



*18 3/2018

KREOWANIE
WIZERUNKU

MŁODA PALESTRA

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



MEDYCYNĄ
ESTETYCZNA
BŁĄD W SZTUCE
LEKARSKIEJ

KREOWANIE
WIZERUNKU
PRAWNIKA

9 772299 801019



ISSN 2299-8012



MIŁODA PALESTRA

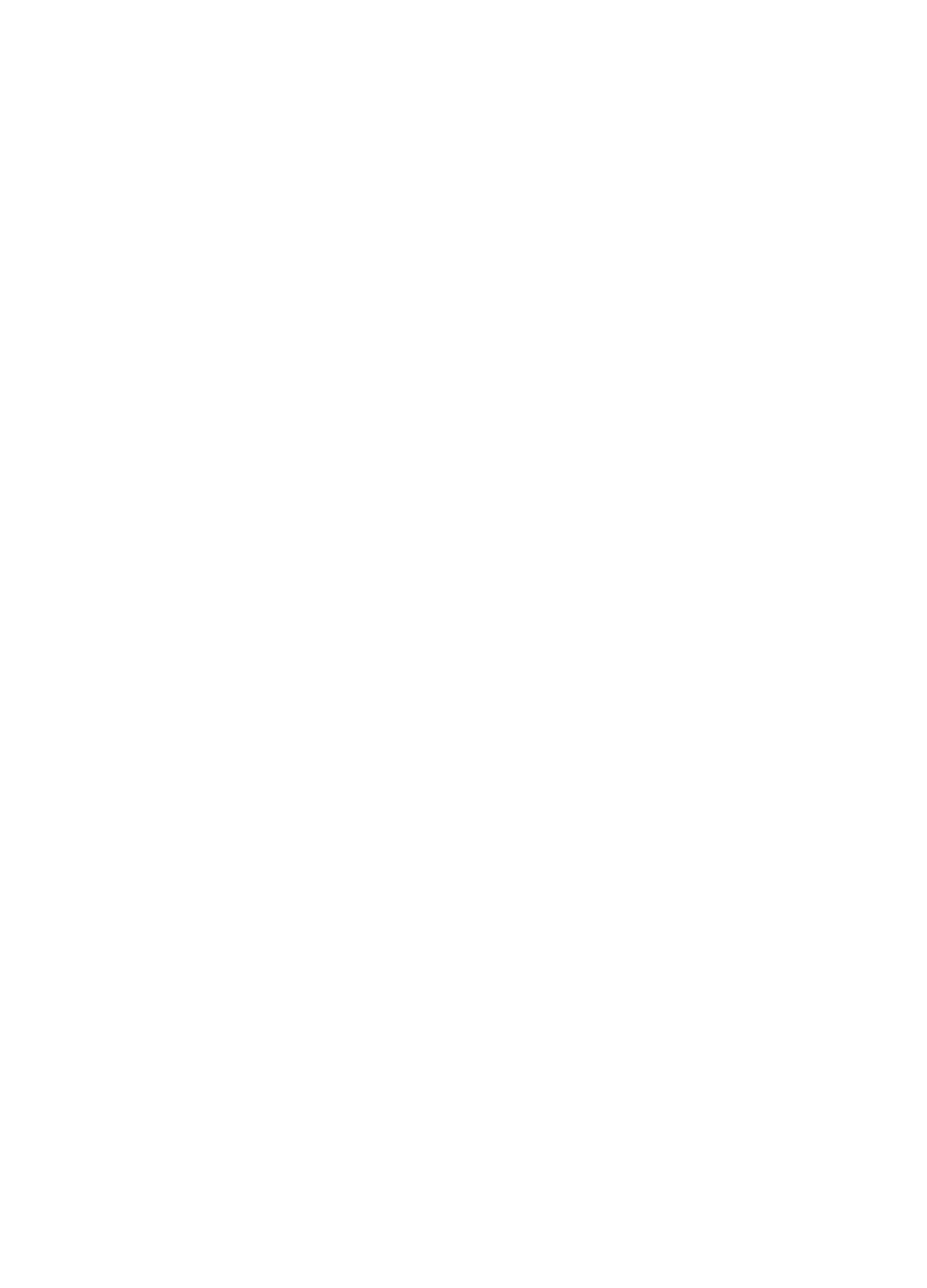
CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



IZBA ADWOKACKA
W WARSZAWIE



AUDEMUS IURA
NOSTRA DEFENDERE





Szanowne Koleżanki i Koledzy,

1 września 2018 r. odszedł od nas wybitny adwokat, Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej i redaktor „Palestry” – Czesław Jaworski, który urodził się w 1934 r. w Warszawie. W 1960 roku został wpisany na listę adwokatów, zaś już cztery lata po zdaniu egzaminu adwokackiego powierzono Mu funkcję zastępcy rzecznika dyscyplinarnego NRA. Jego praca samorządowa została zwieńczona w 1995 wyborem na stanowisko Prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej. Ważnym aspektem życia adwokata Jaworskiego było pismo adwokatury polskiej – „Palestra”, z którym był związany do końca swoich dni. Mecenas Jaworski to jednak przede wszystkim znakomity adwokat broniący w wielu procesach, w tym politycznych. W najnowszym wydaniu „Palestry” na wstępie został zamieszczony wywiad, którego Prezes Jaworski udzielił jednej z gazet w 2014 r. – warto, by każdy z adwokatów, ale przede wszystkim aplikantów zapoznał się z nim, albowiem obraz.

Miałam szczęście poznać i wielokrotnie rozmawiać z Panem Prezesem Jaworskim, który gorąco kibicował i wspierał pomysł reaktywacji naszego czasopisma. Adwokat Jaworski to postać, która na stałe odcisnęła piętno na kartach historii polskiej palestry, ale także niezwyklej Człowiek. Na zawsze pozostanie On w naszej pamięci.

Czas jednak się nie zatrzymuje i oto oddajemy Wam do lektury kolejny numer „Młodej Palestry-Czasopisma Aplikantów Adwokackich”. Tym razem zdecydowaliśmy się poruszyć temat wizerunku prawnika. Jako młodzi przedstawiciele zawodu adwokata chcemy dyskutować o nowoczesnych aspektach wykonywania naszego zawodu, dlatego zapraszamy Was do zapoznania się z artykułem w dziale Afisz. Na łamach najnowszego wydania poruszone zostały także inne tematy związane z tradycyjnymi obszarami praktyki adwokackiej – zajrzyjcie do poszczególnych działów. W numerze znajdziecie także relację z Ogólnopolskiej Spartakiady Prawników, która w tym roku odbyła się w Opolu w dniach 12 – 16 września br. „Młoda Palestra” już po raz kolejny była patronem medialnym tego wydarzenia.

Życząc Wam dobrej lektury, zachęcam do nadsyłania artykułów do kolejnego numeru, który ukaże się w grudniu br. na adres: redakcja@miodapalestra.pl Wytyczne dla autorów dostępne są na stronie www.miodapalestra.pl

Z koleżeńskim pozdrowieniem,

adwokat Magdalena Robaszyńska

redaktor naczelna „Młodej Palestry-Czasopisma Aplikantów Adwokackich”

Co w numerze?

Karne

26 Otwarty katalog dóbr osobistych w orzecznictwie

40 Dobre obyczaje w negocjacjach



10 Błąd w sztuce lekarskiej w aspekcie karnym na przykładzie medycyny estetycznej



Cywilne





98 Afisz

54 Rozporządzenie MAR
– cechy informacji
poufnej oraz przykłady
informacji poufnych
wskazane w wytycz-
nych ESMA

Etyka
i
inne



Gospodarcze



70 Jednak „Apple lepsze”?
Hegemonia iPada
Apple została usank-
cjonowana poprzez
wyrok Sądu UE

84 Procedura ustanowie-
nia wybranego pełno-
mocnika i obrońcy w
postępowaniu cywil-
nym i karnym



IZBA ADWOKACKA
W WARSZAWIE



AUDEMUS IURA
NOSTRA DEFENDERE

3/2018 (18)

**Projekt współfinansowany przez
Naczelną Radę Adwokacką**

Redaktor Naczelny:

Magdalena Robaszyńska

Zastępca Redaktora Naczelnego:

Piotr Babiaryz

Redaktor prowadząca:

Klaudia Kądrowska

Redakcja:

Paulina Bednarek

Alicja Cessak

Anna Dąbrowska-Macios

Tomasz Gołembiewski

Klaudia Kądrowska

Anna Kruczyk

Agnieszka Michalak

Magdalena Niegierewicz

Krzysztyna Zuzanna Siwicka

Joanna Tkaczyk

Recenzenci:

Paweł Deszczuk

Jakub Jacyna

Andrzej Lagut

Agnieszka Masalska

Karol Pachnik

Witold Sławiński

Jarosław Szewczyk

Andrzej Ważny

Projekt graficzny i DTP:

Michał Kupidura

Adres Redakcji:

Redakcja „Młodej Palestry-

Czasopisma Aplikantów Adwokackich”

Al. Ujazdowskie 49, 00-536 Warszawa

Wersją podstawową czasopisma
jest wydanie elektroniczne.

ISSN 2299-8012

Karne



**MŁODA
PALESTRA**

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



BŁĄD w sztuce lekarskiej

•••
w aspekcie karnym
na przykładzie medycyny
estetycznej

Anna Ruszczyk

mgr prawa, WPiA UWM w Olsztynie



Medycyna estetyczna w Polsce staje się coraz bardziej popularna. Przede wszystkim ma ona na celu poprawienie wyglądu zewnętrznego człowieka. Zdarza się, że źle przeprowadzony przez lekarza medycyny estetycznej zabieg o charakterze upiększającym, spowodował rozstrój zdrowia lub trwałe uszczerbek na zdrowiu świadczeniobiorcy, albo nawet mógł doprowadzić do jego śmierci. Mamy wówczas do czynienia z błędem w sztuce lekarskiej. Obrażenia, które poniósł pacjent, skutkują tym, że sprawca-lekarz medycyny estetycznej ponosi m.in. odpowiedzialność karną.



WSTĘP-ZAGADNIENIA WYJAŚNIAJĄCE

Medycyna estetyczna to dział medycyny, który należy do estetologii medycznej¹. Zajmuje się ona zapewnieniem wysokiej jakości życia ludzi zdrowych poprzez:

1 R. Śpiewak, Estetologia medyczna, medycyna estetyczna, dermatologia estetyczna, chirurgia estetyczna, ginekologia estetyczna, stomatologia estetyczna – definicje i wzajemne relacje poszczególnych dziedzin. Estetologia Medyczna i Kosmetologia 2012; nr 2(3), s. 70–71.



- 1. działania zapobiegawcze, zorientowane głównie na prof laktykę starzenia się skóry,**
- 2. w kolejnym etapie na jej rekonstrukcję.**

Zatem jest działem medycyny obejmującym procedury, których stosowanie jest prawnie dopuszczalne wyłącznie przez lekarzy dysponującym prawem do wykonywania zawodu. Są to, więc czynności obejmujące: ordynację leków wydawanych z przepisu lekarza oraz zabiegi nieinwazyjne lub o niewielkim stopniu inwazyjności. Celem wyłącznym lub nadrzędnym tych działań jest poprawa fizycznej atrakcyjności pacjenta.

Historia medycyny estetycznej sięga starożytności, choć jako samodzielna dyscyplina medyczna pojawiła się dopiero w latach 70. XX wieku we Francji. „Ojciec współczesnej medycyny estetycznej” Jean Jacques Legranda założył w 1973 r. w Paryżu Francuskie Towarzystwo Medycyny Estetycznej². Natomiast w 1978 roku w Mediolanie utworzono pierwszą placówkę naukową, która wprowadziła medycynę estetyczną jako przedmiot akademicki.

Medycyna estetyczna dotarła w latach 90. XX w do Polski. Przy Polskim Towarzystwie Lekarskim powstała w tym okresie Sekcja Medycyny Estetycznej, która była pierwszą polską organizacją popularyzującą medycynę estetyczną w środowisku medycznym i poza nim³. Od 2011 roku była Sekcja Medycyny Estetycznej PTL, funkcjonująca obecnie jako Polskie Towarzystwo Medycyny Estetycznej i Anti-Aging, certyfikuje lekarzy medycyny estetycznej według ściśle określonych kryteriów.

Zakres kompetencji lekarza medycyny estetycznej oraz zaawansowania zabiegów z tej dziedziny lokują się między kosmetologią a chirurgią

2 M. Wasiluk, Medycyna estetyczna – więcej niż kosmetologia, mniej niż chirurgia plastyczna, <http://www.marekwasiluk.pl/medycyna-estetyczna-wiecej-niz-kosmetologia-mniej-niz-chirurgia-plastyczna/>[dostęp 1.08.2018]

3 M. Wasiluk, Medycyna estetyczna – więcej niż kosmetologia, mniej niż chirurgia plastyczna, <http://www.marekwasiluk.pl/medycyna-estetyczna-wiecej-niz-kosmetologia-mniej-niz-chirurgia-plastyczna/>[dostęp 1.08.2018]

estetyczną⁴. W odróżnieniu od chirurgii plastycznej jej działania obejmują poza chirurgiczne zabiegi o charakterze małoinwazyjnym. Pomimo tego są to nadal interwencje bardziej zaawansowane, mocniej ingerujące w głębsze struktury skóry niż powierzchowne oddziaływania kosmetyczne czy kosmetologiczne na skórę. Zabiegi z zakresu medycyny estetycznej nie wymagają pobytu w szpitalu, lecz są wykonywane ambulatoryjnie. Należy pamiętać, iż lekarzem medycyny estetycznej może zostać każdy lekarz innej specjalności doksztalający się w tej wskazanej dziedzinie estetologii medycznej.



DEFINICJA BŁĘDU W SZTUCE LEKARSKIEJ

W doktrynie są podzielone zdania co do zakresu znaczeniowego pojęcia błędu, ponieważ błąd w sztuce lekarskiej nie ma legalnej ani innej powszechnie uznanej definicji. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, iż błąd medyczny to zaniechanie lekarza w zakresie diagnozy, terapii, niezgodnej z nauką medyczną w zakresie dostępnym dla lekarza⁵.

Zgodnie z Wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 24 października 2013 r. (sygn. akt IV CSK 64/13): *„Pojęcie „błędu w sztuce lekarskiej” odnosi się zatem nie tylko do błędu terapeutycznego (błędu w leczeniu, w tym błędu operacyjnego), ale również do błędu diagnostycznego (błąd rozpoznania). W wypadku konieczności poprzedzenia zabiegu operacyjnego specjalistycznymi badaniami błąd diagnostyczny może się odnosić do etapu tych badań, a jego konsekwencją może być błędna diagnoza schorzenia prowadząca do błędnej decyzji o zabiegu operacyjnym, lub o zakresie takiego zabiegu”⁶.*

4 M. Wasiluk, Medycyna estetyczna – więcej niż kosmetologia, mniej niż chirurgia plastyczna, <http://www.marekwasiluk.pl/medycyna-estetyczna-wiecej-niz-kosmetologia-mniej-niz-chirurgia-plastyczna/> [dostęp: 1.08.2018].

5 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1.04.1955r., IV CR 39/54, OSN 1957, poz.7; patrz także, Wyrok Sądu Okręgowy w Słupsku z dnia 8 października 2013 r., sygn. I C 152/12., [http://orzeczenia.slupsk.so.gov.pl/content/\\$N/15102000000503_I_C_000152_2012_Uz_2013-11-14_001](http://orzeczenia.slupsk.so.gov.pl/content/$N/15102000000503_I_C_000152_2012_Uz_2013-11-14_001) [dostęp: 1.08.2018].

6 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 października 2013 r., sygn. akt IV CSK 64/13, <http://www.sn.pl/sites/orzecnictwo/Orzeczenia3/IV%20CSK%2064-13.pdf> [dostęp: 1.08.2018]



Sąd Najwyższy podkreślił w Wyroku z dnia 12 lutego 2013 r. (sygn. akt II KK 124/12), iż: „*lekarz może odpowiadać karnie za przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu pacjenta w związku z zabiegiem leczniczym (rozumianym w szerokim znaczeniu tego pojęcia, tzn. obejmującym diagnozę, terapię i profilaktykę chorób) tylko w razie zawinionego błędu sztuki lekarskiej. Ustalenie błędu w sztuce lekarskiej zależy od odpowiedzi na pytanie, czy postępowanie lekarza w konkretnej sytuacji i z uwzględnieniem całości kształtu 5 okoliczności istniejących w chwili zabiegu, a zwłaszcza tych danych, którymi wówczas dysponował albo mógł dysponować, zgodne było z wymaganiami aktualnej wiedzy i nauki medycznej oraz powszechnie przyjętej praktyki lekarskiej*”.

Interesujące są głosy w doktrynie odnośnie def nicji błędu w sztuce lekarskiej, które w znacznej części pokrywają się ze stanowiskiem Sądu Najwyższego.

Przykładowo L. Wachholz uważał, że błąd w sztuce lekarskiej to: „nieumyślne uszkodzenie ciała lub pozbawienie życia chorego „(...) *wskutek nieświadomości zasad sztuki lub zaniedbania, że błąd tylko wtedy może być uznany za karygodny, jeżeli był widoczny, jeżeli można go było uniknąć przez stosowanie zwykłych a nie nadzwyczajnych wiadomości lub zręczności*”⁸.

Natomiast A. Liszewska twierdziła, iż: „(...) *„błąd w sztuce medycznej oznacza naruszenie przez lekarza (świadomego tego, że podejmuje czynność medyczną) obowiązujących go w konkretnym wypadku, wypracowanych na gruncie nauki i praktyki reguł postępowania zawodowego wobec dóbr prawnych w postaci życia i zdrowia człowieka, które na gruncie prawa stanowi podstawę dla stwierdzenia naruszenia obowiązku ostrożności*”⁹. Na podstawie art. 9 § 2 k.k. nieumyślny błąd w sztuce lekarskiej może być podstawą przypisania lekarzowi odpowiedzialności karnej za dokonanie nieumyślnego czynu zabronionego, je-

7 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2013 r., sygn. akt II KK 124/12, <http://sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/II%20KK%20124-12.pdf> [dostęp: 1.08.2018 r.]

8 Z. Marek, *Błąd medyczny, odpowiedzialność etyczno-deontologiczna i prawna lekarza*, Kraków 2007, s. 34.

9 A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna lekarza za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 28.

żeli możliwość popełnienia tego czynu mógł przynajmniej przewidzieć w okolicznościach wymagających ostrożności¹⁰.

Przez należyłą staranność należy rozumieć działanie, które jest wykonywane jak najlepiej. Na podstawie art. 355 k.c. należyta staranność polega na zachowaniu ogólnie wymaganej staranności w stosunkach danego rodzaju, ale w przypadku działania podmiotu gospodarczego uwzględnia się również charakter zawodowy tej działalności¹¹. W związku z tym lekarz (czy inni członkowie personelu medycznego) podejmując się wykonania zabiegu, jest zobowiązany działać z należyłą starannością. Przez należyte wykonanie zawodu przez lekarza powinno się rozumieć m.in.: *„(...) obowiązek zapoznania się z właściwościami stosowanych środków, zarówno leków jak i wyrobów medycznych, przeciwwskazaniami i ostrzeżeniami producentów. Bez takiej wiedzy lekarz nie może podjąć rzetelnie decyzji o zastosowanym leczeniu i sposobie jego przeprowadzenia. Należy przy tym oczekiwać, że staranność lekarza będzie tym większa, im większe zagrożenie może stwarzać dana procedura i w użyciu w jej trakcie sprzęt lub środki farmakologiczne”*¹².

Z kolei w Wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 marca 2015 r. (sygn. akt VI ACa 651/14) zauważono, iż: *„(...) żaden z lekarzy nie znał wyniku badań, potwierdza rażące niedbalstwo w tym zakresie, a polegające na braku należytej staranności przy monitorowaniu zleconej do wykonania analizy. Oczywistym było zachowanie powódki, która nie dopytywała się o wynik badań, bowiem mogła zakładać, że ich rezultat analizy nie jest niepokojący, skoro personel medyczny nie widział podstawy do przekazania jej jakiegokolwiek informacji na ten temat”*¹³.

10 Art. 9 § 2 ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553) dalej zwana k.k.

11 Art. 355 Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93) dalej zwaną k.c.

12 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 marca 2015 r., sygn. akt I ACa 515/14, [http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/content/\\$N/15450000000503_I_ACa_000515_2014_Uz_2015-03-04_001](http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/content/$N/15450000000503_I_ACa_000515_2014_Uz_2015-03-04_001) [dostęp: 1.08.2018].

13 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 marca 2015 r. sygn. akt VI ACa 651/14, [http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/content/\\$N/154500000003003_VI_ACa_000651_2014_Uz_2015-03-10_002](http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/content/$N/154500000003003_VI_ACa_000651_2014_Uz_2015-03-10_002) [dostęp: 1.08.2018].



W związku z wymienionymi wyżej orzeczeniami przez należytą staranność należy rozumieć szereg obowiązków, które mają znaczenie dla powstania odpowiedzialności prawnej lekarza, czyli odpowiedzialności cywilnej, karnej oraz dyscyplinarnej. Bardzo istotne jest odnotowywanie wszystkiego w dokumentacji medycznej, bowiem umożliwia to nie tylko, czy postępowanie było zgodne z wiedzą medyczną, ale także potwierdza, czy lekarz zachował należytą staranność.



ŚWIADCZENIE LEKARZA MEDYCyny ESTETYCZNEJ JAKO ZOBOWIĄZANIE STARANNEGO DZIAŁANIA

Przy prawnej ocenie charakteru zobowiązania z zakresu medycyny estetycznej, należy przyjąć podział na:

- a) zabiegi z zakresu medycyny estetycznej sensu stricto,**
- b) zabiegi typowo estetyczne - kosmetyczne,**

- przy czym wszystkie zabiegi chirurgii plastycznej należą do kategorii świadczeń zdrowotnych¹⁴. Mają one charakter leczniczo-terapeutyczny.

Świadczenie lekarza medycyny estetycznej, co do zasady traktuje się jako zobowiązanie starannego działania. Jednak każdą umowę pomiędzy lekarzem a pacjentem należy interpretować indywidualnie. W przypadku zabiegów kosmetycznych, pozbawionych terapeutycznego oddziaływania, istotna jest ocena umowy zawartej pomiędzy stronami, aby ocenić charakter zobowiązania- czy podmioty umówiły się na rezultat (oczekiwany przez pacjenta), czy też na typową usługę kosmetyczną.

Zgodnie z tezą Wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2000 r. (sygn. akt III KKN 1008/98): *„Przy zabiegach kosmetycznych (medycyna estetyczna): „[...] nie sposób przyjmować odpowiedzialności za rezultat. Zabieg ten jest kwalifikowany jako zobowiązanie staranności, a odpowiedzialno-*

14 art. 5 pkt 40 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. Nr 210, poz. 2135 ze zm.)

ści lekarza nie powoduje fakt, iż nie osiągnięto rezultatu przyrzeczonego przez lekarza, pomimo dołożenia staranności. Brak podstaw do tego, aby zaostriżyć odpowiedzialność za tego rodzaju działalność lekarską. Tego stanowiska nie może zmienić fakt, iż przy operacjach chirurgiczno-plastycznych musi być utrzymana właściwa proporcja ryzyka operacyjnego w stosunku do spodziewanego rezultatu, iż należy przestrzegać wymagania najwyższej staranności co do sposobu przeprowadzenia zabiegu i jego warunków technicznych; iż zaostriżony jest przy tych zabiegach wymóg zgody pacjenta. Te okoliczności uwzględnia się przy ocenie odpowiedzialności w ramach zobowiązania staranności¹⁵.

Wynika z treści tego orzeczenia, iż przy wykonywaniu zabiegów z zakresu chirurgii estetycznej lekarz nie przyjmuje odpowiedzialności za rezultat. Ponadto, wykonanie zabiegów z zakresu medycyny estetycznej wymaga zachowania najwyższych standardów, dlatego więc obowiązuje nowoczesny wzorzec specjalisty, a nie wzorzec przeciętnego specjalisty.

Przede wszystkim to lekarz powinien w sposób szczególnie staranny poinformować pacjenta o możliwych skutkach zabiegu. Potwierdza to Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 września 1999 r. (sygn. akt II KKN 511/98): *„Informacja udzielana przez lekarza przed zabiegiem powinna zawierać takie dane, które pozwolą pacjentowi podjąć decyzję o wyrażeniu zgody na zabieg z pełną świadomością tego, na co się godzi i czego może się spodziewać. Lekarz powinien poinformować pacjenta o rodzaju i celu zabiegu oraz o wszystkich jego następstwach, które są zwykle skutkiem zabiegu, tj. pożądanym – ze względu na jego cel – skutkach zabiegu, jak i o innych jego skutkach (tzw. skutkach ubocznych). Informacja powinna w szczególności obejmować te dające się przewidzieć możliwe następstwa zabiegu, zwłaszcza jeżeli są to następstwa polegające na znacznym i istotnym uszczerbku zdrowia, które – jako skutek uboczny – wprawdzie występują rzadko lub bardzo rzadko, ale nie można ich wykluczyć, i powinna określać stopień prawdopodobieństwa ich wystąpienia. W tym wypadku nie można jednakże wymagać, by informacja wymieniała wszystkie możliwe objawy następstw zabiegu i zawierała ich opis. Wystarczające jest ogólne określenie rodzaju możliwych następstw zabiegu oraz wska-*

15 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2000 r., sygn. akt III KKN 1008/98, <http://prawalekarzy.pl/artykuly/wazne-orzeczenia-dla-lekarzy-3> [dostęp:1.08.2018].



zanie, czy zagrażają życiu pacjenta ewentualnie jaki mogą mieć wpływ (doniosłość) na prawidłowe funkcjonowanie organizmu”¹⁶.



ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA LEKARZA MEDYCyny ESTETYCZNEJ

Za błąd w sztuce lekarskiej lekarz medycyny estetycznej odpowiada tylko, jeśli błąd ten jest przez niego zawiniony. Dla prawidłowego rozważenia odpowiedzialności karnej lekarza za przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu pacjenta niezbędne jest ustalenie¹⁷:

a) „czy czynności lecznicze zostały wykonane zgodnie z zasadami wiedzy i sztuki medycznej, a więc czy lekarz dopuścił się błędów w sztuce lekarskiej”,

b) „czy zachowaniem swoim naruszył obiektywny obowiązek ostrożności, a więc nie zachował należytej ostrożności”,

c) „czy istnieje związek przyczynowy pomiędzy jego czynem (błędem, błędami) a powstałym skutkiem (ustalenie związku przyczynowego zgodnie z zasadą ekwiwalencji, stwierdzenie obiektywnej przypisywalności skutku”.

Szkoda pacjenta może mieć charakter materialny lub niematerialny, ale w przypadku uszczerbku na zdrowiu, uszkodzenia ciała, krwotoku, infekcji bakteryjnej, czy też nadmiernej blizny itd., mamy do czynienia ze szkodą materialną u pokrzywdzonego, co wiąże się z odpowiedzialnością karną lekarza medycyny estetycznej- najczęściej z tytułu **narażenia na niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 160 k.k.)**¹⁸. Zwrócić trzeba uwagę na istotę takiego „narażenia”, która może wystąpić w trzech formach:

16 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 września 1999 r., sygn. akt II CKN 511/98, <http://prawalekarzy.pl/artykuly/wazne-orzeczenia-dla-lekarzy-3> [dostęp:1.08.2018].

17 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2013 r., sygn. akt II KK 124/12, <http://sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/II%20KK%20124-12.pdf> [dostęp: 1.08.2018].

18 art. 160 k.k.

1. sprowadzenia zagrożenia, jego znaczącego zwiększenia, a także

2. nie spowodowania jego ustąpienia albo zmniejszenia,

-i to w każdym wypadku w związku przyczynowym z zachowaniem lekarza – działaniem lub zaniechaniem, do których był prawnie zobowiązany.

Wobec czego czyn z art. 160 § 1 k.k. może być popełniony zarówno przez działanie jak i przez zaniechanie i może zostać zrealizowane w jeden z trzech sposobów¹⁹: *przez sprowadzenie zagrożenia, jego znaczące zwiększenie, a także – w przypadku gwaranta nienastąpienia skutku przy przestępstwach z zaniechania – przez niespowodowanie jego ustąpienia albo zmniejszenia.*

Sprawcą czynu określonego w art. 160 § 1 k.k. może być każdy, z wyjątkiem osób, na których ciąży szczególny obowiązek opieki nad osobą narażoną na niebezpieczeństwo (§ 2 tego artykułu)²⁰. Trzeba mieć na uwadze, że § 1 i § 3 nie określają sposobu działania sprawcy.

Osoba, która dopuściła się czynu przez działanie, odpowiada z art. 160 § 1 k.k. Należy interpretować ten przepis, patrząc na art. 160 § 2 k.k., gdzie ustawodawca wskazał obowiązek ciążyący na sprawcy. Ten obowiązek może wynikać z różnych źródeł: z ustawy, z decyzji jakiegoś organu, z okoliczności faktycznych, itp. Wówczas czyn z § 2 może zostać popełniony także przez zaniechanie w sytuacji, gdy np. lekarz medycyny estetycznej nie dopełnił swoich obowiązków zawodowych. Podobnie należy interpretować art. 160 § 3 k.k.²¹.

Akcent w art. 160 k.k. jest położony głównie na bezpośrednie niebezpieczeństwo, ponieważ ten zwrot charakteryzuje czyn z tego artykułu. Bezpośredniość polega na tym, iż sprawca wywołuje taki stan, że już bez jego

19 Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 14 lipca 2011 r. III KK 77/2011, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia1/II%20KK%2077-11.pdf> [dostęp:1.08.2018].

20 160 § 1 i § 2 k.k.

21 160 § 3 k.k.



dalszego w nim udziału, istnieje duże prawdopodobieństwo wystąpienia niezwłocznie, określonych skutków.

Należy pamiętać, że art. 160 k.k. dotyczy nie tylko sytuacji, w których lekarz wywołał stan niebezpieczeństwa, bowiem może on też odnosić się innych przypadków, w których specjalista medycyny estetycznej niebezpieczeństwo to zwielokrotnił, urealnił (np. alergia pacjenta na konkretne substancje w preparatach marki „x”, o której wiedział lekarz, a pomimo tej wiedzy wykonał zabieg tymi preparatami).

Jeżeli toczy się postępowanie karne przeciw lekarzowi medycyny estetycznej, to pokrzywdzony lub prokuratura powinni zebrać jak najwięcej dowodów na poparcie swego stanowiska, takich jak:

- dokumenty medyczne (przebieg hospitalizacji),
- dokumenty formalne, np.: umowa z osobą wykonującą zabieg, akty świadomej zgody,
- inne dokumenty: opinie biegłych, innych lekarzy lub też zeznań i wyjaśnień świadków.

Ze względu na stosowane procedury i produkty zabiegi medycyny estetycznej należy traktować tak jak każde inne świadczenie zdrowotne. Wobec tego może je wykonywać tylko odpowiednio wykształcony w tym kierunku lekarz.



ZAKOŃCZENIE

Począwszy od lat 90. XX w. po czasy obecne medycyna estetyczna staje się coraz bardziej popularna w Polsce. W związku z coraz to większą dostępnością do tak wyspecjalizowanych usług wzrasta zainteresowanie pacjentów możliwymi konsekwencjami prawnymi źle wykonanych zabiegów z zakresu medycyny estetycznej.

Pokrzywdzony pacjent może dochodzić swoich praw na gruncie prawa karnego (najczęściej z art. 160 k.k.) jak i cywilnego.

Czyn zabroniony z art. 160 k.k. który brzmi następująco:

„§ 1. Kto naraża człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu,

podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Jeżeli na sprawcy ciąży obowiązek opieki nad osobą narażoną na niebezpieczeństwo,

podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

§ 3. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 lub 2 działa nieumyślnie,

podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

§ 4. Nie podlega karze za przestępstwo określone w § 1–3 sprawca, który dobrowolnie uchylił grożące niebezpieczeństwo.

§ 5. Ściganie przestępstwa określonego w § 3 następuje na wniosek pokrzywdzonego”

– jest przestępstwem materialnym, do którego popełnienia konieczne jest wystąpienie skutku w postaci bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu człowieka w rozumieniu art. 156 § 1 k.k.

Poza karami wynikającymi z samego art. 160 k.k. (tj. grzywny, ograniczenia wolności, pozbawienia wolności) sąd może wymierzyć również środki karne. W razie skazania za umyślne przestępstwo narażenia na niebezpieczeństwo uregulowane w art. 160 § 1–2 k.k., sąd może orzec nawiązkę na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej (art. 47 § 1 k.k.)²². Z kolei na podstawie art. 40 § 2 k.k., gdy narażenie na niebezpieczeństwo nastąpiło w wyniku motywacji zasługującej na szczególnie potępienie, a sprawcę skazano na karę na czas nie krótszy

22 art. 47 § 1 k.k.



od lat 3 pozbawienia wolności, to można orzec środek karny w postaci pozbawienia praw publicznych²³. Zgodnie z art. 41 § 1 k.k. sąd może orzec zakaz zajmowania określonego stanowiska albo wykonywania określonego zawodu (np. zawodu lekarza), jeżeli sprawca przestępstwa narażenia z art. 160 k.k. nadużył przy popełnieniu przestępstwa stanowiska lub wykonywanego zawodu albo okazał, że dalsze zajmowanie stanowiska lub wykonywanie zawodu zagraża istotnym dobrom chronionym²⁴.

Lekarz, który spowodował ciężki uszczerbek na zdrowiu w wyniku popełnionego błędu w sztuce lekarskiej w postaci²⁵:

1) " pozbawienia człowieka wzroku, słuchu, mowy, zdolności płodzenia,

2) innego ciężkiego kalectwa, ciężkiej choroby nieuleczalnej lub długotrwałej, choroby realnie zagrażającej życiu, trwałej choroby psychicznej, całkowitej albo znacznej trwałej niezdolności do pracy w zawodzie lub trwałego, istotnego zszpecenia lub zniekształcenia ciała".

-może zostać pozbawiony wolności na okres: od roku do lat 10.

***Polacy coraz częściej korzystają z zabiegów upiększających, ponieważ coraz więcej powstaje placówek, które to umożliwiają. W gabinetach estetycznych pracują lekarze medycyny estetycznej, którzy dysponują rozległą wiedzą na temat skóry, jej rodzajów, schorzeń. Pomimo ich rozległej wiedzy to nigdy nie można wykluczyć komplikacji. Metody są zazwyczaj mało inwazyjne, bowiem w najgorszym wypadku skutki uboczne utrzymują się 3 do 5 dni i przeważnie są to drobne zaczerwienienia, siniaczki czy złuszczenie, które nie wykluczają pacjenta z normalnych zajęć. Błędy w sztuce lekarskiej są wyjątkowymi sytuacjami, które wiążą się z pokrzywdzeniem pacjenta oraz odpowiedzialnością prawną lekarza.

23 art. 40 § 2 k.k.

24 art. 41 § 1 k.k.

25 art. 156 § 1 k.k.



STRESZCZENIE

Medycyna estetyczna ma na celu poprawę wyglądu zewnętrznego pacjenta. Świadczenie lekarza medycyny estetycznej traktuje się jako zobowiązanie starannego działania.

Pomimo tego, że zabiegi są wykonywane przez specjalistów z zakresu medycyny estetycznej, to również i oni popełniają błędy w sztuce lekarskiej. W przypadku uszczerbku na zdrowiu, uszkodzenia ciała, krwotoku, infekcji bakteryjnej, czy też nadmiernej blizny itd., mamy do czynienia ze szkodą materialną u pokrzywdzonego, co wiąże się z odpowiedzialnością karną lekarza medycyny estetycznej. Wówczas pokrzywdzony ma prawo dochodzić swoich praw przed sądem karnym ze względu na popełnione przestępstwo (najczęściej zakwalifikowane jako czyn zabroniony z art. 160 k.k.).

Zgodnie z obowiązującymi przepisami lekarz medycyny estetycznej ma obowiązek działać zgodnie:

- ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej,
- dostępnymi metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób,
- z zasadami etyki zawodowej
- z należytą starannością.

- a w przypadku naruszenia tych reguł podlega odpowiedzialności zawodowej przed samorządem lekarskim jak i odpowiedzialności karnej oraz cywilnej.



SUMMARY

Aesthetic medicine aims to improve the patient's external appearance. The aesthetic medicine doctor's allowance is treated as a commitment to diligent action.



Despite the fact that the treatments are performed by specialists in the field of aesthetic medicine, they also make mistakes in the medical profession. In the case of damage to health, injury, hemorrhage, bacterial infection, or excessive scarring, etc., there is material damage to the injured person, which is connected with criminal responsibility of the aesthetic medicine doctor. The injured person has the right to pursue his or her rights before a criminal court. due to the crime (most often classified as a prohibited act under Article 160 of the Penal Code).

According to the regulations in force, the aesthetic medicine doctor is required to act in accordance with:

- with indications of current medical knowledge,
- available methods and means for prevention, diagnosis and treatment of diseases,
- with the principles of professional ethics
- with accurate precision.

- and in case of violation of these rules, it is subject to professional liability before the medical council, as well as criminal and civil liability.

Cywilne



**MŁODA
PALESTRA**

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



OTWARTY KATALOG dóbr osobistych



w orzecznictwie

Agnieszka Śmidoda

prawnik, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu



Katalog dóbr osobistych wskazany został w art. 23 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. – Kodeks Cywilny.¹ Samo pojęcie nie zostało zdefiniowane, ale doktryna uznaje, że pod pojęciem dóbr osobistych należy rozumieć *indywidualne wartości świata uczuć oraz stanu psychicznego człowieka będące wyrazem odrębności fizycznej lub psychicznej jednostki, powszechnie akceptowane w społeczeństwie.*²

Sąd Najwyższy natomiast zdefiniował dobra osobiste jako *ogół czynników mających na celu zapewnienie obywatelowi rozwoju jego osobowości, ochronę jego egzystencji i zapewnienie mu prawa do korzystania z tych dóbr, które są dostępne na danym etapie rozwoju społeczno-ekonomicznego społeczeństwa, a które sprzyjają zachowaniu cech odrębności*

1 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r.- kodeks cywilny (Dz.U.z 2018 poz.1025 z późn.zm.)

2 S. Grzybowski, Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego, Warszawa 1957, s.19 i s. 78



i związaniu ze społeczeństwem, w którym żyje.³ Sąd Najwyższy podkreśla także, że dobra osobiste wynikają z tych wartości niemajątkowych, które są ściśle związane z człowiekiem, obejmując jego fizyczną i psychiczną integralność albo będąc przejawem jego twórczej działalności; skupiają niepowtarzalną, pozwalającą na samorealizację indywidualność człowieka, jego godność oraz pozycję wśród innych ludzi.⁴



KONCEPCJA PLURALISTYCZNA I MONISTYCZNA

W doktrynie wyróżnić można dwa konkurencyjne stanowiska odnoszące się do katalogu dóbr osobistych. Pierwsza koncepcja, pluralistyczna, zakłada że istnieje wiele dóbr osobistych i odpowiadających im praw podmiotowych. Opozycyjna teoria jednolitego prawa osobistości, przyjmuje założenie, że istnieje wyłącznie jedno **prawo podmiotowe**, którego zakresem objęte są wszystkie dobra osobiste⁵. Według poglądu M. Safjana, koncepcja jednolitego prawa osobistości może być uznana za cywilistyczną emanację **godności**. Jednocześnie autor ten stwierdza, iż z treści Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej nie można jednoznacznie wnioskować o trafności któregośkolwiek z ww. stanowisk.⁶



ZMIENNOŚĆ POJĘCIA DOBRA OSOBISTEGO W CZASIE

Jak wynika z orzecznictwa katalog dóbr osobistych jest zmienny w czasie. Możliwe jest nie tylko włączenie do niego określonych dóbr, ale również i usunięcie innych w związku ze zmianą stosunków społecznych czy gospodarczych. *Ochrona dóbr osobistych ma charakter wyjątkowy, w związku z czym sięganie do jej mechanizmów powinno następować z odpo-*

3 wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 1977 r., II CR 187/77, Legalis nr 20141

4 uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10, Legalis nr 260723

5 A. Kopff, Koncepcja praw do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne), SC 1972, t. XX, s.3 i n.

6 M. Safjan, Konstytucja a prawo cywilne, w: Ecclesia et status. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej profesora Józefa Krukowskiego (red. A. Dębiński, K. Orzeszyna, M. Sitarz), Lublin 2004, s.19

wiednią ostrożnością i powściągliwością, bez tendencji do sztucznego poszerzania katalogu tych dóbr.⁷



KATALOG DÓBR

Jako „dobro osobiste” ochronie podlega w szczególności **zdrowie, wolność, cześć**, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, **wizerunek**, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska. Co ciekawe, kodeks cywilny jako dobro osobiste nie wymienia życia. Nie ma jednak żadnych wątpliwości, że jest dobro osobiste o charakterze podstawowym, któremu przysuguje najwyższy poziom ochrony. Regulację odnoszącą się do ochrony tej wartości przewidziano w art. 38 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, który jednoznacznie stanowi, że *Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia*⁸, która może przejawiać się na dwóch płaszczyznach. W pierwszej kolejności, osoba której dobro osobiste zostało zagrożone lub naruszone może samodzielnie żądać zaprzestania bezprawnych działań. Jeśli natomiast spowodowany zostanie skutek śmiertelny, ochrony w postaci żądania zadośćuczynienia mogą domagać się osoby najbliższe, w związku z brzmieniem art. 446 §3 Kodeksu Cywilnego.

W tym miejscu należy wskazać, że na gruncie art. 446§3 Kodeksu Cywilnego przedmiotem ochrony jest więc pomiędzy członkami rodziny. W uchwale z dnia 27 marca 2018 r. Sąd Najwyższy podkreślił, że *więzi rodzinne i emocjonalne łączące osoby bliskie, określa się jako prawo do życia rodzinnego*.⁹ Na to dobro osobiste składają się różnego rodzaju więzi, wśród których orzecznictwo wymienia w szczególności: *więź emocjonalną łączącą osoby bliskie*¹⁰, więź rodzinną, której zerwanie powoduje ból, cierpienie i rodzi poczucie krzywdy¹¹, relację z najbliższym członkiem ro-

7 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2011 r., II CSK 160/11, Legalis nr 429213

8 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. nr 78 poz. 483)

9 Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27.03.2018, III CZP 69/17, Legalis nr 1740654

10 wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 2010 r., II CSK 248/10, Legalis 309862

11 Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2011 r., III CZP 32/11, Legalis 344782



dziny¹², prawo do życia w rodzinie i utrzymanie tego rodzaju więzi¹³, silną więź emocjonalną, szczególnie bliską w relacjach rodzinnych¹⁴, szczególną emocjonalną więź rodzinną¹⁵.

Nie ma możliwości upoważnienia innych osób do naruszenia tych dóbr, za wyjątkiem świadomego wyrażenia zgody na leczniczy zabieg medyczny.¹⁶

Katalog dóbr osobistych ma charakter otwarty, na co wskazuje sformułowanie *w szczególności*. Orzecznictwo podkreśla przy tym, że *przedmiotem ochrony są wszelkie dobra osobiste, których liczba jest nieograniczona, gdyż w miarę zmieniających się w świadomości społecznej ocen wartościujących, ustalenie wyczerpującego katalogu dóbr osobistych nie byłoby ani możliwe, ani pożądane*.¹⁷ Jednocześnie wskazuje się, że niewystarczające dla przyznania ochrony jest subiektywne przekonanie danej osoby, że korzysta ona z ochrony przewidzianej prawem. Indywidualne **wartości** o tyle tylko stanowią prawem chronione dobra osobiste, o ile odpowiadają obiektywnym kryteriom, a nie tylko subiektywnym odczuciom osoby żądającej ochrony prawnej. Tym obiektywnym kryterium i punktem odniesienia weryfikującym subiektywne przekonanie, przyjmujące określoną wartość za dobra osobiste, powinna być wyrażana przez społeczeństwo (lub jego zdecydowaną większość) opinia o tym, czy konkretna wartość zasługuje na uznanie jej za prawem chronione dobro osobiste.

Wśród bogatego orzecznictwa Sądu Najwyższego odnoszącego się do katalogu wartości jakim można przyznać walor dobra osobistego ciężko doszukiwać się jakiegokolwiek klucza. Analiza pozwala na przyjęcie, że poza ww. przesłankami nadania ochrony istotne są również okoliczności danego przypadku rozpatrywane indywidualnie. Na szczególną uwagę zasługują jednak następujące wartości uznane za dobra osobiste:

12 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2012 r., II CSK 677/11

13 wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r., I CSK 314/11, Legalis 490934

14 Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2013 r., III CZP 74/13, Legalis 742161

15 uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 2012 r., III CZP 93/12, Legalis 549663

16 Kodeks cywilny. Komentarz. red. dr hab. Konrad Osajda,

17 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 kwietnia 2004, I CK 484/03, Legalis 65944

1) Tradycja

W wyroku z dnia 28 lutego 2003 r. (V CK 308/02), Sąd Najwyższy dał wyraz zapatrywaniu, że *traktowanie dóbr osobistych wyłącznie w kategorii „indywidualnych wartości świata uczuć i stanu życia psychicznego człowieka” prowadziłoby do nieuzasadnionego i błędnego abstrahowania od zapatrywań moralnych i obyczajowych panujących w społeczeństwie*. Z tego też powodu, „tradycja” w ogólności związana jest wyłącznie ze sferą rodzinną, związkiem z przodkami i przynależnością do rodziny. Jest to istotna wartość, jednakże w omawianym przypadku, konieczne było odniesienie się do szerszego kontekstu. Powodowie prowadzący browar domagali się przyznania ochrony tradycji związanej z działalnością gospodarczą oraz renomy przedsiębiorstwa. W takim wypadku Sąd Najwyższy przesądził o tym, że *tradycja rodzinna rozumiana jako dziedzictwo, spuścizna, utożsamianie się z dokonaniem i wartościami reprezentowanymi przez przodków jest dobrem osobistym, podlegającym ochronie na podstawie art. 23 i 24 KC*.¹⁸

2) Sesja zdjęciowa

Sąd Rejonowy w Tarnowie w sprawie o sygn. I C 1562/17, dotyczącej wadliwego wykonania umowy o dzieło przez fotografa, uznał za dobro osobiste prawo do godnego przeżywania własnego ślubu i wesela, zwłaszcza jego uwiecznienie oraz uzyskanie pamiątek i dokumentacji. W przedmiotowej sprawie, małżonkowie umówili się z fotografem, profesjonalistą, o uwiecznienie szczęśliwego dla nich dnia. Sesja zdjęciowa miała być *uwieńczeniem całego projektu i pamiątką na całe życie dla małżonków, ich rodzin i przyszłych dzieci*. Fotograf nie zrealizował nałożonego na niego zobowiązania w terminie, zdjęcia wykonane po czasie okazały się nieostre i wykonane wadliwie. Sąd w Tarnowie uznał, że doszło do naruszenia dobra osobistego, ponieważ *zamiast pielęgnować dobre wspomnienia związane ze złożeniem przysięgi małżeńskiej i przyjęciem weselnym, powodowie zostali zmuszeni do wystuchiwania komentarzy ze strony członków rodziny, którzy oczekiwali na możliwość obejrzenia zdjęć i filmów*. Ponadto, sąd stwierdził, że *zdjęcia i filmy wykonane w innym czasie niż krótko po dacie ślubu nie mogą być dla małżonków istotną*

18 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2003, V CK 308/02, Legalis 58520



pamiętką, a jedynie narażałyby ich na powracanie pamięcią do przykrych doświadczeń z nierzetelnym przedsiębiorcą i tłumaczenia kolejnym pokoleniom, skąd taka różnica w wyglądzie panny młodej i porze roku w tle w stosunku do ślubu i wesela.¹⁹

3) Prawo do toalety

Sąd Najwyższy w wyroku z 17 września 2014 r., I CSK 682/13 uznał, że Nieudostępnienie klientowi toalety w lokalu banku albo zagrożenie nieudostępnieniem jej w przyszłości może stanowić naruszenie dóbr osobistych klienta. W omawianej sytuacji należało się w pierwszej kolejności odnieść do naruszenia godności – klient banku po odmowie udostępnienia mu toalety w celu skorzystania z tego pomieszczenia musiał udać się do *bliżej niesprecyzowanej restauracji*, a następnie do kwestii bezprawności zachowania banku. O ile pierwsza okoliczność nie budziła dla Sądu wątpliwości o tyle szerzej omówił drugą z przestanek. Wskazał, że *zgodnie z konstrukcją domniemania bezprawności, pozwana musiałaby udowodnić, że jej działanie nie było bezprawne. Obalenie domniemania bezprawności może nastąpić przez wykazanie w szczególności jednej z następujących okoliczności: zgody uprawnionego, działania na podstawie przepisu prawa lub w wykonaniu prawa podmiotowego, sprzeczności żądania ochrony z zasadami współżycia społecznego albo działania w obronie uzasadnionego interesu społecznego lub prywatnego.*²⁰

W tej sprawie nie wykazano żadnej z okoliczności zwalniających od przypisania bezprawnego charakteru czynu banku, a co za tym idzie Sąd uznał, że doszło do naruszenia dobra osobistego.

4) Prawo do nietykalności osobistej w odniesieniu do wyznania

W wyroku z dnia 17 września 2014 r. Sąd Najwyższy rozważał problematykę pojęcia dobra osobistego w odniesieniu do wyznawanej religii oraz dokonywania kontroli osobistej przez uprawniony do tego podmiot (Straż

19 Wyrok Sądu rejonowego w Tarnowie, I C 1562/17, niepubl.

20 wyrok Sądu Najwyższego z 17 września 2014 r., I CSK 682/13, Legalis nr 1160550

Graniczna). Sprawa dotyczyła wyznawcy religii sikhijskiej, któremu w czasie kontroli nakazano zdjęcie turbanu i odstonięcie głowy, która dla Sikhów jest intymną częścią ciała i jako taka nie powinna być pokazywana.

Sąd Najwyższy uznał, że o ile mamy tu do czynienia z dobrem osobistym, to trzeba odnieść się do kwestii bezprawności działania organów państwa. Wskazał, że naruszająca dobra osobiste działalność organów władzy publicznej nie może być uznana za bezprawną, jeżeli tylko mieści się w granicach uprawnień przyznanych tym podmiotom przez prawo. O bezprawności postępowania organu można mówić jedynie w wypadku umyślnej zniewagi lub złej wiary organu, tymczasem dokonywanie kontroli osobistej zawsze *wiąże się z naruszeniem dóbr osobistych pasażera.*

adna osoba nie powinna być dyskryminowana, ani szczególnie uprzywilejowana przy doborze stosowanych wobec niej metod sprawdzających. Konieczność ochrony takich dóbr osobistych, jak życie i zdrowie obywateli, powoduje, że zwalniani z tego obowiązku nie mogą być ani przedstawiciele określonych grup społecznych, w tym kulturowych, ani wyznawcy żadnej z religii.²¹

5) Tytuł zawodowy

Powód w sprawie po ukończeniu studiów poprosił o zmianę pieczęci służbowej na której wskazany zostałby jego tytuł magistra. Pracodawca nie wyraził na to zgody, w związku z czym pracownik zaczął postugiwać się pieczęcią prywatną, której wzór był tożsamy ze służbową. Pracownik podniósł, że doszło do naruszenia jego dóbr osobistych.

SN, odnosząc się do regulacji rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 23 lipca 2004 r. w sprawie rodzajów dyplomów i tytułów zawodowych oraz wzorów dyplomów wydawanych przez uczelnie uznał, że *tytuł zawodowy potwierdza fakt posiadania pełnego wykształcenia wyższego, dokumentuje posiadanie szczególnych, wysokich kwalifikacji w określonej dziedzinie i stanowi swego rodzaju znak rozpoznawczy danej osoby, ważny w stosunkach prywatnych oraz w sferze pozaprywatnej.* Zdaniem Sądu Najwyższego uzyskany przez daną osobę tytuł zawodowy jest rodzajem dobra osobistego, które pozostaje pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach.

21 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 września 2014 r., I CSK 439/13, Legalis nr 1073433



Jednocześnie jednak należy się odnieść do kwestii bezprawności. W omawianej sytuacji Sąd Najwyższy uznał, że *w przypadku strażnika, mającego ukończone studia wyższe i posiadającego tytuł zawodowy brak w treści pieczętki tego elementu nie stanowi bezprawnego naruszenia jego dóbr osobistych. Działanie pracodawcy mieści się w porządku prawnym, ponadto nie stanowi ono działania sprzecznego z zasadami współżycia społecznego. Przy ocenie naruszenia dóbr osobistych należy mieć na uwadze nie tylko subiektywne odczucie osoby żądającej ochrony prawnej, ale także obiektywny odbiór tego faktu w opinii publicznej. W tym kontekście należy podkreślić, że pieczętki były przeznaczone do używania w korespondencji służbowej, a więc w stosunkach wewnętrznych. Poczucie osobistej wartości nie doznaje przez to uszczuplenia w stopniu uzasadniającym zastosowanie cywilnoprawnych środków ochrony dóbr osobistych.*²²

6) Ochrona dóbr osobistych na portalach społecznościowych

W wyroku z dnia z dnia 23 listopada 2017 r. Sąd Apelacyjny w Poznaniu stwierdził, że *o ile wypowiedzi na forach internetowych charakteryzują się pewną specyfiką zwłaszcza w kontekście anonimowych publikacji, to jednak nie mogą one przekraczać pewnych społecznie dopuszczalnych norm. Na administratorze spoczywa obowiązek niezwłocznego usunięcia wypowiedzi w związku z ich obelżywym i obraźliwym charakterem, a nie ocena w jakim kontekście słowa zostały wypowiedziane czy ich weryfikacja pod kątem prawdziwości.*

W wyroku tym poruszona została również kwestia miarkowania odszkodowania. Sąd Najwyższy uznał, że wysokość kary dla osoby naruszającej należy oceniać w kontekście danego przypadku.²³

7) Opublikowanie fotografii w czasopiśmie

Wyrokiem z dnia 16 listopada 2017 r., Sąd Apelacyjny w Warszawie przesądził, że *opublikowanie fotografii powódki w prasie i zaopatrzenie jej w zdecydowanie pejoratywne informacje, sugerujące określone działanie*

22 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2007 r. I PK 211/06, Legalis nr 88084

23 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 23 listopada 2017 r., III Apa 23/17, Legalis nr 1720052

przestępcze powódki, może uzasadniać wniosek, że doszło do naruszenia dobra osobistego powódki w postaci jej czci (dobrego imienia) w rozumieniu art. 23 KC.

Mamy tutaj zatem do czynienia z podobnym podejściem jak ma to miejsce w przypadku portali społecznościowych.

Co więcej, Sąd Najwyższy odniósł się także do źródła z którego pochodziły przedstawione w prasie informacje oraz zakresu tych informacji. Uznał bowiem, że *sam fakt, iż publikacja opiera się na źródle informacji w postaci Rzecznika Prasowego Prokuratury, nie pozwala na przyjęcie, że nie doszło do naruszenia dobra osobistego.* Gdyby w publikowanym artykule oparto się tylko i wyłącznie na faktach, mających odzwierciedlenie w rzeczywistości niemożliwe byłoby orzeczenie o naruszeniu dobra osobistego, tymczasem autor użył w swojej wypowiedzi obraźliwych, niepotrzebnych epitetów oraz dokonał nadinterpretacji stanu faktycznego poprzez przypisanie bohaterce artykułu konkretnych czynów przestępczych. Takie zachowanie przesądziło o naruszeniu dobra osobistego oraz odpowiedzialności dziennikarza.²⁴

8) Użycie obraźliwego określenia

Sprawa o sygnaturze V CSK 629/17 prowadzona przed Sądem Najwyższym, dotyczyła skargi kasacyjnej współoskarżonego o popełnienie przestępstwa wobec którego w jednym z pism użyte zostało określenie „morderca”. Powód zarzucił, że w ten sposób doszło do naruszenia jego dóbr osobistych, z czym nie zgodził się Sąd Najwyższy. W pierwszej kolejności wskazał, że *takie zachowanie nie narusza dobrego imienia powoda, skoro został on prawomocnie skazany za usiłowanie zabójstwa* tj. nazwanie go w ten sposób jest uzasadnione okolicznościami faktycznymi sprawy. Ponadto, uwzględniono także niewielki krąg odbiorców pisma procesowego pozwanego, z którym styczność mieli tylko pracownicy sądu i służby

24 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 16 listopada 2017 r., V Aca 177/17, Legalis nr 1712881



więziennej oraz osoby zapoznające się z aktami sądowymi. W odniesieniu do tych osób zachodzi zaś obowiązek zachowania tajemnicy służbowej.²⁵



WYŁĄCZENIA Z ZAKRESU DÓBR OSOBISTYCH

Jak już wspomniano, pojęcie dobra osobistego oraz przyznanie **ochrony** czy włączenie do katalogu dóbr musi być uzasadnione okolicznościami danej sprawy. Sądy odmówiły przyznania waloru dobra osobistego m.in. następującym wartościom:

1) **Prawo do rozpoznania przez sąd sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki,**

Sąd Najwyższy w wyroku z 2010r. uznał, że prawo do sądu *jest gwarantowane przepisami Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz Konstytucji i nie może być zaliczone do kategorii wartości stanowiących dobro osobiste jednostki, ponieważ jest uprawnieniem przyznanym jej tymi regulacjami w związku z funkcjonowaniem w określonej sferze życia społecznego. Nie ma podstaw do przyjęcia, że wszystkie prawa podstawowe objęte Europejską Konwencją Praw Człowieka oraz wolności i prawa osobiste wymienione w Konstytucji (art. 38 do 56) powinny być chronione za pomocą środków wskazanych w art. 24 KC, do czego dojść może, jeśli naruszenie ich doprowadzi zarazem do pogwałcenia dobra osobistego.*²⁶

2) **Prawo do spokojnego, niezakłóconego urlopu**

W wyroku z 24 marca 2011 r. Sąd Najwyższy argumentował, że uprawnienie to jest *zwykłym przejawem zachowania człowieka, zaspokojeniem jego potrzeby, nie przez wszystkich zresztą odczuwanej*. Jako takie nie zawiera w sobie zatem elementów niezbędnych dla przyznania ochrony.²⁷

W doktrynie orzeczenie to poddane zostało krytyce. Wskazuje się bowiem, że okoliczność *że nie wszyscy odczuwają pewną potrzebę, nie wpływa*

25 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2018 r., V CSK 629/17, Legalis nr 1799137

26 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2010 r., II CSK 640/09, Legalis nr 248327

27 Wyrok Sadu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 372/10, Legalis nr 354220

na kwalifikację określonej sfery jako dobra osobistego. Za przykład może posłużyć choćby prawo do prywatności – *pomimo iż nie każdy odczuwa konieczność jej ochrony, nie odbiera jej to waloru dobra osobistego.*²⁸

3) Prawo do korzystania z energii elektrycznej

Podobną argumentacją jak wyżej posłużył się Sąd Najwyższy w odniesieniu do praw do korzystania z energii elektrycznej. W wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. sąd stwierdził, że *utrata możliwości korzystania z elektryczności nie godzi w podstawowe atrybuty człowieka. Utrudnia i komplikuje jedynie jego życie, jednak zapobieżenie tym niewygodom jest możliwe, chociaż wiąże się z wydatkami. Nie można, wykluczyć wypadków, w których naruszenie obowiązku dostawy energii elektrycznej może doprowadzić do naruszenia dóbr osobistych, będą to jednak inne dobra, niż prawo do korzystania z prądu.*²⁹

4) Prawo do korzystania ze środowiska naturalnego

W wyroku w sprawie I CR 356/75, Sąd Najwyższy uznał, że *prawo człowieka do nieskażonego środowiska biologicznego i do zaspokojenia uczuć estetycznych piękna krajobrazu mogą być chronione środkami przewidzianymi w art. 24 KC tylko wtedy gdy pogwałcenie tego prawa stanowi równocześnie naruszenie lub zagrożenie praw osobistych, których przedmiotem są dobra osobiste w rozumieniu art. 23 KC.* Za przykład podał sytuację zaśmiecania przydomowego ogrodu lub ograniczenia widoku na park. Powyższe oznacza, że prawo do korzystania ze środowiska nie stanowi samodzielnego dobra osobistego i musi być powiązane z tym, które wskazuje art. 23 KC.³⁰

5) pobranie tkanek i narządów osoby zmarłej do celów medycznych

Wyrok Sądu Najwyższego z 9 lutego 2011 r. jednoznacznie przesądził, że *pobranie podczas sekcji zwłok fragmentów tkanek i narządów ludz-*

28 Kodeks cywilny. Komentarz, red. K. Osajda

29 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2011 r., II CSK 160/11, Legalis nr 429213

30 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 1975 r., I CR 356/75, Legalis nr 18878



kich oraz odmowa ich wydania nie stanowi naruszenia dobra osobistego w postaci kultu pamięci osoby zmarłej.

Wyrażona została w tym zakresie ogólna zasada, o której wspomniano już powyżej, że sąd badając okoliczności sprawy powinien *ustalić czy wskutek działania sprawcy została naruszona sfera uczuciowa danej osoby związana z jej określonym dobrem osobistym*, nie uprzywilejowując osób, o nadmiernej wrażliwości.³¹

6) nazwa użytkownika portalu internetowego

*Nazwa użytkownika, którą postuguje się osoba korzystająca z serwisu internetowego podlega ochronie prawnej na takiej podstawie, na jakiej ochronie podlega nazwisko, pseudonim lub firma. Brak jednocześnie podstaw do traktowania samej nazwy użytkownika jako odrębnego dobra osobistego osoby fizycznej. (...)*³²



PRZESŁANKI NARUSZENIA DOBRA OSOBISTEGO

Ocena tego czy doszło do **naruszenia** musi być dokonywana na dwóch płaszczyznach. Nie jest wystarczające subiektywne przekonanie danej osoby, należy odnieść się także do kryteriów o charakterze obiektywnym, poprzez uwzględnienie opinii członków społeczeństwa. *Na uwagę zasługuje przy tym jedynie opinia osób rozsądnie i uczciwie myślących, co oznacza, że miarodajne są przeciętne opinie ludzi rozsądnie i uczciwie myślących w środowisku, do którego należy osoba żądająca ochrony.*³³

Odwołanie się do obiektywnych kryteriów nie oznacza, że decydujące znaczenie ma reakcja, jaką dane zachowanie wywołuje w społeczeństwie, bowiem art. 24 KC nie uzależnia ochrony prawnej od tego, czy oceniane zachowanie doszło do wiadomości szerszego kręgu osób.

31 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2011 r., V CSK 256/10, Legalis nr 338437

32 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 2008 r., II CSK 539/07, Legalis nr 102640

33 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 sierpnia 2015 r., I ACa 1974/14, Legalis nr 1326380

Za przykład może posłużyć tutaj orzeczenie Sądu Najwyższego, w którym odniósł się on do zakresu krytyki wyrażonej w artykule prasowym, stwierdzając, że *krytyka jest działaniem społecznie pożytecznym i pożądanym, jeżeli podjęta została w interesie społecznym, jeżeli jej celem nie jest dokuczenie innej osobie oraz jeżeli ma cechy rzetelności i rzeczowości. O ile krytyka czyjś postępowania, zapatrywań czy działalności nie powinna przekraczać granic potrzebnych do osiągnięcia społecznego celu krytyki, o tyle nie stanowi ona wówczas naruszenia dobra osobistego.*³⁴



STRESZCZENIE:

Artykuł porusza kwestię otwartego katalogu dóbr osobistych z art. 23 Kodeksu Cywilnego oraz zwraca uwagi na wielką rolę orzecznictwa w tym zakresie. Punktem wyjścia dla rozważań są wyroki wskazujące na zmienny charakter pojęcia, możliwość odkrywania nowych wartości będących dobrem osobistym na skutek zmian technologicznych i społecznych i pozbawienia innych tego charakteru. Następnie, omówiono kryteria uznania danej wartości za dobro osobiste oraz sposobu oceny czy doszło do naruszenia. Trzecia część artykułu poświęcona jest omówieniu najciekawszych, wybranych orzeczeń które precyzują co należy rozumieć pod pojęciem dobra osobistego, także w odniesieniu do wartości niewskazanych w kodeksie cywilnym. Poruszono także kwestię wartości, których nie można uznać za dobra osobiste.



SUMMARY

This Article focuses on the open catalog of personal interests, regulated in art. 23 Civil Code and points out the great responsibility of the judicial decisions in that matter. The starting point of the study are rulings which state that the term of „personal interest” is changing in time, can be widened and narrowed as a result of the social and technological changes. Article mentions the criteria which are fundamental when it comes to deciding whether particular value can be recognised as „personal interest” and when it comes to its violation. The third part, focuses on the judicial

34 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 1968 r., II CR 291/68, Legalis nr 13662



decisions which concretise the term of „personal interests”. At the end, the coverage recites and discusses the values that in judicial opinions are not understood as personal interests.



DOBRE OBYCZAJE ... w negocjacjach

apl. radc. Marcin Rokosz

OIRP w Warszawie



Zasadne zdaje się być stwierdzenie L. Bellengera, że „Świat współczesny wydaje się tkwić w szponach negocjacji. Wszyscy chcą negocjować, ponieważ obawiają się dyktatu, jednostronnych decyzji¹”. Pewnie dlatego coraz częściej odwołujemy się do negocjacji jako sposobu rozwiązania konfliktu, a przede wszystkim jednego z rodzajów zawarcia umowy cywilnoprawnej. Jednak wraz z przystąpieniem do procedury negocjacyjnego trybu zawarcia umowy pojawia się pytanie — jak postępować w trakcie trwających negocjacji. Odpowiedzi na to udziela ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku — Kodeks cywilny, stwierdzając, że należy to czynić w zgodzie z dobrymi obyczajami, a więc w odwołaniu do powszechnie uznawanych zasad uczciwości i poszanowania interesów kontrahenta. Jednocześnie ustawodawca zdecydował się wprowadzić sankcję w postaci obowiązku naprawienia szkody, szkody, jaką druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy.



POJĘCIE NEGOCJACJI

Na początku należy podkreślić, że nie ma w doktrynie, a tym bardziej także w ustawodawstwie definicji negocjacji. W związku z tym pojawi-

1 L. Bellenger, *Negocjacje*, Kraków 1999, s. 16.



to się wiele doktrynalnych określeń negocjacji, nie tylko na gruncie nauk prawnych. Wskazanie przynajmniej części z nich ma istotne znaczenia dla zrozumienia zasady dobrych obyczajów w negocjacjach. Odwołując się do historycznego znaczenia negocjacji, można zaryzykować stwierdzenie, że negocjacje obecne są w obrocie gospodarczym tak długo jak długo istnieje wymiana dóbr i usług. Negocjacje są bowiem powszechnie stosowaną w obrocie handlowym praktyką zawierania umów i rozwiązywania konfliktów. Potwierdzeniem takiego stanu rzeczy może być podkreślenie, że przez całe lata negocjacje utożsamiane były jedynie z wymianą towarów i kupiectwem². Także obecnie w języku polskim określa się, że negocjacje oznaczają „targowanie się ze sprzedającym o niższą cenę lub korzystniejsze warunki zakupu³.”

Nie wchodząc w głębsze rozważania na temat znaczenia pojęcia „negocjacji” można odwołać się do etymologii wyprowadzone zostanie stwierdzenie, że pojecie to ma swoje źródło w łacińskim słowie *negotium*, oznaczając nic innego jak ogólnie ujmując to przedsięwzięcie, zajęcie czy czynność prawną⁴. Można więc zgodzić się z obecnym w literaturze przedmiotu pojęciem, że **negocjacje są „nieformalnym procesem, w którym angażujemy się zawsze, gdy próbujemy otrzymać coś od innych”⁵.**



NEGOCJACJE W PRAWIE POLSKIM

Poszukując źródeł współczesnych rokowań na gruncie prawa polskiego należy podkreślić, że zostały one wprowadzone rozporządzeniem Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań⁶. Zgodnie z przepisami art. 61 §1 k.z. podkreślano, że rokowania między stronami, choćby doprowadziły do zgody co do niektórych postanowień, nie mają mocy obowiązującej, dopóki strony nie wyrażą swej zgo-

2 S. Kubsik, Przedkontraktowa odpowiedzialność z tytułu nieuczciwych negocjacji, Warszawa 2015, s. 5.

3 W. Doroszerwski (red.), Słownik języka polskiego, Warszawa 1965.

4 Zob. J. Sondel, Słownik łacińsko – polski dla prawników i historyków, Kraków 2005, s. 654.

5 W. Ury, Odchodząc od NIE. Negocjowanie od konfrontacji do kooperacji, Warszawa 2004, s. 24.

6 Dz. U. 1933 nr 82, poz. 598, z późn. zm.

dy co do całości. W uchwalonej 23 kwietnia 1964 roku ustawie – Kodeks cywilny, przepisy art. 72 wprost odnosiły się do rokowań jako jednego ze sposobów zawarcia umowy, przenosząc w zasadzie rozwiązania obecne w kodeksie zobowiązań w zakresie terminologicznym.

W wyniku prowadzonych na początku XXI wieku prac nowelizacyjnych ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie do polskiego porządku prawnego terminu „negocjacje” zastępując tym samym obecne w obrocie rokowania, bowiem jak wskazano podczas prac parlamentarnych – termin ten, jest zwrotem bardziej nowoczesnym i powszechniej stosowanym w obrocie prawnym⁷. Zgodnie ze znowelizowanym przepisem art. 72 §1 k.c. jeżeli strony prowadzą negocjacje w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji⁸.

W tym miejscu należy zauważyć, że analizowana nowelizacja Kodeksu cywilnego z początku lat 2000 nie doprowadziła do całkowitego wyeliminowania z obrotu prawnego używanego wcześniej, a zastąpionego w wyniku nowelizacji, pojęcia „rokowania”. Dokonując analizy obecnie obowiązujących w polskiej przestrzeni prawnej przepisów prowadzi do stwierdzenia, że rokowania nadal są obecne w przestrzeni legislacyjnej. Wśród najbardziej znanych aktów prawnych odwołujących się do rokowań, wskazać należy ustawę z dnia 23 maja 1991 roku – o rozwiązywaniu sporów zbiorowych⁹, której drugi rozdział poświęcony jest w całości instytucji rokowań, jako jednego z etapów rozmów prowadzonych w celu rozwiązania sporu w drodze porozumienia. Odwołać się można także do postanowień ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku – o gospodarce nieruchomościami¹⁰, która traktuje o rokowaniach jako obligatoryjnym elemencie poprzedzającym rozpoczęcie procedury wywłaszczeniowej, stwierdzając, że powinny ją poprzedzić rokowania, prowadzone w celu nabycia określonych praw w drodze umowy. Zasadne zatem wydaje się być stwierdzenie, że można

7 Protokół z posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach/nr 12/z dnia 21 listopada 2002 roku, Biuletyn nr: 1224/IV, <http://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/wgskrnz/NKK-12>, [dostęp elektroniczny].

8 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, tekst jedn.

9 tekst jedn. Dz. U. z 2015 roku, poz. 295.

10 tekst jedn. Dz. U. z 2016 roku, poz. 2147.



zamiennie używać pojęcia negocjacje oraz rokowania, bowiem odnoszą się do tego samego procesu.

W doktrynie prawa cywilnego wskazuje się, że właśnie ten przepis jest określeniem negocjacji, bowiem ustawodawca wprost wskazuje, że negocjowana umowa zostaje zawarta, jeśli strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji. Odnosząc się do kodeksowego ujęcia negocjacji, nie sposób nie zauważyć, że ustawodawca odwołuje się do negocjacji jako procesu między stronami, których celem działalności jest powstanie określonego stosunku cywilnoprawnego. Można także stwierdzić, że strony w ten sposób muszą na siebie oddziaływać, aby ten stosunek mógł powstać¹¹. Jednak należy podkreślić, że obecnie ustawodawca nie zdecydował się na określenie legalnej definicji negocjacji na gruncie polskiego porządku prawnego. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że „Artykuł 72 k.c. określa moment zawarcia umowy w drodze negocjacji i przewiduje, że umowa w takim wypadku zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem rokowań. Unormowanie to należy jednak wykładać uwzględniając wolę stron i odróżniając sytuacje, kiedy strony – nie mogąc osiągnąć porozumienia co do postanowienia dodatkowego – postanawiają mimo to, że umowa będzie między nimi obowiązywać¹²”.

W związku z brakiem legalnej definicji negocjacji konieczne jest odwołanie się do doktryny prawniczej i wskazanie podstawowych elementów definiujących negocjacje oraz doktrynalnych określeń negocjacji. W polskiej doktrynie prawniczej wskazuje się bowiem, że rokowania są procesem, którego zasadniczym celem jest wypracowanie porozumienia, w sytuacji, gdy negocjujące strony mają częściowo zbieżne, zaś częściowo rozbieżne interesy¹³. Stanisław Rudnicki podnosi, że negocjacje to „niesformali-

11 Z. Radwański, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego*. Tom 2, Warszawa 2008, s. 347–348; takie stanowisko również obecne jest w judykaturze, jednak nie można stwierdzić, iż jest to ugruntowana linia orzecznicza w tym kierunku, zob. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 30 października 2007 roku, sygn. akt V ACa 567/07.

12 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 2010 roku, sygn. akt I CSK 444/09

13 J. Jabłońska-Bonca, *Prawnik a sztuka retoryki i negocjacji*, Warszawa 2016, s. 54; podobnie wskazuje się w doktrynie międzynarodowej: W. I. Zartman, *International Multilateral Negotiations*, San Francisco 1994, s. 5.

zowane rokowania zmierzające do osiągnięcia porozumienia w kwestii zawarcia umowy, będącej ich przedmiotem¹⁴. J. Rajski, stwierdza z kolei, że negocjacje to „dialog między dwoma potencjalnymi kontrahentami zmierzającymi do uzgodnienia woli zawarcia określonego kontraktu¹⁵”, zaś A. Olejniczak wskazuje, iż „są sposobem komunikowania się, mającym na celu osiągnięcie porozumienia¹⁶”. P. Machnikowski negocjacje określa w sposób opisowy, stwierdzając, że „polegają na oddziaływaniu stron na siebie wzajemnie w celu uzgodnienia skutków prawnych, jakie mają być wywołane przez zawarcie umowy¹⁷”.

Popularność negocjacji determinowana jest także obowiązującymi podczas ich prowadzenia zasadami. W doktrynie wskazuje się, że wśród podstawowych zasad negocjacji, fundamentalną rolę odgrywa „zasada dobrowolności, zasada nieograniczonego uczestnictwa, zasada symetrii oraz zasada braku dominacji¹⁸”. W sposób niezwykle precyzyjny widać tutaj odwołanie do tego, o czym wspomniano na początku, że atrakcyjność negocjacji determinowana jest przede wszystkim najbardziej elastyczną możliwością decydowania strony o kształcie zawieranej umowy, a zatem o sferze swoich praw i obowiązków.

Można zatem stwierdzić, że na gruncie polskiego prawa, w tym także poglądów doktrynalnych, **negocjacje są procesem, w którym oddziałujące na siebie strony zmierzają do wywołania określonych skutków w sferze ich praw i obowiązków.**

14 S. Rudnicki [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, Komentarz do Kodeksu Cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna, Warszawa 2007, s. 335.

15 J. Rajski, Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym, Warszawa 2000, s. 99.

16 A. Olejniczak, [w:] M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449¹¹, Warszawa 2016, [dostęp elektroniczny].

17 P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski, Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2017; P. Machnikowski, Zmiany w przepisach k.c. o zawieraniu umów w trybie ofertowym i rokowaniowym, Przegląd Prawa Handlowego z roku 2004, nr 1, s. 11.

18 J. Stelmach, B. Brożek, *Sztuka negocjacji prawniczych*, Warszawa 2011, s. 19.



CZYM JEST DOBRA WIARA W NEGOCJACJACH?

Zgodnie z art. 72 §2 k.c. strona, która rozpoczęła lub prowadziła negocjacje z naruszeniem dobrych obyczajów, w szczególności bez zamiaru zawarcia umowy, jest obowiązana do naprawienia szkody, jaką druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy. Wprost zatem polski ustawodawca zdecydował się do odwołania do niedookreślonego zwrotu dobrych obyczajów. Jednak już w tym miejscu należy podkreślić, że chodzi o dobre obyczaje w trakcie trwania negocjacji, a zatem od chwili ich rozpoczęcia, które następuje wraz ze zindywidualizowaniem podmiotów danej procedury¹⁹.

Istnienie rozwiązania, którego treść określona jest w przepisie art. 72 §2 k.c. jest konieczne z punktu widzenia bezpieczeństwa obrotu i ochrony zaufania stron w nim uczestniczących. Podkreślić także należy, że nie wpływa to w żaden sposób na swobodę stron w zakresie uczestnictwa w procedurze negocjacyjnej, bowiem na każdym etapie nadal podmioty zachowują możliwość wycofania się z negocjacji, także w przypadku utraty chęci zawarcia umowy z danym podmiotem. Z uwagi na treść analizowanego przepisu art. 72 §2 k.c., aby uchronić się od odpowiedzialności odszkodowawczej strona winna niezwłocznie poinformować o tym fakcie kontrahenta²⁰. Jak podkreśla się w orzecznictwie: „Swoboda zawierania umów, w szczególności ich negocjowania, nie może naruszać obowiązku uczciwego postępowania, zgodnie z zasadami dobrej wiary i obyczajów kupieckich. Naruszenie tych zasad uzasadnia przyznanie odszkodowania wyrównującego szkodę powstałą przez to, że zamierzona umowa nie doszła do skutku²¹”. Można więc powiedzieć, co jest zgodne z przyjętymi regulacjami w prawie modelowym, że naruszenie obowiązku uczciwego postępowania w negocjacjach jest odpowiednią przestanką do ograniczenia owej swobody, w zakresie obowiązku naprawienia szkody²².

19 P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski, Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2017, s. 192.

20 K. Czub, [w:] M. Fras (red.), M. Habdas (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1–125), Warszawa 2018 [dostęp elektroniczny].

21 wyrok SA w Warszawie z 13 listopada 2008 r., sygn. Akt I ACa 669/2008

22 A. Brzozowski, W.J.Kocot, E.Skowrońska-Bocian, Prawo cywilne. Część ogólna, Warszawa 2015, s. 250.

W przestrzeni prawnej występują różne odwołania do klauzuli generalnej dobrych obyczajów, jednak zasadniczo wszystkie te określenia są odpowiednikami i nawiązują swym zakresem do dobrej wiary²³. Dobre obyczaje zastąpiły obecne w polskiej przestrzeni prawnej sformułowanie dobrej wiary, którą utożsamiano z subiektywną oceną zachowania określonego podmiotu²⁴. Jednak odwoływanie się do takiego określenia dobrej wiary zostało poddane krytyce, bowiem z drugiej strony podnoszono i nadal się podnosi, że treść obu tych pojęć jest tożsama²⁵. P. Nazaruk definiuje dobre obyczaje jako „normy obyczajowe, wyznaczające standardy uczciwych zachowań stron w praktyce kontraktowej i akceptowane powszechnie przez większość uczestników obrotu²⁶”. Stanisław Rudnicki podkreśla, że dobre obyczaje odwołują się do obecnego systemu wartości, na których oparte jest funkcjonowanie społeczeństwa, a to systemu chrześcijańskiemu, z zasadami uczciwości i dobrej wiary²⁷. Podkreśla się także, że negocjacyjna procedura zawierania umów oparta jest na zaufaniu do partnera, to znaczy na prowadzeniu negocjacji w odniesieniu do zasad szczerości i poszanowania interesów kontrahenta²⁸. Należy w tym miejscu także wskazać na pogląd orzecznictwa, zgodnie z którym nie można stworzyć definicji dobrych obyczajów obowiązujących w negocjacjach. Zgodnie z obowiązującym stanowiskiem można jednak wskazać pewne elementy wpływające

-
- 23 W. J. Kocot, *Odpowiedzialność przedkontraktowa*, Warszawa 2013, s. 42. Wśród tych określeń wskazuje się na: „uczciwość”, „rzetelność”, „słuszność”, „rozsądek”, „ogólnie przyjęty zwyczaj”. Więcej na ten temat: M. Pilich, *Obowiązek negocjowania w dobrej wierze w polskim prawie cywilnym (uwagi na tle prawnoporównawczym)*, *Przegląd Sądowy* z 2006 roku, nr 7–8, s. 20–21.
- 24 B. Janiszewka, *Klauzula generalna dobrych obyczajów*, s. 18.
- 25 R. Longchamps de Berier, *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 141; szerzej: W. Dejczak, *Zasady współżycia społecznego czy dobra wiara?*, *Rejent* z roku 2001, nr 11, s. 40 i następn.
- 26 P. Nazaruk, [w:] J. Cieszewski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2014, [dostęp elektroniczny].
- 27 S. Rudnicki, [w:] S. Dmowski, S. Rducniki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2011, s. 369.
- 28 W. J. Kocot, *Odpowiedzialność przedkontraktowa*, Warszawa 2013, s. 154–155; A. Olejniczak, *Z problematyki culpa in contrahendo – uwagi o znaczeniu przepisu art. 72 § 2 kc*, [w:] M. Zieliński (red.), *W kręgu teoretycznych i praktycznych aspektów prawoznawstwa*, Szczecin 2005, s. 141–142.



na treść tej klauzuli. Podkreśla się, że tymi elementami są wartości wartości moralne, cele ekonomiczne czy praktyki społeczno-gospodarcze²⁹.

Ustawodawca zdecydował, że w sposób negatywny określone zostaną pewne przesłanki wchodzące w skład pojęcia dobrej wiary, z tym zastrzeżeniem, że dokonane w przepisach kodeksu cywilnego wyliczenia ma charakter otwarty. Można to wywnioskować, z wykładni przepisu art. 72 §2 k.c., w którym wprost wskazano, że sprzeczne z dobrymi obyczajami jest rozpoczęcie lub prowadzenie negocjacji bez zamiaru zawarcia umowy.

Zgodność danego zachowania z dyrektywą dobrych obyczajów musi być przedmiotem każdorazowej oceny sytuacji. Ma to zasadnicze znaczenie bowiem oceny zachowania danego podmiotu dokonuje post factum, więc konieczne jest wzięcie pod uwagę wszelkich okoliczności w tym czasie i przyczyn, które do tego doprowadziły³⁰.

W piśmiennictwie obecne są szeroko dwa rozumienia pojęcia dobrych obyczajów przy zawieraniu umów, w zależności od wzorca do którego w danym momencie następuje odwołanie. Z jednej strony autorzy wskazują, że dobre obyczaje to pewnego rodzaju zbiór zasad o charakterze moralno-etycznym. Podkreśla się ponadto, że „dobre obyczaje są przeto wskazówka postępowania, istniejąca obiektywnie w poczuciu etycznym społeczeństwa (względnie, o ile idzie o uczciwość kupiecką, w poczuciu koł kupieckich). Za miarę tych wymagań etycznych bierze się przeciętny poziom moralny, właściwy godziwemu życiu zarobkowemu i gospodarczemu³¹”. Z drugiej zaś strony, dobre obyczaje definiowane są przez pryzmat pojęcia ekonomiczno-funkcjonalnego, w którym dochodzi do oceny

29 Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 20 lutego 2014 roku, sygn. akt VI ACa 1090/13, wskazuje, iż: „Poprzez dobre obyczaje rozumiemy pewien powtarzalny wzorzec zachowania, który jest aprobowany przez daną społeczność lub grupę. Są to pozaprawne normy postępowania, którymi przedsiębiorcy winni się kierować. Ich treści nie da się określić w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tym praktykami życia gospodarczego. Wszystkie one podlegają zmianom w ślad za zmieniającymi się ideologiami politycznymi i społeczno-gospodarczymi oraz przewartościowaniami moralnymi. W szczególności zaś dobre obyczaje to normy postępowania polecające nienadużywanie w stosunku do słabszego uczestnika obrotu posiadanej przewagi ekonomicznej”.

30 J. Mojak, Dobre obyczaje w polskim prawie kontraktowym – wybrane zagadnienia, *Annales UMCS* z roku 2016, VOL. LXIII, 2, s. 64.

31 A. Krauss, F. Zoll, *Polska ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Poznań 1929, s. 171.

zgodności zachowania danego podmiotu z niedookreślonym zwrotem dobrych obyczajów w odniesieniu do kryterium ekonomiczno-funkcjonalnego³². Podział ten jest konsekwencją powstałych w doktrynie wątpliwości w zakresie określenia norm moralnych i ich właściwej treści³³.

Ochrona podmiotu w przypadku naruszenia zasady dobrych obyczajów w negocjacjach

Ustawodawca odwołując się do klauzuli generalnej dobrych obyczajów w negocjacjach usankcjonował także jej przestrzeganie odpowiedzialnością odszkodowawczą, stwierdzając w przepisie art. 72 §2 k.c., że strona, która rozpoczęła lub prowadziła negocjacje z naruszeniem dobrych obyczajów, w szczególności bez zamiaru zawarcia umowy, jest obowiązana do naprawienia szkody, jaką druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy. Najogólniej można zatem stwierdzić, że ustawodawca wymaga od stron pewnego uczciwego zachowania względem kontrahenta i nieszkodzenia mu³⁴. Jednak ocena takiego zachowania musi być każdorazowo przedmiotem wnikliwego badania.

W przypadku zaś stwierdzenia naruszenia dobrych obyczajów, które w szczególności ustawodawca utożsamia z brakiem chęci zawarcia umowy, kontrahent ma możliwość dochodzenia naprawienia szkody, jaką poniósł przez to, że liczył na zawarcie umowy. Istotne zatem, w świetle obecnie obowiązujących przepisów jest rozpoczęcie lub prowadzenie negocjacji w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami. Obowiązek naprawienia szkody, aktualizuje się, odmiennie niż ma to miejsce w przypadku ochrony poufności negocjacji, tylko wówczas gdy negocjowana umowa nie doszła do skutku³⁵. Stronie przysługuje możliwość dochodzenia roszczeń w zakresie odpowiedzialności normalnych następstw wynikających

32 Ł. Wściubiak, Dobre obyczaje w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, Przegląd Prawa Handlowego z 2007 roku, nr 11, s. 44; por. także: Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 31 lipca 1995 roku, sygn. akt I ACr 308/95.

33 Z. Ziemiński, Stan dyskusji nad problematyką klauzul generalnych, „Państwo i Prawo” z roku 1989, numer 1, s. 20.

34 S. Kubsik, Przedkontraktowa odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu nieuczciwych negocjacji, Warszawa 2015, s. 121.

35 P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski, Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2017, s. 193.



z postępowania niezgodnego z dobrymi obyczajami, należy jednak podkreślić, że nie chodzi tutaj o to co strona zyskałaby w przypadku zawarcia negocjowanej umowy, lecz o to co miałyby gdyby nie uczestniczyła w procedurze negocjacyjnej prowadzonej z naruszeniem dobrych obyczajów³⁶. Zatem odpowiedzialność ta ma charakter odpowiedzialności z tytułu ujemnego interesu umownego. Oczywiście zakres tej odpowiedzialności w każdej sytuacji będzie się różnił odpowiednio do zaangażowania kosztowego strony w negocjacje. Regulacja przepisu art. 72 §2 k.c. nie wyłącza możliwości odmiennego uregulowania tych kwestii przez strony w ramach odpowiedniego porozumienia przedkontraktowego. Jak podkreśla się w doktrynie ustawa przyznaje ochronę podmiotowi prowadzącemu negocjacje, który poczynił odpowiednie zaangażowanie tak finansowe jak i wizyjne, a więc działał w rozsądnym stanie zaufania do kontrahenta³⁷.



PODSUMOWANIE

Negocjacje są jednym z najpopularniejszych i najbardziej elastycznych sposobów zawierania umów oraz polubownych metod rozwiązywania sporów, bowiem poprzez wzajemne wypracowywania początkowo sprzecznych interesów strony dochodzą do porozumienia w interesującym ich zakresie. Rokowania dają stronom wiele możliwości i swobody w zakresie kształtowania wzajemnych relacji, a w konsekwencji także stosunków cywilnoprawnych. **Z uwagi jednak na ochronę wzajemnego zaufania podmiotów, a także bezpieczeństwo obrotu konieczne jest zagwarantowanie pewnych podstawowych zasad obowiązujących w czasie trwania negocjacji – stąd odwołanie do klauzuli generalnej dobrych obyczajów, jako podstawowych i powszechnie uznawanych wzorców postępowania**, których naruszenie sankcjonowane jest obowiązkiem naprawienia szkody poniesionej przez stronę, która liczyła na zawarcie negocjowanej umowy. Klauzula generalna dobrych obyczajów stanowi swoistą funkcję gwarancyjną i ochronną, bowiem daje stronie możliwość dochodzenia

36 P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski, Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2017, s. 193.

37 A. Brzozowski, W.J.Kocot, E.Skowrońska-Bocian, Prawo cywilne. Część ogólna, Warszawa 2015, s. 250.

roszczeń w związku z tym, że uczestniczyła w negocjacjach, które kontrahent prowadził w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, a więc z podstawowymi zasadami i regułami rządzącymi obrotem.



STRESZCZENIE

Negocjacje stanowią jeden ze sposobów zawarcia umowy cywilnoprawnej, do których odwołuje się kodeks cywilny. Stanowią najbardziej elastyczny model zawierania umów między podmiotami, pozostawiając im dowolność w wyborze drogi dojścia do porozumienia, przy początkowo sprzecznych interesach. Istotne jednak w tym procesie jest wzajemne zaufanie podmiotów oraz ich ochrona w przypadku bezprawnego zachowania jednego z nich. Dlatego ustawodawca polski zdecydował się na odwołanie do klauzuli generalnej dobrych obyczajów w negocjacjach, która uwzględniając konkretne okoliczności, odwołuje się do uczciwości i dobrej wiary powszechnie uznawanych w danym społeczeństwie. Naruszenie tego obowiązku zostało usankcjonowane obowiązkiem naprawienia szkody, jaką poniosła druga strona licząc w dobrej wierze i zaufaniu do bezpieczeństwa obrotu na zawarcie negocjowanej umowy.



SUMMARY

Negotiations are one of the ways of concluding a civil law agreement to which the Civil Code refers. They are the most flexible model for concluding contracts between entities, leaving them free to choose the path to come to an agreement with initially conflicting interests. However, what is important in this process is the mutual trust of the entities and their protection in case of unlawful behavior of one of them. Therefore, the Polish legislator has decided to appeal to the general clause of good manners in negotiations, which, taking into account specific circumstances, refers to honesty and good faith commonly recognized in a given society. Breach of this obligation was sanctioned by the obligation to repair the damage suffered by the other party counting in good faith and trust in the safety of legal trading at the conclusion of the negotiated contract.



Czekamy na Twój tekst!
redakcja@młodapalestra.pl

#publikuj



**MŁODA
PALESTRA**
CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



KONKURS DLA APLIKANTÓW
IZBY ADWOKACKIEJ W WARSZAWIE

STAŻ TSUE



do 15 listopada 2018

NAPISZ ESEJ

"Narzędzia ochrony praworządności
w Państwach Członkowskich
na gruncie prawa Unii Europejskiej"

i wyślij na

a.chrzanowska@ora-warszawa.com.pl

Esej powinien być napisany w języku polskim i zawierać nie więcej niż 40 000 znaków.
Podpisany esej należy przesłać drogą mailową z dopiskiem "Konkurs na staż w TSUE".
Staż przewidziany został dla jednej osoby, trwać będzie ok 5 dni i odbędzie się na wiosnę 2019 r.
Wyniki konkursu zostaną ogłoszone do 15 grudnia 2018 r.

Gospodarcze



**MŁODA
PALESTRA**
CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



Rozporządzenie

MAR



cechy informacji poufnej

oraz przykłady informacji poufnych
wskazane w wytycznych ESMA



Weronika Turek

apl. radc. przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie

W dniu 16 kwietnia 2014 roku przyjęto Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 w sprawie nadużyć na rynku oraz uchylające dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i dyrektywy Komisji Europejskiej nr 2003/124/WE, nr 2003/125/WE i nr 2004/72/WE (Dz. Urz. UE L 173 z 12.06.2014), dalej: rozporządzenie MAR. Potrzeby rynku towarowego i rynków z nim związanych spowodowały konieczność ujednolicenia zasadniczych kwestii dotyczących nadużyć na tych rynkach tj. manipulacji na rynku, wykorzystywania informacji wewnętrznych oraz bezprawnego ujawniania danych niepublicznych.

Rozporządzenie MAR reguluje nie tylko prawa i obowiązki emitentów, ale przyznaje również kompetencje organom państwowym w zakresie prowadzenia dochodzeń i nakładania sankcji za naruszenie przepisów rozporządzenia MAR. Przed wejściem w życie rozporządzenia MAR (tj. 3 lipca 2016 r.) emitenci ze szczególną uwagą analizowali zagadnienie obowiązku informacyjnego. Głównym wyzwaniem emitentów związanym ze spełnieniem obowiązku informacyjnego wynikającego z rozporządzenia MAR



była i nadal pozostaje interpretacja pojęcia informacji poufnej, od której zależy zasadność jego wypełnienia. Przedmiotem niniejszego artykułu jest próba interpretacji definicji informacji poufnej z nieco bardziej praktycznego punktu widzenia w stosunku do dość lakonicznych przepisów rozporządzenia MAR.



ZNACZENIE SAMEJ REGULACJI

Wejście w życie rozporządzenia MAR jest momentem przełomowym dla emitentów¹ działających i planujących rozpoczęcie działalności na rynku jak i dla samych inwestorów. Informacje, na podstawie których inwestor podejmuje decyzje biznesowe mają kluczowe znaczenie, a w związku z czym są podatne na manipulacje. Ustawodawca unijny zdecydował się na ukrócenie praktyk wykorzystywania informacji poufnych na terytorium Unii Europejskiej. Funkcjonująca w obrocie prawnym dyrektywa MAD oraz inne uchylone dyrektywy Komisji Europejskiej: nr 2003/124/WE wykonująca dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu i Rady w zakresie definicji i publicznego ujawniania informacji wewnętrznych oraz definicji manipulacji na rynku, nr 2003/125/WE z dnia 22 grudnia 2003 r. wykonująca dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w zakresie uczciwego przedstawiania zaleceń inwestycyjnych oraz ujawniania konfliktów interesów, nr 2004/72/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. wykonująca dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w zakresie dopuszczalnych praktyk rynkowych, definicji informacji wewnętrznej w odniesieniu do towarowych instrumentów pochodnych, sporządzania list osób mających dostęp do informacji wewnętrznych, powiadamiania o transakcjach związanych z zarządem oraz powiadamiania o podejrzanych transakcjach, z uwagi na dynamiczny postęp technologiczny, zmiany na rynkach finansowych oraz ich międzynarodowy charakter, a także modyfikację modelu biznesowego w obszarze finansów okazały się niewystarczające. Na uwagę zasługuje fakt, iż obecnie obowiązujące rozwiązania w zakresie ograniczenia i wykluczenia nadużyć na rynku zostały przyjęte w formie rozporządzenia. Wybór takiego rodzaju aktu normatywnego miał na celu zapewnienie

1 Warto wskazać, iż obowiązki informacyjne dotyczą emitentów giełdowych, ale również emitentów z rynku Alternatywnego Systemu Obsługi (Newconnect, BondSpot ASO, GPW ASO).

jednolitości stosowania przyjętych przepisów we wszystkich państwach, przez bezpośredni skutek rozporządzeń.



ZNACZENIE DEFINICJI INFORMACJI POUFNEJ

Zgodnie z art. 30 ust. 1 zdanie 1 lit. a) i b) rozporządzenia MAR bez uszczerbku dla jakichkolwiek sankcji karnych oraz bez uszczerbku dla uprawnień nadzorczych organów państwa członkowskie zgodnie z prawem krajowym przyznają właściwym organom uprawnienia do stosowania sankcji administracyjnych i innych środków administracyjnych w związku z następującymi naruszeniami: art. 14 (dot. zakazu wykorzystywania i bezprawnego ujawniania informacji poufnych) i 15 (dot. zakazu manipulacji na rynku), art. 16 ust. 1 i 2 (dot. zapobieganiu nadużyciom na rynku i ich wykrywaniu), art. 17 ust. 1,2,4,5 i 8 (dot. podawania informacji poufnych do wiadomości publicznej), art. 18 ust. 1–6 (dot. listy osób mających dostęp do informacji poufnych), art. 19 ust. 1,2,3,5,6,7 i 11 (dot. transakcji wykonywanych przez osoby pełniące obowiązki zarządcze) oraz art. 20 ust. 1 (dot. rekomendacji inwestycyjnych i statystyk) oraz odmowy współpracy lub podporządkowania się wymogom czynności wyjaśniających, kontroli lub wnioskowi o których mowa w art. 23 ust. 2 (tj. udostępniania dokumentów i danych, udzielania informacji, przekazywania sprawozdań, udostępniania systemów wykorzystywanych przez osoby zawierające transakcje, umożliwienie dokonania kontroli przez właściwy organ, udostępnianie pomieszczeń podlegających kontroli, wydanie nagrań rozmów telefonicznych, komunikacji elektronicznej, zapisów danych przechowywanych przez firmy inwestycyjne, instytucje kredytowe instytucje finansowe, operatora telekomunikacyjnego, zamrożenia lub sekwestracji aktywów, tymczasowego zaprzestania wszelkich działań sprzecznych z rozporządzeniem MAR, zaprzestania na czas zawieszenia obrotu danym instrumentem finansowym, zaprzestania działalności zawodowej na czas zakazu, publikacji oświadczenia korygującego).

Sankcja administracyjna została uregulowana w art. 173 ust. 4 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. z 2017 r. poz. 1768):



„Na każdego kto narusza obowiązek posiadania rozwiązań, systemów i procedur, o których mowa w art. 16 ust. 1 i 2 rozporządzenia 596/2014, lub nie przekazuje informacji, o których mowa w art. 16 ust. 1 i 2 tego rozporządzenia, lub przekazuje je z naruszeniem warunków określonych w tym przepisie, Komisja [przyp.autorki: Europejska] może, w drodze decyzji, nałożyć karę pieniężną:

- 1. w przypadku osób fizycznych – do wysokości 4 145 600 zł;**
- 2. w przypadku innych podmiotów – do wysokości 10 364 000 zł lub do kwoty stanowiącej równowartość 2% całkowitego rocznego przychodu wykazanego w ostatnim zbadanym sprawozdaniu finansowym za rok obrotowy, jeżeli przekracza ona 10 364 000 zł.”**

Z uwagi na wysokość sankcji przewidzianych w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi znaczenie definicji informacji poufnej jest doniosłe. Pomimo tego, iż sankcje te zostały ukształtowane na poziomie bliskim minimalnemu wymogowi ustawodawcy unijnego to i tak dla emitenta małego czy średniego mogą stanowić sankcję, która będzie dla niego niemożliwa do wykonania. Emitenci zostali postawieni w dość niekomfortowej sytuacji. Z jednej strony ustawodawca unijny przyznał im swobodę w decydowaniu o tym, która informacja stanowi informację poufną podlegającą raportowaniu natomiast z drugiej strony istnieją wysokie kary za naruszenie obowiązku raportowania, a stwierdzenie tego naruszenia dokonuje oczywiście organ właściwy, który „może” nałożyć karę pieniężną. Komisja Nadzoru Finansowego z całą pewnością zdaje sobie sprawę z faktu, iż wysokość tych sankcji jest niedostosowana do warunków panujących na rynku finansowym w Rzeczypospolitej Polskiej i jak sama stwierdziła: *„W skrajnych przypadkach nie wykluczamy zastosowania sankcji administracyjnych.”*²

2 https://www.knf.gov.pl/dla_rynku/Informacje_dla_podmiotow_nadzorowanych/mar/Informacja_poufna_qa?articleId=47301&p_id=18 (dnia 24.11.2017).



CECHY INFORMACJI POUFNEJ NA GRUNCIE ROZPORZĄDZENIA MAR

Definicja informacji poufnej została uregulowana w artykule 7 Rozporządzenia MAR poprzez wskazanie jej rodzajów. W art. 7 lit. a) został uregulowany rodzaj informacji, który swoim zakresem pojęciowym obejmuje największą ilość informacji tj. „określone w sposób precyzyjny informacje, które nie zostały podane do wiadomości publicznej, dotyczące, bezpośrednio lub pośrednio, jednego lub większej liczby emitentów lub jednego lub większej liczby instrumentów finansowych, a które w przypadku podania ich do wiadomości publicznej miałyby prawdopodobnie znaczący wpływ na ceny tych instrumentów finansowych lub na ceny powiązanych pochodnych instrumentów finansowych”. W przypadku osób realizujących zlecenia są to również informacje przekazane przez klientów i związane z ich zleceniami, które są w trakcie realizacji – o ile dotyczą instrumentów finansowych i spełniają kryteria z definicji (wskazanej w art. 7 lit. d)). Kolejną informacją poufną jest również informacja, która w przypadku podania jej do wiadomości publicznej prawdopodobnie miałaby znaczący wpływ na ukształtowanie ceny powiązanych instrumentów finansowych, kontraktów towarowych na rynku kasowym lub sprzedawanych na aukcji emisji lub produktów opartych na uprawnieniach do emisji.

Najważniejszą cechą informacji poufnej jest jej cenotwórczy charakter. Ustawodawca rozumie tę cechę w dwojakim znaczeniu tj. ex post i ex ante. W doktrynie rozróżnia się rozumienie obiektywne i subiektywne³. Znaczenie ex post jest odpowiednikiem doktrynalnego rozumienia obiektywnego, natomiast znaczenie ex ante jest odpowiednikiem doktrynalnego rozumienia subiektywnego. Natomiast należy zwrócić uwagę, iż ustawodawca unijny zdecydował się na zachowanie obiektywno – subiektywnego mechanizmu weryfikacji informacji.

Zgodnie z punktem 15 preambuły informacje ex post mogą służyć do sprawdzenia przypuszczeń co do tego, czy informacje ex ante miały wpływ na cenę. Informacje ex post, które istniały w momencie upublicznienia to informacje, które w ocenie emitenta mogą stanowić informacje

3 A.Stokłosa, S.Syp, MAR Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie nadużyć na rynku. Komentarz, Warszawa 2017, s.118.



poufne. Natomiast informacje ex ante to te, które ocenia inwestor pod kątem ich wpływu na cenę instrumentów finansowych, powiązanych kontraktów towarowych na rynku kasowym lub produktów sprzedawanych na aukcjach na podstawie uprawnień do emisji. J. Jastrzębski uważa, iż informacja poufna „*stawiała się cenotwórcza, jeśli racjonalny emitent przewidziałby prawdopodobne zachowanie racjonalnego inwestora, a więc inwestora, który podejmuje decyzje dojrzałe, oparte na wiedzy analityków rynku*”⁴. Jednak w doktrynie stanowisko to zostało skrytykowane z uwagi na to, iż cecha cenotwórcza informacji poufnej jest cechą obiektywną, zdatną do ustalenia i weryfikacji przez niezależny właściwy organ, który bada informację, a proces intelektualny emitenta nie ma nic wspólnego z oceną czy dana informacja posiada tę cechę⁵. To stanowisko doktrynalne jest dość praktyczne. Warto wspomnieć, iż informacje ex post nie mogą jednak służyć do podejmowania działań wobec osób, które wyciągnęły prawidłowe wnioski z dostępnych im informacji ex ante.

Drugą cechą informacji poufnej jest jej precyzyjność, co zostało wskazane w punkcie 18 preambuły.

Pewność prawa w zakresie prawidłowego wypełniania obowiązku raportowania informacji poufnych miała zostać zapewniona przez wyraźne wskazanie dwóch elementów kluczowych informacji poufnych tj. jej cenotwórczości oraz precyzyjności. Wyjątek stanowią informacje poufne dotyczące instrumentów pochodnych opartych na produktach energetycznych sprzedawanych w obrocie hurtowym, dla których za informacje poufne należy uznać w szczególności informacje, których ujawnienie jest wymagane zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1227/2011w sprawie integralności i przejrzystości hurtowego rynku energii.. Cecha precyzyjności informacji poufnej została uszczegółowiona w art. 7 ust. 2 rozporządzenia MAR. Jeżeli informacja wskazuje na zbiór okoliczności, które istnieją lub można zasadnie oczekiwać, że zaistnieją w przyszłości, lub na zdarzenie, które miało miejsce lub można zasadnie oczekiwać, że wystąpi w przyszłości, jeżeli informacje te są w wystarczającym stopniu szczegółowe, aby można było wyciągnąć z nich wnioski co do prawdopodobnego wpływu tego

4 J. Jastrzębski, *Opóźnienie publikacji informacji poufnych w perspektywie rozporządzenia w sprawie nadużyć na rynku*, Warszawa 2015, PPH nr 11 s. 5.

5 A.Stokłosa, S.Syp, *MAR Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie nadużyć na rynku. Komentarz*, Warszawa 2017, s.118.

szeregu okoliczności lub zdarzenia na ceny instrumentów finansowych lub powiązanych instrumentów pochodnych, powiązanych kontraktów towarowych na rynku kasowym lub sprzedawanych na aukcji produktów opartych na uprawnieniach do emisji, to informacja taka posiada przymiot precyzyjności stanowiący jedną z cech informacji poufnej. Sposób uregulowania cechy precyzyjności wskazuje na jej podporządkowanie cenie cenotwórczości⁶. Odnośnie do precyzyjności informacji poufnej wypowiedziała się KNF, w odpowiedzi na pytanie: *„Jeżeli kontrahent spółki giełdowej nie zgadza się na umieszczenie w jej raporcie szczegółowych warunków kontraktu np. takich jak wartość umowy, czy spółka może „puścić” raport bez tej wartości nie narażając się na sankcje?”* Komisja Nadzoru Finansowego stwierdziła, iż raportowana przez emitenta do publicznej wiadomości informacja poufna musi spełniać kryteria informacji poufnej, o których mowa w art. 7 rozporządzenia MAR, czyli powinna być przede wszystkim określona w sposób precyzyjny, czyli w przypadku powstania informacji poufnej, opublikowanie przez emitenta informacji, bez wszystkich wymaganych danych, kwalifikujących ją jako informację poufną, naraża emitenta na zarzut niewłaściwego wykonania obowiązku publikacji informacji poufnej.

Kolejną cechą informacji poufnej jest jej **bezpośredniość**. W art. 7 ust. 1 rozporządzenia MAR wskazano, iż **informacja poufna musi bezpośrednio lub pośrednio dotyczyć jednego lub większej liczby emitentów lub jednego lub większej liczby instrumentów finansowych, a które w przypadku podania ich do wiadomości publicznej miałyby prawdopodobnie znaczący wpływ na ceny tych instrumentów finansowych lub na ceny powiązanych pochodnych instrumentów finansowych** (oczywiście przy spełnieniu warunku posiadania cechy precyzyjności). Pośredniość powiązania może występować zarówno pomiędzy instrumentami finansowymi jak i pomiędzy podmiotami będącymi emitentami w rozumieniu art. 3 ust 1 pkt 21 rozporządzenia MAR. Bezpośredniość lub pośredniość informacji publicznej dotyczy również informacji:

6 M. Wierzbowski, Rozporządzenie UE Nr 596/2014 w sprawie nadużyć na rynku. Prawo rynku kapitałowego. Komentarz, Warszawa 2016, sjp: legalis.pl.

7 https://www.knf.gov.pl/dla_rynku/Informacje_dla_podmiotow_nadzorowanych/mar/Informacja_poufna_qa?articleId=47301&p_id=18 (dnia 12.08.2018 r.)



- w odniesieniu do towarowych instrumentów pochodnych (tu obowiązek informacyjny może wynikać również z: przepisów ustawowych lub wykonawczych wydanych zarówno na szczeblu krajowym jak i unijnym, zasad rynkowych, umowy, a także z przyjętego zwyczaju jak i ugruntowanej praktyki rynkowej);

- przekazanych przez klienta i związanych z jego zleceniami dotyczącymi instrumentów finansowych będącymi w trakcie realizacji (w przypadku osób odpowiedzialnych za realizację zleceń dotyczących instrumentów finansowych).

Cecha bezpośredniości została uregulowana odmiennie w stosunku do uprawnień do emisji lub opartych na nich produktów sprzedawanych na aukcjach. Informacje odnoszące się do tych uprawnień muszą być precyzyjne, bezpośrednio lub pośrednio powiązane z jednym lub większą liczbą takich instrumentów. Bezpośredniość lub pośredniość dotyczy tylko instrumentu, a nie emitenta, jak to ma miejsce wobec trzech pozostałych przypadków.

Ponadto warto wskazać, iż informacja poufna jest własnością wyłączną emitenta do momentu jej upublicznienia⁸.



ETAP POŚREDNIO ROZCIĄGNIĘTY W CZASIE A ZDARZENIE

Obowiązkowi przekazania raportu o informacji zakwalifikowanej jako informacja poufna podlegają te które stanowią pewne zdarzenie, które jest zdarzeniem jednorazowym. Jednak z uwagi na fakt, iż niektóre transakcje finansowe, w szczególności te o strukturze opartej na powiązaniach przypominają swoisty proces, ustawodawca unijny zdecydował, iż również ten proces będzie podlegał rygorowi rozporządzenia MAR. Zgodnie z art. 7 ust. 3 rozporządzenia MAR etap pośredni rozciągnięty w czasie procesu jest uznany za informację poufną. Warunkiem uznania etapu pośredniego jest oczywiście spełnienie przez niego wszystkich przesłanek

8 A.Stokłosa, S.Syp, MAR Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie nadużyć na rynku. Komentarz, Warszawa 2017, s.116.

właściwych informacji poufnej. Może oczywiście dojść do sytuacji, w której poszczególne etapy procesu będą tak wzajemnie od siebie zależne, że dopiero cały zakończony już proces będzie posiadać wszystkie cechy właściwe informacji poufnej. W takiej sytuacji to proces w momencie uzyskania wszystkich cech będzie stanowić informację poufną podlegającą raportowaniu⁹. Etapy tego procesu oczywiście jako niespełniające tych warunków nie będą podlegały obowiązkowi raportowania. Dla emitenta wybór czy informację poufną stanowi dany proces czy już jeden z jego etapów albo każdy z nich, może stanowić trudność niemożliwą do rozstrzygnięcia. W związku z tym może dochodzić do sytuacji, w których emitenci obawiając się sankcji administracyjnych będą raportować o etapach procesu, które w gruncie rzeczy stanowią będą informację pozbawioną cech informacji poufnej.



WYTYCZNE EUROPEJSKIEGO URZĘDU NADZORU GIEŁD I PAPIERÓW WARTOŚCIOWYCH (ANG. EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY, ESMA)

Rozporządzenie MAR przewiduje wydanie przez ESMA wytycznych pomocniczych w trzech obszarach:

- 1. opóźnienia ujawnienia informacji poufnych**
- 2. badania rynku**
- 3. przykładowego, otwartego wykazu informacji poufnych na rynkach towarowych**

Zgodnie z art. 7 ust. 5 rozporządzenia MAR Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych powinien wydać wytyczne w celu ustano-

⁹ M. Wierzbowski, Rozporządzenie UE Nr 596/2014 w sprawie nadużyć na rynku. Prawo rynku kapitałowego. Komentarz, Warszawa 2016, sjp: legalis.pl.



wienia przykładowego, otwartego wykazu informacji, których ujawnienie jest zasadnie oczekiwane lub wymagane zgodnie z przepisami ustawowymi lub wykonawczymi prawa unijnego lub krajowego, zasadami rynku, umową, praktyką lub zwyczajem na odpowiednich rynkach towarowych instrumentów pochodnych lub rynkach kasowych. Wytyczne ESMA mają ponadto uwzględniać specyfikę rynków towarowych instrumentów pochodnych oraz instrumentów kasowych.

Doktryna wskazuje, iż wytyczne mają mieć charakter wyłącznie pomocniczy. Natomiast każdy podmiot zobowiązany do raportowania informacji poufnych powinien w sposób bardzo zindywidualizowany weryfikować czy dana informacja kwalifikuje się już do zbioru informacji poufnych¹⁰.

W ramach realizacji zobowiązania wynikającego z rozporządzenia MAR, w dniu 17 stycznia 2017 r., ESMA przyjęła dokument pt. *Wytyczne dotyczące rozporządzenia w sprawie nadużyć na rynku. Informacje dotyczące rynków towarowych instrumentów pochodnych lub powiązanych rynków kasowych na potrzeby określenia informacji poufnych w zakresie towarowych instrumentów pochodnych*. Dokument ten został opublikowany w tym samym dniu na stronie internetowej ESMA w polskiej wersji językowej. Jednym z warunków stosowania wytycznych w danym państwie było ich przyjęcie przez właściwy krajowy organ nadzoru. Zawarte w dokumencie opublikowanym przez ESMA wytyczne zostały w dniu 17 marca 2017 r. przyjęte przez Komisję Nadzoru Finansowego do stosowania w praktyce nadzorczej. Uczestnicy rynku nie mają obowiązku zawiadomienia, czy stosują się do wytycznych ESMA. Ma to związek z tym, iż to organ właściwy bada ostatecznie czy dana informacja posiada cechy informacji poufnej stąd istotne było przyjęcie przez ten organ wytycznych w określonym czasie.

Biorąc pod uwagę znaczenie gospodarcze obowiązku raportowania informacji poufnych należy stwierdzić, iż wytyczne ESMA są dość lakoniczne i nie dostarczają moim zdaniem istotnych wyjaśnień w przedmiocie interpretacji definicji informacji poufnej. Oczywiście celem niniejszych wytycznych jest przedstawienie tylko orientacyjnych przykładów informacji poufnych, i faktycznie ESMA ograniczył się wyłącznie do tego celu. War-

10 A.Stokłosa, S.Syp, *MAR Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie nadużyć na rynku. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 122.

tość użytkowa tak ważnych wytycznych powinna być znacznie wyższa, a w związku z tym wytyczne powinny być swoistą *mapą drogową* dla emitenta, inwestora oraz osoby zgłaszającej naruszenie.

Sam ESMA w treści wytycznych wskazał, iż w dokumencie przedstawiono przykłady informacji, które ESMA zamierza umieścić w otwartym wykazie informacji, których ujawnienie jest zasadnie oczekiwane lub wymagane zgodnie z art. 7 ust. 5 rozporządzenia w sprawie nadużyć na rynku. Oświadczenie to potwierdza konkluzję, iż wytyczne są mało użyteczne.

ESMA wskazał, iż aby uznać, że można zasadnie oczekiwać, że dane informacje zostaną ujawnione:

- (i) powinny one po ujawnieniu być powszechnie dostępne w sposób niedyskryminacyjny,
- (ii) powinny być ujęte w oficjalnym oświadczeniu, a nie w ramach prywatnej lub osobistej opinii bądź analizy oraz
- (iii) nie powinny mieć charakteru pogłosek lub spekulacji.

W wytycznych ESMA **jako przykłady informacji bezpośrednio dotyczących towarowych instrumentów pochodnych** zostały wskazane informacje *„o poziomach zapasów lub przemieszczeniach towarów w magazynach i obiektach magazynowych, których publikacja jest wymagana lub zasadnie oczekiwana zgodnie z przepisami lub praktykami na danym rynku towarowych instrumentów pochodnych”*¹¹.

Jako przykład informacji pośrednio dotyczących towarowych instrumentów pochodnych bez powiązanego rynku kasowego wskazano: *„informacje w przypadku których można zasadnie oczekiwać, że zostaną one ujawnione przez instytucje publiczne z UE lub spoza UE, na przykład Eurostat, Europejski Bank Centralny, krajowe banki centralne bądź krajowe urzędy lub instytuty statystyczne w odniesieniu do oficjalnych statystyk*

11 Wytyczne dotyczące rozporządzenia w sprawie nadużyć na rynku Informacje dotyczące rynków towarowych instrumentów pochodnych lub powiązanych rynków kasowych na potrzeby określenia informacji poufnych w zakresie towarowych instrumentów pochodnych, https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma-2016-1480_pl.pdf (data: 24.11.2016).



i prognoz ekonomicznych, takich jak PKB, dane dotyczące bilansu płatniczego i wskaźniki inflacji.¹²”

Jako przykład **informacji bezpośrednio dotyczących kontraktów towarowych na rynku kasowym** wskazano:

- informacje, które zgodnie z REMIT (ang. Regulation on Wholesale Energy Market Integrity and Transparency¹³) muszą być publicznie ujawnione w odniesieniu do produktów energetycznych (sprzedawanych w obrocie hurtowym);
- dane statystyczne udostępniane publicznie w bazie danych JODI (ang. Joint Oil Data Initiative¹⁴), które dotyczą produkcji, importu, eksportu, zapasów, poboru i zapotrzebowania rafinerii w zakresie produktów ropopochodnych oraz w bazie danych JODI w odniesieniu do gazu;
- informacje dotyczące produkcji, importu, eksportu i zapasów towarów będących podstawą towarowego instrumentu pochodnego oraz informacje o aktywności transakcyjnej na danym rynku kasowym towarów, których ujawnienie jest zasadnie oczekiwane zgodnie z praktykami tego rynku kasowego.

Na uwagę zasługuje jeden z przykładów informacji **bezpośrednio dotyczących kontraktów towarowych na rynku kasowym, a mianowicie**: Informacje, w przypadku których można zasadnie oczekiwać, że zostaną one ujawnione przez międzyagencyjne platformy służące zwiększeniu przejrzystości rynku produktów spożywczych oraz zachęcające do koordynacji działań z zakresu polityki w reakcji na niepewność rynku, na przykład system informacji o rynkach rolnych (AMIS). Przykład ten wskazuje, iż informacje poufne mogą stanowić informacje, które bez dogłębnej analizy mogą sprawiać wrażenie zwykłej informacji. Przykład ten dowodzi również okoliczności, iż każdą informację należy dokładnie badać pod

12 Wytoczne dotyczące rozporządzenia ... pkt 15.

13 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1227/2011 z dnia 25 października 2011 r. w sprawie integralności i przejrzystości hurtowego rynku energii (Dz. Urz. UE L 326/1).

14 Baza danych gromadząca informacje o popycie i podaży na ropę i pochodne.

względem spełnienia wszystkich przesłanek warunkujących zakwalifikowanie informacji jako informacji poufnej.

[ESMA wydał również raport końcowy dotyczący wytycznych w zakresie informacji dotyczących rynków towarowych instrumentów pochodnych lub powiązanych rynków kasowych na potrzeby określenia informacji poufnych w zakresie towarowych instrumentów pochodnych.](#) W raporcie wskazano, że zakres wytycznych obejmuje wszystkie obszary globalne, w tym spoza UE, informacje, które są racjonalnie oczekiwane lub wymagane do ujawnienia i które mogą mieć wpływ na towarowe instrumenty pochodne dopuszczone do obrotu lub będące przedmiotem obrotu na rynkach UE/EOG.



PODSUMOWANIE

W obecnie obowiązującym stanie prawnym zakwalifikowanie informacji jako informacji poufnej, która podlega raportowaniu właściwemu organowi w niektórych przypadkach może stanowić wyzwanie. Emitenci z jednej strony zostali wyposażeni w prawo do decydowania o tym czy dana informacja posiada wszystkie cechy właściwe informacji poufnej czy też nie. Prawo to jest jednak ograniczone przede wszystkim przez przepisy rozporządzenia MAR, wytyczne ESMA oraz analizę organu właściwego do przyjmowania raportów emitentów. Z drugiej strony sankcje administracyjne przewidziane za naruszenie przepisów o raportowaniu informacji poufnych są dość wysokie w szczególności przy uwzględnieniu dość dużej swobody przyznanej emitentom.



ABSTRAKT

W dniu 16 kwietnia 2014 roku przyjęto rozporządzenie MAR, w którym ustawodawca unijny dokonał ujednoclenia pojęcia informacji poufnej oraz ujednoclenia pozostałych zasadniczych kwestii dotyczących nadużyć na tych rynkach tj. manipulacji na rynku, wykorzystywania informacji wewnętrznych oraz bezprawnego ujawniania danych niepublicznych. Rozporządzenie MAR reguluje nie tylko prawa i obowiązki emitentów, ale przyznaje również kompetencje organom państwowym w zakresie pro-



wadzenia dochodzeń i nakładania sankcji za naruszenie przepisów. W niniejszym artykule została postawiona teza, iż emitent został wyposażony w prawo do decydowania, które informacje stanowią informację poufną, które to jest ograniczone regulacją rozporządzenia MAR oraz wytycznymi ESMA, w związku z przyjęciem ich przez Komisję Nadzoru Finansowego. W artykule dokonałam opisu poszczególnych cech informacji poufnych oraz podałam przykłady informacji poufnych wskazanych w wytycznych ESMA.



SUMMARY

On April 16, 2014, a MAR regulation was adopted. The EU legislator unified the concept of inside information and aligned the remaining essential issues of market abuse, market manipulation, the use of inside information, and unlawful disclosure of non-public data. The MAR regulation regulates not only the rights and obligations of issuers but also the competence of state authorities to investigate and impose sanctions for infringements. In this article, it has been argued that the issuer has the right to decide which information is confidential, which is limited by the MAR regulation and the ESMA guidelines, as adopted by the Financial Supervision Authority. In this article, I have described some of the characteristics of confidential information and have provided examples of confidential information according to the ESMA guidelines.

Etyka i inne



**MŁODA
PALESTRA**

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



Jednak
APPLE
LEPSZE?



Hegemonia iPada Apple
została usankcjonowana
poprzez wyrok
Sądu UE

apl. adw. Aleksander Zieliński

Izba Adwokacka w Warszawie



Producent, w powszechnym mniemaniu taniej elektroniki, firma Xiaomi doznała niedawno ciosu mogącego spowolnić jej plany ekspansji na europejskim rynku. Xiaomi co roku sprzedaje kilkadziesiąt milionów urządzeń elektronicznych na świecie. Chcąc na równych warunkach uczestniczyć w obrocie na terenie UE spółka roztropnie rozpoczęła procedurę rejestracji Znaków Towarowych Unii Europejskiej chcąc mieć należną ochronę. Znak towarowy „Mi Pad”, którym opatrywane są tablety Xiaomi zwrócił jednak uwagę rynkowego giganta – firmy Apple, która złożyła sprzeciw do zgłoszenia znaku „Mi Pad” powołując się m.in. na konfuzyjne podobieństwo do wcześniejszego, zarejestrowanego na rzecz Apple znaku towarowego „iPad”. Apple walkę tę wygrało. Czy słusznie?



WPROWADZENIE

Dnia 5 grudnia 2017 r. zapadł wyrok Sądu Unii Europejskiej (dalej: „**Sąd**”, „**Sąd UE**”) w sprawie T-893/16 na skutek skargi złożonej przez spółkę Xiaomi, Inc. (dalej: „**Xiaomi**”) od decyzji Izby Odwoławczej Urzędu Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej (dalej: „**EUIPO**”) dotyczącej oddalenia wniosku o rejestrację słownego Znaków Towarowych Unii Europejskiej (da-



lej: „**ZTUE**”) „Mi Pad” wydanej w wyniku sprzeciwu zgłoszonego przez spółkę Apple, Inc. (dalej: „**Apple**”). W niniejszym artykule zreferowane zostaną motywy wyroku i rozumowanie Sądu UE, które doprowadziło do unie możliwości rejestracji oznaczenia Xiaomi. Układ artykułu, dla porządku, jest zbieżny z konstrukcją wyroku.



TŁO SPORU

Sprawa rozpoczęła się od publikacji zgłoszenia dnia 26 maja 2014 r. ZTUE „MI PAD” przeznaczonego do oznaczania towarów i usług z klas 9 i 38 klasyfikacji nicejskiej tj. głównie dla urządzeń elektronicznych i usług z nimi związanych.

Dnia 22 sierpnia 2014 r. interwenient – Apple wniosła sprzeciw wobec rejestracji zgłoszonego ZTUE „MI PAD” w odniesieniu do wszystkich towarów i usług, które obejmowało zgłoszenie. Sprzeciw opierał się między innymi na wcześniejszym słownym ZTUE „IPAD”, z pierwszeństwem od dnia 18 stycznia 2010 r. pod numerem ZTUE-8817281, obejmującym, podobne i identyczne towary i usługi należące do klas 9 i 38. W sprzeciwie Apple powołała się na identyczność oraz renomę wcześniejszych oznaczeń.

W dniu 16 grudnia 2015 r. Wydział Sprzeciwów uwzględnił sprzeciw i oddalił wnioski o rejestrację w odniesieniu do wszystkich objętych nim towarów i usług. W dniu 16 lutego 2016 r. Xiaomi wniosła odwołanie od decyzji Wydziału Sprzeciwów do EUIPO.

Decyzją z dnia 22 września 2016 r. Pierwsza Izba Odwoławcza EUIPO odrzuciła odwołanie Xiaomi, nie dzielając jej argumentacji. W konsekwencji, biorąc pod uwagę identyczność lub podobieństwo towarów i usług objętych spornymi znakami towarowymi, Izba Odwoławcza stwierdziła, że różnice między tymi znakami towarowymi nie wystarczają, aby wykluczyć istnienie prawdopodobieństwa wprowadzenia w błąd co do pochodzenia towarów i usług (względnie ryzyka asocjacji powiązań gospodarczych między tymi podmiotami) tj. ryzyka konfuzji oraz faktu, że właściwy krąg odbiorców mógłby uznać, że zgłoszony znak towarowy stanowi modyfikację wcześniejszego znaku towarowego Apple.

W konsekwencji, Xiaomi wniosła skargę od decyzji Izby Odwoławczej do TSUE o stwierdzenie nieważności wydanej decyzji. EUIPO wniósł o oddalenie tej skargi. Xiaomi argumentując zasadność wniesionej skargi, w istocie powoływała się na nieistnienie podobieństwa między spornymi znakami, które pozwalałoby na stwierdzenie występowania ryzyka konfuzji, przywołując wysoki poziom uwagi właściwego kręgu odbiorców, brak dystynktywności elementu wspólnego „PAD”, różnice między elementami odróżniającymi kolidujących ze sobą znaków towarowych oraz słaby charakter odróżniający wcześniejszego znaku towarowego – argumenty te były kontestowane zarówno przez EUIPO, jak i Apple.



PORÓWNANIE TOWARÓW I USŁUG

W niniejszej sprawie Izba Odwoławcza oceniła, że omawiane towary i usługi ze spornych znaków są w części identyczne, a w części podobne – żadna ze stron nie podnosiła obiekcji co do takich ustaleń i te twierdzenie Sąd przyjął za własne. Należy podzielić ten pogląd.



WŁAŚCIWY KRĄG ODBIORCÓW I WŁAŚCIWE TERYTORIUM

Zgodnie z orzecnictwem, przy ogólnej ocenie prawdopodobieństwa wprowadzenia w błąd, należy wziąć pod uwagę model przeciętnego konsumenta danej kategorii towarów, który jest dostatecznie dobrze poinformowany oraz wystarczająco uważny i ostrożny. Trzeba również pamiętać, że poziom uwagi przeciętnego konsumenta może się różnić w zależności od kategorii danych towarów lub usług¹.

W niniejszej sprawie Izba Odwoławcza uznała w zaskarżonej decyzji, że towary i usługi z klas 9 i 38, o których mowa, były przeznaczone zarówno dla odbiorców profesjonalnych posiadających specjalistyczną wiedzę fachową, jak i dla ogółu społeczeństwa. W tym względzie Izba stwierdziła, że przeciętny odbiorca towarów i usług, o których mowa, został uznany

1 Por. wyrok z 13 lutego 2007 r., Mundipharma przeciwko OHIM – Altana Pharma (RESPICUR), T-256/04, EU: T: 2007: 46, pkt 42 i przytoczone tam orzecznictwo.



za wystarczająco dobrze poinformowanego oraz dostatecznie uważnego i ostrożnego. Ponadto Izba uznała, że właściwym terytorium jest terytorium całej Unii Europejskiej.

Xiaomi nie zaprzeczyła, że przedmiotowe towary i usługi są skierowane zarówno do ogółu społeczeństwa, jak i do odbiorców profesjonalnych. Z drugiej strony Xiaomi podniosła, że Izba Odwoławcza nie wzięta pod uwagę faktu, że w odniesieniu do omawianych towarów, w szczególności tabletek z klasy 9, poziom uwagi przy zakupie jest bardzo wysoki i poprzedzony wnikliwą analizą, ponieważ mogą być to bardzo drogie urządzenia i podlegają one kilkuletniemu okresowi używania (a zatem ich zakup jest planowany na lata), ponadto Xiaomi zarzuciła Izbie Odwoławczej, że ta nie określiła prawidłowo terytorium, na którym dokonuje oceny prawdopodobieństwa wprowadzenia w błąd.

Sąd zważył, iż w odniesieniu do poziomu uwagi właściwego kręgu odbiorców, większość tych towarów to towary elektroniczne skierowane do ogółu społeczeństwa, które obecnie w przeważającej większości są stosunkowo niedrogie, mają stosunkowo krótki okres użytkowania i nie wymagają szczególnej fachowej wiedzy do ich obsługi ani do podjęcia decyzji o ich zakupie. Zdyskredytował twierdzenia Xiaomi, że powyższe zasadne jest tylko w odniesieniu do towarów takich jak karty pamięci, myszki, kable i inne urządzenia peryferyjne komputerów. W związku z tym Wydział Sprzeciwów słusznie stwierdził, że w niniejszym przypadku poziom uwagi przeciętnego odbiorcy wahał się od średniego do wysokiego.

Izba Odwoławcza uznała, że istnieje prawdopodobieństwo wprowadzenia w błąd właściwego kręgu odbiorców „nawet zakładając, że charakteryzuje się on wysokim poziomem uwagi”. Jest to zgodne z ugruntowanym orzecznictwem, które wyraża poglądu, że w przypadku, gdy istnieje wysokie prawdopodobieństwo wprowadzenia w błąd wynikające z innych czynników, takich jak identyczność lub ogólnie bliskie podobieństwo znaków i identyczność towarów, nie można liczyć na to, że odpowiedni poziom uwagi właściwego kręgu odbiorców nie spowoduje wprowadzenia w błąd².

2 Por. wyrok z 6 września 2010 r. w sprawie R 1419/2009-4 „Hasi” oraz wyrok z 26 lutego 2010 r. w sprawie R 1562/2008-2 „victory slims”, pkt 51.

W odniesieniu do właściwego terytorium, Izba Odwoławcza uznała, że właściwym terytorium jest terytorium Unii Europejskiej. Stwierdzenie to nie było kwestionowane przez Xiaomi i zostało utrzymane, a z racji na transgraniczność dostępności produktów Xiaomi, jest ono zdecydowanie słuszne, minimalny wymóg sprzeciwu w tym zakresie na pewno został spełniony³.



PORÓWNANIE OZNACZEŃ

Ogólna ocena prawdopodobieństwa wprowadzenia w błąd w odniesieniu do wizualnego, fonetycznego lub koncepcyjnego charakteru spornych oznaczeń powinna opierać się na całościowym wrażeniu wywieranym przez oznaczenia, mając w szczególności na uwadze ich charakterystyczny i dominujący element – o ile taki posiadają. Postrzeganie znaków przez przeciętnego odbiorcę danych towarów lub usług odgrywa decydującą rolę w ogólnej ocenie prawdopodobieństwa wprowadzenia w błąd (konfuzji). W tym względzie przeciętny konsument postrzega znak towarowy jako całość i nie zajmuje się analizą poszczególnych jego elementów⁴.

Przytaczając ugruntowane orzecznictwo, trzeba wskazać, że porównanie analizowanych znaków towarowych należy przeprowadzić poprzez zbadanie każdego z rozpatrywanych znaków towarowych w całości, co nie oznacza, że całościowe wrażenie wywierane na właściwy krąg odbiorców przez złożony znak towarowy nie może w pewnych okolicznościach być zdominowane przez jeden lub więcej jego elementów⁵. Jedynie w przypadku, gdy wszystkie pozostałe elementy znaku towarowego są nieistotne, ocena podobieństwa może być dokonana wyłącznie na podstawie elementu dominującego⁶. Taka sytuacja, w ocenie Sądu, nie miała w rozpatrywanej sprawie miejsca.

3 Por. wyrok z 08 września 2008 r. w sprawie C-514/06 „Armacell”, pkt 56–57 oraz późniejsze orzecznictwo, między innymi wyrok z 18 września 2011 r. w sprawie T-460/11 „BÜRGER”, pkt 52 i przytoczone orzecznictwo.

4 zob. Wyrok z dnia 12 czerwca 2007 r., OHIM przeciwko Shaker, C-334/05 P, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo).

5 Ibidem.

6 Ibidem oraz Wyrok z dnia 20 września 2007 r. w sprawie Nestlé przeciwko OHIM, C-193/06 P, pkt 42).



Należy również przypomnieć jedną z istotniejszych dyrektyw oceny podobieństwa wypracowanych przez orzecznictwo, otóż pierwsza/początkowa część słownych znaków towarowych może przyciągać uwagę odbiorcy bardziej niż kolejne elementy. Okoliczność ta jednak musi być każdorazowo ewaluowana i nie może w żadnym razie podważać zasady, zgodnie z którą ocena podobieństwa oznaczeń musi uwzględniać całościowe wrażenie wywierane przez badane oznaczenia⁷.

W odniesieniu do porównania spornych znaków towarowych Izba Odwoławcza uznała, że są one podobne wizualnie, ponieważ charakteryzują się identycznością w odniesieniu do sekwencji liter „IPAD”, a różnią się jedynie pod względem obecności litery „M” na początku zgłoszonego ZTUE. Różnica w jednej, dodatkowej literze w istocie jest pomijalna, nawet, mimo że znajduje się na początku znaku⁸.

Porównując znaki pod względem fonetycznym, szczególną uwagę należy poświęcić ocenie wspólnych sylab, ponieważ podobieństwo całościowego wrażenia fonetycznego stwierdza się najczęściej na podstawie tych wspólnych sylab i ich identycznych lub podobnych kombinacji⁹. Badanie warstwy fonetycznej wykazało, że sporne znaki towarowe są podobne, gdyż są zbieżne w wymowie zarówno w zakresie wspólnej drugiej sylaby – „PAD”, jak i samogłoski „i”, występującej w pierwszej sylabie każdego z tych znaków towarowych. Istotnie litera „M”, będąca literą o „miękkiej” wymowie, nie zmienia zasadniczo brzmienia wymowy znaków, które by wykluczyło lub choćby oddaliło ryzyko konfuzji. Trzeba podzielić ocenę Sądu w tym zakresie.

Pod względem koncepcyjnym uznano, że sporne znaki towarowe są bardzo podobne dla anglojęzycznej części Unii Europejskiej ze względu

7 Zob. Wyrok z 10 marca 2016 r., *Credentis v OHIM – Aldi Karlslunde* (Curodont), T-53/15, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo).

8 „Porównując oznaczenia pod kątem ich słownych elementów, Urząd uznaje te oznaczenia za podobne wówczas, gdy znaczna liczba liter jest jednakowo umiejscowiona i gdy nie są one znacząco stylizowane bądź też są stylizowane w ten sam lub podobny sposób.” – Wyrok z 18 czerwca 2009 r w sprawie T-418/07 „LIBRO” oraz wyrok z 15 listopada 2011 r w sprawie T-434/10 „ALPINE PRO SPORTSWEAR AND EQUIPMENT”), w: wytyczne dotyczące rozpatrywania spraw związanych ze wspólnotowymi znakami towarowymi przez Urząd Harmonizacji Rynku Wewnętrznego (znaki towarowe i wzory), Część C, Dział 2, Rozdział 3, pkt 3.4.2.

9 Wytyczne..., pkt 3.5.1.

na wspólny element „PAD”, który przez właściwy anglojęzyczny krąg odbiorców rozumiany jest jako tablet graficzny lub tablet, podczas gdy porównanie pojęciowe pozostawało neutralne w nieanglojęzycznych częściach Unii Europejskiej ze względu na możliwość niezrozumienia słowa „PAD”. Wydaje się, że element „PAD”, poprzez nabycie wtórnej zdolności odróżniającej przez znak „IPAD”, nie musi być semantycznie zrozumiały, aby mógł budzić skojarzenia z elektroniką i tabletami, nawet dla części osób, które nie znają języka angielskiego.

Xiaomi podnosiła, że przy porównywaniu spornych znaków towarowych należy pominąć element wspólny „PAD” ze względu na to, że nie posiada on charakteru odróżniającego. Dalej argumentowała, że pod względem wizualnym obecność litery „M” na początku zgłoszonego znaku towarowego powoduje, że sporne znaki towarowe nie są podobne; pod względem fonetycznym sporne znaki towarowe są również niepodobne, biorąc pod uwagę obecność spółgłoski „M” w zgłoszonym znaku towarowym oraz okoliczność, że litera „l” będzie wymawiana inaczej we wcześniejszym znaku towarowym i w zgłoszonym znaku towarowym. Argumentacja ta nie zasługuje na aprobatę ze względu na powszechną znajomość przez właściwych odbiorców znaku „IPAD”, co nadaje przymiot dystynktywności elementowi „PAD”.



DOMINUJĄCY I ODRÓŻNIAJĄCY CHARAKTER ELEMENTÓW SKŁADOWYCH SPORNICH ZNAKÓW TOWAROWYCH

W ocenie Sąd Xiaomi nie wykazała, iż element „PAD”, wspólny dla spornych znaków towarowych, miał charakter opisowy dla wszystkich towarów i usług, o których mowa oraz dla całego właściwego kręgu odbiorców, co jest słuszne, biorąc pod uwagę powyższą konstatację odnośnie charakteru odróżniającego elementu „PAD”. Sąd, co należy zaaprobować, stwierdził, że sporne znaki towarowe nie zawierają elementów dominujących i że wspólnego elementu „PAD” nie można uznać za nieistotny, a tym samym pominąć podczas oceny podobieństwa i ryzyka konfuzji.

Wspólny element „PAD” będzie istotny podczas badania podobieństwa tj. zauważalny wizualnie i wymawiany w każdym ze spornych znaków to-



warowych, w efekcie będzie miał wpływ na ogólne wrażenie wywierane przez te znaki towarowe, a zatem musi być brany pod uwagę i nie może zostać pominięty – słusznie.

W konsekwencji, wbrew twierdzeniom Xiaomi, porównanie spornych znaków towarowych nie może ograniczać się do uwzględnienia wyłącznie elementu „MI” zgłoszonego znaku towarowego i porównania go z elementem „I” wcześniejszego znaku towarowego, nawet jeżeli element „PAD” – wspólny dla kolidujących ze sobą znaków towarowych – miał charakter czysto opisowy. Izba Odwoławcza była zatem uprawniona do przeprowadzenia w całości porównania zgłoszonego znaku towarowego „MI PAD” z wcześniejszym znakiem towarowym „IPAD”, rozpatrując każdy z tych znaków jako całość i w takiej formie dokonując ewaluacji¹⁰.



WIZUALNE, FONETYCZNE I KONCEPCYJNE PORÓWNANIE SPORNÝCH ZNAKÓW TOWAROWYCH

W odniesieniu do sfery wizualnej porównania spornych znaków towarowych należy stwierdzić, że wcześniejszy ZTUE jest powtórzony w stanie niezmienionym w zgłoszonym znaku towarowym. Sporne znaki towarowe pokrywają się w sekwencji liter „IPAD” i różnią się jedynie w zakresie dodatkowej litery „M” na początku zgłoszonego znaku towarowego. Różnica ta nie może wyłączać ogólnego podobieństwa wizualnego spornych znaków towarowych tzn. egzystencja litery „M” na początku nie obniża wysokiego podobieństwa oznaczeń. Nawet gdy początkowa część słownych znaków towarowych może być w stanie przyciągnąć uwagę odbiorcy bardziej niż pozostałe części oznaczenia, to jednak w żadnym przypadku nie może ona mieć charakteru rozstrzygającego, a ocena podobieństwa oznaczeń musi uwzględniać całościowe wrażenie, jakie oznaczenia na odbiorcach wywierają. Izba Odwoławcza nie popełniła błędu uznając, że między spornymi znakami towarowymi istnieje wysoki stopień podobieństwa wizualnego.

10 Por. wyrok z 12 czerwca 2007 r. w sprawie C-334/05 P „Limoncello”, pkt 41 i 42; wyrok z 13 grudnia 2011 r. w sprawie T-61/09 „Schinken King”, pkt 46.

W tym względzie różnica ta wynika jedynie z obecności na początku zgłoszonego znaku towarowego dodatkowej litery „M”. Podczas gdy prawdą jest, że anglojęzyczna część właściwego kręgu odbiorców może wypowiadać literę „l” w pierwszej sylabie „MI” zgłoszonego znaku towarowego jako [i], zgodnie z angielskim międzynarodowym alfabetem fonetycznym, podczas gdy w pierwszym sylabie „l” wcześniejszego znaku towarowego będzie wypowiadać tę literę jako [aj].

Sumując, sporne znaki towarowe w istocie odznaczają się średnim stopniem podobieństwa fonetycznego w odniesieniu do anglojęzycznej części właściwego kręgu odbiorców Unii Europejskiej oraz wysokim stopniem podobieństwa fonetycznego w odniesieniu do nieanglojęzycznej części właściwego kręgu odbiorców.

Co się tyczy elementu „PAD”, wspólnego dla spornych znaków towarowych, należy uznać tak jak uczyniła to Izba Odwoławcza, że przez anglojęzyczną część właściwego kręgu odbiorców rozumie przez to słowo tablet graficzny lub tablet. Jeśli zaś chodzi o element „MI” zgłoszonego znaku towarowego, można go rozumieć, przynajmniej przez anglojęzyczną i hiszpańskojęzyczną część właściwego kręgu odbiorców, jako odnoszący się do zaimka dzierżawczego w pierwszej osobie liczby pojedynczej tj. „mój”. Natomiast, wbrew twierdzeniom Xiaomi, jest mało prawdopodobne, by element ten był rozumiany przez właściwy krąg odbiorców jako odniesienie do znaku towarowego Xiaomi.

Co do elementu „l” wcześniejszego znaku towarowego, może on być rozumiany, jako odnoszący się do Internetu – na tym polu nie ma sporu.

Z powyższego wynika, że sporne znaki towarowe są koncepcyjnie podobne dla anglojęzycznej części właściwego kręgu odbiorców ze względu na znaczenie przypisywane elementowi wspólnemu „PAD”. Rzeczywiście, mimo że element wspólny „PAD” jest w odniesieniu do rozpatrywanych towarów i usług słabo odróżniający dla anglojęzycznej części właściwego kręgu odbiorców, nie ma on jednak charakteru opisowego, a jego obecność w obu spornych znakach towarowych stanowi wystarczającą podstawę do stwierdzenia podobieństwa koncepcyjnego. Ponadto różnice koncepcyjne między rozpatrywanymi znakami towarowymi wynikające z elementów „MI” i „l” nie są na tyle istotne, by usunąć wszelkie podobień-



stwa między rozpatrywanymi znakami towarowymi w odniesieniu do anglojęzycznej części właściwego kręgu odbiorców.

Z całości powyższych argumentów wynika, że sporne znaki towarowe są bardzo podobne wizualnie i fonetycznie dla całego właściwego kręgu odbiorców. Ponadto w odniesieniu do anglojęzycznej części właściwego kręgu odbiorców, sporne znaki towarowe są również podobne pod względem koncepcyjnym. Wydaje się, że Sąd winien nie rozdzielać odbiorców pod kątem znajomości języka angielskiego ze względu na nabycie wtórnej dystynktywności przez znak „IPAD”.



RYZIKO KONFUZJI

Warto wspomnieć, że ogólna ocena prawdopodobieństwa wprowadzenia w błąd pociąga za sobą współzależność między opisywanymi powyżej czynnikami, a w szczególności między podobieństwem znaków towarowych i towarów lub usług objętych zgłoszeniem. W związku z tym niski stopień podobieństwa między tymi towarami lub usługami może zostać zrekompensowany wysokim stopniem podobieństwa między znakami towarowymi i *vice versa*¹¹. Pełna ocena ryzyka konfuzji powinna opierać się na całościowym wrażeniu, jakie sprawiają znaki, z uwzględnieniem między innymi ich elementów odróżniających i dominujących¹².

Izba Odwoławcza stwierdziła, że w przypadku kolidujących ze sobą znaków towarowych istnieje prawdopodobieństwo wprowadzenia w błąd. W szczególności biorąc pod uwagę identyczność lub podobieństwo towarów i usług objętych spornymi znakami towarowymi. Sąd słusznie uznał, że różnice między tymi znakami towarowymi wynikające z obecności dodatkowej litery „M” na początku zgłoszonego znaku towarowego nie są wystarczające, aby zrównoważyć wysoki stopień podobieństwa wizualnego i fonetycznego między rozpatrywanymi znakami towarowymi przy badaniu ich jako całości.

11 Por. wyroki z dnia 29 września 1998 r., Canon, C-39/97, pkt. 17 i Wyrok z dnia 14 grudnia 2006 r., ws. VENADO pkt. 74 oraz inne wyroki o sygn.: T-81/03, T-82/03 i T-103/03.

12 Por. wyrok z 11 listopada 1997 r. w sprawie C-251/95 „SABEL” pkt 23.

Izba Odwoławcza stwierdziła również, że nawet zakładając, że właściwy krąg odbiorców wykazuje wysoki poziom uwagi, jest możliwość, że odbiorcy towarów i usług oznaczanych za pomocą spornych znaków uznają, że pochodzą one z tego samego przedsiębiorstwa lub przedsiębiorstw powiązanych gospodarczo. W efekcie powezmą oni przekonanie, że zgłoszony znak towarowy „MI PAD” stanowi zmienioną lub inną wersję wcześniejszego znaku towarowego „IPAD”. Podkreślenia wymaga, że istnienie prawdopodobieństwa wprowadzenia w błąd dla nieanglojęzycznej części właściwego kręgu odbiorców ze względu na wysoki stopień podobieństwa wizualnego i fonetycznego między spornymi znakami towarowymi skorelowane z identycznością lub podobieństwem danych towarów i usług wystarczy, aby złożony sprzeciw od rejestracji zgłoszonego znaku towarowego uznać za zasadny.

Poziom uwagi poświęcanej przez właściwy krąg odbiorców nie jest wysoki w odniesieniu do wszystkich omawianych towarów i usług, lecz waha się od średniego do wysokiego, w zależności od stopnia złożoności i ceny konkretnych towarów i usług – podyktowane jest to upowszechnieniem się tego typu produktów. Biorąc pod uwagę stopień podobieństwa stwierdzony między badanymi znakami towarowymi a identycznym lub podobnym charakterem rozpatrywanych towarów i usług, okoliczność, że poziom uwagi właściwego kręgu odbiorców byłby ponadprzeciętny jest wystarczająca, aby wykluczyć możliwość, że wspomniany krąg odbiorców może uznać, że dane towary pochodzą z tego samego przedsiębiorstwa lub, w zależności od przypadku, z przedsiębiorstw powiązanych ekonomicznie lub gospodarczo.

Wbrew twierdzeniom Xiaomi, słaby charakter odróżniający wcześniejszego znaku towarowego nie znosi prawdopodobieństwa wprowadzenia w błąd w odniesieniu do kolidujących ze sobą znaków towarowych. Zgodnie z orzecznictwem, ustalenie słabego charakteru odróżniającego wcześniejszego znaku towarowego nie wyklucza bowiem stwierdzenia istnienia prawdopodobieństwa wprowadzenia w błąd¹³.

13 Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 27 listopada 2008 r. C-252/07 w sprawie „Intel”.



W świetle powyższych rozważań należy zatem zaaprobować konkluzję, że Xiaomi nie wykazała skutecznie, iż Izba Odwoławcza popełniła błąd, uznając, że w przypadku kolidujących ze sobą znaków towarowych istnieje prawdopodobieństwo wprowadzenia w błąd. W związku z tym zarzut podniesiony przez Xiaomi został oddalony w całości, a Sąd UE przyznał rację Apple nie godząc się na rejestrację znaku towarowego „MI PAD”.



CO O TYM MYŚLEĆ?

Wyroki, które dotyczą sankcjonowania monopolu dla generycznych, niedystynktywnych (choć w tej sprawie zdania mogą być podzielone) znaków mogą budzić kontrowersje z wielokrotnie omawianych w doktrynie powodów, z których najdonioślejszy stanowi o tworzeniu niezasadnej sfery wyłączości, ograniczającej konkurencję – zwyczajowo przyznawanej największym firmom.

Zastanawiać się też można czy aby na pewno Sąd prawidłowo odniósł się do kwestii ryzyka konfuzji i poziomu uwagi odbiorców. Nie jest bowiem tajemnicą jak powszechnie jest postrzegana wśród użytkowników rynku marka Xiaomi i produkty, które oferuje – są one znacznie tańsze od produktów Apple i zupełnie inaczej pozycjonowane – nie może to rzecz jasna urągać ochronie, którą daje prawo ochronne na znak towarowy, lecz raczej powinno być przesłanką stanowiącą motywację do bardziej wnikliwej analizy ryzyka konfuzji i oceny postrzegania znaków towarowych przez właściwych odbiorców.

W niniejszej sprawie sumaryczny wniosek o ocenie ryzyka konfuzji zdaje się opierać na określeniu wiedzy jaką legitymuje się odbiorca omawianych towarów i usług w momencie decyzji o zakupie. Opinie przeciwne podnoszą zapewne zarzut kazuistyki, ale remedium na to, jest wypracowane przez doktrynę i orzecznictwo pojęcie „przeciętnego odbiorcy”. Wyrok, rzecz jasna, w żadnej mierze nie jest sprzeczny z obowiązującymi przepisami, doktryną i orzecznictwem, aczkolwiek można sobie wyobrazić głosy za zbyt rygorystyczną oceną ryzyka konfuzji, osób, które posiadają wiedzę wykluczającą ryzyko pomyłki lub konfuzji, tym samym postrzegając opisywany konflikt jako oczywisty. Obawę tylko budzi, że może to ich pozbawiać obiektywności, która jest ważna w takich rozstrzygnięciach.



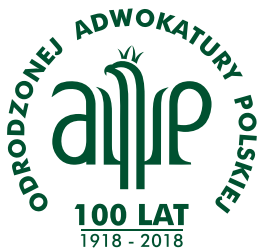
STRESZCZENIE

Artykuł stanowi szczegółowy opis i przekład wyroku Sądu Unii Europejskiej w sprawie Xiaomi vs Apple o rejestrację Znakow Towaroweg Unii Europejskiej „MI PAD”. Spółka Apple skutecznie złożyła sprzeciw od zgłoszenia ww. znaku towarowego. Xiaomi odwołało się od tej decyzji, ale również Izba Odwoławcza Urzędu Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej podzieliła argumentację Apple. W tej sytuacji Xiaomi złożyło skargę do Sądu Unii Europejskiej domagając się unieważnienia decyzji Izby Odwoławczej. Sąd analizując sporne oznaczenia doszedł do wniosku, że nie sposób podzielić argumentacji Xiaomi o braku podobieństwa oznaczeń i wynikającego z tego braku konfuzji. W istocie Sąd stwierdził, że podobieństwo występuje w każdej sferze znaków towarowych co sumarycznie powoduje, że ryzyko konfuzji istnieje. Sąd UE odrzucił skargę Xiaomi w całości.



SUMMARY

This article provides a detailed description and translation of the judgment of the General Court of the European Union in the case Xiaomi vs Apple concerning the registration of the European Union Trade Mark „MI PAD”. Apple has successfully filed an opposition to the application for registration of the trade mark in question. Xiaomi appealed against that decision, but the Board of Appeal of the European Union Intellectual Property Office also shared Apple’s arguments. In those circumstances, Xiaomi brought an action before the General Court of the European Union seeking annulment of the decision of the Board of Appeal. In its examination of the signs at issue, the Court concludes that it is impossible to divide Xiaomi’s arguments about the lack of similarity between the signs resulting in then lack of confusion. The Court found that there was similarity in each trademark sphere, which, taken together, meant that there was a risk of confusion. The EU Court dismissed Xiaomi’s application in its entirety.



Z okazji obchodów
100-lecia Adwokatury Polskiej

Naczelna Rada Adwokacka w Warszawie

zaprasza na konferencję pt.:

STUDENT PRAWA W POSZUKIWANIU DROGI ZAWODOWEJ



DLACZEGO
WARTO BYĆ
ADWOKATEM?



Konferencja odbędzie się
12 października 2018 roku,
w **Bibliotece Uniwersyteckiej**
w **Warszawie przy ulicy Dobrej 56/66**
(sala 316, 3 piętro)

JEDNAK "APPLE LEPSZE"? ...



Procedura
**USTANOWIENIA
WYBRANEGO
PEŁNOMOCNIKA
i OBRONCY**

• • •
*w postępowaniu
cywilnym i karnym*

apl. adw. Maciej Czerewaty¹
apl. sędz. Jan Kluza²



¹ Okręgowa Rada Adwokacka w Bielsku-Białej

² doktorant w Katedrze Postępowania Karnego UJ, aplikant sędziowski
w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury

Artykuł dotyczy zasad udzielania pomocy prawnej z urzędu stronom postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji, w której strona wnosząc o ustanowienie pełnomocnika wnosi równocześnie o ustanowienie konkretnego adwokata lub radcy prawnego. Kwestia ta odmiennie uregulowana jest w postępowaniu cywilnym i karnym i na tych też regulacjach skupia się artykuł.



WSTĘP

Zgodnie z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Norma ta oznacza, że każdy ma uprawnienie do żądania rozstrzygnięcia swojej sprawy przez ustanowiony do tego celu sąd w trybie i na zasadach określonych odpowiednimi ustawami. Zasadą w polskich postępowaniach sądowych jest określenie,



że niezajomość prawa szkodzi (*ignorantia iuris nocet*)¹. Ograniczeniem tej zasady oraz realizacją zasady prawa dla sądu jest przewidziana przez ustawodawcę w procedurach cywilnych i karnych możliwość ustanowienia fachowego pełnomocnika dla zagwarantowania ochrony praw strony procesowej. W tym celu strona może ubiegać się o ustanowienie pełnomocnika z urzędu na podstawie przesłanek określonych w ustawie. Z punktu widzenia niniejszego artykułu najistotniejszą jednak kwestią jest, często spotykane w praktyce, wnioskowanie przez stronę o ustanowienie pełnomocnika z urzędu w osobie konkretnego wskazanego adwokata lub radcy prawnego. Praktyka taka jednak zasadniczo nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach. Celem tego artykułu jest przenieś procedowania takiego wniosku oraz wskazanie jakimi przesłankami powinien się kierować właściwy organ ustanawiający pełnomocnika.



GENEZA POMOCY Z URZĘDU

Pomoc prawna z urzędu jest jednym z praw zagwarantowanych w aktach prawa międzynarodowego. Co prawda art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka² w ust. 3. lit. c wymienia jedynie prawo do ustanowienia bezpłatnego obrońcy dla oskarżonego w procesie karnym, tym niemniej w tej kwestii wielokrotnie wypowiedział się Europejski Trybunał Praw Człowieka. ETPCz stwierdził, że „Konwencja nie nakłada obowiązku udostępniania pomocy prawnej [z urzędu] w przypadku wszystkich sporów w postępowaniu cywilnym, jako że istnieje wyraźnie rozróżnienie pomiędzy brzmieniem art. 6 ust. 3 lit. c) Konwencji, który gwarantuje prawo do uzyskania na pewnych warunkach bezpłatnej pomocy prawnej w postępowaniu karnym, a art. 6 ust. 1 Konwencji, który nie odnosi się w ogóle do pomocy prawnej. Należy wskazać, iż prawo dostępu do sądu nie jest bezwzględne i może podlegać ograniczeniom zmierzającym w szczególności do zachowania uprawnionych względów z zakresu kontroli wykorzystywania

-
- 1 Wyraz tej zasadzie w postępowaniu cywilnym dał Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 22 sierpnia 2000 r., III KKN 873/00, LEX nr 1165871; postanowieniu z dnia 25 stycznia 2006 r., I CK 233/05, LEX nr 176339; a w postępowaniu karnym w wyroku z dnia 11 lipca 2002 r., IV KK 172/02, LEX nr 74812; wyroku z dnia 5 października 2000 r., II KKN 31/00, LEX nr 50922.
 - 2 Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284.).

środków publicznych dla finansowania sporów prywatnych³. W ocenie Trybunału „Wywiązując się ze swego obowiązku w postaci zapewnienia stronom postępowania cywilnego pomocy prawnej, gdy udzielenie takiej pomocy jest przewidziane przez prawo krajowe, Państwo musi, ponadto, wykazać się starannością, która zapewnia tym osobom autentyczne i skuteczne wykonywanie swych praw gwarantowanych na podstawie art. 6. Zasadnicze znaczenie ma także to, by system pomocy prawnej przyznawał jednostkom znaczące gwarancje dla ochrony osób korzystających z tego systemu przed arbitralnością⁴.”

Podobnie kwestię pomocy prawnej z urzędu regulują przepisy unijne. Zgodnie z art. 4 dyrektywy nr 2016/1919⁵ Państwa członkowskie zapewniają podejrzanym i oskarżonym, którzy nie posiadają wystarczających środków na pokrycie kosztów pomocy adwokata, prawo do pomocy prawnej z urzędu, gdy wymaga tego interes wymiaru sprawiedliwości. Jak zatem z powyższego wynika, przepisy prawa unijnego również znajdują jedynie zastosowanie do postępowania karnego, nie czyniąc żadnych norm minimalnych w tym zakresie w sprawach cywilnych.

Warto jest w tym miejscu także wspomnieć o obowiązku świadczenia nieodpłatnej pomocy prawnej w oparciu o ustawę z 2015 r.⁶, ciężącym na powiecie, który obowiązany jest do zawarcia umowy z adwokatem lub radcą prawnym określającej czas i miejsce udzielania pomocy prawnej oraz jej zakres, a także obowiązany jest zawrzeć porozumienie z właściwą okręgową radą adwokacką lub radą okręgową izby radców prawnych.

3 Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 22 marca 2012 r., 19508/07, LEX nr 1130584.

4 Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 22 marca 2007 r., 8932/05, LEX nr 248705.

5 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1919 z dnia 26 października 2016 r. w sprawie pomocy prawnej z urzędu dla podejrzanych i oskarżonych w postępowaniu karnym oraz dla osób, których dotyczy wnioski w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania (Dz.U. UE 2016.297.1.); zob. także Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności (Dz.U. UE L 294/1).

6 Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nieodpłatnej pomocy prawnej oraz edukacji prawnej (t.j. Dz.U. 2017 poz. 2030.).



Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy nieodpłatna pomoc prawna obejmuje jedynie informowanie o obowiązującym stanie prawnym, przystępującym stronie uprawnieniach lub jej obowiązkach, pomoc sporządzeniu projektu pisma z wyłączeniem jednak już toczących się postępowań oraz sporządzenie projektu pisma o zwolnienie od kosztów sądowych i ustanowienie pełnomocnika z urzędu.



POSTĘPOWANIE CYWILNE

Pomoc prawna z urzędu jest uregulowana w Dziale II, Tytule V k.p.c. Osoba fizyczna, prawna lub inna jednostka organizacyjna, której ustawa przyznaje zdolność sądową, może domagać się ustanowienia przez sąd pełnomocnika. Ustanowienia pełnomocnika może domagać się strona zwolniona w całości lub w części od kosztów sądowych jak i strona niezwolniona od kosztów sądowych. We wspomnianej drugiej możliwości osoba fizyczna winna złożyć oświadczenie, z którego wynika, że nie jest w stanie ponieść kosztów wynagrodzenia pełnomocnika bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny. Sporządza się je według wzoru ustalonego w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości⁷. Osoba prawna lub jednostka organizacyjna, której ustawa przyznaje zdolność sądową, winna wykazać, że nie ma dostatecznych środków na poniesienie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Wniosek o ustanowienie pełnomocnika należy zgłosić wraz z wnioskiem o zwolnienie od kosztów sądowych lub osobno. Można to uczynić na piśmie lub ustnie do protokołu, w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy. Osoba fizyczna, która nie ma miejsca zamieszkania w siedzibie tego sądu, może złożyć wniosek o ustanowienie pełnomocnika we właściwym ze względu na miejsce swojego zamieszkania sądzie rejonowym, który niezwłocznie przesyła ten wniosek sądowi właściwemu. Sąd może odebrać od osoby fizycznej przyrzeczenie o treści wskazanej w art. 117¹ § 2 k.p.c. oraz poucza wtedy, że stronę, która uzyskała ustanowienie pełnomocnika na podstawie podania świadomie nieprawdziwych okoliczności, sąd skáže na grzywnę w kwocie 3000 zł, niezależnie od jej obowiązku wynagrodzenia pełno-

7 Obwieszczenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 marca 2015 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie określenia wzoru oświadczenia o stanie rodzinnym, majątku, dochodach i źródłach utrzymania osoby fizycznej ubiegającej się o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego (Dz.U. 2015 poz. 526.).

mocnika. Sąd uwzględni wniosek, jeżeli udział pełnomocnika w sprawie uzna za potrzebny. Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy „Za oczywiste należy uznać, że samo złożenie przez stronę wniosku o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego nie obliguje sądu do jego uwzględnienia. Wniosek taki podlega uwzględnieniu wówczas, jeżeli w ocenie sądu udział profesjonalnego pełnomocnika procesowego jest potrzebny. Sytuacja taka może zachodzić wtedy, gdy nieporadność strony prowadzi do tego, że przy faktycznym lub prawnym skomplikowaniu sprawy nie jest ona w stanie wykorzystać prawnych możliwości prawidłowego jej prowadzenia⁸. Postanowienie o ustanowieniu pełnomocnika nie podlega zaskarżeniu, zostanie doręczone bez uzasadnienia, natomiast postanowienie o odmowie ustanowienia pełnomocnika sąd doręczy z uzasadnieniem z uwagi na jego możliwość zaskarżenia zażaleniem. Doręczenia dokonuje się stronie, która złożyła wniosek o ustanowienie pełnomocnika. W razie oddalenia wniosku o ustanowienie pełnomocnika strona nie może ponownie się domagać ustanowienia pełnomocnika, powołując się na te same okoliczności, które stanowiły uzasadnienie oddalonego wniosku. Ponowny wniosek o ustanowienie pełnomocnika oparty na tych samych okolicznościach podlega odrzuceniu. Na postanowienie o odrzuceniu wniosku nie przysługuje zażalenie. Na marginesie należy wspomnieć, że w sprawach o przymusowe leczenie psychiatryczne⁹ przewidziane jest dla osoby, której postępowanie dotyczy bezpośrednio, możliwość ustanowienia przez sąd adwokata lub radcę prawnego z urzędu, nawet bez złożenia wniosku, jeżeli osoba ta ze względu na stan zdrowia psychicznego nie jest zdolna do złożenia wniosku, a sąd uzna udział adwokata w sprawie za potrzebny. Przewidziana w tym przepisie możliwość ustanowienia adwokata z urzędu bez wniosku uczestnika przeradza się w obowiązek, jeżeli okaże się, że uczestnik postępowania, ze względu na stan swojego zdrowia, nie jest w stanie sam bronić swoich praw przed sądem¹⁰. W razie uwzględnienia wniosku o ustanowienie pełnomocnika sąd zwraca się do właściwej okręgowej rady adwokackiej¹¹ lub okręgowej izby radców

8 Wyrok SN z dnia 2 marca 2005 r. III CK 533/04, LEX nr 197647.

9 Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. 1994 nr 111 poz. 535.).

10 Postanowienie SN z dnia 5 kwietnia 2012 r. II CSK 575/11, LEX nr 1168539.

11 Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (t.j. Dz.U 2017 poz. 2368.).



prawnych¹² o wyznaczenie adwokata lub radcy prawnego i powiadomienie o tym sądu. Wskazane organy powinny niezwłocznie, nie później niż w terminie dwóch tygodni, wskazać adwokata lub radcę prawnego z podaniem adresu do doręczeń i powiadomić o tym sąd. Ustanowiony pełnomocnik wyznaczany jest z listy prowadzonej przez organy samorządu adwokackiego i radcowskiego. Jeżeli strona we wniosku wskazała imię adwokata lub radcę prawnego, właściwa okręgowa rada adwokacka lub rada okręgowej izby radców prawnych w miarę możliwości i w porozumieniu ze wskazanym adwokatem lub radcą prawnym wyznaczy adwokata lub radcę prawnego wskazanego przez stronę¹³. Art. 117¹ § 3 k.p.c. wyraźnie konstruuje możliwość złożenia wniosku o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego przez stronę reprezentowaną już przez adwokata lub radcę¹⁴. W tym wypadku, konsekwencją tego jest, iż to właśnie pełnomocnik który w imieniu strony pisze wniosek o zwolnienie od kosztów sądowych w całości lub w części ma możliwość już wskazania siebie jako osobę do reprezentowania strony, jeżeli strona wyrazi takie zainteresowanie. Również w momencie złożenia wniosku o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego z urzędu, piszący przedmiotowy wniosek pełnomocnik za stronę może *de iure* już na tym etapie wskazać siebie do przyszłej reprezentacji. *Ratio legis* komentowanego przepisu, sprowadza się do sytuacji, w których strona wnioskująca o ustanowienie pełnomocnika poczyniła już ustalenia z konkretnym adwokatem lub radcą prawnym co do możliwości podjęcia się przez niego reprezentacji oraz samej strategii działania. Możliwa jest także sytuacja, w której strona korzysta (albo korzystała) z konkretnego adwokata lub radcy prawnego z wyboru, ale nie dysponuje wystarczającymi środkami finansowymi na kontynuowanie współpracy. Z punktu widzenia językowego art. 117³ § 3 możemy się zastanawiać czy wyrażenie, „wskazała” może być interpretowane zawężająco na wskazaniu z imienia i nazwiska czy też, możliwe jest potraktowanie tego liberalnie poprzez wskazanie specjalizacji danego adwokata czy radcy prawnego.

12 Ustawa z dnia 16 lipca 1982 r. o radcach prawnych, (t.j. Dz.U 2017 poz. 1870.).

13 Art. 117³ § 3 k.p.c. Jeżeli strona we wniosku wskazała adwokata lub radcę prawnego, właściwa okręgowa rada adwokacka lub rada okręgowej izby radców prawnych, w miarę możliwości i w porozumieniu ze wskazanym adwokatem lub radcą prawnym, wyznaczy adwokata lub radcę prawnego wskazanego przez stronę.

14 Art. 117¹ § 3 § 3. Wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego złożony przez stronę reprezentowaną przez adwokata lub radcę prawnego bez dołączenia oświadczenia, o którym mowa w § 1, przewodniczący zwraca bez wzywania do uzupełnienia braków.

Wydaje się, iż można dopuścić wskazanie przez stronę adwokata lub radcy prawnego nie tylko imiennie, lecz przez określenie jego specjalizacji zawodowej lub doświadczenia zdobytego w zakresie udzielanej pomocy prawnej¹⁵. Jeżeli strona wskazała adwokata lub radcę prawnego, sąd w piśmie przewodnim towarzyszącym odpisowi postanowienia informuje o tym wskazaniu (poprzez podanie imienia i nazwiska albo wskazanie specjalizacji). Oczywiście, w takim piśmie przewodnim zawiera się wszystkie konieczne informacje dotyczące sprawy takie jak adres wnioskodawcy czy termin najbliższego posiedzenia. Z ważnych przyczyn pełnomocnik może wnosić o zwolnienie z obowiązku zastępowania strony w procesie. Sąd, zwalniając pełnomocnika, zwraca się jednocześnie do właściwej okręgowej rady adwokackiej lub rady okręgowej izby radców prawnych o wyznaczenie innego adwokata lub radcy prawnego. Jeżeli pełnomocnik ustanowiony przez sąd ma podjąć czynności poza siedzibą sądu orzekającego, sąd, na uzasadniony wniosek ustanowionego pełnomocnika, zwróci się w razie potrzeby do właściwej rady okręgowej rady adwokackiej albo rady okręgowej izby radców prawnych o wyznaczenie adwokata lub radcy prawnego z innej miejscowości. W obu sytuacjach ponowiona zostaje procedura wskazania adwokata lub radcy prawnego.



POSTĘPOWANIE KARNE

Procedurę ustanowienia obrońcy z urzędu w postępowaniu karnym reguluje zasadniczo art. 81 k.p.k. Przepis § 1 tego artykułu ma zastosowanie zarówno w przypadku tzw. prawa ubogich, o którym mowa w art. 78 § 1 k.p.k., jak również przypadku obrony obligatoryjnej, kiedy oskarżony nie ma obrońcy z urzędu (art. 79 § 1 i § 2 k.p.k. oraz art. 80 § 1 k.p.k.). Zgodnie z art. 78 § 1 k.p.k. Oskarżony, który nie ma obrońcy z wyboru, może żądać, aby mu wyznaczono obrońcę z urzędu, jeżeli w sposób należyty wykáže, że nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny. W przeciwieństwie do tej sytu-

15 T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2016, teza nr 2 do art.117(3).



acji art. 79 § 1 i § 2 k.p.k.¹⁶ oraz art. 80 k.p.k.¹⁷ przewidują sytuację obrony obligatoryjnej, w której ustanowienie obrońcy w razie jego braku jest niezależne od woli oskarżonego.

Ustanowienie obrońcy w powyższych przypadkach odbywa się w trybie określonym w art. 81 k.p.k., zgodnie z którym obrońcę wyznacza prezes sądu lub referendarz sądowy sądu właściwego do rozpoznania sprawy w I instancji. Zgodnie z art. 81a § 1 k.p.k., obrońca z urzędu wyznaczany jest z listy obrońców. Przepis ten wprowadzony został na mocy tzw. noweli lipcowej¹⁸, co stwarza przypuszczenie, że intencją ustawodawcy było wyraźne uregulowanie kwestii postępowania w sprawie wyznaczenia obrońcy z urzędu, który od tej pory ma być wyznaczany z listy obrońców, a nie w sposób dowolny¹⁹. Wyznaczenie obrońcy w tym trybie odbywać musi się z uwzględnieniem odpowiednich przepisów odpowiednich korporacji, co oznacza, że prezes sądu wyznacza obrońcę z urzędu w przypadku adwokata w okręgu sądu rejonowego, w którym ten ustalił swoją siedzibę zawodową²⁰, co odpowiada regulacji zawartej w art. 21 ust. 3 prawa o adwokaturze. Co ciekawsze, w ustawie o radcach prawnych brak jest analogicznej regulacji. Procedurę wyznaczenia obrońcy z urzędu reguluje

16 Art. 79. § 1. W postępowaniu karnym oskarżony musi mieć obrońcę, jeżeli:

1) nie ukończył 18 lat;

2) jest głuchy, niemy lub niewidomy;

3) zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy jego zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem nie była w czasie popełnienia tego czynu wyłączona lub w znacznym stopniu ograniczona;

4) zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy stan jego zdrowia psychicznego pozwala na udział w postępowaniu lub prowadzenie obrony w sposób samodzielny oraz rozsądny.

§ 2. Oskarżony musi mieć obrońcę również wtedy, gdy sąd uzna to za niezbędne ze względu na inne okoliczności utrudniające obronę.

17 Art. 80 Oskarżony musi mieć obrońcę w postępowaniu przed sądem okręgowym, jeżeli zarzucono mu zbrodnię. W takim wypadku udział obrońcy w rozprawie głównej jest obowiązkowy.

18 Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U 2013 poz. 1247.

19 K. Eichstaedt [w:] D. Świecki (red.) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2017, teza nr 1 do art. 81.

20 R. Stefański [w:] R. Stefański (red.) *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1-166*, Warszawa 2017, teza nr 1 do art. 81a.

wydane na podstawie art. 81a § 4 k.p.k. rozporządzenie²¹ Ministra Sprawiedliwości. Zgodnie z § 2 i § 3 tego rozporządzenia okręgowa rada adwokacka oraz rada okręgowej izby radców prawnych przedstawia prezesowi sądu rejonowego, sądu okręgowego i sądu apelacyjnego, których obszar właściwości obejmuje zasięg terytorialny danej izby, zwanemu dalej „prezesem właściwego sądu”:

- 1) wykaz adwokatów uprawnionych do obrony w postępowaniu karnym według przepisów o ustroju adwokatury, mających siedzibę zawodową na obszarze właściwości danego sądu, deklarujących gotowość udzielania oskarżonym pomocy prawnej z urzędu;
- 2) wykaz pozostałych adwokatów uprawnionych do obrony w postępowaniu karnym według przepisów o ustroju adwokatury, mających siedzibę zawodową na obszarze właściwości danego sądu.

Na podstawie powyższych list, prezes właściwego sądu, a więc dla każdej szczebla osobno, ustala ułożoną w porządku alfabetycznym listę obrońców, składającą się z dwóch części w zależności od tego czy dany obrońca ma siedzibę zawodową w okręgu danego sądu czy jedynie ma w nim miejsce zamieszkania. Zgodnie z § 9 ust. 1 rozporządzenia, prezes sądu, sąd lub referendarz wyznaczają obrońcę zasadniczo kierując się kolejnością wpływu wniosków. Odstępstwo od tej zasady podyktowane może być potrzebami wynikającymi z innych okoliczności uzasadniających wyznaczenie obrońcy, uwzględnieniu posiadanych informacji o braku sprzeczności interesów stron postępowania, a także uwzględnieniu adres do doręczeń adwokata lub radcy prawnego względem miejsca zamieszkania lub pobytu oskarżonego oraz względem siedziby sądu. Ponadto w razie braku możliwości wyznaczenia obrońcy z urzędu z listy obrońców mających siedzibę w okręgu danego sądu, prezes sądu, sąd lub referendarz sądowy wyznacza obrońcę z listy pozostałych obrońców mających miejsce zamieszkania w danym okręgu.

Z powyższego wynika zatem, że zasadniczo przepisy kodeksu ani rozporządzenia nie przewidują możliwości domagania się ustanowienia kon-

21 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 27 maja 2015 r. w sprawie sposobu zapewnienia oskarżonemu korzystania z pomocy obrońcy z urzędu (t.j. Dz.U 2017 poz. 53.).



kretnego pełnomocnika. Kwestia ma zasadnicze znaczenie odnośnie procedury ustanowienia obrońcy w ramach tzw. prawa ubogich, albowiem to w tym przypadku zakładana jest aktywność ze strony oskarżonego. Przepisy kodeksu ani rozporządzenia, w przeciwieństwie do przepisów o pomocy prawnej zawartych w kodeksie postępowania cywilnego, nie regulują szczegółów związanych ze złożeniem stosownego wniosku. Art. 78 § 1 k.p.k. stanowi jedynie o należytych sposobie wykazania, że wnioskodawca nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny. Zgodnie jednak z § 13 rozporządzenia, jeżeli podejrzany, który złożył wniosek o wyznaczenie obrońcy z urzędu, nie wykazał w sposób należyty, że nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny, prezes sądu lub referendarz sądowy niezwłocznie wyznacza mu odpowiedni termin na uzupełnienie wniosku. Z powyższego wynika zatem, że wniosek oskarżonego, złożony w formie pisemnej ale także w formie oświadczenia do protokołu, zawierać musi wykazanie, że wnioskodawca nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny. *A contrario* zatem, stosowny wniosek nie powinien zawierać treści zbędnych z punktu widzenia postępowania wpadkowego w tym przedmiocie. Z drugiej jednak strony, na podstawie argumentacji *a completudine*, strona może czynić wszystko to, czego nie zabrania jej prawo, a więc skoro ustawa nie wypowiada się w tym względzie, wnioskodawca ma prawo sformułowania wniosku w ten sposób, że obok głównego żądania wnosi także o ustanowienie konkretnego obrońcy. Przepis art. 78 § 1 k.p.k. posługuje się jednak sformułowaniem „aby mu wyznaczono obrońcę z urzędu”. Wyznaczyć oznacza „powoływać kogoś na jakieś stanowisko; powierzać, zalecać komuś jakąś pracę”²². Z trybu rozkazującego sformułowania „aby wyznaczono mu obrońcę” wynika nie tylko kompetencja uprawnionego do tego organu, ale także władczy charakter tego rozstrzygnięcia, co oznacza, że decyzja w tym przedmiocie podejmowana jest niezależnie od konkretnych żądań strony. Wyrasza z tego także Sąd Najwyższy, który stwierdził, że „Rola sądów nie jest poszukiwanie skazanemu obrońcy, który spełniłby jego oczekiwania. Procedura, jak i podstawy wyznaczenia obrońcy z urzędu zostały jasno określone

22 B. Dunaj (red.) *Słownik współczesnego języka polskiego*, Warszawa 1996, s. 1295.

w art. 78–81 k.p.k. Sądy nie mają ani kompetencji, ani obowiązku podejmowania działań ponad to, co zostało określone w tych przepisach”²³.



ZAKOŃCZENIE

Z przytoczonej powyżej analizy przepisów procedury cywilnej i karnej wyłania się zasadniczo odmienny obraz ustanawiania pełnomocnika procesowego z urzędu dla strony, która nie jest w stanie samodzielnie ponieść kosztów zastępstwa procesowego. O ile bowiem w postępowaniu cywilnym sąd bada jedynie przesłanki ustanowienia pełnomocnika pozostawiając decyzję o wyznaczeniu konkretnego obrońcy właściwemu organowi samorządu adwokackiego lub radcowskiego, o tyle w postępowaniu karnym prezes sądu, referendarz lub sąd zajmuje się obiema tymi kwestiami. Z tego też wynika odmienne uregulowanie w tych procedurach możliwości żądania przez stronę ustanowienia konkretnego wskazanego przez siebie adwokata lub radcy prawnego. W związku z tym zastanowić się, który z modeli ustanowienia pełnomocnika z urzędu jest właściwszy biorąc pod uwagę cele postępowania. Odpowiedź na to pytanie jest trudna do udzielenia, albowiem postępowanie cywilne i karne mają zasadniczo odmiennie cele i charakter, tym niemniej stwierdzić należy, że model określony w procedurze karnej ma ten zasadniczy plus, że jest zdecydowanie szybsze. W ramach postulatów *de lege ferenda* można by się zastanowić, czy możliwy jest także takie uregulowanie tej procedury w postępowaniu cywilnym. Z drugiej zaś strony umożliwienie stronie procesowej wnioskowania o ustanowienie konkretnego obrońcy z pewnością zwiększyć mogłoby jej gwarancje procesowe. Nie zmienia to jednak faktu, że *de lege lata* w postępowaniu cywilnym strona może sformułować wniosek o wyznaczenie konkretnego pełnomocnika, ale nie jest on wiążący, podczas gdy w procedurze karnej taka możliwość pozostaje aktualnie wykluczona.

23 Postanowienie SN z dnia 18 września 2013 r., V KZ 55/13, LEX nr 1374820.



STRESZCZENIE

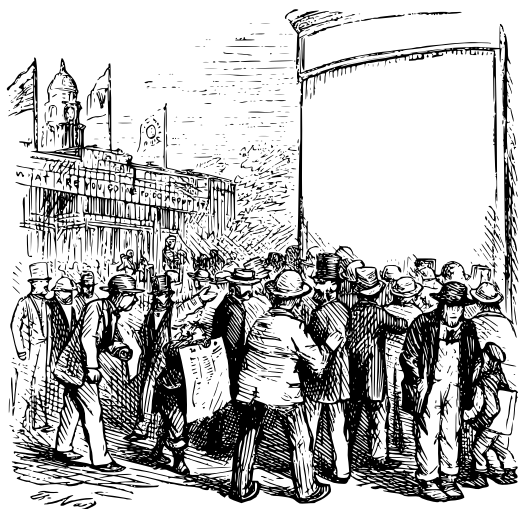
Procedura ustanowienia dla strony procesowej fachowego zastępstwa procesowego dla obrony jej praw jest jednym z elementów gwarancji procesowej i ma korzenie zarówno w Konstytucji, jak i aktach prawa międzynarodowego. Autorzy tekstu skupiają się na jednym z aspektów tej procedury, a mianowicie kwestii żądania strony ustanowienia konkretnego adwokata lub radcy prawnego wskazanego z imienia i nazwiska. Zagadnienie to jest zasadniczo odmiennie uregulowane w postępowaniu cywilnym i karnym.



SUMMARY

The procedure for establishing a professional legal representation for the defense of rights one of the sides is one of the elements of procedural guarantees and has roots both in the Constitution and in international law. The authors of the text focus on one of the aspects of this procedure, namely the issue of the party's request to appoint a specific lawyer or legal counsel named by name. This issue is fundamentally differently regulated in civil and criminal proceedings.

Afisz



MP

**MŁODA
PALESTRA**

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



SZYLD
i KSIĄŻKA TELEFONICZNA
TO PREHISTORIA

Narzędzia promocji
kancelarii adwokackich
w Internecie

*w świetle ustawodawstwa
i w wymiarze praktycznym*

adw. Ignacy Kurkowski

Izba Adwokacka w Warszawie,
współzałożyciel serwisu PrawnikZleca.pl

Konkurencja na rynku usług prawniczych jest coraz większa. Tylko w tym roku rynek branżowy zasiliło ponad tysiąc profesjonalnych pełnomocników, a trzeba jeszcze doliczyć podmioty świadczące usługi prawne, które profesjonalistami nie są. Mimo tak dużej konkurencji, większość adwokatów i radców prawnych nie korzysta z nowoczesnych narzędzi marketingu w celu pozyskania dodatkowych klientów, a Ci którzy to robią często działają chaotycznie.



**REKLAMA I INFORMACJA
A ZASADY ETYKI ADWOKACKIEJ**

Rozważmy, czy działania marketingowe są dozwolone przez normy zawarte w kodeksie etyki? Często marketing jest utożsamiany z reklamą, a ta według Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu jest bezwzględnie zakazana (§ 23 ZZEAGZ). Kiedy zatem mamy do czynienia z reklamą, a kiedy z informacją?



Jedyną **definicję reklamy**, jaką możemy znaleźć w polskim porządku prawnym, jest ta zawarta w ustawie o radiofonii i telewizji, która stanowi, że *„reklama jest każdy przekaz, nie pochodzący od nadawcy, zmierzający do promocji, sprzedaży albo innych form korzystania z towarów lub usług, popierania określonych spraw lub idei albo osiągnięcia innego efektu, pożądanego przez reklamodawcę, nadawany za opłatą lub inną formą wynagrodzenia”*. Dalej w powyższej ustawie możemy znaleźć **pojęcie sponsorowania**, rozumianego jako *„bezpośrednie lub pośrednie finansowanie albo współfinansowanie tworzenia lub rozpowszechniania audycji lub innych przekazów przez podmiot niebędący nadawcą lub producentem audycji, dla upowszechnienia, utrwalenia lub podniesienia renomy nazwy, firmy, towaru lub usługi, znaku towarowego lub innego oznaczenia indywidualizującego sponsora lub jego działalność”*.

Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Warszawie (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 kwietnia 2004 r., sygn. VI ACa 709/2003.): *„Umowa sponsoringu, jako umowa nienazwana, przewiduje m.in. zobowiązanie się sponsora do finansowania lub współfinansowania działalności zamierzonej lub realizowanej już przez sponsorowanego, natomiast sponsorowany zobowiązuje się do poinformowania opinii publicznej o finansowaniu lub współfinansowaniu wyżej wymienionej działalności przez sponsora, poprzez popularyzowanie oznaczenia indywidualizującego sponsora w obrocie w trakcie tego przedsięwzięcia”*.

Przy określeniu normy z §23 ZZEAGZ należy mieć na uwadze Dyrektywę 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dokładnie art. 24, który określa **informacje handlowe dostarczane przez zawody regulowane**. I tak w ust. 1 stanowi on, iż Państwa członkowskie znoszą wszelkie całkowite zakazy dotyczące informacji handlowych, dostarczanych przez zawody regulowane, natomiast w ust. 2 czytamy co następuje: *„Państwa członkowskie zapewniają zgodność informacji handlowych, dostarczanych przez zawody regulowane, odnoszących się, w szczególności, do niezależności, godności i uczciwości zawodowej, a także do tajemnicy zawodowej z zasadami dotyczącymi wykonywania zawodu, zgodnie z prawem wspólnotowym, w sposób odpowiadający szczególnemu charakterowi każdego zawodu. Zasady dotyczące wykonywania zawodu odnoszące się do informacji handlowych muszą być niedyskryminacyjne, uzasadnione nadrzędnym interesem publicznym i proporcjonalne.”*

Art. 249 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską stanowi, że „dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków.” Dodatkowo z orzecznictwa ETS możemy wywnioskować, iż obywatele państw członkowskich lub przedsiębiorcy mogą powoływać się na postanowienia dyrektywy i korzystać z uprawnień jakie ona im daje w postępowaniu przed sądami i organami krajowymi. Podmioty te nie mogą ponosić odpowiedzialności w sytuacji, kiedy prawo krajowe stoi w sprzeczności z regulacjami dyrektywy.



ADWOKATURA O ZAKAZIE REKLAMY

Jak trafnie zauważył **Wyższy Sąd Dyscyplinarny**: nakaz zniesienia wszelkich całkowitych zakazów, dotyczących informacji handlowych, dostarczanych przez zawody regulowane, wskazany jest w art. 24 ust. 1 Dyrektywy. Tym samym oznacza to, że norma sankcjonowana w tym wypadku nie może zawierać, jak ma to miejsce w odniesieniu do §23 ZZEiGZ (KEA), zakazu całkowitego (bezwzględne), albowiem pozostawałoby to w nieusuwalnej sprzeczności ze znajdującym w niniejszym przypadku bezpośrednie zastosowanie prawem wspólnotowym. Przyjąć należy zatem, że dekodowana norma sankcjonowana uwzględnić musi, co najmniej do czasu zmiany przez Naczelną Radę Adwokacką – treści zasady zawartej w §23 ZZEiGZ (KEA) – także normę art. 80 ustawy Prawo o adwokaturze oraz art. 24 ust. 2 Dyrektywy. Oznaczać to będzie przyjęcie odpowiedzialności dyscyplinarnej nie za każde korzystanie z reklamy, ale za takie z niej korzystanie, które będzie sprzeczne z obowiązującym w tym zakresie prawem publicznym (w tym także wspólnotowym), sprzeczne z ciążącymi na adwokacie obowiązkami zawodowymi oraz z zasadami etyki i godnością zawodu, w szczególności zaś naruszające zasady niezależności, godności i uczciwości zawodowej, naruszające tajemnicę zawodową i inne zasady dotyczące wykonywania zawodu adwokata, jako zawodu o szczególnym charakterze. Rolą organów orzekających w kwestii odpowiedzialności dyscyplinarnej będzie przy tym baczenie, by norma sankcjonowana dekodowana na potrzeby konkretnego rozstrzygnięcia nie miała charakteru dyskryminacyjnego, by była proporcjonalna i uzasadniona nadrzędnym interesem publicznym.



Odrębne stanowisko aniżeli Wyższy Sąd Dyscyplinarny posiada **Okręgowa Rada Adwokacka w Katowicach**, która w uchwale z dnia 16 marca 2017 r. stwierdziła iż: „*formułowanie przez adwokatów komunikatów dotyczących ich działalności zawodowej w sposób wykraczający poza sferę jedynie informacyjną (to jest w sposób zawierający dodatkowy przekaz, obliczony na pozyskanie nabywców dla świadczonych przez nich usług) narusza § 23 ZZEiGZA. Okręgowa Rada Adwokacka w Katowicach uznaje, iż kryteria wyżej wymienione spełniają w szczególności komunikaty przekazywane przy wykorzystaniu odpłatnych usług takich jak Google AdWords.*” Niestety z uzasadnienia uchwały nie jesteśmy w stanie dowiedzieć się dlaczego wg. Rady Adwokackiej w Katowicach Google AdWords narusza § 23 ZZEiGZA.

Warto też przytoczyć stanowisko **Komisji Etyki NRA** w sprawie dopuszczalności informowania przez adwokata o jego działalności zawodowej na stronach internetowych z dnia 26 marca 2013 r. która stwierdziła iż: „*korzystanie ze stwarzanych przez ten system możliwości upowszechniania informacji o świadczonych usługach nie da się jednoznacznie traktować jako reklamy*”. Nie sposób się nie zgodzić z Komisją Etyki, ponieważ każde wykorzystanie nie tylko Google AdWords lecz także innych narzędzi, służących do marketingu, powinno być oceniane indywidualnie. Brak spójnego stanowiska doprowadza do sytuacji, w której samorzady zamiast wspierać adwokatów chcą zabraniać skutecznego narzędzia działania w internecie.



DOZWOLONA INFORMACJA O ADWOKACIE

Od reklamy adwokatów trzeba odróżnić **dozwołaną informację o adwokacie** pod warunkiem, że wystosowany przekaz jest zgodny z prawem, szczególnie z przepisami dotyczącymi ochrony konsumentów i zwalczania nieuczciwej konkurencji, przy tym dokładny i nie wprowadzający w błąd, a sama informacja jest przekazywana z poszanowaniem tajemnicy zawodowej i nie jest ukierunkowana na udzielenie adwokatowi konkretnego zlecenia.

Dozwolone sposoby informowania (§ 23a, pkt 2) ograniczają się do możliwości:

- umieszczania informacji na dokumentach firmowych,
- wysyłania oferty w postępowaniu o charakterze przetargu lub konkursu,
- złożenia oferty na wyraźne życzenie potencjalnego klienta,
- zamieszczania informacji prasowych bezpośrednio związanych z pomocą prawną. Dodatkowym warunkiem w tym przypadku jest zamieszczanie wyłącznie danych wymienionych w Kodeksie Etyki (w formie ogłoszenia o rozmiarach nie większych niż 1/10 strony dziennika lub czasopisma z wyłączeniem stron od 1 do 3 oraz okładek oraz nie częściej niż raz w miesiącu w danym dzienniku lub czasopiśmie i nie więcej niż w trzech tytułach prasowych w miesiącu),
- zamieszczania wpisów w książkach adresowych i telefonicznych,
- przesyłania informacji za pomocą elektronicznych środków komunikacji na wyraźne życzenie potencjalnego klienta,
- umieszczania informacji na stronach internetowych oraz umieszczania danych o tej stronie w katalogach i wyszukiwarkach,
- stosownego oznaczenia siedziby,
- wydania broszur i informatorów.

Kodeks Etyki Adwokackiej określa również **zakres możliwej treści informacji** (§23a pkt 3), ograniczając ją do:

- znaku towarowego lub graficznego kancelarii,
- nazwy i adresu kancelarii oraz imienia i nazwiska adwokata, numerów środków łączności, adresu e-mailowego oraz nazwy strony internetowej,



- listy wspólników spółki, w której adwokat jest wspólnikiem wraz ze wskazaniem, który ze wspólników jest adwokatem, a jeśli w spółce powołane są osoby zarządzające – ich nazwiska wraz ze wskazaniem pełnionych funkcji,
- listy osób stale współpracujących z kancelarią,
- tytułu lub stopnia naukowego adwokata,
- danych na temat rodzaju i zakresu świadczonej przez adwokata pomocy prawnej, ze wskazaniem preferowanych dziedzin prawa oraz współpracy z kancelariami zagranicznymi,
- danych o możliwości świadczenia pomocy prawnej w obcych językach,
- podania roku założenia kancelarii,
- informacji o przynależności do określonej izby adwokackiej,
- wykazu publikacji,
- informacji o posiadanych kwalifikacjach innych niż prawnicze,
- wizerunku adwokata,
- informacji o wysokości ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej – wyłącznie na życzenie klienta lub w ofercie skierowanej do potencjalnego klienta.

Ponadto **Kodeks Etyki Adwokackiej** wskazuje, że informacje nie mogą w szczególności zawierać bezpośrednich porównań w zakresie jakości z innymi możliwymi do identyfikacji adwokatami i członkami innych korporacji prawniczych lub ich krytyki; (§ 23b, pkt. 2, ppkt. c), a także postępować się niestosowną lub natarczywą formą (§ 23b, pkt. 2, ppkt. d) i zawierać jakichkolwiek elementów oceniających (§ 23b, pkt. 2, ppkt. e).



NARZĘDZIA NOWOCZESNEGO MARKETINGU INTERNETOWEGO

Strona www

Posiadanie strony internetowej to obecnie obowiązujący i oczywisty standard. Ważne jednak, by witryna była zoptymalizowana pod względem formy i zawartych w niej treści, zgodnie z zasadami content marketingu. Co oznacza, że treści powinny być adekwatne do informacji poszukiwanych przez potencjalnych odbiorców i podane w sposób atrakcyjny oraz funkcjonalny dla wyszukiwarek. Należy jednak pamiętać, że sama wartościowa treść na sprawi, że po wpisaniu odpowiedniej frazy w systemy wyszukiwarek nasza strona będzie się plasować na wysokich pozycjach. Dlatego firma Google, właściciel największej i najbardziej popularnej wyszukiwarki internetowej, stworzyła narzędzie pozwalające na wykupienie miejsca sponsorowanego na samym szczycie listy wyszukanych haseł. Tym narzędziem są Google AdWords.

Skuteczne pozycjonowanie w wyszukiwarkach

Prawnicy często chcą się pozycjonować w wyszukiwarkach internetowych na hasło: „kancelaria i nazwa miejscowości”, albo „nazwisko i nazwa miejscowości”. To metoda skuteczna tylko wtedy, gdy dysponuje się sporym budżetem na kampanie Google AdWords. Bardziej efektywnym sposobem budowania dobrego ruchu wokół strony www jest **myślenie produktowe**. Nie należy promować kancelarii jako takiej, lecz skupić się na promocji jej specyficznych „produktów”. Skoro kancelaria specjalizuje się w konkretnej dziedzinie prawa, należy wyodrębnić jedną lub dwie wybrane usługi – np. wdrożenie lub audyt RODO – i wokół nich zaplanować precyzyjną kampanię. Mając konkretny produkt, można dotrzeć z nim wprost do zainteresowanego nim klienta. Taka kampania wygeneruje mniejszy ruch, jednak jakość tego ruchu będzie większa, a do tego cena tak zdefiniowanej akcji będzie na pewno niższa niż kampanii ustawionej na bardzo szerokie hasło. Dlatego myśląc o promocji kancelarii, należy mieć na uwadze konkretne usługi i obszary specjalizacji. Zgodnie z tą ideą warto też stworzyć lub przebudować istniejącą stronę www tak, aby wyeksponować informa-



cje o konkretnych produktach na oddzielnych podstronach. Wtedy wokół nich najłatwiej zbudować promocję kancelarii lub osoby.

Kancelarie robią jeszcze większy błąd chcąc promować się ze wskazaniem miejsc, które ich bezpośrednio nie dotyczą np. kancelaria adwokacka z Warszawy promuje się na hasło: „kancelaria adwokacka Szczecin”. Taka strategia zupełnie nie ma sensu i buduje ruch nieefektywny, prowadząc do niepotrzebnego wydatkowania budżetu. Należy promować to, co odpowiada na faktyczne potrzeby klientów. Jeśli jesteśmy kancelarią z Płocka, promujmy się na terenie Płocka i okolic. Takie błędy często wynikają też ze źle prowadzonej pod względem technicznym kampanii internetowej, zlecanej amatorom zamiast specjalistom. Błędnie skonfigurowana kampania może skutkować tym, że wyniki będą nieadekwatne do oczekiwanych. Na przykład nieprawidłowe ustawienie kampanii na hasło „kancelaria prawna Warszawa” może spowodować, iż nasza działalność będzie się wyświetlać także na frazę „najgorsza kancelaria prawna Warszawa”.

Kampanie banerowe

Kolejnym rodzajem usługi, dostępnej w marketingu internetowym, są kampanie banerowe Google Display. To doskonałe narzędzie promocji kancelarii poza własną stroną www. Trzeba jednak pamiętać o właściwym skonfigurowaniu parametrów wyświetlania baneru tak, aby pojawiał się on wyłącznie w określonych, interesujących nas kontekstach. Najlepsze będą tzw. miejsca docelowe, czyli skrupulatnie dobrane serwisy tematyczne. W przypadku tego narzędzia promocji także należy skupić się na przekazie dotyczącym konkretnych usług kancelarii i do nich dopasować kontekst wyświetlania. Na przykład, jeśli chcemy poinformować, że zajmujemy się usługą „white collar crimes” będziemy promować tę informację na stronach dla kadry managerskiej, a nie dla osób bezrobotnych.

Należy pamiętać, że nie zawsze wygenerowanie dużego ruchu na stronę i przekierowanie tam użytkowników będzie przekładało się na liczbę pozyskanych zleceń. Baner nie daje bowiem długotrwałych efektów, lecz powinien przynieść jak najwięcej zapytań kancelarii, która zdecydowała się na skorzystanie z tej usługi.

Media społecznościowe

Jak wykorzystać Facebook czy Instagram do promocji kancelarii? Za ich pomocą można budować zaangażowaną wspólnotę wokół prowadzonej działalności z przekazem *stricte* sprzedażowym. Podstawową i lakoniczną informacją o specjalizacji np. w prawie karnym nie uda się tego zrobić. Trzeba zamieszczać interesujące porady, ciekawe artykuły czy casusy pokazujące indywidualne sukcesy w pracy zawodowej. To są działania, które mogą pomóc zaangażować społeczność na zawodowym profilu.

Jak to działa? Jeśli wydamy 50 zł na promocję postu, w którym napiszemy, że jesteśmy adwokatem z Poznania, specjalizującym się w prawie budowlanym, wygenerujemy mały ruch, który będzie drogi. Jeżeli jednak napiszemy wartościowy poradnik dotyczący procedury wydawania pozwolenia na budowę, możemy zaangażować społeczność dużo bardziej, przez co kliknięcia będzie tańsze, a pieniądze wydane mądrzej.



CO MOGĘ ZROBIĆ SAM?

Wyobraźmy sobie kancelarię, która dopiero wchodzi na rynek, bądź chce zaistnieć w internecie. Co zrobić, aby szybko być wysoko w wynikach wyszukiwania czy AdWords, lub szybko zwiększyć ruch na stronie? Nie ma złotego środka. Albo zrobimy to profesjonalnie i szybko, zatrudniając profesjonalistę, albo zajmie nam to dużo czasu, a efekty będą mniej spektakularne. Samodzielnie możemy sprawdzić, jakie frazy są potencjalnie ważne i popularne wśród użytkowników w Polsce, województwie czy miastach, dzięki narzędziu które jest darmowe i udostępnione przez firmę Google. Niestety, uzyskane w ten sposób dane nie są dokładne lecz wstępne, a zatem mało precyzyjne.

Profil na portalu branżowym

Narzędziem, które można wykorzystać do zbudowania marki w internecie, jest także stworzenie profilu na portalu branżowym, przeznaczonym dla adwokatów i radców prawnych. To pomoże w skutecznym i szybszym wypozycjonowaniu kancelarii w wyszukiwarkach internetowych. Na na-



szym rynku pojawił się niedawno portal prawnikzleca.pl, który łączy adwokatów ze specjalistami i biegłymi z różnych branż. Twórcy serwisu duży nacisk położyli na profesjonalizację rynku zastępstw procesowych, aby każdy zlecający zastępstwo miał pewność, że jego sprawy są prowadzone w sposób fachowy i dyskretny.

Omówione narzędzia marketingu internetowego to tylko fragment tego, co oferuje nam nowoczesny marketing. Warto się zastanowić, czy chcemy się rozwijać i czerpać z nowinek promocyjnych, czy zamierzamy jedynie ograniczać się do wywieszenia szyldu i promowania się w sposób tradycyjny.



**XXIX
OGÓLNOPOLSKA
SPARTAKIADA
PRAWNIKÓW**

adw. Magdalena Robaszyńska

Wielkopolska Izba Adwokacka

Stolica Polskiej Piosenki na kilka dni zamieniła się w arenę dla spragnionych zwycięstw sportowców. W dniach 12 - 16 września 2018 r. odbyła się XXIX Ogólnopolska Spartakiada Prawników. Ponad 600 uczestników, w tym prawie 200 Adwokatów i Aplikantów Adwokackich, odwiedziło Opole żeby uczestniczyć w tym doskonale zorganizowanym wydarzeniu.


Uczestnicy mieli możliwość wzięcia udziału w ponad 70 konkurencjach, wśród których znalazły się zarówno sporty zespołowe, takie jak: piłka nożna, koszykówka czy siatkówka, jak i indywidualne: bieganie, pływanie, tenis stołowy, badminton oraz squash. W końcowej klasyfikacji medalowej województw wg ilości zdobytych złotych medali pierwsze miejsce przypadło woj. wielkopolskiemu (27 złotych krążków), któremu po piętach deptało woj. dolnośląskie i woj. mazowieckie, zajmując odpowiednio drugie i trzecie miejsce.

Tradycją Spartakiady, poza rywalizacją sportową, jest integracja uczestników, której sprzyjały wieczorne spotkania. Sportowcy mieli możliwość uczestniczyć między innymi w pikniku zorganizowanym na terenie Radia Opole. Zwieńczeniem części towarzysko-integracyjnej była uroczysta Gala w Centrum Wystawienniczo - Kongresowym, gdzie toczyła się nieoficjalna rywalizacja o tytuł króla parkietu.



Miasteczko Spartakiadowe mieściło się w Kampusie Uniwersytetu Opolskiego, a Opole dało poznać się jako miasto, które zdecydowanie warto odwiedzić. Zachwyca swoją niepowtarzalną atmosferą, architekturą i gościnnością mieszkańców.

Spartakiada w Opolu pozostawi po sobie wspaniałe wspomnienia, pełne koleżeńskiej życzliwości, wysokiego sportowego poziomu i ogromnych emocji, które podsycał gorący doping kibiców. Redakcja Młodej Palestry jest zaszczycona mogąc po raz 3 być Partnerem wspierającym święto prawniczego sportu.




XXIX Ogólnopolska Spartakiada Prawników
12-16 września br.
OPOLE


Klasyfikacja medalowa województw –
wg ilości zdobytych złotych medali

1. Wielkopolskie - 27
2. Dolnośląskie - 25
3. Mazowieckie - 24
4. Śląskie - 17
5. Lubelskie - 13
6. Pomorskie - 12
7. Opolskie - 9
8. Lubuskie - 5
9. Świętokrzyskie - 4
10. Małopolskie - 2
- Łódzkie
- Podlaskie
11. Kujawsko-pomorskie - 1
- Zachodniopomorskie
- Podkarpackie
12. Warmińsko-mazurskie - 0

Partner główny



Sponsor




OPOLE 12 - 16 września 2018 r.  www.spartakiada2018.opole.pl

TABLE OF CONTENTS

CRIMINAL LAW

Medical malpractice in the criminal aspect on the example of aesthetic medicine 10

CIVIL LAW 26

COMMERCIAL LAW

MAR Regulation – characteristics of inside information and examples of inside information according to the ESMA guidelines 54

LEGAL ETHICS AND OTHERS

„Apple is better“? Hegemony of Apple’s iPad was sanctioned by the judgment of the EU Court 70

Procedure for the appointment of a chosen representative and defense counsel in civil and criminal proceedings 84





www.facebook.com/mlodapalestra



mloda.palestra.wa@gmail.com

Czytaj także na www.issuu.com/mloda-palestra