywności. A. Kopff definiuje ją jako „to wszystko, co ze względu na uzasadnione odosobnienie się jednostki od ogółu służy jej do rozwoju fizycznej lub psychicznej osobowości oraz zachowania osiągniętej pozycji społecznej”¹⁵. M. Jabłoński rozumie prywatność jako autonomię jednostki funkcjonującej w określonej rzeczywistości i sumę wartości na tę autonomię się składających¹⁶. K. Motyka z kolei wskazuje na poszczególne elementy składowe prawa do prywatności, takie jak: tajemnica korespondencji, ochrona danych osobowych, nietykliwość mieszkania, w efekcie eliminując samo pojęcie prywatności¹⁷, co może budzić pewne kontrowersje. M. Chrabonszczewski pisze o prywatności jako o „regulowaniu przez jednostkę dostępności swojej osoby dla innych”¹⁸, dostępności w sensie fizycznym – nietykliwości, a także w sensie psychicznym – myśli, przeżyć. Można mó-

¹⁰ *Ibidem*, s. 21.

¹¹ M. Safjan, *Prawo do ochrony życia prywatnego*, [w:] *Szkola Praw Człowieka*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2006, s. 211 i n.

¹² L. Brandeis, *The Right to Privacy*, „Harvard Law Review” 1890, vol. 4, s. 193 i n.

¹³ J. Braciak, *op. cit.*, s. 12 i n.

¹⁴ *Ibidem*, s. 36.

¹⁵ A. Kopff, *Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, „Studia Cywilistyczne”, t. XX, Warszawa 1972, s. 30 i n.

¹⁶ M. Jabłoński, *Prywatność jako przesłanka ograniczenia dostępu do informacji publicznej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2007, nr 86, s. 280.

¹⁷ M. Jagielski, *Konstytucjonalizacja ochrony prywatności*, [w:] R. Małajny (red.), *Konstytucjonalizm a doktryny polityczno-prawne. Najnowsze kierunki badań*, Katowice 2008, s. 267.

¹⁸ M. Chrabonszczewski, *Prywatność. Teoria i praktyka*, Warszawa 2012, s. 93.

wić o prywatności w układzie poziomym jako o zbiorze pewnych dóbr chronionych, z których każde może być chronione indywidualnie (jak np. tajemnica korespondencji, nietykalność cielesna) oraz w układzie pionowym, gdy chronimy sferę intymności i sferę prywatności, a poza zakresem ochrony pozostaje sfera publicznie, ogólnie dostępna¹⁹. J. Braciak rozróżnia dwie odmiany prywatności: „jedną związaną z wolnością i bezpieczeństwem, tworzącą zamkniętą sferę działań czy zachowań jednostki, niepoddającą się kontroli zewnętrznej, i drugą – wiążącą się z pojęciem godności osobistej, polegającą na stworzeniu dystansu w stosunku do innych osób, na usunięciu zagrożenia przed nieuprawnioną ciekawością, niedyskrecją, nadmierną poufałością”²⁰. Ta sama autorka wskazuje na dwojaki charakter prawa do prywatności (podobnie jak wcześniej wspomniany M. Chrabonszczewski) jako kategorii szczególnej, nadrzędnej dla pewnej grupy praw oraz jako samodzielnego dobra podlegającego ochronie. W tym pierwszym przypadku prawo do prywatności wywierałoby wpływ na ocenę realizacji praw znajdujących się w jego zakresie, a uściśleniu podlegałyby wartości objęte zakresem prawa do prywatności. Drugie rozumienie prawa do prywatności – jako dobra samodzielnego – według autorki wzmacnia ochronę osób dochodzących swych praw. Ponieważ ochronie w tym przypadku podlega prywatność w ogólności, a nie poszczególne dobra, ochrona będzie aktywna także w sytuacji, gdy dane dobro nie jest chronione konkretną procedurą ochronną²¹. J. Braciak zwraca także uwagę na problemy przy określeniu definicji prywatności, ponieważ to, co znajduje się w sferze prywatnej, zależy od subiektywnej oceny każdego człowieka. W efekcie definicję należałoby w jakiś sposób zobiektywizować. Prywatność jest rozdzielana także na trzy elementy: pierwszy – uprawnienie jednostki do decydowania, jakie informacje na jej temat mogą być udostępniane; drugi – możliwość kontroli udostępnionych informacji i trzeci – stan reglamentowania dostępu do samego siebie²². Z tymi elementami łączą się trzy aspekty prywatności: relacyjny (związany z kontaktami z innymi podmiotami), informacyjny (związany z ilością i charakterem przekazywanych informacji) i fizyczny (związany z fizyczną dostępnością do osoby)²³. Ponieważ pojęcie prywatności jest wspólne dla wielu dziedzin, jego definicja zazwyczaj sprowadza się do sformułowań ogólnych, zmierzających raczej do wyznaczenia ram prywatności niż samej jej treści²⁴.

Jak widać, stworzenie spójnej, jednolitej definicji prywatności, która byłaby powszechnie aprobowana, jest niemożliwe. Każdy z autorów zajmujących się tą problematyką prezentuje bowiem własną koncepcję i podejście do pojmowania prywatności i jej zakresu.

¹⁹ *Ibidem*, s. 95.

²⁰ J. Braciak, *op. cit.*, s. 47.

²¹ *Ibidem*.

²² R. Dopierała, *Prywatność w perspektywie zmiany społecznej*, Kraków 2013, s. 20.

²³ *Ibidem*, s. 22 i n.

²⁴ M. Sakowska-Baryła, *Prawo do ochrony danych osobowych*, Wrocław 2015, s. 26.

1.1.3. Zakres

Zakres prawa do prywatności jest niezwykle złożony. Jak już zostało wspomniane przy problemach definicyjnych, na pojęcie prawa do prywatności składa się wiele obszarów, które mogą być chronione zarówno jako samoistne wartości, jak i w ramach prawa do prywatności. Wśród takich sfer wymienić należy przede wszystkim: ochronę danych osobowych, korespondencji (lub szerzej tajemnicę komunikowania się), mir domowy, nietykalność cielesną, cześć, godność, wolność sumienia i wyznania, a także wiele innych. Katalog ten wciąż się poszerza, w miarę postępu technologicznego, gospodarczego dodawane są do niego nowe sfery, a precyzyjne wymienienie każdej z nich jest zadaniem niezwykle trudnym. Odnośnie do zakresu prawa do prywatności określonego w Konstytucji RP, J. Braciak pisze: „Z jednej strony nie ma podstaw do przyjmowania, że suma przepisów dotyczących wartości wchodzących w skład sfery życia prywatnego wyznacza jej ostateczne granice czy zakres, a więc że jeśli jakaś dziedzina stosunków nie została przepisami objęta, to pozostaje poza konstytucyjnymi gwarancjami prywatności”²⁵. Prywatność nie podlega jednak ochronie absolutnej. Jak każde prawo ma swój koniec tam, gdzie leży granica, początek odpowiadającego prawa innej jednostki. Ochrona prywatności może doznawać pewnych ograniczeń, które uzasadnione będą interesem bądź społecznym, powszechnym, bądź indywidualnym konkretnej jednostki²⁶. W pierwszym przypadku prawo do prywatności jest w konflikcie z innymi prawami w sytuacji przedkładania dobra ogółu związanego z tymi innymi prawami nad dobro jednostki²⁷. Ograniczanie prywatności nie może być uznaniowe, następować może tylko w ostateczności, w sytuacji braku innego rozwiązania musi przebiegać w zgodzie z przewidzianymi prawem mechanizmami (działania uprawnionego organu i tylko takiego, odpowiadające pewnej procedurze, po spełnieniu przewidzianych przesłanek), nie może następować samowolnie. Uzasadnienie stanowi interes publiczny, który musi znaleźć odzwierciedlenie w przepisach prawa. Tenże interes to podstawowe wartości społeczeństwa, takie jak: bezpieczeństwo, porządek publiczny, ochrona zdrowia publicznego, moralności²⁸. Konflikt prywatności z tymi dobrami musi być rozstrzygany w szerokim kontekście w odniesieniu zarówno do prawa, moralności, jak i do finansów. Z kolei naruszenie prywatności wynikające z tego konfliktu powinno być jak najmniejsze i nastąpić w razie konieczności jedynie w niezbędnym zakresie. Równie skomplikowana wydaje się być zatem druga sytuacja naruszania prawa do prywatności, która jest uzasadniana interesem jednostki. W tym przypadku skonfliktowane zostaje prawo do prywatności z innym prawem lub wolnością danej jednostki. Można zaryzykować stwierdzenie, że poza sytuacją ratowania życia lub zdrowia oba z tych skonfliktowanych praw mają wagę w zasadzie równą. Powstaje zatem pytanie, jak ów konflikt powinien zostać rozstrzygnięty i czy w przypadku przypisania przegranej prawu do prywatności taka sytuacja będzie dostatecznie uzasadniona²⁹. Osob-

²⁵ *Ibidem*, s. 164.

²⁶ *Ibidem*, s. 53.

²⁷ M. Chrabonszczewski, *op. cit.*, s. 95.

²⁸ *Ibidem*, s. 111 i n.

²⁹ *Ibidem*, s. 115.

ną kwestią jest wyrażenie zgody na ograniczenie prywatności w danej sytuacji. Prawo do prywatności jest bez wątpienia prawem niezbywalnym, a więc niemożliwe jest jego zrzeczenie się. Wydaje się jednak, że wyrażenie zgody na ograniczenie bądź naruszenie prawa do prywatności przez konkretną osobę w konkretnej sytuacji jej dotyczącej jest dopuszczalne w myśl sentencji *volenti non fit iniuria*. Zgoda taka musi jednak spełniać pewne niezbędne wymagania. Należą do nich: świadomość jej wyrażenia, brak pozorności, błędu, niewątpliwość zgody³⁰. Uzasadnieniem możliwości wyrażenia zgody na naruszenie prywatności może być także jeden z zasygnalizowanych już problemów leżących u podstaw trudności definicyjnych związanych z prawem do prywatności i prywatnością w ogólności, tj. subiektywność względem oceny tego, co leży w sferze prywatnej, a co już poza nią. W tym kontekście każda jednostka ma jakoby uprawnienie do zakreślania własnych granic swojego prawa do prywatności i konkretnych sfer, które wchodzi w jego skład, zgodnie z własnymi, subiektywnymi przekonaniem, moralnością, dobrem. Te granice nie zawsze muszą pokrywać się z tymi ogólnymi, wyznaczonymi przez normy prawne lub przyjętymi jako ogólna wartość w danej zbiorowości.

1.1.4. Prawne standardy ochrony prawa do prywatności w UE

Standardy ochrony prywatności w państwach członkowskich Unii Europejskiej wynikają z przepisów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, traktatów, Karty praw podstawowych, tradycji wspólnych dla państw członkowskich, aktów prawa wtórnego, a przede wszystkim z orzeczeń TSUE. Przepisy EKPC, którym UE zapewnia poszanowanie na mocy art. 6 TUE, stanowią standard minimalny ochrony, która musi być zapewniona przez poszczególne państwa – strony konwencji. Każde z państw-sygnatariuszy konwencji może zatem zapewnić szerszy zakres ochrony niż wyznaczony wspomnianym aktem prawnym, nie może jednak zejść poniżej wymaganego minimum. Wymienione przez EKPC cztery sfery ochrony nie są precyzyjnie określone, stanowią raczej ogólny i niedefiniowany dokładnie katalog, co zapewne wynika z samej specyfiki tego aktu jako aktu ogólnego, którego sformułowania w założeniu mają być akceptowane i przyjęte przez możliwie najszerszy krąg sygnatariuszy, i z drugiej strony specyfiki ochrony prywatności jako sfery pojemnej i chronionej w różnym zakresie przez państwa członkowskie. Terminy użyte w regulacji ochrony prywatności EKPC są szerokie³¹. Prawo do prywatności nie jest jednak absolutne, a ingerencja w opisane prawa jest co do zasady niedopuszczalna na gruncie EKPC. Jest ona możliwa jedynie w razie konieczności z uwagi na szczególne przesłanki mieszczące się w ramach interesu publicznego, w przypadkach określonych w ustawie, o czym stanowi art. 8 par. 2 konwencji³². Standard ochrony prawa do prywatności wynikający z KPP to w zasadzie przyjęcie standardu wynikającego z EKPC, art. 8 Konwencji wskazuje, że „Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji”³³, natomiast

³⁰ J. Braciak, *op. cit.*, s. 52.

³¹ J. Braciak, *op. cit.*, s. 72.

³² EKPC, art. 8.

³³ *Ibidem*, art. 8.

art. 7 karty, mówi, że „Każdy ma prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się”³⁴. Sformułowanie tych przepisów jest niemal identyczne. Poszerzeniu ulega tylko zakres ochrony prywatności w sferze komunikowania się, w odniesieniu do EKPC, gdzie ochronie podlega korespondencja, Karta natomiast szerzej wymienia wolność komunikowania się. Stopień ochrony praw zawartych w KPP jest pomocniczo określony w art. 53, który stanowi, że żadne z postanowień Karty nie może być interpretowane jako ograniczające prawa człowieka wynikające z prawa UE, międzynarodowego i wspólnych tradycji państw członkowskich³⁵. Podobnie jak w EKPC prawo do prywatności podlega ograniczeniom na mocy art. 52 KPP, zgodnie z którym każde ograniczenie praw musi być proporcjonalne, przewidziane przez ustawę i konieczne ze względu na ogólny interes wynikający z ochrony praw i wolności innych osób³⁶. Na podstawie przywołanych powyżej przepisów wynika, że standard ochrony prawa do prywatności wyznaczony przez nie jest niezwykle ogólny. Wynika to z ogólności samych aktów i ich przeznaczenia jako aktów dających pewną podstawę do konkretniejszej regulacji, a także jako aktów, których postanowienia mają być respektowane przez wiele podmiotów zapewniających różny poziom, zakres i stopień ochrony prywatności. Tak nieostre zapisy pozwalają, z jednej strony, swoim zakresem objąć więcej przypadków, mieć zastosowanie w większej liczbie sytuacji i stanów prawnych, a także obejmować coraz to nowe sfery, które wraz ze zmianami technologicznymi czy nawet obyczajowymi ochronie podlegać powinny. Z drugiej strony, brak wyraźnego zakresu i konkretnej sankcji wskazuje na niepewność takiej ochrony i możliwość nadużyć. Kluczowe znaczenie dla standardu ochrony prawa do prywatności ma zatem konkretyzacja występująca w postaci aktów prawa wtórnego UE i w szczególności orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE.

Akty prawa wtórnego odnośnie do prawa do prywatności w UE to m.in.: dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych³⁷ i planowane zastąpienie dyrektywy rozporządzeniem³⁸ w tym zakresie, dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej)³⁹, rozporządzenie nr 45/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2000 o ochronie osób fizycznych w związku

³⁴ KPP, art. 7.

³⁵ *Ibidem*, art. 53.

³⁶ *Ibidem*, art. 52.

³⁷ Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, Dz. Urz. WE L 281 z 23.11.1995 r.

³⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady – Wniosek Komisji w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) z dnia 25 stycznia 2012 r. COM(2012) 11 final. Dalej: Rozporządzenie ogólne

³⁹ Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) Dz. Urz. WE L 201 z 31.07.2002 r.

z przetwarzaniem danych osobowych przez instytucje i organy wspólnotowe i o swobodnym przepływie takich danych⁴⁰. Aktów praw wtórnego UE w zakresie prawa do prywatności jest wiele. Jak już zaznaczono, odpowiadają one zmianom koniecznym dla ochrony prywatności zachodzącym w wyniku rozwoju technologicznego. Dyrektywa z 1995 r. traktująca o ochronie danych osobowych ma zostać planowo zastąpiona rozporządzeniem uwzględniającym problemy wynikające z rozwoju zagrożeń dla tej sfery prywatności związanych z internetowym gromadzeniem i przetwarzaniem danych i skokiem technologicznym w tym zakresie.

Podsumowując, standard ochrony prywatności wciąż się poszerza, obejmując nie tylko zmiany zakresu ochrony związane z przeobrażeniami społecznymi, gospodarczymi, technologicznymi. Należy zaznaczyć że zmiana z dyrektywy wiążącej państwa członkowskie co do rezultatu, poziomu harmonizacji prawa ochrona wchodzi na poziom rozporządzenia, a więc na poziom ujednolicenia wiążącego państwa bezpośrednio, bez konieczności implementacji. Szczególnie ważne dla wyznaczania ochrony prywatności zdaje się być orzecznictwo TSUE. Wydaje się, że w istocie wyznacza ono zakres i pojemność – standard ochrony praw w UE, w tym w szczególności interesującego prawa do prywatności. W tym zakresie warto zwrócić uwagę na wyrok Trybunału z dnia 18 maja 1982 r. *AM & S Europe Limited przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (sprawa 155/79), w którym uznano za niedopuszczalne naruszenie tajemnicy korespondencji pomiędzy prawnikiem a jego klientem⁴¹, sprawa C-28/08 P, *Komisja Europejska przeciwko The Bavarian Lager Co. LTD*, która dotyczyła ujawniania danych osobowych⁴², sprawy, w których Trybunał precyzuje warunki naruszenia prawa do prywatności – stwierdza, że nie jest to prawo absolutne i może podlegać ograniczeniom – w wyroku z dnia 26 czerwca 1980 r. *National Panasonic (UK) Limited przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (sprawa 136/79)⁴³ i wskazuje, że naruszenie takie musi odpowiadać nadrzędnym interesom Wspólnoty, a środki muszą być proporcjonalne – w wyroku z dnia 11 lipca 1989 r. *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG przeciwko Hauptzollamt Gronau* (sprawa 265/87)⁴⁴. Wreszcie trzeba mieć na uwadze orzeczenie z 13 maja 2014 r. dotyczące popularnie określanego „prawa do bycia zapomnianym”, które stanowi pewnego rodzaju kamień milowy w zakresie ochrony prywatności⁴⁵. Orzeczenie to szerzej omawiane będzie w dalszej części pracy jako szczególnie

⁴⁰ Rozporządzenie nr 45/2001/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2000 o ochronie osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez instytucje i organy wspólnotowe i o swobodnym przepływie takich danych, Dz. Urz. L 008 z 12.01.2001 r.

⁴¹ Wyrok Trybunału C-155/79 z dnia 18 maja 1982 r. *AM & S Europe Limited przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, EU:C:1982:157.

⁴² Wyrok Trybunału C-28/08 z dnia 29 czerwca 2010 r. *The Bavarian Lager Co. Ltd przeciwko KWE*, EU:C:2010:378.

⁴³ Wyrok Trybunału C-136/79 z dnia 26 czerwca 1980 r. *National Panasonic (UK) Limited przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, EU:C:1980:169.

⁴⁴ Wyrok Trybunału C- 265/87 z dnia 11 lipca 1989 r. *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG przeciwko Hauptzollamt Gronau*, EU:C:1989:303.

⁴⁵ Wyrok Trybunału C- 131/12 z dnia 13 maja 2014 r. *Google Spain, Google Inc vs Agencia de Protección de Datos, Mario Costeja Gonzalez*, EU:C:2014:317.

ważne dla ochrony prywatności. Odnośnie do prawa do prywatności Trybunał wypowiedział się zatem wiele razy, a sprawy, którymi się zajmował, dotyczyły wielu sfer wchodzących w skład prywatności – nie sposób nawet przytoczyć wszystkich z najważniejszych spraw.

1.2. Podstawa prawna, pojęcie i zakres ochrony danych osobowych

1.2.1. Podstawa prawna

Ochronę danych osobowych zapewnia wiele systemów międzynarodowych, w tym w szczególności system Rady Europy, który ochronę danych osobowych zapewnia w ramach kilku konwencji międzynarodowych (m.in. konwencji nr 108 Rady Europy z dnia 28 stycznia 1981 r. o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych, sporządzonej w Strasburgu)⁴⁶. W Unii Europejskiej dane osobowe chronione są, po pierwsze, na najwyższym stopniu ogólności w art. 16 TFUE, z którego wynika, że każdy ma prawo do ochrony danych osobowych jego dotyczących⁴⁷. Podstawa ochrony jest zawarta także w KPP. Art. 8 Karty stanowi, że „Każdy ma prawo do ochrony danych osobowych, które go dotyczą”⁴⁸. Poza tym dane osobowe odnajdują podstawę do ochrony w kilku dyrektywach, z których najważniejsze znaczenie ma dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i ich swobodnego przepływu⁴⁹. Pozostałe zawierające podstawy ochrony danych osobowych to: dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego⁵⁰, dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej)⁵¹; dyrektywa 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniająca dyrektywę 2002/58/WE⁵². Poza dyrektywami znaczenie dla podstaw ochrony danych osobowych mają rozporządzenia, m.in. rozporządzenie Komisji Nr 611/2013

⁴⁶ Konwencja nr 108 Rady Europy z dnia 28 stycznia 1981 r. o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych, sporządzonej w Strasburgu, Dz. U. z 2003 r. Nr 3, poz. 25.

⁴⁷ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana, Dz. Urz. UE C 326/01 z 26.10.2012 r., art. 16.

⁴⁸ KPP, art. 8.

⁴⁹ Dyrektywa 95/46/WE.

⁵⁰ Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego, Dz. Urz. WE L 178 z 17.07.2000 r.

⁵¹ Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej), Dz. Urz. WE L 201 z 31.07.2002 r.

⁵² Dyrektywa 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług

z dnia 24 czerwca 2013 r. w sprawie środków mających zastosowanie przy powiadamianiu o przypadkach naruszenia danych osobowych⁵³ oraz rozporządzenie nr 45/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2000 r. o ochronie osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez instytucje i organy wspólnotowe i o swobodnym przepływie takich danych⁵⁴.

Problem ochrony danych osobowych okazał się być na tyle ważny, że podjęto reformę ochrony danych na szczeblu unijnym. Rozwój technologii spowodował, że rozwiązania dyrektywy 95/46/WE stały się niewystarczające i nie zapewniały dłuższej odpowiedniego stopnia ochrony danych. W zasadzie to rozwój technologii, w szczególności niezwykle szybki rozwój sieci Internet, wymusił zmiany w modelu ochrony danych osobowych, tak aby dopasować metody ochrony danych do nowo powstałych problemów. Trwające od 2012 r. prace nad reformą mają już właściwie swój finał, 14 kwietnia 2016 r. bowiem projekt ogólnego rozporządzenia o ochronie danych osobowych został przyjęty przez Parlament⁵⁵. Prace nad reformą rozpoczęły się 25 stycznia 2012 r., kiedy to Komisja zaproponowała pakiet legislacyjny składający się z rozporządzenia ogólnego o ochronie danych osobowych i dyrektywy o ochronie danych osobowych przetwarzanych na potrzeby ścigania przestępstw. Rozporządzenie to stanowi przejście z harmonizacji prawa państw członkowskich do ujednolicenia prawa. Będzie bezpośrednio stosowane dwa lata po wejściu w życie.

Podstawa prawna ochrony danych osobowych w Unii Europejskiej jest zatem odnajdywana w wielu aktach różnego szczebla – zarówno w traktatach, jak i w aktach prawa wtórnego.

1.2.2. Pojęcie

Ochrona danych osobowych jako prawo może być przede wszystkim rozumiana dwojako: jako osobne, niezależne prawo⁵⁶ bądź jako element prawa do prywatności. W polskiej nauce prawa wyraźny jest także trzeci pogląd – o krzyżowaniu się tych dwóch systemów ochrony i ich niezależności⁵⁷. W tym poglądzie, jeśli pewien stan faktyczny nie znajduje ochrony w ramach ochrony danych osobowych, może znaleźć protekcję poprzez ochronę prywatności. Wydaje się, że taki pogląd można z powodzeniem przenieść na grunt prawa międzynarodowego i unijnego. Same dane osobowe w dyrektywie 95/46/WE rozumiane są jako „wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej”⁵⁸. Osoba ta z kolei to „osoba, której tożsamość można

łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniająca dyrektywę 2002/58/WE, Dz. Urz. UE L 105 z 13.04.2006 r.

⁵³ Rozporządzenie Komisji nr 611/2013 z dnia 24 czerwca 2013 r. w sprawie środków mających zastosowanie przy powiadamianiu o przypadkach naruszenia danych osobowych, Dz. Urz. L 173 z 26.06.2013 r.

⁵⁴ Rozporządzenie nr 45/2001...

⁵⁵ Komunikat prasowy Rady Europejskiej i Rady Unii Europejskiej, <http://www.consilium.europa.eu/pl/policies/data-protection-reform/>, [dostęp: 04.05.2016 r.].

⁵⁶ A. Mednis, *Prawna ochrona danych osobowych*, Warszawa 1995, s. 14 i n.

⁵⁷ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Kraków 2004, s. 179.

⁵⁸ Dyrektywa 95/46/WE, art. 2 lit. a).

ustalić bezpośrednio lub pośrednio, szczególnie przez powołanie się na numer identyfikacyjny lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających jej fizyczną, fizjologiczną, umysłową, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość”⁵⁹. Z identycznym zapisem mamy do czynienia w polskiej ustawie o ochronie danych osobowych⁶⁰. Kluczowym elementem tej definicji jest zatem fakt zidentyfikowania (lub możliwość zidentyfikowania) danej osoby – powiązania konkretnych informacji z konkretną osobą. Za każdym razem więc odszyfrowanie czy dane informacje są danymi osobowymi w rozumieniu art. 2 dyrektywy wymagało będzie rozważenia, czy dana informacja pozwala na identyfikację konkretnej osoby. Rozporządzenie definiuje dane osobowe podobnie, dodając w definicji możliwej do zidentyfikowania osoby szczególne rodzaje przykładowych identyfikatorów: „numer identyfikacyjny, dane o lokalizacji, identyfikator internetowy lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających fizyczną, fizjologiczną, genetyczną, psychiczną, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość osoby fizycznej”⁶¹. W definicjach tych akcentuje się zatem nie samą treść danych, ale to, czy informacje te można powiązać z konkretną osobą⁶². Motywy do rozporządzenia ogólnego o ochronie danych osobowych zawierają istotne wskazówki: „Aby stwierdzić, czy dana osoba fizyczna jest możliwa do zidentyfikowania, należy wziąć pod uwagę wszelkie rozsądnie prawdopodobne sposoby (w tym wyodrębnienie wpisów dotyczących tej samej osoby), w stosunku do których istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, iż zostaną wykorzystane przez administratora lub inną osobę w celu bezpośredniego lub pośredniego zidentyfikowania osoby fizycznej. Aby stwierdzić, czy dany sposób może być z uzasadnionym prawdopodobieństwem wykorzystany do zidentyfikowania danej osoby, należy wziąć pod uwagę wszelkie obiektywne czynniki, takie jak koszt i czas potrzebne do jej zidentyfikowania, oraz uwzględnić technologię dostępną w momencie przetwarzania danych, jak i postęp technologiczny”⁶³. Nie budzi wątpliwości, że danymi osobowymi będą takie informacje jak: imię, nazwisko, PESEL czy numer dokumentu identyfikującego daną osobę, jak np. dowód tożsamości czy paszport, lub zazwyczaj adres. Problematiczną kwestią natomiast są takie informacje jak adres IP komputera i adres poczty elektronicznej. Nie ulega wątpliwości, że ocena, czy dana informacja stanowi dane osobowe, musi być dokonywana w konkretnych przypadkach, z uwzględnieniem specyfiki tego konkretnego przypadku. Tak też Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 11 grudnia 2014 r. *Nejvyšší správní soud – Republika Czeska – František Ryneš/Úřad pro ochranu osobních údajů* (sprawa C-212/13) uznał, że nagranie z kamery video rejestrujące wizerunek danej osoby, jeśli umożliwia jej identyfikację, stanowi dane osobowe⁶⁴. Sprawa doty-

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Ustawa o ochronie danych osobowych z dnia 29 sierpnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r. Nr 133, poz. 883, art. 6.

⁶¹ Rozporządzenie ogólne, art. 4 pkt 1.

⁶² A. Mednis, *Dyrektywa 95/46 w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – wybrane zagadnienia*, [w:] A. Mednis (red.), *Prywatność a ekonomia, ochrona danych osobowych w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2013, s. 130.

⁶³ Rozporządzenie ogólne, motywy, pkt 26.

⁶⁴ Wyrok Trybunału C-212/13 z dnia 11 grudnia 2014 r. *František Ryneš/Úřad pro ochranu osobních údajů*, EU:C:2014:2428.

czyła nagrań z monitoringu prywatnej posesji i fragmentu drogi, które to nagrania pomogły w zidentyfikowaniu sprawców szkód na posesji, a widoczny w niej jest także dodatkowy problem, tj. konflikt ochrony danych osobowych sprawcy i ochrony prywatności, bezpieczeństwa właściciela posesji. W sprawie 446/12 *Willems i in.* Trybunał nie podaje nawet w wątpliwość, że danymi osobowymi są dane biometryczne pobierane i przetwarzane w celu wydania paszportu lub dokumentu tożsamości i jego sprawdzania⁶⁵. W orzeczeniu z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-524/06 *Heinz Huber przeciwko Bundesrepublik Deutschland* dotyczącym przetwarzania danych w rejestrze odpowiednim dla prowadzenia działalności gospodarczej dla obywateli państw trzecich Trybunał uznał, że dane zawarte w tym rejestrze są z całą pewnością danymi osobowymi w świetle dyrektywy 95/46/WE⁶⁶. W sprawie C-101/01 *Göta hovrätt przeciwko Bodil Lindqvist* Trybunał orzekł, że informacja o nazwisku w połączeniu z numerem telefonu stanowi dane osobowe w rozumieniu przepisu dyrektywy 95/46⁶⁷. W sprawach połączonych C-465/00, C-138/01 i C-139/01 Trybunał wskazał, że informacja o nazwisku i osiąganych rocznych dochodach stanowi dane osobowe⁶⁸, podobnie jak w sprawie C-73/07, gdzie za dane uznano informacje o dochodach z działalności zarobkowej⁶⁹.

Z powołanych orzeczeń wynika duża rola TSUE w ustalaniu, co można za dane osobowe uznać, oraz uwidocznienie związku konkretnej informacji z możliwością identyfikacji konkretnej osoby. Za dane osobowe mogą być uznane bardzo różne informacje, co widać na przykładzie nagrań z monitoringu w przywołanym orzeczeniu. Pod pojęciem „dane osobowe” mogą zatem kryć się rozmaite informacje, a nawet obrazy czy nagrania – aby za takie je uznać, konieczne jest spełnienie ogólnych przesłanek wynikających z art. 2 dyrektywy. Ogólność sformułowań definicji danych jest podstawą do doprecyzowywania ich znaczenia przez praktykę, tworzy ona zasadniczo duże pole dla interpretacji⁷⁰.

Dyrektywa wprowadza także osobną kategorię danych, tzw. dane wrażliwe. Art. 8 definiuje je jako takie dane osobowe, które ujawniają informacje o pochodzeniu rasowym, etnicznym, opinie polityczne, przekonania religijne, filozoficzne, przynależność do związków zawodowych, dane dotyczące zdrowia i życia seksualnego⁷¹. Już wstępna analiza przywołanego przepisu pozwala na stwierdzenie, że dane wrażliwe to ten szczególny

⁶⁵ Wyrok Trybunału C-446/12 do C-449/12 z dnia 16 kwietnia 2015 r. *W.P. Willems (C-446/12) przeciwko Burgemeester van Nuth, H. J. Kooistra (C-447/12) przeciwko Burgemeester van Skarsterlân, M. Roest (C-448/12) przeciwko Burgemeester van Amsterdam i L.J.A. van Luijk (C-449/12) przeciwko Burgemeester van Den Haag*, EU:C:2015:238.

⁶⁶ Wyrok Trybunału C-524/06 z dnia 16 grudnia 2008 r. *Heinz Huber przeciwko Bundesrepublik Deutschland*, EU:C:2008:724.

⁶⁷ Wyrok Trybunału C-101/01 z dnia 6 listopada 2003 r. *Göta hovrätt przeciwko Bodil Lindqvist*, EU:C:2003:596.

⁶⁸ Wyrok Trybunału z dnia 20 maja 2003 r. *Rechnungshof (C-465/00) przeciwko Österreichischer Rundfunk i innym oraz Christa Neukomm (C-138/01) i Joseph Lauerermann (C-139/01) przeciwko Österreichischer Rundfunk, sprawy połączone*, EU:C:2003:294.

⁶⁹ Wyrok Trybunału C-73/07 z dnia 16 grudnia 2008 r. *Tietosuojaalvautuettu przeciwko Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, EU:C:2008:727.

⁷⁰ M. Jagielski, *Prawo do ochrony danych osobowych. Standardy Europejskie*, Warszawa 2010, s. 43.

⁷¹ Dyrektywa 95/46/WE, art. 8.

rodzaj informacji, które potencjalnie najpowszechniej powodują dyskryminację. Ta specyficzna kategoria danych podlega co do zasady zakazowi przetwarzania. Rozporządzenie ogólne o ochronie danych osobowych podobnie wskazuje zakres danych wrażliwych, dodatkowo wymieniając wśród nich orientację seksualną, dane biometryczne i dane genetyczne⁷². Dane biometryczne to z kolei „dane osobowe, które wynikają ze specjalnego przetwarzania technicznego, dotyczą cech fizycznych, fizjologicznych lub behawioralnych osoby fizycznej oraz umożliwiają lub potwierdzają jednoznaczną identyfikację tej osoby, takie jak wizerunek twarzy lub dane daktyloskopijne”⁷³. Dane genetyczne to „dotyczące odziedziczonych lub nabytych cech genetycznych osoby fizycznej, które ujawniają niepowtarzalne informacje o fizjologii lub zdrowiu tej osoby i które wynikają w szczególności z analizy próbki biologicznej pochodzącej od tej osoby fizycznej”⁷⁴. Te dwie nowe kategorie danych wprowadzone w rozporządzeniu zdają się odpowiadać na nowe rodzaje informacji, które mogą stanowić dane osobowe.

Na potrzeby artykułu warto zaznaczyć także znaczenie terminów istotnych dla ochrony danych osobowych: przetwarzania, administratora danych i przetwarzającego. Przetwarzanie oznacza „każdą operację lub zestaw operacji dokonywanych na danych osobowych przy pomocy środków zautomatyzowanych lub innych”⁷⁵, wśród przykładów dyrektywa wymienia gromadzenie, przechowywanie, modyfikację, odzyskiwanie⁷⁶. Administrator danych to podmiot określający cele i sposoby przetwarzania, może być on osobą fizyczną, prawną lub organem władzy publicznej. Przetwarzający z kolei to podmiot przetwarzający dane w imieniu administratora, który – podobnie jak administrator – może być osobą fizyczną, prawną lub organem władzy publicznej⁷⁷. Definicje te nie doznają znaczących zmian w rozporządzeniu.

1.2.3. Zakres

Dane osobowe chronione są w Unii Europejskiej kilkoma dyrektywami. Zatem zakres ochrony obejmuje zarówno gromadzenie i przetwarzanie danych przez podmioty prywatne, jak i gromadzenie i przetwarzanie danych przez instytucje UE. Ochrona obejmuje łączność zarówno elektroniczną, jak i telekomunikację. Standard wyznaczony przez przepisy dyrektywy 95/46/WE jest standardem minimalnym, a rozumienie terminów „dane osobowe” i „przetwarzanie danych” przyjęte w dyrektywie jest szerokie. Pozwala to na objęcie danych osobowych szerszym zakresem ochrony⁷⁸, na który w UE wpływa też zabezpieczenie tej ochrony sankcją i możliwością dochodzenia swoich praw. Już Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w art. 16 par. 2 zapewnia, że przestrzeganie zasad ochrony danych osobowych podlega kontroli niezależnego organu⁷⁹. Podob-

⁷² Rozporządzenie ogólne, art. 9.

⁷³ *Ibidem*, art. 4, pkt 14.

⁷⁴ *Ibidem*, pkt 13.

⁷⁵ *Ibidem*, pkt 13.

⁷⁶ Dyrektywa 95/46/WE, art. 2.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op. cit.*, s. 90.

⁷⁹ TFUE, art. 16.

ny zapis znajduje się w Karcie praw podstawowych w art. 8 par. 3⁸⁰. Zakres stosowania omawianej dyrektywy doznał jednak pewnych wyłączeń. I tak na mocy art. 3 dyrektywa nie ma zastosowania do przetwarzania danych w ramach działalności związanej z pewnym interesem publicznym, do którego zaliczane jest tu bezpieczeństwo publiczne, obronność, bezpieczeństwo (w szerokim rozumieniu obejmujące także dobro gospodarcze państwa). W tym zakresie wyłączenie to pod względem przesłanek jest podobne do dozwolonych ograniczeń prywatności i ingerencji w prawo do prywatności. Kolejnym wyłączeniem z zakresu dyrektywy jest przetwarzanie i gromadzenie danych „przez osobę fizyczną w trakcie czynności o czysto osobistym lub domowym charakterze”⁸¹. Takie kwestie zostały także poruszone w wyroku Trybunału do wspomnianej już sprawy C-212/13 *František Ryneš/Úřad pro ochranu osobních údajů*. Trybunał orzekł, że nawet nagrywanie kamerą monitoringu rejestrującą obraz w sposób ciągły prywatnej posesji i części drogi publicznej nie jest czynnością o czysto prywatnym lub domowym charakterze i tym samym podlega wymogom przetwarzania i gromadzenia danych określonych w dyrektywie, a to z uwagi na choćby tylko częściowe wykroczenie na przestrzeń publiczną. W opisywanej sprawie TSUE poczynił także znaczące dla zakresu ochrony wywody – zaznaczył, że stosowanie dyrektywy pozwala w razie konieczności na uwzględnienie uzasadnionych interesów administratora stosownie do art. 7 lub 11. Tymi interesami będzie w szczególności ochrona własności, życia, zdrowia⁸². Przepisy dyrektywy wprowadzają także zakaz przetwarzania szczególnej kategorii danych, tzw. danych wrażliwych⁸³ w art. 8⁸⁴ – są to takie dane jak pochodzenie etniczne lub rasowe, przekonania religijne czy też poglądy polityczne. Ich przetwarzanie i gromadzenie jest możliwe tylko w szczególnych wypadkach, po spełnieniu szczególnych przesłanek. W tej kwestii w orzeczeniu z dnia 6 listopada 2003 w sprawie C-101/01 Trybunał uznał, że umieszczenie na stronie internetowej informacji o urazie nogi i zatrudnieniu na niepełny etat jako skutku tego urazu są danymi wrażliwymi z art. 8 par. 1, danymi dotyczącymi stanu zdrowia. W sprawie chodziło o umieszczenie na stronie internetowej informacji osobowych o pracownikach parafii, co stanowiło przetwarzanie danych osobowych niespełniające warunków wymaganych dyrektywą i aktem krajowym wydanym w wyniku jej implementacji (w szczególności chodziło tu o wymogi zgody na przetwarzanie danych)⁸⁵. Sprawa ta dowodzi też, jak szeroki jest zakres stosowania dyrektywy – obejmuje ona zbieranie i udostępnianie danych na pozór naturalne, prywatne, a w rzeczywistości także podlegające wszelkim rygorom ich gromadzenia i udostępniania.

⁸⁰ KPP, art. 8.

⁸¹ Dyrektywa 95/46/WE, art. 3.

⁸² Wyrok Trybunału C-212/13 *František Ryneš*...

⁸³ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op. cit.*, s. 92.

⁸⁴ Dyrektywa 95/46/WE, art. 8.

⁸⁵ Wyrok Trybunału C-101/01 z dnia 6 listopada 2003 r. *Göta hovrätt przeciwko Bodil Lindqvist*, EU: C:2003:596.

1.2.4. Prawne standardy ochrony danych osobowych

1.2.4.1. Zasady odpowiedniego poziomu ochrony

Ochrona danych osobowych powinna być zapewniona na odpowiednim, wysokim poziomie. Taki poziom ochrony został wprowadzony w art. 25 dyrektywy 95/46/WE jako jeden z wymogów przy transferze danych do państw trzecich, które to państwo ma zapewnić. Niewątpliwie zatem co najmniej taki sam stopień powinien być zapewniany wewnątrz UE. Jak mów przepis, poziom ten należy oceniać „w świetle wszystkich okoliczności dotyczących operacji przekazania danych lub zbioru takich operacji; szczególną uwagę zwracać się będzie na charakter danych, cel i czas trwania proponowanych operacji przetwarzania danych, kraj pochodzenia i kraj ostatecznego przeznaczenia, przepisy prawa, zarówno ogólne, jak i branżowe, obowiązujące w państwie trzecim oraz przepisy zawodowe i środki bezpieczeństwa stosowane w tym państwie”⁸⁶. Brak jest definicji terminu „odpowiedni poziom ochrony”, wprowadzone zostają jedynie zasady odpowiedniości i kryteria, które przy ocenie bierze uprawniona do stwierdzenia na mocy art. 25 dyrektywy 95/46/WE Komisja⁸⁷. Ocena więc i zasady odpowiedniego stopnia ochrony danych osobowych obejmują uwzględnienie wielu czynników⁸⁸. Zasady odpowiedniego poziomu ochrony zdaje się też w ogólności wprowadzać projekt rozporządzenia, które ma zastąpić obowiązującą dyrektywę 95/46/WE. Projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych przedstawiła Komisja Europejska 25 stycznia 2012 r. Założeniem projektu jest jeszcze większy zakres ochrony danych osobowych z zachowaniem bazy obowiązującej dyrektywy. Zasadami panującymi w rozporządzeniu jest m.in.: zasada przejrzystości przetwarzania danych, a więc spełnianie obowiązków informacyjnych w uproszczonej, łatwiej dostępnej i przejrzystej dla osoby, od której dane pochodzą, formie; zasada ochrony danych niezależnie od miejsca ich przetwarzania; zasada prywatności jako opcji wyjściowej – związana jest ona w szczególności ze zgodą na przetwarzanie danych, która musi być wyrażona dosłownie, nie może być domyślna, gdyż taka jest tu prywatność, oraz z możliwością decydowania o własnych, indywidualnych ustawieniach prywatności⁸⁹. Zasady odpowiedniego stopnia ochrony danych osobowych sformułowane zostały w dokumencie Grupy Roboczej art. 29 w dokumentach z dnia 26 czerwca 1997 r. nr WP 4 oraz z dnia 24 lipca 1998 r. nr WP 12⁹⁰. Zasady te są podobne do prawnych wymogów gromadzenia i przetwarzania danych z dyrektywy: zasada celowości (dane muszą być przetwarzane w określonych celach), jakości i adekwatności danych (dane muszą być poprawne), wymóg zgody (wymagana jest zgoda osoby, od której dane pochodzą, na przetwarzanie danych), zasady wprowa-

⁸⁶ Dyrektywa 95/46/WE, art. 25.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ M. Krzysztofek, *Ochrona danych osobowych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 28.

⁸⁹ *Ibidem*, s. 21.

⁹⁰ Discussion document: First Orientations on Transfers of Personal Data to Third Countries – Possible Ways Forward in Assessing Adequacy – Grupa robocza Art. 29, WP 4, z dnia 26 czerwca 1997 r. i Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Articles 25 and 26 of the EU data protection directive – WP 12 z dnia 24 lipca 1998 r.

dzenia obowiązku informacyjnego (zapewnienie informacji o celu i sposobie przetwarzania), zabezpieczenia danych (zapewnienie wszelkich środków bezpieczeństwa przetwarzania) i prawa dostępu do danych (informacja o danych i prawo do ich poprawiania dla osoby, od której pochodzą)⁹¹. Zasady te są więc minimalnymi i podstawowymi standardami i wymogami przetwarzania, które musi spełniać każde z państw członkowskich UE przy gromadzeniu i przetwarzaniu danych, a które szerzej omówione zostaną w dalszej części pracy.

1.2.4.2. Kryteria oceny odpowiedniości poziomu ochrony danych osobowych

Kryteria oceny czy poziom ochrony danych osobowych jest odpowiedni są zawarte w przywoływanym już art. 25 par. 2 dyrektywy. Stwierdzenia odpowiedniego stopnia ochrony dokonuje Komisja Europejska na podstawie całości prawa krajowego danego państwa, a także aktów prawa międzynarodowego przez to państwo przyjętych po uwzględnieniu wszelkich okoliczności dotyczących przekazania danych, takich jak: ich charakter, cel i czas operacji prowadzonych na danych⁹². Ocena, czy dane kryteria są spełnione, dokonywana jest w formie decyzji. Ich analiza pozwala na stwierdzenie, że Komisja wydaje decyzje o odpowiednim poziomie ochrony w różnych zakresach. Możemy znaleźć decyzje ogólne, takie, które stwierdzają pożądany poziom ochrony jedynie w jakimś określonym zakresie, ale też i decyzje stwierdzające brak takiego poziomu. Szczególnie ciekawą jest w zakresie oceny odpowiedniego poziomu ochrony decyzja Komisji 2000/520/WE z dnia 26 lipca 2000 r. w sprawie adekwatności ochrony przewidzianej przez zasady ochrony prywatności w ramach „bezpiecznej przystani” oraz przez odnoszące się do nich najczęściej zadawane pytania, wydane przez Departament Handlu USA. Decyzja Safe Harbor miała stanowić pewnego rodzaju kompromis i dostosowanie ochrony do standardów europejskich w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony danych osobowych w związku z transferem danych na terytorium USA⁹³. Zaznaczyć należy, że bezpieczna przystań obejmowała organizacje przetwarzające dane osobowe na terytorium USA, które przystąpiły do programu „bezpieczna przystań”, nie zaś w ogólności transfer danych na terytorium USA. Decyzja zawiera zasady ochrony, a odpowiedni poziom ochrony miał być zapewniony poprzez poddanie podmiotów przetwarzających dane kontroli Federalnej Komisji Handlu i wymogowi ujawniania mechanizmów ochrony danych⁹⁴. Funkcjonowanie Safe Harbor było jednak oceniane krytycznie. Jak pisze M. Krzysztofek, „uczestnictwo importera danych w Safe Harbor oznacza domniemanie adekwatnego poziomu ochrony danych przekazanych z Unii, a więc usuwa barierę wynikającą ze statusu USA jako kraju trzeciego”⁹⁵, co stanowi

⁹¹ M. Krzysztofek, *op. cit.*, s. 32.

⁹² Dyrektywa 95/46/WE, art. 25 par. 2 i par. 6.

⁹³ M. Krzysztofek, *op. cit.*, s. 131.

⁹⁴ Decyzja Komisji 2000/520/WE z dnia 26 lipca 2000 r. w sprawie adekwatności ochrony przewidzianej przez zasady ochrony prywatności w ramach „bezpiecznej przystani” oraz przez odnoszące się do nich najczęściej zadawane pytania, wydane przez Departament Handlu USA, Dz. Urz. WE L 215 z 25.08.2000 r.

⁹⁵ M. Krzysztofek, *op. cit.*, s. 133.

punkt wyjścia w rozważaniach na temat funkcjonowania programu. Znaczna liczba uczestników programu nie spełniała podstawowych kryteriów uczestnictwa w bezpiecznej przystani, a wykazano ponad to utrudnienia w realizacji praw przez osoby, których dane były przetwarzane niezgodnie z wymogami programu⁹⁶. Komisja Europejska w wielu swoich raportach sygnalizowała o nieprawidłowościach w programie Safe Harbor, a w raporcie z dnia 27 listopada 2013 sformułowała 13 postulatów mających za cel poprawę funkcjonowania programu i wezwała władze USA do podjęcia kroków w celu poprawy sytuacji⁹⁷. Wyrok Trybunału C-362/14 z dnia 6 października 2015 r. dowodzi, że nieprawidłowości nie zostały usunięte. Sprawa ta dotyczyła użytkownika portalu społecznościowego Facebook Maximiliana Schremsa, który to zażądał od komisarza zakazania w ramach kompetencji przekazywania danych do spółki Facebook Inc z siedzibą w USA w związku z niewystarczającym stopniem ochrony danych osobowych przez spółkę. Komisarz odmówił przeprowadzenia dochodzenia, uznając, że na podstawie wcześniej przywoływanej decyzji Komisji Safe Harbor poziom ochrony uznawany jest apriorycznie za odpowiedni. W związku z odmową Schrems wniósł skargę do High Court, który zwrócił się z pytaniem prejudycjalnym do TSUE. Pytanie dotyczyło kompetencji niezależnego urzędnika państwowego powołanego do pełnienia funkcji związanych z ochroną danych osobowych do badania w razie wątpliwości skarżącego odpowiedniego poziomu ochrony danych transferowanych do państwa trzeciego i ewentualnego bezwzględnego związania ustaleniami UE wynikającymi z decyzji Komisji. Trybunał w odpowiedzi uznał, że decyzja Komisji, taka jak decyzja 2000/520, jest wiążąca dla wszystkich organów państw członkowskich, dopóki TSUE nie stwierdzi jej nieważności. Jednak taki stan rzeczy nie może pozbawiać obywateli możliwości wniesienia skargi do krajowych organów powołanych w celu ochrony praw wynikających z ochrony danych osobowych. Organ nie może samodzielnie stwierdzić nieważności decyzji Komisji, ponieważ jest to kompetencja Trybunału, ale jest obowiązany do rozpatrzenia skargi. W przedmiocie ważności decyzji 2000/520 Trybunał wskazał na szereg uchybień sprzecznych z prawem unijnym: brak uregulowania drogi prawnej w celu dostępu do danych przez jednostkę, możliwości ich sprostowania lub usunięcia, brak określenia reguł w razie ingerencji w zagwarantowane prawa podstawowe. Trybunał uznał w efekcie, że nieważny jest art. 1 decyzji, a w związku z pozbawieniem krajowych organów nadzorczych ich kompetencji w świetle art. 3 decyzji – TSUE uznał nieważność także tego zapisu. W związku z tym, że oba uznane za nieważne artykuły mają wpływ na decyzję w całości, w konsekwencji Trybunał orzekł o nieważności decyzji Komisji 2000/520⁹⁸. To orzeczenie może mieć ogromne konsekwencje. Po pierwsze, organy krajowe są obowiązane do rozpatrzenia spraw dotyczących ochrony danych osobowych nawet w sytuacjach uregulowanych postanowieniami unijnych przepisów bezpośrednio obowiązujących, w trakcie postępowania mają możliwość skierowania do

⁹⁶ Raport firmy Galexia, http://www.galexia.com/public/research/articles/research_articles-pa08.html, [dostęp: 10.01.2016 r.].

⁹⁷ M. Krzysztofek, *op. cit.*, s. 135.

⁹⁸ Wyrok Trybunału C-362/14 z dnia 6 października 2015 r. *Maximillian Schrems Przeciwno Data Protection Commissioner, przy udziale: Digital Rights Ireland Ltd*, EU:C:2015:650.

TSUE pytanie prejudycjalnego. Po drugie, nieważność decyzji umożliwiającej transfer danych osobowych na teren USA ma duże znaczenie gospodarcze. Uznanie za odpowiedni poziom ochrony poziomu gwarantowanego przez uczestników bezpiecznej przystani było zapewne dużym ułatwieniem w wymianie handlowej. W sytuacji nieważności decyzji 2000/520 może okazać się, że poziom ochrony danych osobowych podlegających transferowi do USA nie był odpowiedni i zostały naruszone prawa wielu osób, od których dane te pochodziły.

1.3. Konkluzje

Podsumowując, prywatność najogólniej rozumieć można jako sferę wolną od ingerencji zarówno władzy, jak i drugiego człowieka. Trudno o jednoznaczną, precyzyjną definicję. Problemy definicyjne mają niewątpliwie wpływ na sposób i poziom ochrony prywatności. Trudności związane z ochroną prywatności wynikają z niemożliwości precyzyjnego rozgraniczenia tego, co mieści się w sferze prawa do prywatności. Definicje opierają się na przykładowym wyliczeniu obszarów, które mogą wchodzić w zakres omawianego prawa. Należy zaznaczyć, że poszczególne aspekty prywatności zmieniają się na przestrzeni lat wraz z rozwojem chociażby technologii. Aprobowanym podejściem jest ujęcie rzeczzonego prawa jako instrumentu hamowania nadmiernej ingerencji w obszar wolności jednostki⁹⁹.

Dane osobowe – w przeciwieństwie do prywatności – posiadają swoje definicje legalne w ustawodawstwach zarówno krajowych, jak i aktach prawa unijnego. Tak jak i w przypadku ochrony prywatności, rozwój technologiczny ma wpływ na problemy interpretacyjne i problemy z określaniem, czy dane, konkretne informacje, którymi dysponuje podmiot, są danymi osobowymi w świetle obowiązujących przepisów. Problemy definicyjne i interpretacyjne w przypadku obu omawianych praw – do prywatności i do ochrony danych osobowych – stwarzają trudności w projektowaniu efektywnej ochrony na poziomie zarówno krajowym, jak i unijnym. Oba prawa niewątpliwie wymagają ochrony, a sam problem efektywnej ich ochrony zdaje się być na przestrzeni lat coraz ważniejszy, czego dowodem jest trwająca reforma ochrony danych osobowych w UE i przyjęcie ogólnego rozporządzenia o ochronie danych osobowych. Reforma ta ma być odpowiedzią na brak odpowiedniej ochrony danych osobowych, a przez to i prywatności, wynikającej z postępu technologicznego i nieadekwatności mechanizmów ochrony przewidzianych rozporządzeniem z 1995 r. Podstawowe trudności i aspekty ochrony prawa do prywatności i ochrony danych osobowych, jako praw ze sobą powiązanych, zostaną omówione w dalszej części pracy.

⁹⁹ M. Sakowska-Baryła, *op. cit.*, s. 30.

2. Treść prawa do ochrony danych osobowych jako przejaw prawa do prywatności

2.1. Dopuszczalność przetwarzania danych osobowych w świetle prawa do prywatności

Przy określeniu dopuszczalności przetwarzania danych osobowych w świetle prawa do prywatności konieczne jest powrót do problemów definicyjnych obu tych wartości i określenie relacji tych dwóch praw. W literaturze zauważyć można dwa odmienne poglądy. Według pierwszego z nich prawo do ochrony danych osobowych jest prawem będącym częścią składającą się na prawo do prywatności, elementem prawa do prywatności. Drugi pogląd z kolei akcentuje odrębność obu praw. Przyjęcie szerokiego rozumienia terminu „prywatność” pozwala na objęcie nim ochrony danych osobowych jako sfery wymagającej ochrony w ramach ochrony prywatności. Ochrona danych osobowych ma na celu zachowanie anonimowości, a co za tym idzie – bycie pozostawionym w spokoju, wolnym od ingerencji, co w istocie ma zapewniać prywatność¹⁰⁰. Z drugiej jednak strony zmiany w dziedzinie ochrony prywatności związane głównie z coraz powszechniejszym i łatwiejszym dostępem do informacji powodują konieczność wyspecjalizowania tej ochrony, wyjście poza ramy samego prawa do prywatności¹⁰¹. Argumentem na potwierdzenie drugiego stanowiska może też być fakt, że ochrona danych osobowych znajduje poparcie w osobnym przepisie w aktach unijnych w KPP i TFUE¹⁰². Trudno jednoznacznie opowiedzieć się za którymś z przedstawionych stanowisk i odrzucić drugie, oba bowiem trafnie opisują dwa aspekty powiązań pomiędzy prawem do prywatności i prawem do ochrony danych osobowych. Oba prawa z całą pewnością łączą się w zakresie informacji o danej osobie i jej autonomii informacyjnej, dysponowaniu informacjami o swoim życiu i decydowaniu o udostępnianiu ich¹⁰³. Prywatność ma wpływ na ochronę danych osobowych i tym samym kwestię dopuszczalności przetwarzania danych osobowych. Skoro oba te prawa są ze sobą powiązane, a jednostka powinna mieć wyłączne prawo do dysponowania informacjami o sobie, co stanowi przejaw prawa do prywatności, powstaje pytanie, czy przetwarzanie danych osobowych jest dopuszczalne w świetle prawa do prywatności. Prywatność zakłada sferę wolną od ingerencji. Ustalenia wymaga, czy przetwarzanie danych osobowych stanowi ingerencję w prywatność. W obecnym stanie prawnym gromadzenie i przetwarzanie danych osobowych jest możliwe w UE na podstawie dyrektywy 95/46/WE¹⁰⁴. Wymaga jednak spełnienia kilku warunków. Reforma ochrony danych osobowych i przyjęcie rozporządzenia ogólnego o ochronie danych osobowych także przewiduje przetwarzanie danych osobowych po spełnieniu pewnych warunków. Wydaje się zatem, że przetwarzanie danych osobowych nie stanowi ingerencji w prywatność, jest w świetle prawa do prywatności

¹⁰⁰ *Ibidem*, s. 92.

¹⁰¹ *Ibidem*, s. 93.

¹⁰² KPP, art. 8, TFUE art. 16.

¹⁰³ K. Wygoda, *Ochrona danych osobowych i prawo do informacji o charakterze osobowym*, Warszawa 2002, s. 402.

¹⁰⁴ Dyrektywa 95/46/WE, art. 1.

dopuszczalne, ale jedynie wówczas, gdy przebiega w zgodzie z przepisami prawa. Powinny one wyznaczać takie wymogi przetwarzania danych osobowych, aby w istocie przetwarzanie to odbywało się w warunkach zachowania prywatności osoby, od której dane pochodzą. Art. 1 przywołanej dyrektywy stanowi o celu dyrektywy, „Zgodnie z przepisami niniejszej dyrektywy, Państwa Członkowskie zobowiązują się chronić podstawowe prawa i wolności osób fizycznych, w szczególności ich prawo do prywatności w odniesieniu do przetwarzania danych osobowych”¹⁰⁵. Z podanego przepisu wynika, że przy przetwarzaniu danych osobowych powinno być respektowane prawo do prywatności. Odbywa się to poprzez spełnienie pewnych wymogów, m.in. zgody na przetwarzanie danych osoby, od której one pochodzą, adekwatności, celowości przetwarzania, a także spełnienia szeregu wymogów technicznych, których zachowanie ma na celu zmaksymalizowanie bezpieczeństwa procesu przetwarzania i przechowywania danych¹⁰⁶. Wymogi te omówione zostaną w dalszej części pracy.

2.2. Wzmacniająca rola prawa do prywatności w realizacji treści prawa ochrony danych osobowych

Jak już zaznaczono, prawo do prywatności odgrywa istotną rolę w realizacji ochrony danych osobowych, w szczególności przy ich udostępnianiu i przetwarzaniu. Wspomniany już art. 1 dyrektywy 95/46/WE zaznacza tę rolę, nakazując respektowanie prawa do prywatności w odniesieniu do przetwarzania danych osobowych. Rolę prawa do prywatności w tym aspekcie podkreślają i uwydatniają także motywy do rzeczonej dyrektywy. Punkt 2 motywów stwierdza: „Systemy przetwarzania danych są tworzone po to, aby służyły człowiekowi; muszą one, niezależnie od obywatelstwa czy miejsca stałego zamieszkania osób fizycznych, szanować ich podstawowe prawa i wolności, szczególnie prawo do prywatności”¹⁰⁷. Rola prawa do prywatności pojawia się także w punkcie 10: „Celem krajowych przepisów prawa dotyczących przetwarzania danych osobowych jest ochrona podstawowych praw i wolności, szczególnie prawa do prywatności, które zostało uznane zarówno w art. 8 Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz w zasadach ogólnych prawa wspólnotowego; z tego powodu zbliżanie przepisów prawa nie powinno wpłynąć na zmniejszenie ochrony, jaką gwarantują, lecz przeciwnie, musi dążyć do zapewnienia jak najwyższego stopnia ochrony we Wspólnocie”¹⁰⁸. Z tego sformułowania wynikają wzajemne powiązania prawa do prywatności i ochrony danych osobowych i wzmacniająca rola jednego przy ochronie drugiego. Zarówno motywy dyrektywy, jak i sam jej art. 1 określający cel dyrektywy podkreślają prawo do prywatności i jego rolę w realizacji ochrony danych osobowych.

W kwestii roli prywatności w ochronie danych osobowych uwagę należy zwrócić na wspomnianą już sprawę C-212/13 F *Ryneš przeciwko Úřad pro ochranu osobních údajů*. W sprawie tej Trybunał rozstrzygnąć musiał pewnego rodzaju konflikt pomiędzy

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*, art. 6.

¹⁰⁷ *Ibidem*, motywy, pkt 2.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pkt 10.

prawem do prywatności a ochroną danych osobowych. F. Ryneš w celu ochrony swojej prywatności, majątku, zdrowia i życia zainstalował system kamer monitoringu rejestrujących obraz w sposób ciągły, bez możliwości przeglądu nagrań w czasie rzeczywistym. Kamery rejestrowały wejście do domu oraz fragment drogi publicznej, a ustawione były w pozycji stałej, bez możliwości obracania się¹⁰⁹. Wielokrotnie dochodziło do ataków na posiadłość F. Ryneš, nieznani sprawcy wielokrotnie wybijali szyby domu. Incydent powtórzył się, a całe zdarzenie zostało zarejestrowane przez system monitoringu. Obejrzenie materiału z kamer umożliwiło identyfikację sprawców. W związku z tym powstało pytanie, czy rejestrowanie obrazu (obejmującego wizerunek osób) za pomocą kamer monitoringu stanowi przetwarzanie danych osobowych w świetle obowiązującej dyrektywy 95/46/WE i powinno odbywać się w zgodzie z jej wymogami, czy też jest to przetwarzanie danych o czysto osobistym charakterze przez osobę fizyczną i w związku z tym podlega wyłączeniu z zakresu stosowania dyrektywy na mocy art. 3 par. 2. Trybunał rozstrzygnął, że korzystanie z kamer monitoringu w celu ochrony swojej prywatności mieści się w zakresie art. 3 par. 2 dyrektywy. Jednak z uwagi na to, że w opisywanej sprawie kamery wykraczały poza przestrzeń prywatną – na drogę publiczną – rejestrowanie obrazu było w istocie przetwarzaniem danych osobowych wymagającym spełnienia wymogów przewidzianych dyrektywą. W pkt 33 wyroku Trybunał zaznacza: „O ile nadzór kamer wideo, taki jak ten w postępowaniu głównym, rozciąga się choćby częściowo na przestrzeń publiczną i tym samym jest skierowany poza sferę prywatną osoby dokonującej w ten sposób przetwarzania danych, o tyle nie powinien on być rozumiany jako czynność o czysto «osobistym lub domowym charakterze» w rozumieniu art. 3 ust. 2 tiret drugie dyrektywy 95/46”¹¹⁰. To przetwarzanie danych powinno podlegać wymogom dyrektywy – w tym zgody osób, od których dane pochodzą, na przetwarzanie, której to zgody nie było. Trybunał nie ma wątpliwości co do tego, że zarejestrowany obraz stanowi dane osobowe, o ile na jego podstawie możliwa jest identyfikacja osoby fizycznej¹¹¹. W opisywanej sprawie mamy zatem do czynienia z kolizją prawa do prywatności, broniącego swojej prywatności F. Ryneš, z ochroną danych osobowych sprawców naruszeń. Trybunał wskazuje tu na wagę ochrony danych osobowych i wzmacniającą rolę prawa do prywatności w jej ochronie w przypadku sprawców naruszeń. Idąc za wyrokiem, „Jak wynika z art. 1 i motywu 10 dyrektywy 95/46, jej celem jest zapewnienie wysokiego poziomu ochrony podstawowych praw i wolności osób fizycznych, a szczególnie prawa do prywatności w zakresie przetwarzania danych osobowych. W tym względzie należy zauważyć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ochrona prawa podstawowego do prywatności, zagwarantowanego przez art. 7 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, wymaga, aby odstępstwa od ochrony danych osobowych i jej ograniczenia były stosowane jedynie wtedy, gdy jest to absolutnie konieczne. W zakresie, w jakim przepisy dyrektywy 95/46 regulujące kwestię przetwarzania danych osobowych mogącego naruszyć podstawowe wolności, a w szczególności prawo do prywatno-

¹⁰⁹ Wyrok Trybunału C-212/13 *František Ryneš*, pkt 13 i 14.

¹¹⁰ *Ibidem*, pkt 33.

¹¹¹ *Ibidem*, pkt 22.

ści, muszą być bezwzględnie interpretowane z punktu widzenia praw podstawowych, które zostały zawarte w wyżej wskazanej karcie, odstępstwo przewidziane w art. 3 ust. 2 tiret drugie tej dyrektywy musi podlegać ścisłej wykładni”¹¹². Trybunał wskazuje zatem na konieczność zapewnienia wymogów ochrony danych osobowych jako zapewniających prawo do prywatności. Wzmacniająca rola prawa do prywatności w realizacji ochrony danych osobowych jest w tym przypadku uwypuklona. Trybunał zaznacza, że naruszenia wymogów przetwarzania danych osobowych i odstępstwa od ochrony danych stanowią naruszenie prawa do prywatności.

Rola prawa do prywatności w ochronie danych osobowych i realizacji tej ochrony jest niezwykle ważna, co potwierdza przywołany wyrok. Nie można zaprzeczyć wzajemnym powiązaniom pomiędzy prawem do prywatności a prawem do ochrony danych osobowych.

2.3. Praktyczne przejawy zachowania prawa do prywatności w sferze ochrony danych osobowych

2.3.1. Prawne wymogi przetwarzania danych – zasady przetwarzania, kryteria legalności, uprawnienia podmiotu, od którego dane pochodzą, mechanizmy nadzorcze i wymogi techniczne

Rola, jaką odgrywa prywatność w ochronie danych osobowych, została już zaznaczona. Problem dopuszczalności przetwarzania danych osobowych w świetle prawa do prywatności opiera się na takim ich przetwarzaniu, aby zachowane zostały warunki nieingerencji w sferę wolności jednostki. Prywatność w przetwarzaniu danych osobowych zapewniana jest zatem poprzez pewne wymogi, których spełnienie determinuje możliwość przetwarzania danych. Każde odstępstwo od tych wymogów skutkuje naruszeniem prywatności danej osoby, od której dane pochodzą. Wymogi te wymienia dyrektywa 95/46/WE, a są to: rzetelność, celowość, adekwatność przetwarzania, konieczność, zgoda osoby, od której dane pochodzą, zapewnienie możliwości aktualizowania i poprawiania danych¹¹³. Do elementów zapewniających poszanowanie prywatności przy przetwarzaniu danych osobowych należy zaliczyć także szereg obowiązków informacyjnych ciążyących na podmiocie przetwarzającym dane, a także zapewnienie odpowiedniej jakości danych oraz wymogi techniczne i organizacyjne mające zagwarantować bezpieczeństwo przetwarzania danych. Kolejnym mechanizmem mającym zabezpieczyć prywatność jest prawo sprzeciwu i dostępu do danych osoby, od której te pochodzą. Za aspekt ochrony prywatności można uznać także wymóg utworzenia organu nadzoru w systemie ochrony danych osobowych.

2.3.1.1. Zasady przetwarzania danych osobowych

Zasady przetwarzania danych osobowych wymienia art. 6 dyrektywy 95/46/WE i odpowiednio art. 5 ogólnego rozporządzenia o ochronie danych, a są to wymogi: rze-

¹¹² *Ibidem*, pkt 27 i n.

¹¹³ Dyrektywa 95/46/WE, art. 6.

telności i legalności, celowości, adekwatności danych, ograniczenia czasowego i zapewnienia możliwości dochodzenia swoich praw¹¹⁴.

Wymóg działania rzetelnego i zgodnego z prawem przetwarzania danych osobowych określony w art. 6 par. 1 lit. a) dyrektywy nakłada na podmiot przetwarzający dane obowiązek rzetelności – dbania o interesy osoby, od której dane pochodzą. Rzetelność ta przejawiać powinna się w takim podejmowaniu czynności przetwarzania danych, które w jak najmniejszym stopniu naruszają dobro i interesy podmiotu danych, będą możliwie jak najmniej uciążliwe. Kluczowe jest zachowanie odpowiedniego balansu pomiędzy dobrami podmiotu danych i celami podmiotu przetwarzającego dane¹¹⁵. Wymóg zgodnego z prawem przetwarzania danych nakłada z kolei na podmiot przetwarzający takie działania, które nie naruszają jakichkolwiek przepisów prawa. Legalność przetwarzania danych oznacza podjęcie czynności w sposób określony prawem, spełniający wszelkie przesłanki i wymogi¹¹⁶.

Zasada celowości sformułowana jest w art. 6 par. 1 lit. b) dyrektywy. Stanowi on, że dane powinny być: „gromadzone do określonych, jednoznacznych i legalnych celów oraz nie były poddawane dalszemu przetwarzaniu w sposób niezgodny z tym celem”¹¹⁷. Administrator danych ma zatem obowiązek określenia celu przetwarzania danych. Ponadto cel ten musi być legalny, zgodny z prawem¹¹⁸. Zasada ta wymaga poinformowania odpowiednich podmiotów, czemu ma służyć przetwarzanie danych, nie wskazując jednocześnie stopnia określoności celu¹¹⁹. Określenie celu jest w praktyce rozumiane jako związane z działalnością administratora danych, a zatem przetwarzanie danych musi pozostawać w związku i w zakresie działalności prowadzonej przez podmiot przetwarzający dane¹²⁰. Rozporządzenie z kolei wprost określa, że dane mają być „zbierane w konkretnych, wyraźnych i prawnie uzasadnionych celach”¹²¹.

Kolejną z zasad przetwarzania danych jest wyrażona pod literą c) art. 6 par. 1 dyrektywy zasada adekwatności czy też minimalizmu. Przetwarzanie danych ma być „prawidłowe, stosowne oraz nienadmierne ilościowo w stosunku do celów, dla których zostały zgromadzone i/lub dalej przetworzone”¹²². Oznacza to, że podmiot przetwarzający dane osobowe może gromadzić tylko takie dane, które są niezbędne ze względu na cel przetwarzania, oraz z drugiej strony usuwać dane, gdy okażą się zbędne¹²³. Podkreśla się tu niezbędność gromadzonych i przetwarzanych danych ze względu na cele przetwarzania, a nie odpowiedniość¹²⁴. W projektowanym rozporządzeniu odpowiadający art. 6 par. 1 lit. c) przepis ma brzmienie podkreślające minimalizm, dane osobowe mają być

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ M. Jagielski, *Prawo do ochrony danych osobowych...*, s. 79.

¹¹⁶ *Ibidem*, s. 80 i n.

¹¹⁷ Dyrektywa 95/46/WE, art. 6.

¹¹⁸ M. Krzysztofek, *op. cit.*, s. 105.

¹¹⁹ M. Jagielski, *Prawo ochrony danych osobowych...*, s. 89 i n.

¹²⁰ *Ibidem*, s. 91.

¹²¹ Rozporządzenie ogólne, art. 5.

¹²² Dyrektywa 95/46/WE, art. 6.

¹²³ M. Jagielski, *Prawo ochrony danych osobowych...*, s. 88.

¹²⁴ M. Krzysztofek, *op. cit.*, s. 110.

„adekwatne, stosowne oraz ograniczone do tego, co niezbędne do celów, w których są przetwarzane”¹²⁵.

Zasada jakości danych wyrażona jest pod literą d) wspomnianego przepisu. Dane mają być prawidłowe i aktualizowane. Należy podjąć wszelkie działania mające na celu utrzymanie prawidłowych danych, a więc usuwanie i poprawianie danych. Zasada zakłada ścisłość i aktualność danych, tj. utrzymanie stanu merytorycznej prawidłowości z obecnym stanem faktycznym¹²⁶. Podobnie rozporządzenie wymaga, aby dane były „prawidłowe i w razie potrzeby uaktualniane; należy podjąć wszelkie rozsądne działania, aby dane osobowe, które są nieprawidłowe w świetle celów ich przetwarzania, zostały niezwłocznie usunięte lub sprostowane”¹²⁷.

Kolejną zasadą jest zasada ograniczenia czasowego. Według art. 6 par. 1 lit. e) dane mają być: „przechowywane w formie umożliwiającej identyfikację osób, których dane dotyczą, przez czas nie dłuższy niż jest to konieczne do celów, dla których dane zostały zgromadzone lub dla których są dalej przetwarzane”¹²⁸, zapis ten ma podobne brzmienie także w rozporządzeniu. Dalsze przetwarzanie jest także dopuszczalne, ale jedynie dla celów historycznych, statystycznych lub naukowych i jedynie po spełnieniu odpowiednich środków zabezpieczających w dyrektywie, a w rozporządzeniu środków technicznych i organizacyjnych¹²⁹.

2.3.1.2. Kryteria legalności przetwarzania danych osobowych

Kryteria legalności przetwarzania danych osobowych to tytuł sekcji II dyrektywy 95/46/WE, w którym wymienione są jedne z najważniejszych przesłanek koniecznych do przetwarzania danych osobowych. Odpowiadający art. 7 dyrektywy art. 6 rozporządzenia ogólnego o ochronie danych osobowych nosi z kolei tytuł „zgodność przetwarzania z prawem”. Wspomniane przepisy wymieniają warunki, z których spełnienie co najmniej jednego jest konieczne do przetwarzania danych.

Pierwszym warunkiem jest zgoda osoby, której dane dotyczą. Dyrektywa wymaga, aby zgoda ta była jednoznaczna¹³⁰. Art. 2 lit. h) dyrektywy zawiera definicję legalną zgody, stanowiąc, że „zgoda osoby, której dane dotyczą, oznacza konkretne i świadome, dobrowolne wskazanie przez osobę, której dane dotyczą na to, że wyraża przyzwolenie na przetwarzanie odnoszących się do niej danych osobowych”¹³¹. W tej kwestii art. 4 pkt 11 rozporządzenia stanowi dodatkowo, że to przyzwolenie ma nastąpić „w formie oświadczenia lub wyraźnego działania potwierdzającego”¹³². Zgoda ta ma być jednoznaczna i jasna, ma więc nie budzić wątpliwości, nie może być dorozumiana¹³³. Elementem zgody musi także być swoboda jej wyrażenia. Podmiot danych musi mieć

¹²⁵ Rozporządzenie ogólne, art. 5.

¹²⁶ M. Krzysztofek, *op. cit.*, s. 108.

¹²⁷ Rozporządzenie ogólne, art. 5.

¹²⁸ Dyrektywa 95/46/WE, art. 6.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ *Ibidem*, art. 7.

¹³¹ *Ibidem*, art. 2.

¹³² Rozporządzenie ogólne, art. 4.

¹³³ M. Jagielski, *Prawo ochrony danych osobowych...*, s. 104 i n.

zapewnione odpowiednie warunki do zdecydowania o swojej zgodzie. Kolejnym wymogiem jest konkretność, określenie jej przedmiotu, sprecyzowanie rodzaju danych podlegających przetworzeniu, podmiotu przetwarzającego, celu, określenie rodzaju operacji na danych osobowych czy też czasu przetwarzania¹³⁴. Zgoda musi być świadoma, a zatem podmiot danych musi zostać należycie poinformowany o okolicznościach przetwarzania danych. Szczególną kategorią zgody na przetwarzanie danych osobowych w dyrektywie 95/46/WE, ale też w rozporządzeniu ogólnym o ochronie danych osobowych, jest zgoda na przetwarzanie tzw. danych wrażliwych uchylająca generalny zakaz przetwarzania tej kategorii danych¹³⁵. Zgoda ta ma być wyraźna, co oznacza konieczność spełnienia szczególnego wymagania. Na administratorze danych ciąży obowiązek udowodnienia, że udzielona została zgoda na przetwarzanie danych. Spełnienie warunków zgody w praktyce nie jest łatwe przez ilość wymogów, którym musi ona odpowiadać. Przykładem może być często spotykane współcześnie zaznaczenie kratki „wyrażam zgodę” przy klauzuli o przetwarzaniu danych osobowych¹³⁶. Praktyka ta została oceniona negatywnie przez grupę roboczą w sprawie wspólnej wykładni art. 26, kiedy to grupa uznała, że zaznaczenie takiej kratki nie powinno być wystarczające do uznania za wyrażenie zgody¹³⁷. Szczególne regulacje co do zgody zawiera rozporządzenie ogólne o ochronie danych osobowych. Art. 7 rozporządzenia określa warunki co do wyrażenia zgody. Zgodnie z tym przepisem administrator musi być w stanie wykazać, że została wyrażona zgoda na przetwarzanie danych osobowych. W przypadku zgody w pisemnym oświadczeniu zgoda na przetwarzanie danych osobowych musi wyróżniać się spośród innych postanowień oświadczenia. Art. 7 wyraźnie stanowi o możliwości wycofania zgody w dowolnej chwili i o tym, że „wycofanie zgody musi być równie łatwe jak jej wyrażenie”¹³⁸. Przepis ten także akcentuje wymóg dobrowolności zgody, wymagając, aby przy ocenie dobrowolności brana była pod uwagę okoliczność, czy od zgody na przetwarzanie danych osobowych uzależniono wykonanie umowy¹³⁹. Uregulowana została także kwestia zgody wyrażonej przez dziecko w przypadku usług społeczeństwa informacyjnego. Przetwarzanie danych osobowych na podstawie takiej zgody będzie legalne w przypadku, gdy dziecko ukończyło 16 lat, a w przeciwnym razie w przypadku potwierdzenia zgody przez osobę sprawującą władzę rodzicielską¹⁴⁰.

Innymi kryteriami legalności przetwarzania danych są: niezbędność przetwarzania dla wykonania umowy, której jedną ze stron jest osoba, od której dane pochodzą; niezbędność przetwarzania dla realizacji zobowiązania prawnego administratora danych; konieczność przetwarzania dla ochrony interesów podmiotów danych lub dla potrzeb wynikających z uzasadnionych interesów administratora danych lub osób trze-

¹³⁴ *Ibidem*, s. 106 i n.

¹³⁵ Dyrektywa 95/46/WE, art. 8.

¹³⁶ M. Jagielski, *Prawo ochrony danych osobowych...*, s. 117.

¹³⁷ Dokument roboczy w sprawie wspólnej wykładni art. 26 ust. 1 dyrektywy 95/46/WE z 24 października 1995, (WP 114 z 25.11.2005), s. 11.

¹³⁸ Rozporządzenie ogólne, art. 7.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*, art. 8.

cich; konieczność przetwarzania dla realizacji zadania wykonywanego w interesie publicznym lub władzy publicznej przekazanej administratorowi danych¹⁴¹. Te przypadki to, obok zgody podmiotu danych, sytuacje, w których dane można przetwarzać. Brak zgody jest w tych sytuacjach rekompensowany przez konieczność dokonywania operacji na danych. Nie dowolność, a kwalifikowany stan, w którym zachodzi niekwestionowana, niezbędna potrzeba przetwarzania danych, dodatkowo wzmocniona uzasadnionym interesem podmiotu danych, administratora czy publicznym. Owa konieczność i istnienie uzasadnionego interesu są uwypuklone w art. 7 dyrektywy.

2.3.1.3. Uprawnienia podmiotu, od którego dane pochodzą

Prywatność w zakresie ochrony danych osobowych znajduje protekcję także poprzez pewne uprawnienia przysługujące podmiotom danych. Te uprawnienia to wyraz ochrony prywatności już na etapie, gdy dane są lub były przetwarzane w przeszłości.

Niewątpliwie znaczenie mają tu uprawnienia informacyjne osoby, której dane są przetwarzane. Uprawnieniom tym odpowiadają obowiązki informacyjne administratora danych. Podmiot danych ma zagwarantowane prawo do informacji o czynnościach dokonywanych na danych jego dotyczących w celu ochrony jego interesów i weryfikacji tych czynności¹⁴². Informacja ta może następować w efekcie realizacji prawa do informacji na żądanie lub też jako wykonanie nałożonego prawem obowiązku. Skorzystanie z jednego rozwiązania nie wpływa na realizację drugiego, są one bowiem od siebie niezależne w realizacji¹⁴³. Obowiązki w tym zakresie przewiduje art. 10 i 11 dyrektywy. Administrator danych ma obowiązek udzielić informacji w szczególności o swojej tożsamości, celach przetwarzania i innych informacji, jak np. o odbiorcy danych czy istnieniu prawa do wglądu i poprawiania danych¹⁴⁴. Katalog ten w dyrektywie jest otwarty. Mocniejszy nacisk na obowiązek informacyjny administratora kładzie rozporządzenie ogólne w sprawie ochrony danych osobowych. Art. 12 rozporządzenia zobowiązuje administratora danych do przekazywania określonych informacji w sposób zwięzły, przejrzysty, zrozumiały i łatwo dostępny. Administrator ma ponadto obowiązek ułatwiać podmiotowi danych wykonywanie jego uprawnień przysługujących na mocy rozporządzenia¹⁴⁵. Katalog danych, które administrator ma przekazać, jest szerszy i bardziej szczegółowy niż w dyrektywie, wprowadzony zostaje także termin udzielenia informacji¹⁴⁶.

Podmiotowi danych zapewnia się także prawo dostępu do danych. Uprawnienie to sformułowane zostało w art. 12 dyrektywy i koresponduje z obowiązkami informacyjnymi administratora. Idąc za tym przepisem, podmiot danych ma prawo do uzyskania informacji o tym, czy dane jego dotyczące są przetwarzane, o celu przetwarzania, kategoriach danych, odbiorcach. Informacja o danych poddanych przetwarzaniu ma być

¹⁴¹ Dyrektywa 95/46/WE, art. 7.

¹⁴² M. Jagielski, *Prawo ochrony danych osobowych...*, s. 119.

¹⁴³ *Ibidem*, s. 121.

¹⁴⁴ Dyrektywa 95/46/WE, art. 10.

¹⁴⁵ Rozporządzenie ogólne, art. 12.

¹⁴⁶ *Ibidem*, art. 13 i n.

wyrażona w zrozumiałej formie, bez opóźnienia¹⁴⁷. Prawo dostępu do danych formułuje także rozporządzenie w art. 15. Rozporządzenie wymienia katalog informacji, do których w ramach tego uprawnienia podmiot danych ma dostęp¹⁴⁸. Katalog ten został w porównaniu do dyrektywy znacznie rozszerzony.

Podmiot danych ma prawo do poprawiania danych. Prawo to łączy się z zasadą zapewnienia aktualności i prawidłowości danych. Wydaje się zatem, że może być ono realizowane na wniosek osoby, od której dane pochodzą, ale też automatycznie przez administratora danych, jako realizacja obowiązku zapewnienia aktualności i prawidłowości danych¹⁴⁹. Osoba, której dane dotyczą, ma wg art. 12 lit. b) prawo do „sprostowania, usunięcia lub zablokowania danych, których przetwarzanie jest niezgodne z przepisami niniejszej dyrektywy, szczególnie ze względu na niekompletność lub niedokładność danych”¹⁵⁰. Rozporządzenie rozdziela natomiast prawo do poprawiania danych od prawa do ich usunięcia. Art. 16 rozporządzenia mówi o prawie do żądania sprostowania nieprawidłowych danych i uzupełnienia niekompletnych danych¹⁵¹. Prawo usunięcia danych jest sformułowane w art. 17, który to nakłada na administratora obowiązek niezwłocznego usunięcia danych w przypadku zajścia wymienionych w przepisie przesłanek, takich jak cofnięcie zgody, niezgodność przetwarzania z prawem¹⁵².

Kolejnym uprawnieniem jest prawo sprzeciwu wobec przetwarzania danych. Zagwarantowane zostało ono w art. 14 dyrektywy i art. 21 rozporządzenia. Prawo to nie ma na celu doprowadzenia do stanu zgodności danych przetwarzanych ze stanem faktycznym, jak uprawnienia opisane w akapicie poprzedzającym, ale wyrażenie braku zgody podmiotu danych na ich przetwarzanie¹⁵³. Sprzeciw ten może nastąpić z uzasadnionych, ważnych przyczyn dotyczących podmiotu danych¹⁵⁴. W efekcie administratorowi nie wolno już dalej przetwarzać danych objętych sprzeciwem. Prawo to skonstruowane jest podobnie w rozporządzeniu¹⁵⁵. Ani dyrektywa, ani rozporządzenie nie określają, jakie są to uzasadnione przyczyny pozwalające na wniesienie sprzeciwu. Chodzi tu jednak zapewne o sytuacje, w których dalsze przetwarzanie danych stałoby się dla podmiotu danych wyraźnie uciążliwe, niekorzystne¹⁵⁶.

Opisane uprawnienia podmiotu danych niewątpliwie stanowią wyraz dbałości o prawo do prywatności w realizacji ochrony danych osobowych. Warto zaznaczyć, że reforma ochrony danych osobowych przewiduje nowe, dodatkowe uprawnienia w rozporządzeniu. Są to m.in. prawo do ograniczenia przetwarzania polegające na żądaniu od administratora ograniczenia przetwarzania na odpowiedni czas w określonych przypadkach czy też prawo do przenoszenia danych polegające na uprawnieniu do otrzymania

¹⁴⁷ Dyrektywa 95/46/WE, art. 12.

¹⁴⁸ Rozporządzenie ogólne, art. 15.

¹⁴⁹ M. Krzysztofek, *op. cit.*, s. 149.

¹⁵⁰ Dyrektywa 95/46/WE, art. 12.

¹⁵¹ Rozporządzenie ogólne, art. 16.

¹⁵² *Ibidem*, art. 17.

¹⁵³ M. Jagielski, *Prawo ochrony danych osobowych...*, s. 139.

¹⁵⁴ Dyrektywa 95/46/WE, art. 14.

¹⁵⁵ Rozporządzenie ogólne, art. 21.

¹⁵⁶ M. Jagielski, *Prawo ochrony danych osobowych...*, s. 140.

danych w określonym formacie i przekazania ich innemu administratorowi danych¹⁵⁷. Środkami, z których skorzystać może podmiot danych w celu ochrony swojej prywatności w zakresie danych osobowych, są także środki indywidualne, a więc wszelkiego rodzaju skargi do organów o kompetencjach nadzorczych czy też do sądu.

2.3.1.4. Mechanizmy nadzorcze i wymogi techniczne

Bezpieczeństwo danych, które ma być zapewnione poprzez stosowanie szeregu wymogów technicznych przewidzianych prawem, jest wyrazem realizacji ochrony prywatności osób, od których dane pochodzą. Obowiązek odpowiedniego zabezpieczenia danych poprzez zapewnienie odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych spoczywa na administratorze¹⁵⁸. Ma to chronić przed bezprawną bądź przypadkową utratą, zniszczeniem, zmianą danych¹⁵⁹. Obowiązek odpowiedniego zabezpieczenia danych przewiduje także rozporządzenie¹⁶⁰. Oba akty nie precyzują jednak wymogów technicznych mających zapewnić bezpieczeństwo danych, ograniczając się jedynie do wskazania, że mają być one „odpowiednie”. Rozwiązanie takie podyktowane jest tym, że ze względu na różnorodność podmiotów przetwarzających dane, dziedzin, skali działalności wskazanie konkretnych rozwiązań byłoby niemożliwe i nie zapewniałoby adekwatnej ochrony¹⁶¹.

Faktyczne wypełnianie postulatów ochrony prywatności w kwestiach danych osobowych jest możliwe poprzez zagwarantowanie odpowiedniego nadzoru nad systemem ochrony danych osobowych. Odpowiednie środki i organy nadzoru zapewniają wykonywanie postanowień dotyczących ochrony danych osobowych przewidzianych prawem. Art. 28 dyrektywy nakłada na państwa członkowskie obowiązek ustanowienia co najmniej jednego organu nadzorczego, który będzie odpowiedzialny za kontrolę stosowania przepisów dyrektywy¹⁶². Organ ten według przepisów dyrektywy wyposażony jest w uprawnienia dochodzeniowe, jak np. prawo dostępu do danych, i uprawnienia interwencyjne, jak np. wyrażanie opinii czy zarządzanie usunięcia lub blokady danych¹⁶³. Organ ten ma działać w sposób całkowicie niezależny¹⁶⁴. Dyrektywa jako podstawowy środek nadzoru przyjmuje powiadomienie, które określone jest w art. 18. Administrator danych przed przystąpieniem do przetwarzania danych ma obowiązek powiadomić odpowiedni organ nadzorczy¹⁶⁵. Funkcja powiadomienia wyjaśniona jest w motywach do dyrektywy jako ujawnienie „celów i głównych cech operacji przetwarzania danych, co ma pozwolić na ustalenie, czy operacje te są zgodne z krajowymi przepisami przyjętymi na podstawie dyrektywy”¹⁶⁶. Nadzór zapewniony w myśl przepisów dyrektywy ma na

¹⁵⁷ Rozporządzenie ogólne, art. 18 i 20.

¹⁵⁸ Dyrektywa 95/46/WE, art. 17.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Rozporządzenie ogólne, art. 32.

¹⁶¹ M. Krzysztofek, *op. cit.*, s. 158.

¹⁶² Dyrektywa 95/46/WE, art. 28.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*, motyw, pkt 62.

¹⁶⁵ *Ibidem*, art. 18.

¹⁶⁶ *Ibidem*, motyw, pkt 48.

celu przeprowadzenie postępowania kontrolnego zanim jeszcze przetwarzanie danych zostanie rozpoczęte¹⁶⁷. Rozporządzenie ogólne także przewiduje ustanowienie organu nadzorczego i podkreśla jego niezależność. Art. 52 stanowi: „1. Każdy organ nadzorczy podczas wypełniania swoich zadań i wykonywania swoich uprawnień zgodnie z niniejszym rozporządzeniem działa w sposób w pełni niezależny. 2. Członek lub członkowie każdego organu nadzorczego podczas wypełniania swoich zadań i wykonywania swoich uprawnień zgodnie z niniejszym rozporządzeniem pozostają wolni od bezpośrednich i pośrednich wpływów zewnętrznych, nie zwracają się do nikogo o instrukcje ani ich od nikogo nie przyjmują”¹⁶⁸. Art. 57 z kolei wymienia zadania organu nadzorczego. Są to m.in.: monitorowanie i egzekwowanie postanowień rozporządzenia, upowszechnianie wiedzy, uprawnienia doradcze¹⁶⁹.

Znaczenie ma także utworzenie na mocy rozporządzenia 45/2001 stanowiska Europejskiego Inspektora Danych Osobowych o szerokich kompetencjach w kwestiach ochrony danych osobowych w UE¹⁷⁰.

2.3.2. Prawo do bycia zapomnianym

Szczególnie ważnym aspektem ochrony prywatności jest tzw. prawo do bycia zapomnianym. W efekcie niezwykle szybkiego tempa przemian technologicznych i związanych z tym problemów przetwarzania danych w Internecie konieczne było znalezienie rozwiązania będącego odpowiedzią na niekontrolowane i długotrwałe przetwarzanie danych osobowych w sieci. Rozwiązaniem zdaje się być prawo do bycia zapomnianym zaznaczone w orzecznictwie TSUE w szczególnie ważnym w tej kwestii wyroku C-131/12 *Google Spain przeciwko Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*. W sprawie tej obywatel Hiszpanii M. Gonzalez domagał się usunięcia nieaktualnej informacji przez Google Inc, która pojawiała się w wynikach wyszukiwania po wpisaniu nazwiska M. Gonzalez do wspomnianej wyszukiwarki. W wyniku skargi do hiszpańskiego organu właściwego dla ochrony danych osobowych skierowano do TSUE pytanie prejudycjalne o rozstrzygnięcie wątpliwości co do tego, czy czynności dokonywane przez operatora wyszukiwarek stanowią przetwarzanie danych osobowych w świetle dyrektywy 95/46/WE¹⁷¹. Trybunał, po pierwsze, uznał, że takie czynności stanowią przetwarzanie danych osobowych: „Należy zatem stwierdzić, że operator wyszukiwarki internetowej, przeszukując Internet w zautomatyzowany, stały i systematyczny sposób w poszukiwaniu opublikowanych w nim informacji, «gromadzi» takie dane, «odzyskiwane», «zapisywane» i «porządkowane» przezeń następnie za pomocą oprogramowania indeksującego, «przechowuje» je na swych serwerach oraz, w odpowiednim przypadku, «ujawnia» i «udostępnia» je swym użytkownikom w postaci listy wyników ich wyszukiwań. Ze względu na to, że operacje te zostały wyraźnie i bezwarunkowo wskazane

¹⁶⁷ M. Jagielski, *Prawo ochrony danych osobowych...*, s. 181.

¹⁶⁸ Rozporządzenie ogólne, art. 52.

¹⁶⁹ *Ibidem*, art. 57.

¹⁷⁰ M. Sakowska-Baryła, *op. cit.*, s. 81 i n.

¹⁷¹ Wyrok Trybunału C-131/12 *Google Spain...*

w art. 2 lit. b) dyrektywy 95/46, należy uznać je za «przetwarzanie» w rozumieniu tego przepisu, i bez znaczenia jest przy tym fakt, iż ten operator wyszukiwarki internetowej przeprowadza te same operacje również w odniesieniu do innego rodzaju informacji i nie wprowadza rozróżnienia między nimi a tymi danymi osobowymi¹⁷². Po drugie, Trybunał wyraźnie zaznacza, że działalność operatorów wyszukiwarek internetowych może znacząco oddziaływać na prawo do prywatności i ochrony danych osobowych i dlatego powinna spełniać wymogi dyrektywy w taki sposób, aby w pełni zapewniać poszanowanie dla prywatności¹⁷³. Co w związku z tym kluczowe, Trybunał uznał możliwość usunięcia takich danych: „biorąc pod uwagę znaczenie, jakie zawarte w tych ogłoszeniach informacje mają dla prywatności tej osoby, [...] osoba, której dotyczą dane, ma uzasadnione prawo do tego, aby informacje te nie były już wiązane przez taką listę wyników wyszukiwania z jej imieniem i nazwiskiem. Ze względu zatem na to, że w niniejszym przypadku wydaje się, iż nie zachodzą szczególne powody uzasadniające nadrzędny interes kręgu odbiorców polegający na posiadaniu w ramach takiego wyszukiwania dostępu do tych informacji – czego sprawdzenie należy do sądu odsyłającego – osoba, której dotyczą dane, może na podstawie art. 12 lit. b) oraz art. 14 akapit pierwszy lit. a) dyrektywy 95/46 domagać się usunięcia tych linków z tej listy wyników wyszukiwania¹⁷⁴. Trybunał zatem stwierdził, że prawa osób, od których pochodzą dane, są nadrzędne w stosunku do interesu odbiorców korzystających z wyników wyszukiwania, uznał, że dyrektywa daje podstawy do usunięcia takich danych i tym samym przyznał „prawo do bycia zapomnianym” w Internecie wywiedzione z przepisów dyrektywy i KPP. Prawo do usunięcia danych przysługuje nawet, gdy nie zostały usunięte ze strony źródłowej i były tam przetwarzane zgodnie z prawem¹⁷⁵. Wyrok ten niewątpliwie stanowi przełom dla ochrony prywatności w sieci.

Prawo do bycia zapomnianym znalazło się także w rozporządzeniu ogólnym o ochronie danych osobowych. Wspominany już przy okazji innych uprawnień podmiotów danych art. 17 rozporządzenia precyzuje i wyznacza ramy prawa do bycia zapomnianym i możliwości żądania usunięcia danych w określonych rozporządzeniem sytuacjach. Prawo usunięcia danych rozciąga się także na osoby trzecie – dalszych administratorów danych w przypadku upublicznienia danych¹⁷⁶. Należy zwrócić uwagę, że prawo do bycia zapomnianym nie przysługuje bezwarunkowo w każdej sytuacji, a jedynie jako narzędzie korygowania błędów administratorów danych¹⁷⁷. Przesłankami do żądania usunięcia danych są bowiem takie sytuacje jak: cofnięcie zgody, niezgodność przetwarzania z prawem, wniesienie sprzeciwu czy też brak dalszej niezbędności danych dla celów, w których zostały zebrane¹⁷⁸. Jak zaznacza M. Krzysztofek, stosowanie prawa do bycia zapomnianym w kształcie określonym przez art. 17 rozporządzenia może

¹⁷² *Ibidem*, pkt 28.

¹⁷³ *Ibidem*, pkt 38.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pkt 98.

¹⁷⁵ M. Krzysztofek, *op. cit.*, s. 165.

¹⁷⁶ Rozporządzenie ogólne, art. 17.

¹⁷⁷ M. Krzysztofek, *op. cit.*, s. 160.

¹⁷⁸ Rozporządzenie ogólne, art. 17.

w praktyce nastroczać wielu trudności. Postęp technologii powoduje problemy z dezaktualizowaniem się podstawowych pojęć w dziedzinie ochrony danych osobowych. Jako przykład może służyć pojęcie administratora danych i konieczność rozważenia, jakie podmioty powstałe w związku z postępującą cyfryzacją o specyficznych, szczególnych cechach mogą być uznawane za administratora danych¹⁷⁹.

2.4. Konkluzje

Prawo do prywatności niewątpliwie pozostaje w relacji z prawem do ochrony danych osobowych. Często pełni rolę wzmacniającą dla ochrony danych, a często także ochrona danych osobowych jest realizowana jako konkretyzacja prawa do prywatności. Prywatność w przetwarzaniu danych osobowych zagwarantowana jest szeregiem wymogów i warunków, których spełnienie jest konieczne, aby do przetwarzania danych mogło w ogóle dojść. Nie jest zatem tak, że udostępnianie danych osobowych, gromadzenie ich i przetwarzanie stanowi naruszenie prywatności osób, od których pochodzą. Operacje wykonywane na danych osobowych nie stanowią nadmiernej ingerencji w prywatność właśnie dzięki spełnianiu wymienionych w niniejszym rozdziale przesłanek. Podmiot danych poprzez przewidziane prawem mechanizmy, jak zgoda na przetwarzanie czy sprzeciw wobec przetwarzania, ma prawo do decydowania, które dane pozostają prywatne, nieudostępnione, dysponuje swoimi danymi. Reforma ochrony danych osobowych zmierza w kierunku zapewnienia większej efektywności ochrony danych wobec niezwykle szybkiego postępu technologicznego i związanych z nim zmian w zakresie powstania nowych rodzajów podmiotów przetwarzających dane, nowych rodzajów danych. Należy ocenić pozytywnie wprowadzanie nowych mechanizmów ochrony danych, takich jak chociażby prawo do bycia zapomnianym, które mają odpowiadać na problemy przetwarzania danych związanych z ich skalą i nowymi wyzwaniami spowodowanymi głównie niezwykle szybkim rozwojem sieci Internet od czasu wejścia w życie w 1995 r. dyrektywy 95/46/WE. Najlepszym dowodem na niezbędność takich rozwiązań jest liczba wniosków o usunięcie danych po przełomowym wyroku C-131/12 do Google, która na dzień 3 maj 2016 r. wynosiła 425872, w wyniku których usunięto 1483666 linków¹⁸⁰. Dane te stanowią też dowód na coraz większą świadomość społeczną o tym, jak wielką wagę ma ochrona danych osobowych i ochrona prywatności.

¹⁷⁹ M. Krzysztofek, *op. cit.*, s. 169.

¹⁸⁰ Raport Google, <https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=en>, [dostęp: 03.05.2016 r.].

3. Udostępnianie danych osobowych jako przejaw ograniczania prawa do prywatności

3.1. Skala zjawiska przetwarzania danych osobowych jako zwiększające się zagrożenie dla prywatności

3.1.1. Powszechność zjawiska związana z rozwojem nowych technologii i handlem międzynarodowym.

Od dnia uchwalenia dyrektywy 95/46/WE i później implementacji jej przez państwa członkowskie w odpowiednich przepisach prawa krajowego do dnia dzisiejszego można zaobserwować kluczowe dla poziomu ochrony danych osobowych wynikającego z dyrektywy zmiany. W szczególności niezwykle upowszechnienie się sieci Internet stanowi wyzwanie dla ochrony danych osobowych. Dostęp do Internetu stworzył nowe środowisko do przetwarzania danych o szczególnej specyfice. Masowość dostępu powoduje liczne zagrożenia dla ochrony danych osobowych. Dość stwierdzić, że dyrektywa nie przewiduje rozwiązań dostosowanych do tej platformy przetwarzania danych osobowych, ponieważ uchwalenie jej miało miejsce jeszcze długo przed upowszechnieniem się Internetu. Punkt 9 motywów do rozporządzenia ogólnego o ochronie danych osobowych w tej kwestii informuje: „Cele i zasady dyrektywy 95/46/WE pozostają aktualne, jednak wdrażając ochronę danych w Unii, nie uniknięto fragmentaryzacji, niepewności prawnej oraz upowszechnienia się poglądu, że ochrona osób fizycznych jest znacznie zagrożona, w szczególności w związku z działaniami w Internecie”¹⁸¹. Sama powszechność Internetu, liczba podmiotów z niego korzystających i wciąż powiększająca się ilość treści, jakie w sieci można znaleźć, powoduje zasadnicze zagrożenia dla ochrony danych osobowych i prywatności z tym związanej. Wśród zagrożeń należy wymienić wielopłaszczyznowość przetwarzania danych, zbieranie i przetwarzanie danych w braku wiedzy podmiotów danych o tych operacjach, trudności z wyegzekwowaniem usunięcia danych z sieci, uwidocznienie się nowych informacji, które powinny zostać uznane za dane osobowe (jak np. dane geolokalizacyjne, adresy IP), problem profilowania, przetwarzania danych w chmurze czy na portalach społecznościowych¹⁸². Rozwój technologii spowodował także dezaktualizację podstawowych dla ochrony danych definicji, czego przykładem jest sprawa C-131/12 i związane z nią wątpliwości co do pojęcia administratora danych¹⁸³. Tego typu zagrożenia niewątpliwie stanowią niebezpieczeństwo dla prawa do prywatności. Brak wiedzy o dokonywanych na danych operacjach, a co za tym idzie – brak kontroli nad przetwarzaniem wynikający z wielości podmiotów przetwarzających dane w sieci, powielanie danych i tym samym ich ogromna ilość, wymuszone względami technicznymi jako prewencja przed utratą danych to negatywne aspekty przetwarzania danych w świetle rozwoju technologii¹⁸⁴. Skalę zjawiska zaznaczono w motywach do rozporządzenia ogólnego o ochronie danych osobowych: „Szybki

¹⁸¹ Rozporządzenie ogólne, motyw, pkt 9.

¹⁸² M. Krzysztofek, *op. cit.*, s. 355.

¹⁸³ Wyrok Trybunału C-131/12 *Google Spain...*

¹⁸⁴ M. Krzysztofek, *op. cit.*, s. 357.

postęp techniczny i globalizacja przyniosły nowe wyzwania w dziedzinie ochrony danych osobowych. Skala zbierania i wymiany danych osobowych znacząco wzrosła. Dzięki technologii zarówno przedsiębiorstwa prywatne, jak i organy publiczne mogą na niespotykaną dotąd skalę wykorzystywać dane osobowe w swojej działalności. Osoby fizyczne coraz częściej udostępniają informacje osobowe publicznie i globalnie. Technologia zmieniała gospodarkę i życie społeczne i powinna nadal ułatwiać swobodny przepływ danych osobowych w Unii oraz ich przekazywanie do państw trzecich i organizacji międzynarodowych, równocześnie zaś powinna zapewniać wysoki stopień ochrony danych osobowych¹⁸⁵. Tak dynamiczny rozwój systemów technologicznych często nie pozwala na określenie kto, w jakim zakresie i w jakim celu dysponuje danymi osobowymi. Wydaje się jednak, że nie sama okoliczność wykorzystywania systemów informatycznych przez powszechne oswojenie się z nimi i umiejętności korzystania z nich, ale skala zjawiska powoduje zagrożenie dla prywatności¹⁸⁶. Masowość usług komunikacyjnych w sieci powoduje także wiele wątpliwości związanych z prywatnością, coraz większa ilość rozmaitych informacji udostępnianych przez podmioty danych, informacji związanych z prywatnością, często o coraz większym stopniu intymności, powoduje powstanie wątpliwości, czy informacje te udostępniane są w świadomie oraz czy podmiot danych ma wiedzę o konsekwencjach upubliczniania tego typu informacji¹⁸⁷. Niezbędne jest wypracowanie nowych, odpowiednich pojęć i zapewnienie właściwej kontroli nad procesami przetwarzania danych¹⁸⁸. Postęp technologiczny jest zatem dużym zagrożeniem dla prywatności w sferze danych osobowych i nie tylko. Odpowiedzią na te zagrożenia ma być właśnie reforma ochrony danych dostosowana do nowo powstałych wyzwań w czasie obowiązywania dyrektywy.

3.1.2. Praktyczne przejawy ograniczania prawa do prywatności w sferze ochrony danych osobowych

3.1.2.1. Zwolnienia z wymogów przetwarzania danych

W praktyce ochrona prywatności w zakresie danych osobowych doznaje wielu ograniczeń. Dyrektywa 95/46/WE przewiduje w art. 13 możliwość przyjęcia przez państwa członkowskie środków ograniczających prawo do dostępu do danych, obowiązków informacyjnych administratora i zasad przetwarzania danych. Ograniczenie to musi być uzasadnione koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa narodowego, obronności, bezpieczeństwa publicznego, czynności w sprawach karnych, ważnego interesu ekonomicznego państwa, funkcji kontrolnych związanych z wykonywaniem władzy publicznej, ochrony podmiotu danych, praw i wolności innych osób¹⁸⁹. Choć przesłanki przyjęcia środków ograniczających odnoszą się do wybranych uprawnień i obowiązków

¹⁸⁵ Rozporządzenie ogólne, motywy, pkt 6.

¹⁸⁶ M. Sakowska-Baryła, *op. cit.*, s. 44.

¹⁸⁷ *Ibidem*, s. 45.

¹⁸⁸ D. Głowacka, J. Lipowicz, *Uwagi do strategii poprawy skuteczności unijnych przepisów dotyczących ochrony danych osobowych, przedstawionej przez KE*, Warszawa 2011, s. 11.

¹⁸⁹ Dyrektywa 95/46/WE, art. 13.

związanych z danymi, a także mogą być stosowane jedynie w przypadku zajścia określonych okoliczności o kwalifikowanym znaczeniu, wydaje się, że mimo to ograniczenie takie stanowi naruszenie prywatności podmiotu danych. Są one bowiem w istocie przetwarzane z pominięciem uprawnień podmiotu danych, jest on pozbawiony pewnych aspektów gwarantujących zachowanie prawa do prywatności przy przetwarzaniu danych osobowych. W przypadkach przewidzianych przywołanym przepisem mamy do czynienia z konfliktem interesów: interes prywatny, ochrona prywatności podmiotu danych ściera się tu albo z interesem publicznym państwa, albo z interesem innej osoby. W przypadku opisanych zwolnień pierwszeństwo przydaje się interesowi publicznemu i interesowi innego podmiotu kosztem interesu podmiotu danych. Niewątpliwie, choć taka przewaga powinna mieć miejsce jedynie w uzasadnionych, koniecznych przypadkach, cierpi na tym prywatność podmiotu danych. Podobne rozwiązania przyjmuje ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. W motywach zaznaczone zostały warunki ograniczeń: „W prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego można przewidzieć ograniczenia dotyczące określonych zasad oraz prawa do informacji, dostępu do danych osobowych i ich sprostowania lub usuwania lub prawa do przenoszenia danych, prawa do sprzeciwu, decyzji opartych na profilowaniu, zawiadamiania osoby, której dane dotyczą, o naruszeniu ochrony danych osobowych oraz określonych powiązanych obowiązków administratorów, o ile jest to niezbędne i proporcjonalne w społeczeństwie demokratycznym, by zapewnić bezpieczeństwo publiczne, w tym ochronę życia ludzkiego – w szczególności w ramach reakcji na klęski żywiołowe lub katastrofy spowodowane przez człowieka – zapobieganie przestępczości, prowadzenie postępowań przygotowawczych, ściganie czynów zabronionych lub wykonywanie kar, w tym ochronę przed zagrożeniami dla bezpieczeństwa publicznego i zapobieganie takim zagrożeniom lub zapobieganie naruszeniom zasad etyki w zawodach regulowanych, ochronę innych ważnych celów leżących w ogólnym interesie publicznym Unii lub państwa członkowskiego, w szczególności ważnego interesu gospodarczego lub finansowego Unii lub państwa członkowskiego, prowadzenie rejestrów publicznych z uwagi na względy ogólnego interesu publicznego, dalsze przetwarzanie zarchiwizowanych danych osobowych w celu dostarczenia konkretnych informacji o postawie politycznej w ramach dawnych systemów państw totalitarnych lub ochronę osoby, której dane dotyczą, lub praw i wolności innych osób, w tym cele w dziedzinie ochrony socjalnej, zdrowia publicznego i cele humanitarne”¹⁹⁰. Szczegółowe warunki ograniczeń przewiduje art. 23 rozporządzenia. Wydaje się, że wprowadzenie ograniczeń powinno uwzględniać zarówno charakter interesu publicznego i konieczny poziom jego ochrony, jak i charakter prawa do prywatności podmiotu danych. W szczególności zachowana powinna zostać odpowiednia proporcja w realizacji konfliktu interesu publicznego z prywatnym i odpowiedni stopień ingerencji w prawo do prywatności¹⁹¹.

¹⁹⁰ Rozporządzenie ogólne, motyw, pkt 73.

¹⁹¹ M. Sakowska-Baryła, *op. cit.*, s. 293.

3.1.2.2. Przetwarzanie danych przez osobę fizyczną w trakcie czynności o czysto osobistym lub domowym charakterze

Artykuł 3 dyrektywy 95/46/WE określa zakres obowiązywania dyrektywy. Wymogami przewidzianymi dyrektywą według tego przepisu nie jest objęte przetwarzanie danych osobowych przez osobę fizyczną w trakcie czynności o czysto osobistym lub domowym charakterze¹⁹². Problemem może okazać się określenie, jakie przetwarzanie ma charakter „czysto osobisty lub domowy”. Preambuła dyrektywy przynosi podpowiedź w punkcie 12, gdzie znajdujemy informację o tym, że zasady dyrektywy mają zastosowanie do każdego przetwarzania, należy jednak z zakresu „wyłączyć przetwarzanie danych dokonywane przez osobę fizyczną w wykonywaniu działań o charakterze wyłącznie osobistym lub domowym, jak np. korespondencja i przechowywanie spisów adresów”¹⁹³. Jak pokazuje orzecznictwo, wyłączenie to powoduje wiele wątpliwości interpretacyjnych. I tak w sprawie C-101/01 *Lindqvist* powstało pytanie, czy przetwarzanie danych przez osobę fizyczną polegające na udostępnieniu ich nieograniczonej liczbie osób za pomocą Internetu wyłącznie w celach związanych z wolnością wypowiedzi, bez związku z działalnością handlową czy zawodową stanowi przetwarzanie danych w ramach wyłączenia. W odpowiedzi na powyższe wątpliwości Trybunał orzekł, że: „wyłączenie powinno być interpretowane jako obejmujące wyłącznie działania wchodzące w zakres życia prywatnego lub rodzinnego jednostki, co w sposób oczywisty nie ma miejsca w przypadku przetwarzania danych osobowych polegającego na ich opublikowaniu w Internecie w taki sposób, że staną się one dostępne dla nieograniczonej liczby osób”¹⁹⁴. Wątpliwości powstały także przy okazji wspomnianej już sprawy C-212/13, w której Trybunał rozstrzygał, czy działanie systemu monitoringu w celu ochrony własności, zdrowia i życia właścicieli domu może być uznane za przetwarzanie o czysto osobistym lub domowym charakterze, nawet jeżeli wychodzi częściowo na przestrzeń publiczną. Trybunał uznał, że: „O ile nadzór kamer wideo, taki jak ten w postępowaniu głównym, rozciąga się choćby częściowo na przestrzeń publiczną i tym samym jest skierowany poza sferę prywatną osoby dokonującej w ten sposób przetwarzania danych, o tyle nie powinien on być rozumiany jako czynność o czysto «osobistym lub domowym charakterze» w rozumieniu art. 3 ust. 2 tiret drugie dyrektywy 95/46”¹⁹⁵. Przetwarzanie danych o charakterze czysto osobistym lub domowym jest zatem różnie interpretowane i nastrocza wielu problemów. Przetwarzanie w takich warunkach jest wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy, a zatem nie stosuje się do niego wymogów przewidzianych przepisami dyrektywy, które to mają zapewniać poszanowanie prywatności w sferze danych osobowych. Wydaje się zatem, że przetwarzanie pozbawione zgody podmiotu danych, w warunkach zwolnienia z zasad rzetelności, jawności, adekwatności, nawet jeśli dokonywane ma być w szczególnym wypadku czynności o wyłącznie osobistym charakterze, w świetle wielu wątpliwości odnośnie

¹⁹² Dyrektywa 95/46/WE, art. 3.

¹⁹³ *Ibidem*, motywy, pkt 12.

¹⁹⁴ Wyrok Trybunału C-101/01 Göta hovrätt, pkt 47.

¹⁹⁵ Wyrok Trybunału C-212/13, *František Ryneš*, pkt 33.

do definicji tego charakteru może stanowić w wielu wypadkach naruszenie prywatności osoby, od której dane pochodzą.

3.1.2.3. Przetwarzanie danych osobowych i wolność wypowiedzi

Dyrektywa przewiduje możliwość wyłączenia lub ograniczenia przez państwa członkowskie jej przepisów o kryteriach legalności przetwarzania, obowiązkach informacyjnych i warunkach przetwarzania danych wrażliwych „w przypadku przetwarzania danych osobowych wyłącznie w celach dziennikarskich lub w celu uzyskania wyrazu artystycznego lub literackiego”¹⁹⁶. Taka możliwość powstaje jedynie w razie konieczności uzasadnionej zachowaniem przepisów dotyczących wolności wypowiedzi i pogodzenia ich z prawem do prywatności. Wolność wypowiedzi obejmuje także wolność pozyskiwania informacji, której nie towarzyszą obowiązki innych podmiotów związane z udostępnieniem, dostarczeniem informacji¹⁹⁷. Autonomia jednostki w zakresie określania, które z informacji, danych osobowych o niej mogą zostać udostępnione, może w tym zakresie wywoływać kolizję z wolnością pozyskiwania informacji. Niewątpliwie kolizja taka powoduje zagrożenie dla prywatności podmiotu takich informacji. Dyrektywa nakazuje odpowiednie zachowanie prawa do prywatności, pogodzenie go z wolnością wypowiedzi. Motywy do dyrektywy stwierdzają: „Przetwarzanie danych osobowych dla potrzeb dziennikarstwa lub wypowiedzi o charakterze literackim lub artystycznym, zwłaszcza w dziedzinie techniki audiowizualnej, powinno kwalifikować się do zwolnienia z wymagań niektórych przepisów niniejszej dyrektywy, o ile jest to konieczne, aby pogodzić prawa podstawowe osób fizycznych z wolnością informacji, a zwłaszcza prawem do uzyskiwania i udzielania informacji”¹⁹⁸. Dalej motywy podkreślają, że takie wyłączenia mają jednak zapewniać równowagę pomiędzy wolnością wypowiedzi a prawami podstawowymi, w tym prawem do prywatności. W tej kwestii problemem może okazać się każdorazowo wyznaczanie granicy, faktyczne zachowanie równowagi pomiędzy tymi prawami¹⁹⁹. Innym aspektem wolności wypowiedzi, stanowiącym większe jeszcze zagrożenie dla prywatności podmiotów danych, jest wolność rozpowszechniania informacji. Stoi ono w konflikcie z prawem podmiotu danych do kontrolowania, kto posiada konkretne dane. Dlatego też wolność rozpowszechniania informacji powinna być ograniczona odnośnie do sfery prywatności podmiotu informacji jako potencjalnie najgłębiej ingerująca w prawo do prywatności. Ograniczenia tego aspektu wolności wypowiedzi powinny odnosić się do rozpowszechniania informacji tylko konkretnym, określonym osobom, w określonym celu²⁰⁰. Rozporządzenie ogólne o ochronie danych osobowych i motywy do niego podobnie zaznaczają konieczność pogodzenia ochrony danych osobowych z wolnością wypowiedzi, dodatkowo zaznaczając: „Aby uwzględnić, jak ważna dla każdego demokratycznego społeczeństwa jest wolność wypowiedzi, pojęcia dotyczące tej wolności, takie jak

¹⁹⁶ Dyrektywa 95/46/WE, art. 9.

¹⁹⁷ M. Sakowska-Baryła, *op. cit.*, s. 307.

¹⁹⁸ Dyrektywa 95/46/WE, motywy, pkt 37.

¹⁹⁹ M. Sakowska-Baryła, *op. cit.*, s. 308.

²⁰⁰ *Ibidem*, s. 309.

dziennikarstwo, należy interpretować szeroko”²⁰¹. Ze względu na zagrożenie dla prywatności, jakie niesie ze sobą wolność wypowiedzi, rozporządzenie także zaznacza, jak ważna jest równowaga pomiędzy wolnością wypowiedzi a prawami podmiotowymi podmiotów danych. Równowaga ta ma być zapewniana przez konieczność wprowadzenia odpowiednich aktów i przepisów prawnych na poziomie krajowym w państwach członkowskich²⁰².

3.1.2.4. Wyłączenia od obowiązku informacyjnego

Jednym z warunków zapewniających zachowanie i przestrzeganie prawa do prywatności w zakresie przetwarzania danych osobowych są uprawnienia informacyjne podmiotu danych i odpowiadające im obowiązki informacyjne administratora danych. Przepisy dyrektywy przewidują jednak wyjątki od zachowania obowiązków informacyjnych. Art. 11 dyrektywy traktuje o konieczności dostarczenia informacji o tożsamości administratora, celach przetwarzania i wszelkich dalszych informacji osobie, której dane dotyczą, w przypadku uzyskania ich z innych źródeł. Paragraf 2 tego przepisu zawiera wyłączenie tego obowiązku informacyjnego w przypadku przetwarzania, gdy udzielenie takiej informacji wymagałoby nadmiernych wysiłków lub w przypadku, gdy gromadzenie tych danych jest przewidziane przez prawo²⁰³. Przepis wskazuje, że takie wyłączenie miałyby w szczególności zastosowanie odnośnie do przetwarzania danych dla celów statystycznych, naukowych lub historycznych. Rozporządzenie ogólne o ochronie danych osobowych wskazuje wśród przesłanek takiego wyłączenia sytuacje, gdy podmiot danych dysponuje już informacjami objętymi obowiązkiem, gdy udzielenie informacji wiązałoby się z niewspółmiernymi wysiłkami, pozyskiwanie i ujawnianie informacji jest wyraźnie uregulowane prawem, które chroni uzasadnione interesy podmiotu danych lub dane muszą pozostać poufne ze względu na tajemnicę zawodową²⁰⁴. Katalog przesłanek w rozporządzeniu jest zatem nieco szerszy w stosunku do katalogu z dyrektywy. Choć zwolnienie z obowiązku informacyjnego ma mieć charakter wyjątkowy, usprawiedliwiony określonymi okolicznościami, należy stwierdzić, że może stanowić to naruszenie prywatności. Podmiot danych pozbawiony jest bowiem informacji o przetwarzaniu danych, a co za tym idzie – informacji o celu przetwarzania, zakresie, czasie oraz tożsamości administratora. Uniemożliwiona jest zatem kontrola przetwarzania danych przez podmiot danych i korzystanie z przysługujących na mocy przepisów uprawnień²⁰⁵.

3.2. Problem ochrony prywatności związany z transgranicznym przepływem danych

Rozwój gospodarczy i handlowy na poziomie międzynarodowym wymaga swobodnego przepływu danych osobowych w dziedzinach, w których dochodzi do przetwa-

²⁰¹ Rozporządzenie ogólne, motywy, pkt 153.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ Dyrektywa 95/46/WE, art. 11.

²⁰⁴ Rozporządzenie ogólne, art. 14.

²⁰⁵ M. Krzysztofek, *op. cit.*, s. 133.

rzania danych. Wyzwaniem i celem dla międzynarodowych porozumień stało się zatem ustalenie wspólnych standardów w tym zakresie. Przyjęcie międzynarodowych porozumień traktujących o ochronie danych osobowych miało na celu zbliżenie poziomu ochrony danych różnych państw, tak aby ułatwić ich transgraniczny przepływ. Transfer danych poza granice kraju powoduje zagrożenia dla ich ochrony, a przez to i dla zachowania prawa do prywatności podmiotu danych, bowiem ochrona w kraju przepływu danych może okazać się nieodpowiednia, niewystarczająca, niezapewniająca odpowiedniego zabezpieczenia danych.

Motywy dyrektywy 95/46/WE wskazują, że funkcjonowanie rynku wewnętrznego, czterech swobód wymaga zapewnienia swobodnego przepływu danych osobowych, a integracja wewnętrzna spowoduje zwiększenie się transferu danych między państwami²⁰⁶. Czynnikiem ułatwiającym międzynarodowy przepływ danych jest postęp technologiczny. Celem wprowadzenia dyrektywy była harmonizacja ustawodawstw państw członkowskich w zakresie ochrony danych osobowych, tak aby przy przepływie tych danych pomiędzy nimi poziom ich ochrony był zbliżony w każdym z państw UE²⁰⁷. Motywy wskazują także, że „Transgraniczny przepływ danych osobowych jest koniecznym warunkiem rozwoju handlu międzynarodowego; ochrona osób, jaką niniejsza dyrektywa gwarantuje we Wspólnocie, nie stanowi przeszkody dla przekazywania danych osobowych do państw trzecich, które zapewniają odpowiedni stopień ochrony”²⁰⁸. Preambuła do rozporządzenia ogólnego o ochronie danych osobowych wskazuje na upowszechnienie się transgranicznego przepływu danych: „Integracja społeczno-gospodarcza wynikająca z funkcjonowania rynku wewnętrznego doprowadziła do znacznego zwiększenia transgranicznych przepływów danych osobowych. Wzrosła wymiana danych osobowych między podmiotami publicznymi i prywatnymi, w tym między osobami fizycznymi, zrzeszeniami i przedsiębiorstwami w Unii. Od organów krajowych państw członkowskich prawo Unii coraz częściej wymaga, by w celu wykonania swoich obowiązków lub w celu realizacji zadań w imieniu organu innego państwa członkowskiego współpracowały ze sobą i wymieniały się danymi osobowymi”²⁰⁹. Wydaje się zatem, że gwarantowany w państwach UE poziom ochrony i odpowiedni poziom ochrony w państwach trzecich zapewnia należyte poszanowanie dla prawa do prywatności. Jednak, po pierwsze, sam fakt harmonizacji prawa poprzez dyrektywę nie zakłada jednakowej ochrony we wszystkich państwach członkowskich. Pomiędzy regulacjami mogą istnieć różnice²¹⁰. Inaczej będzie po wejściu ujednolicającego ustawodawstwa w tym zakresie rozporządzenia ogólnego o ochronie danych osobowych. W tej kwestii istotnie rozważania zawarte są w punkcie 13 motywów do rozporządzenia: „Aby zapewnić spójny stopień ochrony osób fizycznych w Unii oraz zapobiegać rozbieżnościom hamującym swobodny przepływ danych osobowych na rynku wewnętrznym, należy przyjąć rozporządzenie, które zagwarantuje podmiotom gospodarczym –

²⁰⁶ Dyrektywa 95/46/WE, motyw, pkt 3.

²⁰⁷ *Ibidem*, pkt 8.

²⁰⁸ *Ibidem*, pkt 56.

²⁰⁹ Rozporządzenie ogólne, motyw, pkt 5.

²¹⁰ M. Jagielski, *Prawo do ochrony danych osobowych...*, s. 191.

w tym mikroprzedsiębiorstwach oraz małym i średnim przedsiębiorstwom – pewność prawa i przejrzystość, a osobom fizycznym we wszystkich państwach członkowskich ten sam poziom prawnie egzekwowalnych praw oraz obowiązków i zadań administratorów i podmiotów przetwarzających, które pozwoli spójnie monitorować przetwarzanie danych osobowych, a także które zapewni równoważne kary we wszystkich państwach członkowskich oraz skuteczną współpracę organów nadzorczych z różnymi państwami członkowskimi”²¹¹. Po drugie, powstaje problem przepływu danych do państw, które w istocie nie zapewniają odpowiedniego poziomu ich ochrony.

3.2.1. Wyjątki od zakazu transferu danych do państw trzecich niezapewniających odpowiedniego stopnia ochrony

Transfer danych do państw trzecich jest możliwy jedynie, gdy państwo to zapewnia odpowiedni stopień ochrony, który określany jest w świetle wszelkich okoliczności dotyczących operacji dokonywanych na danych²¹². W razie stwierdzenia, że stopień ochrony w państwie trzecim nie jest odpowiedni, państwo członkowskie ma obowiązek podjęcia wszelkich działań w celu nieprzekazania danych do tego państwa. Podobnie, choć bardziej szczegółowo, tę kwestię reguluje rozporządzenie, wymieniając dodatkowo katalog kryteriów brany przez Komisję pod uwagę przy ocenie, czy stopień ochrony danych osobowych w państwie trzecim jest odpowiedni²¹³. Oba te akty wprowadzają jednak wyjątki od zasady zakazu transferu danych osobowych do państw trzecich niezapewniających odpowiedniego poziomu ochrony.

Wyjątki od tej zasady określone zostały w dyrektywie w art. 26 par. 2, który stanowi, że „Państwo Członkowskie może zezwolić na przekazanie lub przekazywanie danych osobowych do państwa trzeciego, które nie zapewnia odpowiedniego stopnia ochrony w znaczeniu art. 25 ust. 2, jeżeli administrator danych zaleci odpowiednie zabezpieczenia odnośnie do ochrony prywatności oraz podstawowych praw i wolności osoby oraz odnośnie do wykonywania odpowiednich praw”²¹⁴. Środki te mogą wynikać z umowy, dyrektywa nie zamyka jednak katalogu odpowiednich środków²¹⁵. Rozporządzenie ogólne w art. 46 stwarza możliwość transferu danych w braku decyzji o odpowiednim poziomie ochrony w sytuacji, gdy administrator zapewni odpowiednie zabezpieczenia i egzekwowanie praw podmiotów danych. Rozporządzenie wymienia także katalog środków, za pomocą których można osiągnąć takie zabezpieczenia: prawnie wiążące i egzekwowalne instrumenty między organami lub podmiotami publicznymi; wiążące reguły korporacyjne zgodnie z art. 47; standardowe klauzule ochrony danych przyjętych przez Komisję; standardowe klauzule ochrony danych przyjęte przez organ nadzorczy i zatwierdzone przez Komisję; zatwierdzony kodeks postępowania wraz z wiążącymi i egzekwowalnymi zobowiązaniami administratora lub podmiotu przetwa-

²¹¹ Rozporządzenie ogólne, pkt 13.

²¹² Dyrektywa 95/46/WE, art. 25.

²¹³ Rozporządzenie ogólne, art. 45.

²¹⁴ Dyrektywa 95/46/WE, art. 26.

²¹⁵ M. Krzysztofek, *op. cit.*, s. 208.

rzającego; zatwierdzony mechanizm certyfikacji²¹⁶. Możliwe jest zatem przekazanie danych do państw trzecich, wobec których nie stwierdzono odpowiedniego stopnia ochrony danych osobowych na podstawie zapewnienia administratora o wdrożeniu przed odbiorcę danych odpowiednich zabezpieczeń. Funkcjonowanie tego rozwiązania i praktyczne trudności kontroli nad zapewnianiem środków ochrony przez odbiorcę danych może stanowić poważne zagrożenie dla prawa do prywatności w zakresie przetwarzania danych osobowych.

3.2.2. Odstępstwa od zakazu transferu danych do państw trzecich niezapewniających odpowiedniego stopnia ochrony

Art. 26 par. 1 dyrektywy przewiduje także pewne odstępstwa od zakazu transferu danych do państw trzecich niezapewniających odpowiedniego stopnia ochrony. Rozróżnienie na odstępstwa od zakazu transferu i wyjątki od tej zasady z poprzedzającego punktu opiera się na kryterium zapewnienia odpowiedniej ochrony. Wyjątki wyżej opisane to w istocie środki, które mają zmierzać do zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony poprzez przyjęcie odpowiednich środków przez odpowiednie podmioty w postaci administratora i odbiorcy danych. Odstępstwa od zasady zakazu przekazywania danych do państw niezapewniających odpowiedniego poziomu ochrony będące przedmiotem niniejszego punktu w żaden sposób nie mają na celu rekompensowania braku odpowiedniej ochrony. Są to jedynie przesłanki, które pozwalają na transfer danych nawet w sytuacji braku odpowiedniej ochrony. Wśród nich w art. 26 par. 1 dyrektywa wymienia: jednoznaczną zgodę na proponowany transfer osoby, której dane dotyczą; konieczność przekazania danych dla realizacji umowy; konieczność przekazania ze względu na cele publiczne; konieczność dla zapewnienia interesów osoby, której dane dotyczą; przekazanie danych z rejestru służącego za źródło informacji dla ogółu społeczeństwa²¹⁷. Rozporządzenie do tego katalogu wprowadza pewne modyfikacje. Najważniejszą z nich jest modyfikacja zgody i wprowadzenie obowiązku informacyjnego – zgoda podmiotu danych ma być wyraźna, a podmiot ten ma zostać poinformowany o ryzyku związanym z brakiem decyzji o odpowiednim poziomie ochrony danych osobowych²¹⁸. Odstępstwo od zasady zakazu transferu danych do państw niezapewniających odpowiedniego poziomu danych osobowych poważnie narusza prawo do prywatności osób, od których dane pochodzą. Dlatego powinno być ograniczone do przypadków o niskim ryzyku i do sytuacji wyjątkowych, nielicznych²¹⁹. Jak podkreśla Grupa Robocza art. 29, odstępstwa te mają miejsce jedynie w sytuacjach, w których ryzyko naruszenia prywatności jest niewielkie bądź uzasadnione²²⁰.

Przesłanka zgody osoby, od której dane pochodzą, zdaje się, że i w tym wypadku musi spełniać wymogi analogiczne do zgody na przetwarzanie danych w podstawowym

²¹⁶ Rozporządzenie ogólne, art. 46.

²¹⁷ Dyrektywa 95/46/WE, art. 26.

²¹⁸ Rozporządzenie ogólne, art. 49.

²¹⁹ M. Krzysztofek, *op. cit.*, s. 268.

²²⁰ Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Articles 25 and 26 of the EU data protection directive – WP 12 z dnia 24 lipca 1998 r.

wariancie²²¹. Musi być jednoznaczna, co wprost wynika z przepisu zarówno dyrektywy, jak i rozporządzenia. Jej wyrażenie powinno zostać poprzedzone odpowiednim, poprawnym wykonaniem obowiązków informacyjnych. Podmiot danych musi mieć możliwość odmowy, a zgoda musi być dobrowolna²²².

Gdy odstępowanie wynika z konieczności transferu dla realizacji umowy lub działań poprzedzających zawarcie umowy, przesłankę stanowi tu niezbędność przetworzenia danych. Należy tłumaczyć ją jako brak możliwości realizacji umowy w przypadku nieprzetworzenia danych. Interpretacja tego pojęcia powinna być ścisła, należy wykazać ścisły związek pomiędzy realizacją umowy a przepływem i przetwarzaniem danych²²³.

Gdy podstawą odstępowania jest istotne dobro publiczne, należy zwrócić uwagę na niezbędność takiego przepływu danych dla realizacji interesu publicznego. Ta niezbędność podobnie – nie może być interpretowana rozszerzająco. Kolejną kwestią jest pojęcie istotnego dobra publicznego, czyli takiego, które ma stanowić wartość dla ogółu społeczeństwa²²⁴.

Podstawą transferu mogą być także żywotne interesy podmiotu danych. W tym przypadku także niezbędność transferu dla ich ochrony jest kluczowa, a zdaje się, że to administrator jest uprawniony do określenia, które to z interesów podmiotów danych są żywotne i wymagają ochrony²²⁵.

W sytuacji przepływu danych pochodzących z rejestru, który służy za źródło informacji dla ogółu społeczeństwa, niedopuszczalność odstępowania byłaby bezprzedmiotowa z uwagi na ogólnodostępność zawartych w danym rejestrze informacji²²⁶. Wymogiem koniecznym dla transferu danych jest tu jednak spełnienie określonych prawem warunków wglądu do rejestru.

W przypadku odstępowania ze względu na interes administratora danych należy zwrócić uwagę na istotną kwestię: ponieważ pojęcie istotnego, uzasadnionego interesu administratora danych nie jest zdefiniowane, nie powinno dochodzić do sytuacji, w których interes ten jest nadmiernie przedkładany ponad prawa podmiotowe – w tym prawo do prywatności – osób, od których dane pochodzą. Administrator bowiem może zapewnić odpowiednie środki ochrony danych osobowych²²⁷.

3.3. Konkluzje

Mimo ustanawiania szeregu wymogów i przesłanek gromadzenia, przetwarzania i udostępniania danych osobowych istnieje wiele zagrożeń dla prywatności osób, od których dane pochodzą. Począwszy od rozwoju technologicznego, którego dynamika wciąż wzrasta, zakończywszy na transgranicznym przepływie danych. Zmiany społeczne związane z powszechnością sieci Internet oraz nowe środki i warunki techniczne

²²¹ M. Krzysztofek, *op. cit.*, s. 269.

²²² *Ibidem*, s. 272.

²²³ *Ibidem*, s. 276.

²²⁴ *Ibidem*, s. 278.

²²⁵ *Ibidem*, s. 280.

²²⁶ *Ibidem*, s. 281.

²²⁷ *Ibidem*, s. 282.

przetwarzania danych powodują szybką dezaktualizację zastanych rozwiązań ochronnych i przez to narażanie na brak należytych, odpowiednich zabezpieczeń dla prywatności w sferze informacji o danej osobie. Z kolei rosnące znaczenie współpracy międzynarodowej, handlu międzynarodowego powoduje konieczność i potrzebę coraz częstszego i szerszego przepływu danych pomiędzy państwami. Transfer taki może powodować utratę kontroli nad danymi przez podmiot danych, niepewność co do przysługujących uprawnień i wreszcie wątpliwości co do stopnia ochrony danych i – co z tego wynika – prywatności w systemach prawnych państw odbierających dane. Z uwagi na to, że przepływ danych dokonywany jest nie tylko pomiędzy państwami członkowskimi UE, gdzie istnieją wspólne regulacje prawne dotyczące ochrony danych osobowych zbliżające ustawodawstwa państw członkowskich, ale też i do państw trzecich, temat zagrożeń dla prywatności jest szczególnie ważny i żywy. Poprzedzający rozdział miał na celu ukazanie mechanizmów chroniących prywatność w przetwarzaniu danych osobowych. W tym rozdziale uwidocznione zostały rozwiązania, które mogą stanowić naruszenie lub zagrożenie dla prywatności w sferze ochrony danych osobowych. Choć niewątpliwie przepisy dyrektywy i nowego rozporządzenia mającego zastąpić dyrektywę zmierzają do jak najlepszej ochrony prywatności podmiotów danych, uzasadnione wydają się być wątpliwości co do zakresu ochrony prywatności związane z nieostrością pojęć takich jak chociażby „uzasadniony interes”; nieświadomością osób, których dane dotyczą o kształcie i przebiegu procesu przetwarzania danych; nieświadomością o przysługujących uprawnieniach czy też wreszcie – związaną z funkcjami Internetu, funkcjonowaniem portali społecznościowych czy chociażby z funkcjonowaniem najprostszych nawet aplikacji mobilnych – niewiedzą o tym, że w ogóle ma miejsce zgoda na przetwarzanie danych, gromadzenie danych i ich przetwarzanie. Podsumowując, należy zatem stwierdzić, że szybkość postępu technologicznego i złożoność procesów przetwarzania danych i ich udostępniania powodują ogromne zagrożenia dla prywatności osób fizycznych w zakresie ich danych osobowych.

Zakończenie

Problematyka ochrony danych osobowych i ochrony prywatności jest niezwykle złożona. W szczególności wpływa na to szybkość zmian technologicznych i wzrost znaczenia handlu międzynarodowego. Po pierwsze, powoduje to szybką dezaktualizację pojęć z dziedziny danych osobowych, pojawianie się coraz to nowych kategorii, których przyporządkowanie pod obecnie obowiązujące definicje okazuje się trudne bądź niemożliwe. Choć dane osobowe i wiele pojęć kluczowych dla tej dziedziny mają swoje definicje legalne, to często nie odpowiadają one potrzebom praktyki, aktualnej rzeczywistości, zaszłym zmianom i obecnym potrzebom. Problem ten ma rozwiązać nowe rozporządzenie ogólne o ochronie danych osobowych, którego rozwiązania mają być dostosowane do zaszłych przez ponad 20 lat po wejściu w życie dyrektywy 95/46/WE zmian. Z kolei, odnosząc się do prywatności, samo stworzenie definicji prywatności okazuje się

niemożliwe ze względu na specyfikę i szerokość tego pojęcia, a z drugiej strony – na zmiany zakresu tego, co prywatne wynikające z przemian społecznych, technologicznych. Niewątpliwie zarówno prywatność, jak i dane osobowe wymagają ochrony, co też znajduje odzwierciedlenie w prawodawstwach zarówno krajowych, jak i międzynarodowych czy wreszcie unijnych.

Problem ochrony danych osobowych w świetle prawa do prywatności szczególnie uwidacznia się podczas dokonywania operacji na danych osobowych, takich jak ich przetwarzanie czy udostępnianie. Operacje te mogą wkraczać w sferę prywatności, naruszać prywatność podmiotu danych. Dlatego też, aby zachować prawo do prywatności, w prawie UE przewidziano szereg wymogów, które mają na celu zminimalizowanie ingerencji w prywatność podmiotu danych. Zachowywanie tych wymogów ma gwarantować zapewnienie poszanowania prywatności. Wraz z narastaniem nowych zagrożeń powstały także nowe mechanizmy zapewniania prywatności w sferze ochrony danych osobowych. Przykładem może być prawo do bycia zapomnianym, które to wywiedzione zostało z obowiązującej jeszcze dyrektywy przez TSUE w orzecznictwie. Kluczowe jednak dla zachowywania prywatności przy okazji dokonywania operacji na danych osobowych jest dostosowywanie wymogów przetwarzania do zmian spowodowanych postępem technologicznym. Tu znowu rozwiązaniem ma stać się reforma ochrony danych i rozporządzenie będące jej efektem. Ma ono zapewniać szersze stosowanie wymogów ochronnych, dostosowanie ich, zaostrenie. Przewiduje wprost już prawo do bycia zapomnianym. Samo podjęcie reformy w tej kwestii należy ocenić pozytywnie. Próba aktualizacji pojęć, precyzyjne określenie przesłanek i wymogów przetwarzania, uprawnień podmiotu danych i obowiązków administratora danych ma wychodzić naprzeciw problemom ochrony danych powstałym wraz z postępem technologicznym, a szczególnie upowszechnieniem sieci Internet i przetwarzaniem danych w Internecie, co nie miało miejsca w czasach powstawania dyrektywy. Ostateczny efekt reformy i jej realizację w praktyce, to, czy poziom ochrony danych osobowych i co za tym idzie – prywatności – podniósł się, będzie można oceniać po wejściu w życie rozporządzenia ogólnego. Nadal pozostaje jednak pytanie, czy reforma okaże się wystarczająca, jak szybko i czy w ogóle się zdezaktualizuje.

Zachowywanie prywatności w sferze ochrony danych osobowych doznaje też wielu zagrożeń. Przepisy obowiązującego prawa przewidują wiele odstępstw od zachowywania wymogów przetwarzania, a także zwolnienia z nich. Problemem w tej kwestii jest także skala zjawiska przetwarzania, która to wciąż się poszerza. Jak już wielokrotnie zaznaczono, podstawowym zagrożeniem dla ochrony danych osobowych i prywatności w tej sferze jest upowszechnienie się sieci Internet i wzrost znaczenia handlu międzynarodowego i co za tym idzie – przetwarzanie danych w Internecie na niespotykaną dotąd skalę oraz transgraniczny przepływ danych. Powoduje to brak kontroli nad danymi, brak gwarancji ich odpowiedniej kontroli, a jest to z całą pewnością zagrożenie dla prywatności podmiotu danych. Rozwiązaniem w tej kwestii jest wzrost współpracy międzynarodowej również w kwestii aktów regulujących poziom ochrony, a także reforma dostosowana do zmian wynikających z przetwarzania danych w sieci. Taką refor-

mę ma zapewniać rozporządzenie ogólne, a współpraca międzynarodowa odbywa się także poprzez porozumienia międzynarodowe zezwalające na transgraniczny przepływ danych, jak np. zezwolenia na przepływ danych wydawane przez Komisję. Nie zawsze jednak pomimo uzgodnień odpowiedniego poziomu ochrony danych ten poziom jest w praktyce zapewniany, czego przykładem może być porozumienie z USA nazywane *Safe Harbor*, które to miało gwarantować odpowiedni poziom ochrony danych, a które jest negatywnie oceniane jako niespełniające swoich założeń w praktyce. Jak widać na tym przykładzie, nawet próby porozumień co do odpowiedniego poziomu ochrony nie gwarantują jego wprowadzenia i zachowania, co niewątpliwie ma wpływ na zachowywanie albo jego brak prawa do prywatności.

Istnieje zatem bardzo wiele mechanizmów ochronnych mających zapewnić prywatność w sferze danych osobowych, a także wiele zagrożeń dla prywatności w tej dziedzinie. Niewątpliwie można zaobserwować próby podwyższania poziomu ochrony, dostosowywania jej do aktualnych wymogów, dążenie do tego, aby dane osobowe były chronione w odpowiedni sposób, a przez to zapewnienie poszanowania dla prywatności. Przetwarzanie danych w Internecie, próba kontroli i regulacji tego zjawiska nawet w podstawowym stopniu może okazać się dużym wyzwaniem ze względu na powszechność tego zjawiska i ogromną jego skalę. Aktualne zatem wydają się być nadal wątpliwości, czy podjęte w tym kierunku kroki okażą się być wystarczające, czy zapewnią należytą kontrolę nad danymi, co pozwalałoby na zwiększenie poszanowania dla prywatności.

Bibliografia

Literatura

1. Barta J., Markiewicz R., *Ochrona danych osobowych, Komentarz*, Warszawa 2011.
2. Boni M., *Nowe ramy prawne ochrony danych osobowych w UE – Ważne wyzwanie dla Polski*, „Monitor Polski” 2013, nr 8.
3. Braciak J., *Prawo do prywatności*, Warszawa 2004.
4. Chrabonszczewski M., *Prywatność. Teoria i praktyka*, Warszawa 2012.
5. Dopierała R., *Prywatność w perspektywie zmiany społecznej*, Kraków 2013.
6. Fajgielski P., *Kontrola i audyt przetwarzania danych osobowych*, Wrocław 2010.
7. Fajgielski P., *Obowiązki związane z zabezpieczeniem danych osobowych*, [w:] P. Fajgielski (red.), *Ochrona danych osobowych w Polsce z perspektywy dziesięciolecia*, Lublin 2008.
8. Fajgielski P., *Podstawy prawne dopuszczalności przetwarzania danych osobowych*, [w:] S. Fundowicz (red.), *Współczesne problemy prawa publicznego*, Studia z Prawa Publicznego, t. 1, Lublin 1999.
9. Fischer B., *Ponadgraniczne przekazywanie danych osobowych – charakter prawny regulacji z uwzględnieniem uzupełniającej roli soft law*, [w:] A. Mednis (red.), *Prywatność a ekonomia. Ochrona danych osobowych w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2013.

10. Głowacka D., Lipowicz J., *Uwagi do strategii poprawy skuteczności unijnych przepisów dotyczących ochrony danych osobowych, przedstawionej przez KE*, Warszawa 2011.
11. Głowacka D., *Dostęp do mechanizmów ochrony danych osobowych w krajach UE. Wnioski z raportu Agencji Praw Podstawowych UE*, „Monitor Polski” 2014, nr 9.
12. Gołaczyński J., *Jednostka i państwo w dobie demokracji elektronicznej. Ochrona prywatności, życia osobistego i rodzinnego*, e-biuletyn CBKE, Kwiecień 2006.
13. Ilnicki M., *Prawo do bycia zapomnianym w kontekście „postzniesławiającej” informacji w sieci Internet*, „Palestra” 2014, nr 1/2.
14. Jabłoński M., *Prywatność jako przesłanka ograniczenia dostępu do informacji publicznej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2007, nr 86.
15. Jabłoński M. (red.), *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa WPAiE UW, Wrocław 2014.
16. Jagielski M., *Prawo do ochrony danych osobowych. Standardy europejskie*, Warszawa 2010.
17. Jatkiewicz P., *Ochrona danych osobowych. Teoria i praktyka*, Warszawa 2015.
18. Karwala D., Fajgielski P., Konarski X., Mednis A., Sibiga G., *Projekt rozporządzenia PE i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych – zagadnienia wybrane*, „Monitor Polski” 2013, nr 8.
19. Kamińska I., *Ochrona danych osobowych*, Warszawa 2007.
20. Kępa L., *Ochrona danych osobowych*, Warszawa 2014.
21. Kopff A., *Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, [w:] *Studia Cywilistyczne*, t. XX, Kraków 1972.
22. Krzysztofek M., *Ochrona danych osobowych w UE*, Warszawa 2014.
23. Krzysztofek M., *Prawo do bycia zapomnianym i inne aspekty prywatności w epoce Internetu w prawie UE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 8.
24. Majchrzak K., *Wzmacnianie świadomości obywateli Unii Europejskiej na temat gromadzenia i przetwarzania danych oraz ich ochrony*, [w:] J. Jaskiernia (red.), *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, tom 2, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2014.
25. Marcinkowski B., *Privacy Paradox(es): In Search of a Transatlantic Data Protection Standard*, “Ohio State Law Journal” 2013, nr 6.
26. Mednis A., *Prawo do prywatności a interes publiczny*, Warszawa 2006.
27. Mednis A., *Prawna ochrona danych osobowych*, Warszawa 1995.
28. Mednis A. (red.), *Prywatność a ekonomia, ochrona danych osobowych w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2013.
29. Safjan M., *Prawo do ochrony życia prywatnego*, [w:] *Szkola Praw Człowieka*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2006.
30. Sakowska-Baryła M., *Prawo do ochrony danych osobowych*, Wrocław 2015.
31. Sibiga G., Konarski X. (red.), *Ochrona danych osobowych. Aktualne problemy i wyzwania*, Warszawa 2007.

32. Sibiga G. (red), *Główne problemy prawa do informacji w świetle prawa i standardów międzynarodowych, europejskich i wybranych państw Unii Europejskiej*, wyd. I, CH Beck, Warszawa 2013.
33. Warren S., *The Right to Privacy*, "Harvard Law Review" 1890, vol. 4.
34. Wiewiórkowski W., *Nowe ramy ochrony danych osobowych w UE*, „Monitor Polski” 2012, nr 7.
35. Wygoda K., *Ochrona danych osobowych i prawo do informacji o charakterze osobowym*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002.

Dokumenty

1. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.
2. Ustawa o ochronie danych osobowych z dnia 29 sierpnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r. Nr 133, poz. 883.
3. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana, Dz. Urz. UE C 326/01 z 26.10.2012 r.
4. Traktat o Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana, Dz. Urz. UE C 326/01 z 26.10.2012 r.
5. Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Dz. U. UE C 326/391 z 26.10.2012 r.
6. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.
7. Konwencja nr 108 Rady Europy z dnia 28 stycznia 1981 r. o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych, sporządzona w Strasburgu, Dz. U. z 2003 r. Nr 3, poz. 25.
8. Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, Dz. Urz. WE L 281 z 23.11.1995 r.
9. Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej, Dz. Urz. WE L 201 z 31.07.2002 r.
10. Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego, Dz. Urz. WE L 178 z 17.07.2000 r.
11. Dyrektywa 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniająca dyrektywę 2002/58/WE, Dz. Urz. UE L 105 z 13.04.2006 r.
12. Rozporządzenie nr 45/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2000 r. o ochronie osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez insty-

- tucje i organy wspólnotowe i o swobodnym przepływie takich danych, Dz. Urz. L 008 z 12.01.2001 r.
13. Rozporządzenie nr 45/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2000 r. o ochronie osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez instytucje i organy wspólnotowe i o swobodnym przepływie takich danych, Dz. Urz. WE L 8 z 12.01.2001 r.
 14. Rozporządzenie Komisji nr 611/2013 z dnia 24 czerwca 2013 r. w sprawie środków mających zastosowanie przy powiadamianiu o przypadkach naruszenia danych osobowych, Dz. Urz. L 173 z 26.06.2013 r.
 15. Decyzja Komisji 2000/520/WE z dnia 26 lipca 2000 r. w sprawie adekwatności ochrony przewidzianej przez zasady ochrony prywatności w ramach „bezpiecznej przystani” oraz przez odnoszące się do nich najczęściej zadawane pytania, wydane przez Departament Handlu USA, Dz. Urz. WE L 215 z 25.08.2000 r.
 16. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady – Wniosek Komisji w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) z dnia 25 stycznia 2012 r. COM(2012) 11 final.
 17. Discussion document: First Orientations on Transfers of Personal Data to Third Countries – Possible Ways Forward in Assessing Adequacy) – WP 4 Grupa robocza art. 29 z dnia 26 czerwca 1997 r.
 18. Dokument roboczy w sprawie wspólnej wykładni art. 26 ust. 1 dyrektywy 95/46/WE z 24 października 1995, (WP 114 z 25.11.2005).
 19. Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Articles 25 and 26 of the EU data protection directive – WP 12 z 24.07.1998 r.
 20. Raport The US Safe Harbor – Fact or Fiction? (December 2008), http://www.galexia.com/public/research/articles/research_articles-pa08.html, [dostęp: 10.01.2016 r.].
 21. Raport Google INC., <https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=en>, [dostęp: 03.05.2016 r.].

Orzecznictwo

1. Wyrok Trybunału 29/69 *Stauder przeciwko Ulm*, EU:C:1969:57.
2. Wyrok Trybunału C-155/79 z dnia 18 maja 1982 r. *AM & S Europe Limited przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, EU:C:1982:157.
3. Wyrok Trybunału C-136/79 z dnia 26 czerwca 1980 r. *National Panasonic (UK) Limited przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, EU:C:1980:169.
4. Wyrok Trybunału C-265/87 z dnia 11 lipca 1989 r. *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG przeciwko Hauptzollamt Gronau*, EU:C:1989:303.
5. Wyrok Trybunału C-212/13 z dnia 11 grudnia 2014 r. *František Ryneš/Úřad pro ochranu osobních údajů*, EU:C:2014:2428.

6. Wyrok Trybunału C-446/12 do C-449/12 z dnia 16 kwietnia 2015 r. *W.P. Willems (C-446/12) przeciwko Burgemeester van Nuth, H.J. Kooistra (C-447/12) przeciwko Burgemeester van Skarsterlân, M. Roest (C-448/12) przeciwko Burgemeester van Amsterdam i L.J. A. van Luijk (C-449/12) przeciwko Burgemeester van Den Haag*, EU:C:2015:238.
7. Wyrok Trybunału C-524/06 z dnia 16 grudnia 2008 r. *Heinz Huber przeciwko Bundesrepublik Deutschland*, EU:C:2008:724.
8. Wyrok Trybunału C-362/14 z dnia 6 października 2015 r. *Maximillian Schrems przeciwko Data Protection Commissioner, przy udziale Digital Rights Ireland Ltd*, EU:C:2015:650.
9. Wyrok Trybunału C-28/08 z dnia 29 czerwca 2010 r. *The Bavarian Lager Co. Ltd przeciwko KWE*, EU:C:2010:378.
10. Wyrok Trybunału C-131/12 z dnia 13 maja 2014 r. *Google Spain, Google Inc vs Agencia de Proteccion de Datos, Mario Costeja Gonzalez*, EU:C:2014:317.
11. Wyrok Trybunału C-101/01 z dnia 6 listopada 2003 r. *Postępowanie karne przeciwko Bodil Lindqvist*, EU:C:2003:596.
12. Wyrok Trybunału C-101/01 z dnia 6 listopada 2003 r. *Göta hovrätt przeciwko Bodil Lindqvist*, EU:C:2003:596.
13. Wyrok Trybunału z dnia 20 maja 2003 r. *Rechnungshof (C-465/00) przeciwko Österreichischer Rundfunk i innym oraz Christa Neukomm (C-138/01) i Joseph Lauer mann (C-139/01) przeciwko Österreichischer Rundfunk*, sprawy połączone, EU:C:2003:294.
14. Wyrok Trybunału C-73/07 z dnia 16 grudnia 2008 r. *Tietosuoja valtuutettu przeciwko Satamien Markkinäpörssi Oy, Satamedia Oy*, EU:C:2008:727.

WALKA Z DOPINGIEM W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM I UNII EUROPEJSKIEJ

Wstęp

Przedmiotem tej pracy jest problem dopingu w sporcie w ujęciu prawa międzynarodowego oraz prawa Unii Europejskiej. Temat podjęty został w szczególnym momencie, na krótko przed rozpoczęciem dwóch wielkich europejskich i światowych wydarzeń sportowych: Mistrzostw Europy w piłce nożnej Euro 2016 oraz Igrzysk Olimpijskich w Rio de Janeiro. Gorący okres oczekiwania na emocje związane z obserwowaniem rywalizacji najlepszych zawodników świata zawsze skłania do refleksji nad kierunkiem, w jakim zmierza sport XXI wieku.

Perspektywy niestety nie są najlepsze. Coraz rzadziej chodzi w sporcie o udowadnianie sobie i innym, do czego jesteśmy w stanie dojść ciężką pracą i wyrzeczeniami, a zbyt często głównym motorem do działania stają się nagrody finansowe, kontrakty reklamowe i sława. Niewiele ma to wspólnego z duchem *fair play*, będącym podstawą uczciwej rywalizacji.

To właśnie profesjonalizacja i komercjalizacja współczesnego sportu doprowadziła do eskalacji zjawiska dopingu, które przy obecnym rozwoju nauki i techniki wydaje się być nie do zatrzymania. Mimo to obserwujemy coraz dalej idące wysiłki środowiska międzynarodowego zmierzające do zwalczania, a przynajmniej ograniczenia, tego niebezpiecznego procederu nie tylko niszczącego obraz sportu, ale przede wszystkim mającego negatywny wpływ na zdrowie sportowców.

Celem niniejszej pracy jest analiza funkcjonowania światowego systemu antydopingowego pod kątem jego zalet oraz ewentualnych niedociągnięć. Zbadane zostaną kierunki, w jakich zmierza współczesny system antydopingowy w kontekście oceny skuteczności i efektywności przyjętych rozwiązań, także na poziomie Europy – w UE.

Pierwszy rozdział ma na celu przedstawienie podstawowych zagadnień prawnych związanych z omawianą materią, poczynwszy od ewolucji dopingu, do jego penalizacji na podstawie aktów prawnych i dokumentów przyjmowanych w skali międzynarodowej. Dalej omówione zostanie pojęcie dopingu wypracowane w ramach wskazanych wcześniej aktów, a na końcu przybliżone zostaną dane statystyczne dotyczące analizowanego zjawiska.

Drugi rozdział stanowić będzie prezentację systemu instytucjonalnego związane-go z dopingiem. Przedstawione będą najważniejsze podmioty zaangażowane w walkę

z nieuczciwą rywalizacją sportową, ze Światową Agencją Antydopingową na czele, wraz z funkcjami przez nie pełnionymi. Wskazana zostanie także szczególna pozycja Unii Europejskiej, która coraz częściej przejawia aspiracje do odgrywania bardziej znaczącej roli w walce z dopingiem.

Ostatni rozdział służyć ma przybliżeniu w usystematyzowanej formie najważniejszych zasad wprowadzonych w ramach Światowego Programu Zwalczania Dopingu. Scharakteryzowane zostaną regulacje ustanawiające podstawowe prawa i obowiązki osób uczestniczących w sporcie, w kontekście ich proporcjonalności oraz przydatności do osiągnięcia założonego przez organizacje antydopingowe celu.

Zakończenie stanowić będzie przedstawienie pożądanego kierunku rozwoju światowego systemu antydopingowego. Zasygnalizowane zostaną możliwe rozwiązania, które powinny przyczynić się do poprawy skuteczności i efektywności organizacji zaangażowanych w walkę z dopingiem oraz wypracowanych przez nie rozwiązań.

1. Geneza zjawiska dopingu – ewolucja, podstawy prawne, pojęcie

1.1. Droga do penalizacji zjawiska dopingu

Zjawisko dopingu towarzyszy społeczeństwu tak długo, jak towarzyszy mu sport. Po okresie starożytności, kiedy wykrycie stosowania dopingu okrywało hańbą zarówno sportowca, jak i środowisko, z którego się wywodził, nastąpił okres, kiedy uznano stosowanie środków obecnie postrzeganych jako dopingujących za usprawiedliwione ułatwienie życia. Uzyskiwanie lepszych wyników dzięki stosowaniu wówczas jeszcze legalnych metod uznawane było za przekraczanie granic, jednak w pozytywnym sensie – jako przynoszące nowe rozwiązania i wspierające rozwój naukowy ludzkości. Szczególnie doping stosowany przez profesjonalnych sportowców traktowany był jako naturalny element treningu.

Pierwsze przypadki dopingu odnotowywano już w VI i V wieku p.n.e. w Grecji. W czasach nowożytnych doping początkowo dotyczył wyścigów konnych, ale bardzo szybko wykorzystano go w rywalizacji ludzkiej. Do najpopularniejszych środków należały między innymi heroina i kokaina, których mieszkankę nazywano „napędzającą”. Pierwszy znany sportowiec został przyłapany na doping w 1865 r., natomiast według wielu źródeł pierwszy przypadek śmiertelny odnotowano w 1886 r., kiedy to brytyjski kolarz, Arthur Linton, prawdopodobnie przedawkował eter podczas kolarskiego wyścigu z Bordeaux do Paryża¹.

Pierwszą organizacją, która zajęła się zwalczaniem doping w sposób zorganizowany, była Międzynarodowa Amatorska Federacja Lekkiej Atletyki, później przekształcona w Międzynarodowe Stowarzyszenie Federacji Lekkoatletycznych. W 1928 r. podczas konferencji w Amsterdamie po raz pierwszy zakazano w sposób formalny stosowania wszelkiego rodzaju środków uznawanych za doping farmakologiczny.

¹ D.M. Rosen, *Dope: A History of Performance Enhancement in Sports From Nineteenth Century to Today*, Westport 2008, s. 3.

W praktyce jednak oznaczało to jedynie obowiązek podpisania stosownego oświadczenia przez sportowców uczestniczących w zawodach organizowanych przez Federację, a jego prawdziwość nie była w żaden sposób sprawdzana².

Dopiero w 1960 r., kiedy duński kolarz, Knud Enemark Jensen, zmarł podczas wyścigu w trakcie Igrzysk Olimpijskich w Rzymie, a sekcja zwłok wykazała obecność amfetaminy – przez sportowców nazywanej „tabletką wigoru” – dostrzeżono potrzebę większego zaangażowania władz organizacji sportowych w walkę z dopingiem i powszechnego stosowania testów dopingowych³. W 1966 r. do Międzynarodowego Stowarzyszenia Federacji Lekkiej Atletyki przyłączyły się Międzynarodowa Federacja Piłki Nożnej, Międzynarodowa Unia Kolarska oraz Międzynarodowy Komitet Olimpijski⁴.

Pierwszym państwem, które wprowadziło prawną regulację dotyczącą dopingu, była w 1963 r. Francja. Pozostałe kraje również zaangażowały się w próby rozwiązania problemu, jednak przez długi czas większość odpowiedzialności w tym zakresie spoczywała na Radzie Europy⁵.

W latach zaciętej rywalizacji pomiędzy krajami tzw. bloku wschodniego z ZSRR na czele a Stanami Zjednoczonymi, to niestety państwo bardzo często zmuszało sportowców do sięgania po doping, wykorzystując wpływ tamtych czasów na mentalność młodych sportowców, dla których uprawianie sportu było jedyną szansą na lepsze życie czy opuszczenie kraju. Sportowa „zimna wojna” przypada na lata 1974–1989. Symbolem tamtych czasów stały się pływakczki NRD, które z powodu stosowania testosteronu budową przypominały mężczyzn, często miały problemy z zachodzeniem w ciążę, a ich rozwój płciowy – jak stwierdzono w badaniach – bardzo często zatrzymywał się na poziomie młodych dziewczynek. Badania przeprowadzone przez niemieckich historyków wykazały, że to partia rządząca, Socjalistyczna Partia Jedności Niemiec, opracowała specjalny system dopingowania sportowców, proponując na swojej liście sportowców objętych programem precyzyjne dawki, które powinny być stosowane u każdego z nich. Pewnego rodzaju fenomenem jest to, że od 1974 r. w NRD stosowano przymusowy doping, współpracując z trenerami, ale i funkcjonariuszami państwowymi. Młodzi sportowcy często nie byli informowani o tym, że poddawani są dopingowi, żyli w przekonaniu, że zażywają zwykłe suplementy diety. Dla celów wspomnianego wcześniej raportu opublikowanego przez Uniwersytet Humboldta w Berlinie przeprowadzono rozmowy z 52 sportowcami. Oprócz najczęściej występujących po latach stosowania dopingu problemów z psychiką oraz chorób nowotworowych szczególnie dobitnie o szkodliwości dopingu świadczy to, że aż 11% mężczyzn uwzględnionych w raporcie ze względu na zachwianą gospodarkę hormonalną znajduje się w grupie ryzyka, jeśli chodzi o raka piersi, normalnie u mężczyzn niewystępującego. Wartym uwagi faktem jest również to, że skutki stosowania dopingu są odczuwalne nie tylko przez sportowców, ale i przez ich

² S. Fundowicz, *Prawo sportowe*, Warszawa 2013, s. 217.

³ Technische Universität München, *Historia dopingu*, <http://www.doping-prevention.sp.tum.de/pl/doping-in-general/history-of-doping.html>, [dostęp: 27.05.2015 r.].

⁴ Światowa Agencja Antydopingowa, *A brief history of anti-doping*, <https://www.wada-ama.org/en/who-we-are/a-brief-history-of-anti-doping>, [dostęp: 27.05.2015 r.].

⁵ *Ibidem*.

potomków⁶. Dziś kwestia nieuprawnionej ingerencji państwa w przygotowanie fizyczne sportowców dalej pozostaje nierozwiązana, ale coraz częściej wychodzące na jaw deformacje, choroby czy nawet przypadki śmiertelne stają się przyczyną występowania sportowców do sądu z żądaniem odszkodowań.

Niestety dopiero w latach 90. XX w. dostrzeżono potrzebę utworzenia niezależnej organizacji, która kompleksowo zajmie się problemem walki z dopingiem. W lutym 1999 r. w Lozannie odbyła się Pierwsza Światowa Konferencja na temat Doping w Sporcie, w rezultacie której w tym samym roku powstała Światowa Agencja Antydopingowa.

1.2. Konwencja Antydopingowa Rady Europy

Pierwszym w kolejności chronologicznej powszechnie obowiązującym dokumentem poświęconym walce z dopingiem jest Konwencja Antydopingowa Rady Europy sporządzona w Strasburgu 16 listopada 1989 r., w Polsce obowiązująca od 1 listopada 1990 r. W preambule dokumentu sport uznano za ważny element ochrony zdrowia, wychowania moralnego, a także fizycznego. Zwrócono uwagę na szkodliwy wpływ doping u na zdrowie sportowców, a także na przyszłość sportu, podkreślając, że zjawisko to stoi w sprzeczności z zasadami etycznymi i wartościami moralnymi chronionymi przez Kartę Olimpijską, Międzynarodową Kartę Sportu i Wychowania Fizycznego UNESCO i Rezolucję (76)41 Komitetu Ministrów Rady Europy, określanej jako „Europejska karta sportu dla wszystkich”⁷. Podkreślono istotność harmonizacji rozwiązań wprowadzanych przez konwencję z obowiązującymi regulacjami międzynarodowych organizacji sportowych. Przywołano również wcześniejsze dokumenty stworzone przez Radę Europy – rezolucję nr 1 oraz rezolucję (67)12 o doping u sportowców, a także zalecenia: w sprawie doping u w sporcie, w sprawie Europejskiej Karty Antydopingowej, w sprawie przeprowadzania poza zawodami bez uprzedzenia kontroli antydopingowej oraz w sprawie doping u⁸.

Istotnym elementem konwencji jest protokół dodatkowy dołączony do niej w 2002 r. przez Komitet Ministrów Rady Europy. Wprowadził on dwa ważne elementy. Po pierwsze, wzajemność uznawania wyników kontroli antydopingowych przeprowadzanych przez laboratoria posiadające certyfikat ISO, a po drugie – uznanie kompetencji Światowej Agencji Antydopingowej oraz innych organizacji sprawujących kontrolę nad stosowaniem doping u działających w imieniu Agencji i sprawujących kontrolę poza zawodami.

1.3. Międzynarodowa Konwencja o zwalczaniu doping u w sporcie

Kolejnym istotnym dokumentem jest Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu doping u w sporcie, sporządzona w Paryżu 19 października 2005 r. podczas Konferencji Generalnej Organizacji Narodów Zjednoczonych ds. Oświaty, Nauki i Kultury (UNESCO). W preambule aktu odwołano się do zadań, które postawiło przed sobą UNESCO – „wspie-

⁶ G. Spitzer i inni, *Doping in Deutschland von 1950 bis heute aus historisch – soziologischer im Kontext etischer Legitimation*, www.akademie-sge.de/wp-content/uploads/2013/09/Zusammenfassender_Bericht_WWU_HU.pdf, [dostęp: 30.05.2015 r.].

⁷ Konwencja Antydopingowa z dnia 16 listopada 1989 r., (Dz. U. z 2001 r. Nr 15, poz. 149).

⁸ *Ibidem*.

ranie pokoju i bezpieczeństwa poprzez popieranie międzynarodowej współpracy w dziedzinie edukacji, kultury i nauki”⁹, a także powołano się na międzynarodową ochronę praw człowieka. Przywołano również wcześniejszą rezolucję 58/5 Zgromadzenia Generalnego Narodów Zjednoczonych dotyczącą sportu jako propagowania edukacji, zdrowia, rozwoju i pokoju. Tak jak w Konwencji Antydopingowej, która zostaje wspomniana w akcie jako podstawowe narzędzie walki z dopingiem z racji swojego statusu prawa międzynarodowego publicznego, odwołano się do wpływu sportu na wspieranie międzynarodowego pokoju. Podkreślono, że doping stanowi niebezpieczeństwo dla zdrowia sportowców oraz narusza zasadę *fair play*, będąc oszustwem przeciwko rywalizacji sportowej. Tak jak w pozostałych aktach zwrócono uwagę na znaczenie współpracy międzynarodowej pomiędzy państwami, a także organizacjami sportowymi oraz harmonizacji wprowadzanych rozwiązań jako niezbędnego warunku efektywnej walki z dopingiem.

1.4. Światowy Kodeks Antydopingowy i jego szczególny status prawny jako źródła walki z dopingiem

Jak już wcześniej wspomniano, 10 listopada 1999 r. w Lozannie utworzono Światową Agencję Antydopingową (WADA). W 2003 r. powstał najważniejszy dokument tej organizacji – Światowy Kodeks Antydopingowy (Kodeks). Stanowi on podstawę dla funkcjonowania Światowego Programu Zwalczania Dopingu w Sporcie. Pomimo niewątpliwiej istotności Kodeksu dla skuteczności walki z dopingiem jego obowiązywanie jako wiążącego dokumentu sprawiało od początku trudności, a i dziś jego status prawny przez niektóre podmioty zaangażowane w walkę z dopingiem uznawany jest za nie w pełni satysfakcjonujący.

Aby dokładnie zrozumieć, na czym polega problematyczność kwalifikacji prawnej Światowego Kodeksu Antydopingowego, należy dokładnie przeanalizować charakter prawny całego systemu antydopingowego. Wielu autorów określa go, nawiązując do art. 24.2 omawianego aktu, jako autonomiczny, ponadnarodowy porządek prawny – prywatny system tworzenia prawa, który jest niezależny od krajowego porządku prawnego¹⁰. WADA, która stworzyła Światowy Kodeks Antydopingowy, jest niezależną fundacją utworzoną na podstawie prawa szwajcarskiego. Do innych prywatnych podmiotów tworzących system antydopingowy należą także między innymi Międzynarodowy Komitet Olimpijski, narodowe komitety olimpijskie, międzynarodowe federacje sportowe, narodowe federacje sportowe, narodowe agencje antydopingowe oraz sportowcy. Światowy Kodeks Antydopingowy stanowi jeden z elementów tzw. *lex sportiva*, harmonizując procedury antydopingowe w międzynarodowym sporcie¹¹. Kodeks obowiązuje na zasadzie umowy, którą związane są: Międzynarodowy Komitet Olimpijski, międzynarodowe federacje sportowe i narodowe agencje antydopingowe oraz inne podmioty prywatne

⁹ Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu dopingu w sporcie z dnia 19 października 2005 r. (Dz. U. z 2007 r. Nr 142, poz. 999).

¹⁰ P. Havernik, *On specific regulation on doping in sport*, „The Lawyer Quarterly”, <http://www.ilaw.cas.cz/tlq/index.php/tlq/article/view/61/51>, s. 45, [dostęp: 9.03.2016 r.].

¹¹ M.F. Mazzucco, *Lex Sportiva and the Regulation of Doping in International Sport*, Victoria 2010 r., s. 2.

podlegające wcześniej wymienionym na zasadzie hierarchicznego podporządkowania. Za przykład mogą posłużyć tu narodowe federacje sportowe, które mają obowiązek stosować się do reguł narzuconych przez Światowy Kodeks Antydopingowy, jeśli chcą być członkami międzynarodowych federacji sportowych. Także państwa, podpisując Międzynarodową konwencję o zwalczaniu dopingu w sporcie, zobowiązały się do ułatwienia wdrażania i egzekwowania zapisów Kodeksu. Zatem żadne państwo będące stroną Międzynarodowej Konwencji nie może wprowadzić do swojego porządku prawnego przepisów sprzecznych z Kodeksem – łamałoby wtedy swoje zobowiązania międzynarodowe. Istotny jest jednak fakt, że takiemu państwu nie groziłyby w związku z tym żadne konsekwencje prawne. Zagrożone byłoby jednak dopuszczenie go do udziału w Igrzyskach Olimpijskich.

Okres obowiązywania Kodeksu można zatem podzielić na dwa etapy oddzielone od siebie momentem wejścia w życie Międzynarodowej konwencji UNESCO o zwalczaniu dopingu w sporcie. Przed jej wejściem w życie Kodeks stanowił prawo wewnętrzne Światowej Agencji Antydopingowej, wiążące bezpośrednio członków Ruchu Olimpijskiego – międzynarodowe federacje sportowe oraz narodowe komitety olimpijskie, a pośrednio narodowe federacje sportowe jako członków federacji międzynarodowych. Państwa nie były związane zapisami Kodeksu, w związku z funkcjonowaniem Światowej Agencji Antydopingowej jako fundacji prawa szwajcarskiego, a nie organizacji międzyrządowej. Po wejściu w życie Międzynarodowej konwencji UNESCO o zwalczaniu dopingu w sporcie obowiązywanie Kodeksu w ramach międzynarodowych federacji sportowych i narodowych komitetów olimpijskich nie zmieniło się – dalej obowiązuje w pełnym zakresie. Niewielką różnicę można zaobserwować w obowiązywaniu Kodeksu na poziomie państw. Kodeks został włączony do konwencji jako dodatek i pomimo że wciąż nie można mówić o jego pełnej mocy wiążącej wobec państw, to często jego oddziaływanie określa się jako „miękkie obowiązywanie”¹². Konwencja przejęła wiele zapisów Kodeksu i nałożyła na państwa obowiązek ich przestrzegania, a także nakłania państwa do zharmonizowania swoich działań z jego postanowieniami. Jednak, tak jak wcześniej wspomniano, niezastosowanie się do wymogów Kodeksu będzie pociągało za sobą konsekwencje jedynie na gruncie sportowym¹³.

Pomimo braku prawnie wiążącego charakteru Światowego Kodeksu Antydopingowego nie sposób nie wspomnieć o nim przy omawianiu podstaw walki z dopingiem. Wiele krajów brało udział w jego tworzeniu, a jego postanowienia, pomimo braku formalnego zobowiązania, zostały w dużej mierze wdrożone do porządków prawnych państw.

¹² Komisja do zwalczania dopingu w sporcie, Implementacja Światowego Kodeksu Antydopingowego do prawa polskiego i współpraca Komisji do Zwalczania Dopingu w Sporcie z polskimi związkami sportowymi, http://www.anti-doping.pl/plik/2009/File/2009/01/prezentacja_nr_1.pdf, [dostęp: 1.10.2015 r.].

¹³ *Ibidem*, s. 2.

1.5. Ewolucja pojęcia dopingu

Samo pojęcie dopingu ma nie do końca jasną genezę, jednak najbardziej rozpowszechniona teoria łączy je ze słowem *dop* oznaczającym skórki winogrona używane do przygotowywania napoju alkoholowego, który w założeniu miał zwiększyć siłę i wytrzymałość wojowników przed bitwą. Słowo to zostało przetransportowane do języka holenderskiego jako *doop*, gdzie oznacza chrzest, wiązany często z pobudzeniem. W języku flamandzkim natomiast, będącym odmianą języka niderlandzkiego, to samo słowo oznacza lepłą substancję mogącą służyć jako smar, a także środek pobudzający¹⁴.

Po raz pierwszy definicja dopingu zagościła w słowniku w 1889 r., opisując go jako mieszaninę opium i narkotyków przeznaczoną dla koni. Definicję dopingu zaproponował również Komitet Edukacji Pozaszkolnej Rady Europy w 1963 r. Zgodnie z nią za doping można było uznać zażywanie przez zdrowego człowieka jakichkolwiek substancji niewystępujących normalnie w organizmie lub substancji fizjologicznych wprowadzonych do organizmu w anormalnych, wysokich dawkach lub w anormalny sposób w celu zwiększenia wydolności organizmu podczas zawodów sportowych w sztuczny i nieuczciwy sposób. Kolejną definicję zaprezentowano w 1984 r. podczas Konferencji Europejskiej, gdzie za doping uznano zażywanie substancji zabronionych, które stanowiło naruszenie zasad organizacji sportowych. Konwencja Antydopingowa Rady Europy z 1989 r. definiowała doping jako podawanie sportowcom lub stosowanie przez nich farmakologicznych substancji dopingujących lub metod dopingujących. Następną definicję przedstawił Międzynarodowy Komitet Olimpijski, uznając za doping podanie lub zastosowanie przez sportowców jakiegokolwiek substancji obcej dla organizmu lub jakiegokolwiek fizjologicznej substancji użytej w nieprawidłowej dawce lub niefizjologiczną drogą w zamiarze podwyższenia w sztuczny, czyli nieuczciwy, sposób zdolności wysiłkowej podczas zawodów¹⁵.

Obecnie najważniejszym dokumentem dla walki z dopingiem jest Światowy Kodeks Antydopingowy, w którym w 2003 r. po raz pierwszy zdefiniowano w sposób jednolity i powszechnie przyjęty pojęcie dopingu. W artykule pierwszym jako doping określa się „wystąpienie jednego lub więcej naruszeń regulaminu antydopingowego określonych w Artykułach 2.1 do 2.10. Kodeksu”¹⁶. Pierwszym w kolejności i najczęściej kojarzonym z pojęciem dopingu naruszeniem jest obecność substancji zabronionej lub jej metabolitów czy markerów w próbce fizjologicznej pobranej od sportowca. Co ważne, to sportowiec jest odpowiedzialny za każdą substancję wykrytą w jego organizmie. Nie jest konieczne wykazanie winy, zamiaru, zaniedbania czy intencjonalnego użycia substancji¹⁷. Z drugiej jednak strony zgodnie z art. 10.2.3 przy wymierzaniu kary ustalany jest stopień winy zawodnika. Ma to na celu zróżnicowanie wymiaru kary dla zawodników, którzy stosowali doping ze świadomością, że łamią przepisy antydopingowe lub istnieje

¹⁴ S. Fundowicz, *op. cit.*, s. 219.

¹⁵ Technische Universität München, *Definicja dopingu*, <http://www.doping-prevention.sp.tum.de/pl/doping-in-general/doping-definition.html>, [dostęp: 18.05.2015 r.].

¹⁶ Światowa Agencja Antydopingowa, *Światowy Kodeks Antydopingowy z 2015 roku*, wersja polska, art. 1.

¹⁷ *Ibidem*, art. 2.1.

poważne ryzyko, że przepisy te zostaną złamane, oraz dla tych sportowców, którzy są w stanie wykazać, że substancja została użyta poza zawodami, bez zamiaru oszustwa. Istotne znaczenie będzie tu miało pojęcie zawodów. Zgodnie z definicją zamieszczoną w załączniku nr 1 do Światowego Kodeksu Antydopingowego za zawody uznane będą: „Jeden wyścig, mecz, gra lub jeden konkurs sportowy. [...] W przypadku wyścigów etapowych lub innych konkursów sportowych, w których nagrody przyznawane są codziennie lub w pewnych odstępach czasu, różnicę między zawodami a wydarzeniem sportowym określają przepisy odpowiedniej federacji międzynarodowej”¹⁸. O ile w przepisach nie podano precyzyjnie dawki, której obecność będzie uznana za złamanie przepisów antydopingowych, za ich naruszenie uznaje się obecność jakiegokolwiek ilości substancji zabronionej w organizmie.

Kolejnym penalizowanym zachowaniem jest użycie lub próba użycia przez sportowca substancji zabronionej lub metody zabronionej. Jak stwierdza się w komentarzu do art. 2.2 Światowego Kodeksu Antydopingowego, użycie lub próbę użycia przez sportowca substancji zabronionej lub metody zabronionej można stwierdzić przy użyciu „dowolnych rzetelnych metod”¹⁹. Może to być zatem przyznanie się zawodnika czy zeznanie świadka. Tak samo jak w przypadku art. 2.1, także tutaj to na zawodniku ciąży obowiązek niedopuszczenia do wprowadzenia do jego organizmu substancji zabronionej lub zastosowania metody zabronionej. Nie jest konieczne wykazanie winy, zaniedbania czy świadomego użycia. Udowodnienie zamiaru będzie jednak konieczne przy oskarżeniu zawodnika o próbę użycia substancji lub metody zabronionej. Nie trzeba również udowadniać pozytywnego działania lub braku działania w wyniku użycia substancji lub metody zabronionej, istotny jest sam fakt ich użycia lub próby użycia²⁰.

Karane będzie także posiadanie substancji zabronionych i metod zabronionych, przy czym za uzasadnione można uznać posiadanie, jeśli można udowodnić, że substancje lub metody miały być przekazane innej osobie zgodnie z zaleceniem lekarza lub jeśli substancja używana jest do leczenia nagłych i wyjątkowych przypadków i znajduje się w posiadaniu lekarza²¹. Pozostałe artykuły Kodeksu uznają za zabronione:

- 1) „unikanie, odmowę lub niestawienie się w punkcie poboru”²²,
- 2) „naruszenie odpowiednich wymagań określających dostępność sportowca na badaniach poza zawodami. Dowolne trzy przypadki niezgłoszenia się na badania i/lub niedostarczenia informacji na temat miejsca pobytu zgodnie z Międzynarodowym standardem badań i śledztw w okresie dwunastu miesięcy przez zawodnika zakwalifikowanego do zarejestrowanej grupy zawodników”²³,
- 3) „manipulowanie lub próba manipulowania podczas dowolnej części kontroli dopingowej”²⁴,

¹⁸ *Ibidem*, s. 103.

¹⁹ *Ibidem*, s. 16.

²⁰ *Ibidem*, art. 2.2.

²¹ *Ibidem*, art. 2.6.

²² *Ibidem*, art. 2.3.

²³ *Ibidem*, art. 2.4.

²⁴ *Ibidem*, art. 2.5.

- 4) „handel lub próba handlowania dowolnymi substancjami zabronionymi lub metodami zabronionymi”²⁵,
- 5) „podawanie lub próba podawania sportowcowi podczas zawodów dowolnej substancji zabronionej lub metody zabronionej lub podawanie lub próba podawania sportowcowi poza zawodami dowolnej substancji zabronionej lub metody zabronionej, które są zabronione poza zawodami”²⁶,
- 6) „współdział”²⁷,
- 7) „zabroniony związek”²⁸.

W porównaniu do poprzedniej wersji Kodeksu z 2009 r., do nowej dodano dwa ostatnie punkty stanowiące o współdziale oraz zabronionym związku. Szczególnie „zabroniony związek” może budzić wątpliwości co do tego, co uznamy za naruszenie wypełniające jego znamiona. Według komentarza WADA za zabroniony związek uznany będzie: „Związek zawodnika lub innej osoby podlegającej organizacji antydopingowej w ramach ich obowiązków zawodowych lub związanych ze sportem z dowolną osobą z personelu pomocniczego zawodnika, która:

2.10.1 jeżeli podlegając władzy organizacji antydopingowej, odbywa karę wykluczenia lub

2.10.2 jeżeli nie podlega władzy organizacji antydopingowej i gdy kara wykluczenia nie została nałożona w procesie zarządzania wynikami zgodnie z Kodeksem, została skazana lub w postępowaniu karnym, dyscyplinarnym lub dotyczącym odpowiedzialności zawodowej stwierdzono jej uczestnictwo w działaniu, które stanowiłoby naruszenie przepisów antydopingowych, gdyby przepisy zgodne z Kodeksem miały zastosowanie do takiej osoby [...],

2.10.3 jest przykrywką dla lub pośrednikiem osoby opisanej w Artykule 2.10.1 lub 2.10.2.”²⁹.

W praktyce oznacza to, że zawodnikom i innym osobom nie wolno pracować z trenerami, lekarzami lub innymi osobami z personelu pomocniczego, które naruszyły przepisy antydopingowe. To samo dotyczy osób, które zostały skazane w postępowaniu karnym lub na które nałożona została kara dyscyplinarna w związku z dopingiem.

Organizacja antydopingowa lub WADA musi powiadomić na piśmie zawodnika lub inną osobę o karze wykluczenia nałożonej na osobę z personelu pomocniczego zawodnika oraz o tym, jakie konsekwencje są z tym związane. Osoba z personelu pomocniczego zawodnika ma 15 dni na ewentualne przedstawienie organizacji antydopingowej wyjaśnień, w których wskaże, że kryteria opisane w art. 2.10.1 i 2.10.2 nie mają do niej zastosowania. Na zawodniku lub innej osobie spoczywa obowiązek udowodnienia, że związek nie ma charakteru zawodowego.

²⁵ *Ibidem*, art. 2.7.

²⁶ *Ibidem*, art. 2.8.

²⁷ *Ibidem*, art. 2.9.

²⁸ *Ibidem*, art. 2.10.

²⁹ *Ibidem*, art. 2.10.

Na definicji dopingu zawartej w Światowym Kodeksie Antydopingowym oparto art. 43 polskiej ustawy o sporcie z dnia 25 czerwca 2010 r., zgodnie z którą: „za doping uznaje się:

- 1) obecność substancji zabronionej lub jej metabolitów lub markerów w próbce fizjologicznej osoby uczestniczącej lub przygotowującej się do uczestnictwa we współzawodnictwie sportowym;
- 2) użycie, usiłowanie użycia, pomocnictwo lub podżeganie do użycia przez osobę uczestniczącą lub przygotowującą się do uczestnictwa we współzawodnictwie sportowym substancji zabronionej lub metody zabronionej;
- 3) posiadanie w związku z uczestnictwem lub przygotowaniem do uczestnictwa we współzawodnictwie sportowym substancji zabronionej lub przyrządów umożliwiających stosowanie metody zabronionej;
- 4) podanie lub usiłowanie podania substancji zabronionej oraz udział w przygotowaniu lub zastosowaniu metody zabronionej w związku z uczestnictwem lub przygotowaniem do uczestnictwa we współzawodnictwie sportowym;
- 5) utrudnianie lub udaremnianie kontroli dopingowej lub manipulowanie jej przebiegiem;
- 6) wprowadzanie do obrotu substancji zabronionych lub przyrządów umożliwiających stosowanie metody zabronionej albo uczestniczenie w takim obrocie”³⁰.

Dalej w ustawie stwierdza się, że „dopingiem w sporcie nie jest zachowanie określone w ust. 1 pkt 1–4, jeżeli jest ono uzasadnione celem leczniczym, a zawodnik otrzymał zgodę Komisji do Zwalczania Dopingu w Sporcie na stosowanie określonej substancji zabronionej lub metody zabronionej, a także zachowanie określone w ust. 1 pkt 6 w odniesieniu do produktów leczniczych dopuszczonych do obrotu na zasadach przewidzianych w ustawie z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.)”³¹.

Co ciekawe, nie tylko obecność substancji zabronionej w próbce lub próba użycia zabronionej substancji jest uznawana za doping. Również handel takimi substancjami czy niestawienie się na kontrolę antydopingową według definicji przyjętej przez międzynarodowe organy do walki z dopingiem, zaimplementowanej do polskiego porządku prawnego, będzie zawierało się w definicji dopingu.

1.6. Wyłączenia dla celów terapeutycznych

Międzynarodowy Standard Listy Substancji i Metod Zabronionych, o którym mowa w art. 2 Światowego Kodeksu Antydopingowego, jest aktualizowany co roku przez Światową Agencję Antydopingową i stanowi jeden z filarów Światowego Programu Antydopingowego. Aktualna wersja listy weszła w życie 1 stycznia 2016 r. Użycie substancji lub metody umieszczonej na liście kwalifikowane jest jako stosowanie dopingu.

Pomimo tego Światowy Kodeks Antydopingowy przewiduje tzw. wyłączenia dla celów terapeutycznych (ang. *Therapeutic Use Exemptions*), dzięki którym sportowiec

³⁰ Ustawa z dnia 25 czerwca 2010 o sporcie, (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 715).

³¹ *Ibidem*.

może stosować środki lub metody uznawane za doping, bez narażania się na zarzut nieuczciwości. Zgodnie z pkt 4.1 Międzynarodowego Standardu Wyłączeń dla celów terapeutycznych obowiązującego od stycznia 2015: „Zawodnik może otrzymać zgodę na użycie dla celów terapeutycznych, jeżeli (i tylko jeżeli) potrafi wykazać, że spełniony został każdy z poniższych warunków:

- a) Dana substancja zabroniona lub metoda zabroniona jest potrzebna do leczenia ostrego lub przewlekłego schorzenia i jeżeli substancja zabroniona lub metoda zabroniona zostałyby wycofane w trakcie leczenia ostrego lub przewlekłego schorzenia zdrowie zawodnika uległoby znacznemu pogorszeniu.
- b) Istnieje bardzo małe prawdopodobieństwo, że użycie substancji zabronionej lub metody zabronionej w celach terapeutycznych przyczyni się do poprawienia wyników sportowych w stopniu wyższym niż poprawa, jakiej można by oczekiwać od zawodnika po powrocie do stanu zdrowia po zakończeniu leczenia ostrego lub chronicznego schorzenia.
- c) Nie istnieje rozsądna terapeutyczna alternatywa wobec substancji, która jest substancją zabronioną lub metody, która jest metodą zabronioną.
- d) Konieczność używania substancji, która jest substancją zabronioną lub metody, która jest metodą zabronioną, nie może wynikać, całkowicie lub częściowo, z wcześniejszego stosowania (bez TUE) substancji lub metody, która była zabroniona podczas takiego używania”³².

Wyłączenie dla celów terapeutycznych dla sportowców klasy krajowej wydaje narodowa organizacja antydopingowa, a dla sportowców klasy międzynarodowej federacja międzynarodowa, do której dany sportowiec należy.

Ciekawym rozwiązaniem jest wprowadzenie tzw. wyłączenia retroaktywnego. W tym wypadku zgoda na stosowanie zabronionego środka lub metody wydawana jest po stwierdzeniu przez laboratorium antydopingowe zastosowania niedozwolonych środków przez sportowca. Zgodnie z pkt 4.3 Międzynarodowego Standardu Wyłączeń dla Celów Terapeutycznych: „Zawodnik może otrzymać zgodę na używanie substancji zabronionej lub metody zabronionej w celach terapeutycznych ze skutkiem wstecznym (tzn. wsteczne TUE), jeżeli:

- a) Konieczne było leczenie natychmiastowe lub leczenie ostrego stanu chorobowego, lub
- b) Z powodu innych wyjątkowych okoliczności zawodnik nie miał wystarczającego czasu lub możliwości złożenia wniosku o wyłączenie dla celów terapeutycznych lub Komisja TUEC nie miała wystarczająco dużo czasu lub możliwości rozpatrzenia wniosku przed kontrolą antydopingową, lub
- c) Zgodnie z obowiązującymi przepisami zawodnik musiał lub mógł złożyć wniosek o wsteczne TUE, lub

³² Światowa Agencja Antydopingowa, *Światowy Kodeks Antydopingowy: Międzynarodowe standardy – Wyłączenia dla celów terapeutycznych z 2015 roku*, wersja polska, s. 14.

- d) WADA i organizacja antydopingowa, do której wniosek o wsteczne TUE zostało lub zostanie złożony, przyznają, że zgodnie z zasadą sprawiedliwości i uczciwości należy przyznawać wsteczne TUE”³³.

1.7. *Anti-Doping Testing Figures Report* – Raport dotyczący danych testowych

Zgodnie z art. 14.4 Światowego Kodeksu Antydopingowego organizacje antydopingowe mają obowiązek co najmniej corocznego publikowania ogólnych raportów statystycznych dotyczących przeprowadzanych przez nie kontroli antydopingowych, dostarczając przy tym kopię tych raportów do Światowej Agencji Antydopingowej. Agencja ma natomiast obowiązek również co najmniej raz w roku publikować raport podsumowujący informacje przesłane do Agencji przez organizacje antydopingowe. Każde z laboratoriów akredytowanych powinno przeprowadzić testy na co najmniej 3000 próbek w ciągu roku. Jeśli limit ten nie zostanie osiągnięty, Światowa Agencja Antydopingowa rozpoczyna wzmożoną kontrolę danej placówki.

Jednym z raportów przygotowywanych przez Światową Agencję Antydopingową jest *Anti-Doping Testing Figures Report*, w którym opracowywane są dane zbierane przez Światową Agencję Antydopingową od akredytowanych laboratoriów. W raporcie uwzględnia się liczbę przebadanych przez laboratoria próbek krwi oraz moczu, w ilu z tych próbek znalazły się wyniki wskazujące na użycie substancji zabronionej (*Adverse Analytical Findings*), a w ilu wyniki nie są jednoznaczne i wymagają dalszego przebadania (*Atypical Findings*). Wyniki uwzględniają zarówno testy przeprowadzane podczas zawodów, jak i poza nimi.

Aktualny raport z 2014 r. uwzględnia wyniki przekazane przez 32 laboratoria akredytowane oraz 3 dodatkowe laboratoria, których zadaniem było wykonywanie testów krwi w ramach tworzenia paszportów biologicznych.

Według raportu w roku 2014 przebadano łącznie 283 304 próbki, w tym 186 723 w ramach sportów olimpijskich, z czego 3153 wskazało na obecność substancji zabronionej w organizmie sportowca, a 713 wymagało dalszego przebadania. W porównaniu z rokiem poprzednim przebadano o 15 000 więcej próbek, ale wykryto przy tym o 0,85% mniej przypadków obecności substancji zabronionych lub substancji, które wymagają dalszego przebadania³⁴. Warto zaznaczyć, że jeden wynik nie jest równoznaczny z jednym przebadanym sportowcem.

Stwierdzenie w badaniu obecności substancji zabronionej albo niejednoznacznego wyniku, który powoduje konieczność ponownego przebadania próbki nie jest jednoznaczne z naruszeniem reguł antydopingowych. Sportowiec, u którego wykryto nieprawidłowości w badanej próbce, może bowiem mieć pozwolenie na stosowanie danej substancji lub uzyskać je już po stwierdzeniu jej obecności. Aby uzyskać pełny obraz dotyczący naruszeń przepisów antydopingowych, należy sięgnąć do raportu, w którym

³³ *Ibidem*, s. 14 i 15.

³⁴ Światowa Agencja Antydopingowa, *2014 Anti-Doping Testing Figures Report*, 2014, https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/wada_2014_anti-doping-testing-figures_full-report_en.pdf, [dostęp: 12.07.2015 r.].

zebrano statystyki dotyczące już potwierdzonych nieprawidłowości – *Anti-Doping Rule Violations Report*.

1.8. Anti-Doping Rule Violations Report – Raport dotyczący naruszenia reguł antydopingowych

Aby ocenić dokładnie skalę zjawiska doping, należy sięgnąć do raportu dotyczącego naruszenia reguł antydopingowych (*Anti-Doping Rule Violations Report*). Po raz pierwszy wydano go w lipcu 2015 r. Statystyki zaprezentowane w raporcie podzielone są na dwie grupy – prezentujące tzw. analityczne naruszenie reguł antydopingowych i nieanalityczne naruszenie reguł antydopingowych. Pierwszy rodzaj wiąże się z naruszeniem art. 2.1. Światowego Kodeksu Antydopingowego, czyli obecności substancji zabronionej lub jej metabolitów lub markerów w próbce fizjologicznej sportowca i dotyczy jedynie sportowców. Dane raportu uwzględniają tutaj wyniki badań próbek dostarczonych do laboratoriów akredytowanych Światowej Agencji Antydopingowej pomiędzy 1 stycznia a 31 grudnia 2013 r. Drugi rodzaj naruszeń może dotyczyć zarówno sportowców, jak i zespołu wspierającego sportowca – trenerów, lekarzy, menadżerów, agentów itp., a dochodzi do nich w razie złamania reguł z art. 2.2. do 2.8. Światowego Kodeksu Antydopingowego. W raporcie uwzględniono te nieanalityczne naruszenia, które wyszły na jaw w 2013 r. Raport nie uwzględnia natomiast szczegółowych danych dotyczących zastosowanych sankcji ze względu na indywidualność każdej sytuacji, faktów oraz okoliczności w niej zaistniałych. Uznano, że opublikowanie danych bez uwzględnienia kontekstu sprawy mogłoby prowadzić do mylnych interpretacji.

Zgodnie z danymi zaprezentowanymi w raporcie w 2013 r. przebadano łącznie 207 513 próbek, z czego 2540 wykazało wynik pozytywny. Łącznie 1687 przypadków doping zostało potwierdzonych, a więc jedynie 66% przypadków dających wynik pozytywny faktycznie zostało ostatecznie zakwalifikowanych jako doping. 223 przypadki, a więc 9%, pochodziło od sportowców posiadających wyłączenie dla celów terapeutycznych. Z pośród próbek potwierdzających stosowanie doping 330 pochodziło od kobiet, a 1357 od mężczyzn. Doping wykryto u sportowców reprezentujących 112 narodowości, w 84 dyscyplinach. Jeżeli chodzi o nieanalityczne naruszenie reguł antydopingowych, wykryto 266 takich przypadków. Naruszeń tych dokonali reprezentanci 44 narodowości w 37 sportach³⁵.

Łącznie zatem wykryto 1953 przypadki naruszenia reguł antydopingowych. Reguły złamali przedstawiciele 115 narodowości w 89 dyscyplinach³⁶.

1.9. Doping w statystykach według *The Anti -Doping Database*

Według danych przedstawionych przez *The Anti-Doping Database* najbardziej skażonym dopingiem sportem jest lekkoatletyka, gdzie w przeciągu ostatnich 10 lat aż

³⁵ Światowa Agencja Antydopingowa, *2013 Anti-Doping Rule Violations (ADRVs) Report*, 2015, <https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/wada-2013-adrv-report-en.pdf>, [dostęp: 12.07.2015 r.].

³⁶ *Ibidem*.

1234 sportowców zostało przyłapanych na doping. Kolejne miejsca na liście zajmuje podnoszenie ciężarów (729 sportowców) oraz kolarstwo (644 sportowców). Pośród sportów z niechlubnej pierwszej dziesiątki możemy znaleźć również rugby, baseball, ale i jazdę konną.

Jeśli chodzi o środki, po które najczęściej sięgają sportowcy, to stanazolol jest najbardziej popularnym z nich. Drugie miejsce zajmują substancje, których nazwy krajowe organizacje antydopingowe nie ujawniły. Testosteron i EPO, najbardziej „medialne” środki dopingujące, znalazły się dopiero na 7. i 8. miejscu.

Zajmujący się analizowaniem danych o stosowanym doping, statystycy określili także, w jakich państwach przyłapano najwięcej nieuczciwych sportowców. Pierwsze miejsce zajęły Indie, z 513 przypadkami wykrytego doping. Druga na liście znalazła się Rosja z 496 przypadkami, a trzecie Stany Zjednoczone z 433 przypadkami. W pierwszej dziesiątce znajdziemy również: Włochy, Czechy, Francję, Australię, Wielką Brytanię, Południową Afrykę oraz Brazylię³⁷.

Jak można łatwo wywnioskować zarówno z raportów przedstawianych przez WADA, jak i analiz dokonywanych przez podmioty prywatne, doping w sporcie nie możemy uznać za zjawisko marginalne. W mediach wielokrotnie pojawiały się wypowiedzi czynnych sportowców, którzy przyznawali, że w dzisiejszych czasach ciężko znaleźć zawodnika, który nigdy w swojej karierze nie stosował środków dopingujących. Coraz częściej słyszymy o atletach będących wzorem do naśladowania dla młodszych pokoleń aspirujących do sukcesów sportowych, których legenda upada pod ciężarem nie tylko poważnych oskarżeń, ale i udowodnionych przypadków sięgania przez nich po niedozwolone wspomaganie. Istnieją jednak także sportowcy, którzy do sukcesów sportowych chcą dojść ciężką pracą na treningach, a zawodników wspomagających się sztucznymi substancjami i metodami uważają za oszustów. Z jednej strony mamy zatem sportowców wspomaganych przez coraz lepiej rozwijający się przemysł dopingowy, nierzadko wspierany także przez państwo nie tylko tuszujące ewentualne przypadki doping, ale i aktywnie biorące udział w jego rozwoju, a z drugiej sportowców, którzy wciąż wierni są zasadzie *fair play*, którzy mogą liczyć na zaangażowanie środowisk, którym zależy na czystości sportu, światowych oraz krajowych organizacji antydopingowych, a także od stosunkowo niedawna Unii Europejskiej.

2. Wymiar instytucjonalny walki z dopingiem

2.1. Międzynarodowy Komitet Olimpijski – status prawny, struktura organizacyjna, kompetencje

Kluczową inicjatywą dla rozwoju sportu profesjonalnego w obecnym kształcie był projekt jednej z najbardziej znanych postaci w historii sportu, barona Pierra de Coubertina, dotyczący przywrócenia Igrzysk Olimpijskich. Niemożliwe jednak wydawało się

³⁷ The Anti-Doping Database, *Doping stats last ten years* <http://www.dopinglist.com/?action=news&news=article&id=316>, [dostęp: 15.05.2015 r.].

podołanie wyzwaniu przygotowania tego wydarzenia od strony technicznej bez wyspecjalizowanego w tym kierunku podmiotu. W 1894 r. w Paryżu zwołano Międzynarodowy Kongres dla Wskrzeszenia Igrzysk Olimpijskich, w wyniku którego powołano do życia instytucję, która zajęłaby się organizacją tej wielkiej imprezy – Międzynarodowy Komitet Olimpijski (MKOl)³⁸. W ten sposób powstał niespotykany do tej pory w tak ogromnej skali ruch społeczny zwany Ruchem Olimpijskim, którego głównym zadaniem miało być przywrócenie na poziom międzynarodowy rywalizacji pomiędzy narodami na zasadzie równości oraz w duchu *fair play*.

Zgodnie z Kartą Olimpijską w skład Ruchu Olimpijskiego wchodzi: Międzynarodowy Komitet Olimpijski, międzynarodowe federacje sportowe oraz narodowe komitety olimpijskie. Dodatkowo Ruch Olimpijski zrzesza także komitety organizacyjne Igrzysk Olimpijskich, krajowe związki sportowe, kluby, a także sportowców, sędziów, trenerów oraz oficjeli. Za cel, dla którego osiągnięcia powołany został Ruch Olimpijski, uznano wkład w budowanie pokoju oraz lepszego świata poprzez edukację młodzieży w ramach sportu w zgodzie z ideą olimpijską i jej wartościami.

Międzynarodowy Komitet Olimpijski działa na podstawie Karty Olimpijskiej. Zgodnie z tym dokumentem Komitet jest „organizacją międzynarodową, pozarządową, nienastawioną na zysk, zarejestrowaną na czas nieokreślony, będącą osobą prawną o statusie stowarzyszenia, uznaną przez Radę Federacji Szwajcarskiej zgodnie z umową zawartą w dniu 11 listopada 2000 roku”³⁹. Poza MKOl Ruch Olimpijski tworzą międzynarodowe federacje sportowe oraz narodowe komitety olimpijskie. W ramach jednego sportu MKOl uznaje tylko jedną międzynarodową federację, a w ramach jednego państwa jeden narodowy komitet olimpijski. Żeby narodowy komitet olimpijski mógł zostać uznany przez MKOl, musi zrzeszać wszystkie narodowe federacje sportowe uznane przez międzynarodową federację sportową. Siedzibą Komitetu jest szwajcarska Lozanna, która uzyskała tytuł stolicy olimpijskiej.

Członkami MKOl są osoby fizyczne w liczbie nieprzekraczającej 115. Większość członków stanowią osoby niepełniące w MKOl oficjalnych funkcji. Istotnym wymogiem przy obsadzie tego grona jest zakaz pełnienia funkcji jednocześnie przez dwie osoby posiadające obywatelstwo tego samego kraju. Kolejnych 15 członków wybierają spośród siebie aktywni sportowcy. Prawo wyboru po 15 członków Komitetu mają także międzynarodowe federacje sportowe oraz narodowe komitety olimpijskie lub światowe bądź kontynentalne stowarzyszenia. Wśród kandydatów na członków mogą znaleźć się osoby powyżej 18. roku życia będące: aktywnymi zawodnikami, osobami na stanowisku prezydenta w proponującej organizacji lub pełniącymi w niej kierowniczą funkcję wykonawczą lub osobami niezależnymi. Każda kandydatura musi zostać poddana weryfikacji i ocenie przez Komitet Nominacji, a wybór takiej osoby musi być przedstawiony Sesji przez Komitet Wykonawczy MKOl. Kadencja członka MKOl wynosi 8 lat, przy czym możliwe są reelekcje⁴⁰.

³⁸ Karta Olimpijska z 2 sierpnia 2015 r., s. 13, http://www.olympic.org/Documents/olympic_charter_en.pdf, [dostęp: 20.02.2016 r.].

³⁹ *Ibidem*, s. 32.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 35.

Podczas ceremonii przyjęcia do grona członków MKOl nowo przyjęci działacze składają przysięgę, w której zobowiązują się jak najlepiej służyć Ruchowi Olimpijskiemu, stać na straży zasad określonych w Karcie Olimpijskiej, pozostawać niezależnymi od jakichkolwiek wpływów politycznych lub komercyjnych oraz walczyć z wszelkimi formami dyskryminacji⁴¹.

Międzynarodowy Komitet Olimpijski składa się z 3 organów:

1. Sesji,
2. Komitetu Wykonawczego MKOl,
3. Prezydenta.

Sesja, będąca najwyższym organem MKOl, stanowi walne zgromadzenie jego członków. Do jej kompetencji należy między innymi przyjęcie lub zmiana Karty Olimpijskiej. Komitet Wykonawczy odpowiedzialny jest za administrowanie MKOl, a do jego głównych zadań należy monitorowanie przestrzegania Karty Olimpijskiej. Prezydent MKOl jest organem głównie reprezentacyjnym, a ewentualne decyzje podejmuje jedynie w przypadku braku możliwości podjęcia ich przez Sesję lub Komitet Wykonawczy. Takie decyzje muszą być w trybie pilnym przedstawione odpowiedniemu organowi do zatwierdzenia⁴². Istnieje również możliwość powoływania Komisji pełniących funkcję doradczą dla organów MKOl.

Powołanie do życia Ruchu Olimpijskiego ściśle związane jest z leżącą u podstaw kultury fizycznej i sportu ideą olimpizmu. Zgodnie z Kartą Olimpijską, olimpizm jest „filozofią życia”, która łączyć ma sport z kulturą oraz pełnić funkcję wychowawczą. Wśród wartości edukacyjnych współczesnego olimpizmu wymienia się odpowiedzialność społeczną oraz szacunek dla uniwersalnych i podstawowych zasad etycznych. Olimpizm ma pozytywnie wpłynąć na rozwój społeczeństwa poprzez propagowanie pokoju i poszanowania godności ludzkiej. Podkreśla się, że uprawianie sportu wolne od dyskryminacji, w duchu *fair play* jest prawem człowieka. Widoczny jest zatem wymiar edukacyjny olimpizmu.

Sam Międzynarodowy Komitet Olimpijski, przewodniczący Ruchowi Olimpijskiemu, utworzony został w celu propagowania wyżej wymienionych idei. Założenia te mają być realizowane poprzez wspieranie i zachęcanie ludzi do rozwoju właśnie poprzez sport, któremu przyświeca zasada *fair play* silnie powiązana z zakazem dopingu. Aspekt ten mocno zaakcentowany został w punkcie 8. działu drugiego Karty Olimpijskiej poświęconemu misji i roli MKOl, zgodnie z którym do funkcji organizacji należy między innymi: „ochrona sportowców niestosujących dopingu i uczciwości w sporcie poprzez prowadzenie walki z dopingiem oraz podejmowanie działań przeciwko wszelkim formom manipulowania wynikami zawodów i związanej z tym korupcji”⁴³. Jednym z warunków przyjęcia federacji sportowej do MKOl jest przestrzeganie przez nią postanowień Światowego Kodeksu Antydopingowego.

⁴¹ *Ibidem*, s. 32.

⁴² *Ibidem*, s. 47.

⁴³ *Ibidem*, s. 17.

Wyrazem zaangażowania MKOl w szerzenie idei sportu wolnego od dopingu jest, oprócz roli propagatora uczciwości w sporcie, jego udział finansowy w walce z niedozwolonymi środkami. Wśród wydatków ponoszonych przez MKOl istotne miejsce zajmuje współfinansowanie działalności Światowej Agencji Antydopingowej.

Warto jednak wspomnieć o kontrowersjach związanych z zaangażowaniem MKOl w walkę z dopingiem. Powodem do ataku na Komitet przez społeczność międzynarodową stała się wypowiedź jej Prezydenta Juana Antonio Samarancha, który po głośnej aferze podczas *Tour de France*, kiedy to francuska policja aresztowała członków kilku ekip startujących, w tym także sportowców, wygłosił opinię wskazującą na poparcie przez niego idei skrócenia listy substancji zakazanych do środków mogących mieć szkodliwy wpływ na zdrowie sportowców, a usunięcia z niej środków, które jedynie wpływają w sposób korzystny na wyniki atletów podczas zawodów sportowych. Wypowiedź ta stała się bodźcem dla krytyki MKOl jako organizacji jedynie pozornie zainteresowanej propagowaniem idei czystości sportu. Jednak zwołana później Światowa Konferencja na temat Doping w Sporcie, która doprowadziła do utworzenia Światowej Agencji Antydopingowej, zatarła niekorzystne wrażenie⁴⁴.

2.2. Światowa Agencja Antydopingowa – status prawny, struktura organizacyjna, funkcje

Krokiem poprzedzającym zwołanie wspomnianej wcześniej Światowej Konferencji było utworzenie Komisji Medycznej Międzynarodowego Komitetu Olimpijskiego oraz przyjęcie Europejskiej Karty Antydopingowej. Kolejne przypadki doping u sportowców unaocznili jednak podmiotom walczącym o uczciwość w sporcie ogromną skalę problemu, którego nie dało się zwalczyć za pomocą metod funkcjonujących do tej pory oraz wywołały poczucie konieczności zwołania Światowej Konferencji na temat doping u w sporcie, która w konsekwencji doprowadziła do utworzenia Światowej Agencji Antydopingowej (WADA)⁴⁵.

WADA została utworzona w 1999 r. jako prywatna fundacja prawa szwajcarskiego podlegająca regulacjom określonym w jej statucie oraz art. 80 szwajcarskiego kodeksu cywilnego. Pomysłodawcą jej utworzenia był Międzynarodowy Komitet Olimpijski, ale inicjatywa ta cieszyła się poparciem również innych organizacji oraz rządów. Za siedzibę Światowej Agencji Antydopingowej uznano Lozannę, jednak w 2002 r. decyzją Rady Założycielskiej Agencji została ona przeniesiona do Montrealu⁴⁶. W 2002 r. ustanowiono także siedziby regionalne – Lozannę dla Europy, Tokio dla Azji i Oceanii, Cape Town dla Afryki oraz Montevideo dla Ameryki Południowej⁴⁷.

⁴⁴ R.C.R. Siekmann, *The Hybrid Character of WADA and the Human Rights of Athletes in Doping Cases (Proportionality Principle)*, http://www.doping.nl/media/kb/2041/20131023T040405-ISLJ_2011_1-2%20-%2089-96%20Robert%20C.R.%20Siekmann.pdf, s. 1, [dostęp: 9.03.2016 r.].

⁴⁵ L. Casini, *Global Hybrid Public-Private Bodies: The World Anti-Doping Agency (Wada)*, University of Rome „La Sapienza” 2009, s. 7.

⁴⁶ R. Piechota, *Reguły antydopingowe w prawie międzynarodowym*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2010, nr 6, <http://apcz.pl/czasopisma/index.php/SIT/article/view/SIT.2010.007/1630>, [dostęp: 20.02.2016 r.].

⁴⁷ L. Casini, *op. cit.*, s. 7.

Zgodnie z aktem założycielskim do struktury organizacyjnej WADA należy Zarząd Fundacji, Komitet Wykonawczy oraz Organ Kontrolny. Obecnie Zarząd WADA składa się z 38 członków:

- 18 wybieranych przez Ruch Olimpijski, czyli MKOl, narodowe komitety olimpijskie, międzynarodowe i narodowe federacje sportowe,
- 18 wskazywanych przez władze publiczne z pięciu kontynentów, przy czym członków pochodzących z regionu europejskiego desygnują wspólnie Rada Europy i Unia Europejska,
- 2 członków wybranych przez nich wspólnie.

W skład Komitetu Wykonawczego wchodzi przewodniczący, wiceprzewodniczący, po 5 członków wybieranych przez Ruch Olimpijski oraz rządy. Oprócz Komitetu Wykonawczego w strukturze organizacyjnej WADA powołane zostały również Komitety Ekspertów: Sportowców, Edukacji, Finansów i Administracji, ds. Etycznych oraz Zdrowia, Spraw Medycznych i Badań. WADA może również zapraszać do współpracy w celach doradczych organizacje międzynarodowe. Do takich organizacji należą obecnie między innymi Światowa Organizacja Zdrowia oraz Interpol⁴⁸.

Przez pierwsze dwa lata swojej działalności WADA finansowana była ze środków MKOl. Zgodnie jednak z uzgodnieniami zapadłymi podczas tworzenia WADA z dniem 1 stycznia 2002 r. finansowanie organizacji w połowie pochodzi ze środków pochodzących od rządów państw.

Zgodnie z art. 4 aktu założycielskiego WADA została powołana do wypełniania następujących funkcji:

- promowania oraz koordynowania na poziomie międzynarodowym walki z dopingiem we wszelkich jej formach,
- wzmacniania na poziomie międzynarodowym etycznych zasad uprawiania sportu wolnego od dopingu, a także pomocy w ochronie zdrowia sportowców,
- tworzenia, adaptowania, modyfikowania oraz aktualizowania dla wszystkich zainteresowanych podmiotów prywatnych i publicznych, przede wszystkim Międzynarodowego Komitetu Olimpijskiego, międzynarodowych federacji sportowych oraz narodowych komitetów olimpijskich listy substancji i metod zakazanych,
- zachęcania, wspierania, koordynowania i, jeśli to konieczne, podejmowania się, we współpracy z publicznymi i prywatnymi podmiotami zainteresowanymi, przede wszystkim Międzynarodowym Komitetem Olimpijskim, międzynarodowymi federacjami oraz narodowymi komitetami olimpijskimi, organizacji niezapowiedzianych badań poza zawodami,
- udoskonalania, harmonizacji i naukowego ujednolicania pobierania próbek, standardów technicznych i procedur w odniesieniu do analizy i wyposażenia, w tym tworzenia akredytowanych laboratoriów,
- promowania, harmonizacji zasad, procedur dyscyplinarnych i sankcji w celu zwalczania dopingu w sporcie oraz udziału w ich ujednolicaniu, biorąc pod uwagę prawa sportowców,

⁴⁸ *Ibidem*, s. 8.

- inicjowania i poprawiania edukacji w dziedzinie antydopingu oraz programów prewencyjnych na poziomie międzynarodowym, a także promowania uprawiania sportu wolnego od dopingu w zgodzie z zasadami etycznymi,
- promowania i koordynowania badań w zakresie walki z dopingiem⁴⁹.

Największym osiągnięciem organizacji było uchwalenie przy współpracy rządów, a także narodowych jak i międzynarodowych organizacji sportowych Światowego Kodeksu Antydopingowego.

2.3. Międzynarodowy Komitet Olimpijski jako przykład partnerstwa pomiędzy podmiotami prywatnymi i publicznymi

Jak już wcześniej wspomniano, Międzynarodowy Komitet Olimpijski funkcjonuje w oparciu o Kartę Olimpijską w jej obecnym kształcie z 2 sierpnia 2015 r. Pośród zasad wymienionych jako fundamentalne zasady olimpizmu szczególną uwagę w kontekście określenia założeń przyświecających utworzeniu Komitetu zasługuje zasada wyrażona w punkcie 5 wyliczenia: „Uznając, iż sport jest ściśle powiązany ze społeczeństwem, organizacje sportowe zrzeszone wokół Ruchu Olimpijskiego niezależnie ustanawiają swoje prawa i obowiązki, do których należy swobodne ustanawianie i kontrolowanie zasad dyscyplin, określanie struktur i zarządzanie swoją organizacją, przeprowadzanie wyborów do swoich władz w sposób wolny od jakichkolwiek wpływów z zewnątrz, ale również odpowiedzialność za zapewnienie stosowania zasad dobrego zarządzania”⁵⁰. Zacytowany punkt wyraźnie wskazuje na zamiary założycieli Ruchu Olimpijskiego, którzy zmierzali do utworzenia organizacji autonomicznej, samodzielnie ustanawiającej obowiązujące w niej zasady oraz wybierającej swoje władze. Wśród członków Międzynarodowego Komitetu Olimpijskiego znalazły się osoby reprezentujące co prawda różne państwa, ale niebędące przedstawicielami rządów⁵¹. Międzynarodowy Komitet Olimpijski jest organizacją pozarządową, podobnie zrzeszone w jego ramach międzynarodowe federacje należy uznać za podmioty prywatne. Warte podkreślenia jest również finansowa niezależność MKOl od państw. Zgodnie z Kartą Olimpijską podmiot swoje środki pozyskuje głównie ze sprzedaży praw do transmisji telewizyjnych, praw do znaku olimpijskiego oraz biletów na wydarzenia sportowe.

Aspekt publiczny działalności MKOl może być zdefiniowany jako aspekt nieformalny oparty na uznaniu istotności funkcjonowania MKOl jako podmiotu prawa międzynarodowego przez społeczność międzynarodową. Komitetowi przyznane zostały bardzo rozległe kompetencje, które umożliwiają mu między innymi wpływanie na kształt regulacji międzynarodowych, a także krajowych. Przykładem takiego oddziaływania może być Polski Komitet Olimpijski, który został w swoim statucie upoważniony do

⁴⁹ Światowa Agencja Antydopingowa, *Akt założycielski podpisany 10 listopada 1999 roku*, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=433715&Site=COE>, [dostęp: 1.03.2016 r.].

⁵⁰ Karta Olimpijska z dnia 2 sierpnia 2015 r., http://www.olimpijski.pl/Media/files/final_PL_olympic_charter_2-08_2015.pdf, s. 13, [dostęp: 20.02.2016 r.]..

⁵¹ B. Mielnik, *Międzynarodowy Komitet Olimpijski*, [w:] D. Kornobis-Romanowska (red.), *Sport w prawie europejskim, współczesne wyzwania dla teorii i praktyki*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2014, s. 213.

wdrażania w swoich ramach zaleceń MKOl, a także stosowania przepisów Karty Olimpijskiej. Upatruje się w tym przyzwolenia przez państwo polskie na stosowanie przez organizację pozarządową utworzoną na podstawie przepisów prawa polskiego uregulowań wprowadzonych przez obcy podmiot, co stanowi jednoznaczny dowód wyjątkowej pozycji Komitetu na arenie międzynarodowej⁵².

2.4. Światowa Agencja Antydopingowa – cechy podmiotu publicznego a cechy podmiotu prywatnego

Podczas Światowej Konferencji na temat doping w sporcie, której wynikiem było powstanie WADA, początkowym założeniem było nadanie organizacji charakteru całkowicie niezależnego od rządów państw. W toku negocjacji spotkało się to ze sprzeciwem zaproszonych do udziału w wydarzeniu rządów. Po konsultacjach w gronie przedstawicieli Ruchu Olimpijskiego wyrażono zgodę na zmianę koncepcji WADA jako organizacji całkowicie prywatnej i postanowiono podzielić się odpowiedzialnością za kształt polityki walki z dopingiem w ramach nowo tworzonej organizacji z przedstawicielami władz państwowych. Najbardziej jaskrawym przykładem obrazującym partnerstwo pomiędzy organami prywatnymi oraz publicznymi w ramach WADA jest skład jej zarządu, który składa się w równych częściach z przedstawicieli rządów i Ruchu Olimpijskiego. Spośród swoich członków osoby zasiadające w zarządzie wybierają przewodniczącego i wiceprzewodniczącego, a dla zachowania równowagi we wpływach Ruchu Olimpijskiego i rządów wprowadzono zmienność na stanowisku przewodniczącego, który raz jest osobą pochodzącą z nadania władz publicznych, a raz z nadania Ruchu Olimpijskiego. Co więcej, jeśli przewodniczący był wybrany do zarządu przez podmioty publiczne, wiceprzewodniczący jest reprezentantem podmiotu prywatnego i odwrotnie – przewodniczący reprezentujący Ruch Olimpijski współpracuje z wiceprzewodniczącym będącym kandydatem rządowym⁵³.

Lorenzo Casini, profesor prawa administracyjnego na Uniwersytecie Rzymskim, wskazuje jednak na cztery cechy odróżniające WADA od typowych organizacji działających w oparciu o współpracę publiczno-prywatną. Po pierwsze, odwołuje się do historii WADA, która powstała z inicjatywy podmiotu prywatnego, jakim jest Międzynarodowy Komitet Olimpijski, podczas Konferencji przez ten podmiot zorganizowanej, gdy zazwyczaj to koncepcja instytucji publicznych prowadzi do powstania takich organizacji, a dopiero później włączany jest w celu usprawnienia ich działania czynnik prywatny. Po drugie, wskazuje on na fakt równości pomiędzy podmiotami publicznymi i prywatnymi w działalności WADA, która to równość rzadko spotykana jest wśród innych organizacji tego typu, gdzie zazwyczaj to czynnik publiczny ma decydujący głos. Podkreślany jest także fakt zgodności celów, jakie przyświecają obu uczestnikom tego partnerstwa. Na końcu profesor wyróżnia WADA jako organizację, której udało się stworzyć system wyjątkowo spójny zarówno pod względem proceduralnym, jak

⁵² *Ibidem*, s. 223.

⁵³ R.C.R. Siekmann, *op. cit.*

i instytucjonalnym, co nie jest często spotykane wśród podmiotów o charakterze publiczno-prawnym⁵⁴.

Status prawny WADA jako połączenia cech charakterystycznych dla organizacji prywatnych z cechami organizacji rządowych wzbudzał przy jej tworzeniu niepokój władz publicznych dotyczący kwestii ogólnej możliwości i skuteczności funkcjonowania WADA w ustalonym kształcie. Wyrazem tych obaw jest pewnego rodzaju bezpiecznik wprowadzony do statutu założycielskiego Agencji, dzięki któremu WADA została upoważniona do przygotowania planów i propozycji przekształcenia się w strukturę opartą na innych zasadach, a spośród wszystkich możliwości w zapisie wyróżniona została jedna forma – podmiot publicznego prawa międzynarodowego⁵⁵.

2.5. Międzynarodowa Rada Arbitrażu Sportowego i Trybunał Arbitrażowy

Postępujące umiędzynarodowienie sportu, jego większa profesjonalizacja, komercjalizacja oraz bardziej intensywna walka o prestiż i ogromne sumy pieniężne doprowadziły do coraz częstszych sporów na tle rywalizacji sportowej, które wymusiły na społeczności międzynarodowej konieczność poszukiwania drogi ich rozstrzygnięcia. Niewystarczające w tym zakresie okazało się zastosowanie reguł międzynarodowego prawa prywatnego, które mogłoby nie wskazać rozwiązania bardziej zawiłych, częstych w rywalizacji sportowej przypadków⁵⁶. W związku z narastającym problemem Międzynarodowy Komitet Olimpijski postanowił znaleźć rozwiązanie dla impasu, w którym znajdował się światowy sport bezradny wobec narastających konfliktów. Wyjściem z sytuacji okazało się utworzenie Trybunału Arbitrażowego ds. Sportu (CAS), instytucji, która zgodnie z założeniem twórców miała pełnić rolę rozjemcy w sporach sportowych. Warty uwagi jest fakt, że z inicjatywą takiego rozwiązania w latach 80. XX wieku wystąpił między innymi Kéba Mbaye, ówczesny wiceprezes Trybunału Sprawiedliwości w Hadze, który później został pierwszym w historii Prezydentem Trybunału⁵⁷.

Trybunał Arbitrażowy ds. Sportu został powołany do życia w 1983 r. w trakcie 86. Zgromadzenia Ogólnego MKOl w New Delhi⁵⁸. Pierwotnie funkcjonował on jako organ MKOl w całości finansowany z jego środków. Od początku trudności stwarzało precyzyjne określenie jego funkcji, wyrażnie rysował się także konflikt pomiędzy nowo powołaną instytucją a krajowymi i międzynarodowymi organizacjami sportowymi, które uznawały Trybunał za zagrożenie dla swoich kompetencji.

⁵⁴ L. Casini, *op. cit.*, s. 14.

⁵⁵ Światowa Agencja Antydopingowa, *Akt założycielski podpisany 10 listopada 1999 roku*, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=433715&Site=COE>, [dostęp: 10.3.2016 r.].

⁵⁶ R.W. Pound, *Sports Arbitration: How it Works and why it Works?*, „McGill Journal of Dispute Resolution” 2015, vol. 1, no. 2, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2620262, s. 78, [dostęp: 20.02.2016 r.].

⁵⁷ P. Cioch, *Trybunał Arbitrażowy ds. Sportu w Lozannie*, „Kwartalnik ADR” 2009, nr 4(8), s. 1 i 2, http://arbitraz.laszczuk.pl/_adr/105/Trybunał_Arbitrazowy_ds._Sportu_w_Lozannie.pdf, [dostęp: 20.02.2016 r.].

⁵⁸ B. Krzan, *Jurysdykcja Trybunału Arbitrażowego ds. Sportu*, [w:] D. Kornobis-Romanowska (red.), *Sport w prawie europejskim...*, s. 194.

Pierwszą sprawą Trybunał zajął się w 1986 r., jednak w początkowym okresie jego funkcjonowania spotkał on się z niechęcią krajowych organizacji sportowych do oddawania części swoich kompetencji⁵⁹. Skuteczną obroną przed ingerencją Trybunału w sprawy organizacji okazało się niezamieszczanie w swoich statutach klauzuli oddającej spory pod jurysdykcję Trybunału.

Przełomową sprawą dla Trybunału Arbitrażowego ds. Sportu okazała się być sprawa dżokeja Elmara Gundela. Został on skazany przez właściwą mu federację na karę czasowej dyskwalifikacji oraz grzywny, a zaskarżenie tej decyzji do Trybunału przyniosło jedynie efekt skrócenia kary do miesiąca dyskwalifikacji. Sportowiec postanowił odwołać się od tego orzeczenia do Szwajcarskiego Trybunału Federalnego, wnosząc o stwierdzenie nieważności wydanego przez Trybunał Arbitrażowy orzeczenia. Wśród argumentów podnosił on kwestię sporności umocowania Trybunału do rozstrzygania we wniesionej sprawie oraz fakt jego zależności od MKOl, co wpływało na ocenę Trybunału jako podmiotu niezależnego od wszelkich wpływów. Rozstrzygając sprawę, Szwajcarski Trybunał Federalny w orzeczeniu z 15 marca 1993 r. wskazał na potrzebę pełnego uniezależnienia się Trybunału Arbitrażowego, aby można było uznawać jego orzeczenia za nadające sprawie powagę rzeczy osądzonej⁶⁰. W ten sposób zrodziła się potrzeba zerwania przez Trybunał organizacyjnych i finansowych związków z MKOl, co doprowadziło do reformy Trybunału w 1994 r. podczas Olimpijskiego Kongresu w Paryżu. Zgodnie z decyzjami, które na nim zapadły, MKOl zrzekł się wszelkich uprawnień w stosunku do Trybunału, a sam Trybunał został utworzony ponownie przy nowo powołanej do życia fundacji – Międzynarodowej Radzie Arbitrażu Sportowego. Podstawą jego funkcjonowania został Kodeks Arbitrażu Sportowego regulujący wszelkie istotne kwestie związane z Trybunałem od 22 listopada 1994 r. Po tych reformach zaobserwowana została zmiana w nastawieniu federacji sportowych w stosunku do Trybunału. Od początku jego funkcjonowania do 1991 r. jedynie Międzynarodowa Federacja Jeździectwa poddała się jego jurysdykcji. Od 1995 r. stopniowo rosła liczba federacji, które postanowiły zamieścić w swoim statucie klauzulę arbitrażową⁶¹.

Innym istotnym orzeczeniem w historii istnienia Trybunału Arbitrażowego ds. Sportu było orzeczenie w sprawie Lazutina/Danilova z 2003 r. W swym rozstrzygnięciu Szwajcarski Trybunał Federalny stwierdził pełną samodzielność Trybunału Arbitrażowego i niezależność od jakichkolwiek podmiotów. Doprowadziło to do ostatecznego uznania Trybunału za ostatnią instancję odwoławczą od orzeczeń międzynarodowych federacji sportowych, a – co kluczowe dla omawianego w niniejszej pracy zagadnienia – od 2003 r. stanowi on również ostatnią instancję odwoławczą od orzeczeń i decyzji nakładających na zawodników sankcję w związku ze stosowaniem dopingu⁶².

⁵⁹ P. Cioch, *op. cit.*, s. 73.

⁶⁰ I. O'Boyle, T. Bradbury *Sport Governance: International Case Studies*, s. 268, https://books.google.pl/books?id=IWUqAAAAQBAJ&pg=PA268&lpg=PA268&dq=elmar+gundel+case&source=bl&ots=_x-qbdoWKR&sig=-zWXptJb2nkwRi_GFS8nZoHy0KM&hl=pl&sa=X&ved=0ahUKEwjAzuyqsZrLahWIA5oKHeH3B_gQ6AEIMTAD#v=onepage&q=elmar%20gundel%20case&f=false, [dostęp: 21.02.2016 r.].

⁶¹ P. Cioch, *op. cit.*, s. 74.

⁶² *Ibidem*, s. 72–75.

W literaturze dotyczącej Trybunału wskazuje się, że Międzynarodowa Rada Arbitrażu Sportowego spełnia kryteria umożliwiające uznanie jej za fundację zgodnie ze szwajcarskim kodeksem cywilnym. Z punktu widzenia międzynarodowego kwalifikuje się ją natomiast jako międzynarodową organizację pozarządową⁶³.

Zgodnie z Kodeksem Arbitrażu Sportowego Międzynarodowa Rada Arbitrażu Sportowego składa się z 20 członków będących doświadczonymi prawnikami. Wybierani są oni w następujący sposób:

- 4 członków wskazują międzynarodowe federacje, z czego kandydatury 3 z nich zgłasza federacja odpowiedzialna za organizację letnich Igrzysk Olimpijskich, natomiast jeden zgłaszany jest przez federację zimowych Igrzysk Olimpijskich,
- 4 członków Międzynarodowej Rady Arbitrażu Sportowego wskazywanych jest przez Stowarzyszenie Narodowych Komitetów Olimpijskich,
- 4 członków wskazuje Międzynarodowy Komitet Olimpijski,
- 4 członków jest wskazywanych przez wymienionych powyżej 12 członków Międzynarodowej Rady Arbitrażu Sportowego, a wybór ten powinien być poprzedzony konsultacjami, które zapewnią odpowiednie zabezpieczenie interesów sportowców,
- 4 członków wybieranych spośród osób niezależnych od instytucji upoważnionych do wskazania pozostałych osób zasiadających w Międzynarodowej Rady Arbitrażu Sportowego, których prawo wyboru przysługuje wymienionym powyżej 16 członkom Rady⁶⁴.

Członkowie Rady wybierani są na jedną lub kilka kadencji, a odnowienie wyboru dokonuje się w trakcie trwania ostatniego roku ich kadencji. Członkowie Rady składają deklarację o pełnieniu swojej funkcji samodzielnie, w pełni obiektywnie i niezależnie, w zgodzie ze statutem Międzynarodowej Rady Arbitrażu Sportowego i Trybunału Arbitrażowego ds. Sportu. Co ważne, członkostwo w Radzie wyklucza bycie jednocześnie arbitrem lub mediatorem w Trybunale Arbitrażowym ds. Sportu, a także wyklucza reprezentowanie stron w postępowaniu przed tym Trybunałem⁶⁵.

Kadencja członka Rady kończy się wraz z jego rezygnacją, śmiercią lub z innych powodów, które uniemożliwiają mu pełnienie funkcji. Zastępowany jest on wtedy na okres pozostający do upływu jego kadencji w takiej samej procedurze, w jakiej sam został wybrany⁶⁶. Rada wybiera spośród swoich członków prezesa, który pełni jednocześnie funkcję prezesa Trybunału Arbitrażowego ds. Sportu.

Rada spotyka się zawsze wtedy, kiedy wymaga tego działalność Trybunału Arbitrażowego, nie rzadziej jednak niż raz do roku.

Oprócz funkcji takich jak przyjmowanie i wprowadzanie poprawek do statutu Międzynarodowej Rady Arbitrażu Sportowego i Trybunału Arbitrażowego ds. Sportu

⁶³ B. Krzan, *op. cit.*, s. 196.

⁶⁴ Kodeks Arbitrażu Sportowego, w mocy od dnia 1 marca 2013 r., art. S4, <http://www.tas-cas.org/en/icas/code-statutes-of-icas-and-cas.html>, [dostęp: 22.02.2016 r.].

⁶⁵ *Ibidem*, art. S4 i S5.

⁶⁶ *Ibidem*, art. S4 i S5.

Radzie powierzone zostały również zadania istotne ze względu na zapewnienie prawidłowego działania arbitrażu sportowego. Należą do nich między innymi:

- wybór arbitrów i mediatorów znajdujących się na listach arbitrów i mediatorów Trybunału Arbitrażowego ds. Sportu oraz usuwanie ich z tych list,
- odpowiedzialność za finansowanie Trybunału Arbitrażowego ds. Sportu oraz zatwierdzanie budżetu Rady,
- podejmowanie innych czynności, które są niezbędne dla ochrony praw stron oraz promowania rozwiązywania sporów na tle sportowym na drodze arbitrażu i mediacji⁶⁷.

Ogólnie kompetencje Międzynarodowej Rady Arbitrażu Sportowego można sprowadzić do funkcji nadzorczej nad Trybunałem Arbitrażowym oraz jego reprezentacji na zewnątrz. Rada jest również odpowiedzialna za ochronę niezależności Trybunału oraz poszanowanie równych praw stron przed nim występujących. Zgodnie z art. S6 Kodeksu Arbitrażu Sportowego do jej uprawnień należy także powoływanie regionalnych i lokalnych struktur Trybunału zarówno na stałe, jak i jedynie tymczasowo. Przepis ten często jest wykorzystywany do tworzenia w drodze uchwał izb *ad hoc* Trybunału. Między innymi stało się tak podczas Mistrzostw Europy w piłce nożnej w 2012 r. w Polsce i na Ukrainie.

Sam Trybunał Arbitrażowy ds. Sportu powołany został w celu rozstrzygania w drodze mediacji lub arbitrażu sporów powstałych w związku ze sportem. Członkowie Trybunału wybierani są przez Międzynarodową Radę Arbitrażu Sportowego, która tworzy listę arbitrów i mediatorów Trybunału. Wybierani są oni na jedną lub kilka odnawialnych 4-letnich kadencji. Co 4 lata lista jest rewidowana przez Radę. Wybór powinien dokonywać się spośród osób o odpowiednim doświadczeniu prawniczym i potwierdzonych kompetencjach związanych z prawem sportowym. Istotne jest także doświadczenie w międzynarodowym arbitrażu, dobra wiedza ogólna z zakresu sportu oraz dobra znajomość jednego z oficjalnych języków – angielskiego lub francuskiego⁶⁸. Lista arbitrów powinna liczyć co najmniej 150 członków oraz zapewniać reprezentację wszystkich kontynentów oraz różnych kultur prawnych. 1/5 członków powinna być wybrana spośród osób wskazanych przez MKOl, międzynarodowe federacje sportowe oraz narodowe komitety olimpijskie, kolejną 1/5 wskazuje się po konsultacjach mających na celu doprowadzenie do wyboru osób, które w szczególny sposób zabezpieczą ochronę interesów sportowców, a pozostałą część składu stanowią członkowie niezależni od Międzynarodowej Rady Arbitrażu Sportowego⁶⁹.

Trybunał Arbitrażowy składa się na stałe z dwóch Izb: arbitrażowej, która rozpatruje spory przedłożone Trybunałowi w trybie zwykłym, oraz odwoławczej, która odpowiedzialna jest za rozpatrywanie spraw wynikłych w związku z decyzjami podjętymi przez federacje, stowarzyszenia oraz inne organy powiązane ze sportem. Za przydział sprawy do konkretnej Izby odpowiedzialny jest Sekretariat, a jego decyzja nie podlega zaskarżeniu przez strony⁷⁰.

⁶⁷ *Ibidem*, art. S6.

⁶⁸ *Ibidem*, art. S14.

⁶⁹ *Ibidem*, art. S13.

⁷⁰ *Ibidem*, art. S20.

Właściwość rzeczową Trybunału Arbitrażowego określono w art. S12 Kodeksu Arbitrażu Sportowego. Trybunał odpowiedzialny jest za:

- rozstrzyganie sporów sportowych w oparciu o zwyczajne procedury arbitrażowe,
- rozpatrywanie odwołań od decyzji i orzeczeń wydanych przez organy międzynarodowych federacji i krajowych związków sportowych w zakresie, jaki jest przewidziany przez ich statuty, regulaminy bądź porozumienia z tymi organizacjami,
- wydawanie niewiążących opinii na wniosek międzynarodowych organizacji sportowych,
- prowadzenie postępowania mediacyjnego.

Izba *ad hoc* upoważniona jest do rozstrzygania sporów powstałych podczas Igrzysk Olimpijskich, a także innych ważnych zawodów sportowych.

Warto zwrócić uwagę na fakt, że Kodeks Arbitrażu Sportowego nie podaje dokładnej definicji tego, co uznajemy za spór prawny związany ze sportem. Zgodnie z art. R27 reguł proceduralnych, według których funkcjonuje Trybunał, reguły te stosuje się w przypadku zgody stron na oddanie sporu pod jurysdykcję Trybunału. Zgoda taka może być wyrażona poprzez zamieszczenie w umowie lub późniejszym porozumieniu stosownej klauzuli arbitrażowej. Są one także stosowane, ilekroć wniesione zostanie odwołanie od decyzji podjętej przez federację, stowarzyszenie lub podmiot związany ze sportem, jeśli ich przepisy wewnętrzne przewidują jurysdykcję Trybunału Arbitrażowego⁷¹. Zgodnie z art. 13 Światowego Kodeksu Antydopingowego od decyzji dyscyplinarnych podjętych na jego podstawie przysługuje odwołanie do Trybunału Arbitrażowego, który przekazaną mu sprawę rozpatruje od początku, nie będąc związanym wcześniejszymi ustaleniami. Decyzje Trybunału w sprawach związanych ze stosowaniem dopingu są ostateczne i wiążące.

2.6. Rada Europy i UNESCO – zaangażowanie w walkę z dopingiem

Rada Europy jest pierwszą organizacją o zasięgu międzynarodowym, która zaangażowała się w walkę z dopingiem. Zgodnie z jej statutem została ona powołana w celu osiągnięcia między jej członkami większej jedności, ochrony i urzeczywistniania ideałów i zasad, które towarzyszą jej członkom od wieków, oraz wspierania postępu ekonomicznego i społecznego. Jako drogę do osiągnięcia tych celów przyjęto: „omawianie wspólnych problemów, zawieranie porozumień i wspólne działanie w sprawach gospodarczych, społecznych, kulturalnych, naukowych, prawnych i administracyjnych, jak również przestrzeganie i rozwój praw człowieka i podstawowych wolności”⁷². Jednym z dziedzictw chronionych przez Radę Europy jest sport rozumiany jako rozrywka, a także droga do rozwijania wartości uznanych w społeczeństwie, pośród których istotne miejsce zajmuje uczciwość.

Zaangażowanie Rady Europy w zwalczanie dopingu początkowo przejawiało się w sporządzaniu licznych rezolucji. Kluczowe jednak znaczenie dla podkreślenia

⁷¹ Reguły Proceduralne Trybunału Arbitrażowego ds. Sportu, art. R27, <http://www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html>, [dostęp: 4.03.2016 r.].

⁷² Statut Rady Europy z dnia 5 maja 1949 r., art. 1 http://www.pawelfilipek.info/pliki/Statut_Rady_Europy.pdf, [dostęp: 10.02.2016 r.].

konieczności międzynarodowego zjednoczenia wokół walki z dopingiem miało przyjęcie w 1989 r. Konwencji Antydopingowej Rady Europy.

Organizacją istotnie wspierającą walkę z dopingiem jest także powołane przez ONZ UNESCO zajmujące się kwestiami edukacji, nauki i kultury. UNESCO w omawianej w niniejszej publikacji dziedzinie spełnia swoją rolę głównie poprzez doradzanie oraz zapewnianie forum do dyskusji w zakresie sportu rządów, organizacjom pozarządowym oraz ekspertom. Podstawę do włączenia się UNESCO w walkę z dopingiem stanowiła Międzynarodowa Karta Wychowania Fizycznego i Sportu. W jej preambule możemy znaleźć odwołanie do konieczności ochrony integralności i potencjalnych korzyści płynących z aktywności fizycznej i sportu. Pośród zjawisk, przed którymi sport powinien być chroniony, wymienia się doping⁷³.

UNESCO mocno akcentuje fakt występowania dopingu nie tylko wśród profesjonalnych sportowców. Coraz częściej problem ten dotyka także młodzież oraz sport amatorski. Doping według UNESCO stanowi zagrożenie dla zdrowia sportowców oraz etycznych podstaw sportu. Jako przyczynę zaangażowania organizacji w walkę z dopingiem podaje się chęć ochrony uczciwego i sprawiedliwego sportu oraz młodych sportowców⁷⁴.

Jednym z podstawowych narzędzi walki z dopingiem, którego powstanie zainspirowane zostało przez UNESCO, jest Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu dopingu w sporcie z 2007 r. Niniejsza konwencja może być uznana jako jedno z największych osiągnięć UNESCO w dziedzinie edukacji. Warto podkreślić fakt, że Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu dopingu w sporcie jest najbardziej skuteczną konwencją UNESCO, jeśli chodzi o szybkość przystępowania do niej kolejnych państw⁷⁵.

Podczas prac nad konwencją jej twórcy doszli do wniosku, że wprowadzenie mechanizmów zapobiegających dopingowi wiąże się z nałożeniem na państwa obowiązku ponoszenia wysokich kosztów, w których to ponoszeniu państwa będą potrzebowały pomocy. Artykuł 17 konwencji stanowił podstawę utworzenia przy UNESCO funduszu przeznaczonego na wyeliminowanie dopingu ze sportu. Jego środki pochodzą głównie z:

- wkładów wnoszonych przez Państwa-Strony,
- wkładów, darowizn lub zapisów dokonywanych przez inne państwa, organizacje lub programy ONZ oraz osoby i organy publiczne lub prywatne,
- odsetek od środków funduszu,
- środków zbieranych podczas zbiórek oraz imprez organizowanych na rzecz funduszu⁷⁶.

⁷³ Międzynarodowa Karta Wychowania Fizycznego i Sportu z 1978 r., <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002354/235409e.pdf>, [dostęp: 10.02.2016 r.].

⁷⁴ UNESCO, *Sport and anti – doping*, <http://en.unesco.org/themes/sport-and-anti-doping>, [dostęp: 11.02.2016 r.].

⁷⁵ R. Bank, F. Foltz, *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO)*, [w:] Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2010, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e553?rskey=ckbbkR&result=3&prd=EPIL>, [dostęp: 11.02.2016 r.].

⁷⁶ Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu dopingu w sporcie z 2005 r., art. 17, https://dldm-fej9n5lgmh.cloudfront.net/msport/article_attachments/attachments/9620/original/UNESCO_konwencja_o_zwalczaniu_dopingu_w_sporcie.pdf?1334718939, [dostęp: 3.03.2016 r.].

Zgodnie z art. 18 konwencji środki zgromadzone w funduszu przeznaczone są w szczególności na „wspieranie Państw – Stron w opracowywaniu i wdrażaniu programów antydopingowych zgodnie z postanowieniami Konwencji, z uwzględnieniem celów WADA [...]”⁷⁷. Oznacza to wspieranie państw przy wprowadzaniu programów krajowych, współpracy międzynarodowej, edukacji i szkoleniach oraz badaniach. O środki z funduszu mogą starać się jedynie państwa, które ratyfikowały lub zaakceptowały zasady wprowadzone przez konwencję oraz zobowiązały się prawnie do kierowania się nimi w swoich działaniach.

Połowa środków z funduszu przekazywana jest na programy edukacyjne. Wśród priorytetowych działań wspieranych przez fundusz znajduje się także pomoc w dostosowywaniu ustawodawstwa oraz administracji do regulacji konwencji oraz wspieranie rozwoju potencjału państw poprzez m.in. pomaganie przy tworzeniu krajowych organizacji antydopingowych.

2.7. Unia Europejska w walce z dopingiem

Pierwszą instytucją, która podjęła w imieniu Unii Europejskiej problematykę walki z dopingiem, była Rada Europejska, która w 1998 r. zaapelowała do państw członkowskich o zaangażowanie we współpracę z międzynarodowymi organizacjami sportowymi oraz Komisją Europejską w celu podjęcia środków mających za zadanie rozpoczęcie bardziej intensywnego zwalczania tego szkodliwego zjawiska. Rezultatem działań było opracowanie wspólnotowego planu w sprawie zwalczania dopingu w sporcie – komunikatu przesłanego do Rady Europejskiej, Parlamentu Europejskiego, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów⁷⁸.

We wspomnianym wspólnotowym planie podkreślono, że walka z dopingiem to nie tylko kierowanie uwagi na aspekt etyczny problemu, ale także ten związany ze zdrowiem publicznym. Wyrażono zaniepokojenie faktem, że przypadki stosowania dopingu przestały być sytuacjami jednostkowymi, ale przybrały wymiar zorganizowanej procedury. W dokumencie zapowiedziano chęć współpracy przy tworzeniu Światowej Agencji Antydopingowej, a także późniejszego zaangażowania w jej działalność. Zwrócono uwagę na to, że powstanie tego podmiotu będzie wiązało się z przekazaniem mu kompetencji pokrywających się z tymi, które posiada Unia Europejska, m.in.: zdrowiem publicznym, badaniami oraz swobodą przepływu osób-sportowców. Istotne były również uwagi dotyczące charakteru prawnego mającej powstać instytucji. Jej decyzje nie mogły być prawnie wiążące na gruncie prawa unijnego, stanowiąc jedynie rekomendacje, jednak podkreślono niezwykle znaczenie moralnego zobowiązania się do przestrzegania jej zaleceń. W dalszej przyszłości przewidziano konieczność przekształcenia Agencji z podmiotu prywatnego w podmiot funkcjonujący na podstawie prawa publicznego. W konkluzjach dokumentu zapowiedziano zaangażowanie Unii Europejskiej w walkę z dopingiem w poniższych aspektach:

- intensyfikacja badań nad środkami dopingującymi, metodami ich wykrywania oraz wpływem dopingu na zdrowie,

⁷⁷ *Ibidem*, art. 18.

⁷⁸ R. Piechota, *op. cit.*, [dostęp: 5.03.2016 r.].

- praca nad aspektem edukacyjnym oraz programami dla młodzieży mającymi na celu informowanie oraz szkolenie w dziedzinie antydopingu,
- zwiększanie efektywności ścigania oraz współpracy sądowej,
- szerzenie informacji dotyczącej środków dopingujących,
- wspieranie akcji mających znaczenie dla zdrowia publicznego⁷⁹.

W późniejszym czasie Unia Europejska aktywnie zaangażowała się w tworzenie Światowej Agencji Antydopingowej, czego efektem było przyznanie Unii prawa delegowania dwóch członków do zarządu Agencji, a także wyposażenie Komisji Europejskiej w status obserwatora przy Agencji. Zapowiedziane zostały również prace nad sformalizowaniem uczestnictwa Unii w pracy Agencji.

Podstawową rolę w obszarze sportu w ramach Unii Europejskiej pełni Rada Unii Europejskiej, a precyzyjniej – ministrowie sportu państw członkowskich. Jak już wspomniano, Unia Europejska uzyskała kompetencje w zakresie sportu po wejściu w życie traktatu lizbońskiego. Przedtem uważano, że sport jest dziedziną ściśle powiązaną z polityką wewnętrzną państw, ponieważ to one – jako odrębne od Unii Europejskiej podmioty – organizują wydarzenia sportowe oraz biorą w nich udział. Stąd najbardziej aktywna działalność w tej dziedzinie w ramach zgromadzeniu ministrów państw członkowskich. Wypracowane w ramach Rady Unii Europejskiej porozumienia skłaniają do ich większego przestrzegania jako wypracowanych w ramach negocjacji pomiędzy rządami wszystkich członków organizacji⁸⁰.

2.8. Kompetencje Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w kwestii antydopingu

W okresie swojej działalności Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej kilkakrotnie wypowiadał się w sprawach związanych ze stosowaniem dopingów przez sportowców. Orzeczenia te zapadały jednak przed wejściem w życie traktatu lizbońskiego, tak więc w czasie, kiedy – jak już wspomniano – Unia Europejska nie posiadała jeszcze jednoznacznie określonych kompetencji w zakresie sportu. Pomimo że decyzje Trybunału straciły w związku z wejściem w życie traktatu lizbońskiego na swojej aktualności, warto przyrzeć się, w jaki sposób Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej podchodził do tej pory do zagadnienia stosowania dopingów.

Ważnym orzeczeniem w omawianej dziedzinie jest to w sprawie C36/74 – *Wal Rave i Koch*, w której to Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wtedy jeszcze znany jako Europejski Trybunał Sprawiedliwości, orzekł, że sprawy dotyczące sportu

⁷⁹ Wspólnotowy plan w sprawie zwalczania dopingów w sporcie – komunikat przesłany do Rady Europejskiej, Parlamentu Europejskiego, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:51999DC0643>, [dostęp: 5.03.2016 r.].

⁸⁰ J. Kornbeck, *Inspiration from Brussel? The European Union and Sport*, Bremen 2013, https://books.google.pl/books?id=OJ2mmKnMkrwC&pg=PA12&lpg=PA12&dq=Inspiration+from+Brussel?+The+European+Union+and+Sport&source=bl&ots=E-jceu9bc5&sig=Lh1B_23flPh0G5-zribU2yiSN8w&hl=pl&sa=X&ved=0ahUKEwiMo-f4oc_MAhVpDJJoKHWTQAn0Q6AEIHZA#v=onepage&q=Inspiration%20from%20Brussel%3F%20The%20European%20Union%20and%20Sport&f=false, s. 35, [dostęp: 4.03.2016 r.].

mogą być poddawane pod jurysdykcję Trybunału jedynie wtedy, kiedy dotyczą aspektów ekonomicznych tego obszaru.

Rozwinięcie tego zagadnienia możemy znaleźć w orzeczeniu Trybunału w sprawie T-508/09 – *Cañas przeciwko Komisji*. W 2005 r. będący u szczytu kariery tenisista Guillermo Cañas nie przeszedł pozytywnie kontroli antydopingowej. Skutkiem było zawieszenie tenisisty w członkostwie w Stowarzyszeniu Profesjonalnego Tenisa ATP, a dzięki odwołaniom udało się jedynie skrócić karę. Cañas postanowił zwrócić się ze sprawą do Komisji Europejskiej, powołując się na art. 7 rozporządzenia Rady Unii Europejskiej w zakresie reguł konkurencyjnych: „Jeżeli Komisja, działając z urzędu lub na wniosek, stwierdzi naruszenie art. 81 lub 82 Traktatu, może w drodze decyzji nakazać przedsiębiorstwom lub związkom przedsiębiorstw, których sprawa dotyczy, by zaprzestały takiego naruszenia [...]. Jeżeli Komisja posiada uzasadniony interes, może stwierdzić, że naruszenie zostało popełnione w przeszłości”⁸¹. Artykuły 81 i 82 Traktatu, o których mowa, to obowiązujące dzisiaj art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej dotyczące zakazu tworzenia karteli ograniczających konkurencję oraz zakazu nadużywania pozycji dominującej. Tenisista zarzucał ATP, Światowej Agencji Antydopingowej oraz Międzynarodowej Radzie Arbitrażu do spraw Sportu ukształtowanie kar w sposób nieproporcjonalny do przewinienia, co miało jego zdaniem stać w sprzeczności z przytoczonymi wcześniej zakazami. Oskarżył on również WADA o porozumienie lub uzgodnioną praktykę, która hamowała w sposób bezprawny współzawodnictwo między tenisistami. Komisja uznała, że w sprawie brak interesu wspólnotowego, który uzasadniałby zaangażowanie się w tę kwestię, i odmówiła zajęcia się nią. Sprawa trafiła do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który stwierdził na podstawie art. 113 regulaminu proceduralnego Trybunału, że w związku z zakończeniem przez Cañasą kariery sportowej nie ma on już interesu prawnego w uzyskaniu korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia⁸².

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej podjął się orzekania również w sprawie C-519/04 wniesionej przez dwóch pływaków, Davida Meca-Medine i Igora Majceana. Obaj sportowcy nie przeszli w 1999 r. kontroli antydopingowej zarządzanej po mistrzostwach świata w uprawianej przez nich dyscyplinie, w wyniku czego orzeczono wobec nich dyskwalifikację na cztery lata. Decyzja ta została utrzymana w mocy przez Trybunał Arbitrażowy do spraw Sportu. Ponieważ później w badaniach nad stosowanym przez nich środkiem wspomagającym wykazano, że może być on produkowany przez organizm ludzki w ilościach przekraczających dopuszczalną przez przepisy dawkę w wyniku spożywania niektórych pokarmów, sprawa ponownie została przekazana do Trybunału Arbitrażowego, który karę obniżył do lat dwóch. Sportowcy nie złożyli odwołania do szwajcarskiego sądu federalnego, pomimo że taki tryb odwoławczy przewidziany był dla wyroków Trybunału, ale zwrócili się do Komisji ze skargą, wskazując na naruszenie art. 81 i 82 WE. Skarga odnosiła się do niektórych praktyk MKOl i Światowej Federacji Pływackiej, a także praktyk stosowanych przy kontroli antydopingowej, które według

⁸¹ Rozporządzenie 1/2003 z dnia 16 grudnia w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1-25).

⁸² <http://competitionbulletin.com/2013/07/11/canas-no-sufficient-interest-in-showing-anti-competitive-rules/>, [dostęp: 1.03.2016 r.].

piływaków miały naruszać reguły konkurencji i swobodnego świadczenia usług panujące we Wspólnocie. Skarżący zinterpretowali działalność MKOl oraz akredytowanych laboratoriów antydopingowych jako zabronioną uzgodnioną praktykę, a także podnieśli brak wystarczającej niezależności organu orzekającego, czyli w tym wypadku Trybunału Arbitrażowego od MKOl. Podkreślali również nieprawidłowe ukształtowanie zasad odpowiedzialności sportowców w wypadku naruszenia reguł antydopingowych. W wyniku tych wszystkich nieprawidłowości miało dojść do naruszenia zasady swobody gospodarczej. Skarga została przez Komisję odrzucona, w wyniku czego trafiła ostatecznie pod ocenę Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W pierwszej instancji zarzuty zostały oddalone, podniesiono, że reguły antydopingowe są regułami czysto sportowymi i jako takie nie mogą podlegać ocenie na podstawie art. 81 i 82 WE. Podkreślono, że kwestia prawidłowości panujących przepisów antydopingowych może być rozstrzygnięta jedynie przez organy rozsądżające spory sportowe. W drugiej instancji stwierdzono, że czysto sportowy charakter przepisów nie może automatycznie wykluczać jego gospodarczego aspektu, zatem ocena sytuacji może być przeprowadzona z punktu widzenia naruszenia traktatowych swobód. W dalszej części wyroku można zauważyć ciekawe porównanie reguł antydopingowych do reguł zwalczających nieuczciwą konkurencję. Wskazano, że sankcje związane ze stosowaniem dopingu są nieodłącznym elementem wprowadzenia zakazu jego stosowania, który bez grożących kar nie miałby prawa bytu. Podkreślono, że nawet gdyby uznano ustanowienie reguł antydopingowych za decyzję związku przedsiębiorców ograniczającą swobodę gospodarczą, to wprowadzenie tych reguł miało przyczynić się do osiągnięcia słusznego celu⁸³. Nie wyklucza to jednak sytuacji, w której taki cel regulacji antydopingowej nie zostałby udowodniony, co doprowadziłoby do uznania jej za niezgodną z unijnym prawem konkurencji.

Wyraźnie widać, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nawet przed przyznaniem Unii Europejskiej kompetencji w zakresie sportu angażował się w ocenę spraw związanych ze stosowaniem dopingu. Jednak swojej oceny nie dokonywał na podstawie reguł antydopingowych, które uznane zostały za przepisy o charakterze ściśle związanym ze sportem i jako takie podlegające jurysdykcji organów mających kompetencje do rozstrzygania sporów powstałych na gruncie sportowym. Unia Europejska, a co za tym idzie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, nie zostały w tamtym okresie wyposażone w instrumenty prawne, które pozwalałyby ingerować im w kwestię dopingu. Orzeczenia Trybunału wydawane były na podstawie obowiązujących regulacji wspólnotowych dotyczących swobód panujących na rynku wewnętrznym. Sytuacja po wejściu w życie traktatu lizbońskiego nieznacznie się zmieniła, Unii zostały przyznane kompetencje w omawianym obszarze, jednak w dalszym ciągu Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie wydaje się władny orzekać w dziedzinie dopingu w zakresie czysto sportowym.

⁸³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-519/04P *David Meca-Medina i Igor Majcen przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* z dnia 18 lipca 2006 r., ECLI:EU:C:2006:492.

2.9. Wzrost znaczenia Unii Europejskiej w światowym ruchu antydopingowym

Unia Europejska przez cały okres swojego istnienia dała się poznać na arenie międzynarodowej jako kluczowy podmiot w niemal wszystkich aspektach funkcjonowania dzisiejszego świata. Również, jeśli chodzi o obszar walki z dopingiem, oczekiwania w stosunku do roli tej organizacji w światowym ruchu antydopingowym stoją na wysokim poziomie. Zauważalne już od kilku lat staje się coraz częstsze włączanie polityki antydopingowej do priorytetowych działań Unii Europejskiej. Również świadomość społeczeństwa co do konieczności większego zaangażowania Unii w omawianą tematykę systematycznie wzrasta. Zgodnie z badaniami przeprowadzonymi w 2010 r. zarówno większość podmiotów działających w obszarze sportu, jak i ludności niemającej takich powiązań opowiedziała się za włączeniem polityki związanej ze zwalczaniem nieuczciwości w sporcie do podstawowych planów Unii Europejskiej⁸⁴.

Po raz pierwszy Unia Europejska uzyskała kompetencje w zakresie sportu w 2009 r., po wejściu w życie traktatu lizbońskiego. W art. 6 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) sport został zaliczony do obszarów, w których Unia Europejska posiada kompetencje uzupełniające. Oznacza to uprawnienie Unii jedynie do wspierania, koordynacji lub uzupełniania działań podejmowanych przez kraje członkowskie. W związku z tym akty prawne wydawane w dziedzinie sportu przez Unię Europejską nie mogą wymuszać harmonizacji prawodawstwa zrzeszonych państw⁸⁵. Regulacje przyjmowane w tym obszarze przez Unię Europejską przyjmują formę opinii, zaleceń oraz uchwał. Zgodnie z art. 165 ust. 1 TFUE Unia: „przyczynia się do wspierania europejskich przedsięwzięć w zakresie sportu, uwzględniając jego szczególny charakter, jego struktury oparte na zasadzie dobrowolności oraz uwzględniając jego funkcję społeczną i edukacyjną”⁸⁶. W dalszej części artykułu podkreśla się, że działania podejmowane przez Unię w dziedzinie sportu powinny zmierzać w kierunku między innymi: „rozwoju europejskiego wymiaru sportu, przez popieranie uczciwości i dostępności we współzawodnictwie sportowym oraz współpracy między podmiotami odpowiedzialnymi za sport, jak również przez ochronę integralności fizycznej i psychicznej sportowców, w szczególności tych najmłodszych”⁸⁷.

W przytoczonym art. 165 TFUE wyraźnie podkreślona została autonomiczna natura sportu, którego funkcjonowanie jest niezależne od instytucji publicznych pełniących jedynie rolę wspierającą. Początkowo takie też było podejście Unii Europejskiej do kwestii walki z dopingiem. W ostatnich latach zaobserwowano jednak w działalności unijnych instytucji chęć wykreowania Unii Europejskiej na jeden z podmiotów przewodzących światowej walce z dopingiem. Coraz częściej w tym kontekście pojawia się koncepcja ujednolicenia prawodawstwa związanego z dopingiem w państwach członkowskich, co

⁸⁴ Raport Komisji Europejskiej, *Strategiczne Kierunki dla implementacji nowo przyznanej kompetencji unijnej w zakresie sportu*, http://eose.org/wp-content/uploads/2014/03/Report-from-the-EU-consultation-on-the-New-competence_20101.pdf, [dostęp: 10.03.2016r.].

⁸⁵ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, art. 6, Dz. U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569.

⁸⁶ *Ibidem*, art. 165.

⁸⁷ *Ibidem*.

miałoby być niezbędne dla podniesienia autorytetu Unii w omawianym obszarze. Jak do tej pory jedyna precyzyjna propozycja dotycząca tej harmonizacji sformułowana została w Białej Księdze na temat sportu z 2007 r. odnośnie do handlu środkami dopingującymi, w stosunku do którego Unia Europejska zaleca takie samo traktowanie, jak handlu narkotykami. W tym samym dokumencie wspomina się o utworzeniu sieci pomiędzy agencjami antydopingowymi państw członkowskich, laboratoriami akredytowanymi przez WADA oraz Interpolem. Wymienione działania miałyby doprowadzić do zajęcia jednolitego stanowiska w zakresie dopingu w stosunku do Światowej Agencji Antydopingowej, UNESCO oraz Rady Europy przez wszystkie kraje zrzeszone w ramach Unii Europejskiej. Wspólna polityka miałaby być wypracowana przez państwa członkowskie, Parlament Europejski oraz Komisję Europejską⁸⁸. Wydaje się, że przedstawione powyżej pomysły zasługują na poważne rozważenie. Do osiągnięcia sukcesu, także w walce z dopingiem, niezbędne jest ukształtowanie jednolitego podejścia do zagadnienia i wprowadzenie wspólnych rozwiązań. Unia Europejska nieraz udowodniła, że jej zaangażowanie w różne obszary funkcjonowania społeczeństwa przyczynia się do usprawnienia ich działania poprzez koordynację współpracy państw członkowskich. Niestety w dalszym ciągu zaangażowanie Unii w omawianą tematykę jest niewystarczające.

2.10. Instytucje walki z dopingiem – podsumowanie

Zapoznając się szczegółowo z aspektem instytucjonalnym światowej walki z dopingiem, nietrudno zauważyć, jak wiele podmiotów zarówno na szczeblu międzynarodowym, jak i krajowym w mniejszym lub większym stopniu jest w nią zaangażowanych. Ciężko zatem w sposób wyczerpujący zakreślić ramy podmiotowe omawianego zagadnienia, poświęcając uwagę wszystkim organizacjom, które zwalczanie dopingu uznały za jeden ze swoich celów. Nie sposób również ustalić hierarchiczną zależność pomiędzy podmiotami czy w sposób precyzyjny i klarowny określić powiązania pomiędzy nimi. Pomimo coraz intensywniejszych wysiłków na rzecz lepszego zorganizowania systemu antydopingowego, także pod względem instytucjonalnym, wciąż wydaje się być on w dużym stopniu chaotyczny. Można jednak uznać, że w niniejszym rozdziale scharakteryzowane zostały najistotniejsze podmioty, ze Światową Agencją Antydopingową i Trybunałem Arbitrażowym ds. Sportu na czele, będące organami pełniącymi rolę swoistego rodzaju władzy ustawodawczo-wykonawczej i sądowniczej, chociaż należy zauważyć, że ich funkcje nie są w tak wyraźny sposób rozdzielone. Warto również zwrócić uwagę na postępujący wzrost znaczenia kwestii antydopingu w ramach Unii Europejskiej, który wzbudza niepokój wśród MKOl oraz innych organizacji sportowych kierujących światowym ruchem antydopingowym do tej pory. W coraz większym zaangażowaniu Unii w tę tematykę upatruje się zagrożenia dla dotychczasowej autonomii sportu na arenie międzynarodowej oraz zbliżającej się konieczności reorganizacji funkcjonowania systemu antydopingowego⁸⁹. Należy jednak rozważyć, czy nawet utrata

⁸⁸ J. Lindholm, *The changing European landscape of antydoping following the Lisbon Treaty*, „International Sports Law Review Pandektis” 2011, vol. 9–11, s. 101.

⁸⁹ *Ibidem*, s. 103.

w pewnym stopniu autonomii nie będzie stosunkowo niską ceną, którą przyjdzie zapłacić organizacjom sportowym w zamian za lepszą organizację i skuteczność światowego systemu antydopingowego.

3. Światowy program zwalczania doping – zasady funkcjonowania, efektywność i skuteczność wypracowanych rozwiązań

3.1. Światowy system antydopingowy a Światowy Program Zwalczania Doping

Przystępując do omawiania tematyki będącej przedmiotem rozważań w poniższym rozdziale, wydaje się konieczne zwrócić uwagę na rozróżnienie pomiędzy pojęciami „światowego systemu antydopingowego” a „Światowego Programu Zwalczania Doping”. Światowy system antydopingowy będzie obejmował swoim zakresem wszelkie regulacje, rozwiązania i metody mające za zadanie dążenie do jak najskuteczniejszego zwalczania nieuczciwości w sporcie. Do światowego Programu Zwalczania Doping zaliczamy natomiast ściśle wymienione w Światowym Kodeksie Antydopingowym elementy:

1. Światowy Kodeks Antydopingowy,
2. Standardy międzynarodowe,
3. Modele najlepszych praktyk i wytyczne.

Światowy system antydopingowy będzie zatem zawierał w sobie rozwiązania przyjęte w ramach Światowego Programu Zwalczania Doping, a ponadto obejmie także instrumenty prawne jak Konwencja antydopingowa Rady Europy czy Konwencja antydopingowa UNESCO. W związku z tym, że wciąż nie można mówić o pełnej harmonizacji regulacji antydopingowych w ramach różnych instytucji, słuszne wydaje się wskazanie na powyższe rozróżnienie. Należy jednak podkreślić, że rozwiązania szczegółowe, bezpośrednio odnoszące się do sytuacji osób podejrzanych o naruszenie reguł antydopingowych, opisane zostały w ramach Światowego Programu Zwalczania Doping i to właśnie on będzie przedmiotem głównych rozważań niniejszego rozdziału.

3.2. Organizacja i cele Światowego Programu Zwalczania Doping

Jak już wspomniano, na Światowy Program Zwalczania Doping składają się: Światowy Kodeks Antydopingowy, Standardy międzynarodowe oraz Modele najlepszych praktyk i wytyczne.

Światowy Kodeks Antydopingowy zgodnie z deklaracją zawartą w jego treści: „jest podstawowym i uniwersalnym dokumentem”⁹⁰ będącym filarem Światowego Programu Zwalczania Doping. Głównym celem ustanowienia Kodeksu była powszechna harmonizacja fundamentalnych regulacji antydopingowych. Twórcom przyświecały dwa cele: stworzenie instrumentu z jednej strony precyzyjnego, tak by możliwa do osiągnięcia była jedność stanowisk w sprawach istotnych, a z drugiej ogólnego w stopniu, który zapewni konieczną elastyczność wprowadzanych rozwiązań. Co ważne, z uwagi na to, że kwestia

⁹⁰ Światowa Agencja Antydopingowa, *Światowy Kodeks Antydopingowy z 2015 roku...*, s. 8.

ta stanowi jedno z podstawowych źródeł kontrowersji wokół całego systemu antydopingowego, sami autorzy Kodeksu podkreślają w nim, że został on sporządzony z uwzględnieniem zasady proporcjonalności oraz w poszanowaniu praw człowieka.

Kolejny element Światowego Programu Zwalczania Doping, Standardy międzynarodowe, to szczegółowe regulacje dotyczące konkretnych obszarów technicznych i operacyjnych walki z dopingiem. Obecnie obowiązuje pięć takich Standardów:

1. Międzynarodowy standard badań i śledztw,
2. Międzynarodowy standard listy metod i substancji zabronionych,
3. Międzynarodowy standard wyłączeń dla celów terapeutycznych (TUE),
4. Międzynarodowy standard dla laboratoriów,
5. Międzynarodowy standard ochrony danych osobowych.

Standardy mają za zadanie zharmonizować działania podmiotów odpowiedzialnych za konkretne obszary programu zwalczania doping, w związku z czym ich przestrzeganie jest obowiązkowe. Opracowuje je grono ekspertów przy udziale sygnatariuszy Kodeksu oraz rządów. Standardy pełnią rolę podobną do rozporządzeń funkcjonujących na gruncie prawa polskiego. Z racji tego, że regulują istotne dla walki z dopingiem obszary w sposób szczegółowy, konieczne było przewidzenie mechanizmu wprowadzania zmian do Standardów, z pominięciem Kodeksu. Ewentualne poprawki mogą być wprowadzane okresowo przez Komitet Wykonawczy WADA po przeprowadzaniu konsultacji z sygnatariuszami, rządami, a także innymi zainteresowanymi stronami.

Ostatni element Światowego Programu Antydopingowego, Modele najlepszej praktyki i wytyczne, nie stanowią wiążących regulacji. Podstawą ich tworzenia są Kodeks i Standardy międzynarodowe. Stanowią one jedynie rekomendację WADA co do rozwiązań funkcjonujących w różnych obszarach zwalczania doping. Strony mogą przyjąć je bez zastrzeżeń lub wprowadzać swoje modyfikacje.

Za podstawowe cele Światowego Programu Zwalczania Doping w Sporcie uznano ochronę prawa zawodników do uczestniczenia w sporcie wolnym od nieuczciwego poprawiania możliwości organizmu, co ma zostać osiągnięte poprzez wprowadzenie skoordynowanych i skutecznych sposobów zapobiegania i wykrywania doping, zarówno na szczeblu międzynarodowym, jak i krajowym.

3.3. Definicja zawodnika i zarejestrowanej grupy zawodników według Światowego Kodeksu Antydopingowego

Istotne dla scharakteryzowania funkcjonowania Światowego Programu Zwalczania Doping będzie precyzyjne określenie podstawowej grupy podmiotów, której dotyczą obowiązujące w jego ramach regulacje. Zgodnie z definicją zawartą w Światowym Kodeksie Antydopingowym za zawodnika możemy uznać: „dowolną osobę, która uczestniczy w sporcie na szczeblu międzynarodowym (zgodnie z definicją każdej federacji międzynarodowej) lub szczeblu krajowym (zgodnie z definicją krajowej organizacji antydopingowej)”⁹¹. Dalej Kodeks przyznaje krajowym organizacjom antydopingowym

⁹¹ *Ibidem*, s. 102.

możliwość stosowania przepisów antydopingowych również wobec zawodników niezaliczających się do klasy międzynarodowej czy krajowej, czyli także osób uprawiających sport w celach rekreacyjnych, nawet jeśli nie biorą oni udziału w zawodach. Organizacja antydopingowa w stosunku do tych zawodników może stosować ograniczone badania oraz analizować próbki pod kątem obecności jakiejś liczby substancji w stosunku do pełnej listy substancji zabronionych. Dozwolone jest również wymaganie podania ograniczonej informacji na temat miejsca pobytu, a także zwolnienie z obowiązku uzyskania wyłączenia ze względów terapeutycznych. Zgodnie z definicją „jeżeli którykolwiek zawodnik podlegający organizacji antydopingowej biorący udział w zawodach rangi niższej niż międzynarodowa lub krajowa naruszy przepisy antydopingowe określone w Artykułach 2.1, 2.3 lub 2.5, wówczas należy stosować kary określone w Kodeksie [...]”⁹². Karą, której nie stosuje się w tym wypadku, jest kara podania informacji o wykrytym dopingu do publicznej wiadomości. Dla celów art. 2.8 (podawanie lub próba podawania zawodnikowi podczas zawodów lub poza nimi dowolnej substancji zabronionej lub metody zabronionej) oraz art. 2.9 (współudział) Kodeksu, a także dla celów edukacyjnych za zawodnika uznaje się każdą osobę uczestniczącą w sporcie, która podlega jakimkolwiek: „sygnatariuszowi, rządowi lub innej organizacji sportowej uznającej Kodeks”⁹³.

Według definicji zawartej w Światowym Kodeksie Antydopingowym za zarejestrowaną grupę zawodników uważa się: „określoną osobno przez każdą federację międzynarodową oraz krajową organizację antydopingową grupę zawodników najwyższej klasy, poddawanych badaniom podczas zawodów i poza zawodami według planu rozkładu badań danej federacji międzynarodowej lub krajowej organizacji antydopingowej, którzy w związku z tym mają obowiązek podawania informacji o miejscu pobytu zgodnie z artykułem 5.6. Kodeksu oraz Międzynarodowym Standardem Badań i Śledztw”⁹⁴. Dla przykładu, zgodnie z zasadami przyjętymi przez polską Komisję do Zwalczania Dopingu w Sporcie osobne kryteria włączenia do zarejestrowanej grupy zawodników obowiązują dla sportowców wykluczonych ze sportu ze względu na naruszenie przepisów antydopingowych, a osobne dla pozostałych zawodników. Jeśli chodzi o wykluczonych ze sportu atletów, to do grupy zarejestrowanej włączani są: „zawodnicy zawieszeni w związku z naruszeniem przepisów antydopingowych, zawodnicy dyscyplin olimpijskich, zawodnicy, którzy przed wyłączeniem byli członkami kadry narodowej”⁹⁵. Pozostali zawodnicy kwalifikowani do grupy zarejestrowanej to: „zawodnicy dyscyplin indywidualnych, zawodnicy dyscyplin olimpijskich, zawodnicy będący członkami reprezentacji narodowej, zawodnicy biorący udział w zawodach w kategorii seniorów, zawodnicy reprezentujący dyscyplinę o wysokim ryzyku wystąpienia dopingu”⁹⁶. Dla uzupełnienia należy dodać, że z grup tych wyłączeni są zawodnicy będący już w grupie obsługiwanej przez właściwą dla siebie sportową federację międzynarodową.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*, s. 102 i 103.

⁹⁴ *Ibidem*, s. 102.

⁹⁵ Komisja do zwalczania doping w sporcie, *Zarejestrowana grupa zawodników*, http://antydoping.pl/pl/informacje_dla_sportowcow/zarejestrowana_grupa_zawodnikow, [dostęp: 30.04.2016 r.].

⁹⁶ *Ibidem*.

3.4. Substancje i metody zabronione w sporcie

Podstawy umieszczenia danej substancji lub metody na liście substancji i metod zabronionych ustalone zostały w art. 4.3. Kodeksu. WADA przy dokonywaniu oceny bierze pod uwagę trzy kryteria, z czego konieczne jest wykazanie spełniania dwóch z nich:

- 1) substancja lub metoda, sama lub w połączeniu z innymi substancjami lub metodami, może poprawiać lub poprawia wyniki sportowe, przy czym konieczne jest opisanie substancji lub metody jako zabronionych jedynie w połączeniu z innymi oraz wykazanie obecności obu tych substancji lub zastosowania obu tych metod,
- 2) użycie substancji lub metody stanowi faktyczne lub potencjalne zagrożenie zdrowia,
- 3) użycie substancji lub metody stanowi naruszenie ducha sportu⁹⁷.

W ramach uzupełnienia punktu trzeciego niniejszego wyliczenia należy dodać, że za przykład substancji, która nie prowadzi do poprawy wyników sportowych, ale uznana została za niedopuszczalną w związku ze swoją sprzecznością z duchem sportu, może posłużyć kokaina stosunkowo często wykrywana w organizmach zawodników⁹⁸. Na liście substancji i metod zabronionych mogą znaleźć się także substancje, które posiadają działanie maskujące obecność innych środków.

Wprowadzenie danego środka na listę poprzedzone jest etapem obserwacji uregulowanym w Kodeksie w art. 4.5. tzw. program monitorujący uruchamiany jest w porozumieniu z sygnatariuszami Kodeksu i rządami. Przyczyną uruchomienia programu w stosunku do określonego środka jest powzięcie wiadomości o jego wykrywalności w organizmach zawodników lub zgłoszone zastosowania. Za przekazywanie informacji w tym zakresie w odpowiednich raportach odpowiedzialne są laboratoria WADA, a statystyki opracowane na ich podstawie co najmniej raz w roku udostępniane są federacjom międzynarodowym oraz krajowym organizacjom antydopingowym. WADA obowiązana jest do zachowania anonimowości zawodników, u których wykryto dane środki podczas obiegu informacji na temat ich użycia⁹⁹.

W ramach substancji i metod znajdujących się na liście dokonuje się rozróżnienia na te środki, które zabronione są przez cały czas, oraz na takie, których stosowanie nie jest dozwolone jedynie podczas zawodów. WADA może również podjąć decyzję o wprowadzeniu zakazu stosowania danego środka jedynie w ramach określonego sportu¹⁰⁰. Specjalną grupę substancji zabronionych stanowi tzw. grupa S0, w której znajdują się substancje określane jako niezatwierdzone. Są to takie środki, które nie zostały umieszczone na liście substancji i metod zabronionych, jednak nie zostały one także dopuszczone do obrotu w celu stosowania na ludziach. Mogą to być między innymi produkty znajdujące się wciąż w fazie badań przedklinicznych lub takie, które zostały zatwierdzone do użytku tylko w obszarze weterynarii¹⁰¹.

⁹⁷ Światowa Agencja Antydopingowa, *Światowy Kodeks Antydopingowy z 2015 roku...*, art. 4.3.

⁹⁸ A. Duval, *Cocaine, Doping and the Court of Arbitration for Sport*, ASSER Institute, Haga [b.r.]

⁹⁹ Światowa Agencja Antydopingowa, *Światowy Kodeks Antydopingowy z 2015 roku...*, art. 4.5.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Światowa Agencja Antydopingowa, *Lista zabroniona z 2015 roku*, http://www.antydoping.pl/upload/2015/Lista%20zabroniona%20WADA%202015_pl.pdf, s. 2, [dostęp: 1.05.2016 r.].

Obserwacja procesu wprowadzania środków na listę zabronioną prowadzi do niepokojących wniosków. Wydaje się, że WADA wciąż bardziej reaguje na panującą sytuację, niż sama wyznacza obowiązujące zasady, pozostając w dalszym ciągu kilka kroków za firmami farmaceutycznymi i sztabami zawodników. Nowe środki wprowadzane są na listę zazwyczaj wtedy, kiedy ich częste, niekiedy długoletnie stosowanie zostanie wykryte u znacznej liczby sportowców. Za przykład może posłużyć Maria Szarapova, światowej klasy tenisistka, która przyznała się do stosowania umieszczonego na liście od 1 stycznia 2016 r. meldonium w okresie 10 lat przed wprowadzeniem zakazu jego stosowania, a jej przypadek był tylko najbardziej medialnym spośród 172 wykrytych w okresie od 1 stycznia do 13 kwietnia 2016 r.¹⁰² Niestety, w chwili obecnej nie widać szans na radykalną poprawę tej sytuacji, a prognozy na przyszłość również nie wydają się być optymistyczne. Za pewien krok w przód można uznać wprowadzenie paszportu biologicznego, o którym mowa będzie w dalszej części w pracy. Jednak pomimo coraz lepszego przygotowania, jeżeli chodzi o prowadzenie badań nad nowymi lub będącymi już w użytku środkami, niezmienny pozostaje fakt osamotnienia WADA w walce z przemysłem farmaceutycznym, zapleczem medycznym zawodników i – co najbardziej niepokojące – rządami państw. Uzasadniony wydaje się zatem wniosek, że nie należy spodziewać się w najbliższym czasie zajęcia przez WADA pozycji podmiotu, który samodzielnie tworzy listę substancji i metod zakazanych, wyprzedzając ewentualne zamiary zawodników.

Zgodnie z art. 4.1. Kodeksu lista substancji i metod zabronionych publikowana jest: „tak często, jak to potrzebne, ale nie rzadziej niż raz do roku”¹⁰³. Stanowi ona jeden ze Standardów międzynarodowych regulujących techniczne aspekty walki z dopingiem. Lista układana jest przez WADA, a wstępna wersja oraz poprawki do niej wprowadzane przekazywane są sygnatariuszom Kodeksu i rządów w celu uzyskania opinii. W tym trybie ustalany jest ostateczny kształt listy, która już w wersji opublikowanej na stronie internetowej WADA przekazywana jest sygnatariuszom, laboratoriom akredytowanym lub zatwierdzonym przez WADA oraz rządów. Na sygnatariuszach spoczywa obowiązek dostarczenia listy swoim członkom i oddziałom. Omawiany art. 4.1. Kodeksu nakłada na organizacje antydopingowe powinność zamieszczenia w swoich przepisach regulacji, zgodnie z którą w przypadku braku odmiennego unormowania tej kwestii na liście lub w poprawce do niej lista lub poprawka wchodzi w życie trzy miesiące od momentu ich ogłoszenia przez WADA. W związku z tym, że lista stanowi część Międzynarodowej konwencji ds. walki z dopingiem w sporcie, o wprowadzonych zmianach informowany jest także Dyrektor Generalny UNESCO.

Ostatnie przypadki związane z wprowadzeniem na listę stosowanego w szczególności przez sportowców wschodniej Europy meldonium wyeksponowały mankamenty omawianej regulacji. Pierwsze, co zwraca uwagę, to brak wyraźnego określenia w przepisie daty corocznej publikacji listy. Należy uznać, że doprecyzowanie go w tym aspekcie

¹⁰² Komunikat WADA na temat meldonium z dnia 13 kwietnia 2016 r., <https://www.wada-ama.org/en/media/news/2016-04/wada-statement-on-meldonium-notice-issued-to-stakeholders>, [dostęp: 1.05.2016 r.].

¹⁰³ Światowa Agencja Antydopingowa, *Światowy Kodeks Antydopingowy z 2015 roku...*, art. 4.1.

ułatwiłoby kontrolę obowiązującego stanu prawnego przez osoby, których reguły te dotyczą. W przepisach antydopingowych przewidziano wchodzenie w życie nowej listy co najmniej raz do roku i wydaje się, że wykształciła się praktyka, aby dniem tym był 1 stycznia. Nie ma powodu, żeby data ta nie została wprost określona. W ten sposób z jednej strony tłumaczenia sportowców, którzy przyłapani na dopingu bronią się przeoczeniem wejścia w życie nowej listy, stałyby się bezzasadne, a z drugiej strony ułatwiono by osobom podlegającym regulacjom antydopingowym wywiązywanie się ze swoich obowiązków poprzez dokładniejsze ich sformułowanie. Wprowadzanie zakazu stosowania kolejnych środków przed oficjalną publikacją nowej listy mogłoby być traktowane jako nadzwyczajne i stosowane jedynie w wyjątkowych sytuacjach, przykładowo wtedy, kiedy stanowiłyby one zagrożenie dla życia lub zdrowia zawodników.

Kolejną kwestią, która wydaje się być szczególnie problematyczna, jest obowiązujące *vacatio legis*, czyli okres od momentu ogłoszenia przez WADA zmian do momentu wejścia ich w życie. Standardowo przepisy Kodeksu przewidują trzy miesiące na przygotowanie się sportowców i innych zainteresowanych osób do wprowadzanych poprawek do listy. Określenie odpowiedniego *vacatio legis* wymaga dokładnego przebadania wprowadzanego na listę środka pod względem czasu, w jakim zostaje on wydalony z organizmu w stopniu dostatecznym dla uznania jego obecności w próbce za dopuszczalną. Ustalenie okresu między publikacją listy a jej wejściem w życie w sposób nieprawidłowy może doprowadzić do sytuacji, w której sportowiec niestosujący danego środka od momentu, kiedy został on zakazany, wciąż może zostać oskarżony o doping, jeśli jego organizm nie zdążył w pełni się oczyścić. W związku z tym konieczne jest dokładne sprawdzenie substancji, której stosowania planuje się zabronić, pod kątem zdolności organizmu do jej wydalenia. Należy podkreślić, że obowiązkiem sportowca jest oczyszczenie organizmu z niedozwolonych substancji do momentu, kiedy uaktualniona lista staje się obowiązująca. Jednak sprawa związana z wprowadzeniem na listę meldonium wymusiła na WADA wykreowanie reguł postępowania w przypadku, gdy stwierdzono, że zostało ustanowione zbyt krótkie *vacatio legis* lub gdy dana substancja posiada cechy uzasadniające wprowadzenie zakazu jej stosowania, ale nie udało się w sposób dokładny określić czasu jej wydalenia z organizmu ludzkiego. W związku z tym uznano, że każdy przypadek wymaga indywidualnego rozpatrzenia w celu oceny winy lub zaniedbania zawodnika. Niezależnie jednak od jednostkowych okoliczności, zgodnie z art. 9 Kodeksu, stwierdzenie naruszenia przepisów antydopingowych automatycznie powoduje unieważnienie uzyskanych wyników wraz z przepadkiem zdobytych medali, punktów oraz nagród. Odrębnej ocenie podlega zasadność dyskwalifikacji sportowca. W przypadku, gdy zawodnik przyzna się, zostanie mu udowodnione lub stężenie substancji w organizmie jednoznacznie wskazuje, że zażyta substancja dostała się do organizmu już po wejściu w życie nowej listy, tzw. proces zarządzania wynikami będzie kontynuowany. W przypadku braku możliwości określenia w sposób niebudzący wątpliwości, kiedy dana substancja została wprowadzona do organizmu, zarządzanie wynikami może zostać zawieszone, a organ upoważniony podejmuje decyzję o kontynuowaniu przez zawodnika kary tymczasowego zawieszenia do czasu dokładnego przebadania wykrytej

substancji. Kara może zostać również zniesiona z zastrzeżeniem, że w razie późniejszego stwierdzenia, że środek został zażyty już po wprowadzeniu go na listę, wyniki osiągnięte przez zawodnika w czasie, kiedy zniesiono zastosowane tymczasowe zawieszenie, mogą być w późniejszym okresie anulowane. W takim przypadku możliwe jest także orzeczenie obowiązku zwrotu nagród oraz nałożenie kary zakazu startu¹⁰⁴. Wydaje się, że ustalone zasady będą stosowane także w odniesieniu do możliwych w przyszłości podobnych przypadków. Należy jednak mieć nadzieję, że WADA będzie dokładniej badać środki objęte programem monitorującym przed ich wprowadzeniem na listę substancji i metod zabronionych.

3.5. Zasady przeprowadzania badań i analiz na obecność dopingu

Jednym z zadań priorytetowych przy ustalaniu zasad funkcjonowania procesu kontroli antydopingowej było stworzenie procedury pobierania oraz postępowania z próbkami uzyskanymi od zawodników. Prace podmiotów zaangażowanych w walkę o czystość sportu zaowocowały wypracowaniem Międzynarodowego standardu badań i śledztw (ISTI). Wyzwaniem dla zespołu opracowującego ISTI było przede wszystkim:

- 1) zapewnienie skuteczności tworzonej procedury,
- 2) ustalenie reguł dla kontroli podczas zawodów, ale i poza nimi,
- 3) zagwarantowanie poprawnej identyfikacji pobranych próbek,
- 4) wypracowanie norm regulujących sposób gromadzenia informacji uzyskanych w ramach kontroli, ich oceny, a także późniejszego wykorzystania w celu przeprowadzenia skutecznego śledztwa¹⁰⁵.

Należy zwrócić uwagę, że część przepisów dotyczących przeprowadzania badań i kontroli umieszczonych zostało w Światowym Kodeksie Antydopingowym. Zostały one powtórzone w tekście ISTI.

Potocznie proces wyboru zawodnika, pobierania od niego próbki oraz jej sprawdzenia pod kątem występowania substancji zabronionych nazywany jest kontrolą antydopingową. Zgodnie z definicją zawartą w ISTI za kontrolę antydopingową uznaje się: „wszystkie kroki i procesy, począwszy od planowania rozkładu badań, a skończywszy na ostatecznej decyzji w postępowaniu odwoławczym, obejmujące wszystkie kroki i procesy pośrednie, takie jak dostarczanie informacji o miejscu pobytu, pobieranie i postępowanie z próbkami, analizę laboratoryjną, wyłączenia dla celów terapeutycznych (TUE), zarządzanie wynikami i postępowanie dyscyplinarne”¹⁰⁶. Należy zatem stwierdzić, że za kontrolę antydopingową uznano dużo szersze spektrum działań niż te, które powszechnie określane są tym mianem. Warto jednak zwrócić uwagę na to, że sama Światowa Agencja Antydopingowa nie posługuje się ustalonymi przez siebie definicjami w sposób precyzyjny, w ramach kontroli antydopingowej wyróżniając następujące etapy:

¹⁰⁴ Komunikat WADA z dnia 13 kwietnia 2016 r., <http://www.antydoping.pl/pl/aktualnosci,8548>, [dostęp: 1.05.2016 r.].

¹⁰⁵ Światowa Agencja Antydopingowa, *Międzynarodowy standard badań i śledztw z 1 stycznia 2015 roku*, wersja polska, art. 1.

¹⁰⁶ *Ibidem*, art. 3.1.

- 1) wybór sportowca, który ma być poddany kontroli antydopingowej,
- 2) powiadomienie sportowca o wyborze,
- 3) pobranie próbki,
- 4) analiza próbki,
- 5) zarządzanie wynikami¹⁰⁷.

Wymienione etapy precyzyjniej opisują to, co rozumiemy pod pojęciem badania antydopingowego, za które w ISTI uznano: „części procesu kontroli antydopingowej obejmujące planowanie rozkładu badań, pobieranie próbek, obchodzenie się z próbkami oraz przewożenie próbek do laboratorium”¹⁰⁸. Jedynie zarządzanie wynikami jako proces następujący po przeprowadzeniu badania oraz obejmujący innego rodzaju naruszenia, takie jak niepoinformowanie o miejscu pobytu, wykracza poza przytoczoną definicję badania antydopingowego.

Zgodnie z art. 5.1. ISTI badania i kontrole antydopingowe są przeprowadzane jedynie w celach antydopingowych. Doprecyzowując ten przepis, stwierdzono, że: „badania są podejmowane w celu uzyskania dowodów analitycznych potwierdzających przestrzeganie (lub nieprzestrzeganie) przez zawodnika ścisłego zakazu obecności/używania substancji zabronionej lub metody zabronionej określonego w Kodeksie”¹⁰⁹.

Przyjęte reguły upoważniają dowolną organizację antydopingową, której przyznano prawo do przeprowadzania badań, do żądania od każdego zawodnika próbki w dowolnym czasie i w dowolnym miejscu. W komentarzu do powyższej regulacji przyjęto, że każda krajowa organizacja antydopingowa, federacja międzynarodowa, organizator ważnych wydarzeń sportowych, ze szczególnym wskazaniem na Międzynarodowy Komitet Olimpijski oraz Międzynarodowy Komitet Paraolimpijski, a także Światowa Agencja Antydopingowa obowiązane są do ustanowienia organu odpowiedzialnego za organizację badań zarówno podczas zawodów, jak i poza nimi. Podczas wydarzeń sportowych będzie to podmiot kierujący danym wydarzeniem. Co ważne, co do zasady za przeprowadzanie badań odpowiedzialna jest tylko jedna organizacja¹¹⁰.

Podstawowym kryterium, które muszą spełniać osoby przeprowadzające kontrolę antydopingową, jest posiadanie odpowiednich kwalifikacji do pobierania próbek od zawodników oraz niepozostawanie w konflikcie interesów, za który uznano:

- 1) zaangażowanie w planowanie sportu, w ramach którego przeprowadzane jest badanie lub
- 2) osobiste powiązanie z zawodnikiem, który zobowiązany jest oddać próbkę do badania¹¹¹.

Organ odpowiedzialny za pobieranie próbek ujednolici kryteria obowiązujące przy wyborze osób przeprowadzających kontrolę antydopingową, przyjmując przy tym, że poborem próbek nie mogą zajmować się osoby niepełnoletnie. Ustala on także obowiąz-

¹⁰⁷ Światowa Agencja Antydopingowa, *Kontrola antydopingowa – film edukacyjny* <https://www.youtube.com/watch?v=AR7KGqta9eo>, [dostęp: 2.05.2016 r.].

¹⁰⁸ Światowa Agencja Antydopingowa, *Międzynarodowy standard badań i śledztw...*, art. 3.1.

¹⁰⁹ *Ibidem*, art. 5.1.1.

¹¹⁰ *Ibidem*, art. 5.3.

¹¹¹ *Ibidem*, Aneks H, art. H.4.2.

ki, za których wypełnienie odpowiedzialne będą wytypowane osoby¹¹². Do zadań organu należy także zapewnienie pracownikom odpowiednich szkoleń. Osoby będące upoważnione do przeprowadzania kontroli antydopingowej muszą posiadać odpowiednią akredytację, ważną przez dwa lata. Niewykonywanie czynności poboru próbek przez okres jednego roku poprzedzającego wygaśnięcie akredytacji powoduje konieczność ponownego przejścia cyklu szkoleń. Pracownicy kontroli antydopingowej zobowiązani są wykonywać swoje czynności osobiście¹¹³.

Zakładając, że proces kontroli antydopingowej funkcjonuje prawidłowo, należy stwierdzić, że każdy zawodnik ze szczególnym uwzględnieniem zawodników klasy światowej regularnie poddawany będzie badaniom na obecność dopingu. Biorąc pod uwagę, że znajomość swoich praw umożliwia nam także panowanie nad ich przestrzeganiem, wydaje się, że każdy sportowiec powinien w sposób wnikliwy zapoznać się z uregulowaniami dotyczącymi przebiegu kontroli antydopingowej. Przede wszystkim należy podkreślić, że przepisy odnoszące się do tej kwestii obowiązują na całym świecie, w związku z czym przebieg kontroli antydopingowej wszędzie będzie wyglądał tak samo.

Zawodnik może być poddany testowi na obecność dopingu w każdym miejscu i w każdym czasie, co znacznie ułatwione zostało przez wprowadzenie systemu ADAMS, który szczegółowo opisany zostanie w dalszej części niniejszej pracy. Stwierdzić jednak należy, że główną formą kontroli antydopingowej jest kontrola w trakcie zawodów oraz kontrola poza zawodami, czyli najczęściej podczas treningu odbywanego przez sportowca.

Jeżeli impreza sportowa, na której mają być przeprowadzane badania, ma rangę międzynarodową, za przeprowadzanie kontroli odpowiedzialna jest organizacja, która kieruje przebiegiem wydarzenia. Pierwszym etapem kontroli jest wybór zawodnika, który zostanie poddany badaniu. W zależności od rodzaju dyscypliny zawodnicy startujący w sportach indywidualnych kwalifikowani są do badania na podstawie zajętego przez siebie miejsca w rywalizacji, a w sportach drużynowych wyboru dokonuje się na zasadzie losowania 2 lub 3 członków z każdego zespołu¹¹⁴. Kolejnym krokiem jest powiadomienie zawodnika o zakwalifikowaniu go do kontroli antydopingowej. Wytypowanej osobie przekazuje się między innymi następujące informacje:

- 1) o konieczności pobrania próbki fizjologicznej,
- 2) o organie, który będzie kierował wykonywanym badaniem,
- 3) o rodzaju próbki, która zostanie pobrana i warunkach, które muszą być spełnione przed jej pobraniem,
- 4) o prawach, które przysługują zawodnikowi, m.in.: do obecności jego przedstawiciela lub tłumacza, żądania dodatkowych informacji na temat procesu poboru próbek, żądania zgody na późniejsze stawienie się w stacji kontroli z ważnych powodów, np. udział w ceremonii rozdania nagród, w dalszych zawodach, udzielenie niezbędnej pomocy lekarskiej,

¹¹² Światowa Agencja Antydopingowa, *Międzynarodowy standard badań i śledztw...*, s. 83.

¹¹³ *Ibidem*, s. 84 i 85.

¹¹⁴ Komisja do zwalczania dopingu w sporcie, *Broszura informacyjna*, <http://www.antydoping.pl/upload/publikacje/Broszura%20Antydoping.pdf>, [dostęp: 2.05.2016 r.].

- 5) o obowiązkach, m.in.: pozostawania pod kontrolą pracownika kontroli antydopingowej lub opiekuna od momentu powiadomienia do zakończenia poboru próbki, przedstawienia dokumentu tożsamości, niezwłocznego zgłoszenia się do stacji kontroli, chyba że zostanie udzielona zgoda na późniejsze stawienie się w stacji z ważnych powodów,
- 6) o miejscu, w którym znajduje się stacja kontroli antydopingowej,
- 7) o ponoszeniu ryzyka przez zawodnika w razie spożycia pokarmu lub płynu przed kontrolą¹¹⁵.

Zawodnik potwierdza otrzymanie powiadomienia podpisem złożonym na odpowiednim formularzu. Stawienie się w punkcie poboru próbki musi mieć miejsce w ciągu godziny od momentu uzyskania informacji o wyborze do poddania się testowi na obecność dopingu. Po przybyciu na miejsce kontroli zawodnik proszony jest o potwierdzenie swojej tożsamości, a wszelkich czynności związanych z oddaniem próbki fizjologicznej do badań dokonuje co do zasady samodzielnie, pod stałą obserwacją osoby tej samej płci¹¹⁶. Etap ten budzi wiele kontrowersji, zwraca się uwagę na szeroką ingerencję w prywatność sportowców, która odczuwalna jest nawet dla osób pochodzących z liberalnych środowisk. Należy pamiętać, że w sporcie na poziomie międzynarodowym udział biorą zawodnicy ze wszystkich rejonów świata, także z tych skrajnie konserwatywnych, dla których taka procedura badania stanowi bardzo mocną ingerencję w sferę prywatną. Niestety, takie skonstruowanie zasad przeprowadzania badania na obecność dopingu jest wynikiem działań sportowców, którzy na wszelkie sposoby starają się oszukać system. Wydaje się, że nie jest możliwa zmiana procedur przy jednoczesnym zachowaniu ich jak największej skuteczności i uniemożliwieniu wszelkich form manipulacji.

Po zakończonym badaniu zawodnik ma obowiązek potwierdzić podpisem protokół kontroli, zachowując jeden egzemplarz dla siebie¹¹⁷. Zgodnie z art. 7.4.4. pracownik kontroli antydopingowej ma obowiązek zapewnić zawodnikowi udokumentowanie wątpliwości dotyczących przebiegu badania¹¹⁸.

O ile kontroli podczas zawodów zawodnik może się w większym lub mniejszym stopniu spodziewać, o tyle kontrole poza zawodami przeprowadzane są w sposób całkowicie niezapowiedziany. Badania poza zawodami mają charakter celowany, co oznacza, że podlegają im zawodnicy ze specjalnie wyselekcjonowanej grupy. Kwalifikacji do puli zawodników poddawanych badaniom dokonuje się w oparciu o następujące kryteria:

- 1) reprezentowany poziom sportowy,
- 2) poprawę wyników sportowych,
- 3) kalendarz treningów i startów,
- 4) uprawianą dyscyplinę,
- 5) analizę badań przeprowadzanych w przeszłości,
- 6) inne ważne powody¹¹⁹.

¹¹⁵ Światowa Agencja Antydopingowa, *Międzynarodowy standard badań i śledztw...*, art. 5.4.1.

¹¹⁶ *Ibidem*, art. 7.

¹¹⁷ Komisja do zwalczania dopingu w sporcie, *Broszura informacyjna...*, [dostęp: 2.05.2016 r.].

¹¹⁸ Światowa Agencja Antydopingowa, *Międzynarodowy standard badań i śledztw...*, art. 7.4.4.

¹¹⁹ Komisja do zwalczania dopingu w sporcie, *Broszura informacyjna...*

Po przeprowadzonym badaniu niezbędne jest zapewnienie bezpieczeństwa i integralności próbek zarówno podczas ich przechowywania, jak i transportu do placówek upoważnionych do dokonywania ich analizy znajdujących się na liście laboratoriów akredytowanych przez Światową Agencję Antydopingową.

3.6. Procedura akredytowania laboratorium WADA

Zgodnie ze Światowym Kodeksem Antydopingowym na potrzeby art. 2.1. Kodeksu, penalizującego obecność substancji zabronionej, jej metabolitów lub markerów w organizmie sportowca, badania próbek pobranych w trakcie kontroli antydopingowej dokonuje się w laboratoriach, które otrzymały specjalną akredytację WADA lub zostały przez nią w inny sposób zatwierdzone. Stworzenie sieci laboratoriów powołanych specjalnie na potrzeby przeprowadzania analiz związanych z kontrolą antydopingową wydaje się koniecznym i słusznym zabiegiem zapewniającym przestrzeganie właściwych standardów oraz przyczyniającym się do zapewnienia zaufania sportowców do prawidłowego zarządzania pobranymi od nich próbkami. Warto wspomnieć, że laboratoria są placówkami niezależnymi, bezstronnymi oraz samodzielnymi w stosunku do organizacji antydopingowych. Jednym z przejawów takiej niezależności jest ich samodzielność finansowa¹²⁰.

Pierwszym krokiem w procesie akredytowania jest złożenie pisemnego wniosku przez zainteresowane laboratorium. WADA po otrzymaniu wniosku sprawdza, czy w państwie, w którym znajduje się laboratorium, obowiązuje krajowy program antydopingowy zgodny z postanowieniami Kodeksu i Standardami międzynarodowymi. Kontrolowane jest również to, czy kraj, gospodarz placówki ratyfikował konwencję UNESCO o zwalczaniu doping w sporcie oraz czy opłacił on składkę na funkcjonowanie WADA¹²¹. Konieczne jest także przedstawienie listu poparcia od organizacji antydopingowej, która zobowiąże się do przekazania do laboratorium w określonym terminie odpowiedniej liczby próbek. Ostatnim dokumentem niezbędnym dla uzyskania akredytacji jest biznesplan, do którego dołączone zostaną także listy poparcia od placówek zaakceptowanych przez WADA, w których zobowiążą się one do udzielania wsparcia finansowego przez co najmniej 3 lata, udostępnienia odpowiednich pomieszczeń oraz wspierania działań badawczych i rozwojowych laboratorium¹²².

Przed udzieleniem akredytacji przedstawiciele WADA składają w potencjalnym laboratorium wizytę kontrolną, a po jej zakończeniu w ciągu 12 tygodni przedstawiają raport końcowy, w którym zawarte są zalecenia co do funkcjonowania laboratorium w okresie próbnym¹²³. Podczas trwania tego okresu laboratorium oprócz przeprowadzenia próbnych i testowych badań próbek musi także opracować i wdrożyć 3-letni koncept działań badawczo-rozwojowych, określając przy tym konieczny do ich zrealizowania

¹²⁰ Światowa Agencja Antydopingowa, *Międzynarodowy standard dla laboratoriów z 1 stycznia 2015 roku*, wersja polska, art. 4.4.3.

¹²¹ *Ibidem*, art. 4.2.

¹²² *Ibidem*, art. 4.1.3.

¹²³ *Ibidem*, art. 4.1.6.

budżet. Niezbędne jest także pokazanie umiejętności i woli wymiany informacji z innymi laboratoriami¹²⁴. Z wymagań formalnych laboratorium jest także zobowiązane przedstawić dowód ubezpieczenia od odpowiedzialności zawodowej¹²⁵. Ostateczne przyznanie akredytacji poprzedzone jest audytem końcowym, którego wnioski przesyłane są do Komitetu Wykonawczego WADA. Pozytywne przejście całego procesu kończy się przyznaniem laboratorium certyfikatu akredytacyjnego. W okresie funkcjonowania laboratorium WADA przeprowadza okresowe kontrole przestrzegania standardów określonych dla akredytowanych laboratoriów w celu ustalenia zasadności utrzymania akredytacji dla danej placówki.

W przypadku stwierdzenia uchybień w przestrzeganiu reguł przez laboratorium Międzynarodowy standard dla laboratoriów przewiduje dwie możliwości – zawieszenie lub cofnięcie akredytacji. Zawieszenie akredytacji może być wynikiem stwierdzenia między innymi braku zgodności z regulacjami ustalonymi w Międzynarodowym standardzie dla laboratoriów lub nieprzestrzeganiem Kodeksu etycznego dla laboratoriów¹²⁶. Okoliczności sprawy rozpatrywane są indywidualnie, stąd katalog uchybień, które mogą powodować zawieszenie akredytacji ustalony w Międzynarodowym standardzie dla laboratorium jest jedynie katalogiem przykładowym. Akredytacja zawieszana jest z momentem otrzymania przez laboratorium powiadomienia w tej sprawie na maksymalnie 6 miesięcy, z możliwością przedłużenia na kolejne 6 miesięcy, jeśli usunięcie danej nieprawidłowości w określonym terminie jest niemożliwe. W ciągu trwania zawieszenia laboratorium zobowiązane jest przedstawić dokumenty, które potwierdzają usunięcie stwierdzonych uchybień, a jeśli nie zostaną one przekazane do WADA w tym terminie, akredytacja dla danego laboratorium jest cofana¹²⁷. W takim przypadku laboratorium, które chce ponownie uzyskać certyfikat, zmuszone jest ponownie przejść całą procedurę akredytacji. Od decyzji o cofnięciu akredytacji laboratorium przysługuje odwołanie do Trybunału Arbitrażowego w Lozannie, które powinno być złożone w ciągu 21 dni od otrzymania powiadomienia¹²⁸.

Istotnym, a także – jak się wydaje – niezbędnym elementem Międzynarodowego standardu dla laboratoriów jest dołączony do niego aneks B zawierający standardy etyczne, które muszą być przestrzegane przez akredytowane laboratoria. Regulacje zamieszczone w aneksie B można podzielić na dwie grupy – zapisy służące zabezpieczeniu interesów zawodników oraz te z nich, które mają za zadanie zapewnić integralność, skuteczność oraz zaufanie do prawidłowego funkcjonowania Światowego Programu Walki z Dopowaniem.

W punkcie 1 Kodeksu etycznego dla laboratoriów zagwarantowana została poufność działania laboratoriów. Zgodnie z tym zapisem: „Dyrektorzy laboratoriów, osoby przez nich wyznaczone oraz pracownicy laboratoriów nie omawiają ani nie komentują dla mediów poszczególnych wyników przed ostatecznym orzeczeniem bez zgody orga-

¹²⁴ *Ibidem*, art. 4.2.4.

¹²⁵ *Ibidem*, art. 4.2.5.

¹²⁶ *Ibidem*, art. 4.4.13.2.1.

¹²⁷ *Ibidem*, art. 4.4.13.2.1.

¹²⁸ *Ibidem*, art. 4.4.14.2.

nizacji, która dostarczyła próbki do laboratorium i organizacji, która stwierdza niekorzystny wynik badania”¹²⁹. Ponadto laboratorium ma obowiązek kontrolowania, czy proces zarządzania próbką został przeprowadzony w sposób prawidłowy, zgodnie z przepisami Światowego Kodeksu Antydopingowego, Międzynarodowego standardu badań i śledstw oraz innymi odpowiednimi dokumentami. W związku z tym laboratoria są upoważnione do przyjmowania próbek tylko, jeśli łącznie spełniono następujące warunki:

1. „Próbki zostały pobrane i zamknięte zgodnie z Międzynarodowym standardem badań i śledstw Międzynarodowego Kodeksu Antydopingowego lub podobnymi wytycznymi;
2. Jeżeli pobranie jest częścią programu antydopingowego; oraz
3. Jeżeli po stwierdzeniu niekorzystnego wyniku badania uruchomiony zostanie właściwy proces zarządzania wynikami”¹³⁰.

Laboratoria zobowiązane są także do wspierania rozwoju i zaufania do światowego programu antydopingowego. W związku z tym informacja o wykryciu nowego środka dopingującego musi być w ciągu 60 dni przekazana do WADA. Kodeks nie określa żadnej szczególnej formy dla dokonania takiego zawiadomienia, wystarczające jest w tym celu opublikowanie badań czy wystąpienie podczas spotkania naukowego¹³¹. Poza tym Kodeks formułuje zasady, jakich przestrzegać muszą pracownicy laboratorium. Należy do nich:

- 1) zakaz angażowania w działania, które mogą podważyć zaufanie do działalności WADA, federacji międzynarodowej, krajowej organizacji antydopingowej, Narodowego Komitetu Olimpijskiego, organizatora ważnych wydarzeń sportowych lub Międzynarodowego Komitetu Olimpijskiego,
- 2) zakaz udzielania porad, konsultacji czy informacji zawodnikom na temat metod, które ułatwić im mogą stosowanie środków dopingujących,
- 3) obowiązek występowania przed sądami w celu złożenia niezależnych, naukowych zeznań,
- 4) zakaz występowania w charakterze adwokata osoby oskarżonej o przewinienie antydopingowe¹³².

Wszelkie przedstawione powyżej regulacje dotyczące funkcjonowania laboratoriów akredytowanych mają za zadanie zagwarantowanie jak najwyższych standardów analizy próbek, przyczyniając się przy tym do wyważenia i ochrony interesów zarówno sportowców, jak i organów zaangażowanych w program walki z dopingiem. Należy pamiętać, że to w dużej mierze od prawidłowej pracy laboratorium zależy to, czy wykrywane zostaną wszystkie wykroczenia przeciwko przepisom antydopingowym, nie dojdzie do ukarania sportowców niewinnych, a ewentualne niekorzystne wyniki nie przedostaną się do wiadomości publicznej w sposób nieuprawniony, powodując tym samym szkodę w wizerunku osoby, której dotyczą.

¹²⁹ *Ibidem*, aneks B, punkt 1.

¹³⁰ *Ibidem*, aneks B, punkt 4.0.

¹³¹ *Ibidem*, aneks B, punkt 5.3.2.

¹³² *Ibidem*, aneks B, punkt 5.0.

3.7. System ADAMS i paszport biologiczny jako przełomowe etapy walki z dopingiem

Temat walki z dopingiem sam w sobie budzi wiele kontrowersji, stanowiąc dość znaczącą ingerencję w życie prywatne sportowców. Dość przytoczyć w tym miejscu przebieg poboru próbki od sportowca, który jest w tym czasie pozbawiony jakiegokolwiek prywatności. Tym większą dyskusję w świecie sportu wywołało uruchomienie w 2005 r. programu ADAMS. Pełna anglojęzyczna nazwa to *Anti-doping Administration and Management System*, co w tłumaczeniu na język polski przedstawić można jako Antydopingowy System Administracji i Zarządzania. Powodem zainicjowania programu była chęć zapewnienia skuteczności funkcjonowania oraz koordynacji systemu antydopingowego na całym świecie, także poza zawodami. ADAMS stanowi elektroniczną bazę danych, która zawiera kluczowe dla walki z dopingiem informacje o zawodnikach, takie jak: miejsce ich pobytu, wyniki badań antydopingowych, a także ewentualne wyłączenia dla celów terapeutycznych, na które zgodę uzyskał dany zawodnik. W chwili obecnej systemem posługuje się zdecydowana większość międzynarodowych federacji oraz krajowych organizacji antydopingowych¹³³.

System ADAMS składa się z czterech platform:

- 1) bazy danych zawierającej informację o aktualnych i planowanych miejscach pobytu zawodników,
- 2) panelu umożliwiającego wymianę informacji pomiędzy organizacjami antydopingowymi,
- 3) platformy kontroli antydopingowych,
- 4) panelu zarządzania wyłączeniami dla celów terapeutycznych.

Panel wymiany informacji pomiędzy organizacjami antydopingowymi stanowi miejsce, gdzie umieszczane są wyniki kontroli antydopingowych, dane na temat wyłączeń dla celów terapeutycznych oraz informacje o naruszeniach przepisów antydopingowych. Platforma kontroli antydopingowych umożliwia planowanie przeprowadzania kontroli antydopingowych oraz analizę wyników badań. Stanowi ona narzędzie dla organizacji antydopingowych, które mają wyłączny dostęp do wprowadzanych przez siebie informacji. Panel zarządzania wyłączeniami dla celów terapeutycznych ułatwia przepływ danych dotyczących ewentualnych zezwoleń na stosowanie środków zakazanych¹³⁴.

Najwięcej kontrowersji spośród wszystkich platform dostępnych w ramach systemu ADAMS budzi jednak ta, na której zawodnicy z tzw. zarejestrowanej grupy zawodników obowiązani są umieszczać dane dotyczące swojego miejsca pobytu w celu umożliwienia przeprowadzenia w tym czasie kontroli antydopingowej poza zawodami. Obowiązki zawodników z tej grupy określone zostały w aneksie I do ISTI. Wytypowani sportowcy muszą spełnić następujące wymagania:

¹³³ Komisja do zwalczania dopingu w sporcie, *System Adams*, <http://antydoping.pl/pl/programy/adams>, [dostęp: 30.04.2016 r.].

¹³⁴ *Ibidem*.

- 1) wprowadzać do systemu co kwartał informacje na temat swojego miejsca zamieszkania, miejsca odbywania treningów oraz planowanych w tym czasie konkursów, a także aktualizować te informacje w razie potrzeby,
- 2) wprowadzać do systemu co kwartał informacje dla każdego dnia o tzw. 60-minutowym okienku dostępności wraz z określeniem miejsca pobytu, w którym zawodnik będzie dostępny dla kontroli antydopingowej¹³⁵.

Trzykrotne niepodanie informacji o miejscu pobytu lub trzykrotne opuszczenie badania w okresie 12 miesięcy uznawane jest za naruszenie przepisów antydopingowych. Za opuszczenie badania uznawana będzie sytuacja, w której kontrola antydopingowa nie znajdzie zawodnika w zadeklarowanym wcześniej przez niego miejscu w trakcie trwania okienka dostępności. Mimo to sportowiec zobowiązany jest poddać się kontroli, jeśli pracownicy organu upoważnionego do jej przeprowadzania wezwą go do poddania się badaniu, pojawiając się w miejscu jego pobytu poza godzinami wchodzącymi w skład okienka dostępności¹³⁶. Warto również wspomnieć, że jeśli zawodnik określił swoje okienko dostępności pomiędzy godziną 23 a 6 rano, organizacja antydopingowa może przeprowadzić badanie w tym czasie jedynie, jeśli ma poważne i konkretne podejrzenia co do stosowania dopingu przez danego zawodnika. Ciekawy wydaje się fakt, że ewentualne podważenie podstaw do przeprowadzenia badań w tych godzinach nie będzie uznane jako dopuszczalna forma obrony przed postawionymi w oparciu o te badania zarzutami¹³⁷.

Obowiązki wykreowane w ten sposób określone zostały w ISTI jako kompromis mający na uwadze zarówno potrzeby skutecznego przeprowadzania kontroli antydopingowych, jak i zagwarantowanie prawa do prywatności sportowców. Zawodników zobowiązano do określania swojego miejsca pobytu przez 24 godziny 7 dni w tygodniu, ale odpowiedzialność ponoszą oni za niestawienie się na badanie jedynie w czasie trwania okienka dostępności. Trudno jednak mówić w tym kontekście o jakimkolwiek prawie do prywatności, kiedy tak naprawdę każdy aspekt życia sportowców jest znany organom kontroli antydopingowej. Podstawowe pytanie brzmi, czy aby na pewno tak szeroka ingerencja w życie prywatne zawodników jest usprawiedliwiona przez konieczność zorganizowania jak najbardziej skutecznej walki z dopingiem. Środowisko sportowe podzieliło się na dwie grupy. Jedna z nich podziela zdanie, że w związku z tym, że dopingujący się atleci są coraz bardziej pomysłowi w unikaniu kontroli antydopingowych, nie ma innego sposobu, aby wychwytywać wszystkie przypadki naruszeń. Druga grupa podnosi, że od obecnych przepisów tylko cienka linia dzieli nas od regulacji ustanawiających konieczność wprowadzania chipów do organizmów sportowców, którzy w ten sposób będą pod stałą obserwacją. Kontrowersje związane z systemem ADAMS zaowocowały procesami wszczynanymi przez zawodników powołujących się na postanowienia Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Trudno odmówić słuszności argumentom przytaczanym przez obie strony konfliktu. Zgodne z prawdą

¹³⁵ Światowa Agencja Antydopingowa, *Międzynarodowy standard badań i śledztw...*, art. I.1.1.

¹³⁶ *Ibidem*, komentarz do art. I.1.1.

¹³⁷ *Ibidem*, komentarz do art. 5.2.

wydaje się być stwierdzenie, że sportowiec niemający nic do ukrycia nie powinien mieć nic przeciwko funkcjonującej w taki sposób kontroli. Z drugiej jednak strony ciężko oczekiwać, że ktokolwiek, nawet najbardziej uczciwy atleta, będzie ze zrozumieniem przyjmował sytuację, w której codziennie, o najróżniejszych porach dnia i nocy może spodziewać się wizyty kontrolerów.

Kluczowym zagadnieniem, na które uwagę zwróciła także Unia Europejska, jest zapewnienie bezpieczeństwa informacji wprowadzanych do systemu. Dane zgromadzone w ADAMS przekazywane są do wielu podmiotów mających swoje miejsce działania w różnych krajach, gdzie procedura ochrony danych osobowych może być i najczęściej jest zorganizowana w odmienny sposób. Próbą ujednolicenia zasad obchodzenia się z danymi zgromadzonymi w ramach walki z dopingiem było opracowanie Międzynarodowego standardu ochrony danych osobowych. Należy wyrazić uznanie dla wysiłków Światowej Agencji Antydopingowej, która dążyła w ten sposób do wypracowania wspólnych reguł postępowania z uzyskanymi dzięki systemowi informacjami. Jednak istotny pozostaje fakt, że pomimo obowiązkowego charakteru przestrzegania ustalonych w ramach Międzynarodowych standardów zasad, za ich nieprzestrzeganie grozi jedynie ewentualna sankcja dyscyplinarna w ramach światowego ruchu antydopingowego. Trudno uznać, by była to wystarczająca kara, biorąc pod uwagę specyfikę danych, jakie gromadzone są w systemie.

Drugim elementem kontroli poza zawodami jest tzw. paszport biologiczny (ABP). Umożliwia on monitorowanie przestrzegania przez sportowców art. 2.2. Światowego Kodeksu Antydopingowego, który penalizuje użycie lub próbę użycia substancji zabronionej. W przeciwieństwie do obecności substancji zabronionej w organizmie sportowca, która udowodniona może być tylko poprzez wykazanie tego faktu w wynikach uzyskanych po przeprowadzeniu analizy próbki fizjologicznej pobranej od zawodnika, użycie lub próba użycia może zostać udowodniona przy pomocy każdej rzetelnej metody, między innymi badań długoterminowych. ABP można określić jako elektroniczne zestawienie cech biologicznych danego zawodnika. Stanowi on początek nowego etapu walki z dopingiem, w której organizacje antydopingowe wciąż znajdują się kilka kroków za podmiotami opracowującymi coraz to nowsze sposoby poprawiania sprawności organizmu. Paszport biologiczny nie jest ukierunkowany na poszukiwanie śladów substancji zabronionej w ciele sportowca, ale skupia się na analizie zmian w nim zachodzących, takich jak na przykład cechy morfologiczne krwi. System po pewnym czasie obserwacji jest w stanie wykazać, jakie zmiany w organizmie danego zawodnika są typowe, a jakie mogą wskazywać na manipulację. Wszelkie atypowe rezultaty są weryfikowane przez panel ekspertów, a także porównywane z danymi pochodzącymi z systemu ADAMS, co umożliwia wykluczenie sytuacji, w których zmiany spowodowane są czynnikami dozwolonymi, na przykład przebywaniem sportowca na dużych wysokościach¹³⁸. W celu zapewnienia pełnego zaufania do przeprowadzanych badań zarówno pod względem prawnym, jak i naukowym WADA skonstruowała odpowiednie wytyczne dotyczą-

¹³⁸ A. Klein, *Paszport biologiczny – starcie z dopingiem nową bronią*, <http://bieganie.pl/?show=1&cat=24&id=4141>, [dostęp: 30.05.2016 r.].

ce funkcjonowania paszportu biologicznego. Zostały one usystematyzowane w jednym dokumencie zawierającym kompilację wszelkich niezbędnych dla prawidłowego działania paszportu wymagań. W dalszym ciągu dostępna jest jedynie angielskojęzyczna wersja wytycznych¹³⁹.

Tak samo jak system ADAMS, również ABP budzi wiele kontrowersji, co ma swoje odzwierciedlenie w liczbie spraw związanych z jego funkcjonowaniem zawisłych w Trybunale Arbitrażowym w Lozannie. Należy jednak wspomnieć, że jeszcze przed wprowadzeniem paszportu biologicznego w 2008 r. CAS uznał dowód pochodzący z badań długoterminowych za wystarczająco przekonujący, aby na jego podstawie orzec karę zawieszenia wobec sportowca¹⁴⁰. Pierwszym problemem, który wymagał rozwiązania w związku z zarzutami w stosunku do zawodnika na podstawie wyników badań długoterminowych, był termin, w jakim muszą one zostać postawione. W kwestii tej Trybunał Arbitrażowy ustalił, że 30 dni dla federacji na dokonanie tej czynności biegnie od momentu pojawienia się uzasadnionego podejrzenia o możliwości popełnienia przewinienia przez sportowca. W związku z faktem, że podejrzenie naruszenia może być powzięte na podstawie często długoletniej obserwacji wyników analizy próbek, konieczne okazało się ustalenie, jakie próbki mogą być brane pod uwagę podczas całego procesu. Zgodnie z art. 17 Światowego Kodeksu Antydopingowego „po upływie dziesięciu lat od daty naruszenia nie można podjąć żadnych działań przeciwko zawodnikowi lub innej osobie z powodu naruszenia przepisów antydopingowych, chyba że zawodnik lub inna osoba została powiadomiona o naruszeniu przepisów antydopingowych zgodnie z artykułem 7 lub podjęto rozsądną próbę powiadomienia”¹⁴¹. Z przepisu wynika, że przy przeprowadzaniu analizy w formie badań długoterminowych brane pod uwagę mogą być próbki pochodzące z kontroli mających miejsce w ciągu dziesięciu lat poprzedzających postawienie zawodnikowi zarzutu naruszenia przepisów.

Kolejne wątpliwości w związku z funkcjonowaniem ABP związane były z zasadą *lex retro non agit*. W sprawie TAS 2010/A/2178 oskarżony o stosowanie niedopuszczalnego wspomaganie organizmu zawodnik przekonywał, że rzekome naruszenie przepisów nastąpiło jeszcze przed wprowadzeniem w życie paszportu biologicznego. Trybunał Arbitrażowy nie przychylił się do przedstawionej przez niego argumentacji, stwierdzając, że ABP jest jedynie metodą, za pomocą której możliwe stało się wykrycie stosowania niedozwolonych już wcześniej substancji lub metod. W związku z tym istotne jest, aby w momencie dokonania naruszenia funkcjonował zakaz użycia danego środka, ale sama metoda prowadząca do wykrycia jego stosowania może zostać wprowadzona w czasie późniejszym¹⁴². W orzeczeniu CAS 2010/A/2174 Trybunał podtrzymał swoje stanowisko, ponownie podkreślając, że stosowanie nowoczesnych, zaawansowanych

¹³⁹ Światowa Agencja Antydopingowa, *Athlete Biological Passport Operating Guidelines & Compilation of Required Elements*, wersja anglojęzyczna z 2014 r.

¹⁴⁰ Wyrok Trybunału Arbitrażowego w Lozannie z 2009 r., CAS 2009/A/1912&1913.

¹⁴¹ Światowa Agencja Antydopingowa, *Światowy Kodeks Antydopingowy z 2015 roku...*, art. 17.

¹⁴² D. Mavromati, *The Athlete's Biological Passport (ABP) Program: Legal Issues arising out of the Application of the ABP In the light of the case law of the Court of Arbitration for Sport (CAS)*, CAS Bulletin/Bulletin TAS, 2011, s. 7

metod w celu wykrywania naruszeń przepisów antydopingowych jest dopuszczalne, jeśli tylko nie powoduje naruszenia podstawowych praw człowieka¹⁴³.

Jeszcze jedną sporną kwestią rozstrzygniętą przez Trybunał w orzeczeniu TAS 2010/A/2178 było stosowanie w stosunku do atletów oskarżonych o doping na podstawie wyników pochodzących z ich paszportu biologicznego zasady *lex mitior*. Skarżący w przytaczanej sprawie zawodnik powoływał się na brak możliwości zastosowania wytycznych dotyczących ABP do analizy próbek pobranych jeszcze przed ich wejściem w życie. Panel arbitrów orzekł, że *lex mitior* nie ma zastosowania do ABP, ponieważ odnosi się ona do stosowania sankcji, a nie nowych metod dowodzenia¹⁴⁴.

W oparciu o przedstawioną powyżej charakterystykę funkcjonowania systemu ADAMS oraz paszportu biologicznego sformułować można dwie konkluzje. Światowej Agencji Antydopingowej udało się skonstruować w pierwszej kolejności narzędzie ułatwiające w ogromnym stopniu przeprowadzanie kontroli na zawodnikach, pośród których wciąż w ogromnej liczbie znajdują się tacy, którzy do perfekcji opanowali różne sposoby unikania badań na obecność substancji zabronionych. W kolejnym kroku WADA stworzyła skomplikowany system obserwacji organizmów sportowców, niwelując w ten sposób nieustającą przewagę koncernów farmaceutycznych nad organizacjami antydopingowymi, które wciąż o stosowaniu niektórych metod czy substancji dowiadują się długo po fakcie. WADA zdołała w pewien sposób obejść obowiązujący system, kontrolując to, nad czym coraz sprytniejsi oszuści nie panują – zmiany w ich organizmach. Jednak przy okazji wkroczenia w ten nowy etap walki z dopingiem niebezpieczne wydają się dyskusje, czy w imię zachowania czystości sportu nie posunęliśmy się jednak za daleko, wkraczając w zbyt dużym stopniu w życie prywatne sportowców. Temat wydaje się być zbyt obszerny, aby omówić go w wyczerpujący sposób w niniejszej pracy.

3.8. Reguły dowodowe w postępowaniu o naruszenie przepisów antydopingowych

Przeprowadzanie dowodu w postępowaniu o naruszenie przepisów antydopingowych uregulowane zostało w Światowym Kodeksie Antydopingowym, w art. 3. Zgodnie z nim ciężar dowodu spoczywa na organizacji antydopingowej, która jest zobowiązana wykazać wystąpienie naruszenia przepisów w sposób, który nie spowoduje u organu przesłuchującego wątpliwości, biorąc pod uwagę powagę zarzutów. Warto podkreślić, że zgodnie z art. 3.1. dowód powinien być „większy niż inne dowody pośrednie, ale mniejszy niż dowód bezsporny”¹⁴⁵. Fakty mogą być wykazywane za pomocą wszelkich metod, także poprzez przyznanie się zawodnika do popełnienia wykroczenia dopingowego.

Najbardziej pożądaną metodą ustalania przewinień antydopingowych są dowody naukowe. Należy jednak podkreślić, że i one często są zawodne. Przepisy antydopingowe stanowią, że metody analityczne i limity decyzyjne odpowiednio skonsultowane z naukowcami i zaopiniowane przez ekspertów w danej dziedzinie są dopóty naukowo

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*, s. 8.

¹⁴⁵ Światowa Agencja Antydopingowa, *Światowy Kodeks Antydopingowy z 2015 roku...*, art. 3.1.

ważne, dopóki ich zasadność nie zostanie w sposób wiarygodny podważona przez zawodnika lub inną osobę¹⁴⁶. Warto w tym miejscu przypomnieć, że reguły antydopingowe ustalają zasadę całkowitej odpowiedzialności, a więc to zawodnik ponosi winę za obecność w jego organizmie substancji z listy substancji i metod zakazanych. Nie jest zatem konieczne udowodnienie zamiaru, zaniedbania czy świadomego użycia. Wprowadzenie tej zasady miało za zadanie ukrócić proceder, w którym sztaby szkoleniowe sportowców wybierały spośród siebie osobę, która w razie ewentualnej wpadki dopingowej brała na siebie odpowiedzialność i uwalniała sportowca od kary. Domniemywa się także, że w trakcie analizy próbki laboratorium akredytowane przez WADA przestrzegają odpowiednich procedur i reguł. Podobnie jak w pierwszym przypadku domniemanie takie może być przez zawodnika lub inną osobę obalone poprzez udowodnienie, że doszło do odejścia od zasad ustalonych w Międzynarodowych standardach. Organizacja antydopingowa ma wtedy możliwość wykazania, że takie naruszenie reguł nie miało wpływu na wynik analizy próbki¹⁴⁷. O ile udowodnienie błędnego założenia organizacji antydopingowej co do faktów naukowych wygląda na stosunkowo proste, o tyle uzyskanie dowodów na odejście przez laboratorium akredytowane od ustalonych standardów wydaje się być jeśli nie niemożliwe, to mało prawdopodobne, biorąc pod uwagę fakt, że zawodnik nie ma wglądu w pracę laboratorium oraz w to, co dzieje się z pobraną od niego próbką po zakończeniu badania.

Ustalone przez sąd lub Trybunał w orzeczeniu fakty niebędące przedmiotem odwołania są uznawane za niezaprzeczalny dowód przeciwko osobie, której orzeczenie to dotyczyło, chyba że przedstawi ona dowody na to, że orzeczenie naruszyło naturalne poczucie sprawiedliwości¹⁴⁸.

Ostatnią istotną zasadą ustaloną w przepisach Światowego Kodeksu Antydopingowego jest możliwość orzeczenia przez panel oceniający, czy doszło do naruszenia przepisów antydopingowych na niekorzyść osoby podejrzanej o wykroczenie przeciwko tym przepisom, jeśli osoba ta nie pojawi się na posiedzeniu panelu pomimo otrzymania powiadomienia i nie odpowie na postawione pytania¹⁴⁹.

3.9. Postępowanie przed organizacjami antydopingowymi

Zgodnie z regulacjami Światowego Kodeksu Antydopingowego każda organizacja antydopingowa ma obowiązek wypracowania reguł postępowania w przypadku podejrzenia naruszenia przepisów antydopingowych. WADA pozostawia im w tym względzie do pewnego stopnia dowolność, jednocześnie wprowadzając zasady, które muszą być zaimplementowane do stworzonych przez te organizacje przepisów. Normy ustanowione w Światowym Kodeksie Antydopingowym stanowią zbiór zasad podstawowych zapewniających uczciwość procesu zarządzania wynikami, niezależnie od pojedynczych różnic pomiędzy poszczególnymi systemami.

¹⁴⁶ *Ibidem*, art. 3.2.1.

¹⁴⁷ *Ibidem*, art. 3.2.2.

¹⁴⁸ *Ibidem*, art. 3.2.4.

¹⁴⁹ *Ibidem*, art. 3.2.4.

Co do zasady, obowiązek przeprowadzenia postępowania i rozprawy wstępnej oraz określenia, według jakich reguł będą one przebiegać, spoczywa na organizacji antydopingowej, która zainicjowała pobranie próbki od zawodnika. W przypadku gdy naruszenie zostało stwierdzone bez konieczności pobrania próbki, organizacją odpowiedzialną jest ta, która pierwsza poinformowała zawodnika lub inną osobę o podejrzeniu popełnienia naruszenia przeciwko przepisom antydopingowym, a następnie wyjaśniała okoliczności dojścia do naruszenia. Ewentualny spór między organizacjami rozstrzyga WADA, podejmując w tym zakresie ostateczną decyzję. Każda strona sporu może wnieść od niej odwołanie do CAS w terminie 7 dni od powiadomienia o decyzji. Odwołanie jest rozpatrywane w składzie jednoosobowym w trybie przyśpieszonym¹⁵⁰. Możliwe jest także przekazanie kompetencji do zarządzania wynikami innej organizacji. Takie postanowienie powinno być zawarte w przepisach organizacji przekazującej to prawo¹⁵¹.

Punktem wyjścia do wszczęcia postępowania w przedmiocie podejrzenia naruszenia przepisów antydopingowych, a dokładnie naruszenia z art. 2.1. Światowego Kodeksu Antydopingowego, jest otrzymanie niekorzystnego wyniku analizy pobranej próbki. W pierwszej kolejności odpowiedzialna organizacja ma za zadanie ustalić, czy nie zachodzi sytuacja, w której zawodnik uzyskał lub uzyska zgodę na wyłączenie dla celów terapeutycznych. Poza tym konieczne jest sprawdzenie, czy do uzyskania niekorzystnego rezultatu nie doszło w wyniku znaczącego odejścia od Międzynarodowego standardu badań i śledztw lub Międzynarodowego standardu dla laboratoriów¹⁵².

Jeśli podmiot odpowiedzialny za zarządzanie wynikami nie stwierdzi dozwolonego użycia danego środka lub wyraźnego naruszenia reguł wynikających z Międzynarodowych standardów, ma obowiązek bezzwłocznie powiadomić zawodnika o:

- 1) niekorzystnym wyniku analizy jego próbki,
- 2) naruszeniu przepisu antydopingowego z jego wskazaniem,
- 3) prawie zawodnika do zażądania przeprowadzenia analizy próbki B oraz dacie, czasie i miejscu analizy, jeśli takie żądanie zostanie zgłoszone,
- 4) prawie zawodnika lub wyznaczonego przez niego przedstawiciela do obecności przy otwarciu próbki B,
- 5) prawie zawodnika do otrzymania kopii dokumentów pochodzących z analizy próbki A i próbki B¹⁵³.

Powyższe regulacje odnosiły się do naruszeń art. 2.1. Światowego Kodeksu Antydopingowego. Należy jednak pamiętać, że do stwierdzenia wykroczenia przeciwko przepisom antydopingowym można także dojść w inny sposób niż poprzez wykrycie w organizmie sportowca substancji zabronionych. Za każdym jednak razem w przypadku uzyskania pewności, że mamy do czynienia z naruszeniem przepisów antydopingowych, po stronie organizacji pojawia się obowiązek bezzwłocznego poinformowania o tym zawodnika. Powiadomienia takiego dokonuje się po sprawdzeniu za pomocą sys-

¹⁵⁰ *Ibidem*, art. 7.1.

¹⁵¹ *Ibidem*, komentarz do art. 7.1.

¹⁵² *Ibidem*, art. 7.2.

¹⁵³ *Ibidem*, art. 7.3.

temu ADAMS lub innego zatwierdzonego narzędzia, czy dany zawodnik dopuścił się już wcześniej wykroczeń przeciwko przepisom antydopingowym.

Artykuł 8 Światowego Kodeksu Antydopingowego, potwierdzając postanowienia zawarte w art. 6.1. Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, gwarantuje każdej osobie, w stosunku do której istnieje podejrzenie naruszenia przepisów antydopingowych, prawo do uczestniczenia w rozprawie wyznaczonej w rozsądnym czasie, przeprowadzonej przez uczciwy i bezstronny organ. Orzeczenie wraz z uzasadnieniem powinno być wydane w sposób szybki i podane do publicznej wiadomości¹⁵⁴. W przypadku, gdy z okoliczności sprawy wynika niezbędność szybkiego przeprowadzenia rozprawy, na przykład w celu umożliwienia podejrzanemu zawodnikowi ewentualnego uczestnictwa w zbliżających się zawodach lub kontynuowanie uczestnictwa w nich, rozprawa może zostać przeprowadzona w trybie przyśpieszonym¹⁵⁵. Istnieje także możliwość zrzeczenia się rozprawy w sposób bezpośredni lub pośredni poprzez brak podważenia domniemania o naruszeniu przepisów antydopingowych w przewidzianym w regulacjach czasie¹⁵⁶.

Ciekawym mechanizmem jest wprowadzenie możliwości rezygnacji z rozprawy wstępnej i przekazanie sprawy bezpośrednio do CAS. Do sytuacji takiej może dojść po wyrażeniu zgody przez zainteresowanego zawodnika, odpowiedzialną organizację antydopingową, WADA oraz inną organizację antydopingową, której przysługiwałoby prawo odwołania od orzeczenia pierwszej instancji do Trybunału Arbitrażowego. W ten sposób wymienione podmioty rezygnują z zapewnionej zasady dwuinstancyjności postępowania i prawa do odwołania. W komentarzu do przepisu wprowadzającego taką możliwość wskazano, że skorzystanie z zasady jednej instancji znacznie obniża koszty postępowania, które w niektórych sytuacjach są bardzo wysokie. W związku z tym, w sytuacji kiedy wszystkie zainteresowane podmioty są pewne, że taka forma postępowania zapewni im właściwe zabezpieczenie ich praw i interesów, przeprowadzenie tylko jednej rozprawy może okazać się mimo wszystko korzystne¹⁵⁷.

Kontrowersją, która jest zauważalna w pierwszej kolejności przy zapoznawaniu się z regułami przeprowadzania postępowania po stwierdzeniu niekorzystnego wyniku analizy próbki, jest to, że organizacje antydopingowe są jednocześnie podmiotami ustalającymi reguły postępowania oraz to postępowanie prowadzącymi. Można to porównać do sytuacji, w której w jednych rękach skupia się władza ustawodawcza i sądownicza. Słuszne wydaje się pytanie, czy taki model funkcjonowania systemu antydopingowego rzeczywiście gwarantuje osobom mu podlegającym poczucie pewności co do sprawiedliwego rozpatrzenia ich sprawy.

Problematyczny wydaje się także przepis wykluczający odwołanie od decyzji panelu orzekającego o nałożeniu kary tymczasowego wykluczenia. Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której w wyniku stwierdzenia niekorzystnego rezultatu analizy próbki na zawodnika tuż przed ważnym wydarzeniem sportowym zostanie nałożona kara

¹⁵⁴ *Ibidem*, art. 8.

¹⁵⁵ *Ibidem*, art. 8.2.

¹⁵⁶ *Ibidem*, art. 8.3.

¹⁵⁷ *Ibidem*, art. 8.5.

tymczasowego wykluczenia, a w toku postępowania zostanie on uwolniony od zarzutu naruszenia przepisów antydopingowych. Będzie to prowadziło do dramatycznych dla zawodnika skutków, który zaprzepaści lata treningów, będąc pozbawionym możliwości udziału w zawodach, które z reguły odbywają się w odstępach kilkuletnich. W niektórych dyscyplinach czas trwania kariery pozwala na udział tylko w jednej takiej imprezie. Wydaje się, że brak ustanowienia drogi odwoławczej od kary tymczasowego zawieszenia może prowadzić do skutków, których żadna forma zadośćuczynienia nie zrekompensuje.

3.10. Droga odwoławcza od orzeczeń organizacji antydopingowych

O zaistnieniu naruszenia przepisów antydopingowych w pierwszej instancji orzeka najczęściej komisja dyscyplinarna danego związku sportowego. Od decyzji podjętej przez taką komisję przewidziana została droga odwoławcza. Ogólne zasady wnoszenia odwołań określone zostały w art. 13 Światowego Kodeksu Antydopingowego.

Organem drugiej instancji w sprawach z zakresu wykroczeń przeciwko przepisom antydopingowym jest Trybunał Arbitrażowy w Lozannie. Przed wniesieniem odwołania do CAS konieczne jest wyczerpanie wszystkich innych dostępnych możliwości przewidzianych w przepisach właściwej dla danej sprawy organizacji antydopingowej. W tym miejscu można zaobserwować pewną nierówność stron w postępowaniu, ponieważ z zakresu tej regulacji została wyłączona WADA¹⁵⁸.

Lista spraw podlegających jurysdykcji Trybunału Sprawiedliwości jest dość długa, szczegółowe wyliczenie odszukać można w art. 13.2. Światowego Kodeksu Antydopingowego. Znalazły się tam między innymi sprawy odwołań:

- 1) od orzeczeń o naruszeniu przepisów antydopingowych oraz o karach za takie naruszenia lub ich braku,
- 2) od orzeczeń lub decyzji stwierdzających brak naruszenia,
- 3) od decyzji WADA o przekazaniu zarządzania wynikami organizacji pozostającej w sporze o taką kompetencję z inną organizacją,
- 4) od orzeczenia o nałożeniu kary tymczasowego wykluczenia w oparciu o rozprawę wstępną¹⁵⁹.

Należy jednak zauważyć, że WADA w Światowym Kodeksie Antydopingowym wprowadziła odmienne drogi odwoławcze dla zawodników klasy międzynarodowej i międzynarodowych wydarzeń sportowych oraz pozostałych zawodników i innych osób.

W sprawach dotyczących zawodników klasy międzynarodowej oraz międzynarodowych wydarzeń sportowych przysługuje odwołanie najpierw do panelu dyscyplinarnego przy organizacji antydopingowej drugiej instancji, a po skorzystaniu z tej drogi odwołanie do CAS. Do wnoszenia odwołań w tym trybie uprawnieni zostali:

- 1) zawodnicy lub inne osoby podlegające wydanemu orzeczeniu,
- 2) druga strona, której orzeczenie dotyczy,
- 3) federacja międzynarodowa właściwa dla sprawy,

¹⁵⁸ *Ibidem*, art. 13.1.3.

¹⁵⁹ *Ibidem*, art. 13.2.

- 4) krajowa organizacja antydopingowa będąca właściwą ze względu na kraj zamieszkania, obywatelstwo lub posiadanie licencji przez osobę podlegającą orzeczeniu,
- 5) Międzynarodowy Komitet Olimpijski lub Międzynarodowy Komitet Paraolimpijski, gdy orzeczenie może mieć wpływ na Igrzyska Olimpijskie lub Igrzyska Paraolimpijskie
- 6) Światowa Agencja Antydopingowa.

Jeśli chodzi o pozostałe sprawy, to odwołanie powinno być wniesione do niezależnego i bezstronnego organu, według reguł ustalonych przez krajową organizację antydopingową. Za przykład takiego organu może posłużyć ustanowiony w polskich przepisach antydopingowych Trybunał Arbitrażowy ds. Sportu przy PKOl. WADA również w tym miejscu pozostawiła organizacjom krajowym dużą dowolność, ustalając jedynie, że rozprawa powinna być przeprowadzona przed uczciwym i bezstronnym organem, zawodnikowi powinno przysługiwać prawo do adwokata na własny koszt, a sam proces i wydanie orzeczenia wraz z uzasadnieniem powinny mieć miejsce bez zbędnej zwłoki. Organizacje antydopingowe zostały upoważnione do wprowadzenia w swoich przepisach zasady bezpośredniego odwołania do CAS¹⁶⁰. Katalog podmiotów uprawnionych do wnoszenia odwołania w tym trybie w dużym stopniu pokrywa się z tym, który obowiązuje w sprawach dotyczących zawodników klasy międzynarodowej lub międzynarodowych wydarzeń sportowych. Należy jednak zwrócić uwagę na znaczącą różnicę w pozycji podmiotów. W art. 13.2.3. wymieniającym podmioty, którym przysługuje prawo odwołania wprowadzono zapis, zgodnie z którym WADA, Międzynarodowy Komitet Olimpijski, Międzynarodowy Komitet Paraolimpijski oraz właściwa federacja międzynarodowa mogą wnieść odwołanie od orzeczenia krajowego organu odwoławczego do CAS. Takie prawo nie zostało jednak przyznane zawodnikom. Zasadne wydaje się pytanie, czy uregulowanie to nie stanowi pogwałcenia praw sportowców, łamiąc powszechnie uznaną zasadę równości stron.

Zgodnie z zapisami Światowego Kodeksu Antydopingowego przy rozpatrywaniu sprawy CAS bierze pod uwagę wszystkie okoliczności istotne dla sprawy, prowadząc ją od początku. Przebieg postępowania przed innymi organami w żaden sposób nie ogranicza Trybunału¹⁶¹. Orzeczenia CAS są ostateczne i wiążące¹⁶².

Analizując przepisy regulujące przebieg postępowania w sprawach o naruszenia przepisów antydopingowych można z całą pewnością stwierdzić, że znajduje się w nich wiele mankamentów. Trudno nie zauważyć licznych niedociągnięć, balansowania na granicy łamania praw człowieka, norm w ewidentny sposób naruszających powszechnie uznane reguły, zgodnie z którymi należy przeprowadzać proces. Scharakteryzowany powyżej obszar walki z dopingiem w sposób najbardziej dobitny pokazuje, jak wiele wyzwań wciąż czeka na Światową Agencję Antydopingową stojącą na czele całego ruchu antydopingowego. W ramach niniejszej pracy, której objętość jest ograniczona, należy poprzestać na generalnej konkluzji, zgodnie z którą szczególnie ustanawiając przepisy

¹⁶⁰ *Ibidem*, art. 13.2.2.

¹⁶¹ *Ibidem*, art. 13.1.

¹⁶² *Ibidem*, komentarz do art. 13.2.1.

regulujące tak wrażliwą i mającą tak duży wpływ na życie sportowców materię, należałoby w większym stopniu uwzględnić głos zawodników, którzy z pewnością mogliby przyczynić się do ustalenia reguł wyważających w większym stopniu interesy wszystkich zaangażowanych stron.

3.11. Sankcje w przypadku naruszeń zawodników indywidualnych

Stwierdzenie naruszenia przepisów antydopingowych skutkuje koniecznością nałożenia kary. Zasady ich nakładania na zawodników indywidualnych zostały określone w art. 10 Światowego Kodeksu Antydopingowego.

Przede wszystkim naruszenie przepisów antydopingowych w trakcie zawodów lub w związku z wydarzeniem sportowym może zgodnie z art. 10.1. Kodeksu doprowadzić do unieważnienia wyników indywidualnych zawodnika osiągniętych podczas wydarzenia, a co za tym idzie – odebrania wszelkich nagród, pucharów i punktów. Przy wymierzaniu tej kary należy wziąć pod uwagę, na ile istotne było naruszenie oraz ewentualną przeszłość zawodnika związaną ze stosowaniem dopingu¹⁶³. Unieważnieniu podlegają także wyniki osiągnięte w trakcie zawodów odbywających się od momentu pobrania próbki do momentu rozpoczęcia tymczasowego wykluczenia lub wykluczenia¹⁶⁴.

Kolejną karą nakładaną na zawodnika przyłapanego na złamaniu przepisów antydopingowych jest kara wykluczenia, standardowo wymierzana na cztery lata. Wykluczenie w takim wymiarze stosowane jest wobec sportowców, którym udowodnione zostanie naruszenie celowe, czyli ze świadomością łamania przepisów lub tego, że istnieje poważne ryzyko, że do złamania przepisów dojdzie. W pozostałych przypadkach istnieje możliwość skrócenia kary do lat dwóch.

Wprowadzone jednak zostały wyjątki od powyższych zasad. Naruszenie związane z handlem lub próbą handlowania substancjami lub metodami zabronionymi oraz podawanie lub próba podawania zawodnikowi podczas zawodów lub poza nimi dowolnej substancji zabronionej lub metody zabronionej zagrożone jest minimalną karą czteroletniego wykluczenia, a wyjątkowa waga popełnionego czynu może skutkować nawet dożywotnim wykluczeniem oraz zawiadomieniem odpowiednich władz administracyjnych, zawodowych lub sądowych¹⁶⁵. Natomiast wykroczenie przeciwko przepisom dotyczącym dostępności zawodnika na badaniu poza zawodami zagrożone jest karą wykluczenia na dwa lata z możliwością skrócenia do minimum jednego roku w zależności od stopnia winy¹⁶⁶. Również współudział i zabroniony związek są traktowane odmiennie i odpowiednio karane dwuletnią karą wykluczenia z możliwością zastosowania kary czteroletniej i dwuletnią karą wykluczenia w zależności od stopnia winy¹⁶⁷. W przypadku osób niebędących zawodnikami za wykluczenie uznaje się przykładowo zakaz przyznawania akredytacji. Kara wykluczenia rozpoczyna się w dniu ogłoszenia orzeczenia

¹⁶³ *Ibidem*, art. 10.1.

¹⁶⁴ *Ibidem*, art. 10.8.

¹⁶⁵ *Ibidem*, art. 10.3.3.

¹⁶⁶ *Ibidem*, art. 10.3.1.

¹⁶⁷ *Ibidem*, art. 10.3.4. i 10.3.5.

o karze. W wyjątkowych przypadkach może ona być liczona od dnia pobrania próbki lub od dnia innego lub ostatniego naruszenia przepisów¹⁶⁸.

Odmienne reguły karania ustanowione zostały dla recydywistów popełniających drugie lub kolejne naruszenie w ciągu 10 lat. Przy drugim naruszeniu stosuje się najwyższą karę spośród wymienionych w art. 10.7.1., natomiast trzecie naruszenie zawsze karane jest dożywotnim wykluczeniem, z wyjątkiem przypadków, gdy spełnia ono warunki umożliwiające odstąpienie lub skrócenie kary lub było to wykroczenie związane z dostępnością zawodnika do kontroli¹⁶⁹.

Zgodnie z art. 10.4. Kodeksu wykazanie przez zawodnika braku winy lub zaniebdania będzie skutkowało rezygnacją z nałożenia odpowiedniej kary przy jednoczesnym ustaleniu wystąpienia naruszenia antydopingowego. Należy jednak podkreślić, że wymagania wobec zawodników są niezwykle wysokie – przykładowo skażenie przyjętego suplementu czy podanie substancji zabronionej przez osobistego lekarza i osoby bliskie nie będzie wyłączało winy zawodnika¹⁷⁰.

Istnieją także przesłanki do nadzwyczajnego skrócenia lub zawieszenia kary, a także całkowitej z niej rezygnacji. Do podstawowych wymienionych w art. 10.6. Kodeksu należą znacząca pomoc w wykryciu lub stwierdzeniu naruszenia przepisów antydopingowych oraz natychmiastowe przyznanie się¹⁷¹.

W okresie wykluczenia ani zawodnik, ani inna osoba nie może w żadnej roli występować podczas zawodów czy innych działań organizowanych przez sygnatariuszy Kodeksu lub inne powiązane podmioty. Wyjątkiem od tej zasady jest prowadzenie działań edukacyjnych na rzecz walki z dopingiem¹⁷². Co równie istotne, kary nałożone w jednej dyscyplinie respektowane są w innych sportach¹⁷³. Ewentualne naruszenie nałożonej kary wykluczenia skutkuje rozpoczęciem kary na nowo, od dnia naruszenia¹⁷⁴. Do wznowienia treningów może dojść w ciągu ostatnich dwóch miesięcy kary lub po odbyciu 3/4 z niej z uwzględnieniem zasady, że obowiązuje okres krótszy¹⁷⁵. Zawodnik, który po odbyciu kary chce powrócić do uprawiania sportu, musi w trakcie okresu wykluczenia pozostawać do dyspozycji organów walki z dopingiem i umożliwić im przeprowadzanie ewentualnych kontroli¹⁷⁶.

Skutkiem popełnienia wykroczenia przeciwko przepisom antydopingowym jest również konfiskata nagród pieniężnych. W pierwszej kolejności przeznaczane są one na pokrycie kosztów zasądzonych przez CAS, następnie przyznawane są one innym zawodnikom, a w ostatniej kolejności pokrywają koszty poniesione przez organizację antydopingową¹⁷⁷.

¹⁶⁸ *Ibidem*, art. 10.11.

¹⁶⁹ *Ibidem*, art. 10.7.2.

¹⁷⁰ *Ibidem*, art. 10.4.

¹⁷¹ *Ibidem*, art. 10.6.

¹⁷² *Ibidem*, art. 10.12.1.

¹⁷³ *Ibidem*, komentarz do art. 10.12.1.

¹⁷⁴ *Ibidem*, art. 10.12.3.

¹⁷⁵ *Ibidem*, art. 10.12.2.

¹⁷⁶ *Ibidem*, art. 10.12.

¹⁷⁷ *Ibidem*, art. 10.9.

Istotną częścią kary za naruszenie przepisów antydopingowych jest podanie jej do publicznej wiadomości, które następuje w sposób automatyczny i jest obowiązkowe¹⁷⁸.

3.12. Reguły nakładania kar na drużyny w przypadku przewinienia jej członków

Przepisy antydopingowe ustanawiają także pewną formę odpowiedzialności zbiorowej w trakcie trwania wydarzeń sportowych. Organ kierujący takim wydarzeniem jest zobowiązany przeprowadzić badania ukierunkowane na daną drużynę, jeżeli w trakcie imprezy sportowej więcej niż jeden członek zespołu zostanie powiadomiony o stwierdzeniu naruszenia przepisów antydopingowych. W przypadku, gdy więcej niż dwóch członków drużyny zostanie przyłapanych na popełnieniu wykroczenia przeciwko przepisom antydopingowym, wówczas organ zarządzający wydarzeniem ma prawo nałożyć na dany zespół odpowiednią karę, między innymi utratę punktów lub wykluczenie z zawodów. Kary te mogą być zastosowane niezależnie od indywidualnych kar nakładanych na poszczególnych zawodników¹⁷⁹. Takie podejście WADA do przewinień popełnianych w ramach sportów zespołowych wydaje się być słuszne. Cechą charakterystyczną dyscyplin rozgrywanych w zespołach jest wspólna odpowiedzialność za ponoszone porażki oraz wspólna radość z odnoszonych sukcesów. Nierzadko to jeden zawodnik prowadzi całą drużynę do zwycięstwa. Należy zatem uznać, że wypracowane reguły są sprawiedliwe, zachowując odpowiedni stosunek ich surowości do ochrony interesów innych zainteresowanych stron.

3.13. Zasady karalności przewinień antydopingowych – kontrowersje

Jak zapisano w komentarzu do art. 10 Kodeksu, jedną z bardziej problematycznych materii przy konstruowaniu reguł dotyczących kar była kwestia ich harmonizacji rozumianej jako stosowanie do oceny faktów pojedynczych spraw tych samych przepisów i kryteriów. Przeciwnicy ustalenia sztywnych zasad karania wskazywali na dwa aspekty: podział dyscyplin na takie, w których występują zawodowcy będący uzależnieni od uprawiania sportu stanowiącego źródło ich dochodu oraz na te uprawiane przez amatorów, oraz różną długość kariery w poszczególnych dyscyplinach, co może mieć wpływ na większą lub mniejszą dotkliwość kary. Ostatecznie jednak skuteczniejsze okazały się argumenty zwolenników harmonizacji, którzy podkreślali niesprawiedliwość przepisów, według których zawodnicy w tej samej sytuacji, naruszający ten sam przepis karani są w inny sposób ze względu na inny rodzaj uprawianej dyscypliny. Z drugiej strony chcieli oni zapobiec sytuacji, w której organizacje sportowy uzyskałyby narzędzie do łagodnego traktowania zawodników, w sposób dowolny skracając lub zawieszając im kary¹⁸⁰. Wydaje się, że obu argumentom zwolenników harmonizacji nie można przyznać racji. Po pierwsze, w większość dziedzin uregulowanych przez prawo kara jest dostosowywa-

¹⁷⁸ *Ibidem*, art. 10.13.

¹⁷⁹ *Ibidem*, art. 11.

¹⁸⁰ *Ibidem*, komentarz do art. 10.

na do indywidualnej sytuacji, w jakiej znajduje się osoba jej podlegająca. Należy uznać, że długość trwania kariery w poszczególnych sportach może różnić się w dość wyraźny sposób i powinno to stanowić istotny czynnik umożliwiający skrócenie lub zawieszenie kary. Jeśli zaś chodzi o drugi argument, wydaje się, że bardziej racjonalnym rozwiązaniem byłoby skonstruowanie systemu, w którym o karze od początku decydować będzie niezależny organ a nie organizacja sportowa, której rzeczywiście może zależeć na łagodnym potraktowaniu przylapanego zawodnika. Sztywne ustalenie zasad nakładania kar w celu zapobiegnięcia takim sytuacjom wydaje się być drogą na skróty.

3.14. Charakterystyka funkcjonowania systemu antydopingowego – podsumowanie

Z przedstawionej w niniejszym rozdziale charakterystyki funkcjonowania systemu antydopingowego można wyciągnąć kilka wniosków. Przede wszystkim należy wyrazić uznanie dla postępu, jaki na przestrzeni lat poczyniony został w związku z opracowaniem jak najlepszych metod walki z dopingiem. Możliwe do zaobserwowania są częste korekty w przepisach antydopingowych, co z jednej strony niewątpliwie utrudnia zadanie osobom podlegającym tym przepisom, których sytuacja prawna jest niezwykle dynamiczna i konieczne jest nieustanne monitorowanie zachodzących zmian. Z drugiej jednak perspektywy wszelkie działania w tym zakresie dążą do stworzenia systemu jak najbliższego ideałowi oraz jak najszybszą poprawę zauważanych w praktyce niedociągnięć. Trudno przy tym nie zaobserwować sankcjonowania coraz większej ingerencji w prywatne życie sportowców, co z kolei budzi sprzeciw zarówno ich samych, jak i osób, dla których prawo do prywatności stanowi dobro szczególne. Należy jednak mieć na uwadze, że globalny postęp w niemal wszystkich dziedzinach życia nie ominął także sportu, wywołując konieczność tworzenia coraz to nowych metod zapobiegania ewentualnym nadużyciom. Słuszne są opinie wskazujące na rosnącą liczbę dziedzin uregulowanych przez przepisy antydopingowe, które wydają się wkraczać w każdą sferę życia zawodników, jak i innych osób związanych ze sportem. Nie można jednak odmówić racji także tym, którzy podkreślają, że tak naprawdę podmiotom walczącym z dopingiem nie pozostawia się już wielkiego wyboru. Złagodzenie przepisów byłoby w pewnym sensie usankcjonowaniem dopingu, który biorąc pod uwagę możliwości dzisiejszej nauki wymknąłby się spod kontroli i zakończyłby erę sportu funkcjonującego w postaci, jakiej znamy od tysiącleci.

Zakończenie

Przedmiotem pracy była prawna analiza międzynarodowych rozwiązań mających za zadanie zapewnienie jak najskuteczniejszej walki z dopingiem, który zagraża czystości sportu.

Niestety problem ten zatacza coraz szersze kręgi i na niedozwolonym wspomaganiu przylapywane jest ciągle dość znaczne grono sportowców, co wykazano na podstawie

badan statystycznych przedstawionych w pierwszym rozdziale tej pracy. Ustalenia te tym bardziej niepokoją, gdy weźmiemy pod uwagę, że duża część przypadków stosowania dopingu wciąż nie jest możliwa do wykrycia lub – co stanowi jeszcze większy problem – wręcz tuszowana. Jak pokazał ostatnio przykład rosyjskich atletów, w dalszym ciągu w proceder ten angażują się państwa, co stanowi dodatkowe utrudnienie dla organizacji walczących z dopingiem i tworzy mało optymistyczną wizję na przyszłość.

Z drugiej strony widzimy jednak, jak wielu podmiotom zależy na zachowaniu sportu w jego pierwotnym kształcie. Na czele tego grona stoi Światowa Agencja Antydopingowa, ale zaangażowanie widoczne jest także wśród innych instytucji tworzących wspólnie światowy system antydopingowy. Pozytywnym symptomem jest coraz większe zainteresowanie omawianą tematyką w ramach Unii Europejskiej, ale wydaje się, że od podmiotu odgrywającego tak istotną rolę we współczesnym świecie należałoby oczekiwać znacznie większego zaangażowania. Ważną rolę w walce z dopingiem powinny także odgrywać same państwa. Warto byłoby pomyśleć nad opracowaniem zharmonizowanych rozwiązań na poziomie międzynarodowym oraz nad metodą ich implementacji w ustawodawstwie krajowym. Można przypuszczać, że przyniosłoby to zdecydowanie lepszy efekt niż rozproszenie przepisów w wielu dokumentach, na wielu poziomach, z czego większość przewiduje jedynie kary dyscyplinarne wymierzone przez podmioty, które często zainteresowane są tuszowaniem przypadków, a nie ich karaniem.

Mimo to należy docenić, jak wiele osiągnięte zostało na przestrzeni lat w kwestii zwalczania nieuczciwej rywalizacji w sporcie. Wyraźnie widać, że organy walki z dopingiem nieustannie wyciągają wnioski z ewentualnych niedociągnięć i poprawiają zauważone błędy, starając się w swoim działaniu używać środków, które stanowić będą najmniejszą możliwą ingerencję w prywatność zawodników. Nie można jednak nie brać pod uwagę ciągłego rozwoju przemysłu dopingowego oraz tego, że pomiędzy uczciwymi atletami znajdują się również tacy, którzy do wyników chcą dojść na skróty i którzy w każdy możliwy sposób będą próbowali uniknąć ujawnienia. Należy odnotować, że wciąż stosunkowo małą rolę w tworzeniu przepisów antydopingowych odgrywają najbardziej zainteresowane osoby – sportowcy. Wydaje się, że zaangażowanie ich w walkę z dopingiem przyczyniłoby się do wypracowania skutecznych rozwiązań zadowalających wszystkie zainteresowane strony.

Bibliografia

Literatura przedmiotu

1. Blackshaw I., *The Court of Arbitration for Sport: An International Forum for Settling Disputes Effectively 'Within the Family of Sport'*, „Entertainment Law” 2003, vol. 2, no. 2, <https://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/eslj/issues/volume2/number2/blackshaw.pdf>, [dostęp: 16.02.2016 r.].
2. Casini L., *Global Hybrid Public – Private Bodies: The World Anti – Doping Agency (WADA)*, University of Rome, „La Sapienza” 2009.
3. Cioch P., *Trybunał Arbitrażowy ds. Sportu w Lozannie*, Kwartalnik ADR 2009, Nr 4(8).
4. Derse E., Wilson W., *The politics of drugs in the Olympic Movements*, Champaign 2001.
5. Duval A., *Cocaine, Doping and the Court of Arbitration for Sport*, ASSER Institute, Haga [b.r.].
6. Epstein T.L., *Challenges exist in regulating use of drugs in sport*, „Chicago Daily Law Bulletin” 2011, vol. 157, no. 126.
7. Foks J., *Sport wyczynowy w prawie Unii Europejskiej*, „Sport Wyczynowy” 2003, nr 3–4, http://www.cos.pl/sw/34_03/13.pdf, [dostęp: 7.01.2016 r.].
8. Fundowicz S., *Prawo sportowe*, Warszawa 2013.
9. Havernik P., *On specific regulation on doping in sport*, „The Lawyer Quarterly”, <http://www.ilaw.cas.cz/tlq/index.php/tlq/article/view/61/51>, [dostęp: 9.03.2016 r.].
10. Kornobis-Romanowska D. (red.), *Sport w prawie europejskim, współczesne wyzwania dla teorii i praktyki*, Warszawa 2014.
11. Lindholm J., *The changing European Landscape of antidoping following the Lisbon Treaty*, „International Sports Law Review Pandektis” 2011, vol. 9.
12. Mavromati D., *The Athlete's Biological Passport (ABP) Program: Legal Issues arising out of the Application of the ABP In the light of the case law of the Court of Arbitration for Sport (CAS)*, CAS Bulletin/Bulletin TAS 2011.
13. Mazzucco M.F., *Lex Sportiva and the Regulation of Doping in International Sport*, Victoria 2010.
14. Mitten. J. M., Opie H., „*Sports Law*”: *Implications for the development of International Comparative And National Law and Global Dispute Resolution*, Marquette University Law School Legal Studies Research Paper Series, Research paper 2010, no. 10–31.
15. Piechota R., *Reguły antydopingowe w prawie międzynarodowym*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2010, nr 6, <http://apcz.pl/czasopisma/index.php/SIT/article/view/SIT.2010.007/1630>, [dostęp: 20.02.2016 r.].
16. Pound R.W., *Sports Arbitration: How it Works and why it Works?*, „McGill Journal of Dispute Resolution” 2015, vol. 1, no. 2, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2620262, [dostęp: 20.02.2016 r.].
17. Rosen Daniel M., *Dope: A History of Performance Enhancement in Sports From Nineteenth Century to Today*, Westport 2008.

18. Siekmann R.C.R., *The Hybrid Character of WADA and the Human Rights of Athletes in Doping Cases (Proportionality Principle)*, http://www.doping.nl/media/kb/2041/20131023T040405-ISLJ_2011_1-2%20-%2089-96%20Robert%20C.R.%20Siekmann.pdf, [dostęp: 9.03.2016 r.].
19. Soek J., *The Legal Nature of Doping Law*, „The International Sports Law Journal” 2002/2, http://www.asser.nl/media/2056/cms_sports_1_1_islj2002-2.pdf, [dostęp: 15.02.2016 r.].
20. Van Vaerenbergh A., *Regulatory Features and Administrative Law Dimensions of the Olympic Movement's Anti-doping Regime*, Global Administrative Law Series, IILJ Working Paper nr 11, Nowy Jork 2005.

Źródła elektroniczne

1. Broszura Rady Europy (RE), *47 krajów i jedna organizacja... Rada Europy*, http://efhr.eu/hdd/br_lt/Premis145212_2013_PL.pdf, [dostęp: 2.03.2016 r.].
2. Klein A., *Paszport biologiczny – starcie z dopingiem nową bronią*, <http://bieganie.pl/?show=1&cat=24&id=4141>, [dostęp: 3.05.2016 r.].
3. Komisja do zwalczania dopingu w sporcie, *Broszura informacyjna*, <http://www.antydoping.pl/upload/publikacje/Broszura%20Antydoping.pdf>, [dostęp: 2.05.2016 r.].
4. Komisja do zwalczania dopingu w sporcie, Implementacja Światowego Kodeksu Antydopingowego do prawa polskiego i współpraca Komisji do Zwalczania Dopingu w Sporcie z polskimi związkami sportowymi, http://www.antydoping.pl/plik/2009/File/2009/01/prezentacja_nr_1.pdf, [dostęp: 1.10.2015 r.].
5. Komisja do zwalczania dopingu w sporcie, *System Adams*, <http://antydoping.pl/pl/programy/adams>, [dostęp: 30.04.2016 r.].
6. Komisja do zwalczania dopingu w sporcie, *Zarejestrowana grupa zawodników*, http://antydoping.pl/pl/informacje_dla_sportowcow/zarejestrowana_grupa_zawodnikow, [dostęp: 30.04.2016 r.].
7. Komunikat WADA z dnia 13 kwietnia 2016 r., <http://www.antydoping.pl/pl/aktualnosci,8548>, [dostęp: 1.05.2016 r.].
8. Komunikat WADA na temat meldonium z dnia 13 kwietnia 2016 r. <https://www.wada-ama.org/en/media/news/2016-04/wada-statement-on-meldonium-notice-issued-to-stakeholders>, [dostęp: 1.05.2016 r.].
9. Światowa Agencja Antydopingowa, *Lista zabroniona z 2015 r.*, http://www.antydoping.pl/upload/2015/Lista%20zabroniona%20WADA%202015_pl.pdf, [dostęp: 1.05.2016 r.].
10. Ministerstwo Sportu i Turystyki, *Unia Europejska a doping w sporcie*, <http://www.msport.gov.pl/wspolpraca-miedzynarodowa-w-zakresie-walki-z-dopingiem-w-sporcie/497-Unia-Europejska-a-doping-w-sporcie>, [dostęp: 03.03.2016 r.].
11. Parlament Europejski, *Noty faktograficzne o Unii Europejskiej: Sektorowe Strategie Polityczne*, http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pl/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.13.7.html, [dostęp: 21.02.2016 r.].

12. Spitzer G. i inni, *Doping in Deutschland von 1950 bis heute aus historisch-soziologischer im Kontext etischer Legitimation*, www.akademie-sge.de/wp-content/uploads/2013/09/Zusammenfassender_Bericht_WWU_HU.pdf, [dostęp: 30.05.2015 r.].
13. Światowa Agencja Antydopingowa, *Athlete Biological Passport Operating Guidelines & Compilation of Required Elements*, wersja anglojęzyczna z 2014 r., https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_abp_operating_guidelines_2014_v5.0_en.pdf, [dostęp: 2.05.2016 r.].
14. Światowa Agencja Antydopingowa, *A brief history of anti-doping*, <https://www.wada-ama.org/en/who-we-are/a-brief-history-of-anti-doping>, [dostęp: 27.05.2015 r.].
15. Światowa Agencja Antydopingowa, *Kontrola antydopingowa – film edukacyjny* <https://www.youtube.com/watch?v=AR7KGqta9eo>, [dostęp: 2.05.2016 r.].
16. Światowa Agencja Antydopingowa, *Unesco Voluntary Fund – questions & answers*, <https://www.wada-ama.org/en/questions-answers/unesco-voluntary-fund>, [dostęp: 03.03.2016 r.].
17. Technische Universität München, *Definicja dopingu*, <http://www.doping-prevention.sp.tum.de/pl/doping-in-general/doping-definition.html>, [dostęp: 18.05.2015 r.].
18. Technische Universität München, *Historia dopingu*, <http://www.doping-prevention.sp.tum.de/pl/doping-in-general/history-of-doping.html>, [dostęp: 27.05.2015 r.].
19. UNESCO, *Sport and anti-doping*, <http://en.unesco.org/themes/sport-and-anti-doping>, [dostęp: 11.02.2016 r.].
20. UNESCO Handbook, *Fund for the elimination of doping in sport*, <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001885/188519e.pdf>, [dostęp: 03.03.2016 r.].

Dokumenty

1. Biała Księga na temat sportu z 11 lipca 2007 r., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52007DC0391&from=EN>, [dostęp: 11.03.2016 r.].
2. Karta Olimpijska z dnia 2 sierpnia 2015 r., http://www.olympic.org/Documents/olympic_charter_en.pdf, [dostęp: 20.02.2016 r.].
3. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 18 stycznia 2011 r., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011DC0012&from=EN>, [dostęp: 11.03.2016 r.].
4. Konwencja Antydopingowa z dnia 16 listopada 1989 r. (Dz. U. z 2001 r. Nr 15, poz. 149).
5. Międzynarodowa Karta Wychowania Fizycznego i Sportu z 1978 r., <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002354/235409e.pdf>, [dostęp: 10.02.2016 r.].
6. Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu dopingu w sporcie z dnia 19 października 2005 r. (Dz. U. z 2007 r. Nr 142, poz. 999).
7. Raport Komisji Europejskiej, *Strategiczne Kierunki dla implementacji nowo przyznanej kompetencji unijnej w zakresie sportu*, http://eose.org/wp-content/uploads/2014/03/Report-from-the-EU-consultation-on-the-New-competence_20101.pdf, [dostęp: 16.03.2016 r.].

8. Reguły Proceduralne Trybunału Arbitrażowego ds. Sportu, <http://www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html>, [dostęp: 04.03.2016 r.].
9. Rozporządzenie 1/2003 z dnia 16 grudnia w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1-25).
10. Statut Rady Europy z dnia 5 maja 1949 r., http://www.pawelfilipek.info/pliki/Statut_Rady_Europy.pdf, [dostęp: 10.02.2016 r.].
11. Światowa Agencja Antydopingowa, *2014 Anti-doping Testing Figures Report*, 2014 rok, https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/wada_2014_anti-doping-testing-figures_full-report_en.pdf, [dostęp: 12.07.2015 r.].
12. Światowa Agencja Antydopingowa, *2013 Anti-Doping Rule Violations (ADRVs) Report*, 2015 rok, <https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/wada-2013-adrv-report-en.pdf>, [dostęp: 12.07.2015 r.].
13. Światowa Agencja Antydopingowa, *Akt założycielski podpisany 10 listopada 1999 roku*, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=433715&Site=COE>, [dostęp: 01.03.2016 r.].
14. Światowa Agencja Antydopingowa, *Athlete Biological Passport – Operating Guidelines and compilation of required elements* z 2014 r., <https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada-abp-operating-guidelines-v5.0-en.pdf>, [dostęp: 3.05.2016 r.].
15. Światowa Agencja Antydopingowa, *Lista zabroniona z 2015 roku*, http://www.anti-doping.pl/upload/2015/Lista%20zabroniona%20WADA%202015_pl.pdf, [dostęp: 01.05.2016 r.].
16. Światowa Agencja Antydopingowa, *Międzynarodowy standard badań i śledztw z 1 stycznia 2015 roku*, wersja polska, www.anti-doping.pl/upload/2015/WADA-2015-ISTI-Final-PL.docx, [dostęp: 01.05.2016 r.].
17. Światowa Agencja Antydopingowa, *Międzynarodowy standard dla laboratoriów z 2015 roku*, wersja polska, www.anti-doping.pl/upload/2015/WADA-ISL-2015-Final-v8.0-PL.docx, [dostęp: 02.05.2016 r.].
18. Światowa Agencja Antydopingowa, *Światowy Kodeks Antydopingowy z 2009 roku*, wersja polska.
19. Światowa Agencja Antydopingowa, *Światowy Kodeks Antydopingowy z 2015 roku*, wersja polska.
20. Światowa Agencja Antydopingowa, *Światowy Kodeks Antydopingowy: Międzynarodowe standardy – Wyłączenia dla celów terapeutycznych z 2015 roku*, wersja polska.
21. The Anti-Doping Database, *Doping stats last ten years* <http://www.dopinglist.com/?action=news&news=article&id=316>, [dostęp: 15.05.2015 r.].
22. Ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (t.j.: Dz. U. z 2014 r., poz.715).
23. Wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. C 83 z 30.03.2010 r.
24. Wyrok Trybunału Arbitrażowego w Lozannie z 2009 r., CAS 2009/A/1912&1913.
25. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-519/04P *David Meca-Medina i Igor Majcen przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* z dnia 18 lipca 2006 r., ECLI:EU:C:2006:492.

OKUPACJA WOJENNA W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM

Wstęp

Wojna jest czasem działań między stronami nieprzyjacielskimi. Strony walczą dla swoich korzyści, a atakowany odpiera nieprzyjaciela. Początkowo zwykle do zajęć dochodzi daleko od ludności cywilnej, walczy armia zawodowa, a cywile wiedzę o stanie wojny czerpią z gazet i wiadomości. Jednak, gdy starcia zaczynają oddziaływać na ludność cywilną, kiedy nie potrzebuje ona wiadomości, by wiedzieć, gdzie odbywają się walki, gdy odczuwa wojnę na własnej skórze, wtedy zagrożone jest życie każdego. Każdy obywatel zaczyna bać się o egzystencję swoją i swoich bliskich, zaczyna zastanawiać się, jak przetrwać kolejny dzień. Nieobca jest myśl, czy walka ma sens i czy warto dołączyć do ruchu oporu. Ludzie podejmują różne decyzje – przez współpracę z wojskami obcymi, próby zwykłego codziennego życia, po walkę w ruchach oporu. Nie nam, świadkom relacji historycznych czy opowieści tych, którzy to przeżyli, jest oceniać ten wybór. Jest to wybór każdego z nich i wierzę, że w tamtej trudnej sytuacji najodpowiedniejszy. W momencie zajęcia terytorium przez agresora i ustanowienia przez niego okupacji na tym terenie ludność wierzy, że życie będzie już normalne. Jednak nadal ich państwo znajduje się we władzy najeźdźcy, a oni sami pod jego władzą. Często jest to okres gorszy niż czas wojny. Właśnie takim działaniom okupanta stara się przeciwstawić międzynarodowe prawo humanitarne oraz inne prawa wojenne. Prawo humanitarne stawia sobie za cel polepszenie losu ludności w trakcie wojny, a także później, w czasie okupacji. By losy ludności w trakcie okupacji nie pozostawiały w gestii okupanta, ustanowiono prawa i konwencje, które mają za zadanie chronić ludność, terytorium oraz mienie na terenie okupowanym. Dzięki prawu międzynarodowemu ludność znajdująca się pod okupacją ma prawa, do przestrzegania których zobowiązany jest okupant.

Nie możemy zapomnieć, że znajdujący się pod okupacją to ludzie tacy jak my, których codzienne troski i problemy przypominają nasze, a ich życie zmieniło się bez ich woli, a często i udziału. To ludzie, którzy po prostu chcą przeżyć kolejny dzień i o to walczą. Jak każdy zasługują oni na ochronę życia i zdrowia. I ochrona taka jest kluczowym aspektem prawa międzynarodowego i w szczególności – prawa okupacyjnego.

W związku z powyższym temat okupacji jawi się jako problem naszych czasów, a ochrona zapewniana przez prawo międzynarodowe – jako działania służące ochronie ludności, która jest często bezwolnym uczestnikiem najpierw wojny, a później okupacji.

Jest to problem szeroki, a w niniejszym artykule skupiono się na okupacji wojennej, a szczególnie na prawach okupanta, związaną z tym ochroną ludności cywilnej oraz na prawach państwa okupowanego, w ramach którego na uwagę zasługuje problem suwerenności państwa okupowanego. Zwrócono też uwagę na status jeńców wojennych oraz działanie zbrojnego ruchu oporu. Artykuł w szczególności podkreśla prawa człowieka, zwłaszcza znajdującego się pod władzą okupanta.

I. Okupacja – ewolucja, pojęcie, podstawa prawna

1. Ewolucja instytucji

Okupacja terytorium pojawia się w historii ludzkości już w najdawniejszych czasach. Nawet potoczne i intuicyjne znaczenie terminu oznacza czasowe wzięcie w posiadanie¹. Jednak na przestrzeni dziejów podejście do problemu zmieniało się zarówno u władców państw, jak i zwykłych obywateli. Początkowo, w starożytności oraz średniowieczu, brak było terytorium państwa i nie było ono chronione. Tereny były zajmowane przez plemiona, a państwowość nie była dostatecznie rozwinięta, by terytorium państwa można było uważać za nienaruszalne oraz objęte granicami wyznaczonymi przez władcę. Każdy akt najazdu innego państwa był uważany za przejście terenu pod nowe władztwo. Zajęcie terytorium nieprzyjaciela siłą było traktowane jako regularny sposób nabycia. Przejście terytorium w ręce nieprzyjaciela odbywało się więc poprzez sam fakt najazdu i zajęcie obszaru, na którym dotychczas rządził inny władca. Grabieże wojenne oraz sprowadzanie ludności zdobytego terenu do stanu niewolniczego było zwykłym działaniem wśród władców tego czasu². W czasach późniejszych, do około XVIII w., okupacja była uważana za tytuł prawny zwierzchnictwa terytorialnego, a takie nabycie za regularny sposób nabycia terytorium³. W związku z tym agresja na inne państwo nie była karana, gdyż nie można jej było przypisać odpowiedzialności karnej. Pierwszym przejawem w zakresie traktowania terytorium okupowanego był traktat pokoju z Utrechtu stworzony w 1713 r. Przyjął on, że zmiana zwierzchnictwa terytorialnego w wyniku okupacji jest możliwa tylko pod warunkiem zawieszającym potwierdzenia zmiany przez traktat pokoju z retroaktywnym skutkiem prawnym⁴. Poprzez doktrynę Rousseau–Portalisa w XVIII w. koncepcja wojny oraz praw ludności cywilnej uległa przeobrażeniu. Doktryna ta stanowi, że „wojna jest stanem między państwami, w której jednostki stają naprzeciw siebie jako reprezentanci państw-żołnierze”⁵. W ujęciu tym okupacja jest przejściowym zarządem zajętych w wyniku podboju terytoriów. Najważniejszy jest nacisk na słowo przejściowy, który to ogranicza częściowo

¹ R. Kwiecień, *Okupacja wojenna w świetle prawa międzynarodowego: natura, skutki, nowe tendencje*, Lublin 2013, s. 65.

² R. Bierzanek, *Wojna a prawo międzynarodowe*, Warszawa 1982, s. 227.

³ *Ibidem*, s. 227.

⁴ R. Kwiecień, *op. cit.*, s. 67–68.

⁵ R. Bierzanek, *op. cit.*, s. 227.

dotychczasową suwerenność, ale nie niweczy jej, a jedynie ustanawia stan zawieszenie do czasu zakończenia działań wojennych. Koncepcja Rousseau–Portalisa znalazła wyraz w nieratyfikowanej deklaracji brukselskiej z 1874 r.⁶, która stanowi, że „zwierzchnictwo władzy prawowitej jest zawieszone i faktycznie przechodzi w ręce okupanta, który podejmuje wszelkie środki zależne od niego w celu przywrócenia i zapewnienia w miarę możliwości porządku i życia publicznego. W tym celu utrzyma w mocy obowiązujące na tym terytorium w czasie pokoju ustawy, nie będzie ich zmieniał ani zawieszał, ani zastępował innymi poza przypadkami, gdy zachodzi konieczność”⁷. Deklaracja ta nie została jednak ratyfikowana. Uległo zmianie także społeczne postrzeganie przynależności ludności do danego państwa. Obywatele zaczęli identyfikować się ze swoim państwem i powoli zaczynała obowiązywać idea świadomego obywatelstwa. Tak więc już od 1874 r. zaczęto kłaść nacisk na obronę praw ludności cywilnej oraz na kwestię ustawodawstwa na terytorium okupowanym. Dzięki dyskusjom dotyczącym deklaracji brukselskiej doszła do głosu konieczność ochrony praw ludności cywilnej, co dało podwaliny do podpisania późniejszych konwencji. Pierwsze z obowiązujących przepisów dotyczących okupacji zostały uchwalone na konferencjach haskich w roku 1899 oraz 1907. Owocem prac tych konferencji jest obowiązujący do dzisiaj regulamin haski praw i zwyczajów wojny lądowej⁸. W 1919 r. Pakt Ligi Narodów, część składowa traktatu wersalskiego, ustanowił rozwiązania, które miały na celu utrzymywanie całości terytorialnej i niezależności politycznej wszystkich członków Ligi. Miała ona też upoważnienie do podejmowania wszelkich środków w celu zapewnienia pokoju między narodami. Wskazano też, że rozpoczęcie wojny należy rozumieć jako *de facto* wypowiedzenie wojny przeciw wszystkim członkom Ligi Narodów, a w konsekwencji prowadzić do zastosowania sankcji zbiorowych oraz powołania sił zbrojnych Ligi⁹. Wkład w rozwój uregulowań dotyczących okupacji wniosła również 35 sesja *International Law Association* obradująca w Warszawie w 1928 r. Opracowany projekt nosił nazwę regulamin prawa wojennego na okupowanych terytoriach, zwany później Regulaminem Warszawskim¹⁰. Następnie podczas XV Międzynarodowej Konferencji Czerwonego Krzyża w Tokio w 1934 powstał projekt umowy o ochronie ludności cywilnej posiadającej obywatelstwo państwa nieprzyjacielskiego na obszarze państwa wojującego oraz na terytoriach okupowanych¹¹. Prace zostały jednak przerwane przez wybuch II wojny światowej. Dopiero okres po II wojnie światowej ukazał nagłą konieczność dokładniejszej i szerszej regulacji instytucji okupacji i w roku 1949 r. przyjęto IV Konwencję genewską o ochronie osób cywilnych podczas wojny¹². Istota i waga tych postanowień tkwi szczególnie mocno w zwyczajowych poglądach prawnych i przekonaniach

⁶ Project of an International Declaration Concerning the Laws and Customs of War, Aug. 27, 1874.

⁷ R. Bierzanek, *op. cit.*, s. 228.

⁸ *Ibidem*, s. 288.

⁹ M. Gąska, A. Ciupiński, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Wybrane problemy*, Warszawa 2001, s. 9.

¹⁰ R. Bierzanek, *op. cit.*, s. 227.

¹¹ *Ibidem*, s. 229.

¹² *Ibidem*, s. 229.

moralnych. Jest to najbardziej trwała podstawa dla prawa zwyczajowego, tak istotnego w prawie międzynarodowym. Również w dzisiejszych czasach regulacje dotyczące okupacji są szeroko stosowane i – jak pokazują aktualne wydarzenia – także bardzo potrzebne.

2. Definicja okupacji

Okupacja jako instytucja prawna o doniosłym znaczeniu jest przedmiotem zainteresowania wielu autorów w literaturze prawa międzynarodowego. Jednak przedstawiane przez nich koncepcje różnią się między sobą. Wszyscy autorzy jednak zgodnie odwołują się do art. 42 Regulaminu haskiego z 18 października 1907 r.¹³, który stanowi: „Terytorium uważa się za okupowane, jeżeli faktycznie znajdują się pod władzą armii nieprzyjacielskiej. Okupacja rozciąga się jedynie na te terytoria, gdzie ta władza jest ustanowiona i gdzie może być wykonywana”¹⁴.

Jak wskazuje M. Flemming, definicja ta zawiera zaledwie dwie cechy okupacji. Są nimi skuteczność i tymczasowość¹⁵. Autor ten podaje również inną definicję: „przez określenie okupacja wojskowa należy rozumieć tymczasowe przebywanie na obszarze należącym do innego państwa sił zbrojnych i ewentualnie innych organów pozostających w wyłącznej dyspozycji państwa macierzystego i od niego w pełni zależnych, wykonujących na zajęтым terytorium w różnym zakresie funkcje zarządzania”¹⁶. Wskazuje również, że okupacja całego nawet terytorium państwa nie oznacza zaniku jego bytu państwowego i nadal trwa ono jako państwo, ponieważ istnieją jego fundamentalne elementy, które je tworzą. Są nimi: terytorium, które mimo okupacji innego państwa nadal zachowuje swoją odrębność prawnomiędzynarodową, ludność, która zachowuje swoje obywatelstwo, oraz legalna władza państwowa, która może być ograniczona w wykonywaniu swoich funkcji przez okupanta, ale pozostaje władzą, a władza okupanta jest władzą obcą.

Te fundamentalne elementy przywoływane przez M. Flemminga ukazują, że okupacja jest tylko tymczasowym zarządem, gdyż nie jest ona w stanie zniszczyć bytu państwowego istniejącego wcześniej. Nie zgadza się on również z opinią, że każdy pobyt wojska na obcym terytorium można uważać za okupację. Jego zdaniem, by tak się stało, musi mieć na celu zajęcie terenu, a także ustanowienie na nim władzy do zarządzania zajęтым obszarem. Wspomina również, że zajęcie części własnego terytorium nie jest okupacją w rozumieniu regulaminu haskiego, gdyż okupacja w swojej istocie musi być zajęciem cudzego terytorium. Tak więc zajęcie terytorium na przykład w trakcie wojny narodowowyzwoleńczej oraz antykolonialnej nie jest okupacją. A więc kolejnym elementem, koniecznym do powstania okupacji jest zajęcie cudzego terytorium. Nacisk został położony także na istotę zastosowania przepisów regulaminu haskiego, czyli głównie definicji okupacji. Czas wojny może powodować trudności z ustaleniem stanu

¹³ Dz. U. z 1927 r. Nr 21, poz. 161.

¹⁴ Dz. U. z 1927 r. Nr 21, poz. 161.

¹⁵ M. Flemming, *Okupacja wojskowa w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 1981, s. 13.

¹⁶ *Ibidem*, s. 13.

wojny, który nie zawsze jest oczywisty i bezsporny. Uznaje się, że wojna w znaczeniu materialnym istnieje z chwilą rozpoczęcia działań wojennych. Podkreśla się również, że istotnym elementem okupacji jest faktyczne sprawowanie zarządu nad okupowanym terytorium przez władze państwa, które dokonało inwazji. Możliwość dokonania okupacji tylko przez państwo podkreśla M. Pietras-Eichberger¹⁷.

Poglądy te potwierdza T. Leško, zaznaczając, że okupacja jest stanem faktycznym i niezbędny jest zamiar utrzymania we władaniu zajętego terytorium i sprawowanie efektywnego zarządu. Podkreśla skuteczność jako element najważniejszy i potępia agresję jako zbrodnię międzynarodową¹⁸.

Z kolei R. Bierzanek twierdzi, że przez okupację wojenną należy rozumieć zajęcie przez wojska i władze nieprzyjaciela części lub całości terytorium przeciwnika¹⁹. Podkreśla także, że przepisy regulaminu haskiego obejmują okupację terytorium w czasie wojny i nie obejmują strefy działań wojennych. Także terytorium przestaje być okupowane, jeśli w trakcie walk przekształci się teren działań wojennych, a szczególnie gdy zostanie uwolnione. Istotne dla tej definicji jest rozróżnienie strefy działań wojennych od terytorium okupowanego. Okupacja jest już obszarem, który w wyniku działań wojennych lub też poddania się ludności został zajęty, a władzę nad nim sprawuje poprzez swoją administrację okupant. W następstwie okupacji władza rzeczywista przechodzi w ręce okupanta, jednak jego prawa mają charakter przejściowy, a nie trwałe.

Według M. Greenspana efektywna okupacja wojenna rozpoczyna się, kiedy na danym obszarze pokonany został zorganizowany opór, a wojska, które objęły ten obszar, są w stanie w rozsądnym czasie utrzymać władzę w każdej części okupowanego obszaru. Nie znaczy to, że wojska okupujące muszą stacjonować w każdym zakątku terytorium, istotne jest, by mogły dać odczuć swą władzę w określonym czasie i miejscu, gdy tego wymaga sytuacja²⁰. Kryterium to jest nieścisłe, jednak obrazuje, jak powinna być wykonywana władza na zajętych obszarze.

M. Gąska²¹, tak samo jak M. Flemming, wskazuje, że zajęcie części własnego terytorium państwowego przez wojsko nie może być rozumiane jako okupacja, gdyż okupacją jest zajęcie cudzego terytorium państwowego. Również zajęcie terytorium w trakcie wojny narodowowyzwoleńczej oraz antykolonialnej nie może być traktowane jako okupacja. Podaje on także, że okupację wojskową można określić jako tymczasowe przebywanie sił zbrojnych i innych organów pozostających w wyłącznej dyspozycji państwa okupującego i w pełni od niego zależnych na obszarze należącym do innego państwa. Podkreśla istotę traktowania okupacji jako powstającej w drodze wydarzeń faktycznych, a więc jest ona zdarzeniem opierającym się na przesłankach faktycznych, czyli podstawowe znaczenie dla jej istnienia ma fakt działań wojennych. Wynika z tego przesłanka ko-

¹⁷ M. Pietras-Eichberger, *Ochrona osób pozbawionych wolności podczas konfliktów zbrojnych w świetle prawa międzynarodowego*, Przemyśl–Rzeszów 2010, s. 46.

¹⁸ T. Leško, *Międzynarodowe prawo konfliktów zbrojnych*, Warszawa 1982, s. 108.

¹⁹ R. Bierzanek, *op. cit.*, s. 229.

²⁰ *Ibidem*, s. 232.

²¹ M. Gąska, *Zbrojny ruch oporu w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych*, Warszawa 1999, s. 8–15.

nieczności sprawowania przez okupującego władzy nad terenem okupowanym, gdyż w momencie ustania takiego władztwa stan faktycznej władzy przestaje istnieć. Takie działanie ma miejsce między innymi w sytuacji działania sił partyzanckich, które w przypadku odebrania władzy nad terytorium, doprowadzają do zakończenia stanu okupowania terenu. Opanowanie takie musi być trwałe i pociągać za sobą ustanowienie władzy na danym obszarze. I również, przedstawiając kwestię z drugiej strony, zajęcie terytorium przez wojska okupujące lub odebranie terenu siłom partyzanckim przez wojska okupujące, musi także nieść ze sobą przesłankę trwałości i być uzewnętrznione przez ustanowienie władzy. Prof. von Glahn ustanowił reguły, które pozwalają na zapewnienie skuteczności okupacji. Są nimi: sprawowanie władzy na terytorium przez dowódcę wojsk, zachowanie bezpieczeństwa wojsk okupacyjnych, zapewnienie spokoju na terytorium okupowanym, a – co za tym idzie – zachowanie miejscowego prawa, obyczajów i instytucji kościelnych, surowe karanie naruszeń norm ustanowionych przez władze okupacyjne, ustanowienie okupacyjnego sądownictwa wojskowego sprawującego władzę w zakresie dotyczącym bezpieczeństwa wojsk okupacyjnych oraz konieczność powołania specjalnych organów do zarządzania okupowanym terytorium²². Z kolei wymóg efektywności sprawia, że okupacja obejmuje tylko to terytorium, na którym władza jest ustanowiona i może być wykonywana. W związku z tym musi ona realnie istnieć i nie może być deklarowana na obszarach niezajętych. Jak wskazują powyższe słowa, M. Gąska po raz kolejny powtarza wnioski M. Flemminga i także kładzie nacisk na aspekt efektywności.

L. Ehrlich wskazuje, że okupacja to przejściowe zajęcie przez siły zbrojne państwa wojującego części lub całości terytorium nieprzyjaciela i ustanowienie tam faktycznej władzy²³. Według niego okupacja zgodnie z regulaminem haskim trwa tak długo, jak długo trwają normalne działania wojenne dlatego też okupacja obszaru państwa nieprzyjacielskiego po jego okupacji bezwarunkowej nie podpada już pod normy regulaminu haskiego, lecz jest od tych norm zupełnie niezależna²⁴.

Z kolei A. Kłafkowski zwraca uwagę na istotę efektywności okupacji oraz tymczasowość jej trwania. Tak więc w swoich wnioskach jest zgodny z poglądami M. Flemminga oraz M. Gąski. Zauważa również jej anormalny charakter, który powstaje poprzez zajęcie obcego terytorium. Nie odstępuje także od – wydaje się – powszechnego poglądu konieczności faktycznego władania terytorium²⁵.

Co więcej, należy odróżnić okupację od innych form obecności wojskowej jednego państwa na terytorium drugiego. Są wśród nich: misje wojskowe, attachaty, obecność doradców wojskowych i grup wyszkolenia, pobyt sił zbrojnych w czasie wspólnych manewrów wojskowych, podczas zwalczania klęsk żywiołowych, akcji ratowniczych, poszukiwawczych czy humanitarnych, podczas zapobiegania aktom terroryzmu, stacjonowanie naczelných dowództw wielostronnych sojuszy wojskowych, udział wojska w szkoleniach i reprezentacjach, samodzielne instalacje wojskowe oraz bazy wojskowe²⁶.

²² *Ibidem*, s. 14.

²³ *Ibidem*, s. 13.

²⁴ R. Bierzanek, *op. cit.*, s. 231.

²⁵ M. Gąska, *op. cit.*, s. 13.

²⁶ M. Gąska, A. Ciupiński, *op. cit.*, s. 40–41.

Doniosłe znaczenie ma rozróżnienie okupacji od inwazji. Ta druga jest wtargnięciem sił zbrojnych na obszar drugiego państwa, ale bez ustanawiania na tym terenie władzy lub organizacji. Jeśli inwazja nie prowadzi do zajęcia terytorium i ustanowienia tam zarządu okupacyjnego, jest zwykle tylko początkiem do przejścia do następnego etapu zawłaszczenia terenu, jakim jest okupacja. Zwykle ma charakter operacji wojennej, ponieważ najeźdźca nie jest zainteresowany ustanawianiem administracji na zajętych terytorium²⁷. Następuje wtedy ustanowienie faktycznej władzy i zarządzanie terenem okupowanym. Wkroczenie wojsk po działaniach wojennych na dany obszar nie jest równoznaczne z powstaniem okupacji, choć stanowi jej przesłankę. Konieczne jest utrzymanie danego terytorium oraz ustanowienie na nim zarządu okupacyjnego²⁸. Powołując się na powyższe wyjaśnienia, można uznać, że inwazja jest tylko możliwym początkiem dla okupacji i sama z siebie jest niczym innym, jak tylko przemarszem wojsk po obcym terytorium.

Wszystkie przywołane powyżej definicje oraz ich autorzy zgadzają się, że okupacją jest zajęcie terytorium przez wojska nieprzyjacielskie i musi być ono tymczasowe, efektywne oraz skuteczne. Wskazuje się również, że okupacja jest taką od momentu ustanowienia władzy na terytorium zajętym. Także wskazuje się fakt, że okupacja dotyczy tylko zajęcia cudzego terytorium.

3. Rodzaje okupacji

M. Flemming²⁹ systematyzuje różne rodzaje okupacji, opierając je na różnych wyznacznikach. Jako pierwsze wyróżnia okupacje według postaw prawnych, które dzieli na oparte na uzasadnieniu prawnym oraz ich pozbawione oraz zgodne z prawem międzynarodowym i sprzeczne z jego postanowieniami. Kolejne wyróżnienie opiera się na sytuacji międzynarodowej i dzieli okupacje na pokojowe, wojenne oraz mieszane. Ostatni podział dokonywany jest na podstawie stanowiska zajmowanego przez rząd legalny, co pozwala na wyróżnienie okupacji dobrowolnie zaakceptowanych oraz wymuszonych.

Klasyfikacji dokonuje się również według sytuacji prawnomiędzynarodowej okupowanego terytorium i można wyróżnić wtedy okupację terytoriów bezpaństwowych (*occupatio terrae nullius*) oraz terenów należących do innego państwa.

Jednak szczególnie ważny dla prawa międzynarodowego jest podział na okupację wojskową, pokojową oraz mieszaną, który zostanie przedstawiony poniżej.

Dodatkowo R. Bierzanek odróżnia okupację po bezwarunkowej kapitulacji od okupacji podczas trwania działań wojennych³⁰.

3.1. Okupacja wojenna

Okupacja wojenna jako jedyna z postaci wyróżnianych w doktrynie została uregulowana prawnie. To jej dotyczy art. 42 regulaminu haskiego, który znajduje zastosowanie

²⁷ M. Pietras-Eichberger, *op. cit.*, s. 46.

²⁸ M. Gąska, A. Ciupiński, *op. cit.*, s. 13.

²⁹ M. Flemming, *op. cit.*, s. 20.

³⁰ R. Bierzanek, *op. cit.*, s. 230.

podczas wojny, czyli od momentu rozpoczęcia działań wojennych. Wskazane powyżej definicje dotyczą okupacji wojennej, gdyż to głównie ona jest przedmiotem badań, jest jak najczęściej i najpowszechniej występująca, a także ma najszerze skutki dla ludności cywilnej oraz istnienia bytu państwowego.

3.2. Okupacja pokojowa

Jedna z definicji stanowi, że okupacja pokojowa to czasowe zajęcie przez siły zbrojne obcego terytorium państwowego dokonane w czasie pokoju³¹. Ta definicja za główny aspekt pokojowości uznaje stan pokoju między państwami, a więc brak wojny. Prowadzi to do dalszych wątpliwości, czy stan wojenny jest możliwy do ustalenia *prima facie*. W związku z tym nasuwa się pytanie, czy można określić, że państwa znajdują się w stanie wojny, która *de facto* istnieje, mimo że nie została wypowiedziana. Skoro wojna *de facto* istnieje, czy jest potrzebne wypowiedzenie wojny, które jest tylko czynnością uzupełniającą do istnienia stanu wojny, która jest kwestią faktu. Z powyższego wynika, że czas pokoju, który został wskazany w definicji, powinien być kwestią faktu i nie ma znaczenia dla niego wypowiedzenie lub nie wojny. R. Robin wymienia następujące cechy jako nieodzowne dla zaistnienia okupacji pokojowej: tymczasowość, pokojowość, nieprzekazywanie suwerenności³². Tutaj również w wątpliwość należałoby podać kwestię pokojowości i jej rozumienia. Jeśli pokojowość jest rozumiana tak jak u M. Flemminga, to definicje te są bardzo podobne, jednak R. Robin mocniej akcentuje kwestię nieprzekazywania suwerenności. Z kolei R. Bierzanek³³ wskazuje, że okupacja pokojowa (*occupatio pacifica*) oznacza zajęcie terytorium przez wojska i władze drugiego państwa na podstawie umowy międzynarodowej. Tak więc okupacja pokojowa nie jest okupacją *sensu stricto*, jako że odbywa się ona za zgodą państwa władającego terytorium. Taka umowa powinna zawierać ustalenia dotyczące okupacji oraz sytuacji ludności cywilnej. Należy pamiętać, że nawet umowa międzynarodowa między państwami nie może być w sprzeczności z prawami człowieka i przyrodzonymi prawami człowieka określanymi jako *ius cogens*. Wydaje się, że tak rozumiana okupacja jest zupełnie innego typu niż wskazane powyżej. Dokonuje się ona na podstawie umowy, chociaż zwykle zostaje ona podpisana po podbiciu terenu i dyktowana przez stronę silniejszą słabszej. Chociaż niekoniecznie, gdyż historia zna sytuacje, gdy wkroczenie na terytorium nie nastąpiło, a poprzez zastraszanie oraz dużo mocniejszą pozycję międzynarodową państwo silniejsze mogło wymusić podpisanie takiej umowy. Trzeba pamiętać, że okupacja pokojowa dokonana bez zgody państwa okupowanego jest uważana za okupację wojenną³⁴.

3.3. Okupacja mieszana

W praktyce międzynarodowej występują rodzaje okupacji, których nie można zaklasyfikować do żadnej z powyższych kategorii. Przykładem była okupacja Niemiec oraz

³¹ *Ibidem*, s. 21.

³² *Ibidem*, s. 21.

³³ R. Bierzanek, *op. cit.*, s. 229.

³⁴ R. Kwiecień, *op. cit.*, s. 66.

Japonii po zakończeniu II wojny światowej. Państwa te były okupowane przez wojska zwycięskich mocarstw w wyniku bezwarunkowej kapitulacji. Nie była to okupacja wojenna i jako taka nie podlegała przepisom ją regulującym. Nie była to także okupacja pokojowa, gdyż nie miała do niej zastosowania żadna umowa oraz nie została dokonana w okresie pokoju, tylko po zakończeniu działań wojennych. Istotnym *novum* był też cel okupacji, który został przedstawiony przez mocarstwa okupujące – chciały one dokonać zmian w ustroju politycznym oraz społeczno-gospodarczym państw okupowanych. Sam ten cel stoi wyraźnie w sprzeczności z postanowieniami konwencji dotyczącymi możliwości zmieniania ustroju państwa okupowanego i nie mieści się w kompetencjach okupanta. Taka okupacja jest odmianą tradycyjnego zawojowania, które zgodnie z dzisiejszym prawem międzynarodowym nie ma prawa bytu. Wydaje się jednak, że koncepcja okupacji mieszanej odpowiada poczuciu sprawiedliwości i pozwala na dokonanie zmian w państwie, które dokonało pogwałcenia zasad prawa międzynarodowego.

4. Podstawa prawna

Instytucja okupacji została uregulowana w kilku obowiązujących aktach prawnych. Jako pierwsza została podpisana 18 października 1907 r. znana jako Konwencja dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej (dalej jako IV KH)³⁵. Jako załącznik do konwencji uchwalono także Regulamin dotyczący praw i zwyczajów wojny lądowej, zwany też regulaminem haskim (dalej jako RH)³⁶. W roku 1948 uchwalono Konwencję w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa (dalej jako konwencja w sprawie ludobójstwa)³⁷. Następnie 12 sierpnia 1949 r. pełnomocnicy rządów reprezentowanych na dyplomatycznej podpisali w Genewie Konwencję genewską o ochronie osób cywilnych podczas wojny (dalej jako IV KG)³⁸. W tym samym czasie podpisano Konwencję o traktowaniu jeńców wojennych (dalej jako III KG)³⁹. Kolejnym aktem prawnym, który reguluje aspekty dotyczące sytuacji dóbr kultury, jest Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego wraz z Regulaminem wykonawczym do tej Konwencji oraz Protokół o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego podpisane w Hadze dnia 14 maja 1954 r. (dalej jako konwencja o ochronie dóbr kulturalnych)⁴⁰. Dodatkowo w Hadze dnia 26 marca 1999 r. sporządzono do niej Drugi Protokół, podpisany 7 marca 2012 r. (dalej jako II Protokół)⁴¹. 8 czerwca 1977 r. do konwencji genewskich uchwalono protokół dodatkowy nazwany Protokołem dodatkowym do konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r. dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (dalej jako I Protokół)⁴².

³⁵ Dz. U. z 1927 r. Nr 21, poz. 161.

³⁶ Dz. U. z 1927 r. Nr 21, poz. 161.

³⁷ Dz. U. z 1952 r. Nr 2, poz. 9 i Nr 31, poz. 213.

³⁸ Dz. U. z 1956 r. Nr 38, poz. 171, załącznik.

³⁹ Dz. U. z 1956 r. Nr 38, poz. 175, załącznik.

⁴⁰ Dz. U. z 1957 r. Nr 46, poz. 212, załącznik.

⁴¹ Dz. U. z 2012 r., poz. 248.

⁴² Dz. U. z 1992 r. Nr 41, poz. 175, załącznik.

Prof. Makowski⁴³ wyodrębnił trzy grupy przepisów regulujących okupację. Należą do nich przepisy:

- wypływające z prawa okupanta do samoobrony i mające na celu bezpieczeństwo armii okupacyjnej,
- o charakterze konserwacyjnym, które obciążają okupanta na rzecz ludności cywilnej, ich celem jest utrzymanie porządku i ładu społecznego na zajęтым i okupowanym terenie,
- mające na celu ochronę interesów państwa prawowitego, a tym samym okupowanego.

Systematyka ta, stosowana przez wielu autorów, pojawi się również w niniejszym artykule i ułatwi omawianie praw i obowiązków zarówno okupanta, jak i okupowanego.

5. Ramy czasowe okupacji

Dla określenia, czy okupacja w danym momencie istniała i czy państwo zobowiązane jest do przestrzegania regulacji konwencji dotyczących okupacji, bardzo ważne jest, by wskazać moment, w którym zaczyna się ona i kończy. Ma to bardzo doniosłe znaczenie dla obywateli państwa okupowanego, gdyż w czasie okupacji korzystają oni z praw przyznanych przez konwencje genewskie oraz regulamin haski. Moment zakończenia okupacji jest doniosły dla możliwości określenia momentu powrotu terenu pod władzę państwa suwerennego.

5.1. Początek okupacji

Okupacja nierozzerwalnie wiąże się z agresją dokonaną na terytorium. W uchwale Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych nr 3314/XXIX z dnia 14 grudnia 1974 r. w art. 3 pkt e przedstawiono definicję, według której „jest to użycie sił zbrojnych znajdujących się na terytorium innego państwa za zgodą państwa przyjmującego niezgodne z warunkami określonymi przy wyrażaniu zgody, lub wszelkie przedłużenie ich pobytu na tym terytorium po wygaśnięciu zgody”⁴⁴. Wynika z tego, że agresja jest działaniem zbrojnym i użyciem siły na terytorium państwa obcego w sposób niezgodny z postanowieniami⁴⁵.

Terytorium uważa się za okupowane od momentu ustania na nim zorganizowanego oporu wojskowego i gdy wkraczające wojska mogą ustanowić swoją władzę i wymusić na ludności podporządkowanie się do ich ustawodawstwa. Oczywiście na terenach dotkniętych działaniami wojennymi istnieją zorganizowane ruchy oporu zbrojnego, których działanie jednak nie znosi stanu okupacji. Może się tak stać, gdy działalność takich grup przybierze na sile, a ich zasięg terytorialny będzie na tyle wyraźny i trwale zarysowany, by działalność zarządu okupacyjnego była uniemożliwiona. Okupacja musi być

⁴³ R. Bierzanek, *op. cit.*, s. 234.

⁴⁴ Uchwała Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych nr 3314/XXIX z dnia 14 grudnia 1974 r. art. 3 pkt e.

⁴⁵ M. Flemming, *op. cit.*, s. 17.

także skuteczna, a państwo okupujące mieć zamiar utrzymania we władaniu zajętego terytorium i ustanowienia na nim zarządu.

Okupacja nie zachodzi w pasie działań wojennych o charakterze manewrowym. Wynika to z faktu, że na obszarze działań wojennych nie istnieje żadne ustawodawstwo, a los obszaru nie jest przesądzony i w każdym momencie może się zmienić wraz ze zmianą położenia wojsk walczących.

Literatura rozbieżnie podchodzi do problemów prawnych następstw przejściowej utraty możliwości wykonywania zarządu nad okupowanym terytorium wskutek zbrojnego powstania ludności. Dawnej przeważała teoria, że nie zachodzi wtedy sytuacja zniesienia okupacji. Jednak współcześnie wiedzie prym pogląd przeciwny. Za stanowiskiem takim zdają się przeważać regulaminy wojskowe amerykańskie i angielskie („w przypadku powstań ludności sam fakt, że nastąpiło skuteczne usunięcie okupującego, wydaje się stanowić dowód, że okupacja nie jest skuteczna”). Pogląd ten potwierdza także artykuł 43 RH, który zwraca uwagę na fakt, że wyzwolenie to musi mieć cechy trwałości („Z chwilą faktycznego przejścia władzy z rąk rządu legalnego do rąk okupanta, tenże poweźmie wszystkie będące w jego mocy środki, celem przywrócenia i zapewnienia [...] porządku i życia społecznego, przestrzegając, [...] prawa obowiązujące w tym kraju”). Kluczowe znaczenie ma użycie w tym artykule frazy „faktyczne przejście władzy”, które wskazuje, że władza musi być sprawowana faktycznie przez okupanta, a w wyniku wyzwolenia przez powstanie zbrojne faktyczne sprawowanie władzy przestaje istnieć. Wtedy też władza przechodzi w ręce sił zbrojnego powstania.

M. Gąska stwierdza, że wojna w znaczeniu materialnym istnieje od chwili rozpoczęcia działań wojennych⁴⁶. Ma to doniosłe znaczenie dla określenia stanu wojny między państwami, a także pozwala wyznaczyć dokładny moment, od kiedy wojna jest prowadzona. Zgodnie z definicją M. Gąski już pierwsze działania o charakterze wojskowym pozwalają na stwierdzenie, że istnieje stan wojny, a więc zastosowanie mają także przepisy dotyczące okupacji.

W okupacji wojennej można zauważyć dwa okresy. Pierwszy etap rozpoczyna się od zajęcia terenu przez władzę wojskową, a władzę faktyczną sprawują wtedy dowódcy wojsk. Faza druga jest już etapem ustabilizowania sytuacji na terytorium okupowanym. Władzę przejmuje ustanowiony w tym celu zarząd okupacyjny i rozpoczyna się właściwa okupacja w rozumieniu przepisów regulaminu haskiego⁴⁷. W innej publikacji pojawia się nazwa fazy walki lub czuwania bojowego oraz faza okupacyjna⁴⁸. T. Leśko opisał 3 etapy trwania okupacji, dzieląc ją na rozpoczęcie, kiedy jest opublikowana deklaracja o jej ustanowieniu, okres początkowy, który pozwala na zaspokojenie pilnych potrzeb jednostek walczących, a kiedy organizuje się transport, łączność, zaopatrzenie w żywność, wodę i środki sanitarne, wtedy też władza okupacyjna jest sprawowana przez dowódców wojskowych. Ostatni etap to okres ustabilizowanego zarządu

⁴⁶ M. Gąska, *op. cit.*, s. 14.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 14.

⁴⁸ R. Bierzanek, *op. cit.*, s. 232.

administracyjnego, kiedy przechodzi on w ręce specjalnych organów zazwyczaj powstających przy pomocy sił zbrojnych⁴⁹.

Kwestia wypowiedzenia wojny nie ma dla początku okupacji żadnego znaczenia. Tak samo prawo międzynarodowe odnosi się do konfliktu odbywającego się za wypowiedzeniem wojny, a takiego rozpoczętego samą inwazją. Znaczenie ma sam fakt rozpoczęcia wojny, czyli w efekcie okupacji terenu. Podstawy dla takiego poglądu można wywieść z faktu, że w przypadku okupacji, która zostałaby dokonana niezgodnie z prawem międzynarodowym, obywatele cierpieliby na zupełny brak ochrony ze strony prawa międzynarodowego, co wydaje się niezgodne z prawami człowieka.

W kwestii początku zaistnienia okupacji ogromne znaczenie miał konflikt dotyczący kwestii legalności konfliktu zbrojnego. Część uczonych uważa bowiem, że konflikt wszczęty wbrew prawu międzynarodowemu nie jest chroniony przez prawo międzynarodowe. I nie mogą być one chronione ani dawać uprawnień temu, kto dopuszcza się takich naruszeń prawa międzynarodowego. Z kolei druga strona konfliktu uważa, że kwestia legalności jest sprawą drugorzędną, a okupacja należy do zjawiska, które z samej swej istoty niesie ze sobą określone następstwa prawne. I właśnie ta strona konfliktu zyskuje coraz większe poparcie. Amerykański trybunał wojskowy w sprawie *Hostage case* wywiódł, że „międzynarodowe prawo nie czyni różnicy między okupantem prawnym i bezprawnym, co się tyczy obowiązków zarówno okupanta, jak i ludności na okupowanym terytorium”. Nawet w trakcie prawnie niedozwolonej okupacji władze okupujące muszą się stosować do prawa międzynarodowego, a także korzystać z dozwolonych środków i metod zarządzania i postępowania. Tak więc prawne uzasadnienie okupacji nie może mieć decydującego wpływu na ważność norm prawnych obowiązujących w jej czasie⁵⁰. Potwierdza to Sąd Najwyższy w wyroku z 11 października 1949 r., gdzie stwierdza, że „regulamin haski obowiązuje w każdej okupacji, nawet okupacji bezprawnej, jaką była niemiecka okupacja w Polsce”⁵¹. E. Mikos-Skuza wskazuje na fakt, że przyjęcie poglądu o niestosowaniu prawa okupacyjnego do nielegalnej okupacji doprowadziłoby do zaprzeczenia sensu istnienia prawa konfliktów zbrojnych⁵².

Powyższe rozważania są dowodem, jak skomplikowana i różna może być sytuacja międzynarodowa i jak w związku z tym trudno jest ustalić moment, od którego okupacja staje się rzeczywistością. Jednak mimo trudności powinno się dokonywać tego z wielką starannością, gdyż znaczenie tego momentu jest bardzo istotne zarówno dla państwa okupowanego, jak i okupanta.

5.2. Zakończenie okupacji

Okupacja wojenna musi się zakończyć prędzej czy później, na co wskazuje jeden z warunków okupacji, czyli tymczasowość. W przypadku działań wojennych okupacja

⁴⁹ T. Leško, *op. cit.*, s. 108.

⁵⁰ M. Flemming, *op. cit.*, s. 94–97.

⁵¹ M. Gąska, A. Ciupiński, *op. cit.*, s. 44.

⁵² E. Mikos-Skuza, *Koncepcja okupacji w świetle prawa haskiego i genewskiego a współczesna praktyka okupacji*, [w:] J. Nowakowska-Małusecka, *Międzynarodowe prawo humanitarne. Antecedencje i wyzwania współczesności*, Bydgoszcz–Katowice 2010, s. 102.

ustaje, gdy wojska okupujące faktycznie opuszczają zajęte dotychczas terytorium. Decydujące znaczenie ma wtedy kwestia faktu zaprzestania okupacji. Wycofanie wojsk ma także znaczenie w przypadku ustania okupacji bezumownej, a także tej opartej na umowie.

Koniec okupacji może nastąpić także z chwilą zakończenia działań wojennych lub z chwilą wejścia w życie traktatu pokojowego.

Jednak w prawie międzynarodowym zwykle po ustaniu działań wojennych następuje okupacja rozejmowa uregulowana w art. 6 ust. 3 IV KG – „Na terytorium okupowanym stosowanie niniejszej Konwencji skończy się w rok po ogólnym zakończeniu działań wojennych”. Dodatkowo także w okresie późniejszym państwo okupujące związane jest postanowieniami konwencji, a w szczególności: ochroną praw ludności okupowanego terytorium, międzynarodową odpowiedzialnością państwa okupującego za traktowanie ludności cywilnej, zabronione jest przymusowe przesiedlenia ludności, zakaz zmuszania ludności do służby w siłach zbrojnych lub organizacjach paramilitarnych państwa okupującego⁵³.

Często termin zakończenia okupacji jest określany w umowach międzynarodowych, a może ją zakończyć także przekazanie w traktacie pokojowym innemu państwu w pełne, trwałe i nieograniczone władztwo.

Traktat pokojowy nie zawsze musi oznaczać zakończenie okupacji. Często zmienia się tylko jej charakter z wojennej na pokojową.

Moment zakończenia okupacji jest równie ważny jak chwila, od której okupacja się zaczyna. Określenie ram czasowych obowiązywania okupacji pozwala na zastosowanie odpowiedniego prawa i obowiązującego reżimu prawnego. Pozwala na jasne określenie, kto odpowiada za zbrodnie dokonane na ludności cywilnej i odpowiada za rekwizycje i kontrybucje wojenne. Tak więc określenie obu momentów jest kluczowe dla ustalenia odpowiedzialności.

II. Zakres władzy okupanta

1. Kompetencje w zakresie terytorium

W momencie przejścia władzy nad terytorium zarząd nad nim sprawuje okupant, dlatego też na niego przechodzą wszystkie prawa i obowiązki związane z okupowanym terytorium. Władza ta jest przejściowa i do jej ostatecznego rozstrzygnięcia konieczne jest zakończenie wojny. Do tego czasu okupantowi przysługują szczególne prawa niezbędne do utrzymania porządku publicznego na okupowanych terytoriach. Zostały one jedynie w sposób dość ogólny uregulowane w art. 43 RH, który stanowi, że „z chwilą faktycznego przejścia władzy z rąk rządu legalnego do rąk okupanta, tenże poweźmie wszystkie będące w jego mocy środki, celem przywrócenia i zapewnienia, o ile to jest możliwe, porządku i życia społecznego, przestrzegając, z wyjątkiem bezwzględnych przeszkód, prawa obowiązujące w tym kraju”. W związku z tym na terytorium państwa

⁵³ M. Flemming, *op. cit.*, s. 320.

istnieją dwa porządki prawne, ten państwa prawowitego oraz ten państwa okupującego. Rodzi to oczywiste konflikty w momencie kolizji obu porządków prawnych⁵⁴. Generalnie uprawnienia okupanta można podzielić na dotyczące terytorium oraz dotyczące ludzi je zamieszkujących. Większość kompetencji okupanta jest związana nieodłącznie z terytorium. To właśnie ono zostaje przez niego zajęte i jest przedmiotem zainteresowania prawa międzynarodowego, w tym konwencji. Służy to głównie zapewnieniu bezpieczeństwa armii prowadzącej okupację⁵⁵.

1.1. Władza publiczna

Władza okupanta dotyczy głównie możliwości wydawania nowych praw i obowiązków dotyczących okupowanego terytorium. W związku ze wspomnianym konfliktem między prawem istniejącym wcześniej na danym terytorium a prawem stanowionym przez okupanta należy zastanowić się nad tym, które z nich jest obowiązujące w momencie konfliktu między nimi. Terytorium pozostaje nadal pod dotychczasowym zwierzchnictwem, ale wykonywanie władzy należy do okupanta. Tak więc władza przechodzi w ręce okupanta, jednak jego prawa mają charakter przejściowy, gdyż są one tylko akcesoryjne do praw wcześniej obowiązujących. Faktyczna władza okupanta jest ograniczana przez przepisy prawa międzynarodowego. Szczególne znaczenie ma wspomniany art. 43 RH, którego sformułowanie pozostawia okupantowi luki prawne umożliwiające ograniczone stosowanie przepisu⁵⁶. Zgodnie z tym artykułem zabronione jest dokonywanie zmian w ustawodawstwie państwa okupowanego. Jednak orzeczenie polskiego Sądu Najwyższego z 1924 r. w sprawie ważności dekretu niemieckiego generalnego gubernatora wprowadzającego zmiany w ustawie upoważniającej do wywłaszczenia na cele publiczne, uznano za ogólną zasadę prawa międzynarodowego zakaz zmieniania prawa materialnego, natomiast jest to możliwe w przypadku przepisów proceduralnych⁵⁷. Zauważa to T. Leško, wskazując na zawieszenie lub uchylenie niektórych norm prawnych, a nie likwidację całego systemu prawnego⁵⁸.

Brak jest przepisów dotyczących pookupacyjnych skutków prawnych zarządzeń wydawanych podczas okupacji. Praktyka międzynarodowa wykazuje wiele rozbieżności. Obserwując działalność doktryny w tym zakresie, można wywnioskować, że orzeczenia sądów powszechnych obowiązują i zachowują moc wiążącą. W przypadku wyroków skazujących za przestępstwa polityczne można zauważyć, że są one uchylane jako nieobowiązujące i niezgodne z prawem państwa okupowanego. Natomiast ustawy i rozporządzenia wydane przez władze okupacyjne działają na dwa sposoby. Mogą automatycznie utracić obowiązującą moc w chwili ustania okupacji albo zostać uchylone przez władze państwa okupowanego. Skutki prawne takich przepisów i ich oddziaływanie

⁵⁴ R. Bierzanek, *op. cit.*, s. 238.

⁵⁵ M. Górzyńska, *Okupacja wojenna w prawie międzynarodowym – wybrane zagadnienia*, [w:] Jasudowicz T. (red.), *Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie. Osiągnięcia i wyzwania*, Toruń 2007, s. 176.

⁵⁶ R. Bierzanek, *op. cit.*, s. 237.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 243.

⁵⁸ T. Leško, *op. cit.*, s. 109.

na stan prawny i obywateli państwa należy ocenić w zależności od tego, czy okupant wykroczył poza kompetencje przyznane przez prawo międzynarodowe⁵⁹.

R. Bierzanek wskazuje, że możliwość zmian administracyjnych na okupowanym terenie jest kwestią sporną. Podaje przypadek, gdy okupant obok administracji wojskowej chce ustanowić oddzielną administrację cywilną. Przywołuje odpowiedź Sądu Okręgowego w Hadze, który w podanym przypadku zaaprobował takie działanie jako dozwolone uzupełnienie zmierzające do utrzymania administracji wojskowej. Inne sądy holenderskie orzekły przeciwnie i wskazały, że zmiany takie są niedozwolone, gdy mają na celu upodobnienie do administracji kraju okupanta w celu późniejszej aneksji lub przygotowania do zmian politycznych. Mimo zakazu do dokonywania zmian w ustawodawstwie państwa okupowanego są przypadki, gdy zachowanie takie spotyka się z pozwoleniem, a nawet aprobatą. Tak było ze zniesieniem niewolnictwa w roku 1936 na okupowanym terytorium Etiopii⁶⁰.

Kolejną kwestią nurtującą w przypadku władzy publicznej okupanta jest możliwość zawieszania mocy obowiązującej ustaw o charakterze politycznym. Ustawy o charakterze politycznym to te dotyczące między innymi prawa do odbywania zgromadzeń, wolności prasy, swobody wyjazdu za granicę. Zawieszenie mocy obowiązującej takich ustaw bardzo często zawarte jest już w proklamacji o ustanowieniu okupacji. Brak jest nakazu takiego działania w prawie międzynarodowym, jednak bardzo często jest stosowane⁶¹.

Ważnym aspektem dotyczącym porządku prawnego jest możliwość zmiany sytuacji prawnej sędziów i urzędników. R. Bierzanek wskazuje, że utworzone nowe sądy i nominacje sędziów są generalnie nieważne, jednak gdy okupant działał zgodnie z art. 43 RH, sąd uznał je za ważne. Podstawą prawną jest art. 54 IV KG stanowiący, że „mocarstwu okupacyjnemu nie wolno zmieniać sytuacji prawnej urzędników lub sędziów terytorium okupowanego albo stosować do nich sankcji lub jakichkolwiek innych środków przymusu lub dyskryminacji, jeżeli uchylają się oni od wykonywania swych funkcji ze względu na swoje sumienie”. Jak wynika z przepisu, nie ma on zastosowania do osób pełniących funkcje publiczne⁶². Tak więc okupant nie może stosować wobec sędziów środków przymusu w sytuacji, gdy nie spełniają swoich obowiązków, powołując się na swoje sumienie. Po zakończeniu okupacji państwo okupowane może pociągnąć swoich obywateli do odpowiedzialności karnej za zdradę stanu lub naruszenia obowiązków urzędniczych⁶³.

1.2. Kontrybucje i rekwizycje

Kontrybucje i rekwizycje są świadczeniami na rzecz władzy okupacyjnej i przez nią nakładane na ludność terenu okupowanego. Co ciekawe, ludność sama dostrzega w ich płaceniu korzyści dla siebie. W ten sposób mogą uniknąć grabieży lub gorszego traktowania przez okupanta. Nakładanie danin na ludność terenów okupowanych znane

⁵⁹ R. Bierzanek, *op. cit.*, s. 238.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 239, 241.

⁶¹ *Ibidem*, s. 240.

⁶² *Ibidem*, s. 246.

⁶³ *Ibidem*, s. 240.

jest od dawna, a w trakcie wojny trzydziestoletniej pojawiło się hasło „wojna żywi wojnę”. W szerokim zakresie stosowano daniny w trakcie wojen napoleońskich.

Kontrybucje są daninami pieniężnymi. R. Bierzanek wyróżnił trzy ich rodzaje:

1. Kontrybucje podatkowe, które służą dla pokrycia kosztów utrzymania armii okupacyjnej i administracji. Są one pobierane na zasadzie dotychczasowych podatków według obowiązującego prawa podatkowego. W przypadku gdy nie są wystarczające, zdarzają się daniny pieniężne rozdzielane przez lokalne władze samorządowe.
2. Kontrybucje zastępcze, które zezwalają na pobieranie od ludności świadczeń rzeczowych na potrzeby armii okupacyjnej w drodze rekwizycji. Gdy otrzymanie takich świadczeń rzeczowych jest niemożliwe lub utrudnione, wtedy okupant zmienia rekwizycje na kontrybucje, z których zostaną zakupione potrzebne przedmioty. Są one w rzeczywistości formą podatku wojennego, który spełnia warunki z art. 48 i 49 RH – „Jeżeli nieprzyjaciel pobiera na terytorium okupowanym ustanowione na rzecz państwa podatki, opłaty i rogatek, winien to uczynić w miarę możliwości zgodnie z obowiązującymi przepisami o opodatkowaniu i repartycji opłat, przy czym wynika dlań stąd obowiązek pokrycia kosztów administracji danego terytorium w mierze, w jakiej do tego obowiązany był rząd legalny” oraz „Jeżeli oprócz podatków, wymienionych w artykule poprzednim, okupant pobiera inne daniny pieniężne na terytorium okupowanym to przeznaczeniem ich będą mogły być jedynie potrzeby armii lub administracji tego terytorium”. Zgodnie z powyższym podatki na kontrybucje zastępcze mogą być nakładane tylko w sytuacji, gdy kontrybucje podatkowe nie są wystarczające oraz tylko w celu pokrycia kosztów utrzymania administracji. Tak więc ograniczeniem do nakładania podatku jest konieczność wojenna.
3. Kontrybucje karne służą jako swoista represja dla ludności okupowanej. Zwykle stosuje się je w przypadku zamachu na siły zbrojne okupanta, administrację lub w przypadku sabotażu, gdy sprawcy nie zostaną wykryci. W swojej istocie wykorzystują odpowiedzialność zbiorową. Podstawą do takiego działania jest art. 50 RH stanowiący, że „żadna zbiorowa kara pieniężna lub inna nie może być nałożoną na ludność za postęпки jednostek, za które nie można jej uczynić solidarnie odpowiedzialną”.

By pobieranie kontrybucji było legalne, muszą być spełnione warunki z RH. Pierwszy z nich jest przewidziany w art. 51. Przepis ten stanowi, że „żadna kontrybucja nie powinna być pobierana inaczej, jak na zasadzie rozkazu na piśmie i pod odpowiedzialnością naczelnego generała. Pobór taki powinien odbywać się możliwie zgodnie z przepisami opodatkowania i repartycji podatków obowiązujących. Za opłatę każdego podatku wydane będzie płatnikowi odpowiednie pokwitowanie”. Z przepisu tego wynika konieczność pisemnego rozkazu do pobierania daniny, który ma zapobiec ustanawianiu podatków i opłat na niższych szczeblach i przez osoby nieuprawnione. Temu samemu celowi służy wydanie pisemnego pokwitowania. Dodatkowo pobór powinien pozostawać w zgodzie z przepisami podatkowymi obowiązującymi na terenie okupowanym.

Rekwizycje są następstwem prawa łupu, które w XIX w. uległo przeobrażeniu tak, że rekwizycje wypłacane właścicielom przedmiotów odpowiadały ich wartości. Doprowadziło to do złagodzenia zasady, że „wojna żywi wojnę”. Rekwizycje to głównie

świadczenia i dostawy na rzecz armii okupanta. Dokumentem, który poświadcza oddanie rekwizycji, jest kwit rekwizycyjny z podpisem władzy dokonującej rekwizycji. Legalność pobierania rekwizycji oparta jest na art. 52 RH, który stanowi, że „rekwizycje w naturze oraz usługi mogą być wymagane od gmin i mieszkańców jedynie dla armii okupacyjnej. Będą one zastosowane do środków kraju i będą tego rodzaju, żeby nie pociągały za sobą dla ludności obowiązku uczestniczenia w działaniach wojennych przeciwko własnej ojczyźnie. Te rekwizycje i te usługi mogą być żądane jedynie na zasadzie upoważnienia dowódcy w okupowanej miejscowości. Świadczenia w naturze będą i ile możności opłacane w gotówce, w przeciwnym razie stwierdzone być winny przez pokwitowanie, a zapłata sum należnych winna być wykonaną w możliwie krótkim czasie”. Podział rzeczy, na których można dokonać rekwizycji, został uściślony w art. 53 RH – „Armia, zajmująca daną miejscowość, może zarekwirować tylko gotówkę, fundusze i obligi dłużne (papiery wartościowe), stanowiące własność państwową oraz składy broni, środki transportowe, magazyny i zapasy zaprowiantowania i w ogóle wszelki ruchomy majątek państwa, mogący służyć do celów wojennych. Wszystkie środki, stosowane na lądzie, morzu i w powietrzu celem przenoszenia wiadomości, przewożenia osób i rzeczy poza wypadkami, podpadającymi pod prawo morskie, składy broni i w ogóle wszelki rodzaj amunicji wojennej, mogą być zarekwirowane nawet gdy stanowią własność osób prywatnych, ale podlegają zwrotowi, odszkodowani zaś uregulowane będą po zawarciu pokoju”. Także IV KG odwołuje się do problemu rekwizycji, kładąc przy tym nacisk na liczenie się z potrzebami ludności cywilnej, co więcej, wspominając o środkach żywności oraz lekach, art. 56 stanowi, że „Mocarstwo okupacyjne może rekwirować na terytorium okupowanym środki żywności, artykuły lub zapasy lecznicze wyłącznie dla okupacyjnych sił zbrojnych lub administracji; powinno ono liczyć się z potrzebami ludności cywilnej. Z zastrzeżeniem postanowień innych konwencji międzynarodowych Mocarstwo okupacyjne powinno wydać niezbędne zarządzenia w celu zapewnienia słusznego wynagrodzenia za wszystkie rekwizycje”.

Legalność kontrybucji i rekwizycji była przedmiotem wielu orzeczeń sądowych, jak na przykład francuskiego Trybunału Kasacyjnego w sprawie uznania rekwizycji za bezprawne w sytuacji, gdy wydanie zarządzenia było dokonane przez władze cywilne. Włoski Trybunał Kasacyjny oddalił roszczenia dotyczące rekwizycji, argumentując, że nie ma znaczenia wyznaczenie osoby cywilnej jako wysokiego komisarza. Kwestią dyskusyjną jest zakwalifikowanie władzy żądającej rekwizycji jako uprawnionej do takich działań. Często też procedura dokonywania i ściągania świadczeń pozostawała w sprzeczności z RH. Główną kwestią przy rozpatrywaniu konfliktu było zagadnienie, czy rekwizycja jest definitywnym przeniesieniem własności, czy też jest tymczasowa i ma służyć jako pomoc dla działań armii okupanta i w jego celu. Dylematy takie dotyczyły głównie sytuacji, gdy przedmioty zostały sprzedane osobom prywatnym lub porzucone przez wycofujące się wojska. Sąd Najwyższy Austrii wydał w tej sprawie orzeczenie, odnosząc się do powołanego art. 53 RH, stanowiąc, że armia okupacyjna jest uprawniona do zajęcia przedmiotów, w następstwie czego stają się one własnością państwa okupowanego. Odnosi się to jednak tylko do przedmiotów wymienionych w zdaniu pierwszym

art. 53 RH. Rzeczy wymienione w zdaniu drugim, które należały do osób prywatnych, nie zmieniają właściciela i powinny być zwrócone. Sąd duński potwierdził tę tezę i dodał, że nie można domniemywać, że prawo własności wygasło. Przyczyną odmowy uznania legalności rekwizycji był też brak zapłaty lub wydania pokwitowania. Sądy przyznawały, że może zaistnieć zwłoka w zapłacie, ale nie można odmówić zapłaty zupełnie. Sądy zajmowały się również problemem zarekwirowania przedmiotów, które nie mogły być użyteczne dla armii albo też nie zostały w tym celu użyte. W orzeczeniach pojawia się określenie „grabież” dla takich działań okupanta. Odrzucone zostały też argumenty o stanie wyższej konieczności jako motywu dla działań wojsk okupujących – „nawet gdyby systematyczna grabież krajów okupowanych miała być tak zwaną koniecznością wojenną, to mimo to nie ma usprawiedliwienia dla metody grabieży, która pozostaje w sprzeczności z prawami wojennymi, właśnie w okolicznościach, o których mówi umowa międzynarodowa”. Włoski Trybunał Kasacyjny orzekł, że art. 53 RH nie może być powoływany jako tytuł własności ani jako przyczyna usprawiedliwiająca nabycie. Jeden z Trybunałów Rozjemczych po I wojnie światowej uznał rekwizycję za antytezę kontraktu sprzedaży, powołując się na przymusowy charakter rekwizycji w przeciwieństwie do dobrowolności sprzedaży. Rozpatrując orzeczenia, niedokonanie zapłaty lub jej nieadekwatna wartość, lub też niewydanie kwitu rekwizycyjnego są podstawą uznania rekwizycji za nielegalną, a co więcej – nieważną. W związku z tym okupant nie nabywa własności rzeczy⁶⁴.

Okupant występuje jedynie jako administrator i zarządca gmachów publicznych oraz nieruchomości w państwie okupowanym. Stanowi tak art. 55 RH – „państwo okupujące uważać się będzie jedynie za administratora i użytkownika gmachów publicznych, nieruchomości, lasów i rolnych gospodarstw, należących do państwa nieprzyjacielskiego, a znajdujących się na terytorium okupowanym. Państwo to powinno ochraniać wartość tych majątków i rządzić nimi zgodnie z zasadami użytkowania”. Wynika z tego również obowiązek ochrony tego majątku przez okupanta. Może on korzystać z lasów w ramach racjonalnej gospodarki leśnej, nie może być to gospodarka rabunkowa, niszcząca zasoby państwa okupowanego. Tak samo może korzystać z budynków państwowych, dbając o ich konserwację. Art. 56 RH nakazuje ochronę własności gminnej, instytucji kościelnych, naukowych i sztuk pięknych, jak by były własnością prywatną – „Własność gmin, instytucji kościelnych dobroczynnych, wychowawczych oraz instytucji sztuk pięknych i naukowych, chociażby należących do państwa, będą traktowane jak własność prywatna. Wszelkie zajęcia, zniszczenie lub rozmyślna profanacja instytucji tego rodzaju, pomników historycznych, dzieł sztuki i nauki, są zabronione i winny być karane”. Bardzo istotne jest rozróżnienie między własnością państwa a przedmiotami tylko administrowanymi przez państwo. Są nimi między innymi wkłady oszczędnościowe w bankach, fundusze emerytalne, które nie podlegają zaborowi⁶⁵.

Kontrybucje i rekwizycje są bardzo często występującymi świadczeniami pobieranymi przez okupanta i właśnie ze względu na ich powszechność i szerokie występowanie

⁶⁴ *Ibidem*, s. 247–256.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 256.

nie zostały uregulowane szczegółowo. Jest to kwestia sporna między stronami i w związku z tym sądy orzekały w wielu sprawach dotyczących rekwizycji i kontrybucji.

2. Kompetencje w zakresie władztwa personalnego

Jedną z najważniejszych kompetencji, która przysługuje okupantowi, jest władztwo personalne. Początkowo podział regulował RH, dokonując rozróżnienia między stronami walczącymi a tymi, które nie biorą w tym udziału. W art. 22 RH zostały ograniczone środki przysługujące okupantowi – „Strony wojujące nie mają nieograniczonego prawa wyboru środków szkodenia nieprzyjacielowi”. Kolejne artykuły zabraniały dokonywania bombardowań – „Oprócz zakazów, ustanowionych przez specjalne konwencje, zabrania się mianowicie: g) niszczyć lub zagarniać własność nieprzyjaciela, oprócz wypadków, gdy takiego zniszczenia lub zagarnięcia wymaga konieczność wojenna” (art. 23g RH).

„Wzbronione jest atakowanie lub bombardowanie w jaki bądź sposób bezbronnych wsi, domów mieszkalnych i budowli” (art. 25 RH). Na podstawie tych artykułów zaczęto odróżniać obiekty wojskowe i niewojskowe, a dalej ludność cywilną i biorącą udział w konflikcie zbrojnym. Uchwała Zgromadzenia Ogólnego nr 2675/XXV głosi, że „przy prowadzeniu operacji wojskowych w konfliktach zbrojnych należy zawsze dokonywać rozróżnienia między osobami czynnie uczestniczącymi w działaniach wojennych a ludnością cywilną”⁶⁶. Termin ludność cywilna został ujęty dopiero w I protokole. W art. 48 RH wskazano na ogólną zasadę kierowania operacji jedynie przeciwko celom wojskowym – „W celu zapewnienia poszanowania i ochrony ludności cywilnej oraz dóbr o charakterze cywilnym strony konfliktu powinny zawsze odróżnić ludność cywilną od kombatantów oraz dobra o charakterze cywilnym od celów wojskowych i w związku z tym kierować swoje operacje jedynie przeciwko celom wojskowym”⁶⁷. Art. 50 RH stanowi, że:

1. „Za cywilną uważana jest każda osoba nie należąca do żadnej z kategorii określonych w artykule 4 A 1), 2), 3) i 6) Trzeciej Konwencji i w artykule 43 niniejszego protokołu. W razie wątpliwości dana osoba będzie uważana za cywilną.
2. Ludność cywilna obejmuje wszystkie osoby cywilne.
3. Obecność wśród ludności cywilnej pojedynczych osób nie odpowiadających określeniu osoby cywilnej nie pozbawia tej ludności jej cywilnego charakteru”.

Art. 43 I Protokołu:

1. „Siły zbrojne strony konfliktu składają się ze wszystkich uzbrojonych i zorganizowanych sił, grup i oddziałów, które podlegają dowództwu odpowiedzialnemu przed tą stroną za postępowanie jego podwładnych, choćby ta strona była reprezentowana przez rząd lub władzę nie uznane przez stronę przeciwną. Takie siły zbrojne powinny podlegać systemowi wewnętrznej dyscypliny, który by zapewniał między innymi poszanowanie przepisów prawa międzynarodowego mającego zastosowanie w konfliktach zbrojnych”.

⁶⁶ Cyt. za R. Bierzanek, *Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych*, Warszawa 1972 r., s. 89.

⁶⁷ *Idem, Wojna...*, s. 185.

Art. 4 III KG:

A. „Jeńcami wojennymi w rozumieniu niniejszej Konwencji są osoby, które znalazły się we władzy nieprzyjaciela, a należą do jednej z następujących kategorii:

- 1) członkowie sił zbrojnych Strony w konflikcie, jak również członkowie milicji i oddziałów ochotniczych, stanowiących część tych sił zbrojnych;
- 2) członkowie innych milicji i innych oddziałów ochotniczych, włączając w to członków zorganizowanych ruchów oporu, należących do jednej ze Stron w konflikcie i działających poza granicami lub w granicach własnego terytorium, nawet jeżeli pod warunkiem, że te milicje lub oddziały ochotnicze, włączając w to zorganizowane ruchy oporu, odpowiadają następującym warunkom:
 - a) mają na czele osobę odpowiedzialną za swych podwładnych;
 - b) noszą stały i dający się z daleka rozpoznać znak rozpoznawczy;
 - c) jawnie noszą broń;
 - d) przestrzegają w swych działaniach praw i zwyczajów wojny;
- 3) członkowie regularnych sił zbrojnych, którzy podają się za podlegających rządowi lub władzy nie uznanym przez Mocarstwo zatrzymujące;
- 4) osoby towarzyszące siłom zbrojnym, ale nie należące do nich bezpośrednio, jak na przykład cywilni członkowie załóg samolotów wojskowych, korespondenci wojenni, dostawcy, członkowie oddziałów pracy lub służb, powołanych do opiekowania się wojskowymi, pod warunkiem, że otrzymali oni upoważnienie od sił zbrojnych, którym towarzyszą, przy czym te ostatnie obowiązane są wydać im w tym celu kartę tożsamości według załączonego wzoru;
- 5) członkowie załóg statków handlowych, włączając w to kapitanów, pilotów i uczniów, oraz członkowie załóg samolotów cywilnych Stron w konflikcie, o ile nie przysługuje im prawo do korzystniejszego traktowania na mocy innych postanowień prawa międzynarodowego;
- 6) ludność terytorium nie okupowanego, która przy zbliżaniu się nieprzyjaciela chwytta spontanicznie za broń, aby stawić opór inwazji, a nie miała czasu zorganizować się w regularne siły zbrojne, jeżeli jawnie nosi broń i przestrzega praw i zwyczajów wojennych”.

Potwierdza to art. 51 I Protokołu, który stanowi, że:

1. „Ludność cywilna i osoby cywilne korzystają z ogólnej ochrony przed niebezpieczeństwami wynikającymi z operacji wojskowych. W celu uczynienia tej ochrony skuteczną należy przestrzegać we wszelkich okolicznościach następujących przepisów, które uzupełniają inne odpowiednie przepisy prawa międzynarodowego.
2. Celem ataków nie mogą być ani ludność cywilna jako taka, ani osoby cywilne. Zabronione są akty i groźby przemocy, których głównym celem jest zastraszenie ludności cywilnej.
3. Osoby cywilne nie korzystają z ochrony określonej w niniejszym dziale, jeżeli uczestniczą bezpośrednio w działaniach zbrojnych, przez czas trwania takiego uczestnictwa.

4. Zabronione są ataki skierowane tytułem represaliów przeciwko ludności cywilnej lub osobom cywilnym.
5. Obecność lub ruch ludności cywilnej albo osób cywilnych nie powinny być wykorzystywane do ochrony przed operacjami wojskowymi pewnych punktów lub pewnych stref, zwłaszcza do prób ochrony celów wojskowych przed atakami albo do maskowania, ułatwienia lub utrudnienia operacji wojskowych. Strony konfliktu nie powinny kierować ruchu ludności cywilnej lub osób cywilnych tak, by stanowiło to próbę ochrony celów wojskowych przed atakami lub osłaniania operacji wojskowych”.

Z artykułu tego wynika, że osoby cywilne mają prawo do ochrony tak długo, jak nie biorą udziału w działaniach zbrojnych. Należy też zauważyć, że nie można wykorzystywać osób cywilnych do osłaniania celów wojskowych ani operacji wojskowych⁶⁸.

W literaturze pojawiła się też definicja opierająca się na prawie zwyczajowym – „cywilami są osoby nie będące członkami sił zbrojnych. Na ludność cywilną składają się wszystkie osoby-cyville. Są one chronione przed atakami dopóki i na czas, gdy nie biorą bezpośredniego udziału w walkach”⁶⁹.

Ludność jest zobowiązana do przestrzegania postanowień okupanta, biorąc pod uwagę ograniczenia jego władzy przez prawa międzynarodowe, a w szczególności przepisy konwencji. Historycznie, w XIX w., obowiązywały poglądy, że ludność powinna zachować spokój i być lojalna wobec okupującego. Ludzie winni byli wierność wobec zdobywcy i było to uzasadnione przez historyczny kształt okupacji. Do II wojny światowej panował pogląd, że nie istnieje obowiązek wierności ludności cywilnej wobec okupanta. Jednak obowiązuje ich posłuszeństwo wobec przepisów okupanta. Na gruncie art. 44 i 45 RH zabrania się przymuszania ludności do udzielania wiadomości oraz do przysięgania wierności państwu okupującemu – „Zabrania się stronie wojującej przymuszania ludności terytoriów okupowanych do udzielenia wiadomości o armii przeciwnej stronie wojującej, albo o jej środkach obrony” oraz „Zabrania się przymuszania ludności terytoriów okupowanych do przysięgania na wierność państwu nieprzyjacielskiemu”. Jednak nie sposób zgodzić się z poglądem, że ludność zobowiązana jest do posłuszeństwa. Okupacja służy interesom okupującego, co więcej jest on zobowiązany do zaspokojenia podstawowych potrzeb ludności⁷⁰.

Przemieszczanie ludności na terytorium okupowanym jest dozwolone, gdy odbywa się ono dobrowolnie. Często ludność wyprowadza się też poza obszar okupowany. Natomiast przymusowemu przesiedlaniu ludności poświęcony jest art. 49 IV KG, który mówi, że „Przymusowe przesiedlenia masowe lub indywidualne, jak również deportacje osób podlegających ochronie z terytorium okupowanego na terytorium Mocarstwa okupacyjnego lub na terytorium jakiegokolwiek innego Państwa okupowanego lub nie okupowanego są wzbronione bez względu na powody. Jednakże Mocarstwo okupacyjne może przystąpić do całkowitej lub częściowej ewakuacji określonego okręgu okupowanego,

⁶⁸ H.-P. Gasser, *Międzynarodowe prawo humanitarne. Wprowadzenie*, Polski Czerwony Krzyż, Haupt 1993, s. 68.

⁶⁹ M. Górzyńska, *op. cit.*, s. 178.

⁷⁰ M. Gąska, *op. cit.*, s. 24–25.

jeżeli tego wymagają względy bezpieczeństwa ludności lub naglące konieczności wojskowe. Ewakuacja może pociągnąć za sobą przesiedlenie osób podlegających ochronie tylko wewnątrz terytorium okupowanego, z wyjątkiem przypadku zupełnej niemożności dokonania takiego przesiedlenia. Ludność ewakuowana w ten sposób będzie sprowadzona z powrotem do swoich siedzib z chwilą zakończenia działań wojennych na tym obszarze. Mocarstwo okupacyjne, przystępując do tych przesiedleń lub ewakuacji, powinno w możliwie największej mierze zapewnić osobom podlegającym ochronie właściwe pomieszczenia oraz zadowalające warunki przesiedlenia pod względem zdrowotności, higieny, bezpieczeństwa i wyżywienia, jak również nie dopuszczać do rozdzielania rodzin. Mocarstwo opiekuńcze będzie powiadomione o przesiedleniach i ewakuacjach z chwilą ich nastąpienia. Mocarstwo okupacyjne nie może zatrzymywać osób podlegających ochronie w okolicy szczególnie narażonej na niebezpieczeństwa wojny, chyba że bezpieczeństwo ludności lub naglące konieczności wojskowe tego wymagają. Mocarstwo okupacyjne nie może dokonywać deportacji lub przesiedlenia części własnej ludności cywilnej na terytorium przez nie okupowane”.

Masowe przesiedlenia występowały bardzo często w historii, podczas II wojny światowej na terytorium Niemiec wwieziono 5 milionów osób. Regulacja art. 49 IV KG nie zabrania wysiedlania ludności z terenu okupowanego na ten nieokupowany tego samego kraju. Zakaz przymusowego przemieszczania ludności jest zawarty również w art. 85 I Protokołu – „4. Poza ciężkimi naruszeniami określonymi w ustępach poprzednich i w Konwencjach, następujące czyny uważa się za ciężkie naruszenia protokołu, w razie popełnienia ich z winy umyślnej i z naruszeniem Konwencji lub niniejszego protokołu:

- a) przeniesienie przez Mocarstwo Okupacyjne części swej ludności cywilnej na terytorium, które okupuje, albo deportacja lub przeniesienie wewnątrz, lub poza terytorium okupowane całości albo części ludności tego terytorium, z naruszeniem artykułu 49 Czwartej Konwencji”.

Tak więc przymusowe przesiedlenie ludności jest określane jako zbrodnia wojenna⁷¹.

Okupant nie może zmuszać ludności do służenia w swych siłach zbrojnych lub pomocniczych, tak samo jak nie może wywierać nacisku lub propagandy na rzecz dobrowolnego wstępowania do tej służby⁷². Przymus pracy jest kolejnym uprawnieniem okupanta w stosunku do ludności cywilnej. Jest ono dopuszczalne w sytuacjach wyjątkowych, takich jak właśnie okupacja wojenna. Dopuszcza jej stosowanie IV KG, jednocześnie zaznaczając zakaz dyskryminacji osób pracujących. Art. 51 IV KG stanowi, że „Mocarstwo okupacyjne nie może zmuszać osób podlegających ochronie do służby w swych siłach zbrojnych lub pomocniczych. Wszelki nacisk lub propaganda zmierzające do dobrowolnego wstępowania do nich są wzbronione. Może ono zmuszać do pracy tylko te osoby podlegające ochronie, które przekroczyły wiek 18 lat; dotyczy to jednak tylko prac koniecznych dla potrzeb armii okupacyjnej lub służby o charakterze publicznym w zakresie wyżywienia, mieszkania, ubrania, transportu lub ochrony zdrowia ludności kraju okupo-

⁷¹ M. Flemming, *op. cit.*, s. 178–181.

⁷² R. Bierzanek, *Wojna...*, s. 267.

wanego. Osoby podlegające ochronie nie mogą być zmuszane do żadnej pracy, która zmuszałaby je do wzięcia udziału w działaniach wojennych. Mocarstwo okupacyjne nie może zmuszać osób podlegających ochronie do zapewnienia siłą bezpieczeństwa obiektów, na których terenie wykonują nakazaną pracę. Praca będzie wykonywana wyłącznie w obrębie terytorium okupowanego, na którym te osoby się znajdują. Każda wezwana do pracy osoba, o ile to jest możliwe, pozostanie na swym zwykłym miejscu pracy. Praca będzie słusznie wynagradzana i dostosowana do zdolności fizycznych i umysłowych pracowników. Obowiązujące w Państwie okupowanym ustawy dotyczące warunków i ochrony pracy, a zwłaszcza wynagrodzenia, czasu pracy, wyposażenia, uprzedniego wykształcenia oraz odszkodowania za wypadki przy pracy i choroby zawodowe, stosowane będą w stosunku do osób podlegających ochronie, które są przydzielone do pracy wspomnianej w niniejszym artykule. Rekwizycja siły roboczej nie może nigdy prowadzić do zmobilizowania pracowników i zorganizowania ich systemem wojskowym lub półwojskowym”. Zgodnie z cytowanym artykułem do pracy mogą być zmuszani tylko obywatele, którzy ukończyli 18. rok życia i tylko do prac koniecznych dla potrzeb armii lub służby o charakterze publicznym. Praca ta nie może się wiązać z udziałem w działaniach wojennych lub z zapewnianiem bezpieczeństwa budynkom. Musi się ona odbywać na terytorium okupowanym i być wynagradzana⁷³. Do sytuacji pracowników odwołuje się także art. 52 IV KG, który mówi, że „Żadna umowa, żaden układ lub żaden regulamin nie może naruszyć prawa pracowników, dobrowolnych lub niedobrowolnych, do zwracania się, bez względu na ich miejsce pobytu, do przedstawicieli Mocarstwa opiekuńczego z prośbą o interwencję. Każde zarządzenie, zmierzające do wywołania bezrobocia lub ograniczenia możliwości pracy pracowników kraju okupowanego w celu skłonienia ich do pracy na rzecz Mocarstwa okupacyjnego, jest wzbronione”. Tak więc działanie okupanta nie może mieć na celu wywołania bezrobocia lub ograniczenia możliwości pracy⁷⁴.

Kompetencje dotyczące ludności cywilnej okupowanego terytorium są jednymi z najbardziej i najszerzej uregulowanymi w konwencjach. Bez wątpienia jest to spowodowane wagą i istotą życia ludzi, którzy znajdują się pod obcym władztwem i z tego powodu muszą być chronieni. Należy ocenić pozytywnie działania organizacji humanitarnych mające na celu ochronę ludności, która znalazła się na terenie okupowanym i przez to może być zagrożona.

3. Status zakładników

Branie zakładników jest jedną z form represji zbiorowych, która ma na celu zmuszenie ludności cywilnej do pożądanego przez okupanta zachowania. Kwestia zakładników jest ściśle związana z represaliami⁷⁵. Branie zakładników, a także pozbawianie ich życia było długo dozwolane w prawie wojennym. Branie zakładników było praktyką bardzo powszechną podczas I i II wojny światowej. Konwencje bardzo długo nie zajmowały

⁷³ M. Flemming, *op. cit.*, s. 181–182.

⁷⁴ R. Bierzanek, *Wojna...*, s. 267.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 271.

żadnego stanowiska w tej kwestii i dopiero w RH znalazły się odniesienia do sytuacji zakładników i konieczności poszanowania ich życia. Art. 46 RH wymienia życie jednostek jako jedną z wartości podlegających ochronie – „Honor i prawa rodzinne, życie jednostek i własność prywatna, jak również przekonania religijne i wykonywanie obrządków religijnych, winny być uszanowane. Własność prywatna nie podlega konfiskacie”. Z kolei art. 50 RH zabrania karania ogółu ludności za czyny jednostek – „Żadna zbiorowa kara pieniężna lub inna nie może być nałożoną na ludność za postęпки jednostek, za które nie można jej czynić solidarnie odpowiedzialną”. Artykuły te jednak były zbyt ogólne i nieprecyzowane, by miały moc wiążącą. Jednak mimo tego już po I wojnie światowej zabijanie zakładników było uważane za zbrodnię wojenną⁷⁶. Strony protokołu nr 13 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁷⁷ ma mocy podpisania tego protokołu nie są uprawnione do orzekania kary śmierci również w czasie konfliktów zbrojnych⁷⁸. Dopiero IV KG wyraźnie zabroniła brania zakładników. Art. 34 IV KG w swojej krótkiej i dosadnej treści nie pozwała na żadne wątpliwości interpretacyjne – „Branie zakładników jest wzbronione”. Następnie art. 33 IV KG zabrania aresztowań i egzekucji osób cywilnych w odwecie – „Żadna osoba podlegająca ochronie nie może być karana za czyn, którego nie popełniła osobiście”. Jednak praktyka pokazuje, że stosowanie art. 34 nie jest wystarczające. Państwa zgadzają się z nakazem nieuśmiercania zakładników i się do niego stosują, ale branie zakładników zdarza się nadal. Oczywiście unika się określenia zakładnik, jednak istota pozostaje ta sama. Zakaz brania zakładników jest potwierdzony w art. 75 ust. 2 pkt c I Protokołu – „Następujące czyny są i pozostają zakazane zawsze i wszędzie, niezależnie od tego, czy dokonane zostaną przez funkcjonariuszy cywilnych czy wojskowych: branie zakładników”⁷⁹. Także na XXXIV sesji Zgromadzenia Ogólnego NZ w 1979 r. uchwalono konwencję zabraniającą brania zakładników oraz zobowiązującą państwa do karania takich działań⁸⁰.

4. Ochrona ludności cywilnej przed nadużyciem władzy

Ludność cywilna najwięcej cierpi podczas wojen i okupacji, jakie odbywają się na terenie ich państwa. Z powodu ich bezbronności oraz braku zaangażowania w konflikt to właśnie ich należy chronić przed wojną⁸¹. Wynika to bezpośrednio z klauzuli Martensa⁸². Już w aktach z XIX w. znajdujemy przesłanki do definicji ludności cywilnej. W deklaracji petersburskiej z 1868 r. określono cel wojny jako „osłabienie sił zbrojnych nieprzyjaciela”, a nie działanie przeciwko ludności cywilnej⁸³.

⁷⁶ M. Flemming, *op. cit.*, s. 170.

⁷⁷ Dz.U. z 2013 r., poz. 1044.

⁷⁸ R. Kwiecień, *op. cit.*, s. 75.

⁷⁹ M. Flemming, *op. cit.*, s. 171.

⁸⁰ R. Bierzanek, *Wojna...*, s. 273.

⁸¹ H.-P. Gasser, *op. cit.*, s. 42.

⁸² F. de Mulinen, *Podręcznik prawa wojennego dla sił zbrojnych*, Dom Wydawniczy Bellona, Warszawa 1998, s. 24.

⁸³ R. Bierzanek, *Prawa człowieka...*, s. 88.

Tadeusz Jasudowicz dokonał podziału norm w prawie humanitarnym na te bezwzględnie obowiązujące i prawa z możliwością dostosowania ich do konkretnej sytuacji wojennej. Pierwsze z nich to takie, jak prawo do życia, wolności od tortur, wolności od niewolnictwa i poddaństwa, wolności myśli, sumienia, religii i przekonań oraz prawo do własności. Natomiast prawa, które można dostosować do danej sytuacji, są ograniczane przez obowiązek wynikający z art. 43 RH⁸⁴. Zasadność ochrony ludności i wagę ich praw podkreśla art. 8 IV KG, zabraniając osobom chronionym zrzekania się chroniących ich praw – „Osoby podlegające ochronie nie mogą w żadnym razie zrzec się częściowo lub całkowicie praw, zapewnionych im przez niniejszą Konwencję lub ewentualnie przez układy specjalne, przewidziane w artykule poprzednim”. Wspomniany art. 46 RH jest podstawową regulacją dotyczącą ochrony ludności cywilnej w znaczeniu generalnym. Jest regulacją ogólną uzupełnianą przez przepisy szczegółowe konwencji.

Podstawą ochrony ludności cywilnej jest zakaz działania w sprzeczności z jej odczuciami patriotycznymi. Wyraża się to w art. 45 RH, który mówi: „Zabrania się przymuszania ludności terytoriów okupowanych do przysięgania na wierność państwu nieprzyjacielskiemu”. Art. 50 I Protokołu zawiera definicję ludności cywilnej poprzez odróżnienie ich od członków sił zbrojnych – „Ludność cywilna obejmuje wszystkie osoby cywilne. Obecność wśród ludności cywilnej pojedynczych osób nie odpowiadających określeniu osoby cywilnej nie pozbawia tej ludności jej cywilnego charakteru”. Jak wskazuje P. Łubiński, w momencie wątpliwości co do statusu osoby należy kierować się domniemaniem, że osoba taka jest osobą cywilną⁸⁵. Także art. 52 RH zabrania okupantowi przymuszania ludności do działania na szkodę własnego państwa – „Rekwizycje w naturze oraz usługi mogą być wymagane od gmin i mieszkańców jedynie dla armii okupacyjnej. Będą one zastosowane do środków kraju i będą tego rodzaju, żeby nie pociągały za sobą dla ludności obowiązku uczestniczenia w działaniach wojennych przeciwko własnej ojczyźnie”⁸⁶. W ramach tego zawarty jest zakaz zmiany obywatelstwa ludności na terenie okupowanym. Tak więc bezprawne było zarządzenie niemieckie z okresu II wojny światowej, które powoływało do wojska oraz uznawało za obywateli niemieckich osoby pochodzenia niemieckiego⁸⁷. Także międzynarodowe trybunały wojenne, działające w Tokio i Norymberdze, w sprawach głównych przestępców wojennych pominęły w wyrokach bombardowanie miast, gdyż strona przeciwna stosowała tego samego rodzaju metodę walki. Tak więc obydwie strony konfliktu działały, nie chroniąc ludności cywilnej. Zabronione jest także stosowanie głodu przeciwko ludności cywilnej⁸⁸. Stanowi tak art. 54 I Protokołu – „Zabronione jest stosowanie przeciwko osobom cywilnym głodu jako metody prowadzenia wojny. Zabronione jest atakowanie, niszczenie, zabieranie lub czynienie nieużytecznymi dóbr niezbędnych dla przetrwania ludności cywilnej, takich jak środki żywnościowe i strefy rolnicze, które je wytwarzają,

⁸⁴ M. Górzyńska, *op. cit.*, s. 179.

⁸⁵ Z. Falkowski, M. Marcinko, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych*, Wojskowe Centrum Edukacji Obywatelskiej, Warszawa 2014, s. 210.

⁸⁶ Por. M. Górzyńska, *op. cit.*, s. 178.

⁸⁷ R. Bierzanek, *Wojna...*, s. 239.

⁸⁸ *Ibidem*, s. 187.

jak zbiory, bydło, urządzenia i zbiorniki z wodą do picia, urządzenia nawadniające w tym celu, aby uniemożliwić ludności cywilnej lub stronie przeciwnej korzystanie z nich – ze względu na ich znaczenie – niezależnie od motywów, którymi mogą być zamiar wygłodzenia ludności cywilnej, spowodowania jej przemieszczenia lub jakiś inny motyw. Zakazy przewidziane w ustępie 2 nie mają zastosowania, jeżeli wymienione dobra są używane przez stronę przeciwną: wyłącznie do utrzymania członków sił zbrojnych lub w innych celach niż takie utrzymanie, ale do bezpośredniego wsparcia działania wojskowego, jednak pod warunkiem, by w żadnym wypadku nie podejmować przeciw tym dobrom działań, po których można by oczekiwać, że pozostawią ludności cywilnej tak mało pożywienia lub wody, że zostałaby narażona na głód lub zmuszona do przemieszczenia się. Dobra te nie powinny być przedmiotem represaliów. Ze względu na istotne interesy każdej strony konfliktu podczas obrony własnego terytorium przeciwko inwazji strona konfliktu może na takim terytorium, jeżeli znajduje się pod jej kontrolą, odstąpić od zakazów przewidzianych w ustępie 2, jeżeli stanowcza konieczność wojskowa tego wymaga”. W praktyce wojennej często stosowano doktrynę wojny zniewalającej, która polegała na stworzeniu dla ludności cywilnej sytuacji nie do zniesienia, a w związku z tym skłonienie rządu do rezygnacji ze zbrojnego oporu. W art. 17 instrukcji wojskowych Stanów Zjednoczonych z 1863 r. pojawiła się informacja, że wygłodzenie przeciwnika uzbrojonego lub nieuzbrojonego mające na celu szybsze jego poddanie się jest zgodne z prawem⁸⁹.

W celu ochrony ludności wprowadzono też ograniczenie działań wojennych, tak aby jak najmniej dotyczyły ludność cywilną. Tak w art. 55 I Protokołu czytamy: „Podczas działań wojennych należy troszczyć się o ochronę środowiska naturalnego przed szkodami rozległymi, długotrwałymi i poważnymi. Ochrona obejmuje zakaz stosowania metod lub środków walki, które zmierzają albo które mogą zmierzać do wywołania takich szkód w środowisku naturalnym i przez to zagrazić zdrowiu lub przetrwaniu ludności. Zabronione są ataki przeciwko środowisku naturalnemu z tytułu represaliów”⁹⁰.

Z kolei IV KG dokonuje podziału na ludność będącą obywatelami państwa będącego stroną konwencji oraz ludność niebędącą pod ochroną konwencji. Nie podlegają też jej ochronie osoby, których sytuacja prawna jest uregulowana w innych konwencjach genewskich, jednak nawet one powinny być traktowane humanitarnie – „Pod ochroną niniejszej Konwencji pozostają osoby, które kiedykolwiek i w jakikolwiek sposób znalazły się w razie konfliktu lub okupacji we władzy jednej ze Stron w konflikcie lub Mocarstwa okupacyjnego, których nie są obywatelami. Obywatele Państwa, które nie jest związane Konwencją, nie pozostają pod jej ochroną. Obywatele Państwa neutralnego znajdujących się na terytorium Państwa wojującego oraz obywatele Państwa współwojującego nie uważa się za podlegających ochronie dopóty, dopóki Państwo, którego są oni obywatelami, posiada normalne przedstawicielstwo dyplomatyczne w Państwie, w którego władzy się znajdują” (art. 4 IV KG) oraz „Jeżeli Strona w konflikcie ma poważne powody do mniemania, że określona osoba, podlegająca ochronie przez niniejszą

⁸⁹ *Ibidem*, s. 188.

⁹⁰ Por. *ibidem*, s. 188.

Konwencję, podejrzana jest słusznie o uprawianie na jej terytorium działalności szkodliwej dla bezpieczeństwa Państwa lub jeżeli taka działalność zostanie rzeczywiście stwierdzona, osoba ta nie będzie mogła korzystać z praw i przywilejów przewidzianych w niniejszej Konwencji, których przyznanie danej osobie mogłoby wyrządzić szkodę bezpieczeństwu Państwa. Jeżeli osoba podlegająca ochronie przez Konwencję zostanie zatrzymana na terytorium okupowanym jako szpieg albo sabotażysta lub jeżeli zachodzi słuszne podejrzenie, że uprawia ona działalność szkodliwą dla bezpieczeństwa Mocarstwa okupacyjnego, osoba ta może być pozbawiona przewidzianego w niniejszej Konwencji prawa porozumiewania się, jeżeli będzie tego bezwzględnie wymagało bezpieczeństwo wojskowe. W każdym z tych przypadków osoby wymienione w poprzednich ustępach będą jednak traktowane w sposób humanitarny i w razie wszczęcia postępowania sądowego nie będą pozbawione swych praw do słusznego i prawidłowego procesu, przewidzianych w niniejszej Konwencji. Odzyskają one również wszystkie swe prawa i przywileje osób podlegających ochronie w rozumieniu niniejszej Konwencji w możliwie najkrótszym terminie, uwzględniając bezpieczeństwo Państwa lub Mocarstwa okupacyjnego, zależnie od przypadku” (art. 5 IV KG) oraz art. 6 IV KG – „Niniejsza Konwencja będzie miała zastosowanie od początku każdego konfliktu lub każdej okupacji, wymienionych w art. 2”. Jak wskazuje H.-P. Gasser zastosowane w art. 5 IV KG sankcje dla osób podejrzanych o szpiegostwo lub sabotaż, które obejmują utratę prawa do kontaktów z krewnymi, prawnikami, organizacjami międzynarodowymi jest „godne pożałowania” i „nie powinno znajdować się w międzynarodowym prawie humanitarnym”⁹¹.

II Tytuł IV KG dotyczy w całości ogólnej ochrony ludności przed niektórymi skutkami wojny, w tym m.in. ochronę szpitali cywilnych, ochronę transportów rannych i chorych, obowiązek wyrażenia zgody na przewóz przesyłek zawierających lekarstwa oraz materiały sanitarne, obowiązek ułatwienia poszukiwań członków rodziny rozproszonych przez wojnę. Także w art. 27 i 28 IV KG zwrócono uwagę na traktowanie osób objętych ochroną – „Osoby podlegające ochronie mają we wszelkich okolicznościach prawo do poszanowania ich osoby, honoru, praw rodzinnych, przekonań i praktyk religijnych, zwyczajów i obyczajów. Będą one zawsze traktowane w sposób humanitarny i chronione, zwłaszcza przed aktami gwałtu i zastraszania, przed zniewagami i ciekawością publiczną. Kobiety będą specjalnie chronione przed wszelkimi zamachami na ich cześć, zwłaszcza przed gwałceniem, zmuszaniem do prostytucji i wszelką obrazą wstydlivości. Z uwzględnieniem postanowień dotyczących stanu zdrowia, wieku i płci osoby pozostające pod ochroną będą traktowane przez Strony w konflikcie, w których władzy się znajdują z takimi samymi względami, bez żadnej różnicy zwłaszcza z powodu rasy, religii lub przekonań politycznych. Jednakże Strony w konflikcie mogą w stosunku do osób podlegających ochronie zastosować środki kontroli lub bezpieczeństwa, jakie okażą się konieczne z powodu wojny” oraz „Żadna osoba podlegająca ochronie nie może być użyta do ochrania swoja obecnością pewnych punktów lub okręgów przed działaniami wojennymi”⁹².

⁹¹ H.-P. Gasser, *op. cit.*, s. 47.

⁹² Por. R. Bierzanek, *Wojna...*, s. 189–191.

W art. 73 I Protokołu zapewniono ochronę również uchodźcom i apatrydom – „Osoby, które przed rozpoczęciem działań wojennych są uważane za bezpaństwowców lub uchodźców w rozumieniu odpowiednich aktów międzynarodowych, przyjętych przez zainteresowane strony, albo w rozumieniu ustawodawstwa wewnętrznego państwa przyjmującego lub państwa zamieszkania, powinny w każdych okolicznościach i bez rozróżnienia na niekorzyść być traktowane jako osoby chronione w rozumieniu tytułów I i III Czwartej Konwencji”.

Szczególna ochrona dla ludności cywilnej na okupowanym terytorium została przyznana przez art. 47 IV KG – „Osoby podlegające ochronie, które znajdują się na terytorium okupowanym, nie będą pozbawione w żadnym razie i w żadnej formie korzyści wypływających z niniejszej Konwencji ani na skutek jakichkolwiek zmian uczynionych w wyniku okupacji w instytucjach lub w rządzie danego terytorium, ani na skutek porozumienia pomiędzy władzami terytorium okupowanego a Mocarstwem okupującym, ani wreszcie na skutek aneksji przez to ostatnie Mocarstwo całości lub części terytorium okupowanego”. Tak więc ludność na terytorium okupowanym nie może być traktowana gorzej niż przyznają jej to prawa konwencji. Nie można pozbawiać ich praw przyznanych przez konwencje⁹³.

Chroniona jest nie tylko ludność, ale także mienie państwowe. Reguluje to art. 55 i 56 RH, które mówią, że „Państwo okupujące uważać się będzie jedynie za administratora i użytkownika gmachów publicznych, nieruchomości, lasów i rolnych gospodarstw, należących do państwa nieprzyjacielskiego, a znajdujących się w kraju okupowanym. Państwo to powinno ochraniać wartość tych majątków i rządzić nimi zgodnie z zasadami użytkowania” oraz że „Własność gmin, instytucji kościelnych, dobroczynnych, wychowawczych oraz instytucji sztuk pięknych i naukowych, chociażby należących do państwa, będą traktowane jak własność prywatna. Wszelkie zajęcie, zniszczenie lub rozmyślna profanacja instytucji tego rodzaju, pomników historycznych, dzieł sztuki i nauki, są zabronione i winny być karane”. Co więcej, strony zobowiązane są do podjęcia wysiłków mających na celu oddalenie z sąsiedztwa celów wojskowych – „W stopniu największym, jak to jest praktycznie możliwe, strony konfliktu: podejmą wysiłki, bez uszczerbku dla artykułu 49 Czwartej Konwencji, by oddalić z sąsiedztwa celów wojskowych pozostające pod ich władzą ludność cywilną, osoby cywilne i dobra o charakterze cywilnym; będą unikały umieszczania celów wojskowych wewnątrz lub w sąsiedztwie stref gęsto zaludnionych; przedsięwzrą inne środki ostrożności, konieczne do ochrony pozostających pod ich władzą ludności cywilnej, osób cywilnych i dóbr o charakterze cywilnym przed niebezpieczeństwami wynikającymi z operacji wojskowych”⁹⁴.

Ograniczane są też podatki, jakie mogą być pobierane przez okupanta. Muszą być one zgodne z prawem podatkowym obowiązującym w danym kraju, a rekwizycje i kontrybucje, jak wspomniano powyżej, wykorzystywane na cele administracyjne i potrzeby armii. Regulują to art. RH – „Jeżeli nieprzyjaciel pobiera na terytorium okupowanym ustanowione na rzecz państwa podatki, opłaty i rogatkowe, winien to uczynić w miarę

⁹³ H.-P. Gasser, *op. cit.*, s. 46.

⁹⁴ Art. 56 RH, por. M. Górzyńska, *op. cit.*, s. 178.

możności zgodnie z obowiązującymi przepisami o opodatkowaniu i repartycji opłat, przy czym wynika dlań stąd obowiązek pokrycia kosztów administracji danego terytorium w mierze, w jakiej do tego obowiązany był rząd legalny” (art. 48 RH), „Jeżeli oprócz podatków, wymienionych w artykule poprzednim, okupant pobiera inne daniny pieniężne na terytorium okupowanym to przeznaczeniem ich będą mogły być jedynie potrzeby armii lub administracji tego terytorium” (art. 49 RH), „Żadna kontrybucja nie powinna być pobierana inaczej, jak na zasadzie rozkazu na piśmie i pod odpowiedzialnością naczelnego generała. Pobór taki powinien odbywać się możliwie zgodnie z przepisami opodatkowania i repartycji podatków obowiązujących. Za opłatę każdego podatku wydane będzie płatnikom odpowiednie pokwitowanie” (art. 51 RH) oraz art. 52 RH: „Rekwizycje w naturze oraz usługi mogą być wymagane od gmin i mieszkańców jedynie dla armii okupacyjnej. Będą one zastosowane do środków kraju i będą tego rodzaju, żeby nie pociągały za sobą dla ludności obowiązku uczestniczenia w działaniach wojennych przeciwko własnej ojczyźnie. Te rekwizycje i te usługi mogą być żądane jedynie na zasadzie upoważnienia dowódcy w okupowanej miejscowości. Świadczenia w naturze będą o ile możliwości opłacane w gotówce, w przeciwnym razie stwierdzone być winny przez pokwitowanie, a opłata sum należnych winna być wykonaną w możliwie krótkim czasie”⁹⁵. Uważa się, że okupant nie może usuwać barier celnych między własnym krajem a terytorium okupowanym. Podaje się, że takie działanie wyrządza szkodę gospodarce kraju okupowanego. Podobnie jest z nowym systemem monetarnym lub przymusowym kursem wymiany waluty. W kwestii prawa do ingerencji w system walutowy kraju okupowanego, sądy wydały wiele orzeczeń. Zwykle wprowadzanie waluty okupanta jako środka płatniczego zostawało zaakceptowane, jednak często kwestionowany był kurs wymiany⁹⁶.

Kwestia ochrony i traktowania osób podlegających ochronie została szczegółowo uregulowana w IV KG. Art. 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 oraz 34 w sposób wyczerpujący określiły sytuację tych osób. „Osoby podlegające ochronie mają we wszelkich okolicznościach prawo do poszanowania ich osoby, honoru, praw rodzinnych, przekonań i praktyk religijnych, zwyczajów i obyczajów. Będą one zawsze traktowane w sposób humanitarny i chronione, zwłaszcza przed aktami gwałtu i zastraszania, przed zniewagami i ciekawością publiczną. Kobiety będą specjalnie chronione przed wszelkimi zamachami na ich cześć, zwłaszcza przed gwałceniem, zmuszaniem do prostytucji i wszelką obrazą wstydlivości. Z uwzględnieniem postanowień dotyczących stanu zdrowia, wieku i płci osoby pozostające pod ochroną będą traktowane przez Strony w konflikcie, w których władzy się znajdują z takimi samymi względami, bez żadnej różnicy zwłaszcza z powodu rasy, religii lub przekonań politycznych. Jednakże Strony w konflikcie mogą w stosunku do osób podlegających ochronie zastosować środki kontroli lub bezpieczeństwa, jakie okażą się konieczne z powodu wojny” (art. 27 KG), „Żadna osoba podlegająca ochronie nie może być użyta do ochrania swoja obecnością pewnych punktów lub okręgów przed działaniami wojennymi” (art. 28 KG), „Strona w konflikcie, w której władzy znajdują się

⁹⁵ Por. *ibidem*, s. 178.

⁹⁶ R. Bierzanek, *Wojna...*, s. 264.

osoby podlegające ochronie, odpowiada za ich traktowanie przez swych funkcjonariuszy, co nie zwalnia jednak od odpowiedzialności indywidualnej w razie jej powstania” (art. 29 KG), „Osoby podlegające ochronie będą korzystały z wszelkich ułatwień w zwracaniu się do Mocarstw opiekuńczych, Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża, krajowego Stowarzyszenia Czerwonego Krzyża (Czerwonego Półksiężyca, Czerwonego Lwa i Słońca) w kraju, w którym się znajdują, jak również do każdej organizacji, która może im przyjść z pomocą. Te różne organizacje otrzymają w tym celu wszelkie ułatwienia ze strony władz w granicach określonych przez konieczności wojskowe lub wymagania bezpieczeństwa. Poza odwiedzinami delegatów Mocarstw opiekuńczych lub Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża przewidzianymi w art. 143 Mocarstwa zatrzymujące lub okupacyjne ułatwią w miarę możliwości odwiedzenie osób podlegających ochronie przez przedstawicieli innych instytucji, które będą sobie tego życzyły, a których celem jest niesienie tym osobom pomocy duchowej lub materialnej” (art. 30 KG), „Żaden przymus fizyczny lub moralny nie może być stosowany wobec podlegających ochronie, w szczególności w celu uzyskania wiadomości od nich lub od osób trzecich” (art. 31 KG), „Wysokie Umawiające się Strony wyraźnie stwierdzają, że zabronione jest stosowanie wszelkich środków mogących powodować cierpienia fizyczne lub wyniszczenie osób podlegających ochronie, które znajdują się w ich władzy. Zakaz ten obejmuje nie tylko zabójstwa, torturowanie, kary cielesne, okaleczenia i doświadczenia lekarskie lub naukowe, które nie są konieczne dla leczenia osoby podlegającej ochronie, ale również wszelkie inne akty brutalności ze strony funkcjonariuszy cywilnych lub wojskowych” (art. 32 KG), „Żadna osoba podlegająca ochronie nie może być karana za czyn, którego nie popełniła osobiście. Kary zbiorowe, jak również wszelkie środki zastraszania lub terroryzowania są wzbronione. Rabunek jest wzbroniony. Środki odwetowe w stosunku do osób podlegających ochronie i ich mienia są wzbronione” (art. 33 KG) oraz „Branie zakładników jest wzbronione” (art. 34 KG).

Konwencje regulują także zabezpieczenie potrzeb ludności cywilnej. Art. 55 IV KG stanowi, że „mocarstwo okupacyjne ma obowiązek zapewniania w miarę wszystkich swoich możliwości zaopatrzenia ludności w żywność i środki lecznicze; powinno ono zwłaszcza sprowadzać żywność, zapasy lecznicze i wszelkie inne konieczne artykuły, jeżeli zasoby terytorium okupowanego są niedostateczne. Mocarstwo okupacyjne może rekwirować na terytorium okupowanym środki żywności, artykuły lub zapasy lecznicze wyłącznie dla okupacyjnych sił zbrojnych i administracji; powinno ono liczyć się z potrzebami ludności cywilnej. Z zastrzeżeniem postanowień innych konwencji międzynarodowych Mocarstwo okupacyjne powinno wydać niezbędne zarządzenia w celu zapewnienia słusznego wynagrodzenia za wszystkie rekwizycje. Mocarstwa opiekuńcze mogą w każdym czasie sprawdzać bez przeszkód stan zaopatrzenia terytoriów okupowanych w żywność i lekarstwa z zastrzeżeniem przejściowych ograniczeń, które mogą być wprowadzone ze względu na naglące konieczności wojskowe”. Treść ta jest uzupełniana przez art. 69 I Protokołu, zgodnie z którym:

1. „Oprócz zobowiązań wymienionych w artykule 55 Czwartej Konwencji, odnoszących się do zaopatrzenia w żywność i lekarstwa, Mocarstwo Okupacyjne powinno

zapewnić również w jak największym stopniu, stosownie do swych możliwości i bez jakiegokolwiek rozróżnienia na niekorzyść, dostawę odzieży, artykułów pościelowych, doraźnych pomieszczeń mieszkalnych i innego zaopatrzenia, istotnego dla przetrwania ludności cywilnej terytorium okupowanego, a także przedmiotów niezbędnych dla kultu religijnego.

2. Do działań pomocy na rzecz ludności cywilnej terytorium okupowanego stosuje się przepisy artykułów 59, 60, 61, 62, 108, 109, 110 i 111 Czwartej Konwencji, a także artykuł 71 niniejszego protokołu; działania te powinny być prowadzone bez zwłoki”.

Często też w historii wojen występowały represje zbiorowe jako środek oddziaływania, zastraszania i represjonowania. Kary takie wymierzano przeciwko całym miejscowościom lub też grupom ludności bez względu na właściwego sprawcę czynu. Historycznie jako kary takie występowały zbiorowe kary pieniężne na okupowanych terenach niemieckich po I wojnie światowej lub egzekucje w hitlerowskiej Generalnej Guberni. Zakaz kar zbiorowych został ujęty już w RH, gdzie art. 50 stanowi, że „Żadna zbiorowa kara pieniężna lub inna nie może być nałożoną na ludność za postęпки jednostek, za które nie można jej czynić solidarnie odpowiedzialną”. Potwierdził to art. 33 IV KG, rozszerzając stosowanie także do kar niepieniężnych – „Żadna osoba podlegająca ochronie nie może być karana za czyn, którego nie popełniła osobiście. Kary zbiorowe, jak również wszelkie środki zastraszania lub terroryzowania są wzbronione”. M. Flemming zauważa, że pojawiły się wyłomy od absolutystycznego stosowania zakazu kar zbiorowych. Przywołuje brytyjski regulamin wojskowy, który przewidywał możliwość takich kar w przypadku miejscowości lub grupy osób za czyny popełnione przez jednostki, jeśli nie można ich zidentyfikować. Podobnie stanowił regulamin wojskowy Stanów Zjednoczonych⁹⁷. Represalia rozumie się jako działania odwetowe wywołane pogwałceniem prawa przez stronę przeciwną. Stosowanie ich było dozwolone przez prawo zwyczajowe, choć jako środek ostateczny. W Konwencjach Genewskich zaczęto określać represalia jako ostateczny środek przymuszania. Na podstawie ochrony przez konwencje za podmiot represalii można uznać tylko walczących żołnierzy nieprzyjacielskich, ponieważ pozostałe kategorie osób niechronionych na gruncie IV KG są chronione na podstawie I Protokołu. Art. 51 pkt 6 stanowi, że „Zabronione są ataki skierowane tytułem represaliów przeciwko ludności cywilnej lub osobom cywilnym”. Treść tego artykułu jest traktowana jako wyraz zasad współczesnego międzynarodowego prawa humanitarne-go⁹⁸. W literaturze odróżnia się represalia od kar zbiorowych. Represalia służą do skłonięcia rządu legalnego lub jego organów do zaniechania sprzecznego z prawem postępowania, podczas gdy kary zbiorowe mają na celu ukaranie lub zastraszanie ludności⁹⁹.

W przypadku niedostatecznego zaopatrzenia ludności cywilnej państwo okupacyjne zobowiązane jest wyrazić zgodę na akcję pomocy. Akcje takie mogą być organizowane przez państwo lub organizacje międzynarodowe. Inne państwa zobowiązane są zezwolić na przewóz i zapewnić ochronę takim przesyłkom. Opiera się to na regulacjach

⁹⁷ M. Flemming, *op. cit.*, s. 166.

⁹⁸ *Ibidem*, s. 167.

⁹⁹ *Ibidem*, s. 168.

art. 59 IV KG – „Jeżeli ludność terytorium okupowanego lub część tej ludności jest niedostatecznie zaopatrzona, Mocarstwo okupacyjne zgodzi się na przeprowadzenie akcji pomocy na rzecz tej ludności i ułatwi tę akcję w miarę wszystkich swoich możliwości. Akcje te, które mogą być podejmowane przez Państwo lub przez bezstronne organizacje humanitarne, jak Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża, polegać będą zwłaszcza na przesyłaniu żywności, środków leczniczych i odzieży. Wszystkie umawiające się Państwa powinny zezwolić na wolny przewóz tych przesyłek i zapewnić im ochronę. Mocarstwo zezwalające na wolny przewóz przesyłek przeznaczonych dla terytorium okupowanego przez przeciwną Stronę w konflikcie będzie miało jednak prawo sprawdzania przesyłek i regulowania ich przewozu przez określenie jego czasu i tras, jak również otrzymania od Mocarstwa opiekuńczego dostatecznego zapewnienia, że te przesyłki są przeznaczone na pomoc dla ludności znajdującej się w potrzebie i nie będą użyte w interesie Mocarstwa okupacyjnego”. Z kolei artykuł kolejny zaznacza, że pomoc taka nie zwalnia okupanta od odpowiedzialności w zakresie zaopatrzenia ludności cywilnej – „Przesyłki pomocy nie zwalniają w niczym Mocarstwa okupacyjnego od odpowiedzialności, ciążyącej na nim na podstawie artykułów 55, 56 i 59. Nie może ono w żadnej mierze zmieniać przeznaczenia przesyłek pomocy, z wyjątkiem przypadków nagłej konieczności, w interesie ludności obszaru okupowanego i za zgodą Mocarstwa opiekuńczego”. Osoby na terytorium okupowanym mogą też otrzymywać przesyłki indywidualne, jak stanowi art. 62 IV KG – „Z zastrzeżeniem naglących wymagań bezpieczeństwa osoby podlegające ochronie, które znajdują się na terytorium okupowanym, mogą otrzymywać indywidualne przesyłki pomocy, skierowane do nich”. Państwo okupacyjne nie może ingerować w strukturę organizacyjną lub personalną takich organizacji. Art. 63 IV KG – „Z zastrzeżeniem zarządzeń tymczasowych, które mogą być wydane tytułem wyjątku ze względu na naglące wymagania bezpieczeństwa Mocarstwa okupacyjnego:

- a) uznane krajowe stowarzyszenia Czerwonego Krzyża (Czerwonego Półksiężyca, Czerwonego Lwa i Słońca) mogą wykonywać działalność zgodną z zasadami Czerwonego Krzyża ustalonymi przez międzynarodowe konferencje Czerwonego Krzyża. Inne towarzyszenia pomocy powinny mieć możliwość prowadzenia swej działalności humanitarnej w podobnych warunkach;
- b) Mocarstwo okupacyjne nie może wymagać od tych stowarzyszeń przeprowadzenia żadnych zmian personalnych i organizacyjnych, które mogłyby zaszkodzić wspomnianej wyżej działalności.

Te same zasady będą stosowane do działalności i personelu organizacji specjalnych o charakterze niewojskowym, które już istnieją bądź też zostaną utworzone w celu zapewnienia odpowiednich warunków bytu ludności cywilnej przez utrzymanie podstawowych instytucji użyteczności publicznej, przez rozdział przesyłek pomocy i przez organizację ratownictwa”¹⁰⁰.

Kluczowe znaczenie dla ochrony ludności cywilnej ma też konwencja w sprawie ludobójstwa, która chroni ludność przed najgorszym występkiem, jaki może być dokona-

¹⁰⁰ R. Bierzanek, *Wojna...*, s. 268.

ny na ich życiu. Art. 1 i 2 stanowią o istnieniu zbrodni zarówno w czasie pokoju, jak i wojny oraz zawierają definicję ludobójstwa. Art. 1 mówi, że „Umawiające się Strony potwierdzają, że ludobójstwo, popełnione zarówno w czasie pokoju, jak i podczas wojny, stanowi zbrodnię w obliczu prawa międzynarodowego, oraz zobowiązują się zapobiegać tej zbrodni i karać ją”. Art. 2 – „W rozumieniu Konwencji niniejszej ludobójstwem jest którykolwiek z następujących czynów, dokonany w zamiarze zniszczenia w całości lub części grup narodowych, etnicznych, rasowych lub religijnych, jako takich:

- a) zabójstwo członków grupy,
- b) spowodowanie poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy,
- c) rozmyślne stworzenie dla członków grupy warunków życia, obliczonych na spowodowanie ich całkowitego lub częściowego zniszczenia fizycznego,
- d) stosowanie środków, które mają na celu wstrzymanie urodzin w obrębie grupy”¹⁰¹.

Jak wynika z powyższych artykułów, ludność cywilna jest chroniona przed nadużyciami władzy, jednak często praktyka wskazuje, że osoby takie nie są bezpieczne, a rzeczywistość pozostaje w sprzeczności ze stosowaniem przepisów.

III. Prawa państwa okupowanego

1. Ochrona interesu państwa okupowanego

Państwo okupowane jest chronione przez regulacje międzynarodowe, które zapewniają państwu niektóre atrybuty państwa niepodległego i bronią jego istnienia na arenie międzynarodowej. Nadal istnieje, ale znajduje się pod obcym panowaniem, więc okupant nie może działać zupełnie dowolnie. Zarówno państwo okupowane, jak i jego ludność są chronione przed wykorzystywaniem swojej pozycji przez okupanta. Ochrona ta jest bardzo rozbudowana w aktach prawa międzynarodowego. Regulacje ochronne znajdują się głównie w RH, który szczególnie chroni mienie na terenie okupowanym. Pierwsza regulacja to art. 46 RH, która nakazuje poszanowanie własności prywatnej („Honor i prawa rodzinne, życie jednostek i własność prywatna, jak również przekonania religijne i wykonywanie obrządków religijnych, winny być uszanowane. Własność prywatna nie podlega konfiskacie”). Jest to kluczowy krok do ochrony mienia w ogólności. Podkreśla to art. 47 RH – „Rabunek jest formalnie zakazany”. Jak wskazuje M. Flemming, nie powstaje tutaj nowa norma prawna, tylko podkreślenie obowiązywania zakazu także na gruncie okupacji wojskowej¹⁰². Następnie, w art. 53 RH, chroniona jest własność państwowa („Armia, zajmująca daną miejscowość, może rekwirować tylko gotówkę, fundusze i obliży dłużne (papiery wartościowe), stanowiące własność państwową oraz składki broni, środki transportowe, magazyny i zapasy zaprowiantowania i w ogóle wszelki ruchomy majątek państwa, mogący służyć do celów wojennych. Wszystkie środki, stosowane na lądzie, morzu i w powietrzu celem przenoszenia wiadomości, przewożenia osób

¹⁰¹ Por. *ibidem*, s. 194.

¹⁰² M. Flemming, *op. cit.*, s. 185.

i rzeczy poza wypadkami, podpadającymi pod prawo morskie, składy broni i w ogóle wszelki rodzaj amunicji wojennej, mogą być zarekwirowane nawet gdy stanowią własność osób prywatnych, ale podlegają zwrotowi, odszkodowania zaś uregulowane będą po zawarciu pokoju”. Jak więc wynika z powyższego, niektóre przedmioty mogą być zarekwirowane, ale tylko z zastrzeżeniem zwrotu lub zapłaty odszkodowania. Art. 54 RH reguluje tytuł prawny okupanta do władania nieruchomościami państwa okupowanego. Wynika z tego, że okupant jest tylko zarządcą i użytkownikiem, a właścicielem pozostaje państwo okupowane – „Państwo okupujące uważać się będzie jedynie za administratora i użytkownika gmachów publicznych, nieruchomości, lasów i rolnych gospodarstw, należących do państwa nieprzyjacielskiego, a znajdujących się w kraju okupowanym. Państwo to powinno ochraniać wartość tych majątków i rządzić nimi zgodnie z zasadami użytkowania”. W RH wzięto też pod uwagę własność samorządów terytorialnych i innych instytucji, które powinny być traktowane jak własność prywatna. Wskazano też na zakaz niszczenia i profanacji pomników historycznych, dzieł sztuki i naukowych, co ma na celu ochronę dziedzictwa narodowego danego państwa. Art. 56 RH mówi, że „Własność gmin, instytucji kościelnych, dobroczynnych, wychowawczych oraz instytucji sztuk pięknych i naukowych, chociażby należących do państwa, będą traktowane jak własność prywatna. Wszelkie zajęcie, zniszczenie lub rozmyślna profanacja instytucji tego rodzaju, pomników historycznych, dzieł sztuki i nauki, są zabronione i winny być karane”. Niszczenie mienia jest dopuszczalne tylko w toku działań wojennych jako konieczność wojskowa¹⁰³. Jednak w toku orzecznictwa powojennego można zauważyć usprawiedliwianie działań, które nie zostały uzasadnione koniecznością wojskową, tak było m.in. w sprawie feldmarszałka v. Mansteina przed wojskowym sądem amerykańskim oraz w sprawie feldmarszałka v. Liszta oskarżonego o zbrodnie wojenne na Bałkanach¹⁰⁴.

Po II wojnie światowej kwestia ochrony mienia znalazła się w kręgu prac IV KG. W artykule 53 IV KG ustanowiono, że „Mocarstwu okupacyjnemu nie wolno niszczyć majątku ruchomego lub nieruchomego stanowiącego indywidualną lub wspólną własność osób prywatnych, państwa lub osób prawnych prawa publicznego, organizacji społecznych lub spółdzielczych, z wyjątkiem przypadków, w których zniszczenia te byłyby bezwzględnie konieczne dla operacji wojskowych”. Z powyższego artykułu wynika szczególna ochrona własności prywatnej, jednak niszczenie możliwe jest, gdy jest to konieczne dla operacji wojskowej. Niestety, jak pokazuje historia, działania takie występują podczas wojny, a ze szczególnym natężeniem wystąpiło podczas wojny w Wietnamie.

W I Protokole nie występuje odrębna ochrona terytorium okupowanego. Art. 54 i 56 I Protokołu regulują kwestie atakowania, niszczenia oraz zabierania dóbr niezbędnych ludności cywilnej. Zwrócono uwagę na istotne znaczenie budowli i urządzeń z niebezpiecznymi siłami, takimi jak urządzenia atomowe, które nie mogą być przedmiotem ataków – „Zabronione jest stosowanie przeciwko osobom cywilnym głodu jako metody prowadzenia wojny. Zabronione jest atakowanie, niszczenie, zabieranie lub czynienie

¹⁰³ *Ibidem*, s. 183.

¹⁰⁴ *Ibidem*, s. 183–184.

nieużytecznymi dóbr niezbędnych dla przetrwania ludności cywilnej, takich jak środki żywnościowe i strefy rolnicze, które je wytwarzają, jak zbiory, bydło, urządzenia i zbiorniki z wodą do picia, urządzenia nawadniające w tym celu, aby uniemożliwić ludności cywilnej lub stronie przeciwnej korzystanie z nich – ze względu na ich znaczenie – niezależnie od motywów, którymi mogą być zamiar wygłodzenia ludności cywilnej, spowodowania jej przemieszczenia lub jakiś inny motyw. Zakazy przewidziane w ustępie 2 nie mają zastosowania, jeżeli wymienione dobra są używane przez stronę przeciwną: wyłącznie do utrzymania członków sił zbrojnych lub w innych celach niż takie utrzymanie, ale do bezpośredniego wsparcia działania wojskowego, jednak pod warunkiem, by w żadnym wypadku nie podejmować przeciw tym dobrom działań, po których można by oczekiwać, że pozostawią ludności cywilnej tak mało pożywienia lub wody, że zostałyby narażona na głód lub zmuszona do przemieszczenia się. Dobra te nie powinny być przedmiotem represaliów. Ze względu na istotne interesy każdej strony konfliktu podczas obrony własnego terytorium przeciwko inwazji strona konfliktu może na takim terytorium, jeżeli znajduje się pod jej kontrolą, odstąpić od zakazów przewidzianych w ustępie 2, jeżeli stanowcza konieczność wojskowa tego wymaga” oraz „Budowle i urządzenia zawierające niebezpieczne siły, a zwłaszcza zapory, groble i elektrownie jądrowe, nie mogą być przedmiotem ataków, choćby stanowiły cele wojskowe, jeżeli takie ataki mogą spowodować wyzwolenie tych sił i w następstwie wywołać poważne straty wśród ludności cywilnej. Inne cele wojskowe znajdujące się na takich budowlach lub urządzeniach albo w ich pobliżu nie powinny być przedmiotem ataków, jeżeli takie ataki mogą spowodować wyzwolenie niebezpiecznych sił i wskutek tego wywołać poważne straty wśród ludności cywilnej. Szczególna ochrona przed atakami, o jakich mowa w ustępie 1, może ustać jedynie: co do zapór i grobli – jeżeli są używane do innych celów niż ich normalne przeznaczenie i do regularnego, istotnego i bezpośredniego wsparcia operacji wojskowych oraz gdy takie ataki są jedynym możliwym środkiem mogącym spowodować ustanie takiego wsparcia; co do elektrowni jądrowych – jeżeli dostarczają one prądu elektrycznego do regularnego, istotnego i bezpośredniego wsparcia operacji wojskowych oraz jeżeli takie ataki są jedynym możliwym środkiem do spowodowania ustania takiego wsparcia; co do innych celów wojskowych umieszczonych na takich budowlach lub w ich pobliżu – jeżeli są one wykorzystywane do regularnego, istotnego i bezpośredniego wsparcia operacji wojskowych oraz gdy takie ataki są jedynym możliwym środkiem mogącym spowodować ustanie takiego wsparcia. We wszystkich przypadkach ludność cywilna i osoby cywilne nadal korzystają z pełnej ochrony przyznanej im przez prawo międzynarodowe, włączając w to środki ostrożności przewidziane w artykule 57. Jeżeli ochrona ustaje i jakaś budowla, urządzenie lub cel wojskowy, wymienione w ustępie 1, są atakowane, należy przedsięwziąć wszystkie możliwe w praktyce środki ostrożności dla uniknięcia wyzwolenia niebezpiecznych sił. Zabronione jest czynienie przedmiotem represaliów budowli, urządzeń lub celów wojskowych wymienionych w ustępie 1. Strony konfliktu dołożą starań, by nie rozmieszczać celów wojskowych w pobliżu budowli lub urządzeń wymienionych w ustępie 1. Niemniej jednak dopuszczalne jest rozmieszczenie urządzeń mających jako

jedyny cel obronę budowli lub urządzeń chronionych; nie powinny one, jako takie, być celem ataków, pod warunkiem, że nie są używane w toku działań zbrojnych do celów innych niż działania obronne w odpowiedzi na ataki przeciwko chronionym budowlom lub urządzeniom i że ich uzbrojenie ogranicza się do broni, która może służyć tylko do odpierania działań nieprzyjacielskich przeciwko chronionym budowlom lub urządzeniom. Wzywa się Wysookie Umawiające się Strony i strony konfliktu do zawierania między sobą innych porozumień w celu zapewnienia dodatkowej ochrony dobrom zawierającym niebezpieczne siły. Dla ułatwienia identyfikacji dóbr chronionych przez niniejszy artykuł strony konfliktu mogą je oznaczyć za pomocą specjalnego znaku, składającego się z grupy trzech kół jasnopomarańczowych na jednej osi, jak to przedstawia artykuł 16 załącznika 1 do niniejszego protokołu. Brak takiego oznaczenia nie zwalnia stron konfliktu z zobowiązań wynikających z niniejszego artykułu”¹⁰⁵.

2. Ochrona dóbr kultury

Ochrona dóbr kultury jako idea występowała już w czasach starożytnych. Propagowali ją m.in. Polibiusz i Cynceron. W czasach renesansu o poszanowanie dóbr kultury apelował Grocjusz. Następnie w obronie dóbr kultury występowało wielu znanych prawników okresu oświecenia¹⁰⁶.

W literaturze dokonano podziału niszczenia dóbr kultury na te powodowane przez przyrodę oraz takie, których dokonuje człowiek. Te dokonywane przez człowieka możemy podzielić na zniszczenia mechaniczne (jako bezpośredni skutek rażenia bombami lotniczymi, rakietami burzącymi itp.), zniszczenia spowodowane przekroczeniem naprężeń dynamicznych wskutek wstrząsów, drgań, zniszczenia spowodowane pożarem na skutek działań pocisków i bomb, uszkodzenia spowodowane działaniem substancji chemicznych używanych w celach bojowych, zniszczenia na skutek promieniowania po wybuchu termojądrowym, zniszczenia ruchomych dzieł sztuki spowodowane grabieżami i uszkodzeniami, utrata zbiorów lub dzieł sztuki przejętych w czasie działań wojennych przez oddziały nieprzyjacielskie¹⁰⁷. Ochrona dóbr kulturalnych została wspomniana w art. 27 RH – „Podczas oblężeń i bombardowań należy zastosować wszelkie niezbędne środki, ażeby w miarę możliwości oszczędzone zostały świątynie, gmachy, służące celom nauki, sztuki i dobroczynności, pomniki historyczne, szpitale oraz miejsca, gdzie zgromadzeni są chorzy i ranni, pod warunkiem, ażeby te gmachy i miejsca nie służyły jednocześnie celom wojennym. Obowiązkiem oblężonych jest oznaczyć te gmachy i miejsca za pomocą specjalnych widocznych znaków, które będą notyfikowane oblegającym”. Również art. 56 reguluje tę kwestię, odnosząc się do terenów okupowanych – „Własność gmin, instytucji kościelnych, dobroczynnych, wychowawczych oraz instytucji sztuk pięknych i naukowych, chociażby należących do państwa, będą traktowane jak własność prywatna. Wszelkie zajęcie, zniszczenie lub rozmyślna profanacja

¹⁰⁵ *Ibidem*, s. 182–185.

¹⁰⁶ M. Gąska, A. Ciupiński, *op. cit.*, s. 72–73.

¹⁰⁷ Z. Falkowski, M. Marcinko, *op. cit.*, s. 480.

instytucji tego rodzaju, pomników historycznych, dzieł sztuki i nauki, są zabronione i winny być karane”.

Natomiast szerokie uregulowanie tej kwestii znalazło wyraz w Konwencji o ochronie dóbr kulturalnych). Najważniejszym osiągnięciem tej konwencji jest ustalenie definicji dóbr kulturalnych, co ma ogromne znaczenie dla ich ochrony. Według art. 1 „W rozumieniu niniejszej Konwencji uważa się za dobra kulturalne, bez względu na ich pochodzenie oraz na osobę ich właściciela:

- a) dobra ruchome lub nieruchome, które posiadają wielką wagę dla dziedzictwa kulturalnego narodu, na przykład zabytki architektury, sztuki lub historii, zarówno religijne, jak świeckie; stanowiska archeologiczne; zespoły budowlane posiadające jako takie znaczenie historyczne lub artystyczne; dzieła sztuki, rękopisy, książki i inne przedmioty o znaczeniu artystycznym, historycznym lub archeologicznym, jak również zbiory naukowe i poważne zbiory książek, archiwaliów lub reprodukcji wyżej określonych dóbr;
- b) gmachy, których zasadniczym i stosowanym w praktyce przeznaczeniem jest przechowywanie lub wystawianie dóbr kulturalnych ruchomych, określonych pod lit. a), na przykład muzea, wielkie biblioteki, składnice archiwalne, jak również schrony mające na celu przechowywanie w razie konfliktu zbrojnego, dóbr kulturalnych ruchomych, określonych pod lit. a);
- c) ośrodki obejmujące znaczną ilość dóbr kulturalnych określonych pod lit. a) i b), zwane w dalszym ciągu «ośrodkami zabytkowymi»”.

Art. 4 Konwencji o ochronie dóbr kulturalnych zobowiązuje strony do poszanowania własnych oraz obcych dóbr kultury oraz wskazuje na konieczność wojskową jako jedyną możliwość odejścia od tego obowiązku. „Wysokie Umawiające się Strony zobowiązują się szanować dobra kulturalne położone zarówno na ich własnym terytorium, jak na terytoriach innych Wysokich Umawiających się Stron, przez powstrzymanie się od używania tych dóbr i ich bezpośredniego otoczenia oraz środków przeznaczonych do ich ochrony do celów, które mogłyby wystawić te dobra w razie konfliktu zbrojnego na zniszczenie lub uszkodzenie, oraz przez powstrzymanie się wobec nich od wszelkich aktów nieprzyjacielskich. Zobowiązania określone w ust. 1 niniejszego artykułu mogą być uchylone w takim jedynie wypadku, gdy uchYLENIA wymaga w sposób kategoryczny konieczność wojskowa. Wysokie Umawiające się Strony zobowiązują się ponadto zakazać wszelkich aktów kradzieży, rabunku lub bezprawnego przywłaszczenia dóbr kulturalnych, jakkolwiek przybrałyby one formę, jak również wszelkich aktów wandalizmu wymierzonych przeciw nim, zapobiegać takim aktom, a w razie potrzeby powodować ich zaprzestanie. Powstrzymają się również od stosowania rekwizycji wobec dóbr kulturalnych ruchomych położonych na terytorium którejkolwiek innej Wysokiej Umawiającej się Strony. Wysokie Umawiające się Strony powstrzymają się od wszelkich środków odwetu wymierzonych przeciw dobrom kulturalnym. Wysoka Umawiająca się Strona nie może uchylać się od zobowiązań, określonych w niniejszym artykule, w stosunku do którejkolwiek innej Wysokiej Umawiającej się Strony, powołując się na okoliczność, że Strona ta nie zastosowała środków opieki przewidzianych w art. 3”.

W art. 5 konwencji uregulowano sprawowanie pieczy oraz dbanie o dobra kulturalne w trakcie trwania okupacji („Wysokie Umawiające się Strony, które okupują w całości lub w części terytorium innej Wysokiej Umawiającej się Strony, powinny w miarę możliwości popierać wysiłki właściwych władz narodowych terytorium okupowanego, mając na celu zapewnienie opieki nad jego dobrami kulturalnymi i ich zachowanie. Jeżeli dla zachowania dóbr kulturalnych położonych na terytorium okupowanym, a uszkodzonych przez działania wojenne konieczne są kroki natychmiastowe i jeżeli właściwe władze narodowe nie mogą ich podjąć, Mocarstwo okupujące przedsięwzięć w miarę możliwości najkonieczniejsze środki zachowawcze w ścisłej współpracy z tymi władzami. Każda Wysoka Umawiająca się Strona, której rząd uważany jest za rząd legalny przez członków ruchu oporu, zwróci w miarę możliwości ich uwagę na obowiązek przestrzegania postanowień Konwencji dotyczących poszanowania dóbr kulturalnych”). Dobra objęte ochroną są nietykalne oraz objęte ochroną od korzystania w celach wojskowych lub ich zajęcia – „Przywilej nietykalności wobec zajęcia, zdobyczy i łupu przysługuje: dobrom kulturalnym korzystającym z ochrony specjalnej przewidzianej w art. 12 bądź w art. 13; środkom transportowym przeznaczonym wyłącznie do przewozu tych dóbr. Niniejszy artykuł nie zawiera żadnego ograniczenia prawa wizyty i rewizji” (art. 14 Konwencji). Nałożono także obowiązek oznaczenia dóbr kultury symbolami ułatwiającymi ich rozpoznanie – „Znakiem rozpoznawczym Konwencji jest tarcza skierowana ostrzem w dół, podzielona wzdłuż przekątnych na cztery pola, dwa błękitne i dwa białe (tarcza herbowa złożona z błękitnego kwadratu, którego jeden z kątów tworzy ostrze tarczy, oraz umieszczonego nad nim błękitnego trójkąta, rozgraniczonych po każdej stronie białym trójkątem). Znak używa się bądź pojedynczo, bądź potrójnie w układzie trójkątnym (z jedną tarczą u dołu), w warunkach określonych w art. 17” (art. 16 Konwencji) oraz „Znak rozpoznawczy w układzie potrójnym może być używany jedynie do identyfikacji:

- a) dóbr kulturalnych nieruchomych korzystających z ochrony specjalnej;
- b) transportów dóbr kulturalnych w warunkach określonych w art. 12 i 13;
- c) schronów zaimprovizowanych w warunkach określonych w Regulaminie Wykonawczym.

Pojedynczy znak rozpoznawczy może być używany jedynie do identyfikacji:

- a) dóbr kulturalnych nie korzystających z ochrony specjalnej;
- b) osób sprawujących czynności kontrolne zgodnie z Regulaminem Wykonawczym;
- c) personelu przydzielonego do ochrony dóbr kulturalnych;
- d) kart tożsamości określonych w Regulaminie Wykonawczym.

W czasie konfliktu zbrojnego zabrania się używania znaku rozpoznawczego w jakichkolwiek innych wypadkach poza wymienionymi w poprzednich ustępach niniejszego artykułu oraz używania do jakichkolwiek celów znaku podobnego do znaku rozpoznawczego. Znak rozpoznawczy nie może być umieszczony na dobrze kulturalnym nieruchomym, o ile równocześnie nie umieści się na widocznym miejscu odpowiednio podpisanego i datowanego upoważnienia wystawionego przez właściwą władzę Wysokiej Umawiającej się Strony” (art. 17 Konwencji).

Kwestię uregulowano również w I Protokole, w art. 53, zabraniając dokonywania aktów nieprzyjacielskich przeciwko dziedzictwu kulturalnemu. Artykuł ten odnosi się szczególnie do miejsc kultu religijnego. Wskazuje się, że miejsca takie to te szczególnie istotne dla religii. Wymienia się tutaj Bazylikę św. Piotra w Watykanie, Ścianę Płaczu w Jerozolimie oraz Al-Kaaba w Mekce. Co jednak się podkreśla, wykorzystanie budynku dla celów wojskowych, bez względu na charakter i znaczenie tego miejsca, pozbawia je ochrony¹⁰⁸ („Z zachowaniem postanowień Konwencji haskiej z dnia 14 maja 1954 r. o ochronie dóbr kultury w razie konfliktu zbrojnego oraz innych odpowiednich aktów prawa międzynarodowego, zabronione jest: dokonywanie jakichkolwiek wrogich ataków skierowanych przeciwko budowłom historycznym, dziełom sztuki lub miejscom kultu religijnego, które stanowią dziedzictwo kulturalne lub duchowe narodów; używanie takich dóbr do wsparcia wysiłku wojskowego; czynienie z takich dóbr przedmiotu represaliów”)¹⁰⁹.

II Protokół do Konwencji haskiej o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego został ratyfikowany i wszedł w życie w Polsce 3 kwietnia 2012 r. Protokół ten rozszerza znacząco zakres zadań stron, ujmując również działania w czasie pokoju – „Środki przygotowawcze podejmowane w czasie pokoju dla zabezpieczenia dóbr kulturalnych przed dającymi się przewidzieć skutkami konfliktu zbrojnego stosownie do Artykułu 3 Konwencji winny obejmować, gdzie będzie to właściwe, przygotowanie spisów inwentarza, planowanie środków doraźnych w celu ochrony przed ogniem lub strukturalnym zniszczeniem, przygotowanie do usunięcia ruchomych dóbr kulturalnych lub zapewnienie odpowiedniej ochrony na miejscu dla takich dóbr oraz wyznaczenie kompetentnych władz odpowiedzialnych za zabezpieczenie dóbr kulturalnych” (art. 5). Dokonano też uściślenia pojęcia konieczności wojskowej, które zostało zdefiniowane do dwóch sytuacji, gdy dobro kulturalne zostało przekształcone w obiekt wojskowy oraz gdy nie istnieje inny sposób umożliwiający osiągnięcie pokreślonego celu wojskowego, co stanowi art. 6 – „W celu zapewnienia poszanowania dóbr kulturalnych zgodnie z Artykułem 4 Konwencji:

- a) uchylenie się od zobowiązań na podstawie kategorycznej konieczności wojskowej w rozumieniu Artykułu 4 ustęp 2 Konwencji może mieć miejsce wyłącznie w celu skierowania aktu nieprzyjacielskiego przeciwko dobru kulturalnemu, wtedy i na tak długo, dopóki: i) dane dobro kulturalne poprzez swoje przeznaczenie zostało przekształcone w obiekt wojskowy, oraz ii) nie istnieje żaden inny możliwy sposób osiągnięcia korzyści wojskowej, jak ten, który daje skierowanie aktu nieprzyjacielskiego przeciwko temu obiektowi,
- b) uchylenie się od zobowiązań na podstawie kategorycznej konieczności wojskowej w rozumieniu Artykułu 4 ustęp 2 Konwencji może mieć miejsce wyłącznie dla wykorzystania dóbr kulturalnych dla celów, które prawdopodobnie narażą je na zniszczenie lub uszkodzenie, wtedy i na tak długo, dopóki nie istnieje możliwość wyboru pomiędzy takim wykorzystaniem dóbr kulturalnych, a inną praktyczną metodą uzyskania podobnej korzyści wojskowej,

¹⁰⁸ Z. Falkowski, M. Marcinko, *op. cit.*, s. 149–150.

¹⁰⁹ Art. 53 I protokołu, por. R. Bierzanek, *Wojna...*, s. 197–199.

- c) decyzja o powołaniu się na kategorię konieczności wojskowej będzie podjęta wyłącznie przez oficera dowodzącego jednostką odpowiadającą wielkością batalionowi bądź większą, albo jednostką mniejszą, jeżeli okoliczności nie pozwalają inaczej,
- d) w przypadku ataku wynikającego z decyzji podjętej zgodnie z punktem a) należy wydać skuteczne wcześniejsze ostrzeżenie, jeżeli tylko pozwalają na to okoliczności”.

Z kolei w art. 9 II protokołu nałożono szczególne obowiązki na okupanta, które mają zapobiec niszczeniu i wywożeniu dóbr kultury:

„1. Bez uszczerbku dla postanowień Artykułów 4 i 5 Konwencji, Strona okupująca całość lub część terytorium innej Strony zabroni i będzie zapobiegać w odniesieniu do terytorium okupowanego:

- a) wszelkiemu nielegalnemu wywozowi, innemu przemieszczaniu lub przenoszeniu własności dóbr kulturalnych,
- b) wszelkim wykopaliskom archeologicznym, z wyjątkiem sytuacji, gdy jest to bezwzględnie niezbędne dla zabezpieczenia, udokumentowania lub zachowania dóbr kulturalnych,
- c) wszelkim zmianom w dobrach kulturalnych lub zmianom w korzystaniu z takich dóbr kulturalnych, które mają na celu zatajenie lub zniszczenie dowodów o charakterze kulturowym, historycznym lub naukowym.

2. Wszelkie archeologiczne prace wykopaliskowe, zmiany w dobrach kulturalnych lub zmiany w korzystaniu z dóbr kulturalnych na okupowanym terytorium powinny, o ile tylko nie uniemożliwiają tego okoliczności, być prowadzone w ścisłej współpracy z kompetentnymi władzami krajowymi okupowanego terytorium”.

Powstało też pojęcie ochrony wzmocnionej, które ma na celu jeszcze większą ochronę ważnych szczególnie dla narodu dóbr. Art. 10 II protokołu uregulował warunki, jakie muszą być spełnione, by dobro uznać za dobro chronione ochroną wzmocnioną – „Dobro kulturalne może zostać objęte ochroną wzmocnioną pod warunkiem, że spełnia następujące trzy warunki:

- a) jest dziedzictwem kulturalnym o największym znaczeniu dla ludzkości,
- b) jest chronione na mocy odpowiednich krajowych środków prawnych i administracyjnych, uznających jego wyjątkową wartość kulturową i historyczną oraz zapewniających najwyższy poziom ochrony,
- c) nie jest wykorzystywane do celów wojskowych lub dla osłony miejsc wojskowych i Strona, która sprawuje władzę nad tym dobrem kulturalnym, złożyła deklarację potwierdzającą, że nie zostanie ono w ten sposób wykorzystane”. Z kolei w art. 12 ustanowiono nietykalność dóbr objętych tą ochroną – „Strony konfliktu zapewnią nietykalność dobrom kulturalnym objętym ochroną wzmocnioną poprzez powstrzymanie się od czynienia takich dóbr obiektem ataku i od jakiegokolwiek wykorzystywania takich dóbr lub ich bezpośredniego otoczenia dla wsparcia działań wojskowych”¹¹⁰.

Ochrona dóbr kultury na terytorium okupowanym jest szczególnym zagadnieniem. Dobra kultury znajdują się pod zarządem okupanta, ale właścicielem są władze pań-

¹¹⁰ Z. Falkowski, M. Marcinko, *op. cit.*, s. 496–498.

stwowe. W związku z tym trudno o odpowiednie dbanie przez okupanta o obce zabytki. Jednak na okupanta zostały nałożone obowiązki popierania wysiłków władz państwowych, które mają na celu zapewnienie opieki nad dobrami kulturalnymi. Władze okupacyjne zobowiązane są też do podejmowania natychmiastowych przedsięwzięć do ochrony dóbr kultury, jeśli władza państwowa nie może ich podjąć. Reguluje to art. 5 Konwencji o ochronie dóbr kulturalnych – „Wysokie Umawiające się Strony, które okupują w całości lub w części terytorium innej Wysokiej Umawiającej się Strony, powinny w miarę możliwości popierać wysiłki właściwych władz narodowych terytorium okupowanego, mając na celu zapewnienie opieki nad jego dobrami kulturalnymi i ich zachowanie. Jeżeli dla zachowania dóbr kulturalnych położonych na terytorium okupowanym, a uszkodzonych przez działania wojenne konieczne są kroki natychmiastowe i jeżeli właściwe władze narodowe nie mogą ich podjąć, Mocarstwo okupujące przedsięwzięcie w miarę możliwości najkonieczniejsze środki zachowawcze w ścisłej współpracy z tymi władzami”¹¹¹.

We wskazanych powyżej artykułach widać dążenie do ochrony państwa okupowanego, a w szczególności ochrony mienia. Jednak ochrona taka nie zawsze znajduje zastosowanie, co widać w orzeczeniach powojennych, które mimo występowania nadmiernych zniszczeń na terenie okupowanym orzekały o ich konieczności i działaniu w przekonaniu, że są one niezbędne. Tłumaczono się również zastrzeżeniem wynikającym z RH, które pozwalało na niszczenie uzasadniając to koniecznością wojskową, co nie znajdowało odzwierciedlenia w rzeczywistości. Trzeba zauważyć, że wysiłki międzynarodowe mające na celu ochronę dóbr kultury oraz innych dóbr należących do państwa okupowanego odnoszą coraz większe skutki, czego efektem jest ochrona zabytków oraz mienia państwa okupowanego.

3. Istnienie państwa okupowanego

Mimo stanu okupacji państwo okupowane istnieje nadal. Okupant sprawuje władzę na terytorium, ale legalna władza należy do państwa okupowanego. Nawet, gdyby było okupowane całe terytorium państwa, nie oznacza to zaniku jego podmiotowości międzynarodowej. Jednak początkowo nie było to takie oczywiste. W jednej z wersji roboczych RH pojawiło się postanowienie, że wskutek okupacji następuje zawieszenie władzy legalnej¹¹². Na skutek takiego uregulowania oznaczałoby to aneksję zajętego terenu, co byłoby w zupełnej sprzeczności z tymczasowością okupacji¹¹³. T. Leško zauważa, że państwo zachowuje ciągłość swojego bytu niepodległego oraz suwerenność, która jest niezbywalna¹¹⁴.

¹¹¹ M. Gąska, A. Ciupiński, *op. cit.*, s. 79.

¹¹² M. Pietras-Eichberger, *op. cit.*, s. 47.

¹¹³ M. Gąska, *op. cit.*, s. 19.

¹¹⁴ T. Leško, *op. cit.*, s. 109.

3.1. Suwerenność państwa okupowanego

Prawo do samostanowienia jest naczelnym prawem każdego narodu, więc państwo pozostające pod okupacją jest nadal suwerenne. Pojęcie to rozumiemy jako charakterystykę podmiotu prawa międzynarodowego, która obejmuje dwie cechy: niezależność od czynników zewnętrznych oraz kompetencję do normowania stosunków wewnątrz państwa. Jest to prawo do samodzielnego i niezawisłego sprawowania władzy¹¹⁵. Suwerenność wynika szczególnie z celów Organizacji Narodów Zjednoczonych zawartych w art. 1 ust. 2 Karty Narodów Zjednoczonych¹¹⁶, by „rozвивać przyjazne stosunki między narodami, oparte na poszanowaniu zasady równouprawnienia i samostanowienia narodów, i stosować inne odpowiednie środki dla wzmocnienia powszechnego pokoju”¹¹⁷. Potwierdza to Deklaracja Zgromadzenia Ogólnego z 14 grudnia 1974 r.¹¹⁸, stwierdzając, że sporządzenie katalogu działań zakazanych nie może w żadnej formie naruszać prawa do samostanowienia, wolności i niepodległości.

Zgodnie z utrwalonym i spójnym poglądem wyrażonym w doktrynie istnieją 3 fundamentalne elementy państwa. Są to: terytorium, ludność oraz legalna władza państwowa. Terytorium, mimo pozostawania we władzy obcego państwa, zachowuje swoją odrębność państwową oraz nie zostaje wyłączone z organizmu państwowego. Ludność zachowuje swoje obywatelstwo, a dzieci urodzone podczas okupacji są nadal obywatelami państwa okupowanego. A legalna władza państwowa jest ograniczona w wykonywaniu swoich funkcji, jednak nadal sprawuje swoje władztwo¹¹⁹.

Jak wynika z powyższego, państwo okupowane istnieje i nadal ma osobowość międzynarodową, jednak jest ograniczone w wykonywaniu swojego władztwa. Stwierdzenie, że ludność nie ma swojego państwa ani że terytorium to należy do okupanta, nie jest jednak uprawnione.

3.2. Legalny rząd państwa okupowanego

W kontekście legalnego rządu państwa okupowanego szczególną uwagę należy zwrócić na rząd, który sprawował władzę przed okupacją. Legalną władzą jest rząd, który sprawował władzę przed okupacją, niezależnie od legalności i zgodności jego działania z obowiązującym wtedy prawem konstytucyjnym. S. Boratyński podkreślał różnicę między legalnością rządu z punktu widzenia prawa międzynarodowego, a legalnością z punktu widzenia prawa państwowego. Miała ona skupiać się na rozróżnieniu i przeciwstawieniu rządu własnego rządowi obcemu¹²⁰. Istotne jest też, że nawet częściowe pozbawienie rządu możliwości wykonywania władzy na zajęтым terytorium nie pozbawia go kompetencji do jej sprawowania. Rząd ten ma też uprawnienie do wydawania aktów prawnych wynikających z istoty podmiotowości prawnomiędzynarodowej

¹¹⁵ M. Gąska, *op. cit.*, s. 20.

¹¹⁶ Dz. U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90.

¹¹⁷ Dz. U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90.

¹¹⁸ Uchwała nr 3314/XXIX.

¹¹⁹ M. Flemming, *op. cit.*, s. 16.

¹²⁰ M. Gąska, *op. cit.*, s. 20.

państwa. Akty te głównie dotyczą kierowania walką zbrojną mającą na celu odzyskanie własnego terytorium, mienia państwowego, służby cywilnej, handlu oraz wymiaru sprawiedliwości. Należy zauważyć, że zwykle akty, które wchodzi w kolizję z prawami okupującego, są nieskuteczne. Prawowity jest rząd na uchodźstwie, jeśli istnieje deklaracja społeczności międzynarodowej i państwa, na terenie którego rząd ten ma siedzibę, do kontytuowania uznania¹²¹. Podtrzymuje się, że uznanie przez społeczność odgrywa zasadniczą rolę. Uznanie takie ma charakter deklaratoryjny¹²². Podaje się, że państwa mają pełną swobodę w doborze kryteriów uznania innego rządu. Decyzje takie często, poza prawnym charakterem, mają też charakter polityczny¹²³. M. Hułas dokonuje podziału działających na uchodźstwie przedstawicielstw, biorąc pod uwagę ich legalność i ciągłość. Dzieli je na pełnoprawne rządy na obczyźnie, komitety narodowe i tymczasowe rządy emigracyjne oraz inne czasowe nieoficjalne przedstawicielstwa¹²⁴. Wskazuje na fakt, że jedynym warunkiem funkcjonowania rządu poza granicami własnego państwa jest zgoda państwa przyjmującego.

Ważne jest zaznaczenie, że rząd na uchodźstwie ma kompetencje do działań tylko w okresie okupacji. Po tym etapie, gdy nie odzyska władzy w państwie, po zakończeniu okupacji nie może być uważany za rząd tego państwa¹²⁵.

W historii można znaleźć próby pozornego kończenia okupacji poprzez tworzenie rządów marionetkowych przez okupanta. Przyjmuje się, że państwo marionetkowe jest nowym tworem powołanym przez okupanta i całkowicie od niego zależnym. Bez pomocy okupanta państwo marionetkowe nie jest zdolne do istnienia. W przypadku istnienia takiego państwa okupant ponosi pełną odpowiedzialność międzynarodową za działania takiego tworu oraz jego organów. Panuje pogląd, że tworzenie marionetkowych rządów nie może być akceptowane, gdyż może być traktowane jako kamuflaż do aneksji cudzego terytorium państwowego. Co więcej, utworzenie takiego państwa wbrew woli legalnych organów państwa okupowanego i narodu powoduje, że istnienie takie jest tymczasowe jak każda okupacja. Zaznacza się, że rządy marionetkowe nie są reprezentantami kraju, traktuje się je jako organy powołane przez władze okupacyjne w ramach wykonywania przez nie zarządu. Akty prawne wydawane przez taki organ, po ustaniu okupacji, podlegają tym samym prawom, co akty okupanta¹²⁶.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosków, że istotne dla działania władzy poza granicami jej państwa jest międzynarodowe uznanie, które w tej sytuacji legitymizuje jej władzę. Jednak nie każdy rząd może być uznany na arenie międzynarodowej, przykładem takim są rządy marionetkowe, które są całkowicie podporządkowane okupantowi. Kwestie rozróżnienia rządu legalnego od rządu marionetkowego są niezwykle istotne dla dalszej ciągłości istnienia państwa na arenie międzynarodowej.

¹²¹ M. Górzyńska, *op. cit.*, s. 180–181.

¹²² M. Hułas, *Status rządów i przedstawicielstw okupowanej Europy w Londynie*, Białystok 1993, s. 29–30.

¹²³ M. Pietras-Eichberger, *op. cit.*, s. 51.

¹²⁴ M. Hułas, *op. cit.*, s. 28.

¹²⁵ M. Pietras-Eichberger, *op. cit.*, s. 51.

¹²⁶ M. Flemming, *op. cit.*, s. 321–323.

4. Prawo ludności do samostanowienia

Wojna partyzancka stała się skuteczną metodą dla narodów walczących o niepodległość z bardziej liczbnym przeciwnikiem. Od końca XVIII w. aż do połowy XX w. liczba walk o niepodległość była ogromna. Była to m.in. walka o niepodległość Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej, walka w Hiszpanii z wojskami Napoleona, polskie powstania w latach 1863–1864, walka w obronie ustroju republikańskiego w Hiszpanii w latach 1936–1939. Mao Tse Tung określił sześć zagadnień strategii wojny partyzanckiej: pełne inicjatywy i elastyczne prowadzenie działań ofensywnych w toku wojny obronnej, współdziałanie z wojskami regularnymi, tworzenie baz oporu, obrona i ofensywa strategiczna, rozwijanie i wkomponowanie działań partyzantów w działania wojsk regularnych oraz właściwe stosunki wzajemne w dowództwie. E. Che Guevara określił ją jako walkę mas, walkę ludu, a jej siłę opierał na związkach z masami ludności¹²⁷. Ludność znajdująca się pod okupacją dąży do tego, by jej państwo zostało wyzwolone od nieprzyjaciela i znowu było niepodległe. K. Stolzmann podkreśla, że „nie ma większego pogwałcenia praw niż najświętsze z praw ludzkich, prawo narodowej niepodległości”¹²⁸. R. Bierzanek scharakteryzował wojnę partyzancką jako działanie niewielkich oddziałów, które korzystają z poparcia ludności i atakują nieprzyjaciela w nieprzewidzianym miejscu i czasie. Podaje się trzy rodzaje walk partyzanckich: w ścisłym tego słowa znaczeniu, która charakteryzuje się działaniami co pewien czas mniej lub bardziej powiązanych małych grup, działalność rozproszona, druga grupa, czyli ciągle i zgrane działania, które zachowują cechy walki rewolucyjnej i spontaniczność, oraz trzecia grupa, rewolucyjna wojna mas, w której działają duże odłamy społeczeństwa działające przy skoordynowanych akcjach¹²⁹. Z kolei J.S. Herzog podzielił działania partyzanckie na cztery rodzaje: partyzantki rewolucyjne, które mają na celu zdobycie niepodległości w kraju kolonialnym, partyzantka w kraju politycznie niepodległym, mająca za zadanie wywrócenie istniejącego porządku i wprowadzenie zmian, partyzantka obronna wobec inwazji obcych wojsk oraz partyzantka reakcyjna, która przeciwstawia się ruchowi rewolucyjnemu w obronie istniejącego reżimu¹³⁰. We wstępie do IV KH¹³¹ znajduje się potwierdzenie legalności walki zbrojnej w celu odzyskania swojego terytorium od okupanta. Jest to przeniesiona z I Konferencji Pokojowej w Hadze z 1899 r. Klauzula Martensa – „Zważywszy, że, poszukując sposobów zachowania pokoju i zapobieżenia zbrojnym starciom pomiędzy narodami, ważnym jest jednocześnie zająć się tym wypadkiem, gdy zwrócenie się do oręża nastąpiłoby wskutek wydarzeń, których ich usiłowania nie mogłby odwrócić; ożywione pragnieniem służenia i w tej ostatecznej ewentualności interesom ludzkości i wzrastającym wymaganiom cywilizacji; uważając, że należy w tym celu dokonać rewizji praw i ogólnych zwyczajów wojen-

¹²⁷ M. Gąska, *op. cit.*, s. 34–36.

¹²⁸ *Ibidem*, s. 44.

¹²⁹ R. Bierzanek, *Prawa człowieka...*, s. 148–150.

¹³⁰ M. Gąska, *op. cit.*, s. 37.

¹³¹ Konwencja dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej (IV konwencja haska), Haga 18 października 1907 r., (Dz. U. z 1927 r. Nr 21, poz. 161).

nych, bądź dla dokładniejszego określenia ich, bądź dla pewnego ich ograniczenia celem osłabienia, o ile to możliwe, ich surowości, uznały za potrzebne uzupełnić i ściślej określić co do pewnych punktów dzieło pierwszej Konferencji Pokoju, która przejmując, w dalszym ciągu Konferencji Brukselskiej 1874 r., idee, poddane przez mądrą i szlachetną przezorność, powzięła postanowienia w przedmiocie określenia i uregulowania zwyczajów wojny na lądzie. Zdaniem Wysokich Układających się Stron, postanowienia te, których ułożenie spowodowane zostało pragnieniem umniejszenia nieszczęść wojny, o ile konieczności wojskowe na to pozwalają, mają służyć jako ogólna reguła postępowania dla prowadzących wojnę w ich wzajemnych stosunkach, oraz w stosunkach do ludności. Jednakże było niemożliwym na razie uzgodnienie odnośnych postanowień, rozciągających się na wszystkie okoliczności mogące mieć miejsce w praktyce. Skądinąd nie mogło być zamiarem Wysokich Układających się Stron, aby wypadki nieprzewidziane zostały z braku sformułowanych pisemnie postanowień pozostawione dowolnej ocenie ze strony dowodzących wojskami. Zanim bardziej wyczerpujący kodeks praw wojennych będzie mógł być ułożonym, Wysokie Układające się Strony uważają za właściwe skonstatować, że w wypadkach, nieobjętych przepisami obowiązującymi, przyjętymi przez nie, ludność i strony wojujące pozostają pod opieką i władzą zasad prawa narodów, wypływających ze zwyczajów, ustanowionych między cywilizowanymi narodami, oraz z zasad humanitarności i wymagań społecznego sumienia”. Sytuację ludności walczącej o niepodległość regulują również art. 1, 2 oraz 3 RH – „Ustawy, prawa i obowiązki wojenne stosują się nie tylko do armii, lecz również do pospolitego ruszenia i oddziałów ochotniczych, o ile odpowiadają one warunkom następującym: jeżeli mają na czele osobę odpowiedzialną za swych podwładnych; noszą stałą i dającą się rozpoznać z daleka odznakę wyróżniającą; jawnie noszą broń; przestrzegają w swych działaniach praw i zwyczajów wojennych. W tych krajach, gdzie pospolite ruszenie lub oddziały ochotnicze stanowią armię lub wchodzi w jej skład, nazwa armii rozciąga się na nie”, „Ludność terytorium niezajętego, która przy zbliżeniu się nieprzyjaciela dobrowolnie chwyta za broń, aby walczyć z wkraczającymi wojskami i nie miała czasu zorganizować się zgodnie z art. 1, będzie uważaną za stronę wojującą, jeżeli jawnie nosi broń i zachowuje prawa i zwyczaje wojenne” oraz „zbrojne siły stron wojujących mogą składać się z walczących i niewalczących. W razie zagarnięcia ich przez nieprzyjaciela zarówno tym, jak i tamtym przysługuje prawo być traktowanymi jak jeńcy wojenni”. Ludność okupowanego terytorium ma prawo do walki o jego niepodległość. Po II wojnie światowej pojęcie walki partyzanckiej zostało rozszerzone, uwzględniając bezpośrednie starcia z przeciwnikiem, bojową działalność dywersyjną, rozpoznawczą i sabotażową¹³². Legitymacja do takich działań znajduje się w wyroku Amerykańskiego Trybunału Wojskowego w sprawie W. Lista, gdzie zezwolona została walka z okupantem przez oddziały ochotnicze i partyzanckie. Dopuszczenie to jest możliwe pod warunkiem upoważnienia zorganizowanego rządu oraz stosowania RH¹³³.

¹³² M. Gąska, *op. cit.*, s. 37.

¹³³ M. Gąska, A. Ciupiński, *op. cit.*, s. 46.

Zorganizowany zbrojny ruch oporu ma wszelkie podstawy prawne do kontynuacji i walki zbrojnej w warunkach okupacji. Jest to niezaprzeczalne prawo każdego podbitego i okupowanego narodu¹³⁴.

W rozumieniu wojny partyzanckiej należy wykluczyć działania nieregularne wojsk mające charakter agresywny jak desant, tworzenie tzw. piątej kolumny¹³⁵.

Wymienia się dwa rodzaje partyzantów: członków zbrojnego ruchu oporu w wojnie między państwami walczących na terenach okupowanych oraz członków zbrojnego ruchu narodowowyzwoleńczego walczących o wyzwolenie spod panowania kolonialnego o utworzenie własnego państwa¹³⁶.

Prof. von Glahn stawia tezę, że ludność terenu okupowanego nie ma obowiązku przestrzegania przepisów wydanych przez okupanta, jednak okupant jest uprawniony do karania takich osób. Z kolei F. Ryszka staje po stronie tezy, że z uwagi na zawieszenie prawa okupowanego obszaru zbrojny ruch oporu należy uznać za legalny. Jego zdaniem legalny ruch oporu wygasa dopiero po podpisaniu traktatu pokojowego¹³⁷.

Uregulowanie walki zostało uznane na mocy art. 1 ust. 4 I Protokołu – „Sytuacje, o jakich mowa w ustępie poprzednim, obejmują konflikty zbrojne, w których ludy walczą przeciw panowaniu kolonialnemu i obcej okupacji oraz przeciw reżimom rasistowskim, wykonując swe prawo do samostanowienia zawarte w Karcie Narodów Zjednoczonych oraz w Deklaracji w sprawie zasad prawa międzynarodowego dotyczących przyjaznych stosunków i współpracy między państwami, zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych”.

W angielskim regulaminie wojskowym pojawiło się odwołanie do powstania ludności jako utarta skuteczności okupacji, a co za tym idzie – jej nieistnienie. Wyzwolenie takie musi posiadać cechy trwałości¹³⁸.

Zgodnie z przywołanymi wyżej aktami prawnymi ludność ma prawo do walki o swoje państwo, szczególnie w sytuacji okupacji. Jest to oczywiste i mimo wielu rodzajów walki partyzanckiej i podziałów członków ruchu oporu, wszyscy oni mają prawo do walki o niepodległość swojego państwa.

5. Zbrojny ruch oporu

Zbrojny ruch oporu to działania partyzantów i kombatantów mające na celu odzyskanie okupowanego terytorium. W pojęciu zbrojnego ruchu oporu mieści się też sytuacja jeńców wojennych, którzy zostali schwytani podczas walk. Najistotniejszym postanowieniem dotyczącym ruchu oporu jest jego obowiązek przestrzegania prawa wojennego zarówno zwyczajowego, jak i skodyfikowanego. Obowiązki te pojawiają się w RH, III i IV KG oraz I Protokole¹³⁹.

¹³⁴ *Ibidem*, s. 52.

¹³⁵ M. Gąska, *op. cit.*, s. 38.

¹³⁶ *Ibidem*, s. 39.

¹³⁷ M. Gąska, A. Ciupiński, *op. cit.*, s. 47.

¹³⁸ M. Flemming, *op. cit.*, s. 93.

¹³⁹ M. Górzyńska, *op. cit.*, s. 184.

Kombatant jest to jednostka biorąca udział w działaniach wojennych z ramienia podmiotu prawa międzynarodowego. Sytuacji kombatanta dotyczą art. 43 i 44 I Protokołu – „Siły zbrojne strony konfliktu składają się ze wszystkich uzbrojonych i zorganizowanych sił, grup i oddziałów, które podlegają dowództwu odpowiedzialnemu przed tą stroną za postępowanie jego podwładnych, choćby ta strona była reprezentowana przez rząd lub władzę nie uznane przez stronę przeciwną. Takie siły zbrojne powinny podlegać systemowi wewnętrznej dyscypliny, który by zapewniał między innymi poszanowanie przepisów prawa międzynarodowego mającego zastosowanie w konfliktach zbrojnych. Członkowie sił zbrojnych strony konfliktu (inni niż personel medyczny i duchowny objęty artykułem 33 Trzeciej Konwencji) są kombatantami, to jest mają prawo bezpośredniego uczestniczenia w działaniach zbrojnych. Strona konfliktu, która wciela do swych sił zbrojnych organizację paramilitarną lub uzbrojoną służbę porządku publicznego, powinna powiadomić o tym inne strony konfliktu” oraz „Każdy kombatant w rozumieniu artykułu 43, który znajdzie się we władzy strony przeciwnej, staje się jeńcem wojennym. Chociaż wszyscy kombatanci są zobowiązani do przestrzegania przepisów prawa międzynarodowego, mających zastosowanie w konfliktach zbrojnych, naruszenia tych przepisów nie pozbawiają kombatanta prawa do traktowania go jako kombatanta albo gdy znajdzie się we władzy strony przeciwnej – prawa do traktowania go jako jeńca wojennego, z wyjątkiem wypadków, o jakich mowa w ustępach 3 i 4. Dla wzmocnienia ochrony ludności cywilnej przed skutkami działań wojennych kombatanci są zobowiązani do odróżniania się od ludności cywilnej w czasie, gdy biorą udział w ataku lub w wojskowej operacji przygotowawczej do ataku. Uznając jednak, że w toku konfliktów zbrojnych istnieją sytuacje, gdy wskutek charakteru działań zbrojnych uzbrojony kombatant nie może odróżniać się od ludności cywilnej, zachowuje on swój status kombatanta pod warunkiem, że w takich sytuacjach nosi otwarcie broń: w czasie każdego starcia zbrojnego; gdy jest widoczny dla nieprzyjaciela podczas rozwinięcia wojskowego, poprzedzającego rozpoczęcie ataku, w którym ma uczestniczyć. Działania odpowiadające warunkom przewidzianym w niniejszym ustępie nie są uważane za wiarołomne w rozumieniu ustępu 1 (c) artykułu 37. Każdy kombatant, który znajdzie się we władzy strony przeciwnej w czasie, gdy nie spełnia warunków przewidzianych w drugim zdaniu ustępu 3, traci prawo do traktowania go jako jeńca wojennego, korzysta jednak mimo to z ochrony równoważnej pod każdym względem z tą, jaką przyznana jest jeńcom wojennym przez Trzecią Konwencję i przez niniejszy protokół. W wypadku gdy jest on sądzony i skazany za jakiekolwiek przestępstwa popełnione przez niego, ochrona ta obejmuje ochronę równoważną z tą, jaką Trzecia Konwencja przyznała jeńcom wojennym. Kombatant, który znajdzie się we władzy strony przeciwnej, w czasie gdy nie uczestniczy w ataku lub w wojskowej operacji przygotowawczej do ataku, nie traci z powodu swej poprzedniej działalności prawa do traktowania go jako kombatanta i jeńca wojennego. Niniejszy artykuł nie pozbawia nikogo prawa do traktowania go jako jeńca wojennego w myśl artykułu 4 Trzeciej Konwencji. Niniejszy artykuł nie zmierza do zmiany praktyki państw powszechnie przyjętej, dotyczącej noszenia mundurów przez kombatantów należących do umundurowanych regularnych oddziałów strony

konfliktu. Poza kategoriami osób wymienionymi w artykule 13 Pierwszej i Drugiej Konwencji, wszyscy członkowie sił zbrojnych strony konfliktu, określani w artykule 43 niniejszego protokołu, mają prawo do ochrony przyznanej przez wymienione Konwencje w razie ranienia lub choroby albo gdy – w przypadku Drugiej Konwencji – są rozbitkami na morzu lub na innych wodach”. Należy przyjąć, że kombatant oznacza żołnierza, członka regularnych sił zbrojnych oraz członka ugrupowania partyzanckiego. Należy odróżnić partyzantów od powstańców, którzy są ludnością cywilną, która chwyta za broń, by walczyć z najeźdźcą¹⁴⁰. W literaturze kwestionuje się używanie pojęcia kombatant, sugerując zastąpienie go określeniem osoby bezpośrednio uczestniczącej w operacjach wojskowych lub protagoniści w konflikcie. Uchwała Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 2675/XXV zawiera termin osoby biorącej aktywny udział w działaniach wojennych¹⁴¹. Prawo nie zapewnia też ochrony powstańcom, którzy działają jednoosobowo. Pojawia się pogląd, że takie działania mają na celu zabezpieczenie się państw przed dokonywanymi aktami terroru przez jednostki¹⁴².

By w pełni zauważyć warunki objęcia prawną ochroną członków zbrojnego ruchu oporu, należy skupić się na art. 1 RH i wymienionym przez niego warunkach, „[...] jeżeli mają na czele osobę odpowiedzialną za swych podwładnych; noszą stałą i dającą się rozpoznać z daleka odznakę wyróżniającą; jawnie noszą broń; przestrzegają w swych działaniach praw i zwyczajów wojennych”. Tak więc, żeby członkowie ruchu oporu mogli korzystać z ochrony prawnej, muszą spełniać te warunki. W kwestii odznaki wyróżniającej toczą się spory, jednak pojawiają się głosy, że partyzanci nie mają obowiązku noszenia mundurów regularnej armii swojego kraju. Uważa się, że opaski naramienne nie są wystarczające. W art. 23 f RH pojawia się nacisk na zakaz używania flagi narodowej, oznak wojskowych i uniformów nieprzyjaciela – „Oprócz zakazów, ustanowionych przez specjalne konwencje, zabrania się mianowicie: f) bezprawnie używać flagi parlamentarnej, narodowej, oznak wojskowych i uniformów nieprzyjaciela, jak również oznak odróżniających, ustanowionych przez konwencję genewską”. Z kolei wg MKCK wymóg jawnego noszenia broni kładzie nacisk na kwestię otwartego noszenia broni, co nie znaczy ostentacyjnego, a nieprzyjaciel powinien mieć możliwość rozpoznania partyzantów podejmujących walkę. Dodatkowo członek sił zbrojnych, który usiłuje zbierać informacje na terytorium, na którym jest stałym mieszkańcem, nie będzie uważany za szpiega, chyba że działalność taką podejmuje pod fałszywymi pozorami lub w sposób skryty. Traci też prawo do statutu jeńcy wojennego tylko wtedy, gdy zostanie złapany podczas prowadzenia działalności szpiegowskiej. Z kolei osoba, która prowadzi działalność szpiegowską na terytorium okupowanym przez stronę przeciwną, na którym nie jest stałym mieszkańcem, traci status jeńcy wojennego, tylko gdy zostanie złapany przed ponownym połączeniem się z siłami zbrojnymi, do których należy. Ustanawia to art. 46 I Protokołu „Niezależnie od jakiegokolwiek innego postanowienia Konwencji o ochronie dóbr kulturalnych i niniejszego protokołu członek sił zbrojnych strony konfliktu, który znajdzie się we władzy

¹⁴⁰ M. Gąska, *op. cit.*, s. 39.

¹⁴¹ R. Bierzanek, *Prawa człowieka...*, s. 158.

¹⁴² M. Górzyńska, *op. cit.*, s. 184–185.

strony przeciwnej w czasie uprawiania działalności szpiegowskiej, nie ma prawa do statusu jeńcy wojennego i może być traktowany jak szpieg. Członek sił zbrojnych strony konfliktu, który zbiera lub usiłuje zbierać na rzecz tej strony wiadomości na terytorium kontrolowanym przez stronę przeciwną, nie będzie uważany za uprawiającego działalność szpiegowską, jeżeli w tym czasie nosi umundurowanie swoich sił zbrojnych. Członek sił zbrojnych strony konfliktu, który jest stałym mieszkańcem terytorium okupowanego przez stronę przeciwną i zbiera lub usiłuje zbierać na tym terytorium na rzecz strony, do której należy, wiadomości o charakterze wojskowym, nie będzie uważany za uprawiającego działalność szpiegowską, chyba że w czasie swej działalności działa pod fałszywymi pozorami lub w sposób rozmyślnie skryty. Ponadto taki mieszkaniec traci prawo do statusu jeńcy wojennego i może być traktowany jak szpieg jedynie w wypadku, gdy zostanie ujęty w czasie prowadzenia działalności szpiegowskiej. Członek sił zbrojnych strony konfliktu, który nie jest stałym mieszkańcem terytorium okupowanego przez stronę przeciwną i który prowadził działalność szpiegowską na tym terytorium, traci prawo do statusu jeńcy wojennego i może być traktowany jak szpieg tylko wtedy, gdy zostanie ujęty przed ponownym połączeniem się z siłami zbrojnymi, do których należy¹⁴³.

Jeńcy wojenni przez lata byli traktowani w najgorszy sposób, nie przysługiwały im żadne prawa i często byli zabijani albo traktowani jako niewolnicy. Ich sytuacja uległa zmianie dopiero po rewolucji francuskiej¹⁴⁴. Pierwsze uregulowania losu jeńców wojennych znalazły się w RH, jednak okazały się one niewystarczające i w 1949 r. uchwalono III KG o traktowaniu jeńców wojennych. III KG określa się też jako kodeks jeńcy wojennego¹⁴⁵. Najprościej jeńcy wojennego określa się jako osobę, która znalazła się we władzy nieprzyjaciela¹⁴⁶. Art. 4 III KG ustanawia definicję jeńcy wojennego, opierając się na wyliczeniu kategorii, które można uznać za jeńcy wojennego – „Jeńcami wojennymi w rozumieniu niniejszej Konwencji są osoby, które znalazły się we władzy nieprzyjaciela, a należą do jednej z następujących kategorii: członkowie sił zbrojnych Strony w konflikcie, jak również członkowie milicji i oddziałów ochotniczych, stanowiących część tych sił zbrojnych; członkowie innych milicji i innych oddziałów ochotniczych, włączając w to członków zorganizowanych ruchów oporu, należących do jednej ze Stron w konflikcie i działających poza granicami lub w granicach własnego terytorium, nawet jeżeli pod warunkiem, że te milicje lub oddziały ochotnicze, włączając w to zorganizowane ruchy oporu, odpowiadają następującym warunkom: mają na czele osobę odpowiedzialną za swych podwładnych; noszą stały i dający się z daleka rozpoznać znak rozpoznawczy; jawnie noszą broń; przestrzegają w swych działaniach praw i zwyczajów wojny; członkowie regularnych sił zbrojnych, którzy podają się za podlegających rządowi lub władzy nie uznanym przez Mocarstwo zatrzymujące; osoby towarzyszące siłom zbrojnym, ale nie należące do nich bezpośrednio, jak na przykład cywilni członkowie załóg samolotów wojskowych, korespondenci wojenni,

¹⁴³ M. Gąska, A. Ciupiński, *op. cit.*, s. 57.

¹⁴⁴ M. Głuchowska, K. Zejdler, *Status jeńcy wojennego. Wybrane zagadnienia*, Gdynia 2011, s. 185–186.

¹⁴⁵ Makiela M., *Jeńcy wojenni i ich prawa a polityka prezydenta Baracka Obamy wobec przetrzymywanych w Guantanamo Bay*, Kraków 2011, s. 66.

¹⁴⁶ M. Głuchowska, K. Zejdler, *op. cit.*, s. 187.

dostawcy, członkowie oddziałów pracy lub służb, powołanych do opiekowania się wojskowymi, pod warunkiem, że otrzymali oni upoważnienie od sił zbrojnych, którym towarzyszą, przy czym te ostatnie obowiązane są wydać im w tym celu kartę tożsamości według załączonego wzoru; członkowie załóg statków handlowych, włączając w to kapitanów, pilotów i uczniów, oraz członkowie załóg samolotów cywilnych Stron w konflikcie, o ile nie przysługuje im prawo do korzystniejszego traktowania na mocy innych postanowień prawa międzynarodowego; ludność terytorium nie okupowanego, która przy zbliżaniu się nieprzyjaciela chwytą spontanicznie za broń, aby stawić opór inwazji, a nie miała czasu zorganizować się w regularne siły zbrojne, jeżeli jawnie nosi broń i przestrzega praw i zwyczajów wojennych.

Korzystać będą również z traktowania zastrzeżonego przez niniejszą Konwencję dla jeńców wojennych: osoby, które należą lub należały do sił zbrojnych kraju okupowanego, jeżeli z tytułu tej przynależności Mocarstwo okupujące, które je nawet początkowo zwolniło w czasie trwania działań wojennych poza okupowanym przezeń terytorium, uważa za niezbędne ich internowanie, zwłaszcza po nieudanej próbie tych osób połączenia się z siłami zbrojnymi, do których należą i które nadal walczą, lub gdy osoby te nie stawiają się na wezwanie w celu ich internowania. Osoby należące do jednej z kategorii wyliczonych w niniejszym artykule, przyjęte na terytorium Mocarstw neutralnych lub nie będących stroną wojującą, a podlegające internowaniu na mocy prawa międzynarodowego, z zastrzeżeniem wszelkiego rodzaju korzystniejszego traktowania, jakie te Mocarstwa mogą im przyznać, oraz z wyjątkiem postanowień artykułu 8, 10, 15, 30 ustęp 5, artykułów 58 i 67 włącznie, 92, 126, jak również – jeżeli Strony w konflikcie utrzymują stosunki dyplomatyczne z Mocarstwem neutralnym lub zainteresowanym Mocarstwem nie będącym stroną wojującą – z wyjątkiem postanowień dotyczących Mocarstwa opiekuńczego. Gdy takie stosunki dyplomatyczne istnieją, Strony w konflikcie, do których te osoby należą, będą mogły sprawować w stosunku do nich funkcje przyznane na mocy niniejszej Konwencji Mocarstwom opiekuńczym, bez uszczerbku dla funkcji sprawowanych normalnie przez Strony na mocy zwyczajów oraz traktatów dyplomatycznych i konsularnych.

Niniejszy artykuł nie wpływa na sytuację prawną personelu lekarskiego i duchownego, przewidzianą w artykule 33 niniejszej Konwencji”.

W cytowanym artykule zostają wymienione warunki, które muszą spełniać członkowie ruchu oporu, powtórzone z art. 1 RH.

W całej III KG są określone prawa jeńców wojennych. Z najważniejszych należy wymienić art. 7, który nie zezwala na zrzeczenie się przez jeńców nadanych im praw – „Jeńcy wojenni nie będą mogli w żadnym razie zrzec się częściowo lub całkowicie praw zapewnionych im przez niniejszą Konwencję i ewentualnie przez układy specjalne, przewidziane w artykule poprzednim”. Artykuł 12 ustanawia regułę, że jeńcy nie znajdują się we władzy jednostek, tylko we władzy państwa – „Jeńcy wojenni znajdują się we władzy Mocarstwa nieprzyjacielskiego, a nie we władzy poszczególnych osób lub oddziałów wojskowych, które wzięły ich do niewoli. Niezależnie od istniejącej odpowiedzialności indywidualnej, za traktowanie jeńców wojennych odpowiada Mocarstwo zatrzymujące.

Jeńcy wojenni mogą być przekazani przez Mocarstwo zatrzymujące tylko Mocarstwu, które jest stroną Konwencji, i to dopiero wówczas, gdy Mocarstwo zatrzymujące upewniło się, że dane Mocarstwo pragnie i jest zdolne stosować Konwencję. Po przekazaniu w ten sposób jeńców Mocarstwo, które zgodziło się ich przejąć, będzie odpowiedzialne za stosowanie Konwencji przez czas sprawowania nad nimi opieki. Gdyby jednak to Mocarstwo nie spełniało w jakimś ważnym punkcie swego obowiązku wykonania postanowień Konwencji, Mocarstwo, które przekazało jeńców wojennych, powinno na skutek zawiadomienia go o tym przez Mocarstwo opiekuńcze przedsięwziąć skuteczne środki dla zaradzenia sytuacji lub zażądać przekazania mu z powrotem jeńców wojennych. Takiemu żądaniu należy uczynić zadość”. Artykuł 13 III KG ustanawia zasadę traktowania jeńców humanitarnie – „Jeńcy wojenni powinni być zawsze traktowani w sposób humanitarny. Wszelkie bezprawne działanie lub zaniechanie ze strony Mocarstwa zatrzymującego, powodujące śmierć lub poważne zagrożenie zdrowia jeńca wojennego znajdującego się w jego władzy, jest zakazane i uważane będzie za ciężkie naruszenie niniejszej Konwencji. W szczególności żaden jeńiec wojenny nie może być okaleczony fizycznie ani poddany doświadczeniom lekarskim lub naukowym jakiegokolwiek rodzaju, które nie są uzasadnione leczeniem tego jeńca i nie leżą w jego interesie. Jeńcy wojenni powinni być również stale chronieni zwłaszcza przed każdym aktem gwałtu lub zastraszenia, przed zniewagami i ciekawością publiczną. Środki odwetowe względem nich są zabronione”, art. 14 III KG ustanawia prawo poszanowania osób – „Jeńcy wojenni mają we wszelkich okolicznościach prawo do poszanowania swej osoby i czci. Kobiety powinny być traktowane ze wszystkimi względami należnymi ich płci. W każdym przypadku przysługuje im traktowanie równie korzystne jak mężczyznom. Jeńcy wojenni zachowują pełną zdolność cywilną, jaką posiadali w chwili wzięcia ich do niewoli. Mocarstwo zatrzymujące będzie mogło ograniczyć korzystanie z tych praw na swoim terytorium lub poza jego granicami tylko w stopniu wymaganym przez niewolę”, art. 15 III KG zapewnia jeńcom opiekę medyczną i utrzymanie – „Mocarstwo zatrzymujące jeńców wojennych obowiązane będzie do bezpłatnego ich utrzymania i dostarczania im bezpłatnie opieki lekarskiej, jakiej wymaga stan ich zdrowia”. Art. 22 III KG ustanawia zasady internowania i miejsce pobytu jeńców – „Jeńcy wojenni mogą być internowani w pomieszczeniach znajdujących się na lądzie stałym i dających wszelkie gwarancje higieny i zdrowotności; z wyjątkiem przypadków specjalnych usprawiedliwionych interesem samych jeńców, nie będą oni internowani w więzieniach karnych. Jeńcy wojenni, internowani w okęgach niezdrowych albo takich, których klimat jest dla nich szkodliwy, będą w jak najkrótszym czasie przeniesieni do okolic o odpowiedniejszym klimacie. Mocarstwo zatrzymujące zgrupuje jeńców wojennych w obozach lub oddziałach obozowych według ich narodowości, języka i obyczajów z zastrzeżeniem, że jeńcy ci nie będą odseparowani od jeńców wojennych, należących do sił zbrojnych, w których służyli w chwili dostania się do niewoli, chyba że się na to zgodzą”. W art. 49 III KG uregulowano kwestię pracy jeńców wojennych – „Mocarstwo zatrzymujące może korzystać z pracy zdrowych jeńców wojennych, biorąc pod uwagę ich wiek, płeć i stopień, jak również ich zdadność fizyczną, a to zwłaszcza w celu zachowania ich w dobrym stanie fizycznym i psychicznym.

Od jeńców wojennych – podoficerów można tylko wymagać wykonywania prac nadzorczych. Ci, od których nie wymaga się tego, mogą prosić o przydzielenie innej pracy, która im odpowiada i którą otrzymają w miarę możliwości. Jeżeli oficerowie lub równorzędne im osoby proszą o pracę, która im odpowiada, powinni w miarę możliwości otrzymać ją. W żadnym razie nie wolno ich zmuszać do pracy”. Sądownictwo i sankcje uregulowano w art. 83 III KG – „Jeńcy wojenni podlegać będą ustawom, regulaminom i rozkazom ogólnym, obowiązującym w siłach zbrojnych Mocarstwa zatrzymującego. Będzie ono mogło zastosować sankcje sądowe lub dyscyplinarne wobec każdego jeńca wojennego, który naruszył te prawa, regulaminy lub rozkazy ogólne. Nie będą jednak dozwolone żadne dochodzenia ani sankcje sprzeczne z postanowieniami niniejszego rozdziału. Jeżeli ustawy, regulaminy lub rozkazy ogólne Mocarstwa zatrzymującego uznają za karalne czyny popełnione przez jeńca wojennego, podczas gdy te same czyny nie są karalne w razie ich popełnienia przez członka sił zbrojnych Mocarstwa zatrzymującego, czyny te mogą pociągać za sobą jedynie sankcje dyscyplinarne”. Art. 91 III KG reguluje kwestię uznawania ucieczki jeńca – „Ucieczkę jeńca wojennego będzie się uważało za udaną: jeżeli połączy się on z siłami zbrojnymi Mocarstwa, do którego należy, lub Mocarstwa sprzymierzonego; jeżeli opuści terytorium podlegające władzy Mocarstwa zatrzymującego lub Mocarstwa z nim sprzymierzonego; jeżeli dostanie się na statek płynący pod banderą Mocarstwa, do którego jeńiec należy, lub Mocarstwa sprzymierzonego, a znajdujący się na wodach terytorialnych Mocarstwa zatrzymującego, pod warunkiem, że statek ten nie znajduje się we władzy tego ostatniego. Jeńcy wojenni, którzy po ucieczce udanej w rozumieniu niniejszego artykułu zostaną ponownie wzięci do niewoli, nie będą podlegali żadnej karze za swą poprzednią ucieczkę”. Kwestia sądownictwa jest też uregulowana w art. 99 oraz 103 II KG – „Żaden jeńiec wojenny nie może być ścigany ani skazany za czyn, który nie jest wyraźnie zabroniony przez ustawodawstwo Mocarstwa zatrzymującego lub przez prawo międzynarodowe, które obowiązują w czasie popełnienia czynu. Nie wolno wywierać żadnej presji moralnej czy fizycznej na jeńcu wojennym, aby skłonić go do przyznania się do popełnienia czynu, o który jest oskarżony. Żaden jeńiec wojenny nie może być skazany bez posiadania możliwości przedstawienia swej obrony i bez korzystania z pomocy wykwalifikowanego obrońcy”, „Wszelkie dochodzenie sądowe przeciwko jeńcowi wojennemu przeprowadzone będzie tak szybko, jak na to pozwolą okoliczności, i w taki sposób, aby proces odbył się możliwie najwcześniej. Żaden jeńiec wojenny nie będzie osadzony w areszcie tymczasowym, chyba że taki sam środek stosowany jest wobec członków sił zbrojnych Mocarstwa zatrzymującego za podobne przestępstwa, albo że wymaga tego wzgląd na bezpieczeństwo narodowe. Areszt tymczasowy nie będzie trwał w żadnym przypadku dłużej niż trzy miesiące. Okres tymczasowego aresztowania jeńca wojennego zalicza się na poczet kary pozbawienia wolności orzeczonej w wyroku; będzie to zresztą uwzględnione przy wymierzaniu kary. W okresie tymczasowego aresztowania jeńcy wojenni będą nadal korzystał z postanowień artykułów 97 i 98 niniejszego rozdziału”. Art. 118 III KG dotyczy problemu zakończenia internowania jeńców – „Jeńcy wojenni zostaną zwolnieni i repatriowani niezwłocznie po zakończeniu działań wojennych”.

Jak wynika z powyższych przytoczonych artykułów, członkowie ruchu oporu są chronieni w wielu aspektach. Największa ochrona jest przeznaczona dla jeńców wojennych, którym poświęcona jest cała III KG.

Zakończenie

Na podstawie całokształtu powyższych rozważań można wyprowadzić wnioski, że prawo międzynarodowe chroni ludność znajdującą się pod okupacją, terytorium ich państwa czy mienie państwowe. Są to przede wszystkim konwencje genewskie oraz haskie, które nie tylko definiują okupację, ale ponadto wskazują jej immanentne cechy, tj. efektywność, skuteczność oraz tymczasowość. Istotne jest również zajęcie cudzego terytorium do dokonania okupacji, a także moment jej rozpoczęcia i zakończenia, który prowadzi do zastosowania odpowiedniego prawa i reżimu prawnego zarówno po stronie okupanta, jak i okupowanego. Uregulowania dotyczące ludności cywilnej na terytorium okupowanym są jednymi z najważniejszych, ponieważ życie ludzkie należy do wartości, które powinny być chronione bez względu na okoliczności. Niszczenie mienia państwowego często jest dokonywane i tłumaczone koniecznością wojskową, która nie znajduje odbicia w rzeczywistości. Chronione są też dobra kulturalne jako bardzo ważny składnik kultury narodowej. Fakt istnienia państwa okupowanego jest bardzo ważny dla prawa międzynarodowego, jednak państwo to jest ograniczone w wykonywaniu swojego władztwa. Państwo takie istnieje poprzez międzynarodowe uznanie, które je legitymizuje. Także ludność ma prawo do walki o niepodległość swojego państwa, a ochrona ich stanowi treść III KG.

Niestety, mimo tak szerokiej ochrony prawnomiędzynarodowej doświadczenia nie tylko ostatnich lat wskazują, że nie wszystkie państwa stosują się do obowiązków nadanych im przez międzynarodowe konwencje i prawo zwyczajowe. Nie da się nie zauważyć, że mimo najlepszych uregulowań prawnych są one martwe, jeśli nie są stosowane. *Inter arma silent leges*, jest niestety smutną rzeczywistością, w której mimo szerokiej ochrony często okupant, a także społeczność międzynarodowa nie stosuje się do zadań wynikających z konwencji.

Bibliografia

Dokumenty

1. Konwencja dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej (IV konwencja haska), Haga 18 października 1907 r. (Dz. U. z 1927 r. Nr 21, poz. 161).
2. Załącznik do konwencji: Regulamin dotyczący praw i zwyczajów wojny lądowej (regulamin haski z 1907 r.), Haga, 18 października 1907 r.

3. Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa (konwencja w sprawie ludobójstwa), Nowy Jork 9 grudnia 1948 r. (Dz. U. z 1952 r. Nr 2, poz. 9 i Nr 31, poz. 213).
4. Konwencja genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny (IV konwencja genewska), Genewa 12 sierpnia 1949 r. (Dz. U. z 1956 r. Nr 38, poz. 171, załącznik).
5. Konwencja o traktowaniu jeńców wojennych (III konwencja genewska), Genewa 12 sierpnia 1949 r. (Dz. U. z 1956 r. Nr 38, poz. 175, załącznik).
6. Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego wraz z regulaminem wykonawczym do tej konwencji oraz protokół o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego podpisane w Hadze dnia 14 maja 1954 roku (Dz. U. z 1957 r. Nr 46, poz. 212, załącznik).
7. Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r. dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (I Protokół), Genewa 8 czerwca 1977 r. (Dz. U. z 1992 r. Nr 41, poz. 175, załącznik).
8. Drugi Protokół sporządzony w Hadze dnia 26 marca 1999 r. do Konwencji o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego, podpisanej w Hadze dnia 14 maja 1954 r. (II Protokół), (Dz. U. z 2012 r., poz. 248).

Literatura

1. Benvenisti E., *The International Law of Occupation*, Oxford University Press, Oxford 2013.
2. Bierzanek R., *Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych*, Wydawnictwo MON, Warszawa 1972.
3. Bierzanek R., *Wojna a prawo międzynarodowe*, Wydawnictwo MON, Warszawa 1982.
4. Gasser H.-P., *Międzynarodowe prawo humanitarne. Wprowadzenie*, Polski Czerwony Krzyż, Haupt 1993.
5. Głuchowska M., Zejdler K., *Status jeńca wojennego. Wybrane zagadnienia*, Międzynarodowe Prawo Humanitarne, tom II, Akademia Marynarki Wojennej, Wydział dowodzenia i operacji morskich, Gdynia 2011, s. 185–203.
6. Grzebielucha J., *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych*, „Przegląd Wojsk Lądowych” marzec 2008, nr 3 (009), Redakcja Wojskowa, s. 46–50.
7. Falkowski Z., Marcinko M., *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych*, Wojskowe Centrum Edukacji Obywatelskiej, Warszawa 2014.
8. Flemming M., *Okupacja wojskowa w świetle prawa międzynarodowego*, Wojskowa Akademia Polityczna, Warszawa 1980.
9. Gąska M., Ciupiński A., *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Wybrane problemy*, Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2001.
10. Gąska M., *Zbrojny ruch oporu w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych*, Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 1999.
11. Hułas M., *Status rządów i przedstawicielstw okupowanej Europy w Londynie*, „Zeszyt Naukowy Muzeum Wojska” 1993, nr 7, s. 28–50.

12. Jasudowicz T. (red.), *Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie. Osiągnięcia i wyzwania*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa TNOIK Toruń, Toruń 2007.
13. Kwiecień R., *Okupacja wojenna w świetle prawa międzynarodowego: natura, skutki, nowe tendencje*, „Annales UMCS” 2013, sectio G, article 5, s. 65–80.
14. Leśko T., *Międzynarodowe prawo konfliktów zbrojnych*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982.
15. Makiela M., *Jeńcy wojenni i ich prawa a polityka prezydenta Baracka Obamy wobec przetrzymywanych w Guantanamo Bay*, Osiągnięcia i wyzwania międzynarodowego prawa humanitarnego, Małopolski Oddział Okręgowy Polskiego Czerwonego Krzyża, Kraków 2011, s. 64–76.
16. Mulinen de F., *Podręcznik Prawa Wojennego dla sił zbrojnych*, Dom Wydawniczy Bellona, Warszawa 1994.
17. Nowakowska-Małusecka J. (red.), *Międzynarodowe prawo humanitarne. Antecedencje i wyzwania współczesności*, BRANTA, Bydgoszcz–Katowice 2010.
18. Pietras-Eichberger M., *Ochrona osób pozbawionych wolności podczas konfliktów zbrojnych w świetle prawa międzynarodowego*, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji, Przemyśl–Rzeszów 2010.

Prezentowana publikacja stanowi podsumowanie pracy w ramach seminarium magisterskiego z zakresu prawa Unii Europejskiej i prawa międzynarodowego publicznego, prowadzonego przez prof. Dagmarę Kornobis-Romanowską. Do publikacji zostały wybrane i specjalnie opracowane najważniejsze tezy poszczególnych prac magisterskich.

[...] uważam inicjatywę zbiorczej publikacji omówionych prac za niezwykle cenną [...], promującą wiedzę z zakresu prawa europejskiego i międzynarodowego, a także studencką aktywność naukową.

z recenzji dr hab. Anny Zawidzkiej-Łojek

Wspólnym mianownikiem dla przedstawionych opracowań są tytułowe *Aktualne problemy prawa Unii Europejskiej i prawa międzynarodowego – aspekty teoretyczne i praktyczne*. Zakres badawczy jest więc bardzo szeroki, tak jak szerokie i urozmaicone są zainteresowania naukowe Auterek, studentek WPAiE UW. Wyrazem tych zainteresowań są badania zarówno nad prawem UE, zwłaszcza gospodarczym, jak i prawem międzynarodowym. W badaniach tych podejmują aktualne i ważne prawniczo tematy, interesujące nie tylko pod względem teoretycznym, ale i praktycznym.

ze Słowa wstępnego

ISBN 978-83-65431-52-3 (druk)
ISBN 978-83-65431-53-0 (online)