

**Problemy
Prawa
Prywatnego
Międzynarodowego**



TOM 28



UNIWERSYTET ŚLĄSKI
WYDAWNICTWO

Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego

Tom 28

pod redakcją
Maksymiliana Pazdana

Zespół Redakcyjny

Maksymilian Pazdan (redaktor naukowy, Akademia Leona Koźmińskiego)

Wojciech Popiołek (redaktor tematyczny, Uniwersytet Śląski w Katowicach)

Witold Kurowski (sekretarz Redakcji, Uniwersytet Śląski w Katowicach)

Maciej Zachariasiewicz (sekretarz Redakcji, Akademia Leona Koźmińskiego)

Rada Naukowa

Christian von Bar (Universität Osnabrück), Paul Lagarde (Université Paris I), Rett

R. Ludwikowski (The Catholic University of America), Heinz-Peter Mansel (Universität

zu Köln), Dieter Martiny (Europa-Universität Viadrina), Andrzej Mączyński (Uniwer-

sytet Jagielloński), Paul Meijknecht (Universiteit Utrecht), Cezary Mik (Uniwersytet

Kardynała Stefana Wyszyńskiego), Jerzy Poczobut (Uniwersytet Warszawski), Jerzy

Rajski (Uniwersytet Warszawski), Andrzej Szumański (Uniwersytet Jagielloński),

Luboš Tichý (Univerzita Karlova), Zdeněk Kučera (Univerzita Karlova)

Recenzenci

Dariusz Fuchs (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego), Elwira Macierzyńska-

-Franaszczyk (Akademia Leona Koźmińskiego), Marcin Margoński (Collegium Polonicum

Słubice), Mateusz Pilich (Uniwersytet Warszawski), Marek Świerczyński (Uniwersytet

Kardynała Stefana Wyszyńskiego), Monika Wałachowska (Uniwersytet Mikołaja Koper-

nika w Toruniu), Michał Wojewoda (Uniwersytet Łódzki), Anna Wysocka-Bar (Uniwer-

sytyet Jagielloński), Jacek Zralek (Uniwersytet Śląski), Łukasz Żarnowiec (Uniwersytet

Kardynała Stefana Wyszyńskiego)

Adres Redakcji

„Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach

40-007 Katowice, ul. Bankowa 11b

tel. (032) 359 18 03; e-mail: pppm@us.edu.pl

Publikacja jest dostępna w wersji elektronicznej:

www.journals.us.edu.pl

Central and Eastern European Online Library

www.ceeol.com

Spis treści

Studia

Jerzy Poczobut: Równość systemów prawnych w polskim prawie prywatnym międzynarodowym: Iluzja czy rzeczywistość	5
Monika Jagielska, Mariusz Jagielski: W poszukiwaniu prawa właściwego dla cywilnoprawnych roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia RODO (art. 82 RODO)	51
Maciej Kochanowski: Utracony zysk w myśl przepisów Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (CISG)	75
Arkadiusz Wowerka: Siedziba rzeczywista spółki jako łącznik unijnego prawa prywatnego międzynarodowego	109
Michał Wojewoda: O przypadkach dokonanej transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych	131
Aleksandra Wasielewicz: Obecne orzecznictwo sądów polskich w kwestii stosowania wyłączenia „klauzuli porządku publicznego” (<i>ordre public</i>) w przypadku transkrypcji (rejestracji) zagranicznego aktu urodzenia w polskim rejestrze stanu cywilnego (Recent Polish Case Law on the Application of the <i>Ordre Public</i> Exception in Case of Transcription (Registration) of Foreign Birth Certificates into the Domestic Register of Civil Status)	163
Tomasz Tomczak: Dochodzenie odszkodowań zasądzonych za szkody środowiskowe jako podstawa tzw. odpowiedzialności przebijającej w ramach grupy kapitałowej (The Enforcement of Environmental Damages Judgements as a Basis for Piercing Corporate Veils within a Corporate Group)	197

Contents

Studies

Jerzy Poczobut: The Equality of Legal Systems in Polish Private International Law: Illusion or Reality?	5
Monika Jagielska, Mariusz Jagielski: In Search of a Law Applicable to Civil Law Claims for Damages for Violations of the General Data Protection Regulation (Article 82 of the GDPR)	51
Maciej Kochanowski: Lost Profit under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)	75
Arkadiusz Wowerka: A Company's Real Seat as the Connecting Factor in the EU Private International Law	109
Michał Wojewoda: On Cases of the Transcription of the Birth Certificates of the Children of Same-Sex Couples	131
Aleksandra Wasielewicz: Recent Polish Case Law on the Application of the <i>Ordre Public</i> Exception in Case of Transcription (Registration) of Foreign Birth Certificates into the Domestic Register of Civil Status	163
Tomasz Tomczak: The Enforcement of Environmental Damages Judgement as a Basis for Piercing Corporate Veils within a Corporate Group	197



Jerzy Poczobut^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0001-8813-1854>

Równość systemów prawnych w polskim prawie prywatnym międzynarodowym: Iluzja czy rzeczywistość?

Abstract: The paper answers one of fundamental questions for the Polish private international law (narrowly understood): is the principle of equal treatment all legal systems in this law illusion or reality? Achievement of the intended goal needed investigation of following issues, which related to this principle: genesis and theoretical basis, content and indications, deviations, domestic legislative tendency and views in domestic doctrine. Considerations included in the paper confirmed the existence of the principle of equal treatment all legal systems in the Polish private international law. However the realization of this principle is not fully satisfied and needs certain improvements.

Keywords: equal treatment of legal systems — principle — exemptions — F.C. von Savigny — K. Przybyłowski — M. Pazdan — Polish codifications of private international law 1926—1965—2011 — proposals de *lege ferenda*

^{a)} Prof. dr hab., Uniwersytet Warszawski.

1. Wprowadzenie

Na problematykę równości w prawie prywatnym międzynarodowym składają się dwa główne zagadnienia: równość systemów prawnych, których przestrzenny zasięg działania to prawo rozgranicza, oraz równość podmiotów tego prawa, którymi są zasadniczo osoby fizyczne i prawne. Równe traktowanie systemów prawnych w prawie prywatnym międzynarodowym jest zakotwiczone w prawie międzynarodowym publicznym i wywodzi się z zasady suwerenności państw. Natomiast równe traktowanie jednostek stanowi główny element fundamentu aksjologicznego całego systemu prawa prywatnego, wyrażający się w równorzędności podmiotów tego prawa względem siebie oraz ich równości w świetle prawa¹. Obydwie te cechy konstytutywne prawa prywatnego charakteryzują

¹ Na temat różnych aspektów równości osób fizycznych i prawnych w szeroko pojętym prawie prywatnym międzynarodowym zob. np.: B. Currie, H. Hill Schreter, *Unconstitutional Discrimination in the Conflict of Laws: Privileges and Immunities*, „Yale Law Journal” 1960, T. 69, s. 1323—1391; B. Currie, H. Hill Schreter, *Unconstitutional Discrimination in the Conflict of Laws: Equal Protection*, „The University of Chicago Law Review” 1960, T. 28, s. 1—52; G. Dannemann, *Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung: Zur Anwendung, Berücksichtigung und Anpassung von Normen aus unterschiedlichen Rechtsordnungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000; G. Dannemann, *Accidental discrimination in the conflict of laws: Applying, considering and adjusting rules from different jurisdictions*, „Yearbook of Private International Law” 2008, T. 10, s. 113—134; J. Foyer, *L'égalité en droit international privé*, „Archives de philosophie du droit” 2008, T. 51, s. 179—193; S. Hammer-Bodelet, *L'égalité des sexes en droit international privé*, Université de Rouen, Rouen, 2008 [niepubl. rozpr. dokt.]; Ch. Jessel, *Równouprawienie mężczyzny i kobiety w zakresie skutków małżeństwa na tle międzynarodowego prawa prywatnego RFN*, „Studia Prawnicze” 1978, z. 3, s. 85—96; M.P. Kinsch, *Principes d'égalité et conflits de lois*, in: *Droit international privé, Travaux du Comité français de droit international privé*, Paris, 2005, s. 117—144; A. Lelouvier, *La principe d'égalité en droit international privé: essai d'une approche systémique*, École doctorale Droit et Science Politique, Toulouse, 2019 [niepubl.]; E. Lorenz, *Zur Struktur des IPR*, Berlin, 1977, s. 66 i n.; L. Løvdal, *Private international law, Muslim laws and gender equality: The adjudication of mahr in Scandinavian, English and French courts*, University of Oslo, Oslo, 2008 [niepubl. rozpr. dokt.]; W. Ludwiczak, *Zasada równouprawienia płci w zakresie małżeńskich stosunków osobistych i majątkowych w systemach międzynarodowego prawa prywatnego państw socjalistycznych, ze szczególnym uwzględnieniem prawa polskiego*, „Studia Prawnicze” 1978, z. 3, s. 29—40; P.H. Neuhaus, *Freiheit und Gleichheit im internationalen Immaterialgüterrecht*, „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 1976, H. 1, s. 191—195; S. Peari, *The Foundations of Choice of Law. Choice and Equality*, Oxford University Press, Oxford, 2018; G. Schulze, *Die Überwindung von Feindschaft durch Kollisionsrecht. Ein Grundgedanke des Internationalen Privatrechts von der Antike bis zu seiner Vergemeinschaftung in Europa*, in: *Kollision, Feindschaft und Recht*, eds. A. Chanos, Ch. Papacharalambous, D. Pyrgakis, J. Strangas, M. Tsapogas, Nomos Verlagsgesellschaft, Athen, 2016,

również prawo prywatne międzynarodowe, którego główną funkcją jest jednak zapewnienie sprawiedliwości kolizyjnej². Przedmiot niniejszego opracowania został ograniczony tylko do zagadnienia równości systemów prawnych w polskim prawie prywatnym międzynarodowym.

Zasada kolizyjnej równości systemów prawnych nie została wyrażona *expressis verbis* w polskim prawie prywatnym międzynarodowym. Mimo to prawie wszyscy przedstawiciele krajowej doktryny opowiadają się za obowiązywaniem tej zasady, zdając się przyjmować bez szerszego uzasadnienia, że ona istnieje i jest oczywista. Pogląd ten niech posłuży za hipotezę badawczą, która zostanie poddana analizie.

Zamieszczone niżej rozważania mają umożliwić weryfikację wątpliwości zawartej w tytule artykułu. Dla osiągnięcia tego celu niezbędne jest przeprowadzenie rozważań dotyczących zasady kolizyjnej równości systemów prawnych, które obejmują: 1) ustalenie jej genezy i treści, 2) analizę polskiego prawa prywatnego międzynarodowego pod względem jej realizacji, 3) identyfikację i omówienie odstępstw od tej zasady, z uwzględnieniem i oceną wchodzących w grę interesów³, a także 4) sformułowanie wniosków na temat istnienia oraz rozmiarów jej realizacji. Zakładając, że możliwa i pożądana jest poprawa obecnego stanu w rozpatrywanym zakresie, zasadne będzie zgłoszenie propozycji *de lege ferenda*.

W niniejszym opracowaniu została przyjęta wąska definicja prawa prywatnego międzynarodowego: składają się na nią wyłącznie normy ko-

s. 1097—1128; K. Siehr, *Równouprawnienie w zachodniemieckim prawie międzynarodowym dotyczącym stosunków między rodzicami a dziećmi*, „Studia Prawnicze” 1978, z. 3, s. 97—122; J. Skąpski, *Zasada równości płci w odniesieniu do stosunków między rodzicami a dziećmi (łącznie z adopcją) w socjalistycznych systemach prawa prywatnego międzynarodowego, ze szczególnym uwzględnieniem prawa polskiego*, „Studia Prawnicze” 1978, z. 3, s. 41—52; M. Sośniak, *Zasada równości płci w zakresie zawarcia, unieważnienia i rozwiązania małżeństwa w socjalistycznych systemach prawa międzynarodowego prywatnego, ze szczególnym uwzględnieniem prawa polskiego*, „Studia Prawnicze” 1978, z. 3, s. 18—28; J.P. Waehler, *Równouprawnienie mężczyzny i kobiety w międzynarodowym prawie rozwodowym Republiki Federalnej Niemiec*, „Studia Prawnicze” 1978, z. 3, s. 69—84; W. Wengler, *Das Gleichheitsprinzip im Kollisionsrecht*, in: *Eranion in honorem Georgii S. Maridakis*, Bd. 3, Universitas Athenis, Athen, 1964, s. 323—379 oraz powołaną tam literaturę.

² Zob.: J. Kropholler, *Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Aufl. 6, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2006, s. 24—31; J. Poczobut, *Interes w prawie prywatnym międzynarodowym. Zagadnienia węzłowe*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2019, T. 19, s. 7; K. Schurig, *Interessen*, in: G. Kegel, K. Schurig, *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, ed. 9, C.H. Beck, München, 2004, s. 131—135 oraz powołaną tam literaturę.

³ Ogólnie o kolizyjnoprawnych interesach zob.: J. Kropholler, *Internationales...*, s. 31—36; J. Poczobut, *Interes...*, s. 5—20; K. Schurig, *Interessen...*, s. 131—150.

lizyjne, rozgraniczające w stosunkach z zakresu prawa prywatnego sfery działania systemów prawnych różnych państw przez określenie, który z nich należy zastosować. Nie obejmuje ono problematyki prawa międzynarodowego postępowania cywilnego, w skład której wchodzi przede wszystkim zagadnienia kolizji jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń zagranicznych, a także prawa obcych, złożonego z norm merytorycznych określających status prawny cudzoziemców w danym państwie.

Z zakresu zamierzonych rozważań zostaną wyłączone dwie instytucje uregulowane w przepisach ogólnych ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe⁴: klauzula porządku publicznego (art. 7 p.p.m.)⁵ i przepisy wymuszające swoje zastosowanie (koniecznego zastosowania), (art. 8 p.p.m.)⁶. Powszechnie przyjmuje się, że klauzula porządku publicznego w postaci znanej od ponad dwóch stuleci występuje w prawie prywatnym międzynarodowym każdego państwa, nawet jeżeli nie została wyraźnie zapisana⁷. Natomiast wypracowana przed ponad półwieczem koncepcja przepisów wymuszających swoje zastosowanie zyskała już trwały wyraz w jednolitym prawie kolizyjnym Unii Europejskiej i jest coraz częściej wprowadzana do prawa krajowego nie tylko jej państw członkowskich⁸. Nie ulega wątpliwości, że obydwie instytucje stanowią najistotniejsze odstępstwa od zasady kolizyjnej równości systemów prawnych. Mimo to nie wydaje się jednak, aby współcześnie

⁴ Tekst jedn. Dz.U. 2015, poz. 1792 [dalej: p.p.m.].

⁵ Na ten temat w nowszym piśmiennictwie polskim zob. A. Nowicka, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017, s. 204—234, nb. 1—59; M. Zachariasiewicz, *Klauzula porządku publicznego*, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2014, s. 469—508, nb. 288—371; M. Zachariasiewicz, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2018, s. 135—154, nb. 1—48; M. Zachariasiewicz, *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, C.H. Beck, Warszawa, 2018 oraz powołaną tam literaturę.

⁶ Na ten temat w nowszym piśmiennictwie polskim zob.: B. Fuchs, *Statut kontraktowy a przepisy wymuszające swoje zastosowanie*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice, 2003; M. Mataczyński, *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*, Zakamycze, Kraków, 2005; M. Tomaszewski, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 235—249, nb. 1—43; M.A. Zachariasiewicz, *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie*, w: *System...*, T. 20A, s. 433—469, nb. 215—287; M.A. Zachariasiewicz, w: *Prawo... Komentarz*, red. M. Pazdan, s. 154—165, nb. 1—43.

⁷ Por.: J. Poczobut, *Interes...*, s. 18; K. Schurig, *Interessen...*, s. 147; K. Schurig, *Ordre public*, in: G. Kegel, K. Schurig, *Internationales...*, s. 520—524.

⁸ Zob. M. Wilderspin, *Overriding mandatory rules*, in: *Encyclopedia of Private International Law*, T. 2, eds. J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. de Miguel Asensio, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UE, Northampton, MA, USA, 2017, s. 1130—1136.

można było rozważyć rezygnację z nich w imię pełnej realizacji tej zasady. Wymienione instytucje zostały tak gruntownie opracowane w polskiej doktrynie, z uwzględnieniem leżących u ich podstaw motywów legislacyjnych oraz spełnianych przez nie funkcji, że nie zachodzi potrzeba ich uwzględnienia dla osiągnięcia określonego wyżej celu. Ocena znaczenia tych instytucji dla odpowiedzi na pytanie sformułowane w tytule opracowania będzie przedstawiona w zakończeniu.

2. Geneza i teoretyczne podstawy kolizyjnej równości systemów prawnych

Genezy przyjmowanej szeroko w doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego państw Europy kontynentalnej zasady równości kolizyjnej systemów prawnych wszystkich państw należy poszukiwać w nawiązaniu do aksjologii prawa międzynarodowego publicznego⁹. Jej głównym fundamentem jest pojęcie absolutnej suwerenności państw, które wypracował Francuz Jean Bodin w drugiej połowie XVI w. Na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego zostało ono przyjęte wiek później przez przedstawicieli holenderskiej szkoły statutowej Paula i Jana Voetów oraz Ulricha Hubera, którzy powiązali je z przyjętą wcześniej sztywną teorią terytorializmu prawa, głoszącą, że każde prawo obowiązuje jedynie na swoim obszarze¹⁰. Zyskująca ówczesnie coraz szersze uznanie idea współpracy między państwami wymagała złagodzenia owej teorii; znalazło ono wyraz w zasadzie wzajemnego uznawania praw krajowych w rozwiązywaniu powstających między nimi konfliktów (*comitas gentium*).

Stosownie do trzeciej maksymy stworzonego przez Hubera systemu

⁹ Zob. J. Jakubowski, *Prawo międzynarodowe prywatne. Zarys wykładu*, PWN, Warszawa, 1984, s. 12, który wskazuje na wspólne podstawy teoretyczne i aksjologiczne prawa międzynarodowego publicznego i prawa prywatnego międzynarodowego, z nowszego zaś piśmiennictwa A. Hills, *Connecting Public and Private International Law*, in: *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law*, eds. D. French, K. MacCall-Smith, V. Ruiz Abou-Nigm, Hart Publishing, Oxford—London—New York—New Delhi—Sydney, 2018, s. 13—32; D. French, K. MacCall-Smith, V. Ruiz Abou-Nigm, *Introduction: Systematic Dialogue: Identifying Commonalities and Exploring Linkages in Private and Public International Law*, in: *Linkages...*, eds. D. French, K. MacCall-Smith, V. Ruiz Abou-Nigm, s. 1—12.

¹⁰ Bliżej na temat terytorializmu w holenderskiej szkole prawa prywatnego międzynarodowego zob. M. Sośniak, *Rozwój nauki prawa prywatnego międzynarodowego*, w: *System...*, T. 20A, s. 44—45, nb. 113—115 oraz powołaną tam literaturę.

prawa kolizyjnego zaprezentowanego w dziele *Praelectiones iuris romani et hodierni* „rządy państw dokładają kurtuazyjnych starań, aby prawo każdego narodu, wykonywane w jego granicach, wszędzie zachowało swoją moc, o ile nie będzie to łączyć się z uszczerbkiem dla władzy lub praw innego rządzącego, lub jego obywateli”¹¹. Uznanie mocy wiążącej obcego prawa na własnym terytorium nie wynika jednak z ciężącego na suwerenie obowiązku, lecz z jego nieprzymuszonej woli i oczekiwania, że obcy suweren postąpi podobnie; takie zaś postępowanie ułatwi obrót, przynosząc tym samym wzajemne korzyści¹². Według niektórych, z biegiem czasu, wskutek upowszechniania się praktyki wynikającej z kurtuazji międzynarodowej, zasada ta uległa przekształceniu w obowiązującą regułę prawa narodów¹³. Huber dopuszczał rezygnację z uwzględniania prawa obcego wtedy, gdy jest w tym zainteresowany miejscowy porządek prawny¹⁴. Tak pojmowana kolizyjnoprawna kurtuazja daje podstawę do stwierdzenia, że systemy prawne obowiązujące na terytoriach podległych różnym suwerenom powinny być traktowane równorzędnie.

Bodinowskie pojęcie suwerenności przybrało współcześnie postać suwerennej równości państw, która stanowi podstawową zasadę prawa międzynarodowego publicznego¹⁵. Z istnienia suwerenności państwowej wywodzi się domniemanie, że każde państwo może czynić wszystko, co nie jest zakazane przez wiążące je normy prawa międzynarodowego. Równość suwerennych państw oznacza zaś, że są one równorzędne pod

¹¹ Przekład na język polski M. Sośniak, *Rozwój...*, s. 47, nb. 121.

¹² Por. K.H. Etter, *Vom Einfluss des Souvänitätsgedankens auf das Internationale Privatrecht*, Poligraphischer Verlag, Zürich, 1959, s. 20—22; W. Ludwiczak, *Międzynarodowe prawo prywatne*, wyd. 2., PWN, Warszawa, 1967, s. 93 oraz powołaną tam literaturę. Inaczej M. Sośniak, *Rozwój...*, s. 48—49, nb. 124—125, który z przytoczonej maksymy wywodzi obowiązek stosowania prawa obcego.

¹³ Por. K.H. Etter, *Vom Einfluss...*, s. 22, 103.

¹⁴ Por. W. Ludwiczak, *Międzynarodowe prawo prywatne*, wyd. 5., oprac. K. Kruczałak, Przedsiębiorstwo Wydawnicze „Ars boni et aequi”, Warszawa, 1996, s. 80.

¹⁵ Zob. w szczególności: art. 2 ust. 1 Karty Narodów Zjednoczonych (San Francisco, 24.06. 1945) i Deklarację zasad prawa międzynarodowego dotyczących przyjaznych stosunków i współdziałania państw zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych (rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 2625 — XXV, 24.10.1970), a także K.H. Etter, *Vom Einfluss...*, s. 48—50 oraz np. J. Barcik, T. Srogosz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, wyd. 3., C.H. Beck, Warszawa, 2017, s. 62—63; W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, wyd. 3., Warszawa, 2014, s. 179—180; W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, wyd. 16., Wolters Kluwer, Warszawa, 2015, s. 122—123; J. Pieńkos, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Zakamycze, Kraków, 2004, s. 70—71; M.N. Shaw, *International Law*, ed. 6, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s. 214; C. Warbrick, *States and Recognition*, in: *International Law*, ed. M.D. Evans, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 222—224 oraz powołaną tam literaturę.

względem prawnym. Konsekwencją suwerenności państwa są przysługujące mu kompetencje własne; zalicza się do nich m.in. stanowienie prawa, które ma obowiązywać na jego terytorium, w tym także prawa prywatnego międzynarodowego. Suwerenna równość państw implikuje równorzędność ich porządków prawnych na płaszczyźnie międzynarodowej. Przeniesiona na płaszczyznę kolizyjnoprawną powinna oznaczać równe traktowanie wszystkich systemów prawnych przy stanowieniu i stosowaniu prawa.

Za kontynuatora teorii kurtuazji międzynarodowej uchodzi powszechnie Niemiec Friedrich Carl von Savigny, twórca sformułowanej w połowie XIX w. teorii ponadpaństwowego uniwersalizmu kolizyjnego, który wyrażał się w zerwaniu z autonomią poszczególnych państw na obszarze prawa prywatnego międzynarodowego¹⁶. Odrzucił on zasadę absolutnej suwerenności Bodina, uzasadniającą oczekiwanie, aby w granicach każdego państwa obowiązywało wyłącznie jego prawo, oraz wykluczającą możliwość domagania się, aby prawo danego państwa obowiązywało poza jego granicami. Postulowana przez Savigny'ego międzypaństwowa wzajemność w traktowaniu stosunków prawnych oraz wywodzona z niej równość w traktowaniu obywateli własnych i cudzoziemców implikowały przyjęcie zasady przeciwnej, która wynika z istnienia prawnej wspólnoty narodów utrzymujących wzajemne stosunki (*die Gemeinschaft der miteinander verkehrenden Nationen*)¹⁷. Sformułował ją w słynnym stwierdzeniu, że „dla każdego stosunku prawnego powinno się znaleźć taki obszar prawny, do którego ten stosunek, ze względu na swą szczególną naturę, przynależy lub któremu podlega — siedziba stosunku prawnego” (*bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigentümlicher Natur nach angehört oder unterworfen ist — Sitz des Rechtsverhältnisses*)¹⁸. W zdaniu tym *implycite* zawarta została zasada kolizyjnej równorzędności systemów prawnych różnych państw¹⁹, określona przez niego jako „przyjazne dopuszczenie między suwerennymi państwami” (*freundliche Zulassung unter so-*

¹⁶ Por. K.H. Etter, *Vom Einfluss...*, s. 94—98.

¹⁷ Zob. F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 8, Veit und Comp., Berlin, 1849, s. 27.

¹⁸ F.C. von Savigny, *System...*, s. 28.

¹⁹ Por. K.H. Etter, *Vom Einfluss...*, s. 95; J. Kropholler, *Internationales...*, s. 14, 16; M. Martinek, J. Poczobut, *Doświadczenia Niemiec i Szwajcarii w kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, z. 4, s. 747; M. Sośniak, *Rozwój...*, s. 52, nb. 135; M. Pazdan, *O zmiennych losach i perspektywach na przyszłość odesłania w prawie prywatnym międzynarodowym*, w: *Oblicza prawa cywilnego. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Janowi Błęszyńskiemu*, red. K. Szczepańska-Kozłowska, Wolters Kluwer, Warszawa, 2013, s. 341.

uveränen Staaten)²⁰. Według niektórych, owo „dopuszczenie” nie stanowi jednak, jak przyjmowano dosyć powszechnie wcześniej, gestu przyjaznej współpracy, lecz jest obciążającym państwa międzynarodowym obowiązkiem²¹.

Od zasady siedziby stosunku prawnego i wynikającej z niej zasady równego traktowania kolizyjnego wszystkich systemów prawnych Savigny przewidział wyjątek, polegający na stosowaniu ustaw własnego państwa, które ze względu na ich bezwzględnie wiążący charakter obowiązują również cudzoziemców (*Gesetze von streng positiver, zwingender Natur*)²². Pojęcie takich ustaw obejmowało zarówno zasady, których dotyczy współczesna klauzula porządku publicznego, jak też zasady nieuznawania w państwie *fori* niektórych instytucji prawnych państw obcych²³. W ostatnim półwieczu przyjmuje się, że nawet zachodząca współcześnie ewolucja prawa prywatnego międzynarodowego w kierunku uwzględniania interesów państw oraz materialnoprawnych interesów stron niektórych stosunków prawnych, powodująca poszerzenie kategorii norm krajowych, od których nie można odstąpić, stosując prawo obce, nie narusza stworzonej przez Savigny’ego i nadal zasadniczo akceptowanej w kontynentalnej Europie podstawy do traktowania prawa obcego równorzędnie z prawem własnym²⁴. Savigny’ego mechanizm określania prawa właściwego i wynikająca z niego zasada kolizyjnej równości systemów prawnych stanowią dwa główne składniki teoretycznego fundamentu, na którym opierają się współcześnie wszystkie kontynentalnoeuropejskie kodyfikacje prawa prywatnego międzynarodowego.

Znacznie mniej zwolenników w doktrynie zyskał pogląd, zgodnie z którym podstawy do stosowania prawa obcego należy upatrywać nie w przepisach prawa, lecz w etycznych wartościach, na których opiera się prawo prywatne międzynarodowe. Jedną z tych fundamentalnych wartości jest obowiązujący wszystkie państwa moralny nakaz zapewnienia sprawiedliwości międzynarodowej²⁵. Podwaliny pod rozwój tego poglądu położył w połowie XIX w. Włoch Pasquale Stanislao Mancini, twórca teorii narodowości²⁶. Niezbędną przesłanką dla respektowania nakazu

²⁰ Zob. F.C. von Savigny, *System...*, s. 28 oraz 30.

²¹ Por. M. Sośniak, *Rozwój...*, s. 52, nb. 135.

²² Por. K.H. Etter, *Vom Einfluss...*, s. 95.

²³ K.H. Etter, *Vom Einfluss...*, s. 95.

²⁴ Por. J. Kropholler, *Internationales...*, s. 18, 25, 644.

²⁵ Por.: G. Schulze, *Moralische Forderungen und das IPR*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verhrensrechts” 2010, H. 4, s. 29, a także J. Kropholler, *Internationales...*, s. 24—25 oraz powołaną tam literaturę.

²⁶ Zob. K.H. Etter, *Vom Einfluss...*, s. 99—102; G. Schulze, *Die Überwindung...*, s. 1104.

zapewnienia sprawiedliwości międzynarodowej wydaje się uznanie obowiązującego w prawie prywatnym międzynarodowym zasady równości wszystkich systemów prawnych.

3. Treść i przejawy zasady kolizyjnej równości systemów prawnych w prawie polskim

Według zasady kolizyjnej równości systemów prawnych, każdy z nich może okazać się prawem właściwym dla odpowiednio określonej sytuacji życiowej i z tej perspektywy należy go traktować na równi z innymi, a więc bez różnicowań zarówno dyskryminacyjnych, jak i preferencyjnych. Akceptują ją prawie wszyscy przedstawiciele polskiej doktryny prawa prywatnego międzynarodowego, którzy się na ten temat wypowiedzieli²⁷. Konsekwencją wspomnianej zasady powinien być brak *a priori* preferencji dla przyjmowania właściwości prawa własnego w zestawieniu z prawem obcym. W polskim prawie prywatnym międzynarodowym nie obowiązuje bowiem ani generalna zasada właściwości *legis fori*, stosownie do której zastosowanie prawa obcego jako właściwego byłoby wyjątkiem od ogólnej właściwości prawa własnego, ani też domniemanie, zgodnie z którym wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść prawa obowiązującego w siedzibie władzy orzekającej (*in dubio lex fori*)²⁸. Takiej zasady lub takiego domniemania nie należy w szczególności wywodzić z przepisów ogólnych ustawy kolizyjnej z 2011 r.: zawierającego klauzulę porządku publicznego art. 7 p.p.m., art. 8 ust. 1 p.p.m. dotyczącego przepisów

²⁷ Podobnie jest we wszystkich nowszych europejskich kodyfikacjach prawa prywatnego międzynarodowego: nie uprzywilejowują one zasadniczo *legis fori*; zob. J. Kropholler, *Internationales...*, s. 44—45, przyp. 1; E. Vassilikakis, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du d.i.p. in Europe*, ANRT, Paris, 1987, s. 25 i n. Inaczej w odniesieniu do prawa polskiego tylko S. Sołtysiński, *Recenzja pierwszego wydania podręcznika M. Pazdana, Prawo prywatne międzynarodowe. Zarys wykładu*. Warszawa 1987, s. 262, „Państwo i Prawo” 1988, z. 11, s. 112.

²⁸ Por. K. Przybyłowski, *Prawo prywatne międzynarodowe. Część ogólna*, Księgarnia Gubrynowicz i Syn, Lwów, 1935, s. 184—185; W. Ludwiczak, *Międzynarodowe...*, wyd. 5., 1996, s. 132; M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 16., Wolters Kluwer, Warszawa, 2017, s. 111, nb. 111; M. Sośniak, *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 3., Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice, 1991, s. 54; B. Walaszek, *Zasady dotyczące pojmowania i stosowania własnego prawa*, w: B. Walaszek, M. Sośniak, *Zarys prawa międzynarodowego prywatnego*, wyd. 2., PWN, Warszawa, 1973, s. 128—129; K. Sznajder-Peroń, *Zagadnienia związane z pojmowaniem i stosowaniem prawa właściwego*, w: *System...*, T. 20A, s. 510, nb. 377—379.

wymuszających swoją właściwość oraz z art. 10 ust. 2 p.p.m. o zastępczej właściwości prawa polskiego w braku możliwości stwierdzenia w rozsądnym terminie treści właściwego prawa obcego. Z natury zasady kolizyjnej równości systemów prawnych wynika, że dopuszcza się od niej wyjątki polegające na zróżnicowanym traktowaniu tych systemów, o ile są wystarczająco usprawiedliwione.

Zasada kolizyjnej równości systemów prawnych nie została wyraźnie zapisana w polskim prawie prywatnym międzynarodowym. Wyprowadza się ją z teoretycznych założeń, które stanowią fundament tego prawa i na których opiera się funkcjonowanie przyjętego w Polsce mechanizmu kolizyjnego, a także z treści całokształtu norm kolizyjnych tworzących system tego prawa. Wyrazem równego traktowania własnego i obcych porządków prawnych jest również zasadnicze określanie przez polskiego ustawodawcę prawa właściwego za pomocą zupełnych norm kolizyjnych, które dopuszczają na równi właściwość prawa własnego i obcego²⁹. Jeżeli zatem występują określone w łączniku takiej normy przesłanki powiązania z prawem obcym, zostanie ono zastosowane jako prawo właściwe. Z zupełnych norm kolizyjnych składa się również jednolite prawo prywatne międzynarodowe Unii Europejskiej i prawo zawarte w wiążących Polskę wielostronnych umowach międzynarodowych.

Potwierdzenia zasady kolizyjnej równorzędności systemów prawnych można także upatrywać w ogólnych przepisach ustawy z 2011 r., przewidujących stosowanie jako właściwego prawa, z którym stosunek prawny jest najściślej związany: art. 9 zdanie drugie, stosownie do którego w braku wskazania prawa właściwego przez prawo państwa, w którym obowiązują różne systemy prawne, stosuje się system powiązany najściślej z danym stosunkiem prawnym; art. 10 ust. 1, według którego jeżeli nie można ustalić okoliczności przesądzających o właściwości prawa, to stosuje się prawo najściślej związane z danym stosunkiem, oraz służący wypełnianiu luk art. 67, w myśl którego w razie braku wskazania prawa właściwego przez zawarte w różnych źródłach prawa przepisy obowiązujące w Polsce do stosunku objętego zakresem tej ustawy należy stosować prawo państwa, z którym stosunek ten jest najściślej związany. Przyjęty we wspomnianych przepisach sposób określenia prawa właściwego zapewnia bowiem równe traktowanie wszystkich systemów prawnych. Świadczy o tym pośrednio, chociaż w ograniczonym zakresie, także podobne rozwiązanie kwestii wielorakiego obywatelstwa cudzoziemca w art. 2 ust. 1 p.p.m., według którego cudzoziemiec mający obywatelstwo dwóch lub więcej państw podlega, jako prawu ojczystemu, prawu tego z nich, z którym jest najściślej związany.

²⁹ Por. K.H. Etter, *Vom Einfluss...*, s. 147—149.

Zasada kolizyjnej równości systemów prawnych powinna znajdować wyraz nie tylko w procesie stanowienia, lecz również wykładni i stosowania prawa prywatnego międzynarodowego, w szczególności w posługiwaniu się analogią i wypełnianiu luk.

Zasada równorzędnego traktowania wszystkich praw potencjalnie właściwych dla odpowiednio określonego zakresu, zgodnie z którą prawo obce powinno być traktowane kolizyjnie na równi z prawem własnym, stanowiła podstawę do sformułowania w polskiej doktrynie następujących zasad, które co prawda odnoszą się zasadniczo do stosowania właściwego prawa materialnego, ale podobnie należy traktować także normy kolizyjne: 1) prawo obce należy stosować w granicach jego właściwości, które są wyznaczane przez własne, a jedynie wyjątkowo przez obce normy kolizyjne; 2) każde prawo właściwe należy stosować jako prawo, nie zaś jako fakt, który wymaga dowodu; 3) prawo właściwe, które obowiązuje w danym państwie, stosuje się jako prawo tego państwa, a nie jako prawo inkorporowane do własnego systemu prawnego; 4) obce prawo właściwe stosuje się oraz interpretuje według zasad w nim przyjętych³⁰.

4. Niestosowanie kolizyjnej wzajemności i odwetu w prawie polskim

Z fundamentalnej zasady równości wszystkich systemów prawnych w prawie prywatnym międzynarodowym można wywodzić ściśle z nią powiązaną zasadę niestosowania kolizyjnej wzajemności. W polskiej doktrynie, przez ostatnie stulecie, ukształtował się pogląd, że równorzędne traktowanie wszystkich systemów prawnych, z których każdy może okazać się prawem właściwym, nie powinno zależeć od wzajemności. Polega ona na uzależnieniu traktowania obcych osób fizycznych i prawnych w danym państwie od tego, jak postępują obce państwa z takimi osobami tegoż państwa. Uzależnienie to może wystąpić w odniesieniu do rozwiązań przyjętych zarówno w prawie materialnym, jak i kolizyjnym, jednak praktyczne znaczenie ma głównie w dziedzinie prawa obcego, które za pomo-

³⁰ Zasady te sformułował K. Przybyłowski, *Prawo...*, s. 183—190. Ich katalog był następnie uzupełniany przez M. Pazdana w kolejnych wydaniach jego podręcznika (począwszy od *Prawa prywatnego międzynarodowego. Zarys wykładu*, PWN, Warszawa, 1987, s. 77—80 po *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 16., Wolters Kluwer, Warszawa, 2017, s. 11—114, nb. 111—114) i został szerzej omówiony przez K. Sznajder-Peroń, *Zagadnienia...*, s. 508—537, nb. 372—417.

cą norm merytorycznych określa status prawny cudzoziemców w danym państwie³¹. Przez wzajemność w prawie prywatnym międzynarodowym należy rozumieć uzależnienie stosowania obcego prawa, które okazało się w danej sprawie prawem właściwym, od stwierdzenia, że według norm kolizyjnych tego prawa w porównywalnej sprawie powiązanej z polskim obszarem prawnym zastosowane byłoby jako właściwe prawo polskie³².

W trakcie prac nad pierwszą polską kodyfikacją prawa prywatnego międzynarodowego w Sekcji prawa cywilnego Komisji Kodyfikacyjnej wystąpiła różnica poglądów na temat celowości oraz sposobu regulacji wzajemności i odwetu³³. Zdecydowanym zwolennikiem tych instytucji był F. Zoll, który przewidział ich stosowanie w art. 37 swego projektu ustawy kolizyjnej³⁴, oraz przedstawiciel Ministerstwa Sprawiedliwości Dbalowski, niejednoznaczne zaś stanowisko zajmował M. Allerhand³⁵. Stosowaniu odwetu sprzeciwił się natomiast zasadniczo L. Petrażycki³⁶. Również M. Rostworowski był przeciwny uzależnianiu stosowania polskiego prawa prywatnego międzynarodowego od wzajemności i dlatego nie zamieścił w swoim projekcie ustawy kolizyjnej przepisu o odwecie. Uznał on, że „nie wypada urzeczywistnienia tej idei prawnej, którą my uważamy za odpowiednią, czynić zależnym od stanowiska obcego państwa, które równie swobodnie oświadczyło się za inną ideą prawną”, a odrzucając wzajemność, „tem bardziej usunąć winniśmy odwet, czyli naśladownictwo obcego państwa w tem właśnie, co uważamy za niewłaściwe i nieodpowiednie”³⁷.

³¹ Por. K. Przybyłowski, *Prawo...*, s. 180.

³² Por. M. Pazdan, *Prawo...*, wyd. 16., 2017, s. 112—113, nb. 114; K. Sznajder-Peroń, *Zagadnienia...*, s. 529, nb. 400 oraz T. Erciński, *Prawo obce w sądowym postępowaniu cywilnym*, PWN, Warszawa, 1981, s. 208. Od tak pojmowanej wzajemności należy odróżnić wzajemność polegającą na przewidzianym w art. 1145 k.p.c. uznaniu z mocy prawa zagranicznych orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych, zob. W. Ludwiczak, *Międzynarodowe...*, wyd. 5., 1996, s. 133.

³³ Według F. Zolla (*Międzynarodowe i międzydzielnicowe prawo prywatne w zarysie*, Instytut Wydawniczy „Biblioteka Polska”, Warszawa, 1937, s. 49), odwet „polega w ogólności na tem, że jeżeli jakieś obce państwo B traktuje obywateli państwa A pod względem prawnym gorzej niż własnych albo gorzej niż obywateli innych państw obcych, natenczas państwo A odwzajemnia się, traktując obywateli państwa B również nieprzychylnie”.

³⁴ Zob. F. Zoll, *Projekty ustaw o polskim prawie międzynarodowym prywatnym i o prawie międzydzielnicowym prywatnym*, „Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne” 1920, nr 1—4, s. 87.

³⁵ Zob. *Protokoły obrad sekcji prawa cywilnego Komisji Kodyfikacyjnej*, „Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne” 1920, nr 1—4, s. 66 i n.; M. Allerhand, *Uwagi do projektu międzynarodowego prawa prywatnego*, Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej (Sekcja prawa cywilnego), Kraków, 1920, s. 14.

³⁶ Zob. *Protokoły...*, s. 66 i n.

³⁷ Zob. M. Rostworowski, *Projekty ustaw o zbiegu ustawodawstw cywilnych w prawnym obrocie międzynarodowym i w obrocie wewnętrznym. Część I. Obrót prawny międzynarodowy*, Kraków, 1920, s. 41 i n.

Niezależnie od tego, że ostatecznie odwet został uregulowany w art. 40 ustawy z dnia 2 sierpnia 1926 r. o prawie właściwym dla stosunków prywatnych międzynarodowych (Prawo prywatne międzynarodowe)³⁸ znamienne było sformułowane niespełna dekadę później stanowisko K. Przybyłowskiego w odniesieniu do wzajemności kolizyjnoprawnej, że „współczesne polskie prawo prywatne międzynarodowe nie zezwala sądziemu (czy innej władzy stosującej prawo) na odstąpienie w konkretnych przypadkach od przewidzianych w niem zasad z tego powodu, że państwa obce stosują odmienne normy kolizyjne w stosunku do polskich osób fizycznych czy prawnych; nie ma więc mowy o działaniu ani zasady wzajemności, ani odwetu w takim znaczeniu”³⁹.

Mimo że w polskiej doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego od ponad półwiecza problematyka niestosowania wzajemności kolizyjnoprawnej była podnoszona jedynie sporadycznie i zdawkowo, nie budzi wątpliwości wyrażany przez jej przedstawicieli jednolity i dosyć dla nich oczywisty pogląd o niedopuszczalności uzależnienia stosowania obcego prawa od zbieżności — w podobnej sprawie — zawartych w nim rozwiązań kolizyjnych z rozwiązaniami prawa polskiego. Stanowisko przeciwne prowadziłoby bowiem do zanegowania fundamentalnego dla mechanizmu kolizyjnego i powszechnie akceptowanego założenia, zgodnie z którym każde państwo może według swego uznania ustalać przesłanki i kryteria stosowania prawa obcego.

³⁸ Dz.U. 1926, nr 101, poz. 581 ze zm. [dalej: p.p.m. 1926 lub ustawa kolizyjna z 1926 r.]. „Odwet. Art. 40. Przeciw państwu, które w zakresie prawa prywatnego traktuje obywateli polskich gorzej niż własnych, albo gorzej niż obywateli innych państw obcych, lub w ogóle odmawia im ochrony prawnej, udzielanej zobopólnie wśród państw cywilizowanych, Rada Ministrów może wydać rozporządzenie, które określi materję, kierunek i rozmiary, w jakich w stosunku do tego obcego państwa i jego obywateli zasada odwetu ma być stosowana”. Artykuł ten został uchylony przez art. 4 dekretu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 14 stycznia 1936 r. o ochronie interesów Państwa Polskiego i jego obywateli w stosunkach międzynarodowych (Dz.U. nr 3, poz. 22). Według art. 1 tego nieobowiązującego już dekretu, „jeżeli państwo obce: 1) traktuje obywateli polskich gorzej niż obywateli innych państw obcych, albo 2) ogranicza Państwo Polskie lub jego obywateli w rozporządzaniu swym majątkiem, znajdującym się poza granicami Rzeczypospolitej, a w szczególności utrudnia im dochodzenie swych roszczeń, 3) nie zapewnia obywatelom polskim przebywającym na jego obszarze ochrony prawnej, udzielanej powszechnie przez państwa obce, albo wreszcie 4) w jakikolwiek inny sposób na skutek wydanych przez siebie przepisów naraża na uszczerbek interesy materialne Państwa Polskiego lub jego obywateli, mogą być wydane zarządzenia ochronne”. Przepis ten dotyczył zarówno odwetu merytorycznego, jak też kolizyjnego. Nie został on przeniesiony do późniejszych kodyfikacji polskiego prawa prywatnego międzynarodowego.

³⁹ Zob. K. Przybyłowski, *Prawo...*, s. 181.

5. Odstępstwa od zasady kolizyjnej równości systemów prawnych w prawie polskim

5.1. Uwagi wstępne

Od zasady kolizyjnej równości systemów prawnych istnieją odstępstwa, przejawiające się zarówno w nieprawidłowym podejściu przy wykładni i stosowaniu obcego prawa właściwego, jak też w rozwiązaniach przyjętych dla regulacji niektórych kwestii, które wyrażają się w gorszym traktowaniu prawa obcego niż własnego. O ile jednak takie podejście należy oceniać negatywnie i starać się mu przeciwdziałać, o tyle wspomniane rozwiązania legislacyjne znajdują z reguły uzasadnienie w dążeniu do realizacji bardziej lub mniej akceptowalnych celów, jakim mają służyć. Można zatem twierdzić, że rozwiązania te nie stanowią zaprzeczenia zasady, lecz powinno się je postrzegać jako wyjątki świadomie od niej przyjęte.

W orzecznictwie sądów wszystkich państw obserwuje się stałą tendencję do zmniejszania, w miarę możliwości, zakresu zastosowania prawa obcego na korzyść własnego. Wynika ona z kilku przyczyn. Po pierwsze, z odmienności prawa obcego, ponieważ jego treść odbiega z reguły od treści przepisów *legis fori*. Po drugie, z tego powodu istnieje uznawana za naturalną skłonność każdego systemu prawa do obejmowania swym wpływem możliwie największej liczby stosunków w jakikolwiek sposób z nim powiązanych. Po trzecie, sąd zawsze zna własne prawo lepiej niż obce, dlatego łatwiej mu je stosować. Po czwarte, sąd z reguły nie zna prawa obcego i dotyczącego go orzecznictwa, a ich poznanie wymaga znacznego wysiłku organizacyjnego i intelektualnego⁴⁰. Po piąte, stosowanie przez sąd prawa obcego jest zawsze obarczone ryzykiem popełnienia błędu, ponieważ nigdy nie osiągnie się całkowitej pewności co do treści tego prawa i relewantnego orzecznictwa⁴¹. Wreszcie, po szóste, sądy wykazują skłonność do kierowania się w orzekaniu interesem państwa ich siedziby. Wspomniana tendencja ogólna przejawia się szczególnie wy-

⁴⁰ Na temat tych czterech zasad por. J. Kropholler, *Internationales...*, s. 42—49; K. Przybyłowski, *Prawo...*, s. 184.

⁴¹ Por. J. Poczobut, *Statut zastępczy w nowej ustawie z 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe — zagadnienia podstawowe*, w: *Prawo międzynarodowe — teraźniejszość, perspektywy, dylematy. Księga jubileuszowa Profesora Zdzisława Galickiego*, red. E. Mikos-Skuza, K. Myszone Kostrzewa, J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2013, s. 643; K. Schurig, *Anwendung ausländischen Rechts*, in: G. Kegel, K. Schurig, *Internationales...*, s. 510—513.

rażnie wtedy, gdy powstają wątpliwości przy wykładni obowiązujących przepisów, oraz gdy w braku stosownych przepisów kolizyjnych zachodzi konieczność wypełnienia istniejących luk.

Gorsze traktowanie prawa obcego wyraża się nie tylko w ograniczaniu zakresu jego stosowania, ale również w zasadniczym niestosowaniu tego prawa, uwzględnianiu go tylko na wniosek oraz ograniczaniu jego znaczenia przy korzystaniu ze środków odwoławczych⁴². Wspomniane przejawy dyskryminacji prawa obcego występowały i występują również dzisiaj, w różnym stopniu, w wielu państwach.

Dyskryminacyjne — do określonego stopnia — traktowanie prawa obcego w porównaniu z własnym, które przejawia się w legislacji i orzecznictwie państw Europy kontynentalnej oraz znajduje wyraz w postulatach niektórych przedstawicieli jej doktryny, nie jest tam generalnie uznawane za zaprzeczenie zasady kolizyjnego zrównania obydwu kategorii praw ani za świadectwo braku jej istnienia⁴³.

5.2. Wielość obywatelstw

Obywatelstwo pozostaje tradycyjnie głównym łącznikiem personalnym polskiego prawa prywatnego międzynarodowego w sprawach rodzinnych i dotyczących ogólnego statusu osób fizycznych. Dlatego też duże znaczenie miało zawsze unormowanie w tym prawie problemu wielości obywatelstw. Jego doniosłość wzrosła dodatkowo wskutek łagodzenia negatywnego stanowiska państw względem wielorakiego obywatelstwa oraz nasilenia się procesu międzynarodowej migracji, powodującej szybki wzrost liczby osób, które uzyskały obywatelstwo dwóch lub więcej państw, szczególnie w wyniku liberalnego traktowania obywatelstwa mężatki i dzieci urodzonych w małżeństwach mieszanych⁴⁴.

W prawie prywatnym międzynarodowym wykorzystano publiczno-prawną instytucję obywatelstwa jako łącznik, za pomocą którego następuje określenie prawa właściwego. Z tego punktu widzenia zjawisko wielości obywatelstw stanowiło problem wymagający uregulowania, ponieważ mechanizm rozstrzygania kolizji między systemami prawnymi różnych państw dopuszcza uwzględnienie w stosunku do jednej osoby tylko jednego obywatelstwa. W braku odpowiedniego przepisu wykluczone jest odstąpienie od stosowania łącznika obywatelstwa wtedy, gdy osoba ma dwa obywatelstwa lub więcej, i zastępcze ustalenie prawa właściwego na podstawie innego dotyczącego jej łącznika personalnego, np. miejsca za-

⁴² Por. K. Przybyłowski, *Prawo...*, s. 184, 190, przyp. 1.

⁴³ Por. J. Kropholler, *Internationales...*, s. 42 i n.

⁴⁴ Por. M. Pazdan, *Osoby fizyczne*, w: *System...*, T. 20A, s. 565, nb. 16.

mieszkania. Regulacja problemu wielorakiego obywatelstwa w prawie prywatnym międzynarodowym, dokonywana niezależnie od stanowiska przyjmowanego w tym względzie w publicznym prawie krajowym i międzynarodowym, polega na sformułowaniu reguł pozwalających ustalić, prawo którego z państw, z którymi dana osoba jest związana stosunkiem obywatelstwa, ma być zastosowane jako jej prawo ojczyste.

W polskiej doktrynie i krajowym prawie prywatnym międzynarodowym przyjęto, pod wpływem dotyczących obywatelstwa regulacji publicznoprawnych⁴⁵, podejście do problemu wielości obywatelstw polegające na rozróżnieniu dwóch sytuacji: gdy jednym z obywatelstw, które ma dana osoba, jest obywatelstwo polskie, oraz gdy osoba ma obywatelstwo kilku państw obcych⁴⁶. Mimo że w ustawie Prawo prywatne międzynarodowe z 1926 r. nie uregulowano tego zagadnienia, przez okres jej obowiązywania dominował pogląd, że w razie wielości obywatelstw, z których jedno jest polskie, ono powinno być miarodajne, co znaczyło, że „daną osobę należy traktować tak, jak gdyby była wyłącznie tylko obywatelem polskim”⁴⁷.

Wspomniany pogląd doczekał się wyrazu prawnego w art. 2 § 1 ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. — Prawo prywatne międzynarodowe⁴⁸, zgodnie z którym jeżeli ustawa przewiduje właściwość prawa ojczystego, obywatel polski podlega prawu polskiemu, chociażby prawo innego państwa uznawało go za obywatela tego państwa. Natomiast w odniesieniu

⁴⁵ Według art. 87 Konstytucji z 17 marca 1921 r. oraz podobnie brzmiących przepisów ustaw o obywatelstwie polskim, art. 1 ustawy z 20 stycznia 1920 r. (Dz.U. nr 7, poz. 44), art. 1 ustawy z 8 stycznia 1951 r. (Dz.U. nr 4, poz. 25) i art. 2 ustawy z 15 lutego 1962 r. (tekst jedn. Dz.U. 2000, nr 28, poz. 353 ze zm.), obywatel polski nie mógł być równocześnie obywatelem innego państwa. Obecnie obowiązująca ustawa z dnia 2 kwietnia 2009 r. o obywatelstwie polskim (tekst jedn. Dz.U. 2017, poz. 1462 ze zm.) nie przewiduje wprawdzie podobnego zakazu, ale według jej art. 3 ust. 2 obywatel polski nie może powoływać się wobec władz polskich na równoległe posiadane obce obywatelstwo.

⁴⁶ Por. K. Przybyłowski, *Prawo...*, s. 115—116 oraz A. Mączyński, *Statut personalny osób fizycznych. Refleksje „de lege lata” i „de lege ferenda”*, w: *„Leges sapere”. Studia i prace dedykowane profesorowi Januszowi Sondłowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, red. W. Uruszczak, P. Świącicka, A. Kremer, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków, 2008, s. 315.

⁴⁷ Tak K. Przybyłowski, *Prawo...*, s. 115; zob. też K. Przybyłowski, *Bezpaństwowość i wielorakie obywatelstwo*, nakład autora, Lwów, 1934, a także F. Zoll, *Międzynarodowe i międzydzielnicowe prawo prywatne*, w: *Encyklopedia podręczna prawa prywatnego: założona przez Henryka Konica*, red. F. Zoll, J. Wasilkowski, z. 15 (z. 5, T. 2), Instytut Wydawniczy „Biblioteka Polska”, Warszawa [b.d.w.], s. 899; W. Ludwiczak, *Międzynarodowe prawo prywatne*, PWN, Poznań, 1958, s. 66—67; B. Walaszek, *Łączniki*, w: B. Walaszek, M. Sośniak, *Prawo międzynarodowe prywatne*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków, 1959, s. 64.

⁴⁸ Dz.U. nr 46, poz. 290 ze zm. [dalej: p.p.m. 1965].

do cudzoziemca mającego obywatelstwo dwóch lub więcej państw przyjęto w art. 2 § 2 p.p.m. 1965, że podlega on jako prawu ojczystemu prawu tego z nich, z którym jest najściślej związany. Reguły wyrażone w art. 2 p.p.m. 1965 zostały następnie przeniesione w niezmienionym brzmieniu do art. 2 ust. 1 i 2 p.p.m. Przewidziane w art. 2 ust. 1 p.p.m. pierwszeństwo obywatelstwa polskiego jako łącznika kolizyjnego dotyczy, oprócz wskazania prawa ojczystego przez normy ustawy kolizyjnej z 2011 r., również takiego wskazania przez normy ustaw szczególnych, jeżeli nie przewidują one innego rozwiązania tej kwestii⁴⁹.

Przyznania w art. 2 ust. 1 p.p.m. prymatu obywatelstwu polskiemu nad obcym w razie wielorakiego obywatelstwa nie można uzasadniać interesem stron poszczególnych rodzajów stosunków prawnych, ponieważ norma ta jako ogólna dotyczy wszelkich stosunków prawnych, dla których przewidziano właściwość prawa ojczystego. Wątpliwe wydaje się również upatrywanie uzasadnienia dla takiego rozwiązania w dążeniu ustawodawcy do zabezpieczenia pewności obrotu przez uczynienie go łatwiejszym i bardziej przewidywalnym. W tych okolicznościach nieodparcie nasuwa się twierdzenie, że polski ustawodawca zamierzał forsować interesy własnego porządku prawnego, zapewniając jego spójność i ułatwiając działalność krajowych organów stosujących prawo. Podobny pogląd wyrażono w doktrynie, zaliczając do motywów legislacyjnych, jakimi mógł się kierować polski ustawodawca, przyjmując rozwiązanie przewidziane w art. 2 § 1 p.p.m. 1965 i art. 2 ust. 1 p.p.m.: realizację zasady suwerenności w odniesieniu do regulacji obywatelstwa, zapewnienie jednolitości traktowania własnych obywateli w płaszczyźnie prawa publicznego i prywatnego, chęć zagwarantowania własnym obywatelom równego poziomu ochrony prawnej i nienarażania ich na niepewność wynikającą z zastosowania obcego prawa oraz pragmatyzm wyrażający się w ułatwieniu pracy sądom i notariuszom, którzy nie muszą ustalać, z jakim prawem osoba fizyczna jest najściślej związana⁵⁰.

Zarazem jednak niektórzy przedstawiciele krajowej doktryny trafnie podkreślali, że obstawanie wspólnie przy kolizyjnym pierwszeństwie polskiego obywatelstwa trąci anachronizmem z czterech głównych powodów. Po pierwsze, jest niezgodne z leżącą u podstaw prawa prywatnego międzynarodowego zasadą równouprawnienia wszystkich porządków prawnych. Po drugie, nie sprzyja osiągnięciu międzynarodowej har-

⁴⁹ Por. M. Pilich, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 152, nb. 6.

⁵⁰ Por. przede wszystkim M. Pilich, *Zasada obywatelstwa w prawie prywatnym międzynarodowym. Zagadnienia podstawowe*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2015, s. 342—343; M. Pilich, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 150—151, nb. 5 oraz W. Ludwiczak, *Międzynarodowe...*, wyd. 5., 1996, s. 158—159; B. Walaszek, *Łączniki...*, s. 69.

monii rozstrzygnięć. Po trzecie, rozmija się z zarysowaną wyraźnie tendencją w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej do rozstrzygania kolizji obywatelstw państw członkowskich w duchu poszanowania autonomii woli zainteresowanych obywateli, aby nie utrudniać im korzystania z fundamentalnej swobody przemieszczania się. I wreszcie, po czwarte, prawo polskie nie musi być bliskie osobie wielopaństwowca przebywającego często od urodzenia za granicą i niemającego żadnych faktycznych kontaktów ani związków z Polską; wtedy obywatelstwo polskie jawi się jako swoista wydmuszka, ponieważ jest pozbawione jakiegokolwiek substancji, poza formalną więzią z krajem; jego zaś uwzględnienie może wywołać skutki niezgodne z usprawiedliwionymi oczekiwaniami takiej osoby⁵¹. Wobec tych argumentów jako nieprzekonujące trzeba uznać twierdzenie, że rezygnacja z art. 2 ust. 1 p.p.m. — mimo że pożądana i aksjologicznie oraz funkcjonalnie uzasadniona — stanowiłaby wyraz altruizmu, który nie spotkałby się z wzajemnością ze strony wielu państw⁵². Nie do przyjęcia jest również teleologiczna wykładnia art. 2 ust. 1 p.p.m., dokonywana wbrew jego wyraźnemu i niebudzącemu wątpliwości brzmieniu, w celu wyłączenia z zakresu tego przepisu wielopaństwowca z obywatelstwem polskim, którego związki z Polską są jedynie „przypadkowe”⁵³.

Wydaje się również oczywiste, że preferencyjne traktowanie obywatelstwa polskiego w art. 2 ust. 1 p.p.m. rozmija się z popieranym nie tylko w naszej doktrynie dążeniem do zapewnienia w możliwie największym stopniu międzynarodowej harmonii rozstrzygnięć. Takiej harmonii sprzyjałoby natomiast przyjęcie uniwersalnej reguły, według której w razie wielości obywatelstw — także wtedy, gdy jedno nich jest obywatelstwem polskim — należy przyznać pierwszeństwo prawu ojczystemu tego państwa, z którym dana osoba jest najściślej związana⁵⁴, albo też stosować łącznik miejsca zamieszkania lub łącznik miejsca zwykłego

⁵¹ Por. przede wszystkim M. Pilich, *Zasada...*, s. 342—346; M. Pilich, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 151, nb. 5, a także B. Gnela, *Prawo właściwe dla przysposobienia według nowej ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe*, w: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2013, s. 98—99. W literaturze obcej zob. W. Wengler, *Zur Technik der internationalprivatrechtlichen Rechtsanwendungsanweisungen des IPR-„Reform”gesetzes von 1986*, „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 1989, Nr. 3, s. 426.

⁵² Por. M. Pilich, *Zasada...*, s. 347.

⁵³ M. Pilich, *Zasada...*, s. 347.

⁵⁴ M. Pilich, *Zasada...*, s. 244—347 oraz B. Gnela, *Przysposobienie w prawie prywatnym międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków, 1983 [niepubl. rozpr. dokt.], s. 28; B. Gnela, *Prawo...*, s. 98—99.

pobytu⁵⁵. Wprowadzenie jednej z tych reguł nie naruszyłoby nadmiernie wewnętrznej spójności polskiego systemu prawnego, zwłaszcza że obecnie obywatel polski może posiadać równocześnie obywatelstwo polskie i obywatelstwo państwa obcego. Stanowiłoby ono wprawdzie niemałe wyzwanie dla organów stosujących prawo, w szczególności sądów, ponieważ w razie przyjęcia rozwiązania pierwszego musiałyby one każdorazowo analizować całokształt okoliczności dotyczących danej osoby w celu ustalenia, z prawem którego państwa wykazuje ona najściślejszy związek. Wyzwanie to nie byłoby jednak większe niż wynikające z innych przepisów ustawy kolizyjnej z 2011 r., które określają prawo właściwe przy wykorzystaniu kryterium najściślejszego związku.

Pierwsze z proponowanych rozwiązań rozważał już M. Pazdan w 2004 r. na wstępnym etapie prac nad projektem nowej ustawy kolizyjnej. Znalazło ono wyraz w postaci zapisu: „jeżeli ustawa przewiduje właściwość prawa ojczystego, a dana osoba uznawana jest za swego obywatela przez więcej niż jedno państwo, podlega jako prawu ojczystemu prawu tego z nich, z którym jest najściślej związana”⁵⁶. Artykuł 3 § 1 projektu ustawy z kwietnia 2006 r.⁵⁷ oraz art. 2 ust. 1 projektu ustawy z dnia 23 stycznia 2007 r.⁵⁸ zawierały ulepszone redakcyjnie wersje tego przepisu, któremu w tym drugim projekcie nadano następujące brzmienie: „jeżeli ustawa przewiduje właściwość prawa ojczystego, osoba będąca obywatelem więcej niż jednego państwa podlega, jako prawu ojczystemu, prawu tego państwa, z którym jest związana najściślej”. W uzasadnieniu proponowanego przepisu podnoszono, że obywatelstwo niewypełnione treścią w postaci powiązania osoby z danym państwem i jego prawem („martwe”) nie powinno skutkować właściwością prawa ojczystego, należy je bowiem stosować jako łącznik wskazujący na prawo właściwe właśnie ze względu na istnienie takiego powiązania; zakładając, że w przypadku wielości obywatelstw takich powiązań jest więcej, sprawiedliwe i harmonijne rozgraniczenie sfer działania wchodzących w grę systemów prawnych może być najlepiej zapewnione przez uwzględnienie powiązania najbardziej intensywnego⁵⁹. Przywołany wyżej art. 2 ust. 1 utrzymał

⁵⁵ Analogicznie do regulacji przewidzianej w art. 3 ust. 1 p.p.m. na wypadek niemożności ustalenia lub braku obywatelstwa, albo niemożności ustalenia treści prawa ojczystego. Do rozważenia byłoby też rozwiązanie polegające na przyznaniu pierwszeństwa obywatelstwu nabytemu ostatnio.

⁵⁶ Zob. M. Pazdan, *Osoby fizyczne...*, s. 567, nb. 22.

⁵⁷ Zob. *Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego. Projekt ustawy prawo prywatne międzynarodowe*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2006, z. 3, s. 825.

⁵⁸ Zob. M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 10., LexisNexis, Warszawa, 2007, s. 349.

⁵⁹ Por. M. Pazdan, *O sposobach usuwania kolizji wynikających z wielorakiego obywatelstwa w prawie prywatnym międzynarodowym*, „Studia Iuridica Agraria” 2005,

się w kolejnych wersjach projektu ustawy aż do etapu uzgodnień międzyresortowych, kiedy to pod naciskiem „jednego z resortów” powrócono do zapisu z art. 2 § 1 p.p.m. 1965⁶⁰.

W obcych kodyfikacjach prawa prywatnego międzynarodowego różnie rozwiązuje się problem wielości obywatelstw. W najliczniejszej ich grupie dokonywano rozróżnienia pomiędzy dwoma przejawami zbiegu obywatelstw: własnego z obcym oraz tylko obywatelstw obcych. Jeżeli obywatelstwo własne zbiega się z obcym, pierwszeństwo przyznawano obywatelstwu własnemu, nakazując uwzględniać je przy ustalaniu prawa właściwego. Natomiast kolizje wynikające ze zbiegu obywatelstw obcych rozstrzygano, stosując albo kryteria najściślejszego związku lub czasu nabycia obywatelstwa, albo nakazując stosowanie, zamiast prawa ojczystego, prawa wskazanego za pomocą łączników miejsca zwykłego pobytu lub miejsca zamieszkania. W kodyfikacjach prawa prywatnego międzynarodowego tworzących grupę drugą dla rozwiązywania kolizji pomiędzy wszelkimi obywatelstwami posługiwano się kryterium najściślejszego związku lub przewidywano zastąpienie łącznika obywatelstwa łącznikiem miejsca zwykłego pobytu, w jego zaś braku decydował najściślejszy związek⁶¹.

5.3. Odesłanie

Dopuszczenie odesłania w prawie prywatnym międzynarodowym opiera się na fundamentalnym założeniu, że prawo to rozstrzyga kolizje zachodzące pomiędzy całymi systemami (porządkami) prawnymi różnych państw, a nie tylko pomiędzy normami merytorycznymi wchodzącymi w skład tych systemów. Konsekwencją takiego założenia jest przyjęcie, że prawo prywatne międzynarodowe rozstrzyga również kolizje występujące pomiędzy pochodzącymi z różnych państw normami kolizyjnymi (składającymi się na to prawo), ponieważ stanowi ono część składową systemu prawnego każdego państwa⁶². Kolizje te wynikają z odmien-

T. 5 [dedykowany Profesorowi Andrzejowi Stelmachowskiemu, red. S. Prutis, Temida 2, Białystok], s. 165—166.

⁶⁰ Zob. M. Pazdan, *Osoby fizyczne...*, s. 567, nb. 22.

⁶¹ Niewyczerpujący katalog kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego, w których zastosowano wymienione rozwiązania, sporządzili M. Pazdan, *Osoby fizyczne...*, s. 565, nb. 16—19 oraz M. Pilich, *Zasada...*, s. 344.

⁶² Por. J. Kropholler, *Internationales...*, s. 163—165; K. Przybyłowski, *Prawo...*, s. 139 oraz W. Popiołek, *Odesłanie*, w: *System...*, T. 20A, s. 353—354, nb. 39; W. Popiołek, w: *Prawo... Komentarz*, red. M. Pazdan, s. 112—113, 116, nb. 1, 7; K. Schurig, *Rück- und Weiterverweisung*, in: G. Kegel, K. Schurig, *Internationales...*, s. 391—393; M. Sonntag,

nych rozwiązań przyjmowanych w normach kolizyjnych poszczególnych systemów prawnych.

Odesłanie przenosi decyzję co do określenia prawa ostatecznie międzynarodajnego na prawo obce wskazane jako właściwe przez normę kolizyjną *fori*, zapewniając w rezultacie poszanowanie stanowiska przyjętego w tym prawie; ono powinno rozstrzygać o tym, czy zostanie zastosowane do rozpatrywanej sprawy⁶³. Tak pojmowane odesłanie, obejmujące obydwa jego podstawowe rodzaje — zwrotne i dalsze — urzeczywistnia ideę równorzędnego traktowania porządków prawnych poszczególnych państw przy określaniu prawa właściwego⁶⁴ i przyczynia się do osiągnięcia międzynarodowej harmonii rozstrzygnięć kolizyjnych⁶⁵. Ignorowanie stanowiska obcego prawa wskazanego przez normę kolizyjną *fori* co do jego właściwości narzuca temu prawu kompetencję do oceny danej sprawy oraz pozostaje w sprzeczności z ideą racjonalnego i sprawiedliwego rozgraniczenia sfer kompetencji różnych systemów prawnych, opartą na współpracy międzynarodowej i poszanowaniu autonomii tych systemów⁶⁶.

Założenie, zgodnie z którym prawo prywatne międzynarodowe rozstrzyga kolizje pomiędzy całymimi systemami prawa różnych państw, od prawie stu lat leży u podstaw regulacji odesłania we wszystkich trzech polskich kodyfikacjach tego działu prawa z lat 1926, 1965 i 2011. Zgodnie z art. 36 p.p.m. 1926, jeżeli obce prawo ojczyzste, wskazane w tej ustawie jako prawo właściwe, każe oceniać stosunek prawny według innego prawa, to należy zastosować to inne prawo. Ustawodawca ograniczył dwojako zastosowanie odesłania: po pierwsze, ustanawiając wymaganie, aby przewidziane w polskiej ustawie właściwe prawo obce było wskazane za pomocą łącznika obywatelstwa, i po drugie, dopuszczając — oprócz odesłania zwrotnego — tylko jednostopniowe odesłanie dalsze, ponieważ „to inne prawo” oznaczało prawo materialne, z pominięciem norm kolizyjnych. Autorem tej regulacji był M.C. Rostworowski, który w uzasadnieniu swojego projektu stwierdził, że należy „za źródło odesłania uznać

Renvoi, in: *Encyclopedia...*, T. 2, s. 1537—1538; M. Tomaszewski, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 186—187, nb. 4—5.

⁶³ Por. W. Popiołek, w: *Prawo... Komentarz*, red. M. Pazdan, s. 116—117, nb. 8—9; M. Tomaszewski, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 185—186, nb. 1.

⁶⁴ Por. W. Popiołek, *Odesłanie...*, s. 358, nb. 48; W. Popiołek, w: *Prawo... Komentarz*, red. M. Pazdan, s. 116—117, nb. 8.

⁶⁵ Por. J. Kropholler, *Internationales...*, s. 165—167; M. Pazdan, *O zmiennych...*, s. 342; W. Popiołek, w: *Prawo... Komentarz*, red. M. Pazdan, s. 117, nb. 9; K. Schurig, *Rück- und Weiterverweisung...*, s. 396—398, 403; M. Sonnentag, *Renvoi...*, s. 1539; M. Tomaszewski, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 187, nb. 6.

⁶⁶ Por. W. Popiołek, *Odesłanie...*, s. 357—358, nb. 47; W. Popiołek, w: *Prawo... Komentarz*, red. M. Pazdan, s. 117—118, nb. 10.

jedynie ustawę ojczystą” i „raz tylko, ale pójść w pełni w tym kierunku, jaki to obce prawo wskazało”, oraz podkreślił, że takie „wyróżnienie ustawy ojczystej stoi w związku z niezwykle szerokim zakresem jej zastosowania w obrocie międzynarodowym i z respektem, jaki się prawu i państwu temu od innego państwa należy”⁶⁷.

W art. 4 § 2 p.p.m. 1965 utrzymano zasadniczo przedwojenną regulację odesłania dalszego, zmieniając jedynie redakcję językową: „jeżeli obce prawo ojczyste, wskazane jako właściwe przez ustawę niniejszą, każe stosować do danego stosunku prawnego inne prawo obce, stosuje się to inne prawo”. Natomiast odesłanie zwrotne do prawa polskiego dopuszczono w szerszym zakresie, znosząc wymaganie, aby następowało ono jedynie ze strony obcego prawa ojczystego: „jeżeli prawo obce, wskazane jako właściwe przez ustawę niniejszą, każe stosować do danego stosunku prawnego prawo polskie, stosuje się prawo polskie” (art. 4 § 1 p.p.m. 1965)⁶⁸.

W ustawie kolizyjnej z 2011 r. wykluczono zasadniczo dopuszczalność odesłania dalszego, z jednym wyjątkiem, który dotyczy unormowania w art. 17 ust. 2 statutu personalnego osób prawnych. Utrzymano zaś w art. 5 ust. 1 p.p.m. bez zmian regulację odesłania zwrotnego do prawa polskiego, uzupełniając ją wyczerpującym katalogiem wyjątków od stosowania tego odesłania (art. 5 ust. 2 p.p.m.). W ten sposób historia regulacji odesłania w polskim prawie prywatnym międzynarodowym zatoczyła koło, ponieważ takie samo rozwiązanie proponował już w 1920 r. F. Zoll, uzasadniając je względami praktycznymi: „jedynie względem na rozszerzenie zakresu mocy obowiązującej prawa polskiego i ułatwienie sędziemu polskiemu, by najczęściej mógł swe prawo stosować”⁶⁹.

Z uwagi na wyraźny zapis w art. 5 ust. 1 p.p.m., że odesłanie zwrotne do prawa polskiego należy uwzględniać tylko wtedy, gdy prawo obce zostało wskazane przez tę ustawę, wspomniany artykuł nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odesłania zwrotnego ze strony prawa obcego wskazanego przez inne polskie ustawy. O możliwości uwzględnienia ode-

⁶⁷ Zob. M.C. Rostworowski, *Projekty ustaw...*, s. 39 oraz K. Przybyłowski, *Z problematyki stosowania obcych norm kolizyjnych. Ustawowe uregulowanie uwzględniania obcych norm kolizyjnych w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, PWN, Kraków, 1959, s. 21. Więcej o poglądach na temat regulacji odesłania wyrażanych podczas obrad Sekcji prawa cywilnego Komisji Kodyfikacyjnej zob. K. Przybyłowski, *Prawo...*, s. 142—143 oraz powołane tam piśmiennictwo.

⁶⁸ Na temat art. 4 p.p.m. 1965 w nowszym piśmiennictwie zob. W. Popiołek, *Odesłanie...*, s. 371—372, nb. 74—76; W. Popiołek, w: *Prawo... Komentarz*, red. M. Pazdan, s. 123—124, nb. 30—33; M. Tomaszewski, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 188—189, nb. 10 oraz powołaną tam literaturę.

⁶⁹ Zob. F. Zoll, *Projekty ustaw o polskim prawie międzynarodowym prywatnym...*, s. 84.

słania zwrotnego lub dalszego rozstrzygają zatem wyłącznie normy zawarte w tych ustawach. Taka sama zasada obowiązuje w odniesieniu do możliwości stosowania odesłania na podstawie postanowień umów międzynarodowych (konwencji), których stroną jest Polska⁷⁰.

W trakcie dyskusji nad założeniami nowej ustawy kolizyjnej M. Pazdan zaproponował na przełomie nowego tysiąclecia utrzymanie regulacji odesłania zwrotnego w brzmieniu określonym przez art. 4 § 1 p.p.m. 1965 oraz dopuszczenie możliwości stosowania odesłania dalszego, ale w węższym ujęciu niż na podstawie art. 36 p.p.m. 1926 i art. 4 § 2 p.p.m. 1965, ograniczonego bowiem jedynie do jednostopniowego odesłania przyjętego⁷¹. Rozwiązania te były przejmowane do kolejnych wersji projektu ustawy przygotowywanych przez Zespół Prawa Prywatnego Międzynarodowego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego oraz zostały zawarte w skierowanym do Sejmu rządowym projekcie obowiązującej ustawy kolizyjnej, datowanym na 31 października 2008 r.⁷² Stosownie do art. 5 ust. 2 tego projektu, jeżeli obce prawo ojczyście, wskazane jako właściwe przez ustawę niniejszą, każe stosować do danego stosunku prawnego inne prawo obce, to stosuje się to prawo, chyba że prawo to nie jest uznawane za właściwe do oceny tego stosunku prawnego⁷³. Projektowane rozwiązanie nie weszło jednak w skład ustawy kolizyjnej z 2011 r., ponieważ większość członków komisji sejmowej zajmującej się projektem tej ustawy była przeciwna nawet tak ograniczonej regulacji odesłania dalszego⁷⁴.

Za uwzględnieniem odesłania zwrotnego, które zostało dopuszczone zasadniczo w art. 5 ust. 1 p.p.m., przemawiają — oprócz przytoczonych wyżej argumentów na rzecz ogólnej konstrukcji odesłania — głównie in-

⁷⁰ Por. W. Popiołek, *Odesłanie...*, s. 375—376, nb. 83; W. Popiołek, w: *Prawo... Komentarz*, red. M. Pazdan, s. 129, nb. 54; M. Tomaszewski, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 190, nb. 15.

⁷¹ Zob. M. Pazdan, *O potrzebie reformy polskiego prawa prywatnego międzynarodowego i niektórych proponowanych rozwiązaniach*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2000, z. 3, s. 516.

⁷² Druk sejmowy VI kadencji nr 1277.

⁷³ Por. M. Pazdan, *Stosowanie obcych norm kolizyjnych*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2016, T. 18, s. 21—22 oraz art. 6 § 1 i § 2 projektu ustawy Prawo prywatne międzynarodowe z 8 i 22 grudnia 2005 r. (*Komisja...*, s. 826), art. 6 § 1 i § 2 projektu ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 9 października 2006 r. (PPPM 2007, T. 1, s. 116) i art. 5 ust. 1 i 2 projektu ustawy [z 18 maja 2008 r.] o prawie prywatnym międzynarodowym, w: M. Pazdan, *Prawo...*, wyd. 11., LexisNexis, Warszawa, 2008, s. 353—354. Krytycznie o projektowanej regulacji odesłania pisał A. Mączyński, *Kodyfikacyjne zagadnienia części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego*, w: *Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Andrzejowi Catusowi*, red. A. Janik, SGH, Warszawa, 2009, s. 425—428.

⁷⁴ Por. M. Pazdan, *Stosowanie...*, s. 22.

teresy polskiego porządku prawnego. Niektórzy przedstawiciele krajowej doktryny upatrują ich w zapewnieniu przewidywalności i łatwości stosowania własnego prawa oraz międzynarodowej harmonii rozstrzygnięć w sytuacji, gdy normy kolizyjne prawa wskazanego nie przewidują odesłania lub dopuszczają tylko odesłanie podwójne⁷⁵. Tak ujmowane względy natury przeważnie praktycznej, które wyrażają się w rozszerzeniu sfery zastosowania prawa polskiego i ułatwieniu zadania polskiemu sądom, nie powinny raczej przesądzać o uwzględnieniu odesłania zwrotnego, zwłaszcza że niekiedy znacznie trudniej jest ustalić treść miarodajnej obcej normy kolizyjnej, szczególnie gdy nie jest ona wyraźnie zapisana w prawie obcym, aniżeli treść obcego prawa materialnego⁷⁶. Nie ulega wątpliwości, że uwzględnienie odesłania zwrotnego w art. 5 ust. 1 p.p.m., przy zasadniczym wykluczeniu dopuszczalności odesłania dalszego, stanowi swoisty przejaw uprzywilejowania prawa własnego i jako takie pozostaje w sprzeczności z zasadą równego traktowania na płaszczyźnie kolizyjnej prawa własnego i obcego.

Konstrukcja odesłania jest różnie normowana we współczesnych krajowych kodyfikacjach prawa prywatnego międzynarodowego: począwszy od wyłączenia możliwości odesłania, przez dopuszczenie jedynie odesłania zwrotnego lub również ograniczonego różnorako odesłania dalszego, albo też akceptację obydwu tych rodzajów odesłania, a skończywszy na przyznaniu sędziemu kompetencji do decydowania o jego zastosowaniu⁷⁷. W prawie kolizyjnym Unii Europejskiej przeważa tendencja do wykluczenia odesłania⁷⁸. Z natury i treści większości innych aktów legislacji

⁷⁵ Por. M. Pazdan, *O zmiennych...*, s. 350; W. Popiołek, *Odesłanie...*, s. 357—358, nb. 48. Odesłanie podwójne polega na zastosowaniu do danej sprawy przez sąd *fori* jako właściwego prawa, które zostałyby zastosowane przez sąd w państwie prawa wskazanego, przy uwzględnieniu obowiązujących w tym państwie regulacji dotyczących odesłania (zob. W. Popiołek, *Odesłanie...*, s. 361—362, nb. 60; K. Przybyłowski, *Prawo...*, s. 141).

⁷⁶ Por. W. Popiołek, *Odesłanie...*, s. 359, nb. 51; M. Tomaszewski, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 187, nb. 7.

⁷⁷ Szeroką paletę rozwiązań przyjętych przez różne państwa omawiają M. Pazdan, *O zmiennych...*, s. 342—345; W. Popiołek, *Odesłanie...*, s. 364—370, nb. 65—70 oraz M. Sonnentag, *Renvoi...*, s. 1540—1541.

⁷⁸ Zob. D. Henrich, *Der Renvoi: Zeit für einen Abgesang*, in: *Grenzen Überwinden — Prinzipien bewahren. Festschrift für Berndt von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28 Dezember 2011*, Hrsg. H. Kronke, K. Thorn, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2011, s. 162—163; M. Pazdan, *O zmiennych...*, s. 348—349; W. Popiołek, *Odesłanie...*, s. 380—381, nb. 94—95; W. Popiołek, w: *Prawo... Komentarz*, red. M. Pazdan, s. 130—131, nb. 60—61; M. Sonnentag, *Renvoi...*, s. 1541—1542; M. Tomaszewski, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 191—192, nb. 17—20. Odmiennie w nowszej literaturze D. Solomon, *Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht*, in: *Klaus Schurig zum 70. Geburtstag*, Hrsg. R. Michaels, D. Solomon, Sellier European Law Publishers, München, 2012, s. 237—263.

międzynarodowej, które zawierają jednolite prawo kolizyjne, zdaje się wynikać ogólna reguła niedopuszczalności odesłania⁷⁹. Generalnie można stwierdzić, że w prawie prywatnym międzynarodowym coraz wyraźniej rysuje się tendencja do odrzucenia lub przynajmniej znacznego ograniczenia dopuszczalności odesłania⁸⁰, chociaż dotyczy ona w mniejszym stopniu odesłania zwrotnego.

5.4. Niemożność stwierdzenia treści właściwego prawa obcego

Przyjęta w prawie prywatnym międzynarodowym kolizyjna metoda regulacji stosunków prywatnoprawnych zakłada, że określone w normie kolizyjnej prawo właściwe zostanie przez sąd lub inny organ państwowi prawidłowo ustalone i zastosowane. Niekiedy jednak nie dojdzie do zastosowania prawa właściwego, które zostało określone w danej normie kolizyjnej, ponieważ nie będzie możliwe albo ustalenie w konkretnej sprawie przesłanki jego właściwości, albo też stwierdzenie jego treści. W takich sytuacjach konieczne okaże się zastosowanie prawa innego państwa zamiast prawa właściwego, sąd państwowy bowiem orzeka zawsze na podstawie prawa. Prawo zastosowane wtedy zamiast prawa właściwego nazwano w polskiej doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego statutem zastępczym⁸¹.

Unormowanie instytucji statutu zastępczego w polskim prawie prywatnym międzynarodowym ma prawie stuletnią tradycję. Zostało ono zawarte we wszystkich trzech polskich ustawach kolizyjnych z lat 1926, 1965 i 2011. W ustawach z lat 1926 i 1965 uregulowano statut zastępczy łącznie dla dwóch sytuacji: gdy nie można ustalić okoliczności decydującej o właściwości prawa oraz gdy nie można stwierdzić treści właściwego prawa obcego. W ustawie obecnie obowiązującej każdej z tych kwestii poświęcono odrębny przepis.

O tym, jakie prawo należy zastosować zamiast obcego prawa właściwego, którego treści nie można stwierdzić, oraz w razie niemożności ustalenia okoliczności, od których zależy właściwość prawa, rozstrzy-

⁷⁹ Por. D. Henrich, *Der Renvoi...*, s. 161—162; W. Popiołek, *Odesłanie...*, s. 377—380, nb. 88—93; W. Popiołek, w: *Prawo... Komentarz*, red. M. Pazdan, s. 129—130, nb. 55—59; M. Sonntag, *Renvoi...*, s. 1541; M. Tomaszewski, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 192, nb. 21—22.

⁸⁰ Por. D. Henrich, *Der Renvoi...*, s. 167; J. Kropholler, *Internationales...*, s. 177—179; W. Popiołek, *Odesłanie...*, s. 370, nb. 71.

⁸¹ Zob. J. Jakubowski, *Prawo...*, s. 63—64; J. Poczobut, *Statut zastępczy w nowej ustawie z 2011 r....*, s. 631; J. Poczobut, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 257, nb. 1.

gnięto w art. 39 ust. 2 p.p.m. 1926. Według tego przepisu, gdy niepodobna stwierdzić treści obcego prawa lub ustalić faktu rozstrzygającego w ostatnim rzędzie o prawie właściwym, właściwe władze polskie zastosują prawo obowiązujące w Polsce.

Reguła stosowania prawa polskiego jako statutu zastępczego została zasadniczo utrzymana w ustawie kolizyjnej z 1965 r. W art. 7 p.p.m. 1965 zmieniono jednak brzmienie art. 39 ust. 2 p.p.m. 1926 r., przyjmując, że jeśli nie można ustalić okoliczności, od których zależy właściwość określonego prawa obcego, albo jeżeli nie można stwierdzić treści właściwego prawa obcego, stosuje się prawo polskie.

W ustawie kolizyjnej z 2011 r. utrzymano zasadnicze podejście do instytucji statutu zastępczego, które wyraża się w kontynuacji systematyki przesłanek jego stosowania oraz zachowaniu w przeważającej mierze redakcji przepisów ustawy z 1965 r. Według art. 10 ust. 1 p.p.m., jeżeli nie można ustalić okoliczności, od których zależy właściwość prawa, stosuje się prawo najściślej związane z danym stosunkiem prawnym. Jeżeli zaś nie można stwierdzić w rozsądnym terminie treści właściwego prawa obcego, stosuje się, w myśl art. 10 ust. 2 p.p.m., prawo polskie. Treść art. 10 ust. 2 p.p.m. została wzbogacona w porównaniu z art. 7 p.p.m. 1965 przez określenie, że prawo polskie jako statut zastępczy stosuje się dopiero wtedy, gdy w rozsądnym terminie nie można stwierdzić treści właściwego prawa obcego. Wyjątek od art. 10 ust. 2 p.p.m. stanowi art. 3 p.p.m., zgodnie z którym, jeżeli ustawa przewiduje właściwość prawa ojczystego, a m.in. nie można ustalić treści prawa ojczystego, stosuje się prawo państwa, w którym znajduje się miejsce zamieszkania danej osoby; w razie braku miejsca zamieszkania stosuje się prawo państwa, w którym znajduje się miejsce jej zwykłego pobytu.

Argumentację na rzecz stosowania prawa polskiego jako statutu zastępczego w razie niemożności stwierdzenia treści właściwego prawa obcego można sprowadzić do czterech wzajemnie powiązanych twierdzeń. Po pierwsze, sąd obowiązany jest wydać rozstrzygnięcie na podstawie prawa jakiegoś państwa. Po drugie, do prawa obowiązującego w siedzibie sądu jako *ultimum remedium* odwoływano się w prawie prywatnym międzynarodowym tradycyjnie wtedy, gdy występowały istotne trudności w zastosowaniu obcego prawa jako właściwego. Po trzecie, sąd zna najlepiej prawo obowiązujące w jego siedzibie, co gwarantuje jego zastosowanie w sposób prawidłowy⁸². I wreszcie, po czwarte, określenie miarodajnego systemu prawnego na podstawie innych kryteriów skutkowałoby przedłużeniem postępowania i obniżałoby pewność co do rozstrzy-

⁸² Co do trzech pierwszych argumentów zob. J. Poczobut, *Statut zastępczy w nowej ustawie z 2011 r....*, s. 638.

gnięć w zakresie prawa właściwego⁸³. Przytoczone argumenty zdają się wystarczająco uzasadniać przyjęcie właściwości *legis fori*, jeżeli nie można stwierdzić treści właściwego prawa obcego⁸⁴.

Większość nowszych krajowych kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego zawiera odrębną regulację statutu zastępczego dla sytuacji, w której nie można stwierdzić treści właściwego prawa obcego. Statut ten określano, przyjmując za właściwe prawo obowiązujące w siedzibie sądu. Takie rozwiązanie przewidziano m.in. w: art. 23 ust. 1 zd. 1 portugalskiego kodeksu cywilnego z lat 1966 i 1977⁸⁵, § 4 ust. 2 austriackiej ustawy związkowej z 1978 r. o prawie prywatnym międzynarodowym⁸⁶, art. 16 ust. 2 szwajcarskiej ustawy związkowej z 1987 r. o prawie prywatnym międzynarodowym⁸⁷, art. 14 ust. 2 włoskiej ustawy z 1995 r. w sprawie reformy włoskiego systemu prawa prywatnego międzynarodowego⁸⁸, art. 1095 ust. 4 białoruskiego kodeksu cywilnego z 1998 r.⁸⁹, art. 1.12 ust. 3 w zw. z ust. 1 i 2 litewskiego kodeksu cywilnego z 2000 r.⁹⁰, § 4 ust. 4 estońskiej ustawy z 2002 r. o prawie prywatnym międzynarodowym⁹¹, art. 15 § 2 belgijskiej ustawy z 2004 r. zawierającej kodeks prawa prywatnego międzynarodowego⁹², art. 8 ust. 4 ukraińskiej ustawy z 2005 r. o prawie prywatnym międzynarodowym⁹³, art. 2 ust. 2 tureckiej ustawy nr 5718 z dnia 27 listopada 2007 r. o międzynarodowym prawie prywatnym i prawie postępowania cywilnego, art. 2652

⁸³ Por. K. Sznajder-Peroń, *Niemożność stwierdzenia treści prawa obcego w rozsądnym terminie — uwagi na tle art. 10 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe*. „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2015, T. 16, s. 63.

⁸⁴ Por. J. Poczobut, *Statut zastępczy w nowej ustawie z 2011 r.*..., s. 644.

⁸⁵ Przekład na język polski J. Poczobut, *Kodyfikacje prawa prywatnego międzynarodowego Albanii, Austrii, Czecho-Słowacji, Egiptu, Grecji, Hiszpanii, Jugosławii, NRD, Portugalii, RFN, Szwajcarii, Turcji, Węgier, Włoch, ZSRR, EWG, Sorbog, Warszawa, 1991*, s. 65.

⁸⁶ J. Poczobut, *Kodyfikacje...*, s. 17.

⁸⁷ J. Poczobut, *Kodyfikacje...*, s. 92.

⁸⁸ Przekład na język polski K. Mironowicz, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1999, z. 3, s. 652.

⁸⁹ Przekład na język polski M. Trzeciak, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2010, z. 3, s. 864.

⁹⁰ Przekład na język polski K. Bogdziewicz, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2008, z. 1, s. 279.

⁹¹ Przekład na język polski N. Żytkiewicz, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2010, z. 1, s. 219.

⁹² Przekład na język polski S. van den Bogaert, P. Tereszkiewicz, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005, z. 3, s. 866.

⁹³ Przekład na język polski J. Czubak, W. Macokina, I. Kotlyarska pod kier. P. Mostowika, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2008, z. 2, s. 573.

ust. 3 rumuńskiego kodeksu cywilnego z dnia 15 lipca 2009 r.⁹⁴, art. 10 zd. 2 ustawy ChRL z 2010 r. o prawie właściwym dla stosunków cywilnych z elementem zagranicznym⁹⁵ oraz art. 2595 lit. a zd. 2 argentyńskiego kodeksu cywilnego i handlowego narodu z 2014 r.⁹⁶

5.5. Ubezwłasnowolnienie, uznanie za zmarłego i stwierdzenie zgonu

Odrębną grupę stanowią dwa przepisy z zakresu statutu personalnego osób fizycznych zawarte w części szczegółowej ustawy kolizyjnej z 2011 r., które dotyczą sytuacji, gdy w określonych sprawach odnoszących się do cudzoziemców orzeka sąd polski: art. 13 ust. 2 wyznaczający statut ubezwłasnowolnienia cudzoziemca oraz art. 14 ust. 2 regulujący statut uznania za zmarłego lub stwierdzenia zgonu cudzoziemca⁹⁷. W obydwu z nich przewidziano w takich sytuacjach właściwość prawa polskiego jako *legis fori*.

Wymienione przepisy są elementami takiej samej konstrukcji, która polega na ustanowieniu reguły ogólnej, a następnie wyjątku od niej. I tak zarówno ubezwłasnowolnienie, jak też uznanie za zmarłego i stwierdzenie zgonu poddano prawu ojczystemu osoby, której dotyczą (art. 13 ust. 1 i art. 14 ust. 1 p.p.m.), natomiast jeżeli w tych sprawach dotyczących cudzoziemca orzeka sąd polski, należy do nich stosować prawo polskie (art. 13 ust. 2 i art. 14 ust. 2 p.p.m.)⁹⁸. Chociaż w ustępie pierwszym każdego z wymienionych artykułów posłużono się zupełną normą kolizyjną, która wskazując prawo właściwe z założenia dopuszcza możliwość zastosowania prawa własnego lub obcego, zależnie od powiązania sytuacji z jednym z tych praw, całość przyjętej w nich regulacji skutkuje stosowaniem zawsze prawa polskiego: albo jako *lex patriae* w sprawie obywatela polskiego, albo jako *lex fori*, gdy w sprawie cudzoziemca orzeka sąd polski⁹⁹.

⁹⁴ Przekład na język polski P. Twardoch, A. Stan-Otasevici, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2013, T. 13, s. 167.

⁹⁵ Przekład na język polski K. Sznajder, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2011, T. 9, s. 153; A. Sapota, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2012, z. 1, s. 269.

⁹⁶ Przekład na język polski N. Żytkiewicz, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2017, z. 2, s. 493.

⁹⁷ Artykuł 14 ust. 2 p.p.m. stanowi zmienioną redakcyjnie — jednak bez konsekwencji merytorycznych — wersję art. 11 § 2 p.p.m. 1965.

⁹⁸ W art. 13 p.p.m. ustawodawca powielił formułę zastosowaną dla regulacji statutu uznania za zmarłego oraz stwierdzenia zgonu w art. 11 p.p.m. 1965 i utrzymaną dosłownie w art. 14 p.p.m.

⁹⁹ Por. A. Mączyński, *Prawo właściwe dla ubezwłasnowolnienia i uznania za zmarłego*, w: *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi*

W takiej konfiguracji dominującego charakteru nabierają wyrażone za pomocą norm kolizyjnych jednostronnych wyjątki od reguły¹⁰⁰, sama zaś reguła zostaje pozbawiona jej głównych cech konstytutywnych, jakimi są ogólność i względnie szeroki zakres przedmiotowy. Stwierdzenie to nie dotyczy jednak sytuacji, w której sąd obcy na podstawie własnej normy kolizyjnej ustala właściwość prawa polskiego, które z kolei na podstawie art. 13 ust. 1 i art. 14 ust. 1 p.p.m. odsyła zwrotnie do prawa obowiązującego w siedzibie tego sądu lub dalej do innego prawa obcego, o ile prawo siedziby rzonego sądu takie odesłania dopuszcza. Dopiero wtedy przewidziany w tych przepisach łącznik obywatelstwa nabiera prawdziwego charakteru reguły ogólnej, ponieważ odnosi się on do wszystkich osób fizycznych.

Przyjęcie w art. 13 ust. 2 i art. 14 ust. 2 p.p.m. właściwości *legis fori* dla określonych tam kategorii spraw dotyczących cudzoziemców, jeżeli orzeka o nich sąd polski, raczej nie zostało podyktowane — z oczywistych względów — troską o ochronę interesu obywateli polskich. Ochrona zaś w taki sposób cudzoziemców byłaby z reguły uzasadniona wtedy, gdyby chodziło o pilne zabezpieczenie ich interesów w Polsce¹⁰¹. W przyjętych rozwiązaniach trudno również doszukiwać się podstaw do uznania, że mają one na celu zapewnienie bezpieczeństwa obrotu prawnego, czyniąc go łatwiejszym i bardziej pewnym. Następstwem takiego ukształtowania treści omawianych norm kolizyjnych będzie raczej niejednolitość rozstrzygnięć wydawanych w tych samych sprawach w różnych państwach, szczególnie zaś w Polsce i państwie ojczystym cudzoziemca¹⁰².

Treść wspomnianych przepisów zdaje się wskazywać na zamiar ustawodawcy, aby zabezpieczyć wewnętrzną zgodność rozstrzygnięć i w ten sposób ułatwić orzekanie polskim sądom. Przepisy te zapewniają bowiem współbieżność jurysdykcji i prawa właściwego, która przejawia się w decydowaniu przez polskie normy jurysdykcyjne o zakresie zastosowa-

dowi Drozdowi, red. M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka, LexisNexis, Warszawa, 2013, s. 729—730; M. Pilich, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 296, nb. 1.

¹⁰⁰ Por. M. Pilich, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 296, nb. 1, s. 298—299, nb. 1.

¹⁰¹ Tak przewidziano w art. 4 ust. 2 p.p.m. 1926 (por. M. Mączyński, *Prawo...*, s. 730, 734) oraz w art. 41 zd. 2 belgijskiej ustawy z 2004 r. zawierającej kodeks prawa prywatnego międzynarodowego (przekład na język polski S. Van Den Bogaert, P. Tereszkiewicz, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005, z. 3, s. 873) i art. 55 ust. 2 bułgarskiego kodeksu prawa prywatnego międzynarodowego z 2005 r. (przekład polski P. Ptak, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2009, z. 1, s. 262). Krytycznie o tym rozwiązaniu M. Pazdan, *Podmioty stosunków prywatnoprawnych*, w: *System...*, T. 20A, s. 592, nb. 66 *in fine*.

¹⁰² Por. M. Mączyński, *Prawo...*, s. 734. Przeciwnie M. Pazdan, w: *Prawo... Komentarz*, red. M. Pazdan, s. 196, nb. 5.

nia polskiego prawa materialnego¹⁰³, co skutkuje uproszczeniem, a tym samym przyspieszeniem postępowania¹⁰⁴. Taki zamiar nie powinien jednak przesądzać decyzji o posłużeniu się w stosunku do cudzoziemców *lege fori*, jeżeli prawo kolizyjne ma sprawiedliwie i harmonijnie rozwiązywać kolizje zachodzące między systemami prawnymi różnych państw, do czego nadają się najlepiej zupełne normy kolizyjne.

Wykluczenie w art. 13 i art. 14 p.p.m. możliwości zastosowania jako właściwego prawa obcego na rzecz *legis fori* eliminuje potrzebę dopasowania polskich norm procesowych do obcych instytucji prawa materialnego, które przecież nie zawsze odpowiadają zakładanym przez polskiego ustawodawcę skutkom prawomocnego orzeczenia¹⁰⁵. Trudności związane ze stosowaniem prawa obcego występują jednak w różnym natężeniu, często bowiem są naturalną konsekwencją przyjętego w prawie prywatnym międzynarodowym mechanizmu kolizyjnego, a w odniesieniu do ubezwłasnowolnienia oraz uznania za zmarłego i stwierdzenia zgonu nie wydają się odbiegać od przeciętnych¹⁰⁶.

Za zasadniczym wyłączeniem w art. 13 i art. 14 p.p.m. właściwości prawa obcego mogłoby przemawiać uznanie przez ustawodawcę, że unormowanie ubezwłasnowolnienia oraz uznania za zmarłego i stwierdzenia zgonu w krajowym prawie materialnym ma tak doniosłe znaczenie dla polskiego porządku prawnego, że wymaga szczególnej ochrony również w polskim prawie prywatnym międzynarodowym¹⁰⁷. Dotychczas jednak nie wykazano w doktrynie, aby dopuszczenie w tych sprawach do głosu prawa obcego naruszało ważne interesy naszego państwa. Gdyby jednak uznać, że niektóre normy krajowego prawa materialnego dotyczące wspomnianych spraw odznaczają się taką doniosłością, to istnieje możliwość nadania im preferencyjnego znaczenia w postaci przepisów koniecznego zastosowania.

Przytoczone argumenty, nawiązujące do interesu polskiego porządku prawnego, które przemawiają za mechanizmem kolizyjnoprawnym przyjętym w art. 13 i art. 14 p.p.m., nie usuwają jednak zasadniczej wątpliwości, czy rozwiązania tam przewidziane nie faworyzują nadmierne prawa polskiego i sprzyjają dążeniu do międzynarodowej harmonii

¹⁰³ Por. M. Pilich, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 296, nb. 1, s. 298—299, nb. 1.

¹⁰⁴ Por. A. Mączyński, *Prawo...*, s. 734; M. Pilich, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 298, nb. 1 oraz A. Kozioł, K. Sznajder-Peroń, w: *Prawo... Komentarz*, red. M. Pazdan, s. 193, nb. 17.

¹⁰⁵ Por. M. Pazdan, *Podmioty...*, s. 593, nb. 68; M. Pilich, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 298—299.

¹⁰⁶ Por. M. Mączyński, *Prawo...*, s. 734.

¹⁰⁷ Por. M. Mączyński, *Prawo...*, s. 734, 736.

rozstrzygnięć. Nie zmienia to jednak faktu, że unormowania kolizyjne przyjmowane na świecie w odniesieniu do omawianych kwestii dalekie są od jednolitości. W wielu obcych kodyfikacjach prawa prywatnego międzynarodowego przewidziano dla uznania za zmarłego i stwierdzenia zgonu właściwość *legis fori*; w niektórych z nich dopuszczono wyjątki na rzecz prawa własnego ze względu na różne okoliczności, np. uzasadniony interes, lub przewidziano możliwość podjęcia na podstawie własnego prawa ochronnych środków tymczasowych¹⁰⁸.

Stosunkowo nieliczne obce kodyfikacje tego prawa, w których unormowano statut ubezwłasnowolnienia, przewidują właściwość prawa ojczystego osoby podlegającej ubezwłasnowolnieniu (art. 8 ust. 1 greckiego kodeksu cywilnego z 1940 r.¹⁰⁹, § 15 w zw. z § 9 ust. 1 zd. 1 austriackiej ustawy związkowej z 1978 r. o prawie prywatnym międzynarodowym¹¹⁰, art. 14 ust. 3 jugosłowiańskiej ustawy z 1982 r. o rozstrzygnięciu kolizji ustaw z przepisami państw obcych w określonych stosunkach¹¹¹, która nadal obowiązuje w Serbii, oraz art. 54 ust. 1 zd. 1 bułgarskiego kodeksu prawa prywatnego międzynarodowego z 2005 r.¹¹²), właściwość tego prawa z zastrzeżeniem właściwości *legis fori* dla skutków ubezwłasnowolnienia (§ 4 ust. 1 obowiązującej do końca 2006 r. japońskiej ustawy z 1898 r. o stosowaniu ustaw¹¹³ oraz mający takie samo brzmienie § 7 ust. 1 obowiązującej do końca 2000 r. południowokoreańskiej ustawy nr 966 z 1962 r. o stosunkach cywilnych powiązanych z zagranicą¹¹⁴) lub za pomocą jednostronnej normy kolizyjnej — właściwość *legis fori* (§ 8 niemieckiej ustawy z 1896 r. wprowadzającej kodeks cywilny¹¹⁵). Na tym tle przyjęcie w art. 13 i art. 14 p.p.m. bezwyjątkowej właściwości prawa polskiego nie jawi się jako szczególnie rażące lub odbiegające od normy. Niezależnie od tego wydaje się jednak, że nie zachodzą jakieś szczególnie istotne przesłanki uniemożliwiającej lub

¹⁰⁸ Przegląd tych rozwiązań w odniesieniu do uznania za zmarłego i stwierdzenia zgonu przedstawił M. Pazdan, *Podmioty...*, s. 591—592, nb. 65.

¹⁰⁹ Przekład na język polski J. Poczobut, *Kodyfikacje...*, s. 39.

¹¹⁰ Przekład na język polski J. Poczobut, *Kodyfikacje...*, s. 18—19.

¹¹¹ Przekład na język polski J. Poczobut, *Kodyfikacje...*, s. 5.

¹¹² Przekład na język polski P. Ptak, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2009, z. 1, s. 262.

¹¹³ Przekład na język niemiecki R. Huch, *Japan*, in: *Quellen des internationalen Privatrechts — Nationale Kodifikationen*, Hrsg. A.N. Makarov, Aufl. 3, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1978, s. 148, przedruk w: *Außereuropäische IPR-Gesetze*, Hrsg. J. Kropholler, H. Krüger, W. Riering, J. Samtleben, K. Siehr, Hamburg / Würzburg, 1999, s. 308.

¹¹⁴ Przekład na język niemiecki R. Huch, *(Süd-) Korea*, in: *Quellen...*, s. 153, przedruk in: *Außereuropäische IPR-Gesetze...*, s. 458.

¹¹⁵ Przekład na język polski J. Poczobut, *Kodyfikacje...*, s. 76.

utrudniające uproszczenie obowiązujących regulacji i nadanie im jednoznacznego charakteru, które mogłoby polegać na przyjęciu w zupełnych normach kolizyjnych bezwyjątkowej właściwości *legis patriae*¹¹⁶. Takie rozwiązanie pozwoliłoby uniknąć zarzutu nieuzasadnionego lub nadmiernego faworyzowania prawa własnego.

6. Krajowa tendencja legislacyjna

Porównanie treści wszystkich trzech polskich kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego prowadzi do wniosku, że zaszła ewolucja przyjętych tam rozwiązań w kierunku zmniejszenia liczby odstępstw od zasady kolizyjnej równości systemów prawnych. Do ustawy kolizyjnej z 1965 r. nie włączono norm przewidujących preferencyjne traktowanie prawa polskiego, które były zawarte w następujących przepisach ustawy kolizyjnej z 1926 r. o prawie prywatnym międzynarodowym: w art. 6 ust. 3 zd. 1 określającym statut ważności wskazanych czynności prawnych, które dotyczą nieruchomości położonej w Polsce¹¹⁷, art. 8 pkt 5 regulującym statut umów ubezpieczenia zawartych z przedstawicielstwem zagranicznego zakładu mającym siedzibę w Polsce¹¹⁸, art. 12 ust. 2 o prawie właściwym dla oceny nieusuwalnych w drodze dyspensy przeszkód zawarcia małżeństwa przez cudzoziemca w Polsce¹¹⁹, art. 21 ust. 2 okre-

¹¹⁶ Por. M. Mączyński, *Prawo...*, s. 736, który jako rozwiązanie alternatywne rozważa poddanie tych spraw właściwości *legis fori*.

¹¹⁷ „Art. 3) Nabycie, zmiana lub umorzenie praw rzeczowych na nieruchomości położonej w Polsce, jak również zobowiązania z czynności prawnych wynikające, na podstawie których prawa takie mają być nabyte, zmienione lub umorzone, podlegają co do formy, jak i innych warunków ważności, wyłącznie prawu obowiązującemu w Polsce. Nie dotyczy się to jednak obowiązków wynikających ze stosunków rodzinnych lub spraw spadkowych”.

¹¹⁸ „Art. 8. Jeżeli strony nie oznaczyły właściwego prawa, natenczas stosuje się: [...] 5) do umów o ubezpieczenie — prawo obowiązujące w siedzibie zakładu ubezpieczającego, do umów zawartych z przedstawicielstwem zagranicznego zakładu mającym siedzibę w Polsce — prawo w Polsce obowiązujące”.

¹¹⁹ „Art. 12. 2) Cudzoziemcom, którzy by według swych praw ojczystych mogli zawrzeć związek małżeński, nie wolno, mimo to, zawierać małżeństwa w Polsce przed tujejszymi władzami, jeżeli przeciw podobnemu małżeństwu według prawa w Polsce obowiązującego zachodzi jedna z następujących nieusuwalnych w drodze dyspensy przeszkód ważnego małżeństwa: 1) pokrewieństwo lub powinowactwo, 2) nastawianie na życie małżonka, 3) zawarty poprzednio związek małżeński, 4) różnica religii, wyższe święcenia kapłańskie i uroczyste śluby zakonne”.

ślającym statut ustalenia nieślubnego ojcostwa, wzajemnych praw i obowiązków ojca i dziecka oraz ojca i matki, jeżeli w chwili urodzenia się dziecka rodzice mają miejsce zamieszkania w Polsce, a obowiązujące w Polsce prawo właściwe [dla ojca — J.P.] jest dla dziecka korzystniejsze¹²⁰, art. 26 zd. 1 o statucie zarządzeń opiekuńczych dla cudzoziemców zamieszkałych lub posiadających majątek w Polsce, o ile władza obcego państwa nie czyni tego w dostatecznej mierze¹²¹, art. 34 przewidującym prawo właściwe dla postępowania przez władze polskie w określonych sytuacjach ze spuścizną po cudzoziemcu znajdującą się w Polsce¹²² oraz art. 40 o odwiecie kolizyjnym¹²³.

Natomiast do ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 2011 r. nie przejęto zawartych w ustawie kolizyjnej z 1965 r.: art. 7 w części określającej prawo zastępczo właściwe w razie niemożności ustalenia okoliczności, od których zależy właściwość określonego prawa obcego¹²⁴, oraz art. 10 określającego prawo właściwe dla oceny zdolności cudzoziemca, który będąc niezdolny według swego prawa ojczystego, dokonał w Polsce czynności prawnej mającej wywrzeć skutek w Polsce¹²⁵. Zmniejszanie w kolejnych kodyfikacjach polskiego prawa prywatnego międzynarodowego liczby przepisów preferujących prawo krajowe wskazuje na stały postęp w kierunku urzeczywistnienia zasady kolizyjnej równości systemów prawnych.

¹²⁰ „Art. 21. 2) Jeżeli w tym czasie [tj. w chwili urodzenia się dziecka — J.P.] i ojciec nieślubny, i matka mają miejsce zamieszkania w Polsce, należy [dla ustalenia nieślubnego ojcostwa, wzajemnych praw i obowiązków ojca i dziecka oraz ojca i matki — J.P.] stosować obowiązujące w Polsce prawo właściwe, gdy dla dziecka jest korzystniejsze”.

¹²¹ „Art. 26. Dla cudzoziemców, potrzebujących opieki, a zamieszkałych lub posiadających majątek w Polsce, władza polska wyda według własnych praw wszelkie potrzebne zarządzenia opiekuńcze stałe lub czasowe, o ile tego władza obcego państwa nie czyni w dostatecznej mierze. Powody i terminy ustanowienia i zniesienia opieki ocenia się według ustawy ojczystej cudzoziemca”.

¹²² „Art. 34. Jednakże na żądanie osoby wykazującej swe prawa spadkowe, a zamieszkałej w Polsce lub posiadającej obywatelstwo polskie władze postępować będą ze spuścizną [po cudzoziemcu — J. P.] znajdującą się w Polsce, tak jak gdyby pozostała po obywatelu polskim. Stosować przy tym będą prawo ojczyste spadkodawcy (art. 28)”.

¹²³ Zob. przyp. 36.

¹²⁴ „Art. 7. [...] jeżeli nie można stwierdzić treści właściwego prawa obcego, stosuje się prawo polskie”.

¹²⁵ „Art. 10. Jeżeli cudzoziemiec niezdolny według swego prawa ojczystego dokonał w Polsce czynności prawnej mającej wywrzeć skutek w Polsce, zdolność cudzoziemca podlega w tym zakresie prawu polskiemu, o ile wymaga tego ochrona osób działających w dobrej wierze. Przepisu tego nie stosuje się do czynności prawnych z zakresu prawa rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa spadkowego”.

7. Stanowiska w krajowej doktrynie

Za obowiązywaniem „zasady równorzędności praw obowiązujących na różnych terytorjach” pod rządami ustawy z dnia 2 sierpnia 1926 r. — Prawo prywatne międzynarodowe opowiedział się K. Przybyłowski, podkreślając, że „jakieś zasadniczo gorsze traktowanie obcych praw byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami współczesnego polskiego prawa prywatnego międzynarodowego”¹²⁶. Pogląd ten zachował aktualność w okresie obowiązywania ustawy kolizyjnej z 1965 r.¹²⁷ i został współcześnie podtrzymany na gruncie ustawy kolizyjnej z 2011 r.¹²⁸ Jego trafność nie budzi wątpliwości w odniesieniu do polskiego systemu prawa prywatnego międzynarodowego i znaczącej liczby obcych, w szczególności kontynentalno-europejskich, systemów prawa prywatnego międzynarodowego. Nadawanie mu jednak charakteru uniwersalnego przez przyjęcie, że zasada równorzędności własnego i obcych porządków prawnych jest w prawie kolizyjnym powszechnie przyjmowana¹²⁹ wydaje się bardzo przesadzone. Z tego też względu gorzej niż własne jest w szczególności traktowane prawo obce w państwach anglosaskich, gdzie o właściwości prawa decyduje zasadniczo w poszczególnych sprawach sędzia, oceniając cele i interesy pozostających w kolizji porządków prawnych, i w których prawo obce postrzega się nie jako prawo, lecz jako fakt wymagający udowodnienia¹³⁰.

K. Przybyłowski¹³¹ poszukiwał uzasadnienia dla zasady kolizyjnej równorzędności systemów prawa obowiązujących na różnych terytoriach w sformułowanym przez Savigny’ego postulatcie legislacyjnym, aby dążyć do stanowienia takich norm kolizyjnych, które byłyby akceptowalne w innych państwach i mogły wejść w skład jednolitego dla wszystkich

¹²⁶ K. Przybyłowski, *Prawo...*, s. 97.

¹²⁷ Zob. W. Ludwiczak, *Międzynarodowe...*, wyd. 2., s. 96 (tak samo w wyd. 3.—5. tegoż podręcznika); M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe. Zarys wykładu*, PWN, Warszawa, 1987, s. 77 (tak samo w wyd. 2.—15. tegoż podręcznika); M. Sośniak, *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 1., Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice, 1978, s. 65 (tak samo w wyd. 2.—3. tegoż podręcznika); B. Walaszek, *Zasady dotyczące pojmowania i stosowania właściwego prawa*, w: B. Walaszek, M. Sośniak, *Zarys prawa prywatnego międzynarodowego*, PWN, Warszawa, 1968, s. 128—129 (tak samo w wyd. 2. tegoż podręcznika).

¹²⁸ Zob. M. Pazdan, *Prawo...*, wyd. 16., 2017, s. 11, nb. 111; K. Sznajder-Peroń, *Zagadnienia...*, s. 510, nb. 377.

¹²⁹ Tak K. Sznajder-Peroń, *Zagadnienia...*, s. 510, nb. 377.

¹³⁰ Por. J. Kropholler, *Internationales...*, s. 89—93; M. Martinek, J. Poczobut, *Doświadczenia...*, s. 749—755; G. Schulze, *Die Überwindung...*, s. 1105; K. Schurig, *Geschichte*, in: G. Kegel, K. Schurig, *Internationales...*, s. 178—180, 197—202.

¹³¹ Por. K. Przybyłowski, *Prawo...*, s. 97.

państw prawa prywatnego międzynarodowego¹³². W dotyczących ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 1926 r. materiałach kodyfikacyjnych podkreślono dążenie do ideału, którym byłby „prawdziwie międzynarodowy” system prawa kolizyjnego, „jeden i ogólnie obowiązujący”, oraz konieczność „liberalnego traktowania i respektu dla państw i praw obcych”, ponieważ tylko w ten sposób można skłonić „inne państwa do podobnego respektu dla państwa i prawa polskiego”¹³³.

Odmienny, odosobniony pogląd na gruncie stanu prawnego stworzonego przez ustawę kolizyjną z 1965 r. wyraził S. Sołtysiński. Stwierdził on, że polskie prawo prywatne międzynarodowe nigdzie nie statuuje dyrektywy lub zasady pełnej równorzędności wszystkich praw, ani nie zakazuje faworyzowania właściwości *legis fori*, natomiast w art. 2 § 1, 7, 10, 11 § 2 i 18 *in fine* p.p.m. 1965 przewidziano preferencyjne traktowanie prawa polskiego. Z tych faktów wspomniany autor wywodzi istnienie dyrektywy ograniczonego faworyzowania właściwości prawa polskiego i uznaje ją za uzasadnioną zarówno ważnymi interesami państwa, jak i praktycznymi względami funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Postulat rezygnacji z faworyzowania prawa polskiego jest dla niego trudny do przyjęcia nawet *de lege ferenda*, gdyż sądy każdego państwa stosują prawo, także prawo kolizyjne, zgodnie z celami i interesami forum. Według S. Sołtysińskiego, polskie prawo kolizyjne, podobnie jak obce systemy prawa prywatnego międzynarodowego, nie zapewnia absolutnie równorzędnego traktowania prawa obcego, a poszczególne systemy prawne różni jedynie stopień faworyzowania własnego porządku prawnego. Pełne zrównanie prawa własnego i obcego uważa za niemożliwe m.in. z uwagi na niedoskonałą znajomość treści i celów obcego prawa przez sędziów oraz rolę lokalnej kultury prawniczej. W konkluzji stwierdza, że zasady pełnej równorzędności nie da się uzasadnić ani na gruncie ówczesnie obowiązującej ustawy, ani tym bardziej na gruncie praktyki sądowej¹³⁴.

Przedstawiony wyżej pogląd trzeba uznać za wysoce dyskusyjny z kilku powodów. Po pierwsze, pobrzmiewają w nim wyraźnie echa określonych prądów amerykańskiej „rewolucji kolizyjnej”, których przedstawiciele kładli m.in. szczególny nacisk na uwzględnianie przy poszukiwaniu i określaniu prawa właściwego interesów państwa *fori*; takie podejście zostało zasadniczo odrzucone przez doktrynę prawa prywatnego międzynarodowego Europy kontynentalnej¹³⁵. Po drugie, istnienie zasa-

¹³² Por. F.C. von Savigny, *System...*, s. 115.

¹³³ Zob. K. Przybyłowski, *Prawo...*, s. 97.

¹³⁴ Zob. S. Sołtysiński, *Recenzja...*, s. 112.

¹³⁵ Zob. M. Martinek, J. Poczobut, *Doświadczenia...*, s. 749–753; J. Poczobut, A.W. Wiśniewski, *Wprowadzenie do problematyki prawa prywatnego międzynarodowego*, w: *Prawo... Komentarz*, red. J. Poczobut, 2017, s. 51 i n., nb. 21 i n.

dy pojmowanej jako reguła podstawowa, porządkująca określoną kategorię zjawisk, nie wyklucza logicznie wyjątków od niej, a zatem nietrafne jest przypisywanie zasadzie charakteru bezwyjątkowego.

Nie przeceniając znaczenia przytoczonych argumentów polemicznych, można by *prima facie* przyjąć, że wspomniana różnica poglądów ma charakter pozorny i jako taka jest pozbawiona doniosłości praktycznej, dotyczy bowiem jedynie adekwatności nazw opisujących stan faktyczny, co do istnienia i przejawów którego nie ma sporu. Takie podejście byłoby jednak błędne, ponieważ zawarty w nazwach obydwu zasad potencjał znaczeniowy ma znaczenie fundamentalne zarówno dla teorii, jak też praktyki prawa prywatnego międzynarodowego — wskazuje bowiem na generalne nastawienie ustawodawcy do traktowania prawa obcego jako potencjalnie właściwego. Akceptacja poglądu, zgodnie z którym w polskim prawie prywatnym międzynarodowym obowiązuje zasada ograniczonego faworyzowania prawa własnego, implikuje stwierdzenie, że ustawodawca z założenia takie podejście dopuszcza i przyjmuje je jako regułę, na której opiera się cały system tego prawa. Natomiast opowiedzenie się za zasadą kolizyjnej równości systemów prawnych sprawia, że uprzywilejowanie prawa własnego jest w tym systemie jedynie wyjątkiem od zasady. Nie zmienia tego fakt, że w prawie kolizyjnym żadnego państwa zasada ta nie została w pełni osiągnięta i nic nie wskazuje na to, aby nawet w znacznie odległej przyszłości stan ten uległ zmianie. Dlatego trzeba raczej przyjąć, że zasada kolizyjnej równości systemów prawnych stanowi dotąd nieosiągalny ideał, do którego urzeczywistnienia należy jednak dążyć. Byłby on do osiągnięcia w wyniku całkowitej unifikacji prawa prywatnego międzynarodowego w płaszczyźnie międzynarodowej, na co się nie zanosi w przewidywalnym horyzoncie czasowym, mimo wysiłków Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego oraz innych uniwersalnych i regionalnych organizacji międzynarodowych¹³⁶.

8. Wnioski

Podsumowanie przeprowadzonych wyżej rozważań na temat zasady równości systemów prawnych w polskim prawie prywatnym międzynarodowym można sprowadzić do następujących stwierdzeń:

¹³⁶ Por. J. Poczobut, *Interes...*, s. 14.

- 1) u podstaw zasady kolizyjnej równości systemów prawnych wszystkich państw leżą koncepcje suwerenności i równości państw wypracowane w doktrynie prawa międzynarodowego publicznego;
- 2) wymaganie równorzędnego traktowania w prawie kolizyjnym wszystkich systemów prawnych wynikało logicznie ze sformułowanej w XVII w. przez P. i J. Voetów oraz U. Hubera teorii kurtuazji międzynarodowej, która uzasadniała stosowanie prawa obcego;
- 3) zasada równości systemów prawnych stanowiła jedno z głównych założeń stworzonej w połowie XIX w. przez F.C. von Savigny'ego teorii siedziby stosunku prawnego, która wywiera przemożny wpływ również na współczesne prawo prywatne międzynarodowe;
- 4) według zasady kolizyjnej równości systemów prawnych, każdy z nich może okazać się prawem właściwym dla odpowiednio określonej sytuacji życiowej i powinien być z tej perspektywy traktowany na równi z innymi, a więc bez różnicowań zarówno dyskryminacyjnych, jak i preferencyjnych; dopuszczalne są od niej uzasadnione wyjątki na rzecz *legis fori*;
- 5) zasada kolizyjnej równości systemów prawnych powinna znajdować wyraz nie tylko w procesie stanowienia, lecz również wykładni i stosowania prawa prywatnego międzynarodowego, w szczególności przy posługiwaniu się analogią i wypełnianiu luk;
- 6) z zasady równości wszystkich systemów prawnych w prawie prywatnym międzynarodowym można wywodzić ściśle z nią powiązaną zasadę niestosowania kolizyjnej wzajemności;
- 7) równe traktowanie z kolizyjnego punktu widzenia własnego i obcych porządków prawnych znajduje wyraz w zasadniczym określaniu przez polskiego ustawodawcę prawa właściwego za pomocą zupełnych norm kolizyjnych, które dopuszczają na równi właściwość prawa własnego i obcego dla odpowiednio zdefiniowanych sytuacji życiowych; potwierdzenia zasady kolizyjnej równorzędności systemów prawnych można także upatrywać w art. 9 zd. 2, art. 10 ust. 1 i art. 67 p.p.m., przewidujących stosowanie jako właściwego prawa, z którym stosunek prawny jest najściślej związany;
- 8) większość norm polskiego prawa prywatnego międzynarodowego traktuje prawo obce na równi z prawem własnym, a tylko nieliczne z nich faworyzują prawo polskie, nakazując jego wyłączne stosowanie w określonych sytuacjach; za odstępstwa od zasady równości systemów prawnych w tym prawie należy uznać preferencyjne traktowanie prawa własnego w: art. 2 ust. 1 — łącznik obywatelstwa, art. 5 ust. 1 — odesłanie zwrotne, art. 7 — klauzula porządku publicznego, art. 8 ust. 1 — przepisy wymuszające swoje zastosowanie, art. 10 ust. 2 — statut zastępczy w razie niemożności stwierdzenia

- treści właściwego prawa obcego oraz art. 13 ust. 2 — statut ubezwłasnowolnienia cudzoziemca, jeżeli orzeka o tym sąd polski, i art. 14 ust. 2 p.p.m. — statut uznania za zmarłego i stwierdzenia zgonu, jeżeli orzeka o tym sąd polski;
- 9) za utrzymaniem w obecnym brzmieniu regulacji w ustawie kolizyjnej z 2011 r. klauzuli porządku publicznego i przepisów koniecznego zastosowania przemawiają w szczególności uzasadnione interesy krajowego porządku prawnego oraz fakt unormowania tych instytucji w jednolitym prawie kolizyjnym Unii Europejskiej; nie budzi również zastrzeżeń przyjęcie *legis fori* jako statutu zastępczego na wypadek niemożności stwierdzenia w rozsądnym terminie treści właściwego prawa obcego, przede wszystkim z uwagi na powszechność w skali światowej takiej regulacji, chociaż można rozważać rozwiązanie odmienne, np. stosowanie wtedy jako statutu zastępczego prawa państwa, z którym dany stosunek prawny wykazuje najściślejszy związek w następnej kolejności, tzn. przy uwzględnieniu faktu, że nie zachodzi możliwość zastosowania właściwego prawa obcego;
 - 10) za niemające dostatecznego uzasadnienia i dlatego nadmiernie niespójne z zasadą kolizyjnej równości systemów prawnych trzeba uznać preferencyjne traktowanie prawa polskiego jako prawa ojczystego w art. 2 ust. 1 p.p.m. dotyczącym wielości obywatelstw; istotne argumenty przemawiają za zastąpieniem art. 2 ust. 1 i art. 2 p.p.m. nowym ustępem drugim w brzmieniu: „Osoba fizyczna mająca obywatelstwo dwóch lub więcej państw podlega jako prawu ojczystemu prawu tego z nich, z którym jest najściślej związana”;
 - 11) zmniejszeniu dysproporcji w traktowaniu prawa własnego i obcego w art. 5 ust. 1 p.p.m. sprzyjałoby co najmniej dodanie ustępu drugiego (lub trzeciego — w zależności od lokalizacji obecnego ustępu drugiego) o odesłaniu dalszym w brzmieniu proponowanym w projekcie rządowym obowiązującej obecnie ustawy kolizyjnej: „Jeżeli obce prawo ojczyste, wskazane jako właściwe przez ustawę niniejszą, każe stosować do danego stosunku prawnego inne prawo obce, stosuje się to prawo, chyba że prawo to nie uznaje się za właściwe do oceny tego stosunku prawnego”; do przyjęcia byłaby również rezygnacja w proponowanym ustępie z wymagania, aby prawo wskazane było prawem ojczystym;
 - 12) przeważają argumenty za rezygnacją z ustępu drugiego art. 13 i art. 14 p.p.m. i w konsekwencji bezwyjątkowym poddaniem zarówno ubezwłasnowolnienia, jak też uznania za zmarłego i stwierdzenia zgonu osoby fizycznej jej prawu ojczystemu; rezygnacja ze wspomnianych przepisów nie naruszyłaby żadnych godnych ochrony interesów polskiego państwa i systemu prawnego, tym bardziej, że wie-

le obcych systemów prawa prywatnego międzynarodowego odbywa się bez podobnych regulacji;

- 13) zmniejszanie w kolejnych kodyfikacjach polskiego prawa prywatnego międzynarodowego liczby przepisów preferujących prawo krajowe wskazuje na stały postęp w kierunku urzeczywistnienia zasady kolizyjnej równości systemów prawnych;
- 14) zdecydowana większość przedstawicieli krajowej i europejskiej doktryny prawa prywatnego międzynarodowego opowiada się za istnieniem w tym prawie zasady równości systemów prawnych; przypadki uprzywilejowania prawa własnego postrzegane są przez nich jako wyjątki od tej zasady; wspomniana zasada ma znaczenie fundamentalne zarówno dla teorii, jak też praktyki prawa prywatnego międzynarodowego — wskazuje bowiem na generalne nastawienie ustawodawcy do traktowania prawa obcego jako potencjalnie właściwego.

Konkludując, wypada stwierdzić, że w polskim prawie prywatnym międzynarodowym obowiązuje zasada równorzędnego traktowania wszystkich systemów prawnych na świecie, z których każdy powinien być uznawany za potencjalnie właściwy dla odpowiednio określonej sytuacji życiowej. Przewidziane wyjątki od tej zasady nie przeczą jej istnieniu, chociaż obecny stan w tym zakresie trudno uznać za w pełni zadowalający. Mimo że w zestawieniu z obcymi kodyfikacjami dotyczą one porównywalnych kwestii i nie występują w nadmiernej liczbie, zachodzą istotne przesłanki do eliminacji niektórych z nich. Zasada kolizyjnej równości systemów prawnych w prawie polskim należy zatem do sfery rzeczywistości, a nie fikcji.

Bibliografia

- Allerhand M., *Uwagi do projektu międzynarodowego prawa prywatnego*, Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej (Sekcja prawa cywilnego), Kraków, 1920.
- Außereuropäische IPR-Gesetze*, Hrsg. J. Kropholler, H. Krüger, W. Riering, J. Samtleben, K. Siehr, Deutsches Notarinstitut, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg—Würzburg, 1999.
- Barcik J., Srogosz T., *Prawo międzynarodowe publiczne*, wyd. 3., C.H. Beck, Warszawa, 2017.
- Currie B., Hill Schreter H., *Unconstitutional Discrimination in the Conflict of Laws: Equal Protection*, „The University of Chicago Law Review” 1960, vol. 28.

- Currie B., Hill Schreter H., *Unconstitutional Discrimination in the Conflict of Laws: Privileges and Immunities*, „Yale Law Journal” 1960, vol. 69.
- Czapliński W., Wyrozumska A., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, wyd. 3., C.H. Beck, Warszawa, 2014.
- Dannemann G., *Accidental discrimination in the conflict of laws: Applying, considering and adjusting rules from different jurisdictions*, „Yearbook of Private International Law” 2008, T. 10.
- Dannemann G., *Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung: Zur Anwendung, Berücksichtigung und Anpassung von Normen aus unterschiedlichen Rechtsordnungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.
- Erciński T., *Prawo obce w sądowym postępowaniu cywilnym*, PWN, Warszawa, 1981.
- Etter K.H., *Vom Einfluss des Souveränitätsgedankens auf das Internationale Privatrecht*, Poligraphischer Verlag, Zürich, 1959.
- Foyer J., *Légalité en droit international privé*, „Archives de philosophie du droit” 2008, T. 51.
- French D., MacCall-Smith K., Ruiz Abou-Nigm V., *Introduction: Systematic Dialogue: Identifying Commonalities and Exploring Linkages in Private and Public International Law*, in: *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law*, Eds. D. French, K. MacCall-Smith, V. Ruiz Abou-Nigm, Hart Publishing, Oxford—London—New York—New Delhi—Sydney, 2018.
- Fuchs B., *Statut kontraktowy a przepisy wymuszające swoje zastosowanie*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice, 2003.
- Gnela B., *Prawo właściwe dla przysposobienia według nowej ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe*, w: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2013.
- Gnela B., *Przysposobienie w prawie prywatnym międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków, 1983 [niepubl. rozpr. dokt.].
- Góralczyk W., Sawicki S., *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, wyd. 16., Wolters Kluwer, Warszawa, 2015.
- Hammer-Bodelet S., *Légalité des sexes en droit international privé*, Université de Rouen, Rouen, 2008 [niepubl. rozpr. dokt.].
- Henrich D., *Der Renvoi: Zeit für einen Abgesang*, in: *Grenzen Überwinden — Prinzipien bewahren. Festschrift für Berndt von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28 Dezember 2011*, Hrsg. H. Kronke, K. Thorn, Verlag Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 2011.
- Hills A., *Connecting Public and Private International Law*, in: *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law*, Hrsg. D. French, K. MacCall-Smith, V. Ruiz Abou-Nigm, Hart Publishing, Oxford—London—New York—New Delhi—Sydney, 2018.
- Jakubowski J., *Prawo międzynarodowe prywatne. Zarys wykładu*, PWN, Warszawa, 1984.

- Jessel Ch., *Równouprawnienie mężczyzny i kobiety w zakresie skutków małżeństwa na tle międzynarodowego prawa prywatnego RFN*, „Studia Prawnicze” 1978, z. 3.
- Kinsch M.P., *Principes d'égalité et conflits de lois*, in: *Droit international privé, Travaux du Comité français de droit international privé*, Paris, 2005.
- Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego. *Projekt ustawy prawo prywatne międzynarodowe*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2006, z. 3.
- Kropholler J., *Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Aufl. 6, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2006.
- Lelouvier A., *La principe d'égalité en droit international privé: essai d'une approche systémique*. École doctorale Droit et Science Politique, Toulouse, 2019 [niepubl.].
- Lorenz E., *Zur Struktur des IPR*, Duncker & Humblod, Berlin, 1977.
- Løvdal L., *Private international law, Muslim laws and gender equality: The adjudication of mahr in Scandinavian, English and French courts*, University of Oslo, Oslo, 2008 [niepubl. rozpr. dokt.].
- Ludwiczak W., *Międzynarodowe prawo prywatne*, PWN, Poznań, 1958.
- Ludwiczak W., *Międzynarodowe prawo prywatne*, wyd. 2., PWN, Warszawa, 1967.
- Ludwiczak W., *Międzynarodowe prawo prywatne*, wyd. 5., oprac. K. Kruczałak, Przedsiębiorstwo Wydawnicze „Ars boni et aequi”, Poznań, 1996.
- Ludwiczak W., *Zasada równouprawnienia płci w zakresie małżeńskich stosunków osobistych i majątkowych w systemach międzynarodowego prawa prywatnego państw socjalistycznych, ze szczególnym uwzględnieniem prawa polskiego*, „Studia Prawnicze” 1978, z. 3.
- Martinek M., Poczobut J., *Doświadczenia Niemiec i Szwajcarii w kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, z. 4.
- Mataczyński M., *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*, Zakamycze, Kraków, 2005.
- Mączyński A., *Kodyfikacyjne zagadnienia części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego*, w: *Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Andrzejowi Całusowi*, red. A. Janik, SGH, Warszawa, 2009.
- Mączyński A., *Prawo właściwe dla ubezwłasnowolnienia i uznania za zmarłego*, w: *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi*, red. M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka, LexisNexis, Warszawa, 2013.
- Mączyński A., *Statut personalny osób fizycznych. Refleksje „de lege lata” i „de lege ferenda”*, w: *„Leges sapere”. Studia i prace dedykowane profesorowi Januszowi Sondłowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, red. W. Uruszczak, P. Święcicka, A. Kremer, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków, 2008.
- Neuhaus P.H., *Freiheit und Gleichheit im internationalen Immaterialgüterrecht*. „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 1976, H. 1.

- Nowicka A., w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017.
- Pazdan M., *O potrzebie reformy polskiego prawa prywatnego międzynarodowego i niektórych proponowanych rozwiązaniach*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2000, z. 3.
- Pazdan M., *Osoby fizyczne*, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2014.
- Pazdan M., *O sposobach usuwania kolizji wynikających z wielorakiego obywatelstwa w prawie prywatnym międzynarodowym*, „*Studia Iuridica Agraria*” 2005, T. 5 [dedykowany Profesorowi Andrzejowi Stelmachowskiemu, red. S. Prutis, Temida 2, Białystok].
- Pazdan M., *O zmiennych losach i perspektywach na przyszłość odesłania w prawie prywatnym międzynarodowym*, w: *Oblicza prawa cywilnego. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Janowi Błęszyńskiemu*, red. K. Szczepanowska-Kozłowska, Wolters Kluwer, Warszawa, 2009.
- Pazdan M., *Podmioty stosunków prywatnoprawnych*, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2014.
- Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 1., PWN, Warszawa, 1987.
- Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 10., LexisNexis, Warszawa, 2007.
- Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 11., LexisNexis, Warszawa, 2008.
- Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 16., Wolters Kluwer, Warszawa, 2017.
- Pazdan M., *Stosowanie obcych norm kolizyjnych*, „*Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*” 2016, T. 18.
- Peari S., *The Foundations of Choice of Law. Choice and Equality*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- Pieńkos J., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Zakamycze, Kraków, 2004.
- Pilich M., *Zasada obywatelstwa w prawie prywatnym międzynarodowym. Zagadnienia podstawowe*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2015.
- Pilich M., w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017.
- Poczobut J., *Interes w prawie prywatnym międzynarodowym. Zagadnienia węzłowe*, „*Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*” 2019, T. 19.
- Poczobut J., *Kodyfikacje prawa prywatnego międzynarodowego Albanii, Austrii, Czechosłowacji, Egiptu, Grecji, Hiszpanii, Jugosławii, NRD, Portugalii, RFN, Szwajcarii, Turcji, Węgier, Włoch, ZSRR, EWG, Sorbog*, Warszawa, 1991.
- Poczobut J., *Statut zastępczy w nowej ustawie z 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe — zagadnienia podstawowe*, w: *Prawo międzynarodowe — terażniejszość, perspektywy, dylematy. Księga jubileuszowa Profesora Zdzisława Galickiego*, red. E. Mikos-Skuza, K. Myszone Kostrzewa, J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2013.

- Poczobut J., w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017.
- Poczobut J., Wiśniewski A.W., *Wprowadzenie do problematyki prawa prywatnego międzynarodowego*, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017.
- Popiołek W., *Odeślanie*, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2014.
- Popiołek W., w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2018.
- Protokoły obrad sekcji prawa cywilnego Komisji Kodyfikacyjnej*, „Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne” 1920, nr 1—4.
- Przybyłowski K., *Bezpaństwowość i wielorakie obywatelstwo*, nakład autora, Lwów, 1934.
- Przybyłowski K., *Prawo prywatne międzynarodowe. Część ogólna*, Księgarnia Gubrynowicz i Syn, Lwów, 1935.
- Przybyłowski K., *Z problematyki stosowania obcych norm kolizyjnych. Ustawowe uregulowanie uwzględniania obcych norm kolizyjnych w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, PWN, Kraków, 1959.
- Quellen des internationalen Privatrechts — Nationale Kodifikationen*, Ed. A.N. Makarov, Ed. 3, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1978.
- Rostworowski M., *Projekty ustaw o zbiegu ustawodawstw cywilnych w prawnym obrocie międzynarodowym i w obrocie wewnętrznym. Część I. Obrót prawny międzynarodowy*, Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej (Sekcja prawa cywilnego), Kraków, 1920.
- Savigny F.C. von, *System des heutigen römischen Rechts*, T. 8, Veit und Comp., Berlin, 1849.
- Schulze G., *Die Überwindung von Feindschaft durch Kollisionsrecht. Ein Grundgedanke des Internationalen Privatrechts von der Antike bis zu seiner Vergemeinschaftung in Europa*, in: *Kollision, Feindschaft und Recht*, Hrsg. A. Chanos, Ch. Papacharalambous, D. Pyrgakis, J. Strangas, M. Tsapogas, Nomos Verlagsgesellschaft, Athen, 2016.
- Schulze G., *Moralische Forderungen und das IPR*. „Praxis des Internationalen Privat- und Verhrensrechts” 2010, H. 4.
- Schurig K., *Anwendung ausländischen Rechts*, in: G. Kegel, K. Schurig, *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, Aufl. 9, C.H. Beck, München, 2004.
- Schurig K., *Geschichte*, in: G. Kegel, K. Schurig, *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, Aufl. 9, C.H. Beck, München, 2004.
- Schurig K., *Interessen*, in: G. Kegel, K. Schurig, *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, Aufl. 9, C.H. Beck, München, 2004.
- Schurig K., *Ordre public*, in: G. Kegel, K. Schurig, *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, Aufl. 9, C.H. Beck, München, 2004.
- Schurig K., *Rück- und Weiterverweisung*, in: G. Kegel, K. Schurig, *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, Aufl. 9, C.H. Beck, München, 2004.
- Shaw M.N.: *International Law*, Ed. 6, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

- Siehr K., *Równouprawnienie w zachodnioniemieckim prawie międzynarodowym dotyczącym stosunków między rodzicami a dziećmi*, „Studia Prawnicze” 1978, z. 3.
- Skąpski J., *Zasada równości płci w odniesieniu do stosunków między rodzicami a dziećmi (łącznie z adopcją) w socjalistycznych systemach prawa prywatnego międzynarodowego, ze szczególnym uwzględnieniem prawa polskiego*, „Studia Prawnicze” 1978, z. 3.
- Solomon D., *Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht*, in: *Klaus Schurig zum 70. Geburtstag*, Hrsg. R. Michaels, D. Solomon, Sellier European Law Publishers, München, 2012.
- Sołtysiński S., *Recenzja pierwszego wydania podręcznika M. Pazdana, Prawo prywatne międzynarodowe. Zarys wykładu*. Warszawa 1987, s. 262, „Państwo i Prawo” 1988, z. 11.
- Sonnentag M., *Renvoi*, in: *Encyclopedia of Private International Law*, T. 2, eds. J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. de Miguel Asensio, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UE, Northampton, MA, USA 2017.
- Sośniak M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 1., Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice, 1978.
- Sośniak M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 3., Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice, 1991.
- Sośniak M., *Rozwój nauki prawa prywatnego międzynarodowego*, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2014.
- Sośniak M., *Zasada równorzędności płci w zakresie zawarcia, unieważnienia i rozwiązania małżeństwa w socjalistycznych systemach prawa międzynarodowego prywatnego, ze szczególnym uwzględnieniem prawa polskiego*, „Studia Prawnicze” 1978, z. 3.
- Sznajder-Peroń K., *Nieemożność stwierdzenia treści prawa obcego w rozsądnym terminie — uwagi na tle art. 10 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2015, T. 16.
- Sznajder-Peroń K., *Zagadnienia związane z pojmowaniem i stosowaniem prawa właściwego*, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2014.
- Tomaszewski M., w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017.
- Vassilikakis E., *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du d.i.p. in Europe*, ANRT, Paris, 1987.
- Waehler J.P., *Równouprawnienie mężczyzny i kobiety w międzynarodowym prawie rozwodowym Republiki Federalnej Niemiec*, „Studia Prawnicze” 1978, z. 3.
- Walaszek B., *Łączniki*, w: B. Walaszek, M. Sośniak, *Prawo międzynarodowe prywatne*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków, 1959.
- Walaszek B., *Zasady dotyczące pojmowania i stosowania własnego prawa*, w: B. Walaszek, M. Sośniak, *Zarys prawa międzynarodowego prywatnego*, PWN, Warszawa, 1968.


- Walaszek B., *Zasady dotyczące pojmowania i stosowania własnego prawa*, w: B. Walaszek, M. Sośniak, *Zarys prawa międzynarodowego prywatnego*, wyd. 2., PWN, Warszawa, 1973.
- Warbrick C., *States and Recognition*, in: *International Law*, ed. M.D. Evans, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- Wengler W., *Das Gleichheitsprinzip im Kollisionsrecht*, in: *Eranion in honorem Georgii S. Maridakis*, T. 3, Universitas Athenis, Athen, 1964.
- Wengler W., *Zur Technik der internationalprivatrechtlichen Rechtsanwendungsanweisungen des IPR-„Reform“gesetzes von 1986*, „Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 1989, H. 3.
- Wilderspin M., *Overriding mandatory rules*, in: *Encyclopedia of Private International Law*, T. 2, eds. J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. de Miguel Asensio, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UE, Northampton, MA, USA 2017.
- Zachariasiewicz M., *Klauzula porządku publicznego*, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2014.
- Zachariasiewicz M., *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości „fori”*, C.H. Beck, Warszawa, 2018.
- Zachariasiewicz M., w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2018.
- Zachariasiewicz M.A., *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie*, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2014.
- Zachariasiewicz M.A., w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2018.
- Zoll F., *Międzynarodowe i międzydzielnicowe prawo prywatne*, w: *Encyklopedia podręczna prawa prywatnego: założona przez Henryka Konica*, red. F. Zoll, J. Wasilkowski, z. 15 (z. 5, T. 2), Instytut Wydawniczy „Biblioteka Polska”, Warszawa [b.d.w.].
- Zoll F., *Międzynarodowe i międzydzielnicowe prawo prywatne w zarysie*, Instytut Wydawniczy „Biblioteka Polska”, Warszawa, 1937.
- Zoll F., *Projekty ustaw o polskim prawie międzynarodowym prywatnym i o prawie międzydzielnicowym prywatnym*, „Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne” 1920, nr 1—4.



Monika Jagielska^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0002-8649-945X>

Mariusz Jagielski^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0003-2239-7216>

W poszukiwaniu prawa właściwego dla cywilnoprawnych roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia RODO (art. 82 RODO)¹

Abstract: The main purpose of this study is to determine which conflict of law rules constitute the basis for the search for the law applicable to private-law compensation claims provided for in Article 82 of the GDPR, and whether it is possible to apply the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations in this regard. The authors first set out the main features of the claim, with particular emphasis on those areas where discrepancies may arise at the level of national law. They then qualify the claim as a tortious one, which leads them to pose a question about the applicability of the Rome II Regulation in this case. Special attention is given to the relationship between privacy and personal data protection. The authors argue that these two spheres have become gradually separated from each other and finally, under GDPR, claims for damages for a breach of personal data protection being independent of claims for an infringement of personal rights. Consequently, they assume that the law applicable to a claim under Article 82 of the GDPR should be indicated on the basis of the Rome II Regulation, despite the doubts arising from the exclusion provided for in Article 1.2.g Rome II. If approach is accepted, it will have significant consequences for the harmonisation of the application of the GDPR in the

^{a)} Dr hab., Uniwersytet Śląski w Katowicach.

¹ Publikacja powstała w ramach realizacji projektu badawczego CEPIL, finansowanego przez Komisję Europejską, project: 80078-CEPIL-JUST-JCOO-AG-2017.

EU Member States, and for achieving the harmonisation of decisions at the level of national law.

Keywords: GDPR — Rome II Regulation — personal data — privacy — conflict-of-law rules — tortious liability

1. Wprowadzenie

Problematyka ochrony danych osobowych nabiera współcześnie coraz większego znaczenia. Działania legislacyjne podejmowane w ramach Unii Europejskiej zmierzają do wyznaczenia standardów ochrony danych osobowych i wypracowania instrumentów prawnych ich egzekwowania, w tym przyznania osobom, których prawa naruszono, odpowiednich środków ochrony prawnej. Zapewnienie należytego poziomu ochrony podmiotom danych jest szczególnie istotne w kontekście transgranicznym, z uwagi na różnice istniejące między regulacjami prawnymi obowiązującymi w poszczególnych państwach. Konstatacja ta dotyczy odmienności nie tylko między unormowaniami europejskimi a pozaeuropejskimi, lecz także wewnątrz Unii Europejskiej. Pomimo podjęcia wielu działań, zmierzających do ujednoczenia rozwiązań prawnych o ochronie danych osobowych w obrębie UE, wciąż w istotnym zakresie zachodzą między nimi rozbieżności. Brak jednolitej regulacji na poziomie ponadnarodowym, a także istniejące luki w obowiązującym unormowaniu pociągają za sobą konieczność poszukiwania i wskazania prawa właściwego dla roszczeń wynikających z RODO.

Głównym celem niniejszego opracowania jest ustalenie, jakie normy kolizyjne mogą stanowić podstawę poszukiwania prawa właściwego dla roszczeń odszkodowawczych o charakterze prywatnoprawnym przewidzianych w art. 82 RODO, a przede wszystkim czy dopuszczalne jest stosowanie w tym zakresie rozporządzenia Rzym II o prawie właściwym dla zobowiązań pozaumownych. W tym celu, po scharakteryzowaniu omawianego roszczenia wraz ze wskazaniem obszarów, w których może dochodzić do rozbieżności na poziomie prawa krajowego i dokonaniu jego kwalifikacji, przeprowadzona zostanie analiza co do możliwości zastosowania rozporządzenia Rzym II. Szczególnego uwzględnienia wymaga w tym kontekście kwestia wzajemnych relacji między ochroną prywatności a ochroną danych osobowych. Autorzy wywodzą, że stopniowo dochodzi do oddzielenia od siebie tych dwóch sfer, a roszczenia odszkodowawcze z tytułu naruszenia ochrony danych osobowych na grun-

cie RODO są niezależne² od roszczeń z tytułu naruszenia dóbr osobistych³. W konsekwencji przyjmują, że wskazanie prawa właściwego dla roszczenia z art. 82 RODO powinno nastąpić na podstawie rozporządzenia Rzym II o prawie właściwym dla zobowiązań pozaumownych, mimo wątpliwości rodzących się na tle wyłączenia przewidzianego w art. 1 ust. 2 lit. g tegoż rozporządzenia. Akceptacja dla takiego ujęcia będzie mieć istotne konsekwencje dla ujednoczenia stosowania RODO w państwach członkowskich UE oraz dla osiągnięcia harmonii rozstrzygnięć na poziomie prawa krajowego.

2. Charakter prawny i przesłanki roszczenia z art. 82 RODO: konieczność poszukiwania prawa właściwego

Podstawowym aktem europejskim regulującym zasady przetwarzania danych osobowych jest Rozporządzenie 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 [ogólne rozporządzenie o ochronie danych⁴, dalej: RODO]. Określa ono nie tylko prawa i obowiązki podmiotów w dziedzinie ochrony danych, lecz także mechanizmy ich egzekwowania. Przewidziane w tym zakresie instrumenty prawne można podzielić na takie, które pozostają w kompetencji organów nadzorczych⁵, i takie które przysługują zainteresowanym jednostkom. Wśród tych ostatnich wskazać można służące podmiotom praw bezpośrednio w ich relacjach z podmiotami wykorzystującymi ich dane (administratorami i podmiotami przetwarzającymi)⁶ oraz takie, które umożliwiają zainicjowanie postępowania przed uprawnionym

² Kwestia ta jest sporna w doktrynie, por. komentarz do art. 82, w: *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*, red. P. Litwiński, Legalis 2018, art. 82.

³ Tak też A. Pązik, *Szkoda wynikająca z naruszenia przepisów RODO. Wybrane problemy*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2020, z. 3, s. 142 i cytowana tam literatura. Zob. też N. Zawadzka, w: *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, red. D. Lubasz, Lex 2019, art. 92.

⁴ OJ L 119, 4.5.2016, s. 1–88.

⁵ Por. art. 57 i 58 RODO.

⁶ Temu celowi służą prawa określone w rozdz. III RODO.

organem (organem nadzorczym lub sądem)⁷. W przepisach dotyczących ochrony danych osobowych można odnaleźć trzy uprawnienia o wskazanym charakterze: prawo żądania przed kompetentnym organem, by wymusił on na administratorze lub podmiocie przetwarzającym przestrzeganie przepisów o ochronie danych osobowych, prawo żądania wyegzekwowania konkretnego uprawnienia przyznanego żądającemu przez przepisy o ochronie danych osobowych oraz prawo żądania odszkodowania za szkodę związaną z przetwarzaniem danych osobowych z naruszeniem przepisów o ochronie tych danych. Wskazane żądania pojawiały się w dziedzinie ochrony danych osobowych stopniowo, wraz z jej rozwojem⁸. W RODO zostały one skonkretyzowane w postaci trzech środków prawnych: prawa wniesienia skargi do organu nadzorczego w przypadku, gdy przetwarzanie danych osobowych skarżącego narusza RODO (art. 77), prawa do skutecznego środka ochrony prawnej przed sądem w przypadku naruszenia prawa przysługującego skarżącemu na mocy RODO (art. 79) oraz prawa uzyskania od administratora lub podmiotu przetwarzającego odszkodowania za szkodę majątkową lub niemajątkową w wyniku naruszenia RODO (art. 82).

Zgodnie z art. 82 RODO, każda osoba, która poniosła szkodę majątkową lub niemajątkową w wyniku naruszenia rozporządzenia, ma prawo uzyskać od administratora lub podmiotu przetwarzającego odszkodowanie za poniesioną szkodę. Przy czym podmiot przetwarzający odpowiada za szkody spowodowane przetwarzaniem wyłącznie, gdy nie dopełnił obowiązków, które rozporządzenie nakłada bezpośrednio na tego typu podmioty, lub gdy działał poza zgodnymi z prawem instrukcjami administratora, albo wbrew tym instrukcjom. Zarówno administrator, jak i podmiot przetwarzający są zwolnieni z odpowiedzialności, jeżeli udowodnią, że w żaden sposób nie ponoszą winy za zdarzenie, które doprowadziło do powstania szkody (tak w polskim oficjalnym tłumaczeniu art. 82).

Przepis powyższy daje zatem poszkodowanemu możliwość wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym. Przepisy RODO stanowią samodzielną podstawę konstruowania stosownego roszczenia⁹. W doktrynie podjęto rozważania, czy roszczenie to ma charakter deliktowy, czy kontraktowy¹⁰.

⁷ Chodzi o środki ochrony prawnej określone w rozdz. VIII RODO.

⁸ Wszystkie jednak istniały już przed RODO. Por. M. Jagielski, *Prawo do ochrony danych osobowych. Standardy europejskie*, Wolters Kluwer Polska SA, Warszawa, 2010, s. 157–163.

⁹ R. Strugała, *RODO a odpowiedzialność odszkodowawcza. Podstawowe problemy odpowiedzialności za szkodę spowodowaną nieprawidłowym przetwarzaniem danych osobowych*, „Monitor Prawniczy” 2018, nr 17, s. 914.

¹⁰ C. Ungureanu, *Legal Remedies for Personal Data Protection in European Union*, „Logos Universality Mentality Education Novelty Section: Law” 2018, no. 2, s. 32; M. Gumularz, *Wpływ regulacji odpowiedzialności odszkodowawczej w ogólnym rozporządze-*

Biorąc pod uwagę naturę roszczenia, jego samodzielny charakter, niezależny od więzi o charakterze względnym, należy zgodzić się ze stanowiskiem, zgodnie z którym roszczenie z art. 82 RODO jest roszczeniem deliktowym¹¹. Na podstawie RODO można określić podstawowe jego przesłanki, choć zakres regulacji jest ograniczony i odnosi się tylko do niektórych elementów odpowiedzialności, pozostałe pozostawiając regulacji prawa krajowego. Szczegółowa analiza przesłanek deliktu z art. 82 RODO pozostaje poza zakresem niniejszego opracowania¹². Niemniej jednak poniżej wskazane zostaną te kwestie, które mogą prowadzić do rozbieżności w stosowaniu art. 82 lub wymagają sięgania do prawa krajowego, a w sporach z elementem obcym wiążą się z poszukiwaniem prawa właściwego.

Jeśli chodzi o zdarzenie powodujące szkodę, w RODO jest ono ujmowane jako przetwarzanie danych osobowych z naruszeniem rozporządzenia¹³. Należy przez nie rozumieć takie przetwarzanie, które nie tylko narusza RODO, lecz także akty delegowane i implementujące przyjęte na mocy tegoż rozporządzenia, oraz takie, które narusza przepisy krajowe doprecyzowujące to rozporządzenie (motyw 146 RODO)¹⁴. Źródeł rozbieżności szukać można m.in. w:

— delegacji zawartej w art. 6 ust. 2 i 3 RODO, która pozwala na zachowanie lub wydanie bardziej szczegółowych przepisów prawa krajowego, gdy przetwarzanie ma być oparte na przesłance niezbędności do

niu o ochronie danych osobowych na systemy prawa prywatnego państw członkowskich, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 5, s. 32—33; A. Pązik, *Szkoda wynikająca z naruszenia przepisów RODO...*, s. 132—133.

¹¹ Por. autorzy, których wskazuje A. Pązik, *Szkoda wynikająca z naruszenia przepisów RODO...*, s. 132, przyp. 24.

¹² Szerzej C. Ungureanu, *Legal Remedies for Personal Data Protection in European Union...*, s. 26—47; B. Van Alsenoy, *Liability under EU Data Protection Law: From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation*, „Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law” 2016, no. 3, s. 282 i n.; M. Błazewski, J. Behr, *Środki prawne ochrony danych osobowych*, Uniwersytet Wrocławski, Wrocław, 2018, s. 201 i n.; N. Zawadzka, w: *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz, Lex 2018, art. 82 i literatura tam cytowana; M. Górski, w: *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, red. M. Sakowska-Baryła, Legalis 2018, art. 79; P. Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Lex 2018, art. 82; P. Wróbel, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych (RODO) a prawo polskie — wybrane zagadnienia*, „Prawo Mediów Elektronicznych” 2017, nr 4, s. 40 i n.

¹³ Na stanowisku takim stoją też sądy krajowe, które powszechnie wskazują, że jedną z przesłanek odpowiedzialności jest naruszenie RODO. Tak m.in. Sąd Rejonowy z Hanowerze (Niemcy) w wyr. z 9.03.2019 r. (531 C 10952/19), Sąd Rejonowy w Overijsel (Niderlandy) w wyr. z 28.05.2019 r. (AK_18_2047) oraz Sąd Krajowy w Karlsruhe (Niemcy) w wyr. z 2.08.2019 r. (8 O 26/19).

¹⁴ Choć niektóre sądy krajowe pozostawiają tę kwestię otwartą. Tak Krajowy Sąd Pracy w Düsseldorfie (Niemcy) w wyr. z 11.03.2020 r. (12 Sa 186/19).

wypełnienia obowiązku prawnego ciążącego na administratorze lub przesłance niezbędności do wykonania zadania realizowanego w interesie publicznym, lub w ramach sprawowania władzy publicznej powierzonej administratorowi;

- delegacji zawartej w art. 23 RODO, która pozwala na ograniczanie zakresu niektórych obowiązków i praw wynikających z RODO w przypadku, gdy ograniczenie takie służy ważnym celom leżącym w ogólnym interesie publicznym;
- delegacji zawartej w art. 88, który upoważnia państwa członkowskie do objęcia szczególną, doprecyzowującą RODO regulacją stosunków pracy w celu zapewnienia ochrony praw i wolności w przypadku przetwarzania danych osobowych pracowników w związku z zatrudnieniem;
- delegacji zawartej w art. 85 dotyczącym możliwości wydania przepisów krajowych pozwalających pogodzić prawo do ochrony danych osobowych z wolnością wypowiedzi i informacji;
- delegacji zawartej w art. 8 ust. 1 poświęconemu warunkom wyrażenia zgody przez dziecko w przypadku usług społeczeństwa informacyjnego przewidującego „widełki”, w ramach których państwa członkowskie mogą określić wiek dziecka, do którego odnosi się wskazana regulacja ochronna (13—16 lat);
- delegacji zawartej w art. 9 ust. 4, który pozwala państwu członkowskim na podniesienie poziomu ochrony w przypadku danych genetycznych, biometrycznych i dotyczących zdrowia.

Na marginesie warto jeszcze wspomnieć o rozwiązaniu zawartym w art. 91. Na jego podstawie możliwe jest ustanowienie odrębnych, tak w stosunku do RODO, jak i w stosunku do prawa krajowego państw członkowskich, regulacji wewnętrznych Kościołów i związków wyznaniowych, określających zasady przetwarzania przez nie danych osobowych (tzw. kościelne RODO¹⁵). Należy zwrócić uwagę, że delegacja zawarta w art. 91 nie dotyczy bezpośrednio państw członkowskich, lecz działających w nich Kościołów i związków (wspólnot) wyznaniowych. Co więcej, niektóre ze wskazanych konfesyjnych regulacji wewnętrznych mogą zawierać własne przepisy odszkodowawcze, stanowiące odpowiednik art. 82 RODO¹⁶. Ustalenie podstawy prawnej rozszczenia odszkodowawczego będzie zatem w takich przypadkach wymagało wpierw ustalenia właściwego prawa krajowego, w ramach którego obowiązuje autonomiczna regulacja konfesyjna, następnie wskazania wła-

¹⁵ Przykłady takich regulacji podaje B. Łukańko, *Kościelne modele ochrony danych osobowych*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2019, s. 68 i n.

¹⁶ B. Łukańko, *Kościelne modele ochrony danych osobowych...*, s. 275 i n.

ściwej regulacji konfesyjnej, w końcu oceny relacji pomiędzy przepisami odszkodowawczymi zawartymi w tej regulacji, w prawie krajowym i w RODO.

Odnosząc się do przesłanki szkody, ustawodawca unijny ujmuje ją w art. 82 ust. 1 RODO jako „szkodę majątkową lub niemajątkową”, jednocześnie wskazując w motywie 146. preambuły, że pojęcie szkody należy interpretować szeroko, w sposób w pełni odzwierciedlający cele rozporządzenia, a osoby, których dane dotyczą, powinny uzyskać pełne i skuteczne odszkodowanie za poniesione szkody.

W chwili obecnej najwięcej rozbieżności w orzecznictwie sądów krajowych wywołuje kwestia rekompensaty szkód o charakterze niematerialnym, a zwłaszcza tego, czy dla przyznania odszkodowania wystarczy samo naruszenie RODO, czy też musi wystąpić jakiś uszczerbek na dobrach podmiotu domagającego się ochrony. Na najbardziej rygorystycznym stanowisku stoją w tym względzie sądy niemieckie¹⁷ i austriackie¹⁸, wskazując na konieczność zaistnienia obiektywnego naruszenia jakiegoś prawnie chronionego dobra. Sądy niderlandzkie są mniej wymagające w tym względzie, przyznając odszkodowanie, mimo że szkoda nie może być precyzyjnie określona i może mieć stosunkowo niewielki zakres¹⁹, natomiast sądy angielskie w ogóle takiego powiązania nie wymagają, przyznając rekompensatę za sam fakt naruszenia regulacji chroniącej dane osobowe²⁰. W tym ostatnim przypadku rozstrzygnięcie zapadło co prawda na tle dyrektywy 95/46, niemniej jednak w doktrynie podkreśla się, że stanowisko to nie powinno ulec zmianie na tle RODO²¹.

W doktrynie zauważa się²², że pojęciu szkody na tle przepisów rozporządzenia należy nadać autonomiczne znaczenie, które nie musi odpo-

¹⁷ Por.: Sąd Rejonowy w Diez (Niemcy) w wyr. z 7.11.2018 r. (8 C 130/18); Sąd Rejonowy w Bochum (Niemcy) w wyr. z 11.03.2019 r. (65 C 485/18); Wyższy Sąd Okręgowy w Dreźnie (Niemcy) w orzeczeniu z 11.06.2019 r. (4 U 760/19); Sąd Rejonowy we Frankfurcie nad Menem (Niemcy) w wyr. z 10.07.2020 r. (385 C 155/19 /70/); Sąd Krajowy w Karlsruhe (Niemcy) w wyr. z 2.08.2019 r. (8 O 26/19); Sąd Krajowy w Hamburgu (Niemcy) w wyr. z 4.09.2020 r. (324 S 9/19).

¹⁸ Sąd Najwyższy w wyr. z 27.11.2019 r. (6 Ob 217/19h); Wyższy Sąd Okręgowy w Innsbrucku (Austria) w wyr. z 13.02.2020 r. (1 R 182/19b).

¹⁹ Sąd Rejonowy w Overijssel (Niderlandy) w wyr. z 28.05.2019 r. (AK_18_2047); Sąd Rejonowy w Amsterdamie (Niderlandy) w wyr. z 2.09.2019 r. (7560515 CV EXPL 19-4611); Sąd Rejonowy dla Noord-Nederland w wyr. z 15.01.2020 r. (C/18/189406/HA ZA 19-6).

²⁰ Por. Sąd Apelacyjny dla Anglii i Walii (Wydział Cywilny) w wyr. z 2.10.2019 r. (Lloyd v Google, LLC [2019] EWCA Civ 1599).

²¹ B. Van Alsenoy, *Liability under EU Data Protection Law: From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation...*, s. 284.

²² A. Pązik, *Szkoda wynikająca z naruszenia przepisów RODO...*, s. 133—134.

wiadać rozumieniu szkody utrwalonemu na gruncie krajowych porządków prawnych. Pojęcie to może także być kształtowane przez orzecznictwo TSUE, choć Trybunał nie wypracował do tej pory definicji szkody odnoszącej się do odpowiedzialności za naruszenie przepisów chroniących dane osobowe. Sytuacja ta zapewne ulegnie zmianie w związku z orzeczeniem niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego²³, który nakazał sądowi niższej instancji (Sąd Rejonowy w Goslar) zwrócić się do TSUE z pytaniem prawnym, czy już drobne naruszenie RODO może stanowić podstawę odszkodowania za szkody niematerialne na podstawie art. 82. Co więcej, powstaje pytanie, na ile dotychczasowe orzecznictwo TSUE w przedmiocie pojęcia szkody, w tym szkody spowodowanej naruszeniem danych osobowych, może znaleźć zastosowanie dla roszczenia z art. 82 RODO, zwłaszcza biorąc pod uwagę zawartą w preambule dyrektywę przyznawania pełnego i skutecznego odszkodowania. Wydaje się raczej, że sądy krajowe — przynajmniej tak długo, jak długo kwestia ta nie zostanie rozstrzygnięta przez TSUE — będą interpretować pojęcie szkody zgodnie z prawem wewnętrznym. Podobnie prawu krajowemu podlegać będzie kwestia obliczania wysokości szkody, a także innych elementów wpływających na wysokość odszkodowania, jak np. przyczynienie się poszkodowanego do wyrządzenia czy zwiększenia szkody. Zastosowanie do roszczenia z art. 82 RODO konstrukcji takich, jak: podżeganie, pomocnictwo czy skorzystanie ze szkody, jest sporne w doktrynie²⁴. Gdyby jednak dopuszczono taką możliwość, to również i one podlegać będą prawu krajowemu.

Problematyka związku przyczynowego nie została szczegółowo podjęta ani w art. 82 RODO, ani w preambule rozporządzenia. Konieczność istnienia takiego związku wynika jednak wprost z brzmienia omawianego przepisu RODO. Nie wskazano natomiast w żaden sposób, za jaką koncepcją przyczynowości opowiada się unijny legislator. Kwestia ta w sporach z elementem obcym także podlegać będzie odpowiedniemu statutowi.

²³ Orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 14.01.2021 r. (1 BvR 2853/19). W sprawie chodziło o wysłanie pojedynczego e-maila o charakterze marketingowym na adres służbowy powoda. Sąd Rejonowy w Goslar (Niemcy), który rozstrzygał sprawę, oddalił powództwo o zadośćuczynienie, powołując się na fakt, że naruszenie było „drobne” (*eine Bagatellverstöße*) — wyr. z 27.09.2019 r. (28 C 7/19). Federalny Trybunał Konstytucyjny uznał to za błąd, argumentując, że taka przesłanka nie występuje bezpośrednio w RODO, nie wynika też ani ze stanowiska doktryny, ani z orzecznictwa TSUE. W tej sytuacji sąd nie powinien był dokonywać samodzielnej interpretacji art. 82 RODO, tylko wystąpić do TSUE w trybie pytania prejudycjalnego, by ten rozstrzygnął sprawę.

²⁴ O. Legat, w: *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, red. B. Marcinkowski, Lex 2018, art. 92.

Określenie zasady odpowiedzialności z art. 82 RODO jest problematyczne²⁵, w tym także na gruncie polskiej wersji językowej art. 82 ust. 3 rozporządzenia i motywu 146. preambuły. Odwołano się tam bowiem do pojęcia winy, podczas gdy w innych wersjach językowych RODO²⁶ mowa jest o zwolnieniu z odpowiedzialności, co raczej łączyć należy z bezprawnością²⁷ i zasadą ryzyka²⁸. Za taką interpretacją przemawia też wykładnia historyczna — nie było intencją ustawodawcy unijnego złagodzenie przesłanek odpowiedzialności w porównaniu z tym, co przewidywała dyrektywa 95/46²⁹ — oraz celowościowa — nie ma podstaw do takiego interpretowania RODO, by w poszczególnych państwach członkowskich różnicować wskazane przesłanki³⁰. Tymczasem istnieje ryzyko, że wraz z pojawieniem się rozstrzygnięć sądowych opartych na art. 82 RODO w poszczególnych państwach członkowskich³¹ kwestia zasady odpowiedzialności będzie różnie ujmowana. Niezależnie od przyjętego stanowiska w powyższej kwestii, choć opowiadamy się za taką wykładnią art. 82, z której wynika, że odpowiedzialność na podstawie tego przepisu opiera się na zasadzie ryzyka, trzeba podkreślić, że wskazówek co do interpretacji przyjętej zasady odpowiedzialności oraz określenia — jeżeli w ogóle — przesłanek zwalniających trzeba będzie poszukiwać we właściwym prawie krajowym.

Wreszcie należy zauważyć, że regulacja RODO odnośnie do omawianego deliktu nie jest kompletna. Niektóre zagadnienia unormowano w sposób szczątkowy, a niektóre — wcale³². Poza zakresem normowania rozporządzenia pozostają takie zagadnienia, jak długość terminów przedawnienia, skutki przedawnienia czy kwestie procedural-

²⁵ Por. R. Strugała, *Art. 82 GDPR: Strict Liability Or Liability Based on Fault?*, „European Journal of Privacy Law & Technologies” 2020, Special Issue, s. 71–79; zob. też wywody w tej kwestii w wyr. austriackiego Sądu Najwyższego z 27.11.2019 r. (6 Ob 217/19h).

²⁶ Na przykład: angielskiej, francuskiej, niemieckiej czy czeskiej.

²⁷ A.B. Menezes Cordeiro, *Civil Liability for Processing of Personal Data in the GDPR*, „European Data Protection Law Review” 2019, issue 4, s. 498.

²⁸ R. Strugała, *RODO a odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 914.

²⁹ R. Strugała, *RODO a odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 918.

³⁰ Taka interpretacja byłaby sprzeczna z celem RODO wskazanym w motywie 10. („Należy zapewnić spójne i jednolite w całej Unii stosowanie przepisów o ochronie podstawowych praw i wolności osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych”). Temu samemu celowi służy też przewidziany w art. 63 i n. RODO mechanizm spójności.

³¹ Por. chociażby orzeczenie Wyższego Sądu Okręgowego w Dreźnie (Niemcy) z 11.06.2019 r. (4 U 760/19), w którym sąd połączył odpowiedzialność na podstawie art. 82 RODO jedynie z bezprawnością działania, a nie z winą pozwanego.

³² P. Barta, w: *Ustawa o ochronie danych osobowych Komentarz*, red. P. Litwiński, Legalis 2018, art. 92.

ne³³. Rozporządzenie normuje w sposób autonomiczny kwestię odpowiedzialności solidarnej oraz regresu, choć nie jest to regulacja kompletna i wyczerpująca.

Prima facie mogłoby się wydawać, że dochodzenie roszczeń transgranicznych w dziedzinie ochrony danych osobowych dzięki RODO powinno być ułatwione. Jednym z kluczowych motywów europejskiej reformy ochrony danych osobowych w latach 2012—2016³⁴ było wprowadzenie na obszarze Unii „ujednoliczonego zestawu podstawowych przepisów” chroniących dane osobowe³⁵, co miało prowadzić do zapewnienia „tego samego poziomu ochrony danych w całej Unii” oraz zagwarantować „ten sam poziom ochrony” w przypadku przekazywania danych poza Unię³⁶. Za najbardziej odpowiedni instrument prawny służący do realizacji wskazanego celu uznano rozporządzenie europejskie³⁷, z uwagi na jego bezpośrednie stosowanie i skuteczność³⁸. Ustawodawca europejski wprowadził do niego szereg nowych, niewystępujących w dyrektywie 95/46, rozwiązań mających taką jednolitość zagwarantować³⁹.

Tak wyznaczone cele nie zostały w pełni zrealizowane. Abstrahując od kwestii zakresu zastosowania RODO (art. 2 rozporządzenia), należy zauważyć, że rozporządzenie to zawiera ponad 50 przepisów (tzw. *opening clauses*⁴⁰), które pozwalają państwom członkowskim na wydanie regulacji krajowych uszczegółwiających, uzupełniających, a nawet stanowiących odstępstwa w stosunku do postanowień RODO.

Co więcej, także w obszarach unormowanych przez RODO wiele miejsca pozostawiono do doprecyzowania na poziomie prawa krajowego. Wynika to z dość ogólnikowej, czasami nieprecyzyjnej, a przede wszystkim w istocie tylko ramowej regulacji rozporządzenia, którego przepisy ogra-

³³ R. Strugała, *RODO a odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 914.

³⁴ Wniosek rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) z 25.01.2012 r., COM/2012/011 final — 2012/0011 (COD), uzasadnienie, pkt 1.

³⁵ Ogólne rozporządzenie o ochronie danych z 25.01.2012 r., COM/2012/011 final — 2012/0011 (COD), uzasadnienie, pkt 3.1.

³⁶ Ogólne rozporządzenie o ochronie danych z 25.01.2012 r., COM/2012/011 final — 2012/0011 (COD), uzasadnienie, pkt 3.2.

³⁷ Ogólne rozporządzenie o ochronie danych z 25.01.2012 r., COM/2012/011 final — 2012/0011 (COD), uzasadnienie, pkt 3.1.

³⁸ T. Jaroszyński, *Rozporządzenie Unii Europejskiej jako składnik systemu prawa obowiązującego w Polsce*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2011, s. 83—100.

³⁹ Por. zwłaszcza rozdział VII RODO *Współpraca i spójność*.

⁴⁰ P. Schumacher, in: *New European General Data Protection Regulation. A Practitioner's Guide. Ensuring Compliant Corporate Practice*, eds. D. Rucker, T. Kugler, Nomos, Baden-Baden, 2018, s. 41.

niczają się do rozstrzygnięcia kwestii kluczowych, decydujących o specyfice zastosowania danego środka prawnego, akceptując milcząco, że pozostałe elementy podlegają krajowym porządkom prawnym. Tak więc, mimo że ustawodawca unijny postuluje „spójne i jednolite w całej Unii” stosowanie przepisów wydanych na podstawie zawartych w rozporządzeniu delegacji⁴¹, jest oczywiste, że istnienie tak wielu odstępstw na poziomie prawa krajowego oznacza, że w Europie, także po wejściu w życie RODO, nadal funkcjonuje 27 reżimów ochrony danych osobowych. RODO powoduje, że są one do siebie podobne, jednak pozostają odrębne.

3. Kwalifikacja roszczenia z art. 82 RODO: możliwość zastosowania rozporządzenia Rzym II

Jak wynika z wcześniejszych rozważań, wskazanie prawa właściwego w sporach transgranicznych z zakresu naruszenia ochrony danych osobowych w dalszym ciągu pozostaje potrzebne. Ustalenie prawa właściwego będzie musiało następować odrębnie w odniesieniu do każdego ze środków ochrony prawnej zawartych w RODO. Poniższe rozważania ograniczone zostaną do poszukiwania prawa właściwego dla roszczenia odszkodowawczego wynikającego z art. 82 RODO.

Wskazanie prawa właściwego wymaga w pierwszej kolejności dokonania właściwej, autonomicznej kwalifikacji omawianego roszczenia. Jak już wskazano, roszczenie odszkodowawcze z art. 82 RODO jest roszczeniem prywatnoprawnym, ma samodzielny charakter⁴² i może być dochodzone niezależnie od uprawnień wynikających z innych przepisów⁴³. Należy zatem przyjąć, że mamy tu do czynienia z przypadkiem pozamownej odpowiedzialności odszkodowawczej⁴⁴. Co za tym idzie, prawa właściwego należałoby szukać w rozporządzeniu Rzym II w sprawie pra-

⁴¹ Motyw 10. preambuły RODO.

⁴² M. Błażewski, J. Behr, *Środki prawne ochrony danych osobowych...*, s. 201 i n.; N. Zawadzka, w: *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz...*, art. 82 i literatura tam cytowana; M. Górski, w: *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz...*, art. 79; P. Schumacher, in: *New European General Data Protection Regulation...*, s. 191.

⁴³ P. Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz...*, art. 82; B. McGurk, *Data Profiling and Insurance Law*, Hart Publishing, Oxford, 2019, s. 245.

⁴⁴ M. Gumularz, w: *Ochrona danych osobowych*, red. D. Lubasz, Wolters Kluwer, Warszawa, 2020, s. 515.

wa właściwego dla zobowiązań pozaumownych⁴⁵. Kwestia ta nie jest jednak oczywista. Podstawowym problemem staje się bowiem ustalenie dopuszczalności stosowania rozporządzenia Rzym II do omawianego roszczenia⁴⁶. Zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. g, z zakresu zastosowania rozporządzenia wyłączone są zobowiązania pozaumowne wynikające z naruszenia prawa do prywatności i innych dóbr osobistych, w tym zniesławienia. Nie wchodząc w szczegóły dotyczące historii prac legislacyjnych i motywów przyjęcia owego wyłączenia⁴⁷, należy zwrócić uwagę, że powstało ono przede wszystkim pod wpływem nacisku mediów⁴⁸ i nie odnosiło się bezpośrednio do problematyki ochrony danych osobowych.

Kwestia dopuszczalności stosowania rozporządzenia Rzym II do roszczeń z zakresu ochrony danych osobowych podnoszona była już na tle dyrektywy 95/46⁴⁹. Zgodnie z przeważającym głosem doktryny, roszczenia wynikające z naruszenia prawa do ochrony danych osobowych pozostawały poza zakresem stosowania rozporządzenia Rzym II⁵⁰. Wskazywano na istotne nakładanie się ochrony prywatności i ochrony danych osobowych oraz trudności w ich rozdzieleniu⁵¹. Co więcej, w art. 30 rozporządzenia Rzym II przewidziano obowiązek Komisji przedłożenia opracowania dotyczącego sytuacji w dziedzinie prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych wynikających z naruszenia prawa prywatności i innych dóbr osobistych, uwzględniającego m.in. kwestie kolizyjnoprawne związane ze stosowaniem dyrektywy 95/46. Pośrednio zatem wskazano, że te ostatnie pozostają poza zakresem stosowania rozporządzenia Rzym II.

⁴⁵ Rozporządzenie (WE) nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.11.2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II), OJ L 199, 31.07.2007, s. 40—49.

⁴⁶ Kwestia ta jest sporna w doktrynie, zob. P. Wróbel, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych (RODO) a prawo polskie — wybrane zagadnienia...*, s. 43; P. Barta, w: *Ustawa o ochronie danych osobowych Komentarz...*, art. 92; L. de Lima Pinheiro, *Law Applicable to Personal Data Protection on the Internet: Some Private International Law Issues*, „Anuario Español de Derecho Internacional Privado” 2018, no. 18, s. 163—192, <https://ssrn.com/abstract=3364853>.

⁴⁷ Szerzej m.in. J. Balcarczyk, *Prawo właściwe dla dobrego imienia osoby fizycznej i jego ochrony*, Lex 2014; M. Pilich, *Prawo właściwe dla dóbr osobistych i ich ochrony*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2012, z. 3, s. 606 i n.

⁴⁸ M. Pilich, *Prawo właściwe dla dóbr osobistych i ich ochrony...*, s. 606 i n.

⁴⁹ M. Brkan, *Data Protection and Conflict-of-Laws: A Challenging Relationship*, „European Data Protection Law Review” 2016, issue 3, s. 329—333.

⁵⁰ P.A. De Miguel Asensio, *Jurisdiction and Applicable Law in the New EU General Data Protection Regulation*, „Revista Espanola de Derecho Internacional” 2017, 2—17, no. 1, s. 105.

⁵¹ M. Brkan, *Data Protection and Conflict-of-Laws: A Challenging Relationship...*, s. 331.

Trzeba jednak mieć na uwadze, że dyrektywa nie dawała podstaw do formułowania samodzielnego roszczenia o charakterze cywilnoprawnym. Konieczne było powiązanie go z innymi podstawami prawnymi, najczęściej odnoszącymi się do naruszenia dóbr osobistych. Na takim stanowisku stanął m.in. polski Sąd Najwyższy, który uznał, że „zabiegający o udzielenie ochrony dobrom osobistym, nawet jeśli jej przesłanki miałyby pozostawać w związku z korzystaniem z danych osobowych, musi wykazać występowanie okoliczności warunkujących zastosowanie na jego korzyść środków przewidzianych przez art. 23, 24 i 448 k.c., zaś osoba domagająca się ochrony danych osobowych powinna to czynić w trybie i na zasadach ustalonych w ustawie o ochronie danych osobowych”⁵².

Sytuacja uległa zmianie po wejściu w życie RODO, a wraz z nim regulacji określonej w jego art. 82. Jak wspomniano wyżej, zawarte w nim roszczenie ma charakter samodzielny i jest niezależne od innych podstaw dochodzenia roszczeń. Co ważne, nie jest ono *expressis verbis* bezpośrednio powiązane z naruszeniem konkretnych dóbr, w tym osobistych, w szczególności prywatności. Taką linię wykładniczą przyjęli projektodawcy polskiej ustawy o ochronie danych osobowych z 2018 r. [dalej: u.o.d.o.2018]. W uzasadnieniu projektu wskazano wprost, że przepisy krajowe wprowadzające RODO nie mogą naruszać bezpośrednio skutecznej normy wyrażonej w art. 82 rozporządzenia, czyli nie mogą „ograniczać dochodzenia roszczeń w oparciu o tę podstawę prawną”. W konsekwencji projektowane przepisy wykonawcze miały mieć jedynie charakter porządkowy i przesądzać o cywilnoprawnym trybie dochodzenia tych roszczeń⁵³. Przepisem takim jest chociażby art. 92 u.o.d.o.2018 nakazujący, by w zakresie nieuregulowanym rozporządzeniem 2016/679 do roszczeń z tytułu naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych, o których mowa w RODO, stosować kodeks cywilny. Kluczowe w interesującym nas kontekście są słowa „w zakresie nieuregulowanym rozporządzeniem 2016/679”, z których wynika, że w zakresie uregulowanym przez RODO odwoływanie się do kodeksu cywilnego nie jest potrzebne. Na potwierdzenie tej linii interpretacyjnej przez orzecznictwo musimy jeszcze poczekać. W pierwszym wydanym w Polsce orzeczeniu, w którym jako podstawę rozstrzygnięcia wskazano art. 82 RODO, sąd przywołał jednocześnie odpowiednie przepisy kodeksu cywilnego⁵⁴.

⁵² Wyr. SN z 13.12.2018, I CSK 690/17.

⁵³ Projekt ustawy o ochronie danych osobowych, druk nr 2410 z 5.04.2018, uzasadnienie s. 42.

⁵⁴ Por. wyr. SO w Warszawie z 6.08.2020 r. (sygn. akt XXV C 2596/19), w którym Sąd jako podstawy zasądzenia zadośćuczynienia pieniężnego wskazał jednocześnie art. 82 ust. 1 RODO oraz art. 448 k.c. w zw. z art. 24 § 1 zd. 2 k.c. Trzeba jednak podkre-

W naszym przekonaniu roszczenie przewidziane w art. 82 RODO należy potraktować jako autonomiczne w stosunku do wcześniej wypracowanych instrumentów ochronnych, zarówno tych wywodzących się z dziedziny ochrony praw podstawowych, jak i tych służących do ochrony dóbr osobistych. Roszczenie z art. 82 RODO jest roszczeniem z tytułu naruszenia obowiązku ochrony danych osobowych, a nie z tytułu „naruszenia prawa do prywatności i innych dóbr osobistych”.

Ostatnimi czasy możemy zresztą obserwować wyraźną tendencję do oddzielania się ochrony danych osobowych od ochrony prywatności⁵⁵. Nie ulega wątpliwości, że te dwie sfery były niegdyś wyraźnie powiązane — prawo do ochrony danych osobowych wywodzi się z prawa do prywatności⁵⁶; na głębokie powiązanie między nimi wskazywały kolejne akty prawne wyznaczające standardy w dziedzinie ochrony danych osobowych⁵⁷; podobne stanowisko wyrażał także Trybunał Sprawiedliwości⁵⁸. Niemniej współcześnie utożsamienie ochrony danych osobowych z prawem do prywatności byłoby błędem. Prywatność należy traktować jako istotną, ale tylko jedną z wartości chronionych za pomocą przepisów o ochronie danych osobowych. Jak to ujął Trybunał Sprawiedliwości w jednym ze swoich orzeczeń, okoliczność, że prawo do ochrony danych osobowych może stanowić jeden z aspektów prawa do poszanowania prywatności nie oznacza, że wszystkie dane osobowe muszą wchodzić w zakres pojęcia prywatności. Stąd też Trybunał wywnioskował, że nie wszystkie dane osobowe mogą, ze względu na swe charakterystyczne cechy, naruszać prywat-

ścić, że Sąd w uzasadnieniu zaznaczył, że rozważył obydwie te podstawy prawne, gdyż zostały one wskazane w pozwie.

⁵⁵ Por. L. Trakman, R. Walters, B. Zeller, *Tort and Data Protection Law: Are There Any Lessons to Be Learnt?*, „European Data Protection Law Review” 2019, issue 4, s. 502 i n.

⁵⁶ M. Jagielski, *Prawo do ochrony danych osobowych...*, s. 9 i n.

⁵⁷ Por. Wytyczne Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju regulujące ochronę prywatności i przepływ danych osobowych przez granice (Paris, OECD 1980, <http://www.oecd.org/dataoecd/16/49/15590241.pdf>), preambuła i rekomendacje 1 i 2; Konwencja Rady Europy nr 108 o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych, sporządzona w Strasburgu 28.01.1981 r. (Dz.U. 2003, nr 3, poz. 25), preambuła oraz art. 1; dyrektywa 95/46, motywy 2., 7., 9., 11., 33., 68. oraz art. 1 ust. 1.

⁵⁸ Wyr. TSUE z 9.11.2010 (*Volker und Markus Schecke GbR*, C-92/09, i *Hartmut Eifert*, C-93/09, *przeciwko Land Hessen*); wyr. TSUE z 8.04.2014 (*Digital Rights Ireland Ltd. przeciwko Minister for Communications, Marine and Natural Resources i in. oraz Kärntner Landesregierung i in.*, C-293/12); wyr. TSUE z 13.05.2014 (*Google Spain SL, Google Inc. przeciwko Agencia de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, C-131/12); wyr. TSUE z 17.07.2014 (*w połączonych sprawach Y.S przeciwko Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, C-141/12, i *Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel przeciwko M. and S.*, C-372/12).

ność osoby, której dotyczą⁵⁹. W doktrynie⁶⁰ wskazuje się, że jednym, choć nie jedynym, z podejść TSUE do wzajemnej relacji między prywatnością a ochroną danych osobowych jest ich wyraźne odróżnianie⁶¹.

Znamiennym wyrazem uznania odrębności tych dwóch sfer ochrony jest ich osobne traktowanie na poziomie praw podstawowych. To wyodrębnienie zostało zapoczątkowane w aktach konstytucyjnych już w latach siedemdziesiątych XX w.⁶², co jednak kluczowe z perspektywy interesującego nas zagadnienia interpretacji postanowień RODO, ostatecznie pojawiło się też w traktatach europejskich. Taka właśnie odmienna regulacja ma miejsce w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej [dalej: KPP], odpowiednio, art. 7 — prawo do poszanowania życia prywatnego, art. 8 — ochrona danych osobowych⁶³. Ochrona danych osobowych w sposób autonomiczny⁶⁴ została też potraktowana w art. 16 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej [dalej: TFUE]⁶⁵. Tymczasem to właśnie bezpośrednio do przepisów tych aktów prawnych (art. 8 KPP i art. 16 TFUE) odwołują się twórcy RODO w motywie 1. Znamienne jest pominięcie w tym kontekście art. 7 KPP. W konsekwencji art. 1 ust. 2 RODO, który określa przedmiot i cel rozporządzenia, jako taki wskazuje ochronę podstawowych praw i wolności osób fizycznych, w szczególności ich prawa do ochrony danych osobowych. Prawo do prywatności zostało w tym kontekście pominięte, mimo że występowało we wcześniej uchwa-

⁵⁹ Wyr. TSUE z 8.11.2007 (*Bavarian Lager Co. Ltd. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, T-194/04), pkt. 8, 118, 119.

⁶⁰ A. Dimitrova, M. Brkan, *Balancing National Security and Data Protection: the Role of EU and US Policy-Makers and Courts before and after the NSA Affair*, „Journal of Common Market Studies” 2017, issue 4, s. 8—10; A. Serban, *Settling the Disputes Referring to Personal Data Protection*, „Analele Stiintifice Ale Universitatii Alexandru Ioan Cuza Din Iasi Stiinte Juridice” 2018, Special Issue, s. 161.

⁶¹ Zob. np. wyr. TSUE z 21.12.2016 (*Tele2 Sverige AB przeciwko Post-och telestyrelsen*, C-203/15), w którym ochrona danych osobowych i ochrona prywatności występują wprawdzie wspólnie, ale jako odrębne pojęcia.

⁶² Wyodrębnienie prawa do ochrony danych osobowych nastąpiło po raz pierwszy na poziomie regulacji konstytucyjnej w Portugalii w 1976 r. (art. 35), potem rangę prawa zasadniczego nadano ochronie danych osobowych w Austrii i Hiszpanii (1978). Obecnie jego autonomiczne potraktowanie staje się standardem w przypadku nowo przyjmowanych konstytucji.

⁶³ Uchwalona i podpisana w 7.12.2000 r., moc wiążąca od 13.12.2007 r., weszła w życie 1.12.2009 r. (traktat lizboński).

⁶⁴ Artykuł 16 stanowi odzworowanie art. 8 KPP i rozszerza jego zastosowania na przetwarzanie danych dokonywane przez instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii oraz przez państwa członkowskie, gdy chodzi o działania wchodzące w zakres zastosowania prawa Unii. W przepisie tym nie ma nawiązania do ochrony prywatności i żadne inne postanowienia TFUE takiego nawiązania nie zawierają.

⁶⁵ Moc wiążąca od 13.12.2007 r., wszedł w życie 1.12.2009 r., czyli identycznie jak KPP jako element traktatu lizbońskiego.

lanych aktach prawnych wyznaczających standardy przetwarzania danych osobowych⁶⁶.

Odejście od bezpośredniego odwoływania się do prawa do prywatności w RODO może być wyjaśnione przez sposób jego ujęcia w KPP. W akcie tym zastosowano znaną z Europejskiej konwencji praw człowieka formułę „prawo do poszanowania życia prywatnego” (art. 8). Tymczasem we wcześniejszych aktach z dziedziny ochrony danych osobowych, w tym w dyrektywie 95/46, posługiwano się pojęciem „prawo do prywatności”, co stanowiło nawiązanie do amerykańskiego ujęcia tego prawa, rozumianego szerzej niż na gruncie europejskim⁶⁷. Przyjęcie na gruncie KPP wąskiego ujęcia ochrony prywatności, jako prawa do poszanowania życia prywatnego, przy jednoczesnym wyodrębnieniu ochrony danych osobowych jako odrębnego prawa podstawowego, będzie sprzyjać dalszemu rozchodzeniu się tych dwóch pojęć. Zjawisko to obserwowane jest także na poziomie prawa krajowego⁶⁸.

Należy również bardzo wyraźnie podkreślić, że ochrona danych osobowych nie sprowadza się do ochrony praw podstawowych jednostki. Konstrukcja zawarta w RODO jest szersza: chodzi o ochronę osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych (art. 1 ust. 1). W połączeniu z szerokim ujęciem szkody skutkuje to objęciem roszczeniem z art. 82 wszystkich przypadków naruszenia przepisów RODO i — jak już wyżej wskazano — aktów delegowanych, implementujących lub doprecyzowujących RODO. Nie chodzi tu zatem jedynie ani o naruszenie praw podstawowych zawartych w KPP, ani o naruszenie dóbr osobistych powiązane z przetwarzaniem danych osobowych. To zaś skutkuje koniecznością zastosowania instrumentów ochrony odmiennych od tych, jakie były dotychczas stosowane w odniesieniu do ochrony prywatności⁶⁹.

⁶⁶ Odpowiadający art. 1 ust. 1 RODO przepis dyrektywy 95/46 (również art. 1 ust. 1) jako cel regulacji wskazywał ochronę podstawowych praw i wolności osób fizycznych, w szczególności ich prawa do prywatności w odniesieniu do przetwarzania danych osobowych. Twórcy RODO zdecydowali się więc zastosować tę samą konstrukcję, która była zawarta w dyrektywie 95/46, z tym że określenie „w szczególności ich prawo do ochrony prywatności w odniesieniu do przetwarzania danych osobowych” zastąpili frazą „w szczególności ich prawo do ochrony danych osobowych”. Jest to bez wątpienia zmiana symptomatyczna, która powinna zostać uwzględniona w ramach dokonywania interpretacji RODO.

⁶⁷ Por. K. Motyka, *Prawo do prywatności i dylematy współczesnej ochrony praw człowieka. Na przykładzie Stanów Zjednoczonych*, Verba, Lublin, 2006, s. 161—164.

⁶⁸ M. Kawecki, *Prawo ochrony danych osobowych jako nowa dziedzina prawa*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 5, s. 4—10; L. de Lima Pinheiro, *Law Applicable to Personal Data Protection on the Internet: Some Private International Law Issues...*, s. 164—165.

⁶⁹ Stanowisko takie w innym nieco kontekście wyraziła J. Taczowska-Olszewska, *Majątkowy i niemajątkowy charakter prawa do (ochrony) danych osobowych w świetle*

Dochodzenie ochrony prawnej w sądzie na podstawie art. 82 RODO jest zatem niezależne od ewentualnych roszczeń opartych na art. 23 oraz art. 24 k.c.⁷⁰ i samo w sobie nie stanowi roszczenia o ochronę dóbr osobistych⁷¹. Zakresy obydwu regulacji „krzyżują się” i tworzą niezależne podstawy dochodzenia roszczeń odszkodowawczych⁷². Do powiązania między naruszeniem obowiązku ochrony danych osobowych a dobrami osobistymi na tle art. 82 RODO dochodzić może najczęściej w przypadku roszczeń odszkodowawczych za szkody o niematerialnym charakterze, gdy sądy niektórych państw dla przyznania odszkodowania wymagają, oprócz wykazania naruszenia obowiązku ochrony danych osobowych, także wykazania naruszenia dóbr osobistych. Niemniej jednak nie jest to stanowisko znajdujące oparcie bezpośrednio w RODO, nie jest również — jak wyżej pokazano — powszechnie podzielane we wszystkich państwach członkowskich. Co więcej, wymóg naruszenia dóbr osobistych wiązany jest nie z samą podstawą prawną roszczenia, a raczej z kwestią zaistnienia szkody. Sądy orzekające, także w sprawach, w których nie doszło do zasądzenia rekompensaty, wyraźnie wskazywały, że roszczenie jest dopuszczalne, natomiast bezzasadne w konkretnych okolicznościach z uwagi na brak szkody⁷³.

Istotne z tej perspektywy znaczenie może mieć wspomniane wcześniej przyszłe orzeczenie TSUE, o wydanie którego ma wystąpić niemiecki Sąd Rejonowy w Goslar⁷⁴. Jeżeli bowiem TSUE uzna, że dla zasądzenia odszkodowania za szkody niematerialne wystarczy samo naruszenie RODO, to przyzna jednocześnie, że powiązanie między roszczeniem z art. 82 RODO a dobrami osobistymi nie jest wymagane, a to jednoznacznie przesądzi o dopuszczalności stosowania rozporządzenia Rzym II do tych roszczeń. Nawet jednak utrzymanie przez TSUE powiązania między przyznaniem rekompensaty a naruszeniem dóbr oso-

przepisów reformujących system ochrony danych osobowych w UE, w: Reforma danych osobowych — cel, narzędzia, skutki, red. J. Taczkowska-Olszewska, M. Nowikowska, A. Brzostek, Wydawnictwo Naukowe „Silva Rerum”, Akademia Sztuki Wojennej. Wydział Bezpieczeństwa, Poznań, 2018, s. 22.

⁷⁰ Szerzej, wraz z prezentacją różnych stanowisk doktryny, P. Wróbel, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych (RODO) a prawo polskie — wybrane zagadnienia...*, s. 42 i n.

⁷¹ Por. wyr. Sądu Rejonowego w Diez (Niemcy) z 7.11.2018 r. (8 C 130/18), w którym sąd stwierdza wyraźnie, że w porównaniu ze starym stanem prawnym wykazanie przesłanki poważnego naruszenia dóbr osobistych nie jest już konieczne do dochodzenia odszkodowania.

⁷² Takie stanowisko przedstawił M. Gumularz, w: *Ochrona danych osobowych...*, s. 525.

⁷³ Zob. wyroki wskazane w przyp. 17 i 18.

⁷⁴ W drodze pytania prejudycjalnego. Zob. przyp. 23.

bistych nie wyklucza możliwości stosowania rozporządzenia Rzym II do roszczeń o rekompensatę szkód niematerialnych spowodowanych naruszeniem obowiązku ochrony danych osobowych. Powiązanie to odnosi się bowiem, jak już wyżej wskazano, do samego pojęcia szkody, a nie do podstawy prawnej roszczenia. Ta zaś, jako odnosząca się do ochrony danych osobowych, a nie dóbr osobistych, nie jest objęta wyłączeniem z art. 1 ust. 2 lit. g rozporządzenia Rzym II. Tym bardziej nie są nim objęte roszczenia odszkodowawcze w razie wyrządzenia szkód o charakterze materialnym.

Warto także zwrócić uwagę na fakt, że utrzymanie powiązania roszczenia z art. 82 RODO z ochroną dóbr osobistych, a zwłaszcza prywatnością, prowadziłyby do daleko idących komplikacji. Wiązałyby się przede wszystkim z koniecznością stosowania krajowych przepisów kolizyjnych⁷⁵, które nie muszą zawierać ogólnej normy kolizyjnej dla przypadków odpowiedzialności pozaumownej nieobjętych zakresem stosowania rozporządzenia Rzym II, a mogą jedynie przewidywać normy szczegółowe dla konkretnych sytuacji nim nieobjętych (tak np. w polskiej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym z 2011 r., dalej: ustawa PPM)⁷⁶. Odpowiednia kwalifikacja roszczenia z art. 82 RODO rodziłaby wówczas istotne problemy. Można by albo uznać, że mamy do czynienia z luką w prawie i oprzeć się na art. 67 ustawy PPM, albo odwołać się do normy o dobrach osobistych, co zaprzeczałoby istocie i naturze roszczenia z art. 82 RODO. A przecież — jak już wyżej wskazano — ma ono samodzielny charakter, pełni inną funkcję, zostało wyodrębnione od reżimu ochrony dóbr osobistych. Dodatkowo odwołanie do krajowych norm kolizyjnych prowadziłyby do rozbieżności w skutkach stosowania RODO, a zatem stałyby w sprzeczności z intencją ustawodawcy europejskiego. Obydwa rozporządzenia zmierzają, choć w różnych obszarach, do realizacji tożsamyh celów: zapewnienia większego poczucia pewności prawa oraz spójnego i jednolitego stosowania przepisów w całej Unii⁷⁷. Ustalenie prawa właściwego dla roszczenia z art. 82 RODO na podstawie regulacji rozporządzenia Rzym II prowadziłyby do zapewnienia spójności rozstrzygnięć w obrębie Unii Europejskiej, a także przeciwdziało zjawisku *forum shopping*. Trzeba bowiem mieć na uwadze, że przepisy jurysdykcyjne zawarte w RODO przewidują właściwość przemienną sądu: po-

⁷⁵ Szerzej o problemach z tym związanych M. Świerczyński, *Jurysdykcja krajowa w świetle ogólnego rozporządzenia o ochronie danych*, w: *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Wybrane zagadnienia*, red. M. Kawecki, T. Osiej, Legalis 2017.

⁷⁶ Ustawa z 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe. T.j. Dz.U. 2015, poz. 1792.

⁷⁷ Warto w tym względzie porównać motywy 7. i 10. preambuły RODO z motywami 6. i 14. preambuły rozporządzenia Rzym II.

szkodowany może kierować roszczenie przed sąd państwa, w którym administrator lub podmiot przetwarzający mają swoją jednostkę organizacyjną, albo przed sąd tego państwa, w którym skarżący ma miejsce zwykłego pobytu (art. 79 RODO)⁷⁸. Co więcej, RODO nie wyłącza możliwości stosowania ogólnych przepisów jurysdykcyjnych, w tym rozporządzenia 1215/2012, a co za tym następuje, kierowania roszczenia przed sąd miejsca zamieszkania pozwanego czy miejsca, w którym nastąpiło lub może nastąpić zdarzenie wyrządzające szkodę⁷⁹. Ustalanie prawa właściwego dla roszczenia z art. 82 RODO na podstawie krajowych norm kolizyjnych nie tylko prowadziło do braku harmonii rozstrzygnięć w obrębie UE (przynajmniej tak długo, jak dana kwestia nie stałaby się przedmiotem orzecznictwa TSUE), lecz także mogłyby zachęcać strony do prób poszukiwania systemu prawnego zapewniającego stronie korzystniejsze rozstrzygnięcie.

4. Wnioski

Europejska reforma ochrony danych osobowych przeprowadzona w latach 2012—2016 zmierzała do zapewnienia na całym obszarze Unii Europejskiej tego samego poziomu ochrony danych osobowych. W celu realizacji tego zadania opracowano, a następnie wprowadzono w życie ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych (RODO), akt prawny bezpośrednio stosowany i bezpośrednio skuteczny we wszystkich państwach członkowskich. Nie oznacza to jednak pełnego ujednoczenia regulacji w dziedzinie ochrony danych osobowych. W RODO zawarto szereg delegacji stanowiących podstawy do tworzenia na poziomie krajowym przepisów uszczegółowiających, uzupełniających, a w pewnym zakresie także stanowiących odstępstwa od zawartych w nim postanowień. Jakkolwiek ustawodawca unijny zrobił wiele, by zapewnić spójne i jednolite w całej UE stosowanie tych przepisów, korzystanie ze wskazanych delegacji przez państwa członkowskie prowadzi do utrzymania na terenie Unii

⁷⁸ M. Górski, w: *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz...*, art. 79; J. Łuczak, w: *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz...*, art. 79; P. Fajgielski: *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz...*, art. 79; *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*, red. P. Litwiński, Legalis 2018, art. 79.

⁷⁹ Tak M. Świerczyński, *Jurysdykcja krajowa w świetle rozporządzenia ogólnego o ochronie danych osobowych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 12, s. 21—28.

27 autonomicznych reżimów ochrony danych osobowych. Mechanizmy zawarte w RODO pozwalają na daleko idące upodobnienie tych regulacji, jednak nie likwidują ich odrębności.

Jednocześnie w ramach wskazanej reformy zrezygnowano z ustanowienia w nowym akcie prawnym regulującym przetwarzanie danych osobowych przepisów kolizyjnych. W świetle wprowadzenia jednolitej pan-europejskiej regulacji prawnej najwyraźniej wydawało się to zbędne. Podejście takie należy uznać za wątpliwe. Brak generalnego rozstrzygnięcia kwestii kolizyjnych dla naruszeń ochrony danych osobowych nie oznacza, że problem ten przestał istnieć. Nadal pozostaje aktualna konieczność poszukiwania prawa właściwego odrębnie dla poszczególnych środków ochrony prawnej, które mają być zastosowane.

Jednym z tych środków jest roszczenie odszkodowawcze zawarte w art. 82 RODO. RODO określa jednak jedynie niektóre przesłanki jego zastosowania (i to w niepełny sposób), akceptując w ten sposób milcząco, że pozostałe elementy będą podlegać krajowym porządkom prawnym. Oznacza to, że sposób funkcjonowania tego roszczenia będzie różny w zależności od prawa właściwego, które zostanie zastosowane do oceny tych elementów.

W niniejszym opracowaniu przyjęte zostało stanowisko, zgodnie z którym wskazanie prawa właściwego dla roszczenia z art. 82 RODO powinno nastąpić na podstawie rozporządzenia Rzym II, mimo wątpliwości rodzących się na tle wyłączenia przewidzianego w art. 1 ust. 2 lit. g tegoż rozporządzenia⁸⁰. Przemawiają za tym zarówno argumenty odwołujące się do kierunku ewolucji prawa ochrony danych osobowych (nabierającego samoistnego charakteru, odrywającego się od ochrony dóbr osobistych, w tym prawa do prywatności), jak i odnoszące się do samego charakteru roszczenia zawartego w art. 82 RODO (ukształtowanego jako samodzielne roszczenie pozaumowne). *De lege ferenda* warto natomiast rozważyć odpowiednią zmianę rozporządzenia Rzym II⁸¹, tak by wyraźnie objęło ono swoim zakresem prywatnoprawne roszczenia o charakterze pozaumownym, powstające na tle naruszeń zasad ochrony danych osobowych. Alternatywnie efekt taki może zostać osiągnięty w ramach działalności orzeczniczej TSUE.

Przesądzenie dopuszczalności wykorzystania rozporządzenia Rzym II dla wskazania prawa właściwego do niektórych roszczeń z RODO pocią-

⁸⁰ Na stanowisku takim stanął także M. Świerczyński, *Prawo właściwe dla zobowiązań deliktowych wynikających z naruszenia zasad ochrony danych osobowych przyjętych w RODO*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2020, T. 27, s. 52.

⁸¹ Tak też J. von Hein, A. Bizer, *Social Media and the Protection of Privacy: Current Gaps and Future Directions in European Private International Law*, „International Journal of Data Science and Analytics” 2018, issue 3, s. 239.

ga za sobą pytanie o łączniki, które znalazłyby wówczas zastosowanie. Kwestia ta została już w sposób szeroki podjęta w polskiej doktrynie⁸², jednakże z uwagi na złożoność problemów co do interpretacji pojęć użytych w odpowiednich normach kolizyjnych, a zwłaszcza art. 4 rozporządzenia Rzym II⁸³, a także bogate orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości co do wykładni pojęcia miejsca powstania szkody⁸⁴ powinna ona stanowić przedmiot odrębnego opracowania.

Bibliografia

- Balcarczyk J., *Prawo właściwe dla dobrego imienia osoby fizycznej i jego ochrony*, Lex 2014.
- Barta P., w: *Ustawa o ochronie danych osobowych Komentarz*, red. P. Litwiński, Legalis 2018.
- Błazewski M., Behr J., *Środki prawne ochrony danych osobowych*. Uniwersytet Wrocławski, Wrocław, 2018.
- Brkan M., *Data Protection and Conflict-of-Laws: A Challenging Relationship*, „European Data Protection Law Review” 2016, issue 3.
- De Lima Pinheiro L., *Law Applicable to Personal Data Protection on the Internet: Some Private International Law Issues*, „Anuario Español de Derecho Internacional Privado” 2018, no. 18.
- De Miguel Asensio P.A., *Jurisdiction and Applicable Law in the New EU General Data Protection Regulation*, „Revista Espanola de Derecho Internacional” 2017, 2—17, no. 1.
- Dimitrova A., Brkan M., *Balancing National Security and Data Protection: the Role of EU and US Policy-Makers and Courts before and after the NSA Affair*, „Journal of Common Market Studies” 2017, issue 4.

⁸² Zob. M. Świerczyński, *Prawo właściwe dla zobowiązań deliktowych wynikających z naruszenia zasad ochrony danych osobowych przyjętych w RODO...*, s. 49 i n.

⁸³ Szerzej: J. Pazdan, M. Świerczyński, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20B, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, Legalis 2015, §44; M. Świerczyński, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2018, s. 896 i n.; M. Świerczyński, *Ujednolicenie reguł kolizyjnych dotyczących odpowiedzialności deliktowej (rozporządzenie Rzym II)*, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 8; M. Świerczyński, *Delikty „elektroniczne” w świetle rozporządzenia Rzym II*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2008, T. 3, s. 91—105.

⁸⁴ Na przykład: wyr. TSUE z 27.09.2017 r. (*w połączonych sprawach Nintendo Co. Ltd. przeciwko BigBen Interactive GmbH i BigBen Interactive SA*, C-24/16 i C-25/16); wyr. TSUE z 29.07.2019 r. (*TiborTrans Fuvarozó és Kereskedelmi Kft. przeciwko DAF Trucks N.V.*, C-451/18); wyr. TSUE z 20.07.2020 r. (*Verein für Konsumenteninformation przeciwko Volkswagen AG*, C-343/19) i in.

- Fajgielski P., *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Lex 2018.
- Górski M., w: *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, red. M. Sakowska-Baryła, Legalis 2018.
- Gumularz M., *Wpływ regulacji odpowiedzialności odszkodowawczej w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych osobowych na systemy prawa prywatnego państw członkowskich*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 5.
- Gumularz M., w: *Ochrona danych osobowych*, red. D. Lubasz, Wolters Kluwer, Warszawa, 2020.
- Jagielski M., *Prawo do ochrony danych osobowych. Standardy europejskie*, Wolters Kluwer Polska SA, Warszawa, 2010.
- Jaroszyński T., *Rozporządzenie Unii Europejskiej jako składnik systemu prawa obowiązującego w Polsce*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2011.
- Kawecki M., *Prawo ochrony danych osobowych jako nowa dziedzina prawa*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 5.
- Legat O., w: *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, red. B. Marcinkowski, Lex 2018.
- Łuczak J., w: *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz, Lex 2018.
- Łukańko B., *Kościelne modele ochrony danych osobowych*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2019.
- McGurk B., *Data Profiling and Insurance Law*, Hart Publishing, Oxford, 2019.
- Menezes Cordeiro A.B., *Civil Liability for Processing of Personal Data in the GDPR*, „European Data Protection Law Review” 2019, issue 4.
- Motyka K., *Prawo do prywatności i dylematy współczesnej ochrony praw człowieka. Na przykładzie Stanów Zjednoczonych*, Verba, Lublin, 2006.
- Pazdan J., Świerczyński M., w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20B, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, Legalis 2015.
- Pązik A., *Szkoda wynikająca z naruszenia przepisów RODO. Wybrane problemy*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2020, z. 3.
- Pilich M., *Prawo właściwe dla dóbr osobistych i ich ochrony*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2012, z. 3.
- Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*, red. P. Litwiński, Legalis 2018.
- Schumacher P., in: *New European General Data Protection Regulation. A Practitioner's Guide. Ensuring Compliant Corporate Practice*, eds. D. Rucker, T. Kugler, Nomos/Hart, Baden-Baden, 2018.
- Serban A., *Settling the Disputes Referring to Personal Data Protection*, „Anale Stiintifice Ale Universitatii Alexandru Ioan Cuza Din Iasi Stiinte Juridice” 2018, Special Issue.
- Strugala R., *Art. 82 GDPR: Strict Liability Or Liability Based on Fault?*, „European Journal of Privacy Law & Technologies” 2020, Special Issue.

- Strugała R., *RODO a odpowiedzialność odszkodowawcza. Podstawowe problemy odpowiedzialności za szkodę spowodowaną nieprawidłowym przetwarzaniem danych osobowych*, „Monitor Prawniczy” 2018, nr 17.
- Świerczyński M., *Delikty „elektroniczne” w świetle rozporządzenia Rzym II*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2008, T. 3.
- Świerczyński M., *Jurysdykcja krajowa w świetle ogólnego rozporządzenia o ochronie danych*, w: *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Wybrane zagadnienia*, red. M. Kawecki, T. Osiej, Legalis 2017.
- Świerczyński M., *Jurysdykcja krajowa w świetle rozporządzenia ogólnego o ochronie danych osobowych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 12.
- Świerczyński M., *Prawo właściwe dla zobowiązań deliktowych wynikających z naruszenia zasad ochrony danych osobowych przyjętych w RODO*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2020, T. 27.
- Świerczyński M., *Ujednolicenie reguł kolizyjnych dotyczących odpowiedzialności deliktowej (rozporządzenie Rzym II)*, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 8.
- Świerczyński M., w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2018.
- Taczkowska-Olszewska J., *Majątkowy i niemajątkowy charakter prawa do (ochrony) danych osobowych w świetle przepisów reformujących system ochrony danych osobowych w UE*, w: *Reforma danych osobowych — cel, narzędzia, skutki*, red. J. Taczkowska-Olszewska, M. Nowikowska, A. Brzostek, Wydawnictwo Naukowe „Silva Rerum”, Akademia Sztuki Wojennej. Wydział Bezpieczeństwa, Poznań, 2018.
- Trakman L., Walters R., Zeller B., *Tort and Data Protection Law: Are There Any Lessons to Be Learnt?*, „European Data Protection Law Review” 2019, issue 4.
- Ungureanu C., *Legal Remedies for Personal Data Protection in European Union*, „Logos Universality Mentality Education Novelty Section: Law” 2018, no. 2.
- Van Alsenoy B., *Liability under EU Data Protection Law: From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation*, „Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law” 2016, no. 3.
- Von Hein J., Bizer A., *Social Media and the Protection of Privacy: Current Gaps and Future Directions in European Private International Law*, „International Journal of Data Science and Analytics” 2018, issue 3.
- Wróbel P., *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych (RODO) a prawo polskie — wybrane zagadnienia*, „Prawo Mediów Elektronicznych” 2017, nr 4.
- Zawadzka N., w: *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz, Lex 2018.
- Zawadzka N., w: *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, red. D. Lubasz, Lex 2019.



Maciej Kochanowski^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0003-3425-1417>

Utracony zysk w myśl przepisów Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (CISG)

Abstract: The contribution focuses on the lost profits according to the CISG Convention (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods). The notion of lost profits and its extent according to Art. 74 CISG are presented. Moreover, aspects of calculation of lost profits, as well as limitations of the compensation for the lost profits are discussed. The author compares the notion of lost profits under CISG with the notion of lost profits under Polish private law. The author expresses his standpoint according to which the notion of lost profits under Polish law and under the CISG is quite similar, but by no means identical. The extent of the lost profits in two cases is different, as well as manners of its calculation. Therefore, caution is needed to avoid home-ward trend and invoking Polish scholarship and jurisprudence as a guideline for solving the issues connected with interpretation of lost profits according to the CISG should be avoided.

Keywords: CISG — International Sale of Goods — liability for damages — lost profits — loss of profit — *lucrum cessans*

^{a)} Mgr, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów z 1980 r.¹ [dalej: CISG lub Konwencja] zawiera jednolite przepisy regulujące prywatnoprawne aspekty międzynarodowej sprzedaży towarów. Gdy powstawał niniejszy artykuł, CISG została ratyfikowana przez ponad 90 państw². Konwencja obowiązuje w Polsce od 1996 r., jej tekst — oryginalna wersja w języku angielskim (jedna z sześciu wersji oficjalnych) wraz z polskim tłumaczeniem — opublikowany został w „Dzienniku Ustaw” rok później.

Konwencja stanowi integralną część porządku prawnego państwa, w którym została ratyfikowana, a więc także część polskiego porządku prawnego. Mimo to ma charakter autonomiczny: zgodnie z art. 7 CISG, przy interpretacji konwencji należy uwzględniać jej międzynarodowy charakter oraz potrzebę dążenia do jej jednolitego stosowania i poszanowania dobrej wiary w handlu międzynarodowym. Dotyczy to także rozumienia pojęć znanych polskiej cywilistyce, jak np. *lucrum cessans*³.

W niniejszym artykule podjęto próbę zdefiniowania utraconego zysku w myśl art. 74 CISG, z uwzględnieniem światowej literatury i orzecznictwa, określenia, jak utracony zysk należy obliczać oraz jakie są ograniczenia odszkodowania za utracony zysk. Autor dokonał także syntetycznego porównania *lucrum cessans* w myśl przepisów CISG z *lucrum cessans* w myśl przepisów kodeksu cywilnego⁴.

1. Definicja i zakres utraconego zysku w myśl przepisów CISG

1.1. Definicja utraconego zysku

Zgodnie z art. 74 CISG, odszkodowanie za naruszenie umowy przez jedną stronę obejmuje sumę równą stracie, w tym utratę zysku poniesioną przez drugą stronę w rezultacie naruszenia. Z przepisu tego wynika, że odszkodowanie należne jest tylko za te niekorzystne konsekwencje majątkowe związane z naruszeniem umowy, które można za-

¹ Dz.U. 1997, nr 45, poz. 286.

² https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status.

³ Por. B. Zeller, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oxford University Press, Oxford, 2018, s. 78.

⁴ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny, Dz.U. 1964, nr 16, poz. 93 z późn. zm.

klasyfikować jako stratę (*damnum emergens*) albo utracony zysk (*lucrum cessans*).

CISG nie zawiera definicji legalnej utraconego zysku. Pomocna w określeniu jego zakresu jest przede wszystkim zasada pełnej kompensacji szkody⁵, zgodnie z którą odszkodowanie ma przywrócić stan strony poszkodowanej do takiego, w jakim znajdowałaby się ona, gdyby umowa została prawidłowo wykonana⁶. Granice pełnej kompensacji wyznacza przede wszystkim art. 74 zd. 2 oraz art. 77⁷.

Stratą (*damnum emergens*) jest zmniejszenie środków majątkowych (*diminution of the assets*)⁸, rozumiane jako obniżenie wartości majątku, utrata własności albo powstanie nowych długów⁹. Utracony zysk (*lucrum cessans*) w myśl przepisów CISG jest przysporzeniem majątkowym (względnie zwiększeniem środków majątkowych — ang. *increase in the assets*), którego strona nie uzyskuje na skutek naruszenia kontraktu¹⁰. Jest to więc taki zysk, którego wypracowanie zostaje uniemożliwione przez naruszenie umowy¹¹. Obliczenie utraconego zysku polega na porównaniu przysporzenia, które strona uzyskiwałaby w związku z wykonaniem umowy, z przysporzeniem faktycznie uzyskanym w związku z naruszeniem umowy (o ile jakiegokolwiek nastąpiło)¹².

⁵ Uznawana za ogólną zasadę, na której opiera się CISG w myśl art. 7 ust. 2 CISG — C. Andersen, *General Principles of the CISG — Generally Impenetrable?*, in: *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, eds. C. Andersen, U. Schroeter, Wildy, Simmonds & Hill, London, 2008, s. 28—29, <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/andersen6.html>.

⁶ S. Singh, B. Zeller, *CIETAC's Calculations on Lost Profits under Article 74 of the CISG*, „Loyola University Chicago International Law Review” 2007, vol. 4, no. 2, s. 216; I. Schwenzer, in: *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, eds. P. Schlechtriem, I. Schwenzer, U.G. Schroeter, C.H. Beck, München, 2019, s. 1243.

⁷ J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG advisory council opinion no. 6: Calculation of Damages under CISG Article 74*, 2006, pkt 1.1, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>.

⁸ S. Singh, B. Zeller, *CIETAC's...*, s. 216.

⁹ D. Saidov, *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, „Pace International Law Review” 2002, 14, no. 2, s. 317. Na przykład konieczność opłacenia kary umownej na rzecz osób trzecich — Orzeczenie Landgericht Kassel (Niemcy), 1. Kammer für Handelssachen, 21.09.1995, 11 O 4261/94, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/192.htm>.

¹⁰ Zob. S. Singh, B. Zeller, *CIETAC's...*, s. 216.

¹¹ Zob. J. Gotanda, *Recovering Lost Profits in International Disputes*, „Georgetown Journal of International Law” 2004, no. 36, s. 61; J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.

¹² J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.1.

Uwzględnić należy przysporzenie po odliczeniu kosztów jego uzyskania¹³. Obliczając wysokość szkody, uwzględnić należy także koszty, których strona poszkodowana nie musiała ponieść w związku z tym, że umowa nie została wykonana; innymi słowy, uwzględnić należy koszty „zaoszczędzone” w związku z naruszeniem umowy. Zatem jeśli w wyniku niewykonania umowy strona mogła zaniechać otwarcia akredytywy, to koszty, które zdołała ona w ten sposób zminimalizować, należy uwzględnić przy przyznawaniu odszkodowania¹⁴.

Utrata zysku najczęściej jest spowodowana niemożnością prowadzenia działalności¹⁵ (niem. *Betriebsausfall*), utratą klienteli¹⁶

¹³ J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.1.

¹⁴ Orzeczenie Landgericht Kassel (Niemcy), 1. Kammer für Handelssachen, 21.09.1995, 11 O 4261/94, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/192.htm>: „Erfahrungsgemäß sind mit der Abwicklung eines Geschäfts der vorliegenden Art vielmehr weitere, zu einer Minderung des Ertrags führende Aufwendungen verbunden, die vorliegend erspart würden. So hatte die Klägerin unstreitig die geschuldete Untersuchung bereitgestellter Masten durch Inspektoren der E. auf eigene Kosten zu veranlassen, was, nach ihren Angaben jeweils USD 1.000. erforderte. Weiterhin hatte sie bei Durchführung des Vertrags mehrere Akkreditive zu eröffnen, was in aller Regel nicht unbeträchtliche — jetzt ersparte — Bankgebühren auslöst. Schließlich hatte sie die selbst zu zahlenden Beträge zumindest zeitweilig vorzufinanzieren, was üblicherweise gleichfalls zu korrespondierenden Belastungen führt”. J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.14.

¹⁵ Zob. Orzeczenie Zivilgericht Basel-Stadt (Szwajcaria), 8.11.2006, P 2004 152, <http://cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/1731.pdf>.

¹⁶ Orzeczenie Handelsgericht des Kantons Zürich (Szwajcaria), 10.02.1998, HG 970238.1, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=488>: „Hintergrund der Auseinandersetzung ist die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe mehrmals Kunstbücher resp. Kunstkataloge nicht rechtzeitig an Vernissagen oder Präsentationen geliefert, wodurch sie das Vertrauen äusserst wichtiger privater Kunstförderer verloren habe und hieraus grosser Schaden entstanden sei”. „Wohl ist der durch die Beklagte angetönte sogenannte »good will — Schaden« nach Wiener Kaufrecht durchaus ersetzbar (Caemmerer/Schlechtriem, a.a. O., N 20 und 43 zu Art. 74), doch auch dieser ist konkret darzulegen und zu substantiieren. Ein Zusammenhang zwischen den Bindungskosten und einem »good will Schaden« oder entgangenem Gewinn ist jedoch weder durch die Beklagte geltend gemacht worden, noch sonstwie erkennbar”.

Orzeczenie Audiencia provincial de Madrid (Hiszpania), 10.03.2010, 759/2008, <https://docplayer.es/5548241-Audiencia-provincial-de-madrid-10-marzo-2009-fuente-aranzadi-westlaw.html>: „Simplemente porque conociendo Vinos y Bodegas, S.A. la adición de ácido benzoico al vino suministrado, y conociendo como comerciante del sector la improcedencia de añadir esa sustancia al vino, resultaba del todo previsible la imposibilidad de su comercialización a terceros, y el consiguiente alcance de la pérdida a sufrir por Rexim, que no tenía la condición de consumidor final sino de comerciante, en cuya condición orientaba la adquisición a la reventa a terceros, con la consiguiente obtención de un beneficio derivado del margen comercial aplicado sobre el precio de esa reventa. La defectuosa calidad del vino destinado por Rexim a la comercialización a terceros, evidencia la previsible causación de un lucro cesante”.

albo związana jest z niemożnością sprzedaży (odsprzedaży) towaru¹⁷.

1.2. Naruszenie dóbr niemajątkowych a szkoda majątkowa

Ze względu na zakres regulacji przepisów CISG¹⁸ nie jest możliwe dochodzenie na ich podstawie odszkodowania za szkodę niemajątkową (zadośćuczynienia)¹⁹, które może być jednak dochodzone na podstawie wewnętrznego prawa właściwego wyznaczonego przez normy kolizyjne. Szkodę niemajątkową należy odróżnić od szkody majątkowej związanej z naruszeniem dóbr osobistych (względnie dóbr niemajątkowych), która może zostać uwzględniona w odszkodowaniu określonym

Orzeczenie wydane na podstawie ULIS: Orzeczenie Bundesgerichtshof (Niemcy), 24.10.1979, VIII ZR 210/78, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=24.10.1979&Aktenzeichen=VIII%20ZR%20210/78>: „Abgesehen von einem Minderwert von 11.167,78 DM sei ihm – dem Beklagten – ein Schaden von insgesamt 430.400 DM dadurch entstanden, daß: vier Großabnehmer aufgrund der mangelhaften Lieferung die Geschäftsbeziehungen mit ihm gelöst hätten, wodurch ihm auf vier Jahre berechnet ein sonst sicherer Verdienst von 288.000 DM entgangen sei”.

ULIS (Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods z 1964 r., <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>) to „poprzednik” Konwencji wiedeńskiej, będący dla niej wzorcem; wiele przepisów ULIS zostało przejętych do CISG jedynie z niewielkimi zmianami. ULIS, podobnie jak CISG, nie wywodzi się z konkretnego systemu prawnego i również musi być interpretowany w sposób „neutralny”, aby zachować autonomiczność jego przepisów. Możliwe jest posiłkowe odwoływanie się do doktryny i orzecznictwa interpretujących ULIS, w celu lepszego zrozumienia przepisów CISG; por. J. Honnold, *Documentary history of the uniform law for international sales: the studies, deliberations, and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*, Kluwer 1989, 6.

¹⁷ Zob. Orzeczenie, 30.10.2006, T-22/05, Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce (Serbia), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061030sb.html>.

¹⁸ Artykuł 5 CISG: „Niniejsza konwencja nie ma zastosowania do odpowiedzialności sprzedającego za śmierć lub utratę zdrowia jakiegokolwiek osoby, spowodowaną przez towary”.

¹⁹ J. Gotanda [Sprawozdawca], CISG..., pkt 7.1; Orzeczenie Multi-Member Court of First Instance of Athens (GRECJA), 01.01.2009, 4505/2009, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=2228>; J. Klatka, G. Żmij, w: *Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów: komentarz*, red. M. Pazdan, Zakamycze, Kraków, 2001, s. 606—607; N. Tepeš, *Non-material Damages Arising out of the Breach of Contract and Interpretation of Art. 74 CISG*, in: *Liber amicorum Gašo Knežević*, eds. T. Varady et al., Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 2016, s. 686; P. Schlechtriem, *Non-Material Damages — Recovery Under the CISG?*, „Pace International Law Review” 2007, no. 1, s. 89 i n.

na podstawie przepisów CISG²⁰. W myśl przepisów CISG dobra niemajątkowe nie mają samoistnej wartości, ale ich naruszenie ma znaczenie o tyle, o ile wiązało się z naruszeniem potencjału zarobkowego strony poszkodowanej²¹.

W praktyce odszkodowanie za szkodę majątkową związaną z naruszeniem dóbr niemajątkowych dochodzone na podstawie przepisów CISG wiąże się z utratą reputacji. Reputacja to opinia profesjonalistów albo konsumentów na temat danego podmiotu, oparta na cechach uwidoczonych w trakcie jego dotychczasowej działalności²². Utrata reputacji jest często ściśle związana z utratą przyszłych — częściowo jeszcze

²⁰ Por. J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 7 i n.

²¹ I. Schwenzer, P. Hachem, *The Scope of the CISG Provisions on Damages*, in: *Contract damages: domestic and international perspectives*, eds. D. Saidov, R. Cunnington, Hart Pub, Oxford, Portland, 2008, s. 100.

Odmienne D. Saidov, *Damages: The Need for Uniformity*, „Journal of Law and Commerce” 2005—2006, 25, s. 397—399. Przytoczony autor wskazuje, że reputacja jest szczególną, wyróżniającą się wśród innych dóbr niemajątkowych wartością dla przedsiębiorcy — dobra reputacja umożliwia, albo przynajmniej ułatwia, prowadzenie działalności gospodarczej. Autor proponuje uznanie reputacji za aktywa przedsiębiorstwa. Utrata albo pogorszenie reputacji jest dla przedsiębiorcy bardzo szkodliwe, nawet jeśli trudno wykazać w danej sytuacji natychmiastowe obniżenie zysku, który przedsiębiorca potrafi wypracować; efekt ten może być rozłożony w czasie, co uzasadnia zasądzenie odszkodowania również za samą utratę reputacji. Wydaje się jednak, że to stanowisko (a raczej praktyczne wnioski z niego płynące) niewiele różni się od popieranego przeze mnie stanowiska. Wszak autor sugeruje, że utrata reputacji przekłada się po prostu na utracony zysk, który jest jednak częściowo niemożliwy do obliczenia w momencie orzekania. Jest to więc raczej postulat, aby utracony zysk związany z utratą reputacji kalkulować w sposób wnikliwy i uwzględniać również przyszłe straty. Co więcej, gdyby za utratę reputacji i za utracony zysk oddzielnie przyznawać odszkodowanie, bardzo prawdopodobne byłoby dwukrotne zasądzenie odszkodowania za tę samą szkodę; por. J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 7.4; Orzeczenie Landgericht Darmstadt, 9.05.2000, 10 O 72/00, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/000509g1german.html>.

²² Szerzej na ten temat D. Saidov, *Damages...*, s. 397—399; w orzecznictwie wskazano też, że szkoda związana z „pogorszeniem reputacji określonego towaru” może zostać uwzględniona przy określaniu odszkodowania — Orzeczenie arbitrażowe Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (Rosja), 24.01.2000, Arbitration proceeding 54/1999, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000124r1.html> [tłumaczenie D. Saidov]: „The rules stipulated by Article 74 of the Vienna Convention 1980, are fully applicable to the claim for loss of profit caused by the sale of the second instalment of the goods under lower prices due to infliction of damage upon the reputation of the goods in the market as a result of the non-conforming quality of the same goods in the first instalment”. „Even if he had proved that reputation of the goods had been, in fact, seriously damaged as a consequence of the discovered defects, which led to the impossibility of the sale of the goods within a short period of time, he would have been entitled to claim compensation of loss only in such a part which was actually brought about by the seller's breach of the contract”.

nieokreślonych — zysków²³. W wielu przypadkach ze względu na utratę reputacji niemożliwe staje się zawarcie transakcji z taką samą liczbą kontrahentów, dochodzi więc do utraty zysku²⁴. Odszkodowanie może objąć taką szkodę, jednak musi ona zostać skonkretyzowana²⁵ — wykazane musi zostać to, że utrata reputacji skutkowałą utratą zysku²⁶.

Aby określić zakres utraconego w ten sposób zysku, konieczna jest ocena, w jakim stopniu działanie kontrahenta zaszkodziło reputacji strony poszkodowanej, a także jak duża liczba klientów zrezygnowała z tego powodu z nabywania towarów od strony poszkodowanej. Może to być wykazane np. na podstawie porównania złożonych wcześniej u strony poszkodowanej zamówień czy też na podstawie informacji na temat zapotrzebowania na określony produkt²⁷. Czasami konsekwencje utraty reputacji oszacować można również na podstawie otrzymanych przez klientów reklamacji produktów²⁸.

²³ S. Eiselen, *Unresolved damages issues of the CISG: a comparative analysis*, „Comparative and International Law Journal of Southern Africa” 2005, 38, no. 1, s. 37—38; J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 7.3.

²⁴ Por. D. Saidov, *Methods...*, s. 329 i n.: „As mentioned above, loss or injury to reputation can lead to pecuniary loss in the form of loss of profit. This can be called *material manifestation of non-material loss*”; P. Schlechtriem, *Non-Material Damages — Recovery Under the CISG?*, „Pace International Law Review” 2007, no. 1, s. 94—95.

²⁵ Orzeczenie Handelsgericht Zurich (Szwajcaria), 10.02.1999, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990210s1.html>.

²⁶ J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 7.1; por. D. Saidov, *Damages...*, s. 397.

²⁷ Zob. Orzeczenie Audiencia provincial de Madrid (Hiszpania), 10.03.2010, 759/2008, <https://docplayer.es/5548241-Audiencia-provincial-de-madrid-10-marzo-2009-fuente-aranzadi-westlaw.html>. W niniejszej sprawie sprzedawca został pozwany o utracony zysk, który kupujący uzyskałby przez odsprzedaż nabytego wina. Wino to zawierało jednak substancję uniemożliwiającą jego odsprzedaż na konkretnym rynku. Sąd uznał, że doświadczenie i wiedza sprzedawcy wystarczyły, by przewidzieć taką szkodę: „Simplemente porque conociendo Vinos y Bodegas, S.A. la adición de ácido benzoico al vino suministrado, y conociendo como comerciante del sector la improcedencia de añadir esa sustancia al vino, resultaba del todo previsible la imposibilidad de su comercialización a terceros, y el consiguiente alcance de la pérdida a sufrir por Rexim, que no tenía la condición de consumidor final sino de comerciante, en cuya condición orientaba la adquisición a la reventa a terceros, con la consiguiente obtención de un beneficio derivado del margen comercial aplicado sobre el precio de esa reventa. La defectuosa calidad del vino destinado por Rexim a la comercialización a terceros, evidencia la previsible causación de un lucro cesante”.

²⁸ Por. Orzeczenie Tampere Court of First Instance (Finlandia), 17.01.1997, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970117f5.html> [tłumaczenie J. Vanto]: „The non-conforming goods have caused significant damage to [buyer]’s business activities, because many of the retail clients have quit their purchases and the profit margin of the company has been in a steady decline. For example, a major client, RM Oy, has single-handedly returned a total of 19,103 cans of mushrooms. The goodwill of [buyer] as a supplier of quality canned food has suffered. Consequently, the re-establishment of that go-

Za niezasadne należy uznać stanowisko, że odmówić można zasądzenia odszkodowania obejmującego utracony zysk związany z utratą reputacji, jeśli strona dochodząca odszkodowania nie może określić jego dokładnej wysokości²⁹. Takie stanowisko jest niedopuszczalne przede wszystkim ze względu na to, że wiązałoby się z nałożeniem na powoda nieadekwatnego ciężaru dowodowego³⁰. Jednakże niewystarczające jest ogólne wskazanie, że na skutek naruszenia umowy doszło do utraty klientów³¹ — konieczne jest przynajmniej umożliwienie przez stronę naruszającą przeprowadzenia stosownej kalkulacji.

odwill requires additional effort and marketing”. „Witnesses statements are credible and they establish that [buyer] has lost several clients. The reason has been that the goods have not been of the promised high quality. The Spanish party has breached the contract as far as quality is concerned. The evidence insofar as the decrease in quality is concerned was discussed above in connection with price reduction. [Buyer] has suffered loss as a result of losing clients. Furthermore, regaining the reputation and credibility and creation of new customer networks has required extra effort and expenses”. „The loss caused to [buyer] has been foreseeable at the time of the conclusion of the contract, as required by article 74 of the CISG. [Buyer] had concluded the exclusive import contract because it was assured about the quality of the products delivered by the [seller]. The [seller] knew that the products had been accepted to the Finnish market because of their quality and that their competitiveness was dependent on their quality. Consequently, the business activities of [buyer] rested on the shoulders of Diamante products. Because trading between the Spanish Company and [buyer] was extensive and increasing, the Spanish party could have foreseen the economic consequences that a breach of contract would cause to [buyer]. On these grounds the court holds that [buyer] is entitled to the damages it has claimed”.

²⁹ Częściowo odmienne stanowisko Orzeczenie Landgericht Darmstadt, 9.05.2000, 10 O 72/00, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/000509g1german.html>: „Ein Durchschlagen des behaupteten Imageverlustes in zu realisierende Absätze hat die Beklagte nicht dargelegt. Dementsprechend »sieht sie sich auch ausser Stande, den aus dem Imageschaden resultierenden Vermögensschaden exakt zu beziffern«. Es mag sein, dass die weitere Marktentwicklung, wenn mangelhafte Ware auf den Markt kommt und vermarktet wird, nicht dem entspricht, was ansonsten zu erwarten gewesen wäre, allerdings ist hierbei ein Mindestmass an substantiellem Vortrag zu erwarten, den die Beklagte nicht erbracht hat, was zutreffenderweise die Klägerin gerügt hat”. „Sie kann nicht zum Einen Umsatzeinbussen geltend machen, die über die Frage des dann tatsächlich hieraus resultierenden Schadens (Gewinneinbusse) als Vermögensschaden liquidierbar wären und zusätzlich versuchen, »Imageverluste« in DM umzusetzen”.

³⁰ J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 7.3.

³¹ Orzeczenie Landgericht Darmstadt, 9.05.2000, 10 O 72/00, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/000509g1german.html>: „Die pauschale Behauptung, Abnehmer seien zu Konkurrenten abgewandert, ist nicht konkret genug, um hierauf eine Beweisaufnahme (Beweis Zeugnis Frandose Adler-Schmuck) stützen zu können. Gerade der Umstand, dass Einzelhändler abgewandert wären, müsste sich anhand der Geschäftsunterlagen problemlos dokumentieren lassen”.

1.3. Zysk już utracony a zysk przyszły

Zasądzając odszkodowanie, uwzględniać należy utracony zysk nie tylko do momentu wydania wyroku, lecz także zysk przyszły (ang. *future lost profit*)³². Nieuwzględnianie zysku przyszłego oznaczałoby, że poszkodowany musiałby poczekać z wystąpieniem z powództwem do momentu, w którym zysk przyszły „zamieni się” w zysk „już utracony”. Uwzględniając zarówno aspekty procesowe, jak i przedawnienie roszczeń, w niektórych systemach prawnych mogłoby to uniemożliwić albo znacznie utrudnić dochodzenie odszkodowania za część szkody³³.

Wyznaczanie jednoznacznej granicy czasowej, do której należy uwzględniać utracony zysk, nie jest też konieczne z tego względu, że ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej do szkody przewidywalnej (art. 74 zd. 2 CISG) i ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej o sumę, o jaką szkoda powinna być zmniejszona przez podjęcie rozsądnych kroków przez stronę poszkodowaną (art. 77 CISG), stanowią dostateczne ograniczenie odszkodowania za zbyt odległy czasowo utracony zysk³⁴.

1.4. Utracony zysk a utracona szansa (szkoda ewentualna)

Z zasady pełnej kompensacji szkody wynika, że nienależne jest odszkodowanie, które stawiałoby poszkodowanego w lepszej sytuacji, niż gdyby umowa została wykonana; niedopuszczalna jest więc sytuacja, w której poszkodowany wzbogaca się na odszkodowaniu³⁵. Trudność w określeniu *lucrum cessans* polega m.in. na określeniu jednoznacznej granicy pomiędzy utraconym zyskiem a spekulacją na temat możliwego do uzyskania zysku³⁶. Z tego względu kontrowersyjna jest możliwość zasądzenia odszkodowania za utraconą szansę względnie za szko-

³² S. Singh, B. Zeller, *CIETAC's...*, s. 216; J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.19; D. Saidov, *The law of damages in international sales: the CISG and other international instruments*, Hart Pub, Oxford, Portland, 2008, s. 76. Częściowo odmienne stanowisko J. Klatka, G. Żmij, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 605.

³³ D. Saidov, *The law...*, s. 76.

³⁴ Zob. J. Klatka, G. Żmij, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 606; F. Enderlein, D. Maskow, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods: Commentary*, Oceana, New York, 1992, s. 298—299.

³⁵ J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 9.

³⁶ Zob. S. Singh, B. Zeller, *CIETAC's...*, s. 220—223.

dę ewentualną (ang. *loss of chance* albo *loss of opportunity*³⁷). Ze szkodą ewentualną mamy do czynienia w sytuacji, gdy uzyskanie zysku wiązało się — przynajmniej częściowo — z wystąpieniem niepewnego zdarzenia. Szkada ewentualna może być np. związana z utratą szansy na otrzymanie zamówień od klientów³⁸. W przypadku utraty szansy na wypracowanie zysku dłużnik nie tyle przyczynia się do utraty zysku, ile raczej uniemożliwia podjęcie starania o ten zysk³⁹.

Udaremnienie szansy na niepewny zysk nie prowadzi — w myśl CISG — co do zasady do powstania odpowiedzialności odszkodowawczej⁴⁰. Co więcej, ze względu na ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej do szkody przewidywalnej (art. 74 zd. 2 CISG) zasądzenie odszkodowania za szkodę związaną z utraconą szansą byłoby w wielu przypadkach niezasadne. Można bowiem argumentować, że o ile wątpliwa była możliwość wypracowania zysku nawet w przypadku prawidłowego wykonania umowy, o tyle tym bardziej za nieprzewidywalne uznać należy utracenie potencjalnego zysku z uwagi na naruszenie umowy⁴¹.

Dochodzenie odszkodowania za utraconą szansę jest jednak w wyjątkowych przypadkach dopuszczalne. Szkada ewentualna powinna być uwzględniona w odszkodowaniu w sytuacji, gdy strona zawiera umowę wyłącznie w związku z chęcią podjęcia próby wypracowania zysku w związku z prognozowanym zdarzeniem (a więc w celu „uzyskania szansy”) i gdy cel ten był wiadomy (względnie powinien być wiadomy) dłużnikowi⁴². Sama szansa na wypracowanie zysku może mieć w takiej sytuacji wartość ekonomiczną⁴³. W tego typu umowach umożliwie-

³⁷ S. Eiselen, *Unresolved...*, s. 32—33.

³⁸ Orzeczenie Handelsgericht Zürich (Szwajcaria), 10.02.1999, HG 970238.1, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990210s1.html>. Sąd rozstrzygnął spór, w którym kupujący zlecił sprzedającemu dostarczenie katalogów o dziełach sztuki. Działalność kupującego polegała głównie na dystrybucji katalogów do klientów. Kupujący zaznaczył, że sprzedawca musi dostarczyć katalogi przed konkretną wystawą. W wyniku 3-godzinnego opóźnienia organizator wystawy wykreślił kupującego z listy dostawców katalogów i uniemożliwił mu w ten sposób otrzymywanie zamówień na katalogi.

³⁹ Zob. J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.15: „What separates a loss of chance from the general category of loss of profits is the existence of some contingency or unknown fortuitous event between the promisor’s performance and the promisee’s realization of gain. In this circumstance, a breach by the promisor prevents the promisee’s chance of profit from coming to fruition”.

⁴⁰ Orzeczenie Handelsgericht Zurich (Szwajcaria), 10.02.1999, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=488>: „Keinen ersatzfähigen Schaden begründet jedoch im allgemeinen die Vereitelung einer blossen Gewinnchance”; por. częściowo odmiennie stanowisko D. Saidov, *Damages...*, s. 402; D. Saidov, *The law...*, s. 72—73.

⁴¹ Częściowo odmiennie S. Eiselen, *Unresolved...*, s. 41—42.

⁴² J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 9.

⁴³ I. Schwenzer, in: *Kommentar...*, s. 1252; D. Saidov, *The law...*, s. 71.

nie kontrahentowi skorzystania z szansy wypracowania zysku może być uznane za domniemane świadczenie⁴⁴; taka szkoda jest też przewidywalna ze względu na znany stronom cel umowy. W takiej sytuacji, aby uzyskać odszkodowanie obejmujące szkodę ewentualną, strona poszkodowana musi wykazać, że szansa na uzyskanie zysku była dostatecznie „realna”⁴⁵.

2. Kalkulacja wysokości utraconego zysku

2.1. Wprowadzenie

Kalkulacja utraconego zysku jest w większości przypadków bardziej skomplikowana niż kalkulacja *damnum emergens*⁴⁶; dokładne obliczenie wysokości utraconego zysku nie we wszystkich przypadkach jest wykonalne⁴⁷. Kalkulacja ta wiąże się z analizą hipotetycznego stanu faktycznego, który wystąpiłby, gdyby umowa została wykonana⁴⁸. Rzetelna kalkulacja utraconego zysku często wymaga: dokładnej analizy możliwości zawarcia przez poszkodowanego dodatkowych umów, rentowności przedsiębiorstwa, warunków ekonomicznych, cen na danym rynku, preferencji konsumentów⁴⁹. W wielu sytuacjach nawet najdokładniej wykonana kalkulacja umożliwi jedynie wskazanie przybliżonej kwoty⁵⁰. W praktyce sąd albo trybunał arbitrażowy często zasądza kwotę uśrednioną, uzyskaną w wyniku porównania kalkulacji pozwanego z kalkulacją powoda⁵¹.

⁴⁴ J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.16.

⁴⁵ Szersze uwagi na ten temat zob. D. Saidov, *The law...*, s. 73–74. W niektórych aktach międzynarodowych możliwość dochodzenia odszkodowania za szkodę ewentualną jest przewidziana wprost: art. 7.4.3 (UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS), <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>: „(1) Compensation is due only for harm, including future harm, that is established with a reasonable degree of certainty. (2) **Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence**”.

⁴⁶ D. Schwartz, *The Recovery of Lost Profits under Article 74 of The U.N. Convention on the International Sale of Goods*, „Nordic Journal of Commercial Law” 2006, no. 1, s. 4; J. Gotanda, *Recovering...*, s. 61.

⁴⁷ J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.13.

⁴⁸ D. Schwartz, *The Recovery...*, s. 4.

⁴⁹ J. Gotanda, *Recovering...*, s. 62; D. Schwartz, *The Recovery...*, s. 5.

⁵⁰ J. Gotanda, *Recovering...*, s. 62.

⁵¹ J. Gotanda, *Recovering...*, s. 61–62.

2.2. Kalkulacja na podstawie art. 75 i 76 CISG

Abstrakcyjna oraz konkretna kalkulacja utraconego zysku

Utrata zysku często jest efektem niedojścia do skutku przyrzeczonej transakcji. W takich sytuacjach kalkulacja utraconego zysku na ogół jest przeprowadzana na podstawie art. 75 i art. 76 CISG, a więc z zastosowaniem metody abstrakcyjnej albo konkretnej⁵². Warunkiem zastosowania obu przepisów jest skuteczne odstąpienie od umowy. Cenę z umowy należy ustalić na podstawie art. 55 CISG.

Artykuł 76 CISG traktuje o abstrakcyjnej kalkulacji szkody. Strona może dochodzić wyrównania szkody obejmującej zysk, który określony zostanie zgodnie z art. 76 CISG, przez obliczenie różnicy pomiędzy ceną ustaloną w umowie a ceną bieżącą (ceną rynkową) miejsca, do którego towary miały zostać dostarczone, w momencie odstąpienia od umowy. Ceną bieżącą jest cena przyjęta w miejscu, w którym dostawa towarów powinna być dokonana, a jeżeli nie ma tam ceny bieżącej — cena przyjęta w innym miejscu, które można uznać za rozsądny, zastępczy punkt odniesienia, biorąc odpowiednio pod uwagę różnice w kosztach przewozu towarów. Niemożność jednoznacznego ustalenia ceny rynkowej nie oznacza jednak, że niezasadne jest przyznanie odszkodowania — w takich sytuacjach bywa, że wyliczenie utraconego zysku przeprowadza się na podstawie art. 74 CISG, biorąc pod uwagę całokształt sprawy⁵³.

⁵² Szersze uwagi na temat kalkulacji zgodnie z art. 75 i 76 CISG J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG Advisory Council: Opinion No. 8 Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76, Adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan, on 15 November 2008*. 2008, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op8.html>.

⁵³ Orzeczenie China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC] (Chiny), 10.2007, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071000c1.html> [tłumaczenie Fan Yao, Edycja Meihua Xu]: „According to Article 76 of CISG, [Seller] can recover the difference between the price fixed by the present contract and the current price at the time of avoidance. However, [Seller] did not provide evidence to show the market price of the five sets of DVD-R devices at the time when the contract was avoided on 12 April 2006. According to Article 74 of CISG, [Seller] can also obtain the loss of profit of the present contract. [Seller] submits that, calculated by the costs of [Seller], if these five sets of DVD-R devices were sold at the contract price, the contract profit would be 25% of 4,135,000.00, the total contract price of the five sets of devices, namely 1,033,750.00. However, after listening to the opinions of the parties sufficiently, and examining the evidence provided by the parties, the Tribunal holds that the 25% profit rate submitted by [Seller] is too high, and should be adjusted. The Arbitral Tribunal believes that it is reasonable to calculate the profit in rate of 6% of the total contract price, 4,135,000.00. That is to say, if [Seller] sold the five sets of DVD-R devices at the contract price, the profit it expected to obtain is 248,100.00. [Buyer] should compensate [Seller] the loss of profit in this amount”.

Kalkulacja zysku jest ułatwiona wtedy, gdy strona dochodzi zysku, który miała zamiar wypracować przez wykonanie transakcji, jeśli umowa zastępcza została już zawarta⁵⁴. Dotyczy to zarówno sytuacji, w której sprzedawca musiał zastępczo sprzedać towar innemu podmiotowi za niższą cenę, albo sytuacji, w której kupujący, który miał zamiar odsprzedać nabyty towar podmiotowi trzeciemu, musiał nabyć go drożej na drodze transakcji zastępczej w celu odsprzedaży podmiotowi trzeciemu. Zgodnie z art. 75 CISG, w razie rozwiązania umowy i jeżeli kupujący w rozsądny sposób, i w rozsądnym terminie po rozwiązaniu nabył zastępczo towary albo sprzedający towary odsprzedał, strona żądająca odszkodowania może otrzymać różnicę między ceną z umowy a ceną z transakcji zastępczej. Wyliczając szkodę na podstawie art. 75 CISG — w przeciwieństwie do kalkulacji zgodnie z art. 76 CISG — nie jest konieczne odwołanie się do trudniejszej do ustalenia ceny rynkowej danego miejsca w danym czasie, a jedynie porównanie dwóch konkretnych i jednoznacznie ustalonych cen z dwóch umów. Kalkulacja zgodnie z art. 75 CISG zasadniczo nie sprawia problemów w praktyce orzeczniczej⁵⁵. Jeśli możliwa jest kalkulacja szkody zarówno na podstawie art. 75 CISG, jak i art. 76 CISG, to szkodę należy obliczyć na podstawie art. 75 CISG⁵⁶. Utracony zysk może też zostać wyliczony przez porównanie ceny z umowy z pierwotnej transakcji z ceną z umowy zastępczej (analogicznie do art. 75 CISG), nawet jeśli nie doszło do odstąpienia od umowy⁵⁷ — w takiej sytuacji podstawą roszczenia będzie art. 74 CISG.

⁵⁴ Por. S. Singh, B. Zeller, *CIETAC's...*, s. 218. I tak np. jeśli strony uzgodniły cenę 690 euro za tonę i w związku z niewykonaniem umowy sprzedawca zmuszony był sprzedać towar za 430 euro za tonę, to szkoda wynosić będzie 230 euro za tonę; zob. Orzeczenie Oberlandesgericht Wien, 27.02.2017, 1 R 207/16t, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/2814.pdf>.

⁵⁵ Na przykład Orzeczenie Supreme Court of Queensland (*Downs Investments v. Perwaja Steel*), (Australia), 17.11.2000, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001117a2.html>: „The loss of profit incurred by [seller] as a consequence of this sale under Article 75 involves simply subtracting from the contract price for 25,100 tonnes at US \$164.00 per ton, the price recovered under the Pernas contract of \$143.50 per ton — i.e. \$20.50 per ton which amounts to US \$514,550”. Zob. również UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods UNCITRAL*, 2016, https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf, s. 347.

⁵⁶ Artykuł 76 ust. 1 CISG: „Jeżeli umowa jest rozwiązana i istnieje bieżąca cena towarów, strona żądająca odszkodowania może, o ile nie dokonała zakupu zastępczego lub odsprzedaży, zgodnie z art. 75, otrzymać różnicę między ceną ustaloną w umowie a ceną bieżącą z chwili rozwiązania oraz jakiegokolwiek inne odszkodowanie należne na podstawie art. 74”; zob. Orzeczenie z 21.03.1996, Hamburg Arbitration proceeding (Chinese goods case), <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>.

⁵⁷ Orzeczenie Xiamen Intermediate People's Court of Fujian (*Lian Zhong v. Xiamen Trade*), 31.12.1992, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/921231c1.html>; UNITED

2.3. Stosunek popytu i podaży — *lost volume sales*

Czasami zasadne jest zasądzenie odszkodowania przekraczającego wartość utraconego zysku związanego ze sprzedażą towaru wyliczonego na podstawie art. 75 albo art. 76 CISG. W określonych sytuacjach sprzedawca może dochodzić odszkodowania obejmującego całkowitą marżę, którą spodziewał się uzyskać w ramach danej transakcji, niezależnie od tego, czy sprzedał towar w ramach transakcji zastępczej innemu podmiotowi. Pod pojęciem „marża” należy rozumieć zysk wyliczony przez porównanie kosztów produkcji i ceny sprzedaży towaru względnie przez porównanie ceny nabycia towaru i ceny jego odsprzedaży. Jeśli strona może wyprodukować towar (bądź go nabyć) za 3 zł, a sprzedaje go kontrahentowi za 10 zł, jednak w związku z naruszeniem umowy musiała sprzedać towar innemu podmiotowi za 8 zł, a ceną rynkową określonego miejsca jest 9 zł, to marżą będzie 7 zł (10—3), zyskiem wyliczonym na podstawie art. 75 CISG będzie 2 zł (10—8), natomiast zyskiem wyliczonym na podstawie art. 76 CISG będzie 1 zł (10—9). W niektórych przypadkach, gdy towar stanowi np. odpad produkcyjny, utraconym zyskiem będzie cena zawarta w umowie; brak bowiem kosztów jego produkcji⁵⁸.

NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods UNCITRAL*, 2016, https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf, s. 347; E. Muñoz, D.O. Ament-Guemez, *Calculation of Damages on the basis of the Breaching Party's Profits under the CISG*, „Journal of International Commercial Law” 2017, 8, no. 2, s. 213; S. Singh, B. Zeller, *CIETAC's...*, s. 223; P. Schlechtriem, *Damages, avoidance of the contract and performance interest under the CISG*, in: *Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag*, eds. A.S. Geōrgiadēs, M. Stathopoulos, C.H. Beck, München—Athen—Bern, 2006, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem21.html#1>: „One way, in my opinion and according to the prevailing view of legal writers, could be the difference between the contract price and the price of a cover transaction even without prior avoidance of the contract: Art 75 CISG should not be regarded as an exclusive basis for this method of calculating damages. The buyer who has received non-conforming goods, where the non-conformity does not amount to a fundamental breach entitling him to avoid the contract, must be allowed to make a cover purchase in order to continue his production and/or perform his contracts with his clients. Despite the absence of avoidance and, therefore, the inapplicability of Art 75 CISG, the buyer must be allowed to calculate his damages on the basis of the costs of the cover transaction”; Orzeczenie Federal District Court [New York] (*Delchi Carrier v. Rotorex*), 9.09.1994, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940909u1.html>; odmiennie Wyr. SN — Izba Cywilna z 27.01.2006, III CSK 103/05, Lex nr 191255, z głosem częściowo krytyczną Ł. Żarnowiec, *Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2006 r., III CSK 103/05*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 11—12.

⁵⁸ Por. Orzeczenie Oberlandesgericht Wien, 27.02.2017, 1 R 207/16t, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/2814.pdf>.

Aby dochodzić odszkodowania obejmującego zysk wyższy niż określony na podstawie kalkulacji zgodnie z art. 75 czy art. 76 CISG, sprzedawca musi wykazać, że na skutek naruszenia umowy faktycznie utracił możliwość wypracowania zysku⁵⁹, a więc że zysk z określonej transakcji nie może być — chociażby częściowo — wypracowany przez zawarcie innej, zastępczej transakcji⁶⁰. Kluczowy w przypadku dochodzenia odszkodowania za utracony zysk przekraczający kwotę wyliczoną na podstawie art. 75 albo art. 76 CISG jest stosunek popytu do podaży towaru. Jeśli sprzedawca ma ograniczoną ilość danego towaru, na który stosunkowo łatwo znaleźć nabywcę, to nie będzie mógł dochodzić całości zysku (marży), którego spodziewał się z umowy. Zysk ten ma możliwość wypracować, zawierając inną transakcję (może wtedy ewentualnie dochodzić różnicy na podstawie art. 75 albo art. 76 CISG). W takiej sytuacji nie dochodzi do utraty zysku, a jedynie do opóźnienia w jego wypracowaniu⁶¹.

Z kolei w sytuacji, gdy możliwości produkcyjne albo ilość posiadanego towaru znacznie przewyższają popyt, dla każdej niewykonanej transakcji możliwe będzie dochodzenie utraconej marży zgodnie z art. 74 CISG⁶². Sprzedawca, zawierając dodatkową umowę sprzedaży tego samego towaru, mimo wszystko traci zysk. Drugą umowę mógłby zawrzeć niezależnie od pierwszej, ponieważ ilość posiadanego przez niego towaru znacznie przekracza liczbę potencjalnych nabywców. Jeśli nie została wykonana pierwotna umowa, to zmniejszyła się całkowita liczba zawartych przez sprzedawcę transakcji⁶³, co zgodnie z art. 74 CISG uzasadnia dochodzenie marży od strony naruszającej umowę.

W angielskojęzycznej literaturze odszkodowanie obliczone w ten sposób nazywane jest *compensation for lost volume sales*⁶⁴. W doktrynie⁶⁵

⁵⁹ B. Zeller, *Damages...*, s. 126; I. Schwenzer, P. Hachem, *The Scope...*, s. 97.

⁶⁰ J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.20. Por. Orzeczenie SN, V CSK 441/06, 28.02.2007. Legalis nr 174416: „Transakcja zastępcza nie ma miejsca, jeżeli strona stale handluje towarem stanowiącym przedmiot rozwiązanej umowy i przyporządkowanie zawarcia konkretnej transakcji z rozwiązanej umowy do transakcji zastępowalnej nie jest z tego powodu możliwe. Skoro więc powódka zajmuje się stale zakupem i sprzedażą koksu, w zasadzie nie wchodziło w rachubę zawarcie takiej transakcji”.

⁶¹ J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.20; J. Klatka, G. Żmij, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 605—606.

⁶² J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt. 3.20—3.22.

⁶³ D. Saidov, *Methods...*, s. 318.

⁶⁴ W doktrynie amerykańskiej odnoszącej się do *lost volume sales* zaproponowano przesłanki, których spełnienie należy badać w celu zasądzenia odszkodowania za *lost volume sales*. D. Saidov, *Methods...*, s. 323.

⁶⁵ Szerszy opis tego stanowiska w pracach innych autorów: D. Saidov, *The law...*, s. 68—70; D. Saidov, *Methods...*, s. 319—326.

i orzecznictwie⁶⁶ znaleźć można stanowiska przychylne zasądzeniu odszkodowania obejmującego wyliczony w ten sposób utracony zysk, co jest moim zdaniem właściwym kierunkiem interpretacyjnym, zgodnym z zasadą pełnej kompensacji szkody. Nietrafne jest natomiast stanowisko, że taka interpretacja pozwala na zasądzenie zbyt wysokich odszkodowań — ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej o sumę, o jaką szkoda powinna być zmniejszona przez podjęcie rozsądnych kroków przez stronę poszkodowaną (art. 77 CISG), oraz ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej do szkody przewidywalnej stanowią bowiem dostateczne ograniczenie odszkodowania za szkody zbyt wysokie w tym zakresie.

2.4. Alternatywny sposób kalkulacji utraconego zysku wzorowany na *disgorgement of profits*

W niektórych przypadkach „tradycyjne” metody kalkulacji nie umożliwiają obliczenia utraconego zysku. Z tego też względu zasadna jest dyskusja na temat alternatywnej, pomocniczej metody kalkulacji wzorowanej na *disgorgement of profits* (względnie *gain-based damages*). *Disgorgement of profits* (metoda szczególnie popularna w systemach prawnych *Common law*⁶⁷) polega na przyznaniu od dłużnika części zysku wypracowanego przez niego w związku z naruszeniem umowy. Chodzi więc o za-

⁶⁶ Orzeczenie Oberster Gerichtshof (Austria), 28.04.2000, 1 Ob 292/99v, http://www.cisg.at/1_29299v.htm. Sąd przyznał rację argumentom sprzedawcy, że szkoda powstałaby również w przypadku odsprzedaży towaru: „Durch die Nichtabnahme der bestellten Schmuckstücke entgingen dem Kläger Einnahmen aus dem Geschäft in Höhe von DM 21.314,75 als Differenz zwischen dem Abgabepreis an Einzelhändler und seinen Herstellungskosten des Klägers. Dieser Schaden erwächst dem Kläger auch dann, wenn die von der Erstbeklagten bestellten Waren an einen anderen Einzelhändler verkauft werden, weil das Folgegeschäft unabhängig vom Auftrag der Erstbeklagten zustande gekommen wäre”. „Abgesehen davon, dass dem Verfahren kein Hinweis auf den Abschluss derartiger konkreter Deckungsgeschäfte zu entnehmen ist, schlägt der Einwand der Schadensminderung (Art 77 UN-K) nicht durch, soweit dem Gläubiger bei Durchführung des Deckungsgeschäfts ein anderes, gleichartiges Geschäft mit demselben Gewinn wie das Erstgeschäft entgangen wäre. In diesem Fall kann der Verkäufer sein Vertragsinteresse im Sinne des Grundsatzes der Totalreparation nach der (Gewinn-)Spanne zwischen seinen Selbstkosten, d.h. den Anschaffungs- oder Herstellungskosten, und dem Vertragspreis berechnen (*Schlechtriem* aaO Rz 12 zu Art 75; *Karolus*, UN-Kaufrecht, 220)”. Orzeczenie Handelsgericht Aargau (Szwajcaria), 26.08.1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970926s1.html>.

⁶⁷ Porównanie *disgorgement of profits* w innych systemach prawnych E. Hondius, A. Janssen, *Chapter 26, Disgorgement of Profits. Gain-based Remedies Throughout the World*, in: *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world*, eds. E. Hondius, A. Janssen, Springer, New York, 2015, s. 471—505.

sądzenie na rzecz wierzyciela od dłużnika części zysków, które dłużnik uzyskał wyłącznie dzięki naruszeniu umowy, albo których wypracowanie stało się możliwe na skutek naruszenia umowy. Możliwe jest to np. wtedy, gdy strona zawarła umowę tylko w celu uzyskania od kontrahenta konkretnej informacji rynkowej, względnie informacji na temat określonych towarów czy technologii, aby umożliwić sobie w ten sposób wypracowanie zysku. Metoda ta ma nie tylko ułatwić kalkulację odszkodowania, lecz w niektórych sytuacjach stanowi pewną sankcję za naruszenie umowy — możliwe jest zatem, że odszkodowanie wyliczone w ten sposób przekroczy wartość faktycznie doznanej szkody⁶⁸.

W myśl przepisów CISG *disgorgement of profits* nie jest dopuszczalne⁶⁹. Uważam jednak, że w szczególnych sytuacjach wzorowanie się do pewnego stopnia na tym mechanizmie jest zasadne⁷⁰. Chodzi tu wyłącznie o uwzględnianie zysku wypracowanego przez stronę naruszającą umowę w celu obliczenia, jaki zysk strona poszkodowana mogłaby osiągnąć⁷¹. Ma to umożliwić kalkulację zysku w sytuacji, gdy jego obliczenie w inny sposób jest niemożliwe, oraz gdy można przyjąć, że zysk wypracowany przez dłużnika koresponduje z zyskiem utraconym przez wierzyciela⁷². Zastosowanie tej metody ma więc być pewnym „ułatwieniem dowodowym” dla strony poszkodowanej. Kalkulacja utraconego tym samym zysku nie jest natomiast zasadna w przypadku, gdy odszkodowanie może być wyliczone w inny, bardziej dokładny sposób, ani też w sytuacji, gdy wiadomo, że obliczone w ten sposób odszkodowanie przekraczałoby wysokość faktycznie doznanej szkody. Uwzględnianie zysku wypracowanego przez stronę naruszającą kontrakt ma jedynie prowadzić do uzyskania pełnej kompensacji⁷³ i często jest jedyną możliwą (ze względu na ograniczoną wiedzę na te-

⁶⁸ Zob. J. Edelman, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Bloomsbury Publishing, London, 2002, s. 82.

⁶⁹ E. Muñoz, D.O. Ament-Guemez, *Calculation of Damages on the basis of the Breaching Party's Profits under the CISG*, „Journal of International Commercial Law” 2017, 8, no. 2, s. 206.

⁷⁰ Szczególnie zasadne będzie to w sytuacji, gdy sprzedawca nie wykona umowy z kupującym i nie dostarczy określonych towarów, a sprzeda je bezpośrednio podmiotowi, który nabywał wcześniej określony towar od kupującego. Wtedy nie tylko pozbawi kupującego zysku, który kupujący by wypracował, lecz prawdopodobnie również przyszłych zysków, jako że dla owego nabywcy w przyszłości również korzystniejsze może się okazać kupno towaru bez pośredników; zob. E. Muñoz, D.O. Ament-Guemez, *Calculation...*, s. 209.

⁷¹ E. Muñoz, D.O. Ament-Guemez, *Calculation...*, s. 215; F. Eicher, *Pacta Sunt Servanda: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG*, „London School of Economics Law Review” 2018, s. 41—42.

⁷² Por. I. Schwenzer, P. Hachem, *The Scope...*, s. 101.

⁷³ E. Muñoz, D.O. Ament-Guemez, *Calculation...*, s. 216; N. Schmidt-Ahrendts, *Disgorgement of Profits under the CISG*, in: *State of play: the 3rd Annual MAA Schlechtriem*

mat stanu faktycznego i sytuacji na rynku) metodą jej urzeczywistnienia. Tak przeprowadzona kalkulacja jest także zgodna z zasadą dobrej wiary⁷⁴.

Praktyka orzecznicza dostarcza przykładów stanów faktycznych, w których taka kalkulacja utraconego zysku byłaby zasadna. Warto przytoczyć orzeczenie Cour d'appel Grenoble⁷⁵, które rozstrzygnęło spór pomiędzy francuskim dostawcą a nabywcą z USA. Nabywca zobowiązał się do odsprzedaży towaru nabytego od dostawcy jedynie w krajach Ameryki Południowej i Afryki, dostawca miał bowiem wielu klientów w innych państwach, a więc odsprzedaż towarów przez nabywcę w innych krajach (i tym samym stworzenie konkurencyjnej możliwości nabycia danego towaru) mogłaby być dla dostawcy niekorzystna. Dostawca wielokrotnie żądał dowodów na prowadzenie odsprzedaży tylko we wskazanych krajach⁷⁶, ostatecznie zaś stwierdził, że nabywca odsprzedaje towary w Hiszpanii. Nabywca pozwał dostawcę w związku z odmową wykonania dalszych dostaw; dostawca odmowę dalszych dostaw tłumaczył naruszeniem postanowień umownych w zakresie odsprzedawania towaru w innych krajach. Pozwany (dostawca) wystąpił z roszczeniem o kompensację utraconego zysku w ramach odpowiedzi na pozew. Mimo ustalenia naruszenia umowy przez nabywcę i stwierdzenia powstania szkody w związku z naruszeniem umowy po stronie dostawcy, sporne było, w jaki sposób sąd powinien wyliczyć odszkodowanie i jakie szkody winny być w nim uwzględnione. W takiej sytuacji zasadne byłoby zastosowanie opisanego wyżej mechanizmu wzorowanego na *disgorgement of profits*⁷⁷, a więc obliczenia utraconego zysku na podstawie zysku wypracowanego przez nabywcę w związku z naruszeniem umowy. Wypracowane przez nabywcę zyski korespondowały bowiem w znacznej mierze z zyskami, które utracił dostawca. W opisanym stanie faktycznym niemożliwe byłoby jednoznaczne wyliczenie szkody dostawcy w inny sposób, co potwierdza również częściowo stanowisko sądu⁷⁸.

CISG conference, 14 April 2011, Vienna: conference in honour of Peter Schlechtriem, 1933—2007, eds. I. Schwenzer, L. Spagnolo, Eleven International Publishing, Haga, 2012, s. 102.

⁷⁴ E. Muñoz, D.O. Ament-Gomez, *Calculation...*, s. 205.

⁷⁵ Orzeczenie Cour d'appel Grenoble (Francja), 22.02.1995, 93/3275, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950222f1.html>.

⁷⁶ Orzeczenie Cour d'appel Grenoble (Francja), 22.02.1995, 93/3275, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950222f1.html>: „Que l'insistance mise par BRI PRODUCTION pour connaître l'identité du client final démontrait à la société PAN AFRICAN que les affirmations qu'elle avait elle-même formulées dans plusieurs correspondances (télécopies du 27 mai 1991, des 6 et 11 juin 1991) de revendre à des destinataires d'Afrique et d'Amérique du Sud devaient être conformes à la réalité”.

⁷⁷ D. Saidov, *The law...*, s. 35.

⁷⁸ W orzeczeniu sąd zasądził na rzecz pozwanego (dostawcy) odszkodowanie w związku z nadużyciem prawa procesowego przez powoda (fr. *l'abus de procédure*). W ni-

W innej sprawie rozstrzygniętej przed Stockholm Chamber of Commerce⁷⁹ w trakcie procesu wykazano, że jedynym celem zawarcia umowy sprzedaży przez jedną ze stron było uzyskanie informacji na temat technologii tworzenia danego towaru. W umowie zawarto klauzulę poufności (ang. *confidentiality clause*). Sprzedawca argumentował, że kupujący użył informacji przekazanych w trakcie zawierania umowy w celu produkcji urządzeń opartej na tej samej technologii. Trybunał wskazał, że kompleksowa kalkulacja utraconego zysku w sprawie nie była możliwa ze względu na stopień jej skomplikowania, jednakże — biorąc m.in. pod uwagę czas, który strona naruszająca potrzebowałaby do niezależnego opracowania wskazanej technologii⁸⁰ — za zasadne uznał zasądzenie kwoty stanowiącej zysk kupującego wypracowany w ciągu 24 miesięcy⁸¹.

niejszej sprawie sąd zastosował więc również nietypowy sposób kalkulacji należnego odszkodowania w celu urzeczywistnienia pełnej kompensacji; por. E. Muñoz, D.O. Ament-Guemez, *Calculation...*, s. 210.

⁷⁹ Orzeczenie Arbitrażowe Stockholm Chamber of Commerce, 5.04.2007, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070405s5.html>.

⁸⁰ Orzeczenie Arbitrażowe Stockholm Chamber of Commerce, 5.04.2007, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070405s5.html>: „So what [Buyer] got by reason of the misuse of confidential information was a head-start or a springboard. The question is how long do I think it would have taken [Buyer] to develop this technology. From what I have learned about this technology during the course of this interesting and challenging case I cannot believe that [Buyer]’s technical people would have taken any more than 24 months to develop the necessary technology. The period of time, namely 10 years, posited by [Seller], upon which their counterclaim is based is both extravagant and unrealistic”.

⁸¹ Orzeczenie Arbitrażowe Stockholm Chamber of Commerce, 5.04.2007, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070405s5.html>: „In those circumstances I must limit the damages to that 24 month period. It would not be a correct exercise of my discretion to grant an injunction because that 24 month period has long since passed. Having considered all the facts of this case I think it fair to take only 24 months period commencing from 1 January 2004 The appropriate enquiry is -- what profits have [Buyer] earned during that 24 month period? I have some sympathy with [Seller] on damages because I doubt whether full disclosure has been made but I have to do the best I can using the material placed before me. [Seller] elected to proceed despite its misgivings on production. I cannot believe any useful purpose would be served by putting off the damages issue and requiring [Buyer] to produce any further documentation which goes to damages. As I say, I must do the best on the information before me”. „I intend to take only a 24 month period which will be from the beginning of 2004 to the end of 2005. One approach may be to take the 2004 and 2005 sales figures from Ex 35. They appear to comprise approximately 83% of the total. However, 2005 was the only full year for which I have figures. The figures for 2004 only cover a 9 month period and 2006 only a 7 month period. It seems to me that a fairer way of looking at this matter is to take the total sales disclosed by Ex 35 and work out a monthly average and then multiply that by 24 months. \$756,130 divided by 28 = \$27,004 x 24 = US \$648,111”.

3. Ograniczenia odpowiedzialności odszkodowawczej za utracony zysk

3.1. Wprowadzenie

Nawet jeśli strona naruszeniem umowy spowodowała utratę zysku i brak jest przesłanek do zwolnienia od odpowiedzialności ze względu na wystąpienie przeszkody niezależnej (art. 79 CISG⁸²), to nie oznacza to jeszcze, że stronie przysługuje odszkodowanie obejmujące w całości utracony zysk. Pełna kompensacja szkody w myśl CISG nie ma bowiem charakteru absolutnego — art. 74 zd. 2, art. 77 przewidują przypadki, w których zasadne jest ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej. W tej części artykułu podejmę próbę odpowiedzi na pytanie, jak ograniczenia te wpływać mogą na odszkodowanie obejmujące utracony zysk.

3.2. Przewidywalność utraconego zysku

Zgodnie z art. 74 zd. 2 CISG, odszkodowanie nie może przewyższać straty, którą strona naruszająca przewidywała lub powinna była przewidywać w chwili zawarcia umowy, w świetle okoliczności, które znała lub powinna była znać, jako możliwy rezultat naruszenia umowy. Odszkodowanie przyznane za utracony zysk ograniczone jest więc przez obiektywną („powinna była przewidywać”) oraz subiektywną przewidywalność („przewidywała”) szkody⁸³. Przewidywalność szkody odnosi się do szkody wyliczonej na podstawie art. 74, 75 i 76 CISG⁸⁴.

⁸² Szerzej na ten temat np. M. Jagielska, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 674; A.M. Garro [Sprawozdawca], *CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG*, Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>.

⁸³ Szerzej na ten temat np. D. Saidov, *Methods...*, s. 333—342; L. Vékás, *The Foreseeability Doctrine in Contractual Damage Cases*, „Acta Juridica Hungarica” 2002, 43, no. 1—2, s. 145—174; F. Faust, *Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß Art. 74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG)*, Mohr, Tübingen, 1996.

⁸⁴ H. Schönle, T. Koller, in: *Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, eds. H. Honnells, Ch. Brunner, Berlin, 2008, s. 1032, 1048—1049; Orzeczenie SN (Polska), V CSK 63/08, 9.10.2008, Legalis nr 174414; Orzeczenie Trybunału Arbitrażowego (Chiny) CIETAC, 7.08.1993, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940919c1.html> [tłumaczenie Zheng Xie, Edy-

Przewidywalna powinna być zarówno „natura” szkody, jak i jej wysokość⁸⁵.

Utrata zysku związanego ze sprzedażą (względnie odsprzedażą) towaru występuje często w praktyce. W takich przypadkach przewidywalność jest rzadziej kwestionowana — rozsądny profesjonalista bierze co do zasady pod uwagę, że kontrahent zamierza w ten sposób wypracować zysk⁸⁶. Przewidywalność szkody jest częściej kwestionowana w innych sytuacjach, jak np. w przypadku utraty zysku związanego z niemożnością prowadzenia działalności albo z utratą reputacji⁸⁷.

Badając obiektywną przewidywalność wysokości utraconego zysku, sąd musi kierować się tym, jaki zysk powinien być dla strony przewidywalny jako „zysk normalny dla takiego rodzaju działalności handlowej”⁸⁸. Szczególna wiedza strony może jednak prowadzić do tego, że za subiektywnie przewidywalny (faktycznie przewidywany) uznany zosta-

cja Meihua Xu]: „About the first point, the Arbitration Tribunal holds that if [Buyer] claims the difference between the contract price and the market price, the market price shall be the price at the time and place of delivery. Such price shall be the price of the goods at the Russian port between June and July 1993. The domestic price at that time is not comparable. Because [Buyer] cannot prove the reasonable market price, the Arbitration Tribunal does not support [Buyer]’s third claim.

About the second point, [Buyer] has not provided the facts and the legal basis to prove the loss of profits, RMB 20 million. Under ordinary circumstances, loss of profits shall be foreseen or ought to be foreseen by the parties when signing the contract, but [Buyer] has not proved this. Thus, the Arbitration Tribunal cannot support [Buyer]’s claim for the loss of profits, RMB 20 million”. Odmiennie stanowisko F. Faust, *Die Vorhersehbarkeit...*, s. 25—26; J. Klatka, G. Žmij, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 637, 648.

⁸⁵ I. Schwenzer, in: *Kommentar...*, s. 1257.

⁸⁶ Zob. np. Orzeczenie Handelsgericht Zurich (Szwajcaria), 10.02.1999, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990210s1.html>.

⁸⁷ Zob. Orzeczenie Multi-Member Court of First Instance of Athens (GRECJA), 1.01.2009, 4505/2009, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=2228>: „based on the theory of foreseeability which applies to this contract, the Seller could not, based on the criteria referred to in the main thought, foresee the damage claimed by the Buyer to its business reputation and credibility (subjective foreseeability), neither it was obliged to have foreseen it (objective foreseeability) as potential consequence of the contractual breach, throughout the contract”.

⁸⁸ Orzeczenie Handelsgericht Zurich (Szwajcaria), 10.02.1999, HG 970238.1 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990210s1.html>; Orzeczenie Oberster Gerichtshof, (Austria), 28.04.2000, 1 Ob 292/99v, http://www.cisg.at/1_29299v.htm: „Der Schadenersatzanspruch wird nach dem zweiten Satz dieser Bestimmung lediglich durch seine Voraussehbarkeit für die vertragsbrüchige Partei begrenzt. Zu dieser Haftungsbeschränkung wird gelehrt, dass entgangener Gewinn — die übliche Handelsspanne des Verkäufers — bei Nichtabnahme der Ware durch den Käufer als Schaden des Verkäufers voraussehbar ist (Staudinger, KommzBGB, Wiener UN-Kaufrecht Rz 43 zu Art 74 mzwN). Dem ist im Lichte der oben dargestellten Lehre und Rechtsprechung beizupflichten”.

nie zysk przekraczający wyznaczoną w ten sposób granicę⁸⁹. O subiektywnej przewidywalności utraconego zysku może np. świadczyć fakt, że kontrahent przesłał drugiej stronie umowy prognozę odsprzedaży towarów, co należy uznać za dostateczne przekazanie informacji na temat potencjalnego ryzyka związanego z naruszeniem umowy⁹⁰. Przekazanie stosownych informacji uzasadnia stwierdzenie, że strona naruszająca umowę przewidziała zagrożenie utraty zysku, jednakże nie zwalnia to jeszcze strony poszkodowanej z obowiązku wykazania, że prognozowane umowy zostałyby faktycznie zawarte, i że wypracowany zostałby określony zysk⁹¹.

Artykuł 74 zd. 2 CISG to jedyny przepis CISG mający na celu ograniczenie odszkodowania za „nietypowe” oraz „ponadprzeciętnie wysokie” szkody. Z tego też względu nie zasługuje na aprobatę pogląd, że utracony zysk powinien być ograniczony również przez zastosowanie zasady rozsądku (ang. *Reasonableness*) — jednej z ogólnych zasad CISG. Mówi się np. o „rozsądnym rozszczeniu dotyczącym utraconego zysku”⁹². Stosowanie kryterium rozsądnosci do określania granicy odpowiedzialności odszkodowawczej nie znajduje oparcia w przepisach CISG; ponadto tworząc nową kategorię „rozsądnosci utraconego zysku”, zwiększa się niebezpieczeństwo wydawania arbitralnych orzeczeń. Oczywiście, może się zdarzyć, że utracony zysk uznany zostanie przez sąd równocześnie za przewidywalny i „rozsądny”, jednakże brak podstaw do zrównania ka-

⁸⁹ Zob. Orzeczenie Handelsgericht Zurich (Szwajcaria), 10.02.1999, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990210s1.html>.

⁹⁰ Por. Orzeczenie Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 20.11.2012, Az. 5 U 129/11, <https://openjur.de/u/644064.html>.

⁹¹ Por. Orzeczenie Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 20.11.2012, Az. 5 U 129/11, <https://openjur.de/u/644064.html>: „Damit sind konkrete Bestellungen im Anschluss an der Klägerin übermittelte Forecasts, die als solche keine Verbindlichkeit beanspruchen, sondern im Vorfeld von Bestellungen lediglich den Zweck haben, dem Geschäftspartner eine Vorstellung von der ungefähren Größenordnung der noch zu erteilenden Bestellung zu geben, nicht dargelegt”. „Eines dahingehenden ausdrücklichen gerichtlichen Hinweises (§ 139 ZPO) bedurfte es nicht, nachdem die Klägerin wiederholt und zutreffend schriftsätzlich dargelegt hat, die Beklagte könne sich für die vermeintlichen tatsächlichen Bestellungen ihres Kunden nicht auf zeitlich frühere unverbindliche Forecasts der Bestellmengen berufen”.

⁹² Orzeczenie Trybunału Arbitrażowego (Chiny) CIETAC, 20.12.1993, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/931220c1.html> [tłumaczenie Zheng Xie, Edycja Meihua Xu]: „[Buyer] accepted [Seller]’s claim of US \$37,260.75 for expected profits. [Buyer]’s additional claims are not justifiable, so the Arbitration Tribunal holds that US \$37,260.75 is reasonable”; Orzeczenie Trybunału Arbitrażowego (Chiny) CIETAC, 7.08.1993, CIETAC Arbitration proceeding, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930807c1.html> [tłumaczenie Zheng Xie, Edycja Meihua Xu]: „The Arbitration Tribunal holds that [Seller]’s claim for the expected profits for 5,000 guns is reasonable and should be accepted”.

tegorii „rozsądności utraconego zysku” oraz przewidywalności utraconego zysku. Z tego względu zasadne jest stosowanie ograniczenia z art. 74 zd. 2 CISG, które limituje odpowiedzialność odszkodowawczą wedle konkretnie sformułowanych kryteriów⁹³. Posiłkowanie się ogólnymi zasadami, na których opiera się Konwencja, możliwe jest w myśl art. 7 ust. 2 CISG tylko co do kwestii, które nie są wyraźnie rozstrzygnięte w jej przepisach — ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej za „nietypowe” oraz „ponadprzeciętnie wysokie” szkody jest natomiast wyraźnie rozstrzygnięte w art. 74 zd. 2 CISG.

W orzecznictwie można też spotkać kontrowersyjny — i moim zdaniem niesłuszny — pogląd, że jeśli wartość utraconego zysku przekracza całkowitą cenę towaru w danej umowie, to utracony zysk automatycznie należy uznać za nieprzewidywalny⁹⁴. Proporcję utraconego zysku i ceny należy uwzględniać, badając przewidywalność szkody, brak jednak podstaw do uznania, że jeśli wartość utraconego zysku przekracza całkowitą cenę towaru, to powinno się automatycznie uznać, że uzyskanie takiego zysku było nieprzewidywalne. W szczególności wiedza strony na temat okoliczności może powodować, że nieproporcjonalna do ceny towaru szkoda „stanie się” dla strony naruszającej przewidywalna⁹⁵.

Niezasadne jest również pomocnicze odwołanie się do prawa krajowego właściwego dla umowy (statut pomocniczy) w celu określenia granicy możliwego do zasądzenia utraconego zysku. Miało to miejsce m.in. w orzeczeniu Oberlandesgericht Karlsruhe, w którym odwołując się do § 252 zd. 2 BGB⁹⁶ błędnie wskazano, że niezasadne jest zasądzenie zysku przekraczającego zysk wynikający „z naturalnego biegu rzeczy” albo przekraczającego zysk, „którego ze względu na stopień prawdopodobieństwa nie można było oczekiwać”⁹⁷. Oberlandesgericht Karlsruhe bezza-

⁹³ Por. S. Singh, B. Zeller, *CIETAC's...*, s. 225—226.

⁹⁴ Por. Orzeczenie Trybunału Arbitrażowego (Chiny) CIETAC, 11.08.1994, CISG/1994/09, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940811c1.html> [tłumaczenie Zheng Xie, Edycja Meihua Xu]: „[Buyer]’s claims exceed the total contract price, which [Seller] could not foresee when signing the contract. If the price for the goods delivered, but not paid, is added, the amount for damages is much higher. Thus, the Arbitration Tribunal does not honor [Buyer]’s claim”.

⁹⁵ Zob. S. Singh, B. Zeller, *CIETAC's...*, s. 227—228.

⁹⁶ Bürgerliches Gesetzbuch, BGBl. I S. 42, ber. S. 2909, ber. 2003 IS. 738, <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html#BJNR001950896BJNG000102377>.

⁹⁷ Orzeczenie Oberlandesgericht Karlsruhe, 15.02.2016, 1 U 192/14, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=2740>: „Dem Kläger kommt damit zum einen das für die haftungsausfüllende Kausalität greifende erleichterte Beweismaß (§ 287 ZPO) zugute. Zum anderen gilt ein Gewinn — bereits — dann als entgangen, wenn er dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (§ 252 Satz 2 BGB)”.

sadnie powołał się na granice kompensacji *lucrum cessans* wynikające z BGB, zamiast odwołać się do przewidywalności szkody w myśl art. 74 zd. 2 CISG.

3.3. Powinność minimalizacji szkody

Odszkodowanie może być ograniczone, jeśli strona poszkodowana nie dołoży starań, aby zmniejszyć wysokość utraconego zysku⁹⁸. Zgodnie z art. 77 CISG, strona powołująca się na naruszenie umowy powinna przedsięwziąć środki, które są rozsądne w danych okolicznościach, aby ograniczyć stratę, w tym utratę zysku, spowodowaną naruszeniem umowy. Jeśli tego nie uczyni, strona naruszająca może żądać obniżenia odszkodowania o sumę, o jaką szkoda powinna być zmniejszona. Przepis ten ma zachęcać strony do kooperacji nawet w przypadku naruszenia umowy oraz zapobiegać bierności w sytuacji, gdy możliwa była minimalizacja wysokości szkody⁹⁹. Strona zobowiązana jest jednak tylko do podjęcia kroków rozsądnych, a więc nie wszystkich możliwych — należy działać zgodnie z zasadą dobrej wiary, postanowieniami i celem zawartej umowy, wiążącymi praktykami oraz zwyczajami¹⁰⁰. Rozsądnymi środkami w celu zapobieżenia utraty zysku są np. zapewnienie dodatkowego transportu towaru, zatrudnienie dodatkowego wykonawcy, wynajęcie magazynu, przekazanie stosownych dokumentów albo informacji¹⁰¹.

Szczególnie istotne w przypadku określania należnego odszkodowania za utracony zysk, zgodnie z art. 74 CISG w zw. z art. 77 CISG, jest zawarcie transakcji zastępczej¹⁰². Zawarcie transakcji zastępczej jest uzasadnione przede wszystkim wtedy, gdy należy się spodziewać znacznych zmian na rynku¹⁰³. Zawierając transakcję zastępczą, wierzyciel po-

⁹⁸ Zob. np. Orzeczenie Trybunału Arbitrażowego (Chiny) CIETAC, 7.08.1993, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940919c1.html> [tłumaczenie Zheng Xie, Edycja Meihua Xu].

⁹⁹ Orzeczenie Tribunal Supremo (Hiszpania), 359/2014, 9.07.2014, <https://www.cisgspanish.com/wp-content/uploads/2015/01/STS-9-julio-2014.pdf>. „El deber de mitigar el daño — artículo 77 — responde a que se considera inadmisibile una actitud pasiva ante uno que razonablemente puede ser reducido. Su incumplimiento determina, en aplicación de las reglas de la causalidad, una disminución correlativa de la indemnización — esto es, en la medida en que debía haberse disminuido la pérdida”.

¹⁰⁰ J. Klatka, G. Żmij, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 655.

¹⁰¹ D. Saidov, *Methods...*, s. 355.

¹⁰² Orzeczenie Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade (Ukraina), 2005, no. 48, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050000u5.html>.

¹⁰³ Zob. J. Napierała, *Odpowiedzialność eksportera i importera za naruszenie umowy międzynarodowej sprzedaży towarów*, ABC, Warszawa, 1998, s. 175; Orzeczenie

winien uwzględniać interes dłużnika¹⁰⁴. Jeśli strona utraciła część zysku ze względu na konieczność zawarcia transakcji, to będzie mogła dochodzić tej różnicy na podstawie art. 75. Jeśli jednak po naruszeniu umowy strona poszkodowana nie podejmie kroków w celu zawarcia transakcji zastępczej, w sytuacji, gdy zawarcie takiej transakcji zmniejszyłoby rozmiar szkody albo nawet zapobiec jej powstaniu, to odszkodowanie na podstawie art. 77 CISG zostanie odpowiednio zmniejszone. Traktowanie zawarcia transakcji zastępczej jako rozsądny środek w myśl art. 77 CISG jest konieczne, aby zapobiec sytuacji, w której poszkodowany *de facto* zyska kontrolę nad wysokością odszkodowania: jeśli poszkodowany zbyt długo zwlekać będzie z zawarciem transakcji zastępczej, to może zyskać faktyczną możliwość kontroli ceny, która uwzględniana będzie przy obliczaniu odszkodowania na podstawie art. 76 CISG. Poszkodowany może zaczekać aż korzystnie dla niego zmieni się cena rynkowa, aby potem zażądać odszkodowania wyliczonego przez porównanie ceny z transakcji pierwotnej z ceną bieżącą (rynkową) z momentu rozwiązania umowy na podstawie art. 76 CISG¹⁰⁵.

Handelsgericht des Kantons Zürich (Szwajcaria), HG130167-O/U, 17.09.2014, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/2656.pdf>: „Ist der Verkäufer noch im Besitz der Ware und verweigert der Käufer die Annahme definitiv, ist der Verkäufer im Lichte der Schadensminderungspflicht gemäss Art. 77 CISG und des Grundsatzes von Treu und Glauben unter Umständen auch dann, wenn er nicht die Vertragsaufhebung erklärt und ihm mithin ein Erfüllungsanspruch nach Art. 62 CISG zustehen würde, zur Vornahme eines möglichen und zumutbaren Deckungsverkaufs verpflichtet, wodurch der Kaufpreisanspruch entsprechend reduziert wird [...]. So beispielsweise bei rasch verfallenden Preisen bzw. wenn sich Marktentwicklungen, die eindeutig zu Lasten der vertragsbrüchigen Partei gehen, klar abzeichnen”.

¹⁰⁴ Por. Orzeczenie SN (Hiszpania), 454/2000, 28.01.2000 (Internationale Jute Maatschappij v. Marín Palomares), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000128s4.html> [tłumaczenie Alexandro Osuna González, Edycja Patricia Rincón Martín]: „There is evidence on file proving that the seller made the sale of the sacks of jute on 6 October 1993 which, according to article 75, gave [seller] the legitimate right to demand the difference between the price of the substitute transaction and the agreed price in the avoided contract. [...] It was proved that [buyer] offered to purchase the 724,800 sacks of jute at a price of 70 pesetas per unit, a price which included the stamping of the [buyer's] anagram. Upon being informed by the seller of the existence of a substitute buyer who would pay US \$0.30 per new and printed unit, the rejection by the seller of [buyer's] offer to purchase the jute at 70 pesetas per unit is not justified based on [seller's] attempt to condition [buyer's] payment on the issuance of a letter of credit drawn on a prestigious Dutch bank to cover the purchase price that [buyer] offered. [...] Consequently, we cannot affirm that in rejecting [buyer's] offer to acquire the 724,800 sacks of jute at a price of 70 pesetas per unit, the [seller] had adopted »measures that are reasonable under the circumstances, in order to reduce the loss. Instead, the [seller] resold the sacks to a third party for a very inferior price after only a few days”.

¹⁰⁵ Orzeczenie Bundesgericht (Szwajcaria), 4A_440/2009, 17.12.2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091217s1.html>: „When the goods are not delivered, this rule compels

4. Zagadnienia dowodowe

Zagadnienia związane z rozkładem ciężaru dowodowego (w znaczeniu materialnym) należy badać na podstawie CISG; w tym celu należy się kierować ogólnymi zasadami CISG (art. 7 ust. 2 CISG)¹⁰⁶. Roz-

the buyer to purchase replacement goods if it is reasonably possible". J. Napierała, *Odpowiedzialność...*, s. 176—178.

¹⁰⁶ Zob. F. Ferrari, *Burden of Proof under the CISG*, „Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)” 2000—2001, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari5.html>; U. Magnus, *General Principles of UN-Sales Law*, „*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*” 1995, 58, Nr. 3—4, <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html>: „The Convention itself provides explicitly for a specific distribution of the burden of proof in Art. 79(1) CISG: A party will only be exempt from its obligation to perform »if he proves« that there is a ground for exemption. In addition, the wording of several provisions allows one to conclude a specific distribution of the burden of proof. For example, use of the term »unless« (»à moins que« indicates that the burden of proof lies with the party asserting the »unless« exception. Finally, some provisions practically presuppose a certain distribution of the burden of proof: Only the party asserting a reasonable excuse for a defective notice pursuant to Art. 44 CISG can bear the burden of proof in that respect; similarly, the burden of proof for the contents of a declaration that was only partially or not at all received (in the context of Art. 26) has to be on the party who made the declaration”. I. Schwenzer, in: *Kommentar...*, s. 1263; Orzeczenie, Handelsgericht, HG930138 U/HG93, 9.09.1993, <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/930909s1.html> [tłumaczenie Stella Heyken, Edycja Mariel Dimsey]: „The question of the burden of proof must be considered, although not expressly, to be implicitly regulated under the CISG”; Orzeczenie Cantone del Ticino La seconda Camera civile del Tribunale d’appello (Szwajcaria), 12.97.00193, 15.01.1998; Orzeczenie Tribunale di Vigevano (Włochy), Rheinland Versicherungen v. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina S.p.A., 12.07.2000, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html> [tłumaczenie Francesco G. Mazzotta]: „Unlike those issues which, because they are not governed by the United Nations Convention, must be resolved according to the law determined by the private international law rules of the forum, the issue of the burden of proof must, like other issues governed by but not expressly settled in the Convention, be resolved under Article 7(2) in conformity with the general principles upon which the Convention is based”. „The Convention’s general principle on the burden of proof seems to be *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*: The burden of proof rests upon the one who affirms, not the one who denies. [...] Thus, for example, a party who claims that the Convention does not apply because the transaction is not international must prove the lack of internationality, and a party who claims that the Convention does not apply because its applicability has been [page 221] excluded as provided in Article 6 must prove the existence of the agreement to exclude”.

Odmienne Orzeczenie Bezirksgericht der Saane, T 171/95, 20.02.1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970220s1.html> [tłumaczenie Stefan Kuhm]: „The CISG does not contain any rules regarding the onus of proof. Therefore, one has to reconsider the private international law of the relevant jurisdiction of the lawsuit pursuant to Art. 7(2) (second part) CISG”. Orzeczenie Court of Arbitration of the International Chamber of

kład ciężaru dowodowego związany jest z tym, kogo obciążają negatywne skutki nieprzeprowadzenia dowodu na określoną okoliczność¹⁰⁷. Kwestie związane z postępowaniem dowodowym odróżnić należy od kwestii związanych z rozkładem ciężaru dowodowego — te pierwsze rozstrzygane są zawsze na podstawie prawa wewnętrznego¹⁰⁸.

Strona dochodząca odszkodowania powinna wykazać spełnienie przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej określonych w art. 74 zd. 1 CISG, a więc także to, że doszło do powstania szkody¹⁰⁹. Strona dochodząca odszkodowania jest więc zobowiązana do wykazania, że utraciła zysk o przybliżonej wysokości. Niekonieczna jest jednak dokładna, „matematyczna” kalkulacja przeprowadzona przez poszkodowanego, konieczne jest jednak wykazanie z „rozsądnym stopniem pewności” (ang. *with reasonable degree of certainty*), że do utraty zysku doszło¹¹⁰. Dokładniejsza kal-

Commerce 7645 03.1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/957645i1.html#damag>: „Under general principles of law, applicable also under Austrian law, it is the procedural burden of the party claiming damages to specify and to prove, first, the existence as such of a damage, second, that the damage has been caused by the breach of contract of the other party, i.e., that there existed an adequate causal nexus between the breach of contract and the damage, and, third, the actual amount of damage suffered. Defendant [buyer] has not even alleged to have actually suffered a damage and has in no way substantiated any damage as it would have been his procedural duty had it wished to claim the compensation of damages actually suffered”.

¹⁰⁷ Por. P. Sobolewski, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa, 2020, art. 6 nb. 16.

¹⁰⁸ Sądy polskie na podstawie k.p.c. (Ustawa z 17.11.1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. 1964, nr 43, poz. 296 z późn. zm.) rozstrzygają następujące pytania: Jak prowadzić postępowanie dowodowe? (np. art. 242 k.p.c.); Kto może być świadkiem? (np. art. 259 k.p.c.); Na jakich zasadach przeprowadza się dowód z opinii biegłego? (np. art. 278 k.p.c.) itd.

¹⁰⁹ Orzeczenie Tribunale di Vigevano (Włochy), Rheinland Versicherungen v. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina S.p.A., 12.07.2000, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html> [tłumaczenie Francesco G. Mazzotta]: „There is no doubt that a party who seeks damages for breach by the other party must prove the breach, the damage and the causal nexus between the two, and it has to show that the damages are recoverable under Article 74 of the Convention”. D. Saidov, *Methods...*, s. 376. Sporna jest natomiast kwestia rozkładu ciężaru dowodowego w przypadku powołania się na przewidywalność szkody zgodnie z art. 74 zd. 2 CISG; por. M. Durbas, *Przewidywalność szkody jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej na gruncie Konwencji wiedeńskiej — glosa — V CSK 91/11*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 5, s. 261—262.

¹¹⁰ E. Muñoz, D.O. Ament-Guemez, *Calculation...*, s. 203; J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 2. Częściowo odmiennie Orzeczenie Arbitrażowe ICC Court of Arbitration, 9187 — czerwiec 1999, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999187i1.html>: „Defendant generally contests Claimant’s damage calculation by stating that it is »entitled to strict and proper proof of all aspects of damages«. True, the party claiming damages must substantiate and strictly prove the existence and exact amount of its damage”. „Documentary evidence serves as strict evidence, if the documents do not contradict themselves and

kulacja przeprowadzona jest przez sąd albo trybunał arbitrażowy (często przy pomocy biegłych), strona musi jednak dostarczyć dostateczną liczbę dowodów, aby tę kalkulację umożliwić¹¹¹. Wyższy standard dowodowy (np. istniejący w niektórych państwach wymóg udowodnienia ponad wszelką wątpliwość, że do utraty zysku doszło) nie byłby do pogodzenia z zasadą pełnej kompensacji szkody; szkodliwe dla jednolitej wykładni przepisów CISG jest także odwołanie się przez sędziego do wewnętrznych przepisów procesowych danego państwa w celu rozstrzygnięcia tej wątpliwości¹¹².

Utrata zysku może być na przykład udowodniona przez przedstawienie zamówień na określony towar, których nie można było wykonać ze względu na naruszenie umowy¹¹³.

5. Utracony zysk a utracona korzyść

Kompleksowa analiza porównawcza utraconego zysku w myśl CISG i utraconych korzyści w myśl Kodeksu cywilnego (art. 361 § 2 k.c.) przekraczałyby ramy niniejszego artykułu. Przedstawione zostaną jednak syntetycznie najistotniejsze podobieństwa i różnice pomiędzy tymi dwoma kategoriami.

W Kodeksie cywilnym, podobnie jak w CISG, szkoda podzielona została na *damnum emergens* i *lucrum cessans*. Utracone korzyści stanowią ten składnik szkody, który polega na niepowiększeniu majątku poszkodowanego¹¹⁴. W doktrynie wskazuje się, że „są one odzwierciedleniem ekonomicznej wartości niedoszedłego zdarzenia, które — gdyby nastąpiło — spowodowałyby powiększenie aktywów, a więc doprowadziłyby do korzystnej modyfikacji sfery majątkowej poszkodowanego”¹¹⁵; pomie-

(at least) allow the Arbitral Tribunal to believe that the facts to be proven, i.e. existence and amount of a loss, are true. To the extent that Claimant's damage calculation is in compliance with these principles it will be admitted by the Arbitral Tribunal”.

¹¹¹ J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 2.9.

¹¹² J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 2.5. Odmienne stanowisko: Orzeczenie Oberlandesgericht Karlsruhe, 15.02.2016, 1 U 192/14, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=2740>: „Die Darlegungs- und Beweislast für den entstandenen Schaden trägt der Gläubiger des Ersatzanspruches — hier der Kläger. Prozessual — und damit auch für die Frage des Beweismaßes — geltend die Regeln des nationalen Rechts”.

¹¹³ Orzeczenie Audiencia Provincial de Barcelona, 755/95-C, 20.06.1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970620s4.html>.

¹¹⁴ Wyr. SN z 21.06.2002, IV CKN 382/00, Legalis nr 53866.

¹¹⁵ M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, C.H. Beck, Warszawa, 2014 [Dostęp: Legalis].

dzy przytoczonymi definicjami a przedstawioną definicją utraconego zysku w CISG trudno nie dostrzec podobieństw¹¹⁶. Zarówno utrata korzyści, jak i utrata zysku odnoszą się do sytuacji, w których na skutek naruszenia umowy (względnie wskutek niewykonania albo nienależytego jej wykonania) uniemożliwione zostaje uzyskanie określonego „powiększenia majątku”. Dochodzący odszkodowania musi udowodnić, że do utraty zysku względnie korzyści faktycznie by doszło¹¹⁷. Określając wysokość zarówno utraconych korzyści, jak i utraconego zysku, należy porównać sytuację hipotetyczną, w której strona poszkodowana uzyskałaby pewne przysporzenie, z sytuacją istniejącą, w której jego osiągnięcie nie jest już możliwe¹¹⁸.

Utracona korzyść ma jednak inny zakres niż utracony zysk w myśl CISG¹¹⁹. Utracona korzyść w myśl Kodeksu cywilnego nie obejmuje w żadnym wypadku szkody ewentualnej¹²⁰, ani szkody przysz-

¹¹⁶ Por. pkt 1.1 artykułu.

¹¹⁷ M. Kaliński, *Szkoda...*: „Ciężar dowodu szkody, podobnie jak i pozostałych okoliczności uzasadniających powstanie odpowiedzialności (z wyjątkiem szczególnych domniemań, np. art. 429 k.c.), spoczywa na poszkodowanym jako powodzie (*actori incumbit probatio*)”.

¹¹⁸ Por. J. Napierała, *Utracony zysk jako postać szkody w prawie niemieckim*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1991, z. 4, s. 72–73; *Lucrum cessans* wylicza się, opierając się na takich założeniach również w innych państwach. Por. także Wyr. SA w Rzeszowie z 25.10.2012, I ACa 248/12, Lex nr 1267390: „szkoda w postaci *lucrum cessans* (art. 361 § 2 k.c.), ze swej natury ma zawsze charakter hipotetyczny. Dlatego jej wyliczenie musi być oparte na przesłankach realnych, odpowiadających zasadom doświadczenia życiowego i wiedzy powszechnej”. Por. także I. Schwenzer, P. Hachem, *The Scope...*, s. 3 i n.

¹¹⁹ Zob. M. Kaliński, *Szkoda...*: „W piśmiennictwie wyróżniono w tym zakresie [utraconych korzyści — M.K.] w szczególności: 1) utratę zarobków (*lucrum cessans sensu stricto*) z własnej działalności bądź gospodarczej (np. wskutek uniemożliwienia zdarzeniem szkodzącym przewozu osób przez taksówkarza) bądź też w ramach stosunku pracy; 2) utratę spodziewanego zysku z przyszłych transakcji (*lucrum speratum*). Jako przykład można wskazać korzyści ze zbycia przewożonych towarów, które byłyby osiągnięte w przypadku dostarczenia ich do miejsca przeznaczenia; 3) utratę pożytków i przychodów z rzeczy; 4) utratę możliwości korzystania z rzeczy”.

¹²⁰ Wyr. SN z 24.09.2007, V CSK 174/07, Lex nr 442571: „Od szkody w postaci *lucrum cessans* należy odróżnić pojawiające się w języku prawniczym pojęcie szkody ewentualnej, przez którą należy rozumieć utratę szansy uzyskania pewnej korzyści majątkowej (np. szansy wygrania na loterii). Różnica wyraża się w tym, że w wypadku *lucrum cessans* hipoteza utraty korzyści graniczy z pewnością, w wypadku szkody ewentualnej prawdopodobieństwo utraty korzyści jest zdecydowanie mniejsze. Przyjmuje się, że szkoda ewentualna nie podlega naprawieniu. W praktyce pojawiają się jednak sytuacje graniczne, które wymagają szczególnej wnikliwości”; Wyr. SN z 24.05.2012, II CSK 429/11, Lex nr 1243007: „Szkodę w postaci utraconych korzyści należy odróżnić od tzw. szkody ewentualnej, czyli takiej, której prawdopodobieństwo wystąpienia jest niewielkie i raczej hipotetyczne, wynikające z wyjątkowo sprzy-

łej¹²¹. Określając wysokość utraconych korzyści, brak podstaw do przeprowadzenia kalkulacji szkody z uwzględnieniem uzyskanych przez stronę naruszającą umowę korzyści (a więc analogicznie do mechanizmu wzorowanego na *disgorgement of profits*)¹²². Inne są także ograniczenia, którym podlega odszkodowanie obejmujące utracone korzyści w k.c. — nie ma mowy wprost o powinności minimalizacji szkody analogicznie do art. 77 CISG (art. 362 k.c. traktuje o nieprzyczynianiu się do zwiększenia szkody: jednakże zwiększenie rozmiaru szkody może nastąpić w związku z zaniechaniem strony poszkodowanej, zatem w konsekwencji różnica pomiędzy art. 77 CISG a art. 362 k.c. jest w praktyce niewielka¹²³), utracona korzyść ograniczona jest przez kryterium adekwatnego

jających, a niezależnych od roszczonego sobie jej naprawienia (np. szansa wygrania w grze losowej). Do tej samej kategorii powinno się zaliczyć oczekiwania zysku, wynikające tylko z różnic kursowych, mających źródło poza danym stosunkiem zobowiązaniowym, a więc nie uważać ewentualnie poniesionych strat za podlegających naprawieniu na podstawie art. 361 § 2 k.c.”; Wyr. SN z 22.03.2019, IV CNP 43/17, Lex nr 2639461: „Szkoła w postaci *lucrum cessans* ma zawsze charakter hipotetyczny. W orzecznictwie nie budzi jednak wątpliwości, że o takiej szkodzie decyduje wysokość, graniczący z pewnością, stopień prawdopodobieństwa uzyskania określonych korzyści, gdyby nie wystąpiło zdarzenie będące przyczyną szkody”, co odróżnia podlegające obowiązkowi odszkodowawczemu szkody w postaci utraconych korzyści od tzw. szkody ewentualnej, polegającej jedynie na utracie możliwości uzyskania pewnych wpływów [...]. Innymi słowy, powództwo dotyczące utraconych korzyści może zostać uwzględnione wyłącznie wówczas, gdy poszkodowany wykaże, w stopniu graniczącym z pewnością, że gdyby nie wystąpiło zdarzenie, z którym związany jest obowiązek odszkodowawczy, uzyskałby on tę korzyść”. M. Kaliński, *Szkoda...*: „W piśmiennictwie polskim panuje zgodność co do tego, że uszczerbek określany jako szkoda ewentualna (najczęściej występująca jako utrata szansy bądź nadziei) nie jest objęty obowiązkiem odszkodowawczym”.

¹²¹ Wyr. SN — Izba Cywilna z 12.02.2016, II CSK 172/15, Legalis nr 1461030: „Zakresem szkody wynikającym z art. 361 § 1 k.c. nie jest szkoda przyszła. Pojęciem szkody przyszłej należy określać te uszczerbki, których w chwili wyrokowania poszkodowany jeszcze nie doznał. Nie są one objęte obowiązkiem odszkodowawczym, gdyż obowiązek naprawienia szkody nie jest związany ze stanem zagrożenia, ale dopiero z zaistnieniem szkody”.

¹²² *Disgorgement of profits* poniekąd przypomina przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu w k.c., jednakże w myśl dominującej linii orzecniczej: „Zbieg roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia z roszczeniami z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest wyłączony”. Por. Wyr. SN z 7.05.2009, IV CSK 523/08, Legalis nr 175678; Wyr. SN z 17.10.2019, IV CSK 304/18, Legalis nr 2281285.

¹²³ M. Kaliński, *Szkoda...*: „Na ogół — choć jest to wyłącznie konstatacja natury ilościowej — przyczynienie do powstania szkody polega na działaniu poszkodowanego, zaś do zwiększenia szkody — na jego zaniechaniu. W drugim przypadku stawiamy poszkodowanemu zarzut, że nie realizował aktywnego wzorca postępowania. Obowiązek ten można wysnuć z art. 354 § 2 k.c. (zwłaszcza zaś z zasad współżycia społecznego), skoro zaniechanie jego realizacji włącza się kausalnie w przebieg szkody, która obciąża dłużnika”.

związku przyczynowego (art. 361 k.c.), w odróżnieniu od ograniczenia do przewidywalnej szkody (art. 74 zd. 2 CISG).

Różnice wynikają nie tylko z innego sformułowania przepisów oraz związków pomiędzy poszczególnymi przepisami określonego aktu prawnego, lecz także z odmiennych kierunków interpretacyjnych art. 361 k.c. i art. 74 CISG. Na rozumienie art. 74 CISG wpływ ma doktryna i orzecznictwo pochodzące z wielu państw; z tego też względu wykładnia przepisów CISG staje się swoistą „areną” na styku różnych kultur prawnych. Wykładnia przepisów CISG warunkowana jest wieloma konkurencyjnymi poglądami na kwestie związane z odpowiedzialnością odszkodowawczą, co powinny również uwzględniać sądy polskie.

6. Podsumowanie

W porównaniu z krajowymi regulacjami konwencja CISG, ze względu na swój międzynarodowy charakter, stanowi swoisty „mikrokosmos”. Jednakże *lucrum cessans* nie jest kategorią nową i posługuje się nią wiele systemów prawnych. Pewnych „intuicji” odnośnie do rozumienia tej kategorii, które prawnik może mieć z uwagi na znajomość krajowych przepisów dotyczących odpowiedzialności odszkodowawczej, nie da się więc całkowicie wyzbycić; nie zawsze muszą być one „szkodliwe”. Pomocne może być przede wszystkim rozumienie podstawowych zagadnień związanych z odpowiedzialnością odszkodowawczą, jak np. rozumienie podstawowych funkcji odpowiedzialności odszkodowawczej, które są na ogół podobne¹²⁴. Chociażby pobieżne porównanie *lucrum cessans* w Kodeksie cywilnym i CISG pozwala jednak stwierdzić, że mimo znacznych podobieństw, nie są to kategorie identyczne. W związku z tym podmioty stosujące prawo są zobowiązane do przeprowadzenia procesu wykładni art. 74 CISG całkowicie niezależnie od wykładni przepisów polskiego kodeksu cywilnego¹²⁵.

Szczególną ostrożność należy zachować w przypadku posiłkowania się w procesie wykładni art. 74 CISG doktryną i orzecznictwem traktującym o utraconych korzyściach w myśl Kodeksu cywilnego — dopusz-

¹²⁴ D. Saidov, *The law...*, s. 17—20.

¹²⁵ Por. J. Honnold, *On the road to unification of the law of sales*, „Forum international” 1984, no. 2, s. 11: „What is needed is a bit of hesitation, to consider whether the familiar domestic approach is typical of that of other legal systems — as a basis for considering whether the international rule may have made a choice or developed a nuanced intermediate position”.

czalne i niebudzące zastrzeżeń jest właściwie tylko odwołanie się porównawcze. Prawidłowe i znacznie „bezpieczniejsze” jest natomiast posiłkowanie się orzecznictwem i doktryną (w takim samym stopniu z Polski, jak i z zagranicy) traktującymi o utraconym zysku w myśl art. 74 CISG, co przyczynia się do utworzenia jednolitej wykładni przepisów CISG na skalę światową.

Bibliografia

- Andersen C., *General Principles of the CISG — Generally Impenetrable?*, in: *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, eds. C. Andersen, U. Schroeter, Wildy, Simmonds & Hill, London, 2008.
- Durbas M., *Przewidywalność szkody jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej na gruncie Konwencji wiedeńskiej — glosa — V CSK 91/11*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 5.
- Edelman J., *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Bloomsbury Publishing, London, 2002.
- Eicher F., *Pacta Sunt Servanda: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG*, „London School of Economics Law Review” 2018.
- Eiselen S., *Unresolved damages issues of the CISG: a comparative analysis*, „Comparative and International Law Journal of Southern Africa” 2005, 38, no. 1.
- Enderlein F., Maskow D., *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods: Commentary*, Oceana, New York, 1992.
- Faust F., *Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß Art. 74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG)*, Mohr, Tübingen, 1996.
- Ferrari F., *Burdens of Proof under the CISG*, „Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)” 2000—2001, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari5.html> [Dostęp: 28.12.2020 r.].
- Garro O.M. [Sprawozdawca], *CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007*, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html> [Dostęp: 28.12.2020 r.].
- Gotanda J. [Sprawozdawca], *CISG ADVISORY COUNCIL OPINION NO. 6: Calculation of Damages under CISG Article 74, Adopted by the CISG-AC at its Spring 2006 meeting in Stockholm, Sweden, 2006*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html> [Dostęp: 28.12.2020 r.].

- Gotanda J. [Sprawozdawca], *CISG Advisory Council: Opinion No. 8 Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76, Adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan, on 15 November 2008*, 2008, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op8.html> [Dostęp: 28.12.2020 r.].
- Gotanda J., *Recovering Lost Profits in International Disputes*, „Georgetown Journal of International Law” 2004, no. 36.
- Hondius E., Janssen A., *Chapter 26, Disgorgement of Profits. Gain-based Remedies Throughout the World*, in: *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world*, eds. E. Hondius, A. Janssen, Springer, New York, 2015.
- Honnold J., *On the road to unification of the law of sales*, „Forum international” 1984, no. 2.
- Kaliński M., *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, C.H. Beck, Warszawa, 2014 [Dostęp: Legalis].
- Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, eds. H. Honsell, Ch. Brunner, Berlin, 2008.
- Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów: komentarz*, red. M. Pazdan, Zakamycze, Kraków, 2001.
- Magnus U., *General Principles of UN-Sales Law*, „Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 1995, 58, Nr. 3—4, <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html> [Dostęp: 28.12.2020 r.].
- Muñoz E., Ament-Guemez D.O., *Calculation of Damages on the basis of the Breaching Party's Profits under the CISG*, „Journal of International Commercial Law” 2017, 8, no. 2.
- Napierała J., *Odpowiedzialność eksportera i importera za naruszenie umowy międzynarodowej sprzedaży towarów*, ABC, Warszawa, 1998.
- Napierała J., *Utracony zysk jako postać szkody w prawie niemieckim*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1991, z. 4.
- Osajda K., *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa, 2020.
- Saidov D., *Damages: The Need for Uniformity*, „Journal of Law and Commerce” 2005—2006, no. 25.
- Saidov D., *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, „Pace International Law Review” 2002, 14, no. 2.
- Saidov D., *The law of damages in international sales: the CISG and other international instruments*, Hart Pub, Oxford, Portland, 2008.
- Schlechtriem P., *Damages, avoidance of the contract and performance interest under the CISG*, in: *Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag*, eds. A.S. Geōrgiadēs, M. Stathopoulos, C.H. Beck, München—Ate-ny—Bern, 2006, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem21.html#1> [Dostęp: 28.12.2020 r.].
- Schlechtriem P., *Non-Material Damages — Recovery Under the CISG?*, „Pace International Law Review” 2007, no. 1.

- Schlechtriem P., Schwenger I., Schroeter U., *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, Eleven International Publishing, München, 2019.
- Schmidt-Ahrendts N., *Disgorgement of Profits under the CISG*, in: *State of play: the 3rd Annual MAA Schlechtriem CISG conference, 14 April 2011, Vienna: conference in honour of Peter Schlechtriem, 1933—2007*, eds. I. Schwenger, L. Spagnolo, Eleven International Publishing, Haga, 2012.
- Schwartz D., *The Recovery of Lost Profits under Article 74 of The U.N. Convention on the International Sale of Goods*, „Nordic Journal of Commercial Law” 2006, no. 1.
- Schwenger I., Hachem P., *The Scope of the CISG Provisions on Damages*, in: *Contract damages: domestic and international perspectives*, eds. D. Saidov, R. Cunnington, Hart Pub, Oxford, Portland, 2008.
- Singh S., Zeller B., *CIETAC’s Calculations on Lost Profits under Article 74 of the CISG*, „Loyola University Chicago International Law Review” 2007, 4, no. 2.
- Tepes N., *Non-material Damages Arising out of the Breach of Contract and Interpretation of Art. 74 CISG*, in: *Liber amicorum Gašo Knežević*, eds. T. Varady et al., Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 2016.
- UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods UNCITRAL*. 2016, https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf [Dostęp: 28.12.2020 r.].
- Vékás L., *The Foreseeability Doctrine in Contractual Damage Cases*, „Acta Juridica Hungarica” 2002, 43, no. 1—2.
- Zeller B., *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- Żarnowiec Ł., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2006 r., III CSK 103/05*, „Przeegląd Sądowy” 2008, nr 11—12.



Arkadiusz Wowerka^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0001-5000-0373>

Siedziba rzeczywista spółki jako łącznik unijnego prawa prywatnego międzynarodowego

Abstract: The real seat is a recognised, although expressed in different terms, connecting factor of the EU international private law, relating to companies in their different legal relations. Under the regulations unifying particular areas of this law, relevant from the point of view of cross-border operations of companies, the real seat is the connecting factor determining the applicable law in the field of contractual and non-contractual obligations, and the company's bankruptcy. Furthermore, it determines the jurisdiction for insolvency proceedings against the company, and is also a jurisdictional connecting factor for general civil and commercial matters. The real seat connecting factor may also constitute a connecting factor determining the law applicable to company, acceptable under the EU freedom of establishment.

Keywords: companies — private international law of the UE — determination of the applicable law — law applicable to companies — torts — contractual obligations and insolvency of the company — jurisdiction — real seat as connecting factor

^{a)} Dr hab., LL.M., prof. UG, Uniwersytet Gdański.

1. Wstęp

Dla spółek działających w skali transgranicznej i rozwoju transakcji, w których spółki takie występują, zasadnicze znaczenie ma jasność i przewidywalność co do tego, które prawo krajowe ma zastosowanie do stosunków prawnych powstających w ramach ich działalności. Dotyczy to funkcjonowania samych spółek jako takich wówczas, gdy występuje konieczność wskazania przepisów określających zdolność prawną spółki, prawa i obowiązki wspólników, strukturę i kompetencje organów czy zasady odpowiedzialności wspólników oraz organów za zobowiązania spółki. W przypadku niewypłacalności spółki kluczowe jest również jasne wskazanie prawa właściwego dla oceny upadłości spółki, w tym w szczególności przesłanek i skutków ogłoszenia upadłości spółki, tak aby w odniesieniu do kwestii własności i wykonalności transakcji, które w razie upadłości spółki zostają objęte kontrolą sądową, zmniejszyć ryzyko prawne wynikające z niepewności prawa, które może prowadzić do nieoczekiwanych strat dla wierzycieli spółki dotkniętej niewypłacalnością. Istotne jest również ustalenie prawa właściwego dla umów zawieranych przez spółkę wszędzie tam, gdzie nie dokonano wyboru prawa, i gdzie jako kryterium łącznika prowadzącego do prawa właściwego dla umowy może pojawiać się siedziba spółki. Należy wówczas określić ową siedzibę w sposób zapewniający pewność i przewidywalność co do prawa właściwego. Znaczenie ma także określenie prawa właściwego dla zobowiązań, których źródłem mogą być stosunki pozaumowne. Chodzi tu w szczególności o wskazanie prawa właściwego dla odpowiedzialności deliktowej spółki, ale także jej wspólników oraz organów zarówno w stosunkach wewnętrznych (wobec spółki), jak i zewnętrznych (wobec osób trzecich).

Niezależnie od wyznaczenia prawa właściwego dla powyższych materii, najważniejszych z uwagi na transgraniczną działalność spółek, powstaje pytanie o jurysdykcję danego sądu w poszczególnych sprawach wszczynanych wobec spółki. W każdym przypadku kryterium łącznika ogólnego ustanawiającego taką jurysdykcję powinno być również brane pod uwagę z uwzględnieniem zapewnienia w możliwie największym stopniu jasności i przewidywalności co do tego, który sąd jest właściwy do rozpoznania danej sprawy, przy jednoczesnym wyważeniu interesów uczestników postępowania. Chodzi tu nie tylko o jurysdykcję w mających charakter powszechny sprawach cywilnych i handlowych przeciwko spółce, lecz przede wszystkim o ustalenie jurysdykcji międzynarodowej w sprawach upadłościowych. Optymalnym rozwiązaniem w tym ostatnim przypadku jest, biorąc pod uwagę pewność i przewidywalność pra-

wa, powiązanie łącznika jurysdykcyjnego w tych sprawach z łącznikiem wyznaczającym statut upadłościowy i jednocześnie z łącznikiem wyznaczającym statut personalny spółki.

Unijne prawo prywatne międzynarodowe obejmujące wymienione materie zostało w większości zawarte w rozporządzeniach ujednolicających odpowiednie dziedziny tego prawa¹, które zastępują w zakresie swojego zastosowania unormowania krajowego międzynarodowego prawa prywatnego.

Wyznaczanie prawa właściwego dla umów obligacyjnych, których stroną jest spółka, następuje zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)². Wyznaczanie prawa właściwego dla pozaumownych zobowiązań spółki następuje z kolei zgodnie z przepisami rozporządzenia (WE) nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II)³. Statut upadłościowy spółki wskazuje rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/848 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego⁴. Dotychczas brak jest przepisów unijnych wyznaczających prawo właściwe dla spółki⁵. Komisja Europejska podjęła wprawdzie inicjatywę⁶ zmierzającą do przyjęcia stosownego aktu w postaci rozporządzenia⁷, niemniej jak dotąd nie został przedstawiony na-

¹ Rozporządzenie jest preferowanym instrumentem unijnym w zakresie prawa prywatnego międzynarodowego, ponieważ jedynie rozporządzenie zapewnia całkowitą spójność wykładni i stosowania, a tym samym jednolitość przepisów kolizyjnych oraz jurysdykcyjnych.

² Dz.U. UE L 177, s. 6 i n. [dalej: rozporządzenie Rzym I].

³ Dz.U. UE L 199, s. 40 i n. [dalej: rozporządzenie Rzym II].

⁴ Dz.U. UE L 141, s. 19 i n. [dalej: rozporządzenie nr 2015/848].

⁵ Przepisy zawarte w dyrektywach odnoszące się do spółek, a w szczególności zawarte w dyrektywie w sprawie niektórych aspektów prawa spółek, harmonizują prawo merytoryczne i nie ustanawiają łącznika kolizyjnego wyznaczającego prawo właściwe dla spółki.

⁶ Komisja Europejska ogłosiła najpierw przetarg na studium dotyczące prawa właściwego w sprawach dotyczących spółek prawa. Następnie opublikowała publiczną ankietę, w której zawarte były m.in. pytania dotyczące wyznaczania prawa właściwego. Autor niniejszego opracowania udzielił odpowiedzi na rzeczoną ankietę, m.in. opowiadając się za łącznikiem siedziby rzeczywistej oraz podając definicję siedziby rzeczywistej dla celów ewentualnego przyszłego rozporządzenia. Co do inicjatywy Komisji w tej materii zob. H.-P. Mansel, K. Thorn, R. Wagner, *Europäisches Kollisionsrecht 2017: Morgenstunde der Staatsverträge?*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2018, H. 2, s. 129.

⁷ Komisja słusznie zdecydowała się na rozporządzenie jako właściwy dla zapewnienia jednolitości przepisów kolizyjnych i preferowany instrument prawny oraz zgodny z pozostałymi instrumentami unijnymi w zakresie przepisów kolizyjnych.

wet jego projekt, co jest zaskakujące⁸, zważywszy na doniosłość i sporny charakter zagadnienia oraz liczne postulaty zgłaszane w piśmiennictwie optujące za rozwiązaniem na poziomie unijnym⁹. Nic nie wskazuje na to, aby stosowny projekt miał zostać przedstawiony w najbliższej przyszłości. Wyznaczanie prawa właściwego dla spółki odbywa się więc na podstawie krajowego prawa prywatnego międzynarodowego, które wszakże musi spełniać w tym zakresie wymogi dotyczące „uznawania” spółek pochodzących z UE, wynikające ze swobody przedsiębiorczości określonej w art. 49, 54 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁰.

Na płaszczyźnie jurysdykcyjnej zastosowanie znajduje w ogólnym zakresie rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych¹¹, do upadłości zaś — stosowne przepisy rozporządzenia nr 2015/848. To ostatnie rozporządzenie ustanawia jurysdykcję nie tylko dla wszczęcia i prowadzenia postępowania upadłościowego wobec spółki, lecz również dla wszystkich powództw opartych na upadłości, w tym dla opartego na upadłości powództwa o stwierdzenie bezskuteczności czynności prawnej upadłego dłużnika¹².

Niniejsze opracowanie ma na celu wykazanie, że na gruncie wszystkich wymienionych aktów prawa unijnego siedziba rzeczywista spółki, aczkolwiek ujęta w różnych formułach, ma zastosowanie w odniesieniu

⁸ W doktrynie dobitnie mówi się nawet o po raz kolejny zawiedzionych nadziejach, por. H.-P. Mansel, K. Thorn, R. Wagner, *Europäisches Kollisionsrecht 2018: Endspurt!*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2019, H. 2, s. 94.

⁹ Zob. m.in.: M.-E. Kieninger, *Die weitere Kodifikation des europäischen IPR*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2017, H. 2, s. 201—203; M.-E. Kieninger, *Internationales Gesellschaftsrecht zwischen Polbud, Panama und Paradise*, „Zeitschrift für Rechtsvergleichung” 2018, H. 2, s. 319; W.G. Paefgen, „Polbud”: *Niederlassungsfreiheit als Sitzspaltungsfreiheit. Zum Urteil des EuGH vom 25.10.2017 in der Rechtssache „Polbud”*, „Wertpapiermitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht” 2018, H. 22, s. 1040; L. Hübner, *Eine Rom-VO für das Internationale Gesellschaftsrecht — zugleich ein Beitrag zur Kohärenz im Internationalen Gesellschaftsrecht*, „Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht” 1/2018, Bd. 47, s. 149 i n.; M.-P. Weller, *Das autonome Unternehmenskollisionsrecht*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2017, H. 2, s. 177; C. Gerner-Beuerle, F.M. Mucciarelli, E. Schuster, M. Siehms, *Making the Case for a Rome V Regulation on the Law Applicable to Companies*, „Law Working Paper” no. 549/2020, October 2020, s. 1 i n., http://ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3720574.

¹⁰ Wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE 2016 C 202, s. 1 i n. [dalej: TFUE].

¹¹ Dz.U. UE L 351, s. 1 i n. [dalej: rozporządzenie nr 1215/2012].

¹² Por. motyw 38. oraz art. 6 ust. 1 rozporządzenia. Por. także wyr. TSUE z 14.11.2018 r. w sprawie C-296/17 *Wiemer & Trachte GmbH w upadłości likwidacyjnej przeciwko Zhanowi Ovedowi Tadzherowi*, ECLI:EU:C:2018:902.

do spółek jako podstawowy łącznik wyznaczający dane prawo właściwe oraz jurysdykcję. Łącznik ten dochodzi do głosu nie tylko samodzielnie na podstawie stosownych przepisów, lecz również pośrednio przez odeślanie do norm prawa prywatnego międzynarodowego. Łącznik siedziby rzeczywistej stanowi wyraz w mającej swoje źródło w teorii Savigny'ego zasadzie „najściślejszego związku”, na której opierają się systemy europejskiego prawa prywatnego międzynarodowego¹³. Zasada ta leży również u podstaw unijnego prawa prywatnego międzynarodowego¹⁴. Podkreślić należy, że zawarte w rozporządzeniach przepisy powinny być *per se* traktowane jako zgodne z traktatowymi swobodami, a w szczególności ze swobodą przedsiębiorczości. Dotyczy to głównie kryteriów łączników określonych w rozporządzeniach, zważywszy, że są one treściowo identyczne z kryteriami określonymi w przepisach traktatowych dla wyznaczenia powiązania spółki z terytorium UE w zakresie korzystania ze swobody przedsiębiorczości.

2. Siedziba rzeczywista jako łącznik wyznaczający prawo właściwe dla zobowiązań umownych i pozaumownych spółki

Zarówno rozporządzenie Rzym I, jak i rozporządzenie Rzym II opierają się w wielu przepisach na miejscu zwykłego pobytu danego podmiotu jako łączniku obiektywnym. Kryterium miejsca zwykłego pobytu odnoszone jest przy tym jednolicie zarówno do osób fizycznych, osób prawnych, jak i innych jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, lecz posiadających zdolność prawną. Tak jest np. w mają-

¹³ Por. H.-P. Mansel, *Private Law Doctrine and Private International Law*, „Chinese Yearbook of Private International Law and Comparative Law” 2017, s. 29—30. Więcej zob. P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, „Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law” 1986-I, Tome 196 de la collection, Leiden—Boston, 1987, s. 25 i n.

¹⁴ Por. V. Eeckhout, *The instrumentalization of private international law*, in: *Boundaries of European Private International Law*, eds. J.-S. Berge, S. Franc, M.G. Santiago, Bruylant, Bruxelles, 2015, s. 404 i n.; D. Trütten, *Die Entwicklung des internationalen Privatrechts in der Europäischen Union*, Stämpfli Verlag, Baden-Baden, 2015, s. 13 i n.; T. Nehne, *Methodik und allgemeine Lehren des europäischen Internationalen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, s. 23 i n.; M.-P. Weller, *Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik?*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2011, H. 5, s. 430 i n.

cych zastosowanie w razie braku lub nieważności wyboru prawa właściwego przepisach art. 4 ust. 1 lit. a, b, e, f, art. 5 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 2 akapit drugi, ust. 3 lit. b rozporządzenia Rzym I. Jest tak również w przepisach art. 4 ust. 2, art. 5 ust. 1 lit. a, akapit drugi, art. 10 ust. 2, art. 11 ust. 2, art. 12 ust. 2, które mają zastosowanie, o ile strony nie dokonały wyboru prawa zgodnie z art. 14 tego rozporządzenia. Pewność prawa wymaga przyjęcia jednoznacznej definicji miejsca zwykłego pobytu, w szczególności dla spółek i innych podmiotów posiadających osobowość prawną lub jej nieposiadających, tak aby wykluczyć ewentualne wątpliwości co do miejsca zwykłego pobytu takich podmiotów¹⁵. Stąd też oba rozporządzenia wprost definiują to miejsce. Przepis art. 19 rozporządzenia Rzym I i odpowiednio przepis art. 23 rozporządzenia Rzym II stanowią, że za miejsce zwykłego pobytu spółek i innych jednostek organizacyjnych posiadających osobowość prawną lub też jej nieposiadających uznaje się miejsce siedziby ich zarządu. Jednocześnie inaczej niż w art. 60 ust. 1 rozporządzenia 2015/2012, który ustanawia trzy kryteria, rzeczony przepis trafnie ze względów pewności prawa ograniczają się tylko do jednego kryterium, gdyż w przeciwnym razie strony nie mogłyby przewidzieć prawa w ich przypadku właściwego¹⁶. Siedziba zarządu, o którym mowa, oznacza faktyczny ośrodek administrowania tudzież zarządzania spółką¹⁷, a więc rzeczywistą siedzibę spółki, którą stanowi miejscowość, w której przez właściwe organy bądź podmioty zarządzające spółki są podejmowane zasadnicze dla działalności gospodarczej

¹⁵ Por. D. Martiny, *Rom I-VO. Art. 19*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1—24)*, Hrsg. J. v. Hein, C.H. Beck, München, 2015, s. 823; D. Martiny, *Art. 19 Rom I-VO*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 13, Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50—253)*, Hrsg. J. v. Hein, 8 Aufl., 2021 (*beck-online*), nr brzeg. 1. Por. także motyw 38. rozporządzenia Rzym I.

¹⁶ Por. motyw 38. rozporządzenia Rzym I.

¹⁷ Por. D. Martiny, *Rom I-VO. Art. 19...*, s. 824; D. Martiny, *Art. 19 Rom-I...*, nr brzeg. 6; P. Mankowski, *Die Rom I-Verordnung — Änderungen im europäischen IPR für Verträge*, „Internationales Handelsrecht” 2008, H. 4, s. 139; U. Magnus, *Internationales Vertragsrecht. Rom I-VO, Art. 19*, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch/IPR, Einleitung zur Rom I-VO; Art. 11—29 Rom I-VO; Art. 46b c EGBGB (Internationales Vertragsrecht 2)*, Hrsg. U. Magnus, Sellier / de Gruyter, Berlin, 2011, s. 341; A. Junker, *Rom II-VO. Art. 23. Sonstige Vorschriften. Gewöhnlicher Aufenthalt*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Internationales Privatrecht I...*, s. 1066, 1068; A. Junker, *Art. 23 Rom-II*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 13, Internationales Privatrecht II...*, nr brzeg. 10.

spółki decyzje kierownicze i organizacyjne¹⁸, a miejsce to jest rozpoznawalne dla osób trzecich jako główny ośrodek działalności spółki, w którym mogą być zawierane transakcje ze spółką¹⁹. Siedziba statutowa spółki, tak jak i miejsce rejestracji spółki lub utworzenia spółki, nie stanowi więc siedziby zarządu tudzież miejsca zwykłego pobytu spółki²⁰.

3. Siedziba rzeczywista jako łącznik wyznaczający prawo właściwe dla upadłości spółki

Prawodawca unijny powiązał wyznaczenie prawa właściwego ogółem dla upadłości spółki z kryterium głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika w ten sposób, że wyznaczenie prawa właściwego zostało ściśle powiązane z jurysdykcją. Zgodnie z art. 7 ust. 1 rozporządzenia 2015/848, dla postępowania upadłościowego i jego skutków właściwe jest prawo państwa członkowskiego, w którym zostaje wszczęte postępowanie, z kolei zaś zgodnie z art. 3 ust. 1 tego rozporządzenia, sądem posiadającym jurysdykcję dla wszczęcia postępowania upadłościowego jest sąd państwa członkowskiego, na którego terytorium znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika. Główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika stanowi zatem jednocześnie kryterium określające kolizyjnoprawny łącznik wszczęcia postępowania upadłościowego wyznaczający prawo właściwe i zarazem łącznik jurysdykcyjny dla wszczęcia tego postępowania. Takie rozwiązanie oznacza, że sąd, który jako właściwy wszczął postępowanie upadłościowe, stosuje własne prawo jako statut upadłościowy. Zastosowany w rozporządzeniu schemat wyznaczenia prawa właściwego prowadzący do *lex fori concursus* wpisuje

¹⁸ Por. E. Brödermann, G. Wegen, *IPR-Anh 1/ROM I, Art. 19*, in: *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, Hrsg. H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich, Luchterhand Verlag, Köln, 2017, s. 3376; D. Martiny, *Rom I-VO. Art. 19...*, s. 824; D. Martiny, *Art. 19 Rom-I...*, nr brzeg. 6; U. Magnus, *Internationales...*, s. 341; R. Doehner, *Rom I. Art. 19...*, in: *Rom-Verordnungen*, Hrsg. R. Hüßtege, H.-P. Mansel, Nomos, Baden-Baden, 2015, s. 265; G. Schulze, *Rom II. Art. 23*, in: *Rom-Verordnungen*, Hrsg. R. Hüßtege, H.-P. Mansel, 2015, s. 554; R. Schaub, *IPR-Anh 2/Rom II, Art. 23*, in: *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, Hrsg. H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich..., 2017, s. 3420.

¹⁹ Por. R. Schaub, *IPR-Anh 2/Rom II, Art. 23...*, s. 3420.

²⁰ Por. R. Doehner, *Rom I. Art. 19...*, s. 265; R. Schaub, *IPR-Anh 2/Rom II, Art. 23...*, s. 3420. Podobnie bez znaczenia jest samo miejsce, w którym są tylko zawierane umowy z osobami trzecimi, por. R. Doehner, *Rom I. Art. 19...*, s. 265; G. Schulze, *Rom II. Art. 23...*, s. 554.

się w powszechnie przyjmowany w porządkach krajowych w odniesieniu do upadłości transgranicznych model, stanowiący z kolei odzwierciedlenie ogólnej zasady wyznaczania prawa właściwego w międzynarodowym prawie procesowym przez siedzibę sądu (*lex fori*)²¹.

Na gruncie poprzednio obowiązującego rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego²² 1346/2000 pojęcie to było jednym z najbardziej spornych zagadnień²³, co stworzyło okazję do wypowiedzenia się w tej materii przez Trybunał Sprawiedliwości. W wyroku w sprawie Interedil²⁴ Trybunał Sprawiedliwości, nawiązując do swojego wcześniejszego wyroku w sprawie Eurofood IFSC²⁵, definitywnie wyjaśnił, że dla ustalenia głównego ośrodka podstawowej działalności spółki będącej dłużnikiem należy nadać pierwszeństwo miejscu głównego zarządzania tą spółką w sposób, w jaki jest ono możliwe do określenia na podstawie okoliczności obiektywnych i rozpoznawalnych dla osób trzecich²⁶. Tak zdefiniowany ośrodek podstawowej działalności dłużnika, trafnie uwzględniający wierzyteli i ich percepcję tego, skąd dłużnik administruje swoją działalnością, oznacza więc faktyczny ośrodek administrowania działalnością spółki, a zatem jej siedzibę rzeczywistą²⁷. Rozporządzenie nr 2015/848 stanowiące jedynie przekształconą wersję rozporządzenia nr 1346/2000²⁸ uwzględnia w swoich przepisach wykładnię dokonaną w wymienionym orzecznictwie i stanowi w przepisie art. 3, że głównym ośrodkiem podstawowej działalności jest miejsce, w którym dłużnik regularnie zarządza

²¹ Por. R. Hausmann, *Reichweite des Insolvenzstatuts*, in: *Internationales Vertragsrecht. Das Internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Hrsg. Ch. Reithmann, D. Martiny, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2010, s. 1757; P. Kindler, *Internationales Insolvenzrecht*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 25—248)*, Hrsg. J. v. Hein, C.H. Beck, München, 2015, s. 713; P. Kindler, *EuInsVO Art. 7*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 13, Internationales Privatrecht II...*, nr brzeg. 1.

²² Dz.Urz. UE L 160, s. 1 i n.

²³ Zob. P. Kindler, *Internationales Insolvenzrecht...*, s. 750 i n. i powołaną tam literaturę; Ch. Thole, *EuInsVO 2000. Art. 3*, in: *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 4, EuInsVO 2000, Art. 102 und 102a EGInsO, EuInsVO 2015, Länderberichte*, Hrsg. H.-P. Kirchhof, H. Eidenmüller, R. Stürner, C.H. Beck, München, 2016, s. 69 i n. i powołaną tam literaturę.

²⁴ Wyr. TSUE z 20.10.2011 r. w sprawie C-396/09 *Interedil Srl, w likwidacji przeciwko Fallimento Interedil Srl i Intesa Gestione Crediti SpA.*, ECLI: ECLI:EU:C:2011:671.

²⁵ Wyr. TSUE z 2.05.2006 r. w sprawie C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd.*, ECLI:EU:C:2006:281. Zob. pkt 33. tego wyroku.

²⁶ Por. pkt 1 sentencji wyroku, pkt 49, 59.

²⁷ Por. Ch. Thole, *EuInsVO 2000. Art. 3...*, s. 70.

²⁸ Por. motyw 1. rozporządzenia nr 2015/848.

swoją działalnością o charakterze ekonomicznym, i które jako takie jest rozpoznawalne dla osób trzecich²⁹. Chodzi więc w tym ujęciu o siedzibę rzeczywistą spółki³⁰. Główny ośrodek podstawowej działalności spółki będącej dłużnikiem powinien być zatem lokalizowany jednolicie w tak wprost określonym przez rozporządzenie nr 2015/848 miejscu rzeczywistej siedziby spółki, z wyłączeniem kryteriów obowiązujących lub stosowanych w państwie siedziby statutowej spółki³¹.

4. Siedziba rzeczywista jako łącznik wyznaczający prawo właściwe dla spółki

Jak już wspomniano, brak jest dotychczas przepisów kolizyjnych na poziomie unijnym wyznaczających prawo właściwe dla spółki. Zastosowanie w tej mierze ma więc prawo krajowe. W poszczególnych państwach członkowskich przyjmowane są różne modele powiązania spółki z prawem właściwym, w tym model oparty na łączniku siedziby rzeczywistej³². Warto zwrócić uwagę, że siedziba statutowa nie ma znaczenia w krajowych systemach prawa prywatnego jako samodzielny łącznik dla wyznaczania prawa właściwego i nie jest też brana pod uwagę w takim charakterze w dyskusjach dotyczących ewentualnej kodyfikacji międzynarodowego prawa spółek na poziomie unijnym³³. Podejście takie wydaje się wynikać z uznania nieprzydatności tego łącznika dla wyznaczania prawa właściwego dla spółki z uwagi na jego niewielką efektywność³⁴.

²⁹ Osoby trzecie to zarówno aktualni, jak i potencjalni wierzyciele dłużnika, por. P. Mankowski, *Art. 3*, in: P. Mankowski, M.F. Müller, J. Schmidt, *EuInsVO 2015. Europäische Insolvenzverordnung 2015*, C.H. Beck, München, 2016, s. 94—95.

³⁰ Por. P. Kindler, *EuInsVO Art. 3*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 13, Internationales Privatrecht II...*, nr brzeg. 14.

³¹ Por. P. Mankowski, *Art. 3...*, s. 107.

³² Zob. więcej A. Wowerka, *Wyznaczanie statutu personalnego osób prawnych*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2016, T. 19, s. 37—49.

³³ Zob. P. Kindler, *Welche Anknüpfungspunkte sollte ein künftiges internationales Gesellschaftsrecht verwenden?*, in: *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Hrsg. H.J. Sonnenberger, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, s. 299 in.; Ch. Kohler, *Auf dem Weg zu einer europäischen Verordnung über das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der Ehescheidung. Tagung der Europäischen Gruppe für Internationales Privatrecht in Luxemburg*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2014, H. 4, s. 321 i n.; E.-M. Kieninger, *Die weitere Kodifikation...*, s. 201 i n.

³⁴ Więcej krytycznie co do tego łącznika zob. A. Wowerka, *Wyznaczanie...*, s. 55 i n. W doktrynie określa się nawet siedzibę statutową jako „pustą lupinę”, por. R.A. Schüt-

Niemniej również przepisy prawa krajowego podlegają ocenie z punktu widzenia skutków, jakie stosowanie tych przepisów może wyrzucić na unijną swobodę przedsiębiorczości ujmowaną jako zakaz ograniczeń³⁵. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, za ograniczenia swobody przedsiębiorczości uznaje się wszelkie przepisy prawa krajowego, które uniemożliwiają korzystanie z tej swobody, utrudniają je lub ograniczają jej atrakcyjność³⁶. Dotyczy to także krajowych przepisów prawa prywatnego międzynarodowego, w tym wyznaczających prawo właściwe dla spółek. Rzeczona swoboda nie ma charakteru kolizyjnoprawnego i nie ustanawia samoistnego łącznika wyznaczającego prawo właściwe dla spółek. W szczególności podstawą przeciwnego wniosku nie może być art. 54 TFUE. Przepis ten określa podmiotowy zakres zastosowania swobody przedsiębiorczości w odniesieniu do zdefiniowanych tam spółek. Wymienione w tym przepisie „siedziba statutowa, zarząd lub główne przedsiębiorstwo”³⁷ służą jedynie określeniu powiązania spółek z terytorium Unii Europejskiej, a nie wyznaczaniu prawa właściwego dla spółki. Unijna swoboda przedsiębiorczości nie zawiera również ukrytej normy kolizyjnej³⁸ prowadzącej do państwa utworzenia tudzież powstania spółki³⁹. Zdaniem autora niniejszego opracowa-

ze, *Zur cautio iudicatum solvi bei unbestimmten Verwaltungssitz juristischer Personen*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2018, H. 5, s. 493 i n.

³⁵ Por. W. Klyta, *Spółki kapitałowe w prawie europejskim*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2000, z. 4, s. 789—790.

³⁶ Por. wyr. TSUE z 25.10.2017 r. w sprawie C-106/16, *Polbud — Wykonawstwo sp. z o.o., w likwidacji*, ECLI:EU:C:2017:804, pkt 46 i powołane tam orzecznictwo.

³⁷ Warto jednak zwrócić uwagę, że wszystkie te kryteria, w szczególności siedziba statutowa i zarząd, mają równorzędną rangę.

³⁸ Odnotować należy, że koncepcja tzw. ukrytych norm kolizyjnych jest prezentowana przede wszystkim w doktrynie niemieckiej. Z uwagi na niejednoznaczne kontury i kryteria zastosowania, w szczególności relacji ukrytych norm kolizyjnych do „nieukrytych” norm kolizyjnych, efektywność tej koncepcji wydaje się wysoce wątpliwa. Jest ona raczej instrumentem wypracowanym w celu uzasadnienia własnych koncepcji doktrynalnych prezentowanych przez poszczególnych autorów, bez szerszego uzasadnienia w sytuacji, gdy inne argumenty zawodzą. Dla zilustrowania można by przyjąć, powołując się na rzeczoną koncepcję, że taką ukrytą normę kolizyjną zawiera polski kodeks cywilny, w szczególności art. 41, który w tym charakterze prowadzi do siedziby statutowej spółki. Absurdalność takiej argumentacji wydaje się oczywista. Niemniej na gruncie polskiego prawa prywatnego międzynarodowego koncepcja ta wymaga jeszcze dogłębnej analizy.

³⁹ Por. H. Altmeppen, *Schutz vor europäischen Kapitalgesellschaften*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2004, H. 3, s. 98 i n.; H. Altmeppen, J. Wilhelm, *Gegen die Hysterie um die Niederlassungsfreiheit der Scheinauslandsgesellschaften*, „Der Betrieb” 2004, H. 20, s. 1084, 1085 i n.; O. Berner, *Interdependenz von Primär- und Kollisionsrecht im europäischen Gesellschaftsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, s. 88—89; L. de Lima Pinheiro, *Competition between Legal Systems in the European Union and Private Interna-*

nia, który już wielokrotnie wypowiedział się w tej materii⁴⁰, z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego swobody przedsiębiorczości spółek, w szczególności z wyroków w sprawie *Überseering*⁴¹ oraz *Inspire Art*⁴², a także niedawnego wyroku w sprawie *Polbud*⁴³, nie wynika, aby swoboda ta ustanawiała wymóg stosowania w prawie krajowym takiej lub innej teorii wyznaczania prawa właściwego dla spółki⁴⁴, a w szcze-

tional Law, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2008, H. 3, s. 211; H.-P. Mansel, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums. Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts?*, „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 2006, Bd. 70, s. 672—674; P. Kindler, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, Internationales Privatrecht II...*, s. 415—416, 433 i n.; J.A. Tersteegen, *Kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Kapitalgesellschaften im Inland*, C.H. Beck, München, 2002, s. 109 i n., s. 242—243; M.-P. Weller, *Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung. Zur Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf Scheinauslandsgesellschaften nach Überseering und Inspire Art*, Carl Heymanns Verlag, Köln—Berlin—München, 2004, s. 42; Ch. Wendehorst, *Kollisionsnormen im primären Europarecht?*, in: *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70 Geburtstag*, C.H. Beck, München, 2005, s. 1071 i n.

⁴⁰ Zob. A. Wowerka, *Osoby prawne i inne jednostki organizacyjne*, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2014, s. 656 i n.; A. Wowerka, *Osoby prawne i inne jednostki organizacyjne w prawie prywatnym międzynarodowym*, „Studia Prawa Prywatnego” 2014, z. 2, s. 53 i n.; A. Wowerka, „Uznanie” w międzynarodowym prawie spółek w świetle unijnej swobody przedsiębiorczości, w: *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, red. J. Kruczalak-Jankowska, LexisNexis, Warszawa, 2013, s. 266; A. Wowerka, *Wskazanie statutu personalnego spółek w kontekście unijnej swobody przedsiębiorczości. Jednolity „unijny” łącznik w zakresie krajowego międzynarodowego prawa spółek?*, w: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2013, s. 361 i n.; A. Wowerka, *Aktualne problemy międzynarodowego prawa spółek — zagadnienia wybrane*, „Gdańskie Studia Prawnicze — Przegląd Orzecznictwa” 2015, nr 4, s. 43; A. Wowerka, *Wyznaczanie...*, s. 49 i n.; A. Wowerka, *Zakres zastosowania statutu personalnego spółki*, Warszawa 2019, s. 113 i n.

⁴¹ Wyr. TSUE z 5.11.2002 r. w sprawie C-208/00 *Überseering BV przeciwko Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, ECLI:EU:C:2002:632.

⁴² Wyr. TSUE z 30.09.2003 r. w sprawie C-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam przeciwko Inspire Art Ltd.*, ECLI: ECLI:EU:C:2003:512.

⁴³ Zob. przyp. 35.

⁴⁴ Nadmienić można, że ocena wpływu traktatowej swobody przedsiębiorczości na stosowanie łącznika dla wyznaczania prawa właściwego dla spółek w świetle wykładni dokonanej w wyżej wymienionym orzecznictwie jest przedmiotem różnej oceny zarówno w europejskiej, jak i krajowej doktrynie oraz judykaturze. Zob. więcej na ten temat m.in.: P. Kindler, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, s. 409 i n. i powołana tam na s. 409—413 obszerna literatura przedmiotu oraz orzecznictwo powołane na s. 439 i n., s. 416 i n.; E.-M. Kieninger, *The Law Applicable to Corporations in the EC*, „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 2009, Bd. 73, s. 607 i n.; A. Wowerka, *Osoby prawne i inne jednostki organizacyjne*, w: *System Prawa Prywatnego*,

gólności tzw. teorii powstania, jak również stosowania łącznika siedziby statutowej. Swoboda przedsiębiorczości wymaga wprawdzie „uznania”⁴⁵ będącej jej beneficjentem spółki, niemniej jednak państwa członkowskie mają pełną swobodę co do tego, w jaki sposób owo „uznanie” zapewnić⁴⁶. Najbardziej racjonalne wydaje się instrumentarium kolizyjne i tradycyjna metoda łącznika prowadzącego do prawa właściwego dla spółki⁴⁷. W przypadku tej metody „uznanie” spółki można uzyskać na krajowej płaszczyźnie kolizyjnej przez wyłączenie przechodniości danego łącznika, w szczególności łącznika siedziby, w tym także siedziby rzeczywistej⁴⁸. Unijna swoboda przedsiębiorczości nie sprzeciwia się więc stosowaniu łącznika siedziby rzeczywistej. Nadmienić należy, że wspomnia-

T. 20A..., s. 547—557 i powołana tam literatura; A. Wowerka, *Zakres...*, s. 114—116 i literatura powołana tam w przyp. 17—20.

⁴⁵ Por. pkt 2. sentencji oraz pkt. 76, 82, 93, 95 wyroku w sprawie *Überseering*.

⁴⁶ Gwoli ścisłości należy zauważyć, że o uznaniu spółki można mówić wtedy, gdy spółka utworzona w danym państwie członkowskim jest traktowana w innym państwie członkowskim UE jako prawnie istniejąca bez konieczności zakładania nowej spółki oraz ograniczania w nieuzasadniony sposób jej swobody przedsiębiorczości, jeżeli spółka taka prowadzi działalność w tym innym państwie członkowskim UE.

⁴⁷ Będąca obecnie przedmiotem szerokiego dyskursu w doktrynie koncepcja uznawania sytuacji życiowych (zob.: H.-P. Mansel, *Anerkennung...*, s. 654 i n.; H.-P. Mansel, *Methoden des internationalen Privatrechts — Personalstatut: Verweisung und Anerkennung*, in: *Die Person im Internationalen Privatrecht. Liber Amicorum Erik Jayme*, Hrsg. M. Gebauer, H.-P. Mansel, G. Schulze, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, s. 27 i n.; C.F. Nordmeier, *Stand, Perspektiven und Grenzen der Rechtslagenanerkennung im europäischen Rechtsraum anhand Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2012, H. 1, s. 31 i n.; J. Rieks, *Anerkennung im Internationalen Privatrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2012, s. 26 i n.) posiada niewielką użyteczność w porównaniu z metodą kolizyjną, na co trafnie zwraca uwagę w doktrynie H.-P. Mansel (zob. H.-P. Mansel, *Anerkennung...*, s. 687 i n.; H.-P. Mansel, *Methoden...*, s. 29 i n.). Dotyczy to w równej mierze uznawania spółek. Zob. więcej krytycznie w odniesieniu do uznawania spółek H. Grosserichter, *Vom Umgang mit ausländischen Zivilrechtslagen im Bereich EG-vertraglicher Grundfreiheiten: Eine Zwischenbilanz der Diskussion um Niederlassungsfreiheit und Sitzanknüpfung*, in: *Privatrecht in Europa. Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 2004, s. 275 i n.; P. Kindler, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, s. 487—489.

⁴⁸ Warto podkreślić w tym kontekście, że z kolizyjnoprawnego punktu widzenia nie ma różnicy między siedzibą statutową a siedzibą rzeczywistą, jeżeli chodzi o ich przechodni charakter w rozumieniu kolizyjnoprawnym. W przypadku siedziby statutowej będącej łącznikiem wyznaczającym prawo właściwe również pojawi się wynikający z przechodniego charakteru tego łącznika problem „nieuznania” podmiotowości prawnej spółki, związany z zastosowaniem prawa merytorycznego, stanowiącego nowy statut personalny spółki, które to prawo nie przewiduje w miejscu nowej siedziby statutowej migrującej spółki innej spółki niż dana spółka krajowa i w związku z niedochowaniem wymogów przewidzianych w stosownych przepisach dla powstania spółki krajowej odmawia „uznania” podmiotowości prawnej migrującej spółki.

ne orzecznictwo, a w szczególności wydany prawie 19 lat temu wyrok w sprawie *Überseering*, który stał się przedmiotem licznych wypowiedzi i komentarzy w doktrynie⁴⁹, nie spowodowało przyjęcia w ustawodawstwach państw członkowskich jednolitego łącznika, zwłaszcza na podstawie tzw. teorii powstania, i nadal zastosowanie znajdują różne kryteria powiązania spółki z prawem właściwym, w tym siedziba rzeczywista. Właśnie ta różnorodność skłoniła Komisję do podjęcia wspomnianej na wstępie jak dotąd bezskutecznej inicjatywy zmierzającej do ujednolicenia międzynarodowego prawa spółek, co również dobitnie dowodzi, że traktatowa swoboda przedsiębiorczości nie ma charakteru kolizyjnego i nie ustanawia „unijnego” łącznika wyznaczającego prawo właściwe dla spółek.

5. Siedziba rzeczywista jako łącznik jurysdykcyjny

Przepisy rozporządzenia nr 1215/2012 są oparte na zasadzie, że jurysdykcję w ogólności mają sądy miejsca zamieszkania pozwanego, z wyjątkiem kilku dokładnie określonych przypadków, w których ze względu na przedmiot sporu lub autonomię stron uzasadnione jest inne kryterium powiązania⁵⁰. W celu wzmocnienia wspólnych przepisów i uniknięcia konfliktów kompetencyjnych rozporządzenie wprost definiuje miejsce zamieszkania w odniesieniu do osób prawnych. Jak stanowi art. 63 ust. 1 lit. a—c, do celów stosowania tego rozporządzenia przez miejsce zamieszkania w przypadku spółek i osób prawnych rozumie się miejsce, w którym znajduje się siedziba statutowa lub ich główny organ zarządzający, lub ich główne przedsiębiorstwo. Należy zwrócić uwagę, że wymienione w tym przepisie łączniki jurysdykcyjne są identyczne z kryteriami ustanawiającymi powiązanie spółki z terytorium UE określonymi w art. 54 TFUE dla celów ustalenia podmiotowego zakresu zastosowania swobody przedsiębiorczości. W doktrynie przyjmuje się, że autonomiczna interpretacja łączników jurysdykcyjnych określonych w art. 63 ust. 1 lit. a—c rozporządzenia nr 1215/2012 powinna być dokonywana w identyczny sposób jak interpretacja łączników ustanawiających powiązanie

⁴⁹ Ostatnio w polskiej doktrynie M. Pilich, *Uznanie podmiotowości zagranicznych osób prawnych w obrocie wewnątrz Unii Europejskiej — wprowadzenie i wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 5.11.2002 r., C-208/00, Überseering BV przeciwko Nordic Construction Company Baumanagement*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 1, s. 45 i n.

⁵⁰ Por. motyw 15. rozporządzenia.

spółki z terytorium UE określonych w art. 54 TFUE. Podkreślić trzeba, że również na gruncie art. 63 ust. 1 wymienione w tym przepisie łączniki mają charakter równorzędny. W świetle rozporządzenia nr 1215/1212 jurysdykcję w sprawach przeciwko spółkom będą więc miały zarówno sądy siedziby statutowej, jak i siedziby zarządu, a także głównego przedsiębiorstwa spółki. Ewentualne konflikty kompetencyjne w zakresie jurysdykcji należy wówczas rozstrzygać zgodnie z sekcją 9. rozporządzenia. Takie rozwiązanie zapewnia stosunkowo szeroką jurysdykcję sądów państw członkowskich. Jak wynika zatem wprost z samego rozporządzenia, siedziba rzeczywista spółki stanowi łącznik jurysdykcyjny na równi z łącznikiem jurysdykcyjnym siedziby statutowej.

Warto również zauważyć, że rozporządzenie nr 1215/2012 nie tylko określa łączniki jurysdykcyjne w sposób autonomiczny, lecz także w celu ustalenia siedziby odsyła do prawa prywatnego międzynarodowego. Jako że jak dotąd brak jest unijnej regulacji w zakresie międzynarodowego prawa spółek, zastosowanie znajduje w tym względzie krajowe prawo prywatne międzynarodowe. Siedziba rzeczywista może znaleźć zatem zastosowanie również w sytuacji, gdy taki łącznik jest stosowany na gruncie prawa krajowego, jak np. na gruncie francuskiego czy belgijskiego prawa prywatnego międzynarodowego.

Odesłanie do prawa prywatnego międzynarodowego ma miejsce w przypadku trustów. Jak stanowi art. 63 ust. 3, w celu ustalenia, czy „trust” ma siedzibę w państwie członkowskim, przed którego sądami zawisła sprawa, sąd stosuje swoje prawo prywatne międzynarodowe⁵¹. Siedziba rzeczywista spółki może więc dojść do głosu w ramach rozporządzenia również na podstawie krajowego prawa prywatnego międzynarodowego, które takie kryterium uznaje za łącznik kolizyjny. Jeżeli sprawa zawisła przed sądem polskim, sąd ten dla ustalenia siedziby trustu zastosuje nie art. 63 ust. 1 lit. a—c rozporządzenia, lecz na podstawie odesłania z art. 63 ust. 3 własne krajowe prawo prywatne międzynarodowe, a konkretnie art. 17 ust. 1 polskiej ustawy p.p.m. i oprze swoje rozstrzygnięcie, odnosząc się do przewidzianego w tym przepisie kryterium siedziby spółki.

Odesłanie do prawa prywatnego międzynarodowego ma miejsce również w odniesieniu do jurysdykcji wyłącznej w sprawach, których przedmiotem jest ważność, nieważność lub rozwiązanie spółki, lub osoby prawnej, albo ważność decyzji ich organów. Zgodnie z art. 24 pkt 2 rozporządzenia nr 1215/2012, w sprawach, których przedmiotem jest ważność, nieważność lub rozwiązanie spółki, lub osoby prawnej, albo waż-

⁵¹ Przy czym chodzi tu o prawo prywatne międzynarodowe w znaczeniu wąskim, obejmującym jedynie normy kolizyjne.

ność decyzji ich organów, jurysdykcję wyłączną mają sądy państwa członkowskiego, na którego terytorium spółka lub osoba prawna ma swoją siedzibę. Przy ustalaniu, gdzie znajduje się siedziba, przepis ten nakazuje sądowi zastosowanie przepisów własnego krajowego prawa prywatnego międzynarodowego. Na podstawie art. 17 ust. 1 polskiej ustawy p.p.m. zastosowanie znajdzie kryterium siedziby. Warto w tym kontekście zauważyć, że wspomniany przepis art. 24 pkt 2 obejmuje jedynie te postępowania, w których przedmiotem sporu jest ważność decyzji organów spółek tudzież osób prawnych⁵², i nie obejmuje postępowań dotyczących sporów związanych z wykonaniem pewnych uchwał, takich jak w przedmiocie powództwa o zapłatę składek wynikających z odpowiedniej uchwały⁵³.

Jak wspomniano, siedziba rzeczywista spółki jest objęta definicją głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika w myśl rozporządzenia nr 2015/848 i stanowi łącznik jurysdykcyjny dla upadłości spółki.

6. Podsumowanie

Siedziba rzeczywista stanowi uznany, aczkolwiek ujmowany w różnych formułach, łącznik unijnego międzynarodowego prawa prywatnego odnoszący się do spółek w ich różnych stosunkach prawnych. Łącznik ten uwzględnia klasyczne założenia, na których oparte jest to prawo, dążenia do poszukiwania prawa najściślej związanego z danym stanem faktycznym. Na gruncie rozporządzeń ujednociających poszczególne dziedziny tego prawa, istotne z punktu widzenia transgranicznej działalności spółek, siedziba rzeczywista stanowi łącznik determinujący powiązanie spółki z prawem właściwym dla stosunków umownych i pozaumownych prawnych z udziałem spółki oraz dla upadłości spółki. Ponadto wy-

⁵² Por. wyr. TSUE z 2.10.2008 r. w sprawie C-372/07 *Hassett i Doherty*, EU:C:2008:534, pkt 26.

⁵³ Por. opinię rzecznika generalnego J. Kokott z 31.01.2019 r. w sprawie C-25/18 *Brian Andrew Kerr*, ECLI:EU:C:2019:86, pkt 44. Warto wspomnieć, że wydany w tej samej sprawie wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 8.05.2019 r., ECLI:EU:C:2019:376, w którym Trybunał ten uznał, że spór dotyczący wynikającego z uchwały wspólnoty mieszkaniowej zobowiązania do zapłaty kosztów utrzymania części wspólnych należy uznać za należący do zakresu pojęcia „spraw dotyczących umowy” w rozumieniu art. 7 pkt 1 lit. a rozporządzenia nr 1215/2012, oraz że spór taki należy uznać za spór dotyczący umowy o świadczenie usług w rozumieniu art. 4 ust. 1 lit. b rozporządzenia Rzym I, budzi poważne zastrzeżenia co do właściwej kwalifikacji.

znacza jurysdykcję w zakresie postępowania upadłościowego wobec spółki, a także stanowi łącznik jurysdykcyjny dla ogólnych spraw cywilnych i handlowych z udziałem spółek. Łącznik siedziby rzeczywistej stosowany na gruncie prawa krajowego dla wyznaczenia prawa właściwego dla samej spółki (*lex societatis*) zasadniczo może również spełniać wynikający z traktatowej swobody przedsiębiorczości wymóg uznawania spółek. Oparcie się przez prawodawcę unijnego na jednolitym kryterium siedziby rzeczywistej powoduje, że na znaczeniu tracą problemy kwalifikacyjne związane z instytucjami prawnymi znajdującymi się na styku statutu deliktowego, upadłościowego i kontraktowego, a ponadto statutu personalnego spółki w razie zastosowania dopuszczalnego w świetle unijnej swobody przedsiębiorczości w prawie krajowym łącznika siedziby rzeczywistej dla wyznaczenia prawa właściwego dla spółki. Zastosowanie ma bowiem w takich przypadkach jeden i ten sam system prawny, będący jednocześnie statutem personalnym spółki, upadłościowym, kontraktowym i deliktowym. Złożona problematyka rozgraniczania poszczególnych konkurujących z sobą statutów, w szczególności statutu personalnego spółki i pozostałych statutów⁵⁴, przestaje mieć wówczas znaczenie praktyczne.

Na koniec wypada jeszcze zaznaczyć, że zdaniem autora niniejszego opracowania, który szeroko uzasadniał swoje stanowisko⁵⁵, przyjęty przez ustawodawcę polskiego w ustawie p.p.m. z 2011 r.⁵⁶ model wyznaczenia prawa właściwego dla spółki jest również oparty na łączniku siedziby rzeczywistej⁵⁷, oznaczającej faktyczny, stały ośrodek kierowania

⁵⁴ Więcej na ten temat zob. A. Wowerka, *Zakres...*, s. 1 i n.

⁵⁵ Zob. m.in.: A. Wowerka, *Osoby prawne i inne jednostki organizacyjne*, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20A..., s. 633 i n.; A. Wowerka, *Wyznaczanie...*, s. 52 i n.; A. Wowerka, *Pojęcie siedziby spółki w prawie prywatnym międzynarodowym*, w: *„Societates et obligationes” — tradycja, współczesność, przyszłość. Księga jubileuszowa Profesora Jacka Napierały*, red. A. Olejniczak, T. Sójka, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań, 2018, s. 714 i n.

⁵⁶ Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe, Dz.U. 2011, nr 80, poz. 432 ze zm.

⁵⁷ Odmiennie jednak za siedzibą statutową (często utożsamianą z siedzibą rejestrową) opowiadają się m.in.: P. Błaszczuk, *Pojęcie siedziby osoby prawnej w nowej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym*, „Państwo i Prawo” 2011, z. 11, s. 85 i n.; J. Napierała, *Swoboda przedsiębiorczości z perspektywy polskiego prawa kolizyjnego*, w: *Wpływ europeizacji prawa...*, s. 144; A. Opalski, *Wybrane problemy ustalania prawa właściwego dla osób prawnych w świetle nowej ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe*, w: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, red. J. Poczobut, Warszawa 2013, s. 218; A. Opalski, A.W. Wiśniewski, *Osoby prawne*, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. J. Poczobut, Warszawa 2017; K. Oplustil, *Łącznik siedziby w nowym prawie prywatnym międzynarodowym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2011, z. 3, s. 635 i n.; M. Mataczyński, *Kolizyjnoprawne pojęcie siedziby osoby prawnej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, z. 2, s. 295; M. Mataczyński, *Transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej polskiej spółki za granicę*, „Problemy Prawa

działalnością spółki, rozpoznawalny jako taki dla osób trzecich. Zastosowanie tego łącznika odpowiada założeniom ujednoczonego unijnego prawa prywatnego międzynarodowego i spełnia wymogi wynikające z unijnej swobody przedsiębiorczości⁵⁸.

Bibliografia

- Altmeppen H., *Schutz vor europäischen Kapitalgesellschaften*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2004, H. 3.
- Altmeppen H., Wilhelm J., *Gegen die Hysterie um die Niederlassungsfreiheit der Scheinauslandsgesellschaften*, „Der Betrieb” 2004, H. 20.
- Berner O., *Interdependenz von Primär- und Kollisionsrecht im europäischen Gesellschaftsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2015.
- Błaszczak P., *Pojęcie siedziby osoby prawnej w nowej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym*, „Państwo i Prawo” 2011, z. 11.
- Brödermann E., Wegen G., *IPR-Anh 1/ROM I, Art. 19*, in: *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, Hrsg. H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich, Luchterhand Verlag, Köln, 2017.
- Doehner R., *Rom I. Art. 19*, in: *Rom-Verordnungen*, Hrsg. R. Hüßtege, H.-P. Mansel, Nomos, Baden-Baden, 2015.
- Eeckhout V., *The instrumentalization of private international law*, in: *Boundaries of European Private International Law*, eds. J.-S. Berge, S. Franc, M.G. Santiago, Bruylant, Bruxelles, 2015.
- Gerner-Beuerle C., Mucciarelli F.M., Schuster E., Siehms M., *Making the Case for a Rome V Regulation on the Law Applicable to Companies*, „Law Working Paper” no. 549/2020, October 2020.
- Grosserichter H., *Vom Umgang mit ausländischen Zivilrechtslagen im Bereich EG-vertraglicher Grundfreiheiten: Eine Zwischenbilanz der Diskussion um Niederlassungsfreiheit und Sitzanknüpfung*, in: *Privatrecht in Europa. Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 2004.
- Hausmann R., *Reichweite des Insolvenzstatuts*, in: *Internationales Vertragsrecht. Das Internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Hrsg. Ch. Reithmann, D. Martiny, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2010.

Prywatnego Międzynarodowego” 2013, T. 13, s. 30; M. Mataczyński, *Seat of the Company in Private International Law*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań, 2018, s. 11 i n.; M. Mataczyński, M. Saczywko, *Transgraniczne przeniesienie siedziby zagranicznej spółki handlowej do Polski*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 1, s. 24; O. Sachanbińska, *Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki kapitałowej — potrzeba działania unijnego i polskiego prawodawcy*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2015, 3, s. 95.

⁵⁸ Por. A. Wowerka, *Wyznaczenie...*, s. 49—51.

- Hübner L., *Eine Rom-VO für das Internationale Gesellschaftsrecht — zugleich ein Beitrag zur Kohärenz im Internationalen Gesellschaftsrecht*, „Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht“ 1/2018, Bd. 47.
- Junker A., *Art. 23 Rom-II*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 13, Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50—253)*, Hrsg. J. v. Hein, 8. Aufl., 2021 (beck-online).
- Junker A., *Rom II-VO. Art. 23. Sonstige Vorschriften. Gewöhnlicher Aufenthalt*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1—24)*, Hrsg. J. v. Hein, C.H. Beck, München, 2015.
- Kieninger M.-E., *Die weitere Kodifikation des europäischen IPR*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht“ 2017, H. 2.
- Kieninger M.-E., *Internationales Gesellschaftsrecht zwischen Polbud, Panama und Paradise*, „Zeitschrift für Europäisches Privatrecht“ 2018, H. 2.
- Kieninger E.-M., *The Law Applicable to Corporations in the EC*, „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht“ 2009, Bd. 73.
- Kindler P., *EuInsVO Art. 3*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 13, Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50—253)*, Hrsg. J. v. Hein, 8. Aufl., 2021 (beck-online).
- Kindler P., *EuInsVO Art. 7*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 13, Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50—253)*, Hrsg. J. v. Hein, 8. Aufl., 2021 (beck-online).
- Kindler P., *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 25—248)*, Hrsg. J. v. Hein, C.H. Beck, München, 2015.
- Kindler P., *Internationales Insolvenzrecht*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 25—248)*, Hrsg. J. v. Hein, C.H. Beck, München, 2015.
- Kindler P., *Welche Anknüpfungspunkte sollte ein künftiges internationales Gesellschaftsrecht verwenden?*, in: *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Hrsg. H.J. Sonnenberger, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.
- Klyta W., *Spółki kapitałowe w prawie europejskim*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego“ 2000, z. 4.
- Kohler Ch., *Auf dem Weg zu einer europäischen Verordnung über das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der Ehescheidung. Tagung der Europäischer Gruppe für Internationales Privatrecht in Luxemburg*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts“ 2014, H. 4.

- Lagarde P., *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, „Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law” 1986-I, Tome 196 de la collection, Leiden—Boston, 1987.
- de Lima Pinheiro L., *Competition between Legal Systems in the European Union and Private International Law*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2008, H. 3.
- Magnus U., *Internationales Vertragsrecht. Rom I-VO, Art. 19*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR, Einleitung zur Rom I-VO; Art. 11—29 Rom I-VO; Art. 46b c EGBGB (*Internationales Vertragsrecht 2*), Hrsg. U. Magnus, Sellier / de Gruyter, Berlin, 2011.
- Mankowski P., Art. 3, in: P. Mankowski, M.F. Müller, J. Schmidt, *EuInsVO 2015. Europäische Insolvenzverordnung 2015*, C.H. Beck, München, 2016.
- Mankowski P., *Die Rom I-Verordnung — Änderungen im europäischen IPR für Verträge*, „Internationales Handelsrecht” 2008, H. 4.
- Mansel H.-P., *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums. Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts?*, „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 2006, Bd. 70.
- Mansel H.-P., *Methoden des internationalen Privatrechts — Personalstatut: Verweisung und Anerkennung*, in: *Die Person im Internationalen Privatrecht. Liber Amicorum Erik Jayme*, Hrsg. M. Gebauer, H.-P. Mansel, G. Schulze, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.
- Mansel H.-P., *Private Law Doctrine and Private International Law*, „Chinese Yearbook of Private International Law and Comparative Law” 2017.
- Mansel H.-P., Thorn K., Wagner R., *Europäisches Kollisionsrecht 2017: Morgenstunde der Staatsverträge?*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2018, H. 2.
- Mansel H.-P., Thorn K., Wagner R., *Europäisches Kollisionsrecht 2018: Endspurt!*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2019, H. 2.
- Martiny D., Art. 19 Rom I-VO, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 13, Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50—253)*, Hrsg. J. v. Hein, 8. Aufl., 2021 (*beck-online*).
- Martiny D., *Rom I-VO. Art. 19*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1—24)*, Hrsg. J. v. Hein, C.H. Beck, München, 2015.
- Mataczyński M., *Kolizyjnoprawne pojęcie siedziby osoby prawnej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, z. 2.
- Mataczyński M., *Seat of the Company in Private International Law*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań, 2018.

- Mataczyński M., *Transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej polskiej spółki za granicę*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2013, T. 13.
- Mataczyński M., Saczywko M., *Transgraniczne przeniesienie siedziby zagranicznej spółki handlowej do Polski*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 1.
- Napierała J., *Swoboda przedsiębiorczości z perspektywy polskiego prawa kolidującego*, w: *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, red. J. Kruczalak-Jankowska, LexisNexis, Gdańsk, 2013.
- Nehne T., *Methodik und allgemeine Lehren des europäischen Internationalen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- Nordmeier C.F., *Stand, Perspektiven und Grenzen der Rechtslagenanerkennung im europäischen Rechtsraum anhand Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2012, H. 1.
- Opalski A., *Wybrane problemy ustalania prawa właściwego dla osób prawnych w świetle nowej ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe*, w: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2013.
- Opalski A., Wiśniewski A.W., *Osoby prawne*, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2017.
- Oplustil K., *Łącznik siedziby w nowym prawie prywatnym międzynarodowym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2011, z. 3.
- Paefgen W.G., „Polbud”: *Niederlassungsfreiheit als Sitzspaltungsfreiheit. Zum Urteil des EuGH vom 25.10.2017 in der Rechtssache „Polbud”*, „Wertpapiermitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht” 2018, H. 22.
- Pilich M., *Uznanie podmiotowości zagranicznych osób prawnych w obrocie wewnątrznarodowym Unii Europejskiej — wprowadzenie i wyrok Trybunatu Sprawiedliwości z 5.11.2002 r., C-208/00, Überseering BV przeciwko Nordic Construction Company Baumanagement*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 1.
- Rieks J., *Anerkennung im Internationalen Privatrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2012.
- Sachanbińska O., *Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki kapitałowej — potrzeba działania unijnego i polskiego prawodawcy*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2015, 3.
- Schaub R., *IPR-Anh 2/Rom II, Art. 23*, in: *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, Hrsg. H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich, Luchterhand Verlag, Köln, 2017.
- Schulze G., *Rom II, Art. 23*, in: *Rom-Verordnungen*, Hrsg. R. Hüßtege, H.-P. Mansel, Nomos, Baden-Baden, 2015.
- Schütze R.A., *Zur cautio iudicatum solvi bei unbestimmten Verwaltungssitz juristischer Personen*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2018, H. 5.
- Tersteegen J.A., *Kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Kapitalgesellschaften im Inland*, C.H. Beck, München, 2002.

- Thole Ch., *EuInsVO 2000. Art. 3*, in: *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 4, EuInsVO 2000, Art. 102 und 102a EGIInsO, EuInsVO 2015, Länderberichte*, Hrsg. H.-P. Kirchhof, H. Eidenmüller, R. Stürner, C.H. Beck, München, 2016.
- Trütten D., *Die Entwicklung des internationalen Privatrechts in der Europäischen Union*, Stämpfli Verlag, Baden-Baden, 2015.
- Weller M.-P., *Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik?*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts“ 2011, H. 5.
- Weller M.-P., *Das autonome Unternehmenskollisionsrecht*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts“ 2017, H. 2.
- Weller M.-P., *Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung. Zur Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf Scheinauslandsgesellschaften nach Überseering und Inspire Art*, Carl Heymanns Verlag, Köln—Berlin—München, 2004.
- Wendehorst Ch., *Kollisionsnormen im primären Europarecht?*, in: *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 2005.
- Wowerka A., *Aktualne problemy międzynarodowego prawa spółek — zagadnienia wybrane*, „Gdańskie Studia Prawnicze — Przegląd Orzecznictwa” 2015, nr 4.
- Wowerka A., *Osoby prawne i inne jednostki organizacyjne*, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2014.
- Wowerka A., *Osoby prawne i inne jednostki organizacyjne w prawie prywatnym międzynarodowym*, „Studia Prawa Prywatnego” 2014, z. 2.
- Wowerka A., *Pojęcie siedziby spółki w prawie prywatnym międzynarodowym*, w: *„Societates et obligationes” — tradycja, współczesność, przyszłość. Księga jubileuszowa Profesora Jacka Napierały*, red. A. Olejniczak, T. Sójka, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań, 2018.
- Wowerka A., *„Uznanie” w międzynarodowym prawie spółek w świetle unijnej swobody przedsiębiorczości*, w: *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, red. J. Kruczałak-Jankowska, LexisNexis, Warszawa, 2013.
- Wowerka A., *Wskazanie statutu personalnego spółek w kontekście unijnej swobody przedsiębiorczości. Jednolity „unijny” łącznik w zakresie krajowego międzynarodowego prawa spółek?*, w: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa, 2013.
- Wowerka A., *Wyznaczanie prawa statutu personalnego osób prawnych*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2016, T. 19.
- Wowerka A., *Zakres zastosowania statutu personalnego spółki*, C.H. Beck, Warszawa, 2019.



Michał Wojewoda^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0002-5997-8148>

O przypadkach dokonanej transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych

Abstract: The article concerns the problem of birth certificates of children of same sex couples, which have been transcribed into the Polish register of civil status. Although such transcriptions, after the resolution of the Supreme Administrative Court of 2.12.2019, seem not to be allowed, a significant number of foreign certificates had already been transcribed beforehand. The author argues that there are limited grounds to eliminate such acts from the Polish register. Especially in cases, in which the transcribed birth act — generated in Poland — names the woman who gave birth to the child (which woman is always considered to be the mother according to Polish law), such acts can properly fulfill their role by proving the fact of the child's birth and by explaining the motherhood. The fact that the other parent (of the same sex) is not mentioned at all or is mentioned only in an annotation to a birth act can be well reconciled with the rules of the Polish law.

Keywords: Transcription of civil status certificates — registration of civil status — annulment of a civil status act — same sex couples — parenthood of same sex persons

^{a)} Dr hab., prof. UŁ, Uniwersytet Łódzki.

1. Wprowadzenie

Zgodnie z art. 104 ust. 2 ustawy z 28 listopada 2014 r. — Prawo o aktach stanu cywilnego¹, „Zagraniczny dokument stanu cywilnego, będący dowodem zdarzenia i jego rejestracji, może zostać przeniesiony do rejestru stanu cywilnego w drodze transkrypcji”. Powołany przepis stanowi podstawę przepisania do polskiego rejestru (inaczej umiejscowienia) aktów stanu cywilnego sporządzonych w innych państwach. Choć regulacja ustawowa nie przewiduje przesłanki istnienia obiektywnego związku zagranicznego aktu z Polską (potencjalnie przenieść można każdy akt potwierdzający urodzenie, małżeństwo lub zgon dowolnej osoby fizycznej sporządzony w jakimkolwiek państwie na świecie), w praktyce wnioski o transkrypcję najczęściej składają osoby, które posiadają już akty stanu cywilnego w polskim rejestrze, a także obywatele polscy, których dzieci rodzą się za granicą. Powodem takiego stanu rzeczy jest art. 104 ust. 5 p.a.s.c., który stanowi: „Transkrypcja jest obligatoryjna, jeżeli obywatel polski, którego dotyczy zagraniczny dokument stanu cywilnego, posiada akt stanu cywilnego potwierdzający zdarzenia wcześniejsze sporządzony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i żąda dokonania czynności z zakresu rejestracji stanu cywilnego lub ubiega się o polski dokument tożsamości, lub nadanie numeru PESEL”.

W ostatnich latach, w kontekście przepisów o transkrypcji, coraz częściej pojawia się pytanie o możliwość odnotowania w Polsce, w tym właśnie trybie, urodzenia dzieci, których (prawne) rodzicielstwo przypisano za granicą osobom tej samej płci. W licznych państwach, w Europie i na świecie, spotykamy dziś bowiem instytucjonalne związki par jednopłciowych (małżeństwa homoseksualne lub związki partnerskie). Przepisy obowiązujące w tych państwach pozwalają zazwyczaj, aby takim parom przypisać rodzicielstwo dziecka. Jak wiadomo, prawo polskie nie zna podobnych konstrukcji. Trzeba mieć jednak świadomość, że coraz większa grupa polskich obywateli (zazwyczaj stale mieszkających za granicą) zawiera w innych państwach związki jednopłciowe i rejestruje urodzenie dzieci, występując w roli rodziców. Powoduje to oczywiście napięcia w kontekście rejestracji stanu cywilnego², ilekroć zainteresowani chcą skorzystać z możliwości wprowadzania zagranicznych dokumentów (aktów związków jednopłciowych i aktów urodzenia dzieci z takich

¹ T.j. Dz.U. 2020, poz. 463 [dalej: p.a.s.c.].

² Zob. na ten temat M. Wojewoda, *Współczesne modele prawa rodzinnego a rejestracja stanu cywilnego*, „Metryka” 2019, nr 2, s. 61 i n.; M. Wojewoda, *Jeszcze o uznawaniu stanu cywilnego w stosunkach transgranicznych*, „Metryka” 2020, nr 1, s. 87 i n.

związków) do polskiego rejestru. Pojawia się bowiem pytanie o możliwość oraz sposób odnotowania w Polsce konstrukcji nieznanych prawu polskiemu.

Odpowiedzi należy poszukiwać indywidualnie dla poszczególnych grup przypadków³. Przedmiotem naszych rozważań będą wyłącznie zagadnienia dotyczące transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych. Szczególną uwagę przyciąga najczęstszy w praktyce przypadek, kiedy to rodzicielstwo zostaje za granicą przypisane dwóm kobietom, przy czym matką rodzącą dziecko jest obywatelka Polski. Tę grupę sytuacji wyróżnia okoliczność, że dziecko, z mocy samego prawa, uzyskuje polskie obywatelstwo. Jak bowiem stanowi art. 14 pkt 1 ustawy z 2 kwietnia 2009 r. o obywatelstwie polskim⁴, „Małoletni nabywa obywatelstwo polskie przez urodzenie, w przypadku gdy co najmniej jedno z rodziców jest obywatelem polskim”. W świetle zaś obowiązujących w Polsce przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁵ (zob. art. 61⁹ k.r.o.) relacja rodzicielska z kobietą, która dziecko urodziła, nie może budzić wątpliwości⁶.

³ Jeśli chodzi o odnotowywanie w Polsce instytucjonalnych związków nieznanych prawu polskiemu zob. M. Wojewoda, *Małżeństwa jedнопłciowe i związki partnerskie w polskim rejestrze stanu cywilnego?*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2017, T. 103, s. 133 i n.; por. E. Kamarad, *Zaświadczenie o stanie cywilnym a małżeństwa i związki partnerskie osób tej samej płci*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2017, T. 17, s. 75.

⁴ T.j. Dz.U. 2020, poz. 347.

⁵ Ustawa z 25.02.1964 r. — Kodeks rodzinny i opiekuńczy, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1359 [dalej: k.r.o.].

⁶ Podobnej oczywistości nie ma, gdy polskie obywatelstwo ma wynikać z pochodzenia dziecka od mężczyzny będącego obywatelem Polski. O tym, że dany mężczyzna jest rodzicem w rozumieniu art. 14 ustawy o obywatelstwie polskim decydować powinny, jak się zdaje, przepisy polskiego prawa rodzinnego. Po pierwsze dlatego, że chodzi o pojęcie wynikające z polskiej ustawy publicznoprawnej, w której trudno oczekiwać odwołań do rodzicielstwa według prawa obcego. Po wtóre zaś, art. 55 ustawy z 4.02.2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe (t.j. Dz.U. 2015, poz. 1792 [dalej: p.p.m.]) wskazuje, że w przypadku polskiego obywatelstwa dziecka dla ustalenia jego pochodzenia właściwe jest prawo polskie, por. M. Pilich, *Uznanie dziecka a problematyka obywatelstwa*, „Metryka” 2017, nr 1, s. 35—37. Tymczasem, według polskiego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, ojcostwo jest zawsze pochodną macierzyństwa określonej kobiety (zob. art. 62, art. 73 oraz art. 85 k.r.o.). Dlatego też dla przesądzenia ojcostwa danego mężczyzny nie wystarczy odpis zagranicznego aktu urodzenia, w którym jako rodziców podano dwóch mężczyzn, czy też akt urodzenia, w którym wskazano wyłącznie ojca, bo dziecko urodziła matka zastępcza niepodlegająca ujawnieniu w akcie. Sama więc genetyczna nie jest według prawa polskiego samoistną podstawą ustalenia pochodzenia dziecka. Z powyższych względów pewne zastrzeżenia mogą budzić wyroki NSA z 29.08.2018 r., II OSK 2129/16, oraz z 10.09.2020 r., II OSK 3362/17, w których, bez głębszego uzasadnienia, za wystarczający dowód ojcostwa obywatela Polski przyjęto zagraniczne dokumenty, z których w ogóle nie wynikało macierzyństwo.

Polskie obywatelstwo dziecka prowadzi do oczywistego, jak się zdaje, wniosku, że osobie takiej nie można odmówić wydania polskiego dokumentu tożsamości (dowodu osobistego lub paszportu). Tymczasem w praktyce przeszkodą do otrzymania takiego dokumentu okazuje się sygnalizowany wcześniej wymóg obowiązkowej transkrypcji aktu urodzenia (art. 104 ust. 5 p.a.s.c.). Trzeba pamiętać, że krajowy system rejestracji stanu cywilnego jest dostosowany do reguł polskiego prawa rodzinnego, które przewiduje, że rodzicami mogą być wyłącznie kobieta i mężczyzna. Dlatego w polskim akcie stanu cywilnego, podobnie jak w formularzach odpisów aktów, zawsze znajdują się odrębne rubryki dotyczące „matki” i „ojca”. Problematyczna w związku z tym staje się nie tylko generalna dopuszczalność, lecz także techniczna możliwość sporządzenia polskiego aktu stanu cywilnego na podstawie dokumentu zagranicznego, w którym jako rodziców wpisano osoby tej samej płci.

Orzecznictwo sądów administracyjnych dotyczące poruszonego problemu nie jest jednolite. Sprawy z tego zakresu trafiają na wokandę sądową przede wszystkim wtedy, gdy dojdzie do odmowy transkrypcji. Decyzja kierownika USC podlega wtedy zaskarżeniu do organu wyższego stopnia (wojewody), a następnie możliwe jest złożenie skargi do sądu administracyjnego. Wśród wielu orzeczeń dotyczących rozważanego problemu, ze zrozumiałych względów, szczególną uwagę wzbudzają rozstrzygnięcia liberalne, w których dopuszczono transkrypcję aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych. Przykładem jest wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z 5.04.2018 r., II SA/Po 1169/17, w którym sąd opowiedział się za możliwością umiejscowienia aktu urodzenia wskazującego na rodzicielstwo dwóch kobiet. W innej analogicznej sprawie, w wyroku z 10.10.2018 r., II OSK 2552/16, transkrypcję dopuścił też Naczelny Sąd Administracyjny.

Ostatecznie jednak w judykaturze zwyciężyło stanowisko restryktywne, którego najpełniejszym wyrazem jest uchwała 7 sędziów NSA z 2.12.2019 r., II OPS 1/19. Przyjęto w niej, że obowiązujące przepisy, a w szczególności klauzula porządku publicznego przewidziana w art. 107 pkt 3 p.a.s.c., nie dopuszczają transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice wpisane są osoby tej samej płci. Jednocześnie Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że „prawidłowa wykładnia art. 104 ust. 5 p.a.s.c. nie może prowadzić do uzależnienia uzyskania przez obywatela polskiego dowodu tożsamości albo numeru PESEL od dokonania przez organ transkrypcji, która nie jest możliwa tylko z tego powodu, że w zagranicznym akcie urodzenia dziecka podano zamiast danych ojca dane kobiety, która pozostaje w nieznanym polskiemu prawu związku”. Skład orzekający wyraźnie zasygnalizował zatem, że mimo niedopuszczalności transkrypcji, musi istnieć możliwość

uzyskania przez dziecko polskiego dowodu tożsamości. Oznacza to, że zasada obligatoryjnej transkrypcji doznaje w tym przypadku wyjątku. Przy okazji skład orzekający przypomniał powszechnie akceptowany w Polsce pogląd, zgodnie z którym sporządzone za granicą akty stanu cywilnego, jako dokumenty urzędowe, mają moc dowodową zrównaną z aktami polskimi (zob. art. 1138 Kodeksu postępowania cywilnego⁷). Co więcej, bezpośrednio zastosowanie znajduje do nich art. 3 p.a.s.c., który przewiduje, że akty stanu cywilnego stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nich stwierdzonych⁸. W efekcie także akty zagraniczne mogą być brane pod uwagę przy wydawaniu dziecku polskiego dokumentu tożsamości.

Jeśli chodzi o stanowisko doktryny, to zagadnienie doczekało się w literaturze licznych wypowiedzi, przy czym poglądy poszczególnych autorów są bardzo zróżnicowane. Liberalne stanowisko, zakładające potrzebę dopuszczenia transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych, reprezentują m.in. M. Zachariasiewicz⁹, J. Pawliczak¹⁰ czy T.J. Tadla¹¹. Na przeciwległym krańcu dyskusji należy odnotować wypowiedzi P. Mostowika¹², P. Kasprzyka¹³ oraz E. Przyśliwskiej-Urbanek¹⁴. Także autor niniejszego opracowania wypowiadał się w rozważanej kwestii. Sama uchwała 7 sędziów NSA z 2.12.2019 r. spotkała się z jego ostrożną aprobatą, choć z istotnymi zastrzeżeniami¹⁵.

⁷ Ustawa z 17.11.1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1575 [dalej: k.p.c.].

⁸ Zob. m.in. uchwałę 7 sędziów SN z 20.11.2012 r., III CZP 58/12; por. także postanowienie SN z 23.07.2015 r., I CSK 725/14.

⁹ Zob. M. Zachariasiewicz, *Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2019, T. 111, s. 143 i n.

¹⁰ Zob. J. Pawliczak, *Dane przesłaniające — nieustalenie ojcostwa*, „Metryka” 2020, nr 1, s. 50—51.

¹¹ T.J. Tadla, *Glosa do wyroków NSA z dnia 10 i 30 października 2018 r.*, II OSK 1868/16, II OSK 1869/16, II OSK 1870/16, II OSK 2552/16, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2019, z. 3, s. 150—158.

¹² Zob. P. Mostowik, *Problematyka prawna żądań rejestracji w polskich aktach stanu cywilnego zagranicznej fikcji prawnej pochodzenia dziecka od „rodziców homoseksualnych”*, „Metryka” 2019, nr 2, s. 19—60; P. Mostowik, *Glosa do wyroku NSA z dnia 10 października 2018 r. (sygn. akt II OSK 2552/16)*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2019, z. 4, s. 132—147.

¹³ Zob. P. Kasprzyk, w: *Podręcznik urzędnika stanu cywilnego*, T. 2: *Obrót prawny z zagranicą w zakresie rejestracji stanu cywilnego*, red. P. Kasprzyk, Fundacja Instytut Naukowy im. Prof. Józefa Litwina, Lublin, 2019, s. 311—312.

¹⁴ E. Przyśliwska-Urbanek, *Aktualne orzecznictwo sądów administracyjnych dotyczące rejestracji pochodzenia dziecka od osób tej samej płci*, w: *Kolizyjne i procesowe aspekty prawa rodzinnego*, red. J. Gołaczyński, W. Popiołek, C.H. Beck, Warszawa, 2019, s. 151—160.

¹⁵ Zob. M. Wojewoda, *Zagraniczne rodzicielstwo osób jednej płci a rejestracja stanu cywilnego w Polsce — glosa do uchwały NSA (7) z 2.12.2019 r.*, II OPS 1/19, „Europejski Przegląd Sądowy” 2020, nr 8, s. 30 i n.

2. Akty transkrybowane wbrew stanowisku judykatury?

Mogłoby się wydawać, że uchwała rozszerzonego składu Naczelnego Sądu Administracyjnego, stwierdzająca niedopuszczalność transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych, przesądziła sprawę od strony praktycznej. Ma ona bowiem charakter wiążący dla sądów administracyjnych. Zgodnie z art. 269 §1 zd. 1 ustawy z 30.08.2012 r. — Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹⁶, „jeżeli jakikolwiek skład sądu administracyjnego rozpoznający sprawę nie podzieliła stanowiska zajętego w uchwale składu siedmiu sędziów, całej Izby albo w uchwale pełnego składu NSA, przedstawia powstałe zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia odpowiedniemu składowi”. Uchwała 7 sędziów NSA z 2019 r. z pewnością stabilizuje zatem orzecznictwo administracyjne. Wbrew pozorom jednak w rozważanym tu przypadku nie oznacza to definitywnego zamknięcia problemu. Po pierwsze, trzeba odnotować, że w następstwie poprzedniego judykatu NSA z 10.10.2018 r. (II OSK 2552/16), dopuszczającego umiejscowienie aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych, w ciągu ponad 12 kolejnych miesięcy, które poprzedziły wydanie uchwały 7 sędziów, w całej Polsce doszło do transkrypcji wielu takich aktów. Pojawia się zatem pytanie, jakie mają być losy tych dokumentów w świetle obecnego stanowiska judykatury. Po drugie zaś, trzeba zauważyć, że związanie uchwałą rozszerzonego składu NSA nie dotyczy wprost kierownika USC. Może się zatem okazać, że — choćby ze względu na brak znajomości stanowiska NSA — okazjonalnie nadal będzie dochodzić do umiejscowienia zagranicznych aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych¹⁷. We wszystkich tych przypadkach należy rozstrzygnąć, czy istnieje potrzeba oraz możliwość podważenia aktu stanu cywilnego sporządzonego w polskim rejestrze.

Należy z góry zaznaczyć, że nie bez znaczenia jest to, w jaki technicznie sposób dokonano umiejscowienia. Doświadczenie wskazuje, że w polskich aktach urodzenia dzieci par jedнопłciowych, które zostały sporządzone w trybie transkrypcji, różnie przedstawia się sposób określenia rodzicielstwa. Zrozumiałe wydaje się, że w polskim akcie nie zostają wypełnione rubryki dotyczące obojga rodziców. Jeżeli, zgodnie z zagranicznym dokumentem, dziecko ma dwie matki, to w krajowym ak-

¹⁶ T.j. Dz.U. 2019, poz. 2325 [dalej: p.p.s.a.].

¹⁷ Warto przypomnieć, że urząd stanu cywilnego jest w każdej gminie (art. 6 p.a.s.c.). Mamy zatem w Polsce niemal dwa i pół tysiąca takich urzędów. Niektóre z nich mają bardzo niewielką praktykę dotyczącą transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego.

cie zazwyczaj ujawnia się kobietę, która dziecko urodziła. Z perspektywy prawa polskiego (które jest najczęściej właściwe dla oceny pochodzenia dziecka¹⁸) właśnie ta kobieta jest matką (zob. art. 61⁹ k.r.o.). Otwarte pozostaje jednak pytanie, jak należy wypełnić rubrykę „ojciec” oraz w jaki sposób ujawnić ewentualnie drugiego rodzica tej samej płci. W grę wchodzi kilka opcji. W powoływanym już wyżej wyroku WSA w Poznaniu z 5.04.2018 r. (II SA/Po 1169/17) przyjęto, że dopuszczalnym sposobem transkrypcji aktu jest wpisanie do polskiego rejestru tylko jednego z rodziców, z pozostawieniem drugiej rubryki wolnej (bez jakiegokolwiek wzmianki o drugim rodzicu)¹⁹. Z kolei w sprawie, której dotyczył wyrok NSA z 10.10.2018 r. (II OSK 2552/16) przyjęto inne rozwiązanie. Gdy w wykonaniu orzeczenia doszło do sporządzenia aktu urodzenia, to wprawdzie nie uzupełniono rubryki dotyczącej ojca, ale w ramach stosownej adnotacji, zamieszczonej pod aktem, wpisano dane drugiego rodzica tej samej płci. W praktyce w niektórych urzędach stanu cywilnego stosowano jeszcze inne rozwiązanie. Drugi rodzic z aktu źródłowego w ogóle nie był ujawniany, natomiast w rubryce „ojciec” wpisywano tzw. dane kryjące z powołaniem się na art. 61 ust. 2 p.a.s.c.²⁰ Autorowi nie są natomiast znane przypadki, w których rubryka „ojciec” została wypełniona danymi kobiety jako drugiego rodzica, według treści zagranicznego aktu. O wiele większe problemy pojawiają się, jeżeli w obcym akcie urodzenia rodzicielstwo przypisano dwóm mężczyznom. Jak będzie jeszcze o tym mowa, w tym ostatnim przypadku zarówno przepisanie, jak i ewentualne pozostawienie w obrocie prawnym sporządzonego w polskim rejestrze aktu urodzenia jest wątpliwe, niezależnie od tego, w jaki technicznie sposób miałyby nastąpić transkrypcja²¹.

Po dokonaniu powyższych wstępnych ustaleń należy szczegółowo rozważyć, jakie konkretnie instrumenty mogłyby służyć podważeniu aktów,

¹⁸ Jak już powiedziano, jeżeli dziecko rodzi obywatelka Polski, to nabywa ono *ex lege* polskie obywatelstwo (art. 14 pkt 1 ustawy o obywatelstwie polskim). Prawo polskie jest wtedy właściwe dla ustalenia pochodzenia dziecka (art. 55 p.p.m.).

¹⁹ Należy zaznaczyć, że w rozpatrywanej przez WSA sprawie taki sposób sporządzenia aktu urodzenia (pomijający drugiego rodzica) był zgodny z treścią wniosku o transkrypcję.

²⁰ Zgodnie z art. 61 ust. 2 p.a.s.c., „jeżeli nie nastąpiło uznanie ojcostwa albo sądowe ustalenie ojcostwa, w akcie urodzenia zamieszcza się jako imię ojca imię wskazane przez osobę zgłaszającą urodzenie, a w razie braku takiego wskazania w akcie urodzenia zamieszcza się jako imię ojca imię wybrane przez kierownika urzędu stanu cywilnego; jako nazwisko ojca i jego nazwisko rodowe zamieszcza się nazwisko matki z chwili urodzenia dziecka, z adnotacją o wpisaniu nazwiska matki i wybranego imienia jako danych ojca”.

²¹ Zob. wyr. WSA w Łodzi z 5.02.2020, III SA/Łd 617/19, stwierdzający niedopuszczalność transkrypcji zagranicznego dokumentu stanu cywilnego, w którym jako rodziców wskazano dwóch mężczyzn.

które — wbrew aktualnemu stanowisku wyrażonemu w uchwale 7 sędziów NSA — zostały umiejscowione w Polsce.

3. Podważenie aktu stanu cywilnego wpisanego do krajowego rejestru (ze szczególnym uwzględnieniem aktów transkrybowanych)

Zgodnie z art. 2 ust. 3 i 4 p.a.s.c., „Aktem stanu cywilnego jest wpis o urodzeniu, małżeństwie albo zgonie w rejestrze stanu cywilnego wraz z treścią późniejszych wpisów wpływających na treść lub ważność tego aktu. Akt stanu cywilnego jest sporządzony z chwilą dokonania wpisu o urodzeniu, małżeństwie albo zgonie w rejestrze stanu cywilnego”. Jak wynika natomiast z art. 5 ust. 1 i 2 p.a.s.c., sam rejestr jest prowadzony w systemie teleinformatycznym, a jego utrzymanie i rozwój zapewnia minister właściwy do spraw informatyzacji.

Treść powołanych przepisów pokazuje, że ustawa z 2014 r. odeszła od tradycyjnych metod rejestracji, opartych na systemie papierowych ksiąg stanu cywilnego. Mimo przejścia na model rejestracji elektronicznej, pamiętając o szerokiej definicji dokumentu zawartej w art. 77³ Kodeksu cywilnego²², zgodnie z którym „Dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią”, wypada stwierdzić, że także obecnie akt stanu cywilnego jest dokumentem, choć szczególnego rodzaju. Od strony technicznej jego specyfika polega na tym, że obejmuje on wpisy dokonane w systemie teleinformatycznym. Znacznie bardziej istotna jest jednak charakterystyka aktów stanu cywilnego od strony merytorycznej. Sprowadza się ona do kilku ważnych zasad.

Po pierwsze, akt stanu cywilnego jest dokumentem, któremu przyznano szczególną moc dowodową. Jest to dokument urzędowy w rozumieniu art. 244 k.p.c., który jednocześnie stanowi wyłączny dowód zdarzeń w nim stwierdzonych, co wprost wynika z art. 3 p.a.s.c. Oznacza to, że okoliczności podlegające stwierdzeniu w akcie stanu cywilnego, takie jak: urodzenie, małżeństwo i zgon, nie mogą być urzędowo wykazane w żaden inny sposób niż przez akt stanu cywilnego. Jednak w związku z faktem, że bezpośredni dostęp do samego rejestru i zawartych w nim aktów jest istotnie ograniczony (zob. art. 5 ust. 5 oraz art. 5a p.a.s.c.²³)

²² Ustawa z 23.04.1964 r. — Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1740.

²³ Dostęp do rejestru stanu cywilnego, w celu realizacji zadań określonych w ustawie, mają: kierownik urzędu stanu cywilnego, zastępca kierownika urzędu stanu cywil-

w bieżącym obrocie funkcję wyłącznych dowodów pełnią w praktyce odpisy z rejestru, które mają walor zrównany z oryginałem²⁴. Ich wydawanie regulują art. 44 i n. p.a.s.c.

Po wtóre jednak, nie wolno zapominać, że akty stanu cywilnego mają charakter wyłącznie deklaracyjny. Wpisy w rejestrze stanu cywilnego nie konstytuują nowego stanu prawnego²⁵. Wpisy te są jedynie odbiciem zdarzeń naturalnych, czynności prawnych, orzeczeń sądów oraz decyzji właściwych organów, z których wynika stan cywilny danej osoby ujawniony w akcie (zob. art. 2 ust. 1 p.a.s.c.). Skutki prawne są zawsze powiązane z określonymi zdarzeniami prawnymi, które mają miejsce „poza rejestrem”.

Po trzecie wreszcie, co stanowi wypadkową dwóch cech wymienionych powyżej, akt stanu cywilnego — jako dokument zaufania publicznego — jest w szczególności sposób chroniony przez prawo. Usuwanie wadliwości aktów, podobnie jak ich aktualizowanie, jest z jednej strony niezbędne, aby mogły one prawidłowo pełnić swoją funkcję dowodową, ale z drugiej strony jest bardzo sformalizowane. W literaturze mówi się o zasadzie trwałości aktu stanu cywilnego²⁶. W szczególności podważenie aktu może się dokonać tylko ze ściśle określonych powodów i w ściśle określonej procedurze. Reguła taka znajduje wyraz m.in. w treści art. 3 zd. 2 p.a.s.c., który stanowi, że niezgodność aktu stanu cywilnego z prawdą może być udowodniona jedynie w postępowaniu sądowym. Musi to być postępowanie nakierowane bezpośrednio na podważenie prawdziwości aktu. Nie wystarczy, że określone okoliczności są w danej sprawie badane przez sąd przesłankowo. Przede wszystkim w art. 3 ust. 2 p.a.s.c. nie chodzi o postępowania sądowe, w których akt stanu cywilnego przedstawiono jako dowód, który został następnie zakwestionowany przez stronę²⁷.

Przytoczone uwagi pozwalają postawić tezę, że każdy akt stanu cywilnego, który powstaje w ramach czynności dokonanej przez kierownika

nego, wojewoda, minister właściwy do spraw wewnętrznych oraz minister właściwy do spraw informatyzacji (art. 5 ust. 5 p.a.s.c.). Dodatkowo art. 5a p.a.s.c. przewiduje możliwość udostępniania danych z rejestru określonym służbom.

²⁴ Por. J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2016, s. 134.

²⁵ Jedynym wyjątkiem jest sporządzenie aktu małżeństwa w przypadku tzw. małżeństwa „konkordatowego”, kiedy to zgodnie z art. 1 § 2 k.r.o. warunkiem istnienia małżeństwa jest sporządzenie aktu małżeństwa, tak SN w wyr. z 3.03.2004, III CK 346/02; por. także G. Jędrejek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany*, Lex/el. 2019, uwagi do art. 1 k.r.o., pkt 2.

²⁶ A. Czajkowska, w: I. Basior, A. Czajkowska, D. Sorbian, *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2015, s. 75.

²⁷ Zob. K. Gonderek, A. Ustowska, *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa, 1991, s. 47.

USC, z chwilą jego sporządzenia w rejestrze i (elektronicznego) podpisania zaczyna „żyć własnym życiem”. Akt stanu cywilnego stanowi szczególnego rodzaju konstrukcję jurystyczną — jest to akt prawnie doniosły. Odrywa się on od czynności i procedur, jakie doprowadziły do jego powstania. Potencjalna wadliwość tych procedur sama przez się nie wpływa na losy dokumentu. Jeżeli dany wpis w rejestrze jest rzeczywiście aktem stanu cywilnego — tzn. dotyczy urodzenia, małżeństwa lub zgonu i został sporządzony przez osobę piastującą funkcję kierownika USC lub jego zastępcę²⁸ — to jego wyeliminowanie z obrotu może nastąpić wyłącznie na podstawie wyraźnie przewidujących to przepisów. W szczególności, do upadku aktu nie prowadzi zaskarżenie czynności kierownika USC, która była niezbędna, aby akt zaistniał. Takiego skutku nie przewiduje bowiem żaden przepis prawa. Co więcej, można mieć wątpliwości, czy sama czynność kierownika USC, polegająca na sporządzeniu aktu stanu cywilnego, w ogóle podlega zaskarżeniu²⁹.

Powyższe uwagi dotyczą zarówno aktów sporządzonych w trybie pierwotnej rejestracji, jak i aktów będących wynikiem transkrypcji, gdy w ramach czynności materialno-technicznej dochodzi do przepisania zagranicznego dokumentu (art. 105 ust. 1 p.a.s.c.)³⁰. Polski akt będący wynikiem umiejscowienia jest bowiem traktowany jak każdy inny akt stanu cywilnego sporządzony w krajowym rejestrze³¹.

Podstawy podważenia aktu stanu cywilnego są bardzo ograniczone. Już na wstępie należy odnotować, że w aktualnym stanie prawnym nie istnieje jakakolwiek procedura, która pozwalałaby na „uchylenie” aktu stanu cywilnego, jego „skreślenie” albo „uznanie za bezskuteczny”. Gdy chodzi o konstrukcje, jakie przewidział ustawodawca i które w wyjątkowych przypadkach dochodzą do głosu, to można je podzielić na dwie grupy.

Część regulacji dotyczy sytuacji szczególnych, odnoszących się do konkretnego typu aktu dotkniętego danym rodzajem wadliwości. I tak

²⁸ Zgodnie z art. 5 ust. 1 p.a.s.c., „wpisu w rejestrze stanu cywilnego dokonuje kierownik urzędu stanu cywilnego lub zastępca kierownika urzędu stanu cywilnego”. Dodatkowo art. 9 ust. 1 p.a.s.c. stanowi, że „czynności z zakresu rejestracji stanu cywilnego są dokonywane przez kierownika urzędu stanu cywilnego lub zastępcę kierownika urzędu stanu cywilnego”.

²⁹ Zob. uwagi w pkt. 5 niniejszego opracowania.

³⁰ Transkrypcja ma charakter reprodukcyjny i sprowadza się do sporządzenia aktu krajowego, reprodukującego treść aktu zagranicznego. Czynność kierownika USC nie ma charakteru pierwotnej rejestracji, gdyż ta nastąpiła już za granicą, zob. M. Wojewoda, *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego — kilka uwag na temat ewolucji konstrukcji w prawie polskim*, „Metryka” 2016, nr 2, s. 54 oraz powołana tam literatura.

³¹ M. Wojewoda, *Transkrypcja...*, s. 53.

w razie uchylecia postanowienia sądu o stwierdzeniu zgonu lub o uznaniu za zmarłego, jeżeli okazało się, że dana osoba żyje, konieczne jest podważenie aktu zgonu sporządzonego na podstawie powołanych postanowień. Jest oczywiste, że w obrocie nie powinien funkcjonować urzędowy dowód śmierci osoby żyjącej. Praktyka przyjmuje, że po uchyleniu postanowienia w akcie zgonu umieszcza się stosowną wzmiankę dodatkową, a sam akt, zgodnie z art. 95 ust. 6 p.a.s.c., „nie podlega ujawnieniu i nie wydaje się odpisów tego aktu”.

Inny przykład dotyczy sytuacji, gdy dla dziecka sporządzono nowy akt urodzenia — czy to w następstwie adopcji (zob. art. 71 ust. 1 oraz art. 71 ust. 3 p.a.s.c.), czy też po obaleniu domniemania ojcostwa męża matki (art. 67 ust. 1 p.a.s.c.). Pojawia się wtedy pytanie o losy aktu pierwotnego, który nie może dalej pełnić swej funkcji dowodowej. Przepisy przewidują, że do takiego aktu dołącza się wzmiankę dodatkową o sporządzeniu nowego aktu urodzenia. Także w tych przypadkach akt pozostaje jednak w rejestrze, a jedynie nie podlega ujawnieniu (zob. art. 73 ust. 1 oraz art. 67 ust. 4 p.a.s.c.). Można powołać jeszcze jeden przykład, tym razem dotyczący aktu małżeństwa. Jeżeli akt został sporządzony, mimo że nie doszło do złożenia przez nupturientów oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński, to w specjalnym postępowaniu sądowym małżeństwo może być uznane za nieistniejące (zob. art. 2 k.r.o.). Następnie w akcie małżeństwa wpisuje się wzmiankę dodatkową o prawomocnym wyroku. W tym przypadku akt nie tylko pozostaje w rejestrze, lecz nadal można uzyskać jego odpis. Naturalnie odpis taki zostaje wydany z odpowiednim oznaczeniem, że małżeństwo uznano za *matrimonium non existens*³².

Żadna z powołanych przed chwilą konstrukcji szczególnych nie znajduje jednak odniesienia do aktów urodzenia wprowadzonych do polskiego rejestru w trybie transkrypcji, których zagranicznym pierwowzorem był dokument wskazujący na pochodzenie dziecka od rodziców jedнопłciowych. W tym przypadku w grę może wejść inny, tym razem ogólny, mechanizm przewidziany w Prawie o aktach stanu cywilnego z 2014 r. Chodzi o instytucję unieważnienia aktu stanu cywilnego. Umożliwia ona wyeliminowanie aktu z obrotu prawnego w przypadkach nieobjętych regulacją *legum specialis*. Instytucji tej należy poświęcić osobny punkt rozważań.

³² Zob. art. 48 ust. 3 pkt 7 p.a.s.c., gdy chodzi o odpis skrócony aktu małżeństwa, oraz art. 44 ust. 2 p.a.s.c., gdy chodzi o odpis zupełny.

4. Unieważnienie aktu stanu cywilnego

Ustawodawca przewidział dwa tryby unieważnienia aktu. W określonych sytuacjach, w których doszło do błędów o charakterze „technicznym”, w tym zwłaszcza gdy sporządzono dwa akty obejmujące to samo zdarzenie, unieważnienie dokonuje się w trybie administracyjnym. Chodzi o regulację zawartą w art. 39a i 39b p.a.s.c., a także w art. 127 ust. 2 i 3 p.a.s.c. oraz w art. 127a p.a.s.c. Kompetencję do unieważnienia aktu stanu cywilnego przyznano wojewodzie lub (w sytuacjach najbardziej oczywistych) samemu kierownikowi USC³³. Unieważnienie może się dokonać także z urzędu.

W odniesieniu do powstałych w drodze transkrypcji aktów stanu cywilnego dzieci par jedнопłciowych rozważyć jednak należy drugi tryb unieważnienia, jaki uregulowano w ustawie. Chodzi o podważenie aktu z powodów „merytorycznych”. Stanowi o tym art. 39 p.a.s.c. Powołany przepis daje możliwość unieważnienia aktu stanu cywilnego lub dołączonej do niego wzmianki dodatkowej przez sąd powszechny w postępowaniu nieprocesowym przy spełnieniu jednej z dwóch alternatywnych przesłanek. Pierwszą z nich jest okoliczność, że akt potwierdza „zdarzenie niezgodne ze stanem faktycznym”, a drugą — okoliczność, że „stwierdzono uchybienia, które zmniejszają jego moc dowodową”.

Jeśli chodzi o pierwszą przesłankę, to o zdarzeniu niezgodnym z prawdą mówimy wtedy, gdy w ogóle nie doszło do urodzenia dziecka lub do zawarcia małżeństwa, albo gdy sporządzono akt zgonu osoby, która żyje. Potrzeba unieważnienia aktu wydaje się wtedy oczywista (z zastrzeżeniem pierwszeństwa powołanych wyżej przepisów szczególnych³⁴). Co jednak znamienne, unieważniony akt stanu cywilnego zawsze pozostaje w rejestrze. Ustawa zastrzega jedynie, że nie podlega on ujawnieniu i co do zasady nie wydaje się z niego odpisów (zob. art. 42 p.a.s.c.).

Wracając do przesłanek z art. 39 p.a.s.c., druga z nich ma nieco inny charakter. Przepis stanowi o uchybieniach, które zmniejszają moc dowodową aktu. W literaturze i w orzecznictwie wskazuje się, że może tu chodzić np. o sporządzenie aktu przez osobę nieuprawnioną, o umiejscowienie zagranicznego dokumentu, który nie jest aktem stanu cywilnego, lub

³³ Obecność w ustawie powołanych przepisów wskazuje na wyjątki od powoływanej wcześniej zasady, wynikającej z art. 3 zd. 2 *in fine* p.a.s.c., zgodnie z którą niezgodność aktu stanu cywilnego z prawdą może być udowodniona jedynie w postępowaniu sądowym.

³⁴ Chodzi zwłaszcza o art. 2 k.r.o. przy akcie małżeństwa i art. 95 ust. 6 p.a.s.c. przy akcie zgonu.

o zarejestrowanie w formie aktu stanu cywilnego zdarzenia, które nie jest w Polsce przedmiotem rejestracji³⁵.

Odnosząc powyższe uwagi do aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych, które zostały umiejscowione w polskim rejestrze, trzeba stwierdzić, że w grę nie wchodzi z pewnością przesłanka pierwsza. W sprawach, o których mowa, nie jest kwestionowany fakt urodzenia dziecka w danym miejscu i czasie. Odnotowane w rejestrze zdarzenia są niewątpliwie zgodne z prawdą. Pozostaje zatem ocenić, czy sposób sporządzenia aktu urodzenia, a zwłaszcza określenie w nim rodzicielstwa, nie podważa mocy dowodowej dokumentu.

Analizę wypada rozpocząć od przypomnienia, że wyłączność dowodowa aktów stanu cywilnego w zakresie zdarzeń w nich stwierdzonych (art. 3 p.a.s.c.) dotyczy nie tylko samego faktu urodzenia, małżeństwa czy zgonu, ale także niektórych innych danych zawartych w akcie. Jak podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z 11.12.2002 r. (I CK 348/02), w przypadku aktu urodzenia hipotezą art. 3 p.a.s.c. są objęte wszystkie podstawowe dane dotyczące dziecka, takie jak: płeć, imię, nazwisko oraz, co szczególnie istotne, pochodzenie od określonych rodziców³⁶. Brak określenia rodzicielstwa lub występujące w tym zakresie nieprawidłowości mogą być zatem potencjalnie odbierane jako podważające moc dowodową aktu³⁷.

Wydaje się jednak, że sama tylko okoliczność, że w polskim akcie urodzenia nie wpisano obojga rodziców dziecka, lub że wpis wygląda inaczej niż w źródłowym dokumencie zagranicznym nie jest wystarczającą podstawą dla unieważnienia aktu. Warto zwrócić uwagę na postanowienie Sądu Najwyższego z 26.03.1992 r. (I CRN 20/92)³⁸. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy podkreślił, że procedura unieważnienia aktu może dotyczyć tylko niezgodności z prawdą „zdarzenia podstawowego”, jakim jest sam fakt urodzin, zawarcia małżeństwa lub zgonu. Wyraźnie zaznaczono, że „inne przypadki niezgodności aktu z rzeczywistością [...], związane ze

³⁵ Por. A. Czajkowska, w: I. Basior, A. Czajkowska, D. Sorbian, *Prawo o aktach...*, s. 88.

³⁶ Wyrok odnosił się do art. 4 Prawa o aktach stanu cywilnego z 29.09.1986 r. (Dz.U. 1986, nr 36, poz. 180 ze zm.), ale zachował pełną aktualność, gdyż obecnie obowiązujący art. 3 p.a.s.c. stanowi dosłowne powtórzenie wcześniejszej regulacji.

³⁷ Co istotne, nie dotyczy to aktu małżeństwa i zgonu, w których oznaczenie rodziców małżonka lub zmarłego ma jedynie znaczenie identyfikujące, por. M. Wojewoda, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 20C, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2015, s. 549—550. Kwestia ta będzie jeszcze przedmiotem uwag w dalszej części opracowania, w kontekście umieszczania informacji o rodzicach tej samej płci w aktach stanu cywilnego innych niż akt urodzenia.

³⁸ Także to orzeczenie zapadło pod rządami ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego z 1986 r., ale zachowuje aktualność w obecnym stanie prawnym.

zdarzeniami mającymi wpływ na stan cywilny osób i dotyczące w istocie tylko elementów aktu (np. miejsce lub data zdarzenia, dane o rodzicach osoby, nazwisko, płeć itp.), mogą być jedynie przedmiotem sprostowania”.

W świetle powołanych orzeczeń, zdaniem autora, należy przyjąć tezę, że we wszystkich przypadkach, w których w akcie urodzenia wpisano kobietę, która dziecko urodziła, dokument posiada wystarczającą moc dowodową. Jeśli drugi rodzic został ujawniony chociażby w adnotacji, to trudno w ogóle mówić o niezgodności aktu krajowego i obcego. Transkrypcją rządui wprowadzie ważna zasada wiernego przepisania aktu (art. 104 ust. 2 p.a.s.c.), ale, jak się podkreśla, powinna być ona realizowana w sposób elastyczny, uwzględniający odmienności rejestracyjne i różnice w przepisach merytorycznych, jakie obowiązują w Polsce i w państwie pochodzenia aktu³⁹. Chodzi o uwzględnienie funkcji określonych wpisów⁴⁰. W przypadku zagranicznego rodzicielstwa dwóch kobiet ewentualne wpisanie drugiego rodzica tej samej płci w adnotacji pod aktem nie narusza zasad transkrypcji i nie umniejsza roli sporządzonego aktu urodzenia. Takie rozwiązanie wynika z faktu, że polski akt zawiera rubrykę „ojciec”, w której może być wpisany tylko mężczyzna. Nawet jednak, jeżeli drugi rodzic w ogóle nie został wpisany, to podobny brak nie powinien powodować unieważnienia aktu. W takim bowiem przypadku, jak będzie o tym dalej mowa, można dokonać sprostowania, ujawniając drugiego rodzica tej samej płci w adnotacji⁴¹. Taką drogę usuwania niektórych braków aktów stanu cywilnego wyraźnie wskazuje Sąd Najwyższy w powołanym wcześniej orzeczeniu z 1992 r.

Zdaniem autora, rzeczywisty problem dotyczy jedynie tych przypadków, w których w polskim akcie nie zostaje ujawniona matka, która urodziła dziecko. Chodzi przede wszystkim o obce akty stanu cywilnego, w których jako rodziców wskazano dwóch mężczyzn. W tym przypadku oznaczenie w polskim rejestrze pochodzenia dziecka w sposób dający się pogodzić z założeniami polskiego prawa rodzinnego nie wydaje się możliwe. Według Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, aby ustalić rodziców, najpierw trzeba wskazać matkę, bo ojcostwo jest zawsze „pochodną macierzyństwa”⁴². Istnieje zatem silny argument, by nie przepisywać takich dokumentów do krajowego rejestru, bo z punktu widzenia prawa polskiego od początku oczywiste będą zastrzeżenia dowodowe dotyczące filiacji. Tym bardziej wątpliwości budzi przepisanie obcego aktu, w któ-

³⁹ Por. M. Wojewoda, w: *System...*, T. 20C, s. 601.

⁴⁰ Zob. postanowienie SN z 8.05.2015, III CSK 296/14; podobnie NSA w wyr. z 29.08.2018, II OSK 2129/16; por. też T.J. Tadla, *Glosa do wyroków...*, s. 157.

⁴¹ Zob. uwagi w pkt. 6 niniejszego opracowania.

⁴² Zob. T. Smoczyński, w: *System Prawa Prywatnego*, T. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, C.H. Beck, Warszawa, 2011, s. 9.

rym ujawniono tylko mężczyznę (w roli ojca), bez wskazania matki ani drugiego rodzica⁴³. Nawet jeśli istnieje dowód genetycznego pochodzenia dziecka od tego mężczyzny, to nie jest to wystarczające. Z punktu widzenia prawa polskiego bowiem sama więź genetyczna nie jest bezpośrednim źródłem prawnej relacji rodzicielskiej⁴⁴. Dlatego też, gdyby został sporządzony w Polsce akt urodzenia dziecka, którego rodzicami — zgodnie ze źródłowym dokumentem zagranicznym — są dwie osoby płci męskiej, to niezależnie od tego, w jaki sposób wpisano w tym akcie dane rodziców, nie będzie on miał wystarczającej mocy dowodowej. Patrząc z polskiej perspektywy, brak przesądzenia macierzyństwa jest jednoznaczny z generalnym nieustaleniem filiacji. Przyjmując restryktywne podejście, wobec braku wskazania osób, które zgodnie z prawem polskim mogą być uznane za rodziców dziecka, akt urodzenia mógłby podlegać unieważnieniu na podstawie art. 39 p.a.s.c.⁴⁵ To samo dotyczy rodzicielstwa osób jednej płci (zarówno mężczyzn, jak i kobiet), wynikającego z obcych procedur surogacyjnych lub z przysposobienia. Umowy o macierzyństwo zastępcze, podobnie jak zagraniczne orzeczenia przyznające tzw. rodzicom socjologicznym prawa rodzicielskie, nie mogą być w Polsce uznane za legalny sposób nawiązania więzi rodzicielskiej⁴⁶. Także orzeczenia adopcyjne dotyczące par jedнопłciowych wywołują w Polsce zastrzeżenia.

Oczywiście we wszystkich przypadkach, w których nie ma polskiego aktu urodzenia, pochodzenie dziecka może być wykazywane za pomocą źródłowego aktu zagranicznego, który posiada w Polsce moc dowodową zrównaną z aktami krajowymi (art. 1138 k.p.c. w zw. z art. 4 p.a.s.c.). Wtedy oczywiście jest jednak, że chodzi o relację wynikającą z prawa obcego, która w Polsce nie musi podlegać uznaniu⁴⁷. Nie wydaje się nato-

⁴³ Na niedopuszczalność transkrypcji w takim przypadku wskazuje wyr. NSA z 10.09.2020, II OSK 1390/18. Możliwość taką zaakceptował jednak NSA w kontrowersyjnym wyr. z 29.08.2018, II OSK 2129/16.

⁴⁴ Jurydyczna więź rodzicielska powinna wprawdzie odpowiadać więzi genetycznej, ale ta ostatnia ma znaczenie tylko pośrednie. Aktualnie o prawnym pochodzeniu dziecka od określonego mężczyzny decydują: urodzenie w małżeństwie (art. 62 k.r.o.), czynność uznania ojcostwa (art. 73 k.r.o.) lub orzeczenie sądowe ustalające ojcostwo (art. 84 i n. k.r.o.).

⁴⁵ Podobnie przedstawia się sytuacja w przypadku aktów urodzenia dzieci z surogacji, zob. M. Wojewoda, *Macierzyństwo zastępcze a rejestracja stanu cywilnego w Polsce*, w: *Fundamentalne prawne problemy „surrogate motherhood”. Perspektywa krajowa*, red P. Mostowik, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa, 2019, s. 514 i n.

⁴⁶ Por. G. Jędrejek, *Kodeks...*, uwagi do art. 519 k.r.o., pkt 2. Jeśli chodzi o próby ustalenia, na podstawie prawa polskiego, pochodzenia dziecka urodzonego przez tzw. surogatkę, zob. P. Telesiewicz, *„Surrogate motherhood” (urodzenie zastępcze) na tle fundamentów materialnego prawa rodzinnego*, w: *Fundamentalne...*, s. 497 i n.

⁴⁷ Należy przy tym dostrzec, że w przypadku zagranicznych związków jedнопłciowych oraz relacji filiacyjnych dotyczących takich związków samo pojęcie uznania jest wyjątkowo nieostre.

miast zasadne tworzenie polskiego aktu urodzenia dziecka, skoro w odniesieniu do zagranicznych wpisów dotyczących filiacji brak jest możliwości przyznania im odpowiedniego poziomu krajowej „nostryfikacji”.

Powyższe zastrzeżenia co do mocy dowodowej nie dotyczą, jak już powiedziano, transkrybowanych aktów urodzenia, w których jako matkę wskazano kobietę, która dziecko urodziła. Z perspektywy prawa polskiego kwestia macierzyństwa nie budzi tu wątpliwości. Można więc uznać, że akt urodzenia w wystarczającym zakresie wypełnia swą funkcję wyłącznego dowodu zdarzeń w nim stwierdzonych, co w pełni uzasadnia pozostawienie go w obrocie. Naturalnie potwierdzenie urodzenia dziecka przez daną kobietę nie musi wprost wynikać z treści zagranicznego aktu⁴⁸, lecz może być także udowodnione odrębnie (np. zaświadczeniem lekarskim), w ramach postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez kierownika USC (art. 22 p.a.s.c.).

Nieco na marginesie należy dodać, że w niektórych przypadkach podejście do wpisania rodziców jednopłciowych w polskim rejestrze stanu cywilnego powinno być jeszcze bardziej elastyczne. I tak można sobie wyobrazić, że osoba urodzona za granicą, w której obcym akcie urodzenia jako rodzice figurują dwie kobiety lub dwóch mężczyzn, zawiera w Polsce związek małżeński. Analogicznie, może chodzić o zgon takiej osoby na terytorium RP. Pojawia się wtedy problem sporządzenia polskiego aktu małżeństwa lub zgonu. Sam obowiązek zarejestrowania takich krajowych zdarzeń w rejestrze stanu cywilnego nie może budzić żadnych wątpliwości⁴⁹. Sytuacja jest tu o tyle inna — w porównaniu z rozważaną wcześniej transkrypcją aktu urodzenia — że ani akt małżeństwa, ani akt zgonu nie są dowodami relacji rodzicielskiej⁵⁰. Ustawa przewiduje wprawdzie wpisanie do aktu danych rodziców małżonka czy rodziców zmarłego (są w tym celu przewidziane odpowiednie rubryki⁵¹), ale ma to przede wszystkim na celu identyfikację danej osoby. Nie cho-

⁴⁸ Takie rozwiązanie przyjęto np. w prawie holenderskim — gdy w akcie urodzenia jako rodzice są ujawnione dwie kobiety, zaznacza się, która z nich urodziła dziecko. W aktach angielskich z kolei pojawiają się odrębne oznaczenia „matka” oraz „rodzic”.

⁴⁹ Zgodnie z art. 86 ust. 1 p.a.s.c., kierownik USC, który przyjął oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński, sporządza akt małżeństwa najpóźniej w następnym dniu roboczym. Gdy chodzi natomiast o zgony na terenie RP, to z art. 16 p.a.s.c. wynika, że zgłoszenia zgonu dokonuje się w urzędzie stanu cywilnego właściwym ze względu na miejsce zgonu albo miejsce znalezienia zwłok. Zgodnie natomiast z art. 92 ust. 1 p.a.s.c., akt zgonu sporządza się w dniu, w którym dokonano zgłoszenia, a w wyjątkowych przypadkach — w następnym dniu roboczym.

⁵⁰ Zob. M. Wojewoda, w: *System...*, T. 20C, s. 549—550 i powołana tam literatura, por. J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne...*, s. 133—134.

⁵¹ Zob. art. 88 ust. 1 pkt 3 oraz art. 95 ust. 1 pkt 5 p.a.s.c., które przewidują wpisanie danych rodziców odpowiednio w akcie małżeństwa oraz w akcie zgonu.

dzi zaś o urzędowe poświadczenie filiacji. Nie dojdzie zatem do podważenia mocy dowodowej aktu, jeżeli rubryki dotyczące ojca i matki pozostaną puste, a dane rodziców jedнопłciowych (ustalone na podstawie zagranicznych dokumentów) będą podane tylko w ramach adnotacji. Właśnie takie techniczne rozwiązanie wydaje się tu najbardziej właściwe⁵². W rozważanym przypadku wskazanie rodziców pod treścią aktu może nastąpić bez potrzeby badania, w jakim zakresie dana relacja filiacyjna jest zgodna z prawem polskim. Dotyczy to zatem również dwóch rodziców płci męskiej. Informacji o rodzicach nie powinno się pomijać. Ich ujawnienie, choćby w ramach adnotacji odwołującej się do zagranicznego dokumentu, jest bardzo ważne, zwłaszcza w przypadku cudzoziemców. W świetle wiążących Polskę umów międzynarodowych krajowy akt małżeństwa lub zgonu cudzoziemca może podlegać przekazaniu do innego państwa⁵³. Dane dotyczące rodziców powinny być zatem podane, aby w państwie pochodzenia nie pojawiły się wątpliwości co do tego, o jaką osobę chodzi.

Wracając jednak do głównego wątku, w ramach podsumowania ostatniej części rozważań należy stwierdzić, że w przypadku transkrybowanych do polskiego rejestru aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych możliwość ich unieważnienia przed sądem wystąpi, zdaniem autora, zupełnie wyjątkowo i tylko wtedy, gdy w akcie urodzenia nie wpisano matki, która urodziła dziecko. W praktyce chodzi o akty urodzenia dzieci, których rodzicami, zgodnie z prawem obcym, są dwaj mężczyźni, lub gdy wiadomo, że doszło do adopcji przez parę homoseksualną, albo gdy dziecko urodziła matka zastępcza⁵⁴. W takich przypadkach można twierdzić, że polski akt, niezależnie od sposobu ujawnienia rodzicielstwa, nie ma wystarczającej mocy dowodowej w zakresie pochodzenia dziecka. Zgodnie z art. 39 §1 p.a.s.c., unieważnienia aktu może się domagać prokurator, kierownik USC, a także osoba zainteresowana, która wykaże swój interes prawny. Jednocześnie trzeba jednak zastrzec, że unieważnienie sporządzonego aktu z pewnością nie powinno być orzekane automatycznie. Nawet jeśli pojawiają się określone zastrzeżenia co do mocy dowodowej dokumentu, sąd powinien każdorazowo bardzo wnikliwie zbadać oko-

⁵² Zob. M. Wojewoda, *Zagraniczne rodzicielstwo...*, s. 37.

⁵³ Zob. w szczególności art. 1 Konwencji nr 3 dotyczącej międzynarodowej wymiany informacji z zakresu stanu cywilnego z 4 września 1958 r. (Dz.U. 2003, nr 172, poz. 1667). Obowiązek taki przewidują także niektóre umowy dwustronne podpisane przez Polskę.

⁵⁴ W tym przypadku sytuacja jest szczególnie kłopotliwa, bo akt stanu cywilnego często nie ujawnia faktu surogacji, zob. M. Wojewoda, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 513. Jeśli jednak wiadomo, że dziecko urodziła matka zastępcza, to nie powinno dojść do transkrypcji, zob. wyr. NSA z 10.09.2020, II OSK 1390/18.

liczności sprawy. W szczególności, w danym stanie faktycznym, przeciwko unieważnieniu aktu może przemawiać zasada dobra dziecka⁵⁵. Jest to zasada konstytucyjna (zob. art. 72 ust. 1 Konstytucji RP⁵⁶), która znajduje silne oparcie w prawie międzynarodowym (zob. art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka z 1989 r.⁵⁷). Warto też odnotować, że Europejski Trybunał Praw Człowieka orzekający w sprawach dotyczących dzieci urodzonych w procedurach surogacyjnych wielokrotnie zaznaczał, że odmowa zarejestrowania ich aktów urodzenia w innym państwie może stanowić niekiedy naruszenie obowiązku poszanowania życia prywatnego dziecka⁵⁸ (art. 8 Europejskiej konwencji praw człowieka⁵⁹). Możliwość powoływania się na zasadę dobra dziecka jako negatywną przesłankę unieważnienia aktu stanu cywilnego wymaga jednak z pewnością dokładnego rozważenia i zasługuje na osobne opracowanie.

Dostrzegając ograniczone możliwości podważenia aktu stanu cywilnego, który trafił już do polskiego rejestru, a także przyjmując, że w odniesieniu do aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych tryb unieważnienia może być zastosowany tylko wyjątkowo, należy się jeszcze zastanowić, czy możliwe jest zaskarżenie czynności materialno-technicznej kierownika USC, który dokonał transkrypcji.

5. Materialno-techniczna czynność transkrypcji i jej zaskarżenie

Przepisanie zagranicznego aktu stanu cywilnego do polskiego rejestru dokonuje się w drodze czynności materialno-technicznej (art. 105 ust. 1 p.a.s.c.). Nasuwa się pytanie, czy sama ta czynność mogłaby zostać zaskarżona w trybie administracyjnym, który służy kontroli wyda-

⁵⁵ Por. M. Wojewoda, *Surrogate motherhood and the civil status registration in Poland*, in: *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*, ed. P. Mostowik, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa, 2019, s. 846 i n., gdzie autor rozważa kwestię możliwości unieważnienia transkrybowanego w Polsce aktu stanu cywilnego dotyczącego dziecka urodzonego za granicą przez inną kobietę niż ta, którą wskazano w zagranicznej akcie jako matka.

⁵⁶ Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483.

⁵⁷ Dz.U. 1991, nr 120, poz. 526.

⁵⁸ Zob. M. Wojewoda, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 511—513; na znaczenie orzecznictwa ETPCz zwraca też uwagę M. Zachariasiewicz, *Transkrypcja...*, s. 161—164.

⁵⁹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie odpowiednimi protokołami, Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284.

wanych przez kierownika USC decyzji administracyjnych. Choć orzecznictwo zdaje się dopuszczać taką możliwość, zdaniem autora niniejszego opracowania, praktyka ta nie jest prawidłowa.

Problem z całą ostrością ujawnił się w sprawie, której dotyczył wyrok NSA z 10.10.2018 r. (II OSK 2552/16), zezwalający na transkrypcję aktu urodzenia wskazującego na rodzicielstwo dwóch kobiet. Na podstawie powołanego orzeczenia kierownik USC w Krakowie sporządził polski akt urodzenia dziecka. Następnie jednak prokurator zaskarżył czynność kierownika USC do sądu administracyjnego, domagając się „uchylenia aktu urodzenia”. Wyrokiem z 4.06.2019 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie skargę oddalił⁶⁰, zauważając, że zmierzała ona do podważenia prawomocnego wyroku NSA, pozwalającego na dokonanie transkrypcji. Skład orzekający zaznaczył dodatkowo, że podziela pogląd o możliwości umiejscowienia zagranicznego aktu urodzenia dziecka pary jedнопłciowej (orzeczenie zapadło przed wydaniem uchwały 7 sędziów NSA z 2.12.2019 r.). Zaskakujące jest jednak, że sama dopuszczalność zaskarżenia materialno-technicznej czynności przepisania aktu nie była przez sąd analizowana ani w jakikolwiek sposób uzasadniona⁶¹. Tymczasem wydaje się, że skargę prokuratora należało odrzucić na podstawie art. 58 §1 pkt 1 p.p.s.a., ze względu na to, że sprawa nie należy do właściwości sądu administracyjnego. Jak już bowiem powiedziano, okoliczność, że akt stanu cywilnego znalazł się w rejestrze powoduje, że jego usunięcie z obiegu prawnego wymaga skorzystania z jednej ze specjalnie przewidzianych w tym celu procedur. Nie należy do nich sądowe postępowanie administracyjne wywołane skargą na czynność materialno-techniczną transkrypcji aktu stanu cywilnego. W grę wchodził co najwyżej wniosek do sądu cywilnego o unieważnienie aktu, złożony na podstawie art. 39 p.a.s.c., przy czym w świetle dotychczasowych uwag można z góry powiedzieć, że żądanie takie nie zasługiwałoby na uwzględnienie.

Warto odnotować, że Prawo o aktach stanu cywilnego z 2014 r. zna stosunkowo liczne przypadki, w których określona czynność kierownika USC nie może być kwestionowana w trybie administracyjnym, ale podlega kontroli w postępowaniu przed sądem powszechnym. Chodzi tu m.in. o sytuacje, gdy następuje odmowa dokonania jednej z czynności wymienionych w art. 89 p.a.s.c.⁶², albo gdy kierownik USC odma-

⁶⁰ Sygn. akt III SA/Kr 233/19.

⁶¹ Lektura uzasadnienia wyroku pozwala stwierdzić, że z niezrozumiałych względów uwaga sądu koncentrowała się na ustaleniu interesu prawnego dziecka, postrzeganego jako przesłanka uprawnienia do złożenia skargi. Jest to o tyle zaskakujące, że skarga została wniesiona przez prokuratora, a nie przez małoletniego.

⁶² Chodzi o odmowę: przyjęcia oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński, wydania zaświadczenia do ślubu „konkordatowego” lub do ślubu za granicą, zezwolenia na

wia przyjęcia oświadczeń o uznaniu dziecka (art. 64 p.a.s.c.), lub gdy odmawia dokonania czynności na podstawie zagranicznego orzeczenia, kwestionując możliwość jego uznania w Polsce (art. 108 p.a.s.c. w zw. z art. 1146 k.p.c.). Są to szczególne przypadki tzw. postępowań hybrydowych, w których działanie organu administracji (kierownika USC) nie jest kontrolowane przez organ wyższego stopnia, a następnie przez sąd administracyjny, ale stanowi sprawę cywilną podlegającą rozpatrzeniu przez sąd powszechny⁶³. Należy przyjąć, że także w przypadku sporządzenia aktu stanu cywilnego (zarówno w pierwotnym trybie rejestracyjnym, jak i przy transkrypcji) sama czynność kierownika USC nie może być zaskarżona w trybie administracyjnym. Kwestionowany może być jedynie wynik tej czynności, czyli krajowy akt stanu cywilnego. Jego podważenie może się przy tym dokonać — jak wcześniej wyjaśniono — tylko w ramach jednej ze ściśle określonych procedur. Gdyby dopuszczalny był tu tryb administracyjny, to pod znakiem zapytania stałyby takie regulacje, jak chociażby art. 2 k.r.o. przewidujący powództwo o nieistnienie małżeństwa czy sygnalizowane wcześniej unormowania dotyczące unieważnienia aktu stanu cywilnego przez sąd (art. 39 p.a.s.c.) albo przez wojewodę, lub kierownika USC (art. 39a—39b p.a.s.c., art. 127 p.a.s.c.). Tymczasem istnienie powołanych przepisów stanowi wyraźną wskazówkę, że kontrola działania kierownika USC sporządzającego akt stanu cywilnego może się dokonać wyłącznie w ramach ściśle określonych procedur, z wyłączeniem ogólnego trybu administracyjnego. Innymi słowy, skoro wynikiem umiejscowienia jest akt stanu cywilnego, zamknięta jest droga zmierzająca do zaskarżenia samej czynności transkrypcji. Jeżeli mimo to zostanie wniesiona skarga, to zachodzi podstawa do jej odrzucenia, bo sprawa nie należy do właściwości sądu administracyjnego (art. 58 § 1 pkt 1 p.p.s.a.).

Jak już jednak powiedziano, w orzecznictwie administracyjnym znane są przypadki uznania dopuszczalności zaskarżenia czynności kierownika USC, który dokonał transkrypcji. Oprócz cytowanego wcześniej orzeczenia WSA w Krakowie z 4.06.2019 r. (III SA/Kr 233/19), kolejnym przykładem jest wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z 19.03.2020 r. (II SA/Sz 1075/19). Sąd rozpoznał skargę na umiejscowienie holenderskiego aktu urodzenia dziecka pary jedнопłciowej (dwóch kobiet) i stwierdził bezskuteczność zaskarżonej czyn-

zawarcie małżeństwa przed upływem ustawowego terminu liczonego od złożenia przez nupturientów zapewnienia o braku przeszkód małżeńskich, a także sporządzenia aktu małżeństwa po jego zawarciu przed duchownym.

⁶³ Zob. J. Mrozek, *O właściwościach postępowania hybrydowego w regulacji ochrony konkurencji i konsumenta*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2017, no. 3798, s. 291—293.

ności materialno-technicznej. Ciekawie jednak przedstawiają się dalsze losy sprawy. Jak była już o tym mowa, samo orzeczenie sądu administracyjnego nie stanowi podstawy do wyeliminowania z obrotu aktu stanu cywilnego sporządzonego w rejestrze. Dlatego też, w związku z zapadłym wyrokiem WSA, kierownik USC skierował do sądu powszechnego wnioski o unieważnienie aktu, powołując się na art. 39 p.a.s.c. Sąd Rejonowy w Świnoujściu oddalił wnioski⁶⁴, trafnie przyjmując, że nie są spełnione przesłanki wskazane w przepisie. Po pierwsze bowiem, nie było kwestionowane urodzenie dziecka, a po wtóre, nie stwierdzono wystarczających uchybień w zakresie mocy dowodowej aktu, w którym jako matkę prawidłowo wskazano kobietę, która dziecko urodziła⁶⁵.

Należy zatem stwierdzić, że niezależnie od tego, czy uznamy, że dopuszczalne jest zaskarżenie czynności transkrypcji, czy też nie, kwestia ta nie ma bezpośredniego znaczenia dla dalszych losów aktu stanu cywilnego, który został już sporządzony w polskim rejestrze. Sądowe potwierdzenie wadliwości działań kierownika USC samo w sobie nie stanowi bowiem przesłanki unieważnienia aktu. Nawet jeżeli, jak przyjęto w uchwale 7 sędziów NSA, w podobnej sytuacji nie powinno dojść do transkrypcji, to w przypadku, gdy polski akt urodzenia już powstał, zwykle brak jest podstaw do jego podważenia. Powinien on pozostać w obiegu prawnym.

Jednak biorąc pod uwagę różne metody, jakie stosowano w celu określenia rodziców przy przepisrywaniu do polskiego rejestru aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych, należy się jeszcze zastanowić, czy sporządzony akt nie powinien w określonych przypadkach podlegać sprostowaniu.

⁶⁴ Nieprawomocne postanowienie z 11.09.2020, sygn. akt I Ns 199/20 [niepubl.].

⁶⁵ Na poparcie tezy, zgodnie z którą ewentualna wadliwość czynności kierownika USC nie wpływa bezpośrednio na losy aktu sporządzonego w trybie transkrypcji, warto też przywołać post. SR dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi z 29.05.2018, I Ns 1634/15 [niepubl.]. Sprawa dotyczyła sytuacji, w której organ wyższego stopnia stwierdził nieważność decyzji administracyjnej kierownika USC, na mocy której dokonano transkrypcji zagranicznego aktu zgonu (w poprzednim stanie prawnym, pod rządami którego działał kierownik USC, przyjmowano, że transkrypcja wymaga wydania decyzji). Wobec stwierdzenia nieważności decyzji (co nastąpiło z powodów proceduralnych) kierownik USC wystąpił o unieważnienie sporządzonego przez siebie aktu zgonu. Sąd cywilny nie znalazł jednak podstaw do uwzględnienia wniosku, co było następstwem ustaleń, że akt stwierdzał zdarzenie zgodne z prawdą i miał prawidłową treść.

6. Sprostowanie polskiego aktu stanu cywilnego, który nie ujawnia drugiego rodzica tej samej płci

Jak już wcześniej zasygnalizowano w niniejszym opracowaniu, w przypadku aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych, które zostały przepisane po liberalnym orzeczeniu NSA z 10.10.2018 r., w urzędach stanu cywilnego stosowano różne rozwiązania co do wypełnienia w polskim akcie rubryk poświęconych rodzicom. Zdaniem autora, w przypadku, gdy obcy dokument źródłowy wskazuje na rodzicielstwo dwóch kobiet, najbardziej właściwe wydaje się wpisanie w rubryce „matka” danych kobiety, która dziecko urodziła, i pozostawienie pustej rubryki dotyczącej ojca. Jednocześnie w treści adnotacji o sporządzeniu aktu w trybie transkrypcji (zamieszczanej obligatoryjnie na podstawie art. 105 ust. 1 *in fine* p.a.s.c.) powinna się znaleźć dodatkowa informacja, że zgodnie z prawem obcym dziecko ma drugiego rodzica, i że jest nim osoba tej samej płci co kobieta wpisana w rubryce „matka”. Taki techniczny sposób ujawnienia drugiego rodzica pozwala pogodzić założenia wynikające z polskiego prawa rodzinnego z zasadą wiernego przepisania aktu i dążeniem do możliwie pełnego ukazania stanu cywilnego danej osoby. Przywołane rozwiązanie jest zgodne ze wskazówkami, jakie po orzeczeniu NSA z 10.10.2018 r. przedstawiło Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji⁶⁶.

Część aktów była jednak przepisywana w inny sposób. Dość często dochodziło do całkowitego pominięcia informacji o drugim rodzicu tej samej płci. Co więcej, znane są przypadki, w których rubrykę poświęconą ojcu wypełniano tzw. danymi kryjącymi z przywołaniem art. 61 ust. 2 p.a.s.c. Przepis ten stanowi, że „Jeżeli nie nastąpiło uznanie ojcostwa albo sądowe ustalenie ojcostwa, w akcie urodzenia zamieszcza się jako imię ojca imię wskazane przez osobę zgłaszającą urodzenie, a w razie braku takiego wskazania w akcie urodzenia zamieszcza się jako imię ojca imię wybrane przez kierownika urzędu stanu cywilnego; jako nazwisko ojca i jego nazwisko rodowe zamieszcza się nazwisko matki z chwili urodzenia dziecka, z adnotacją o wpisaniu nazwiska matki i wybranego imienia jako danych ojca”. Taki sposób transkrypcji, z wykorzystaniem danych kryjących, daje jednak podstawę do postawienia zarzutu naruszenia zasady dokładnego przepisania aktu. Zgodnie z art. 104 ust. 2 p.a.s.c., „transkrypcja polega na wiernym i literalnym przeniesie-

⁶⁶ Zob. pismo Małopolskiego Urzędu Wojewódzkiego w Krakowie z 5.04.2019 r. do Biura Rzecznika Praw Obywatelskich (WO-I.6234.13.2019), powołujące korespondencję z MSWiA w sprawie dotyczącej sporządzenia aktu urodzenia dziecka pary jedнопłciowej.

niu treści zagranicznego dokumentu stanu cywilnego zarówno językowo, jak i formalnie, bez żadnej ingerencji w pisownię imion i nazwisk osób wskazanych w zagranicznym dokumencie stanu cywilnego”. Jak się przyjmuje, kierownik USC „nie może dokonać żadnej merytorycznej, a także formalnej ingerencji w treść polskiego aktu, czyniąc go niezgodnym z treścią przedstawionego do transkrypcji aktu zagranicznego”⁶⁷.

W wyniku naruszenia powołanej zasady, polegającego na wpisaniu do krajowego aktu danych kryjących, których nie było w akcie źródłowym, dochodzi do niebezpiecznej sytuacji. W obrocie prawnym funkcjonują dwa akty stanu cywilnego — zagraniczny oraz polski — dotyczące tego samego zdarzenia, ale różniące się treścią w odniesieniu do filiacji. Pamiętając zaś, że zagraniczne akty stanu cywilnego są dokumentami urzędowymi w rozumieniu art. 1138 k.p.c. i stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nim stwierdzonych (art. 3 p.a.s.c.)⁶⁸, łatwo dostrzec, że opisywany tu sposób transkrypcji powoduje, że istnieją dwa częściowo sprzeczne dowody wyłączne dotyczące pochodzenia dziecka. Sytuacja taka jest wysoce niepożądana. Właściwą drogą do jej usunięcia wydaje się sprostowanie polskiego aktu stanu cywilnego. Przypomnijmy bowiem, że zgodnie z cytowanym wyżej postanowieniem Sądu Najwyższego z 26.03.1992 r. (I CRN 20/92), niektóre błędy w zakresie określenia pochodzenia dziecka mogą być usuwane w drodze sprostowania⁶⁹.

W tych zatem przypadkach, w których doszło do pominięcia danych drugiego rodzica tej samej płci z jednoczesnym wpisaniem w akcie urodzenia danych kryjących w rubryce „ojciec”, należy rozważyć sprostowanie aktu, które będzie obejmowało dwa następujące elementy:

- wykreślenie danych kryjących (czemu powinno towarzyszyć wykreślenie adnotacji, że dane umieszczono na podstawie art. 61 ust. 2 p.a.s.c.);
- ujawnienie danych drugiego rodzica w treści adnotacji informującej o transkrypcji; zasadne wydaje się podanie w adnotacji wyjaśnienia, że danych tych nie wpisano w rubryce „ojciec”, gdyż drugi rodzic, zgodnie z dokumentem zagranicznym, jest kobietą.

Każdy z zasugerowanych elementów sprostowania wymaga szerszego komentarza. Gdy chodzi o dane kryjące, to — jak już zaznaczono — ich umieszczenie w akcie urodzenia dokonuje się na podstawie art. 61 ust. 2 p.a.s.c. Komentując tę regulację w kontekście transkrypcji, warto rozpocząć od pytania o jej *ratio legis*. Korzenie powołanej konstrukcji sięgają połowy XX w. (zob. art. 62 ust. 2 dekretu — Prawo o aktach sta-

⁶⁷ Tak WSA w Szczecinie w wyr. z 19.03.2020, II SA/Sz 1075/19.

⁶⁸ Zob. uchwałę 7 sędziów Sądu Najwyższego z 20.11.2012, III CZP 58/12.

⁶⁹ Pogląd ten jest też od dawna akceptowany w literaturze, zob. K. Gonderek, A. Ustowska, *Prawo o aktach...*, s. 49 oraz s. 142.

nu cywilnego z 1945 r.⁷⁰ po nowelizacji z 1950 r.⁷¹, a także art. 34 ust. 2 dekretu — Prawo o aktach stanu cywilnego z 1955 r.⁷²). Ustawodawcy chodziło o ukrycie pozamałżeńskiego pochodzenia dziecka⁷³. Trzeba jednak powiedzieć, że w realiach obyczajowych trzeciej dekady XXI w. okoliczność, że dziecko nie urodziło się w małżeństwie nie stanowi już elementu stygmatyzującego. Współcześnie wpisywanie danych kryjących tworzy jedynie mylny obraz stosunków filiacyjnych. Dlatego też *de lege ferenda* postuluje się usunięcie wspomnianej konstrukcji z prawa polskiego⁷⁴. Co zaś istotne z punktu widzenia niniejszego opracowania, również *de lege lata* istnieją przypadki, w których wpisywanie danych kryjących nie powinno mieć miejsca. W literaturze zauważa się, że art. 61 ust. 2 p.a.s.c. może znaleźć zastosowanie wyłącznie wtedy, gdy kierownik USC dokonuje pierwotnej rejestracji urodzenia w Polsce. Natomiast w przypadkach, w których akt urodzenia powstaje w trybie transkrypcji, brak jest podstaw do stosowania tego przepisu⁷⁵. Transkrypcja ma charakter reprodukcyjny, a jej zadaniem jest ściśle odwzorowanie treści aktu sporządzonego w innym państwie. Dlatego też krajowa reguła, zakładająca obowiązek wpisania do rubryki „ojciec” fikcyjnych danych, musi ustąpić pierwszeństwa zasadzie wiernego przepisania zagranicznego aktu (art. 104 ust. 2 p.a.s.c.)⁷⁶.

W przypadku dzieci, których rodzice zgodnie z prawem obcym są tej samej płci, umieszczanie w ich polskim akcie urodzenia danych kryjących dotyczących ojca, przy jednoczesnym braku wskazania drugiego rodzica, tworzy „podwójnie fałszywy” obraz stosunków filiacyjnych. Jeśli analizujemy odpis skrócony polskiego aktu urodzenia, w którym nie przytacza się adnotacji o wpisaniu danych kryjących, a który posiada wypełnione rubryki dotyczące obojga rodziców, to możemy odnieść wra-

⁷⁰ Dz.U. 1945, nr 48, poz. 272.

⁷¹ Nowelizację wprowadzono ustawą z 28.10.1950 r. o zmianie niektórych przepisów prawa o aktach stanu cywilnego, Dz.U. 1950, nr 51, poz. 468.

⁷² Dz.U. 1955, nr 25, poz. 151.

⁷³ Por. J. Litwin, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa, 1961, s. 352 i n.

⁷⁴ Zob. A. Kordys, *Analiza zasadności nowelizacji ustawy — Prawo o aktach stanu cywilnego w nawiązaniu do art. 61 pkt 2 tej ustawy*, „Metryka” 2018, nr 2, s. 101 i n., por. J. Pawliczak, *Dane przestaniające...*, s. 54—56.

⁷⁵ Tak J. Pawliczak, *Dane przestaniające...*, s. 49—50.

⁷⁶ W powoływanym już wyr. WSA w Szczecinie z 19.03.2020, II SA/Sz 1075/19, sąd, który stwierdził bezskuteczność czynności kierownika USC, *obiter dictum* uznał za nieprawidłowe wprowadzenie danych kryjących w polskim akcie urodzenia dziecka. Jak czytamy w uzasadnieniu, kierownik USC nie był uprawniony, by zastosować art. 61 ust. 2 p.a.s.c., gdyż działał w trybie transkrypcji (która wymaga wiernego przepisania aktu), a ponadto był związany treścią wniosku, w ramach którego domagano się ujawnienia wszystkich danych w zgodzie z holenderskim aktem urodzenia.

żenie, że dziecko posiada matkę i ojca. Jeśli zaś czytamy odpis zupełny (zawierający adnotację o zastosowaniu art. 61 ust. 2 p.a.s.c.), to dochodzimy do wniosku, że dziecko ma tylko matkę i nie posiada drugiego rodzica. Tymczasem oba wnioski są nieścisłe, gdyż w rzeczywistości — przynajmniej w świetle prawa obcego — dziecko nie posiada ojca, ale ma dwoje rodziców. Aby oddać rzeczywisty stan relacji filiacyjnych (w szerokim międzynarodowym ujęciu), w treści istniejącej adnotacji o transkrypcji należy ujawnić także dane drugiego rodzica. W tym celu adnotacja winna być sprostowana.

Gdy chodzi o wspomniany drugi aspekt sprostowania i możliwość poprawienia w tym trybie adnotacji (a nie tylko głównej treści aktu), wypada zauważyć, że skoro adnotacja jest częścią aktu stanu cywilnego, to podlega korekcie jak każdy inny element aktu⁷⁷. Zgodnie z art. 23 p.a.s.c., adnotacja zawiera „informacje o okolicznościach i podstawie rejestracji urodzenia, małżeństwa albo zgonu”. Adnotacja powinna zatem informować nie tylko o sporządzeniu aktu w szczególnym trybie umiejscowienia, czego wprost wymaga art. 105 ust. 1 p.a.s.c., lecz także o innych okolicznościach, które okazują się istotne przy różnych niestandardowych przypadkach transkrypcji. W rozważanych tu przypadkach adnotacja może obejmować informacje o osobie drugiego rodzica dziecka, który nie podlega ujawnieniu w głównej części aktu.

Wypada powtórzyć, że zasada wiernego dokonania transkrypcji powinna być realizowana w sposób elastyczny, uwzględniający odmienności rejestracyjne i różnice w przepisach merytorycznych, jakie obowiązują w Polsce i w państwie pochodzenia dokumentu źródłowego. Chroniąc integralność własnego systemu rejestracji stanu cywilnego, należy zastosować różne istniejące mechanizmy w celu oddania treści zagranicznego aktu w możliwie pełnym zakresie. Tylko w ten sposób można zrealizować podstawową funkcję aktów stanu cywilnego, jaką jest wszechstronne i wiarygodne informowanie o stanie cywilnym osoby fizycznej. W dobie intensyfikacji obrotu międzynarodowego krajowy system rejestracji nie może być zamknięty na zmiany stanu cywilnego dokonywane za granicą. O tym, że polski ustawodawca nie zamierzał izolować naszego rejestru stanu cywilnego, najlepiej przekonuje sama instytucja transkrypcji. Znamienne jest, że obowiązująca regulacja pozwala na umiejscowienie w Polsce nawet takich aktów stanu cywilnego, które nie wykazują żadnego obiektywnego związku z naszym krajem.

Jednocześnie należy silnie zaakcentować, że dokonanie w treści polskiego aktu sugerowanej tu adnotacji o drugim rodzicu tej samej płci

⁷⁷ Kwestia ta nie budziła wątpliwości już w dawnym prawie, zob. J. Litwin, *Prawo...*, s. 259.

nie oznacza automatycznego uznania w Polsce relacji filiacyjnej łączącej dziecko z kobietą będącą drugą matką. Wpis taki nie ma charakteru konstytutywnego, a jedynie czysto informacyjny. Stanowi sygnał, że w opinii państwa, w którym sporządzono akt urodzenia, dziecko posiada dwoje rodziców jednej płci. Natomiast z perspektywy prawa polskiego za przesądzone można uznać wyłącznie macierzyństwo kobiety, która dziecko urodziła (por. art. 61⁹ k.r.o.). Brak wiążących ustaleń co do drugiego rodzica uwidacznia pozostawiona pusta rubryka dotycząca ojca.

7. Procedura sprostowania polskiego aktu urodzenia

Przyjmując, że w przypadku niektórych aktów urodzenia dzieci par jednopłciowych, które zostały przepisane do polskiego rejestru, może być potrzebne ich sprostowanie, należy rozważyć, w jakim dokładnie powinno to nastąpić trybie. Podobnie bowiem jak w przypadku unieważnienia aktu stanu cywilnego, także jego sprostowanie może się dokonać w procedurze administracyjnej lub przed sądem cywilnym.

Zgodnie z art. 35 ust. 1 p.a.s.c., „akt stanu cywilnego, który zawiera dane niezgodne z danymi zawartymi w aktach zbiorowych rejestracji stanu cywilnego lub z innymi aktami stanu cywilnego, o ile stwierdzają one zdarzenie wcześniejsze i dotyczą tej samej osoby lub jej wstępnych, albo z zagranicznymi dokumentami stanu cywilnego, podlega sprostowaniu przez kierownika urzędu stanu cywilnego, który go sporządził”. Jeśli chodzi o dokumenty zagraniczne stanowiące podstawę sprostowania, to art. 35 ust. 2 p.a.s.c. doprecyzowuje, że musi to być dokument zawierający dane podlegające sprostowaniu, musi dotyczyć tej samej osoby lub jej wstępnych, a także musi stwierdzać zdarzenie wcześniejsze.

Z powołanych przepisów wynika, że przy sprostowaniu aktu w uproszczonym trybie (przez kierownika USC) punktem odniesienia mogą być albo akta zbiorowe rejestracji stanu cywilnego, albo też krajowe lub zagraniczne akty stanu cywilnego (niezłożone dotąd do akt zbiorowych), dotyczące zdarzeń wcześniejszych niż zdarzenie objęte kwestionowanym wpisem. Dodajmy też, że zgodnie z art. 26 p.a.s.c., akta zbiorowe rejestracji stanu cywilnego obejmują „dokumenty stanowiące podstawę sporządzenia aktu stanu cywilnego lub dokumenty złożone po sporządzeniu aktu stanu cywilnego stanowiące podstawę do dołączenia wzmianki dodatkowej do aktu stanu cywilnego lub stanowiące podstawę zamieszczenia przypisku przy innych aktach stanu cywilnego”.

Gdy zaś chodzi o sądowy tryb sprostowania, to — na zasadzie przeciwności — jest on właściwy wtedy, gdy sprostowanie nie jest możliwe na podstawie dokumentów wskazanych w art. 35 p.a.s.c. lub nie jest ono możliwe wyłącznie na podstawie takich dokumentów (art. 36 p.a.s.c.). Sąd orzeka wtedy w postępowaniu nieprocesowym, działając na wniosek osoby zainteresowanej, prokuratora lub kierownika USC. Właściwość sądu określa się na ogólnych zasadach Kodeksu postępowania cywilnego. Zgodnie z art. 507 oraz art. 508 §1 k.p.c., właściwy jest sąd rejonowy miejsca zamieszkania wnioskodawcy, a w braku miejsca zamieszkania — sąd miejsca jego pobytu. Z kolei wobec braku wskazanych wyżej podstaw — co ma szczególne znaczenie w przypadku dzieci stale przebywających za granicą — właściwy jest sąd dla m.st. Warszawy.

W świetle powołanych regulacji wydaje się jasne, że sprostowania aktu sporządzonego w polskim rejestrze powinien dokonać przede wszystkim kierownik USC. Jak już powiedziano, potrzeba sprostowania wynika z niewłaściwego umiejscowienia zagranicznego aktu urodzenia. W celu dopisania danych drugiego rodzica w adnotacji do polskiego aktu oraz, ewentualnie, w celu usunięcia danych kryjących dotyczących ojca dziecka właściwym punktem odniesienia jest ten sam akt, który został przedstawiony do transkrypcji. Dokument ten znajduje się w aktach zbiorowych rejestracji stanu cywilnego⁷⁸, co przesądza o możliwości dokonania sprostowania w trybie administracyjnym. Tylko wyjątkowo, gdy potrzebna będzie ocena także innych dokumentów, niezbędny może się okazać wniosek do sądu.

8. Podsumowanie

Reasumując, należy stwierdzić, że stanowisko NSA przyjęte w uchwałach 7 sędziów z 2.12.2019 r., zgodnie z którym zagraniczne akty urodzenia, w których ujawniono rodzicielstwo osób tej samej płci, nie powinny być przepisywane do polskiego rejestru, ma znaczenie przede wszystkim prewencyjne. Dostrzegając, że obce konstrukcje filiacyjne, obejmują-

⁷⁸ W aktach zbiorowych rejestracji stanu cywilnego gromadzi się co do zasady oryginały dokumentów, które nie podlegają zwrotowi. Wyjątkowo, na wniosek osoby, która przedkłada zagraniczny dokument stanu cywilnego, można wydać ten dokument, po uprzednim sporządzeniu kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez kierownika USC, jeżeli wnioskodawca nie ma możliwości ponownego uzyskania tego dokumentu (art. 26 ust. 2 p.a.s.c.).

ce w szczególności rodzicielstwo osób tej samej płci, nie są znane prawu polskiemu, a także uwzględniając moc dowodową oryginalnych (zagranicznych) aktów stanu cywilnego, NSA zakwestionował dopuszczalność oraz potrzebę transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych. Powołane stanowisko judykatury nie ma jednak zastosowania w tych przypadkach, w których zagraniczny akt został już przepisany do polskiego rejestru (zwłaszcza jeśli miało to miejsce przed podjęciem uchwały przez 7 sędziów NSA). Przede wszystkim, jak wykazano powyżej, brak jest podstaw prawnych, aby umiejscowiony w polskim rejestrze akt urodzenia wyeliminować z obiegu prawnego tylko z tego względu, że transkrypcję takich aktów następczo uznano za niedopuszczalną.

Zupełnie wyjątkowo w grę może wchodzić unieważnienie aktu na podstawie art. 39 p.a.s.c., ze względu na jego braki w zakresie mocy dowodowej co do pochodzenia dziecka. Chodzi o przypadki, gdy w polskim akcie urodzenia nie można było podać danych kobiety, która dziecko urodziła, a tym samym — z perspektywy prawa polskiego — mogą istnieć wątpliwości zarówno co do macierzyństwa, jak i ojcostwa dziecka. Nawet jednak w takich sytuacjach za pozostawieniem aktu w obrocie może niekiedy przemawiać zasada dobra dziecka.

Tam, gdzie nie ma podstaw do unieważnienia, nie jest jednak wykluczone sprostowanie aktu. W celu wyeliminowania sprzeczności aktu transkrybowanego z zagranicznym dokumentem źródłowym może być potrzebne ujawnienie danych drugiego rodzica dziecka. Należy tego dokonać w ramach odpowiedniej adnotacji. Ponadto, jeżeli akt krajowy zawiera dane kryjące w rubryce „ojciec”, to niezbędne jest ich wykreślenie. Postulowany sposób korekty treści polskiego aktu urodzenia służy urzeczywistnieniu kilku niezwykle ważnych zasad ogólnych. Po pierwsze, pozwala zrealizować podstawową funkcję rejestru stanu cywilnego, która polega na możliwie pełnym, a jednocześnie deklaratywnym przedstawieniu stanu cywilnego osoby fizycznej. Dotyczy to nie tylko elementów stanu cywilnego ukształtowanych w Polsce, ale także za granicą. Nie ma przeszkód, by w akcie stanu cywilnego w odpowiedni sposób ujawnić konstrukcje nieznanne prawu polskiemu⁷⁹. Wpisy w rejestrze mają wyłącznie funkcję informacyjną i dowodową. Nie tworzą nowego stanu prawnego i nie prowadzą do powstania jakichkolwiek skutków prawnych. Przede wszystkim ujawnienie rodzicielstwa osób jednej płci wynikającego z zagranicznego aktu urodzenia nie oznacza potwierdzenia, że jest to stan zgodny z polskim prawem rodzinnym. Wykorzystanie adno-

⁷⁹ Por. M. Wojewoda, *Małżeństwa jedнопłciowe...*, s. 144 i n., gdzie autor rozważa sposób ujawnienia w polskim rejestrze informacji o związkach partnerskich i małżeństwach osób jednej płci.

tacji dla ujawnienia drugiego rodzica tej samej płci (zamiast wpisania go w głównej części aktu) w wystarczającym stopniu sygnalizuje, że chodzi o konstrukcję nieznaną prawu polskiemu.

Po drugie, uzgodnienie treści polskiego aktu ze źródłowym dokumentem obcym wzmacnia pewność prawa i bezpieczeństwo obrotu. Nie powinno bowiem dochodzić do sytuacji, w której występuje niezgodność dwóch dokumentów stanu cywilnego (polskiego i zagranicznego), z których każdy ma charakter dowodu wyłącznego w zakresie określenia pochodzenia dziecka (art. 3 p.a.s.c.).

Po trzecie, w przypadku aktów stanu cywilnego pochodzących z państw Unii Europejskiej możliwość posługiwania się na terytorium innego państwa członkowskiego (w tym przypadku Polski) krajowym odpowiednikiem zagranicznego aktu, ujawniającym także takie konstrukcje, które nie są znane lokalnie, ale wynikają z dokumentu urzędowego sporządzonego w państwie pochodzenia, realizuje zasadę swobody przepływu osób, stanowiącą jeden z filarów integracji europejskiej⁸⁰.

Po czwarte wreszcie, utrzymanie w obrocie prawnym polskich aktów urodzenia dzieci rodziców jedнопłciowych, przy odpowiednim ukształtowaniu ich treści, pozwala urzeczywistnić zasadę dobra dziecka. W analizowanych tu sprawach posiadanie przez dziecko polskiego aktu urodzenia pozostaje niewątpliwie w jego interesie. Dziecko ma najczęściej polskie obywatelstwo, a krajowy akt urodzenia jest mu potrzebny do uzyskania numeru PESEL i wyrobienia paszportu czy dowodu osobistego. Także w innych sprawach załatwianych w Polsce legitymowanie się polskim aktem stanu cywilnego jest znaczącym ułatwieniem, bo odpada potrzeba korzystania z tłumaczeń i pokonywania naturalnej nieufności uczestników obrotu do zagranicznych dokumentów. Niezwykle istotne jest jednak to, aby polski akt urodzenia nie wykazywał sprzeczności ze źródłowym aktem zagranicznym. Jak wykazano, możliwe jest ujawnienie drugiego rodzica w taki sposób, by nie naruszyć podstawowych reguł rejestracji stanu cywilnego, jakie przewiduje prawo polskie.

Na zakończenie wypada dodać, że w odniesieniu do problemu rejestracji określonych instytucji nieznanymi prawu polskiemu do wprowadzenia pewnych reform mogą wkrótce skłonić Polskę orzeczenia międzynarodowych trybunałów. Coraz częściej zajmują się one zagadnieniami dotyczącymi rejestracji stanu cywilnego w stosunkach transgranicznych, a ich podejście można określić jako liberalne. W Europejskim Trybunale

⁸⁰ Podejście takie wpisuje się także w założenia, które leżały u podstaw przyjęcia rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1191 z 6.07.2016 r. „w sprawie promowania swobodnego przepływu obywateli poprzez uproszczenie wymogów dotyczących przedkładania określonych dokumentów urzędowych w Unii Europejskiej”, Dz.U. UE z 26.07.2016, L 200, s. 1 i n.

Praw Człowieka na rozpoznanie czeka obecnie kilkanaście spraw dotyczących sytuacji osób LGBT w Polsce. Część tych spraw wiąże się bezpośrednio z problematyką rejestracji stanu cywilnego⁸¹. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej bezpośrednio zaś zajął się zagadnieniami transkrypcji aktów urodzenia par jedнопłciowych⁸². Wyniki spraw zawisłych przed powołanymi trybunałami mogą mieć niebawem bezpośrednie przełożenie na praktykę przyjmowaną pod rządami prawa polskiego.

Bibliografia

- Basior I., Czajkowska A., Sorbian D., *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2015.
- Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*, ed. P. Mostowik, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa, 2019.
- Fundamentalne prawne problemy „surrogate motherhood”. Perspektywa krajowa*, red. P. Mostowik, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa, 2019.
- Gonderek K., Ustowska A., *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa, 1991.
- Ignatowicz J., Nazar M., *Prawo rodzinne*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2016.
- Jędrejek G., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany*, Lex/el. 2019.
- Kamarad E., *Zaświadczenie o stanie cywilnym a małżeństwa i związki partnerskie osób tej samej płci*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2017, T. 17.
- Kordys A., *Analiza zasadności nowelizacji ustawy — Prawo o aktach stanu cywilnego w nawiązaniu do art. 61 pkt 2 tej ustawy*, „Metryka” 2018, nr 2.
- Litwin J., *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa, 1961.
- Mostowik P., *Glosa do wyroku NSA z dnia 10 października 2018 r. (sygn. akt II OSK 2552/16)*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2019, z. 4.


⁸¹ Zob. <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/wyroki-ze-strasburga-dotyczy-spraw-polskich,502066.html> [Dostęp: 21.09.2021 r.].

⁸² Zob. w szczególności sprawę bułgarską C-490/20, w której została już wydana opinia Rzecznika Generalnego, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=239902&pageIndex=0&doclang=PL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9168574#Footnote1> [Dostęp: 21.09.2021 r.]. Na rozpoznanie czeka także analogiczna sprawa polska C-2/21.

- Mostowik P., *Problematyka prawna żądań rejestracji w polskich aktach stanu cywilnego zagranicznej fikcji prawnej pochodzenia dziecka od „rodziców homoseksualnych”*, „Metryka” 2019, nr 2.
- Mrozek J., *O właściwościach postępowania hybrydowego w regulacji ochrony konkurencji i konsumenta*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2017, no. 3798.
- Pawliczak J., *Dane przesłaniające — nieustalenie ojcostwa*, „Metryka” 2020, nr 1.
- Pilich M., *Uznanie dziecka a problematyka obywatelstwa*, „Metryka” 2017, nr 1.
- Podręcznik urzędnika stanu cywilnego, T. 2, Obrót prawny z zagranicą w zakresie rejestracji stanu cywilnego*, red. P. Kasprzyk, Fundacja Instytut Naukowy im. Prof. Józefa Litwina, Lublin, 2019.
- Przyśliwska-Urbanek E., *Aktualne orzecznictwo sądów administracyjnych dotyczące rejestracji pochodzenia dziecka od osób tej samej płci*, w: *Kolizyjne i procesowe aspekty prawa rodzinnego*, red. J. Gołaczyński, W. Popiołek, C.H. Beck, Warszawa, 2019.
- System Prawa Prywatnego, T. 12, Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smyczyński, C.H. Beck, Warszawa, 2011.
- System Prawa Prywatnego, T. 20C, Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2015.
- Tadla T.J., *Glosa do wyroków NSA z dnia 10 i 30 października 2018 r., II OSK 1868/16, II OSK 1869/16, II OSK 1870/16, II OSK 2552/16*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2019, z. 3.
- Wojewoda M., *Jeszcze o uznawaniu stanu cywilnego w stosunkach transgranicznych*, „Metryka” 2020, nr 1.
- Wojewoda M., *Małżeństwa jedнопłciowe i związki partnerskie w polskim rejestrze stanu cywilnego?*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2017, T. 103.
- Wojewoda M., *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego — kilka uwag na temat ewolucji konstrukcji w prawie polskim*, „Metryka” 2016, nr 2.
- Wojewoda M., *Współczesne modele prawa rodzinnego a rejestracja stanu cywilnego*, „Metryka” 2019, nr 2.
- Wojewoda M., *Zagraniczne rodzicielstwo osób jednej płci a rejestracja stanu cywilnego w Polsce — glosa do uchwały NSA (7) z 2.12.2019 r., II OPS 1/19*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2020, nr 8.
- Zachariasiewicz M., *Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2019, T. 111.



Aleksandra Wasielewicz^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0002-4614-3416>

Recent Polish Case Law on the Application of the *Ordre Public* Exception in Case of Transcription (Registration) of Foreign Birth Certificates into the Domestic Register of Civil Status

Abstract: This article is an overview of the recent Polish case law on the application of the *ordre public* exception in case of transcription of foreign birth certificates in Poland. In recent times, the *ordre public* exception was applied to prevent the transcription of birth certificates that indicate same-sex couples as parents of a child and birth certificates of children born by surrogacy. Simultaneously, it was commonly assumed that the transcription is obligatory in order to obtain Polish identity documents. For that reason, the refusal of transcription meant in fact i.a. the inability to obtain Polish identity documents. It caused not only practical complications in everyday life but it was also a serious breach of rights.

This article outlines the evolution of the transcription case law in Poland. Initially, the administrative authorities and the courts had been refusing the transcription due to its inconsistency with fundamental principles of the legal order. Subsequently, however, transcription was found admissible on the basis of the principle of the best interests of the child. Due to the divergence in the case law, the issue of transcription was the subject of the resolution of seven judges of the Supreme Administrative Court of 2 December 2019 (ref. no. II OPS 1/19). The resolution states that the transcription is contrary to the fundamental principles of the legal order. However, the resolution also under-

^{a)} Mgr, Szkoła Doktorska Nauk Społecznych, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu (Doctoral School of Social Sciences, Nicolaus Copernicus University in Toruń).

lines that the fact that a child is a Polish citizen may be confirmed solely by a foreign birth certificate so there is no need for transcription in order to obtain Polish identity documents.

Keywords: *ordre public* exception — public policy exception — registration of civil status — transcription of foreign civil status records — birth certificates — surrogacy agreements — same-sex relationships

I. Introduction

The intensification of international migration and increasing differences between legal systems are challenging issues. Nowadays, more and more states provide legal regulations considered unknown or illegal in other states, for example, the legal possibility of registering same-sex relationships or the legalization of surrogacy agreements. Those differences affect various areas of law and undoubtedly, the registration of foreign civil status documents is one of them. The present article aims to examine the issue of registration of foreign birth certificates, which recently has been the subject of a variety of judgments of Polish courts.

Although under Polish law the registration process of foreign civil status documents is conducted in accordance with administrative law procedure, it is closely connected with family law regulations as it frequently concerns its subjects such as marriage, maternity, paternity, adoption, etc.¹ Bearing in mind increasing differences in family law regulations between states, it comes as no surprise that Polish courts of late have been confronted with the question of how to deal with the registration of birth certificates, which indicate same-sex persons as parents of the child, issued under the provisions of foreign law. It is indeed a significant challenge for those countries that do not provide a possibility to register a same-sex relationship and do not recognize them (e.g. Poland). Many cases concerning that problem were raised by Polish citizens who are in same-sex relationships (marriage or civil unions established abroad), as they were demanding recognition of their legal parentage by the Polish state. Similarly, the problem with registration of a birth certificate occurs in case of children born as a result of surrogacy agreement when a foreign birth certificate indicates only one parent.

¹ H. Knysiak-Sudyka: *Prawo administracyjne a byt prawny jednostki — uwagi na tle transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia oraz potwierdzenia posiadania obywatelstwa polskiego*. In: *Fenomen prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora Jana Zimmermanna*. Eds. W. Jakimowicz, M. Krawczyk, I. Niżnik-Dobosz. Warszawa, Wolters Kluwer Polska, 2019, pp. 512 *et seq.*

This article is devoted to the issue of the application of the *ordre public* exception in cases regarding the transcription of foreign birth certificates in Poland. In recent times the public policy exception was applied, *inter alia*, to prevent the transcription of birth certificates that indicate same-sex couples as parents of the child and birth certificates of children born through surrogacy.² The article discusses the recent Polish administrative courts' case law on the legal status of the children born and raised abroad by same-sex couples where at least one parent is a Polish citizen. The legal status of children born through surrogacy is examined as well.

It should be noted that transcription of a foreign birth certificate is directly connected with the administrative procedure for confirmation of the acquisition of Polish citizenship and with the procedure for issuing Polish identity documents. Parents would usually submit an application for transcription in order to subsequently apply for the issuance of the passport, identity card, or national identification number for the child (PESEL number, Polish *Powszechny Elektroniczny System Ewidencji Ludności* — the General Electronic System of Population Registration).

This article consists of three main parts. The first one briefly examines the procedure of transcription of foreign birth certificates into the domestic register of civil status in Poland. Then, the practice of Polish administrative authorities and administrative courts in that matter is discussed. However, at this point, it should be emphasized that a significant change in the transcription cases was caused by the landmark resolution of seven judges of the Supreme Administrative Court (hereinafter: the SAC) adopted on 2 December 2019 (ref. no. II OPS 1/19). The court stated that the transcription of foreign birth certificate which indicates a same-sex couple as parents of the child is contrary to the fundamental principles of the Polish legal order.³ Due to the significance of this resolution, the second part of the article discusses the case law of Polish courts and the position of legal doctrine prior to the resolution having been passed, while the third part of the article is devoted to the resolution itself and its influence on Polish legal practice.

² M. Wojewoda: *Konstrukcje rodzinoprawne nieznanne prawu polskiemu a krajowa rejestracja zdarzeń z zakresu stanu cywilnego*. "Metryka" 2020, no. 2, p. 86.

³ Resolution of Supreme Administrative Court of 2 December 2019, ref. no. II OPS 1/19.

II. Registration of foreign civil status records in Polish law

The registration of civil status records is regulated by the Law on Civil Status Records (Polish *Prawo o aktach stanu cywilnego*).⁴ Pursuant to that act, registration of foreign civil status records was termed as transcription (Polish *transkrypcja*). Article 104 section 2 states that a foreign civil status record may be transferred into the Polish civil registry by means of transcription, which was defined as a “faithful and literal transfer of the content of a foreign civil status record both linguistically and formally, without any interference in the spelling of names and surnames of persons indicated in a foreign civil status record.” In addition, pursuant to Article 104 section 3, “a civil status record may be transcribed when it is recognized as a civil status document in the issuing country and has the force of an official document, was issued by a competent authority, and does not raise doubts as to its authenticity.” In accordance with the prevailing view, transcription has a reproductive nature, meaning that it results only in the reproduction of data included in a foreign civil status record, which had been previously registered abroad.⁵ Moreover, the process of transcription arises from administrative law, therefore it is governed entirely by internal regulations and does not involve the application of choice-of-law rules.⁶

In principle, when entering the particulars of a foreign civil status record, an administrative authority, the registrar, does not examine its merits. The registrar must only enter the data contained in the foreign civil status record to the register, therefore no formal decision is taken.⁷

⁴ Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego, consolidated text, Journal of Laws of the Republic of Poland of 2020, item 463 as amended. For the more detailed overview of the civil status registration in Poland, see: M. Wojewoda: *Surrogate motherhood and the civil status registration in Poland*. In: *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*. Ed. P. Mostowik. Warszawa, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, 2019, pp. 831 *et seq.*

⁵ The reproductive nature of transcription was also confirmed by the Supreme Court, see the resolution of seven judges of the Supreme Court of 20 November 2012, ref. no. III CZP 58/12; M. Wojewoda: in: *System Prawa Prywatnego. T. 20C: Prawo prywatne międzynarodowe*. Ed. M. Pazdan. Warszawa, C.H. Beck, 2015, pp. 592 *et seq.*

⁶ M. Wojewoda: *Surrogate motherhood and the civil status registration...*, p. 835. ; M. Pilich: *Mater semper certa est? Kilka uwag o skutkach zagranicznego macierzyństwa zastępczego z perspektywy stosowania klauzuli porządku publicznego* “Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2018, vol. 16, pp. 10 *et seq.*

⁷ M. Wojewoda: *Surrogate motherhood and the civil status registration...*, p. 835.

There are, however, circumstances when registration may be declined. Article 107 of the Law on Civil Status Records provides three grounds for refusal of transcription. It states that the registrar refuses transcription of the foreign act if: “1) the document in the country of issue is not recognized as a civil status document, or is not certified as an official document, or was not issued by the competent authority, or raises doubts as to its authenticity, or confirms an event other than birth, marriage or death; 2) the foreign document was created as a result of transcription in a country other than the state of the event; 3) the transcription would be contrary to the fundamental principles of the legal order of the Republic of Poland.” Pursuant to this provision, the registrar must assess the formal issues of the foreign document, such as its authenticity, validity, whether it concerns birth, marriage, or death, and the fact that it was not created as a result of transcription in a country other than the state of the event. In addition to those formal issues, the Registrar must also assess whether the transcription is not contrary to the fundamental principles of the legal order. Therefore, the third ground for the refusal is the *ordre public* exception, an instrument that has its origin in private international law and international civil procedure.⁸ The public policy exception included in Article 107 point 3 of Law on Civil Status Records was recently invoked in cases of the registration of foreign birth certificates which indicated two persons of the same-sex as parents of a child, or birth certificates which did not indicate particulars of a mother in case of children born through surrogacy, and also in cases concerning the registration of same-sex marriages.

III. The legal situation before the resolution of the SAC of 2 December 2019 (ref. no. II OPS 1/19)

1. The practice of administrative authorities

The competent authority in the matter of transcription is a registrar (Polish *kierownik urzędu stanu cywilnego*). An application for registering a foreign birth certificate may be filled in any registry office. People residing abroad may also apply for the registration at a Polish embassy or

⁸ Ibidem, p. 836; M. Pilich: *Mater semper certa est?*..., p. 13.

consulate.⁹ The cases regarding the registration of foreign birth certificates in which the *ordre public* exception was applied had usually a very similar course of events so the general overview of those proceedings will be presented next. The facts of the vast majority of those cases may be summarized as follows. As already outlined, in principle, the registrar does not review the submitted birth certificate with regard to its merits but is obliged *inter alia* to assess whether the transcription would be contrary to the fundamental principles of the legal order. If the birth certificate indicates two persons of the same sex, namely, a “mother” (a woman who gave birth to the child) and another “parent”, who is a woman as well, or the birth certificate indicates two men as parents, the registrar will refuse to enter the birth certificate into the domestic register of civil status. Likewise, when a child was born through surrogacy treatment and a foreign birth certificate indicates that the mother of a child is “unknown” the registrar will refuse the transcription. It should be noted that the refusal of the transcription is in a form of an administrative decision issued by the registrar. The administrative decision may be reviewed by the second instance authority, the voivode (Polish *wojewoda*). If the voivode upholds the refusal decision, an applicant usually submits an appeal to the Regional Administrative Court (Polish *wojewódzki sąd administracyjny*, hereinafter RAC). Nevertheless, the administrative courts’ case law will be presented later as the grounds for refusal invoked by administrative authorities should be discussed first.

When it comes to cases concerning registration of a foreign birth certificate indicating same-sex parents, the administrative bodies consistently referred to Article 18 of the Polish Constitution which reads as follows: “marriage, being a union of a man and a woman, as well as the family, motherhood, and parenthood, shall be placed under the protection and care of the Republic of Poland.”¹⁰ According to the refusal decisions, by virtue of Article 18, a transcription of foreign birth certificate which indicates a same-sex couple as parents of a child is not allowed since the term “parents” always implies two people of the opposite sex.¹¹ Moreover, the fundamental principles of Polish family law included in the Family and Guardianship Code¹² (Polish *Kodeks Rodzinny i Opiekuńczy*), were

⁹ Article 104 section 4 and 4a of the Law on Civil Status Records.

¹⁰ English translation published at <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm> (accessed: 31.05.2021).

¹¹ See e.g. judgment of the Supreme Administrative Court of 10 October 2018, ref. no. II OSK 2552/16, judgment of the Regional Administrative Court in Warsaw of 20 October 2016, ref. no. IV SA/Wa 1784/16.

¹² Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, consolidated text, Journal of Laws of the Republic of Poland of 2020, item 1359.

also invoked. Article 61⁹ of that act provides that a mother of a child is a woman who gave birth to the child, without any exceptions to this rule. What is more, the determination of paternity depends on the previous determination of maternity and without any information about the mother of a child, the paternity of the man may be questioned. Also, regardless of the procedure for the determination of paternity, according to the Family and Guardianship Code, the term “father” always implies a male person.¹³ Furthermore, it was also emphasized that, according to Article 115 of the Family and Guardianship Code joint adoption is only possible by a married couple.¹⁴ Given the above, it was claimed that transcription of a birth certificate which indicates a same-sex couple is contrary to the Polish legal order because such transcription introduces misleading data to Polish registry since, according to the Polish law, a child always has two parents of the opposite sex — a mother (woman) and a father (man).¹⁵ The problem with the “technical” aspect of the transcription was also mentioned as a copy of a Polish birth certificate provides space for entering particulars of “mother” and “father” understood as persons of the opposite sex.¹⁶ Under the Law on Civil Status Records, a transcription is a faithful and literal transfer of the content of a foreign civil registration document so there is no possibility of transferring different data than those included therein. That is why it was impossible to indicate a woman as a “father” of a child.¹⁷

When it comes to birth certificates that as a result of surrogacy agreement did not indicate particulars of a mother, the authorities argued that the transcription of such a certificate would violate the fundamental principles of the legal order since Polish law does not allow creating a birth certificate without indicating particulars of the mother of a child.¹⁸ What

¹³ See e.g. judgment of Supreme Administrative Court of 11 February 2020, ref. no. II OSK 1330/17; judgment of the Regional Administrative Court in Gliwice of 6 April 2016, ref. no. II SA/Gl 1157/15; judgment of the Regional Administrative Court in Warsaw of 20 October 2016, ref. no. IV SA/Wa 1784/16.

¹⁴ See e.g. judgment of the Supreme Administrative Court of 10 October 2018, ref. no. II OSK 2552/16, judgment of the Regional Administrative Court in Gliwice of 6 April 2016, ref. no. II SA/Gl 1157/15.

¹⁵ See e.g. judgment of the Supreme Administrative Court of 10 October 2018, ref. no. II OSK 2552/16.

¹⁶ See e.g. judgment of the Supreme Administrative Court of 11 February 2020, ref. no. II OSK 1330/17.

¹⁷ See e.g. judgment of the Supreme Administrative Court of 10 October 2018, ref. no. II OSK 2552/16; judgment of Regional Administrative Court in Gliwice of 6 April 2016, ref. no. II SA/Gl 1157/15; judgment of the Regional Administrative Court in Warsaw of 20 October 2016, ref. no. IV SA/Wa 1784/16.

¹⁸ See judgment of the Supreme Administrative Court of 29 August 2018, ref. no. II OSK 2129/16.

is more, pursuant to the Family and Guardianship Code provisions, the surrogate mother (a woman who gave birth to the child) is always a legal mother of the child. In addition, lack of information about the mother calls into question the paternity of the man indicated on the birth certificate as the father.¹⁹ Also, according to the Family and Guardianship Code, waiver or deprivation of parental authority is possible only as a result of a decision of a court or as a consequence of the adoption of a minor.²⁰ Additionally, when it comes to surrogacy cases, the administrative authorities were highlighting that, according to Polish law, surrogacy contracts are void because a human is treated there as an object.²¹

2. The position of the legal doctrine

The refusal of transcription was criticized by the Polish Commissioner for Human Rights (Polish *Rzecznik Praw Obywatelskich*)²² and some legal scholars.²³ In fact, such a solution had been causing many complications on a daily basis for children raised by same-sex couples. Due to refusal of transcription, issuance of Polish identity documents was impossible because, in order to obtain identity documents, passport, and national identification number, the administrative authorities required prior transcription of foreign birth certificate.

It should be noted that pursuant to Article 34 of the Polish Constitution, “Polish citizenship shall be acquired by birth to parents being Polish citizens.” That rule was specified in the Law on Polish Citizenship (Polish *Ustawa o obywatelstwie polskim*).²⁴ Article 14 point 1 of that law

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem; judgment of the Supreme Administrative Court of 6 May 2015 r., ref. no. II OSK 2372/13.

²² See e.g. *Kolejne polskie dziecko ze związku jedнопłciowego bez prawa do dokumentu tożsamości. Skarga RPO do sądu* (5.11.2019), <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-kolejne-dziecko-ze-zwiazku-jednopłciowego-bez-prawa-do-dokumentow> (accessed: 31.05.2021).

²³ See e.g. M. Zachariasiewicz: *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*. Warszawa 2018, pp. 135 et. seq.; T. Tadla: *Glosa do wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 i 30 października 2018 r. (sygn. akt: II OSK 1868/16, II OSK 1869/16, II OSK 1870/16, II OSK 2552/16)*. „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2019, vol. 3; P. Sadowski: *Gloss on the judgment of the Polish Supreme Administrative Court of 10 October 2018, II OSK 2552/16*. “Ius Novum” 2020, vol. 1; G. Krawiec: *Transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia się dziecka osób tej samej płci pozostających w związku*. “Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2019, vol. 2.

²⁴ Ustawa z dnia 2 kwietnia 2009 r. o obywatelstwie polskim, consolidated text, Journal of Laws of the Republic of Poland of 2020, item. 347.

reads as follows: “[...] a minor acquires Polish citizenship by birth if at least one parent is a Polish citizen.” The proper method of official confirmation of the acquisition of Polish citizenship is an application for confirmation of citizenship, submitted on the basis of the Law on Polish Citizenship.²⁵ It should be noted, however, that the legal parent-child relationship is determined within the meaning of the law applicable indicated by the choice-of-law rules. Therefore, depending on circumstances, the law applicable which determines the legal parent-child relationship may be Polish or foreign internal law.²⁶ In practice, in case of minors born abroad the fact that they are descendants of Polish citizens is usually confirmed by the foreign birth certificate. Parents submit the birth certificate documenting the birth abroad and indicating who the parents are according to the issuing state.²⁷

It should be noted that there were some obstacles not only to the transcription itself but also to the applications for confirmation of the acquisition of Polish citizenship, however, the latter issue is beyond the scope of this article.²⁸ Even though the children were Polish citizens by operation of law, the legal confirmation of that fact and the issuance of Polish identity documents was impossible.²⁹ Undoubtedly, such state of affairs was a detriment of the children’s best interest as they were unable to obtain recognition in Poland of parent-child relationships that had been legally established abroad. For this reason, they were deprived of their rights of Polish citizens.³⁰ As a consequence, they could not exercise their rights, namely, the right to protection of health, the right to education, the right to personal security, the right to free movement, and choice of place of residence.³¹ There is no doubt that it was contrary to the principle

²⁵ See Article 55 of the Law on Polish Citizenship.

²⁶ M. Pilich: *Mater semper certa est?...*, pp. 24 *et seq.*

²⁷ T. Tadla: *Glosa do wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego...*, p. 151.

²⁸ See: judgment of the Supreme Administrative Court of 6 May 2015, ref. no. II OSK 2372/13; judgment of the Supreme Administrative Court of 6 May 2015, ref. no. II OSK 2419/13. In Polish doctrine this problem was discussed in: P. Mostowik: *Problem obywatelstwa dziecka prawdopodobnie pochodzącego od obywatela polskiego niebędącego mężem surrogat mother. Uwagi aprobujące wyroki NSA z 6 maja 2015 r. (II OSK 237/13 oraz II OSK 2419/13)*. “Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2018, vol. 16; M. Pilich: *Mater semper certa est?...*; A. Wysocka-Bar: *Nabywanie polskiego obywatelstwa a urodzenie przez matkę zastępczą — uwagi na tle wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 maja 2015 r.: II OSK 2372/13, II OSK 2419/13*. “Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2018, vol. 16.

²⁹ M. Zachariasiewicz: *Klauzula porządku publicznego...*, p. 136.

³⁰ T. Tadla: *Glosa do wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego...*, p. 154.

³¹ *Ibidem*, p. 156.

of the best interest of the child enshrined in the Constitution³² and in the international law.³³ It was argued in the doctrine that a failure to enter the particulars of the second parent of the same sex where they could have been entered or other “technical” aspects of transcription cannot be acknowledged as the fundamental principles of the legal order, unlike the constitutional and international law provisions which require protection of, for example, children’s rights.³⁴

Furthermore, it was also claimed that pursuant to the established case law of the European Court of Human Rights (hereinafter: ECtHR), a refusal of transcription might have been also an infringement of Article 8 of the European Convention on Human Rights, particularly the right to respect for private and family life.³⁵ The judgments of ECtHR, such as *Labassée v. France*,³⁶ *Menesson v. France*³⁷, *Foulon and Bouvet v. France*³⁸, *Laborie v. France*³⁹ were cited by supporters of transcription.⁴⁰ These judgments concern the refusal of granting legal recognition to parent-child relationships legally established abroad between children born as a result of surrogacy treatment and their biological fathers. According to ECtHR: “[...] totally prohibiting the establishment of a relationship between a father and his biological children born following sur-

³² Article 72 of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 which reads as follows “1. The Republic of Poland shall ensure protection of the rights of the child. Everyone shall have the right to demand of organs of public authority that they defend children against violence, cruelty, exploitation and actions which undermine their moral sense. 2. A child deprived of parental care shall have the right to care and assistance provided by public authorities. 3. Organs of public authority and persons responsible for children, in the course of establishing the rights of a child, shall consider and, insofar as possible, give priority to the views of the child. 4. The competence and procedure for appointment of the Commissioner for Children’s Rights shall be specified by statute.” English translation published at <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm> (accessed: 31.05.2021).

³³ See e.g. Article 3 section 1 of the Convention on the Rights of the Child adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989 which reads as follows “In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.” English version published at <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx> (accessed: 31.05.2021).

³⁴ G. Krawiec: *Transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia...*, p. 8.

³⁵ M. Zachariasiewicz: *Klauzula porządku publicznego...*, pp. 139 *et seq.*; G. Krawiec: *Transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia...*, pp. 10 *et. seq.*

³⁶ *Labassée v. France* (application no. 65941/11).

³⁷ *Menesson v. France* (application no. 65192/11).

³⁸ *Foulon and Bouvet v. France* (application no. 9063/14 and no. 10410/14).

³⁹ *Laborie v. France* (application no. 44024/13).

⁴⁰ See e.g. M. Zachariasiewicz: *Klauzula porządku publicznego...*, p. 139.

rogacy arrangements abroad was in breach of the Convention,” namely, right to respect for private life.⁴¹ It should be highlighted that in these cases the ECtHR emphasized the importance of the genetic link between the children and intended parents.⁴² In *Menesson v. France* case the ECtHR stated that, given the requirements of the child’s best interests and the reduced margin of appreciation, the legal parent-child relationship with the biological father should be recognized in domestic law.⁴³ Following this judgment, the French authorities acknowledged the parental link with the father.⁴⁴ However, those cases should be viewed in the light of the subsequent Advisory Opinion requested by the French Court of Cassation in *Menesson* case. In this opinion, the ECtHR stated that the legal parent-child relationship with the intended mother should be recognized as well, even if there is no genetic link between the child and the intended mother.⁴⁵ Nevertheless, it was also claimed that the recognition does not have to take the form of entry in the register and “another means, such as adoption of the child by the intended mother, may be used provided that the procedure laid down by domestic law ensures that it can be implemented promptly and effectively, in accordance with the child’s best interests.”⁴⁶

The impact of those judgments was widely discussed in the doctrine.⁴⁷ Undoubtedly, the aforementioned ECtHR jurisprudence influenced the

⁴¹ See press release of 26.06.2014 issued by the registrar of the ECtHR no. 185 (2014).

⁴² Cf. *Paradiso and Campanelli v. Italy* (application no. 25358/12) — the case where due to the absence of genetic link between both intended parents the child, the ECtHR did not recognize any family ties between them. According to the ECtHR a short *de facto* relationship was not sufficient to recognize family life.

⁴³ See paragraphs 100—103 of the *Menesson v. France* judgment.

⁴⁴ K. Trilha: *Surrogacy in the context of private international law? Cross-border effects of international reproductive agreements*. In: *Global Private International Law: Adjudication Without Frontiers*. Eds. H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo. Cheltenham—Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 500.

⁴⁵ See paragraphs 46—47 of Advisory Opinion of the Grand Chamber of ECtHR concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001) 10 April 2019. Nevertheless, the advisory opinions of the ECtHR are not binding, see Article 5 of Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁷ See e.g.: K. Duden: *International Surrogate Motherhood — Shifting the Focus to the Child*. “Zeitschrift für Europäisches Privatrecht” 2015, no. 3; K. Trilha: *Surrogacy in the context of private international law?...*; D. Coester-Waltjen: *A case for harmonisation of private international law? Juggling between surrogacy, interests of a child and parent-hood*. In: *Global Private International Law...*; C. Fenton-Glynn: *International surrogacy before the European Court of Human Rights*. “Journal of Private International Law”

practice of the national courts in countries that prohibit surrogate motherhood. Nevertheless, the European jurisdictions seemed to present varied approaches towards the recognition of a legal-parent relationship in surrogacy cases. For instance, the German Supreme Court in the case of a same-sex couple (unlike in *Menesson* case where the intended parents were not a same-sex couple) recognized not only the genetic father but also his civil partner who was also indicated as a parent in the Californian judgment. A similar approach was presented in the Czech Republic where the Czech Supreme court recognized not only the parent-child relationship with respect to genetic father but also, as a result of a constitutional complaint lodged in the same case, the parent-child relationship of his male partner.⁴⁸ On the other hand, the Swiss Supreme Court recognized only the genetic father aside from the other intended parent.⁴⁹ In the case where there was no genetic link between the child and either of the intended parents, the Swiss Supreme Court refused the recognition of the foreign judgment in respect of both intended parents.⁵⁰

When it comes to the cases of children born through surrogacy arrangements, it should be emphasized that the question of recognition of the legal status of children born abroad must be distinguished from the legality of surrogacy itself. The discrimination or limitation of the rights of children born through surrogacy treatment cannot be caused by the fact that surrogacy agreements bring legal and ethical controversies.⁵¹ It was argued in the doctrine that in the event of the “post-birth perspective” a more flexible approach is advised so the family life of concrete individuals could be also protected.⁵² Furthermore, it was alleged that

2017, vol. 13, no. 3; P. Kinsch: *Enforcement as a fundamental right*. “Nederlands Internationaal Privaatrecht” 2014, no. 4; G. Puppincx, C. de La Hougue: *ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy Regarding the Mennesson v France and Labassee v France cases (n°65192/11 & n°65941/11)*. “Revue Lamy de Droit Civil” 2014, vol. 118. The problem of surrogacy from an Italian perspective, see: M. Winkler, K. Trilha Schappo: *A Tale of Two Fathers*. “The Italian Law Journal” 2019, vol. 5, no. 1.

⁴⁸ D. Frintová, O. Frinta: *Surrogacy from the Czech perspective: “past the point of no return”*. In: *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*. Ed. P. Mostowik. Warszawa, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, 2019, pp. 704 *et seq.*

⁴⁹ D. Coester-Waltjen: *A case for harmonisation of private international law?...*, p. 506; K. Duden: *International Surrogate Motherhood...*, pp. 657—658.

⁵⁰ D. Coester-Waltjen: *A case for harmonisation of private international law?...*, p. 506.

⁵¹ *Amicus curiae* opinion of Helsinki Foundation for Human Rights on the request of French Court of Cassation no. P16-2018-001, p. 3, text available online at <https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2019/02/Opinia-do-ETPC-w-sprawie-transkrypcji-aktow-urodzenia-dzieci-urodzonych-przez-surogatki.pdf> (accessed: 31.05.2021).

⁵² M. Wojewoda: *Surrogate motherhood and the civil status registration...*, pp. 847. See also: M. Pilich: *Mater semper certa est?...*, pp. 33 *et seq.*

the differences between domestic law and foreign law do not automatically imply that the fundamental principles of the legal order are violated. According to an established view of legal academics, the application of public policy exception requires the consideration of individual aftermath which may arise in a particular case as a result of applying the exception.⁵³ Disproportionate limitations of the rights of the child cannot be initiated by invoking the abstract concept of the fundamental principles of the legal order or the concept of “integrity of Polish system of registration of civil status.”⁵⁴ It was claimed that the Polish authorities, while applying the *ordre public* exception, should not ignore the individual consequences which may arise from the refusal of transcription and cause a serious problem with the legal status of the minors.⁵⁵

3. The question of obligatory transcription

Prior to proceeding with further discussion, it seems necessary to address the question of obligatory transcription in Polish law which is a crucial element of the discussed problem. According to Article 104 section 5 of the Law on Civil Status Records the transcription is obligatory if a Polish citizen indicated in a foreign civil status document has a Polish civil status document confirming previous events, which were drawn up in Poland and requests to perform actions concerning the civil registration or applies for a Polish identity document or a national identification number. There were two main views on how this statutory provision should be interpreted. According to the first interpretation, expressed not only in the doctrine⁵⁶ but also in an established line of judicial decisions,⁵⁷ a transcription is obligatory in order to obtain identity documents. It means that, without previous transcription, identity documents cannot be issued.

This view was also shared by the relevant administrative authorities as they were refusing the issuance of identity documents without previous transcription of a birth certificate. As a consequence, the legal

⁵³ G. Krawiec: *Transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia...*, p. 8; M. Zachariasiewicz: *Klauzula porządku publicznego...*, p. 137, M. Wojewoda: *Surrogate motherhood and the civil status registration...*, p. 846.

⁵⁴ *Amicus curiae* opinion of Helsinki Foundation for Human Rights..., p. 7.

⁵⁵ M. Zachariasiewicz: *Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych*. “*Studia Prawno-Ekonomiczne*” 2019, vol. 111, pp. 157 *et seq.*

⁵⁶ See e.g. M. Zachariasiewicz: *Klauzula porządku publicznego...*, p. 133.

⁵⁷ See e.g. judgment of the Supreme Administrative Court of 10 October 2018, ref. no. II OSK 2552/16.

status of the children raised by homosexual couples remained in a legal vacuum. Due to the fact that such children could not obtain Polish documents, they were not recognized as Polish citizens so indeed this situation caused a serious breach of their rights.

On the other hand, some legal scholars supported a different view, claiming that since transcription is impossible due to its inconsistency with the fundamental rules of the legal order, there is still an option to use foreign official documents (in that case foreign birth certificates) for relevant proceedings being conducted in Poland.⁵⁸ Article 1138 of the Code of Civil Procedure⁵⁹ states that “foreign official documents have the same probative value as Polish official documents.” That rule was confirmed by the resolution of seven judges of the Supreme Court of 20 November 2012 (ref. no. III CZP 58/12), which states that “a foreign civil status record is the sole proof of events recorded therein, even though it has not been entered into Polish civil registry.”⁶⁰ If the probative value of a foreign official document is the same as the Polish one, it may be submitted for relevant proceedings.⁶¹ That rule also applies to the document which the court found inadmissible to transcribe due to its inconsistency with the fundamental rules of the legal order, therefore it is allowed for an applicant to submit such foreign document to the relevant authorities. Owing to that interpretation, Polish identity documents could be issued.⁶² Nevertheless, administrative authorities did not follow that interpretation and were demanding from applicants to submit Polish (transcribed) birth certificate in proceedings concerning the issuance of identity documents.

4. Case law of administrative courts

Bearing in mind the previous remarks, the administrative courts' case law can be examined next. As already presented, the decisions-making bodies — registrars and voivodes, had been consistently refusing the

⁵⁸ P. Mostowik: *Problem rejestracji w polskich aktach urodzenia pochodzenia dziecka od „rodziców jedнопłciowych” na tle orzecznictwa sądów administracyjnych w 2018 r.* Warszawa 2019, p. 14, text available online at <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2019/03/IWS-P.-Mostowik-problem-rejestracji.pdf> (last accessed: 31.05.2021).

⁵⁹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, consolidated text, Journal of Laws of the Republic of Poland of 2020, item. 1575 as amended.

⁶⁰ *Amicus curiae* opinion of Helsinki Foundation for Human Rights..., p. 3.

⁶¹ M. Wojewoda: *Surrogate motherhood and the civil status registration...*, pp. 833 *et seq.*

⁶² P. Mostowik: *Problem rejestracji w polskich aktach urodzenia pochodzenia dziecka...*, p. 14.

transcription due to its inconsistency with the fundamental principles of the legal order in Poland. However, there was no coherence when it comes to the jurisprudence of administrative courts as some of them had started to support the separate view on the matter of obligatory transcription and also started to emphasize the principle of the best interest of the child. It should be noted that an administrative court of the first instance hears the case after the refusal of administrative authorities of two instances (first — the registrar, second — the voivode), whereas the second instance competent court is the Supreme Administrative Court (Polish *Naczelny Sąd Administracyjny*).

Nonetheless, initially, the courts' judgments were consistent in the view of the fact that the adjudicating panels agreed with the previous decisions of administrative authorities claiming that the refusal of transcription did not violate the law.⁶³ The reasons for judgments were similar to the previously discussed decisions of administrative authorities. The courts mainly referred to Article 18 of the Polish Constitution and the fundamental rules of the Polish family law included in the Family and Guardianship Code. What is more, courts also pointed out that transcription is a faithful and literal transfer of the content of a foreign civil registration document, so a change of any information included therein is unacceptable.

However, the previously prevailing standpoint was subsequently called into question. The first judgment which reversed the foregoing view and found the transcription admissible was the judgment of the RAC in Poznań of 5 April 2018 (ref. no. II SA/Po 1169/17). Afterwards, the new standpoint was expressed in a different case by the judgment of the Supreme Administrative Court (hereinafter SAC) of 10 October 2018 (ref. no. II OSK 2552/16). The reasons for judgments in both cases were similar. Undoubtedly, the new approach brought a significant change in Polish transcription case law but also caused divergence in this matter. Both judgments broke the impasse on the legal situation of minors raised by same-sex couples (or born by surrogate mother) as previous judgments did not allow the transcription, so as a consequence the issuance of a Polish identity card or a Polish passport was impossible.

⁶³ See e. g. judgment of the Regional Administrative Court in Kraków of 10 May 2016, ref. no. III SA/Kr 1400/15; judgment of the Regional Administrative Court in Gliwice of 6 April 2016, ref. no. II SA/Gl 1157/15; judgment of the Regional Administrative Court in Warsaw of 18 May 2016, ref. no. IV SA/Wa 581/16; judgment of the Regional Administrative Court in Warsaw of 20 October 2016, ref. no. IV SA/Wa 1784/16; judgment of the Regional Administrative Court in Warsaw of 14 April 2016, ref. no. IV Sa/Wa 182/16; judgment of the Regional Administrative Court in Warsaw of 18 May 2016, ref. no. IV SA/Wa 581/16.

In the first case, reviewed by the RAC in Poznań, the birth certificate indicated two women as parents of the minor. Although the applicant requested the transcription of the particulars of only one parent (the biological mother) indicated in the foreign birth certificate, the administrative organs had refused on the grounds that, *inter alia*, a transcription is “a faithful and literal transfer of the content of a foreign civil registration document” so no particulars should be omitted.⁶⁴ The RAC ruled that the transcription in that particular case is not contrary to the fundamental principles of the legal order. The adjudicating panel pointed out that the interpretation of statutory provisions should be pro-constitutional, in accordance with binding international law and with the axiological grounds of these laws. It was underlined that due to the obligatory transcription regulated in Article 104 section 5 of the Law on Civil Status Records, the refusal of transcription implies the impossibility of obtaining Polish documents (passport, identity document) and national identification number. For this reason, the denial of transcription meant in fact that the constitutional rights, namely the access to the Polish education system or Polish healthcare system, were very limited. What is more, a Polish citizen who does not possess any travel document cannot go abroad. Indeed, the situation when a Polish citizen cannot obtain identity documents results in a serious violation of rights.

According to the court’s standpoint, interpretation of law which implies the denial of registering foreign birth act is inadmissible. First and foremost, it causes a serious breach of children’s rights while in cases involving children, the child’s best interest should be paramount. If a minor has citizenship of another country, that interpretation leads to the deprivation of access to Polish healthcare and education systems, but when a child is not a citizen of any other country a risk of statelessness occurs. Furthermore, the court underlined that a Polish citizen has a right to obtain Polish documents but at the same time obtaining an identity card document is mandatory. In conclusion, the RAC ruled that taking into account the principle of best interests of the child, the transcription in that particular case is allowed, so as a result, the previous administrative decisions were quashed.⁶⁵

A similar approach was adopted in the judgment of the SAC of 10 October 2018 (ref. no. II OSK 2552/16). The judges ruled that fundamental values and public order cannot justify the denial of transcribing a foreign birth certificate to the Polish civil registry, even if the foreign birth certifi-

⁶⁴ See judgment of Regional Administrative Court in Poznań of 5 April 2018, ref. no. II SA/Po 1169/17.

⁶⁵ *Ibidem*.

icate indicates that the child has same-sex parents. However, the decision of SAC was justified in a slightly different way. The judges did not question the legitimacy of an application of the public order exception in case of same-sex relationships in Polish legal order in general but underlined the “exceptional” nature of *ordre public* exception. The adjudicating panel pointed out that the public order exception has to be applied narrowly. It means that the consequences which may occur for each individual situation as a result of an application of that measure have to be taken into account.

Furthermore, the SAC stated that in the reviewed case the key point is the necessity of transcription with the aim of obtaining Polish documents. It was pointed out that the Law on Civil Status Records makes a distinction between an obligatory transcription and optional transcription. According to the interpretation of the adjudicating panel, in case of the obligatory transcription, the grounds for refusal of transcription stated in Article 107 point 3 cannot be applied because as a result, a Polish citizen is deprived of the right to obtain the Polish documents. Therefore the differentiation implemented by the legislator was made on purpose and it implies that the registrar cannot refuse transcription in such circumstances.⁶⁶ What is more, the SAC indicated that the refusal of transcription was not only contrary to the statute but it was also a serious infringement of children’s rights enshrined in the Constitution and international conventions such as the United Nations Convention on the Rights of the Child. Underscoring the role of the system of international protection of children’s rights, the SAC referred to ECtHR judgments in cases *Menesson v. France* and *Labassée v. France*.⁶⁷ Based on them, the adjudicating panel decided that the obligation of transcription in order to protect the children’s rights is not contrary to the fundamental principles of the Polish legal order.

The new approach of court jurisprudence expressed in the aforementioned judgments was approved by some legal scholars and commentators. It was stated that the new approach satisfies the standard of protecting the best interest of the child enshrined in the Constitution together with national and international law and breaks the deadlock on the legal situation of children raised by same-sex couples within the Polish legal system.⁶⁸

⁶⁶ See judgment of the Supreme Administrative Court of 10 October 2018, ref. no. II OSK 2552/16.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ See e.g. T. Tadla: *Glosa do wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego...*, p. 158; G. Krawiec: *Transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia...*, p. 8; P. Sadowski: *Gloss on the judgment...*, p. 187; M. Zachariasiewicz: *Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych...*, pp. 157 *et seq.*

Nevertheless, the opposite standpoint was also expressed as some legal scholars did not support the point of view revealed in the above-presented rulings.⁶⁹ The critics of the SAC judgment (ref. no. II OSK 2552/16) pointed out that the SAC misinterpreted the relation between obligatory transcription and the grounds for its refusal.⁷⁰ It was claimed that the application of the public policy exception cannot be excluded in the event of obligatory transcription since the *ordre public* exception is a general legal measure that serves the protection of the fundamental principles of the legal order.⁷¹ Furthermore, the SAC should have differentiated the administrative proceedings mentioned in the judgment, namely the transcription procedure from the procedure for issuing documents (identity card or passport).⁷² Also, it was underlined that the obligatory transcription stated in Article 104 section 5 of the Law on Civil Status Records *de facto* means an increased probative requirement for the purpose of subsequent administrative proceedings, for example, the procedure for issuing an identity card. The obligatory transcription was supposed to simplify those procedures in terms of information requirements.⁷³ It means that the transcription of a foreign birth act is not necessary in order to obtain Polish documents because a foreign birth certificate is the sole proof of events recorded therein, even though it was not entered into the Polish civil registry, as it has the same probative value as a Polish one. During the proceedings for issuing identity documents, which should be considered as entirely separate administrative procedures, the fact that a child has obtained Polish citizenship by operation of law may be confirmed solely on the basis of a foreign birth certificate.⁷⁴ So, according to some legal scholars, since there was no need for transcription, the measures taken by the SAC were disproportionate, as the problem could have been solved without interfering with the fundamental principles of the Polish legal order.⁷⁵

Similarly, when it comes to surrogacy jurisprudence, the best interests of the child had started to prevail over the abstract notion of the fundamental principles of the legal order. The judgment of 29 August

⁶⁹ See P. Mostowik: *Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 października 2018 r. (sygn. akt. II OSK 2552/16)*. "Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego" 2019, vol. 4., pp. 136 *et seq.*; P. Mostowik: *Problem rejestracji w polskich aktach urodzenia pochodzenia dziecka...*, pp. 12 *et seq.*

⁷⁰ P. Mostowik: *Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 października 2018 r...*, p. 137.

⁷¹ *Ibidem*, p. 142.

⁷² *Ibidem*, p. 143.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 136.

2018 (ref. no. II OSK 2129/16) regarding the refusal of transcription of a birth certificate of a child born by a surrogate mother and the judgments of 30 October 2018 concerning the refusal of confirmation of the acquisition of Polish citizenship acquired by birth after the father (ref. no. II OSK 1868/16, ref. no. II OSK 1869/16, ref. no. II OSK 1870/16, ref. no. II OSK 1871/16) were based on similar axiological justification as the aforementioned judgments of 5 April 2018 (ref. no. II SA/Po 1169/17) and 10 October 2018 (ref. no. II OSK 2552/16) as the child's best interest was the top priority.⁷⁶

In the surrogacy cases, the SAC did not call into question the inconsistency of surrogacy contracts as there is no doubt that under Polish law such contracts are void. However, the court underlined that the transcription of a birth certificate of a child born by a surrogate mother does not lead to the legalization of surrogacy contracts but only serves to confirm the paternity of the biological father.⁷⁷ Similarly, in another case, which concerned the refusal to recognize legal effects of a foreign birth certificate with the object of the confirmation of acquisition Polish citizenship, the SAC stated that the most important thing is the fact that "a human being with inherent and inalienable dignity was born."⁷⁸ A child has a right to Polish citizenship, inasmuch as at least one parent is a Polish citizen, so the fact that a child was born by a surrogate mother is irrelevant.⁷⁹

5. Enforcement of the judgments

The contentious question was the enforcement of the judgments which acknowledged the transcription as admissible. On the one hand, partial transcription was advised, but on the other, it was claimed that transcription is "a faithful and literal transfer," so the content of a birth certificate cannot be changed.

According to the suggestion of RAC in Poznań (judgment ref. no. II SA/Po 1169/17), the administrative authorities should transcribe the for-

⁷⁶ T. Tadla: *Glosa do wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego...*, p. 152

⁷⁷ See judgment of the Supreme Administrative Court of 29 August 2018, ref. no. II OSK 2129/16.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ See judgments of the SAC ref. no. II OSK 1868/16, ref. no. II OSK 1869/16, ref. no. II OSK 1870/16, ref. no. II OSK 1871/16. This approach was subsequently approved by legal scholars, see J. Jagielski: *Kwestia obywatelstwa polskiego osoby, w której akcie urodzenia jako rodzice wskazane są osoby jedнопłciowe, z których jednej przypisane jest obywatelstwo polskie. Glosa do wyroku NSA z dnia 30 października 2018 r., II OSK 1868/16*. "Orzecznictwo Sądów Polskich" 2020, vol. 2, pp. 25–26.

eign birth certificate only in terms of the biological mother while the entry which indicates a father should be left empty. Also, the note about obligatory transcription should be made.⁸⁰ This solution is called “the partial transcription.” The court pointed out that the transcription usually cannot be “a faithful and literal transfer of the content of a foreign civil registration document,” since the particulars required in Polish civil registration documents are diverse.⁸¹ For example, a Polish birth certificate does not contain information about the occupation of parents, whereas its British counterpart does. That “additional” information, insignificant from the Polish perspective, is just skipped over during the process of transcription. A similar situation occurs when a foreign birth certificate contains data that cannot be transcribed such as a woman’s particulars in the “father” entry, since according to Polish law only a male’s particulars can be entered in the “father” entry.⁸²

Furthermore, the court pointed out that such solution will not be misleading, given the rules of drawing up birth certificates envisaged by the Law on Civil Status Records. According to Article 61 section 2, “if the paternity has not been established by the acknowledgement of paternity or by virtue of a court judgment, the birth certificate shall include the father’s name as the name indicated by the person reporting the birth, and in the absence of such indication, the father’s name shall be the name chosen by the registrar; the father’s surname and his family name are the mother’s surname at the time of the child’s birth, with a note that the mother’s name and the chosen first name are entered as the father’s data.” This exceptional regulation is an exemption to the rule of objective truth as it enables to enter fictitious parent’s particulars in a birth certificate in certain circumstances.⁸³ Due to this regulation, Polish birth certificates cannot contain the entry “father unknown”. In Polish doctrine, this solution is called “overshadowing data” or “covering data” (Polish *dane przesłaniające*).⁸⁴ However, given the reproductive nature of transcription, it is questioned in the doctrine whether the concept of “overshadowing data” should be applied when transcribing foreign birth certificates.⁸⁵

⁸⁰ Judgment of Regional Administrative Court in Poznań of 5 April 2018, ref. no. II SA/Po 1169/17.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem.

⁸³ See R. Łukasiewicz: *Dane przesłaniające w akcie urodzenia dziecka w świetle najnowszego orzecznictwa NSA — potencjalne wyzwania i zmiany prawa*. “Prawo w działaniu. Sprawy cywilne” 2020, vol. 42.

⁸⁴ J. Pawliczak: *Dane przesłaniające — nieustalenie ojcostwa*. “Metryka” 2020, no. 1, s. 62

⁸⁵ Ibidem, p. 51.

The partial transcription suggested by the RAC in Poznań was believed to be the solution that could have enabled obtaining Polish identity documents. Subsequently, however, the partial transcription was called into question. It was argued that it does not fully safeguard the rights of the child and might interfere with the child's right to protection of family life and identity.⁸⁶ The opponents of partial transcription underlined that the concept of family should not be limited only to the persons connected by genetic ties.⁸⁷ What is more, lack of recognition of the legal parent-child relationship with the second parent causes that they would not formally exercise parental authority over the child, which might bring various difficulties. For instance, there might be problems with entering the territory of a country that do not recognize such legal parentage when a child travels only with a non-recognized parent or there might be problems with accessing a child's medical data. Moreover, the lack of recognition of the legal parent-child relationship between them might have an impact on their situation in civil law, especially in the sphere of inheritance law.⁸⁸ The transcription of full details helps to avoid "limping" parentage relationships, which means a situation when one of the parents is legally recognized by the Polish (or other) state but the other parent is not. It causes unnecessary differentiation in terms of civil status (different filiation relationships) in various countries.⁸⁹

The judgment of SAC (ref. no. II OSK 2552/16) did not specify the precise way of its execution. Nonetheless, the court mentioned that Article 104 of the Law on Civil Status Records states that transcription is "a faithful and literal transfer of the content of a foreign civil registration document" and that is why it is forbidden to change its content.⁹⁰ It claimed that the court did not determine how the authorities should register the birth certificate⁹¹ but eventually, in that particular case, the birth certificate was transcribed only partially. The "mother" entry was filled with particulars of the biological mother, while the "father" entry was left blank. However, the particulars of the second parent (second

⁸⁶ *Amicus curiae* opinion of Helsinki Foundation for Human Rights..., pp. 8 *et seq.*

⁸⁷ *Ibidem*, p. 1.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 9.

⁸⁹ D. Gruenbaum: *Foreign Surrogate motherhood: mater semper certa erat*. "The American Journal of Comparative Law" 2012, vol. 60, no. 2, pp. 500 *et seq.*; M. Zachariasiewicz: *Klauzula porządku publicznego...*, pp. 138 *et seq.*

⁹⁰ See judgment of the Supreme Administrative Court of 10 October 2018, ref. no. II OSK 2552/16.

⁹¹ M. Zachariasiewicz: *Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jednopłciowych...*, p. 159; M. Wojewoda: *Zagraniczne rodzicielstwo osób jednej płci a rejestracja stanu cywilnego w Polsce — glosa do uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego (7) z 2.12.2019 r., II OPS 1/19*. "Europejski Przegląd Sądowy" 2020, vol. 8 (sierpień), p. 31.

woman) were written into the annotation part of the register.⁹² According to the judgment of 29 August 2018 rendered by the SAC (ref. no. II OSK 2129/16) partial transcription may also be applied in the case of children born by a surrogate mother. In case when a foreign birth certificate indicates only the particulars of the father while the mother remains “unknown” it is admissible to transcribe a certificate without the mother’s particulars.⁹³

IV. The legal situation after the resolution of the Supreme Administrative Court of 2 December 2019 (ref. no. II OPS 1/19) was adopted

1. The reasoning of the SAC

Undoubtedly, the issue of transcription had been causing doubts and divergence in the jurisprudence, as some judgments did not allow transcription while the others found transcription admissible. In the event of such discrepancies, it is possible to formulate a legal question to the SAC in order to settle the problematic matter by a resolution of the judges of the SAC.⁹⁴ It should be emphasized that, according to the Law on Proceedings before Administrative Courts, a resolution adopted by a panel of seven judges is binding not only in the case to which it relates, but also for other administrative courts.⁹⁵

The significant change in the transcription case law was caused by the landmark resolution of seven judges adopted on 2 December 2019 (ref. no. II OPS 1/19). The resolution was taken due to the request of the panel of judges of the SAC who were reviewing the cassation complaint

⁹² See the information included in the resolution of SAC of 2 December 2019, ref. no. II OPS 1/19; cf. judgment of Regional Administrative Court in Kraków of 4 June 2019, ref. no. III SA/Kr 233/19.

⁹³ See judgment of the Supreme Administrative Court of 29 August 2018, ref. no. II OSK 2129/16.

⁹⁴ See Article 187 section 1 of the Law on Proceedings before Administrative Courts, Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, consolidated text, Journal of Laws of the Republic of Poland of 2019, item. 2325 as amended.

⁹⁵ Article 187 section 2 and Article 269 of the Law on Proceedings before Administrative Courts.

in the case concerning the transcription of the British birth certificate which indicated two women as parents of the child (both women were Polish citizens). One of them was a biological mother of a child.

The adjudicating panel held that the registration of foreign birth certificate which indicates a same-sex couple as parents of the child is inadmissible because the consequences of transcription would be contrary to the fundamental principles of the legal order of the Republic of Poland. The SAC shared the aforementioned views of the opponents of transcription expressed in the doctrine and in the jurisprudence.⁹⁶

First of all, the adjudicating panel shared the view that there should not be any difference between a foreign birth certificate and its Polish transcription, especially when it comes to the wording and functions of particulars of the birth certificate.⁹⁷ The court pointed out that, according to Polish law (Article 61 section 2 of the Law on Civil Status Records), omitting particulars of one parent is inadmissible, therefore the “father” entry cannot be left blank.⁹⁸ By doing so, the SAC rejected the previous interpretation on the admissibility of partial transcription in Polish law. Additionally, the adjudicating panel referred to Article 18 of the Polish Constitution as well as to the fundamental rules of Polish family law concluding that, according to Polish law, only man and woman shall be indicated in a birth certificate as parents of the child, otherwise the coherency of Polish legal order would be endangered.⁹⁹

Nevertheless, the SAC shared an entirely different view on the obligatory transcription. The court rejected the standpoint, previously expressed by SAC in the judgment (II OSK 2552/16), which stated that in the case of obligatory transcription the *ordre public* exception cannot be applied.¹⁰⁰ Although the transcription cannot be done due to its inconsistency with fundamental principles, the SAC pointed out that the acquiring of Polish citizenship is not dependent upon transcription of birth certificate, since the citizenship was acquired by operation of law because the biological mother of the minor is a Polish citizen. The obligatory transcription creates only an “increased probative value requirement” for proceedings enumerated in Article 104 section 5 (application for Polish identity documents or a national identification number).

⁹⁶ See P. Mostowik: *Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 października 2018 r...*, pp. 136 *et seq.*; P. Mostowik: *Problem rejestracji w polskich aktach urodzenia pochodzenia dziecka...*, pp. 12 *et seq.*

⁹⁷ Resolution of SAC of 2 December 2019, ref. no. II OPS 1/19, see reasons for resolution, point 3.

⁹⁸ See reasons for resolution, point 4.

⁹⁹ See reasons for resolution, point 7.

¹⁰⁰ See reasons for resolution, point 6.

Nevertheless, the “increased probative value requirement” does not affect the rule which states that foreign official documents have the same probative value as Polish official documents. As confirmed in the resolution of seven judges of the Supreme Court of 20 November 2012 (ref. no. III CZP 58/12), it also applies in case of transcription as a foreign birth certificate “is the sole proof of events recorded therein, even though it has not been entered into the Polish civil registry.”¹⁰¹ It means that the fact that a child is a Polish citizen may be confirmed solely by a foreign birth certificate and there is no need for an obligatory transcription. Although transcription is advantageous because it results in the issuing of a Polish copy of the birth certificate, in cases when the transcription is contrary to the public order it is allowed to make use of the foreign birth certificate. The requirement to use a Polish birth certificate has a purely pragmatic justification due to the fact that the original foreign act may not contain all the necessary data, its translation may be dubious or it will be necessary to make other assessments, which may be problematic during the procedure for issuing a passport or identity card.¹⁰²

The court underlined that every Polish citizen has the right to receive documents confirming the identity and citizenship of the Republic of Poland. For that reason, the issuance of such a document should not be subject to additional formal requirements, such as submitting a Polish birth certificate.¹⁰³ It means that the inadmissibility of transcription does not automatically imply the inability to obtain a Polish passport, identity card, or national identification number. In cases where a child’s citizenship is unquestionable and a birth certificate transcription meets with difficulties (such as its inconsistency with the fundamental principles of legal order in Poland), the requirement of obligatory transcription should not be considered as a mandatory provision of law.¹⁰⁴ Therefore, if decision-making bodies refuse to issue required documents, it is necessary to appeal against such decision in relevant proceedings (e.g. the procedure for issuing a passport).

What is more, the court stated that the refusal of transcription due to its inconsistency with the fundamental principles of the legal order does not imply the breach of constitutional and international duty of taking into account the best interests of the child. The adjudicating panel referred to the ECtHR case law arguing that there is no general obliga-

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² M. Wojewoda: *Zagraniczne rodzicielstwo osób jednej płci a rejestracja stanu cywilnego w Polsce...*, p. 33.

¹⁰³ Ibidem, p. 33; reasons for resolution, point 8.

¹⁰⁴ M. Wojewoda: *Zagraniczne rodzicielstwo osób jednej płci a rejestracja stanu cywilnego w Polsce...*, pp. 33—34; for reasons for resolution, see point 8.

tion of transcribing the birth certificates if there are other possibilities to acknowledge legal parentage. In that case, the fact that the child acquired Polish citizenship by operation of law may be confirmed solely by a foreign birth certificate. Therefore, it is admissible to submit a foreign birth certificate for relevant legal proceedings (e.g. issuance of a passport) without prior transcription. That solution enables to confirm the legal parentage and permits to obtain relevant identity documents.¹⁰⁵

Furthermore, the court pointed out that the refusal of transcription itself does not imply the breach of the freedom of movement enshrined in EU treaties. The court agreed that the freedom of movement would be endangered if the authorities refused to issue an identity document or a passport. Nonetheless, the freedom of movement is not dependent upon having a transcribed birth certificate, but upon possessing an identity document that confirms the citizenship of one of the Member States of the EU, whereas that particular case involved only the refusal of transcription.¹⁰⁶

As already stated, the adopted resolution is binding not only in that particular case,¹⁰⁷ therefore in similar cases judges generally have to follow the standpoint expressed in the resolution of the seven judges panel, hence a change of view in that matter should not be expected in the near future.¹⁰⁸ Nevertheless, it is still possible, for if another panel of judges has a different point of view, it may request adapting a new resolution on the same matter. It shows that the question of transcription is not, however, definitely answered.¹⁰⁹

¹⁰⁵ M. Wojewoda: *Zagraniczne rodzicielstwo osób jednej płci a rejestracja stanu cywilnego w Polsce...*, p. 36; point 9.

¹⁰⁶ Reasons for resolution, point 10.

¹⁰⁷ See Article 187 section 2 of the Law on Proceedings before Administrative Courts. See also judgment of the Supreme Administrative Court of 11 February 2020, ref. no. II OSK 1330/17 where the court was obliged to follow the standpoint expressed in the resolution; therefore the cassation complaint was dismissed and transcription was refused.

¹⁰⁸ See e.g.: judgment of the Regional Administrative Court in Lodz of 5 February 2020, ref. no. III SA/Łd 617/19; judgment of the Regional Administrative Court in Szczecin of 19 March 2020, ref. no. II SA/Sz 1075/19 (the refusal of transcription of a birth certificate which indicates same-sex couple); judgment of the Supreme Administrative Court of 10 September 2020, ref. no. II OSK 1390/18 (the refusal of transcription of a birth certificate of a child born by a surrogate mother).

¹⁰⁹ See: A. Wysocka-Bar: *Same-sex parentage and surrogacy and their practical implications in Poland*, Conflictoflaws.net (12.02.2020), <https://conflictflaws.net/2020/same-sex-parentage-and-surrogacy-and-their-practical-implications-in-poland/> (accessed: 31.05.2021).

2. The impact of the resolution

The resolution of 2 December 2019 was widely discussed. Some of the authors fully approved the new approach.¹¹⁰ Michał Wojewoda described it as a “conservative standpoint” and expressed cautious endorsement concluding that on the matter at hand, the application of *ordre public* exception is sufficiently justified.¹¹¹ Opposite and more critical opinions on the resolution were also expressed.¹¹² For instance, the lawyers from the Commissioner for Human Rights Office remarked that “the SAC had the opportunity to significantly improve the legal situation of many Polish citizens, whose rights were limited only because same-sex parents are indicated in their foreign birth certificates. Meanwhile, the adopted resolution does not prioritize the best interests and rights of the child but transfers to the citizen the burden of demanding legal protection.”¹¹³

The question is whether the decision-making bodies (the registrars and the voivodes) will follow the standpoint expressed in the resolution. It should be noted that, in practical terms, despite the resolution, the administrative authorities still have been demanding to submit Polish (transcribed) birth certificate in order to issue identity documents and national identification number. Given the above, the Commissioner for Human Rights demanded an explanation from respective ministers. First of all, he requested from the Minister of Internal Affairs and Administration the amendment to the relevant regulations to make explicit that there is no need to submit a transcribed birth act. Moreover, he demanded information about whether the ministry is to issue appropriate recommendations or guidelines for administrative authorities to unify the conduct in that matter.¹¹⁴ The Ministry of Digital Affairs was also

¹¹⁰ P. Mostowik: *O żądaniach wpisu w polskim rejestrze stanu cywilnego zagranicznej fikcji prawnej pochodzenia dziecka od “rodziców jednopłciowych”*. “Forum Prawnicze” 2019, no. 6, pp. 24 *et seq.*

¹¹¹ M. Wojewoda: *Zagraniczne rodzicielstwo osób jednej płci a rejestracja stanu cywilnego w Polsce...*, p. 35.

¹¹² See e.g.: K. Mendecka: *Born to Polish same-sex parents — a case study. A human rights perspective on birth certificate transcriptions*. “Acta Iuris Stetinensis” 2020, vol. 32 no. 4, pp. 46 *et seq.*; J. Pawliczak: *Odmowa transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodziców wskazano dwie kobiety. Głosa do uchwały NSA z 2.12.2019 r., II OPS 1/19*. “Państwo i Prawo” 2021, vol. 1, pp. 154—155.

¹¹³ *Transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia dziecka rodziców tej samej płci jest niedopuszczalna — uchwała 7 sędziów NSA z 2 grudnia 2019 r. (2.12.2019)*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/NSA-transkrypcja-zagranicznego-aktu-urodzenia-dziecka-rodzicow-tej-samej-plci-niedopuszczalna> (accessed: 31.05.2021).

¹¹⁴ *Dzieci ze związków osób jednej płci wciąż bez prawa do polskich dokumentów. RPO pisze do MSWiA i MSZ (18/03/2020)* <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-dzieci-ze-zwiazkow-osob-jednej-plci-bez-prawa-do-polskich-dokumentow> (accessed: 31.05.2021).

asked about the problems with issuing national identification number. In response, the Ministry of Digital Affairs pointed out that, according to the interpretation indicated in the latest resolution of SAC, the administrative authorities cannot demand from applicants to submit a transcribed birth certificate and refuse the issuance of documents if such condition is not met. Notwithstanding the “technical difficulties” of electronic registers, the respective authorities should follow the interpretation of SAC and issue identity documents and national identification number. Especially, while issuing an identity card in such circumstances, the particulars of the second parent should be omitted.¹¹⁵

It should be noted that the RAC in Kraków has recently submitted the preliminary question to the Court of Justice of the European Union.¹¹⁶ The preliminary question reads as follows: “Should Article 21(1) in connection with Article 20(2)(a) of the Treaty on the Functioning of the EU in connection with Article 7, Article 21(1), and Article 24(2) of the EU Charter of Fundamental Rights be interpreted in such a way that it precludes the authorities of an EU Member State, whose nationality a child holds, from objecting to the transcription of the birth certificate issued in another Member State, indispensable for the issuance of the identity card of the Member State of the child’s nationality, on the ground that its national law does not provide for same-sex parentage, whereas the birth certificate indicates persons of the same sex as parents?”¹¹⁷ As of the day of writing the present article, this case (C-2/21) is still pending and both the opinion and the judgment are awaited, however, there is no doubt that the standpoint of the CJEU will have a significant impact on Polish jurisprudence. Furthermore, it should be emphasized that there is a striking resemblance between the aforementioned case and the case C-490/20 *V.M.A. v Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*,¹¹⁸ also pending

¹¹⁵ *PESEL i polski dokument dla dzieci z zagranicznym aktem urodzenia ze związków osób jednej płci. Odpowiedź Ministra Cyfryzacji* (7.09.2020), <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/mc-o-peselu-dowodzie-dla-dzieci-z-zagranicznym-aktem-urodzenia-w-zwiazku-jednoplciowym> (last accessed: 31.05.2021). More flexible and open approach is also advised in the doctrine, see: M. Wojewoda: *Konstrukcje rodzinoprawne nieznanie prawu polskiemu a krajowa rejestracja zdarzeń z zakresu stanu cywilnego*. “Metryka” 2020, no. 2, pp. 98—99.

¹¹⁶ *WSA zadał TSUE pytanie prejudycjalne w sprawie ze skargi RPO. Szansa na poprawę sytuacji prawnej dzieci, których rodzice są tej samej płci* (10.12.2020), <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-pytanie-prejudycjalne-ws-dzieci-ktorych-rodzice-sa-jednej-plci> (accessed: 31.05.2021).

¹¹⁷ English translation published at: A. Wysocka-Bar: *Polish Court Asks the CJEU to Rule on the Status of Children Born to Same-Sex Couples*, The EAPIL Blog (16/12/2020) <https://eapil.org/2020/12/16/polish-court-asks-the-cjeu-to-rule-on-the-status-of-children-born-to-same-sex-couples/> (last accessed: 31.05.2021);

¹¹⁸ Case *V.M.A. v Stolichna obshtina, rayon ‘Pancharevo’*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:296.

before the CJEU. The C-490/20 case also pertains the refusal by Bulgarian authorities to register the birth certificate in which two married women are designated as “mothers” of the child. It should be noted that according to Bulgarian law a birth certificate is necessary for the issuing of a Bulgarian identity document, therefore the refusal of issuing of a birth certificate was the reason that the effective exercise of the child’s right to freedom of movement was endangered.

A certain point of reference may be the recent Advocate General’s Opinion on this case, as the judgment of the CJEU has been not delivered yet.¹¹⁹ According to Advocate General Juliane Kokott, a Member State is required to recognize the family relationships for the purposes of the exercise of the rights conferred on European Union citizens by secondary EU law on the free movement of citizens. Therefore, a Member State is required to issue an identity document and the necessary travel documents referring to both women as parents of that child, even if the law of the child’s Member State of origin does not provide for either the institution of marriage between persons of the same sex or for the maternity of the wife of the biological mother of a child. However, the Advocate General also stated that reliance on the national identity of the Member State may justify the refusal to recognize the parental relationship in order to draw up a birth certificate for the purposes of the family law of that Member State.¹²⁰

In addition to CJEU judgments, the standpoint of ECtHR is also awaited, as two more cases against Poland relating to the matters in question are still pending before the Strasbourg court. One of them pertains the refusal of confirmation of acquiring Polish citizenship by descent of two children on the ground that their birth certificate indicated two men as parents,¹²¹ whereas the second one relates to the refusal of registration of the birth certificate which indicated two women as parents into the Polish Civil Status Register.¹²²

Although some of the relevant administrative authorities are still refusing the issuance of identity documents without prior transcription, an opposite approach has begun to emerge as well. Recently, it was noted by the media that the President of the city of Gdańsk issued an identity card for the child of a same-sex couple. The document was issued only

¹¹⁹ Opinion of Advocate General Kokott delivered on 15 April 2021, Case C-490/20 *V.M.A. v Stolichna obshtina, rayon ‘Pancharevo’*.

¹²⁰ *Ibidem*, point 170.

¹²¹ Applications nos. 56846/15 and 56849/15 *Segev Schlittner-Hay v. Poland* and *Matan Schlittner-Hay v. Poland* lodged on 5 November 2015 and 5 November 2015, respectively.

¹²² Application no. 30806/15 *A.D.-K. and Others v. Poland* lodged on 16 June 2015.

on the basis of the foreign birth certificate which indicated two women as parents of the child.¹²³ Pursuant to the above-mentioned solution proposed by the Ministry of Digital Affairs, particulars of only one mother were entered to the registrar while the entry “father” indicated “no data”.

Furthermore, the influence of the resolution of 2 December 2019 in the case law may be noted as well. In the judgment of the SAC of 10 September 2020, ref. no. II OSK 3362/17 it was stated that it is enough to submit a foreign birth certificate to confirm the acquisition of Polish citizenship by birth, despite the fact that the transcription was earlier refused due to its inconsistency with the public order in Poland.¹²⁴ It happened so because the foreign birth certificate did not indicate the mother’s particulars as the child was born through surrogacy.¹²⁵ The court pointed out that it is enough to confirm the acquisition of citizenship if the foreign birth certificate indicates that the father is a Polish citizen. It shows that the resolution of 2 December 2019 certainly has started to gradually influence the practice of decision-making bodies and courts, but unfortunately it is not a general trend yet.

V. Conclusions

As presented in the foregoing sections, the jurisprudence on the application of the *ordre public* exception in transcription cases has been changing gradually. The starting point for the said shift was the legal impasse and the unacceptable breach of children’s rights. Nonetheless, recently the situation slowly seems to clarify. Although the resolution of SAC of 2 December 2019 (ref. no. II OPS 1/19) was supposed to resolve doubts, in fact, its enforcement in practical terms was far from obvious. Nevertheless, the standpoint expressed in the recent resolution has started to gradually change the practice of Polish authorities. Furthermore, it should be noted that in all the mentioned cases the courts agreed that same-sex parentage or surrogate agreements are inconsistent with the

¹²³ *Gdańsk: dowód osobisty dla córki dwóch matek*, Serwis Samorządowy PAP (27.07.2020) <https://samorzad.pap.pl/kategoria/aktualnosci/gdansk-dowod-osobisty-dla-corki-dwoch-matek> (accessed: 31.05.2021).

¹²⁴ A. Wysocka-Bar: *Legal Status of a Child Born Through Surrogacy — Latest From Poland*. The EAPIL Blog (23.09.2020), <https://eapil.org/2020/09/23/legal-status-of-a-child-born-through-surrogacy-mother-latest-from-poland/> (accessed: 31.05.2021).

¹²⁵ See judgment of the Supreme Administrative Court of 10 September 2020, ref. no. II OSK 1390/18.

fundamental principles of the Polish legal order. However, the crucial issue was the correlation between the values enshrined in the Constitution such as the best interest of the child and the question which value prevails.

The approach on the matter of transcription adopted by the SAC in the resolution of 2 December 2019 (ref. no. II OPS 1/19) and the solution expressed therein may be disappointing for those who asserted the rights of same-sex couples as the ruling in question may not meet their expectations. On the other hand, the resolution should be approved for the reason that it aimed to solve several practical problems by allowing the issuance of necessary documents, and undoubtedly has brought to an end the legal impasse on the legal situation of minors raised by same-sex couples or born by surrogate mother.

References

- Coester-Waltjen D.: *A case for harmonisation of private international law? Juggling between surrogacy, interests of a child and parenthood*. In: *Global Private International Law: Adjudication Without Frontiers*. Eds. H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo. Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019.
- Duden K.: *International Surrogate Motherhood — Shifting the Focus to the Child*. “Zeitschrift für Europäisches Privatrecht” 2015, no. 3.
- Fenton-Glynn C.: *International surrogacy before the European Court of Human Rights*. “Journal of Private International Law” 2017, vol. 13, no. 3.
- Frintová D., Frinta O.: *Surrogacy from the Czech perspective: “past the point of no return”*. In: *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*. Ed. P. Mostowik. Warszawa, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, 2019.
- Gruenbaum D.: *Foreign Surrogate motherhood: mater semper certa erat*. “The American Journal of Comparative Law” 2012, Vol. 60, no. 2.
- Jagielski J.: *Kwestia obywatelstwa polskiego osoby, w której akcie urodzenia jako rodzice wskazane są osoby jedнопłciowe, z których jednej przypisane jest obywatelstwo polskie. Glosa do wyroku NSA z dnia 30 października 2018 r., II OSK 1868/16*. “Orzecznictwo Sądów Polskich” 2020, vol. 2.
- Kinsch P.: *Enforcement as a fundamental right*. “Nederlands Internationaal Privaatrecht” 2014, no 4.
- Knysiak-Sudyka H.: *Prawo administracyjne a byt prawny jednostki — uwagi na tle transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia oraz potwierdzenia posiadania obywatelstwa polskiego*. In: *Fenomen prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora Jana Zimmermanna*. Eds. W. Jakimowicz, M. Krawczyk, I. Niżnik-Dobosz. Warszawa, Wolters Kluwer Polska, 2019.

- Krawiec G.: *Transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia się dziecka osób tej samej płci pozostających w związku*. "Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały" 2019, vol. 2.
- Łukasiewicz R.: *Dane przesłaniające w akcie urodzenia dziecka w świetle najnowszej orzecznictwa NSA — potencjalne wyzwania i zmiany prawa*. "Prawo w działaniu. Sprawy cywilne" 2020, vol. 42.
- Mendecka K.: *Born to Polish same-sex parents — a case study. A human rights perspective on birth certificate transcriptions*. "Acta Iuris Stetinensis" 2020, vol. 32 no. 4.
- Mostowik P.: *O żądaniach wpisu w polskim rejestrze stanu cywilnego zagranicznej fikcji prawnej pochodzenia dziecka od „rodziców jednopłciowych*". "Forum Prawnicze" 2019, no. 6.
- Mostowik P.: *Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 października 2018 r. (sygn. akt. II OSK 2552/16)*. "Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego" 2019, vol. 4.
- Mostowik P.: *Problem obywatelstwa dziecka prawdopodobnie pochodzącego od obywatela polskiego niebędącego mężem surrogatki. Uwagi aprobuujące wyroki NSA z 6 maja 2015 r. (II OSK 237/13 oraz II OSK 2419/13)*. "Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego" 2018, vol. 16.
- Pawliczak J.: *Dane przesłaniające — nieustalenie ojcostwa*. "Metryka" 2020, no. 1.
- Pawliczak J.: *Odmowa transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodziców wskazano dwie kobiety. Glosa do uchwały NSA z 2.12.2019 r., II OPS 1/19*. "Państwo i Prawo" 2021, vol. 1.
- Pilich M.: *Mater semper certa est? Kilka uwag o skutkach zagranicznego macierzyństwa zastępczego z perspektywy stosowania klauzuli porządku publicznego*. "Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego" 2018, vol. 16.
- Puppinc G., de La Hougue C.: *ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy Regarding the Mennesson v France and Labassee v France cases (n°65192/11 & n°65941/11)*. „Revue Lamy de Droit Civil” 2014, vol. 118.
- Sadowski P.: *Gloss on the judgment of the Polish Supreme Administrative Court of 10 October 2018, II OSK 2552/16* "Ius Novum" 2020, vol. 1.
- Tadla T.: *Glosa do wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 i 30 października 2018 r. (sygn. akt: II OSK 1868/16, II OSK 1869/16, II OSK 1870/16, II OSK 2552/16)*. "Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego" 2019, vol. 3.
- Trilha K.: *Surrogacy in the context of private international law? Cross-border effects of international reproductive agreements*. In: *Global Private International Law: Adjudication Without Frontiers*. Eds. H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo. Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019.
- Wojewoda M.: *Konstrukcje rodzinneprawa nieznanego polskiemu a krajowa rejestracja zdarzeń z zakresu stanu cywilnego*. "Metryka" 2020, no. 2.

- Wojewoda M.: *Jeszcze o uznawaniu stanu cywilnego w stosunkach transgranicznych*. "Metryka" 2020, no. 1.
- Wojewoda M.: *Zagraniczne rodzicielstwo osób jednej płci a rejestracja stanu cywilnego w Polsce — glosa do uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego (7) z 2.12.2019 r., II OPS 1/19*. "Europejski Przegląd Sądowy" 2020, vol. 8 (sierpień).
- Wojewoda M.: *Surrogate motherhood and the civil status registration in Poland*. In: *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*. Ed. P. Mostowik. Warszawa, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, 2019.
- Wojewoda M.: *Małżeństwa jedнопłciowe i związki partnerskie w Polskim Rejestrze Stanu Cywilnego?* "Studia Prawno-Ekonomiczne" 2017, vol. 103.
- Wojewoda M.: in: *System Prawa Prywatnego. T. 20C, Prawo prywatne międzynarodowe*. Ed. M. Pazdan. Warszawa 2015.
- Winkler M., Trilha Schappo K.: *A Tale of Two Fathers*. "The Italian Law Journal" 2019, vol. 5, no 1.
- Wysocka-Bar A.: *Nabycia polskiego obywatelstwa a urodzenie przez matkę zastępczą — uwagi na tle wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 maja 2015 r.: II OSK 2372/13, II OSK 2419/13*. "Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego" 2018, vol. 16.
- Zachariasiewicz M.: *Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych*. "Studia Prawno-Ekonomiczne" 2019, vol. 111.
- Zachariasiewicz M.: *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*. Warszawa 2018.
- Zachariasiewicz M. A.: *Nowa ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym a małżeństwa i związki osób tej samej płci*. "Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego" 2012, vol. 11.
- Advisory Opinion of the Grand Chamber of ECtHR concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001) delivered on 10 April 2019.*
- Opinion of Advocate General Kokott delivered on 15 April 2021, Case C-490/20 V.M.A. v Stolichna obshtina, rayon 'Pancharevo'.*

Online sources

- Amicus curiae opinion of Helsinki Foundation for Human Rights on the request of French Court of Cassation no. P16-2018-001*, available online at: <https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2019/02/Opinia-do-ETPC-w-sprawie-transkrypcji-aktow-urodzenia-dzieci-urodzonych-przez-surogatki.pdf>
- Dzieci ze związków osób jednej płci wciąż bez prawa do polskich dokumentów. RPO pisze do MSWiA i MSZ (18.03.2020)*, available online at: <https://www>

- .rpo.gov.pl/pl/content/rpo-dzieci-ze-zwiazkow-osob-jednej-plci-bez-prawa-do-polskich-dokumentow
- Gdańsk: dowód osobisty dla córki dwóch matek*, Serwis Samorządowy PAP (27.07.2020), available online at: <https://samorzad.pap.pl/kategoria/aktualnosci/gdansk-dowod-osobisty-dla-corki-dwoch-matek>
- Kolejne polskie dziecko ze związku jedнопłciowego bez prawa do dokumentu tożsamości. Skarga RPO do sądu* (5.11.2019), available online at: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-kolejne-dziecko-ze-zwiazku-jednoplciowego-bez-prawa-do-dokumentow>
- Mostowik P.: *Problem rejestracji w polskich aktach urodzenia pochodzenia dziecka od “rodziców jedнопłciowych” na tle orzecznictwa sądów administracyjnych w 2018 r.* Warszawa 2019, available online at: <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2019/03/IWS-P.-Mostowik-problem-rejestracji.pdf>
- PESEL i polski dokument dla dzieci z zagranicznym aktem urodzenia ze związków osób jednej płci. Odpowiedź Ministra Cyfryzacji* (7.09.2020), available online at: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/mc-o-peselu-dowodzie-dla-dzieci-z-zagranicznym-aktem-urodzenia-w-zwiazku-jednoplciowym>
- Press release of 26.06.2014 issued by the Registrar of the ECtHR no. 185 (2014)*, available online at: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-4804617-5854908&filename=003-4804617-5854908.pdf>
- Transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia dziecka rodziców tej samej płci jest niedopuszczalna — uchwała 7 sędziów NSA z 2 grudnia 2019 r.* (2.12.2019), available online at: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/NSA-transkrypcja-zagranicznego-aktu-urodzenia-dziecka-rodzicow-tej-samej-plci-niedopuszczalna>
- WSA zadał TSUE pytanie prejudycjalne w sprawie ze skargi RPO. Szansa na poprawę sytuacji prawnej dzieci, których rodzice są tej samej płci* (10.12.2020), available online at: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-pytanie-prejudycjalne-ws-dzieci-ktorych-rodzice-sa-jednej-plci>
- Wysocka-Bar A.: *Legal Status of a Child Born Through Surrogacy — Latest From Poland*, The EAPIL Blog (23.09.2020), available online at: <https://eapil.org/2020/09/23/legal-status-of-a-child-born-through-surrogacy-mother-latest-from-poland/>
- Wysocka-Bar A.: *Same-sex parentage and surrogacy and their practical implications in Poland*, *Conflictflaws.net* (12.02.2020), available online at: <https://conflictflaws.net/2020/same-sex-parentage-and-surrogacy-and-their-practical-implications-in-poland>
- Wysocka-Bar A.: *Polish Court Asks the CJEU to Rule on the Status of Children Born to Same-Sex Couples*, The EAPIL Blog (16.12.2020), available online at: <https://eapil.org/2020/12/16/polish-court-asks-the-cjeu-to-rule-on-the-status-of-children-born-to-same-sex-couples/>



Tomasz Tomczak^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0002-8499-4553>

The Enforcement of Environmental Damages Judgement as a Basis for Piercing the Corporate Veil within a Corporate Group¹

Abstract: The present article, on the basis of the high-profile Chevron case, rethinks the principle of corporate veil within a corporate group. It tries to convince the reader that a plaintiff holding an environmental damages judgement should be able to enforce it against any company in the corporate group of defendant regardless of the fact that such company was not a defendant in the underlying action (the new test). To attain this goal, firstly, the basic notions as an “environmental damages judgement,” a “corporate group,” and “the corporate veil” are explained. The article then elaborates on the importance of the corporate veil principle. Furthermore, it describes what would currently constitute a potential ground for piercing of the corporate veil in Canada. Later on, it provides a three-level justification for why the veil, in the described circumstances, should be pierced. Finally, the new test regarding piercing the corporate veil is proposed.

Keywords: enforcement of judgements — corporate veil — corporate group — environmental damages — chevron case

^{a)} Dr, Uniwersytet Opolski.

¹ This article is based on the author’s final paper, written to pass the Sustainability and Law course during author’s studies at the University of Ottawa in Canada (2017–2018, LL.M. programme).

I. Introduction

1. The subject and the purpose of the article

As a lawyer educated in the profit-driven world, can you imagine a situation in which the environment matters more than the particular interests of global corporations? Can you envision a situation in which the most basic principle of corporate law would be modified on the basis of mostly environmental justification? The latter is exactly what this article will attempt to argue in favour of. It will be one of the steps on the path to avoid a future with rich corporations but no environment to live in.

The inspiration for this article comes from a source currently often tagged as the Chevron case (hereinafter: Chevron case).² This case involves extensive environmental pollution caused by the oil exploitation and extraction activities of a western company in one of the most bio-diverse countries in the world, namely, Ecuador. After almost 30 years of oil exploitation activities, there came time for an already 25-year-old legal dispute in many different countries regarding a lot of interesting legal issues.³ The Chevron case, in fact, involves a 1993 New York proceeding against the US Chevron Corporation (hereinafter: Chevron), which was dismissed on the basis of the *forum non conveniens*.⁴ An action commenced in 2003 in Ecuador, which finished with a judgement against Chevron (hereinafter: Judgement).⁵ An anti-suit injunction action in the US,⁶ recognition and enforcement cases all over the world and

² Nathalie Cely, “Balancing profit and environmental sustainability in Ecuador: Lessons learned from the chevron case” (2014) 24:2 Duke Environ Law Policy Forum 353.

³ See: M. Zachariasiewicz, *Cel nie uświęca środków – nowojorski sąd odmawia uznania wyroku Ekwadorskiego sądu w sprawie szkód na środowisku wyrządzonych w regionie Lago Agrio*, Międzynarodowe prawo handlowe, <https://miedzynarodoweprawohandlowe.wordpress.com/2014/03/06/cel-nie-uswieca-srodkow-nowojorski-sad-odmawia-uznania-wyroku-ekwadorskiego-sadu-w-sprawie-szkod-na-srodowisku-wyrzadzonych-w-regionie-lago-agrio/> [accessed: 11.11.2021].

⁴ Cely *supra* note 2, at 363 and *ibid*.

⁵ *Ibid*.

⁶ Fenner L Stewart, “Foreign judgements, judicial trailblazing and the cost of cross-border complexity: thoughts on Chevron Corp v Yaiguaje” (2016) 34:2 J Energy Nat Resour Law 239 at 241. More about the anti-suit injunction action in the US see: M. Zachariasiewicz, *Globalny zakaz przeciw-egzekucyjny nie jest dopuszczalny, czyli jedna z odslon Ekwadorskiej sagi spółki Chevron*, Międzynarodowe prawo handlowe, <https://miedzynarodoweprawohandlowe.wordpress.com/2013/04/24/globalny-zakaz-przeciw-egzekucyjny-nie-jest-dopuszczalny-czyli-jedna-z-odslon-ekwadorskiej-sagi-spolki-chev>

other cases less related to the topic of this article.⁷ The Chevron case led to recognition and enforcement action, *inter alia*, in Canada, which resulted with the following judgements⁸:

- 1) The judgement of the Canadian Supreme Court (“Canadian Supreme Court”) of April 9, 2015 regarding mainly jurisdictional issues “caused” by Chevron, and its seventh level, indirect subsidiary, Chevron Canada (“Chevron Canada”) which challenged the Ontario’s Superior Court of Justice’s jurisdiction in recognition and enforcement action against them (“Chevron 1”)⁹;
- 2) The judgement of Ontario’s Superior Court of Justice of January 20, 2017 concerning motions for summary judgement, in essence regarding the issue whether the Judgment can be enforced against Chevron Canada, and a motion to strike the defenses of Chevron,¹⁰ followed by the judgement of Ontario’s Court of Appeal of May 23, 2018¹¹ (both judgements hereinafter as: “Chevron 2”);
- 3) The judgement of the Court of Appeal for Ontario of September 21, 2017 regarding the motion of Chevron and Chevron Canada for security for costs of proceedings¹², followed by the appeal judgement of the same court of October 31, 2017¹³ (both judgements hereinafter as: “Chevron 3”)

All three mentioned cases are further referred collectively as “Chevron judgements”.

This article does not deal with the Chevron case as a whole. It does not even discuss the whole Canadian aspect of the Chevron case. Instead, the article limits the scope even further, dealing with the issues arising

ron [accessed: 11.11.2021].

⁷ More about the facts of the case and related proceedings see: Stewart, *supra* note 6, at 240-242, Zachariasiewicz, *supra* note 2, Zachariasiewicz, *supra* note 5 and M. Zachariasiewicz, *Wyrok arbitrażowy w Bitowskiej sprawie Chevrona zatwierdzony zarówno w USA jak i w Holandii*, Międzynarodowe prawo handlowe, <https://miedzynarodoweprawohandlowe.wordpress.com/2015/01/02/wyrok-arbitrazowy-w-bitowskiej-sprawie-chevrona-zatwierdzony-zarowno-w-usa-jak-i-w-holandii/> [accessed: 11.11.2021].

⁸ Number of them may grow in future.

⁹ *Chevron Corp v Yaiguaje*, [2015] 3 SCR 69 (SCC), <http://canlii.ca/t/gkzns> [accessed: 11.11.2021]. The term “seventh level, indirect subsidiary” means that between Chevron and Chevron Canada there were six other subsidiaries of Chevron.

¹⁰ *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 (available on <http://canlii.ca/t/gx2x6>).

¹¹ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, 2018 ONCA 472, <https://www.ontariocourts.ca/decisions/2018/2018ONCA0472.pdf> [accessed: 11.11.2021].

¹² *Yaiguaje v Chevron Corporation*, 2017 ONCA 741, <http://canlii.ca/t/h68k9> [accessed: 11.11.2021].

(accessed: 11.11.2021).

¹³ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, 2017 ONCA 827, <https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2017/2017onca827/2017onca827.html>.

in Chevron 1–3 judgments,¹⁴ namely whether Chevron Canada’s corporate veil shall be pierced to make its assets available for the approximately 30,000 indigenous Ecuadorian villagers (“plaintiffs”).¹⁵ This problem arose from a “simple issue”. The judgment was against Chevron, however plaintiffs tried to enforce it against Chevron Canada, a subsidiary of Chevron but not a defendant in the underlying proceeding leading to the Judgment.

In Chevron 1, the Canadian Supreme Court recognized that Canadian courts have jurisdiction in recognition and enforcement case in reference to Chevron Canada. This judgement gave plaintiffs only “*an opportunity to seek* recognition and enforcement.”¹⁶ In Chevron 2, the courts of both instances agreed with the defendants¹⁷ that there shall be no recognition and enforcement of the Judgment against Chevron Canada.¹⁸ In Chevron 3, the court of the first instance stated that security for costs for both Chevron and Chevron Canada, shall be granted, however, under appeal, the order of the motion judge was set aside.¹⁹

Chevron 1 caused the Canadian Supreme Court to rethink some jurisdictional issues, arguing *inter alia* that the court cannot “turn a blind eye to current economic reality.”²⁰ Chevron 2 adheres to the existing, strong pro-corporate law narrative, bypassing an environmental debate – except the concurrent opinion of the justice Nordheimer. The Chevron case was concluded but indirectly acknowledges that the environment starts to find more and more place in legal and economic debate and that we are dealing with a more and more globalized world in which multinational corporations are increasingly important players. Therefore, Chevron judgements constitute good basis to maybe rethink the most basic principle of the corporate law, that is, the principle of corporate separateness, and to make a new exception to it. To observe that environmental principles, in some situations, can constitute a very compelling reason to pierce the veil.²¹ By attempting to answer the question posed in Chevron 2,

¹⁴ But was the most extensively elaborated in Chevron 2.

¹⁵ Assuming that there are no other defenses available for the defendants.

¹⁶ *Chevron Corp. v. Yaiguaje*, *supra* note 9.

¹⁷ Chevron and Chevron Canada.

¹⁸ However, in the appeal judgment there is an interesting concurring decision of the justice Nordheimer.

¹⁹ In the text of the judgement we can find references to the issues of the corporate veil, and therefore, these two judgements will be useful for the purpose of this article. However, this article will not deal with the issue of the security for costs – whether it shall or shall not be granted in such cases.

²⁰ *Chevron Corp. v. Yaiguaje*, *supra* note 9.

²¹ Language of “*some compelling reasons* for lifting the corporate veil” with indication of some cases using it, can be found in *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, *supra* note 13, at para 38.

this article will try to convince the reader that a plaintiff holding an environmental damages judgement should be able to enforce it against any company in the corporate group of defendant regardless of the fact that such company was not a defendant in the underlying action.²²

To attain this goal, this article will firstly try to define its own scope of considerations, *inter alia*, by explaining what should be understood by such notions as an “environmental damages judgement,” a “corporate group,” and “the corporate veil”. After this preliminary part the article will subsequently elaborate on the importance of the corporate veil principle. Furthermore, it will try to decide what would constitute, under Canadian law, a potential ground for piercing of corporate veil. Finally, it will provide a three-level justification, referring not only to Canadian law, for why the veil should be pierced.

The present article refers primarily to the Ontario jurisdiction and some international instruments and literature. Nevertheless, it should be of interest to international and Polish readers for at least three reasons. Firstly, environmental problems are hardly restricted to Canada. The Chevron judgements, even if based on Canadian law, refer to issues which the whole world is currently facing. Secondly, the corporate veil is a legal principle that exists probably in every legal system,²³ raising similar problems as indicated in this article. It may be interesting for lawyers in all countries to see the Canadian (common law) approach to this basic corporate law rule. Thirdly, the Chevron judgments are widely known and discussed in the international legal debate,²⁴ but they still seem to be utterly unknown to many scholars outside the North and South American circles, and in particular in Poland. Hopefully, this article will stimulate an academic debate in Poland and elsewhere regarding basic principles of corporate law and, in future, lead to greater protection of the environment, both in Poland and globally.

²² This article does not deal with other methods to cause a parent company liable for debts of its subsidiaries. See for example: Ali Imanalin, “Rethinking Limited Liability” (2011) 7 *Camb Stud Rev* 89 at 94.

²³ *Ibid.* at 89.

²⁴ The dispute between plaintiffs and Chevron is described as “the greatest judicial battle in modern America.” See: Zachariasiewicz, *supra* note 6.

2. Terminology and demarcation issues

2.1. Enforcement of judgements

This article does not endeavour to make a very general statement about environmental principles always overriding company law principles. It merely postulates that if we deal with environmental damages judgements (the term defined below), the corporate veil, in case of a corporate group (the term defined below), should not constitute a defense available for the defendant in recognition and enforcement proceeding. In other words, it deals with an action which “only purpose [is] to allow a pre-existing obligation to be fulfilled”²⁵ (not to adjudicate on rights and obligation of parties). Secondly, it postulates that if such an action is commenced against a company from the corporate group of the judgement debtor, such company would not be able to say that a judgement shall not be enforced against it since there is a corporate veil²⁶ between it and the judgement debtor. This article does not elaborate on other available defenses in the recognition and enforcement proceeding.²⁷ However, such a company will be deprived of such argument only in “limited” circumstances, namely, when we deal with environmental damages judgement.

2.2. Environmental damages judgements

The term “environmental damages judgement” shall simply describe a judgement which awards a certain amount in environmental damages.²⁸ What shall be understood by environmental damages, who can bring a claim for them, what is the proper forum, what is the standard of care and other issues regarding underlying liability can constitute the subject of a separate, much more elaborated article and are not comprehensively discussed here.²⁹ The very question of what constitutes “environmental

²⁵ *Chevron Corp. v. Yaiguaje*, *supra* note 9 at para 42.

²⁶ As demonstrated by *Chevron* case, maybe even many layers of them.

²⁷ On other possible defenses in the recognition and enforcement proceedings in Canada, see: Stephen GA Pitel, *Private International Law in Common Law Canada: Cases, Text and Materials* (Emond, 2016), pp. 426–437.

²⁸ See for example: *Chevron Corp. v. Yaiguaje*, *supra* note 9 at para 6.

²⁹ What issues shall be considered in such article, see: Philippe Sands et al., *Principles of International Environmental Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), pp. 702, 738.

damages” deserves a separate paper.³⁰ In other words, this article does not deal with the issues related to the underlying proceeding leading to a judgement which tries to be recognized and enforced, but only assumes that such a judgement grants environmental damages (however defined).

2.3. The understanding of a “corporate group” notion for the purpose of this article

The notion of a “corporate group” might be variously defined in different statutes (tax legislation, company law etc.). For the purpose of this article, a very narrow definition of this notion will be adopted. As companies in a corporate group shall be treated both, a parent company and any other company which is a wholly-owned subsidiary of such a parent company (jointly called Corporate Group).³¹ The reason for having such a narrow definition is quite simple. Especially in such cases, we will be dealing with a “single economic entity” thus an argument of “common” liability is provided a very strong justification.³² In such a situation, a corporate veil would appear as much thinner, and an “environmental sword” would have the potential to pierce it. It may be said that the weaker the interrelations between the companies, the thicker the corporate veil. Therefore, a separate article might be devoted to the issue of what degree of interrelations has to occur in order to cause that the veil can be pierced on the basis of the arguments presented below. Especially, cases where a “lower” level of ownership will exist only to avoid “such piercing”, shall not “thicken” the veil.

2.4. The notion of the corporate veil

In the Chevron judgements, we often read about the “principle of corporate separateness” instead of the “principle of corporate veil.”³³ However, the case in which we try to enforce an environmental damages judge-

³⁰ These issues constitute a very complex matter and a reference shall be made to the existing literature. It seems that to properly define this term some interdisciplinary research would be required. For an example of narrow understanding of the term “environmental damage,” see for example: *ibid.* at 700. However, further in this book it is noticed that the approach is slowly changing and more broad understanding can be found in the later invoked cases. See: *ibid.* 751–755 where in one of the cited judgements environmental damage was defined as: “everything which alters, causes deterioration in or destroys the environment in whole or in part.”

³¹ As it occurred in the Chevron case.

³² See: section IV.2. of this article.

³³ See for example: *Chevron Corp v Yaiguaje*, [2015] 3 SCR 69 (SCC) at para 95.

ments against any company from the Corporate Group, seems to deal not only with the principle of corporate separateness but also with the limited liability principle.³⁴ These two principles intertwine with each other and “initially appeared as one and the same thing.”³⁵ Nonetheless, the distinction is important. Currently, we may have organizations which provide separateness (distinct legal personality) but do not limit liability of their members.³⁶ Since this article is referring to a situation of an enforcement of a judgement against a different legal entity (other subsidiary, parent company) and the fact that such an organization will try to argue that it shall not be liable for the debts of other corporation from its corporate group (issue of liability) to encompass both of these aspects, I will be referring to the principle of corporate veil.³⁷

In the Chevron judgements, two aspects or dimensions of the corporate veil are indicated³⁸:

- 1) The aspect of shareholders of a corporation and their assets, that is, the shareholders of a corporation are not liable for the obligation of “their” corporation (any creditor of certain corporation shall not have, as a rule, a claim against its shareholders regarding corporation’s debts)³⁹;
- 2) The aspect of assets of a corporation, in particular that the assets of such corporation are owned only by the company, and not by its shareholders⁴⁰ (shareholders do not have direct claim regarding assets of the corporation).⁴¹

³⁴ These two principles are of a key significance of a corporate form, see: A. Imanalin: *Rethinking...*, p. 90. It may be argued, that the first comprise the second.

³⁵ A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 91.

³⁶ A general partnerships in some countries (e.g. Poland). Even if this article deals mainly with the Ontario’s jurisdiction, an issue is important since in case of corporate groups we usually deal with international corporations using different legal forms in different countries. Usually such legal form will be used which provide limited liability.

³⁷ Or simply to the “corporate veil”. Even if some articles quoted herein refer more specifically only to a “limited liability” or only to the “principle of separateness” both principles may fulfill shielding effect (the core of this article). This article will say more generally about the “corporate veil”. About a possible shielding effect of both: A. Imanalin: *Rethinking...*, p. 91 and F.H. Lawson: *A Common Lawyer Looks at the Civil Law: Five Lectures Delivered at the University of Michigan, November 16, 17, 18, 19, and 20, 1953*, University of Michigan Law School, Michigan 1955, p. 200.

³⁸ See for example *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 60. This para states about “the principle of corporate separateness.”

³⁹ What is important, the corporate law usually does not make distinction between natural persons shareholders and corporate shareholders. See: A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 93.

⁴⁰ To these two aspects Chevron 2 refers directly, see: *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 60.

⁴¹ Another aspect/dimension of the corporate veil which can be considered is a potential liability of a corporation’s officers and directors. This article does not deal with

This article will deal the first aspect of the corporate veil, as mentioned above. This dimension states that if a certain company is a debtor of certain creditor, this creditor is prevented from going to shareholders of such company and forcing them to repay the company's debt. Transferring such an aspect to recognition and enforcement proceedings, means that a judgement against a debtor will only be enforceable against him or her, and not against its shareholders. This article will try to justify the piercing of the corporate veil in quite a far-reaching manner. It will state that the veil shall be pierced not only in the direction of direct shareholders, but that there should be no corporate veils within the Corporate Group in the case of enforcement of environmental damages judgements.⁴² In other words, it should be no longer so important for the creditor which company from the Corporate Group was a defendant in the underlying case. Such a verdict should be enforceable against anyone who can be found in such group. The corporate veil shall be maintained only in reference to shareholders of the parent company.⁴³ Such a broad approach regarding the piercing of the veil can be seen as very controversial, and the purpose of this article is to try to convince the reader why, despite its controversy, it should still be the case.⁴⁴

II. The corporate veil as a bedrock legal principle of corporate law

After framing the scope of the article, it should be explained for the reader why it is so controversial. In the Chevron judgements, more or less directly,⁴⁵ we are dealing with a trial to enforce the Judgment against Chevron Canada, a subsidiary of the parent-judgment debtor.⁴⁶ In Chevron 2 (both instances), in essence, we read that the judge-

this issue. More about it, see for example: M. P. Adamski, E. Brodsky: *Law of Corporate Officers and Directors: Rights, Duties and Liabilities*, Clark Boardman Callaghan, 2017. In reference to Polish law, see for example: K. Osajda, *Niewypłacalność spółki z o.o. Odpowiedzialność członków zarządu wobec jej wierzycieli*. Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2014.

⁴² Therefore, argue a some kind of a common liability.

⁴³ Similarly: A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 93. However, because of the narrow definition of the Corporate Group adopted in this article such outcome should be the case even without such notice.

⁴⁴ See especially section IV of this article.

⁴⁵ The most directly in the Chevron 2 (both instances).

⁴⁶ Especially Chevron 2. See: *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135

ment cannot be enforced against Chevron Canada since it is “separated” from its parent.⁴⁷ That causes that the parent, Chevron, does not have any interest in the assets of its subsidiary. Therefore, without piercing the corporate veil, there is no property of Chevron to which the execution can be directed.⁴⁸ It seems that piercing the corporate veil would cause the parent corporation to have some kind of interest in Chevron Canada, and so the judgement would be enforceable against the subsidiary.

For the purpose of this section, more important than the above-quoted “obvious” statements, is the court’s emphasis on the key nature of corporate veil principle. In *Chevron 2* (the first instance judgement) we can read that Chevron Canada submitted that a corporate veil⁴⁹ constituted a “bedrock legal principle”.⁵⁰ The Court of Appeal expressly agreed with such submission stating that corporate separateness “is not, as the appellants suggest, a mere legal fiction. It is a bedrock principle of our corporate law.”⁵¹ What is more, in the *Chevron* judgements we can read:

- 1) “[...] this is not a case in which the Court is called upon to alter the fundamental principle of corporate separateness”⁵²;
- 2) “The principle of corporate separateness has been recognized and respected since the 1896 decision of the House of Lords in *Salomon v. Salomon & Co.*”⁵³;
- 3) Quoting *Transamerica Life Insurance Co. of Canada v. Canada Life Assurance Co.*⁵⁴, “in my view the argument advanced by Transamerica reads far too much into a dictum plainly not intended to constitute an in-depth analysis of an important area of the law or to reverse a legal principle which, for almost 100 years, has served as a cornerstone of corporate law”⁵⁵;

para 60 and *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 para 57 and 68.

⁴⁷ In other words, there is a corporate veil between them.

⁴⁸ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 60 and *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 para 57 and 68.

⁴⁹ In the judgement we can read that about the “concept of separate corporate personality” not about a “corporate veil” as a bedrock principle. However, it is used by the plaintiffs in the context of trying to dismiss an enforcement of judgement against subsidiary therefore, in the meaning ascribed by this article to the notion of “corporate veil”.

⁵⁰ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 57.

⁵¹ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 57.

⁵² *Chevron Corp v Yaiguaje*, [2015] 3 SCR 69 (SCC) at para 95.

⁵³ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 58.

⁵⁴ *Transamerica Life Insurance Co of Canada v Canada Life Assurance Co*, 1996 C, <http://canlii.ca/t/1vtrr> (“*Transamerica*”) [accessed: 11.11.2021].

⁵⁵ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 66.

- 4) “If this court endorsed this interpretation it would result in significant changes to fundamental principles of our corporate law [...]”⁵⁶
- 5) “The separate legal personality of corporations is a fundamental principle of corporate law.”⁵⁷

Highlighting the “age” of the principle, quoting other judgement using a synonym of “bedrock” (“cornerstone”), and by dismissing plaintiffs’ claims against Chevron Canada, the court agreed with the defendants’ statements regarding the importance of the rule. Similar statements can be found not only in other judgements but also in the international literature. The corporate veil is seen as “the corporation’s most precious characteristic”⁵⁸ and “a key element of corporate form.”⁵⁹ Therefore, there should be no doubts that we are dealing with the most basic principle of corporate law.⁶⁰ However, it has to be considered why such a principle constitutes a fundamental one, or in other words, what justification supports it.

The basic reason seems to be economic efficiency. The existence of a corporate veil allows the corporation to reduce their transaction costs⁶¹ and experience an increased level of investments.⁶² It encourages investment in business by people with different capital resources since the rule that “no prudent man would risk more than he would afford to lose” can be applicable to everyone.⁶³

Even if we assume that the principle was one of the main factors of the 20th-century economic growth, there is no doubt that it was controversial and subject to academic debate almost since its origin.⁶⁴ The reason for such controversies seems to be quite simple. By properly filling and registering formal documents, one limit’s investors’ liability.⁶⁵ Essentially, a “piece of paper” shields from incurring personal liability by the investors. Investors’ profits, if their investment turns out to be a successful one, are not limited by any maximum but if it happens to be a failure, investors will lose the initial investment amount. On the other

⁵⁶ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 9.

⁵⁷ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2017] ONCA 741 at para 37.

⁵⁸ A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 89.

⁵⁹ A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 90.

⁶⁰ Or at least one of the most basic.

⁶¹ We do not have to negotiate a limitation of liability clause in every transaction.

⁶² A. Imanalin, *Rethinking...*, pp. 90–91.

⁶³ At least everyone who can be characterized as “prudent”. The argument and the quote took from: A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 91.

⁶⁴ O. Kahn-Freund, *Some Reflections on Company Law Reform*, “Modern Law Review” 1944, vol. 7 no. 1–2, p. 54.

⁶⁵ Compare: R. Thompson, *Piercing the Veil Within Corporate Groups: Corporate Shareholders as Mere Investors*, “Connecticut Journal of International Law” 1999, vol. 13, p. 383.

hand, losses by creditors dealing with a limited liability company, on its own,⁶⁶ are deprived of such “privileges.”⁶⁷ By its definition, insolvency almost always leads to higher losses for creditors of the company compared to those of the shareholders.⁶⁸ In other words, thanks to the above mentioned registration we are able to avoid liability which would otherwise be incurred by investors.⁶⁹ That leads to the opinions that the corporate veil, in essence, leads to the transfer of losses from shareholders to creditors.⁷⁰

Interestingly, when the principle was created there were concerns that nobody would like to take such risk, that is, to trade with limited liability companies and some said that it was “not welcomed by the wealthy class.”⁷¹ Regardless of whether these two statements were true when the principle emerged, they are even more questionable today. A huge worldwide proliferation of companies guaranteeing limited liability, shows that people are not reluctant to trade with them. Furthermore, currently the principle seems to be more in favour of the wealthy class rather than the poor. Rich investors, thanks to it, are able to properly manage their investments and accordingly “shield” their assets from the risk of failure from certain investments. For poor people, the limited liability is often not as tempting, since they do not have a lot to lose. Even if they have “anything to lose,” creditors are aware of this “risk transfer”, and very often require additional guarantees from shareholders in the form of, for example, security rights⁷² or personal guarantees. In insolvency proceedings, privileged (secured) creditors are sophisticated ones (usually banks), not a poor one.⁷³ A growing inequality where the rich become richer, is currently a fact.⁷⁴

⁶⁶ Without any further arrangements between the parties.

⁶⁷ Compare: A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 91.

⁶⁸ Since insolvency in essence means that debtor is unable to meet his obligation when they are due. Therefore, there would be no insolvency if there was no predominance of creditors' liabilities over the assets of the company. A more accurate definition of “insolvent person”, from the perspective of Canadian law, can be found in sec. 2 of Legislative Services Branch: “Consolidated federal laws of Canada, Bankruptcy and Insolvency Act,” (12 December 2017), <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/B-3/page-1.html#h-2> [accessed: 11.11.2021]. In reference to Polish law see: Article 11 of the Polish Insolvency Law (*Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe* Journal of Laws 2020 No. 1228 as amended).

⁶⁹ A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 89.

⁷⁰ A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 91.

⁷¹ A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 91.

⁷² Which usually encumbers all their valuable assets.

⁷³ And in case of insolvency there is rarely anything left for unsecured creditors. See: A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 95.

⁷⁴ L. Elliott, *World's eight richest people have same wealth as poorest 50%*, the Guardian, <http://www.theguardian.com/global-development/2017/jan/16/worlds-eight-richest-people-have-same-wealth-as-poorest-50> [accessed: 11.11.2021].

Another argument raised against a corporate veil might be that it “fosters corporate irresponsibility,”⁷⁵ “corporate recklessness”⁷⁶ and allows a creation of artificial entities.⁷⁷

Even if the above statements, especially regarding the “domination of rich over poor,” can be seen as controversial and be contested, they obtain additional strength in the case of Corporate Groups. Further in this article, it is argued that the corporate veil and its “shielding effect” in the case of Corporate Groups and environmental damages does not lead to desired results. However, before justifying its piercing, it should be contemplated whether such a piercing should be done on the basis of one of the existing grounds, or whether maybe a new basis ought to be created.

III. The possible ways of piercing the corporate veil

The corporate veil is a principle with exceptions not only under Canadian law, but also in other legal systems.⁷⁸ In reference to the piercing thereof in the direction of shareholders, it may be said that at least two grounds have been currently recognized in the Canadian case-law.⁷⁹ Therefore, this article can go in two different directions. Firstly, it may try to argue that the corporate veil should be pierced on the basis of existing grounds (yet more broadly interpreted). Secondly, and more controversially, it may try to justify a creation of a new ground.

⁷⁵ A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 92.

⁷⁶ A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 91.

⁷⁷ R. Thompson, *Piercing...*, p. 391.

⁷⁸ This article will focus mainly on the Canadian exceptions. In reference to the exceptions from other jurisdictions, see for example: P.M. Wiórek, *Ochrona wierzycieli spółki z o.o. poprzez osobistą odpowiedzialność jej wspólników. Koncepcja odpowiedzialności przebijającej i nadużycia formy prawnej spółki w prawie niemieckim i polskim*, Uniwersytet Wrocławski, Wrocław, 2016 or M. Zmysłowska, *Odpowiedzialność przebijająca w prawie amerykańskim i włoskim*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa, 2017.

⁷⁹ Obviously these grounds are not directly applicable under Polish law. However, they may be still interesting for Polish lawyers from comparative perspective and as an argument for future changes.

1. Existing grounds

It seems that in *Chevron 2*, the plaintiffs referred to an existing case-law, and tried to argue that the court should establish a “new” test for piercing the corporate veil.⁸⁰ However, the court seemed not to have been convinced. It stated that if the corporate veil is to be pierced, either the “long-standing” *Transamerica*⁸¹ test or “a group enterprise” test⁸² should be satisfied.

The *Transamerica* test involves two premises which have to be fulfilled cumulatively:

- 1) “A corporate entity is *completely* dominated and controlled”⁸³[emphasis added] and
- 2) A corporate entity “[is] being used as a shield for fraudulent or improper conduct” or, alternative, “[...] there is conduct akin to fraud that would otherwise unjustly deprive claimants of their rights.”⁸⁴

The plaintiffs in *Chevron 2* (the first instance), according to the court, failed in both the mentioned premises. In reference to the former one, the court, in essence, stated that complete ownership is not enough to talk about complete control. There has to be a lack of independence of a subsidiary which was not the case. Regarding the second premise, the court, citing the plaintiffs, simply stated that they “[did – T.T.] not allege any wrongdoing against Chevron Canada”⁸⁵ and added that they “[could not – T.T.] establish wrongdoing akin to fraud in the corporate structure between Chevron and Chevron Canada.”⁸⁶ Such approach, in essence, was later on confirmed in *Chevron 2* by the Court of Appeal.⁸⁷

For an environmental damages judgement to be enforceable within the Corporate Group, regardless of the fact who from such group is mentioned in it as a judgement debtor, it may be simply argued that premises referred to should be interpreted broadly. Firstly, it is very hard to talk about a lack of complete domination and control within the Corporate Group. A parent company, in essence, by one resolution, can decide about

⁸⁰ *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135, at para 50–75. Or saying it differently, that outdated test shall be used instead of current, accepted by the judicature ones.

⁸¹ *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 63.

⁸² *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 54–55.

⁸³ *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 63.

⁸⁴ *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 63.

⁸⁵ *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 65.

⁸⁶ *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 65.

⁸⁷ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 74. In this paragraph of the judgement we can read: “As Hainey J. correctly found, under the *Transamerica* test, this is a complete bar to the request to pierce the corporate veil.”

the “fate” of each company from the Corporate Group, and even if subsidiaries have their own aims, they are always subordinated to the aim of the parent.⁸⁸ Secondly, the assets of the wholly-owned subsidiaries are, in essence, nothing more than assets of uniform *economic* entity. However, thanks to deeds of incorporation, they are separated, properly limiting and managing the risks of such a “single” entity. This causes a huge part of the assets of a “single” entity to become unavailable to the creditors of a certain company, which can be seen as “unjust” and therefore, improper conduct.⁸⁹ Similar arguments can be found in a concurring judgement by Justice Nordheimer in *Chevron 2* (second instance).⁹⁰ By accepting such arguments, both premises are fulfilled and the corporate veil, in case of Corporate Group, is to be pierced.

However, such a broad interpretation of the existing test seems to go too far. It would allow for similar argumentation in the case of other claims that are not environmental ones⁹¹ and in essence, mean that it is the deed of “incorporation” *per se* that, in case of Corporate Group, constitutes a “misconduct”.

Secondly, by the invoking of *Teti and ITET Corp. v. Mueller Water Products*,⁹² the plaintiffs tried to pierce the corporate veil on the

⁸⁸ More about these arguments see section IV.2 of this article.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ See: *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 112 (part of concurring opinion): “Third, my colleague refers to an article by Mary Elisabeth Kors in which she rejects this doctrine because, in her view, the concept of group enterprise is vague or amorphous. While that may be a legitimate concern in some instances, there is nothing vague or amorphous about a situation where a corporation owns 100% of the shares of another corporation. For example, in this case, the corporate structure that exists between Chevron Corporation and Chevron Canada is very clear. On this point, I would add, in passing, that the motions judge’s blanket conclusion, at para. 36, that ‘Chevron Canada is not an asset of Chevron’ is one that is completely detached from real-world realities. Although the law dictates that only the shares of a corporation can be the assets of another person (and not the corporation itself), it is crystal clear that Chevron Canada is an asset of Chevron Corporation, as that term is understood in common business parlance. All of Chevron Canada’s shares are owned by Chevron Corporation (albeit indirectly) and, as the evidence in this case makes clear, it is ultimately controlled, for all practical purposes, by Chevron Corporation. Consequently, there are no innocent shareholders that would be affected by the execution of the Ecuadorian judgment against Chevron Canada – a concern that is often raised as militating against any effort to interfere with corporate separateness.”

⁹¹ Open a “floodgate” for litigations. Of course, some may argue, as we will see below in concurring opinion of Justice Nordheimer, that the basis to pierce the corporate veil should be broad and not be limited only to environmental damages.

⁹² *Teti and ITET Corp v Mueller Water Products*, 2015 ONSC 4434, <http://canlii.ca/t/gk997> [accessed 11.11.2021].

basis of the “group enterprise” or “single business entity” test.⁹³ The court in *Chevron 2* (first instance) seemed to have confirmed that such a ground to pierce the veil may exist.⁹⁴ However, the premises of it were not fulfilled in this case, as it requires at least an operation of corporations “in common as a single business entity” in reference to certain activity.⁹⁵ Therefore, this test or ground would require at least some involvement of a company from Corporate Group in causing of environmental damages to make piercing possible. This is clearly not the aim that this article tries to achieve regarding the “group liability.”⁹⁶

Due to the above, instead of trying to pierce the corporate veil in a case of enforcement of an environmental damages judgement on the basis of existing tests or grounds, this article tries to reason that a new test or ground ought to be created.

2. The creation of a new test

The plaintiffs in *Chevron 2* stated that there should have been a new test for piercing the corporate veil. It may be argued that the following new tests were suggested to have been established:

- 1) A limitation of the premises of *Transamerica* only to the complete domination;
- 2) A “just and equitable” or “[...] a result too flagrantly opposed to justice.”⁹⁷

Firstly, it was reasoned that the second premise of *Transamerica* test (“improper act”) shall be disregarded. The court in *Chevron 2* (both instances) did not agree with such an approach.⁹⁸ It rejected the plaintiffs’ arguments, *inter alia*, by simply invoking the *Indcondo Building Corpo-*

⁹³ *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 55.

⁹⁴ *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 70. However, there may be a question how this test is different from the above presented one. It has to be highlighted that the Court of Appeal in *Chevron 2* did not refer to such “new” test. What is more, firmly and unambiguously rejected the group enterprise theory of liability. *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 76.

⁹⁵ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 76.

⁹⁶ As Justice Nordheimer aptly noted in his concurring opinion: “[i]t would appear to be very difficult to conceive of a factual situation where the *Transamerica* test could be met by a judgment creditor, that is, where the corporate structure would be found to have been ‘used as a shield for fraudulent or improper conduct’ solely in the execution context.” See: *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 76 at para 95.

⁹⁷ *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 53 and at para 66.

⁹⁸ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 66–68.

*ration v. Sloan*⁹⁹ case, in which it was expressly stated that both premises had to have been fulfilled, and only the complete domination is not enough.¹⁰⁰ For the purpose of this article, the limitation of the test only to complete domination would be sufficient only if it were to be accompanied with the broad enough understanding of this premise. A limitation of this test to one premise and its broad interpretation would allow for even more litigations than broad interpretations of two premises. Therefore, such a test should be even more readily disregarded.

Secondly, by invoking *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*,¹⁰¹ the plaintiffs argued that the corporate veil should have been pierced when an application thereof had led to results “too flagrantly opposed to justice, convenience or the interests of the Revenue.”¹⁰² In other words, the plaintiffs reasoned that the corporate veil should not be seen as “strict, inflexible rule” and it is to be pierced each time “when it is just and equitable.”¹⁰³ The court in *Chevron 2* again disagreed.¹⁰⁴ The reasons to dismiss such a broad test were based on the argumentation that it would reverse a 100-year-old, bedrock legal principle of corporate law, and provide the court with the *carte blanche* to lift the corporate veil.¹⁰⁵ In the Court of Appeal judgement in *Chevron 2* we can even read that “this court has repeatedly rejected an independent just and equitable ground for piercing the corporate veil [...]”¹⁰⁶ The “strength” of the second argument can be seen. Justness and equity are very subjective terms, and opinions between judges and lawyers as to what is “just and equitable” may differ a lot. Therefore, piercing the veil on such ground would open, similarly as in case of broad interpretation of current premises, a floodgate of litigations. Furthermore, this would likely lead to inconsistencies in case-law and cause many difficulties for lawyers to provide legal advice regarding how to properly structure a group of companies so that they are “shielded” by the corporate veil. The arising “chaos” would not be welcomed by anyone.¹⁰⁷

⁹⁹ *Indcondo Building Corporation v. Sloan*, 2015 ONCA 752, 31 C.B.R. (6th) 110.

¹⁰⁰ *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 64.

¹⁰¹ *Kosmopoulos v Constitution Insurance Co*, [1987] 1 SCR 2 (C), <http://canlii.ca/t/1ftpw> [accessed: 11.11.2021].

¹⁰² See: *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 53 and the judgement and literature invoked there.

¹⁰³ *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 66.

¹⁰⁴ *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 66. The court invoked some more current cases which did not use such a broad test.

¹⁰⁵ *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 66–67.

¹⁰⁶ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 67.

¹⁰⁷ Maybe except some lawyers who will have additional wave of cases for which they can charge high fees.

It seems that this was one of the main reasons why the Court of Appeal in *Chevron 2* finally rejected to establish a new test for piercing the corporate veil.¹⁰⁸

Interestingly, in *Chevron 2* (second instance) there was a concurring judgement by Justice Nordheimer.¹⁰⁹ Justice Nordheimer did not agree that the *Transamerica* test should be the only applicable test to pierce the corporate veil. The judge simply stated that “the veil could be lifted [...] to do justice [...]”¹¹⁰ and “[t]his court enunciated a principle the law should not allow even legitimate corporate structures to work an ‘injustice.’”¹¹¹ Justice Nordheimer was not afraid of the above mentioned floodgate of litigation and highlighted that fear of such floodgate, should not be an argument not to pierce a corporate veil.

Regardless of the above, this article’s position is that a new ground should be established, but it should be different from the tests found in the *Chevron* judgements or the “equity one” proposed in the concurring opinion of justice Nordheimer. Such a test should not replace the recognized and existing tests but rather constitute an additional one. This test should be quite simple: a corporate veil shall be pierced in case of enforcement of an environmental damages judgement against a company from Corporate Group of the judgement-debtor (the New Test). Such test should not deprive companies in Corporate Group of other possible defenses available in the recognition and enforcement proceedings.¹¹² The New Test should not lead to situations where, for example, a fraudulently obtained judgement is enforced.¹¹³ Simply, a company in Corporate Group in recognition and enforcement proceeding shall be deprived from the corporate veil defense.

¹⁰⁸ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 78–79 and at para 83. Especially at the end of para 83 we can read: “[...] the law must evolve on a principled basis and in a manner that brings certainty and clarity, not in a way that sows confusion and is devoid of principle.”

¹⁰⁹ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 92–118.

¹¹⁰ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 96.

¹¹¹ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 96 and 107. At para 109 we can also read that “[e]quitable principles may be relied upon to override the principle of corporate separateness where it is necessary to do justice.”

¹¹² In other words this test is not dealing with imposing liability, since the liability has already been established. As justice Nordheimer aptly notices: “The proceeding has moved past that hurdle to a stage that concerns the remedies that are available to enforce a valid judgment.” See: *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 94.

¹¹³ Justice Nordheimer in his concurring opinion highlighted that even if his new equity test would be accepted, it would not necessarily lead to the enforcement of the Ecuadorian judgment. See: *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 117.

The advantage of the New Test lies in its simplicity. A drawback may be that the test is completely insensitive to any wrongdoing or improper conduct of a parent/subsidiary from Corporate Group which may be held liable. In other words, why would “somebody/something” who did not trespass against law, be considered liable?

IV. Justification for creation of a new ground for piercing of the corporate veil

1. The “age” of the corporate veil principle and a growing environmental debate

Chevron 2 (both instances), as a justification for why the corporate veil shall not be pierced, highlights the long recognition and respect of the corporate veil.¹¹⁴ The century-old history of the principle cannot be contested. However, “counter-intuitively,” the age of the rule may constitute an argument in favour of establishing the New Test instead of an argument against doing so.

The principle of corporate separateness was established in 1896, in times “obsessed with economy-related outcomes,”¹¹⁵ where the main goal was to achieve constant growth and nobody gave any deeper thought about the environment. As it was shown, the main justification of this principle is economic efficiency.¹¹⁶ However, interestingly, we are currently dealing with a principle that serves the interest of the rich rather than that of the poor.¹¹⁷ This principle served its economic purpose properly during the time¹¹⁸ of almost constant development and prosperity. The growth and increased investments facilitated the emergence of international corporations which became wealthier than many states. Thanks to this principle, such entities are able to properly manage investment risks within their corporate groups, and only enhance their domina-

¹¹⁴ See: *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 58 and *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 10.

¹¹⁵ K. Bosselmann, *The principle of sustainability: transforming law and governance*, Ashgate, Aldershot, 2008.

¹¹⁶ See section II of this article.

¹¹⁷ See section II of this article.

¹¹⁸ Especially after the Second World War with exceptions to some bigger or minor crises.

tion. It took some time for the people who had been living through this “growth” era to notice that the constant prosperity, at least in its current form, entails huge environmental costs.¹¹⁹ To note for such people that the global corporatism usually accompanying consumerism may not always be as great as they have been often presented.¹²⁰ The environment, or more broadly, sustainability, started to be more apparent and important in the global debate, in national legislation and in the case-law, both of international courts and national courts.

In reference to the international debate, 1972 is seen as the official start of international environmental law.¹²¹ In that year, various events occurred including the publication by the Club of Rome of *The Limits of Growth* report,¹²² the establishment of the United Nations Environment Programme, and the UN Conference on the Human Environment held in Stockholm.¹²³ The following debates brought about instruments and events such as the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (1973), World Conservation Strategy (1980),¹²⁴ Brundtland Report (1987),¹²⁵ the Earth Summit in Rio (1992) (which was crowned by the Rio Declaration on Environment and Development¹²⁶ and Agenda 21¹²⁷), Convention on Biological Diversity (1992),¹²⁸ the Earth Charter (2000),¹²⁹ the Millennium Development Goals (2000),¹³⁰ The Earth Summit II in Johannesburg (2002), World Summit for Social Development in New York (2005), United Nations Conference on Sustainable Development in Rio (2012) (which give birth to *The Future we Want* resolution),¹³¹ and the resolution of the UN con-

¹¹⁹ Compare: K. Bosselmann, *The principle...*, p. 12.

¹²⁰ Compare: K. Bosselmann, *The principle...*, p. 12.

¹²¹ K. Bosselmann, *The principle...*, p. 25.

¹²² D.H. Meadows, L. Dennis, J. Randers, W. Behrens III, *The Limits to Growth; A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*, New York, 1972.

¹²³ K. Bosselmann, *The principle...*, p. 25.

¹²⁴ International Union for Conservation of Nature, Natural Resources & World Wildlife Fund, *World conservation strategy: Living resource conservation for sustainable development*, IUCN, Gland, 1980.

¹²⁵ G.H. Brundtland, *Report of the World Commission on environment and development: "our common future"*, United Nations, 1987.

¹²⁶ United Nations, *Rio Declaration on Environment and Development*, The United Nations Conference on Environment and Development Rio de Janeiro, Brasil, 1992.

¹²⁷ United Nations, *Earth Summit Agenda 21: The UN Programme Action from Rio*, Rio, 1992.

¹²⁸ United Nations, *Convention on biological diversity*, 1992.

¹²⁹ Earth Charter Commission, *The earth charter*, Hague, 2000.

¹³⁰ United Nations, *UN Millennium Development Goals*, New York, 2000.

¹³¹ UN General Assembly, *The future we want. Resolution 66*, 2012.

taining the *Sustainable Development Goals* (SDGs).¹³² There was also a growing number of international treaties established regarding civil liability for environmental damages.¹³³

As for national legislation, the first environmental laws started to emerge in the 1960s, even before the launch of the international debate.¹³⁴ Currently, environmental regulatory trend is growing in numbers rather than falling.¹³⁵ The Canadian Environmental Protection Act (hereinafter: CEPA)¹³⁶ is implementing the most important environmental principles.¹³⁷ In the Constitution of the Republic of Poland of 2nd April 1997, we may also find, for example, Article 5, which states that the Republic of Poland shall ensure the protection of the natural environment pursuant to the principles of sustainable development.¹³⁸

There has also been a greater recognition of the environment in international courts/tribunals. For example, in the jurisprudence of the International Court of Justice, the importance of environment was noticed by its former vice-president Christopher Weeramantry. His dissenting opinion in the *Hungary v. Slovakia* case¹³⁹ recognized ecologically sustainable development “as not merely a principle of modern international law [but also as] one of the most ancient ideas in the human heritage.”¹⁴⁰ In a similar vein, environmentally-friendly statements

¹³² UN General Assembly, *Transforming our world: the 2030 agenda for sustainable development*, 2015.

¹³³ P. Sands, *Principles...*, pp. 737–771.

¹³⁴ K. Bosselmann, *The principle...*, p. 13.

¹³⁵ See for example: US Chamber of Commerce, *Increasing Environmental Regulations*, <https://www.uschamber.com/regulations/increasing-environmental-regulations> [accessed: 2.02.2021].

¹³⁶ Legislative Services Branch: *Consolidated federal laws of Canada, Canadian Environmental Protection Act*, 1999, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-15.31/page-1.html> [accessed: 11.11.2021].

¹³⁷ Government of Canada, *Guide to understanding the Canadian Environmental Protection Act: chapter 3*, <https://www.canada.ca/en/environment-climate-change/services/canadian-environmental-protection-act-registry/publications/guide-to-understanding/chapter-3.html> [accessed: 11.11.2021]. See for example: See for example art. 287 of the CEPA.

¹³⁸ Polish Constitution in relatively many places highlights the importance of environment protection (see for example Article 74 of the Polish Constitution). The issue is interesting, since in the Constitution of Canada there is no provision regarding protection of environment. Paradoxically, that does not mean that the environment is more strongly protected in Poland. As a way of illustration, the author’s city of residence, Wrocław, every winter appears at the top of the list of cities with the worst air quality in the world.

¹³⁹ *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, [1997] ICJ, 37 (“*Gabčíkovo-Nagymaros*”).

¹⁴⁰ More about this dissent opinion, see: K. Bosselmann, *The principle...*, p. 3.

can be found in the *Shrimp-Turtle*¹⁴¹, *Gabcikovo-Nagymaros*¹⁴² or *Pulp Mills*¹⁴³ cases.

In reference to states other than Canada showing a trend of greater recognition of environment, an example of the growing number of climate change litigation can be offered.¹⁴⁴ In Canada, there is an increasingly large number of successfully won environmental cases.¹⁴⁵ The higher appreciation of the environment can be found especially, in the wording of some Canadian Supreme Court judgements.¹⁴⁶

In Poland, the principle of sustainable development also starts slowly to be more and more often mentioned in judgements of administrative courts.¹⁴⁷ However, it seems that there is lack of a high-profile, recently issued judgement which would be widely discussed in literature and in the press.¹⁴⁸

The quoted sources, more or less directly, show a call for “a new ethic” in law. The international community finally notices that the assumption that the economy can constantly grow and technology will solve any emerging, environmental problems, may quickly appear not to be true. The states start to see that if immediate actions are not undertaken, very severe and irreversible consequences may occur, having not only social, but also enormous economic impacts.¹⁴⁹ Therefore, it seems as

¹⁴¹ *United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AV/R, 1998, at para 127–131.

¹⁴² See: *Gabcikovo-Nagymaros* at para 137.

¹⁴³ *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay*, ICJ, Judgement, 20 April 2010, available at: www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf at para 177.

¹⁴⁴ M. Nachmany, S. Fankhauser, J. Setzer, A. Averchenkova: *Global trends in climate change legislation and litigation: 2017 update*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, London, 2017, <http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/publication/global-trends-in-climate-change-legislation-and-litigation-2017-update/> [accessed: 11.11.2021]. See especially figure six of the pdf document which can be found on the website. In reference to other than climate change, environmental cases, see also: https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_environmental_lawsuits.

¹⁴⁵ See: so-called “Ecojustice Cases”, <https://www.ecojustice.ca/cases/> [accessed: 11.11.2021].

¹⁴⁶ See: *Friends of the Oldman River Society v Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 SCR 3 (C) (available on <http://canlii.ca/t/1bqn8>) [accessed: 11.11.2021], *R v Hydro-Québec*, [1997] 3 SCR 213 (C) (available on <http://canlii.ca/t/1fqzr>) at para 85 [accessed: 11.11.2021], *Ontario v. Canadian Pacific Ltd. – SCC Cases (Lexum)*, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1280/index.do> at para 55 [accessed: 11.11.2021], *114957 Canada Ltée (Spraytech)*, [2001] 2 SCR 241 (SCC), <http://canlii.ca/t/51zx> at para 1 [accessed: 11.11.2021],

¹⁴⁷ See for example judgement of the voivodeship administrative court in Gdańsk dated April 5, 2018, II SA/Gd87/18, LEX: 2478191.

¹⁴⁸ Similarly as Chevron judgements in Canada.

¹⁴⁹ For example, some scientists evaluated value of global ecosystem services to be USD 33 trillion. See: N. O. Keohane and S. Olmstead, *Markets and the Environment*, Island Press, 2016, pp. 42 f.

though time has allowed us to mature enough to rethink some corporate laws and principles created in the industrialized economy, which were myopic and connected with very high levels of resource extraction.¹⁵⁰ It necessitates the shift in narrative, from a purely profit-driven, to one that, even if not entirely environmentally-driven, takes the environment into account at some higher level. To this end, we should not turn a blind eye to the clashes between environmental and corporate laws, and to resolve them more often in favour of the environment.

The New Test is one of the steps in this direction that can be justified, among others, by the above-mentioned growing environmental debate. Such a general justification can be supported by “corporate arguments”, that is, a closer look at how corporate group operates, and less astonishingly, from the perspective of widely and internationally recognized “polluter pays” principle.¹⁵¹

2. Corporate group arguments

In *Chevron 2*, *inter alia* by quoting the English case *Adams v. Cape Industries plc*,¹⁵² the court in essence confirms that there is no justification for treating corporate groups as one entity.¹⁵³ Thus, in reference to piercing the corporate veil, there is no basis for regarding them differently than any other incorporated companies, and every corporation within a given group should therefore be treated as a separate legal entity with its own rights and duties. In other words, the corporate veil in such situations does not become “thinner” solely due to the close corporate and organizational relation between companies.¹⁵⁴ The Court of Appeal in *Chevron 2* firmly affirms such an approach and states that the group enterprise theory of liability has been consist-

¹⁵⁰ See: K. Bosselmann, *The principle...*, p. 15.

¹⁵¹ Which constitutes more specific environmental debate or narrative.

¹⁵² *Adams v. Cape Industries plc*. [1990] Ch. 433 (“*Adams*”). In this case there was also an issue of enforcement of a judgement “within a corporate group.” However, here the judgement was against subsidiary and there was a trial, a little simplifying, to enforce it against a parent company (in *Chevron* it is the other way around). Additionally, in *Adams* we deal with a personal injuries related with an exposure to asbestos and in *Chevron* we deal with, arguably, environmental damages. “Arguably” since, as it was mentioned, this article does not deal with defining of this term.

¹⁵³ *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135, at para 59.

¹⁵⁴ “This principle [principle of corporate separateness – T.T.] applied equally to groups of companies such as *Chevron’s* group of companies.” *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 59.

ently rejected by the Canadian courts.¹⁵⁵ The court of first instance, by quoting *Adams*, justified such an approach simply by stating that “our law, *for better or worse*, recognizes the creation of subsidiary companies.”¹⁵⁶

Nevertheless, even if the Chevron judgements highlighted the fundamentality of the corporate veil principle and Chevron 2 “confirmed” that there would be no special treatment regarding the piercing of the corporate veil in case of Corporate Group, there is some wording in Chevron judgements that gives hope regarding the rethinking of the corporate veil principle in the future.¹⁵⁷

Similarly in *Adams*, even if the court confirmed that a corporate group does not deserve special treatment in reference to the corporate veil, the judge referred to “a compelling reason” regarding the piercing of it.¹⁵⁸ Therefore, it should be considered what exactly is meant by the court by “for better or worse” in case of corporate veil applicable to Corporate Group, and whether this article is able to provide a “compelling reason” for piercing it.

2.1. The corporate veil in a corporate group – “for better”

In Chevron 2 (both instances), the court, by recalling the sec. 15 (1) of the Canada Business Corporation Act,¹⁵⁹ arguably compared Chevron Canada to a natural person.¹⁶⁰ Such a comparison may lead to a conclusion that a child should not be liable for sins (debts) of their parents and other members of his or her family.¹⁶¹ A strong justification for such a “separation” approach is the fact that a piercing of the

¹⁵⁵ See: *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 76.

¹⁵⁶ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 76.

¹⁵⁷ See: *Chevron Corp v Yaiguaje*, [2015] 3 SCR 69 (SCC) at para 95, *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 83 and at para 113, *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONCA 741 at para 51–52, *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2017] ONCA 827 para 26 letter f.

¹⁵⁸ See: *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONCA 741 at para 38 where the court cited Brown J. who quotes the appropriate part of *Adams*.

¹⁵⁹ Legislative Services Branch, *Consolidated federal laws of Canada, Canada Business Corporations Act*, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-44/> [accessed: 11.11.2021].

¹⁶⁰ “Chevron Canada’s incorporating statute, the *CBCA*, gives it all rights, powers and privileges of a natural person.” *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 35. See also: *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 57, 70, 75 and 77.

¹⁶¹ However, such conclusion may prove to be dangerous. Since the question may arise whether a parent should not be liable for the sins of his/her child.

corporate veil within a given corporate group would likely improve the position of “indirect creditors”¹⁶² of a certain company from this Corporate Group, but it would also likely worsen the position of direct creditors.¹⁶³

Another reason why the corporate veil without variations, should also apply in reference to a group of companies, is the fact that in the case of a “standard” application, managers of companies belonging to such groups, at the same level as those of companies not belonging to such groups, are encouraged to undertake the managerial risk.¹⁶⁴ Modification of the rule, and the higher liability of such companies, would discourage risk-taking. This is an important issue since enhanced risk-taking is seen as one of the drivers of the 20th-century growth, so the curtailment of risk-taking may diminish the importance of the rule which is described as “instrument that has substantially contributed to enterprise progress, above all other legal innovations in company law.”¹⁶⁵

The perception of companies by investors, is another argument in favour of not altering the rule.¹⁶⁶ The modification of it, and the following possible higher liability of the corporate group, could discourage some investors and lower the share prices of companies included in such a group.¹⁶⁷ This may cause such companies to be less competitive compared to non-group companies. Investors who will want to invest in a corporation that is also a part of a corporate group, would therefore be forced to assess not only the activity of the company in which they want to invest, but also of such entities in the directions of which the corporate veil, according to whatever “new test” may be, can be pierced.¹⁶⁸

Furthermore, in the case of a new broad test for piercing the veil, it would be impossible to properly manage the risk within the group. To structure a group, in such a way that some parts of a corporate group are involved in more risky activity and some in less risky ones.¹⁶⁹

¹⁶² Those who are able to pierce the corporate veil in the direction of certain company. Further as: “Indirect Creditors”.

¹⁶³ A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 95.

¹⁶⁴ A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 94.

¹⁶⁵ A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 89.

¹⁶⁶ A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 89.

¹⁶⁷ Compare A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 89.

¹⁶⁸ Compare: A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 89 but also D.S. Bakst, *Piercing the Corporate Veil for Environmental Torts in the United States and the European Union: The Case for the Proposed Civil Liability Directive*, “Boston College International and Comparative Law Review” 1996, vol. 19, pp. 348–349.

¹⁶⁹ Since the “less-risky part” would be still liable for the “more-risky” part of the business.

This would cause difficulties for investors in terms of engaging their investment only in certain sectors of the economy.¹⁷⁰ We may find arguments similar to the above mentioned also in *Chevron 2* (the second instance).¹⁷¹

2.2. The corporate veil in a corporate group – “for worse”

A strong justification can be found to reject all of these arguments. It may be said, as it was in *Chevron* judgements, that by a deed of incorporation, a new entity is created with its own rights and liabilities. It is separate from other companies and should be not liable for the debts of other companies. However, as it was mentioned, to make such a simple statement in the case of Corporate Group “would be to turn a blind eye to current economic reality.”¹⁷² The court in *Chevron 2* (the first instance) highlighted that *Chevron Canada* funds its day-to-day operations and some recent capital expenditures, initiates its own plans and budgets, files its own corporate and tax statements, etc.¹⁷³ Nevertheless, the court does not notice that these are only ancillary activities, which only disguise the true power of a parent company to steer the whole group and disguise seeing the group as one entity.¹⁷⁴ The parent in Corporate Group, in essence, by one resolution, can dissolve or sell any of its subsidiaries. Even if subsidiaries have their own purposes, they are always, at least in a long-term perspective, subordinated to the overarching aim of the parent.¹⁷⁵ *Chevron Canada* would not be financially self-sufficient if, at the beginning of its existence, *Chevron* had not separated a part of its assets to create it. A subsidiary’s plans and budgets usually¹⁷⁶ refer only to minor projects, and not the major ones,¹⁷⁷ and are more or less directly prepared by the people elected by a parent corporation. Directors

¹⁷⁰ Compare: A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 89.

¹⁷¹ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 64–83.

¹⁷² The wording used by the Supreme Court in *Chevron Corp v Yaiguaje*, [2015] 3 SCR 69 (SCC) at para 57 in reference to a new approach regarding the jurisdiction of Canadian courts.

¹⁷³ Arguments made by the court to justify a non-fulfillment of the first premise of the *Transamerica* test.

¹⁷⁴ However, the described problem was partially noticed by Justice Nordheimer in his concurring opinion. See: *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 112.

¹⁷⁵ Imanalin, *supra* note 22 at 93.

¹⁷⁶ Even assuming that they are not subordinated to the plans and budget of a parent what may be questionable.

¹⁷⁷ *Yaiguaje v Chevron Corporation*, *supra* note 11 at para 52.

and officers of subsidiaries can be easily changed by the parent. Even if the parent does not exercise all its powers in reference to subsidiaries in Corporate Group, thanks to the whole ownership, it is armed with the possibility to do so at any time.¹⁷⁸ What actually happens in Corporate Group is often invisible for outsiders. Thus, it is very hard to say who, in reality, undertakes the decision in the Corporate Group, and to what extent separate officers and directors constitute an artificial creation, which was established just to avoid fulfillment of the premises of the *Transamerica* test. As it was shortly and simply stated by the Plaintiffs, “One hundred percent ownership by Chevron over the shares and assets of Chevron Canada means it has total control over the affairs of its subsidiary. It can mandate an investment, restrict an expenditure, change the officers and directors and veto any activity.”¹⁷⁹ As such, it seems to be contrary to facts to say that in Corporate Group, the parent and its subsidiaries do not constitute one economic entity, therefore their “common liability” should never be the case.¹⁸⁰ The above is also noticed by Justice Nordheimer in his concurring opinion: “[...] it is crystal clear that Chevron Canada is an asset of Chevron Corporation, as that term is understood in common business parlance.”¹⁸¹

In reference to arguments regarding managerial risk and following it, the possible loss of efficiency, two counter-arguments can be provided. A corporate veil in case of corporate groups, on its own, deprive the veil of some of its “efficiency” justification.¹⁸² But what is more important, it is strongly doubtful whether we should encourage managers to undertake risky activity that can potentially be harmful to the environment.

Arguments can be also found in reference to the assertion regarding perception of the companies. Firstly, it would be contrary to economic practice to say that investors, when investing in a company, do not verify, at least to some level, the corporate structure. In capital markets we can slowly see the shift to a higher appreciation of the environmentally-friendly companies.¹⁸³ Companies providing its corporate information to the market are more proud of fulfilling environmental standards,¹⁸⁴ and

¹⁷⁸ A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 93.

¹⁷⁹ *Yaiguaje v Chevron Corporation*, [2017] ONSC 135 at para 33.

¹⁸⁰ A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 93.

¹⁸¹ *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, [2018] ONCA 472 at para 112.

¹⁸² See: A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 93 and the literature invoked therein.

¹⁸³ CK Staff, *Spotlight on the 2016 Global 100*, Corporate Knights, <https://www.corporateknights.com/rankings/global-100-rankings/2016-global-100-rankings/spotlight-on-the-2016-global-100/> [accessed: 7.07.2021].

¹⁸⁴ CK Staff, *Spotlight...*

there are increasingly higher regulatory disclosure standards.¹⁸⁵ Current omnipresence of the environmental debate indicates that this trend will continue rather than diminish in the future. Even if the disclosure of environmental friendliness is not currently always the case, with time, there will likely be more regulations for companies obliging them to disclose more information regarding their involvement in a possible harmful environmental activities.¹⁸⁶ These disclosure requirements may discourage companies from engaging in environmentally harmful activities, or at least when engaging in such, to fulfill higher environmental standards.

In reference to the last argument, it may be simply said that this article provides quite a narrow test. Corporate Groups which are not engaged in environmentally harmful activities or meet very high environmental standards, shall not be afraid of their corporate veil being pierced.

To sum up this section, there are good arguments to say that the corporate veil, in the case of Corporate Group and environmental damages, provides an “artificial” insulation.¹⁸⁷ The next section will add another level of environmentally-driven arguments.

3. The arguments stemming from the “polluter pays” principle

The “polluter pays” principle is well-recognized in many international instruments.¹⁸⁸ Worldwide recognition of this principle is important because what the present article postulates will bring about any “change” only if it, sooner or later, achieves international recognition.

To a large extent, this article focuses on the analysis of Ontario’s case, and therefore reference shall be made to existing laws in this jurisdiction. Obviously, neither CEPA nor any other federal or provincial legislation states that an environmental damages judgement shall be enforceable within a whole Corporate Group.¹⁸⁹ Still, CEPA implements the “polluter pays” principle. In the wording of this act, direct reference to

¹⁸⁵ See: N. O. Keohane, S. Olmstead, *Markets...*, pp. 132–133 and EU Regulation 2019/2088 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on sustainability-related disclosures in the financial services sector, OJ L 317, 9.12.2019.

¹⁸⁶ N. O. Keohane, S. Olmstead, *Markets...*, pp. 132–133.

¹⁸⁷ A level of insulation only grows with the number of level of subsidiaries. See: N O Keohane, S. Olmstead: *Markets...*, p. 93.

¹⁸⁸ P. Sands, *Principles...*, pp. 228–233.

¹⁸⁹ What is quite logical since otherwise probably there would be no case in Supreme Court regarding such issue (or at least not a one in the current shape).

the principle can be found in sec. 287, regarding fundamental purpose of sentencing¹⁹⁰ and more importantly, from the viewpoint of this article, in the preamble, we can read: “Whereas the Government of Canada recognizes the responsibility of users and producers in relation to toxic substances and pollutants and wastes, and has adopted the “polluter pays” principle.”¹⁹¹

Interestingly, CEPA recognized existence of the principle in Canada, but does not define it.¹⁹² In different instruments, different definitions of the principle can be found, and regardless of the common recognition of the rule, there is no commonly accepted definition thereof.¹⁹³ In international literature, we can find various opinions, some stating that this rule simply means that “the costs of pollution should be borne by the person responsible for causing the pollution.”¹⁹⁴ Such a broad definition reflects the wording of the principle, but is only an example. Both the meaning and the application is open to interpretation,¹⁹⁵ and has evolved over time.¹⁹⁶ There are some doubts as to whether this principle, in its international application, refers, amongst other things,¹⁹⁷ to a civil liability of the polluter for the harms caused to the environment.¹⁹⁸ However, such application is not contradictory to the wording of the principle¹⁹⁹ and constitutes an additional measure enhancing the environmental debate and seems to have been an approach adopted in the European Union.²⁰⁰ It may be also pointed out that the “polluter pays” principle may be found in Polish legislation.²⁰¹

¹⁹⁰ Sec. 287 of the CEPA “The fundamental purpose of sentencing for offences under this Act is to contribute, in light of the significant and many threats to the environment and to human health and to the importance of a healthy environment to the well-being of Canadians, to respect for the law protecting the environment and human health through the imposition of just sanctions that have as their objectives [...] (c) to reinforce the ‘polluter pays’ principle by ensuring that offenders are held responsible for effective clean-up and environmental restoration” [emphasis added].

¹⁹¹ See: preamble of the CEPA.

¹⁹² Unless the term may be treated as self-explanatory.

¹⁹³ P. Sands, *Principles...*, pp. 228–229, 236.

¹⁹⁴ P. Sands, *Principles...*, p. 228.

¹⁹⁵ P. Sands, *Principles...*, p. 228.

¹⁹⁶ P. Sands, *Principles...*, pp. 230–233.

¹⁹⁷ For example certain adjusting fees and taxes. See: P. Sands, *Principles...*, pp. 230–231.

¹⁹⁸ P. Sands, *Principles...*, pp. 230–233.

¹⁹⁹ Compare: OECD, *The Polluter Pays Principle*, OECD Publishing, 2008, p. 6.

²⁰⁰ D.S. Bakst, *Piercing...*, pp. 349–350.

²⁰¹ See: Article 7 of the Polish environmental protection Act (*Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska*, Journal of Laws 2020 No. 1219 as amended).

Most importantly, for the purposes of this article, neither CEPA, nor Polish legislation or the referenced literature define the terms “polluter” or “person responsible for causing the pollution.” We are dealing with the term whose meaning, alike the meaning of the whole principle, may be pondered. It seems that logically, the polluter should be treated as a person or company which caused the environmental damage. Thus, it may be argued that since a certain company from Corporate Group caused the damage, other companies from this specific group, as separate entities, should not be treated as a polluter. However, as it was shown above, there are very strong arguments to treat Corporate Group as a one economic entity, and their separation may be seen as an “artificial one.”²⁰² Such “evolution” of the term “polluter”, encompassing Corporate Group, is in accordance with the Principle 22 of the Stockholm Declaration,²⁰³ and the New Test constitutes one of the measures to fulfill the existing liability gaps as recognized by the states.²⁰⁴

The reason for treating an entire Corporate Group as the polluter can be also justified by showing the dilemma that occurs when deciding who ought to incur the costs of the pollution. In order to see who will be potentially liable for costs of pollution, it has to be considered in what situations a judgement-creditor would be even interested in enforcing judgement against an entity other than the judgement-debtor. Before doing that, it has to be again highlighted that this article does not say anything about other than the principle of the corporate veil defenses available for the defendant in the enforcement action. It assumes that we have a judgement that properly grants environmental damages, which should be paid by the judgement-debtor. Accepting such assumptions, a person incurring the costs of pollution can be considered.

The first situation is similar to the one of Chevron. There may be problems with an enforcement of an environmental damage judgement in the judgement-debtor jurisdiction, which is different from the jurisdiction of the court issuing the judgement.²⁰⁵ The lack of enforcement may be justified by, for example, a corruption in the issuing court. In such cases, a judgement “ideally” should also not be enforced in other juris-

²⁰² See section IV.2. of this article.

²⁰³ “States shall cooperate to develop further the international law regarding liability and compensation for the victims of pollution and other environmental damage caused by activities within the jurisdiction or control of such States to areas beyond their jurisdiction.” Principle 22 of the United Nations, *UN Stockholm Declaration. Declaration of the UN Conference on the Human Environment*, 1972.

²⁰⁴ P. Sands, *Principles...*, p. 701.

²⁰⁵ Normally, there should be no problems with enforcing a judgement in jurisdiction in which the judgement was issued.

dictions.²⁰⁶ But the enforcement problems may be also based on the fact that especially jurisdictions of parent companies are protecting “their own companies.” In such cases, the judgement-creditor will be able to go to another jurisdiction that would accept or introduce the New Test. In states where a care for the environment is greater, and where subsidiaries are treated a little less as “separate companies”, courts may be more eager to enforce such a judgement. In such situations, it may be harder to convince the court and argue broad interpretations of the “polluter”, because it will inevitably lead to forum shopping, and arguably to the “freezing” of investments in such countries. However, the author of this article still thinks that this should be the case. In such cases we are dealing with a situation where the judgement-debtor caused environmental damage but does not pay for it and the “environment” is incurring the cost of such pollution without any reimbursement. The only option of obtaining any “environmental reimbursement”, is through going to the “Indirect Polluter”. The problem is legally complicated but, in essence, boils down to a simple dilemma: who should bear the cost of pollution – the environment and/or victims of pollution, or rather the company against which the judgement was not issued, but is very closely economically and organizationally related with the judgement-debtor? In the opinion of the author of this article, the latter. A visible drawback of such an approach is the fact that such environmental costs would be incurred not by the “direct-debtor”, but by “indirect ones”. However, it should be a problem that Corporate Group and its creditors face, and not the environment.²⁰⁷ This issue is “only” about the elaboration of an international standard by one jurisdiction, which will hopefully be later on, followed by others.²⁰⁸

The second situation is different. We may deal with circumstances where the subsidiary becomes insolvent, and therefore the judgement-creditor is not able to recoup the entirety of the amount adjudicated. Looking at the amounts of currently awarded environmental damages,²⁰⁹ and keeping in mind the fact that due to the higher environmental awareness, they are likely to grow even further, it is a very possible scenario. The New Test would allow the subsidiary to go with such a not entirely

²⁰⁶ As it was already mentioned in this article, it is assumed that we are dealing with a judgement unburdened by any defects.

²⁰⁷ Creditors of such indirect debtors/subsidiaries may “unjustly” incur losses but again, ideally, this is about already mentioned disclosure requirements and more proper matching of business partners/investments. If one invests in a company belonging to a group engaged in environmentally harmful activity one should take into account the fact that there is higher possibility of losses.

²⁰⁸ It is easier said than done and may lead to some “conflicts” between the states.

²⁰⁹ For example, 9.51 billion in the Chevron case.

enforced judgement to other companies from the Corporate Group, and obtain the residual amount.²¹⁰ As A. Imanalin noticed, in reference to tortious claims regarding personal injury or death, a rejection to enforce a judgement in such circumstances, would mean that an environment is subsidizing the Corporate Group.²¹¹ As in the case of the first situation, we are, once again, facing a dilemma of who should be the party incurring costs: the environment or the Corporate Group. If we do not allow such a judgement to be enforced, we will shift the pollution costs on a constantly and increasingly deteriorating environment instead of on Corporate Group.²¹² Again it should be economically and morally undesirable to solve such dilemma in favour of any Corporate Group. Therefore, again, there are strong arguments to take a broad approach to the term “polluter.”

The above trial to include the New Test into the “polluter pays” principle is important because of the above-mentioned worldwide recognition of the rule. The rule is usually cited as one of the foundations of environmental law, so its obvious benefit is that it might constitute an additional argument to convince other jurisdictions to adopt the New Test. However, if we agree that the New Test can be supported by the “polluter pays” principle, the discussion cannot finish at the current level, since this principle is sometimes formulated in a more economically-driven way. For example, the Rio Declaration²¹³ Principle 16 reads: “National authorities should endeavour to promote the internalization of environmental costs and the use of economic instruments, taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the cost of pollution, with due regard to the public interest and *without distorting international trade and investment*” [emphasis added].

This rule is similarly formulated by the Organization for Economic Co-operation and Development.²¹⁴ Such wording might suggest that environmental and economic clashes will be solved in favour of the trade and investment narrative. In light of the above arguments,²¹⁵ it may be ques-

²¹⁰ The question may be whether judgement-creditor shall be able to enforce it only against parent or also against other subsidiaries.

²¹¹ See: A. Imanalin, *Rethinking...*, pp. 97–98. In more economic terms we may say the “private firms and individuals may impose negative externalities on other members of society, and will fail to provide efficient amounts of public goods.” See: N. O. Keohane, S. Olmstead: *Markets...*, p. 125.

²¹² The revenue of the Chevron in 2017 amounted to US\$ 141.722 billion. See: https://en.wikipedia.org/wiki/Chevron_Corporation [accessed: 11.11.2021].

²¹³ United Nations, *Rio Declaration on Environment and Development*, The United Nations Conference on Environment and Development Rio de Janeiro, Brasil, 1992.

²¹⁴ OECD, *The Polluter...*, p. 12.

²¹⁵ See section IV.1 of this article.

tionable whether such economically-driven outcomes of the clash would still be the case and whether such wording of the principle can be upheld. However, the New Test should not be deemed as a contradiction to this principle even if formulated in such a way. If the company from the corporate group is not engaged in environmentally harmful activity, or is following the environmental standards, there should be no judgement against it, ordering to pay environmental damages. Therefore the New Test, in essence, does not state that there shall be no trade or investment which may involve the environment. It simply states that if a corporation is engaged in such activities, it shall perform it in such a way that it does not cause environmental damages for which it may be liable. Otherwise, the whole Corporate Group to which it belongs may be liable. Even if, at the beginning, the New Test may be shocking for the market and cause some distortions, after a transitional period and higher environmental disclosure standards, the markets should calm down and adjust the prices of companies accordingly.

Conclusions

In summary, inspired by the Chevron judgements, the author of the article undertook a complex task. Firstly, he tried to generalize a single aspect of the Chevron case which shows a clash of environmental values with one of the most basic principle of the corporate law, that is, the principle of the corporate veil. Subsequently, by showing the age of this principle, a constantly growing environmental debate, the artificiality of the principle in the case of Corporate Group and by an attempt to fit the arising clashes and problems into the “polluter pays” principle,²¹⁶ this article argued that the time had come to establish the New Test which would solve the clash in favour of the environment. The proposed test is quite simple: the corporate veil shall be pierced in case of enforcement of an environmental damages judgement against a company from Corporate Group of the judgement-debtor. In a world dominated by the interest of global corporations,²¹⁷ the adoption of the New Test in the

²¹⁶ To obtain stronger domestic and international justification.

²¹⁷ See for example the Apple company which was/is worth more than Poland: http://money.cnn.com/2012/02/29/technology/apple_market_cap/index.htm or “International Paper” – a company which has more land than Panama: <http://natemat.pl/3413,apple-banki-i-mcdonald-s-firmy-wieksze-niz-panstwa-i-czemu-warto-prywatyzowac> [accessed: 11.11.2021].

case law or legislation may result in freezing effects on investments in jurisdictions adopting such approach. Therefore, as *Chevron 2* judgement shows, an adoption thereof seems currently unbelievable. However, regardless of the final outcome of the *Chevron* case, some parts of *Chevron* judgments²¹⁸ show that the wind of change is slowly approaching.²¹⁹ Courts very readily invoke the century-old *Salomon v Salomon Ltd.*²²⁰ case, but almost never notice that the case was based on very formalistic justification (the will of Parliament), and that serious doubts regarding “fairness” of the judgement were raised at the time.²²¹ Since *Salomon*, a lot has changed in terms of interpretation of the statutes. Questions may also be raised about whether this old judgement should be used to strengthen the argumentation regarding the corporate veil in the case of Corporate Group, and whether the principle should be applicable in the same manner to tort damages.²²² Currently, we are seeing growth in both, corporate group liability and environmental debate. Proposed in this article, the New Test, is an outcome in accordance with principle 13 of the Rio Declaration,²²³ and, in general, with the steady progress regarding higher environmental liability.²²⁴ Furthermore, if one agrees that the environment should be prioritized over doubtfully justified interests of companies, when choosing from these two, it is simply unjust to say that the environment should bear the cost of the pollution rather than the entities related to the “polluting corporations”. An artificial corporate veil in the case of Corporate Group should not be an argument to reject payment of environmental damages, since it would only cause the environment to subsidize companies and would encourage them to engage in environmentally hazardous activities. A broad environmental liability regime is required since it not only provides resources to recover the damages, but also “encourages” companies to more strictly adhere to environmental standards, modify their activity to be a more environmentally friendly, or even engage in other activities that are less or not at all environmentally harmful.²²⁵ If courts and legislators notices all of that, we may see the fight of David and Goliath with a surprisingly environmental-friendly outcome.²²⁶ The only thing that is needed is

²¹⁸ Especially concurring opinion of Justice Nordheimer.

²¹⁹ See: section IV.2. of this article.

²²⁰ *Salomon v. Salomon Ltd.* [1897] A.C. 22 (Eng.).

²²¹ R. Thompson, *Piercing...*, p. 383.

²²² A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 96.

²²³ United Nations, *Rio Declaration...*

²²⁴ P. Sands, *Principles...*, p. 772.

²²⁵ P. Sands, *Principles...*, p. 700.

²²⁶ The comparison made by Professor Natalie J. Chalifour during the last class on Sustainability and the Law, which took place at University of Ottawa on April 10, 2018.

for judges and legislators to care more about the environment,²²⁷ which would lead to greater eagerness to establish a New Test, that is, a lack of corporate veil within the Corporate Group in case of enforcement of environmental damages judgements.²²⁸ The outcome will not be as astonishing as it may look at first glance, since we already have jurisdictions that recognize a broad test for piercing the corporate veil within the corporate group.²²⁹

Would a court, as it was in *Chevron 2* case, be an appropriate forum to solve such complicated liability problems that might have international consequences? The best solution would likely be an international treaty, or at least national legislation recognizing the possibility of enforcement of an environmental damages judgement against the whole corporate group.²³⁰ However, seeing the controversy of the issue and the difficulties of negotiations and ratifications of treaties regarding civil liability for environmental damages,²³¹ we may wake up one day to find that the problem of proper forum has solved itself, since there will be no environment to live in, and therefore, simply no forum at all.

Bibliography

Primary sources

114957 *Canada Ltée (Spraytech)*, [2001] 2 SCR 241 (SCC) (available on <http://canlii.ca/t/51zx>).

EU Regulation 2019/2088 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on sustainability-related disclosures in the financial services sector, OJ L 317, 9.12.2019.

Earth Summit, “Agenda 21” (1992) The United Nations programme for action from Rio.

²²⁷ It has to be noticed that in *Chevron 2* we see a purely corporate law narrative.

²²⁸ A. Imanalin, *Rethinking...*, p. 96.

²²⁹ In New Zealand there is the “just and equitable” test. The test does not refer to the environment but it seems to be broad enough to be able to cover environmental justification to pierce the veil. See: sec. 271 of the Companies Act 1993 No 105 (as at 28 September 2017), Public Act 271 Pooling of assets of related companies – New Zealand Legislation”, <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1993/0105/177.0/DLM321938.html> [accessed: 11.11.2021].

²³⁰ Such a treaty may for example establish an international tribunal or court dealing with such issues and define a corporate group even more broadly than it has been done in this article.

²³¹ P. Sands, *Principles...*, pp. 737–772.

- Legislative Services Branch, “Consolidated federal laws of Canada, Bankruptcy and Insolvency Act”, (12 December 2017), online: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/B-3/page-1.html#h-2>>.
- Legislative Services Branch, “Consolidated federal laws of Canada, Canada Business Corporations Act”, (31 December 2017), online: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-44/page-3.html#h-7>>.
- Legislative Services Branch, “Consolidated federal laws of Canada, Canadian Environmental Protection Act, 1999”, (12 February 2018), online: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-15.31/page-1.html>>.
- Chevron Corp v Yaiguaje*, [2015] 3 SCR 69 (SCC) (available at <http://canlii.ca/t/gkzns>).
- “Companies Act 1993 No 105 (as at 28 September 2017), Public Act 271 Pooling of assets of related companies – New Zealand Legislation”, online: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1993/0105/177.0/DLM321938.html>>.
- United Nations, “Convention on biological diversity” (1992) United Nations Lorraine Talbot, *Critical company law* (Routledge, 2015).
- UN Stockholm Declaration, *Declaration of the UN Conference on the Human Environment* (1972). “Ecojustice Cases”, online: *Ecojustice* <<https://www.ecojustice.ca/cases/>>.
- Earth Charter Commission, “The earth charter” (2000) The Hague.
- Friends of the Oldman River Society v Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 SCR 3 (C) (available on <http://canlii.ca/t/1bqn8>).
- Indcondo Building Corporation v. Sloan*, 2015 ONCA 752, 31 C.B.R. (6th) 110. (Eng.).
- Kosmopoulos v Constitution Insurance Co*, [1987] 1 SCR 2 (C) (available on <http://canlii.ca/t/1ftpw>).
- Ontario v. Canadian Pacific Ltd. - SCC Cases*, [1995] 2 SCR 1031 online: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1280/index.do>>.
- R v Hydro-Québec*, [1997] 3 SCR 213 (C) (available on <http://canlii.ca/t/1fqzr>).
- “RES/70/1. Transforming our world: the 2030 agenda for sustainable development” (2015) 25 Seventieth United Nations General Assembly, New York.
- United Nations, *Rio Declaration on Environment and Development* (The United Nations Conference on Environment and Development Rio de Janeiro, Brazil, 1992).
- Salomon v. Salomon Ltd.* [1897] A.C. 22 (Eng.).
- Teti and ITET Corp v Mueller Water Products*, 2015 ONSC 4434 (available on <http://canlii.ca/t/gk997>).
- Transamerica Life Insurance Co of Canada v Canada Life Assurance Co*, 1996 C (available on <http://canlii.ca/t/1vtrr>).
- UN General Assembly, “The future we want” (2012) 66 Resolution 288.
- Yaiguaje v Chevron Corporation*, 2017 ONSC 135 (available on <http://canlii.ca/t/gx2x6>).
- Yaiguaje v Chevron Corporation*, 2017 ONCA 741 (available on <http://canlii.ca/t/h68k9>).

Secondary sources

- M Patricia Adamski & Edward Brodsky, *Law of Corporate Officers and Directors: Rights, Duties and Liabilities*.
- Mr Nathaniel O Keohane & Sheila M Olmstead, *Markets and the Environment* (Island Press, 2016).
- David S Bakst, "Piercing the Corporate Veil for Environmental Torts in the United States and the European Union: The Case for the Proposed Civil Liability Directive" (1996) 19 BC Int'l & Comp L Rev 323.
- Klaus Bosselmann, *The principle of sustainability: transforming law and governance* (Aldershot, England . Burlington, VT: Ashgate, 2008).
- Gro Harlem Brundtland, *Report of the World Commission on environment and development: "our common future."* (United Nations, 1987).
- Nathalie Cely, "Balancing Profit and Environmental Sustainability in Ecuador: Lessons Learned from the Chevron Case" (2014) 24 Duke Envtl L & Pol'y F 353.
- Larry Elliott, "World's eight richest people have same wealth as poorest 50%", (16 January 2017), online: *the Guardian* <<http://www.theguardian.com/global-development/2017/jan/16/worlds-eight-richest-people-have-same-wealth-as-poorest-50>>.
- Frederick Henry Lawson, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law: Five Lectures Delivered at the University of Michigan, November 16, 17, 18, 19, and 20, 1953* (University of Michigan Law School, 1955).
- Ali Imanalin, "Rethinking Limited Liability" (2011) 7 Cambridge Student L Rev 89.
- O Kahn-Freund, "Some Reflections on Company Law Reform" (1944) 7:1-2 The Modern Law Review 54.
- Donella H Meadows et al, "The limits to growth" (1972) 102 New York 27.
- Konrad Osajda, *Niewypłacalność spółki z o.o. Odpowiedzialność członków zarządu wobec jej wierzycieli* (Wolters Kluwer Polska, 2014).
- Stephen GA Pitel, *Private International Law in Common Law Canada: Cases, Text and Materials* (Emond, 2016).
- Philippe Sands et al, *Principles of International Environmental Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).
- Fenner L Stewart "Foreign judgments, judicial trailblazing and the cost of cross-border complexity: thoughts on Chevron Corp v Yaiguaje: Journal of Energy & Natural Resources Law: Vol 34, No 2", online: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/02646811.2015.1127673>>.
- Robert Thompson, "Piercing the Veil Within Corporate Groups: Corporate Shareholders as Mere Investors"(1999)" 13 Connecticut Journal of International Law 379.
- Piotr Wiórek, *Ochrona wierzycieli spółki z o.o. poprzez osobistą odpowiedzialność jej wspólników. Koncepcja odpowiedzialności przebijającej i nadużycia formy prawnej spółki w prawie niemieckim i polskim*, Wrocław 2016
- Maciej Zachariasiewicz, *Cel nie uświęca środków – nowojorski sąd odmawia uznania wyroku Ekwadorskiego sądu w sprawie szkód na środowisku wyznaczonych w regionie Lago Agrio*, Międzynarodowe prawo handlowe (ava-

ilable on <https://miedzynarodoweprawohandlowe.wordpress.com/2014/03/06/cel-nie-uswieca-srodkow-nowojorski-sad-odmawia-uznania-wyroku-ekwadorskiego-sadu-w-sprawie-szkod-na-srodowisku-wyrzadzonych-w-regionie-lago-agrio/>).

Maciej Zachariasiewicz, *Globalny zakaz przeciw-egzekucyjny nie jest dopuszczalny, czyli jedna z odsłon Ekwadorskiej sagi spółki Chevron*, Międzynarodowe prawo handlowe (available on <https://miedzynarodoweprawohandlowe.wordpress.com/2013/04/24/globalny-zakaz-przeciw-egzekucyjny-nie-jest-dopuszczalny-czyli-jedna-z-odslon-ekwadorskiej-sagi-spolki-chevron/>).

Maciej Zachariasiewicz, *Wyrok arbitrażowy w Bitowskiej sprawie Chevrona zatwierdzony zarówno w USA jak i w Holandii*, Międzynarodowe prawo handlowe (available on <https://miedzynarodoweprawohandlowe.wordpress.com/2015/01/02/wyrok-arbitrazowy-w-bitowskiej-sprawie-chevrona-zatwierdzony-zarowno-w-usa-jak-i-w-holandii/>).

M. Zmysłowska, *Odpowiedzialność przebijająca w prawie amerykańskim i włoskim*, Warszawa 2017.

“Global trends in climate change legislation and litigation: 2017 update”, online: *Grantham Research Institute on climate change and the environment* <<http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/publication/global-trends-in-climate-change-legislation-and-litigation-2017-update/>>.

Environment and Climate Change Canada & Environment and Climate Change Canada, “Guide to understanding the Canadian Environmental Protection Act: chapter 3”, (24 September 2009), online: *aem* <<https://www.canada.ca/en/environment-climate-change/services/canadian-environmental-protection-act-registry/publications/guide-to-understanding/chapter-3.html>>.

“Increasing Environmental Regulations”, online: *US Chamber of Commerce* <<https://www.uschamber.com/regulations/increasing-environmental-regulations>>.

International Union for Conservation of Nature, Natural Resources & World Wildlife Fund, *World conservation strategy: Living resource conservation for sustainable development* (Gland, Switzerland: IUCN, 1980).

“Spotlight on the 2016 Global 100”, (20 January 2016), online: *Corporate Knights* <<http://www.corporateknights.com/magazines//spotlight-on-the-2016-global-100-14533333/>>.

The Polluter Pays Principle (OECD Publishing, 2008).

United Nations, “UN Millennium Development Goals” (2000) New York: United Nations.

Redakcja i korekta: Barbara Todos-Burny (teksty polskie)
Krystian Wojcieszuk (teksty angielskie)

Projekt okładki: Grzegorz Nowak

Przygotowanie okładki do druku: Paulina Dubiel

Łamanie: Marek Zagniński

ISSN 2353-9852

Czasopismo wcześniej ukazywało się w formie drukowanej
ISSN 1896-7604

Publikacja na licencji Creative Commons Uznanie autorstwa-Na tych samych warunkach 4.0 Międzynarodowe (CC BY-SA 4.0)



Wersją pierwotną (referencyjną) czasopisma jest wersja elektroniczna, ukazująca się na platformie www.journals.us.edu.pl

W formie elektronicznej publikacja dostępna jest również w zasobach Central and Eastern European Online Library (www.ceeol.com)

Wydawca

Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego

ul. Bankowa 12B, 40-007 Katowice

www.wydawnictwo.us.edu.pl

e-mail: wydawnictwo@us.edu.pl

Wydanie I. Ark. druk. 14,75. Ark. wyd. 17,5.

Egzemplarz bezpłatny

ISSN 2353-9852

9 772353 985105 12

Więcej o książce

