

internetowy

# KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

2(13)

2024

- Privacy Risks and Regulatory Challenges in Smart Grids and Renewable Energy Systems
- Umyślność jako znamię strony podmiotowej deliktu dopuszczenia do naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję
- Wypowiedzenie umowy na czas nieoznaczony z konsumentem w świetle stanowiska Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie *Amazon*
- Próby zdefiniowania pojęcia *dark patterns* w doktrynie i aktywności organów państw członkowskich Unii Europejskiej
- Przeciwdziałanie praktykom *dark patterns* na przykładzie działań Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
- Odrzucenie oferty w oparciu o art. 393 ustawy – Prawo zamówień publicznych – uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*
- Uzasadnienie dla wprowadzenia rozporządzenia w sprawie gromadzenia i udostępniania danych dotyczących usług krótkoterminowego najmu lokali mieszkalnych na tle sytuacji mieszkaniowej w Unii Europejskiej
- Selected aspects of the organization of tourism and recreation in natural areas with different status of legal protection
- Prawne i praktyczne aspekty dotyczące udostępniania i powierzenia danych osobowych z uwzględnieniem regulacji turystycznych w czasie trwania pandemii COVID-19

ISSN 2299-5749

internetowy  
KWARTALNIK  
ANTYMONOPOLOWY I  
REGULACYJNY

2(13)

2024

153. publikacja Programu Wydawniczego CARS

Redaktor naczelny: dr hab. Anna Piszcz, prof. UwB

Redaktor statystyczny: prof. dr hab. Jerzy Wierziński

Redaktor językowy: Anita Sosnowska

Projekt okładki: Darek Kondefer

ISSN: 2299-5749

Licencja: Creative Commons 4.0 Polska

Redakcja: Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS);

PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-126;

[www.ikar.wz.uw.edu.pl](http://www.ikar.wz.uw.edu.pl)

e-mail: [ikar@wz.uw.edu.pl](mailto:ikar@wz.uw.edu.pl)

Wydawca: Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28,

PL – 00-927 Warszawa; tel. (+48-22) 55-34-164

Skład i łamanie: Dom Wydawniczy ELIPSA;

PL – 00-189 Warszawa, ul. Inflancka 15/198;

tel.: (+48-22) 635-03-01; [www.elipsa.pl](http://www.elipsa.pl)

e-mail: [elipsa@elipsa.pl](mailto:elipsa@elipsa.pl)

CARS

Centre for Antitrust and Regulatory Studies  
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych



## RADA NAUKOWA

Prof. dr hab. **Andrzej Wróbel** (sędzia Sądu Najwyższego w stanie spoczynku) – przewodniczący.

Prof. dr hab. **Cezary Kosikowski** (doktor honoris causa Uniwersytetu im. Pavla Jozefa Šafárika w Koszycach, emerytowany pracownik Uniwersytetu w Białymstoku) – wiceprzewodniczący.

Członkowie:

Prof. dr hab. **Jan Barcz** (kierownik Katedry Prawa Międzynarodowego i Prawa Unii Europejskiego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie).

Prof. dr hab. **Sławomir Dudzik** (Katedra Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego).

Prof. dr hab. **Anna Fornalczyk** (partner COMPER Fornalczyk i Wspólnicy Sp.j.).

Prof. ALK dr hab. **Waldemar Hoff** (kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Prawa Administracyjnego Gospodarczego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie).

Prof. dr hab. **Leon Kieres** (sędzia Trybunału Konstytucyjnego).

Prof. dr hab. **Konrad Kohutek** (kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza-Modrzewskiego).

Dr hab. **Krystyna Kowalik-Bańczyk** (sędzia Sądu UE).

Prof. UMCS dr hab. **Grzegorz Kozioł** (Instytut Nauk Prawnych, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Skłodowskiej-Curie w Lublinie).

Prof. dr hab. **Małgorzata Król-Bogomilska** (kierownik Katedry Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego).

Prof. INP PAN dr hab. **Dawid Miąsik** (Zakład Prawa Europejskiego INP PAN; sędzia Sądu Najwyższego).

Prof. USZ dr hab. **Rajmund Molski** (kierownik Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego).

Prof. ALK dr hab. **Bartłomiej Nowak** (Katedra Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie; Prorektor ds. Współpracy z Otoczeniem w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie).

Prof. UAM dr hab. **Bożena Popowska** (Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu; emerytowana sędzia NSA).

Prof. dr hab. **Tadeusz Skoczny** (honorowy dyrektor CARS).

Prof. dr hab. **Kazimierz Strzyczkowski** (Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie).

Prof. dr hab. **Włodzimierz Szpringer** (Kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Finansowego Przedsiębiorstw w Szkole Głównej Handlowej; Katedra Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego).

## KOLEGIUM REDAKCYJNE

Prof. UwB dr hab. **Anna Piszcz** (kierownik Pracowni Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – redaktor naczelna; e-mail: [piszcz@uw.edu.pl](mailto:piszcz@uw.edu.pl).

Dr hab. **Maciej Bernatt** (dyrektor Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych i kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – zastępca redaktora naczelnego ds. ochrony konkurencji i konsumentów; e-mail: [mbernatt@wz.uw.edu.pl](mailto:mbernatt@wz.uw.edu.pl).

Prof. dr hab. **Stanisław Piątek** (kierownik Zakładu Administracyjno-Prawnych Problemów Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – zastępca redaktora naczelnego ds. regulacji sektorowych; e-mail: [spiatek@wz.uw.edu.pl](mailto:spiatek@wz.uw.edu.pl).

Prof. dr hab. **Jerzy Wierzbński** (kierownik Zakładu Metod Matematycznych i Statystycznych Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor statystyczny; e-mail: [wierzbinski@wz.uw.edu.pl](mailto:wierzbinski@wz.uw.edu.pl).

Prof. UW dr hab. **Cezary Banasiński** (kierownik Centrum Prawa Technologii Cyfrowych i Przedsiębiorczości WPIA UW) – redaktor tematyczny ds. ustrojowego prawa konkurencji; e-mail: [c.banasinski@wpia.uw.edu.pl](mailto:c.banasinski@wpia.uw.edu.pl).

Dr **Michał Będkowski-Kozioł** (Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego, Katedra Prawa Gospodarczego i Gospodarki Cyfrowej, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie) – redaktor tematyczny ds. regulacji transportu; e-mail: [m.bedkowski.koziol@uksw.edu.pl](mailto:m.bedkowski.koziol@uksw.edu.pl).

Dr **Mateusz Chołodecki** (CARS) – redaktor tematyczny ds. regulacji komunikacji elektronicznej; e-mail: [mateusz.cholodecki@amu.edu.pl](mailto:mateusz.cholodecki@amu.edu.pl).

Dr hab. **Marzena Czarnecka**, prof. ucz. (kierownik Katedry Transformacji Energetycznej Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor tematyczna ds. regulacji sektora elektroenergetycznego i odnawialnych źródeł energii; e-mail: [marzena.czarnecka@ue.katowice.pl](mailto:marzena.czarnecka@ue.katowice.pl).

Dr **Łukasz Gołąb** (Katedra Prawa Gospodarczego i Gospodarki Cyfrowej, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie) – redaktor tematyczny ds. regulacji transportu kolejowego i lotniczego; e-mail: [l.golab@uksw.edu.pl](mailto:l.golab@uksw.edu.pl).

Prof. WSliZ dr hab. **Agata Jurkowska-Gomułka** (kierownik Katedry Nauk o Polityce i Administracji w Kolegium Mediów i Komunikacji Społecznej Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie; prorektor WSliZ ds. Nauki) – redaktor tematyczna ds. materialnoprawnych regulacji konkurencji; e-mail: [ajurkowska@wsiz.edu.pl](mailto:ajurkowska@wsiz.edu.pl).

Dr **Magdalena Knapp** (Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor tematyczna ds. przeciwdziałania nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej; e-mail: [mknapp@wz.uw.edu.pl](mailto:mknapp@wz.uw.edu.pl).

Dr **Marcin Kraśniewski** (adiunkt w Katedrze Transformacji Energetycznej Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor tematyczny ds. regulacji sektora gazowego, ciepłowniczego i paliwowego; e-mail: [mar.krasniewski@gmail.com](mailto:mar.krasniewski@gmail.com).

Prof. INP PAN dr hab. **Grzegorz Materna** (kierownik Zakładu Prawa Konkurencji, Instytut Nauk Prawnych PAN) – redaktor tematyczny ds. procesowego prawa konkurencji; e-mail: [g\\_materna@wp.pl](mailto:g_materna@wp.pl).

Prof. UŁ dr hab. **Monika Namysłowska** (kierownik Katedry Europejskiego Prawa Gospodarczego WPIA UŁ) – redaktor tematyczna ds. ochrony konsumentów; e-mail: [mnmyslowska@wpia.uni.lodz.pl](mailto:mnmyslowska@wpia.uni.lodz.pl).

Prof. UW r dr hab. **Edyta Rutkowska-Tomaszewska** (Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski) – redaktor tematyczna ds. regulacji rynku finansowego i ochrony klienta usług finansowych; e-mail: [edyta.rutkowska-tomaszewska@uwr.edu.pl](mailto:edyta.rutkowska-tomaszewska@uwr.edu.pl).

Dr **Dominik Wolski** (Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie) – redaktor tematyczny ds. prywatnoprawnego egzekwowania prawa konkurencji; e-mail: [dwolski@kozminski.edu.pl](mailto:dwolski@kozminski.edu.pl).

**Michał Rzemyszkiewicz** (Koordynator Krajowy CARS) – redaktor techniczny; e-mail: [ikar@wz.uw.edu.pl](mailto:ikar@wz.uw.edu.pl); [Mrzemyszkiewicz@wz.uw.edu.pl](mailto:Mrzemyszkiewicz@wz.uw.edu.pl).

## Spis treści

Wyzwania prawa ochrony konkurencji i konsumentów oraz regulacji (od redaktorów prowadzących) . . . . .	6
---	---

### Artykuły

Mikołaj Rajca, <b>Privacy Risks and Regulatory Challenges in Smart Grids and Renewable Energy Systems</b> . . . . .	9
Marta Dobosz, Jarosław Szewczyk, <b>Umyślność jako znamię strony podmiotowej deliktu dopuszczenia do naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję</b> . . . . .	26
Michał Kalinowski, <b>Wypowiedzenie umowy na czas nieoznaczony z konsumentem w świetle stanowiska Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie <i>Amazon</i></b> . . . . .	40
Damian Kazimierski, <b>Próby zdefiniowania pojęcia <i>dark patterns</i> w doktrynie i aktywności organów państw członkowskich Unii Europejskiej</b> . . . . .	54
Damian Kazimierski, <b>Przeciwdziałanie praktykom <i>dark patterns</i> na przykładzie działań Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów</b> . . . . .	66
Joanna Affre, Mateusz Restel, <b>Odrzucenie oferty w oparciu o art. 393 ustawy – Prawo zamówień publicznych – uwagi <i>de lege lata</i> i <i>de lege ferenda</i></b> . . . . .	77
Paweł Budny, <b>Uzasadnienie dla wprowadzenia rozporządzenia w sprawie gromadzenia i udostępniania danych dotyczących usług krótkoterminowego najmu lokali mieszkalnych na tle sytuacji mieszkaniowej w Unii Europejskiej</b> . . . .	101
Marcin Pasek, Dominik Borek, <b>Selected aspects of the organization of tourism and recreation in natural areas with different status of legal protection</b> . . . . .	112
Stanisław Hady-Głowiak, Dominik Borek, <b>Prawne i praktyczne aspekty dotyczące udostępniania i powierzania danych osobowych z uwzględnieniem regulacji turystycznych w czasie trwania pandemii COVID-19</b> . . . . .	126

### Przegląd prawa i orzecznictwa

Dominik Borek, <b>Glosa aprobująca do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Warszawie z dnia 5 lipca 2023 r., sygn. akt:</b>	
--	--

I SA/Wa 2767/22 – przyjęcie Polskiego Bonu Turystycznego w dobrej wierze przez przedsiębiorcę turystycznego a nienależne pobranie świadczenia .....139

## Sprawozdania

Agata Jurkowska-Gomułka, Sylwia K. Mazur, **Sprawozdanie z cyklu seminariów nt. wzajemnego oddziaływania prawa konkurencji i prawa pracy w czasach „platformizacji”, lipiec 2022–wrzesień 2023, Warszawa/Rzeszów – Porto .....148**

# Wyzwania prawa ochrony konkurencji i konsumentów oraz regulacji

(od redaktorów prowadzących)

Hasłem, które mogłoby podsumować istotną część niniejszego numeru iKAR-a, mogłoby być stwierdzenie, iż ochrona konkurencji i konsumentów niejedno ma imię. Tak jest w istocie, dynamicznie zmieniające się otoczenie zarówno ekonomiczne, jak i polityczne, następujące na tym tle transformacja cyfrowa, w tym digitalizacja życia codziennego oraz zmiany w polityce klimatycznej powodują bowiem, że niemal codziennie w wymienionych obszarach stosowania prawa pojawiają się nowe wyzwania. Niektórym z tych wyzwań poświęcone zostały artykuły zawarte w niniejszym numerze naszego czasopisma. Możemy zatem przeczytać artykuł zawierający interesujące uwagi dotyczące przesłanki umyślności w kontekście deliktu polegającego na naruszeniu zakazu porozumień ograniczających konkurencję, a następnie opracowanie omawiające rodzące wiele wątpliwości zagadnienie możliwości wypowiedzenia umowy zawartej z konsumentem na czas nieoznaczony, w szczególności z uwagi na zmieniające się stanowisko organu antymonopolowego oraz rozbieżności interpretacyjne dotyczące stosowania przepisów implementowanych do prawa polskiego. Dużym zainteresowaniem mogą cieszyć się również kolejne dwa artykuły poświęcone nadal nie do końca zdefiniowanemu zjawisku tzw. *dark patterns* („zwodniczych interfejsów” zgodnie z terminologią pojawiającą się w decyzjach Prezesa UOKiK) oraz przeciwdziałaniu takim praktykom na tle stanowiska Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Następnym z godnych polecenia artykułów to bardzo obszerne opracowanie, omawiające w ujęciu prawnym, ekonomicznym, ale także politycznym problematykę odrzucenia oferty w kontekście przepisów prawa zamówień publicznych implementowanych do prawa polskiego. W numerze znajdziemy także ciekawe sprawozdanie z cyklu seminariów dotyczących wzajemnego oddziaływanie prawa konkurencji i prawa pracy.

Równie znacząca część numeru została poświęcona wyzwaniom dla regulatorów prawa, szczególnie w turystyce. Numer otwiera artykuł analizujący zagrożenia dla prywatności w inteligentnych sieciach i systemach energii odnawialnej, głównie w kontekście zmieniających się ram regulacyjnych, takich jak RODO, dyrektywa NIS2 czy rozporządzenie unijne w sprawie sztucznej inteligencji. Teksty w drugiej części

zeszytu koncentrują się natomiast wokół tematyki publicznoprawnych i prywatnoprawnych propozycji zmian w regulacjach rynku usług turystycznych na poziomie Unii Europejskiej. Istotną zmianą przygotowaną na poziomie unijnym jest wprowadzenie regulacji obowiązującej wprost, czyli rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie gromadzenia i udostępniania danych dotyczących usług krótkoterminowego najmu lokali mieszkalnych i zmiany rozporządzenia (UE) 2018/1724 COM(2022)571 (tzw. rozporządzenie STR). W przyjętym tekście rozporządzenia zawarto obowiązek przekazywania przez platformy internetowe pośredniczące w najmie krótkoterminowym danych dotyczących działalności właściwym organom za pośrednictwem pojedynczego cyfrowego punktu dostępu. Procedury rejestracji działalności w obszarze najmu krótkoterminowego mają umożliwić właściwym organom gromadzenie informacji na temat wynajmujących i jednostek związanych z tymi usługami. Poziom harmonizacji prawa jest zróżnicowany dla rynku turystycznego i opiera się na rozróżnieniu poszczególnych jego segmentów. W niniejszym numerze nie zabrakło również odniesień do samego aktu STR, którego implikacje, podobnie jak RODO, nadal są widoczne dla branży turystycznej. Prezentowany Państwu numer iKAR-a zawiera trzy artykuły naukowe z zakresu prawa turystyki, które mogą być wskazówką dla regulatorów rynku oraz jeden przegląd orzecznictwa w postaci glosy. Autorzy prezentują w nich wybrane problemy i wyzwania, które są aktualne także na gruncie źródeł prawa unijnego i różnic między harmonizacją przy użyciu dyrektywy i rozporządzenia. Artykuły te mają charakter nie tylko naukowy, lecz także wybitnie praktyczny. W pierwszym artykule autor prezentuje wyniki badań własnych w odniesieniu do przytoczonego na wstępie rozporządzenia STR. Przedstawia onskutki, jakie ten akt prawny wywiera na sytuację mieszkaniową w Europie. W kolejnym artykule autorzy omawiają prawne i praktyczne aspekty dotyczące udostępniania i powierzania danych osobowych z uwzględnieniem regulacji turystycznych w czasie trwania pandemii COVID-19. Regulacje prawne, które powstały w czasie pandemii koronawirusa, nadal mają wpływ na orzecznictwo i poglądy doktryny. Niniejszy numer zawiera także rozważania na temat wybranych aspektów organizacji turystyki i rekreacji na obszarach przyrodniczych o różnym statusie ochrony prawnej. Kwestie te szeroko komentują autorzy. W przeglądzie orzecznictwa jeden z autorów omawia m.in. problematykę wykorzystania Polskiego Bonu Turystycznego w dobrej wierze w kontekście nienależnego pobrania tego świadczenia (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Warszawie z dnia 5 lipca 2023 r., sygn. akt: I SA/Wa 2767/22).

Zapraszamy zatem Czytelników do lektury i komentowania artykułów zamieszczonych w tym bardzo interesującym numerze, jak również publikowania na łamach iKAR-a oraz aktywnego udziału w wydarzeniach i projektach realizowanych przez CARS!

*dr Dominik Borek*

Szkoła Główna Handlowa w Warszawie

<https://orcid.org/0000-0002-4359-9426>

e-mail: [dborek@sgh.waw.pl](mailto:dborek@sgh.waw.pl)

*dr Dominik Wolski*

Akademia Leona Koźmińskiego

<https://orcid.org/0000-0003-0721-4573>

e-mail: [dwolski@kozminski.edu.pl](mailto:dwolski@kozminski.edu.pl)



Mikołaj Rajca\*

## Privacy Risks and Regulatory Challenges in Smart Grids and Renewable Energy Systems

### Abstract

Smart grid technologies are central to the global shift towards more efficient and sustainable energy infrastructure, integrating advanced digital systems with traditional power networks. While these technologies offer significant benefits, including enhanced energy management and the seamless integration of renewable energy sources, they also pose complex privacy challenges. The extensive data collection and real-time communication capabilities inherent in smart grids, raise concerns over consumer privacy, data breaches, and cybersecurity threats.

This paper critically examines these privacy risks within the context of evolving regulatory frameworks such as the GDPR, NIS2 Directive, and the forthcoming EU AI Act. The discussion emphasizes the need for innovative privacy protection strategies. Furthermore, the paper explores the role of anticipatory (proactive) regulation in addressing the ethical dilemmas posed by AI and blockchain technologies in smart grids.

By offering a forward-looking analysis of these challenges, the paper provides actionable insights for policymakers, energy companies, and technologists on balancing innovation with privacy protection. The conclusion highlights the necessity of international cooperation in establishing robust privacy standards, which can support the sustainable development of smart grids while safeguarding consumer rights.

**Keywords:** smart grids; renewable energy; privacy risks; GDPR; AI; blockchain.

\* Legal Sciences PhD student, Jagiellonian University in Cracow; Group Senior Privacy Manager, ISS World Services A/S; email: mikolaj.rajca@doctoral.uj.edu.pl, CIPP/E, CIPM. <https://orcid.org/0000-0003-1892-1177>.

## Zagrożenia dla prywatności i wyzwania regulacyjne w inteligentnych sieciach i systemach energii odnawialnej

### Streszczenie

Technologie inteligentnych sieci odgrywają kluczową rolę w globalnym przejściu w stronę bardziej wydajnej i zrównoważonej infrastruktury energetycznej, integrującej zaawansowane systemy cyfrowe z tradycyjnymi sieciami elektroenergetycznymi. Chociaż technologie te oferują znaczne korzyści, w tym ulepszone zarządzanie energią i płynną integrację odnawialnych źródeł energii, stwarzają również złożone wyzwania w zakresie ochrony prywatności. Szerokie możliwości gromadzenia danych i komunikacji w czasie rzeczywistym właściwe inteligentnym sieciom budzą obawy dotyczące prywatności konsumentów, naruszeń ochrony danych i zagrożeń z zakresu cyberbezpieczeństwa. W artykule krytycznie zbadano te zagrożenia dla prywatności w kontekście zmieniających się ram regulacyjnych, takich jak RODO, dyrektywa NIS2 i nadchodzące rozporządzenie unijne w sprawie sztucznej inteligencji. W dyskusji podkreślono potrzebę innowacyjnych strategii ochrony prywatności. Ponadto w artykule zbadano rolę regulacji wyprzedzających w rozwiązywaniu dylematów etycznych stwarzanych przez sztuczną inteligencję i technologie *blockchain* w inteligentnych sieciach. Oferując przyszłościową analizę tych wyzwań, artykuł dostarcza prawodawcom, firmom energetycznym i technologom praktycznych spostrzeżeń na temat równoważenia innowacji z ochroną prywatności. W konkluzji podkreślono konieczność współpracy międzynarodowej przy ustanawianiu solidnych standardów prywatności, które mogą wspierać zrównoważony rozwój inteligentnych sieci, przy jednoczesnej ochronie praw konsumentów.

**Słowa kluczowe:** inteligentne sieci; energia odnawialna; zagrożenia prywatności; RODO; sztuczna inteligencja; *blockchain*.

**JEL:** K24, K32, L94, L98, Q48, Q55, Q58

## I. Introduction

Smart grid technologies are at the forefront of the global transition to a more efficient, resilient, and sustainable energy infrastructure. These systems, which integrate advanced computing, control technologies, and sophisticated networking infrastructures with traditional power networks, are redefining how electricity is managed and distributed. By enabling real-time monitoring and adjustment of energy flows, smart grids facilitate the seamless integration of renewable energy sources, such as solar and wind power. This integration not only promotes environmental sustainability, but also significantly reduces dependency on fossil fuels, aligning with global climate goals.

However, the transformative potential of smart grids is accompanied by complex and multifaceted privacy challenges. These challenges stem from the vast amount of data generated and collected by smart grids, which include detailed information on energy consumption patterns. Such data can reveal profound insights into the personal habits and behaviors of consumers, raising significant concerns regarding unauthorized access, (personal) data breaches, and potential misuse, particularly as such data can be linked to individuals and households with alarming precision.

The introduction in 2022 of EU Directive on measures for a high common level of cybersecurity across the Union (hereinafter: NIS2 Directive)<sup>1</sup>, which enhances cybersecurity across critical infrastructure sectors, including energy, adds another layer of complexity to the privacy landscape in smart grids. This directive, coupled with the EU Regulation on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, commonly known as the General Data Protection Regulation (hereinafter: GDPR)<sup>2</sup>, forms a critical regulatory framework aimed at safeguarding personal data within the smart grid ecosystem. As the upcoming EU Regulation laying down harmonized rules on artificial intelligence (hereinafter: Artificial Intelligence (AI) Act)<sup>3</sup>, further reshapes the regulatory environment, particularly by classifying AI systems used in critical infrastructure as 'high-risk', energy companies face new compliance obligations related to transparency, accountability, and human oversight.

<sup>1</sup> Directive (EU) 2022/2555 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on measures for a high common level of cybersecurity across the Union, amending Regulation (EU) No 910/2014 and Directive (EU) 2018/1972, and repealing Directive (EU) 2016/1148 (OJ EU L 333, 27.12.2022) (hereinafter: NIS 2 Directive).

<sup>2</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ EU L 119, 04.05.2016) (hereinafter: GDPR).

<sup>3</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence and amending certain Union legislative acts, COM/2021/206 final (OJ EU C 173, 28.05.2021) (hereinafter: AI Act).

This paper aims to explore the privacy risks and regulatory challenges associated with the integration of smart grids and renewable energy systems, with a particular focus on recent technological advancements and emerging legislation. The discussion will critically examine the balance between technological innovation and privacy protection, offering insights into how the energy sector can navigate the evolving landscape of privacy compliance.

## II. NSmart Grids and Renewable Energy: Data Collection and Usage

Smart grids represent a significant advancement in the management and distribution of electricity, integrating digital technology with traditional power networks in order to create an intelligent and efficient system. These grids employ a variety of technologies, including Advanced Metering Infrastructure (AMI)<sup>4</sup>, sensors<sup>5</sup>, communication networks, and data analytics, to monitor and optimize energy usage in real-time. The data collected through these mechanisms is crucial for improving grid efficiency, and facilitating the integration of renewable energy sources.

The data collection mechanisms in smart grids are sophisticated, capturing detailed information on energy usage at both individual and aggregate levels. Advanced metering infrastructure (AMI) plays a pivotal role in this process, with smart meters installed at consumer premises. These meters measure electricity consumption, and communicate this data back to utility companies in real-time, enabling accurate billing and providing consumers with insights into their energy usage patterns (Wang, Xu and Khokhar, 2013).

Beyond metering, smart grids deploy sensors throughout the energy distribution network to gather operational data, including voltage levels, transformer loads, and power quality indicators. This data is transmitted over secure communication networks, allowing for real-time monitoring and rapid response to any anomalies. The integration of machine learning algorithms into data analytics further enhances the ability to predict energy demand, and to optimize grid operations, offering predictive maintenance, and improving overall grid reliability (Mayer, 2022).

Smart grids collect various types of data, each serving a specific purpose in enhancing grid efficiency. Energy usage patterns provide detailed information on energy

---

<sup>4</sup> The integration of advanced metering infrastructure (AMI) plays a pivotal role in the modernization of energy distribution systems. These infrastructures are not only pivotal for real-time data acquisition, but also for enabling two-way communication between consumers and utilities, fostering more efficient energy management strategies. AMI systems facilitate enhanced consumer engagement, by providing detailed insights into energy consumption patterns, thus promoting energy-saving behaviors and greater transparency in billing.

<sup>5</sup> The deployment of extensive sensor networks necessitates robust cybersecurity measures in order to protect against potential intrusions, and to ensure the integrity and confidentiality of transmitted data.

consumption, including time-of-use patterns, peak demand periods, and load profiles, which can reveal sensitive personal details, such as daily routines and lifestyle habits. Real-time consumption data enables dynamic balancing of supply and demand, though this raises privacy concerns if accessed by unauthorized parties (Van Elburg, 2010). Operational data includes the status and performance of grid components, such as voltage levels and transformer loads, which, although primarily infrastructural, can indirectly affect individual consumers, particularly in cases of localized outages (Ding et al., 2022). Environmental data, such as weather conditions and renewable energy production, impacts energy generation and consumption. While less likely to include personal data, integrating this data with consumption patterns can enhance the accuracy of personal profiles<sup>6</sup>.

Comprehensive data collection mechanisms in smart grids offer numerous benefits, including improved grid management, enhanced energy efficiency, and support for the integration of renewable energy sources. However, these benefits come with significant privacy risks. The granularity of the data collected (that is, the level of its precision and detail), can lead to the inference of sensitive information about consumers, such as their presence at home, health conditions<sup>7</sup>, or even personal habits. As smart grids evolve, the challenge lies in balancing the need for detailed data to optimize grid performance with the imperative to protect consumer privacy.

### III. Privacy Risks in Smart Grids

The integration of smart grids and renewable energy systems, while beneficial, introduces several significant privacy risks. These risks primarily stem from the extensive data collection and real-time communication capabilities that are fundamental to smart grid operations, particularly concerning the deployment of smart meters and broader cybersecurity vulnerabilities.

Smart meters, a critical component of modern smart grids, offer detailed insights into household energy consumption patterns, which are crucial for efficient energy

---

<sup>6</sup> Environmental data, such as weather conditions and renewable energy production, can significantly enhance the precision of energy consumption profiles when integrated with usage patterns. For instance, on a hot summer day, a spike in energy usage might correlate with increased air conditioning use, which could indicate not only the presence of people in the home, but also their comfort preferences and typical daily routines. Similarly, in areas with significant solar panel adoption, energy consumption patterns might fluctuate based on the amount of sunlight received, revealing when residents are most likely to be home and using power versus when they might be generating and storing energy. This data can be leveraged by energy companies to tailor services, such as offering energy-saving tips during peak usage times, or optimizing energy distribution during expected high-demand periods. However, this also raises privacy concerns as it allows for a deeper understanding of individual lifestyles and habits.

<sup>7</sup> Unusually high electricity consumption can indicate the use of energy-intensive medical devices, revealing sensitive health information. For example, oxygen concentrators for COPD or home dialysis machines have distinct usage patterns that may be inferred from electricity data. Similarly, CPAP machines for sleep apnea and home ventilators show consistent nighttime usage. During the COVID-19 pandemic, the increased use of such devices could potentially alter household electricity consumption patterns, underscoring the importance of strong data protection measures to prevent the misuse of this sensitive information.

management and grid stability. However, these meters raise substantial privacy concerns. The granularity of the data collected by smart meters can reveal sensitive personal information<sup>8</sup>, such as when a home is occupied, what devices are in use, and even broader behavioral patterns (Liu, 2012). This level of detail, while beneficial for energy optimization, poses a significant risk if the data is accessed or misused by unauthorized parties.

For example, if smart meter data were to fall into the hands of third-party advertisers, or other external entities, without proper authorization, it could lead to the exploitation of private consumer information. Additionally, the integration of smart meters into broader smart grid infrastructure increases the risk of cyberattacks. Attackers might target these meters to steal data or disrupt energy services, further amplifying the privacy risks.

## 1. Broader Cybersecurity Challenges

Beyond the specific risks associated with smart meters, the integration of Information Technology (IT) and Operational Technology (OT) systems in smart grids, introduces complex cybersecurity challenges. The bi-directional communication that defines smart grid technology allows for real-time energy management but also creates significant vulnerabilities. Increased reliance on digital technologies has expanded the attack surface (that is, the number of points of a possible invasion) of these systems, making them more susceptible to cyberattacks (Bouramdane, 2023).

Cybersecurity threats to smart grids include unauthorized access, data breaches, and potential manipulation of energy consumption data. Due to the interconnected nature of these grids, a breach in one area, such as a compromised smart meter, can potentially compromise the entire grid, underscoring the importance of robust cybersecurity measures (Bouramdane, 2023). These challenges are exacerbated by the lack of comprehensive, unified cybersecurity standards across different regions, creating regulatory gaps that can be exploited by malicious actors.

## 2. Implications and the Need for Comprehensive Safeguards

The privacy and cybersecurity risks associated with smart meters and the broader smart grid infrastructure, emphasize the need for comprehensive safeguards. These

---

<sup>8</sup> It is important to note that 'sensitive personal data' should not be confused with 'special categories of personal data' as defined under GDPR. Sensitive personal data refers to information that could potentially lead to significant privacy concerns if disclosed. By contrast, special categories of personal data specifically include details about an individual's racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, trade union membership, genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a person, health data, and data concerning a person's sex life or sexual orientation.

should include stringent data protection measures, encryption standards, as well as regular audits and risk assessments in order to identify and mitigate potential vulnerabilities. Furthermore, adherence to regulatory frameworks, particularly the GDPR, is essential to ensure the protection of consumer privacy and the resilience of smart grid systems.

In summary, while smart grids offer unparalleled benefits in terms of efficiency and sustainability, they introduce significant privacy and cybersecurity risks that must be carefully managed. Addressing these challenges through advanced technological solutions and robust regulatory frameworks is crucial to fully realize the potential of smart grids, without compromising consumer privacy or system integrity.

#### IV. Implications of Privacy Breaches in Smart Grids

Privacy breaches<sup>9</sup> in smart grids extend far beyond immediate concerns of data security and consumer trust, challenging fundamental principles of privacy, governance, and technological responsibility, particularly within the context of critical infrastructure. These breaches underscore the need to rethink traditional regulatory frameworks, such as the GDPR, which primarily focuses on protecting personal data from unauthorized access, and ensuring lawful data processing. However, the unique characteristics of smart grids, where data is continuously collected, shared, and analyzed in real-time, necessitate a broader and more nuanced approach to privacy, one that includes the evolving concept of data sovereignty.

##### 1. Data Sovereignty and Its Application in Smart Grids

Data sovereignty – the principle that individuals should have ultimate control over their personal data – is particularly critical in the context of smart grids. Unlike other sectors where data collection is more static or periodic, smart grids involve the continuous collection and transmission of highly granular data, including real-time energy consumption patterns. This data is not merely a byproduct of energy usage; it plays a central role in grid management, influencing everything from energy distribution to demand forecasting (Finck, 2018).

Operationalizing data sovereignty in smart grids, however, presents significant challenges. The technical complexity of ensuring that consumers have meaningful control

<sup>9</sup> It is crucial to clarify that references made within this article to 'privacy breaches' or 'data breaches' pertain to 'personal data breaches' as defined under the GDPR. A personal data breach under the GDPR involves a breach of security leading to the accidental or unlawful destruction, loss, alteration, unauthorized disclosure of, or access to personal data transmitted, stored, or otherwise processed. This distinction ensures that any discussion about breaches is directly aligned with the regulatory framework provided by the GDPR, emphasizing the legal implications and required responses to such incidents.

over their data – particularly in a landscape dominated by advanced technologies like AI and the Internet of Things (IoT) – is daunting. The decentralized nature of data in smart grids, combined with the need for interoperability between different systems and devices, complicates the implementation of strict data sovereignty measures. Moreover, the energy sector's regulatory environment, which varies significantly across jurisdictions, often lacks the necessary frameworks to effectively enforce data sovereignty (Custers, 2019; Zarsky, 2016).

Real-world examples illustrate these challenges. In Germany, for instance, where privacy regulations are stringent, efforts to enforce data sovereignty in the energy sector have encountered hurdles, due to the need for continuous data flows between different stakeholders, including energy providers, grid operators, and regulators. These flows are essential for maintaining grid stability and efficiency, but complicate the ability of individual consumers to control their data (Malgieri and Custers, 2018). This tension between operational requirements and privacy rights, is a key challenge that needs to be addressed through innovative regulatory approaches and through technological solutions.

In addition to privacy concerns, there are broader implications involving national security and innovation. The German Federal Office for Information Security (BSI) has emphasized the necessity of real-time data monitoring within smart grids<sup>10</sup> to prevent and respond to cyber threats. This requirement, however, often conflicts with the principles of data sovereignty, as continuous monitoring limits consumers' control over their data, particularly in critical infrastructure sectors where national security concerns are paramount. The balancing act, between maintaining grid security and upholding individual privacy rights, is a delicate and ongoing challenge.

## 2. The Role of Anticipatory Regulation in Managing Privacy Risks

The concept of anticipatory regulation – where regulatory frameworks evolve alongside technological advancements – is increasingly relevant in managing the privacy risks associated with smart grids. Traditional regulatory approaches, which often lag behind technological innovations, are inadequate in the face of rapidly evolving smart grid technologies that integrate AI, IoT, and big data analytics (Calo, 2024).

<sup>10</sup> This conclusion is derived from the German Federal Office for Information Security's (BSI) role as the primary agency responsible for cybersecurity in critical infrastructures in Germany, including smart grids. BSI guidelines and publications regularly underscore the importance of real-time monitoring systems, as a vital component of cybersecurity strategies. While BSI may not explicitly state 'real-time data monitoring' for smart grids in a singular document, the agency's comprehensive approach to securing critical infrastructure implies this necessity, particularly given the dynamic nature of smart grid data, and the need for prompt threat detection and response.



Anticipatory regulation in smart grids involves proactively setting guidelines and standards before new technologies become fully entrenched. For example, regulators might establish rules governing the ethical use of AI in energy management systems, ensuring that these technologies are developed in ways that respect privacy rights from the outset. The GDPR and the forthcoming AI Act, represent early steps in this direction, emphasizing the need for transparency, accountability, and ongoing risk assessments in AI-driven systems.

A tangible application of anticipatory regulation can be seen in the UK's approach to regulating AI in critical infrastructure. The UK government has proposed a framework that not only addresses current AI applications, but also anticipates future developments, setting out principles that ensure AI systems are designed with privacy in mind from the beginning. This proactive stance helps to mitigate potential privacy risks before they fully materialize, demonstrating the practical value of anticipatory regulation in dynamic technological environments like smart grids<sup>11</sup>.

### 3. Ethical Considerations and the Tension Between Innovation and Privacy

The ethical implications of privacy breaches in smart grids are profound, particularly concerning the potential conflicts between technological innovation and privacy. AI-driven smart grids, for instance, offer significant benefits in terms of efficiency and predictive maintenance, but they also raise serious privacy concerns. The ability of AI systems to analyze vast amounts of data and predict consumer behavior challenges traditional privacy norms, particularly the principle of data minimization, which advocates for collecting no more than the data necessary for a specific purpose (Nissenbaum, 2010).

The ethical tension here lies in balancing the benefits of innovation with the need to protect individual privacy. As smart grids become more reliant on AI, there is a risk that the pursuit of efficiency and optimization could come at the expense of consumer privacy. For example, AI algorithms designed to optimize energy distribution might require access to detailed, real-time data about individual energy consumption, potentially infringing on consumers' privacy if not properly managed (Zarsky, 2016)<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> UK Government. (2023). "AI Regulation: A Pro-Innovation Approach." <https://www.gov.uk/government/publications/ai-regulation-a-pro-innovation-approach/ai-regulation-a-pro-innovation-approach> (accessed 12.01.2024).

<sup>12</sup> This concern reflects broader debates on AI ethics about the trade-offs between efficiency and privacy. Studies have shown that without stringent privacy controls, AI systems can lead to significant privacy invasions, especially in sectors like energy where the level of data granularity is high. The European Data Protection Supervisor has also highlighted the importance of balancing technological innovation with fundamental rights, emphasizing that the misuse of AI in critical infrastructure could lead to systemic risks.

To address these ethical concerns, it is essential to develop AI systems that are not only technically robust, but also aligned with ethical principles that prioritize privacy. This includes the implementation of Privacy by Design (PbD) principles, in the development of AI systems used in smart grids, ensuring that privacy considerations are integrated into the design and operation of these systems from the outset.

Moreover, the German experience with decentralized energy systems, where consumers generate their own energy and interact directly with the grid, provides a valuable case study. These systems complicate the enforcement of data sovereignty, as they require extensive data sharing to maintain energy balance and efficiency. This scenario highlights the broader challenge of balancing innovation with privacy, illustrating the complex trade-offs that must be navigated in the development of future energy policies (Schleicher-Tappeser, 2012).

## V. Mitigation Strategies and Best Practices

The privacy challenges presented by smart grid technologies are complex and evolving, requiring strategies that go beyond conventional approaches. As smart grids continue to develop, the methods for safeguarding privacy must be equally dynamic and responsive. The following advanced strategies offer practical solutions that address these challenges while remaining grounded in the realities of implementation.

### 1. Advanced Technological Solutions for Privacy Protection

**Quantum-Resilient Encryption:** The imminent arrival of quantum computing poses a significant threat to conventional encryption methods. In anticipation of this, energy companies should begin integrating quantum-resilient encryption algorithms into their data security protocols. The advantage of adopting quantum-resilient encryption early on is twofold: it provides immediate protection against increasingly sophisticated cyber threats, and ensures that the smart grid infrastructure is future-proof. Implementing such algorithms in high-stakes areas, such as critical control systems and consumer data storage, will safeguard against potential quantum attacks, securing the integrity of smart grid operations long-term.

**Privacy-Enhancing Computation (PEC) Techniques:** Techniques like federated learning (that is, decentralized approach to training the machine learning model) and secure multi-party computation are already proving their worth in sectors like finance and healthcare. By processing data locally, and only sharing it in an aggregated form, federated learning allows smart grids to optimize energy distribution, without ever

exposing raw, personal data to central servers. This approach significantly reduces the risk of data breaches. For energy companies, adopting PEC techniques means they can harness the power of big data and machine learning to improve grid efficiency, while ensuring compliance with stringent privacy regulations. This not only enhances consumer trust, but also positions the company as a leader in privacy-conscious innovation.

**Dynamic Privacy Management Systems:** Static privacy settings are insufficient for the dynamic and continuously changing nature of smart grid environments. A dynamic privacy management system could automatically adjust privacy protections based on real-time conditions, such as user behavior, energy consumption patterns, or even emerging threats. For instance, if a surge in energy consumption is detected in a residential area, the system could automatically tighten privacy controls to prevent unauthorized data access during a period of heightened activity. This not only enhances security, but also ensures that privacy settings are always optimized to current needs, reducing the burden on users to manually adjust settings.

## 2. Adaptive Policy Frameworks for Privacy Compliance

**Real-Time Regulatory Compliance Engines:** In an increasingly complex regulatory environment, the ability to maintain compliance in real-time is crucial. A real-time compliance engine would continuously monitor changes in regulations, and automatically update the company's data management practices accordingly. This proactive approach to compliance means that energy companies can avoid costly fines and disruptions. For example, if a new privacy law is passed, which affects data retention practices, the engine could immediately implement changes across the system, ensuring that all data is managed in compliance with the latest legal requirements.

**Contextual Consent Mechanisms:** The static consent models currently in use fail to capture the complexity of how data is used in smart grids. By introducing contextual consent mechanisms, energy companies can provide consumers with more nuanced control over their data. For instance, during a natural disaster, consumers might be asked to share more detailed energy usage data to help optimize grid responses, with the understanding that this data will be treated with heightened security and only used for a specific purpose. This tailored approach not only improves transparency, but also empowers consumers, making them active participants in the management of their privacy.

**Policy Labs for Co-Creation and Testing:** Establishing policy labs, where new regulatory frameworks and privacy-enhancing technologies can be tested in real-world conditions, offers a collaborative and adaptive approach to regulatory compliance. These labs would bring together regulators, technologists, and consumers in order to co-create solutions that are both innovative and compliant. For example, a policy lab could trial a new data-sharing protocol, which allows for greater collaboration between energy providers, without compromising consumer privacy. By testing these protocols in a controlled environment, companies can refine them before wider deployment, reducing the risk of non-compliance, and ensuring that the solutions are effective in practice.

### 3. Transformative Best Practices for Balancing Innovation and Privacy

**Privacy-First Energy Marketplaces:** In the near future, energy consumers could become active participants in a marketplace where their data is a valuable asset. Therein, consumers would have the option to trade their energy usage data in exchange for incentives like lower rates or enhanced services. Blockchain technology could be used to ensure that all transactions are transparent and secure, with smart contracts automatically enforcing privacy protections. This not only creates a new revenue stream for consumers, but also aligns with the growing demand for transparency and control over personal data. For energy companies, this approach could foster deeper consumer engagement and loyalty.

**Ethical Data Stewardship Programs:** Moving beyond compliance, energy companies can differentiate themselves by adopting ethical data stewardship programs. These programs would establish data ethics committees tasked with overseeing all aspects of data governance, ensuring that decisions related to data collection, use, and sharing are made with a strong ethical foundation. Regular public reports detailing how data is used, how privacy is protected, and the steps taken to mitigate risks would enhance transparency and trust. By taking this proactive stance, companies not only comply with regulations, but also build a reputation as trustworthy stewards of consumer data.

**User-Centric Privacy Dashboards:** Giving consumers control over their data is crucial in building trust in smart grid technologies. User-centric privacy dashboards would allow consumers to easily manage their privacy settings, review who has access to their data, and make real-time adjustments based on their current preferences or needs. For example, a user could set their dashboard to increase

privacy controls during specific times of day, or when their household is unoccupied. By making privacy management intuitive and responsive, energy companies can empower consumers while ensuring that privacy remains a central focus of their operations.

## VI. Future Challenges and Directions

As smart grids continue to evolve, the integration of advanced technologies, such as artificial intelligence (AI) and blockchain, presents new privacy challenges and opportunities. These technologies, while offering significant benefits in terms of efficiency and security, also raise critical questions about data privacy and regulatory compliance.

### 1. Future Challenges Posed by AI and Blockchain in Smart Grids

AI has the potential to revolutionize smart grids by optimizing energy management, predicting demand, and enabling preventive maintenance. However, the use of AI in smart grids raises significant privacy concerns, particularly regarding the large datasets required for AI algorithms to function effectively. The increased data collection necessary for AI can heighten the risk of privacy breaches and misuse of personal data (Goodman and Flaxman, 2017). Additionally, the decision-making processes of AI systems can be opaque, making it difficult for consumers to understand how their data is being used, and to challenge AI decisions that may affect them<sup>13</sup>. This opacity underscores the need for ethical AI frameworks that ensure transparency, accountability, and alignment with privacy standards.

Blockchain technology offers promising solutions for enhancing data security and transparency in smart grids, by using decentralized ledgers that ensure energy transactions are secure and tamper-proof. However, blockchain's immutable nature poses privacy challenges, particularly concerning the GDPR's "right to be forgotten". The pseudonymity provided by blockchain may not be sufficient to protect personal data if additional identifying information is linked to the blockchain records. Thus, the integration of blockchain into smart grids must carefully balance the benefits of decentralization with the need to protect personal data (Zyskind, Nathan and Pentland, 2015).

<sup>13</sup> The concept of "algorithmic transparency" is central to addressing the ethical concerns raised by AI in smart grids. The opacity of AI decision-making processes poses significant ethical challenges, as it limits the ability of consumers to hold entities accountable for decisions based on AI analysis. The European Commission's High-Level Expert Group on AI has also called for the development of AI systems that are transparent and explainable, in order to mitigate the risks of unfair treatment and privacy violations.

Given the rapid advancement of smart grid technologies, and the increasing integration of AI and blockchain, regulatory frameworks are likely to evolve to address new privacy concerns. Future regulations may introduce stricter requirements for data protection, particularly concerning AI-driven data processing. This could include more stringent consent mechanisms, transparency requirements, and accountability measures for AI algorithms. Additionally, blockchain-specific regulations may be developed to address its unique privacy challenges, such as standards for data anonymization on blockchain ledgers and protocols for managing data subject's rights in a decentralized environment. These evolving regulations will likely require energy companies to conduct regular audits and impact assessments in order to ensure compliance with privacy standards, further emphasizing the importance of a proactive approach to data protection.

## 2. The Importance of International Cooperation in Privacy Standards for Renewable Energy Systems

International cooperation is critical for establishing robust privacy standards for smart grids and renewable energy systems<sup>14</sup>. As energy networks and data flows become increasingly interconnected globally, disparate privacy regulations can create compliance challenges and hinder technological innovation. Harmonized privacy standards can facilitate the seamless integration of smart grid technologies across borders, promote consumer trust, and ensure that privacy protections are upheld universally. International bodies, such as the International Energy Agency (IEA) and the International Electrotechnical Commission (IEC), play a crucial role in developing these global privacy standards. Collaborative efforts can also lead to the development of advanced privacy-preserving technologies, which can be adopted globally to enhance privacy in smart grids.

## VII. Conclusion

The integration of smart grids and renewable energy systems represents a pivotal advancement in the quest for a sustainable and resilient energy future. However, the vast potential of these technologies comes with significant privacy and security challenges that must be meticulously addressed. This paper has explored the multifaceted risks

<sup>14</sup> The globalization of energy networks necessitates international cooperation to ensure consistent privacy protections across borders. The International Energy Agency (IEA) has emphasized the importance of harmonized privacy standards for supporting global integration of smart grid technologies. Moreover, the International Telecommunication Union (ITU) has been working on developing international standards for privacy and data protection in smart grids, recognizing the need for cross-border cooperation to address the privacy challenges posed by emerging technologies.

associated with smart grids, from the granular data collection enabled by smart meters, to the broader cybersecurity vulnerabilities inherent in their operation.

As the EU regulatory landscape continues to evolve with frameworks such as the GDPR, the NIS2 Directive, and the upcoming AI Act, it is clear that traditional approaches to privacy protection are no longer sufficient. The necessity for innovative strategies – such as quantum-resilient encryption, privacy-enhancing computation techniques, and dynamic privacy management systems – cannot be overstated. These technologies offer a proactive means of safeguarding consumer data, while enabling the efficient operation of smart grids.

Moreover, the ethical implications of integrating AI and blockchain technologies into smart grids, highlight the delicate balance between technological innovation and privacy protection. Anticipatory regulation, which evolves in tandem with technological advancements, offers a promising pathway for addressing these challenges before they fully materialize. However, the success of these initiatives hinges on a collaborative approach that involves regulators, industry stakeholders, and consumers alike.

Looking forward, the international dimension of privacy protection in smart grids will become increasingly important. As energy networks and data flows transcend national borders, harmonized global privacy standards will be essential to foster trust, and ensure the secure integration of smart grid technologies worldwide.

In conclusion, while the road ahead is burdened with challenges, the thoughtful application of advanced technological solutions, adaptive regulatory frameworks, and ethical considerations, will play a key role to unlocking the full potential of smart grids. By navigating these complexities with care and foresight, the energy sector can ensure that the transition to a smarter, greener future does not come at the expense of consumer privacy or security.

## Funding

This research received no funding.

The cost of editing selected articles published in the internet Quarterly on Antitrust and Regulation in the 2022–2024 is covered by funding under the program “Development of scientific journals” of the Ministry of Education and Science under agreement No. RCN/SP/0326/2021/1. Task title: “Verification and correction of scientific articles and their abstracts”. Funding value: 22 405,00 PLN; The task consists of professional editing of articles published in English.

## Declaration on Conflict of Interest

The author declared no potential conflicts of interest with respect to the research, authorship, and publication of this article.

## References

- Bouramdane, A. (2023). Cyberattacks in Smart Grids: Challenges and Solving the Multi-Criteria Decision-Making for Cybersecurity Options, Including Ones That Incorporate Artificial Intelligence, Using an Analytical Hierarchy Process. *Journal of Cybersecurity and Privacy*, 3(4), 662–705. <https://doi.org/10.3390/jcp3040031>
- Calo, R. (2024). The Case for Anticipatory Regulation in the Age of AI. *AI & Society*. <https://doi.org/10.1007/s00146-023-01493-7>
- Liu, J. (2012). Cybersecurity and Privacy Issues in Smart Grids. *CyberIR@MIT*. <https://cyberir.mit.edu/?q=cybersecurity-and-privacy-issues-smart-grids> (14.01.2024).
- Custers, B. (2019). Data Ownership in the European Energy Sector: Balancing Privacy, Security, and Efficiency. *European Data Protection Law Review*, 5(3), 311–322. <https://doi.org/10.21552/edpl/2019/3/6>
- Ding, Y., Niu, D., Li, X., and Cai, Y. (2022). Smart Grid Data Management: A Review of Data Collection, Analytics, and Applications. *IEEE Transactions on Industrial Informatics*, 18(5), 3127–3142. <https://doi.org/10.1109/TII.2021.3129645>
- Finck, M. (2018). Blockchain and the General Data Protection Regulation: Can distributed ledgers be squared with European data protection law? *European Law Journal*, 24(1), 1–21. <https://doi.org/10.1111/eulj.12227>
- Goodman, B., and Flaxman, S. (2017). European Union Regulations on Algorithmic Decision-Making and a ‘Right to Explanation’. *AI Magazine*, 38(3), 50–57. <https://doi.org/10.1609/aimag.v38i3.2741>
- Malgieri, G., and Custers, B. (2018). Pricing Privacy – The Right to Know the Value of Your Personal Data. *Computer Law & Security Review*, 34(2), 289–303. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.01.002>
- Mayer, J. (2022). Smart Grid Security: Advances in Data Protection and Anonymization Techniques. *Journal of Information Security and Applications*, 58, 102737. <https://doi.org/10.1016/j.jisa.2021.102737>
- Nissenbaum, H. (2010). *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*. Stanford University Press.
- Schleicher-Tappeser, R. (2012). How Renewable Energy is Driving Decentralization and Reshaping the Energy Market. *Energy Policy*, 47, 60–68. <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2012.03.039>



- Van Elburg, R. (2010). Privacy Issues in Smart Grid Technology. *Journal of Telecommunications and Information Technology*, 1(3), 37–43.
- Wang, W., Xu, Y., and Khokhar, A. (2013). A Survey of Security Issues in Smart Grid Communications. *IEEE Communications Surveys & Tutorials*, 15(1), 13–26. <https://doi.org/10.1109/SURV.2012.021312.00039>
- Zarsky, T. Z. (2016). Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data. *Seton Hall Law Review*, 47, 995–1020. <https://scholarship.shu.edu/shlr/vol47/iss4/4/>
- Zyskind, G., Nathan, O., and Pentland, A. S. (2015). Decentralizing Privacy: Using Blockchain to Protect Personal Data. In *2015 IEEE Security and Privacy Workshops* (pp. 180–184). IEEE. <https://doi.org/10.1109/SPW.2015.27>

Marta Dobosz\*, Jarosław Szewczyk\*\*

## Umyślność jako znamię strony podmiotowej deliktu dopuszczenia do naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję

### Streszczenie

W przypadku stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>1</sup> lub w art. 101 ust. 1 lit. a–e Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) odpowiedzialność ponosić może również osoba zarządzająca, która w ramach sprawowania swojej funkcji, w czasie trwania stwierdzonego naruszenia, umyślnie dopuściła przez swoje działanie lub zaniechanie do takiego naruszenia (zob. art. 6a uokik). W celu przypisania tej odpowiedzialności niezbędne jest wykazanie poszczególnych znamion przedmiotowego czynu. Od strony podmiotowej chodzi przede wszystkim o wykazanie umyślności dopuszczenia przez taką osobę do naruszenia konkretnego zakazu. W ustawie brakuje definicji umyślności. Może być ona rozumiana w różny sposób. Ważne jest jednak, aby rozumiana była w sposób prawidłowy. W większości przypadków, rozpatrywanych na gruncie art. 6a uokik, kluczem do przypisania odpowiedzialności będzie bowiem wykazanie przez Prezesa UOKiK umyślności działania lub zaniechania danej osoby zarządzającej. Istotne jest zatem przykładanie właściwej wagi do tego znamienia i dokonywanie wyczerpujących ustaleń faktycznych w tym zakresie.

**Słowa kluczowe:** osoba zarządzająca; umyślność; porozumienie ograniczające konkurencję; odpowiedzialność osób zarządzających; delikt; kara pieniężna.

### ‘Intentionality’ as a feature of the subjective side of the tort of allowing a violation of the prohibition of agreements restricting competition

#### Abstract

In the event of finding that an entrepreneur has violated the prohibition specified in Article 6(1) items 1–6 of the Polish Act on Competition and Consumer Protection or in Article 101(1) letter a–e of the TFEU, liability may also be borne by a manager who, in the performance of their function and within the duration of the established infringement, intentionally allowed such an infringement

\* Radca prawny; Sygnity S.A.; e-mail: mdobosz@sygnity.pl. <https://orcid.org/0009-0007-6289-7270>.

\*\* Doktor, adwokat, współnik; Kancelaria RKKW – KWAŚNICKI, WRÓBEL & Partnerzy Radcowie Prawni i Adwokaci sp. k.; e-mail: jaroslaw.szewczyk@rkkw.pl. <https://orcid.org/0000-0002-2326-4514>.

<sup>1</sup> Ustawa z dn. 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331, ze zm.); dalej: uokik.

to occur through their action or omission (see Art. 6a of the Act of Competition and Consumer Protection). The purpose of assigning this liability is to demonstrate the individual features of the action in question. From the subjective perspective, it is primarily about demonstrating that the relevant manager had the intention of allowing a violation of a specific prohibition to take place. The Polish Competition Act does not provide a definition of 'intentionality' and so it can be understood in different ways. However, it is important that it is understood correctly. In most cases considered under Article 6a of the Polish Competition Act, the key to assigning liability will be demonstrating, by the President of the Office of Competition and Consumer Protection (UOKiK) of the intentionality of the action or omission of a given manager. It is therefore important to attach due weight to this feature, and to make exhaustive factual findings in this respect.

**Keywords:** manager; intention; agreement restricting competition; liability of managers; tort; financial penalty.

**JEL:** K14, K21, K42

## I. Wstęp

Artykuł 6a uokik, stanowiący materialnoprawną podstawę odpowiedzialności osoby zarządzającej za naruszenie przez przedsiębiorcę zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, wszedł w życie 18 stycznia 2015 r., tj. z dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej uokik z 10 czerwca 2014 r.<sup>2</sup> (dalej: ustawa zmieniająca). Zgodnie z przepisem intertemporalnym ustawy zmieniającej<sup>3</sup>, to właśnie od tej daty osoba zarządzająca może ponosić odpowiedzialność, na podstawie art. 6a uokik, za swoje działania lub zaniechania. Pierwsza w historii UOKiK decyzja nakładająca karę pieniężną także na osobę zarządzającą przedsiębiorstwem, odpowiedzialną za niedozwolone porozumienie została wydana 3 grudnia 2020 roku<sup>4</sup>. Do końca 2023 r. Prezes UOKiK wydał pięć decyzji nakładających kary na 25 osób zarządzających, z których najwyższa wyniosła prawie pół miliona złotych<sup>5</sup>. Na gruncie polskich przepisów sprawy prowadzone na podstawie art. 6a uokik mają zatem nadal charakter precedensowy. Brak wypracowanej praktyki orzeczniczej dotyczącej odpowiedzialności osób zarządzających może z kolei wpłynąć na znaczne osłabienie pozycji tych osób w postępowaniach prowadzonych przez Prezesa UOKiK.

Trzeba wskazać, że odpowiedzialność osób zarządzających nie jest odpowiedzialnością subsydiarną. Odpowiedzialność ta jest odpowiedzialnością ponoszoną jedynie za własne zachowanie (dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę określonych zakazów), a nie za zachowanie przedsiębiorcy (naruszenie zakazu). Oznacza to, że osoby zarządzające mogą ponosić

<sup>2</sup> Ustawa z dn. 10.06.2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2014, poz. 945).

<sup>3</sup> Art. 6 ustawy zmieniającej brzmi: „Osoba zarządzająca ponosi odpowiedzialność na podstawie art. 6a ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, za działania i zaniechania mające miejsce od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy”.

<sup>4</sup> Autorzy mają na myśli dec. Prezesa UOKiK z dn. 03.12.2020 r., DOK-5/2020 w sprawie dotyczącej m.in. *Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Veolia Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie*. W informacji opublikowanej w dn. 7.12.2020 r. na stronie UOKiK dostępnej pod adresem: [https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=17000&news\\_page=2](https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=17000&news_page=2), Prezes UOKiK sam podkreślił, że „po raz pierwszy w historii UOKiK kary finansowe zostały nałożone również na osobę zarządzającą przedsiębiorstwem, odpowiedzialną za niedozwolone porozumienie”.

<sup>5</sup> Materiały własne autorów przygotowane na podstawie dec. Prezesa UOKiK opublikowane na stronie [https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec\\_prez.nsf](https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf).

odpowiedzialność samodzielną, choć z istoty przyjętego rozwiązania legislacyjnego – równoległe z przedsiębiorcą (Piszczyński, 2014). Należy mieć jednak na uwadze, że od strony podmiotowej odpowiedzialność przedsiębiorcy i osoby zarządzającej istotnie się różnią. Ustawodawca zdecydował się na ograniczenie przesłanki podmiotowej odpowiedzialności osób zarządzających wyłącznie do winy umyślnej. Jest tak w przeciwieństwie do odpowiedzialności samego przedsiębiorcy, który może ponosić odpowiedzialność także za działania nieumyślne, wynikające z niedbalstwa lub lekkomyślności w zakresie przestrzegania przepisów prawa. Przedsiębiorca może ponosić odpowiedzialność nawet przy najniższym stopniu nieumyślności (łac. *culpa levissima*).

## II. Podstawa prawna odpowiedzialności osoby zarządzającej

Materialnoprawną podstawę odpowiedzialności osoby zarządzającej stanowi obecnie art. 6a uokik<sup>6</sup>. Pewne ograniczenia odnośnie do możliwości przypisania odpowiedzialności osobie zarządzającej przez Prezesa UOKiK przewiduje zaś art. 12a uokik<sup>7</sup>, zgodnie z którym przypisanie odpowiedzialności osobie zarządzającej może nastąpić wyłącznie w decyzji, o której mowa w art. 10 ust. 1 uokik i tylko w przypadku, gdy w decyzji tej zostaje nałożona na przedsiębiorcę kara pieniężna, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 lub 2 uokik.

Z art. 12a uokik jasno wynika, iż odpowiedzialność osoby zarządzającej jest uzależniona (pochodna) nie tylko od uznania danej (zarzucanej) praktyki za ograniczającą konkurencję (art. 10 ust. 1 uokik), lecz także od nałożenia na przedsiębiorcę zarządzanego przez daną osobę zarządzającą choćby symbolicznej kary pieniężnej. Jeżeli w odniesieniu do danego przedsiębiorcy: a) postępowanie zostanie umorzona na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik lub b) nałożone zostanie na niego zobowiązanie do wykonania określonych zobowiązań zgodnie z art. 12 ust. 1 uokik, lub c) dana praktyka uznana zostanie za ograniczającą konkurencję, lecz na podstawie art. 113b uokik Prezes UOKiK odstąpi od wymierzenia kary lub skorzysta z możliwości nienakładania kary pieniężnej, wówczas nie jest dopuszczalne przypisanie odpowiedzialności osobie zarządzającej. Tylko w takich przypadkach, w których dochodzi do wymierzenia kary pieniężnej przedsiębiorcy możliwe jest bowiem przypisanie odpowiedzialności osobie zarządzającej. Jeżeli w danej sytuacji nie dochodzi do ukarania karą pieniężną przedsiębiorcy, to niedopuszczalne jest sięganie po konstrukcję odpowiedzialności osoby zarządzającej.

Warto zwrócić uwagę, że pochodny charakter odpowiedzialności osoby zarządzającej rozciąga się na całe postępowanie w sprawie, także na etapie sądowym. Tym samym, jeżeli w ramach kontroli sądowej wydanej przez Prezesa UOKiK decyzji okaże się, że nie może się ona ostać lub z jakiegokolwiek powodu kara pieniężna nałożona na przedsiębiorcę nie zostanie utrzymana (choćby w symbolicznej kwocie), wówczas nie jest możliwe utrzymanie odpowiedzialności osoby zarządzającej (zob. art. 479<sup>31a</sup> ust. 4 k.p.c.<sup>8</sup>).

<sup>6</sup> Zgodnie z dyspozycją art. 6a uokik: „W przypadku stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 ustawy lub w art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE, odpowiedzialności podlega również osoba zarządzająca, która w ramach sprawowania swojej funkcji w czasie trwania stwierdzonego naruszenia tych zakazów umyślnie dopuściła przez swoje działanie lub zaniechanie do naruszenia przez tego przedsiębiorcę wymienionych zakazów”.

<sup>7</sup> Zgodnie z art. 12a uokik: „Prezes Urzędu może stwierdzić, że osoba zarządzająca, o której mowa w art. 6a, umyślnie dopuściła przez swoje działanie lub zaniechanie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 ustawy lub w art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE, wyłącznie w decyzji, o której mowa w art. 10 ust. 1, w przypadku gdy w decyzji tej zostaje nałożona na przedsiębiorcę kara pieniężna, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 lub 2”.

<sup>8</sup> Zgodnie z art. 479<sup>31a</sup> ust. 4 k.p.c. „W razie uwzględnienia odwołania od decyzji stwierdzającej naruszenie zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów lub w art. 101 ust. 1 lit. a–e Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, poprzez jej uchylenie w części dotyczącej przedsiębiorcy albo zmianę w taki sposób, że na przedsiębiorcę nie jest nakładana kara pieniężna, sąd ochrony konkurencji

### III. Znamiona deliktu menedżerskiego

Abstrahując od dodatkowych ograniczeń możliwości przypisania odpowiedzialności osobie zarządzającej przewidzianych w art. 12a uokik, przepisem, który określa (wyznacza) znamiona czynu zabronionego (menedżera) pod groźbą kary administracyjnej (deliktu administracyjno-karnego) jest art. 6a uokik. To regulacja zawarta w tym artykule przewiduje znamiona odpowiedzialności antymonopolowej osoby zarządzającej, tj. elementy ustawowego opisu czynu zabronionego menedżera.

#### 1. Warunek konieczny odpowiedzialności „menedżera”

Podstawowym warunkiem ponoszenia odpowiedzialności przez osobę zarządzającą jest stwierdzenie naruszenia przez przedsiębiorcę (w rozumieniu art. 4 pkt 1 uokik) zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik lub w art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE. Nie chodzi zatem o stwierdzenie przez Prezesa UOKiK naruszenia przez przedsiębiorcę jakichkolwiek zakazów, a jedynie tych wymienionych w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik lub w art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE. Katalog ten dotyczy dopuszczenia do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów zawierania konkretnych, nazwanych porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, z wyjątkiem porozumień polegających na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Zakazem z art. 6a uokik nie są natomiast objęte sytuacje, w których osoba zarządzająca dopuści do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, innych niż wymienione w art. 6 ust. 1 uokik. Osoba zarządzająca nie będzie wobec tego mogła ponosić odpowiedzialności na podstawie art. 6a uokik, gdyby w ramach sprawowania swojej funkcji umyślnie dopuściła przez swoje działanie lub zaniechanie do naruszenia przez zarządzanego przedsiębiorcę innych zakazów niż tych określonych we wskazanych przepisach uokik i TFUE.

Ponadto, biorąc pod uwagę dyspozycję art. 12a uokik, orzeczenie o odpowiedzialności osoby zarządzającej możliwe jest jedynie w tej samej decyzji, w której Prezes UOKiK stwierdza odpowiedzialność przedsiębiorcy i nakłada na niego karę pieniężną.

#### 2. Strona przedmiotowa deliktu

Kolejnymi przesłankami ponoszenia odpowiedzialności przez osobę zarządzającą na podstawie art. 6a uokik jest:

- 1) dopuszczenie przez osobę zarządzającą do naruszenia przez przedsiębiorcę określonych zakazów;
- 2) wówczas gdy następuje to w ramach sprawowania przez tę osobę zarządzającą jej funkcji w czasie trwania stwierdzonego naruszenia.

Dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę określonych zakazów może polegać zarówno na działaniu, jak i na zaniechaniu osoby zarządzającej. Wskazuje na to sam ustawodawca

i konsumentów z urzędu uchyla tę decyzję również w części dotyczącej osoby zarządzającej, o której mowa w art. 6a tej ustawy, która dopuściła do naruszenia zakazów przez tego przedsiębiorcę”.

poprzez użycie w art. 6a uokik sformułowania odnoszącego się do osoby zarządzającej: „dopuszcila przez swoje działanie lub zaniechanie”. Tym samym ustawodawca zdecydował się na karanie nie tylko takich osób zarządzających, które aktywnie przyczyniają się do naruszenia określonych zakazów przez przedsiębiorcę, lecz także takich, które wiedzą o naruszeniu, ale nie podejmują żadnych działań, żeby mu zapobiec. Na podstawie tego przepisu odpowiedzialności nie będą jednak ponosiły osoby, które w żaden sposób nie dopuściły do naruszenia zakazów przez przedsiębiorcę, tj. nie miały żadnej wiedzy na temat naruszenia ani żadnego wpływu na nie. W takich przypadkach osoba zarządzająca nie będzie bowiem ponosiła winy za naruszenie dokonane przez przedsiębiorcę (Piszcz, 2014).

Wykładnia przepisu art. 6a uokik prowadzi także do wniosku, że odpowiedzialności podlegać mogą wyłącznie osoby zarządzające, których działania lub zaniechania ostatecznie doprowadziły do naruszenia zakazu przez przedsiębiorcę, tj. do efektu w postaci powstania lub funkcjonowania antykonkurencyjnego porozumienia. Powyższe oznacza, że przepis ten nie przewiduje odpowiedzialności osoby zarządzającej za inne formy stadialne czynu niż „dokonanie”, tj. np. „przygotowanie” lub „usiłowanie” doprowadzenia do naruszenia zakazu przez przedsiębiorcę.

Druga z wyżej wymienionych przesłanek dotyczy aspektu czasowego sprawowania przez osobę zarządzającą swojej funkcji. Jak się wydaje, celem ustawodawcy było podkreślenie, że osoba zarządzająca może ponosić odpowiedzialność jedynie za naruszenie zakazu, do którego dopuściła w ramach sprawowania swojej funkcji. Nie może wobec tego odpowiadać za naruszenia, które miały miejsce przed objęciem przez nią funkcji osoby zarządzającej ani po zakończeniu jej sprawowania. W przypadku kilku osób kierujących przedsiębiorstwem jednocześnie istotne jest zatem rozgraniczenie ich odpowiedzialności i przypisanie każdej z nich odpowiedzialności jedynie za własne zachowania. Osoba zarządzająca nie będzie ponosić odpowiedzialności za zachowania przedsiębiorcy, z którymi nie miała żadnego związku lub o których nie wiedziała (Piszcz, 2014).

### 3. Strona podmiotowa deliktu

Przechodząc do przesłanek strony podmiotowej, należy wcześniej wskazać, że odpowiedzialność na podstawie art. 6a uokik ponosić może wyłącznie osoba zarządzająca, przez którą należy rozumieć, zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 3a uokik, kierującego przedsiębiorstwem, w szczególności osobę pełniącą funkcję kierowniczą lub wchodzącą w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy. Zgodnie z definicją słownikową „kierować” oznacza „wskazywać, wytyczać drogi działania, rządzić kimś, czymś; stać na czele, zarządzać czymś” (Doroszewski, 1958–1968). Kierującym przedsiębiorstwem jest zatem osoba, która nim zarządza. W ocenie autorów, aby uznać osobę fizyczną za osobę zarządzającą nie jest wystarczające jedynie wskazanie, że pełniła ona funkcję członka zarządu przedsiębiorcy w okresie dokonania przez niego naruszenia<sup>9</sup>, ale niezbędne jest wykazanie, że pełniona funkcja umożliwiała jej kierowanie przedsiębiorstwem. Warto podkreślić, że art. 4 pkt 3a uokik obejmuje swoim zakresem członków zarządu, ale także osoby pełniące funkcje kierownicze, o ile zarządzają przedsiębiorstwem. W zakres obowiązków osoby pełniącej funkcję kierowniczą, aby mogła zostać uznana za osobę zarządzającą w rozumieniu

<sup>9</sup> Prezes UOKiK wyraził odmienne stanowisko m.in. na s. 114 uzasadnienia dec. z dn. 03.12.2020 r., DOK-5/2020, w sprawie dotyczącej m.in. *Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie*, w której stwierdził że z samego faktu pełnienia przez pana Marka D. funkcji Prezesa Zarządu we wskazanym okresie wynika, że był on osobą zarządzającą.

tego przepisu, powinno wchodzić podejmowanie lub uczestniczenie w podejmowaniu decyzji dotyczących działalności prowadzonej przez danego przedsiębiorcę (Skoczny, 2014). Za osobę pełniącą funkcję kierowniczą może zostać zatem uznany także m.in. prokurent czy członek wyższej kadry kierowniczej przedsiębiorcy. W spółkach osobowych, do tej kategorii osób, będą zaliczać się przede wszystkim wspólnicy, partnerzy czy komplementariusze, którym powierzono prowadzenie spraw przedsiębiorcy.

Podmiotową przesłanką odpowiedzialności osoby zarządzającej, wskazaną wyraźnie w art. 6a uokik, jest wina umyślna. Menedżer może odpowiadać wyłącznie za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów dokonane umyślnie (celowo), tj. z zamiarem kierunkowym (bezpośrednim), co musi oznaczać zamiar przemyślany (łac. *dolus directus praemeditatus*), a wszelkie działania nieumyślne nie mogą mieć wpływu na ponoszenie przez niego odpowiedzialności. Nie można oczywiście nie dostrzec tego, że wykazanie osobie fizycznej (menedżerowi) umyślności jest wyjątkowo trudne. Jest to jednak intencjonalne. Odpowiedzialność osoby zarządzającej jest odpowiedzialnością o charakterze wyjątkowym, umyślność zaś czymś znacznie dalej idącym niż niedbalstwo (łac. *negligentia, culpa*), czy nawet rażące niedbalstwo (łac. *culpa lata*).

Rozpoznanie u osoby fizycznej umyślności działania musi oznaczać rozpoznanie u niej „złej woli”. Niesie to za sobą niezwykle poważne konsekwencje prawne w bardzo wielu sferach życia osoby fizycznej, innych niż sfera odpowiedzialności antymonopolowej. Słowem wspomnieć, że umyślność jest tak negatywnie oceniana, że w ramach systemu prawa prywatnego nie jest możliwe ograniczenie odpowiedzialności za czyny popełnione umyślnie, nie można się od nich ubezpieczyć, nie można od takiej odpowiedzialności zwolnić itd.

Z uwagi na powyższe, przypisanie osobie fizycznej umyślności działania powinno być poprzedzone bardzo dokładnym zbadaniem stanu faktycznego sprawy, nie może być dokonywane bezrefleksyjnie, bez szczegółowej wykładni przepisów, bez wskazywania wyraźnych podstaw faktycznych i bez baczenia na bardzo daleko idące konsekwencje prawne takiego stwierdzenia.

#### IV. Wina umyślna w art. 6a uokik – rys historyczny

Zgodnie z pierwszym projektem założeń do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>10</sup>, jak również projektem ustawy wprowadzającej odpowiedzialność osób zarządzających<sup>11</sup>, czyn określony obecnie w art. 6a uokik, mógł być zrealizowany przez osobę zarządzającą również (*verba legis*: „choćby”) nieumyślnie. Przy czym zaznaczano, że „Prezes UOKiK w praktyce wszczynałby i prowadził postępowania w sprawie naruszenia zakazu porozumień przez osoby fizyczne jedynie w wyjątkowych sytuacjach – uwzględniając wagę naruszenia i jego szkodliwy wpływ na interes publiczny, w przypadkach gdy wina osoby pełniącej funkcję kierowniczą nie budzi żadnych wątpliwości”<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> „Projekt zakłada, aby odpowiedzialności podlegały osoby, które pełniąc funkcję kierowniczą lub wchodząc w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy, w ramach sprawowania swojej funkcji, choćby nieumyślnie, przez swoje działanie lub zaniechanie, w tym również niedopełnienie obowiązków w zakresie nadzoru, dopuściły do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów określonych w art. 6 i 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów lub przepisów art. 101 lub 102 TFUE, czyli dopuściły do naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej lub zakazu porozumień ograniczających konkurencję”. Projekt z dn. 15.05.2012 r. założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, s. 22. Pozyskano z: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/43452/43453/43454/dokument34627.pdf> (23.02.2024).

<sup>11</sup> Projekt z dn. 21.11.12 r. ustawy zmieniającej. Pozyskano z: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/85314/85318/85319/dokument59324.pdf> (23.02.2024).

<sup>12</sup> Projekt z dn. 16.07.2012 r. założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, s. 22. Pozyskano z: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/43452/43453/43454/dokument41943.pdf> (23.02.2024).

Korzystanie z tego przepisu miało dotyczyć wyłącznie tych osób, które swoimi działaniami celowo prowadzą przedsiębiorcę do naruszenia określonych zakazów. Podczas prac nad omawianymi przepisami Prezes UOKiK wskazywał, że będzie stawiał zarzuty tylko tym osobom, których wina nie budzi żadnych wątpliwości.

W toku prac nad ustawą zmieniającą, ustawodawca celowo ograniczył znamię strony podmiotowej omawianego deliktu, wprowadzając postanowienie, zgodnie z którym osoba zarządzająca może odpowiadać wyłącznie za czyn (tj. dopuszczenie do naruszenia zakazu przez przedsiębiorcę) popełniony umyślnie<sup>13</sup>.

Jak wskazano w stanowisku Prezesa UOKiK do zgłoszonych uwag do projektu ustawy zmieniającej: „Poddanie osób fizycznych reżimowi odpowiedzialności karnej oznaczałoby, że sądy karne, do tej pory niewyspecjalizowane w tego typu sprawach, zajmowałyby się kwestią odpowiedzialności osób fizycznych. Utrzymanie dotychczasowego systemu kontroli decyzji i podporządkowanie orzekania odpowiedzialności osób fizycznych sądom antymonopolowym skutkować będzie większą pewnością prawną dla osób fizycznych oraz zapewni jednolitość orzecznictwa. Ponadto koszt pozostawienia tej kwestii jurysdykcji sądom antymonopolowych jest niższy niż powierzenia tej materii sądom karnym (konieczność przeprowadzenia szkoleń sędziów, tworzenia nowych wydziałów, zwiększenia liczby etatów). Dodatkową gwarancją dla osób zarządzających jest oparcie ich odpowiedzialności na przesłance umyślności”<sup>14</sup>.

*De lege lata* zgodnie z art. 6a i 12a uokik odpowiedzialności podlegać może osoba zarządzająca, która umyślnie dopuściła do naruszenia przez przedsiębiorcę wymienionych w tym przepisie zakazów. Zakłada to oczywiście konieczność świadomości osoby zarządzającej wszystkich znamion tego deliktu oraz chęć jego realizacji, względnie (co jest kontrowersyjne i w ocenie autorów nieprawidłowe) co najmniej świadomości możliwości wypełnienia jego znamion oraz godzenie się na to, że zachowanie osoby zarządzającej stanowić może realizację znamion tego deliktu. Chodzi w tym w szczególności o świadomość istnienia określonych zakazów i możliwość ich naruszenia przez przedsiębiorcę, a na płaszczyźnie woluntatywnej – chęć (intencję) doprowadzenia do naruszenia tego zakazu przez kierowanego przez osobę zarządzającą przedsiębiorcę – niezależnie od motywu czy pobudki takiego działania.

Ustawodawca uznał, że odpowiedzialność osobista menedżerów powinna mieć miejsce wyłącznie w skrajnych, najbardziej jaskrawych przypadkach dezynwoltury menedżerskiej – czyli lekceważącego stosunku menedżera do przepisów prawa. Wprowadzenie przesłanki umyślności miało na celu chronić osoby zarządzające przed zbyt łatwym stawianiem im zarzutów i pociąganiem ich do odpowiedzialności finansowej.

## V. Brak definicji umyślności w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów

Ustawodawca niestety nie zdecydował się na wprowadzenie do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów definicji umyślności. Biorąc jednak pod uwagę konieczność zapewnienia

<sup>13</sup> Odpowiedź Prezesa UOKiK z dn. 10.04.2013 r. (DPR-022-2/12) na pismo z dn. 22.03.2013 r. Pozyskano z: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/85314/85323/85332/dokument70853.pdf> (23.02.2024).

<sup>14</sup> Zestawienie uwag zgłoszonych w toku konsultacji społecznych projektu nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (odpowiedzialność osób fizycznych za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu porozumień ograniczających konkurencję, kary pieniężne, leniency), CZĘŚĆ I, s. 2–3. Pozyskano z: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/85314/85318/85321/dokument68329.pdf> (23.02.2024).



osobom zarządzającym standardu ochrony właściwego dla postępowania karnego<sup>15</sup>, należy odwołać się do definicji umyślności właściwej na gruncie prawa karnego. Zgodnie z art. 9 § 1 k.k.<sup>16</sup> „czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić (zamiar bezpośredni) albo, przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi (zamiar ewentualny)”. Umyślność może zatem charakteryzować się działaniem z zamiarem bezpośrednim (łac. *dolus directus*) lub ewentualnym (łac. *dolus eventualis*). Zamiar ewentualny jest jednak trudny do jednoznacznego rozgraniczenia od lekkomyślności (będącej formą nieumyślności). Stąd też w doktrynie sformułowano trafny postulat interpretowania pojęcia umyślności w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów z wyłączeniem zamiaru ewentualnego<sup>17</sup>.

Zdaniem Król-Bogomilskiej (2015, s. 10) „na tle art. 6a u.o.k.k., ze względu na (...) możliwe problemy i w sytuacji braku w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów przepisu nakazującego szerokie definiowanie pojęcia umyślności zastosowanego w tym przepisie – nie ma wystarczającego uzasadnienia dla operowania w tych przypadkach szerokim pojęciem umyślności. W poszukiwaniu racjonalnej interpretacji tej przesłanki odpowiedzialności z art. 6a u.o.k.k. warto zatem wziąć pod uwagę wąską interpretację pojęcia umyślności – w znaczeniu rozmyślnego zachowania (z wykluczeniem tzw. zamiaru ewentualnego)”.

Zamiar ewentualny jest konstrukcją prawną przydatną na gruncie niektórych czynów zabronionych karnie. Budzi on jednak szereg kontrowersji, które na gruncie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów byłyby trudne do przewyciężenia. Znamiona deliktu z art. 6a i 12a uokik opisane są w sposób normatywny (doprowadzenie do naruszenia zakazu), co znakomicie utrudnia analizę elementu intelektualnego zamiaru ewentualnego. Słuszne jest zatem przyjęcie na gruncie ustawy tzw. wąskiej koncepcji umyślności zakładającej konieczność świadomości osoby zarządzającej wszystkich znamion deliktu administracyjnego z art. 6a uokik oraz chęć jego realizacji.

Pogląd ten pozostaje zgodny z intencją ustawodawcy, który, ostatecznie wprowadzając przesłankę umyślności do przepisu art. 6a uokik, miał na celu ograniczenie odpowiedzialności osób zarządzających do przypadków oczywistego, bezprawnego, zawinionego działania, ukierunkowanego stricte na naruszenie przez przedsiębiorcę konkretnych zasad konkurencji.

## VI. Konieczność szczegółowego badania winy

Należy również wskazać, że orzekanie w kwestiach winy osoby fizycznej (winy umyślnej lub nieumyślnej) przez Prezesa UOKiK, w ramach postępowania antymonopolowego, budziło i budzi nadal istotne zastrzeżenia co do zgodności tego rozwiązania z postulatem zapewnienia osobie fizycznej podwyższonego standardu ochrony w postępowaniu, w którym może zostać nałożona na nią kara pieniężna o wysokim stopniu represyjności i dolegliwości. Na osobę zarządzającą

<sup>15</sup> Stosownie do utrwalonego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC), postępowanie przed organami administracji (ale także przed sądami), które może być zakończone nałożeniem poważnej kary finansowej, powinno być traktowane jak postępowanie karne. Kryteria uznania sprawy za karną, tzw. kryteria Engel, ustalono m.in. w orzeczeniach ETPC z dn. 08.06.1976 r. w sprawie *Engel i in. przeciwko Holandii*, nr 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 oraz z dn. 21.02.1984 r. w sprawie *Öztürk przeciwko Niemcom*, nr 8544/79.

<sup>16</sup> Ustawa z dn. 06.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553, ze zm.); dalej: k.k.

<sup>17</sup> „Podkreślenia wymaga, że w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów nie odwołano się wyraźnie do szerokiego pojęcia umyślności, jakim posłużono się w art. 9 § 1 k.k., obejmującego zarówno działanie w zamiarze bezpośrednim, (...) jak i działanie w zamiarze ewentualnym (...). Z uwagi na powstające na gruncie prawa karnego praktyczne problemy interpretacyjne utrudniające rozgraniczenie działania w zamiarze ewentualnym od działania nieumyślnego, w doktrynie sformułowano postulat interpretowania pojęcia umyślności w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów z wykluczeniem zamiaru ewentualnego” (zob. Materna, 2016, s. 344–346).

(będącą osobą fizyczną), jeżeli zostaną spełnione przesłanki z art. 106a ust. 1 uokik, może bowiem zostać nałożona kara pieniężna w wysokości aż do 2 000 000,00 zł<sup>18</sup>.

W toku prac na nowelizacją ustawy PKPP Lewiatan, POHiD oraz KRRP słusznie zwracają uwagę na brak kwalifikacji organu administracji publicznej, jakim jest Prezes UOKiK, do orzekania o winie<sup>19</sup>. Zważywszy na okoliczność, że rozróżnienie działań zawinionych od niedbałych lub lekkomyślnych przysparza wielu trudności praktycznych i wymaga „wyczulenia” na punkcie ochrony praw jednostki, tym bardziej ocena taka powinna leżeć w sferze decyzji sądów wykwalifikowanych konkretnie w zakresie orzekania o odpowiedzialności karnej (w tym przypadku sądów karnych).

Zdaniem autorów odpowiedzialność osobista osób zarządzających powinna być rozstrzygana przez sądy karne jako bardziej kompetentne w tego rodzaju sprawach. Skoro jednak ustawodawca zdecydował, że o kwestii winy osób zarządzających rozstrzygać ma Prezes UOKiK, powinien on robić to z dużą wstrzeźliwością, bacząc, aby osób zarządzających nie obciążać odpowiedzialnością za czyny popełnione ewentualnie, lekkomyślnie lub w wyniku mniejszego lub większego niedbalstwa.

Trzeba mocno podkreślić, że przypisanie odpowiedzialności osobistej menedżerowi na podstawie art. 6a uokik ma bardzo poważne konsekwencje. Skoro osoba zarządzająca odpowiadać może wyłącznie za czyny popełnione umyślnie, przypisanie jej odpowiedzialności oznacza uznanie przez organ państwowy, że celowo dopuściła ona do naruszenia przepisów przez zarządzaną przez nią spółkę. Może mieć to bardzo poważne konsekwencje również na innych płaszczyznach odpowiedzialności osoby zarządzającej. Może się nawet wydawać, że lepiej byłoby, aby dana osoba uznana była za winną dopuszczenia do naruszenia zakazu przez przedsiębiorcę dokonanego nieumyślnie. Działania nieumyślne można bowiem jakoś tłumaczyć, ryzyka takich działań można ograniczać, szkody ubezpieczać itd. Jeżeli natomiast uzna się kogoś winnym działań lub zaniechań dokonanych umyślnie, wówczas stwierdza się, że dana osoba w sposób celowy działała w celu naruszenia prawa.

Niezależnie od opowiadania się za wąskim czy szerokim (tj. obejmującym również umyślność w formie zamiaru ewentualnego) rozumieniem umyślności, w każdym przypadku okolicznością warunkującą możliwość przypisania osobie zarządzającej winy umyślnej jest świadomość realizacji znamion przedmiotowych czynu (deliktu administracyjnego). Świadomość domniemanego sprawcy musi obejmować wszystkie elementy czynu, który wyczerpuje ustawowe znamiona (Przesławski, 2018). Stąd też, nieświadomość jakiegokolwiek okoliczności stanowiącej znamię pozytywne lub błędne przekonanie o zachodzeniu okoliczności opisanej jako znamię negatywne wyłącza możliwość przyjęcia, że osoba zarządzająca popełniła dany czyn umyślnie (Małecki, 2015, s. 29).

W związku z powyższym, dla przypisania odpowiedzialności osobie zarządzającej Prezes UOKiK powinien wykazać, że w relewantnym dla odpowiedzialności osoby zarządzającej okresie swoją świadomością obejmowała ona przynajmniej to, że:

<sup>18</sup> Porównując, przykładowo można wskazać, że maksymalna grzywna nakładana za przestępstwo na podstawie art. 33 k.k. może wynieść 1 080 000,00 zł (540 stawek dziennych x 2 000,00 zł), a maksymalna grzywna nadzwyczajnie obostrzona – 1 620 000,00 zł (810 stawek dziennych x 2 000,00 zł).

<sup>19</sup> Projekt ustawy z dn. 10.06.2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego; Załącznik nr 1: Zestawienie uwag zgłoszonych w toku konsultacji społecznych projektu nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (odpowiedzialność osób fizycznych za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu porozumień ograniczających konkurencję, kary pieniężne, leniency; uwaga nr 1. Pozyskano z: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/9F27C3A04DCCA6E8C1257BE3003730DF/%24File/1703.pdf> (23.02.2024).

- 1) jest osobą, o której mowa w § 4 pkt 3 uokik, tj. osobą zarządzającą przedsiębiorcą;
- 2) w ramach sprawowania swojej funkcji dopuszcza do sytuacji, w której przedsiębiorca narusza konkretną normę prawną, tj. wynikającą z art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik lub art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE (zakazującą zawierania wyszczególnionych rodzajów porozumień ograniczających konkurencję), a nie ogólną normę zakazującą zawierania innych niż wymienione w art. 6 ust. 1 uokik antykonkurencyjnych porozumień.

Z uwagi na to, że art. 6a uokik odsyła do innych przepisów, w celu przypisania osobie zarządzającej winy umyślnej konieczne jest ustalenie czy miała ona świadomość, że kierowany przez nią przedsiębiorca narusza, względnie naruszy, zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik lub art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE.

Intencją ustawodawcy było, aby odpowiedzialności z art. 6a i 12a uokik podlegała wyłącznie taka osoba zarządzająca, która ma świadomość tego, że swoim działaniem dopuszcza do naruszenia konkretnej normy prawnej przez kierowane przez nią przedsiębiorstwo i dąży do tego, tj. chce, aby przedsiębiorca naruszył określony zakaz (normę prawną). Brak świadomości osoby zarządzającej co do możliwości naruszenia konkretnego zakazu przez przedsiębiorcę dekompletuje czyn zabroniony od strony podmiotowej.

### 1. Zamiar jako element strony podmiotowej

Należy podkreślić, że ocena czy osoba zarządzająca działała umyślnie i to z zamiarem bezpośrednim jest bardzo trudnym zadaniem, szczególnie jeżeli ma być dokonywana przez organ – Prezesa UOKiK, który nie ma doświadczenia w tym zakresie. Nie ma wątpliwości, że subiektywna strona czynu, która realizuje się w psychice sprawcy, jest bardzo trudna do zbadania (Nawrocki, 2017, s. 167). Jak wskazuje Nawrocki (2017, s. 167–168), „najistotniejszym elementem umyślnego popełnienia czynu zabronionego jest zamiar. Ma on niebagatelne znaczenie na gruncie świadomości sprawcy czynu zabronionego, jak i wpływa na wolę realizacji przez tego sprawcę znamion ustawowych. W doktrynie powszechnie przyjmuje się, że zamiar ma dwa aspekty. Z jednej strony charakteryzuje się aspektem intelektualnym, który wymaga od sprawcy świadomości wszystkich okoliczności, które składają się na charakterystykę typu czynu zabronionego. Są to okoliczności natury przedmiotowej, które dają się subsumować pod znamiona stanowiące opis czynu zabronionego, są więc desygnatami tych znamion. Istotnym zastrzeżeniem jest, aby świadomości nie utożsamiać z wiedzą. Wiedza jest bowiem pewnym zbiorem informacji o otaczającej nas rzeczywistości. Bez niej nie jest możliwe uświadomienie sobie określonego stanu rzeczy. W tym też sensie świadomość będzie stanowiła zaktualizowaną wiedzę. Drugi element charakteryzujący umyślność określany jest jako »aspekt wolicjonalny«, »aspekt woluntatywny« czy też »aspekt wolicyjny«. Jak sama nazwa wskazuje, chodzi o występującą po stronie sprawcy wolę realizacji znamion typu czynu zabronionego. Jest ona emanacją świadomej decyzji sprawcy co do realizacji znamion ustawowych i stanowi proces zachodzący w psychice człowieka, który wyraża jego ustosunkowanie się do rzeczywistości objętej tymi znamionami. Wola jest zatem elementem wtórnym w stosunku do świadomości”.

Zamiar, jako element strony podmiotowej czynu sprawcy, powinien być udowodniony jak każdy inny fakt czy okoliczność. Przy czym istotą ustaleń w zakresie zamiaru jest odczytanie intencji sprawcy w oparciu o jego własne wypowiedzi. Dopiero, gdy w ten sposób nie będzie możliwe

ustalenie intencji sprawcy należy dokonać ustaleń dotyczących jego zamiaru w oparciu o inne okoliczności zdarzenia<sup>20</sup>.

Wobec powyższego zasadne wydaje się postulowanie o przeprowadzanie przez Prezesa UOKiK w sprawach dotyczących osób zarządzających rozpraw administracyjnych, na których osoby te miałyby okazję osobistego przedstawienia swoich racji oraz bezpośredniego odniesienia się do materiału dowodowego zebranego w sprawie.

## 2. Błąd co do znamion

Należy nadto dodać, że brak szczegółowej wiedzy na temat treści przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym zwłaszcza wykładni art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik, jak również art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE, a także konieczność sięgania po zasady ogólnej wykładni prawa, literaturę fachową oraz orzecznictwo (bowiem sama treść tych przepisów niewiele wyjaśnia) znakomicie utrudnia, a nawet uniemożliwia prawidłowe rozpoznanie, jakiego rodzaju działania lub zaniechania są zabronione, a jakie nie stanowią porozumień zabronionych.

W tym kontekście należy wskazać, że „w wypadku znamion o charakterze klauzul normatywnych brak znajomości treści prawa dookreślającego klauzulę należy traktować jako błąd co do znamion typu czynu zabronionego (art. 28 § 1)” (Zoll, 2016, s. 617). Zgodnie zaś z art. 28 § 1 k.k.: „nie popełnia przestępstwa, kto pozostaje w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego”.

Przepis ten normuje konsekwencje zaistnienia po stronie sprawcy usprawiedliwionego błędu co do znamienia, statuując, że tego rodzaju okoliczność stanowi przesłankę wyłączającą winę za popełnienie przestępstwa. W przypadku usprawiedliwionego błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego sprawca nie popełnia przestępstwa, nawet jeżeli jest to przestępstwo, które może zostać popełnione nieumyślnie. Natomiast jak słusznie wskazuje Małecki (2015, s. 29): „błąd co do znamienia, niezależnie od jego usprawiedliwionego czy nieusprawiedliwionego charakteru, dekompletuje znamiona typu umyślnego czynu zabronionego pod groźbą kary”.

Powyższe oznacza, że samo wystąpienie błędu co do okoliczności faktycznej (brak świadomości realizacji znamion czynu zabronionego) uniemożliwia przypisanie sprawcy umyślności, niezależnie od tego, czy jest to błąd usprawiedliwiony, czy nieusprawiedliwiony. Każdy błąd, nawet zupełnie nieusprawiedliwiony, wyklucza możliwość przypisania osobie zarządzającej winy umyślnej<sup>21</sup>.

## 3. Obowiązek wykazania umyślności osoby zarządzającej

Obowiązek wykazania wszystkich przesłanek odpowiedzialności osoby zarządzającej wynikających z art. 6a OKiKU, w tym przesłanki umyślności, zgodnie z ogólną regułą

<sup>20</sup> Zob. wyr. SA we Wrocławiu z dn. 29.1.2014 r., II AKa 426/13, Legalis. „Zamiar, jako element strony podmiotowej czynu sprawcy (art. 9 § 1 i 2 KK), mieści się w sferze faktów i wymaga podobnego dowodzenia jak każdy inny fakt czy okoliczność dowodzona także w zakresie strony przedmiotowej. Istotą ustaleń w zakresie zamiaru jest odczytanie intencji sprawcy, w pierwszej kolejności w oparciu o jego własne wypowiedzi, bo to one mają zasadnicze znaczenie dla czynionych ustaleń w odniesieniu do towarzyszących mu przeżyć psychicznych. Dopiero, gdy sprawca nie wyartykułuje swoich intencji czyni się ustalenia o jego zamiarze w oparciu o okoliczności przedmiotowe zdarzenia”.

<sup>21</sup> Co ciekawe, również sama Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego, która w latach 60. pracowała nad brzmieniem dzisiejszej ustawy – Kodeks karny, w odniesieniu do kształtu i treści regulacji art. 28 § 1 k.k. oraz jego relacji z art. 9 § 1 k.k., wskazywała, że „błąd, jako odwrócenie umyślności, wyłącza odpowiedzialność za przestępstwo zawinione umyślnie, co daje się wydedukować z art. 7 [dzisiejszego art. 9 k.k. – przyp. aut.]” (za: Małecki, 2015, s. 29).

przewodzenia postępowania dowodowego, ciąży na Prezesie UOKiK. W decyzji stwierdzającej antymonopolową odpowiedzialność osoby zarządzającej Prezes UOKiK powinien zatem dokonać wykładni tej przesłanki, wskazać jak ją rozumie oraz przeprowadzić dowody na okoliczność stanu świadomości osoby zarządzającej, a także jej nastawienia do czynów zarzucanych przedsiębiorcy<sup>22</sup>.

Nie jest wystarczające powoływanie się w decyzji na ogół dowodów zebranych podczas prowadzonego postępowania dowodowego bez wskazania, które z nich konkretnie wskazują na umyślność działania lub zaniechania osoby zarządzającej. Tak sporządzone uzasadnienie będzie naruszało prawo do obrony osoby zarządzającej przez to, że po jego lekturze menedżer nie będzie wiedział na jakich konkretnie dowodach Prezes UOKiK oparł swoje rozumowanie, a konsekwencji będzie utrudniać mu sporządzenia odwołania do SOKiK.

Prezes UOKiK nie powinien także domniemywać świadomości osoby zarządzającej naruszenia konkretnej normy prawnej poprzez odwoływanie się do doświadczenia zawodowego menedżera. Takie postępowanie nie dość, że będzie sprzeczne z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania dowodowego przez Prezesa UOKiK, to dodatkowo naruszać będzie szereg gwarancji procesowych, w tym zasadę domniemania niewinności, zgodnie z którą niedające się usunąć wątpliwości (natury zarówno faktycznej, jak i prawnej) należy rozstrzygać na korzyść osoby zarządzającej.

Istotne jest również to, aby dowody świadczące o umyślności działania lub zaniechania osoby zarządzającej powstały po dacie wejścia w życie przepisu art. 6a ustawy zmieniającej, tj. po 18 stycznia 2015 roku. Zgodnie bowiem z zasadą *lex retro non agit* osoba zarządzająca nie może zostać pociągnięta do odpowiedzialności za działania lub zaniechania, które miały miejsce w czasie kiedy nie podlegały jeszcze penalizacji<sup>23</sup>.

## VII. Podsumowanie

Po kilku latach obowiązywania art. 6a uokik za zasadne można uznać obawy praktyków oraz przedstawicieli doktryny, które towarzyszyły wprowadzeniu tego przepisu w życie już na etapie konsultacji społecznych projektu ustawy zmieniającej. Nieprecyzyjność tego przepisu pozostawia duży margines uznania Prezesowi UOKiK, co budzi poważne zastrzeżenia, w szczególności ze względu na brak w ustawie odpowiednich gwarancji procesowych dla osób fizycznych podlegających odpowiedzialności na tej podstawie. Postępowanie przeciwko osobom zarządzającym prowadzone jest równocześnie na tych samych zasadach, co postępowanie przeciwko przedsiębiorcy, które charakteryzuje się stosunkowo niskim stopniem ochrony ich praw (Bernatt i Turno, 2015, s. 88–89).

<sup>22</sup> Autorzy nie zgadzają się ze stanowiskiem Prezesa UOKiK wyrażonym m.in. na s. 146 uzasadnienia decyzji z dn. 27.08.2021 r., DOK-4/2021, w sprawie *Solgar Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie*, w którym Prezes wskazał, że w jego ocenie „dla odpowiedzialności uregulowanej w art. 6a u.o.k.k. nie jest istotne bowiem, czy osoba zarządzająca świadomie dążyła do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów przewidzianych w art. 6 u.o.k.k. i art. 101 TFUE, ani nawet, czy była ona świadoma treści tych zakazów”.

<sup>23</sup> Odmienne stanowisko przedstawił Prezes UOKiK m.in. w uzasadnieniu dec. z dn. 27.08.2021 r., DOK-4/2021 w sprawie *Solgar Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie* (s. 117–118), stwierdzając, że w przypadku naruszenia reguł konkurencji, na które składa się wiele działań rozłożonych w czasie, a część z nich miała miejsce w okresie, w którym dane zachowanie nie stanowiło deliktu, w celu przypisania odpowiedzialności osobie zarządzającej, należy uwzględnić stosunek osoby zarządzającej do czynu w chwili zaangażowania się przez tę osobę w określoną działalność (nawet jeżeli w tym okresie nie była jeszcze penalizowana). Jeżeli bowiem dana działalność jest kontynuowana po objęciu jej zakazem, stosunek osoby zarządzającej do tej działalności w chwili jej podejmowania nie pozostaje bez znaczenia dla oceny czynów tej osoby w okresie, gdy dane działanie było już penalizowane.

Jak wskazuje dotychczasowa praktyka orzecznicza, zasadne okazały się obawy o brak kwalifikacji Prezesa UOKiK do orzekania o winie osób zarządzających. Brak odpowiedniego doświadczenia w tym zakresie wyraźnie widać w uzasadnieniach decyzji wydanych na podstawie art. 6a uokik. Prezes UOKiK stoi na stanowisku, że odpowiedzialność przewidziana w art. 6a uokik ma charakter odpowiedzialności administracyjnej, a nie karnej<sup>24</sup>. Nie wskazuje jednak ani zasad, ani przesłanek ponoszenia tego typu odpowiedzialności. Osoba zarządzająca nie ma wobec tego możliwości dokonać oceny rozumowania przeprowadzonego przez Prezesa UOKiK. Ponadto, uznał on, że dla odpowiedzialności uregulowanej w art. 6a uokik nie jest istotne czy osoba zarządzająca świadomie dążyła do naruszenia zakazów przewidzianych w art. 6 uokik i art. 101 TFUE, ani nawet czy była ona świadoma treści tych zakazów. W ocenie Prezesa UOKiK brak świadomości co do bezprawności podejmowanych działań nie stanowi przesłanki wyłączającej umyślność<sup>25</sup>.

W pierwszym z opublikowanych wyroków, dotyczącym rozstrzygnięcia sprawy z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK osoby zarządzającej, Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów poparł stanowisko Prezesa<sup>26</sup>. Czas pokaże czy Sąd Apelacyjny albo inne składy orzekające Sądu Okręgowego przyjmą, że odpowiedzialność osób zarządzających na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma charakter odpowiedzialności karnej.

Trzeba bowiem pamiętać, że stwierdzenie przez organ administracji, że osoba fizyczna celowo dopuściła do naruszenia przepisów może mieć poważne konsekwencje również na innych płaszczyznach odpowiedzialności osoby zarządzającej. Istotne jest zatem, aby orzecznictwo sądowe wykształciło praktykę przykładania właściwej wagi do znamienia umyślności i dokonywania wyczerpujących ustaleń faktycznych w tym zakresie.

## Finansowanie

Badanie nie otrzymało dofinansowania.

## Deklaracja konfliktu interesów

Autorzy zadeklarowali brak potencjalnych konfliktów interesów w odniesieniu do badań, autorstwa i publikacji tego artykułu.

## Bibliografia

Bernatt, M. i Turno, B. (2015). O potrzebie doskonalenia rozwiązań procesowych w znowelizowanej z dniem 18 stycznia 2015 r. ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2(4), 75–92.

<sup>24</sup> Uzasadnienie dec. z dn. 03.12.2020 r., w sprawie dotyczącej m.in. *Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie*, DOK-5/2020, pkt 404.

<sup>25</sup> Tamże.

<sup>26</sup> Wyr. SO – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dn. 04.12.2023 r., XVII AmA 37/23, Legalis.

- Doroszewski, W. (red.). (1958–1968). Słownik języka polskiego. Pozyskano z: <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/kierowac;5439200.html> (30.06.2024).
- Król-Bogomilska, M. (2015). Najnowsze zmiany w zakresie sankcji penalnych w polskim prawie antymonopolowym a prawo unijne – kolejne podobieństwa i różnice. *Europejski Przegląd Sądowy*, 7(118), 4–12.
- Małecki, M. (2015). Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w świetle nowelizacji art. 28 § 1 k.k. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, 19(1), 23–49.
- Materna, G. (2016). *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*. Wolters Kluwer.
- Nawrocki, M. (2017). Strona podmiotowa przestępstwa kierunkowego. *IUS NOVUM*, (3), 163–181.
- Piszcz, A. (2014). Komentarz do art. 6a uokik. W T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.
- Przesławski, T. (2018). Komentarz do art. 9 k.k. W K. Stefański (red.), *Kodeks Karny. Komentarz*. Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.
- Skoczny, T. (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.
- Zoll, A. (2016). Komentarz do art. 28 k.k. W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52*. Wolters Kluwer Polska/Lex.

Michał Kalinowski\*

## **Wypowiedzenie umowy na czas nieoznaczony z konsumentem w świetle stanowiska Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie *Amazon***

### **Streszczenie**

W niniejszym artykule omówiono problematykę dopuszczalności wypowiedzania umów zawartych przez przedsiębiorców z konsumentami na czas nieoznaczony. W ramach artykułu przedstawiono dotychczasową linię decyzyjną Prezesa UOKiK oraz sądów w Polsce dotyczącą tzw. ważnych powodów będących podstawą takiego wypowiedzenia umowy zarówno z perspektywy klauzul wypowiedzenia, jak i klauzul modyfikacyjnych. Tę dotychczasową praktykę zestawiono z najnowszym stanowiskiem Prezesa UOKiK w sprawie *Amazon* i zmianami warunków świadczenia usług wprowadzonymi przez Amazon na skutek postępowania Prezesa UOKiK, które należy ocenić jako stanowiące odejście do dotychczasowej praktyki decyzyjnej w tym zakresie.

**Słowa kluczowe:** wypowiedzenie umowy; klauzule abuzywne; swoboda umów; platformy streamingowe; ochrona konsumentów.

### **Termination of contracts concluded by entrepreneurs with consumers for an indefinite period of time in the light of the standpoint of the President of the Office of Competition and Consumer Protection (UOKiK) in the *Amazon* case**

#### **Abstract**

This article discusses the issue of permissibility of the termination of contracts concluded by entrepreneurs with consumers for an indefinite period of time. The article presents the previous line of decisions of the President of the Office of Competition and Consumer Protection (UOKiK) and the case-law of Polish courts concerning the so-called 'valid reasons' as a basis of such termination, both from the perspective of termination clauses and modification clauses. This past practice is juxtaposed with the most recent position of the UOKiK President in the Amazon case, and the changes in the terms of service introduced by Amazon as a result of the UOKiK proceedings,

\* Doktorant; Szkoła Doktorska, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie. <https://orcid.org/0009-0001-0376-2639>.

Wszelkie poglądy wyrażone w niniejszym artykule stanowią osobiste przemyślenia autora wyłącznie w odniesieniu do analizowanej problematyki i w żadnym przypadku nie mogą być utożsamiane ze stanowiskiem jakiegokolwiek instytucji, którą autor reprezentuje.



which should be assessed as representing a departure from past decision-making practice in this regard.

**Keywords:** termination of contract; abusive clauses; freedom of contract; streaming platforms; consumer protection.

**JEL:** K210, M380

## I. Wprowadzenie

W ostatnich latach obserwujemy dynamiczny wzrost popularności świadczenia różnego rodzaju usług w tzw. modelu abonamentowym, a konkretnie umów zawieranych na czas nieoznaczony, w których płatność za usługę następuje z góry na dany okres rozliczeniowy, np. miesięczny lub roczny.

Tego rodzaju rozwiązania stosowane są przez platformy *streamingowe* do oglądania treści wideo, jak np. Netflix czy Amazon Prime Video; serwisy muzyczne, np. Spotify; platformy z grami wideo, np. PlayStation Plus od Sony; platformy z audiobookami, np. BookBeat i Audioteka, ale również sklepy internetowe, np. Allegro czy wreszcie przez podmioty świadczące usługi stacjonarne, np. karnety na siłownię.

O istotnym znaczeniu tych rozwiązań świadczą między innymi najnowsze dane liczbowe użytkowników platform do *streamingu* treści wideo. Jak wynika z analizy przeprowadzonej przez portal DigitalTrends.com, pod koniec 2023 r. cztery największe serwisy *streamingowe* miały w swojej bazie zarejestrowanych ponad 700 milionów użytkowników: (i) Netflix ok. 260 milionów; (ii) Amazon Prime Video ponad 200 milionów; (iii) Disney+ ponad 150 milionów; (iv) (HBO) MAX prawie 100 milionów (Nickinson, 2024). Biorąc pod uwagę, że z jednego takiego konta realnie korzysta często kilka osób, a część z nich równolegle pozostaje użytkownikami kilku takich serwisów, można przyjąć założenie, że łącznie liczba aktywnych użytkowników tylko tych czterech platform kształtuje się w 2024 roku na poziomie około miliarda osób. Z kolei Spotify w połowie 2023 roku mógł pochwalić się 551 milionami aktywnych użytkowników na całym świecie (Business Insider, 2023).

Jak można zaobserwować, wszystkie wspomniane wyżej serwisy są zmuszone okresowo do wprowadzenia pewnych zmian w oferowanych usługach ze względu na zarówno dynamiczne zmiany technologiczne, jak i niepewną sytuację gospodarczą, a szczególnie wyjątkowo wysoką w ostatnich latach inflację.

W Polsce wprowadzanie tego rodzaju zmian zostało mocno ograniczone przez praktykę Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) oraz sądów w zakresie tzw. klauzul modyfikacyjnych. Równocześnie bardzo ograniczona została możliwość wypowiedzenia konsumentom trwających umów, nawet tych zawartych na czas nieoznaczony. Wydaje się jednak, że najnowsze stanowisko Prezesa UOKiK w sprawie *Amazon Prime Video* łągodzi powyższe stanowisko dotyczące niemożliwości wypowiedzenia umów z konsumentami i otwiera przedsiębiorcom drogę do wprowadzania zmian w swoich usługach w sposób, który prawidłowo zabezpiecza interesy obu stron, chociaż nie poprzez wykorzystanie dotychczasowego modelu konstruowania klauzul modyfikacyjnych. Celem tego artykułu jest próba odpowiedzi na pytanie,

czy z komunikatu w sprawie *Amazon Prime Video* wynika wniosek, iż brak zgody konsumenta na zmianę istotnych elementów umowy, a w szczególności ceny, uprawnia przedsiębiorcę do wypowiedzenia takiej umowy?

## II. Wymogi w zakresie klauzul modyfikacyjnych

W swoich decyzjach dotyczących klauzul modyfikacyjnych Prezes UOKiK zajmuje stanowisko, zgodnie z którym zmiana istotnych postanowień umowy w trakcie jej obowiązywania, a zatem także umów zawartych na czas nieoznaczony, możliwa jest jedynie w przypadku posiadania w umowie odpowiednio skonstruowanej klauzuli modyfikacyjnej.

Stanowisko Prezesa UOKiK wspiera dodatkowo zarówno polskie, jak i europejskie orzecznictwo. Wymogi graniczne dotyczące poprawnych klauzul modyfikacyjnych przedstawił w swoim orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej<sup>1</sup> oraz Sąd Najwyższy: „Klauzula modyfikacyjna musi spełniać pewne minimalne standardy, w tym w szczególności powinna być na tyle sprecyzowana, aby była w stanie uchronić adherenta przed arbitralnością proponenta. Powinna jednocześnie konkretyzować okoliczności uzasadniające ewentualną zmianę dotychczasowego albo wydanie nowego wzorca, aby możliwa była ocena zachowania proponenta wydającego wzorzec. Przy tym, nie może ona uprawniać do dokonania takich zmian, które naruszałoby istotne elementy umowy”<sup>2</sup>.

W swoich najnowszych decyzjach Prezes UOKiK w sposób bardzo rygorystyczny podchodzi jednak do przesłanek, które znajdują się w analizowanych klauzulach modyfikacyjnych. Przede wszystkim warto wskazać, że w ocenie Prezesa UOKiK inne wymagania należy postawić przed klauzulami modyfikacyjnymi, które mają dotyczyć umów na czas oznaczony, a inne – w przypadku umów na czas nieoznaczony<sup>3</sup>. Prezes UOKiK stoi na stanowisku, że klauzula modyfikacyjna powinna zostać skonstruowana w taki sposób, aby pozwalała ocenić konsumentowi czy faktycznie zaistniały podstawy do wprowadzenia zmiany zgodnie z treścią zawartej umowy<sup>4</sup>. Takie przesłanki nie mogą pozostawać zależne od arbitralnej oceny przedsiębiorcy, a ponadto muszą charakteryzować się czynnikami natury obiektywnej i nie mogą powodować przejścia ciężaru prowadzenia działalności gospodarczej z przedsiębiorcy na konsumenta: „Przedsiębiorca, jako podmiot działający na rynku powinien prowadzić swoją działalność, w tym kształtować warunki świadczonych przez siebie usług, z uwzględnieniem możliwości zmiany (również dla niego niekorzystnej) określonych warunków rynkowych lub zasad współpracy z kontrahentami. To Spółka decyduje, na jakie okresy umożliwi konsumentom opłacenie usługi. W przypadku braku możliwości zagwarantowania niezmienności warunków w dłuższych okresach rozliczeniowych ma możliwość oferowania subskrypcji na okresy krótsze”<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Zob. powołane w dec. Prezesa UOKiK nr RBG-15/2022: wyr. TS z dn. 26.02.2015 r., w sprawie C-143/13, *Bogdan Matej*, ECLI:EU:C:2015:127, pkt 74; wyr. TS z dn. 30.04.2014 r., w sprawie C-26/13, *Ioana Ofelia Matej v. SC Volksbank România SA*, ECLI:EU:C:2014:282, pkt 73; wyr. TS z dn. 21.03.2013 r., w sprawie C-92/11, *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*, ECLI:EU:C:2013:180, pkt 49–55.

<sup>2</sup> Wyr. SN z dn. 15.02.2019 r., I NSK 4/18, LEX nr 2643239; zob. również wyr. SA w Warszawie z dn. 29.11.2016 r., VI ACa 1067/15.

<sup>3</sup> Dec. Prezesa UOKiK z dn. 29.12.2022 r., nr DOZIK 16/2022 (dalej: decyzja Allegro), s. 33.

<sup>4</sup> Dec. Prezesa UOKiK z dn. 30.12.2022 r., nr RBG-15/2022, s. 39 (dalej: decyzja Vectra); dec. Allegro, s. 35; dec. Prezesa UOKiK z dn. 30.12.2015 r., nr DDK-28/2015, str. 19 (dalej: decyzja T-Mobile); dec. Prezesa UOKiK z dn. 16.09.2020 r., nr RBG – 9/2020; dec. Prezesa UOKiK z dn. 17.07.2019 r., nr RBG – 10/2019 (dalej: decyzja UPC).

<sup>5</sup> Dec. Allegro, s. 38.

Również orzecznictwo sądowe zdaje się przyjmować argumentację, że zmiana umowy wymaga zaistnienia zobiektywizowanych ważnych powodów: „»Ważne powody«, jak podkreślono, muszą być kategorią obiektywną. Ustawodawca jako niezainteresowana strona sporu wprowadza kryterium ocenne w ustawach, pozostawiając Sądowi uznanie, czy zaszły ważne powody. Natomiast tworząca regulamin SKOK jest stroną umowy i przyznaje sama sobie uprawnienie, po pierwsze określenia czym są ważne powody, po drugie budowania przykładowej klasyfikacji po słowach »w szczególności«. Ocena, czy ważny powód nastąpił mogłaby przenieść się na postępowanie sądowe, ale skutek w postaci wypowiedzenia przez przedsiębiorcę umowy byłby faktem. Wskazane postanowienie narusza interes konsumentów, bowiem tylko w razie sporu na SKOK będzie ciążył obowiązek udowodnienia, że ważny powód istotnie wystąpił. Droga sądowa wiąże się z dodatkowymi kosztami dla konsumenta”<sup>6</sup>.

Stanowisko Prezesa UOKiK ze względu na bardzo wysokie, trudne do spełnienia w realiach obrotu gospodarczego, wymagania dotyczące klauzul modyfikacyjnych znajduje swoje odzwierciedlenie w jego najnowszych postępowaniach i decyzjach. W ostatnim czasie Prezes UOKiK wszczął m.in. nowe postępowanie dotyczące klauzul modyfikacyjnych stosowanych przez spółkę *Vectra*<sup>7</sup> oraz postępowanie w sprawie tzw. klauzul inflacyjnych przeciwko *Orange Polska, P4 i T-Mobile Polska*<sup>8</sup> i nałożył karę w wysokości 5,8 mln zł na spółkę Epaka, m.in. z powodu stosowanych klauzul modyfikacyjnych<sup>9</sup>.

W jednej ze swoich decyzji Prezes UOKiK wskazał także, że tego rodzaju zmiany warunków umowy nie uzasadnia równoczesna poprawa jakości świadczonych usług: „jednostronna zmiana warunków umowy, której towarzyszy podwyższenie cen za świadczone usługi, nawet z jednoczesną poprawą jakości tych usług, jest niedopuszczalna, gdyż jest zmianą, na którą przedsiębiorca nie uzyskał zgody konsumenta ani ww. zmiana nie wynika z przesłanek wskazanych w umowie”<sup>10</sup>.

Chociaż przedsiębiorcy, zwłaszcza ci najwięksi, starają się konstruować klauzule modyfikacyjne w taki sposób, aby odpowiadały one wymogom Prezesa UOKiK, jest to zadanie bardzo trudne. Model abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych przez Prezesa UOKiK powoduje bowiem, że kwestionowane są takie klauzule, które w typowych relacjach gospodarczych nie byłyby nadużywane, jak sugeruje to Prezes UOKiK.

Warto podkreślić, że w ocenie Prezesa UOKiK art. 384<sup>1</sup> k.c. określa jedynie procedurę (sposób) zmiany wzorca umownego w czasie trwania umowy, nie stanowi on jednak materialnoprawnej podstawy dla dokonania takiej zmiany i w konsekwencji jakakolwiek zmiana umowy wymaga każdorazowo zamieszczenia w niej odpowiedniej klauzuli modyfikacyjnej<sup>11</sup>. Oznacza to, że Prezes UOKiK opowiada się za bardziej rygorystycznym stanowiskiem w tym zakresie, wbrew przeciwnym poglądom niektórych przedstawicieli doktryny (Pecyna, 2003; Pietrzykowski, 2008). Równocześnie należy jednak zauważyć, że stanowisko to zostało uprzednio wyrażone zarówno przez sądy: „(...) podstawą do wprowadzenia przez powoda zmian stosunku zobowiązaniowego z abonentami w trybie art. 348(1) k.c. winno być zamieszczenie klauzuli modyfikacyjnej,

<sup>6</sup> Wyr. SO w Warszawie z dn. 20.04.2012 r., XVII AmC 2462/11; podobnie: wyr. SO w Warszawie z dn. 27.04.2012 r., XVII AmC 20/11.

<sup>7</sup> Komunikat Prezesa UOKiK z dn. 21.01.2024 r. Pozyskano z: [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=20302](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=20302) (13.02.2024).

<sup>8</sup> Komunikat Prezesa UOKiK z dn. 24.11.2022 r. Pozyskano z: [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=19075&news\\_page=20](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=19075&news_page=20) (13.02.2024).

<sup>9</sup> Dec. Prezesa UOKiK z dn. 20.12.2023 r. nr RLU-6/2023.

<sup>10</sup> Dec. UPC, s. 56.

<sup>11</sup> Zob. dec. Vectra; tak również: Gniewek i Machnikowski (2023, komentarz do art. 384<sup>1</sup>, nb 3); wyr. SN z dn. 15.02.2019 r., I NSK 4/18, LEX nr 2643239.

zawierającej informacje dotyczące okoliczności, których zaistnienie uprawniałoby proponenta do zmiany umowy<sup>12</sup>, jak i przez doktrynę (Topolewski, 2012). Szczególnie istotne wydaje się być stanowisko K. Osajdy (2020, nb 183, Legalis): „(...) celem art. 384(1) KC jest unormowanie trybu postępowania w przypadku wydania w czasie trwania stosunku ciągłego nowego bądź zmienionego wzorca. Przepis art. 384(1) KC nie stanowi natomiast podstawy prawnej do dokonania w ten sposób przez proferenta jednostronnej modyfikacji istniejących stosunków obligacyjnych. Do skutecznego związania adherenta nowym lub zmienionym wzorcem niezbędna jest bowiem podstawa kontraktowa – w treści stosunku prawnego łączącego proponenta z adherentem musi być przewidziana możliwość wydania nowego wzorca albo dokonania zmiany istniejącego (tzw. klauzula modyfikacyjna)”.

Powyższe zapatrywanie w zakresie funkcji art. 384<sup>1</sup> k.c. zdaje się poniekąd potwierdzać obowiązujący od 1 stycznia 2023 r. art. 43p wprowadzony do ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta<sup>13</sup> na skutek implementacji art. 19 tzw. dyrektywy cyfrowej<sup>14</sup>. Zgodnie bowiem z treścią tego przepisu, przedsiębiorca ma przyznane w ustawie prawo do zmiany pewnych elementów świadczonych usług w trakcie trwania umowy, ale nawet w takim przypadku jednym z warunków umożliwiających zastosowanie tej regulacji jest posiadanie uprzednio w umowie klauzuli modyfikacyjnej, która na to zezwala. Prawodawca unijny wskazuje w motywie 74 do dyrektywy 2019/770, że „z uwagi na szybko zmieniający się charakter treści cyfrowych i usług cyfrowych takie aktualizacje, ulepszenia lub podobne zmiany mogą być konieczne i są często korzystne dla konsumenta”. Jest to zatem sygnał, że unijny prawodawca dostrzega potrzebę umożliwienia przedsiębiorcom wprowadzania zmian do usługi w trakcie okresu jej trwania.

Dokładne omówienie zakresu zmian, jaki może być wprowadzony na podstawie tego przepisu wymagałoby odrębnej pracy, warto jednak w tym miejscu nadmienić, że art. 19 dyrektywy 2019/770 i będący jego implementacją art. 43q upk jasno wskazują, że na podstawie tych przepisów, mających odzwierciedlenie w stosownej klauzuli umownej, dopuszczalna jest dokonywana przez przedsiębiorcę zmiana usługi cyfrowej również na niekorzyść konsumenta, a nawet taka, która w istotny i negatywny sposób wpływa na dostęp konsumenta do usługi cyfrowej. W takiej jednak sytuacji przedsiębiorca zobowiązany jest poinformować o tym fakcie konsumenta z odpowiednim wyprzedzeniem oraz umożliwić mu wypowiedzenie umowy bez zachowania terminu wypowiedzenia. Co więcej, możliwość dokonania zmian w usłudze cyfrowej zgodnie z powyższą regulacją została dopuszczona zarówno w umowach zawartych na czas nieoznaczony, jak i w umowach zawartych na czas oznaczony. Warto jednak zauważyć, że zarówno art. 43p upk, jak i art. 19 dyrektywy 2019/770 pozwalają na dokonanie zmian tylko w takim zakresie, który nie jest niezbędny do zachowania zgodności usługi cyfrowej z umową.

Biorąc pod uwagę wspomnianą wyżej treść dyrektywy 2019/770 w zakresie możliwości zmian usługi cyfrowej, należałoby zastanowić się czy stanowisko Prezesa UOKiK w zakresie wymagań stawianych przed klauzulami modyfikacyjnymi nie jest zbyt rygorystyczne.

Doktryna, orzecznictwo oraz Prezes UOKiK stoją na stanowisku, że jakakolwiek jednostronna zmiana umowy wymaga zawarcia we wzorcu klauzuli modyfikacyjnej, która regulowałaby w sposób

<sup>12</sup> Wyr. SA w Warszawie z dn. 29.11.2016 r., VI ACa 1067/15; tak również wyr. SN z dn. 15.02.2013 r., I CSK 313/12.

<sup>13</sup> T.j. Dz.U. 2023 poz. 2759 z późn. zm. (dalej: upk).

<sup>14</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dn. 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych (Tekst mający znaczenie dla EOG.), Dz. Urz. L 136 z 22/05/2019 (dalej: dyrektywa 2019/770).

kompletny przesłanki, jakie muszą wystąpić, aby taka zmiana mogła mieć miejsce. Równocześnie przesłanki te nie powinny dotyczyć istotnych elementów umowy, naruszać jej istoty czy przyjmować charakteru blankietowego, pozwalającego przedsiębiorcy na arbitralność w ocenie ich zaistnienia<sup>15</sup>. Przeciwnie, powinny być one na tyle zobiektywizowane, aby konsument mógł w sposób precyzyjny ocenić czy dana przesłanka została faktycznie spełniona.

Chociaż podzielam generalny pogląd, że konsument powinien być w sposób szczególny chroniony w przypadku umów zawieranych z przedsiębiorcami, zwłaszcza tymi największymi, nie uważam, że należałoby go zwolnić z jakiegokolwiek ryzyka związanego ze zmieniającą się sytuacją gospodarczą czy zmianami technologicznymi. Tego rodzaju okoliczności pozostają bowiem mniej lub bardziej w świadomości tak przedsiębiorcy, jak i konsumenta, a ryzyka z tym związane należałoby lepiej równoważyć. Oznacza to, że przedsiębiorca w dalszym ciągu powinien co do zasady ponosić większe ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej, z której czerpie zyski, ale równocześnie całkowite wykluczenie ponoszenia takiego ryzyka przez konsumenta w sposób istotny i nieproporcjonalny zaburzałoby relację stron i miało negatywny wpływ na chęć angażowania się przedsiębiorców w nowe projekty w Polsce. Tego typu sytuacja mogłaby negatywnie odbić się na konsumentach, którzy albo w ogóle straciliby dostęp do danej usługi, ponieważ jej wdrożenie w Polsce byłoby zbyt ryzykowne, albo od początku byłiby zmuszeni zapłacić za nią wyższą (nieuzasadnioną) cenę. Przedsiębiorca bowiem już na starcie wprowadziłby do swojej oferty pewien bufor bezpieczeństwa, wiedząc, że nie będzie mógł swobodnie zmienić ceny kiedy zajdzie taka potrzeba, np. poprzez zawarcie nowej umowy licencyjnej pozwalającej rozszerzyć ofertę świadczonych usług o najbardziej popularne treści. Ryzyko nałożenia administracyjnych kar pieniężnych, a zwłaszcza nakładane przez Prezesa UOKiK w oparciu o art. 23b ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2024 poz. 594 z późn. zm.) zobowiązania do zwrotu nienależnie pobranych opłat sprawiają, że sankcje za nieprecyzyjne określenie podstaw zmian wzorca w klauzuli modyfikacyjnej (niewynikające przecież wprost z treści przepisów prawa) są nieproporcjonalne do skali dokonanego naruszenia i podważają rentowność prowadzonej działalności.

### III. Stanowisko Prezesa UOKiK w sprawie *Amazon*

Pod koniec 2023 roku Prezes UOKiK w postępowaniu prowadzonym w sprawie *Amazon Prime Video* opublikował stanowisko, w którym wskazał, że zmiana warunków umowy w trakcie okresu jej obowiązywania wymaga zgody konsumenta<sup>16</sup>. Podobne stanowisko Prezes UOKiK wyrażał już wcześniej. W decyzji z dnia 29 grudnia 2022 roku przeciwko *Allegro*, wskazał, że zmiana istotnych warunków umowy z konsumentem może mieć zastosowanie (i) dopiero na kolejny, nieopłacony okres rozliczeniowy oraz (ii) po uzyskaniu uprzedniej wyraźnej zgody konsumenta na kontynuowanie takiej umowy na podstawie wprowadzonych przez przedsiębiorcę zmian<sup>17</sup>. Tożsame stanowisko Prezes UOKiK wyraził w decyzji wydanej w sprawie *T-Mobile Polska*, stwierdzając, że zmiana umowy w zakresie podwyższenia ceny wymaga złożenia przez strony umowy zgodnych

<sup>15</sup> Wyr. SN z dn. 15.02.2019 r. sygn. I NSK 4/18; dec. Prezesa UOKiK z dn. 10 lipca 2020 r., nr RLU-1/2020.

<sup>16</sup> Komunikat Prezesa UOKiK z dn. 06.12.2023 r. Pozyskano z: <https://nowa-strona-2023.uokik.gov.pl/zmiana-warunkow-subskrypcji-tylko-za-twoja-zgoda> (04.02.2024).

<sup>17</sup> Dec. *Allegro*, s. 11, nb 23.

oświadczeń woli<sup>18</sup>. Decyzje te nie są jednak prawomocne, stąd nie jest wykluczone, że takie podejście zostanie zakwestionowane na etapie kontroli sądowej.

Znacznie ciekawsze w kontekście powyższego stanowiska jest jednak to, jakie zmiany w warunkach świadczenia usługi wprowadził Amazon na skutek interwencji Prezesa UOKiK.

W zaktualizowanej wersji warunków korzystania z usługi Amazon Prime Video pojawiło się następujące postanowienie: „Jeżeli dostęp do Usług uzyskałeś w ramach oddzielnej subskrypcji Amazon Prime Video, możemy zaproponować Ci nowe warunki Usługi, w tym opłatę za subskrypcję. Z zastrzeżeniem punktu 6d Niniejszych warunków, zmiany do Usługi lub Umowy, w tym zmiany opłaty za Usługę, wprowadzimy za Twoją wyraźną zgodą. Poinformujemy Cię o proponowanych zmianach, korzystając z podanych przez Ciebie danych kontaktowych. W przesłanej wiadomości wskażemy zakres proponowanych zmian, datę ich wprowadzenia oraz prośbę o wyrażenie zgody na zmienione Warunki. Jeżeli nie wyrazisz zgody na jakąkolwiek zmianę wprowadzoną zgodnie z niniejszym punktem, Twoja subskrypcja (Umowa) zostanie rozwiązana z końcem bieżącego okresu subskrypcji, który już opłaciłeś. Żadna podwyżka opłaty nie zostanie wprowadzona przed zakończeniem okresu subskrypcji, który już opłaciłeś”<sup>19</sup>.

Z opublikowanego stanowiska Prezesa UOKiK dotyczącego tej sprawy można wnioskować, że ta konkretna klauzula została zaakceptowana przez Prezesa UOKiK w toku prowadzonego postępowania, gdyż zgodnie z komunikatem prasowym: „W przypadku tych dwóch spółek [Amazon EU i Amazon Digital UK – przyp. aut.] działania Prezesa UOKiK zostały zakończone na etapie postępowania wyjaśniającego. Jest to efekt współpracy z Urzędem i wypracowania akceptowalnych rozwiązań z korzyścią dla konsumentów”, a samo podsumowanie komunikatu wskazuje, że „Amazon Digital UK i Amazon EU w ramach Amazon Prime i Prime Video zmieniają praktykę pod wpływem działań Prezesa UOKiK”.

Można się zastanawiać, co oznacza sformułowanie „Twoja subskrypcja (Umowa) zostanie rozwiązana”, gdyż termin „rozwiązanie” znajduje zastosowanie do sytuacji, w których umowa ulega rozwiązaniu na skutek zgody obu stron. Decyzja o przerwaniu umowy w trakcie jej obowiązywania bliższa jest natomiast wypowiedzeniu. Nie jest też do końca jasne, jak należy potraktować model subskrypcyjny Amazon polegający na automatycznym odnawianiu się subskrypcji, tj. jako szereg umów zawartych na czas oznaczony czy też umowę na czas nieoznaczony z automatycznie odnawianymi okresami płatności. Przyjmując jednak założenie, że byłaby to umowa zawarta na czas nieoznaczony, należałoby dojść do wniosku, że Amazon wprowadził do swoich warunków klauzulę umożliwiającą wypowiedzenie umowy zawartej na czas nieoznaczony z ważnej przyczyny, jaką jest brak zgody konsumenta na nowe warunki zaproponowane przez usługodawcę.

Na stanowisko Prezesa UOKiK bardzo szybko zareagował Spotify, który w styczniu 2024 roku poinformował swoich użytkowników o planowanej zmianie ceny, która zacznie obowiązywać dopiero po 3-miesięcznym okresie przejściowym, ale jedynie wówczas, gdy konsument wyrazi zgodę na podniesienie ceny. Jeżeli zgody takiej nie wyrazi, jego subskrypcja przestanie obowiązywać, tj. automatycznie zostanie on przeniesiony na darmowy plan z reklamami<sup>20</sup>. Jest

<sup>18</sup> Dec. T-Mobile, s. 19.

<sup>19</sup> Warunki korzystania z Amazon Prime Video z dn. 07.12.2023 r. Pozyskano z: [https://www.primevideo.com/help?nodeId=GXL9J3R6FUMUJCBD&language=pl\\_PL&view-type=content-only](https://www.primevideo.com/help?nodeId=GXL9J3R6FUMUJCBD&language=pl_PL&view-type=content-only) (14.02.2024).

<sup>20</sup> Zob. komunikat Spotify w zakresie zmiany cen. Pozyskano z: <https://support.spotify.com/pl/article/price-updates/> (05.02.2024).

to zatem skutek tożsamy z wypowiedzeniem umowy, a samo rozwiązanie powtarza konstrukcję przyjętą przez Amazon.

## IV. Dopuszczalność wypowiedzania umów na czas nieoznaczony z konsumentami

### 1. Dotychczasowe stanowisko Prezesa UOKiK w zakresie niemożliwości wypowiedzania umów zawartych na czas nieoznaczony z konsumentami

Zgodnie z dotychczasowym stanowiskiem Prezesa UOKiK, nie jest dopuszczalne wypowiedzanie takich umów bez ważnych powodów wskazanych w umowie, tj. bez prawidłowo skonstruowanej klauzuli modyfikacyjnej uzasadniającej wypowiedzenie umowy, pomimo że prawo do wypowiedzenia takiej umowy w każdym czasie powinno przysługiwać stronom na mocy art. 365<sup>1</sup> k.c. Jak wskazano powyżej, wymogi w zakresie treści klauzuli modyfikacyjnej co do zasady wykluczają wprowadzanie przesłanek, które byłyby w pełni zależne od przedsiębiorcy, a za taką należałoby uznać chęć zaoferowania nowych warunków umów.

Problematyka wypowiedzalności umów zawartych z konsumentami na czas nieoznaczony jest uregulowana w art. 384<sup>3</sup> pkt 15) k.c., zgodnie z którym w razie wątpliwości uważa się, że niedozwolonymi postanowieniami umownymi są te, które zastrzegają dla kontrahenta konsumenta uprawnienie wypowiedzenia umowy zawartej na czas nieoznaczony, bez wskazania ważnych przyczyn i stosownego terminu wypowiedzenia.

Regulacja kodeksu cywilnego stanowi implementację dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich<sup>21</sup> (dalej: dyrektywa konsumencka), w jej załączniku znalazł się również katalog przykładowych postanowień umownych, które należałoby określić jako postanowienia abuzywne. Artykuł 384<sup>3</sup> pkt 15) k.c. jest implementacją treści ust. 1 lit. g) załącznika do dyrektywy konsumenckiej, zgodnie z którym jako klauzulę abuzywną należałoby traktować postanowienie pozwalające przedsiębiorcy na „wypowiedzenie umowy zawartej na czas nieokreślony bez właściwego powiadomienia, chyba że istnieją ku temu poważne podstawy”. Dyrektywa konsumencka rozdziela zatem wskazane przesłanki i opisuje dwie różne sytuacje, tj. wypowiedzenie umowy z zachowaniem okresu wypowiedzenia bez ważnych powodów oraz, jako alternatywę, możliwość wypowiedzenia umowy bez zachowania terminów wypowiedzenia, ale jedynie z ważnych powodów. Polska regulacja połączyła natomiast obie te przesłanki, tworząc w ten sposób warunek, który będzie spełniony tylko wówczas, gdy obie te przesłanki wystąpią łącznie.

Zgodnie z brzmieniem art. 385<sup>3</sup> k.c. przedstawiony w nim katalog klauzul niedozwolonych ma jednak charakter przykładowy, co potwierdza zwrot „w szczególności”, a ponadto zasadniczo pełni on jedynie funkcję interpretacyjną, a zatem postanowienie umowne odpowiadające w swojej treści jednej ze wskazanych w tym przepisie przykładowych klauzul nie oznacza jeszcze, że w danym stanie faktycznym postanowienie to zostanie uznane za abuzywne. Stanowisko to ma bardzo silne oparcie zarówno w orzecznictwie<sup>22</sup>, jak i w doktrynie (Gutowski, 2022; Gniewek

<sup>21</sup> Dz. Urz. L 95 z dn. 21.04.1993, p. 29–34.

<sup>22</sup> Zob. wyr. SN z dn. 04.12.2019 r., I CSK 494/18, LEX nr 3583788; wyr. SOKiK w Warszawie z dn. 29.07.2016 r., XVII AmC 730/16, LEX nr 2179443; wyr. SOKiK w Warszawie z dn. 06.11.2017 r., XVII AmC 1936/15, LEX nr 2404723.

i Machnikowski 2017; Gudowski 2018). Oznacza to, że nawet jeżeli w katalogu klauzul niedozwolonych z art. 385<sup>3</sup> k.c. jakieś postanowienie umowne nie znalazło się wprost, to nadal może być ono uznane za abuzywne, o ile spełnia przesłanki wskazane w art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c., tj.: (i) kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami oraz (ii) rażąco narusza interesy konsumenta. Równocześnie za sprawą zawartego w art. 385<sup>3</sup> k.c. sformułowania „w razie wątpliwości” nie można jednak wykluczyć, że chociaż dana klauzula w tym katalogu się pojawia, to w danym stanie faktycznym nie będzie ona uznana za klauzulę abuzywną.

Na gruncie powyższego powstaje pytanie o relacje między wspomnianym art. 384<sup>3</sup> pkt 15) k.c. oraz art. 365<sup>1</sup> k.c., zgodnie z którym zobowiązanie bezterminowe o charakterze ciągłym wygasa po wypowiedzeniu przez dłużnika lub wierzyciela z zachowaniem terminów umownych, ustawowych lub zwyczajowych, a w razie braku takich terminów niezwłocznie po wypowiedzeniu.

Prezes UOKiK m.in. w decyzji UPC przedstawił stanowisko, zgodnie z którym art. 365<sup>1</sup> k.c., w którego treści należałoby upatrywać prawa do wypowiedzenia umowy o świadczenie bezterminowe o charakterze ciągłym odnosi się jedynie do sposobu rozwiązania umowy, tj. za wypowiedzeniem, a nie z powodów pozwalających na takie wypowiedzenie<sup>23</sup>. W ocenie Prezesa UOKiK „(...) należy zauważyć, że w obrocie konsumenckim swoboda wypowiedzenia umowy ograniczona jest przez samego ustawodawcę, który w tzw. szarej klauzuli w art. 385<sup>3</sup> pkt 15 k.c. przesądził, że w razie wątpliwości uważa się, że niedozwolonymi postanowieniami umownymi są te, które w szczególności zastrzegają dla kontrahenta konsumenta uprawnienie wypowiedzenia umowy zawartej na czas nieoznaczony, bez wskazania ważnych przyczyn i stosownego terminu wypowiedzenia. Powyższe oznacza, że nie będzie dozwolone takie działanie ani postanowienie umowne (z uwagi na naruszenie dobrych obyczajów), które umożliwiłyby wypowiedzenie umowy zawartej na czas nieoznaczony przez przedsiębiorcę bez określenia w umowie ważnych przyczyn dokonania wypowiedzenia umowy (...) w umowie powinny zostać zamieszczone ważne przyczyny, dla których takie działanie byłoby dozwolone (opisane w sposób jednoznaczny, zrozumiały i precyzyjny)”<sup>24</sup>.

W tym kontekście Prezes UOKiK podtrzymuje swoje stanowisko, prezentowane także w przeszłości, że treść art. 385<sup>3</sup> pkt 15 k.c. jest odzwierciedleniem świadomej, w jego ocenie, decyzji polskiego ustawodawcy, który zdecydował się na bardziej restrykcyjną w stosunku do przedsiębiorców implementację przepisów dyrektywy konsumenckiej. Jednak zgodnie z treścią załącznika do tej dyrektywy, celem unijnego prawodawcy było zagwarantowanie konsumentowi ochrony przed wypowiedzeniem umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia, z wyjątkiem sytuacji szczególnych, w których dla równowagi interesu stron przedsiębiorca powinien jednak mieć możliwość wypowiedzenia takiej umowy w trybie natychmiastowym. Tymczasem implementacja tych postanowień do k.c. doprowadziła do sytuacji, w której obie te przesłanki zostały ze sobą połączone i dla wypowiedzenia umowy zawartej na czas nieoznaczony wymagane jest nie tylko zapewnienie konsumentowi okresu wypowiedzenia, ale także podstawą dla takiego wypowiedzenia mogą być jedynie ważne powody wskazane w umowie. Taka interpretacja pozostaje w sprzeczności z duchem rozwiązań wprowadzonych przez prawodawcę unijnego, istotnie naruszając równowagę stron stosunku kontraktowego.

<sup>23</sup> Dec. UPC, s. 67.

<sup>24</sup> Tamże, s. 67.



Stanowisko Prezesa UOKiK zostało potwierdzone także w orzecznictwie. Przykładowo, Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 13 listopada 2012 r.<sup>25</sup> stwierdził, że zaakceptowanie uprawnienia przedsiębiorcy do wypowiedzenia umowy bez ważnych przyczyn w niej wskazanych (które powinny stanowić katalog zamknięty) w sposób istotny zaburzałoby równowagę stron umowy, ponieważ przedsiębiorca, jako profesjonalista, powinien być bardziej przygotowany na utratę klienta niż konsument na utratę dostawcy usługi, niejednokrotnie jedynej dostawcy tego rodzaju usługi w stosunku do konkretnego konsumenta. Podobne stanowisko zostało wyrażone także w innych orzeczeniach<sup>26</sup>. Jeszcze bardziej kategorycznie w tej sprawie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 27 kwietnia 2012 r.<sup>27</sup>, stwierdzając, że „Skoro bowiem ustawodawca uznał za niedopuszczalne jednostronne wprowadzanie przez przedsiębiorcę zmian do umowy bez ważnej przyczyny w niej wskazanej, tym bardziej za sprzeczne z dobrymi obyczajami i naruszające interesy konsumenta uznać należy uprawnienie do jednostronnego wypowiedzenia umowy bez podania ku temu powodów”. Pogląd ten został wyrażony później także przez Prezesa UOKiK w decyzji Vectra, tym razem jednak z odwrotną argumentacją w odniesieniu do klauzul modyfikacyjnych: „Skoro więc abuzywnym postanowieniem umownym jest klauzula umożliwiająca przedsiębiorcy wypowiedzenie umowy na czas nieoznaczony bez ważnych przyczyn, to takie same reguły dotyczą również możliwości dokonania zmiany zapisów umowy przez tego przedsiębiorcę, które to – w zakresie, w jakim przyznają prawo do wypowiedzenia umowy przez konsumenta w sytuacji niezaakceptowania zmian – wywołują identyczny skutek polegający na rozwiązaniu trwającego kontraktu. W przeciwnym przypadku przedsiębiorca wiedząc, że nie może dowolnie wypowiedzieć umowy, ale jednocześnie jest uprawniony do dowolnej zmiany treści kontraktu – wprowadziłby do wykonywanych umów takie postanowienia (nowe obowiązki po stronie konsumenta w zakresie podwyższenia opłaty za świadczoną usługę), aby wymusić na konsumencie wypowiedzenie umowy z tytułu niezaakceptowania proponowanych zmian”<sup>28</sup>.

Co więcej, dotychczas w swoich decyzjach, w kontekście zmian ceny usługi, negatywnych skutków działania przedsiębiorcy godzących w interesy konsumentów Prezes UOKiK upatrywał nie tylko w fakcie automatycznego pobierania wyższej opłaty, lecz także w samym fakcie zakończenia świadczenia usługi w dotychczasowym kształcie. Jak wielokrotnie wskazywał Prezes UOKiK, przyznanie konsumentowi prawa do wypowiedzenia umowy przed wejściem w życie zmienionej opłaty w żaden sposób nie chroni konsumenta, gdyż ten w takiej sytuacji musi albo zaakceptować nową cenę, albo poszukiwać nowego dostawcy usług. Jest to szczególnie dotkliwe wszędzie tam, gdzie dany usługodawca jest w zasadzie jedynym podmiotem mogącym dostarczać konsumentowi tego rodzaju usługi<sup>29</sup>.

Z powyższym stanowiskiem Prezesa UOKiK trudno się zgodzić. Nie jest bowiem tak, że konsument ma jakieś szczególne uprawnienie przybierające niemalże postać prawa podmiotowego, którego treścią jest zobowiązanie usługodawcy do świadczenia swoich usług w niezmienionym kształcie do końca życia tego konsumenta (albo i dłużej). Oczywiście warunki umowy nie powinny

<sup>25</sup> Wyr. SA w Warszawie z dn. 13.11.2012 r., VI ACa 801/12, LEX nr 1289815.

<sup>26</sup> Zob. wyr. SO w Warszawie z dn. 20.04.2012 r., XVII AmC 2462/11, LEX nr 2545779; wyr. SOKiK w Warszawie z dn. 15.03.2013 r., XVII AmC 3751/12, LEX nr 2155526; wyr. SO w Warszawie z dn. 23.11.2022 r., XVII AmA 41/19; wyr. SO w Warszawie z dn. 26.01.2012 r., XVII AmC 3511/10.

<sup>27</sup> Wyr. SO w Warszawie z dn. 27.04.2012 r., XVII AmC 20/11, LEX nr 2545369.

<sup>28</sup> Dec. Vectra, s. 36.

<sup>29</sup> Dec. Allegro, s. 40; dec. UPC, s. 56 i 57; dec. Vectra.

zmieniać się w okresie, za który konsument już zapłacił, natomiast możliwość zmiany tych warunków na przyszłość powinna być naturalnym uprawnieniem przedsiębiorcy, gdyż oczywistym jest, że sytuacja gospodarcza na przestrzeni lat ulega i ulegać będzie zmianom. Nie jest też już aktualna obawa Prezesa UOKiK, że konsument nie będzie miał możliwości znalezienia alternatywnego dostawcy usługi, gdyż dynamiczny postęp technologiczny i gospodarczy w ostatnich latach sprawił, że obecnie konsumenci niemalże w każdym przypadku mogą wybrać usługę świadczoną przez kilku konkurencyjnych usługodawców.

Niemniej jednak w jednej ze swoich decyzji<sup>30</sup> Prezes UOKiK jasno wskazał, że „Skoro więc abuzywnym postanowieniem umownym jest klauzula umożliwiająca przedsiębiorcy wypowiedzenie umowy na czas nieoznaczony bez ważnych przyczyn, to takie same reguły dotyczą również możliwości dokonania zmiany warunków umowy przez tego przedsiębiorcę, które to – w zakresie, w jakim przyznają prawo do wypowiedzenia umowy przez konsumenta w sytuacji niezaakceptowania zmian – wywołują identyczny skutek polegający na rozwiązaniu trwającego kontraktu. W przeciwnym przypadku przedsiębiorca, wiedząc, że nie może dowolnie wypowiedzieć umowy, ale jednocześnie jest uprawniony do dozwolonej zmiany kontraktu – wprowadziłby do wykonywanych umów takie postanowienia (nowe obowiązki po stronie konsumenta w zakresie podwyższenia opłaty za świadczoną usługę, czy też obniżenie zakresu świadczonych usług przez przedsiębiorcę za tożsamą cenę), aby wymusić na konsumencie wypowiedzenie umowy z tytułu niezaakceptowania proponowanych zmian”.

Powyższe stanowisko Prezesa UOKiK oraz sądów prowadzi do interesującego pytania, które w stosunku do relacji art. 365<sup>1</sup> k.c. do art. 385<sup>3</sup> pkt 15) k.c. zadaje Okoń (2014): czy przepis prawa może być abuzywny? W jego ocenie obecne brzmienie art. 385<sup>3</sup> pkt 15) k.c. jest skutkiem błędnej, a nie świadomej implementacji dyrektywy konsumenckiej do polskiego porządku prawnego, który obecnie utrudnia obrót. Postuluje on także przyjęcie przez sądy krajowe pronunijnej wykładni przepisów prawa krajowego i ich odczytywanie w świetle celów i motywów dyrektywy konsumenckiej.

Warto też zauważyć, że w doktrynie prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym przepisy prawa w ogóle pozostają poza zakresem kontroli Prezesa UOKiK: „Poza zakresem zastosowania art. 385<sup>1</sup> k.c. pozostają postanowienia umowy, które jedynie odwzorowują treść przepisów prawa, choćby względnie wiążących, nie można bowiem uznać, że przepisy takie rażąco naruszają interesy konsumentów” (Zoll, 2005, komentarz do art. 109, pkt 49). Natomiast w kontekście tej konkretnej sytuacji zarówno Okoń, jak i Bucior prezentują pogląd, zgodnie z którym art. 385<sup>3</sup> pkt 15) k.c. w żaden sposób nie ogranicza ogólnej reguły dowolnego wypowiedzenia bezterminowych zobowiązań trwałych w stosunkach konsumenckich wynikającej z art. 365<sup>1</sup> k.c. (Bucior, 2010). Zasada ta stanowi fundament prawa cywilnego, a dopuszczenie do istnienia w obrocie zobowiązań o charakterze wieczystym w takim modelu<sup>31</sup> byłoby niezwykle szkodliwe.

Ze stanowiska Prezesa UOKiK i zmian wprowadzonych przez Amazon można wnioskować, że Prezes UOKiK wziął pod uwagę zgłaszane powyżej wątpliwości i ostatecznie zdecydował się

<sup>30</sup> Dec. Prezesa UOKiK z dn. 16.09.2020 r., nr RBG – 9/2020, s. 32.

<sup>31</sup> W wyjątkowych sytuacjach należałoby dopuścić istnienie takich zobowiązań w przypadku licencji na programy komputerowe, gdzie opłata licencyjna uiszczana jest jednorazowo, a licencjobiorca może korzystać z programu bez żadnych ograniczeń czasowych, na co licencjodawca wyraża zgodę.

zmienić dotychczasowe stanowisko i przyjąć rozwiązanie, które adekwatnie zabezpieczy interesy obu stron, dopuszczając wypowiedzenie konsumentom umów zawartych na czas nieoznaczony m.in. z powodu braku wyrażenia przez konsumenta zgody na nowe warunki umowy zaproponowane przez przedsiębiorcę, a zatem powodu zależnego od przedsiębiorcy.

## 2. Sposób implementacji ust. 1 lit. g) załącznika do dyrektywy konsumenckiej w innych państwach

Polska jest jednym z większych państw europejskich, które wdrożyło ust. 1 lit. g) załącznika do dyrektywy konsumenckiej w tak rygorystycznym kształcie. Przykładowo, powyższa klauzula w ogóle nie została implementowana do przepisów niemieckich (Skory, 2007). Z kolei w Wielkiej Brytanii<sup>32</sup>, Francji (Le Bouard, 2023), Republice Czeskiej<sup>33</sup> i na Słowacji (Skory, 2007) klauzula ta została implementowana w pełnym zakresie, tak jak wynika to z załącznika do dyrektywy konsumenckiej. Na Węgrzech klauzula ta została wprowadzona z pewną modyfikacją, a mianowicie za niedozwolone postanowienie umowne uznać należy takie, które umożliwia przedsiębiorcy odstąpienie od umowy lub jej rozwiązanie w dowolnym momencie, jeżeli konsument nie jest do tego uprawniony<sup>34</sup>. Jak wynika z powyższego, w żadnym z tych państw nie przewidziano tak rygorystycznego podejścia, jak wynika z implementacji dyrektywy konsumenckiej i powstałej na gruncie tego przepisu interpretacji art. 385<sup>3</sup> pkt 15) k.c. przez Prezesa UOKiK i sądy.

## V. Konkluzje

Wnioski płynące ze stanowiska Prezesa UOKiK w sprawie *Amazon* i będących jego konsekwencją zmian do warunków świadczenia usługi Amazon Prime Video pokazują, że Prezes UOKiK zdecydował się na zmianę dotychczasowej linii decyzyjnej w zakresie niemożliwości wypowiedzenia umów zawartych na czas nieoznaczony z konsumentami z innych powodów niż te, które uznamy za uzasadnione w świetle rozważań na temat tzw. klauzul modyfikacyjnych. Nie jest przy tym jednak jasne czy Prezes UOKiK generalnie dopuszcza wypowiedzenie takich umów z konsumentami bez wyraźnego powodu, czy też uznaje, że brak zgody konsumenta na nowe warunki zaproponowane przez usługodawcę stanowi ważne powody uzasadniające takie wypowiedzenie. W tym drugim przypadku należałoby konsekwentnie uznać, że brak takiej zgody uzasadniałby również zmianę umowy w oparciu o klauzulę modyfikacyjną. Być może jednak intencją Prezesa UOKiK jest zrównoważenie obu tych stanowisk i odejście od klauzul modyfikacyjnych na rzecz prawa przedsiębiorcy do oferowania nowych warunków umownych, co do których brak zgody konsumenta będzie uzasadniał wypowiedzenie umowy.

Niezależnie od tego jakie ostatecznie stanowisko przyjmujemy, jest to zmiana bardzo pożądana przez rynek, gdyż oznacza, że przedsiębiorca może proponować konsumentom nowe warunki umów o świadczenie usług zawartych na czas nieoznaczony, a w przypadku braku zgody na takie nowe warunki, może wypowiedzieć umowę z zachowaniem stosownego terminu wypowiedzenia.

<sup>32</sup> The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, Schedule 2, sec. 1(g). Pozyskano z: <https://www.legislation.gov.uk/uk/si/1999/2083/schedule/2/made?view=plain>.

<sup>33</sup> Zákon č. 89/2012 Sb. Zákon občanský zákoník, Section 1814 2(a). Pozyskano z: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2012-89>.

<sup>34</sup> Rozporządzenie Rządu w sprawie kwalifikowania nierzetelnych warunków umów zawieranych z konsumentem, wydane na podstawie upoważnienia zawartego w § 11 ust. (4) ustawy nr CXLIX z roku 1997 w sprawie nowelizacji ustawy nr IV o kodeksie cywilnym Republiki Węgierskiej z roku 1959 (Dz.U.18/1999. (II.5.), art. 1 § 1 pkt d).

Zmiana ta stanowi odejście od dotychczasowej, szkodliwej praktyki wskazanej powyżej i pozostaje zgodna z duchem podstawowych zasad prawa cywilnego, które wykluczają istnienie w obrocie prawnym zobowiązań o charakterze wieczystym (Pietrzykowski, 2015; Osajda i Borysiak, 2023). Pozbawienie jednej ze stron prawa do wypowiedzenia umowy zawartej na czas nieoznaczony z powodów od niej zależnych godziłoby w podstawowe zasady wolności prowadzenia działalności gospodarczej wynikające z Konstytucji RP. Ponadto wydaje się, że dotychczasowe stanowisko polegające na eliminowaniu z zakresu obrotu prawnego z konsumentami przepisów prawa o randze ustawowej na podstawie decyzji administracyjnej również nie było uzasadnione.

Nowe podejście Prezesa UOKiK do możliwości wypowiedzania konsumentom umów zawartych na czas nieoznaczony pozwala na zachowanie równowagi pomiędzy przedsiębiorcą, który powinien mieć możliwość wyjścia z umowy zawartej na czas nieoznaczony i zaproponowania nowych warunków, zwłaszcza że prawo do wypowiedzenia umowy przyznane jest w takich umowach również konsumentowi, a równocześnie nie naraża konsumenta na negatywne skutki związane z jednostronną zmianą postanowień umowy przez przedsiębiorcę, ponieważ w razie braku zgody na nowe warunki, umowa po prostu przestanie obowiązywać.

## Finansowanie

Badanie nie otrzymało dofinansowania.

## Deklaracja konfliktu interesów

Autor zadeklarował brak potencjalnych konfliktów interesów w odniesieniu do badań, autorstwa i publikacji tego artykułu.

## Bibliografia

- Bucior, D. (2010). *Wypowiedzenie umowy agencyjnej*. Wydawnictwo KUL.
- Business Insider. (2023). *Gigant streamingowy z problemem przekształcenia wzrostu w przychody*. Pozyskano z: <https://businessinsider.com.pl/technologie/spotify-rekordowa-liczba-uzytownikow-ale-finanse-to-problem/kbsdmse> (13.03.2024).
- Zoll, F. (red.) (2005). *Prawo bankowe. Komentarz. Tom I i II*. Wyd. 1. Wydawnictwo Kantor Wydawniczy Zakamycze.
- Gniewek, E. i Machnikowski, P. (red.). (2017). *Kodeks cywilny. Komentarz*. Wyd. 8. Wydawnictwo C.H. Beck.
- Gniewek, E. i Machnikowski, P. (red.). (2023). *Kodeks cywilny. Komentarz*. Wyd. 11. Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.
- Gudowski, J. (red.). (2018). *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*. Wyd. II. Wolters Kluwer.
- Gutowski, M. (red.). (2022). *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*. Wyd. 3. Wydawnictwo C.H. Beck.
- Le Bouard, N. (2023). *Lutter contre les clauses abusives: protégez vos droits en tant que consommateur*. Le Village de la justice. Pozyskano z: <https://www.village-justice.com/articles/lutter-contre-les-clauses-abusives-protegez-vos-droits-tant-que-consommateur,46539.html> (13.03.2024).

- Nickinson, P. (2024). *The 10 most popular streaming services, ranked by subscriber count*. Digitaltrends.com. Pozyskano z: <https://www.digitaltrends.com/home-theater/most-popular-streaming-services-by-subscribers/> (03.02.2024).
- Okoń, Z. (2014). „Czy przepis prawa może być abuzywny? Absurdy polskiego modelu ochrony konsumenta przed narzucaniem nieuczciwych warunków umowy”. Referat wygłoszony podczas konferencji „50 lat Kodeksu Cywilnego. Sens i nonsens rekodyfikacji”. Kraków.
- Osajda, K. i Borysiak, W. (red.). (2023). *Kodeks cywilny. Komentarz*. Wyd. 31. Wydawnictwo C.H. Beck.
- Pecyna, M. (2003). *Kontrola wzorców umownych poza obrotem konsumenckim*. Wolters Kluwer.
- Pietrzykowski, K. (red.). (2008). *Kodeks cywilny. Komentarz*. Tom I. Wyd. 5. Wydawnictwo C.H. Beck.
- Pietrzykowski, K. (red.). (2015). *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449<sup>10</sup>*. Wyd. 8. Wydawnictwo C.H. Beck.
- Skory, M. (2007). *Klauzule abuzywne – zastosowanie przepisów Dyrektywy 93/13 w Polsce i wybranych krajach Unii Europejskiej (Niemcy, Anglia, Francja, Czechy, Słowacja, Węgry)*. UOKiK.
- Topolewski, K. (2012). Problem klauzuli modyfikacyjnej jako podstawy zmiany stosunku umownego o charakterze ciągłym przez wzorec umowy. *Przeгляд Sądowy*, (4), 76–87.
- Trzaskowski, R. (2020). W K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego*. Tom 5. Wyd. 3. Wydawnictwo C.H. Beck.

Damian Kazimierski\*

## Próby zdefiniowania pojęcia *dark patterns* w doktrynie i aktywności organów państw członkowskich Unii Europejskiej

### Streszczenie

Celem artykułu jest prześledzenie różnego sposobu definiowania pojęcia *dark patterns* w doktrynie oraz orzecznictwie organów działających na terytorium Unii Europejskiej, szczególnie z polskiej perspektywy. Publikacja porusza kwestię głównych elementów pojęcia, a także wskazuje przesłanki, co do których nie istnieje konsensus w środowisku naukowym i w decyzjach organów. Należą do nich przede wszystkim wymóg umyślności stosowania socjotechnik w celu skłonienia użytkownika strony internetowej lub aplikacji do podjęcia oczekiwanej decyzji, a także przesłanka wystąpienia szkody (potencjalnej lub realnej) po stronie gorzej poinformowanej.

**Słowa kluczowe:** *dark patterns*; dane osobowe; prawa konsumentów; projektowanie graficzne; interfejsy internetowe; praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów.

### Attempts to define the concept of ‘dark patterns’ in the doctrine and activities of authorities of EU Member States

#### Abstract

The aim of the paper is to trace the different ways of defining the concept of ‘dark patterns’ in the doctrine and decisional practice of authorities operating within the territory of the European Union, with particular attention placed on the Polish perspective. The publication addresses the main elements of this notion, and indicates the premises that lack consensus in the academic community and in the decisional practices of the authorities. These include, first of all, the requirement of intentionality of the use of social engineering in order to induce the user of a website or application to take the expected decision, as well as the premise of the occurrence of harm (potential or real) on the part of the less informed party.

**Keywords:** dark patterns; personal data; consumer rights; graphic design; web interfaces; practices infringing the collective interests of consumers.

**JEL:** K21, K24

\* Student V roku prawa; Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski; podreferendarz w Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów; e-mail: d.kazimiers2@student.uw.edu.pl. <https://orcid.org/0009-0006-0509-3375>.

## I. Uwagi wstępne

Pojęcie *dark patterns* (dosł. ciemne wzorce projektowe) używane jest na określenie interfejsów, które za pomocą różnego rodzaju socjotechnik skłaniają użytkowników platformy lub aplikacji do podjęcia oczekiwanej przez twórcę aktywności. Pojęcie to coraz częściej pojawia się w dyskursie dotyczącym ochrony danych osobowych, kieruje się na nie uwaga przedsiębiorców działających w Internecie, a duże kancelarie prawne starają się wpisać w trend, oferując informacje na temat „zwodniczych interfejsów”<sup>1</sup>. Jak nierzadko się zdarza, pojęcie z zakresu problematyki projektowania stron internetowych używane raczej grafików i przedsiębiorców, pojawia się w kręgu zainteresowania urzędników, prawnicy zaś (zarówno akademicy, jak praktycy) zauważają potrzebę uregulowania oceny prawnej specyficznych działań używanych na stronach internetowych.

Zauważa się, że *dark patterns* mogą stanowić naruszenie praw konsumentów<sup>2</sup>, gdy wzór projektowy ma na celu doprowadzenie do niechcianego zakupu lub wyrażenia zgody na otrzymywanie informacji marketingowych, a także do naruszenia przepisów dotyczących wyrażania zgody na przekazywanie danych osobowych<sup>3</sup>. W dobie powszechnych zakupów online za pomocą platform internetowych, a także wobec masowości korzystania z mediów społecznościowych problem *dark patterns* staje się problemem masowym. Według raportu „E-commerce w Polsce 2023” opublikowanego przez Gemius Polska we współpracy merytorycznej Polskich Badań Internetu oraz IAB Polska – 79% Polaków robi zakupy w sieci (Gemius S.A., 2023, s. 66). Warto zauważyć, że ten wysoki, oscylujący na poziomie ok. 3/4 respondentów, odsetek utrzymuje się od czasu pandemii COVID-19<sup>4</sup>, nie jest więc zjawiskiem, którego spadku powinno się oczekiwać w najbliższych latach. Opublikowany również przez Gemius Polska raport „Social Media 2023” podaje natomiast, że aż 28 milionów Polaków korzysta z mediów społecznościowych (Gemius S.A., 2023a, s. 5), natomiast czas poświęcany na korzystanie z social mediów jest odwrotnie proporcjonalny do wieku, a zatem liczba ta będzie rosła (Gemius S.A., 2023a, s. 33). Przytoczone dane pokazują, że z *dark patterns* będzie się spotykać coraz szersze grono osób. Szczególnie że korzystanie ze zwodniczych interfejsów nie jest zjawiskiem rzadkim. Według kontroli przeprowadzonej w 2022 roku przez Komisję Europejską przy udziale sieci CPC (ang. Consumer Protection Cooperation, sieć organów ochrony konsumentów państw UE i EOG) 148 z 399 skontrolowanych stron internetowych, a zatem niemal 40%, stosowało działania *dark patterns*<sup>5</sup>. Można zatem zaryzykować stwierdzenie, że każdy internauta się z nimi zetknie. W tym przypadku powszechność danych zachowań powoduje wzmożone zainteresowanie potencjalnie niedozwolonym sposobem prezentowania treści.

W artykule podjęto się próby prześledzenia działalności doktryny i organów ochrony konsumentów oraz ochrony danych osobowych w zakresie definiowania tego zjawiska. Przenoszenie kolejnych elementów życia gospodarczego i publicznego do ogólnościwiatowej sieci, jaką jest Internet, powoduje, że *dark patterns* jest tematem publikacji na całym świecie. Dlatego ze względu

<sup>1</sup> *Dark patterns* bywa również tłumaczone na język polski jako „zwodnicze interfejsy”.

<sup>2</sup> Wpis w zakładce „Aktualności” na stronie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów; zob. [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=19377](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=19377) (25.02.2024).

<sup>3</sup> 14 marca 2022 r., podczas 62. posiedzenia plenarnego, Europejska Rada Ochrony Danych przyjęła wytyczne w sprawie tzw. *dark patterns* w interfejsach platform społecznościowych. Wytyczne dostępne są na stronie EROD [https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-022022-application-article-60-gdpr\\_en](https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-022022-application-article-60-gdpr_en) (07.10.2024).

<sup>4</sup> W roku 2020 było to 73% (Gemius S.A., 2020, s. 80); natomiast w latach 2021–2022 odsetek ten kształtował się na poziomie 77% (Gemius S.A., 2021; 2022).

<sup>5</sup> Komunikat prasowy Komisji Europejskiej z dn. 30.01.2023 r. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_418](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_418) (25.02.2024).

na obszerności materii, przegląd będzie powierzchowny i mający na celu prześledzenie wypracowanej definicji zjawiska, jakim jest stosowanie ciemnych wzorców projektowych na wybranych przykładach.

## II. Definicje wykształcone przez doktrynę

Na wstępie należy zauważyć, że dorobek doktryny w zakresie definiowania zjawiska *dark patterns* jest dość ubogi. W 2022 roku opublikowano nagrodzoną przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów pracę magisterską Szoty (2022) pt.: „*Dark patterns* a ochrona konsumenta w świetle polskiego prawa”, która kompleksowo analizuje możliwość prawnej analizy tego problemu w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także przepisów prawa prywatnego. Niemniej zauważalna jest potrzeba stworzenia spójnej definicji *dark patterns* i, o ile nie stanie się tak na gruncie ustawy, należałoby oczekiwać wykształcenia przez orzecznictwo – czy to organów ochrony, czy to przez judykaturę – pewnego konsensu, czym właściwie to zjawisko jest. Możliwe, że w miarę wydawania kolejnych decyzji przez Prezesa UOKiK lub UODO oraz odwołań od nich do sądów to nastąpi.

Amerykański wykładowca akademicki i prawnik, Strahilevitz, podczas wykładu wygłoszonego w 2020 roku na Uniwersytecie w Chicago zdefiniował *dark patterns* jako „interfejs, który dezorientuje użytkowników, utrudnia im wyrażenie ich rzeczywistych preferencji lub zmusza ich do podjęcia działań, których woleliby nie podejmować” (Strahilevitz, 2020; Luguri i Strahilevitz, 2021). Definicja ta wydaje się w dużej mierze odpowiadać rzeczywistości. Jak słusznie podkreśla Szota, specyfiką tego zjawiska, a co odróżnia go od nieodpowiednio zaprojektowanych stron internetowych, jest celowość działania, świadomość mechanizmów socjotechnicznych, które stymulowane są poprzez takie stworzenie interfejsu, które skłoni odbiorcę do podjęcia interakcji z systemem przynoszącej korzyść, zazwyczaj majątkową, właścicielowi portalu lub aplikacji (Szota, 2022, s. 12).

## III. Definiowanie zjawiska *dark patterns* w aktach *soft law* Unii Europejskiej

Próby zdefiniowania pojęcia podejmowała także Komisja Europejska, która w wytycznych dotyczących stosowania dyrektywy dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych 2005/29/EC z dnia 29 grudnia 2021 r. opisuje *dark pattern* jako „złośliwe, wprowadzające w błąd działanie, polegające na sposobie projektowania wyglądu interfejsów”<sup>6</sup>. Ponadto w tekście pojawiają się przykłady tego typu zachowań: „Praktyki manipulacyjne mogą obejmować zasłanianie ważnych informacji lub uporządkowanie ich w taki sposób, aby promować konkretną opcję (np. jeden przycisk bardzo widoczny, inny ukryty; jedna ścieżka bardzo długa, inna krótsza), jak również stosowanie podchwytliwych pytań i dwuznacznego języka (np. podwójne przeczenie) w celu zmylenia konsumenta”<sup>7</sup>. Ostatniego z podanych przez KE przykładów (użycie podwójnych przeczeń) na polskojęzycznych stronach nie należałoby raczej uważać za manipulację, ponieważ w gramatyce języka polskiego podwójne przeczenia są znane i używane powszechnie (np. nie wiem

<sup>6</sup> Wytyczne dotyczące wykładni i stosowania dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym (Tekst mający znaczenie dla EOG) (2021/C 526/01) (Dz. Urz. UE C 2021 Nr 526, str. 1).

<sup>7</sup> Tamże.



nic). Jednakże samo używanie podchwytliwych konstrukcji i tworzenie komunikatów w sposób dwuznaczny zachowuje swój wprowadzający w błąd charakter. Komisja Europejska, podobnie jak wspomniana wyżej doktryna, także podkreśla umyślność i nastawienie na skutek stosowania wzorców projektowych w postaci zmylenia konsumenta. Ponadto traktuje *dark patterns* jako potencjalne działanie lub zaniechanie wprowadzające w błąd, zakazane na mocy odpowiednio art. 6 i 7 dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych<sup>8</sup>.

Nad definicją pochylała się także Europejska Rada Ochrony Danych, która w wytycznych 3/2022 określenie *deceptive design patterns* definiuje jako interfejsy i doświadczenia użytkowników platform mediów społecznościowych, prowadzące użytkownika do podejmowania niezamierzonych, niechcianych i potencjalnie szkodliwych decyzji (*unintended, unwilling and potentially harmful decisions*) dotyczących przetwarzania ich danych osobowych<sup>9</sup>. Rada podała także sześć, w jej opinii najważniejszych przez częstość występowania, przykładów tego typu zachowań<sup>10</sup> – są to:

- przeciążanie (*overloading*), polegające na konfrontowaniu, „zalewaniu” użytkowników dużą liczbą informacji, co zniechęca do zapoznania się z nimi; a także wielokrotne prośzenie o wyrażenie zgody;
- pomijanie (*skipping*), oznaczające takie zaprojektowanie ścieżki czynności, by sprawić, że odbiorca zapomni o niektórych aspektach przetwarzania danych;
- poruszanie emocji (*stirring*), a zatem odwoływanie się w komunikacie do aspektów pozamerytorycznych; przykładem może być tutaj zastępowanie opcji „nie wyrażam zgody” tekstem *No thanks, I prefer to be miserable in the morning* („Nie, dziękuję, wolę być nieszczęśliwym o poranku”)<sup>11</sup>;
- utrudnianie (*obstructing*) lub uniemożliwianie otrzymania informacji o przetwarzaniu danych bądź zarządzania swoimi danymi;
- mataczenie (*fickle*), czyli tworzenie interfejsu jako niejasnego i niespójnego, co utrudnia poruszanie się i zrozumienie celu przetwarzania danych;
- pozostawianie w niewiedzy (*left in the dark*), czyli ukrywanie informacji lub narzędzi kontroli przysługujących użytkownikowi.

Można również zauważyć, że nie tylko organy ochrony danych osobowych i ochrony konsumentów zauważają problem, jakim jest rosnąca liczba stron korzystających z nieodpowiednio zaprojektowanych interfejsów. Tego typu zachowania potępił także Federalny Urząd Nadzoru Finansowego (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, BaFin), który w komunikacie prasowym opublikowanym w zakładce Aktualności (*Aktuelles*) w dniu 21 listopada 2022 r. pisał: „korzystanie z *dark patterns* w aplikacjach handlowych lub portalach handlowych jest zatem wprowadzające w błąd i nieuczciwe, a zatem niedopuszczalne w związku z usługami inwestycyjnymi”<sup>12</sup>. Wpis ten zawiera także niezwykle przydatną i zwięzłą definicję *dark patterns*<sup>13</sup>: „*Dark patterns* mają miejsce, gdy poszczególne przyciski w środowisku decyzyjnym aplikacji lub stron internetowych

<sup>8</sup> Dz. Urz. UE L 2005 Nr 149, str. 22 z późn. zm.

<sup>9</sup> *Guidelines 03/2022 on Deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them*, s. 3. Pozyskano z: <https://uodo.gov.pl/file/4287> (25.02.2024).

<sup>10</sup> Tamże, s. 3–4.

<sup>11</sup> Przykład za stroną UX<sup>2</sup> Dark Patterns zob. <https://darkpatterns.uxp2.com/pattern/the-skimm-emotional-manipulation/>.

<sup>12</sup> Komunikat prasowy z dn. 21.11.2022. Pozyskany z: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2022/meldung\\_2022\\_11\\_21\\_Dark\\_Patterns\\_in\\_TradingApps\\_Experten.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2022/meldung_2022_11_21_Dark_Patterns_in_TradingApps_Experten.html) (25.02.2024).

<sup>13</sup> BaFin stosuje, podobnie jak inne organy, bezpośrednio wyrażenie angielskie, o czym będzie mowa w dalszej części artykułu.

są zaprojektowane ze znacznie niższym kontrastem, wyszarzone lub przezroczyste w porównaniu z innymi, tj. są mniej zauważalne dla użytkowników. Może to prowadzić do tego, że konsumenci nie będą w pełni dostrzegać i rozważać innych opcji działania<sup>14</sup> – czytamy w komunikacie. Aktywność BaFin na tym polu pozwala żywić nadzieję, że problem ciemnych wzorców projektowych będzie analizowany także przez organy administracji powołane do innych celów niż ochrona prawa konsumentów lub ochrona danych osobowych.

## IV. Definicje pojawiające się w praktyce decyzyjnej organów – case study

### 1. Uwagi dotyczące aktywności organów

Po analizie głównych nurtów definiowania pojęcia *dark patterns* w działaniach organów, które można określić mianem *soft law*, należałoby pochylić się nad orzecznictwem dotyczącym interesującego nas zjawiska. O ile wytyczne i komunikaty często traktowane są na równi z *hard law*<sup>15</sup>, o tyle największe znaczenie mają decyzje organów oraz wyroki sądów. Sprawują one ważną funkcję, zastępują bowiem niejako nowe akty prawne poprzez takie wyinterpretowanie obecnych, by obejmować nimi także nieznane pojęcia, przed którymi stoi prawo, a które nie zdążyły jeszcze być podjętymi przez legislaturę.

Zdecydowanie bardziej można to zauważyć w systemie *common law*, choć również w systemie prawa kontynentalnego, do którego należy także Polska, tego typu mechanizmy są zauważalne i należałoby je, z zachowaniem daleko posuniętej ostrożności, uznać za pożądane. Szybko zmieniające się realia, w których żyją i działają obywatele, postęp technologiczny, czy pojawiające się kolejno odkrycia i wynalazki powodują, że konstytucyjne organy odpowiedzialne za przyjmowanie prawa nie nadążają z regulacją nowych, wcześniej nieznanymi, a stojących przed obywatelami wyzwań. Nieoceniona jest tu rola organów stosujących prawo, które z racji pewnego rozproszenia i znacznie większego wyspecjalizowania są w stanie reagować na zjawiska znacznie szybciej i zdecydowanie bardziej efektywnie niż można byłoby tego oczekiwać od legislatury.

Dlatego nie tylko konieczne, lecz także pożądane jest, by organy, w tym organy zajmujące się ochroną praw konsumentów, aktywnie monitorowały rozwój technologii oraz zachowania w przestrzeni internetowej i interpretowały je pod kątem istniejących już regulacji. Jak zauważa w swojej pracy Szota, nawet bez dodatkowych przepisów, konsumenci są objęci ochroną przed zastosowaniem *dark patterns* (Szota, 2022, s. 78). Niemniej niezbędnym jest także, by organy aktywnie działały na polu definiowania nowych zjawisk (w tym m.in. zjawiska *dark patterns*), tworząc wytyczne i przedstawiając sposób, w jaki będą stosować prawo, nakładając na siebie niejako ograniczenie niewynikające wprost z ustawy, a będące odpowiednikiem, używanej szeroko w prawie podatkowym, interpretacji ogólnej przepisów. W zakresie poszukiwania definicji przedstawianego zjawiska, warto przejrzeć choć kilka decyzji, które poruszały temat interfejsów.

<sup>14</sup> Komunikat prasowy z dn. 21.11.2022, op. cit.

<sup>15</sup> Ważny w tej materii jest artykuł J. Chrostka (2022).

## 2. Decyzja Garante per la protezione dei dati personali

Decyzja z 23 lutego 2023 r, którą wydał włoski organ ochrony danych osobowych Garante per la protezione dei dati personali (dalej: Garante) w sprawie *Ediscom S.p.A.* na gruncie przepisów krajowych oraz przepisów unijnych, mianowicie rozporządzenia 2016/679 (RODO) jest przykładem o tyle ciekawym, że bodaj po raz pierwszy w historii włoskich organów administracji w treści decyzji pojawiły się tu ilustracje, o których będzie jednak mowa poniżej. Organ użył w tekście decyzji angielskiego wyrażenia *dark patterns*, które przetłumaczył jako *modelli oscuri*, a zatem model, który jest niejasny, mętny. Jest to niewątpliwie tłumaczenie dość literalne. W dalszej części tekstu Garante używa zamiennie określenia *modelli oscuri* i jego angielskiej wersji, zwłaszcza w kontekście wytycznych Europejskiej Rady Ochrony Danych, które były już przedmiotem niniejszych rozważań.

Zakwestionowany sposób prezentacji treści, zgodnie z opisem z punktu 2.1.1 decyzji, zdaje się opierać na dwóch rodzajach wzorców projektowych wskazywanych przez EROD – przeciążaniu (*overloading*) i utrudnianiu (*obstructing*). Jak czytamy w treści decyzji: „Na niektórych zbadanych portalach, podczas procesu rejestracji, osoba, której dane dotyczą, była proszona o wyrażenie konkretnej zgody na przetwarzanie danych przez Ediscom w celach marketingowych i komunikację ze stronami trzecimi w celach marketingowych. Jeśli jedno z dwóch pól nie zostało zaznaczone, wyświetlane było okienko podkreślające brak zgody i przedstawiające wyraźny przycisk do zaakceptowania przetwarzania. Link do kontynuowania bez akceptacji został umieszczony na dole, poza wyskakującym okienkiem, w postaci zwykłego tekstu (bez graficznego formatu przycisku) napisanego czcionką mniejszą niż reszta tekstu i, będąc nałożoną, prawie niewidoczną”<sup>16</sup>.

Co ciekawe, wspomniana decyzja Garante została uzupełniona o zrzuty ekranu ilustrujące wygląd i sposób działania stosowanych przez spółkę Ediscom *dark patterns*. Wydaje się, że może być to dobry krok w kierunku zmiany myślenia o tego typu aktach stosowania prawa, coraz więcej zachowań, a co za tym idzie – także naruszeń będzie się bowiem przenosiło do Internetu, w którym działania zdecydowanie łatwiej będzie obrazować graficznie zamiast opisywać kolejno wyświetlające się plansze. Z podobnego założenia musiała wyjść katowicka delegatura Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ponieważ w wydanej przez Prezesa UOKiK decyzji z września 2023 r. nr RKT-7/2023 również umieściła ilustracje. W przyszłości podobną rewolucją w myśleniu o treści decyzji może być zamieszczanie nie tylko zdjęć, lecz także nagrań prezentujących np. rozpraszające ruchome elementy graficzne stron internetowych czy automatyczne ich przewijanie w celu ukrycia jakiejś treści.

Garante nie zdecydował się na podanie definicji niejasnego wzorca projektowego, jednak treść decyzji sugeruje, w jaki sposób organ rozumie pojęcie *dark pattern*. Zakwestionowany został sposób zwracania się z prośbą o wyrażenie zgody na zbieranie i przetwarzanie danych osobowych, który opierał się na stosowaniu metod graficznych utrudniających odmówienie. Istotne w spełnieniu tej przesłanki były dwa elementy: stosowanie różnej wielkości fontów oraz prezentowanie wyłącznie jednej opcji w postaci przycisku. Użyta czcionka dla opcji niewyrażenia zgody na przetwarzanie danych była o około 1/3 mniejsza od czcionki użytej dla opcji wyrażenia zgody. W obu przypadkach litery były koloru białego, jednak napis *Clicca per accettare* („Naciśnij, by

<sup>16</sup> Dec. Garante per la protezione dei dati personali w sprawie *Ediscom S.p.A.* z dn. 23.2.2023, nr 9870014 (pkt. 2.1.1).

akceptować”) umieszczony był na kontrastowym, zielonym tle w kształcie prostokąta, który użytkownikowi miał się kojarzyć i rzeczywiście się kojarzył z używanymi powszechnie na stronach internetowych przyciskami, umożliwiającymi czy nawet wręcz zachęcającymi do ich naciśnięcia. Służył temu przede wszystkim intensywny, dobrze kojarzący się kolor – jasny zielony, który mózg odbiera jako oznaczający coś pozytywnego, odpowiedniego i niebudzącego złych skojarzeń. Jako jedyny przycisk umieszczony w wyświetlającej się planszy na tle przyszarzonej strony mógł stwarzać wrażenie, że jego wybór, zaakceptowanie tym samym sposobu przetwarzania danych przez właściciela strony internetowej, jest niezbędne, by móc kontynuować przeglądanie portalu. Z kolei tekst, który należało nacisnąć w celu przejścia do przeglądania treści strony internetowej bez wyrażania zgody na politykę przetwarzania danych przez Ediscom, oprócz mniejszego formatu, o czym była mowa powyżej, umieszczony był pod oknem z informacjami o sposobie przetwarzania danych, a zatem nakładał się na wyszarzony tekst portalu. Zabieg ten spowodował, że napis był znacznie mniej widoczny, trudny do przeczytania, a także poprzez zastosowanie niewielkiej czcionki, umiejscowienie i kolor mógł wydawać się komunikatem nieistotnym, nieczytanym lub czytany pobieżnie, bez śledzenia jego treści. Zwłaszcza prezentacja opcji nie w formie przycisku, a zwykłej linijki napisów wydaje się znacznym utrudnieniem dla użytkownika, które stworzyli projektanci strony www. Prosty tekst nie dawał wrażenia czegoś, co może zostać wybrane i dawać dostęp do pełnej treści portalu.

Ważnym elementem definicji, którą Garante zdaje się przyjmować, są wspomniane już przy omówieniu rozumienia pojęcia w *soft law* oraz w doktrynie, umyślność i nakierowanie na cel, jakim jest wywołanie skutku w postaci wybrania opcji zgody nieświadomie lub przy niewielkiej świadomości. W punkcie 4.1 decyzji czytamy: „w interfejsach graficznych ocenianych przez Urząd, dla których zastosowano potencjalnie zwodnicze mechanizmy, intencjonalność, a zatem wiedza o tym, co jest realizowane, była dość oczywista”. Garante przypisuje tworzącym stronę intencjonalne działanie mające na celu ukrycie pewnych opcji lub utrudnienie ich wybrania. Wielu użytkowników, nawet tych świadomie niezgadających się na politykę przedsiębiorcy, wyraziłaby na nią zgodę, ponieważ nie widzieliby innej możliwości, a chcieliby zapoznać się z oferowanymi treściami.

Organ zauważył także dość istotny aspekt całego proceduru – świadomość mechanizmów psychologicznych, które stoją za skutecznością *dark patterns*. Zmylenie użytkowników jest poprzedzone badaniami ich praktyk i zachowań, a projektanci witryn muszą ściśle współpracować zarówno z pracownikami działów odpowiedzialnych za marketing czy promocję, jak i ze specjalistami z zakresu psychologii w biznesie. Świadomość faktu, że klienci odczuwają niechęć do niedużych liter i informacji spisywanych „drobnym druczkiem”, a także długich tekstów (np. regulaminów; zob. Kowalska, 2022), skłania do wykorzystywania tej wiedzy w celu uzyskania zgody bez rzeczywistej świadomości zgadzającego się. Garante nie pozostawia co do tego wątpliwości: „celowy wybór graficznej realizacji danego interfejsu zakłada również znajomość mechanizmów, które oddziałują na zdolności poznawcze użytkownika, dlatego nawet nie chcąc nadawać nazwy takim mechanizmom, nie można nie założyć, że zostały one przyjęte w celu obejścia woli użytkowników”<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Dec. Garante per la protezione dei dati personali, op. cit., pkt 4.1.

### 3. Definicje w decyzjach Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Decyzja *Garante per la protezione dei dati personali* odbiła się szerokim echem na świecie, m.in. na portalach branżowych śledzących sposoby ochrony danych osobowych w Internecie. W Polsce również pojawiają się przykłady rozstrzygnięć dotyczących zjawiska *dark patterns*, jak np. rozstrzygnięcia z zakresu ochrony konsumentów przed niejasnymi wzorcami projektowymi. Prezes UOKiK podjął już kilka tego typu decyzji, możliwe jest zatem prześledzenie sposobu jego definiowania przez urzędników polskich.

Jest to definicja co do zasady szersza niż ta przyjęta przez włoski organ lub ta, która jest przedmiotem interpretacji ze strony doktryny. W orzecznictwie polskiego organu antymonopolowego – Prezesa UOKiK – we wrześniu 2023 r. pojawiły się dwie decyzje, w których użyty został termin *dark patterns*. Warto odnotować, że termin został użyty w oryginalnym brzmieniu, w języku angielskim. W rozstrzygnięciu nr RKT-7/2023 pojawiło się tłumaczenie „zwodnicze interfejsy”, które wydaje się tyleż precyzyjne, co niezręczne. Niemniej dość dobrze odzwierciedla znaczenie, które niesie angielskie wyrażenie. Cieszy rezygnacja z określenia „ciemny wzorec projektowy”, który polskiemu konsumentowi musi wydać się jeszcze mniej zrozumiały niż „zwodniczy interfejs”, gdyż w języku polskim przymiotnik „ciemny” ma przede wszystkim znaczenie związane z oświetleniem lub barwą, a definicję „niebudzący zaufania” *internetowy Słownik Języka Polskiego PWN* podaje dopiero na miejscu szóstym<sup>18</sup>. Zdecydowanie odpowiedniejszym byłby przymiotnik „niejasny”, który nasuwa skojarzenie z czymś zawiłym lub niezrozumiałym<sup>19</sup>.

W omawianej decyzji nr RKT-7/2023 nałożono karę na spółkę *Natural Pharmaceuticals* za wprowadzanie w błąd konsumentów, mianowicie między innymi: „nietransparentne informowanie konsumentów, że elementem złożonego przez nich zamówienia jest subskrypcja suplementów diety”<sup>20</sup>, „przedstawianie konsumentom [...] potwierdzenia zamówienia darmowej próbki danego produktu z równoczesną ofertą specjalną odpłatnej wersji produktu, w sposób mogący sugerować, iż naciśnięcie przycisku z potwierdzeniem zamówienia odnosi się do pierwotnej oferty nabycia darmowej próbki”<sup>21</sup> oraz przedstawianie ogólnej liczby zadowolonych klientów przedsiębiorcy w taki sposób, by sugerować, że liczba ta odnosi się do zadowolonych nabywców oglądanego produktu<sup>22</sup>. Prezes zauważył, że „działanie Spółki w odniesieniu do architektury strony internetowej należy potraktować jako nieuczciwe, noszące cechy tzw. *dark patterns* (zwodniczych interfejsów) dotyczących subskrypcji”<sup>23</sup> oraz odniósł się do roboczej definicji tego zjawiska wypracowanej przez Komitet OECD (Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju) do spraw Strategii Konsumentckiej, a także do pierwszego użycia tego określenia przez Brignulla. We wspomnianym raporcie Komitet przyjmuje definicję „praktyki biznesowe, wykorzystujące elementy architektury cyfrowej umożliwiającej konsumentom wybór, zwłaszcza interfejsy stron internetowych, które wpływają negatywnie na autonomię konsumentów, podejmowanie przez nich decyzji lub dokonywanie wyboru. Często praktyki te mają manipulacyjny charakter i mogą powodować pośrednio lub bezpośrednio szkodę

<sup>18</sup> Hasło: ciemny; zob. *Słownik Języka Polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/ciemny;2449203.html> (25.02.2024).

<sup>19</sup> Hasło: niejasny; zob. *Słownik Języka Polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/niejasny;2488802.html> (25.02.2024).

<sup>20</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RKT-7/2023 z dn. 05.09.2023, pkt I 1 sentencji.

<sup>21</sup> Tamże, pkt I 2 sentencji.

<sup>22</sup> Tamże, pkt I 3 sentencji.

<sup>23</sup> Tamże, pkt 189 uzasadnienia.

po stronie konsumenta”<sup>24</sup>. Z kolei definicja z wypowiedzi Brignulla, do której odnosi się decyzja to: „manipulacje stosowane na stronach internetowych i aplikacjach, które sprawiają, że robisz rzeczy, których nie chciałeś zrobić, takie jak kupowanie lub rejestracja w zamian za coś”<sup>25</sup>.

Z przytoczonych fragmentów możemy wyinterpretować, że nacisk ze strony UOKiK jest położony przede wszystkim na ograniczenie autonomii decyzji konsumenta i swego rodzaju wymuszenie na nim „podjęcia” pewnego działania. Co istotne, definicja ta wydaje się szersza od poprzednio przez nas przytaczanych definicji, ponieważ jedynie za pewien rodzaj praktyki typu *dark pattern* przyjmuje stosowanie interfejsu strony internetowej. Niewątpliwie jest to najszersza z kategorii, jednak nie wyczerpuje całego zbioru potencjalnych przykładów.

UOKiK stosuje się raczej do tego zniuansowania problemu, ponieważ w swej praktyce, w grudniu 2023 r. nałożył ponad półtora miliona złotych kary na przedsiębiorcę, na którego stronie automatycznie do koszyka zakupów dodawany był niezamawiany przez klienta produkt, co zostało zarówno w komunikatach prasowych<sup>26</sup>, jak i w treści decyzji<sup>27</sup> zakwalifikowane jako potencjalna praktyka *dark pattern*. Treść decyzji, przedstawiając praktykę „zwodniczych interfejsów”, kładzie nacisk przede wszystkim na umyślność działań przedsiębiorcy oraz skłanianie konsumenta do zachowania, które nie leży w jego najlepszym interesie, lecz zgodne jest z określonym założeniem właściciela strony internetowej.

Co dość interesujące, sam mechanizm stosowany przez ukaraną spółkę nie dotyczył bezpośrednio wyglądu strony internetowej. Automatyczne dodawanie do koszyka niezamówionych produktów opierało się raczej na nieuważnym dokańczaniu przez klienta zakupów, który nie sprawdzał dokładnie co znajduje się w jego koszyku. Nie dotyczył zatem wzorców projektowych sensu stricto, a całej architektury strony internetowej. Przy zakupie wielu produktów dodatkowy przedmiot mógł zostać niezauważony, ponieważ wyszczególniony był wśród innych, a z powodu swojej niewysokiej ceny łączny koszt także mógł nie wzbudzić zainteresowania. Jest to o tyle ciekawa definicja, że obejmuje zachowania, które jedynie pośrednio wykorzystują sposób projektowania strony. Tym samym zastosowana definicja jest najszerszą spośród przedstawionych. Wydaje się jednak, że jest to już definicja zbyt szeroka, bo choć ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>28</sup> (dalej: uokik) daje podstawę do ukarania tych działań, to nie powinny być one nazywane *dark patterns*, gdyż mimo wykorzystania zabiegów socjotechnicznych, nie opierają się na szacie graficznej sklepu internetowego. Inną interpretację należałoby wysnuć w sytuacji, gdyby automatycznie dodawany produkt był ukryty poprzez wyszarzenie, mniejszy rozmiar fontu lub inny sposób graficznego odwrócenia uwagi od niechcianego przedmiotu.

W rozstrzygnięciu Prezesa UOKiK szczególny akcent położony jest na fakt wykorzystania ograniczeń ludzkiej percepcji oraz znajomość przez spółkę zachowań przeciętnego konsumenta, który nie czyta dokumentu o nazwie „Warunki zamówienia”, a decyzję podejmuje pod wpływem emocji, ponieważ, jak słusznie zauważa organ, „inaczej bowiem konsumenci traktują produkty

<sup>24</sup> Tekst oryginalny: *Dark commercial patterns are business practices employing elements of digital choice architecture, in particular in online user interfaces, that subvert or impair consumer autonomy, decision-making or choice* [tłum. za treścią decyzji] (OECD, 2022, s. 8).

<sup>25</sup> Dec. przytacza również angielski oryginał o treści: *tricks used in websites and apps that make you do things that you didn't mean to, like buying or signing up for something*. Pozyskano z: <https://www.deceptive.design/> (25.02.2024).

<sup>26</sup> Komunikaty prasowe z dn. 28.06.2023; z dn. 20.12.2023, Wyjątkowo kosztowne dodatki – dla DUKA kara, a klientom zwroty (uokik.gov.pl). Pozyskano z: [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=19693](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=19693) (30.08.2024).

<sup>27</sup> Dec. nr DOZIK – 16/2023, pkt. 59–60 uzasadnienia.

<sup>28</sup> Ustawa z dn. 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2023 poz. 1689 z późn. zm.).

neutralne z punktu widzenia ich zdrowia, a inaczej podchodzą do preparatów, które potencjalnie mogą poprawić ich samopoczucie lub kondycję fizyczną<sup>29</sup>. Ponadto płynne przejście między stroną oferującą bezpłatną wersję produktu a jego płatną wersją na podstronie mogło spowodować, że klient mógł pozostawać w przekonaniu, że kontynuuje zamówienie bez kosztów<sup>30</sup>. Tym samym przedsiębiorca wykorzystywał nawyki konsumentów, by ukryć przed nimi swoje cele, jakim było uzyskanie korzyści majątkowej, a także swoiste „przywiązanie” go do siebie poprzez stałe dostarczanie mu produktów w ramach subskrypcji.

Co ciekawe, definicja sformułowana w sposób, w jaki czyni to raport komisji OECD<sup>31</sup>, a zatem definicja przyjęta prawdopodobnie przez UOKiK jako przesłanka fakultatywna, traktuje szkodę po stronie konsumenta. Nie jest więc ona konieczna, by uznać zachowanie za *dark pattern*. Niemniej art. 24 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który stał się podstawą zarzutu, używa określenia „naruszenie zbiorowych interesów konsumentów”, a jak podają Banasiński i Piontek „przyjmując zatem za podstawę reguły wykładni językowej, pojęcie *godzić* znaczy tyle samo, co *działać na czyjąś szkodę, negować uznane przez kogoś wartości*” (Banasiński i Piontek, 2009, art. 24), więc element wystąpienia (choćby potencjalnej) szkody jest warunkiem *sine qua non*.

Działanie uznane za *dark pattern* zakwestionowano z kolei w decyzji z dnia 1 września 2023 r. RPZ 4/2023. W jej treści nie pojawia się samo wyrażenie, jednak w komunikacie prasowym z 18 września użyto tych słów i to w nim przytoczono definicję. Czytamy w opisie naruszenia: „To przykład jak działają tzw. dark patterns, czyli praktyki wykorzystujące socjotechniki i wiedzę o zachowaniach użytkowników do wpływania na ich wybory i manipulację procesem decyzyjnym<sup>32</sup>. Znajduje to potwierdzenie w treści decyzji, mianowicie „nie może przy tym ulegać wątpliwości, że stosowana technika tzw. uciekającej promocji w założeniu ma na celu nakłonienie konsumenta do podjęcia natychmiastowej decyzji dotyczącej umowy i może pozbawić go możliwości świadomego wyboru produktu<sup>33</sup>. Wykorzystywanie socjotechniki oraz badań z zakresu zachowań konsumentów stanowiło najważniejszy element przesądzający o tym, że stosowany interfejs stanowił *dark pattern*. Na stronie internetowej pojawiał się bowiem zegar odliczający czas do końca promocji, który jednak po upływie przewidzianego czasu po prostu zaczynał liczenie od nowa, a wyprzedaż, która miała być limitowana, w rzeczywistości trwała nieprzerwanie. Cel był dość jasny – wywołanie w klienci poczucia, że musi podjąć szybko decyzję i dokonać transakcji, by nie stracić okazji na atrakcyjny zakup. Niewątpliwie stanowi to socjotechnikę i w opinii Prezesa jest to manipulacja.

## V. Uwagi końcowe

To krótkie omówienie głównych nurtów w definiowaniu praktyk typu *dark patterns* powinno dać praktyczne narzędzie do badania stron internetowych pod kątem różnego typu naruszeń, które wykorzystują przedsiębiorcy do osiągnięcia celów i korzyści. Niewątpliwie problem ze zwodniczymi czy

<sup>29</sup> Dec. nr RKT 7/2023, pkt. 189 uzasadnienia.

<sup>30</sup> Tamże, pkt. 198 uzasadnienia.

<sup>31</sup> “Dark commercial patterns are business practices employing elements of digital choice architecture, in particular in online user interfaces, that subvert or impair consumer autonomy, decision-making or choice. They often deceive, coerce or manipulate consumers and are likely to cause direct or indirect consumer detriment in various ways, though it may be difficult or impossible to measure such detriment in many instances.” (OECD, 2022, s. 8).

<sup>32</sup> Komunikat prasowy z dn. 18.09.2023. Pozyskano z: [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=19921](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=19921) (25.02.2024).

<sup>33</sup> Dec. Prezesa UOKiK z dn. 01.09.2023, nr RPZ 4/2023, pkt 2.1.2. uzasadnienia.

niejasnymi interfejsami będzie jedynie narastał wraz ze wzrostem liczby transakcji dokonywanych przez Internet. Wraz z tym wzrostem podnosi się także świadomość przedsiębiorców dotycząca wagi narzędzi socjotechnicznych, które pod pozorem pozostawienia konsumentowi możliwości podejmowania nieskrępowanej decyzji w rzeczywistości tej swobody go pozbawiają. Pewną nadzieję na unormowanie sytuacji można wiązać z unijnym aktem o usługach cyfrowych (DSA), który w motywie 67 wprost podaje, że należy zakazać dostawcom platform internetowych nakłaniania usługobiorców do podjęcia decyzji „poprzez strukturę, sposób zaprojektowania lub funkcje interfejsu internetowego lub jego części” (*via the structure, design or functionalities of an online interface or a part thereof*<sup>34</sup>). Są to „praktyki, które w istotny sposób zniekształcają lub ograniczają, celowo lub w praktyce, zdolność odbiorców usługi do dokonywania niezależnych i świadomych wyborów lub podejmowania takich decyzji”<sup>35</sup>.

Jasno wynika z tego motywu, że do zaistnienia *dark patterns* nie jest wymagana umyślność jego stosowania. Jest to definicja doniosła, gdyż zawarta w akcie prawnym, który ma na celu, zgodnie z zapowiedziami Komisji, stworzenie bezpiecznej przestrzeni internetowej, ułatwiającej korzystanie z usług oferowanych na rynku wspólnym poprzez Internet<sup>36</sup>. Cytowany motyw wraz z definicją z pewnością będzie miał zastosowanie w kontekście art. 12, nakazującego informowanie o warunkach korzystania z usług w łatwo dostępnym formacie, w sposób jasny i jednoznaczny, oraz art. 31, który zobowiązuje platformy typu marketplace do umożliwienia partnerom oferującym towary lub usługi zamieszczenia wszystkich wymaganych prawem informacji przedkontraktowych już na etapie projektowania graficznego.

Pobieżne prześledzenie sposobu, w jaki definiowane jest zjawisko określane mianem *dark patterns* pozwala zauważyć, że nie jest to definicja spójna. Niewątpliwie najważniejszym elementem, co do którego zauważalny jest spór, jest wymóg umyślności wprowadzenia interfejsu, który wykorzystuje socjotechniki lub wiedzę na temat zwykłych zachowań użytkowników Internetu. Na gruncie obecnie wykształcanych, zaprezentowanych w niniejszym artykule, definicji ciężką do pogodzenia z ewentualną nieumyślnością naruszenia jest cecha działania polegająca na wykorzystaniu socjotechnik, co implikuje świadomość mechanizmów kognitywnych konsumenta. Świadomość ta zdaje się mocno wiązać ze świadomością wykorzystywania *dark patterns* do swoich celów. Omawiany spór ma potencjał do podzielenia tak doktryny, jak i orzecznictwa. Możliwe, że wspomniana wyżej definicja pojawiająca się w DSA przetrnie te rozważania i stanie się przyjmowanym powszechnie pojęciem *dark patterns*. W opinii autora niniejszego artykułu będzie ona jednak trudna do pogodzenia z przesłanką stosowania socjotechnik.

Rozwój technologii pozwala przypuszczać, że katalog stosowanych przez przedsiębiorców zwodniczych interfejsów będzie ulegał coraz większemu rozszerzeniu. Ważna w tym zakresie będzie działalność walczących z tego typu zachowaniami organów ochrony. To po nich należałoby oczekiwać wykształcenia narzędzi obrony przed socjotechnikami stosowanymi w celu wyłudzenia danych lub uzyskania innej korzyści. Zadanie może być jednak trudne do zrealizowania, gdy *dark patterns* pozostanie wyrażeniem nie w pełni zdefiniowanym i w dużej mierze o nieostrych

<sup>34</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2065 z dn. 19.10.2022 r. w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych oraz zmiany dyrektywy 2000/31/WE (akt o usługach cyfrowych), motyw 67.

<sup>35</sup> Tamże.

<sup>36</sup> Zob. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package> (25.02.2024).



granicach. Przyczyni się to do wzrostu różnego typu nadużyć, których ofiarą będą padać zarówno użytkownicy, jak i przedsiębiorcy, których działania podejmowane przy dobrych zamiarach zostaną uznane przez UODO lub UOKiK za bezprawne.

## Finansowanie

Badanie nie otrzymało dofinansowania.

## Deklaracja konfliktu interesów

Autor zadeklarował brak potencjalnych konfliktów interesów w odniesieniu do badań, autorstwa i publikacji tego artykułu.

## Bibliografia

- Banasiński, C. i Piontek, E. (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wolters Kluwer Polska.
- Chrostka, J. (2022). Nabieranie mocy prawnej przez „soft law”. *Zeszyty Prawnicze*, 22(4), 183–208. <https://doi.org/10.21697/zp.2022.22.4.09>
- Gemius. (2020). *E-commerce w Polsce 2020*. Pozyskano z: <https://gemius.com/pl/news/e-commerce-w-polsce-2020/> (25.02.2024).
- Gemius. (2021). *E-commerce w Polsce 2021*. Pozyskano z: <https://gemius.com/pl/news/raport-e-commerce-w-polsce-2021/> (25.02.2024).
- Gemius. (2022). *E-commerce w Polsce 2022*. Pozyskano z: <https://www.iab.org.pl/aktualnosci/raport-e-commerce-2022-juz-dostepny/> (25.02.2024).
- Gemius. (2023). *E-commerce w Polsce 2023*. Pozyskano z: <https://gemius.com/pl/news/id-79-internautow-kupuje-online-raport-e-commerce-w-polsce-2023-juz-dostepny/> (25.02.2024).
- Gemius. (2023a). *Social Media 2023*. Pozyskano z: <https://gemius.com/pl/news/raport-social-media-2023-rynek-reklamowy/> (25.02.2024).
- Klicki, W. (2022). *Ukryta cena darmowych usług. Sąd oceni, czy PZU wyłudzał zgody na marketing*. Fundacja Panoptykon. Pozyskano z: <https://panoptykon.org/pzu-uodo-rozprawa>
- Kowalska, M. (2022). *Polacy nie czytają regulaminów mediów społecznościowych*. PolitykaBezpieczeństwa.pl. Pozyskano z: <https://www.politykabezpieczenstwa.pl/pl/a/polacy-nie-czytaja-regulaminow-mediow-spolesznosciowych> (25.02.2024).
- Luguri, J. i Strahilevitz, L.J. (2021). Shining a Light on Dark Patterns. *Journal of Legal Analysis*, 13(1), 43–109. <https://doi.org/10.1093/jla/laaa006>
- OECD. (2022). Dark commercial patterns. *OECD Digital Economy Papers*, (336), OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/44f5e846-en>
- Słownik Języka Polskiego PWN*. Pozyskano z: <https://sjp.pwn.pl/sjp/ciemny;2449203.html> (25.02.2024).
- Strahilevitz, L.J. (2020). „Dark Patterns”: Online Manipulation of Consumers. Wykład wygłoszony w University of Chicago Law School. Pozyskano z: <https://www.law.uchicago.edu/recordings/lior-j-strahilevitz-dark-patterns-online-manipulation-consumers> (25.02.2024).
- Szota, K. (2022). *Dark patterns a ochrona konsumenta w świetle polskiego prawa*. UOKiK.

Damian Kazimierski\*

## Przeciwdziałanie praktykom *dark patterns* na przykładzie działań Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

### Streszczenie

Zakupy przez Internet stają się codziennością dla coraz większej grupy osób, a wiele aktywności przenosi się do sieci. Upowszechnienie możliwości załatwiania bieżących spraw online powoduje także podniesienie poziomu wiedzy o zachowaniach konsumentów na stronach internetowych i w aplikacjach mobilnych. Korzystając z doświadczenia psychologów kognitywnych i socjologów, właściciele witryn i projektanci graficzni coraz częściej wykorzystują określone socjotechniki by skłonić użytkowników do podjęcia działania zgodnego z wolą przedsiębiorcy. Stosowanie zwodniczych interfejsów (*dark patterns*) rodzi potrzebę zapobiegania ich skutkom, których ofiarami stają się konsumenci. Organy ochrony dysponują kilkoma narzędziami przeciwdziałania stosowaniu zwodniczych interfejsów – między innymi akcjami informacyjnymi skierowanymi do konsumentów i przedsiębiorców oraz zestawem kar za ich stosowanie. Artykuł porusza przytoczony temat na przykładzie Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i jego aparatu pomocniczego.

**Słowa kluczowe:** *dark patterns*; zwodnicze interfejsy; prawa konsumentów; ochrona konsumentów; Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK); projektowanie graficzne; interfejsy internetowe.

### Countering ‘dark patterns’ on the example of the activities of the President of the Office of Competition and Consumer Protection (UOKiK) in Poland

#### Abstract

Online shopping is becoming an everyday occurrence for an increasing number of people, and many activities are moving online. With the spread of running day-to-day errands online, the knowledge of consumer behaviour on websites and mobile apps is also advancing. However, the experiences of cognitive psychologists and sociologists are becoming an incentive for website owners and graphic designers to use social engineering to get users to act in accordance with the will of the entrepreneur. The use of ‘dark patterns’ raises the need to counteract their effects on consumers. Several tools are available to supervisory authorities to counteract the use of deceptive interfaces, including information campaigns aimed at consumers and entrepreneurs, and

\* Student V roku prawa; Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski; podreferendarz w UOKiK; e-mail: d.kazimiers2@student.uw.edu.pl. <https://orcid.org/0009-0006-0509-3375>.

the imposition of penalties for their use. This article addresses such activities on the example of the actions taken by the President of the UOKiK.

**Keywords:** dark patterns; consumer rights; consumer protection; President of the UOKiK (Poland); graphic design; web interfaces.

**JEL:** K21, K24

## I. Uwagi wstępne

Według danych Głównego Urzędu Statystycznego w 2023 r. dostęp do Internetu miało 93,3% gospodarstw domowych, natomiast 64,3% osób w wieku 16–74 lata deklarowało, że zamawia towary i usługi na potrzeby prywatne przez Internet. W porównaniu z rokiem 2022 był to wzrost o 3,1 p.p., natomiast z rokiem wskazano niewielki spadek (GUS, 2023, s. 130). Są to z całą pewnością liczby niebagatelne, które pozwalają wnosić, że zakupy na odległość poprzez wykorzystanie stron internetowych i aplikacji stały się powszechne i nic nie zapowiada, by trend ten miał się odwrócić. Wraz z rozwojem społeczeństwa informacyjnego w Polsce pojawia się potrzeba budowania systemu działań mających na celu przeciwdziałanie naruszeniom i przestępstwom dokonywanym za pomocą Internetu lub w nim. Jak zauważają Lekka-Kowalik i Lizut (2005, s. 260): „Jako warunek realizacji celów społeczeństwa informacyjnego we wszystkich sferach życia stawia się zapewnienie bezpieczeństwa, w tym przeciwdziałanie nowym formom przestępczości w sieci”. Z roku na rok liczba zgłaszanych do CERT Polska incydentów mogących stanowić przestępstwo w sieci rośnie, a w 2022 roku wynosiła już 322 479 (NASK-PIB/CERT Polska, 2023, s. 36).

Z naruszeniami w sieci kojarzą się przede wszystkim oszustwa, podszywanie się pod aplikacje bankowe, ataki hakerskie i wykradanie danych, będącym głównym przedmiotem zainteresowania policji i organizacji pozarządowych, organizujących akcje informacyjne. Nie są to jednak jedyne naruszenia, do których dochodzi w Internecie. Coraz większą uwagę organów i prawników związanych z ochroną danych osobowych przykuwa temat, który do niedawna uchodził za kwestię właściwą raczej grafikom i projektantom stron, a także specjalistom z zakresu marketingu w Internecie, mianowicie sposób prezentacji treści w interfejsach. Pozornie może wydawać się to zagadnienie nieciekawym dla osób zajmujących się prawem, jednak tzw. *dark patterns* znalazły się już w kręgu zainteresowania organów ochrony danych osobowych, jak choćby włoskiego Garante per la protezione dei dati personali. W Polsce Urząd Ochrony Danych Osobowych nie może pochwalić się silnymi działaniami przeciwko tego typu zachowaniom, niemniej Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podjął działania mające na celu przeciwdziałanie „zwodniczym interfejsom”, jak tłumaczy się to angielskie wyrażenie.

### 1. Czym są *dark patterns*?

Branżowe artykuły tłumaczą często ten termin dosłownie jako „ciemne wzorce”. W tym wypadku dosłowność wydaje się niewskazana, gdyż w przeciwieństwie do angielskiego *dark* polskie słowo „ciemny” niesie przede wszystkim znaczenie związane ze słabym oświetleniem, a dopiero

w dalszej kolejności odnosi się do wrażeń związanych z brakiem zaufania. Internetowy „Słownik Języka Polskiego PWN” podaje to znaczenie dopiero na szóstym miejscu<sup>1</sup>. Natomiast „wzorzec” przede wszystkim jest określeniem pewnego schematu czy zespołu cech uznawanych za pewną jednostkę porównawczą lub godną naśladowania<sup>2</sup>. Zdecydowanie wyżej należy ocenić użycie przymiotnika „niejasny” jako noszącego niuans w postaci znaczenia przenośnego, jakim jest odniesienie do właściwości: „trudny do zrozumienia, wytłumaczenia lub określenia”<sup>3</sup>. Niemniej dosłowne przełożenie wyrażenia angielskiego powinno ustąpić frazie „interfejsy wprowadzające w błąd” jako najlepiej oddającej sens *dark patterns*. W niniejszym artykule będą jednak używane terminy angielski (*dark patterns*) oraz stosowany przez UOKiK „zwodnicze interfejsy”, który ma największe szanse na wejście na stałe do języka publikacji naukowych oraz decyzji związanych z tą tematyką.

Sama definicja pojęcia „zwodniczych interfejsów” nastręcza sporą trudność. Na potrzeby tej publikacji przyjmujemy wersję, do której odnosi się decyzja Prezesa UOKiK nr RKT-7/2023. Organ zacytował w niej roboczą definicję Komitetu OECD do spraw Strategii Konsumentckiej, który w swoim raporcie opisuje *dark patterns* jako „praktyki biznesowe, wykorzystujące elementy architektury cyfrowej umożliwiającej konsumentom wybór, zwłaszcza interfejsy stron internetowych, które wpływają negatywnie na autonomię konsumentów, podejmowanie przez nich decyzji lub dokonywanie wyboru. Często praktyki te mają manipulacyjny charakter i mogą powodować pośrednio lub bezpośrednio szkodę po stronie konsumenta” (OECD, 2022, s. 8).

Najprostszym opisem tego zjawiska może być prawdopodobnie pierwsze użycie tego określenia przez Brignulla, który tłumaczył je jako „manipulacje stosowane na stronach internetowych i aplikacjach, które sprawiają, że robisz rzeczy, których nie chciałeś zrobić, takie jak kupowanie lub rejestracja w zamian za coś”<sup>4</sup>. Jako przykład *dark patterns* można wskazać nagminnie stosowane na stronach internetowych, proszących o możliwość przetwarzania danych osobowych użytkownika, komunikaty, w których opcja „wyrażam zgodę” jest znacznie większa, bardziej kontrastowa, często ma formę przycisku, a odmowa zgody następuje poprzez wybranie małego, często ledwo dostrzegalnego napisu o słabym kontraście, często w formie linijki tekstu. Prawdopodobnie każdy spotkał się kiedyś ze stroną internetową stosującą takie działania. Za *dark pattern* uznawane jest także wydłużanie ścieżki, którą musi pokonać użytkownik, by np. zrezygnować z subskrypcji lub otrzymywania newslettera, przy jednoczesnym znacznym uproszczeniu i ułatwieniu zapisania się do nich<sup>5</sup>. Nacisk kładziony jest także na fakt wykorzystywania przez przedsiębiorców różnego rodzaju socjotechnik w celu osiągnięcia korzyści.

## 2. Przedmiot analizy

Dziwić może dość niewielkie zainteresowanie tematem ze strony doktryny oraz prawników-praktyków, gdyż nie jest to problemem jedynie teoretyczny. Kontrola przeprowadzona przez Komisję Europejską przy udziale sieci CPC (Consumer Protection Cooperation) w 2022 roku wykazała, że

<sup>1</sup> Hasło: *ciemny*. Pozyskano z: <https://sjp.pwn.pl/sjp/ciemny;2449203.html> (25.02.2024).

<sup>2</sup> Hasło: *wzorzec*. Pozyskano z: <https://sjp.pwn.pl/sjp/wzorzec;2541541.html> (25.02.2024).

<sup>3</sup> Hasło: *niejasny*. Pozyskano z: <https://sjp.pwn.pl/sjp/niejasny;2488802.html> (25.02.2024).

<sup>4</sup> Cyt. za dec. Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dn. 05.09.2023, nr RKT-7/2023.

<sup>5</sup> Wytyczne Komisji Europejskiej dotyczące wykładni i stosowania dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym, s. 101.

niemal 40% skontrolowanych witryn (148 z 399) stosowało działania nazywane zbiorczym określeniem *dark patterns*<sup>6</sup>. Przy powszechnym dostępie do Internetu i coraz częstszych zakupach online, temat zwodniczych interfejsów musi być przedmiotem wzmożonego zainteresowania organów. W niniejszym artykule podjęto próbę charakterystyki stosowanych przez te organy środków na przykładzie działań Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Działania należy rozumieć jak najszerzej i nie ograniczać ich jedynie do orzecznictwa, wydawania decyzji i nakładania kar. Podobnie inne kroki podejmowane w celu poprawienia bezpieczeństwa użytkowników w sieci traktowane są przez państwo dość szeroko i nie obejmują tylko penalizacji i ścigania niedozwolonych zachowań. Przedmiotem zainteresowania tego opracowania będą także różne sposoby zwiększania świadomości na temat *dark patterns*, działania mające bezpośredni wpływ na polskich konsumentów i przedsiębiorców, a zatem działania Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz samego UOKiK jako jego aparatu pomocniczego.

## II. Działania informacyjne

### 1. Komunikaty prasowe na stronie UOKiK

Najmniej oficjalne z opisywanych przez nas działań są działania informacyjne. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie zaniedbuje tego pola. Powiadamianie obywateli o pracy organu jest jednym ze sposobów edukacji obywatelskiej. Wskazywanie swoich osiągnięć i raportowanie stanu prowadzonych postępowań sprzyja powstaniu relacji zaufania obywateli do państwa, a także zwiększaniu szans na to, że naruszenie zauważone przez konsumenta zostanie zgłoszone i dzięki temu przyczyni się do przeciwdziałania kolejnym naruszeniom. Według danych tego typu polityka UOKiK osiągnęła pewien sukces, ponieważ w 2022 roku w ramach programu Sygnalista wpłynęło 2396 anonimowych powiadomień (UOKiK, 2023, s. 13). Ważnym środkiem docierania do konsumentów przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest zakładka „Aktualności” na stronie internetowej UOKiK, w której informuje się o działaniach Urzędu, o wydanych decyzjach, publikowanych raportach i wytycznych, a także podaje się informacje przydatne konsumentowi.

W zakresie *dark patterns* w zakładce tej pojawiają się głównie informacje dotyczące wydawanych decyzji lub wszczynanych postępowań w sprawach, w których konsumenci mogli mieć do czynienia ze zwodniczymi interfejsami. Próżno oczekiwać, że konsumenci i przedsiębiorcy będą czytać długie teksty decyzji Prezesa UOKiK w celu śledzenia rozstrzygnięć dotyczących działalności, którą zajmują się zawodowo. Zakładka „Aktualności” służy tym samym jako streszczenie najistotniejszych informacji, które stały się podstawą wydania aktu administracyjnego, a także rekapitulacją tez, które znalazły w nim odzwierciedlenie. Dzięki niej konsumenci mogą zaznajomić z bieżącymi wydarzeniami i być świadomymi linii orzeczniczej kształtującej się w interesujących ich zagadnieniach.

Publikujący komunikaty prasowe starają się je uatrakcyjnić, by ułatwić ich odbiór przez osoby niezajmujące się zawodowo prawami konsumenta lub ochroną konkurencji. W większości wpisów pojawiają się infografiki lub ilustracje, które w pewien sposób odpowiadają poruszanemu zagadnieniu.

<sup>6</sup> Komunikat prasowy Komisji Europejskiej z dn. 30.01.2023 r. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_418](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_418) (25.02.2024).

Ponadto niezwykle często treść komunikatu uzupełniana jest wypowiedzią Prezesa UOKiK lub innego pracownika aparatu. Daje to możliwość odsłuchania, a co za tym idzie – przyswojenia komunikatu w innej formie.

Niewątpliwie taka forma prezentacji nie jest wystarczającą. Ze względu na potrzebę zwięzłości i zrozumienia przez osoby niezajmujące się na co dzień prawem wpisy muszą pomijać wiele ważnych, a pojawiających się jedynie w pełnej treści aktu, aspektów sprawy. Należy także zauważyć, że na stronie Urzędu nie są publikowane wszystkie wyroki dotyczące odwołań od decyzji Prezesa UOKiK. Dlatego osoba śledząca jedynie „Aktualności” nie ma możliwości dowiedzenia się, że w zachowaniu, które organ uznał za naruszające przepisy Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie doszukał się takiego naruszenia i decyzję uchylił. Niemniej jest to pewna forma zwiększania świadomości konsumentów i przedsiębiorców o orzecznictwie UOKiK.

## 2. Aktywność UOKiK w mediach społecznościowych

Stronę internetową UOKiK śledzą głównie osoby naukowo bądź zawodowo zajmujące się działalnością Urzędu, dlatego wpisy te z rzadka docierają do osób spoza grona osób zainteresowanych tematem. Będąc świadomymi tego faktu, pracownicy odpowiedzialni za komunikację od kilku lat publikują informacje także w mediach społecznościowych Urzędu – m.in. na platformach X (dawniej Twitter) oraz Instagram, dzięki czemu docierają one do szerszego grona użytkowników. Na platformie X jest to ponad 20 tysięcy obserwujących<sup>7</sup>, a na Instagramie – ponad 30 tysięcy<sup>8</sup>.

We wpisie z 24 lutego 2023 roku na platformie X<sup>9</sup> profil zwiększał świadomość konsumentów poprzez informowanie o badaniu Komisji Europejskiej (o którym będzie mowa niżej), a także opisywał niektóre „techniki wpływu, które mają sprowokować Twoje [konsumenta – przyp. DK] niezamierzone lub niechciane działanie” – mianowicie fałszywe liczniki czasu (wykorzystujące technikę manipulacyjną nazywaną presją czasu), zwodnicze interfejsy (tu potraktowane jako jeden z przykładów *dark patterns*, a nie jako polski odpowiednik wyrażenia *dark patterns*; design wykorzystujący przyzwyczajenie oraz nieuwagę) oraz ukrywanie informacji, co utrudnia określone działanie użytkownika (np. rezygnację z subskrypcji).

Podobne wpisy przyczyniają się do większego wyczulenia konsumentów na opisywane zjawisko i przed nim przestrzegają. Urząd podawał także najlepsze, w jego opinii, sposoby, by nie dać się zwieść tego typu zachowaniom. Przede wszystkim nakazywał działanie wolniejsze i uważniejsze, czytanie wszystkiego, co się wybiera w interfejsie, czyli powstrzymywanie się od naciskania opcji mechanicznie. Urząd pouczał także przedsiębiorców w jaki sposób należy prezentować informacje na stronach. Takie działania wpisują się w realizację jednego z celów Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zgodnie bowiem z art. 31 pkt 12 ustawy z dnia 16 lutego 2006 roku o ochronie konkurencji i konsumenta<sup>10</sup> „do zakresu działania Prezesa Urzędu należy: [...] opracowywanie i wydawanie publikacji oraz programów edukacyjnych popularyzujących wiedzę o ochronie konkurencji i konsumentów”.

<sup>7</sup> Zob. <https://twitter.com/UOKiKgovPL>.

<sup>8</sup> Zob. <https://www.instagram.com/uokikgovpl/>.

<sup>9</sup> <https://twitter.com/UOKiKgovPL/status/1629069191159455745?s=20>.

<sup>10</sup> Dz.U. 2007 Nr 50, poz. 331 z późn. zm.

### 3. Publikacja przez UOKiK pracy naukowej

Realizacją wspomnianego w poprzedniej części celu jest także wydawanie prac naukowych. Najobszerniejszym opublikowanym przez UOKiK tekstem podejmującym interesującą nas problematykę jest praca magisterska Karoliny Szoty (2022) pod tytułem „Dark patterns a ochrona konsumenta w świetle polskiego prawa”<sup>11</sup>. Szota skupiła się na przeglądzie polskich ustaw, które mogą posłużyć do ochrony konsumenta zarówno na gruncie prawa prywatnego, jak i w regulacjach publicznoprawnych. Praca stanowi analizę skierowaną przede wszystkim do prawników zajmujących się zawodowo lub naukowo tą materią, a zatem adresatami w mniejszym stopniu są ofiary *dark patterns*, czyli konsumenci, niemniej jest ważnym głosem w próbie usystematyzowania wiedzy na interesujący nas temat.

Autorka, w dość wielowątkowej publikacji poruszającej temat *dark patterns*, stara się prześledzić normy pomocne osobie, której działanie wymuszone zostało przez zwodniczy interfejs, a także służy rozważeniu ochrony przez Prezesa UOKiK. Na gruncie prywatnoprawnym rozważa możliwość posłużenia się konstrukcją wady oświadczenia woli – głównie błędu (Szota, 2022, s. 40 i n.) lub jego kwalifikowaną formą, podstęp (Szota, 2022, s. 46 i n.) – do uchylecia następstw, które miały miejsce z powodu wystąpienia *dark pattern*. W publikacji pojawiają się także rozważania poświęcone możliwości wykorzystania w walce z tym zjawiskiem koncepcji wyzysku z art. 388 kodeksu cywilnego (Szota, 2022, s. 49 i n.). Przede wszystkim jednak skupia się ona na ochronie wynikającej z regulacji publicznoprawnych – ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym oraz ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

Najważniejszym jednak sposobem dotarcia do świadomości użytkowników stron internetowych i tych, którzy te strony tworzą lub wykorzystują, jest nałożenie kary za stosowanie *dark patterns* przez Prezesa UOKiK.

### III. *Dark patterns* w rozstrzygnięciach administracyjnych

Sachajko (2002), powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego i Sądu Antymonopolowego, słusznie zauważył, że jedną z ważnych funkcji kary administracyjnej nakładanej przez Prezesa UOKiK jest funkcja prewencyjna. Decyzja sama w sobie spełnia wspomniany już wyżej cel, zwiększa więc wiedzę o niebezpiecznym w oczach organu zjawisku. Przyczynia się także do przeciwdziałania zabronionym przez prawo zachowaniom zarówno przez ukarany podmiot (prewencja szczególna), jak i przez innych uczestników obrotu (prewencja ogólna)<sup>12</sup>. Tym samym nałożenie nawet niewielkiej kary na przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów może wywołać nierzadko zdecydowanie większy efekt niż wynikałoby to z dotkliwości sankcji.

Mimo, że termin *dark patterns* stał się popularny dopiero w ostatnich latach, a największe zainteresowanie tematem przypada na wrzesień 2023 r., kiedy to Prezes UOKiK wydał dwie decyzje, w których nałożył karę między innymi za zachowania będące stosowaniem *dark patterns*, praktyka przeciwdziałania wykorzystywaniu projektu graficznego w celu skłonienia konsumenta do podjęcia lub utrudnienia mu określonego działania sięga zdecydowanie wcześniej. Jak wykazała praca Szoty (2022), ochrona konsumenta przed zwodniczymi interfejsami wypływa z obowiązującego

<sup>11</sup> Praca ta otrzymała nagrodę w ramach konkursu na najlepszą pracę magisterską, który co roku organizuje Urząd. Tym bardziej cieszy, że prócz nagród dla naukowców zajmujących się prawem konkurencji, Urząd podejmuje się publikacji wartościowych prac dyplomowych.

<sup>12</sup> Dec. Prezesa UOKiK z dn. 21.12.2020 r., nr RŁO 9/2020, pkt 90 uzasadnienia.

obecnie prawa, a zatem, co dość oczywiste, jest niezależna od tego czy organ stwierdzi, że na portalu lub w aplikacji stosuje się *dark patterns*, czy poprzestanie na ich opisie bez odniesienia się do dyskursu o „ciemnych wzorcach projektowych”.

W 2011 r. Prezes UOKiK wydał decyzję nr DDK 17/2011, w której uznał za naruszenie przepisów ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny, praktykę spółki Reader's Digest polegającą na nieinformowaniu konsumentów o prawie odstąpienia od umowy w sposób jasny, zrozumiały i łatwy do odczytania<sup>13</sup>. Zakwestionowane działanie polegało na tym, że informację tę umieszczono na odwrocie dokumentu w ramce, napisaną czcionką znacznie mniejszą i w kolorze zbliżonym do koloru tła, na którym się znajduje<sup>14</sup>. Zachowanie to można uznać za *dark pattern* jedynie *sensu largo*, ponieważ brakuje w nim elementu wykorzystania infrastruktury cyfrowej, który to element pojawia się w większości definicji wypracowanych przez organy. Niemniej decyzja DDK 17/2011 warta jest odnotowania jako poruszająca temat manipulacji graficzną formą informacji skierowanej do konsumenta w celu przeszkodzenia lub utrudnienia mu złożenia pewnego oświadczenia – w tym wypadku odstąpienia od umowy. W swoim mechanizmie polega na tym samym, co np. wydłużanie ścieżki wyborów, którą musi pokonać użytkownik, by zrezygnować z subskrypcji. Europejska Rada Ochrony Danych w wytycznych 3/2022 takie projektowanie interfejsu graficznego w przestrzeni cyfrowej uznaje za *deceptive design pattern* (odpowiednik *dark pattern*) i kwalifikuje je jako *obstructing*, a zatem utrudnianie (EDPD, 2023).

Omawiana decyzja pokazuje, że *dark patterns* nie są zjawiskiem całkiem obcym polskiemu organowi ochrony konsumentów, a stanowią jedynie pewien efekt ewolucji znanych wcześniej przejawów wykorzystywania elementów graficznych do manipulacji zachowaniami konsumentów. Decyzja ta została zaskarżona przez ukaraną spółkę, ale ostatecznie w 2016 roku Sąd Apelacyjny w Warszawie utrzymał ją w mocy, przyznając rację organowi, że stosowanie gorzej widocznej czcionki w komunikacie o możliwości odstąpienia od umowy stanowi naruszenie zbiorowych interesów konsumentów<sup>15</sup>.

Omawiając pojęcie *dark patterns*, należy wskazać decyzję nr RPZ 4/2023 z dnia 1 września 2023 r., w której została opisana praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów polegająca na umieszczaniu na stronie umożliwiającej zakup przecenionego produktu zegara, który miał odmierzać czas do końca promocji. Jak wykazał organ, oferta ta nie wygasła jednak po upływie oznaczonego czasu, a jedynie zegar rozpoczynał odliczanie od nowa<sup>16</sup>. Promocja tym samym wydawała się ograniczona w czasie, co mogło skłaniać konsumenta do podjęcia decyzji w przeświadczeniu, że jest to oferta limitowana.

Opisywana praktyka wykorzystywała mechanizm wywierania presji czasu na konsumentach, który, działając w takich warunkach, bardziej mógłby być skłonny do dokonania zakupu. Świadomość ograniczenia czasowego promocji może przyczyniać się do transakcji szybkiej, nieprzemyślanej, podyktowanej obawą przed utratą okazji, czego chce się uniknąć. W takiej sytuacji konsument odczuwa realną obawę przed tym, że upływ okresu trwania promocji pozbawi go szansy dokonania zakupu na atrakcyjnych warunkach.

<sup>13</sup> Dec. Prezesa UOKiK z dn. 30.12.2011 r., nr DDK 17/2011, pkt I sentencji.

<sup>14</sup> Tamże, s. 17.

<sup>15</sup> Wyr. SA w Warszawie, sygn. akt VII AGa 913/18.

<sup>16</sup> Dec. Prezesa UOKiK z dn. 01.09.2023 r., nr RPZ 4/2023, pkt I 2 sentencji.



Niewątpliwie tego typu postępowanie jest *dark pattern*. Co prawda w samym tekście uzasadnienia nie pojawia się ten termin, jednak już w komunikacie prasowym informującym o ukaraniu przedsiębiorców wyrażenie to się znalazło. Czytamy w nim m.in.: „Taki zabieg sprawiał wrażenie, że obniżka potrwa krótko i jest znacząco ograniczona w czasie. Swoista presja czasu skłaniała konsumentów do szybkich, nieprzemyślanych decyzji zakupowych. To przykład jak działają tzw. *dark patterns*”<sup>17</sup>. W opisywanym przypadku oprócz wykorzystywania do osiągnięcia celu wyglądu interfejsu, silnie występuje drugi element wspomnianej wyżej definicji, a zatem świadomość mechanizmów psychicznych i kognitywnych, które stoją za podejmowaniem decyzji pod presją czasu. Socjotechniki stosowane przez przedsiębiorców są silnie powiązane z badaniami zachowania konsumentów. Ocena prawna zjawiska spotyka się zatem z przestrzenią aktywności socjologii i psychologii poznawczej, a nie tylko specjalistów w zakresie marketingu i projektowania stron internetowych.

Drugim zarzutem ze strony organu był fakt, że przedsiębiorca ukrywał przed konsumentem, że jest jedynie pośrednikiem w sprzedaży. Strona internetowa przedstawiana była jako sklep internetowy, podczas gdy w rzeczywistości zajmowała się tzw. dropshippingiem. Pojęcie to w literaturze zdefiniowano jako: „model logistyczny polegający na przeniesieniu procesu wysyłki towaru na dostawcę. Rola sklepu internetowego w tym modelu logistycznym sprowadza się do zbierania zamówień i przesyłania ich do dostawcy, który realizuje wysyłkę towaru do klienta” (Chodak, 2008). Jednocześnie spółka nie informowała o tym, że konsument w rzeczywistości nabywa usługę, a nie towar, czemu miało służyć upodobnienie wyglądu strony do stron sklepów internetowych. W decyzji czytamy: „Oferty zamieszczane w serwisie *arkadie.pl* w ogóle nie odróżniają się od standardowych ofert sprzedaży. Zwrócić przy tym należy uwagę, że zarówno treść oświadczenia o akceptacji regulaminu, jak i nazwa przycisku potwierdzającego złożenie zamówienia sugerowały, że konsument zawiera ze Spółką umowę sprzedaży, a nie umowę pośrednictwa w sprzedaży”<sup>18</sup>. Sugestia ta opierała się przede wszystkim na projekcie graficznym strony internetowej, a zatem stanowiła *dark pattern*.

W przytoczonej w komunikacie prasowym wypowiedzi Prezesa UOKiK, Chróstny podkreślał, że „konsumenty korzystający z e-commerce muszą mieć pełny i łatwy dostęp do informacji”<sup>19</sup>, dlatego ukrywanie tak istotnych aspektów umowy, jak fakt, co w rzeczywistości jest przedmiotem świadczenia przedsiębiorcy, stanowi nieuczciwą praktykę rynkową. Przeciwdziałając stosowaniu takich praktyk, Prezes UOKiK nakłada kary, co miało miejsce także w tej sprawie.

Pierwszą decyzją Prezesa UOKiK, w której pojawia się termin *dark patterns* jest decyzja nr RKT-7/2023 z dnia 5 września 2023 roku. Mimo że już wcześniej Urząd uczył konsumentów na takie działania, o czym było wyżej, to dopiero w tym rozstrzygnięciu została nałożona za nie kara. Zakwestionowano szereg praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Spółka *Natural Pharmaceuticals* nie informowała w wystarczająco transparentny sposób konsumentów, że: „elementem złożonego przez nich zamówienia jest subskrypcja suplementów diety polegająca na udziale w programie corocznych dostaw danego produktu”<sup>20</sup>. Informacja ta, zdaniem organu, jest trudno dostępna, ukryta w dokumencie („Warunki zamówienia”), którego konsument nie musi nawet otwierać podczas zakupów na stronie, co stanowi zatajenie istotnych informacji.

<sup>17</sup> Komunikat prasowy z dn. 18.09.2023. Pozyskano z: [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=19921](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=19921) (25.02.2024).

<sup>18</sup> Dec. nr RPZ 4/2023, pkt 2.1.1 uzasadnienia.

<sup>19</sup> Komunikat prasowy, op. cit.

<sup>20</sup> Dec. Prezesa UOKiK z dn. 05.09.2023 r., nr RKT-7/2023, pkt I 1 sentencji.

Stwierdzając, że działanie to nosi cechy *dark patterns*, decyzja odnosi się do raportu OECD i zawartej w nim definicji, którą dość obszernie przytacza w pkt 190 uzasadnienia, a która wpo-  
minana już była w uwagach wstępnych. Szczególną uwagę należałoby poświęcić fakultatywnej  
przesłance wystąpienia szkody (także pośredniej), co dość szeroko zakreśla granice zachowań,  
które mogą być uznane za stosowanie zwodniczych interfejsów.

*Dark patterns* doszukano się także w takim przekierowywaniu konsumenta zamawiającego  
bezpłatną wersję produktu na stronę oferującą wersję płatną, by ta wyglądała niemal identycznie,  
co zmylić mogło mniej uważnego klienta, który kupując płatny zapas suplementu diety mógł pozos-  
tawać w przekonaniu, że zamawia zapas próbny, bezpłatny. Co więcej, Prezes UOKiK stwierdził,  
że była to świadoma decyzja przedsiębiorcy już na etapie projektowania, nosząca cechy zakłó-  
cenia interfejsu (*interface interference*)<sup>21</sup>.

Pewne typy *dark patterns* pojawiające się w raporcie OECD, nazywane *social proof* (dowód  
społeczny) oraz *confirmshaming* (zawstydzanie z powodu wyboru) także posłużyły do opisu praktyk  
spółki Natural Pharmaceuticals. Pierwsze z nich polegało na informowaniu o milionie zadowolonych  
klientów przedsiębiorcy w taki sposób, żeby wzbudzić wrażenie, że milion zadowolonych  
klientów ma konkretny, zamawiany produkt. Drugie pojęcie oznacza konstruowanie przycisków,  
poprzez które odmawia się zgody lub rezygnuje z propozycji, w taki sposób, by użytkownik od-  
czuł pewne zawstydzanie naciskając go. Na stronie ukaranego przedsiębiorcy jako alternatywa  
wobec opcji: „TAK, chcę skorzystać z tej ekskluzywnej oferty”<sup>22</sup> pojawiał się taki komunikat: „NIE,  
nie chcę skorzystać ze specjalnie dla mnie przygotowanej oferty. [...] Rezygnuję z ekskluzywnej  
oferty zapasu rocznego Omega Marine Forte+ za mniej niż złotówkę dziennie. Nie otrzymam  
wyjątkowego prezentu”<sup>23</sup>. Stosowanie tego typu haseł ma jasny cel, jakim jest „odwiedzenie kon-  
sumenta od rezygnacji z zakupu danego produktu”<sup>24</sup>.

Omawiana decyzja stanowi jak na razie najważniejsze rozstrzygnięcie Prezesa UOKiK  
w sprawie dotyczącej *dark patterns* i dzięki temu niejako wyznacza początek kontrolowania przez  
organy wyglądu interfejsów stron internetowych przedsiębiorców, gdy mogą mieć one wpływ na  
autonomię procesu decyzyjnego konsumenta. Tym samym może przyczynić się do poprawy stan-  
dardu komunikacji twórcy strony internetowej z jej użytkownikiem. Możliwe, że realna możliwość  
nałożenia dotkliwych kar wywrze silniejszy wpływ niż akcje informacyjne Urzędu.

## IV. Podsumowanie rozważań

Problem *dark patterns* będzie prawdopodobnie w przyszłości jedynie narastał wraz z upo-  
wszechnianiem się w Internecie nowych narzędzi wykorzystywania socjotechnik do manipulowa-  
nia zachowaniami użytkownika. Już teraz zauważalne jest wykorzystywanie coraz to nowszych  
środków docierania do klienta, by oferować mu usługi lub produkty. Wzrost popularności nowych  
mediów społecznościowych, jak chociażby TikToka, spowodował przenoszenie tam części praktyk  
marketingowych. Zjawisko to doczekało się już niemałej liczby publikacji, także w języku polskim<sup>25</sup>.  
Wraz z rozwojem technologii i wzrostem świadomości na temat wykorzystywania ich w strategii

<sup>21</sup> Dec. nr RKT-7/2023, pkt 198 uzasadnienia.

<sup>22</sup> Tamże, pkt 207 uzasadnienia.

<sup>23</sup> Tamże, pkt 206 uzasadnienia.

<sup>24</sup> Tamże, pkt 208 uzasadnienia.

<sup>25</sup> Warto wskazać tu pracę magisterską A. Kramm (2021).

przedsiębiorcy, postępuje także liczba badań wpływu na użytkownika danej aplikacji lub strony internetowej. Algorytmy mediów tworzone są w sposób, który wykorzystuje wiedzę o zachowaniach użytkowników, by jak najdłużej zatrzymać ich uwagę, stworzyć więź między nim a aplikacją. Jedną z przyczyn, dla których TikTok osiągnął tak duży sukces był fakt, że preferował krótkie, kilkudziesięciosekundowe filmiki, które sprzyjają szybkiemu zapoznaniu się z treścią prezentowaną w skondensowanej formie, a nieciekawe nagranie nie pozbawia odbiorcy tak długiego czasu, jak ma to miejsce w przypadku kilkunastominutowych filmów na platformie YouTube (Sawicka, 2021). Możliwość recepcji pełnej treści w krótkim czasie oraz używania aplikacji na urządzeniach mobilnych zdają się odpowiadać specyfice życia w krajach kultury zachodniej.

Jednocześnie badania wykazały, że krótkie filmiki oglądane seriami, jak ma to miejsce na platformie TikTok, a także na wzorowanych na nim zakładkach w innych mediach społecznościowych, ma znaczny wpływ na koncentrację i zdolność uczenia się. Rozwój nowych technologii ma widoczne przełożenie na ich pogorszenie (Sha i Dong, 2021). Oznacza to także, że ludziom coraz trudniej jest przyswajać obszerne teksty, a do takich należą przecież regulaminy stron internetowych, informacje o przetwarzaniu danych osobowych czy dokładne warunki realizacji zamówienia. Jako jeden z przykładów *dark patterns* wskazuje się konstruowanie tego typu komunikatów w taki sposób, by zniechęcić do zapoznania się z nimi. Projektanci wykorzystują świadomość tego, że użytkownicy nie czytają całych tekstów, a także, że łatwo dają się rozproszyć, do „ukrywania” ważnych treści w gąszczu postanowień mniej istotnych.

Wyzwanie, jakim są *dark patterns* dla ochrony konkurencji w Polsce będzie jedynie zwiększało swoje oddziaływanie. Jak pokazały badania, ponad 63% Polaków deklaruje, że robi zakupy w sieci, a trend wzrostowy utrzymuje się od lat. Tym samym ofiar zwodniczych interfejsów będzie coraz więcej. Nierzadko skutki nieuważnego kliknięcia nie są zbyt poważne i łatwo im zaradzić, np. rezygnując z subskrypcji newsletteru lub cofając zgodę na przetwarzanie danych. W sytuacji jednak, gdy stosowanie na stronie internetowej lub aplikacji mobilnej *dark patterns* przyczyniło się do złożenia oświadczenia, które nie było zgodne z wolą jednostki, problem jest znacznie donioślejszy. Ostatnia praktyka Prezesa UOKiK w zakresie nakładania kar za stosowanie zwodniczych interfejsów pozwala przypuszczać, że uwaga organu częściej skupiać się będzie na takich naruszeniach prawa.

Warto jednak mieć na uwadze, że prowadzenie postępowań i karanie to nie jedyne środki, którymi dysponuje Prezes UOKiK wraz ze swoim aparatem w postaci Urzędu. Nierzadko sankcja powinna ustąpić przed prewencją, a zatem zapobieganiu naruszeniom. Służyć może temu z jednej strony nagłaśnianie wydawanych decyzji, z drugiej zaś – informowanie czy edukacja konsumentów i przedsiębiorców. Za słuszne należałoby uznać próby docierania ze swoimi komunikatami do szerszego grona niż tylko naukowcy i praktycy zajmujący się ochroną konsumentów. Jednym z możliwych sposobów jest aktywność w mediach społecznościowych, w których istnieje większa szansa, że z treściami publikowanymi przez Urząd zapoznają się potencjalni narażeni na stosowanie nieuczciwych praktyk konsumenci. Jest to niewątpliwie jeden ze sposobów przeciwdziałania praktykom typu *dark patterns*, jednak nie należałoby na nich poprzestać. Prezes UOKiK i to ma na względzie, wydając decyzje nakładające kary za stosowanie zwodniczych interfejsów. Można spodziewać się kolejnych tego typu rozstrzygnięć.

## Finansowanie

Badanie nie otrzymało dofinansowania.

## Deklaracja konfliktu interesów

Autor zadeklarował brak potencjalnych konfliktów interesów w odniesieniu do badań, autorstwa i publikacji tego artykułu.

## Bibliografia

- Chodak, G. (2008). Model dropshippingu w sklepie internetowym. W A. Balcerak, W. Kwaśnicki (red.), *Metody symulacyjne w badaniu organizacji i w dydaktyce menedżerskiej*. Politechnika Wroclawska.
- EDPD. (2023). *Guidelines 03/2022 on Deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them*. The European Data Protection Board. Pozyskano z: <https://uodo.gov.pl/pl/file/4287> (25.02.2024).
- GUS. (2023). *Spółeczeństwo informacyjne w Polsce w 2023 r.* Pozyskano z: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/nauka-i-technika-spoleczenstwo-informacyjne/spoleczenstwo-informacyjne/spoleczenstwo-informacyjne-w-polsce-w-2023-roku,1,17.html> (22.09.2024).
- Kramm, A. (2021). *TikTok jako narzędzie komunikacji marketingowej*. Praca magisterska. Uniwersytet Jagielloński.
- Lekka-Kowalik, A. i Lizut, R. (2005). Aksjologiczny fundament społeczeństwa informacyjnego. *Ethos*, 18(1/2), 255–268.
- NASK-PIB/CERT Polska. (2023). *Raport roczny z działalności CERT Polska 2022. Krajobraz bezpieczeństwa polskiego Internetu*. Pozyskano z: <https://cert.pl/posts/2023/05/krajobraz-bezpieczenstwa-polskiego-internetu-w-2022-roku/>
- OECD. (2022). Dark commercial patterns. *OECD Digital Economy Papers*, No. 336, OECD Publishing, Paris. Pozyskano z : <https://doi.org/10.1787/44f5e846-en>
- Sachajko, M. (2002). Istota i charakterystyka prawna antymonopolowych kar pieniężnych. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 1(64), 57–78.
- Sawicka, U. (2021). TikTok w kontekście wspólnoty – relacje i reakcje użytkowników aplikacji w czasie pandemii. *Media – Kultura – Komunikacja Społeczna*, (17). <https://doi.org/10.31648/mkks.6538>
- Sha, P. i Dong, X. (2021). Research on Adolescents Regarding the Indirect Effect of Depression, Anxiety, and Stress between TikTok Use Disorder and Memory Loss. *International journal of environmental research and public health*, 18(16), 8820. <https://doi.org/10.3390/ijerph18168820>
- Słownik Języka Polskiego PWN. Pozyskano z: <https://sjp.pwn.pl/sjp/> (25.02.2024).
- Szota, K. (2022). *Dark patterns a ochrona konsumenta w świetle polskiego prawa*. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.
- UOKiK. (2023). *Sprawozdanie z działalności UOKiK – rok 2022*. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Pozyskano z: <https://uokik.gov.pl/sprawozdanie-z-dzialalnosci-uokik-za-2022-rok-dostepne-do-pobrania-w-wersji-cyfrowej>

Joanna Affre\*, Mateusz Restel\*\*

## Odrzucenie oferty w oparciu o art. 393 ustawy – Prawo zamówień publicznych – uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*

### Streszczenie

Artykuł analizuje sposób implementowania przez Polskę art. 85 dyrektywy 2014/25/UE oraz określa konsekwencje wynikające z rozbieżności pomiędzy brzmieniem polskiego i unijnego przepisu. Autorzy wskazują przesłanki pozwalające zamawiającym na skorzystanie z uprawnienia do odrzucenia oferty ze względu na pochodzenie produktów nią objętych oraz przedstawiają interpretację każdej z tych przesłanek. Artykuł stanowi odpowiedź na problemy związane ze stosowaniem art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Autorzy postulują nowelizację tego przepisu poprzez wprowadzenie obowiązku zamieszczenia uprawnienia do odrzucenia oferty ze względu na pochodzenie produktów objętych ofertą z państw trzecich, które nie gwarantują równego dostępu do krajowego rynku zamówień publicznych unijnym przedsiębiorcom oraz przedstawiają argumentację prawną i polityczną za taką zmianą.

**Słowa kluczowe:** prawo zamówień publicznych; zamówienia sektorowe; oferta preferencyjna.

### Tender rejection under Article 393 of the Polish Public Procurement Law (PPL) – remarks *de lege lata* and *de lege ferenda*

### Abstract

The article examines how Poland has implemented Article 85 of Directive 2014/25/EU, and determines what consequences arise from the discrepancies between the wording of Polish and EU provision. The prerequisites that allow contracting authorities to exercise the right to reject a tender, due to the origin of the products covered by it, are identified, and an interpretation of each of these prerequisites is provided. This discussion responds to problems related to the application of Article 393(1) point 4 of the Polish Public Procurement Law (PPL). The paper calls for the amendment of this provision, by introducing an obligation to include the right to reject a tender, due to the origin of the products covered by it, from third countries that do not guarantee equal access to the national public procurement market for EU entrepreneurs. Finally, the legal and political arguments in favour for such an amendment are presented.

\* Adwokat, partner zarządzający; Kancelaria Affre i Wspólnicy sp.k.; e-mail: joanna.affre@affre.pl. <https://orcid.org/0000-0001-8117-8369>.

\*\* Aplikant adwokacki; Kancelaria Affre i Wspólnicy sp.k.; e-mail: mateusz.restel@affre.pl. <https://orcid.org/0000-0001-7110-6230>.

**Keywords:** public procurement law; public contracts; preferential offer.

**JEL:** F13, F18, K21, K32, K33

## I. Wstęp

Polska wdrożyła art. 85 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych w art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp). Przepis ten pozwala zamawiającym publicznym na odrzucanie ofert z powodu pochodzenia produktów nimi objętych z krajów trzecich w stosunku do Unii Europejskiej. Mimo że od jego wdrożenia minęło już 18 lat, nie znalazł on powszechnego zastosowania w sektorowych zamówieniach publicznych.

Od tego czasu unijna polityka zagraniczna oraz polityka konkurencji bardzo się zmieniły. Instytucje unijne zaczęły uwzględniać w coraz większym stopniu ochronę wartości europejskich, przede wszystkim zaś promowanie zrównoważonego modelu gospodarki, społecznej odpowiedzialności przedsiębiorców oraz rozwoju innowacji. Wartości te znajdują swój wyraz w wielu przepisach regulujących prowadzenie działalności gospodarczej na obszarze Unii Europejskiej. W konsekwencji, unijni wykonawcy rywalizują w zamówieniach publicznych z przedsiębiorcami pochodzącymi z państw, w których koszty wytworzenia produktów są niższe (z uwagi na niższe wymogi środowiskowe i społeczne).

Komisja Europejska w wytycznych dotyczących udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich (z 2019 r.) wskazuje, że w ponad połowie procedur udzielania zamówień publicznych nadal stosuje się najniższą cenę jako jedyne kryterium udzielenia zamówienia. Kryteria jakościowe są w dalszym ciągu niedostatecznie wykorzystywane, choć dyrektywy w sprawie zamówień publicznych dają nabywcom publicznym dużą elastyczność, aby nabywać na podstawie opłacalności i kryteriów jakościowych. W takiej sytuacji uczciwa konkurencja pomiędzy wykonawcami z UE oraz wykonawcami z państw trzecich w zamówieniach publicznych staje się iluzoryczna.

W artykule analizujemy prawidłowość wdrożenia przez polskiego ustawodawcę art. 85 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (dalej: dyrektywa w sprawie zamówień sektorowych). Wskazujemy w nim różnice pomiędzy unijnym przepisem a jej polskim odpowiednikiem oraz nakreślamy konsekwencje tych różnic. Artykuł wychodzi naprzeciw zgłaszanym w literaturze przedmiotu zastrzeżeniom – między innymi trudności zamawiających z dokonaniem prawidłowej oceny czy ofertowane produkty pochodzą z państw gwarantujących równoważny dostęp do swoich rynków zamówień publicznych (Sołtysińska i Talago-Sławoj, 2016, art. 85).

Ostatnią część artykułu poświęcamy natomiast postulatowi nowelizacji art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Przedstawiamy tam argumentację za zmianą tego przepisu, wyróżniając przy tym argumenty prawne oraz argumenty polityczne.

## II. Obowiązujący stan prawny

### 1. Prawo unijne

#### 1.1. Dyrektywa w sprawie zamówień sektorowych

Artykuł 85 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych nałożył na państwa członkowskie UE obowiązek wdrożenia przepisów uprawniających zamawiającego do odrzucenia oferty, w której udział produktów pochodzących z państw trzecich przekracza 50% całkowitej wartości produktów objętych ofertą. Uprawnienie to jest określone w literaturze przedmiotu jako preferencje unijne (Kowalczyk i Szymańska, 2022; Bielarczyk, Gonet i Wójtowicz-Dawid, 2021; Molski, 2015).

Państwem trzecim w rozumieniu art. 85 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych jest państwo niebędące członkiem Unii Europejskiej, z którym Unia Europejska nie zawarła wielostronnej lub dwustronnej umowy zapewniającej porównywalny i skuteczny dostęp do rynków tego państwa. Najważniejszą umową wielostronną dotyczącą zamówień publicznych jest porozumienie w sprawie zamówień rządowych sporządzone w Marrakeszu dnia 15 kwietnia 1994 r. wraz z protokołem zmieniającym porozumienie w sprawie zamówień rządowych z 30 marca 2012 roku (dalej: porozumienie GPA). Umowami dwustronnymi są natomiast porozumienia o wolnym handlu (FTA), które poprawiają dostęp przedsiębiorcom stron do rynków zamówień publicznych drugiej strony<sup>1</sup>.

Zgodnie z art. 60 unijnego kodeksu celnego, towar całkowicie uzyskany w danym kraju lub na danym terytorium uznawany jest za pochodzący z tego kraju lub terytorium. Jeżeli w produkcję towaru zaangażowane jest więcej niż jedno państwo lub terytorium, towar uznaje się za pochodzący z kraju lub terytorium, w którym został on poddany ostatniemu istotnemu i ekonomicznie uzasadnionemu przetworzeniu lub obróbce, co spowodowało wytworzenie nowego produktu lub stanowiło istotny etap wytwarzania. W zakresie obliczania wartości produktów objętych ofertą art. 85 ust. 2 odsyła do przepisów unijnego kodeksu celnego.

Artykuł 85 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych dotyczy wyłącznie zamówień sektorowych na dostawy, których wartość jest równa lub większa 443 000 EUR. Zamówienia sektorowe obejmują następujące sektory gospodarki: gaz i energia cieplna (art. 8), energia elektryczna (art. 9), gospodarka wodna (art. 10), usługi transportowe (art. 11), porty i porty lotnicze (art. 12), usługi pocztowe (art. 13), jak również wydobywanie ropy naftowej i gazu oraz poszukiwanie lub wydobywanie węgla lub innych paliw stałych (art. 14).

Historycznie, art. 58 ust. 2 dyrektywy 2004/17/WE jako pierwszy ustanowił obowiązek wdrożenia przepisów o preferencjach unijnych. Dyrektywa w sprawie zamówień sektorowych uchyliła dyrektywę 2004/17/WE oraz zastąpiła art. 58 ust. 2 dyrektywy 2004/17/WE art. 85 ust. 2. Nie zmieniła ona jednak brzmienia art. 58 ust. 2 dyrektywy 2004/17/WE.

Artykuł 71 dyrektywy 2004/17/WE nałożył na państwa członkowskie obowiązek wprowadzenia przepisów niezbędnych do wykonania dyrektywy do dnia 31 stycznia 2006 roku.

<sup>1</sup> Komisja publikuje wykaz umów zawartych, negocjowanych i zawieszonych pod adresem: [https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/negotiations-and-agreements\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/negotiations-and-agreements_en).

## 1.2. Polityka handlowa instytucji unijnych wobec Chińskiej Republiki Ludowej – kształtowanie się strategii UE w zamówieniach publicznych

Z biegiem czasu instytucje unijne zaczęły dostrzegać wyzwania, jakie stawia przed nimi wymiana handlowa z państwami trzecimi. W latach 2016–2019 Unia przyjęła przepisy oraz akty prawa miękkiego, których celem było ograniczenie dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych wykonawcom, produktom i usługom pochodzącym z państw, które nie gwarantują równego dostępu do swojego rynku zamówień publicznych unijnym wykonawcom, produktom i usługom. Największy wpływ na rozwój polityki handlowej Unii w zamówieniach publicznych miały relacje handlowe Unii z Chinami. Instytucje unijne zauważyły, że Chiny nie są już państwem rozwijającym się<sup>2</sup> oraz nie gwarantują równoważnego dostępu do swojego rynku zamówień publicznych. Chiny są jedynym krajem, do którego instytucje unijne odnoszą się tak bezpośrednio w aktach prawnych o charakterze generalnym. Wytyczne Komisji dotyczące udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich powołują się bezpośrednio na treść komunikatu *UE-Chiny – perspektywa strategiczna*<sup>3</sup> przy uzasadnianiu powodów wydania wytycznych. Rozporządzenie IZM również stanowi wyraz realizacji założeń programowych polityki handlowej wobec Chin. Realizuje ono jednego z działań zarekomendowanych przez Komisję Europejską wraz z Wysokim Przedstawicielem Unii ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa w komunikacie *UE-Chiny – perspektywa strategiczna*. Polityka handlowa Unii Europejskiej wobec Chin doprowadziła więc do ukształtowania przepisów i środków o charakterze abstrakcyjnym. W poniższym fragmencie wyjaśniamy przyczyny i genezę przyjęcia takich przepisów i środków.

22 czerwca 2016 r. Komisja Europejska oraz Wysoki Przedstawiciel UE ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa skierowali wspólny komunikat do Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) *Elementy nowej strategii UE wobec Chin*. Podstawą strategii UE wobec Chin miało być zacieśnienie współpracy z uwzględnieniem zasad wzajemności, równych warunków działania i uczciwej konkurencji we wszystkich obszarach współpracy<sup>4</sup>. UE miała realizować powyższy cel w szczególności poprzez:

- zachęcanie Chin do odejścia od protekcjonistycznej polityki na rzecz otwartej i uczciwej konkurencji na rynku chińskim oraz na rynku europejskim (wyeliminowanie nieuczciwego subsydiowania oraz ochrony rynków krajowych przed zagraniczną konkurencją);
- dążenie do zapewnienia wzajemności i równych warunków działania – m.in. poprzez rozszerzenie dostępu europejskich przedsiębiorstw do rynku chińskiego i chińskich programów wsparcia badań i rozwoju; oraz
- oczekiwanie, że Chiny przedstawią ofertę przystąpienia do porozumienia w sprawie zamówień publicznych (GPA) odpowiadającą znaczeniu chińskiego rynku.

<sup>2</sup> Co do których Unia Europejska unika stosowania ograniczeń w handlu – np. art. 4 rozporządzenia IZM wyłącza możliwość wszczęcia postępowania wyjaśniającego w stosunku do krajów najstabilniej rozwiniętych (chyba że istnieją dowody na obchodzenie jakiegokolwiek środka IZM).

<sup>3</sup> Wspólny Komunikat Komisji Europejskiej i Wysokiego Przedstawiciela Unii ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej i Rady (UE) z 12 marca 2019 r., *UE-Chiny – perspektywa strategiczna*, JOIN(2019) 5 final, numer CELEX: 52019JC0005, eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019JC0005&qid=1728474104221.

<sup>4</sup> Wspólny Komunikat Komisji Europejskiej i Wysokiego Przedstawiciela Unii ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa do Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z 22 czerwca 2016 r., *Elementy nowej strategii UE wobec Chin*, JOIN(2016) 30 final, numer CELEX: 52016JC0030, eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016JC0030&qid=1728474300300, s. 2.



Następnie, w marcu 2019 r. Komisja Europejska wraz z Wysokim Przedstawicielem Unii ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa skierowali do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej i Rady (UE) wspólny komunikat *UE-Chiny – perspektywa strategiczna*. Komunikat wskazuje, że głównym fundamentem unijnej strategii gospodarczej wobec Chin pozostaje strategia wyrażona w komunikacie *Elementy nowej strategii wobec Chin z 2016 roku*<sup>5</sup>. W komunikacie z 2019 r. instytucje unijne wyrażają natomiast założenie, że rosnąca rola Chin w Europie powinna iść w parze z większą odpowiedzialnością za utrzymanie międzynarodowego porządku opartego na zasadach, jak również większą wzajemnością, niedyskryminacją i otwartością chińskiego systemu gospodarczego. Komisja wraz z Wysokim Przedstawicielem Unii ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa stawiają jako jeden z głównych celów zdecydowane dążenie „do uzyskania bardziej wyrównanych warunków opartych na zasadzie wzajemności”<sup>6</sup>.

W Komunikacie *UE-Chiny – perspektywa strategiczna* Komisja i Wysoki Przedstawiciel zwracają się do Rady Europejskiej o zatwierdzenie 10 działań w polityce gospodarczej wobec Chin. W odniesieniu do zamówień publicznych ważne znaczenie mają:

- działanie 6 – przyjęcie do końca 2019 r. instrumentu dotyczącego udzielania zamówień publicznych w kontekście międzynarodowym; oraz
- działanie 7 – publikacja do połowy 2019 r. wytycznych dotyczących udziału zagranicznych oferentów w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów zagranicznych.

Na posiedzeniu w dniach 21–22 marca 2019 r. Rada Europejska wyraziła poparcie dla 10 działań zaproponowanych przez Komisję i Wysokiego Przedstawiciela ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa. Jednocześnie Rada Europejska wezwała Unię do ochrony jej interesów w obliczu nieuczciwych praktyk państw trzecich poprzez pełne wykorzystanie instrumentów ochrony handlu i przepisów dotyczących zamówień publicznych, a także zapewnienie faktycznej wzajemności z państwami trzecimi w zakresie zamówień publicznych. Rada Europejska podkreśliła również potrzebę zapewnienia uczciwej konkurencji w ramach jednolitego rynku i na szczeblu globalnym zarówno w celu ochrony konsumentów, jak i na potrzeby wspierania wzrostu gospodarczego i konkurencyjności, zgodnie z długofalowymi interesami strategicznymi Unii<sup>7</sup>.

### 1.3. Wytyczne Komisji dla zamawiających publicznych

13 sierpnia 2019 r. Komisja Europejska opublikowała wytyczne dotyczące udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich. Wytyczne stanowią realizację działania 6 z komunikatu *UE-Chiny – perspektywa strategiczna*. Wytyczne są kierowane do „nabywców publicznych” (czyli zamawiających) i mają im pomóc w zrozumieniu praktycznych aspektów procedur udzielania zamówień publicznych określonych w przepisach UE w sytuacji, gdy w przetargu biorą udział uczestnicy z państw trzecich. Ich celem jest ponadto propagowanie uwzględniania pozacenowych kryteriów wyboru oferty, w szczególności norm w dziedzinie pracy, środowiska i bezpieczeństwa. Komisja wyraża nadzieję, że „znajomość i wykorzystanie możliwości oferowanych przez istniejące ramy

<sup>5</sup> Szerzej – akapit powyżej.

<sup>6</sup> Komunikat Komisji z 13 sierpnia 2019 r. *Wytyczne dotyczące udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich* (Dz. Urz. UE C 271 z 13.08.2019 r., s. 44).

<sup>7</sup> Tamże, s. 44.

prawne pomoże wzmocnić jednolity rynek i przyczyni się do wyrównania szans na unijnym rynku zamówień publicznych”.

Wytyczne wyjaśniają jak w praktyce zamawiający z sektora użyteczności publicznej może bezpiecznie skorzystać z możliwości odrzucenia oferty dotyczącej zamówień na dostawy, jeżeli ponad 50% produktów pochodzi z państw trzecich. Wynika z nich, że nabywca publiczny w sektorze użyteczności publicznej może odrzucać oferty dotyczące zamówień na dostawy, jeżeli ponad 50% produktów pochodzi z określonych państw trzecich. Jeżeli nie skorzysta on z tego uprawnienia, to jest zobowiązany do preferowania równoważnych ofert o udziale produktów pochodzących z państw trzecich na poziomie poniżej 50%. Wytyczne określają również sposób, w jaki należy zweryfikować czy państwo, z którego pochodzi produkt zapewnia równoważny dostęp do swojego rynku zamówień publicznych.

#### 1.4. Rozporządzenie IZM

23 sierpnia 2022 r. Parlament Europejski i Rada (UE) wydały rozporządzenie w sprawie dostępu wykonawców, towarów i usług z państw trzecich do unijnych rynków zamówień publicznych i koncesji oraz procedur wspierających negocjacje dotyczące dostępu unijnych wykonawców, towarów i usług do rynków zamówień publicznych i koncesji państw trzecich (Instrument Zamówień Międzynarodowych – IZM)<sup>8</sup>.

Rozporządzenie IZM reguluje postępowanie przed Komisją Europejską w sprawie zarzutów dotyczących środka lub praktyki państwa trzeciego. Przez środek lub praktykę państwa trzeciego rozporządzenie rozumie „wszelkie ustawowe, regulacyjne lub administracyjne środki, procedury lub praktyki, lub ich połączenie, przyjęte lub utrzymywane przez organy publiczne lub poszczególne instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające w państwie trzecim, na jakimkolwiek poziomie, które powodują poważne i powtarzające się ograniczenia dostępu unijnych wykonawców, towarów lub usług do rynków zamówień publicznych i koncesji tego państwa trzeciego”<sup>9</sup>. Komisja wszczyna takie postępowanie z własnej inicjatywy lub na wniosek osoby lub podmiotu, na którego interes może mieć wpływ środek lub praktyka państwa trzeciego (np. unijnego wykonawcy).

Komisja Europejska może w ramach takiego postępowania nałożyć na państwo trzecie środki IZM. Polegają one na nakazaniu instytucjom zamawiającym lub podmiotom zamawiającym, aby:

- a) zastosowały korektę punktacji na oferty złożone przez wykonawców pochodzących z tego państwa trzeciego; lub
- b) wykluczyły oferty złożone przez wykonawców pochodzących z tego państwa trzeciego.

Komisja może nałożyć środek IZM, pod warunkiem, że spełnione zostaną następujące przesłanki łącznie: środek lub praktyka państwa trzeciego skutkują poważnym i powtarzającym się ograniczeniem dostępu unijnych wykonawców, towarów lub usług do rynków zamówień publicznych lub koncesji w państwie trzecim; oraz przyjęcie takiego środka leży w interesie Unii.

<sup>8</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2022/1031 z 23 czerwca 2022 r. w sprawie dostępu wykonawców, towarów i usług z państw trzecich do unijnych rynków zamówień publicznych i koncesji oraz procedur wspierających negocjacje dotyczące dostępu unijnych wykonawców, towarów i usług do rynków zamówień publicznych i koncesji państw trzecich (Instrument Zamówień Międzynarodowych – IZM) (Dz. Urz. UE L 173 z 30.06.2022 r., s. 1–16).

<sup>9</sup> Art. 2 ust. 1 lit. i) Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2022/1031 z 23 czerwca 2022 r. w sprawie dostępu wykonawców, towarów i usług z państw trzecich do unijnych rynków zamówień publicznych i koncesji oraz procedur wspierających negocjacje dotyczące dostępu unijnych wykonawców, towarów i usług do rynków zamówień publicznych i koncesji państw trzecich (Instrument Zamówień Międzynarodowych – IZM) (Dz. Urz. UE L 173 z 30.06.2022 r., s. 7).

W środku IZM Komisja określa:

- sektory lub kategorie towarów, usług i koncesji oraz wyjątki;
- określone kategorie instytucji zamawiających lub podmiotów zamawiających;
- określone kategorie wykonawców;
- określone progi, równe lub wyższe od progu 5 000 000 EUR dla towarów lub usług oraz 15 000 000 EUR dla robót budowlanych;
- w stosownych przypadkach, wartości procentowe korekty punktacji – nie wyższe niż 50% punktacji oferty.

Środek IZM wygasa w ciągu 5 lat od jego wejścia w życie. Komisja może przedłużyć okres obowiązywania środka IZM o kolejne 5 lat, o ile otworzy przegląd środka IZM nie później niż 9 miesięcy przed dniem jego wygaśnięcia oraz zakończy jego przegląd w ciągu 6 miesięcy.

Nałożenie środka IZM nakłada na zamawiających obowiązki związane z organizacją przetargu. W przypadku organizacji przetargu o udzielenie zamówienia publicznego, które są objęte środkiem IZM, a także w przypadku zamówień udzielanych na podstawie umowy ramowej, w przypadku gdy wartość szacunkowa tych zamówień jest równa lub wyższa od wartości określonych w art. 8 dyrektywy 2014/23/UE, art. 4 dyrektywy 2014/24/UE i art. 15 dyrektywy 2014/25/UE oraz w przypadku gdy te umowy ramowe były objęte środkiem IZM, zamawiający musi zamieścić w dokumentacji przetargowej następujące zobowiązania zwycięskich oferentów:

- a) niezlecenie w ramach podwykonawstwa więcej niż 50% całkowitej wartości zamówienia wykonawcom pochodzącym z państwa trzeciego objętego środkiem IZM;
- b) w przypadku zamówień, których przedmiot obejmuje dostawę towarów – zapewnienie, aby w okresie obowiązywania umowy towary dostarczone lub usługi świadczone w ramach realizacji zamówienia i pochodzące z państwa trzeciego objętego środkiem IZM odpowiadały nie więcej niż 50% całkowitej wartości zamówienia, niezależnie od tego, czy takie towary lub usługi są dostarczane lub świadczone bezpośrednio przez zwycięskiego oferenta czy przez podwykonawcę;
- c) dostarczenie, na żądanie, instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu odpowiednich dowodów odpowiadających lit. a) lub b), najpóźniej w chwili zakończenia realizacji zamówienia;
- d) uiszczenie proporcjonalnej opłaty w razie nieprzestrzegania zobowiązań, o których mowa w lit. a) lub b), w wysokości od 10 do 30% całkowitej wartości zamówienia.

## 2. Implementacja przepisów w Polsce

Polski ustawodawca implementował dyrektywę 2004/17/WE ustawą z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. 2006 Nr 79, poz. 551). Ustawodawca transponował art. 58 ust. 2 dyrektywy 2004/17/WE poprzez dodanie art. 138c ust. 1 pkt 4 do ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku. Nowelizacja przepisów weszła w życie 25 maja 2006 r., a więc z około 5-miesięcznym opóźnieniem.

Artykuł 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych uchylił ustawę – Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. w związku z wejściem w życie od 1 stycznia 2021 r. nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych

z dnia 11 września 2019 roku. Ustawodawca zastąpił art. 138c uchylonej ustawy, art. 393 nowej ustawy.

Polska wdrożyła art. 85 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych w sposób opisany poniżej. W sytuacji gdy zamawiający przewidział w ogłoszeniu o przetargu lub w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) możliwość odrzucenia oferty, to może skorzystać z tego uprawnienia, jeżeli udział produktów stanowiących ofertę, w tym oprogramowania wykorzystywanego w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, nie przekracza 50% (art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp). W sytuacji gdy zamawiający nie przewidział możliwości odrzucenia oferty z powodu udziału produktów z państw preferencyjnych, może odrzucić taką ofertę w razie spełnienia warunków określonych w art. 393 ust. 2 pzp. Chodzi o sytuację, w której zamawiający nie może wybrać najkorzystniejszej oferty, ponieważ złożono co najmniej dwie oferty równoważne. Oferta jest równoważna, jeżeli różnica między ceną najkorzystniejszej oferty a cenami innych ofert, które nie mogłyby zostać odrzucone na podstawie ust. 1 pkt 4 nie przekracza 3%. Zamawiający nie może jednak skorzystać z tego uprawnienia, jeżeli jego zastosowanie prowadziłoby do nabycia urządzeń niekompatybilnych z urządzeniami, którymi dysponuje zamawiający, innymi trudnościami technicznymi w eksploatacji i utrzymaniu urządzeń lub wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów (art. 393 ust. 3 pzp).

Polski ustawodawca przyjął zatem inne kryterium pozwalające zamawiającemu na odrzucenie oferty na podstawie art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp niż kryterium, które przewiduje art. 85 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych. Kryterium, o jakim mowa w art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp, polega na tym, że udział w ofercie produktów pochodzących z państw preferencyjnych nie przekracza 50%. Art. 85 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych ujmuje kryterium uprawniające do odrzucenia oferty w odwrotny sposób, tj. udział w ofercie produktów pochodzących z państw niepreferencyjnych przekracza 50%. Oznacza to, że polski ustawodawca rozszerzył uprawnienie do odrzucenia oferty ponad to, co przewiduje dyrektywa w sprawie zamówień sektorowych. Zgodnie z polskimi przepisami wykonawca może odrzucić ofertę, w której udziały produktów z państw preferencyjnych oraz z państw niepreferencyjnych wynoszą równo po 50%. Według przepisów unijnych zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty, gdy udziały wynoszą równo po 50%. Dzieje się tak, ponieważ art. 85 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych wymaga do odrzucenia oferty, aby udział produktów z państw trzecich wynosił ponad 50%.

Dodatkowo, polskie przepisy nie określają w jaki sposób należy obliczyć wysokość udziału produktów z państw preferencyjnych ani nie zawierają bezpośredniego odesłania do przepisów unijnego kodeksu celnego w tym zakresie. Art. 85 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych natomiast jasno wskazuje, że chodzi o całkowitą wartość produktów objętych ofertą i odsyła w zakresie jej obliczania do przepisów unijnego kodeksu celnego.

Uzasadnienie rządowego projektu ustawy z dnia 19 października 2005 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych nie zawierało informacji, dlaczego ustawodawca zdecydował się transponować art. 58 ust. 2 dyrektywy 2004/17/WE poprzez przyznanie zamawiającemu sektorowemu uprawnienia (a nie obowiązku) do zawarcia w ogłoszeniu o przetargu lub w SIWZ postanowienia uprawniającego do odrzucenia oferty niespełniającej progów preferencji unijnych.

### III. Przesłanki uprawniające zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp

Istnieje kilka, omówionych szerzej poniżej, przesłanek, których łączne spełnienie uprawnia obecnie zamawiającego publicznego do odrzucenia oferty na podstawie art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp. Ma on do tego prawo, w przypadku gdy:

- postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia sektorowego;
- przedmiotem zamówienia są dostawy;
- udział produktów pochodzących z tzw. państw preferencyjnych nie przekracza 50%;
- zamawiający przewidział możliwość odrzucenia oferty w ogłoszeniu o przetargu lub w SIWZ.

#### 1. Postępowanie dotyczy zamówienia sektorowego

Prawo zamówień publicznych ogranicza stosowanie art. 393 ust. 1 wyłącznie do postępowań o udzielenie zamówienia sektorowego<sup>10</sup>. Artykuł 7 pkt 35 pzp definiuje pojęcie „zamówienia sektorowego”. Jest nim „zamówienie udzielane przez zamawiającego sektorowego w celu prowadzenia jednego z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4”<sup>11</sup>. Definicja zamówienia sektorowego posługuje się pojęciem „zamawiającego sektorowego”, które obejmuje:

- 1) zamawiających publicznych w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w ust. 4;
- 2) inne niż określone w pkt 1 podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w ust. 4, oraz na których zamawiający publiczni, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają dominujący wpływ, w szczególności:
  - a) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub
  - b) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
  - c) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;
- 3) inne niż określone w pkt 1 i 2 podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w ust. 4, jeżeli działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych.

Artykuł 5 ust. 4 określa natomiast jakiego rodzaju działalność jest działalnością sektorową.

Przepis ten wyróżnia siedem sektorów:

- 1) gospodarkę wodną,
- 2) energię elektryczną,
- 3) gaz i energię cieplną,
- 4) usługi transportowe,
- 5) porty, przystanie i porty lotnicze,
- 6) usługi pocztowe oraz
- 7) wydobywanie paliw.

<sup>10</sup> Wytyczne posługują się pojęciem „zamówień w sektorze użyteczności publicznej”. Zgodnie z wytycznymi, podmiotami uprawnionymi do skorzystania z uprawnienia z art. 85 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych są „nabywcy publiczni działający w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych”. Art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp reguluje więc zakres zastosowania przepisu w bardziej szczegółowy sposób.

<sup>11</sup> Art. 7 pkt 35 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.).

Działalność sektorowa w sektorze gospodarki wodnej obejmuje:

- a) udostępnianie lub obsługę stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej;
- b) dostarczanie wody pitnej do sieci, o których mowa w lit. a, chyba że:
  - produkcja wody pitnej przez zamawiającego sektorowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, jest niezbędna do prowadzenia działalności innej niż określona w pkt 1–4 oraz
  - dostarczanie wody pitnej do sieci uzależnione jest wyłącznie od własnego zużycia zamawiającego i w okresie ostatnich 3 lat łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 30% wielkości jego łącznej produkcji;
- c) związane z działalnością, o której mowa w lit. a i b, działania w zakresie:
  - projektów dotyczących inżynierii wodnej, nawadniania lub melioracji, pod warunkiem że ilość wody wykorzystywanej do celów dostaw wody pitnej stanowi ponad 20% łącznej ilości wody dostępnej dzięki tym projektom lub instalacjom nawadniającym lub melioracyjnym;
  - odprowadzania lub oczyszczania ścieków.

Działalnością sektorową w sektorze energii elektrycznej jest:

- a) udostępnianie lub obsługa stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej;
- b) dostarczanie energii elektrycznej do sieci, o których mowa w lit. a, chyba że:
  - produkcja energii elektrycznej przez zamawiającego sektorowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, jest niezbędna do prowadzenia działalności innej niż określona w pkt 1–4 oraz
  - dostarczanie energii elektrycznej do sieci uzależnione jest wyłącznie od własnego zużycia zamawiającego i w okresie ostatnich 3 lat łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 30% łącznej produkcji energii elektrycznej.

Działalność sektorowa w sektorze gazu i energii cieplnej dotyczy:

- a) udostępniania lub obsługi stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją gazu lub energii cieplnej;
- b) dostarczania gazu lub energii cieplnej do sieci, o których mowa w lit. a, chyba że:
  - produkcja gazu lub energii cieplnej przez zamawiającego sektorowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, stanowi nieuniknioną konsekwencję prowadzenia działalności innej niż określona w pkt 1–4 oraz
  - dostarczanie gazu lub energii cieplnej do sieci ma na celu wyłącznie ekonomiczne wykorzystanie produkcji i w okresie ostatnich 3 lat, łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 20% przeciętnych przychodów zamawiającego.

Działalność sektorowa w sektorze usług transportowych obejmuje udostępnianie lub obsługę sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, autobusowego, koleją linową lub przy użyciu systemów automatycznych.

Działalnością sektorową w sektorze portów, przystani i portów lotniczych jest działalność związana z eksploatacją obszaru geograficznego w celu udostępniania przewoźnikom lotniczym, przewoźnikom morskim oraz przewoźnikom śródlądowym odpowiednio portów lotniczych, portów morskich i portów śródlądowych lub innych terminali.

Działalność sektorowa w sektorze usług pocztowych to świadczenie usług:

- a) przyjmowania, sortowania, przemieszczania lub doręczania przesyłek pocztowych;
- b) zarządzania usługami, o których mowa w lit. a, oraz świadczeniu usług dotyczących przesyłek nieuwzględnionych w lit. a, takich jak druki bezadresowe, o ile te usługi są świadczone przez podmiot świadczący usługi, o których mowa w lit. a.

Natomiast działalność sektorowa w sektorze wydobywania paliw obejmuje wydobywanie ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwanie lub wydobywanie węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych.

## 2. Przedmiotem zamówienia są dostawy

Zamawiający może skorzystać z uprawnienia określonego w art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp wyłącznie w przypadku zamówienia sektorowego na dostawy. W rozumieniu tego przepisu produktem jest również oprogramowanie wykorzystywane w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych. Powyższe oznacza, że przepisu tego nie stosuje się, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane albo usługi. Zakres zastosowania art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp pokrywa się więc z zakresem art. 85 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych, ponieważ przepis unijny również dotyczy wyłącznie zamówień na dostawy („Każda oferta przedłożona w kontekście udzielenia zamówienia na dostawy może zostać odrzucona, jeżeli...”<sup>12</sup>).

Przepisy ograniczają zamawiającym możliwość skorzystania z uprawnienia z art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp wyłącznie do zamówień, które przekraczają progi ustawowe. Takie ograniczenie wynika z art. 2 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 2 pzp i art. 15 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych. Ograniczenie to polega na tym, że przepisy ustawy prawo zamówień publicznych (a więc również art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp) stosuje się do zamówień sektorowych, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne. Dla zamówień sektorowych na dostawy szacunkowa wartość zamówienia bez podatku VAT powinna być co najmniej równa 443 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 2 054 235 zł. Zgodnie z art. 3 ust. 2 pzp, Prezes UZP informuje o aktualnych progach unijnych oraz o aktualnym kursie przeliczania wartości zamówienia z EUR na PLN. Z obwieszczenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2023 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów wynika, że kurs ten obecnie wynosi 4,6371 zł. Obwieszczenie obowiązuje od dnia 1 stycznia 2024 r., a Prezes UZP aktualizuje je co dwa lata (art. 3 ust. 3 pzp w zw. z art. 17 ust. 4 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych).

## 3. Udział produktów pochodzących z państw preferencyjnych nie przekracza 50%

Aby zamawiający mógł skorzystać z uprawnienia do odrzucenia oferty, udział produktów pochodzących z tzw. państw preferencyjnych UE nie może być wyższy niż 50%. W ramach tej przesłanki wyróżniamy dwa kryteria:

- a) wysokości udziału określonych produktów w ofercie (50%);
- b) kraju pochodzenia produktów objętych ofertą.

<sup>12</sup> Art. 85 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2014/25/WE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przed podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 322).

Poniżej wyjaśniamy reguły obliczania wysokości udziału (3.1) oraz reguły dotyczące określenia, które państwa należą do grupy tzw. państw preferencyjnych UE (3.2).

### 3.1. Reguły obliczania wysokości udziału poszczególnych produktów w ofercie

Artykuł 393 ust. 1 pkt 4 pzp ustanawia wymóg, aby wysokość udziału produktów pochodzących z państw preferencyjnych UE nie była wyższa niż 50%, milczy jednak na temat sposobu, w jaki należy udział ten obliczyć. Jego treść jest w tym zakresie uboższa niż treść dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych.

Artykuł 393 ust. 1 pkt 4 pzp stanowi implementację art. 85 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych, który dotyczy stosunków handlowych pomiędzy Unią Europejską a państwami trzecimi w stosunku do niej. Konkretniej, przepis ten reguluje zasady dostępu państw trzecich do rynku zamówień publicznych sektorowych organizowanych przez zamawiających publicznych w państwie członkowskim UE. Zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. e) TFUE Unia Europejska ma kompetencję wyłączną w sprawach wspólnej polityki handlowej. Artkuł 4 ust. 3 TUE nakłada na państwa członkowskie obowiązek podejmowania wszelkich środków właściwych dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z traktatów lub aktów instytucji Unii oraz obowiązek ułatwienia wypełniania przez Unię jej zadań i powstrzymania się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu celów Unii. Określenie zasad dostępu państw trzecich do rynku zamówień publicznych sektorowych organizowanych przez zamawiających publicznych w państwie członkowskim UE mieści się więc w zakresie kompetencji wyłącznych UE.

Konsekwencją powyższego jest obowiązek prounijnej wykładni przepisów krajowych. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 24 kwietnia 2018 r. (sygn. KIO/KU 15/18) zwraca uwagę, że „dokonując wykładni przepisów Prawa zamówień publicznych należy mieć na uwadze obowiązek prounijnej wykładni przepisów prawa krajowego”. Organ przywołuje w uchwale wyrok TSUE z 5 października 2004 r. (połączone sprawy od C-397/01 do C-403/01) i stwierdza, że „stosując prawo krajowe, a zwłaszcza przepisy uregulowania przyjętego w celu wprowadzenia wymagań dyrektywy, organ krajowy jest zobowiązany interpretować prawo krajowe w najszerszym możliwym zakresie, w świetle brzmienia i celu danej dyrektywy, aby osiągnąć rezultat przez nią przewidziany, a co za tym idzie, zapewnić zgodność z art. 288 TFUE”. W konsekwencji, stosując art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp, należy interpretować przesłankę udziału w taki sposób, aby zapewnić pełną skuteczność art. 85 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych.

Artykuł 85 ust. 2 tej dyrektywy wyraźnie określa, że punktem odniesienia udziału procentowego produktów z państw trzecich jest całkowita wartość produktów objętych ofertą złożoną w zamówieniu sektorowym na dostawy. Przepis ten nakazuje stosowanie przepisów unijnego kodeksu celnego do obliczania kryterium wysokości udziału produktów z państw niepreferencyjnych UE.

Przepis dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych odsyła do unijnego kodeksu celnego w sposób nieprecyzyjny. Artykuł 85 nie określa, które przepisy unijnego kodeksu celnego należy stosować do obliczania wartości produktów objętych ofertą. Wytyczne Komisji nie poruszają natomiast tego aspektu w swojej treści.

Celem odesłania, zawartego w art. 85 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych, jest stosowanie przepisów unijnego kodeksu celnego na potrzeby ustalenia wartości produktów



pochodzących z państw trzecich. Chodzi o produkty pochodzące z państw niepreferencyjnych, ponieważ art. 85 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych uprawnia do odrzucania ofert zawierających produkty z państw trzecich niezależnie od atrakcyjności oferty w świetle kryteriów udzielania zamówienia. O niepreferencyjnym charakterze tych państw świadczy ponadto ust. 3 tego artykułu, ponieważ nakazuje w sytuacji dwóch równoważnych ofert preferowanie oferty, która nie może zostać odrzucona na podstawie ust. 2.

Podobną funkcję w unijnym kodeksie celnym spełniają przepisy rozdz. 3 („wartość celna towarów”). Ich celem jest określenie wartości celnej towarów w ramach stosowania wspólnej polityki celnej oraz środków pozataryfowych. Wspólna polityka celna dotyczy natomiast wymiany handlowej pomiędzy Unią a państwami trzecimi (tj. krajami lub terytoriami znajdującymi się poza obszarem celnym Unii). Podobieństwo art. 85 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych oraz przepisów rozdz. 3 unijnego kodeksu celnego polega więc na tym, że dotyczą one wymiany handlowej pomiędzy Unią a państwami trzecimi.

Zgodnie z art. 69 unijnego kodeksu celnego, wartość celną towarów należy określać zgodnie z przepisami art. 70 i 74. Art. 70 reguluje ustalanie wartości celnej towarów w oparciu o wartość transakcyjną towarów. Art. 70 ust. 1 unijnego kodeksu celnego definiuje ją jako cenę „faktycznie zapłaconą lub należną za towary, gdy zostały one sprzedane w celu wywozu na obszar celny Unii, w razie potrzeby skorygowana”. Cena faktycznie zapłacona lub należna to całkowita płatność, która została lub ma zostać dokonana przez kupującego sprzedającemu lub przez kupującego stronie trzeciej na korzyść sprzedającego za przywożone towary i obejmująca wszystkie płatności, które zostały lub mają zostać dokonane jako warunek sprzedaży przywożonych towarów (art. 70 ust. 2).

Artykuł 71 unijnego kodeksu celnego określa elementy, jakie należy wliczać do ceny faktycznie zapłaconej lub należnej. Są nimi na przykład prowizje i koszty pośrednictwa, koszty pakowania, honoraria, tantiemy i opłaty licencyjne, koszty transportu i ubezpieczenia przywożonych towarów czy opłaty załadunkowe manipulacyjne związane z ich transportem.

Artykuł 72 określa natomiast elementy niewliczane do wartości celnej. Są nimi między innymi różne koszty ponoszone po wprowadzeniu towaru na obszar celny UE, takie jak koszty transportu tych towarów, koszty związane z pracami budowlanymi, instalacyjnymi, montażowymi, obsługą lub pomocą techniczną, na przykład zakłady przemysłowe, maszyny lub wyposażenie, a także inne wyszczególnione w art. 72 koszty.

Jeżeli nie można ustalić wartości celnej towarów na podstawie metodologii określonej w art. 70 unijnego kodeksu celnego, to art. 74 tego kodeksu nakazuje stosowanie zastępczych metod ustalania wartości celnej. Kolejność, w jakiej art. 74 ust. 2 unijnego kodeksu celnego wymienia zastępcze metody decyduje o pierwszeństwie ich zastosowania. Przepis ten zalicza do zastępczych metod określania wartości celnej:

- wartość transakcyjną identycznych towarów sprzedawanych w celu wywozu na obszar celny Unii i wywożonych w tym samym lub w zbliżonym czasie, co towary, dla których ustalana jest wartość celna;
- wartość transakcyjną podobnych towarów sprzedawanych w celu wywozu na obszar celny Unii i wywożonych w tym samym lub w zbliżonym czasie, co towary, dla których ustalana jest wartość celna;

- wartość oparta na cenie jednostkowej, po jakiej towary przywożone lub towary identyczne lub podobne sprzedawane są na obszarze celnym Unii w największych zbiorczych ilościach osobom niepowiązanym ze sprzedającymi;
- wartość kalkulowaną będącą sumą kosztów wytworzenia, kwoty zysku i kosztów ogólnych w wysokości zwyczajowo przyjętej w towarach tego samego gatunku lub rodzaju oraz kosztów transportu i ubezpieczenia i opłat załadunkowych i manipulacyjnych.

Powyższe przepisy unijnego kodeksu celnego należy stosować w postępowaniach przetargowych odpowiednio, to znaczy z uwzględnieniem specyfiki zamówień publicznych. Oznacza to, że zamawiający nie będzie ustalał wartości produktów w oparciu o przepisy unijnego kodeksu celnego, a jedynie określi w ogłoszeniu o przetargu lub w SIWZ, że:

- może odrzucić oferty, w których udział produktów pochodzących z państw preferencyjnych nie przekracza 50% oraz
- środki dowodowe, dokumenty lub oświadczenia, za pomocą których składający ofertę wykonawca może wykazać wysokość udziału produktów z państw preferencyjnych w swojej ofercie.

Jeżeli oświadczenie wykonawcy o udziale produktów pochodzących z państw preferencyjnych budzi wątpliwości zamawiającego, to powinien on wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonego oświadczenia na podstawie art. 223 ust. 1 pzp. Krajowa Izba Odwoławcza zwraca w swoim orzecznictwie uwagę na to, aby wyjaśnienie treści oświadczenia nie prowadziło do zmiany lub uzupełnienia treści oferty, ponieważ jest to sprzeczne z art. 223 ust. 1 zd. 2 pzp. Przepis ten zabrania prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lipca 2016 r., sygn. KIO 1184/16).

W rezultacie, norma odsyłająca do unijnego kodeksu celnego w zakresie metod kalkulacji udziału w ofercie produktów pochodzących w państwach niepreferencyjnych jest adresowana do składającego ofertę wykonawcy.

Odesłanie do metodyki określania wartości towarów w unijnym kodeksie celnym będzie w praktyce miało znaczenie w jednej sytuacji – gdy część produktów objętych ofertą pochodzi z państw preferencyjnych, a część – z państw niepreferencyjnych. W sytuacji, gdy całość produktów objętych ofertą pochodzi z państw preferencyjnych albo z państw niepreferencyjnych, nie ma potrzeby odwoływania się do określonej w unijnym kodeksie celnym metodyki, ponieważ udział będzie odpowiednio wynosić 100 albo 0%.

### 3.2. Reguły określania kraju pochodzenia produktu

Artykuł 393 ust. 1 pkt 4 pzp określa kryterium pochodzenia produktów objętych ofertą jako „państwa członkowskie Unii Europejskiej, państwa, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państwa, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE”. Chodzi zatem o udział w ofercie produktów pochodzących z państw preferencji unijnej.

Artykuł 85 ust. 1 i 2 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych mówią natomiast o „państwach trzecich, z którymi Unia nie zawarła wielostronnych ani dwustronnych umów zapewniających przedsiębiorstwom Unii porównywalny i skuteczny dostęp do rynków tych państw trzecich”. Jest

to więc kryterium pochodzenia produktów w ofercie z państw niepreferencyjnych. Taka redakcja przepisu utrudnia jego zrozumienie przez zamawiających, powodując, że nie jest on w pełni skuteczny. W konsekwencji przyjmujemy, że Polska nie dokonała prawidłowej implementacji art. 85 ust. 1 i 2 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych.

Państwem, z którego pochodzi produkt objęty ofertą jest państwo, w którym towar został poddany ostatniej istotnej, ekonomicznie uzasadnionej obróbce lub przetworzeniu prowadzącym do wytworzenia nowego produktu lub stanowiącym istotny etap wytwarzania produktu. Artykuł 85 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych zawiera odesłanie w tym zakresie do art. 60 unijnego kodeksu celnego. Artykuł 393 ust. 1 pkt 4 pzp nie zawiera takiego bezpośredniego odesłania. Nie ulega natomiast wątpliwości, że kryterium państwa ostatniej istotnej, ekonomicznie uzasadnionej obróbki lub przetworzenia należy stosować w zamówieniach sektorowych w Polsce. Po pierwsze, wymaga tego zasada pronijnej wykładni (omówiliśmy ten aspekt szerzej w ppkt a powyżej). Po wtóre, stosowanie tego kryterium wynika wprost z orzecznictwa KIO. W wyroku z dnia 20 lipca 2016 r. (sygn. KIO 1186/16) organ ten stwierdził, że „Z punktu widzenia przepisu art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp [obecnie: art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp] nie jest bowiem istotne to, w jakim kraju siedzibę ma dany producent, ale to, w jakim kraju oferowany przez niego towar został poddany ostatniej istotnej, ekonomicznie uzasadnionej obróbce lub przetworzeniu”.

W postępowaniu przetargowym zamawiający publiczny powinien ukształtować postanowienia ogłoszenia o przetargu lub SIWZ w taki sposób, aby mieć możliwość rzeczywistej weryfikacji państwa pochodzenia produktów w ofertach. W sytuacji, gdy zamawiający wymaga od wykonawców jedynie załączenia oświadczenia o pochodzeniu produktów objętych ofertą, to późniejsza weryfikacja będzie mocno ograniczona. W takiej sytuacji zamawiający nie może wezwać wykonawcy do złożenia dodatkowych dokumentów potwierdzających państwo ostatniego istotnego, ekonomicznie przetworzenia lub obróbki (np. certyfikatu), ponieważ byłoby to sprzeczne z art. 223 ust. 1 zd. 2 pzp. Jeżeli oświadczenie wykonawcy budzi wątpliwości, to zamawiający powinien wezwać go do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 128 ust. 4 pzp. KIO w wyroku z 28 lutego 2022 r. (sygn. KIO 311/22) wyraźnie dopuściła możliwość wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oświadczenia o pochodzeniu produktów objętych ofertą.

Zamawiający może żądać udokumentowania pochodzenia produktów objętych ofertą szerzej niż tylko poprzez złożenie oświadczenia. Taki wniosek wynika z treści wyroku KIO z dnia 16 stycznia 2015 r. (sygn. KIO 2671/14). Organ stwierdził w nim, że:

„Brak jest również podstaw do uznania, że zamawiający niezasadnie zaniechał odrzucenia oferty konsorcjum (...) z uwagi na fakt, iż wykonawca ten, pomimo złożenia oświadczeń o pochodzeniu towarów, nie spełnia warunku związanego z koniecznością dostarczenia towarów w ilości przekraczającej 50% z krajów UE lub z krajów, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców. Podkreślić należy, że zamawiający, dla wykazania spełnienia tego warunku, żądał jedynie złożenia oświadczenia (...). Zamawiający nie wymagał natomiast innych danych, w szczególności konkretnego wskazania pochodzenia oferowanych urządzeń. Konsorcjum uczyniło zadość wymaganiom siwz, składając wymagane oświadczenie i w związku z brakiem konieczności składania innych dokumentów, bądź danych mających służyć potwierdzeniu powyższego wymogu, brak jest podstaw do

uznania, że jego oferta była w tym zakresie wadliwa. Podkreślenia wymaga, iż konsorcjum nie wskazało w ofercie kraju pochodzenia liczników i nie miało obowiązku do takiego wskazania. Nawet przy założeniu, iż liczniki produkowane będą w Mołdawii, odrzucenie oferty z powodu niespełnienia wymogu w zakresie wskazanego wymogu nie jest możliwe. Jest to bowiem tylko przypuszczenie odwołującego, które samo w sobie, nie może być podstawą do odrzucenia oferty”.

Zwracamy uwagę, że KIO nie badała w postępowaniu prawdziwości oświadczenia, a jedynie uznała, że sam fakt jego złożenia odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego. Zamawiający powinien zwracać dużą uwagę na wymagania, jakie stawia wykonawcom w ogłoszeniu o przetargu lub SIWZ oraz precyzję w ich formułowaniu. Jeżeli zamawiający nie stawia wymogu udokumentowania kraju pochodzenia produktów objętych ofertą to bardzo trudno będzie mu zakwestionować prawdziwość samego oświadczenia. Dodatkową trudnością w zakwestionowaniu oświadczenia będzie brak wymogu wskazania w nim krajów pochodzenia produktów w ofercie. W takiej sytuacji niemożliwym będzie zakwestionowanie takiego oświadczenia, ponieważ zamawiający nie ma wówczas żadnej możliwości zbadania prawdziwości tego oświadczenia. Wynika to z tego, że znaczenie według art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp ma państwo, z którego pochodzi produkt, a nie państwo, w którym siedzibę ma oferent.

W dalszej części ppkt 3.2 analizujemy poszczególne grupy państw z art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp.

### **3.2.1. Państwa członkowskie Unii Europejskiej**

Wykonawcy pochodzący z innych państw członkowskich Unii Europejskiej korzystają z zasad i swobód przyznanych im w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. TFUE nie zawiera żadnej ogólnej reguły dotyczącej niedyskryminacyjnego traktowania podmiotów spoza UE (Molski, 2015, s. 188). W odniesieniu do zamówień publicznych największe znaczenie mają:

- zasada równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (art. 18 TFUE);
- swoboda przepływu towarów (art. 34 TFUE);
- swoboda świadczenia usług (art. 56 TFUE);
- swoboda przedsiębiorczości (art. 49 TFUE);
- wolna konkurencja (art. 101 i 102 TFUE oraz protokół nr 27 w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji).

Zasada niedyskryminacji i równego traktowania wynika ponadto z art. 36 ust. 1 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych. Przepis ten stanowi, że podmioty zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Artykuł 16 pzp zawiera również zasadę równego traktowania w zamówieniach publicznych. Przepis ten stanowi, że „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny”.

Państwami członkowskimi Unii Europejskiej są obecnie<sup>13</sup>: Austria, Belgia, Bułgaria, Chorwacja, Cypr, Czechy, Dania, Estonia, Finlandia, Francja, Grecja, Hiszpania, Holandia, Irlandia, Litwa, Łotwa, Luksemburg, Malta, Niemcy, Polska, Portugalia, Rumunia, Słowacja, Słowenia, Szwecja, Węgry i Włochy.

### **3.2.2. Państwa, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu**

Artykuł 85 ust. 1 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych oraz wytyczne wyróżniają dwie kategorie umów międzynarodowych o równym traktowaniu pomiędzy Unią Europejską a państwami trzecimi:

- a) wielostronne,
- b) bilateralne.

Wytyczne stanowią, że najważniejszą umową wielostronną dotyczącą dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych jest porozumienie GPA. Sygnatariuszami tego porozumienia są obecnie<sup>14</sup> następujące państwa: Armenia, Australia, Kanada, Unia Europejska, 27 państw członkowskich UE, Hongkong, Islandia, Izrael, Japonia, Republika Korei, Lichtenstein, Mołdawia, Czarnogóra, Niderlandy z poszanowaniem terytorium Aruby, Nowa Zelandia, Macedonia Północna, Norwegia, Singapur, Szwajcaria, Tajwan, Ukraina, Wielka Brytania i Stany Zjednoczone. Umowami bilateralnymi są natomiast dwustronne umowy o wolnym handlu (FTA) zawierane pomiędzy Unią Europejską a państwami trzecimi.

Zgodnie z art. 43 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych instytucje zamawiające przyznają robotom budowlanym, dostawom, usługom i wykonawcom pochodzącym z państw sygnatariuszy umów bilateralnych i porozumienia GPA traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie przyznane robotom budowlanym, dostawom, usługom i wykonawcom pochodzącym z Unii. Zakres zastosowania powyższego przepisu określają załączniki do dodatku I Unii Europejskiej do porozumienia GPA. Podobne załączniki zawiera każda dwustronna umowa o wolnym handlu (FTA) pomiędzy Unią Europejską a państwem trzecim.

### **3.2.3. Państwa, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE**

Podstawą zobowiązującą zamawiających do stosowania zasady równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych może być również decyzja Rady o tymczasowym stosowaniu porozumienia o wolnym handlu między Unią Europejską a państwem trzecim. Rada wydaje taką decyzję, gdy umowa międzynarodowa z państwem trzecim zostanie parafowana, ale w dalszym ciągu trwają procedury jej zawarcia (np. procedura ratyfikowania umowy przez państwa członkowskie).

Przykładem umowy międzynarodowej z państwem trzecim, która jest tymczasowo stosowana do zamówień publicznych na podstawie decyzji Rady, jest umowa o wzmocnionym partnerstwie i współpracy między Unią Europejską i jej państwami członkowskimi z jednej strony a Republiką Kazachstanu z drugiej (Dz. Urz. UE L 29 z dnia 4 lutego 2016, str. 3–150). Na mocy decyzji Rady (UE) nr 2016/123 z dnia 26 października 2015 r. w sprawie podpisania, w imieniu Unii Europejskiej,

<sup>13</sup> Tj. na dzień 8.02.2024 roku.

<sup>14</sup> Tj. na dzień 8.02.2024 roku.

oraz tymczasowego stosowania umowy o wzmocnionym partnerstwie i współpracy między Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z jednej strony, a Republiką Kazachstanu, z drugiej strony, niektóre z postanowień tej umowy stosuje się tymczasowo w zakresie, w jakim dotyczą one kwestii objętych zakresem kompetencji Unii. Artykuł 3 decyzji Rady nr 2016/123 określa, które postanowienia umowy międzynarodowej znajdują tymczasowe zastosowanie. Należą do nich m.in.:

- rozdział 8 umowy („zamówienia publiczne”) oraz
- załącznik III do umowy, który określa listę towarów objętych postanowieniami umowy w zakresie zamówień publicznych.

Artykuł 122 tej umowy ustanawia zasadę niedyskryminacji towarów usług i dostawców pochodzących z państwa drugiej strony umowy. Zamawiający mają obowiązek zapewnić bezwarunkowo traktowanie towarów, usług i dostawców pochodzących z państwa drugiej strony umowy w sposób nie mniej korzystny niż traktowanie własnych towarów, usług i dostawców. Artykuł ten znajduje się w rozdziale 8 umowy.

### 3.2.4. Podsumowanie

Podsumowanie reguł określania państwa pochodzenia produktów sprowadza się więc do trzech kluczowych pytań. Aby zamawiający mógł skorzystać z uprawnienia do odrzucenia oferty, musi on zweryfikować:

- 1) czy państwo, z którego pochodzą produkty objęte ofertą należy do państw preferencji unijnej;
- 2) czy zamówienie publiczne spełnia kryterium progu wartości zamówienia zobowiązującego do równego traktowania wykonawców z państw trzecich;
- 3) czy przedmiotem zamówienia jest produkt, który znajduje się na liście produktów, co do których stosuje się zasadę równego traktowania wykonawców z państw trzecich?

Jeżeli odpowiedź na wszystkie trzy powyższe pytania jest twierdząca, zamawiający nie może odrzucić oferty pochodzącej z państwa trzeciego. Jeżeli odpowiedź na którekolwiek z powyższych pytań będzie przecząca, zamawiający może (ale nie musi) skorzystać z uprawnienia do odrzucenia oferty.

## 4. Zamawiający przewidział możliwość odrzucenia oferty w ogłoszeniu o przetargu lub w SIWZ

Artykuł 393 ust. 1 pkt 4 pzp uzależnia możliwość odrzucenia oferty, w której nie więcej niż 50% produktów pochodzi z państw preferencyjnych od zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ takiego uprawnienia zamawiającego. Jest to więc fakultatywna podstawa odrzucenia oferty (Granecki i Panasiuk, 2007). W doktrynie uzasadnia się fakultatywny charakter tej podstawy odrzucenia oferty tym, że w przypadku, gdy określone produkty nie są w ogóle produkowane przez wykonawców z państw członkowskich UE, obligatoryjny charakter uniemożliwiłby realizację takiego zamówienia (Pawelec, 2017, art. 85).

W sytuacji jednak, gdy zamawiający nie zamieści takiego postanowienia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ, to zgodnie z art. 393 ust. 2 pzp ma on obowiązek stosowania preferencyjnego przeliczania ofert (Dzierżanowski, 2012, s. 338). Odrzucenie oferty na podstawie art. 393 ust. 1 pkt 4 oraz preferencyjne przeliczanie ofert mają zatem rozłączny charakter (Kowalczyk i Szymańska, 2022, art. 393; Dzierżanowski, 2012, s. 337).

Preferencyjne przeliczanie ofert polega na tym, że w sytuacji, gdy nie można wybrać najkorzystniejszej oferty z uwagi na złożenie dwóch równoważnych ofert, zamawiający ma obowiązek wybrać tę ofertę, która nie mogłaby zostać odrzucona na podstawie art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp. Oznacza to, że zamawiający musi wówczas zastosować preferencję unijną i odrzucić ofertę, w której udział produktów pochodzących z państw preferencji unijnej nie przekracza 50%.

#### IV. Argumenty przemawiające za nowelizacją art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp

Artykuł 85 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych nałożył na państwa członkowskie UE obowiązek wprowadzenia przepisów umożliwiających zamawiającym odrzucenie oferty w zamówieniach sektorowych na dostawy ze względu na pochodzenie produktów objętych ofertą. Zgodnie z art. 288 TFUE dyrektywa wiąże w odniesieniu co do rezultatu, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. Państwa członkowskie powinny przy tym przestrzegać zasad proporcjonalności, równoważności oraz skuteczności.

Dyrektywa w sprawie zamówień sektorowych nie przesądza o tym czy zamawiający może, czy powinien zamieścić w dokumentach przetargowych postanowienie uprawniające go do odrzucania ofert ze względu na pochodzenie produktów nimi objętych. Wśród państw członkowskich UE ukształtowało się niejednorodne podejście. Większość z nich (w tym Polska) umożliwia nieograniczony dostęp przedsiębiorstw, towarów i usług z państw trzecich do swojego rynku zamówień publicznych. Państwa te gwarantują (co do zasady) równe traktowanie wykonawców pochodzących z państw trzecich. Inne państwa członkowskie UE (np. Hiszpania) wprowadziły (w zakresie nieuregulowanym przez dyrektywę w sprawie zamówień sektorowych) przepisy ograniczające dostęp przedsiębiorców, towarów i usług z państw trzecich do swojego rynku zamówień publicznych (Molski, 2015, s. 189). Dyrektywa w sprawie zamówień sektorowych nie sprzeciwia się takiemu sposobowi implementacji. Obowiązek zamieszczenia w dokumentach przetargowych postanowienia uprawniającego do odrzucenia oferty ze względu na pochodzenie produktów jest zgodny z dyrektywą, ponieważ nadal odrzucenie jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem wykonawcy (art. 85 ust. 2: „Każda oferta (...) może zostać odrzucona, jeżeli...”).

##### 1. Argumenty prawne

Obowiązkiem państw członkowskich jest ustanawianie przepisów krajowych z poszanowaniem norm prawa UE. Szczególnie środki prawne, mające za przedmiot ochronę uprawnień, jakie podmioty prawa wywodzą z bezpośredniego skutku prawa Unii, nie mogą być mniej korzystne od zasad odnoszących się do podobnych środków prawnych dotyczących wyłącznie prawa krajowego (zasada równoważności) oraz nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie z uprawnień wynikających z porządku prawnego Unii stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności).

Uważamy, że sposób implementacji art. 85 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych nadmiernie utrudnia zamawiającym korzystanie z uprawnienia do odrzucania ofert ze względu na pochodzenie produktów.

Artykuł 393 ust. 1 pkt 4 pzp nie określa co jest podstawą, od której należy liczyć udział nieprzekraczający 50% produktów pochodzących z państw preferencyjnych. Taką podstawą, w świetle

art. 85 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych, powinna być całkowita wartość produktów objętych ofertą złożoną w zamówieniu na dostawy.

Polski przepis nie zawiera również odesłania do odpowiedniego stosowania art. 69–74 unijnego kodeksu celnego w zakresie obliczania wartości produktów pochodzących z państw trzecich, z którymi UE nie zawarła umów handlowych zapewniających równy dostęp do rynku zamówień publicznych. Artykuł 85 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych wymaga natomiast stosowania przepisów unijnego kodeksu celnego do obliczania udziału produktów pochodzących z państw niepreferencyjnych w ofercie. Z uwagi jednak na obowiązek prounijnej wykładni przepisy art. 69–74 unijnego kodeksu celnego należy stosować przy obliczaniu wartości produktów pochodzących z państw trzecich w ofertach składanych w sektorowych zamówieniach na dostawy.

Artykuł 393 ust. 1 pkt 4 pzp nie rozstrzyga również, w jaki sposób należy ustalić państwo, z którego pochodzi produkt. Przepis ten w szczególności nie odsyła do art. 60 unijnego kodeksu celnego. Regułę, że produkt pochodzi z państwa lub terytorium ostatniej istotnej, ekonomicznie uzasadnionej przeróbki lub przetworzenia można wyinterpretować z orzecznictwa KIO. Aby zapewnić większą pewność prawa i skuteczność przepisu krajowego, reguła ta powinna wynikać wprost z przepisów prawa zamówień publicznych. Artykuł 393 ust. 1 pkt 4 pzp nie zawiera takiego kryterium bezpośrednio w swojej treści, jak również nie odsyła do stosowania art. 60 unijnego kodeksu celnego.

Krajowy przepis prawa zamówień publicznych uprawnia wykonawcę do odrzucenia oferty, jeżeli udział produktów z państw preferencyjnych w ofercie nie przekracza 50%. Jest to zupełnie inna przesłanka niż przesłanka, którą przewiduje przepis unijny. Art. 85 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych przewiduje warunek, że udział produktów z państw niepreferencyjnych w ofercie przekracza 50%. Taka implementacja utrudnia stosowanie wytycznych. Dotyczą one bowiem udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich, a nie z państw preferencyjnych. Ponadto, art. 393 ust 1 pkt 4 pzp rozszerza uprawnienie do odrzucenia oferty na sytuację, w której art. 85 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych nie przyznaje zamawiającemu takiego uprawnienia. Chodzi o sytuację, gdy udziały produktów pochodzących z państw preferencyjnych oraz z państw trzecich wynoszą równo po 50%<sup>15</sup>.

## 2. Argumenty polityczne

Za wprowadzeniem obowiązku zawarcia uprawnienia do odrzucenia oferty w ogłoszeniu o przetargu lub w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przemawia również unijna polityka w dziedzinach konkurencji i zamówień publicznych. Instytucje unijne coraz większe znaczenie przypisują promowaniu wartości, na jakich opiera się Unia Europejska w ramach polityki gospodarczej. Z art. 3 TUE wynika, że podstawą polityki gospodarczej Unii są zrównoważony rozwój gospodarczy, stabilność cen, społeczna gospodarka rynkowa o wysokiej konkurencyjności zmierzająca do pełnego zatrudnienia i postępu technicznego oraz wysoki poziom ochrony i poprawy jakości środowiska. Unia Europejska zwalcza wykluczenie społeczne i dyskryminację oraz wspiera sprawiedliwość społeczną i ochronę socjalną, równość kobiet i mężczyzn, solidarność

<sup>15</sup> Na ten aspekt zwracają uwagę również inni przedstawiciele doktryny (Pieróg, 2019; za: Sieradzka i in., 2022).



między pokoleniami i ochronę praw dziecka. W stosunkach zewnętrznych UE dąży do swobodnego i uczciwego handlu oraz ochrony praw człowieka.

Dokumenty unijne dotyczące strategii UE w zamówieniach publicznych dają wyraz powyższym wartościom. Wynika z nich, że instytucje unijne dążą do uzyskania bardziej wyrównanych warunków w międzynarodowych zamówieniach publicznych opartych na zasadzie wzajemności.

Duży wpływ na taką politykę UE miały nierówne warunki dostępu dla unijnych przedsiębiorców do rynku zamówień publicznych w Chinach. Postulaty polityczne zapewnienia równego dostępu do rynku zamówień publicznych skutkowały zmianami prawnymi. Jedną z nich jest przyjęcie Instrumentu Zamówień Publicznych. Pozwala on na ograniczenie dostępu do unijnego rynku przedsiębiorcom z państwa trzeciego z powodu dyskryminacji unijnych przedsiębiorców na rynku zamówień publicznych w tym państwie trzecim. W kwietniu 2024 r. Komisja Europejska wszczęła na podstawie tych przepisów pierwsze postępowanie wyjaśniające. Ma ono związek z zamykaniem rynku zamówień dotyczących wyrobów medycznych w Chinach dla unijnych przedsiębiorców<sup>16</sup>. Postępowania takie są jednak czasochłonne. Zamawiający unijni powinni dysponować narzędziami zapewniającymi równą konkurencję na rynkach zamówień publicznych. Obowiązek zamieszczenia uprawnienia do odrzucenia oferty z uwagi na pochodzenie produktów z państwa trzeciego, które nie gwarantuje równego dostępu do swojego rynku zamówień publicznych umożliwi zapewnienie równej konkurencji w ramach zamówienia publicznego.

Unia Europejska kształtuje swoją politykę handlową w taki sposób, aby zachęcać inne państwa do większego zaangażowania w przeciwdziałanie zmianie klimatu i w inne kwestie środowiskowe a także zaangażowania na rzecz uniwersalnych wartości, norm międzynarodowych i praw człowieka. UE dąży do tego, aby przy udzielaniu zamówień publicznych w związku z projektami finansowanymi ze środków UE zagwarantować wysokie standardy jakości, bezpieczeństwa, zrównowżenia i odpowiedzialność społecznej<sup>17</sup>.

Unia Europejska krytycznie podchodzi do tendencji zamawiających, aby jedynym kryterium wyboru oferty była najniższa cena. Komisja Europejska w wytycznych dotyczących udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich zachęca do uwzględnienia kryteriów jakościowych w dokumentach przetargowych. Takimi kryteriami są zrównoważone i innowacyjne produkty i usługi, a także przestrzeganie norm środowiskowych, społecznych i norm dotyczących pracy, oraz zgodność z nimi produktów będących przedmiotem zamówienia.

W wytycznych Komisja udziela zamawiającym wskazówek, jak określić jakościowe warunki udziału w przetargu, aby zapewnić otwartą i sprawiedliwą konkurencję między wykonawcami. Komisja definiuje trzy filary kryteriów jakościowych:

- społecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne;
- zielone zamówienia publiczne;
- zamówienia publiczne na innowacje.

Spółecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne mogą polegać na promowaniu zrównoważonego rozwoju, etycznych rynków i łańcuchów dostaw, stanowić uzupełnienie wysiłków rządu na

<sup>16</sup> Komunikat prasowy Komisji Europejskiej z dn. 24.04.2024 r. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/IP\\_24\\_2044](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/IP_24_2044) (05.09.2024).

<sup>17</sup> Wspólny Komunikat Komisji Europejskiej i Wysokiego Przedstawiciela Unii ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej i Rady (UE) z 12 marca 2019 r., *UE-Chiny – perspektywa strategiczna*, JOIN(2019) 5 final, numer CELEX: 52019JC0005, eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019JC0005&qid=1728474104221, s. 9.

rzecz osiągnięcia międzynarodowych celów w zakresie zrównoważonego rozwoju oraz wspierać korzystne efekty społeczne na poziomie krajowym i lokalnym.

Zielone zamówienia publiczne stanowią zachętę do zakupu towarów, usług i robót budowlanych, które cechują się obniżonym wpływem na środowisko przez cały cykl życia. Takie kryteria mają na celu wspieranie rozwoju zielonych technologii i produktów.

Zamówienia publiczne na innowacje mają na celu zwiększenie szans na otrzymanie nowocześniejszych, lepiej dostosowanych lub bardziej uniwersalnych rozwiązań, które często są także tańsze, bardziej przyjazne dla środowiska lub bardziej społecznie odpowiedzialne.

Nowelizacja art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp będzie wpisywać się w tendencje instytucji unijnych do promowania wartości, takich jak zrównoważona, niskoemisyjna i społecznie odpowiedzialna gospodarka. Zmiana ta przyczyni się do większego uwzględnienia jakościowych kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty, jak zgodność produktów z normami środowiskowymi, społecznymi i z normami pracy, wyeliminowanie wykorzystywania niewolniczej pracy i pracy w niegodnych warunkach w łańcuchu dostaw czy faworyzowanie zrównoważonych i innowacyjnych produktów. Będzie to stanowić sygnał dla potencjalnych oferentów z państw trzecich zachęcający do większego uwzględnienia w składanych ofertach aspektów środowiskowych i społecznych, a nie tylko samej ceny.

## V. Podsumowanie

Artykuł 393 ust. 1 pkt 4 pzp stanowi implementację art. 85 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych do przepisów krajowych. Przepis ten pozwala zamawiającym publicznym na odrzucanie ofert z powodu pochodzenia produktów nimi objętych w zamówieniu sektorowym z krajów trzecich w stosunku do Unii Europejskiej.

Artykuł 393 ust. 1 pkt 4 pzp przewiduje następujące przesłanki odrzucenia:

- postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia sektorowego;
- przedmiotem zamówienia są dostawy;
- udział produktów pochodzących z tzw. państw preferencyjnych nie przekracza 50%;
- zamawiający przewidział możliwość odrzucenia oferty z powodu pochodzenia produktów w ogłoszeniu o przetargu lub w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Przesłanki te muszą zostać spełnione łącznie.

Pierwsza przesłanka będzie spełniona, gdy zamawiający jest zamawiającym sektorowym a zamówienie dotyczy jednego z następujących sektorów: gospodarka wodna, energia elektryczna, gaz i energia cieplna, usługi transportowe, porty, przystanie i porty lotniczych, usługi pocztowe oraz wydobywanie paliw.

Przesłanka druga będzie spełniona, gdy zamówienie dotyczy dostaw, w tym dostaw oprogramowania wykorzystywanego w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych. Wartość zamówienia musi spełniać progi unijne, które obecnie wynoszą 443 000 euro dla dostaw.

Przesłanka trzecia będzie spełniona, gdy udział produktów z państw członkowskich UE oraz państw trzecich będących stronami wielostronnych lub dwustronnych umów gwarantujących równy dostęp do zamówień publicznych nie przekracza 50% całkowitej wartości produktów objętych ofertą. W odniesieniu do państw trzecich zamawiający powinien zweryfikować czy państwo trzecie jest stroną porozumienia GPA, dwustronnego porozumienia między UE a państwem, z którego

pochodzi produkt albo czy Rada UE wydała decyzję o tymczasowym stosowaniu takiego porozumienia. Następnie trzeba zweryfikować czy produkt objęty ofertą znajduje się na liście produktów w protokole do porozumienia, co do których stosuje się zasadę równego traktowania wykonawców z państw trzecich oraz czy wartość zamówienia spełnia progi określone w takim porozumieniu. Dla celów dowodowych rekomendujemy wymaganie od wykonawców, aby nie tylko dołączali do ofert oświadczenie o spełnieniu warunku pochodzenia produktów, lecz także wymagali udokumentowania spełnienia tego warunku.

Przesłanka czwarta będzie spełniona, gdy zamawiający zamieści w ogłoszeniu o przetargu lub w SIWZ postanowienie, że może odrzucić ofertę, w której udział produktów z państw preferencyjnych nie przekracza 50%. Jeżeli zamawiający nie zamieści takiego postanowienia, to ma on obowiązek stosowania preferencyjnego przeliczania ofert, to znaczy musi odrzucić ofertę pochodzącą z państwa niepreferencyjnego, gdy oferta z państwa preferencyjnego i niepreferencyjnego są równoważne.

Największe wątpliwości interpretacyjne budzi przesłanka trzecia. Wątpliwości polegają na tym, że art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp:

- nie określa, co jest podstawą obliczenia udziału 50%. Według dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych powinna nią być całkowita wartość produktów objętych ofertą;
- nie odsyła do art. 69–74 unijnego kodeksu celnego w zakresie obliczania wartości produktów pochodzących z państw niepreferencyjnych;
- nie definiuje państwa, z którego pochodzi produkt ani nie odsyła w tym zakresie do unijnego kodeksu celnego, mimo że dyrektywa w sprawie zamówień sektorowych to czyni; zgodnie z jej treścią, w razie wątpliwości powinno być to państwo lub terytorium ostatniej, istotnej ekonomicznie uzasadnionej obróbki lub przetworzenia;
- przewiduje zupełnie inne kryterium niż art. 85 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych; polski przepis przyznaje uprawnienie zamawiającemu, pod warunkiem, że udział produktów z państw preferencyjnych w ofercie nie przekracza 50%, natomiast dyrektywa – pod warunkiem, że udział produktów z państw niepreferencyjnych w ofercie przekracza 50%.

Powyższe wątpliwości interpretacyjne powodują, że przepis implementujący art. 85 dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych nie jest w pełni skuteczny. Zamawiający mają wątpliwości jak należy go stosować. W konsekwencji zamawiający jedynie sporadycznie przewidują możliwość odrzucenia oferty w ogłoszeniu o przetargu lub w SIWZ.

Obecnie wątpliwości interpretacyjne można przejściowo rozwiązać poprzez zastosowanie zasady pronunijnej wykładni.

Trwałe rozwiązanie problemów związanych ze stosowaniem art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp widzimy w nowelizacji tego przepisu. Uważamy, że wprowadzenie obowiązku zamieszczenia takiego uprawnienia zamawiającego w ogłoszeniu o przetargu lub w SIWZ w miejsce uprawnienia do zamieszczenia takiego uprawnienia zwiększy skuteczność tego przepisu oraz spowoduje jego wykorzystanie na szerszą skalę z korzyścią dla polskiego rynku zamówień publicznych i gospodarki.

Powyższa zmiana będzie zgodna z przepisami dyrektywy o zamówieniach sektorowych, ponieważ w dalszym ciągu zamawiający będzie mógł (ale nie będzie musiał) odrzucić oferty z powodu pochodzenia produktów nią objętych.

Wprowadzenie obowiązku zawarcia uprawnienia do odrzucenia oferty w ogłoszeniu o przetargu lub w SIWZ będzie wpisywać się w unijny trend do kształtowania prawa i polityki gospodarczej Unii opartego na unijnych wartościach. Są nimi zrównoważony rozwój gospodarczy, stabilność cen, społeczna gospodarka rynkowa o wysokiej konkurencyjności zmierzająca do pełnego zatrudnienia i postępu technicznego oraz wysoki poziom ochrony i poprawy jakości środowiska.

Nowelizacja art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp będzie promować zrównoważoną, niskoemisyjną i społecznie odpowiedzialną gospodarkę. Zmiana ta przyczyni się do większego uwzględnienia jakościowych kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty, takich jak: zgodność produktów z normami środowiskowymi, społecznymi i z normami pracy, wyeliminowanie wykorzystywania niewolniczej pracy i pracy w niegodnych warunkach w łańcuchu dostaw czy promowanie zrównoważonych i innowacyjnych produktów. Będzie to stanowić sygnał dla potencjalnych oferentów z państw trzecich zachęcający do większego uwzględnienia w składanych ofertach aspektów środowiskowych i społecznych, a nie tylko samej ceny.

## Finansowanie

Badanie nie otrzymało dofinansowania.

## Deklaracja konfliktu interesów

Autorzy zadeklarowali brak potencjalnych konfliktów interesów w odniesieniu do badań, autorstwa i publikacji tego artykułu.

## Bibliografia

- Bielarczyk, P., Gonet, W. i Wójtowicz-Dawid, A. (red.). (2021). *Zamówienia publiczne*. Wolters Kluwer Polska.
- Dzierżanowski, W. (2012). Rozdział V. Ochrona konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*. Wolters Kluwer Polska/LEX.
- Granecki, P. i Panasiuk, A. (2007). *Zamówienia sektorowe*. Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kowalczyk, A. i Szymańska, A. (2022). *Zamówienia sektorowe. Komentarz*. Wolters Kluwer Polska.
- Molski, R. (2015). *Prawne i ekonomiczne aspekty polityki promowania narodowych czempionów*. Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Pawelec, J. (2017). *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Komentarz*. Wydawnictwo C.H. Beck.
- Sieradzka, M. (red.). (2022). *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Wydawnictwo C.H. Beck.
- Sołtysińska, A. i Talago-Sławoj, H. (2016). Komentarz do dyrektywy 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE. W A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Wolters Kluwer.

Paweł Budny\*

## Uzasadnienie dla wprowadzenia rozporządzenia w sprawie gromadzenia i udostępniania danych dotyczących usług krótkoterminowego najmu lokali mieszkalnych na tle sytuacji mieszkaniowej w Unii Europejskiej

### Streszczenie

Wobec priorytetowego znaczenia zapewnienia na poziomie UE powszechnego dostępu do godnych i przystępnych cenowo mieszkań, unijny ustawodawca wskazuje na potrzebę harmonizacji w zakresie gromadzenia danych dotyczących krótkoterminowego najmu lokali mieszkalnych poprzez platformy ekonomii współdzielenia. Obserwowany w ostatnich latach na poziomie całej UE dynamiczny rozwój zjawiska określanego anglojęzycznym terminem *platform tourism* uzasadnia potrzebę wprowadzenia tak zwanego rozporządzenia *short-term rental* (dalej: STR), nakładającego na platformy pośredniczące w krótkoterminowym najmie lokali mieszkalnych obowiązek przekazywania właściwym organom danych dotyczących wynajmujących oraz jednostek związanych ze świadczonymi usługami. W artykule omówiono kontekst mieszkaniowy UE, rozwój rynku krótkoterminowego wynajmu lokali mieszkalnych poprzez platformy *collaborative economy* oraz przeanalizowano korelację między wzrostem liczby noclegów typu *platform tourism* a czynszami najmu, cenami nieruchomości mieszkalnych oraz wskaźnikiem przeludnienia. W wyniku analizy stwierdzono niedostatek w zakresie dostępności danych, który dodatkowo uzasadnia wprowadzenie rozwiązania przewidzianego w propozycji rozporządzenia STR. Ponadto potwierdzono, że wzrost skali krótkoterminowego wynajmu lokali mieszkalnych w ramach UE uzasadnia potrzebę gromadzenia danych w tym zakresie, aby umożliwić skuteczną ocenę wpływu tego zjawiska na lokalne rynki mieszkaniowe oraz opracowywać adekwatne rozwiązania legislacyjne.

**Słowa kluczowe:** rozporządzenie STR; mieszkalnictwo; wynajem krótkoterminowy lokali mieszkalnych; sytuacja mieszkaniowa w UE; turystyka; ekonomia współdzielenia; *platform tourism*.

### Justification for the introduction of the EU Short-Term Rentals (STR) Regulation in the context of the housing market in the EU

#### Abstract

Given the priority status of ensuring universal access to decent and affordable housing at the EU level, the EU legislator has highlighted the need for harmonization in the collection of data on

\* Absolwent; Szkoła Główna Handlowa w Warszawie na kierunku globalny biznes, finanse i zarządzanie (governance); Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie na kierunku prawo; e-mail: pbudny@kozminski.edu.pl. <https://orcid.org/0000-0002-9686-5556>.

short-term rentals of residential units through sharing economy platforms. The dynamic growth of platform tourism, observed across the EU in recent years, justifies the need for the introduction of EU Regulation 2024/1028 on Short-Term Rentals (STR), which imposes on collaborative economy platforms that operate on the short-term property rental market, the obligation to provide relevant authorities with data on landlords and units associated with the services provided. The article discusses the EU housing context, the development of the short-term rental market for residential units through collaborative economy platforms, and analyzes the correlation between the increase in the number of platform tourism-type accommodations and rental rates, property prices, and overcrowding rates. The analysis revealed the lack of data availability, which further justifies the introduction of the solution proposed in the STR Regulation. Furthermore, it was confirmed that the increase in the scale of short-term residential rentals within the EU necessitates the collection of data in this area, in order to enable effective assessment of the impact of platform tourism on local housing markets and to develop appropriate regulations.

**Keywords:** STR Regulation 2024/1028; housing market; short-term accommodation; EU housing market; tourism; collaborative economy; platform tourism.

**JEL:** R20, R23, R28, R31, Z32, L83

## I. Wprowadzenie

W uzasadnieniu do wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie gromadzenia i udostępniania danych dotyczących usług krótkoterminowego najmu lokali mieszkalnych i zmiany rozporządzenia (UE) 2018/1724 COM(2022)571 (dalej: rozporządzenie STR), wskazano na problem braku dostępności przystępnych cenowo mieszkań na wynajem długoterminowy wynikający z krótkoterminowego najmu lokali mieszkalnych<sup>1</sup>. Zagadnienie to zostało także sformułowane w preambule do rozporządzenia STR, w której zawarto stwierdzenie, iż szybki rozwój usług krótkoterminowego najmu lokali mieszkalnych – jakkolwiek stwarzający liczne możliwości dla najemców i wynajmujących oraz szeroko rozumianego ekosystemu turystycznego – jest źródłem obaw oraz wyzwań lokalnych społeczności czy organów publicznych, wiążących się ze spadkiem wielkości podaży mieszkań na wynajem długoterminowy, a także ze wzrostem czynszów oraz cen nieruchomości mieszkalnych<sup>2</sup>. Podkreślana przez unijnego ustawodawcę doniosłość powyższej kwestii skłania do podjęcia dalszych rozważań w tym zakresie. Celem artykułu jest omówienie kontekstu mieszkaniowego na poziomie całej UE-27 oraz poszczególnych państw członkowskich z uwzględnieniem krótkoterminowego najmu lokali mieszkalnych i oceny jego potencjalnego wpływu na czynsze i ceny nieruchomości mieszkalnych, a także na zjawisko przeludnienia mieszkań.

<sup>1</sup> Wniosek dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie gromadzenia i udostępniania danych dotyczących usług krótkoterminowego najmu lokali mieszkalnych i zmieniające rozporządzenie (UE) 2018/1724 (COM(2022) 571, s. 2).

<sup>2</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1028 z dn. 11.04.2024 r. w sprawie gromadzenia i udostępniania danych dotyczących usług krótkoterminowego najmu lokali mieszkalnych i zmieniające rozporządzenie (UE) 2018/1724 (Dz. Urz. UE L 2024/1028, pkt 1 preambuły).

## II. Sytuacja mieszkaniowa w Unii Europejskiej

### 1. Powszechny dostęp do godnych i przystępnych cenowo mieszkań jako priorytet Unii Europejskiej

Zapewnienie powszechnego dostępu do godnych i przystępnych cenowo mieszkań stanowi jeden ze współczesnych priorytetów UE, który został wyrażony w rezolucji PE z dnia 21 stycznia 2021 roku<sup>3</sup>. Pośród kluczowych problemów mieszkaniowych UE wymienia się między innymi to, że wzrost liczby mieszkań oddawanych do użytku nie ma znaczącego wpływu na poprawę ich dostępności dla młodych, wchodzących na rynek pracy ludzi, rodzin wielodzietnych czy osób wychowujących samotnie dzieci. W przypadku tych grup najczęściej dochodzi do sytuacji, gdy osiągają one dochody z jednej strony zbyt niskie, aby wynająć mieszkanie na zasadach rynkowych, z drugiej zaś – zbyt wysokie, aby móc skutecznie ubiegać się o przyznanie mieszkania socjalnego<sup>4</sup>. Strukturalnym wyzwaniem na poziomie unijnym jest wzrost kosztów wynajmu oraz cen mieszkań, których dynamika przekracza tempo wzrostu dochodu netto<sup>5</sup>. Jak zaznaczono we wspomnianej wyżej rezolucji PE, w wielu państwach członkowskich UE, zwłaszcza w obszarach miejskich, znalezienie mieszkania na przystępnych warunkach rynkowych już stanowi trudność nawet dla gospodarstw domowych, które osiągają średnie dochody<sup>6</sup>. Kryzys mieszkaniowy prowadzi do wykluczenia społecznego oraz segregacji przestrzennej i ma szczególne znaczenie z perspektywy sytuacji słabszych grup społecznych obejmujących ubogich pracujących, ludzi młodych (zwłaszcza młodych bezrobotnych), kobiety, osoby samotnie wychowujące dzieci, wielodzietne rodziny, osoby starsze, osoby LGBTIQ, osoby z niepełnosprawnościami, osoby cierpiące na choroby fizyczne lub psychiczne, a także osoby z marginalizowanych społeczności czy migrantów i uchodźców<sup>7</sup>. Skala wyzwań związanych z bezpieczeństwem mieszkaniowym uległa zwiększeniu wskutek kryzysu związanego z pandemią koronawirusa i pogorszeniem sytuacji finansowej obywateli UE<sup>8</sup>.

### 2. Sytuacja na rynku mieszkaniowym Unii Europejskiej w latach 2013–2023 – omówienie danych statystycznych

Wydatki mieszkaniowe stanowią największą pozycję w łącznych wydatkach europejskich obywateli, odpowiadając średnio za niemal jedną trzecią prywatnej konsumpcji w UE<sup>9</sup>. W latach 2013–2023 zagrożone ubóstwem gospodarstwa domowe w UE wydawały średnio 40% swoich dochodów netto na cele mieszkaniowe, przy czym udział ten był wyraźnie wyższy w przypadku Niemiec (48%), Danii (58%) oraz Grecji (69%)<sup>10</sup>. Średnia dla wszystkich gospodarstw UE w powyższym okresie wyniosła prawie 17%, przekraczając 20% w czterech państwach członkowskich UE: Niderlandach (22%), Niemczech (22%), Danii (23%) oraz Grecji (32%)<sup>11</sup>.

<sup>3</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dn. 21.01.2021 r. w sprawie powszechnego dostępu do godnych i przystępnych cenowo mieszkań (2019/2187(INI)).

<sup>4</sup> Tamże, pkt G preambuły.

<sup>5</sup> Tamże, pkt J preambuły.

<sup>6</sup> Tamże, pkt O preambuły.

<sup>7</sup> Tamże, pkt P preambuły.

<sup>8</sup> Tamże, pkt Q i R preambuły.

<sup>9</sup> Opracowanie własne na podstawie danych Eurostat za 2020 r. (najnowsze dostępne) (Komisja Europejska, 2009a).

<sup>10</sup> Opracowanie własne na podstawie danych Eurostat za lata 2013–2023 (Komisja Europejska, 2009).

<sup>11</sup> Tamże.

W 2023 roku odsetek populacji posiadającej nieruchomości mieszkalną na własność (także obciążoną kredytem hipotecznym) był niższy w ujęciu całej UE o 1,5 p.p. względem 2013 roku i spadł w tym okresie aż w 17 państwach członkowskich UE<sup>12</sup>.

W tym samym okresie wzrost cen nieruchomości mieszkaniowych, wyrażany indeksem HPI (*House Price Index*), nastąpił we wszystkich państwach członkowskich UE z wyłączeniem Włoch, wynosząc ponad 52% dla całej UE<sup>13</sup>. Dla porównania w latach 2013–2023 zharmonizowane ceny konsumpcyjne w UE wzrosły średnio o 27%, a ich dynamika była wyższa od zmiany cen nieruchomości mieszkaniowych tylko w trzech państwach członkowskich UE (we Włoszech, w Finlandii oraz na Cyprze)<sup>14</sup>.

Skorygowany o inflację średni wzrost cen nieruchomości mieszkaniowych w UE wyniósł ponad 25% i przekroczył poziom 50% aż w 11 unijnych gospodarkach, osiągając najwyższe wartości na Węgrzech (156%), w Portugalii (102%), w Irlandii (101%), w Estonii (89%) oraz na Litwie (87%)<sup>15</sup>.

Wyzwania związane ze wzrostem cen dotyczyły w UE nie tylko osób zainteresowanych zakupem nieruchomości mieszkaniowych, lecz także najemców. W latach 2013–2023 na poziomie UE czynsze wzrosły średnio o ponad 16%<sup>16</sup>. Wzrost czynszów w tym okresie zaobserwowały wszystkie państwa członkowskie UE poza Grecją, która odnotowała ich spadek o niemal 14%<sup>17</sup>.

W ujęciu uwzględniającym korektę inflacyjną wzrost cen czynszów był w UE jednak zdecydowanie mniej dotkliwy niż wzrost cen nieruchomości. Po pierwsze, na poziomie całej UE przyjął on ujemną wartość, 11 p.p. poniżej ogólnego wzrostu zharmonizowanych cen konsumpcyjnych<sup>18</sup>. Po drugie, skorygowany o inflację wzrost czynszów był dodatni już tylko w dziesięciu gospodarkach UE, osiągając najwyższe wartości w przypadku Litwy (75%), Irlandii (66%), Estonii (39%), Słowenii (37%) i Polski (20%)<sup>19</sup>.

Między latami 2013 a 2023 na poziomie UE nastąpił spadek o 1,5 p.p. wskaźnika przeludnienia (*overcrowding rate*) określający procent populacji mieszkający w przepełnionych mieszkaniach, uwzględniający wielkość gospodarstwa domowego, wiek i sytuację rodzinną jego członków oraz liczbę pomieszczeń dostępnych w gospodarstwie domowym<sup>20</sup>. Wzrost wskaźnika odnotowano jednak aż w 12 państwach członkowskich UE, między innymi w Niemczech (4,7 p.p.), w Belgii (3,7 p.p.), w Szwecji (3,4 p.p.), na Łotwie (3,2 p.p.), we Francji (2,5 p.p.) oraz w Hiszpanii (2,4 p.p.)<sup>21</sup>.

<sup>12</sup> Opracowanie własne na podstawie danych Eurostat za lata 2013–2023 (Komisja Europejska, 2024).

<sup>13</sup> Opracowanie własne na podstawie danych Eurostat za lata 2013–2023 (Komisja Europejska, 2024c). Analiza nie uwzględnia Grecji ze względu na brak dostępności danych dotyczących indeksu HPI w zasobach Eurostat.

<sup>14</sup> Opracowanie własne na podstawie danych Eurostat za lata 2013–2023 (Komisja Europejska, 2024b).

<sup>15</sup> Tamże.

<sup>16</sup> Tamże.

<sup>17</sup> Tamże.

<sup>18</sup> Opracowanie własne na podstawie danych Eurostat za lata 2013–2023 (Komisja Europejska, 2024b; 2024c).

<sup>19</sup> Opracowanie własne na podstawie danych Eurostat za lata 2013–2023 (Komisja Europejska, 2024b).

<sup>20</sup> Opracowanie własne na podstawie danych Eurostat za lata 2013–2023 (Komisja Europejska, 2010).

<sup>21</sup> Tamże.



### III. Rynek najmu krótkoterminowego lokali mieszkalnych

#### 1. Rynek najmu krótkoterminowego lokali mieszkalnych w latach 2018–2022 – omówienie danych statystycznych

W latach 2018–2022 udział noclegów w lokalach mieszkalnych na wynajem oferowanych przez platformy ekonomii współdzielenia (*collaborative economy platforms*)<sup>22</sup>, określanych także anglojęzycznym określeniem noclegów *platform tourism*, w całym rynku krótkoterminowych noclegów uwzględniającym obok wspomnianych mieszkań na wynajem także standardowe obiekty turystycznego zakwaterowania (w tym między innymi hotele, motele, hostele, schroniska, ośrodki kolonijne, wczasowe i wypoczynkowe, kempingi, pola biwakowe, etc.) wzrósł na poziomie UE o 6 p.p., osiągając średnią 22% w 2022 roku<sup>23</sup>. W ujęciu poszczególnych państw członkowskich UE, udział tej kategorii w łącznej liczbie noclegów krótkoterminowych był w 2022 roku niższy względem 2018 roku tylko w Irlandii (–2 p.p.), w Czechach (–2 p.p.), w Holandii (–1 p.p.) oraz w Danii (–1 p.p.)<sup>24</sup>. Ponadto, w pięciu unijnych gospodarkach udział noclegów w lokalach mieszkalnych na wynajem oferowanych przez platformy ekonomii współdzielenia w łącznej liczbie noclegów krótkoterminowych osiągnął między rokiem 2018 a 2022 dwucyfrowy wzrost: największy w Polsce (12 p.p.), na Łotwie (11 p.p.), we Francji (11 p.p.), w Rumunii (11 p.p.) oraz w Grecji (10 p.p.)<sup>25</sup>.

W 2022 roku, aż 9 gospodarek UE odnotowało co najmniej 25% udział noclegów typu *platform tourism* w łącznej liczbie krótkoterminowych noclegów, w tym: Portugalia (43%), Malta (34%), Chorwacja (34%), Francja (30%), Łotwa (30%), Polska (29%), Cypr (29%), Hiszpania (26%), a także Węgry (26%)<sup>26</sup>.

Z punktu widzenia przesłanki wymienianej w kontekście rozporządzenia STR jako uzasadniającej jego wprowadzenie, dotyczącej wpływu krótkoterminowego najmu nieruchomości na sytuację mieszkaniową lokalnych społeczności, adekwatne jest odniesienie liczby noclegów typu *platform tourism* do populacji. Liczba noclegów w lokalach mieszkalnych na wynajem oferowanych przez platformy ekonomii współdzielenia przypadających na mieszkańca UE była w 2022 roku o 35% wyższa niż pięć lat wcześniej, a spadek w tym zakresie zaobserwowało tylko pięć państw członkowskich UE: Czechy (–19%), Irlandia (–17%), Malta (–6%), Węgry (–2%) oraz Estonia (prawie –1%)<sup>27</sup>. Największy wzrost liczby noclegów typu *platform tourism* przypadających na jednego mieszkańca odnotowały zaś w latach 2018–2022: Rumunia (96%), Polska (74%), Szwecja (69%), Belgia (68%), Grecja (60%) oraz Francja (58%)<sup>28</sup>.

W ujęciu nominalnym, w 2022 roku na 1000 mieszkańców UE przypadało średnio 1337 noclegów oferowanych przez platformy ekonomii współdzielenia. Na poziomie poszczególnych państw członkowskich UE najwyższą wartość noclegów typu *platform tourism* na 1000 mieszkańców

<sup>22</sup> Najnowsze dostępne dane Eurostat na podstawie porozumienia między KE a Airbnb, Booking, Expedia Group oraz Tripadvisor (zob. Komisja Europejska, 2021).

<sup>23</sup> Opracowanie własne na podstawie danych Eurostat za lata 2018–2022; Analiza na poziomie poszczególnych państw członkowskich UE nie uwzględnia Słowenii ze względu na ograniczoną dostępność danych za 2018 rok (Komisja Europejska, 2024a; 2024d).

<sup>24</sup> Tamże.

<sup>25</sup> Tamże.

<sup>26</sup> Tamże.

<sup>27</sup> Opracowanie własne na podstawie danych Eurostat za lata 2018–2022 (Komisja Europejska, 2013; 2024a).

<sup>28</sup> Tamże.

odnotowały: Chorwacja (8000), Malta (5400), Cypr (4600), Portugalia (3200), Grecja (3000) i Hiszpania (2500)<sup>29</sup>.

## 2. Analiza korelacji między liczbą noclegów typu *platform tourism* a czynszami, cenami nieruchomości mieszkaniowych i wskaźnikiem przeludnienia

### 2.1. Uwagi metodologiczne

W dalszej części artykułu przedstawiono wyniki analizy korelacji liczby noclegów oferowanych przez platformy współdzielenia przypadających na 1000 mieszkańców oraz odpowiednio: (i) czynszów najmu lokali mieszkalnych; (ii) cen nieruchomości mieszkalnych oraz (iii) poziomu przeludnienia. W przypadku czynszów najmu oraz cen nieruchomości analizie poddano wartości zarówno nominalne, jak i skorygowane o inflację wyrażaną zharmonizowanym wskaźnikiem cen konsumpcyjnych HICP (*Harmonized Index of Consumer Prices*).

Wartość każdego z analizowanych parameterów (liczba noclegów typu *platform tourism* przypadających na 1000 mieszkańców, czynsze lokali mieszkalnych, ceny nieruchomości mieszkalnych, poziom przeludnienia) została wyrażona w postaci jego zmiany między rokiem 2018 a 2022, tj. między latami, dla których w bazie Eurostat były dostępne najnowsze dane statystyczne.

Obliczenia zostały przeprowadzone na próbie obejmującej indywidualne państwa członkowskie UE-27 oraz UE-27 w ujęciu zagregowanym. Korelacja została wyrażona współczynnikiem korelacji Pearsona.

### 2.2. Korelacja między liczbą noclegów typu *platform tourism* a czynszami najmu lokali mieszkalnych<sup>30</sup>

Współczynnik korelacji między wzrostem liczby noclegów typu *platform tourism* przypadających na jednego mieszkańca a wzrostem cen czynszów (nieskorygowanych o inflację) w latach 2018–2022 wyniósł  $-0,22$ . Wskazuje to na słabą, ujemną zależność między wzrostem liczby przypadających na mieszkańca noclegów oferowanych przez platformy ekonomii współdzielenia a wzrostem cen czynszów. Wartość  $p$  wyniosła około  $0,27$ , a zatem wynik nie jest statystycznie istotny.

W przypadku czynszów skorygowanych o inflację, współczynnik korelacji wyniósł  $-0,24$  przy wartości  $p$  na poziomie około  $0,21$  implikującej brak istotności statystycznej osiągniętego wyniku.

### 2.3. Korelacja między liczbą noclegów typu *platform tourism* a cenami nieruchomości mieszkaniowych<sup>31</sup>

Dla tej samej próby w okresie 2018–2022 nieco silniejsza, choć wciąż ujemna ( $-0,33$ ) i statystycznie nieistotna (z wartością  $p$  na poziomie  $0,09$ ) korelacja wystąpiła między wzrostem liczby noclegów oferowanych przez platformy ekonomii współdzielenia a wzrostem cen nieruchomości mieszkaniowych.

Współczynnik korelacji między wzrostem liczby noclegów typu *platform tourism* przypadających na jednego mieszkańca a wzrostem cen nieruchomości mieszkaniowych skorygowanych o inflację

<sup>29</sup> Tamże.

<sup>30</sup> Opracowanie własne na podstawie danych Eurostat za lata 2018–2022 (Komisja Europejska, 2013; 2024a; 2024b).

<sup>31</sup> Opracowanie własne na podstawie danych Eurostat za lata 2018–2022 (Komisja Europejska, 2013; 2024a; 2024c).

wyniósł  $-0,40$ , wskazując na umiarkowaną negatywną korelację między analizowanymi zmiennymi. Wartość  $p$  wyniosła przy tym około  $0,04$ , a zatem przy poziomie istotności  $0,05$  zależność może być istotna statystycznie.

#### 2.4. Korelacja między liczbą noclegów typu *platform tourism* a poziomem przeludnienia<sup>32</sup>

Korelacja wzrostu wskaźnika przeludnienia ze wzrostem liczby oferowanych przez platformy ekonomii współdzielenia noclegów w lokalach mieszkalnych w latach 2018–2022 była, podobnie jak w przypadku wzrostu czynszów najmu lokali mieszkalnych i cen nieruchomości mieszkalnych, ujemna. Współczynnik korelacji wyniósł  $-0,23$ , wskazując na słabą zależność między analizowanymi parametrami. Wynik należy rozpatrywać jako statystycznie nieistotny, zważywszy na wartość  $p$  wynoszącą około  $0,24$ .

### IV. Perspektywa doktryny na wprowadzenie rozporządzenia STR

Rynek krótkoterminowego wynajmu mieszkań jest jednym z elementów ekonomii współdzielenia (*sharing economy*). Nie została ona jednoznacznie zdefiniowana (Poniatowska-Jaksch, 2018), niemniej jak pisze Pakulska za Botsman, może być rozpatrywana jako system aktywizujący niewykorzystane aktywa poprzez uruchomienie w ramach nich modeli oraz rynków, które umożliwiają dostęp do tych aktywów oraz pozwalają na osiągnięcie wzrostu ich wydajności (Botsman i Rogers, 2011; za: Pakulska 2016). Nurt ekonomii współdzielenia jest łączony z działalnością platform internetowych (Hamari, Sjöklint i Ukkonen, 2015), w tym kontekście wskazuje się na pojęcie „gospodarki platform” (*platform economy*) (Quattrone, Kusek i Capra, 2022).

Ekonomia współdzielenia wiąże się z korzyściami ekonomicznymi i środowiskowymi wynikającymi z pełniejszego wykorzystania zasobów, a także społecznymi, ponieważ związane z nią modele biznesowe opierają się na budowaniu i rozwijaniu sieci społecznościowych (Pasternak-Malicka i Dębowski, 2022). Podlega także licznym ograniczeniom w znacznym stopniu wynikającym z braku odpowiednich regulacji prawnych, co sprzyja nieuczciwym praktykom rynkowym, stanowi zagrożenie dla prywatności uczestników, a także – wskutek znikomej transparentności – może narażać na inne zagrożenia, na przykład o charakterze fizycznym czy finansowym (Pasternak-Malicka i Dębowski, 2022). Wyzwania związane z brakami na płaszczyźnie legislacyjnej są o tyle istotne, że popularność platform ekonomii współdzielenia oddziałuje na funkcjonowanie branż gospodarki czy miast (Żołądek, 2018). Niedostatki w zakresie regulacji prawnych czy standardów stanowią zaś zagrożenie zarówno dla usługobiorców, jak i dla usługodawców (Balińska i Staśkiewicz, 2021). Znajdują one ponadto swoje odzwierciedlenie na płaszczyźnie fiskalnej, co przejawia się w wypieraniu z rynku funkcjonujących dotychczas przedsiębiorstw, które należycie regulowały swoje zobowiązania podatkowe na rzecz indywidualnych usługodawców, których działalność często nie generuje wpływów podatkowych w państwach świadczenia usług (Papińska-Kacperek i Polańska, 2018).

W czerwcu 2016 r. KE wydała komunikat pod nazwą „Europejski program na rzecz gospodarki dzielenia się”<sup>33</sup>. W dokumencie przedstawiono główne problemy, z którymi mierzą się podmioty

<sup>32</sup> Opracowanie własne na podstawie danych Eurostat za lata 2018–2022 (Komisja Europejska, 2010; 2013; 2024a).

<sup>33</sup> Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 2 czerwca 2016 r. Europejski program na rzecz gospodarki dzielenia się (COM(2016) 356 final).

gospodarcze oraz organy publiczne, a odnoszące się do ekonomii współdzielenia oraz niewiązane wytyczne obejmujące wskazówki prawne czy orientacyjne kierunki polityki. Zidentyfikowane przez KE główne problemy dotyczą<sup>34</sup>:

- wymagań dotyczących dostępu do rynku: w tym potencjalnych obowiązków uzyskiwania zezwoleń na prowadzenie działalności, licencji czy też spełnienia minimalnych kryteriów jakościowych (na przykład dotyczących wielkości pomieszczeń);
- uregulowań dotyczących odpowiedzialności: w tym zakresu odpowiedzialności platform współpracy za przechowywane przez nie informacje;
- ochrony użytkowników: w tym kwestii rozróżnienia konsumentów i przedsiębiorstw (wobec zacierania się w gospodarce współpracy granic między nimi) oraz wdrażania mechanizmów służących zwiększaniu wiarygodności usług i zaufania konsumentów do gospodarki dzielenia się, a także mających zapewnić ochronę konsumentów przed nieuczciwymi praktykami handlowymi;
- statusu samozatrudnionych: w tym zagadnienia zacierania się granic między samozatrudnionymi a pracownikami w gospodarce dzielenia się, implikującego zagrożenia związane z zabezpieczeniem przysługujących im praw oraz zapewnieniem ochrony socjalnej;
- opodatkowania: w tym aspektów związanych z zapewnieniem przestrzegania oraz skuteczności egzekwowania przepisów podatkowych, obejmujących między innymi mechanizmy identyfikacji podatników oraz podlegającego opodatkowaniu dochodu.

Większość wskazanych wyżej zagadnień – jako podlegających kompetencjom krajowym – nie zostało zharmonizowanych na poziomie unijnym. W kwietniu 2024 r. PE przyjął dyrektywę w sprawie poprawy warunków pracy za pośrednictwem platform internetowych. Rozporządzenie STR stanowi drugi akt prawny regulujący na poziomie UE wybrane (sektorowe) aspekty związane z ekonomią współdzielenia.

W treści rozporządzenia STR wskazano, że ma ono przyczyniać się „do właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego w odniesieniu do świadczenia usług zapewnianych przez platformy internetowe pośredniczące w najmie krótkoterminowym”<sup>35</sup>. W ujęciu szczegółowym zaś rozporządzenie ma służyć harmonizacji przepisów odnoszących się do generowania danych dotyczących usług krótkoterminowego najmu lokali mieszkalnych, a także dzielenia się nimi w celu zapewnienia organom publicznym lepszego dostępu do lepszej jakości danych związanych ze świadczeniem tych usług<sup>36</sup>. W wyniku tego organy publiczne mają zyskać możliwość skutecznego i proporcjonalnego opracowania oraz wdrożenia polityki odnoszącej się do takich usług<sup>37</sup>.

W zakresie wskazanego celu szczegółowego zawarte w rozporządzeniu STR postanowienia powinny umożliwić jego odpowiednią realizację. Rozporządzenie nakłada na platformy internetowe pośredniczące w najmie krótkoterminowym wymóg pozyskiwania i przekazywania właściwym organom danych umożliwiających identyfikację wynajmujących, a także jednostek (lokalii mieszkalnych) stanowiących przedmiot najmu (wraz ze szczegółami dotyczącymi między innymi ich adresu, rodzaju czy maksymalnej liczby dostępnych miejsc noclegowych). Platformy internetowe

<sup>34</sup> Tamże.

<sup>35</sup> Pkt 35 preambuły rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1028 z dn. 11.04.2024 r. w sprawie gromadzenia i udostępniania danych dotyczących usług krótkoterminowego najmu lokali mieszkalnych i zmieniające rozporządzenie (UE) 2018/1724 (Dz. Urz. UE L 2024/1028).

<sup>36</sup> Tamże, pkt 3 preambuły.

<sup>37</sup> Tamże.

będą także zobligowane do regularnego, comiesięcznego przekazywania danych dotyczących działalności jednostek. W ten sposób organy publiczne powinny zyskać aktualny dostęp do kluczowych danych dotyczących wielkości (liczby jednostek), struktury (rodzaju, wielkości i innych parametrów jednostek) oraz aktywności rynku (działalności jednostek). Ustrukturyzowanie zarówno samych danych, jak i procesu ich pozyskiwania i przekazywania powinno pozwolić na skuteczne ich wykorzystanie w celach związanych z opracowywaniem szczegółowych rozwiązań legislacyjnych dotyczących rynku krótkoterminowego najmu lokali mieszkalnych.

Co więcej, podlegającym rejestracji jednostkom będą nadawane numery identyfikacyjne, które powinny być umieszczane w publicznych i łatwo dostępnych rejestrach, a także we wszystkich związanych z nimi ofertach i przekazywane najemcom. Powinno przyczynić się to do zwiększenia transparentności rynku, wiarygodności ofert czy bezpieczeństwa usługobiorców.

Na koniec należy podkreślić, że rozporządzenie STR – co też zostało uwzględnione w jego treści – nie reguluje pozostających w zakresie kompetencji państw członkowskich kwestii związanych z przyjmowaniem oraz utrzymywaniem wymogów odnoszących się do dostępu wynajmujących do rynku krótkoterminowego najmu lokali mieszkalnych, a także wymogów związanych ze zdrowiem, bezpieczeństwem czy minimalnymi normami lub ograniczeniami jakościowymi<sup>38</sup>.

## V. Wnioski

Przedstawiona w niniejszym artykule analiza korelacji między wzrostem liczby noclegów typu *platform tourism* w odniesieniu do liczby ludności a wzrostem poziomu czynszów najmu lokali mieszkalnych, cen nieruchomości mieszkaniowych oraz wskaźnika przeludnienia mieszkań nie może stanowić podstawy do sformułowania jednoznacznych wniosków dotyczących zależności między objętymi badaniem czynnikami. Niezależnie od statystycznej istotności wyników, niewystarczający jest zakres dostępnych danych statystycznych. Niedostatek ten występuje zarówno w ujęciu czasowym (najstarsze dane statystyczne Eurostat odnoszące się do noclegów typu *platform tourism* są dostępne za 2018 rok, najnowsze zaś za 2022 rok), jak i geograficznym (nie wszystkie kategorie danych są dostępne na poziomie regionalnym, a krótkoterminowy wynajem lokali mieszkalnych skoncentrowany jest głównie w ograniczonej liczbie destynacji turystycznych, biznesowych czy edukacyjnych – tym samym związane z nim anomalie mogą nie być widoczne w ujęciu całych państw). Uzasadnia to wprowadzenie rozporządzenia STR na tle przesłanki związanej z brakiem dostępności danych, które umożliwiałyby skuteczną ocenę wpływu krótkoterminowego najmu lokali mieszkalnych przez platformy ekonomii współdzielenia na lokalne rynki mieszkaniowe oraz podejmowanie adekwatnych działań regulacyjnych w tym zakresie.

Przeprowadzone badania danych statystycznych potwierdzają jednak znaczącą skalę wyzwań związanych z zapewnieniem na poziomie unijnym dostępności mieszkań na przystępnych warunkach cenowych, a także uzasadnienie dla większego ukierunkowania na zjawisko dynamicznie rozwijającego się w ostatnich latach krótkoterminowego najmu lokali mieszkalnych.

<sup>38</sup> Tamże, pkt 4 preambuły.

## Finansowanie

Badanie nie otrzymało dofinansowania.

## Deklaracja konfliktu interesów

Autor zadeklarował brak potencjalnych konfliktów interesów w odniesieniu do badań, autorstwa i publikacji tego artykułu.

## Bibliografia

- Balińska, A. i Staśkiewicz, D. (2021). *Sharing economy w gospodarce turystycznej. Kontekst teoretyczny i empiryczny*. Oficyna Wydawnicza SGH.
- Hamari, J., Sjöklint, M. i Ukkonen, A. (2015). The sharing economy: Why people participate in collaborative consumption. *Journal of the Association for Information Science and Technology*, 67(9), 2047–2059, <https://dx.doi.org/10.1002/asi.23552>
- Komisja Europejska. (2009). Eurostat. *Share of housing costs in disposable household income, by type of household and income group – EU-SILC survey*. Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ilc\\_mdcd01/default/table?lang=en](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ilc_mdcd01/default/table?lang=en) (30.06.2024).
- Komisja Europejska. (2009a). Eurostat. *Structure of consumption expenditure by COICOP consumption purpose*. Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/hbs\\_str\\_t211/default/table?lang=en&category=livcon.hbs.hbs\\_struc](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/hbs_str_t211/default/table?lang=en&category=livcon.hbs.hbs_struc) (30.06.2024).
- Komisja Europejska. (2010). Eurostat. *Overcrowding rate by age, sex and poverty status – total population – EU-SILC survey*. Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ILC\\_LVHO05A\\_\\_custom\\_7017587/default/table?lang=en](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ILC_LVHO05A__custom_7017587/default/table?lang=en) (30.06.2024).
- Komisja Europejska. (2013). Eurostat. *Population on 1 January by age groups and sex – cities and greater cities*. Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00001/default/table?lang=en&category=t\\_demo.t\\_demo\\_pop](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00001/default/table?lang=en&category=t_demo.t_demo_pop) (30.06.2024).
- Komisja Europejska. (2021). Eurostat. *Short-stay accommodation offered via online collaborative economy platforms*. Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Short-stay\\_accommodation\\_offered\\_via\\_online\\_collaborative\\_economy\\_platforms](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Short-stay_accommodation_offered_via_online_collaborative_economy_platforms) (30.06.2024).
- Komisja Europejska. (2024). Eurostat. *Distribution of population by tenure status, type of household and income group – EU-SILC survey*. P. Urząd Publikacji Unii Europejskiej. ozyskano z: [https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ILC\\_LVHO02\\_\\_custom\\_3359192/default/table?lang=en](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ILC_LVHO02__custom_3359192/default/table?lang=en) (30.06.2024).
- Komisja Europejska. (2024a). Eurostat. *Guest nights spent at short-stay accommodation offered via collaborative economy platforms by country of residence of the guest – experimental statistics*. Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tour\\_ce\\_oar/default/table?lang=en&category=tour.tour\\_ce.tour\\_ce\\_oa](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tour_ce_oar/default/table?lang=en&category=tour.tour_ce.tour_ce_oa) (30.06.2024).
- Komisja Europejska. (2024b). Eurostat. *HICP – annual data (average index and rate of change)*. Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/prc\\_hicp\\_aaind/default/table?lang=en](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/prc_hicp_aaind/default/table?lang=en) (30.06.2024).
- Komisja Europejska. (2024c). Eurostat. *House price index (2015 = 100) – annual data*. Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/PRC\\_HPI\\_A\\_\\_custom\\_4499962/bookmark/table?lang=en&bookmarkId=bf5cec0a-6572-47e0-b42e-fa2eb839e0f1](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/PRC_HPI_A__custom_4499962/bookmark/table?lang=en&bookmarkId=bf5cec0a-6572-47e0-b42e-fa2eb839e0f1) (30.06.2024).

- Komisja Europejska. (2024d). Eurostat. *Nights spent at tourist accommodation establishments*. Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tour\\_occ\\_nat/default/table?lang=en&category=tour.tour\\_inda.tour\\_occ.tour\\_occ\\_n](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tour_occ_nat/default/table?lang=en&category=tour.tour_inda.tour_occ.tour_occ_n) (30.06.2024).
- Pakulska, T. (2016). Otoczenie przedsiębiorstw a rozwój sharing economy. W M. Poniatowska-Jaksch, R. Sobiecki (red.), *Sharing economy (gospodarka współdzielenia)* (s. 39–53). Oficyna Wydawnicza SGH.
- Papińska-Kacperek, J. i Polańska, K. (2018). Problemy i sposoby legalizacji przedsięwzięć sharing economy. *Roczniki Kolegium Analiz Ekonomicznych*, (49), 85–95.
- Pasternak-Malicka, M. i Dębowski, T. (2022). Opportunities and threats of sharing economy. *Optimum. Economic Studies*, 4(110), 101–117. <https://dx.doi.org/10.15290/oes.2022.04.110.07>
- Poniatowska-Jaksch, M. (2016). Ekspansja zagraniczna przedsiębiorstw w modelu sharing economy. *Ekonomia Międzynarodowa*, (22), 44–54. <http://dx.doi.org/10.18778/2082-4440.22.02>
- Quattrone, G., Kusek, N. i Capra, L. (2022). A global-scale analysis of the sharing economy model – an AirBnB case study. *EPJ Data Science*, 11(36). <https://dx.doi.org/10.1140/epjds/s13688-022-00349-3>
- Żołądek, J. (2018). Gospodarka dzielenia się – wyzwania regulacyjne. *INFOS*, 9(247), 1–4.

Marcin Pasek\*, Dominik Borek\*\*

## Selected aspects of the organization of tourism and recreation in natural areas with different status of legal protection

### Abstract

An important place in the strategy of promoting health of modern societies, especially in the post-pandemic world, is played by orienting recommendations on how to spend free time towards tourism and recreation in the natural environment. The utilitarian nature of this type of activity is associated with the need to respect legal provisions, relating to the use of statutory forms of nature conservation, as well as non-statutory protection areas. The aim of the study is to characterize the tourist-recreational use in both of the abovementioned types of ecological habitats, and to indicate the similarities and differences in the conditions of this use, taking into account legally recognized forms of activity, and the permissible scope of infrastructure investments. Within the statutory forms of nature protection, the analysis includes national parks, nature reserves, landscape parks, protected landscape areas and NATURA 2000 areas. The characteristics of non-statutory nature areas include forests with special natural values, promotional forest complexes, world biosphere reserves, and UNESCO natural heritage areas. The analysis carried out, regardless of the status of the nature areas, indicates a legislative desire to maintain harmony between human needs and the ecological stability of the surrounding sub-natural spaces<sup>1</sup>.

**Keywords:** tourism law; environmental law; environment; tourism.

### Wybrane aspekty organizacji turystyki i rekreacji na obszarach przyrodniczych o różnym statusie ochrony prawnej

#### Streszczenie

Ważne miejsce w strategii promocji zdrowia współczesnych społeczeństw, szczególnie w świecie postpandemicznym, zajmują rekomendacje dotyczące spędzania wolnego czasu ukierunkowane na turystykę i rekreację w środowisku przyrodniczym. Utylitarny charakter tego typu aktywności wiąże się z koniecznością poszanowania przepisów prawnych, odnoszących się do korzystania

\* Dr hab. Marcin Pasek, Gdansk University of Physical Education and Sport; email: marcin.pasek@awf.gda.pl. <https://orcid.org/0000-0001-6872-1697>.

\*\* Dr Dominik Borek, SGH Warsaw School of Economics; Attorney-at-law; email: dborek@sgh.waw.pl. <https://orcid.org/0000-0002-4359-9426>.

<sup>1</sup> The material presented in the paper represents the private positions of the authors, and cannot be seen as the view of any body or institution. The authors were responsible for the following areas of work on the article – D. Borek: chapter VIII, regulatory layer, legal search, checking legislative references, legal literature and bibliography, technical adjustments of the text to editorial regulations, M. Pasek: other chapters, concept, methodology.



zarówno z ustawowych form ochrony przyrody, jak i z pozaustawowych obszarów ochrony. Celem opracowania jest scharakteryzowanie wykorzystania turystyczno-rekreacyjnego na obu wyżej wymienionych typach siedlisk ekologicznych oraz wskazanie podobieństw i różnic w warunkach tego użytkowania, z uwzględnieniem prawnie uznanych form aktywności i dopuszczalnego zakresu inwestycji infrastrukturalnych. W ramach ustawowych form ochrony przyrody, analizie poddano parki narodowe, rezerваты przyrody, parki krajobrazowe, obszary chronionego krajobrazu i obszary NATURA 2000. Do obszarów naturalnych nieustawowych zalicza się lasy o szczególnych walorach przyrodniczych, kompleksy leśne promocyjne, światowe rezerваты biosfery oraz obszary dziedzictwa przyrodniczego UNESCO. Przeprowadzona analiza, niezależnie od statusu obszarów naturalnych, wskazuje na ustawową potrzebę zachowania harmonii między potrzebami człowieka a ekologiczną stabilnością otaczających go przestrzeni subnaturalnych.

**Słowa kluczowe:** prawo turystyczne; prawo ochrony środowiska; środowisko; turystyka.

**JEL:** K23

## I. Introduction

The protection of natural resources in light of the increase in the prevalence of tourism and recreational activities is an important element of regional management strategies. In this regard, it was necessary to define, at the legislative level, the scope of accessibility of tourism and recreation to subnatural ecosystems, both in terms of the forms of human activity respected within, and the scope of infrastructural investment. The applicable goals of nature protection, as well as the forms of its protection, were precisely defined in the Polish Law on Nature Protection of 16 October 1991 (Journal of Laws 1991 No. 114 item 492), which is an elaborate continuation of post-war legislation dating back to 1949 (Law on Nature Protection of April 7, 1949, Journal of Laws. 1949 No. 25 item 180) and, in an only slightly amended provision, repeated in the currently effective Law of 16 April 2004 on Nature Protection (hereinafter: Nature Protection Act) (Journal of Laws 2023. No. 1336, 1688, 1890.). In the legislation currently in force, key importance is attributed to maintaining the stability of ecosystems, preserving biodiversity, protecting scenic qualities, and shaping appropriate human attitudes toward nature. Despite the lack of explicit mention of the organization of tourism and recreation, each of the listed categories indirectly refers to it.

The types of areas under nature protection listed in the Nature Protection Act of 2004 include: national parks, nature reserves, landscape parks, areas of protected landscape, documentary sites, ecological land uses, as well as natural and landscape complexes, supplemented by object protection through the establishment of nature monuments and species protection of plants, animals and fungi. The said Act came into force simultaneously with Poland's accession to the structures of the European Union (1 May 2004) and also listed sites covered by the NATURA 2000 network, which did not fully coincide with nationally designated nature protection areas, some adding new items to existing sites, for instance attractive rural landscapes.

Due to societies' unremitting fascination with nature, which increasingly constitutes a rationed commodity, the phenomenon of anthropogenic pressure as an effect of exceeding the natural

absorption capacity of natural enclaves, and disorderly organization of tourist traffic, is inevitable. In reference, the differentiation of area protection regimes adopted in national legislation is aimed at creating a rational balance between securing the needs of societies and the surrounding nature.

However, the hierarchy of these needs should be supported by nature conservation in the first place, and its reversal, manifested in the realization of tourism goals at the expense of natural values within protected areas, would turn against humans in the long run (Mirek, 2003).

The dissemination, after the 1992 Earth Summit in Rio de Janeiro, of the idea of sustainable and balanced development, known by its original name as sustainable development, underpinned the popularization of the concepts of sustainable tourism (Ahmad, Youjin & Hdia, 2022). The first of these terms refers to the permanent existence of environmental resources, meaning the unchanged state of these resources guaranteed to representatives of future generations. Sustainability, on the other hand, reflects the need to optimize the intensity of tourism in nature, known as natural absorption, as well as assumes a harmonious coexistence of nature, tourists and members of the local community (Bugajska, Raniszewski, Tomanek & Borek, 2023).

In general, in case of tourist-recreational use of ecosystems, the principle of inverse proportionality applies, assuming that an increasing regime of protection should be accompanied by a gradual reduction in tourist use. The variety of forms of nature protection is considerable. In accordance with Article 6 (1) of the Nature Protection Act, there are as many as ten of such forms, reflecting the heterogeneity of regional landscapes, habitats, ecosystems and species (Staniewska-Zątek, 2007). It should be mentioned that tourists and recreationists generally have limited access to many natural and subnatural ecosystems, due to the occurrence of peculiar ecological processes within them. This includes the habitats of species that are important from a scientific perspective, which include relict species, endemic species, as well as those occurring within so-called ecotones, that is, the boundaries of geographic ranges. Documentary sites and those of ecological uses are certainly also among areas with clearly limited opportunities for tourist and recreational interference. The remaining areas are definitely a more functional space, in the sense of pursuing tourist recreational activities, and it is thus worth presenting their more detailed characteristics.

## II. Tourism in nature reserves

Nature reserves are areas with the highest level of protection. The primary functions of reserves are scientific, mainly research and documentation. Thus, the most important tasks of reserves are to observe and collect information on the relationships between biocenosis and biotope, as well as on various phenomena at the level of the geosphere and hydrosphere. The use of reserves for tourism and recreational purposes has stirred up a debate, and opinions on the subject also differ in scientific circles. The public perception is that tourist use is allowed in reserves with partial protection, which are made available for teaching purposes, among other things. This assumption is not unequivocally correct, since partial protection is not concerned with tourist accessibility, but only with the manner of conservation activities undertaken within the reserves. In principle, the legal description of the functionality of a reserve does not cover a tourist and sightseeing role. However, it should be acknowledged that some reserves are used for tourism, a fact that cannot be ignored, much less banned (Symonides, 2003).

The possibility of cognitive-oriented tourist use of areas under protection as nature reserves should be regulated by the provisions of a resolution of the provincial assembly on the establishment of a given reserve, the conditions of protection and its potential derogations that would be justified, among other things, by tourist and recreational needs (Staniewska-Zątek, 2009).

The admissibility of tourist use of reserves, mainly in the form of sightseeing for cognitive purposes, should be determined by the provisions of the resolution of the provincial assembly on the establishment of a given reserve, within the part of such resolution that defines the type of the reserve, the regime of its protection, and the possible exemptions justified by various needs, including those of tourism and recreation. As often discussed by ecological bodies, the concept of a clear separation of a group of nature reserves dedicated to a broader natural science seems correct. Such a group could be formed by large-area landscape reserves, some forest reserves, and those located within the borders of urban agglomerations or in their immediate vicinity, to stop the process of urbanization of naturally valuable areas. A good example of such a space is the Kępa Redłowska landscape reserve in Gdynia, established in the interwar period and consisting of more than 120 hectares, covering a fragment of the cliff coast rising above the waters of the Gulf of Gdansk.

Proposals to introduce infrastructure elements serving the needs of tourists and recreationists into the areas of nature reserves remain problematic and debatable. Still, in necessary situations, elements that shield protected nature from destruction must be present (Sorensen & Grindsted, 2021). All other development facilities, including hiking trails, should be located only on the periphery of reserves, with the exception of reserves located within the borders of cities and fulfilling park functions.

A coherent interpretation of the utilitarian values that can be realized by a tourist's and recreationalist's contact with a nature reserve is presented in one of the pioneering Polish studies on ecotourism issues (Zaręba, 2000). It is said therein that access to nature reserves should concern only tourism aimed at learning about unique natural values and landscape peculiarities. Even this, however, would exclude strict nature reserves, intended entirely for scientific and conservation purposes. Tourist use should only take the form of longer hikes or walks along strictly marked trails, while tourist and recreational infrastructure should be limited to information boards or color markings of trails on selected trees.

### III. Tourism in national parks

National parks usually occupy very large areas, as this is required to protect the totality of nature in a given region and its scenic qualities. In Poland, according to the currently applicable Nature Protection Act of 2004, their lower surface limit is 1000 hectares. They are a place for research, observation and collection of documentation about the natural processes taking place therein, which in their purpose essentially makes them similar in character to nature reserves.

Since their inception, national parks have attracted tourist interest, often characterized by unique natural and scenic qualities. In some parks, anthropogenic pressure lasting for many years caused by a constantly exceeded natural absorption rate became the cause of local threats to the protected nature. Each of the 23 Polish national parks represents a different type of landscape, characterized by a different intensity of development, different tourist attendance, as well as different

attitudes of local communities towards tourism and the natural environment. The aforementioned dissimilarities require individual insight into each area and individualized rules and regulations for visiting and development.

There are frequent situations when it is difficult to simultaneously implement all the assumptions accompanying the operation of national parks. It is then necessary to set priorities appropriate to the specifics of a given park, and to differentiate the usable areas by designating zones with different levels of permissible human interference. So far, the experiences are not always positive when separating two or three zones in national park areas, comprising a nature reserve protection zone, a partial protection zone (interchangeably referred to as landscape protection), and a buffer zone. The elaborations used in the new protection plans differentiate national parks into more zones corresponding to the individual characteristics of the protected nature and landscape.

The '*sanctuary zone*', which is the core of the protected area, can thus be distinguished first. It remains closed to all forms of tourist use, with exclusive access for park employees and scientists only. A so-called '*quiet zone*' is sometimes located around it, with access limited to small groups accompanied by a guide. It can be penetrated on foot, on cross-country skis, by bicycle, on horseback, by boat, canoe or pontoon, but only via strictly designated trails. It is devoid of accommodation and catering facilities, which are allowed in the form of campsites within the designated areas of the nature-subordinated tourism zone, which is the outer circle of the quiet zone. Automobile traffic is restricted, and tourist and recreational activities are allowed, with the exclusion of those generating anthropogenic hazards, such as noise and exhaust fumes emitted by motor vehicles. Its outer part is a '*sustainable tourism zone*'. In this space, it is proposed to introduce small-scale infrastructure visually compatible with the local architectural style, support for public transportation, and the promotion of tourism of a natural and cultural-educational nature. Finally, the '*buffer zone*', which is the outer part of the protected area, is characterized by greater freedom in the development of infrastructure, economic activity on the principles of eco-development, and an optimal, from the point of view of the natural absorption capacity of the area, transportation network determined by roads and paths (Zaręba, 2000).

National parks are made available to tourists for educational, cultural and recreational purposes, but only in a way that allows them to meet their primary objective of nature conservation, such as hiking, biking, horseback riding, skiing and water sports within designated trails and zones. Tourist infrastructure is kept to a minimum, created by information and educational facilities and equipment, hiking trails and nature trails.

From the point of view of current law, the document that determines the totality of all activities in Polish national parks (as well as in nature reserves and landscape parks), aimed at ensuring that the park is "open to the public", as guaranteed by the Nature Protection Act, is each park's protection plan. The analysis of protective conditions contained therein as the primary task, is the basis for determining the permissible scope of other forms of use, including tourism. Such plan, developed by groups of specialists who know the area well, most fully defines the spatial and temporal conditions of accessibility and intensity of tourism, corresponding to the individual characteristics and specific conditions of a given park (Staniewska-Zątek, 2009).

## IV. Tourism in landscape parks

Landscape parks are being established in Poland since the 1970s. Currently, there are more than 120 landscape parks covering a total area of more than 2.6 million hectares. The large number of such parks and their extensive size, which covers numerous areas of high natural values, makes them very significant for tourism and recreational, possibly more so than nature reserves and national parks, and significantly strengthens the system of protected areas in terms of their social importance (Sadowska, 2022).

The basic principles of making landscape parks available for tourist use are similar to those of national parks, since the goal enshrined in the definition of landscape parks is the preservation of the natural values present in their territories, as well as their popularization, based on varied educational activities, conducting various forms of dissemination of nature related knowledge, as well as through games and sports activities. Thus, the less stringent protection regime adopted for landscape parks makes it possible to carry out not only ecotourism, but also mild forms of recreation within them, including residence tourism, leisure tourism, and some forms of sports tourism (Shang, Bi & Wei, 2023). However, this requires a lot of care, as much care as in national parks, when adapting a given park's terrain for tourist and recreational use, due to greater pressure not only from visitors, but also from leisure guests.

One of the main functions of the existence of a landscape park is to make it available for various forms of tourism, thus guaranteeing that the natural absorption rates in national parks, which until the implementation of the landscape park category remained the focus of tourist interest, are less frequently exceeded. However, these areas should not be saturated with anthropogenic elements, and, in particular, should remain free from large-scale facilities. The degree of their tourist development should be conditioned by the area they occupy and the type of zone. With reference to this, regardless of the aforementioned zoning division in national parks, it is proposed to designate zones of more wide-spread or concentrated use in the most valuable natural enclaves, and in areas with higher tourist absorption rates, including the creation of leisure settlements.

## V. Tourist use of other legally protected areas

Among the other forms of legally protected areas, classified as individual forms of nature protection according to the Nature Protection Act of 2004, are the tourist-recreational use of natural-landscape complexes, ecological land uses, sites of nature monuments, and Natura 2000 areas.

The use of *natural-landscape complexes*, taking into account the purposes of tourism and recreation, should be governed by general principles similar to those of landscape parks, while the specific assumptions are conditioned by the goals of protection and the needs of the founding body.

Also, tourist or recreational use of *ecological land* should be adapted to specific situations. It is recommended in the Nature Protection Act that their creation, aimed at the preservation of unique gene resources and types of environments, indicates limited possibilities for their use, especially tourist-recreational use, especially since they are mostly characterized by the small size of their areas. In this situation, mainly mild forms of recreation, such as walking and short-term recreation, as well as cognitive tourism with particular emphasis on hiking and cycling, may be

allowed in such sites. However, due to their great diversity, the locally conditioned permissibility of other types of recreational activities is not excluded.

Objects recognized as *natural monuments* and their surroundings, as undisputed tourist attractions, are often elements of educational and tourist paths, as well as thematic, walking and bicycle routes. The high aesthetic values of these sites and objects add to the attractiveness of the adjacent tourist area.

*Natura 2000 areas*, created in accordance with European Union law, including the 1979 Birds Directive and the 1991 Habitats Directive, as well as under the Nature Protection Act, largely overlap with existing legally protected areas in Poland. Their management, development and use are based on the arrangements adopted in the mandatory protection plans for all these areas. The provisions of the Nature Protection Act, in the section on NATURA 2000 Areas, do not explicitly mention their tourist and recreational use. Since these are relatively new structures, it should be assumed that with the passage of time and the adaptation of European law to national conditions, rules will be developed that will not radically change the regulations already in place in areas open to visits, but will contribute to improving the condition of the natural habitats within their boundaries.

## VI. Non-statutory forms of nature protection

An important difficulty accompanying the classification of non-statutory nature protection areas in the sense of the Nature Protection Act of 2004, cited in this study, is their frequent spatial co-occurrence with protected areas. A classic example of this is some of Poland's national parks, which are also UNESCO natural heritage sites, and are, at the same time, part of the network of World Biosphere Reserves.

Among the sites deserving to be covered by preventive measures, the protection of which is however not regulated by relevant laws, should first of all include those that have been identified in the course of extraordinary natural richness [unclear, pls revise?] on the territory of forest districts (Sadowska, 2016). These include, among others, near-natural forests, forests with extraordinary floristic richness, wet forests and wet habitats, stands of native origin created from natural regeneration, seed stands, derived crops, swamps, bogs, heathlands, stands showing resistance to stress factors, interesting fragments of inanimate nature, historical sites, clumps, groups and individual trees deserving protection and not covered by monument protection, spring areas and other deserving protection (Forest Management Plan for Brynek Forest District for the period 01.01.2012–31.12.2021)<sup>2</sup>.

The designation of High Conservation Value Forests (HCVF) is a role of the State Forests Organization (Lasy Państwowe) to include naturally valuable forest areas in appropriate forms of protection (Sadowska, 2021). State forests, as a result of certification, are subjected to continuous evaluation by comparing the compliance of forest management with FSC (Forest Stewardship Council) standards, contained in the document "Principles, Criteria and Indicators of Good Forest Management in Poland". The document distinguishes among many other normative categories of forests with special natural values: protected areas, refuges of endangered and threatened

<sup>2</sup> Biuro Urządzania Lasu i Geodezji Leśnej Oddział w Krakowie na zlecenie Regionalnej Dyrekcja Lasów Państwowych w Katowicach, Plan urządzenia lasu dla Nadleśnictwa Brynek na okres gospodarczy od 1 stycznia 2012 r. do 31 grudnia 2021 r.

species, refuges of endemic species, areas of seasonal concentrations of valuable species, forest complexes playing a significant landscape role, vanishing or endangered ecosystems, water-protective forests, soil-protective forests, forests protecting against fire, forests meeting the fundamental needs of the local community, and, finally, forests crucial to the cultural identity of local communities.

Other, and from the perspective of tourist and recreational importance, very important forest areas not covered by formal protection are large-scale forest complexes that are remnants of ancient Piast forests, which, according to medieval legends, could have covered up to 75 percent of the country's area at that time. To this day, moreover, the name "primeval forest" remains attached to these areas, in some cases interchangeably called forests. The largest of these, the Carpathian Forest, covers an area of 313,000 hectares, followed by the Kurpiowska Forest (180,000 hectares), the Lower Silesian Forest (151,000 hectares), the Notec Forest (137,000 hectares), the Solska Forest and the Tuchola Forest (130,000 hectares each), the Piska Forest (105,000 hectares) and the Augustowska Forest of about 100,000 hectares (Polna, 2005). In these areas, however, it is also impossible to accurately determine the status of tourism and recreation, due to the different nature of the protection of the individual surface units that make up these areas, where sites protected by custom are adjacent to those covered by legislation, but without the tools of formal support. For example, in the Bory Dolnośląskie, which as a whole are not counted as areas of legal protection, there are five nature reserves, three areas of protected landscape, four ecological uses, two landscape parks, including one with four consecutive nature reserves and one ecological use, independent of the aforementioned one, separated in its space, and finally one natural and landscape complex. This reality does not allow for uniform treatment of such large areas in terms of their tourist and recreational use. In turn, the aforementioned Notecka Forest is also a Promotional Forest Complex of the same name, created by order of the Director General of the State Forests on 14 October 2004. This is an example of assigning the same area two separate classifications unrelated to the area's legal protection.

Promotional Forest Complexes (LKP) are another example of naturally valuable units made available for selected forms of tourist and recreational activities, not mentioned as an area form of protection in the Nature Protection Act, with particular emphasis on their educational role. However, it should be noted that in this case, it is not possible to speak of their extra-legislative origin, as in order to promote sustainable forest management and the protection of natural resources in forests, they were referred to in the Polish Forest Law of 28 September 1991 (Journal of Laws 2024, item 530). This act defines LKP as functional areas of ecological, educational and social importance, for which activities are defined by a unified management and protection programme developed by the competent director of the regional directorate of the State Forests Organization (Sadowska, 2016).

From a promotional point of view, World Biosphere Reserves are an important element of the coexistence of tourism and the natural environment in the area sense (Bera & Sadowska 2020). Their existence does not condition the introduction of new forms of use, in addition to those legislatively adopted for existing area-based forms of Polish nature protection law. A biosphere reserve (biosphere reserve) is a designated protected area containing valuable natural resources. Biosphere reserves around the world were established under the UNESCO MAB (Man and the Biosphere) programme. According to the Framework Statute for the World Network of

Biosphere Reserves, which was developed at a conference of UNESCO experts in March 1995 in Seville, and adopted in November 1995 at the UNESCO General Conference, these reserves are created to promote and demonstrate a sustainable relationship between humans and the biosphere. Polish biosphere reserves included in the list of UNESCO biosphere reserves include: Puszcza Kampinoska Biosphere Reserve with the Kampinos National Park located within its boundaries, Babia Gora Biosphere Reserve with the Babia Gora National Park located within its boundaries, Białowieża Biosphere Reserve with the Białowieża National Park located within its boundaries, Mazurian Lakes Biosphere Reserve, transformed from the previously existing Lake Luknajno Biosphere Reserve, area-wise overlapping with the statutory Lake Luknajno Nature Reserve. The only reserve in the Polish coastal area is the Slowinski Biosphere Reserve with the Slowinski National Park forming it, while the Biosphere Reserve Bory Tucholskie with one national park and four landscape parks is located a short distance from the sea. Other biosphere reserves are located in border areas, as natural heritage of Poland, Ukraine, Slovakia and the Czech Republic. The cross-border Biosphere Reserve “Polesie Zachodnie” is a Polish-Belarusian-Ukrainian area with a legally protected Polish zone in the form of the Polesie National Park. The Tatra Biosphere Reserve, in turn, includes the Tatra National Park on the Polish side and the Tatranský Národný Park on the Slovak side. The Karkonosze Biosphere Reserve consists of the neighboring Karkonoski National Park on the Polish side and Krkonošský Národní Park on the Czech side. The relatively most saturated protected areas are: the International Biosphere Reserve “Eastern Carpathians,” which is a Polish-Slovakian-Ukrainian border area, that encompasses three national parks and three landscape parks, and the Roztocze Transboundary Biosphere Reserve with its constituent national park, nature reserve and three landscape parks (Brey Meyer, 2002).

## VII. UNESCO natural heritage areas

UNESCO heritage sites are classified into 3 types: cultural, natural and cultural-natural. In Poland, cultural sites are the most common. Overall, the list of Polish sites inscribed on the World Heritage List, established under the Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage and adopted by UNESCO at its 17th session in Paris on 16 November 1972, ratified by Poland on 29 June 1976, currently includes 17 sites, of which only two are clearly natural, while one functions under the rights of a geopark, i.e. an area with precisely delimited boundaries, comprising geological, but also archaeological, ecological and historical-cultural heritage sites (UNESCO World Heritage Centre, 2014).

The Białowieża Forest, the first of two natural sites on this list, is located on the Polish-Belarusian border and is the last large fragment of the forest that once covered all of Europe as well as the last such large fragment of primeval forest that once covered the entire continent. Białowieża Forest was first inscribed on the UNESCO list in 1979 as part of the Białowieża National Park. The entry was supplemented by areas located in Belarus in 1992, and further extended to cover almost the entire primeval forest in 2014.

The second natural site on the list called: “Ancient and primary beech forests in the Carpathians and other regions of Europe”. The international entry includes as many as 94 elements in 18 countries. The Polish forest complexes co-creating it on the slopes of Połonina Wetlińska, Smerek, in the valley of Terebowiec, Upper Solinka and Wołosatka were added in 2021.



In turn, an example that goes beyond the purely natural context in its functionality and imagery is Muskauer Park, inscribed on the World Heritage List in 2004. It is a cross-border area of over 500 hectares located on both sides of the Lusatian Neisse River and shared by Poland with Germany. The world-class masterpiece of garden architecture, created by Prince von Pückler-Muskau in the first half of the 19th century, is embedded in the rural landscape and uses local vegetation to enhance its qualities. The combination of different types of qualities, characteristic of geoparks, is also observed in the park settings often found in the countryside that do not have the status of legally protected natural areas. Examples that clearly fit in with this characteristic are: the Łazienki and Wilanów royal parks in Warsaw, Park Oliwski in Gdańsk, Park Szczytnicki in Wrocław, Park Śląski in Chorzów, Park Zdrojowy in Nałęczów and Błonia in Kraków.

Green zones in the urban areas play an important role because, especially in the health dimension, they determine the increase in the quality of life of city residents as key elements of anthropogenic impact. Therefore, all kinds of squares, boulevards, micro-parks, Jordanian gardens, green areas next to residential buildings and housing estate parks are being built, which increase the landscape attractiveness of not only the central, representative areas of cities, but also their periphery (Chojecka, 2014). Thanks to their good transport accessibility, and despite lacking a legal designation, they are one of the most frequently experienced nature spaces by modern societies.

A noteworthy form of non-statutory nature protection invariably covers botanical gardens. Although they are not included among the forms of protection listed in Chapter 2 of the Nature Protection Act, the latter devotes a large part of its Chapter 3 to botanical gardens, zoological gardens and animal rehabilitation centres. Articles 65–77 of Chapter 3 deal with details concerning, inter alia, local spatial development plans related to them, the obligations placed on entities that operate them and the conditions for their creation.

Botanical gardens often focus their social purpose specificity in the vicinity of a museum. Therefore, medieval collections of medicinal plants, planted next to houses of medieval physicians, served to educate medical students and carried out an important social message at that time. This favored the development of botany as a propaedeutic for the study of medicine, materializing in the form of the so-called tulip mania, arboreta or botanical research spaces, with museums, seed banks and herbariums at the forefront (Grzonkowska, 2014).

The work of zoos is regulated by basic legislation: the Act of 21 August 1997 on the Protection of Animals, Regulation of the Minister of the Environment of 10 December 2003 on Occupational Health and Safety in Zoological Gardens, and Regulation of the Minister of the Environment of 20 December 2004 on the conditions for breeding and keeping particular groups of animal species in zoos. By the definition developed in the doctrine, a zoo is an institution whose activity consists of keeping and exhibiting live, wild animal species (Habel & Mroczkowski, 2015).

## VIII. Legal aspects of the promotion of nature tourism

The issues of conducting tourist promotions in Poland are mainly regulated by the Act of 25 June 1999 on the Polish Tourism Organization (Journal of Laws of 2023, item 1608). Promotion in the field of tourism is not much different in legal terms from any other promotion of the different area. The Polish Tourism Organization is a central, state legal entity that creates conditions for cooperation between government administration bodies, local governments and organizations

connecting entrepreneurs in the field of tourism, including economic and professional self-government, and associations operating in this field (Borek, 2019). There is nothing to prevent this cooperation from also relating to entities that are operators or managers of particular forms of natural areas that remain under legal protection, such as those discussed so far.

The statutory tasks of the Polish Tourism Organization include:

- 1) promotion of Poland as a country attractive for tourists;
- 2) ensuring the functioning and development of the Polish tourist information system in the country and worldwide;
- 3) initiating, giving opinions, and supporting plans for the development and modernization of tourist infrastructure;
- 4) performing other tasks entrusted to it, on the terms specified in the agreement concluded between the authorities and units referred to in the Nature Protection Act on one side, and the Polish Tourism Organization on the other;
- 5) inspiring the creation of regional tourism organizations covering an area of one or more Poland's 16 counties (voivodeships), and local tourist organizations covering the area of one or more local government units, as well as cooperation with them (Borek, 2022).

Among the numerous entries in the catalog of tasks of the Polish Tourism Organization, those that seem to have the greatest potential in promoting nature tourism are: initiating, giving opinions and supporting plans for the development and modernization of tourist infrastructure. These activities may take place, for example, when reviewing resolutions of a voivodeship assembly on the creation of a given reserve in the part of such resolution that relates to the definition of permitted tourist activities within the reserve (Borek, 2019).

Additionally, it should be remembered that the Polish Tourism Organization, in carrying out its tasks, cooperates in particular with Regional and Local Tourism Organizations. The latter's tasks include, among others:

- 1) tourist promotion of their area of operation;
- 2) supporting the functioning and development of tourist information;
- 3) initiating, giving opinions and supporting plans for the development and modernization of tourist infrastructure;
- 4) cooperation with the Polish Tourism Organization (Borek, 2022).

Similarly to tourism promotion at the central level, the activities of initiating, giving opinions and supporting plans for the development and modernization of tourist infrastructure also have the greatest potential in the context of nature tourism also so far as local and regional activities are concerned. It is in this respect that Local Tourism Organizations and Regional Tourism Organizations have a powerful tool thanks to which they can refer to the proposed changes in the forms of natural protection enabling tourism and recreation (Borek, 2019).

In recent years, the Polish Tourism Organization has not carried out a promotional campaign dedicated exclusively to nature tourism. However, it is worth pointing out a few activities that affect this issue<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> The following promotional campaigns were presented on the basis of working materials from the Polish Tourism Organization, obtained in e-mail correspondence on April 24, 2024.

In 2022, the Polish Tourism Organization organized a campaign promoting Eastern Poland in the context of slow tourism and nature tourism. The main theme of the campaign was a mural created by Polish artists on Bankowy Square in Warsaw, which depicted a bison – the symbol of the Białowieża Forest.

In 2023, an advertising spot dedicated to Eastern Poland was created in Polish and English, in which nature played a very important role<sup>4</sup>. The promotion was carried out on social media and on the Poland.Travel website.

Additionally, also in 2023, the Polish Tourism Organization promoted nature tourism by producing television programmes from places of natural value which were then broadcast by Polish state television (TVP) in a programme entitled 'A question for breakfast' ('Pytanie na Śniadanie'). The advertised places included Beech Forests in Podkarpacie, Białowieża Forest, named in the UNESCO natural heritage list, as well as those not on this list such as Beskidy Mountains, in the field of mountain hiking trails. Additionally, during the International Tourism Fair Berlin 2024, for the first time, a special relaxation zone was set up at the Polish stand, where Polish plants were present, complemented by a loudspeaker hidden under a live pine tree emitting the sounds of the forest.<sup>5</sup> This initiative generated many positive comments from business partners.

## IX. Summary

The presented facts regarding the tourist and recreational use of natural areas prove that the forms of nature protection included in the provisions of the Act of 16 April 2004 on Nature Protection constitute only a part of Poland's natural potential. The Act itself, on the other hand, is a fragment of a broader legislative approach, going beyond a purely natural context, and including, inter alia, provisions concerning spatial management, in force not only on a national, but also on a global scale. A detailed analysis of the issues raised makes it possible to recognise that there are few natural spaces completely devoid of a legal standing. The frequent overlapping of different forms of legal protection within the borders of individual natural areas is also characteristic (Sadowska, 2019). Moreover, the majority of relevant legal acts do not specify the scope of permissible interference of amateurs of active tourism in natural environment, both in the context of their number, types of undertaken activities or necessary infrastructural investments.

The above observations encourage the conclusion that there are no authoritative tools with which it would be possible to objectively compare the status of tourism within the different forms of nature protection listed in Chapter 2 of the Nature Protection Act as opposed to spaces not included in these provisions, which for the purposes of this publication could be called non-statutory forms of nature protection. The common feature discernible in the course of this comparative analysis is certainly the prioritisation of the needs of the living and inanimate natural world whereby the regime is generally inversely proportional to the degree of anthropogenisation of natural habitats. This generally corresponds to contemporary trends in sustainable development, a concept into which sustainable tourism clearly also fits. Legal provisions on the relationship between tourism and nature, which have been precise for years, now appear to be almost complete in their message. However, the practical implementation of the legal provisions by tourists is still in doubt. The main

<sup>4</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=BXfivlSivEK>.

<sup>5</sup> [https://www.youtube.com/watch?v=\\_QWUVLbkgYI&t=14s](https://www.youtube.com/watch?v=_QWUVLbkgYI&t=14s).

aim of a strategy aimed at returning people to nature should, therefore, be to stimulate ecological sensitivity at the early stages of education, which would allow all regulations to be taken for granted as facilitating people's co-existence in nature, rather than hindering it.

## Funding

This research received no funding.

The cost of editing selected articles published in the internet Quarterly on Antitrust and Regulation in the 2022–2024 is covered by funding under the program “Development of scientific journals” of the Ministry of Education and Science under agreement No. RCN/SP/0326/2021/1. Task title: “Verification and correction of scientific articles and their abstracts”. Funding value: 22 405,00 PLN; The task consists of professional editing of articles published in English.

## Declaration on Conflict of Interest

The author declared no potential conflicts of interest with respect to the research, authorship, and publication of this article.

## References

- Ahmad, N., Youjin, L., & Hdia, M. (2022). The role of innovation and tourism in sustainability: why is environment-friendly tourism necessary for entrepreneurship? *Journal of Cleaner Production*, 379 (Part 2), 134799. <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2022.134799>
- Bera, A., & Sadowska, B. (2020). Clean Production as an Element of Sustainable Development. W G.M. Królczyk, M. Wzorek, A. Król, O. Kochan, Jun Su, J. Kacprzyk (Eds.), *Sustainable Production: Novel Trends in Energy, Environment and Material Systems* (pp. 1–9). Springer Cham. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-11274-5>
- Borek, D. (2019). *Ustawa z dnia 25 czerwca 1999 r. o Polskiej Organizacji Turystycznej – Komentarz*. Katedra Prawa Uniwersytetu Technologiczno-Humanistycznego im. Kazimierza Pułaskiego.
- Borek, D. (2022). *Kompendium do nauki Prawa Turystyki- wybór aktów prawnych*. Forum Turystyki Regionów.
- Bugajska, M., Raniszewski, S., Tomanek, M., & Borek, D. (2023). The Rio 20+ process, the idea of sustainable development – current and historical legal perspectives for sport and tourism. *Quality in Sport*, 14, 135–139. <https://doi.org/10.12775/QS.2023.14.01.011>
- Breymeyer, A. (2002). Ramowy Statut Światowej Sieci Rezerwatów Biosfery. *Parki Narodowe*, (4), 5–7.
- Chojecka, A. (2014). Znaczenie terenów zielonych w przestrzeni publicznej oraz ich wpływ na jakość życia miejskiego. *Rynek – Społeczeństwo – Kultura*, 1(9), 48–54.
- Grzonkowska, J. (2014). Ogrody botaniczne jako naukowo opracowane kolekcje muzealne. *Muzealnictwo*, (55), 97–106.
- Habel, A., & Mroczkowski, S. (2015). Cele i zadania ogrodów zoologicznych. *Journal of Education, Health and Sport*, 5(8), 521–528.
- Polna, M. (2005). Zmiany lesistości Polski w latach 1990–2001. *Acta Scientiarum Polonorum Silvarum Colendarum Ratio et Industria Lignaria*, 4(1), 51–60.

- Sadowska, B. (2019). *Rachunkowość podmiotów gospodarki komunalnej z perspektywy ekonomii zrównoważonego rozwoju. Pomiar, ewidencja, raportowanie*. CeDeWu.
- Sadowska, B. (2016). Strategia Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe a zrównoważony rozwój. *Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu*, (437), 393–401.
- Sadowska, B. (2021). Koszty i model rachunku kosztów w Państwowym Gospodarstwie Leśnym Lasy Państwowe. *Zeszyty Teoretyczne Rachunkowości*, 45(3), 233–253.
- Sadowska, B. (2022). *Spółeczna odpowiedzialność Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe*. CeDeWu.
- Shang, Y., Bi, C., & Wei, X. (2023). Eco-tourism, climate change, and environmental policies: empirical evidence from developing economies. *Humanit Soc Sci Commun*, 10(275). <https://doi.org/10.1057/s41599-023-01777-w>
- Sorensen, F., & Grindsted, T. (2021). Sustainability approaches and nature tourism development. *Annals of Tourism Research*, 91(103307). <https://doi.org/10.1016/j.annals.2021.103307>
- Staniewska-Zątek, W. (2007). Turystyka a przyroda Polski i jej ochrona. Cz. 1. Wprowadzenie do odpowiedzi na pytanie: jaka turystyka na obszarach objętych prawem ochrony przyrody? *Studia Periegetica*, 1, 45–54.
- Staniewska-Zątek, W. (2009). Turystyka a przyroda Polski i jej ochrona. Cz. 2. Turystyka na obszarach prawnie chronionych. *Studia Periegetica*, 3, 79–92.
- Symonides, E. (2003). *Turystyka w rezerwatach przyrody*. Materiały V Krajowej Konferencji „Ochrona przyrody a turystyka” (s. 13–16). Uniwersytet Rzeszowski, Rzeszów.
- UNESCO World Heritage Centre, Poland – UNESCO World Heritage Convention, UNESCO World Heritage Centre (14.02.2023).
- Związek Stowarzyszeń „Grupa Robocza Forest Stewardship Council – Polska”, Kryteria wyznaczania Lasów o szczególnych walorach przyrodniczych (High Conservation Value Forests) w Polsce. Adaptacja do warunków Polski, Warszawa 2006.

Stanisław Hady-Głowiak\*, Dominik Borek\*\*

## Prawne i praktyczne aspekty dotyczące udostępniania i powierzania danych osobowych z uwzględnieniem regulacji turystycznych w czasie trwania pandemii COVID-19

### Streszczenie

W artykule przedstawiono zagadnienia dotyczące udostępniania i powierzania danych osobowych do przetwarzania ze szczególnym uwzględnieniem regulacji turystycznych w czasie trwania pandemii. Praca ma na celu wskazanie rozwiązań praktycznych i rozróżnienie sytuacji powierzenia danych do przetwarzania od zleceniobiorcy upoważnionego do ich przetwarzania na podstawie umowy oraz udostępnienia danych osobowych. W przypadku udostępnienia danych osobowych najważniejsza jest każdorazowa weryfikacja podstaw prawnych upoważniających do ich udostępnienia oraz prowadzenie rejestru udostępnień. W przypadku procesu dotyczącego powierzania danych osobowych do przetwarzania pracownicy administratora powinni przeprowadzić weryfikację dostawcy pod kątem stosowania przez niego odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych zapewniających zgodność z przepisami prawa w zakresie ochrony danych osobowych oraz posiadania przez niego odpowiedniej wiedzy fachowej, a także zasobów do realizacji przetwarzania powierzonych danych. Tu kluczowe może okazać się odebranie oświadczenia poufności oraz dobrze przygotowana ankieta *self assesment* (lista kontrolna) i analiza odpowiedzi udzielonych w niej przez podmiot przetwarzający przed zawarciem umowy oraz przygotowanie i analiza postanowień umowy powierzania przetwarzania danych osobowych. W kontekście aspektów turystycznych, które będą podlegały omówieniu, należy pamiętać, że dane osobowe były organizatorom turystyki udostępniane, nie zaś powierzane, co nie wyklucza faktu, iż mogli oni korzystać z usług podmiotów przetwarzających.

**Słowa kluczowe:** prawo; udostępnianie danych osobowych; powierzanie danych osobowych; administrator; procesor; turystyka.

\* Radca prawny; doktor nauk prawnych, wykładowca; Katedra Prawa Gospodarczego, Uniwersytet Ekonomiczny w Katowicach; e-mail: stanislaw.hady-glowiak@uekat.pl. <https://orcid.org/0000-0002-1060-6984>.

\*\* Radca prawny; doktor nauk prawnych, adiunkt w zakresie nauk prawnych; Kolegium Gospodarki Światowej, Szkoła Główna Handlowa w Warszawie; e-mail: dborek@sgh.waw.pl. <https://orcid.org/0000-0002-4359-9426>.

Artykuł prezentuje prywatne poglądy autorów i nie może być interpretowany jako stanowisko jakiegokolwiek organu, podmiotu lub instytucji. Autorzy w głównej mierze odpowiadali za następujące obszary: D. Borek rozdziały: I, IV, V; S. Hady-Głowiak rozdziały: I, II, III, V.

## Legal and practical aspects of sharing and entrusting personal data, taking into account tourism regulations during the COVID-19 pandemic

### Abstract

The article presents issues related to the sharing of personal data, and to entrusting data for their processing, with particular emphasis on tourism regulations during the pandemic. The work aims to indicate practical solutions, and to distinguish between situations of entrusting data for processing, a contractor authorized to process them on the basis of a contract, and of sharing of personal data. In the latter case, the most important thing is to verify each time the legal basis authorizing their sharing, and to keep a register of data sharing. In the case of the process of entrusting personal data for processing, the administrator's employees should verify the supplier in terms of their use of appropriate technical and organizational measures to ensure compliance with the law in the field of personal data protection, and their possession of appropriate professional knowledge as well as resources to implement the processing of the entrusted data. Here, the key may be to obtain a declaration of confidentiality, and a well-prepared self-assessment questionnaire (checklist) and analysis of the answers provided therein by the processor, before concluding the agreement, as well as the preparation and analysis of the provisions of the personal data processing entrustment agreement. In the context of tourism discussed here, it should be remembered that personal data were shared with tour operators, rather than entrusted, which does not exclude the fact that they could use the services of processors.

**Keywords:** law; sharing personal data; entrusting personal data; administrator; processor; tourism.

**JEL:** K23

### I. Wstęp

Przedmiotem niniejszego artykułu jest przedstawienie zagadnienia dotyczącego zasad udostępniania i powierzania danych osobowych do przetwarzania, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawnymi począwszy od momentu pojawienia się pandemii COVID-19 do czasu zmiany przepisów prawa w tym zakresie, z uwzględnieniem wymogów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dalej: RODO)<sup>1</sup>. W kontekście aspektów turystycznych w przedmiotowym zakresie, należy pamiętać, że dane osobowe były organizatorom turystyki udostępniane, nie zaś powierzone, co nie wyklucza faktu, iż mogli oni korzystać z usług podmiotów przetwarzających.

<sup>1</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dn. 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz. Urz. UE L 2016.119.1).

## II. Zasady powierzania danych osobowych do przetwarzania

Administrator przetwarza dane na własne potrzeby. Podmiot przetwarzający przetwarza dane na potrzeby administratora danych – na zlecenie administratora (Gawroński, Kloc i Wojtas, 2018).

Do powierzenia danych osobowych dochodzi, gdy administrator korzysta z usług zewnętrznego podmiotu, do których realizacji jest niezbędne przetwarzanie danych. Nie ma wątpliwości, że ADO powinien upoważniać do przetwarzania danych wszystkie osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę przy przetwarzaniu danych. Omówienia wymaga natomiast przypadek, gdy dane są przetwarzane przez zleceniobiorcę, szczególnie jeżeli prowadzi on jednoosobową działalność gospodarczą. Wyjaśnień w tym zakresie udzielił organ nadzorczy, zajmując stanowisko, że jeżeli zleceniobiorca przetwarza dane osobowe na zlecenie administratora danych, korzystając z udostępnionych przez niego środków i narzędzi, np. biuro, sprzęt komputerowy, nośniki danych, systemy informatyczne, powinien przetwarzać te dane na podstawie nadanego upoważnienia, podobnie jak inni pracownicy administratora, ponieważ w wyniku wykonywanych czynności nie będzie dochodziło do powierzenia. Jeżeli jednak w wyniku umowy cywilnoprawnej zewnętrzny podmiot przetwarza dane na zlecenie administratora w sposób niezależny, np. jako zewnętrzny konsultant, prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą, wówczas przetwarzanie w imieniu administratora powinno odbywać się na podstawie zawartej z administratorem umowy powierzenia danych osobowych. Artykuł 28 RODO szczegółowo wskazał obowiązki administratora oraz podmiotu przetwarzającego, a także uregulował wcześniej bardzo problematyczną kwestię dalszego powierzenia danych (tzn. podpowierzenia) (Czub-Kiełczewska, 2019).

Sytuacje, w których będzie konieczne zawarcie umowy powierzenia przetwarzania zgodnie z art. 28 RODO, będą zachodziły, kiedy na przykład zadania z zakresu prowadzenia rachunkowości, kadr czy płac będzie wykonywało centrum usług wspólnych. Taka sytuacja będzie miała przykładowo miejsce także przy korzystaniu z usług podmiotu zewnętrznego w przypadku kompleksowej obsługi bhp. Decyzja o powierzeniu pewnych zadań podmiotowi przetwarzającemu może być również elementem przeniesienia na tenże podmiot pewnego rodzaju ryzyka, które wiąże się z przetwarzaniem danych osobowych (Pielok i Sojka, 2020, s. 93).

Pracodawca może powierzyć przetwarzanie danych osobowych swoich pracowników na zewnątrz. Najczęstszym przykładem jest powierzenie obsługi kadrowo-płacowej zewnętrznym firmom. Aby powierzyć obsługę kadrowo-płacową zewnętrznej firmie, pracodawca musi w tym celu zawrzeć z takim podmiotem umowę o powierzeniu przetwarzania danych osobowych pracowników (Szymbczak-Kamińska, 2018).

Dlatego przy analizie przetwarzania pracowniczych danych osobowych należy mieć na względzie nie tylko relację administrator danych osobowych – osoba, której dane są przetwarzane, lecz także kontekst łączącej strony szczególnej relacji pracowniczej, opartej na wzajemnej lojalności, bez której to relacji pracodawca nie przetwarzałby danych osobowych osoby, którą zatrudnił. Pracownik ma więc prawo wymagać dołożenia przez pracodawcę wszelkich możliwych starań do ochrony jego pracowniczych danych osobowych. Ma to szczególne znaczenie, gdy pracodawca – w różnych zresztą celach – powierza przetwarzanie tych danych podmiotowi trzeciemu wobec stron stosunku pracy. Przekazanie danych podmiotowi zewnętrznemu wiąże się z podwyższeniem ryzyka naruszenia pracowniczego prawa do prywatności. Odtąd bowiem kwestia



spełniania pracodawczego obowiązku szanowania tego dobra osobistego nie zależy wyłącznie od starań pracodawcy. Dlatego pracodawca powinien szczególnie ostrożnie wybierać podmioty, którym powierza przetwarzanie danych, a kwestię prawnych wymogów powierzenia traktować znacznie bardziej rygorystycznie niż administrator, którego nie łączy szczególna relacja z osobą, której dane przetwarza (Kopeć i Strumiński, 2018, s. 216).

Administrator danych osobowych jest podstawowym adresatem RODO i podstawowym obowiązującym na podstawie RODO. Odpowiada za całość przetwarzania danych, także w części powierzonej podmiotowi przetwarzającemu. Jeżeli kilka podmiotów jest zaangażowanych w proces przetwarzania, kluczowe jest ustalenie, który faktycznie decyduje o celach i środkach przetwarzania (Gawroński, Kloc i Wojtas, 2018). Administrator często, z uwagi na obniżenie kosztów działalności, decyduje się na powierzenie konkretnych czynności podmiotom zewnętrznym, musi jednak dokonać weryfikacji podmiotu przetwarzającego czy ten spełnia przewidzianą w przepisach ochronę danych osobowych. ADO powinien każdorazowo konsultować z IOD kwestie zlecania konkretnych czynności przetwarzania podmiotom zewnętrznym, a szczególnie dotyczy to świadczenia usług obsługi kadr, płac, księgowości w zakresie danych osobowych pracowników, współpracowników, podwykonawców, kontrahentów, czy realizacji usług BHP w zakresie danych osobowych pracowników. Nie sposób nie wspomnieć tu o administracji systemami informatycznymi w zakresie danych osobowych przetwarzanych w tych systemach czy usługach dotyczących hostingu poczty, serwerów w zakresie danych osobowych przetwarzanych w tych systemach. Celem umowy powierzenia może być również usługa utylizacji sprzętu IT, brakowania dokumentacji, jej archiwizacji lub obsługa systemu monitoringu wizyjnego.

Administrator może powierzyć przetwarzanie danych osobowych wyłącznie podmiotowi, który zapewnia wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, aby przetwarzanie spełniało wymogi określone w RODO i chroniło prawa osób, których dane dotyczą (Szymczak-Kamińska, 2018).

Metodyczny ADO podejdzie do umowy o powierzenie przetwarzania danych przez pryzmat wszystkich obowiązków, które spoczywają na ADO i opatrzy je odpowiednimi klauzulami nakładającymi na podmiot przetwarzający obowiązki korespondujące ze swoimi. Ułożenie relacji ADO z przetwarzającym może się spotkać z brakiem zrozumienia przez podmiot przetwarzający pełni spoczywających na nim w myśl RODO obowiązków lub w ogóle nie będzie rozumiał swojej roli jako przetwarzającego i wiążącej się z tym np. odpowiedzialności. Kolejnym aspektem jest stosowanie przez ADO tych samych wymagań i narzędzi kontrolnych do istotnego przetwarzającego i do małych przetwarzających, np. mikroprzedsiębiorców, co może być mało produktywnie. Nie należy się kierować pozycją siły kontraktowej, gdzie mały administrator w relacji z dużym przetwarzającym będzie stał na słabszej pozycji. Na koniec należy zauważyć, że zgodnie z RODO odpowiedzialność ponosi zarówno administrator, jak i przetwarzający (w zakresie bezpieczeństwa danych, legalności i trzymania się poleceń administratora). Wprawdzie odpowiedzialność względem organu nadzorczego i podmiotu danych może ponosić także podwykonawca, ale i tak wielcy dostawcy, np. dostawcy chmurowi, mogą odczuwać pokusę uplasowania się w tej roli, wierząc, że ochroni ich to przed bezpośrednimi sankcjami ze strony organów nadzorczych i pozwami podmiotów danych (Gawroński, Kloc i Wojtas, 2018).

Umowa powierzenia powinna zostać zawarta przed przekazaniem danych podmiotowi przetwarzającemu. Dużym ułatwieniem dla administratorów danych jest wskazanie elementów, które muszą znaleźć się w umowie powierzenia, bezpośrednio w przepisach o ochronie danych. Najważniejszym jest określenie zakresu, celu i kategorii przetwarzania powierzonych danych. Umowa powierzenia musi być na tyle precyzyjna, aby nie było wątpliwości co do uprawnień i obowiązków podmiotu przetwarzającego. Jednocześnie administrator musi nałożyć na niego obowiązek zobligowania do zachowania tajemnicy wszystkich osób dopuszczonych do przetwarzania powierzonych danych i zapewnienia im należytej ochrony (Czub-Kiełczewska, 2019). RODO w sposób szczegółowy reguluje również obowiązki samego podmiotu przetwarzającego. Należą do nich m.in. obowiązek przetwarzania danych wyłącznie na udokumentowane polecenie administratora, zapewnienie, aby osoby dopuszczone przez procesora do przetwarzania danych miały do tego stosowne upoważnienie, obowiązek podejmowania odpowiednich środków zabezpieczających przetwarzanie powierzonych danych czy też pomoc administratorowi w wykonywaniu nałożonych na niego przez RODO obowiązków (Szymczak-Kamińska, 2018).

Podobnie jak w przypadku art. 29 RODO, tak i tu przetwarzanie danych osobowych może odbywać się na wyłączne polecenie administratora. W artykule 28 ust. 3 lit. a RODO podkreśla się, że polecenie to musi być udokumentowane. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby rolę takiego udokumentowanego polecenia przetwarzania stanowiła umowa powierzenia przetwarzania. Kolejny nakaz, wynikający z art. 28 ust. 3 lit. b RODO, nakłada na podmiot przetwarzający obowiązek dopuszczenia do przetwarzania danych osobowych administratora tylko osób, które zobowiązały się do zachowania poufności, chyba że podlega on odpowiedniemu ustawowemu obowiązkowi zachowania tajemnicy. Następnym zobowiązaniem podmiotu przetwarzającego, a płynącym z postanowień umowy powierzenia przetwarzania i wynikających z art. 28 ust. 3 lit. c RODO jest wdrożenie odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych ochrony danych osobowych. Podobnie jak w przypadku zabezpieczeń wdrożonych przez administratora, ich rodzaj i konkretny wybór ma być adekwatny do występujących zagrożeń. Administrator nie może narzucić rodzaju środków ochrony, a ich zastosowanie ma wynikać z konkretnego ryzyka, natomiast decyzja co do ich wyboru leży w gestii podmiotu przetwarzającego. Analizując dalej art. 28 RODO, dochodzimy do ust. 3 lit. e, gdzie prawodawca unijny nakłada obowiązek zawarcia w umowie powierzenia oświadczenia podmiotu przetwarzającego, że w miarę swoich możliwości będzie pomagał administratorowi w wypełnianiu praw osób, których dane dotyczą (Pielok i Sojka, 2020, s. 97–99).

Wśród obowiązków podmiotu przetwarzającego, które powinny zostać wskazane w umowie powierzenia jest także sposób zawiadamiania o naruszeniu ochrony danych oraz postępowania w przypadku takiego naruszenia (Czub-Kiełczewska, 2019).

W tym miejscu należy unormować proces (procedurę) obsługi naruszeń, tak kształtując obowiązki podmiotu przetwarzającego, aby administrator mógł dochować terminów przy ewentualnym zgłaszaniu naruszenia Prezesowi Urzędu Ochrony Danych Osobowych oraz zawiadamianiu podmiotów danych. Do wywiązania się z tego obowiązku niezbędne jest uzyskanie dla niego pewnego rodzaju informacji na temat charakteru, zakresu i konsekwencji naruszenia. Artykuł 28 ust. 3 lit. f wymaga także zobowiązania podmiotu przetwarzającego do pomocy, w sytuacji, kiedy administrator będzie musiał dokonać oceny skutków dla ochrony danych na mocy art. 35 RODO. Pomoc owa będzie polegała głównie na dostarczeniu przez podmiot przetwarzający informacji

na temat zabezpieczeń danych, które przy dokonywaniu oceny pozwolą wykazać, że planowane przetwarzanie będzie spełniało wymagania RODO (Pielok i Sojka, 2020, s. 99–100). Administrator określa także w powierzeniu sposób postępowania z danymi po zakończeniu umowy oraz zasady przeprowadzania przez niego audytów, do których jest uprawniony zgodnie z przepisami RODO. Na początku wiele podmiotów przetwarzających nie chciało się zgodzić na wprowadzenie do umów powierzenia danych postanowień dotyczących audytów prowadzonych przez administratora (Czub-Kielczewska, 2019).

Treść art. 28 ust. 3 lit. h RODO, dotyczący prowadzenia audytów, budzi najwięcej kontrowersji po stronie zarówno administratorów, jak i podmiotów przetwarzających. W umowach powierzenia przetwarzania można spotkać wielorakie postanowienia dotyczące tego zagadnienia. Począwszy od ustalenia opłaty uiszczanej przez administratora na rzecz podmiotu przetwarzającego, organizowania dni otwartych w przypadku, gdy podmiot przetwarzający obsługuje wielu administratorów, po wręcz pozbawianie tej możliwości administratora w ogóle. Zapewne ustalenie opłaty czy też pozbawianie administratora tej możliwości będzie działaniem niezgodnym z obowiązującymi przepisami. Jednakże trudno nie przyjąć do wiadomości argumentu, że w przypadku obsługiwania wielu administratorów audyty takie mogłyby paraliżować pracę podmiotu przetwarzającego (Pielok i Sojka 2020, s. 101). Dlatego tak ważna jest rola IOD w zakresie weryfikacji niedozwolonych klauzul umownych.

Administrator danych jest zobligowany, już na etapie wyboru podmiotu przetwarzającego, do analizy systemu zabezpieczeń, jaki zamierza on zapewnić powierzonym danym. Powinien on korzystać wyłącznie z usług takich podmiotów przetwarzających, które zapewniają wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, by przetwarzanie spełniało wymogi przepisów RODO i chroniło prawa osób, których dane dotyczą (art. 28 ust. 1 RODO). Powyższe wymagania wskazują, że podmiot przetwarzający musi być podmiotem profesjonalnym. W praktyce to ADO na żądanie organu nadzorczego będzie musiał udowodnić, że podmiot przetwarzający, który został przez niego wybrany, spełnia te wymagania (Gawroński, Kloc i Wojtas, 2018).

Administrator powinien być w stanie wykazać przesłanki, którymi się kierował, np. posiadane przez podwykonawcę certyfikaty bezpieczeństwa, przedstawione przez niego standardy ochrony danych czy referencje. Innym rozwiązaniem, coraz częściej stosowanym, są ankiety oceny podmiotu przetwarzającego przekazywane mu przed zawarciem umowy. Administrator może także, za zgodą podmiotu przetwarzającego, przeprowadzić u niego wstępny audyt, który pozwoli mu ocenić możliwość zapewnienia przez niego należytych gwarancji ochrony danych (Czub-Kielczewska, 2019).

Narzędziem stosowanym w tym przypadku będzie lista kontrolna zawierająca m.in. pytania dotyczące obowiązku prowadzenia przez wykonawcę rejestru kategorii przetwarzania dokonywanego w imieniu każdego z administratorów oraz obowiązku jego okresowej weryfikacji i aktualizacji. Pozostałe pytania kontrolne powinny prowadzić do weryfikacji czy wykonawca uwzględnia zasady ochrony danych w fazie projektowania (*privacy by design*) oraz domyślnej ochrony danych (*privacy by default*) zgodnie z art. 25 RODO oraz czy wdrożył procedury i mechanizmy powiadamiania administratora, jak i podmiotów danych (np. klientów) o naruszeniach danych osobowych. Zgodnie z powyższym należy zapytać czy wykonawca dokonuje oceny ryzyka bezpieczeństwa danych

osobowych oraz ryzyka naruszenia praw i wolności osób, których dane dotyczą zgodnie z określoną formalną metodyką oceny oraz przeprowadza ocenę skutków dla ochrony danych (DPIA). Kolejne kwestie dotyczą posiadania lub nie przez wykonawcę ustanowionego systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji zgodnego z międzynarodową normą ISO/IEC 27001. Należy również zapytać czy sposób zabezpieczenia przez wykonawcę aktywów (np. sprzęt komputerowy) służących do przetwarzania danych osobowych jest adekwatny do przeprowadzonej oceny ryzyka oraz art. 32 RODO (wykonywanie kopii zapasowych przetwarzanych danych, dokonywanie ich okresowej weryfikacji pod kątem możliwości ich przywrócenia funkcjonowanie procedur i mechanizmów zapewniających ciągłość działania usług związanych z przetwarzaniem danych osobowych). Należy również sprawdzić czy wykonawca wdrożył polityki/zasady/procedury/instrukcje postępowania z danymi przez osoby upoważnione do przetwarzania danych osobowych oraz realizuje szkolenia tych osób, w tym okresowe oraz czy wdrożył mechanizmy usuwania danych po zakończeniu przetwarzania.

Analizując art. 28 RODO, podkreślić trzeba, że do obowiązków podmiotu przetwarzającego należy również zawiadomienie administratora, jeśli ten wydał mu polecenie, które w ocenie podmiotu przetwarzającego narusza przepisy RODO. Kwestia, czy faktycznie tak jest, stanowi odrębną sprawę i podlegać będzie ocenie obu stron, niemniej jednak należy o tym pamiętać w odniesieniu do ewentualnych konsekwencji, przykładowo kar nakładanych przez organ nadzorczy, i rzetelnie pochylić się nad problemem, jeśli takie zawiadomienie faktycznie od podmiotu przetwarzającego wpłynie (Pielok i Sojka, 2020, s. 102).

Na gruncie RODO, aby podmiot przetwarzający mógł dalej podpowierzyć przetwarzanie danych, administrator musi wyrazić na to uprzednią pisemną zgodę (Szymczak-Kamińska, 2018).

Przykładowo biuro rachunkowe, któremu administrator powierzył przetwarzanie danych, może korzystać z systemu kadrowego, którego wsparcie techniczne zostało powierzone zewnętrznej firmie, a także z usług hostingu, niszczenia i archiwizacji danych. Podpisując umowę powierzenia z administratorem, musi uzyskać jego zgodę na dalsze powierzenie danych swoim podwykonawcom, zapewniającym właściwe wykonanie usługi. Obowiązek wskazywania podmiotów podprzetwarzających stanowi czasami duży problem dla podmiotu przetwarzającego, który obawia się, że ujawniając dane podwykonawcy, narazi się na ryzyko, że administrator następnym razem skorzysta z usług tego podmiotu bezpośrednio (co oczywiście bezpośrednio wpłynie na koszt usługi). W takim wypadku podmiot przetwarzający powinien zabezpieczyć swój interes poprzez zawarcie odpowiedniej umowy o zakazie konkurencji ze swoimi podwykonawcami. Należy podkreślić, że umowa zawarta z podmiotem podprzetwarzającym powinna nakładać na niego takie same obowiązki, jak na podmiot przetwarzający, a w związku z tym, że wyboru tego podmiotu dokonuje nie administrator, a podmiot przetwarzający, za jego działania odpowiedzialność spoczywa na podmiocie przetwarzającym (Czub-Kielczewska, 2019).

### III. Proces udostępniania danych osobowych

Proces udostępniania danych osobowych do przetwarzania zasadniczo różni się od powierzenia danych innemu podmiotowi. Co do zasady udostępnienie danych to każde przekazanie danych lub upublicznienie danych. Jeżeli udostępnienie odbędzie się z naruszeniem przepisów RODO, to określa się je jako udostępnienie nieuprawnionemu odbiorcy. W praktyce przyjęło się mówić

o udostępnieniu przede wszystkim jako działaniu mającym na celu przekazanie danych pomiędzy dwoma administratorami danych, gdzie na skutek udostępnienia otrzymujący dane staje się ich administratorem (Czub-Kiełczewska, 2019).

Istnieją pewne sytuacje, w których organizacje mogą udostępniać dane osobowe, np. firma może dzielić adresy e-mail pracowników z dostawcą szkoleń lub daty ich urodzenia z zewnętrznym dostawcą świadczeń medycznych. Niemniej dane osobowe powinny być ujawniane wyłącznie upoważnionemu personelowi wewnętrznemu i niektórym zaufanym stronom trzecim. Gdy relacja biznesowa między firmą a stroną trzecią wiąże się z przetwarzaniem danych osobowych, właściciel danego procesu powinien zadbać, by była ona właściwie uregulowana. Oznacza to zapewnienie odpowiedniej i należytej staranności, uzgodnienie warunków umowy, okresowe sprawdzanie i monitorowanie przetwarzania danych osobowych. Osoba, której dane są przetwarzane, musi być świadoma tego, co stanie się z jej danymi osobowymi. IOD powinien podjąć niezbędne działania uświadamiające i zadbać o wprowadzenie odpowiednich procedur, aby zapewnić bezpieczeństwo przetwarzanych danych osobowych i ich ujawnienie oraz udostępnienie jedynie tym odbiorcom, którzy są upoważnieni do ich przetwarzania. Niewłaściwe ujawnienie danych osobowych może mieć bardzo poważne konsekwencje dla organizacji (Kołodziej, 2020, s. 54).

W przepisach RODO nie zostały określone zasady postępowania, poza stwierdzeniem, że obowiązkiem administratora jest zapewnienie ochrony danych przed udostępnieniem osobom nieupoważnionym. Pomimo że w przepisach RODO nie określono wprost zasad udostępniania danych na wniosek innego administratora, niezaprzeczalnie punktem wyjścia do tego działania powinny być zasady przetwarzania danych z art. 5 RODO. Każde działanie administratora musi być realizowane w taki sposób, aby zapewnić rozliczalność danych, czyli musi być określona podstawa prawna udostępnienia, cel, adekwatność do tego celu, należy także zapewnić minimalizację udostępnianych danych. A w celu zapewnienia pełnej rozliczalności wymaga się, aby cały proces udostępnienia był udokumentowany. Tak samo jak administrator powinien posiadać procedurę realizowania praw osoby, której dane dotyczą, do właściwego postępowania z wnioskami o udostępnienie danych niezbędna jest procedura określająca nie tylko czynności, które należy wykonać, lecz także zakres odpowiedzialności poszczególnych osób. Brak wdrożonej procedury może skutkować udostępnieniem danych bez wiedzy i zgody administratora (Czub-Kiełczewska, 2019).

Kierowane do administratora przez organy publiczne i służby porządkowe wnioski o dostęp do nagrań powinny być związane z realizacją zadań tych podmiotów i zgodne z obowiązującymi zasadami pozyskiwania danych osobowych. Każdy przypadek udostępnienia powinien być prawidłowo udokumentowany. W myśl zasady rozliczalności konieczne jest, by administrator mógł wykazać, że przetwarzał dane zgodnie z obowiązującym prawem, o czym wspomniano już w poprzedniej części artykułu (UODO, 2018, s. 16). Należy zwrócić uwagę na fakt, iż bardzo często wnioskodawcy wskazują niepoprawnie podstawę prawną, czasami robią to nawet podmioty, które co do zasady są uprawnione do otrzymania danych do wskazanego we wniosku celu. W takim wypadku administrator może wezwać wnioskodawcę do poprawienia błędów formalnych we wniosku. Analiza otrzymanego wniosku pod kątem wskazanej podstawy prawnej powinna każdorazowo obejmować sięgnięcie przez ADO do wskazanego przepisu prawa i sprawdzenie czy faktycznie wynika z niego uprawnienie wnioskodawcy. Jest to bardzo ważne ze względu na dynamiczne

zmiany w przepisach, które prowadzą do sytuacji, w której wnioskodawcy powołują się na uchylone już akty. Z takiego m.in. powodu operator telekomunikacyjny odmówił udostępnienia danych osobowych abonenta komendantowi straży miejskiej w badanej przez Prezesa UODO sprawie sygn. ZSOŚS.440.24.2019 z dnia 19 marca 2019 roku. Operator wskazał w swoich wyjaśnieniach skierowanych do organu, że odmówił udostępnienia danych, ponieważ komendant, powołując się na uchylony przepis prawa, nie wykazał wystarczającej przesłanki prawnej uprawniającej go do otrzymania wnioskowanych danych (Czub-Kielczewska, 2019).

W planowanej polityce bezpieczeństwa można wyszczególnić te sytuacje, regulując jednocześnie sposób i zakres przekazywania danych bądź ograniczyć się wyłącznie do wyjaśnienia samego mechanizmu udostępnienia danych i pouczenia, że może się ono odbywać wyłącznie w przypadkach przewidzianych prawem (Pielok i Sojka, 2020, s. 78).

W praktyce każdy podmiot powinien prowadzić rejestr udostępnionych danych osobowych w celu zapewnienia rozliczalności i ustalenia jakie dane osobowe, kiedy i komu zostały udostępnione ze wskazaniem podstawy prawnej do ich udostępnienia.

Nie sposób nie wspomnieć w tym miejscu o wyroku WSA w Warszawie z dnia 26 lutego 2021 r.<sup>2</sup> w przedmiocie udostępnienia przez *Ministra Cyfryzacji spółce Poczta Polska S.A.* danych osobowych z rejestru PESEL. WSA stwierdził bezskuteczność czynności z dnia 22 kwietnia 2020 r., polegającej na udostępnieniu Poczcie Polskiej danych osobowych na płycie DVD zabezpieczonych hasłem z rejestru PESEL, dotyczących żyjących obywateli polskich, którzy uzyskali pełnoletność dnia 10 maja 2020 r. i których krajem zamieszkania jest Polska. Przekazane dane w postaci numeru PESEL, imienia (imion), nazwiska oraz w zależności od tego, jakie dane osoba ma zarejestrowane w rejestrze PESEL – aktualny adres zameldowania na pobyt stały, a w przypadku jego braku ostatni adres zameldowania na pobyt stały, a także adres zameldowania na pobyt czasowy zostały wydane bez wyraźnej podstawy prawnej. 30 kwietnia 2020 r. RPO zwrócił uwagę Ministrowi Cyfryzacji, że nie miał podstawy prawnej, by przekazać te dane Poczcie Polskiej. Minister odpowiedział, że otrzymał z Poczty Polskiej taki wniosek, a dane wydał na podstawie specustawy covidowej<sup>3</sup> (Tarczy Antykryzysowej 2.0). Na tej podstawie Prezes Rady Ministrów polecił Poczcie Polskiej zorganizowanie wyborów korespondencyjnych 10 maja 2020 roku. W skardze do WSA z 15 maja 2020 r. Rzecznik wskazał, że ustawa ta nie dawała podstaw do wydania spółce Poczta Polska płyty z danymi obywateli. Ustawa, na którą powołał się Minister pozwalała realizować zadania związane z organizacją wyborów Prezydenta RP zapowiedzianych na 10 maja. Tyle że 20 kwietnia Poczta Polska nie organizowała tych wyborów. Przepisy, które na to pozwalały weszły w życie dopiero 9 maja (prezydent podpisał je 8 maja). Tym samym Poczta Polska nie miała kompetencji, by taką decyzję wykonać – a zatem jej wniosek do Ministra Cyfryzacji nie miał prawnego znaczenia. Wynika z tego, że decyzja wydana na podstawie ustawy covidowej była niewykonalna i jej niewykonalność ma charakter trwały. Rozporządzenie RODO pozwala na przetwarzanie danych osobowych wyłącznie wtedy, kiedy jest niezbędne do wypełnienia obowiązku prawnego ciążącego na administratorze lub przetwarzanie jest niezbędne do wykonania zadania

<sup>2</sup> Wyr. WSA w Warszawie z dn. 26.02.2021 r., sygn. akt IV SA/Wa 1817/20. Pozyskano z: [https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wyrok\\_uzasadnieniem\\_26.02.2021.pdf](https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wyrok_uzasadnieniem_26.02.2021.pdf) (28.03.2021).

<sup>3</sup> Ustawa z dn. 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. 2020 poz. 374).

realizowanego w interesie publicznym lub w ramach sprawowania władzy publicznej powierzonej administratorowi. Tyle że w Polsce takiej podstawy prawnej nie było<sup>4</sup>.

Dlatego udostępnianie danych osobowych powinno się odbywać protokolarnie i tylko na podstawie wyraźnej podstawy prawnej, a IOD powinien sprawować nadzór nad prowadzeniem rejestru udostępnień danych osobowych oraz nad prawidłowością obsługi tego procesu. Rejestr ten powinien zawierać co najmniej takie rekordy, jak: data wniosku, nr lub oznaczenie pisma przychodzącego i podmiotu wnioskującego, zakres wnioskowanych danych i podstawę prawną żądania, informacje czy udostępniono dane oraz zakres udostępnionych danych, a także datę udostępnienia, nr pisma wychodzącego i dane osoby, która zrealizowała żądanie.

Powyższe nie będzie dotyczyć danych udostępnianych na wniosek. Udostępnienie może też mieć miejsce na żądanie lub za zgodą osoby, której dane dotyczą, na przykład w wyniku przeniesienia danych osobowych na zasadach określonych w art. 20 RODO. Inną formą udostępnienia, która została określona w art. 20 RODO, jest przenoszenie danych pomiędzy administratorami na żądanie osoby, której dane dotyczą. W wyniku żądania podmiotu danych administrator jest zobligowany przekazać innemu podmiotowi kopię danych osobowych umożliwiającą temu podmiotowi kontynuowanie dotychczas świadczonych usług. W wyniku tego udostępnienia podmiot otrzymujący dane osobowe staje się ich administratorem (Czub-Kiełczewska, 2019). Z kolei powierzenie danych polega na przetwarzaniu danych przez wskazany podmiot w imieniu administratora, w sposób określony przez ADO, który powierzając dane osobowe do przetwarzania, wskazuje zasady ich przetwarzania w ramach zawartej umowy powierzenia. Różnica jednakże w porównaniu z poprzednim przykładem jest zasadnicza i polega na tym, że dane osobowe przekazujemy podmiotowi zewnętrznemu po to, aby realizował cele i zadania w imieniu administratora (Pielok i Sojka, 2020, s. 78).

#### **IV. Regulacje prawne dotyczące przetwarzania danych osobowych w branży turystycznej podczas pandemii COVID-19**

Wskazane w analizowanym artykule zasady przetwarzania danych są ważne dla działalności turystycznej i to zarówno dla działu administracji rządowej – turystyka jako takiego, jak i dla podmiotów prowadzących działalność w tym obszarze. Biorąc powyższe pod uwagę, należy omówić kilka przepisów sektorowych z zakresu prawa turystyki (Borek i Zawistowska, 2021), które powstały w trakcie pandemii COVID-19, będącej tłem dla omawianych aspektów prawnych udostępniania i powierzania danych osobowych do przetwarzania. W pierwszej kolejności wypada wskazać ustawę z dnia 15 lipca 2020 r. o Polskim Bonie Turystycznym<sup>5</sup> (Borek i Migdał, 2023). Na potrzeby obsługi Polskiego Bonu Turystycznego przetwarzane były bardzo szerokie dane osobowe, w tym m.in. numer PESEL, a w przypadku gdy nie nadano numeru PESEL – rodzaj, numer i seria dokumentu potwierdzającego tożsamość. Do danych wrażliwych należały te dotyczące legitymowania się przez dziecko orzeczeniem o niepełnosprawności, lekkim, umiarkowanym albo znacznym, wydanym na podstawie przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Współadministratorami danych osobowych przetwarzanych na potrzeby obsługi bonu były Polska Organizacja Turystyczna (POT) (Borek, 2019) i Zakład Ubezpieczeń

<sup>4</sup> Zob. <https://www.rpo.gov.pl/content/rpo-minister-cyfryzacji-przekazanie-poczcie-rejestru-pesel-wybory-bezskuteczne> (28.03.2021).

<sup>5</sup> Ustawa z dn. 15.07.2020 r. o Polskim Bonie Turystycznym (t.j. Dz.U. 2023 poz. 35).

Spółecznych (ZUS). Szczegółowy zakres obowiązków i zasady odpowiedzialności w zakresie przetwarzanych danych osobowych określiło porozumienie zawarte między POT i ZUS. Dane osobowe podlegały zabezpieczeniom zapobiegającym nadużyciom lub niezgodnemu z prawem dostępowi do tych danych lub przekazaniu polegającym co najmniej na:

- 1) dopuszczeniu do przetwarzania danych osobowych wyłącznie osób posiadających pisemne upoważnienie wydane przez współadministratora danych lub podmiot przetwarzający (przy czym upoważnienie do przetwarzania danych wydaje ZUS, POT lub podmiot przetwarzający, którym był Minister właściwy do spraw rodziny, wojewoda oraz starosta w zakresie niezbędnym do udostępnienia informacji, o których mowa w ustawie);
- 2) pisemnym zobowiązaniu osób upoważnionych do przetwarzania danych osobowych do zachowania ich w poufności (osoby upoważnione do przetwarzania danych muszą zobowiązać się do zachowania ich w tajemnicy; mają zatem obowiązek zachowania w tajemnicy informacji dotyczących świadczeniobiorców i ich dzieci).

Pomimo tak szerokiego administrowania danymi i możliwości z tym związanych, należy pamiętać, że w głównej mierze sprawa realizacji ustawy z dnia 15 lipca 2020 r. o Polskim Bonie Turystycznym spoczywała na przedsiębiorcach turystycznych i organizacjach pożytku publicznego. Ci ostatni nie zostali wyposażeni w tak szczegółowe kompetencje, jak te omówione w stosunku do ZUS i POT, w przypadku przedsiębiorców turystycznych i organizacji pożytku publicznego wystarczające musiały być postanowienia ogólne omówione w niniejszym artykule, znajdujące zastosowanie do przypadków generalnych i abstrakcyjnych (Borek i Zawistowska, 2020).

Drugim szczególnym uregulowaniem powstałym w czasie pandemii COVID-19, którego zakres problemowy obejmował specyficzne przepisy turystyczne w obszarze ochrony danych osobowych była ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych<sup>6</sup>. W stosunku do turystyki przepisy te wyposażyły w odpowiednie instrumenty prawne Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny (UFG) w odniesieniu do rachunków – Turystycznego Funduszu Zwrotów i Turystycznego Funduszu Pomocowego (Borek i Zawistowska, 2021).

Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny, zapewniający obsługę wskazanych powyżej rachunków, stał się administratorem danych dotyczących klientów organizatorów turystyki. Dane, które podlegały przetwarzaniu i obejmowały, m.in. numer PESEL, a w przypadku gdy nie nadano numeru PESEL – rodzaj, numer i serię dokumentu potwierdzającego tożsamość; numer rachunku bankowego podróznego lub rachunku w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej, z którego została dokonana wpłata należności za imprezę turystyczną, a także danych będących w posiadaniu organów Krajowej Administracji Skarbowej (KAS). Współadministratorami danych osobowych przetwarzanych na potrzeby obsługi wypłat dla klientów organizatorów turystyki stali się minister właściwy do spraw turystyki i Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny. Podobnie jak w przypadku Polskiego Bonu Turystycznego, realizacja postanowień ustawy spoczywała na przedsiębiorcach turystycznych. To oni składali wnioski o wypłaty dla swoich klientów, w którym zawierali dane, w stosunku do których administratorem był UFG (z wyłączeniem danych z KAS).

<sup>6</sup> Ustawa z dn. 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. 2023 poz. 1327 z późn. zm.).



W istocie za niezbędne należy uznać korzystanie przez przedsiębiorców z usług podmiotów przetwarzających, ponieważ fakt powierzenia danych nieodpowiedniemu podmiotowi może spowodować istotne zagrożenia w przedmiotowym zakresie.

## V. Podsumowanie

Analiza regulacji turystycznych zawierających specyficzne uwarunkowania co do administrowania danymi osobowymi powstałych w czasie pandemii COVID-19 dobitnie pokazała, iż miały one zastosowanie wyłącznie na poziomie instytucjonalnym. W stosunku do przedsiębiorców turystycznych posługiwano się podstawowymi uregulowaniami wynikającymi z RODO i ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych<sup>7</sup>. Jest to niezwykle istotne w kontekście praktycznych aspektów niniejszych rozważań, które miały za zadanie uzmysłowić czytelnikom, iż pomimo pewnych regulacji sektorowych, działalność gospodarcza w turystyce przetwarza dane na dokładnie tych samych zasadach, jak pozostałe sektory gospodarki, pomimo że w ostatnich latach regulowano dosyć szczegółowo zakres administrowania danymi klientów biur podróży w czasie pandemii COVID-19. Nie sposób nie wspomnieć tu o zagrożeniach, jakie niesie za sobą powierzenie przetwarzania danych osobowych nieodpowiedniemu procesorowi bez przeprowadzenia stosownej weryfikacji podmiotu przetwarzającego w przedmiotowym zakresie.

W zakresie udostępniania danych osobowych ADO powinien przeprowadzić każdorazowo weryfikację podstaw prawnych upoważniających do udostępnienia danych osobowych oraz prowadzić rejestr udostępnień danych osobowych. W przypadku procesu dotyczącego powierzenia danych osobowych należy pamiętać o przeprowadzeniu weryfikacji dostawcy pod kątem stosowania przez niego odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych zapewniających zgodność z przepisami prawa w zakresie ochrony danych osobowych oraz posiadania przez niego odpowiedniej wiedzy fachowej, a także zasobów do realizacji przetwarzania powierzonych danych. Bardzo ważnym elementem w tym procesie jest przygotowanie we współpracy listy kontrolnej wspierającej taką weryfikację i analiza odpowiedzi udzielonych przez podmiot przetwarzający. Istotna jest również weryfikacja postanowień umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych pod kątem wystąpienia niedozwolonych klauzul umownych (utrudniających lub uniemożliwiających przeprowadzenie przez ADO audytów u podmiotu przetwarzającego, ograniczających jego odpowiedzialność do określonej w umowie kary czy kwoty, a także dotyczących wspierania ADO w wypełnianiu praw osób, których dane dotyczą czy zawiadamiania ADO o naruszeniu i zapewnienia mu niezbędnej pomocy w tym zakresie) i zapewnienia jej zgodności z przepisami prawa.

Warto podkreślić, że Urząd Ochrony Danych Osobowych wraca do działań doradczych, jakim było wydawanie poradników i rekomendacji, co należy ocenić pozytywnie. W konkretnych przypadkach, jak tych z obszaru turystyki, dobrym rozwiązaniem byłaby dotychczasowa współpraca poszczególnych organów centralnych, przykładowo Ministra Sportu i Turystyki z organem nadzorczym – Prezesem Urzędu Ochrony Danych Osobowych, tak aby móc wypracować jak najlepsze rozwiązania dla określonej branży.

<sup>7</sup> Ustawa z dn. 10.05.2018 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz.U. 2019 poz. 1781).

## Finansowanie

Badanie nie otrzymało dofinansowania.

## Deklaracja konfliktu interesów

Autor zadeklarował brak potencjalnych konfliktów interesów w odniesieniu do badań, autorstwa i publikacji tego artykułu.

## Bibliografia

- Borek, D. i Migdal, M. (red.). (2023). *Stan prawa turystyki w Polsce praktyczne vademecum zarządzania i organizacji*. Forum Turystyki Regionów.
- Borek, D. i Zawistowska, H. (red.). (2020). *Komentarz do ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych*. Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr Sp z o.o. Gdańsk.
- Borek, D. i Zawistowska, H. (red.). (2021). *Prawo turystyki, Podręcznik*. Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr Sp z o.o. Gdańsk.
- Borek, D. (2019). *Ustawa z dnia 25 czerwca 1999 r. o Polskiej Organizacji Turystycznej – Komentarz*. Katedra Prawa Uniwersytetu Technologiczno-Humanistycznego im. Kazimierza Pułaskiego. Pozyskano z: <https://omega.uniwersytetradom.pl/info/book/UTH1de8b1fc4e6e45adaf4d987f9494bbb2/>
- Czub-Kielczewska, S. (2019). *Okiem IOD-a: powierzenie i podpowierzenie danych w praktyce*. Wolters Kluwer/Lex/el (16.03.2021).
- Gawroński, M., Kloc, K. i Wojtas, M. *Obowiązki i rola administratora oraz podmiotu przetwarzającego*, LEX/el. 2018. <https://sip.lex.pl/#/publication/470097831> (07.10.2024) Wolterskluwer.
- Kołodziej, M. (2020). *Vademecum IOD*. Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kopeć, K. i Strumiński, P. (2018). Przekazanie danych pracowniczych podmiotom zewnętrznym. W M. Mędrala (red.), *RODO. Ochrona danych osobowych w zatrudnieniu ze wzorami* (s. 215–217). Wolters Kluwer Polska.
- Pielok, A. i Sojka, P. (2020). *Ochrona danych osobowych w oświacie. Poradnik dla administratorów oraz inspektorów ochrony danych*. Wolters Kluwer Polska.
- Szymczak-Kamińska, P. (2018). *Dostęp do danych osobowych kandydatów do pracy i pracowników*. Wolters Kluwer/Lex/el (16.03.2021).
- UODO. (2018). *Wskazówki Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych dotyczące wykorzystywania monitoringu wizyjnego*. Pozyskano z: <https://archiwum.uodo.gov.pl/pl/383/354> (21.03.2021).

Dominik Borek\*

**Glosa aprobująca do wyroku  
Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Warszawie  
z dnia 5 lipca 2023 r., sygn. akt: I SA/Wa 2767/22  
– przyjęcie Polskiego Bonu Turystycznego w dobrej wierze  
przez przedsiębiorcę turystycznego  
a nienależne pobranie świadczenia**

**Streszczenie**

W niniejszym artykule przytoczono stan faktyczny opisany w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Warszawie z dnia 5 lipca 2023 r., sygn. akt: I SA/Wa 2767/22. Głosowane orzeczenie ma duże znaczenie w kontekście pojawiających się pomysłów na kontynuację programu Polski Bon Turystyczny, który został uruchomiony w sytuacji rozprzestrzeniającej się epidemii COVID-19 i miał na celu umożliwienie wypoczynku dzieci i młodzieży w ramach oferty turystyki krajowej, a jednocześnie wsparcie przedsiębiorców turystycznych w trudnym pandemicznym okresie. Czas ograniczeń covidowych w prowadzeniu działalności gospodarczej zakończył się, a program PBT obowiązywał od lipca 2020 r. do końca marca 2023 roku.

**Słowa kluczowe:** Polski Bon Turystyczny; organizator turystyki; obiekt hotelarski.

**Commentary in support of the judgement  
of the Provincial Administrative Court (PAC) in Warsaw  
of 5 July 2023, file reference: I SA/Wa 2767/22  
– use of the Polish Tourist Voucher in good faith and undue receipt  
of benefits**

**Abstract**

This article cites the facts described in the judgement of the Provincial Administrative Court (PAC) in Warsaw of 5 July 2023, file reference: I SA/Wa 2767/22. The commented ruling is of great importance for the future in the context of emerging ideas for the continuation of the Polish Tourist Voucher programme. The latter was originally launched in the context of the spreading of the COVID-19 epidemic, and was intended to enable children and young people to relax as

\* Adiunkt; Szkoła Główna Handlowa w Warszawie; radca prawny; doktor nauk prawnych; e-mail: dborek@sgh.waw.pl. <https://orcid.org/0000-0002-4359-9426>. Artykuł prezentuje osobiste poglądy autora i nie może być interpretowany jako stanowisko jakiegokolwiek organu, podmiotu czy instytucji.

part of the domestic tourism offer, while at the same time supporting tourism entrepreneurs in the difficult pandemic period. The period of COVID restrictions on conducting business activities has now ended, while the relevant programme was in force from July 2020 to the end of March 2023.

**Keywords:** Polish Tourist Voucher; tour operator; hotel facility.

**JEL:** K20, K23, H12, M11

## I. Zagadnienia ogólne

Zanim przejdę do merytorycznych rozważań nad wyrokiem i poprzedzającymi go rozstrzygnięciami administracyjnymi, omówienia wymaga przyjęty sposób opisu, szczególnie stanu faktycznego, który opieram na materiałach źródłowych. Niejednokrotnie opis postępowania czy zarzuty skargi będą przytaczane wprost słowami stron, sądu lub organów administracji publicznej. Powyższy sposób pozwoli w najbardziej precyzyjny i przystępny sposób zapoznać czytelników z niezwykle interesującą materią rozwiązań w ramach programu Polski Bon Turystyczny.

Na wstępie należy podkreślić, iż opisywany wyrok został wydany w stanie prawnym, kiedy to dział administracji rządowej turystyka był ponownie częścią Ministerstwa Sportu i Turystyki i nadal jego częścią pozostaje. Jest to o tyle istotne, iż w czasie trwania programu Polski Bon Turystyczny dział administracji rządowej turystyka pozostawał kolejno we właściwości kilku ministrów, co było regulowane tzw. rozporządzeniami atrybucyjnymi. Były to kolejno:

- 1) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 listopada 2019 r. w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Rozwoju (Dz.U. 2019 poz. 2261);
- 2) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 6 października 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii (Dz.U. 2020 poz. 1718);
- 3) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 12 sierpnia 2021 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii (Dz.U. 2021 poz. 1472), gdzie wskazano, iż m.in. obsługę ministra właściwego ds. turystyki zapewnia Ministerstwo Rozwoju i Technologii;
- 4) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 października 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Sportu i Turystyki (Dz.U. 2021 poz. 1946).

Obecnie obowiązującym jest rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 grudnia 2023 r. w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Sportu i Turystyki (Dz.U. 2023 poz. 2722), przyjęte na podstawie art. 33 ust. 1 i 1a ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów (Dz.U. 2022 poz. 1188; 2023 poz. 1195, 1234, 1641). Rozporządzenie określa szczegółowy zakres działania Ministra Sportu i Turystyki jako kierującego działami administracji rządowej:

- 1) kultura fizyczna;
- 2) turystyka;

oraz będącego dysponentem części 25 i 40 budżetu państwa. Obsługę ministra zapewnia Ministerstwo Sportu i Turystyki. Z punktu widzenia niniejszej glosy ten ostatni akt prawny nie jest jednak istotny, ponieważ w opisywanym stanie prawnym, właściwym było rozporządzenie Prezesa

Rady Ministrów z dnia 27 października 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Sportu i Turystyki (Dz.U. 2021 poz. 1946).

Ciekawą konstrukcją legislacyjną było rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 12 sierpnia 2021 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii (Dz.U. 2021 poz. 1472), gdzie wskazano, iż rozporządzenie określa szczegółowy zakres działania Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii, którego obsługę zapewnia Ministerstwo Rozwoju i Technologii. Jednocześnie przyjęto rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 12 sierpnia 2021 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Rodziny i Polityki Społecznej (Dz.U. 2021 poz. 1473). We wskazanym akcie prawnym podkreślono, iż Minister Rodziny i Polityki Społecznej kieruje następującymi działaniami administracji rządowej:

- 1) rodzina;
- 2) zabezpieczenie społeczne;
- 3) praca.

Minister Rodziny i Polityki Społecznej stał się też dysponentem części 63, 44 i 31 budżetu państwa. Powyższe pokazuje, iż pomimo że dział administracji praca był już częścią podległą Ministrowi Rodziny i Polityki Społecznej, to i tak w administracji rządowej obecny był Minister Rozwoju Pracy i Technologii, który pomimo sugerującej nazwy, nie zarządzał tym działem administracji rządowej. Rozporządzenie, które zmieniło ten stan prawny weszło w życie z dniem ogłoszenia, z mocą od dnia 26 października 2021 roku. Aktem tym było rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 października 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Rozwoju i Technologii (Dz.U. 2021 poz. 1945). W opisywanym stanie faktycznym dedykowanym do rozpatrzenia sprawy w II instancji był jednak, jak już wskazywałem, Minister Sportu i Turystyki na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 października 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Sportu i Turystyki (Dz.U. 2021 poz. 1946).

Na mocy regulacji ustawy z dnia 15 lipca 2020 r. o Polskim Bonie Turystycznym (Dz.U. 2023 poz. 35) minister właściwy ds. turystyki pełni funkcję organu wyższej instancji w następujących sprawach, zakończonych wydaniem decyzji administracyjnej przez Polską Organizację Turystyczną (POT):

- zgodnie z treścią art. 14 ust. 2 w przypadku usunięcia przedsiębiorcy turystycznego lub organizacji pożytku publicznego z listy przedsiębiorców turystycznych oraz organizacji pożytku publicznego mających prawo do przyjmowania płatności dokonywanych za pomocą bonu;
- zgodnie z treścią art. 15 ust. 3 w przypadku stwierdzenia, że kwota płatności dokonanej za pomocą bonu stanowi kwotę nienależnie pobraną i podlega zwrotowi do Funduszu Przeciwdziałania COVID-19, łącznie z odsetkami ustawowymi za opóźnienie, liczonymi od dnia otrzymania kwoty przez przedsiębiorcę turystycznego lub organizację pożytku publicznego;
- zgodnie z treścią art. 23 ust. 2 i 3 w przypadku przyznania lub odmowy przyznania świadczenia w formie bonu lub dodatkowego świadczenia w formie bonu, uchylecia lub zmiany prawa do tych świadczeń oraz rozstrzygnięcia w sprawie nienależnie pobranego świadczenia w formie bonu lub dodatkowego świadczenia w formie bonu.

## II. Krótkie omówienie stanu faktycznego

W toku czynności sprawdzających prawidłowość przyznanych dodatkowych świadczeń w formie Polskiego Bonu Turystycznego, Polska Organizacja Turystyczna (POT) powzięła informację z Ministerstwa Rodziny i Polityki Społecznej, że dziecko, na które dodatkowe świadczenie w formie Polskiego Bonu Turystycznego zostało przyznane skarżącej (matce), nie znajduje się w Elektronicznym Krajowym Systemie Monitorowania Orzeczeń o Niepełnosprawności (dalej: EKSMON) jako dziecko legitymujące się orzeczeniem o niepełnosprawności. Tego typu czynności weryfikacyjne są prowadzone przez POT rutynowo i wyrywkowo w celu ochrony właściwego wykorzystania środków publicznych. W toku weryfikacji w systemie teleinformatycznym Platformy Usług Elektronicznych Zakładu Usług Społecznych POT ustaliła, że przy składaniu wniosku o przyznanie dodatkowego świadczenia w formie Polskiego Bonu Turystycznego, skarżąca nie załączyła orzeczenia, o którym mowa w art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 2020 r. o Polskim Bonie Turystycznym (Dz.U. 2023 poz. 35), a wgrany do systemu dokument nie jest dokumentem uprawniającym do przyznania dodatkowego świadczenia w formie Polskiego Bonu Turystycznego. POT przesłała matce dziecka zawiadomienie o wszczęciu postępowania i wezwanie do przedstawienia dowodów w zakresie legitymowania się przez jej dziecko orzeczeniem o niepełnosprawności<sup>1</sup>. W toku prowadzonej sprawy nie uzyskano od matki dziecka wyjaśnień ani stosownej dokumentacji, świadczącej o tym, że dziecko legitymuje się orzeczeniem o niepełnosprawności. Mając na uwadze wskazane ustalenia faktyczne POT doszła do wniosku, że matka dziecka niewłaściwie złożyła wniosek o przyznanie dodatkowego świadczenia w formie Polskiego Bonu Turystycznego, przez co doszło do przyznania nienależnego świadczenia w postaci dodatkowego bonu o wartości 500 zł.

Od decyzji wydanej w czerwcu 2022 r. strona wniosła odwołanie za pośrednictwem Polskiej Organizacji Turystycznej do ministra właściwego do spraw turystyki w ustawowym terminie czternastu dni od dnia jej doręczenia. W odwołaniu strona zarzuciła przedmiotowej decyzji w szczególności obrazę prawa materialnego – art. 4 ust. 2 w związku z art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 2020 r. o Polskim Bonie Turystycznym (Dz.U. 2023 poz. 35) poprzez uznanie, że znamiona przyznania świadczenia nie zostały wypełnione, a odwołująca się nie dopełniła przesłanek, pomimo dostarczenia dokumentów to potwierdzających. Strona wniosła o uwzględnienie odwołania jako uzasadnionego w całości i umorzenie postępowania. Alternatywnie strona wniosła o uchylenie w całości zaskarżonej decyzji i przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia organowi I instancji<sup>2</sup>.

Organ wyższego stopnia, jakim był Minister Sportu i Turystyki, po analizie materiału dowodowego zebranego w I instancji uznał, że w przedmiotowej sprawie strona nie przedstawiła orzeczenia o lekkim, umiarkowanym albo znacznym stopniu niepełnosprawności, wydanego na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. 2024 poz. 44), a jedynie orzeczenie o potrzebie kształcenia specjalnego, które nie wpisuje się w dyspozycję art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 2020 r. o Polskim Bonie Turystycznym (Dz.U. 2023 poz. 35). Co więcej, dziecko strony nie widniało

<sup>1</sup> Wyr. WSA w Warszawie z dn. 5.07.2023 r., sygn. akt: I SA/Wa 2767/22, CBOSA.

<sup>2</sup> Dec. MSiT z dn. 15.09.2022 r., DT-WPT.570.33.2022. (przytoczone za: Wyr. WSA w Warszawie z dn. 5.07.2023 r., sygn. akt: I SA/Wa 2767/22, CBOSA).

w ewidencji EKSMON. Na uznanie nie zasłużyły zatem argumenty podnoszone przez stronę, dotyczące obrazy przez POT art. 4 ust. 2 w związku z art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 2020 r. o Polskim Bonie Turystycznym (Dz.U. 2023 poz. 35), dlatego organ II instancji utrzymał we wrześniu 2022 r. w mocy rozstrzygnięcie POT<sup>3</sup>.

Skarga do sądu administracyjnego złożona przez stronę skarżącą wpłynęła w terminie i została oparta na tożsamy przesłankach, co odwołanie od decyzji organu I instancji. Tożsamy był również wniosek strony co do proponowanego rozstrzygnięcia sprawy<sup>4</sup>.

W takim stanie faktycznym i prawnym przyszło wyrokować Wojewódzkiemu Sądowi Administracyjnemu w Warszawie (WSA w Warszawie), który w przedmiocie uchylenia prawa do świadczenia w formie bonu turystycznego oddalił skargę dnia 5 lipca 2023 roku. W uzasadnieniu prawomocnego wyroku stwierdził, że uchylenie przyznanego uprzednio prawa do świadczenia, które przyjmuje formę decyzji administracyjnej, następuje po przeprowadzeniu przez organ postępowania administracyjnego w celu ustalenia spełnienia przez stronę przesłanek przyznania świadczenia. Tego rodzaju rozstrzygnięcie zostało wydane w niniejszej sprawie, natomiast fakt uprzedniego niezasadnego przyznania bonu turystycznego, a także jego wykorzystania pozostaje bez wpływu na prawidłowość rozstrzygnięcia w zakresie uchylenia prawa do świadczenia, skoro, jak wynika z wyżej przedstawionych rozważań, skarżącej na dzień składania wniosku nie przysługiwało prawo do dodatkowego świadczenia w postaci bonu turystycznego<sup>5</sup>.

### **III. Aprobata dla stanowiska WSA oraz odniesienie do poprzedzających wyrok rozstrzygnięć administracyjnych**

Podstawową konkluzją z omówionych rozstrzygnięć powinno być stwierdzenie, iż przyznanie prawa do świadczenia w formie bonu lub dodatkowego świadczenia w formie bonu nie wymaga wydania decyzji administracyjnej. Co do zasady należy zatem pozytywnie ocenić stanowisko WSA oraz poprzedzające wyrok rozstrzygnięcia administracyjne.

Nie sposób zgodzić się jednak z fragmentem uzasadnienia wyroku WSA w Warszawie, że „Polska Organizacja Turystyczna początkowo błędnie przyznała (...) dodatkowe świadczenie w postaci bonu, skoro właściwe orzeczenie o niepełnosprawności nie zostało załączone do wniosku. Wymaga jednak podkreślenia, że taki sposób postępowania organu jest konsekwencją przyjętego przez ustawodawcę modelu przyznawania świadczeń w formie bonu turystycznego”<sup>6</sup>. Przede wszystkim należy zacząć od tego, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 2020 r. o Polskim Bonie Turystycznym (Dz.U. 2023 poz. 35) (Borek, 2022) POT ustala prawo do świadczenia w formie bonu oraz prawa do dodatkowego świadczenia w formie bonu (Borek i Migdał, 2023). POT nie przyznaje zatem świadczenia, a jedynie je ustala, co przybiera tak naprawdę postać czynności materialno-technicznej, ustalenie bowiem prawa do świadczenia w formie bonu następuje na podstawie informacji wskazanej wprost w ustawie. Ustalenie prawa do dodatkowego świadczenia w formie bonu następuje w wyniku złożonego w systemie teleinformatycznym PUE ZUS oświadczenia osoby uprawnionej o legitymowaniu się przez dziecko orzeczeniem

<sup>3</sup> Tamże.

<sup>4</sup> Wyr. WSA w Warszawie z dn. 5.07.2023 r., sygn. akt: I SA/Wa 2767/22, CBOSA.

<sup>5</sup> Tamże.

<sup>6</sup> Tamże.

o niepełnosprawności lub niezdolności do pracy, które są enumeratywnie wymienione w ustawie z dnia 15 lipca 2020 r. o Polskim Bonie Turystycznym (Dz.U. 2023 poz. 35). Co prawda do oświadczenia dołącza się kopię elektroniczną tego orzeczenia, jednak samo ustalenie prawa następuje wyłącznie na podstawie ww. oświadczenia. Dopiero w ramach weryfikacji *ex post* POT może uchylić ustalone prawo do dodatkowego świadczenia w formie bonu. Postępowanie w tej sprawie prowadzi POT, a główną przesłanką do zastosowania wskazanego powyżej rozstrzygnięcia jest dokonanie na wniosek POT przez ministra właściwego do spraw zabezpieczenia społecznego weryfikacji legitymowania się przez dziecko właściwym orzeczeniem. Ta ostatnia czynność następuje w Elektronicznym Krajowym Systemie Monitorowania Orzeczeń o Niepełnosprawności. Na aprobatę zasługuje stanowisko WSA w Warszawie, zgodnie z którym ustawodawca uzależnił prawo do dodatkowego świadczenia od niepełnosprawności dziecka osoby uprawnionej. Co zaś istotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia odmawianej sprawy, ustawa z dnia 15 lipca 2020 r. o Polskim Bonie Turystycznym (Dz.U. 2023 poz. 35) zawiera własną definicję legalną dziecka niepełnosprawnego. Nie jest sporne w tej sprawie, że skarżąca takiego orzeczenie nie przedstawiła, a także, że takim orzeczeniem w momencie składania wniosku nie dysponowała<sup>7</sup>. Do wniosku o przyznanie bonu załączyła bowiem jedynie orzeczenie o potrzebie kształcenia specjalnego wydane przez Poradnię Psychologiczno-Pedagogiczną. W świetle wyżej przytoczonych przepisów nie przysługiwało jej zatem świadczenie dodatkowe w postaci bonu turystycznego przyznawane na dziecko niepełnosprawne, co stanowiło z kolei przesłankę do wydania decyzji uchylającej prawo do świadczenia. Poprzedzające wyrok WSA w Warszawie rozstrzygnięcia administracyjne potwierdzają wskazane wyżej tezy. Co do zasady należy zatem pozytywnie ocenić rozstrzygnięcia organów administracji publicznej oraz sam wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie.

#### IV. Wnioski i podsumowanie

Samo rozstrzygnięcie jest o tyle istotne, że to pierwsza tego typu sprawa zawisła przed sądem administracyjnym. Konsekwencje tego rozstrzygnięcia są istotne również z punktu widzenia przedsiębiorców turystycznych, dlatego należy kwestię tę rozważyć. Biorąc pod uwagę profil czasopisma, jakim jest *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, wypadałoby omówić konsekwencje prawne dla rynku turystycznego w przypadku podobnych rozstrzygnięć, których na etapie organów administracji publicznej są setki<sup>8</sup>. Naturalnie po wydaniu omawianych w niniejszym artykule rozstrzygnięć organów administracji publicznej, następnym krokiem powinno być wydanie decyzji o ustaleniu i zwrocie nienależnie pobranego dodatkowego świadczenia w formie bonu (Borek i Wyrwicz, 2021).

Pytanie zasadnicze brzmi, czy tego typu rozstrzygnięcie nie mogłoby znaleźć się od razu w decyzji stwierdzającej uchylenie prawa do dodatkowego świadczenia w formie bonu? Aby na nie odpowiedzieć, należy rozważyć czy rozstrzygnięcie o nienależnie pobranym świadczeniu jest wydawane wobec osoby fizycznej i przedsiębiorcy turystycznego, u którego został zrealizowany bon turystyczny?

<sup>7</sup> Tamże.

<sup>8</sup> Sprawozdanie z realizacji ustawy z dn. 15.07.2020 r. o Polskim Bonie Turystycznym za okres od sierpnia 2020 r. do sierpnia 2023 r. Druk Sejmowy nr 168. Pozyskano z: <https://www.sejm.gov.pl/sejm10.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=2AA367AD1D4A4622C1258AA600352E84&SessionID=944DFB3DD0148E6BFD7CE7CBEE3671FD58270925>.



Prawo do przyjmowania płatności dokonywanych za pomocą bonu przysługiwało przedsiębiorcom turystycznym oraz organizacjom pożytku publicznego znajdującym się na liście przedsiębiorców turystycznych oraz organizacji pożytku publicznego mających prawo do przyjmowania płatności dokonywanych za pomocą bonu (Borzyszkowski, 2022).

Aby móc przypisać kwotę do zwrotu, należy w pierwszej kolejności rozstrzygnąć jak definiowane jest nienależnie pobrane świadczenie, a jak kwota nienależnie pobrana.

Za tę ostatnią uważa się:

- 1) kwotę płatności dokonanej za pomocą bonu, pobraną na podstawie zarejestrowania w systemie teleinformatycznym przez przedsiębiorcę lub organizację pożytku publicznego danych niezgodnych ze stanem faktycznym lub braku ich aktualizacji mimo odpowiedniego wezwania;
- 2) kwotę płatności dokonanej za pomocą bonu, wydatkowaną na cele inne niż określone w ustawie.

Za nienależnie pobrane świadczenie w formie bonu lub dodatkowe świadczenie w formie bonu uważa się natomiast świadczenie pobrane:

- 1) mimo braku prawa do tego świadczenia;
- 2) na podstawie fałszywego oświadczenia, fałszywego dokumentu albo w innych przypadkach wprowadzenia w błąd przez osobę, która pobrała te świadczenia;
- 3) w sytuacji gdy wojewoda pozostawił wniosek bez rozpatrzenia albo wydał decyzję odmawiającą osobie uprawnionej prawa do świadczenia wychowawczego z powodów innych niż wymienione w ustawie, w szczególności z powodu ukończenia przez dziecko, którego dotyczy wniosek 18. roku życia przed dniem wejścia w życie ustawy.

Bez najmniejszych wątpliwości na podstawie powyższych definicji legalnych można stwierdzić, iż zbiór desygnatów pojęcia „nienależnie pobrane świadczenie” jest zupełnie inny niż „kwota nienależnie pobrana”. Ustalić zatem należy jaka jest konsekwencja uchylecia prawa do świadczenia dla przedsiębiorcy turystycznego, u którego bon turystyczny został zrealizowany? Stawiając to pytanie, jednocześnie odpowiadam na pierwsze postawione w tej części rozważań – w mojej ocenie nie byłoby właściwym w jednym rozstrzygnięciu administracyjnym stwierdzenie uchylecia prawa do świadczenia i uznanie pobranego świadczenia za nienależne. Najpierw należy prawomocnie stwierdzić, że zaistniała przesłanka do uchylecia prawa do świadczenia i dopiero następnie uznać, że wykorzystane świadczenie na podstawie uchylonego prawa było nienależne. Głębokie uzasadnienie takiego działania podyktowane jest tym, że uchyleciu podlega prawo, nie zaś świadczenie, które dopiero na podstawie uchylecia prawa może zostać uznane za nienależne. Wracając do rozważań istotnych z punktu widzenia przedsiębiorców turystycznych, należy wskazać, że zwrotowi z ich strony podlega tylko kwota nienależnie pobrana. Ta ostatnia nie jest natomiast wynikiem przyjęcia płatności od osoby fizycznej, która uzyskała prawo do dodatkowego świadczenia w formie bonu turystycznego w sposób nielegalny, nawet jeśli przedsiębiorca turystyczny o tym wie.

W przypadku przedsiębiorcy turystycznego (Borek i Zawistowska, 2020) przypisanie zwrotu w stosunku do tego podmiotu może nastąpić tylko jeśli:

- 1) zarejestrował na profilu informacyjnym w systemie teleinformatycznym ZUS dane niezgodne ze stanem faktycznym, np. oświadczył, że jest organizatorem turystyki (Borek,

Steuermark, Świetlik-Prus i Wyrwicz, 2020–2021), a faktycznie nie posiada wpisu do rejestru organizatorów turystyki i przedsiębiorców ułatwiających nabywanie powiązanych usług turystycznych<sup>9</sup>

lub

2) pobrał kwotę płatności dokonanej za pomocą bonu za świadczenia inne niż określone w ustawie, np. zamiast na imprezę turystyczną krajową to na imprezę turystyczną do Hiszpanii (Borek i Zawistowska, 2021).

Wnioski jakie płyną z przeprowadzonej analizy są jednoznaczne, w przypadku postępowań toczących się wobec osób fizycznych, w przypadku orzeczenia o uchyleniu prawa do dodatkowego świadczenie w formie bonu, przedsiębiorcy turystyczni nie będą zobligowani do zwrotu otrzymanych płatności. Jest to tym bardziej istotne, że nawet wiedza o niewłaściwym zachowaniu osoby fizycznej, które doprowadziło do uzyskania takowego świadczenia, nie obliguje przedsiębiorcy do zwrotu otrzymanego z ZUS przelewu środków. Niezależnie od dobrej lub złej wiary przedsiębiorcy turystycznego co do przyjęcia od osoby fizycznej zapłaty dodatkowego świadczenia w formie bonu, nastawienie przedsiębiorcy nie będzie miało zatem znaczenia w przypadku stwierdzenia, iż osoba fizyczna nienależnie pobrała dodatkowe świadczenie w formie bonu.

To ostatnie na etapie realizacji płatności u przedsiębiorcy turystycznego nie jest w zasadzie do rozróżnienia przez przyjmującego płatność od klienta, ponieważ przedsiębiorca turystyczny nie uzyskuje z ZUS informacji czy płatności dokonano przy użyciu prawa do bonu, czy też dodatkowego świadczenia w formie bonu. Dlatego też, nawet z tego powodu przypisywanie przedsiębiorcy turystycznemu winy w przyjmowaniu takowych płatności byłoby nieracjonalne i wypaczyłoby ideę programu (Jurek i Borek, 2022).

## Finansowanie

Badanie nie otrzymało dofinansowania.

## Deklaracja konfliktu interesów

Autor zadeklarował brak potencjalnych konfliktów interesów w odniesieniu do badań, autorstwa i publikacji tego artykułu.

## Bibliografia

- Borek, D. (2022). *Kompendium do nauki Prawa Turystyki – wybór aktów prawnych*. Forum Turystyki Regionów.
- Borek, D. i Migdal, M. (red.). (2023). *Stan prawa turystyki w Polsce praktyczne vademecum zarządzania i organizacji*. Forum Turystyki Regionów.
- Borek, D. i Wyrwicz, E. (2021). Agroturystyka jako miejsce realizacji Polskiego Bonu Turystycznego – aspekty prawne. *Zagadnienia Doradztwa Rolniczego*, 104(2), 70–81.

<sup>9</sup> Wpis do rejestru można sprawdzić za pośrednictwem portalu CEOTIPUNPUT – [www.ewidencja.ufg.pl](http://www.ewidencja.ufg.pl)

- Borek, D. i Zawistowska, H. (red.). (2020). *Komentarz do ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych*. Wydawnictwo ODDK.
- Borek, D. i Zawistowska, H. (red.). (2021). *Prawo turystyki, Podręcznik*. Wydawnictwo ODDK.
- Borek, D., Steuermark, K., Świetlik-Prus, J. i Wyrwicz, M. (2020–2021). Poradnik dla rozpoczynających nowe aktywności w ramach kół gospodyń wiejskich. *Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Gospodarki w Bydgoszczy*, 37(16), 173–189.
- Borzyszkowski, J. (2022). Wsparcie turystyki w dobie pandemii COVID-19. Przegląd wybranych działań podejmowanych przez lokalne organizacje turystyczne. *MAZOWSZE Studia Regionalne*, (41), 25–36.
- Jurek, Ł. i Borek, D. (2022). Forma wypłaty Polskiego Bonu Turystycznego jako nowatorski wzorzec dla innych świadczeń społecznych obsługiwanych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych – rozważania administracyjnoprawne. *Gubernaculum et Administratio*, 1(25), 55–69.

**Sprawozdanie z cyklu seminariów  
nt. wzajemnego oddziaływania prawa konkurencji  
i prawa pracy w czasach „platformizacji”,  
lipiec 2022–wrzesień 2023, Warszawa/Rzeszów – Porto**

**Report on the series of seminars on the mutual influence  
of competition law and labour law in the era of ‘platformization’,  
July 2022 – September 2023, Warsaw/Rzeszów – Porto**

Współpraca grupy polskich i portugalskich naukowców z Universidade Católica Portuguesa, Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie oraz Instytutu Nauk Prawnych PAN owocowała serią czterech seminariów roboczych, które odbyły się w Porto (lipiec 2022, wrzesień 2023) oraz w Warszawie (wrzesień 2022) i w Rzeszowie (maj 2023).

Do udziału w seminariach, koncentrujących się na problematyce korelacji między prawem konkurencji a prawem pracy w kontekście działalności platform cyfrowych, zapraszani byli także przedstawiciele innych jednostek naukowych oraz prawnicy-praktycy. Wśród uczestników nie zabrakło ekonomistów. W samej Unii Europejskiej za pośrednictwem platform cyfrowych pracuje obecnie ponad 28 milionów osób, a według prognoz liczba ta będzie dalej rosła. Ustawodawstwa krajowe i samo prawo europejskie nie nadążają za dokonującą się transformacją cyfrową, stąd konieczne jest podjęcie refleksji naukowej nad możliwymi modelami ochrony prawnej zarówno pracowników, jak i mechanizmu konkurencji, również dewastowanego w pewnym stopniu w konsekwencji „platformizacji” gospodarki.

Pierwsze seminarium zatytułowane „Gig workers, the national status quo in Portugal and Poland and the current EU legislation”, które odbyło się 9 lipca 2022 roku w Porto, zostało podzielone na cztery sesje. W sesji otwarcia przedstawicielka European Trade Union Institute, Silvia Rainone postawiła pytanie, czy ogłoszony przez Komisję projekt wytycznych w sprawie układów zbiorowych i prawa konkurencji przyniesie rzeczywistą zmianę w zakresie praw pracowniczych, czy też tylko doprowadzi do wykształcenia się podmiotów „trzeciej kategorii” (niepracowników i nieprzedsiębiorców). Profesor Adrián Tolodí Signes z Uniwersytetu w Walencji przedstawił z kolei założenia regulacji platform cyfrowych w Hiszpanii. Érica Silva, doradczynie prawna organizacji pozarządowych, omówiła zaś ścieżki legalizacji pobytu migrantów w Portugalii. W sesji zatytułowanej „Labour Economic Perspective” prof. Ana Teresa Ribeiro (Universidade Católica Portuguesa; dalej: UCP) omówiła problemy kwalifikacji prawnej pracowników platform i ich dostępu do negocjacji zbiorowych. Natomiast Marta Prata Domingos (UCP) zarysowała problemy prawne związane z dostępem pracowników platform do systemów zabezpieczenia społecznego, a Łukasz Cywiński (WSliZ) przedstawił ekonomiczną analizę ofert pracy w tzw. *gig economy*. Sesja trzecia koncentrowała się na prawie konkurencji – swoje spostrzeżenia na temat oceny działań platform cyfrowych z perspektywy prawa konkurencji przedstawiła prof. Sofia Oliveira Pais (UCP), a dr hab. Agata Jurkowska-Gomułka, prof. WSliZ, podzieliła się ze słuchaczami swoimi krytycznymi

uwagami co do projektu wytycznych Komisji w sprawie negocjacji zbiorowych i prawa konkurencji. W ostatniej sesji poświęconej migracji Sergio Tavares Marques (UCP) omówił trendy w ochronie pracowników-migrantów w UE, dr Sylwia Mazur (WSliZ) zanalizowała zaś wyzwania prawne dla włączania obywateli państw trzecich w rynek pracy UE.

Drugie seminarium pt. „Wyzwania prawa konkurencji i prawa pracy w erze cyfrowej” odbyło się w dniach 26–27 września 2022 r. w Warszawie. W ramach tego seminarium dr hab. Monika Szwarz, prof. INP PAN, w referacie pt. „Swoboda świadczenia usług a platformy internetowe – prawne ograniczenia działalności gospodarcze” omówiła wyzwania regulacyjne związane ze swobodą świadczenia usług w modelu gospodarki kolaboracyjnej (*collaborative economy*), zwracając szczególną uwagę na potrzebę regulacji na poziomie unijnym. Prof. Szwarz uwzględniła także kwestie związane z ochroną konsumentów oraz danych osobowych. W kolejnej części odniosła się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które w oparciu o „starą logikę” okazało się nieadekwatne w nowym modelu gospodarki. Z kolei Marta Prata Domingos (Universidade Católica Portuguesa) w referacie pt. „Wyzwania stojące przed systemem pomocy społecznej i swobodą przepływu osób” skupiła się na systemach opieki społecznej w państwach członkowskich w kontekście pracowników platform. W szczegółowy sposób odniosła się do czynnika niepewności otaczającego tychże pracowników (od nieznanych zarobków, liczby godzin pracy, braku możliwości kontaktu z przełożonym, aż po miejsce wykonywania pracy). Dr Sylwia K. Mazur (WSliZ) w komunikacie pt. „Ochrona pracowników: wniosek dotyczący dyrektywy w sprawie poprawy warunków pracy za pośrednictwem platform internetowych – Zbyt mało? Zbyt późno?” odniosła się do działań Komisji Europejskiej służących poprawie warunków pracy za pośrednictwem platform internetowych oraz wspieraniu zrównoważonego wzrostu cyfrowych platform pracy w UE. Kluczową częścią zaprezentowanych badań była analiza pakietu służącego poprawie warunków pracy za pośrednictwem platform będącego wynikiem dwuetapowych konsultacji z europejskimi i partnerami społecznymi. Artykuł 4 zaprezentowanej w grudniu 2021 dyrektywy wskazuje na listę kryteriów, które determinują status platformy jako pracodawcy. Dr Mazur poddała ocenie wzruszalność domniemania po stronie „pracodawcy”. Następnie Ines Sousa (Universidade Católica Portuguesa) w wystąpieniu pt. „Świat po sprawie *Yodel*. Czy krajowe prawo kryminalne może przyczynić się do ochrony pracowników platform?” poddała analizie orzecznictwo TSUE w odniesieniu do koncepcji zatrudnienia oraz pracownika, ze szczególnym uwzględnieniem „europeizacji” definicji pracownika. W finalnej części odniosła się do wyroku TSUE w sprawie *Yodel*, w której sąd odwołał się w definicji pracownika do czynnika niezależności oraz subordynacji. Dr hab. Grzegorz Materna, prof. INP PAN w swoim wystąpieniu pt. „Samozatrudnienie w polskim prawie konkurencji: doświadczenia sprzed ery cyfrowej” skoncentrował się na sytuacji prawnej osób samozatrudnionych w świetle polskiej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i praktyki decyzyjnej Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta. Reprezentujący również INP PAN Artur Szmigielski, w komunikacie pt. „Nadużywania pozycji dominującej na rynkach cyfrowych – teorie szkody dla konkurencji – platformy wielostronne” konkludował, że polityka konkurencji może być właściwym narzędziem do adresowania wyzwań wynikających z gospodarki cyfrowej.

Motywnym przewodnim trzeciego seminarium, które odbyło się 14 maja 2023 r. w Rzeszowie, były bieżące trendy w prawodawstwie oraz orzecznictwie związane z „platformizacją” („Platformisation & labour market: current trends in law and jurisprudence”). Seminarium rozpoczęła dr hab. Monika

Szwarc, prof. INP PAN, która zaprezentowała nową unijną regulację Digital Services Act (DSA) z perspektywy potencjalnych korzyści dla konsumentów, których źródłem miałyby być zobowiązania platform cyfrowych wynikające z DSA. Dr Ana Teresa Ribeiro (UCP) zaprezentowała zaś najnowsze zmiany w regulacjach poświęconych pracy na rzecz platform cyfrowych w Portugalii. Dr Benedita M. Queiroz (UCP) omówiła natomiast zagadnienie równości płci w kontekście pracy dla platform elektronicznych. Łukasz Cywiński przedstawił analizę ofert pracy dla gospodarki cyfrowej w Polsce. Wystąpienie Sergio Maia Tavares poświęcone było czynnikowi czasu jako (brakującemu) elementowi planowanej dyrektywy w sprawie poprawy warunków pracy za pośrednictwem platform internetowych. Ines Pereira de Sousa (UCP) omówiła zaś najnowsze orzecznictwo portugalskie odnoszące się do nielegalnego zatrudnienia. Z kolei Katarzyna Uryć-Dubis (WSliZ, Krajowa Administracja Skarbowa) przedstawiła wyzwania stojące przed prawem podatkowym w czasach platformizacji rynku pracy. Prof. Jan Olszewski (Uniwersytet Rzeszowski) wygłosił natomiast referat na temat wpływu prawa UE na dywersyfikację rynku pracy.

Ostatnie seminarium robocze odbyło się 8 września 2023 r. w Porto. Tematem przewodnim spotkania była przyszłość prawa w kontekście dynamicznego rozwoju platform internetowych. Pierwsza część poświęcona była wyzwaniom stojącymi przed prawem pracy zarówno w wymiarze krajowym, jak i europejskim, druga – prawu konkurencji. Seminarium otworzyło wystąpienie dr Benedity M. Queiroz (UCP), która zaprezentowała wyniki swoich badań nt. równości płci pracowników platform. Dr Giuseppe Manzotti (Católica Global School of Law w Lizbonie) zaprezentował prawa przysługujące twórcom treści internetowych. Naukowiec podkreślił, że twórczość taka jest często nisko płatna, a prawa twórców – w porównaniu z prawami właścicieli platform – ograniczone. Dr Sylwia K. Mazur (WSliZ) podsumowała natomiast swoje badania dotyczące potencjalnego wpływu dyrektywy w sprawie poprawy warunków pracy za pośrednictwem platform internetowych na sytuację pracowników pochodzących z państw trzecich, wyraźnie zaznaczając, że prace nad aktem wchodzą dopiero na etap dialogu pomiędzy instytucjami i kształt dyrektywy może jeszcze ulec zmianie. Pierwszy panel zakończyło wystąpienie Marty P. Domingos (UCP), która mówiła o ochronie socjalnej (a właściwie jej braku) towarzyszącej pracy platformowej. Wystąpieniem o sytuacji małych przedsiębiorstw w czasach gospodarki cyfrowej drugą część seminarium otworzył dr hab. Grzegorz Materna, prof. INP PAN. Polski naukowiec podkreślił, iż pomimo „przyjaznego” podejścia Unii Europejskiej, małe przedsiębiorstwa już muszą mierzyć się z technologicznymi gigantami, a dotychczasowe instrumenty są mieszkanką starych oraz nowych środków. Artur Szmigielski (INP PAN) mówił zaś o wyzwaniach stojących przed prawem konkurencji w czasach dynamicznego rozwoju platform, a także rozważał konieczność przemyślenia fundamentów istniejącego prawa konkurencji. Seminarium zakończyło wystąpienie Benedity Sequeiry (UCP) dotyczące funkcjonowania gigantów technologicznych w świetle art. 102 TFUE.

Wszystkie seminaria, które odbyły się w latach 2022–2023 były okazją do wymiany poglądów i wiedzy na temat problemów stanowiących aktualny przedmiot procesów prawodawczych w UE (w tym przyjętych jesienią 2022 r. wytycznych Komisji sprawie stosowania prawa konkurencji Unii do układów zbiorowych dotyczących warunków pracy osób pracujących na własny rachunek niezatrudniających pracowników). Szczególnie ciekawe dyskusje toczyły się na temat portugalskich regulacji i orzecznictwa odnoszącego się do pracy na rzecz

platform cyfrowych. Dorobek ten może służyć zarówno jako inspiracja, jak i przestroga dla kształtowania przepisów prawa i ich stosowania na poziomie krajowym, np. w Polsce oraz w UE.

### Finansowanie

Seminaria były realizowane w ramach projektu „Pół-pracownicy i pół-konkurenci? Wzajemne oddziaływanie prawa konkurencji i prawa pracy w czasach „platformizacji”, współfinansowanego przez Narodową Agencję Wymiany Akademickiej w ramach programu „Wspólne projekty badawcze NAWA pomiędzy Rzeczpospolitą Polską a Republiką Portugalską” (nr umowy BPN/BPT/2021/1/00030/U/00001).

### Deklaracja konfliktu interesów

Autor zadeklarował brak potencjalnych konfliktów interesów w odniesieniu do badań, autorstwa i publikacji tego artykułu.

#### **dr hab. Agata Jurkowska-Gomułka, prof. WSiIZ**

Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania z siedzibą w Rzeszowie  
<https://orcid.org/0000-0001-7074-6850>

#### **dr Sylwia K. Mazur**

Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania z siedzibą w Rzeszowie  
<https://orcid.org/0000-0002-9596-0797>

# internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

## REKOMENDOWANY SKRÓT CYTOWANIA iKAR

---

### PODSTAWOWE INFORMACJE DLA AUTORÓW

Teksty do opublikowania w iKAR winny być dostarczane na skrzynkę mailową redakcji (ikar@wz.uw.edu.pl) jako dokumenty elektroniczne w edytorach MS Word (2000/XP/2003) lub Open Office.

Artykuły powinny zawierać także spis treści, streszczenie i słowa kluczowe.

Artykuły powinny zawierać nie mniej niż 4500, a nie więcej niż 9000 słów.

Redakcja będzie dbać, żeby w iKAR nie miały miejsca przypadki ghostwriting czy guest authorship.

### ZASADY RECENZOWANIA

Wszystkie teksty każdego numeru iKAR są wstępnie recenzowane przez redaktora tematycznego.

Artykuły są oceniane przez dwóch niezależnych recenzentów spoza CARS. Autorzy i recenzenci nie znają swoich tożsamości (*double blind peer review*).

Recenzja jest sporządzana na formularzu w wersji dla tekstów prawnych i ekonomicznych, dostępnym na stronie [www.ikar.wz.uw.edu.pl](http://www.ikar.wz.uw.edu.pl). Recenzja kończy się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.

Zbiorca lista recenzentów iKAR jest publikowana w ostatnim numerze iKAR w danym roku.

### PRAWA AUTORSKIE

Publikacja jest bezpłatna. Wszystkie teksty wydawane są na zasadzie otwartego dostępu i na licencji CC BY 4.0 Creative Commons – Uznanie autorstwa (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.pl>).

Korzystanie z zawartości całego numeru oraz z każdego z jego tekstów jest zatem uzależnione wyłącznie od akceptowania przez użytkownika trzech zasad: uznania autorstwa, korzystania z tekstów tylko dla celów niekomercyjnych oraz nietworzenia na ich bazie utworów zależnych.

### UDOSTĘPNIANIE

iKAR jest publikowany pierwotnie w wersji elektronicznej za pośrednictwem odrębnej strony internetowej [www.ikar.wz.uw.edu.pl](http://www.ikar.wz.uw.edu.pl).

Jest udostępniany w wersji .pdf dostosowanej m.in. do e-booków.

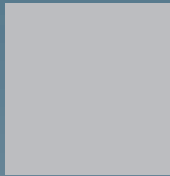
Będzie także dostępny we wszystkich najważniejszych polskich bazach wolnego dostępu oraz – na zasadach niewyłącznych – w bazach największych polskich wydawców książek i czasopism z zakresu prawa, ekonomii i zarządzania.



## CENTRUM STUDIÓW ANTYMONOPOLOWYCH I REGULACYJNYCH



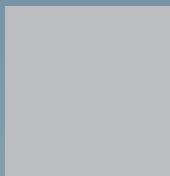
prowadzi badania naukowe



wydaje książki i periodyki,  
w tym YARS [www.yars.wz.uw.edu.pl](http://www.yars.wz.uw.edu.pl)  
oraz iKAR [www.ikar.wz.uw.edu.pl](http://www.ikar.wz.uw.edu.pl)



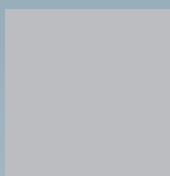
organizuje konferencje naukowe i warsztaty



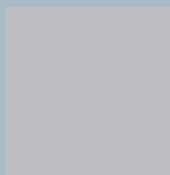
świadczy usługi doradcze i prowadzi  
szkolenia



oferuje studia podyplomowe ARIS  
[www.aris.wz.uw.edu.pl](http://www.aris.wz.uw.edu.pl)



prowadzi Otwarte Seminarium Doktoranckie



współpracuje z instytucjami naukowymi  
w kraju i zagranicą oraz z organami  
regulacyjnymi (UKE, URE, UTK)