

Anna Kurowska*

Problemy we wdrożeniu art. 7 dyrektywy 90/314/EWG do prawa niemieckiego

1. Wprowadzenie

Umowa o podróż (*Reisevertrag*) uregulowana jest w prawie niemieckim w kodeksie cywilnym (*Bürgerliches Gesetzbuch*¹, cyt. dalej jako: BGB) w księdze 2 (prawo zobowiązań), rozdziale 8 (poszczególne stosunki zobowiązaniowe), tytule 9 (umowa o dzieło i umowy podobne), podtytule 2 (umowa o podróż), w § 651a i n. BGB. Została ona wprowadzona do BGB jako odrębny typ umowy w 1979 r. Dlatego bezsporne było, że transpozycja dyrektywy Rady nr 90/314/EWG z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek² (cyt. dalej jako: dyrektywa) dokonana zostanie również w BGB. W porównaniu do innych dyrektyw konsumenckich, implementacja tej dyrektywy do prawa niemieckiego nie sprawiła wielu problemów. Najwięcej wątpliwości powstało w związku z § 651k BGB³, przez który wdrożony został art. 7 dyrektywy. Do dziś jest on źródłem sporów

* Anna Kurowska - Europejskie Kolegium Doktoranckie (Uniwersytet Jagielloński, Uniwersytet Ruprechta i Karola w Heidelbergu oraz Uniwersytet Jana Gutenberga w Moguncji).

¹ Wersja skonsolidowana z dnia 2 stycznia 2001 r., BGBl. I, s. 42, ber. s. 2909, BGBl. 2003 I, s. 738 ze zm.

² Dz. Urz. L 158 z 23.06.1990, s. 59.

³ § 651k BGB (*thum. A. K.*) – Zabezpieczenie, zapłata.

(1) Organizator podróży powinien zapewnić, że podróżnemu zwrócone zostaną:

- 1) zapłacona cena za podróż, o ile świadczenia turystyczne wskutek niewypłacalności lub wszczęcia postępowania upadłościowego dotyczące majątku organizatora podróży nie zostały spełnione, oraz
- 2) nakłady konieczne, które poniesie podróżny za podróż powrotną wskutek niewypłacalności lub wszczęcia postępowania upadłościowego dotyczące majątku organizatora podróży.

Obowiązki wynikające ze zdania 1 organizator podróży może spełnić tylko:

- 1) w formie ubezpieczenia w przedsiębiorstwie ubezpieczeniowym uprawnionym do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie obowiązywania tej ustawy lub
- 2) w formie przyrzeczenia zapłaty instytucji kredytowej uprawnionej do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie obowiązywania tej ustawy.

(2) Ubezpieczyciel lub instytucja kredytowa (zabezpieczyciel pieniędzy klientów) może ograniczyć swoją odpowiedzialność za kwoty, które zgodnie z tą ustawą powinien w sumie zwrócić w ciągu roku, do 110 milionów euro. Jeśli kwoty, które zabezpieczyciel pieniędzy klientów zgodnie z tą ustawą powinien w sumie zwrócić w ciągu roku, przekraczają maksymalne kwoty wymienione w zdaniu 1, wówczas poszczególne roszczenia o zwrot zmniejszają się w takim stosunku, w jakim suma łączna pozostaje do maksymalnej kwoty.

(3) W celu spełnienia obowiązku wynikającego z ustępu 1 organizator podróży powinien zapewnić podróżnemu bezpośrednio roszczenie przeciwko zabezpieczycielowi pieniędzy klientów i udowodnić to przez wydanie poświadczenia (poświadczenia zabezpieczenia) wydanego przez zabezpieczyciela pieniędzy klientów lub na jego polecenie. Zabezpieczyciel pieniędzy klientów nie może powołać się wobec podróżnego, któremu wydane zostało poświadczenie zabezpieczenia, na zarzuty wynikające z umowy o zabezpieczenie pieniędzy klientów ani na to, że poświadczenie zabezpieczenia zostało wystawione dopiero po ustaniu umowy o zabezpieczenie pieniędzy klientów. W przypadkach wynikających ze zdania 2 roszczenie podróżnego przeciwko organizatorowi

i jest mocno krytykowany w doktrynie. Dlatego rozważania koncentrować się będą na tym przepisie. Po krótkim przeglądzie historycznym (pkt 2.), który ułatwi zrozumienie rozwoju przepisów dotyczących umowy o podróż, omówiona zostanie implementacja art. 7 dyrektywy i związane z tym problemy⁴ (pkt 3.). Na końcu przedstawiona zostanie krótko odpowiedzialność cywilna państwa (pkt 4.), na którą narażała się Republika Federalna Niemiec z uwagi na opóźnione wdrożenie postanowień dyrektywy do niemieckiego porządku prawnego.

Ze względu na specyfikę niemieckiej umowy o podróż terminologia w niniejszych rozważaniach odbiegać będzie nieco od terminologii znanej z regulacji polskich. Posłużę się własnym tłumaczeniem niemieckich terminów na język polski.

2. Przegląd historyczny

Przepisy dotyczące umowy o podróż zostały wprowadzone do BGB w 1979 r. Dokonano tego mocą ustawy z dnia 4 maja 1979 r. o zmianie kodeksu cywilnego (ustawa o umowie o podróż)⁵, która weszła w życie w dniu 1 października 1979 r. Przepisy dotyczące tej umowy wprowadzone zostały do BGB po przepisach o umowie o dzieło (§§ 651a-651k⁶ BGB). Kodeksowa regulacja umowy o podróż miała uwzględniać ekonomiczną doniosłość coraz bardziej popularnych imprez turystycznych oraz specyficzną, ukształtowaną przez dominującą pozycję na rynku kilku

podróży przechodzi na zabezpieczyciela pieniędzy klientów, o ile zaspokoi on podróżnego. Pośrednik podróży jest obowiązany wobec podróżnego, sprawdzić ważność poświadczenia zabezpieczenia, jeśli to on wręcza poświadczenie podróżnemu.

(4) Organizator podróży oraz pośrednik podróży mogą żądać lub przyjmować zaliczkę podróżnego na poczet ceny podróży przed zakończeniem podróży jedynie wtedy, gdy podróżnemu wydane zostało poświadczenie zabezpieczenia. Pośrednika podróży uważa się za upoważnionego przez organizatora podróży do przyjmowania zaliczek na poczet ceny podróży, gdy wyda on podróżnemu poświadczenie zabezpieczenia lub gdy z innych okoliczności, które należy przypisać organizatorowi podróży wynika, że organizator podróży powierzył mu pośrednictwo zawierania umów o podróż w jego imieniu. Nie ma to zastosowania, gdy przyjmowanie zaliczek przez pośrednika podróży zostało wykluczone wobec podróżnego w uwydatnionej formie.

(5) Jeśli organizator podróży w momencie zawarcia umowy ma swoją siedzibę główną w innym państwie członkowskim Wspólnot Europejskich lub w innym państwie Europejskiego Obszaru Gospodarczego, wówczas organizator podróży spełnia swój obowiązek wynikający z ustępu 1 również wtedy, gdy daje podróżnemu zabezpieczenie zgodnie z przepisami tego państwa, a te odpowiada wymogom wynikającym z ustępu 1 zdania 1. Ustęp 4 znajduje zastosowanie pod warunkiem, że podróżnemu zostanie udowodnione złożenie zabezpieczenia.

(6) Ustępy 1 do 5 nie znajdują zastosowania, gdy:

- 1) organizator podróży organizuje podróże tylko okazyjnie i poza swoją działalnością gospodarczą,
- 2) podróż nie trwa dłużej niż 24 godziny, nie obejmuje noclegu, a cena podróży nie przekracza 75 euro,
- 3) organizator podróży jest osobą prawną prawa publicznego, odnośnie majątku której nie może być wszczęte postępowanie upadłościowe.

⁴ Ponieważ omawiana materia jest materia obcą dla czytelnika, konieczne będzie trochę szersze przedstawienie całego § 651k BGB, który służył implementacji art. 7 dyrektywy.

⁵ Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Reisevertragsgesetz) vom 04.05.1979, BGBl. 1979 I, s. 509.

⁶ Wraz z implementacją dyrektywy 90/314/EWG do BGB wprowadzony został nowy § 651k BGB, a ówczesny stał się § 651l BGB.

organizatorów podróży strukturę rynku organizatorów podróży. Celem regulacji było wyrównanie pozycji między podróżnym a organizatorem podróży, a przede wszystkim wzmocnienie pozycji prawnej konsumenta⁷. Z tego powodu przepisy dotyczące umowy o podróż, za wyjątkiem § 651g ust. 2 BGB, mają charakter semiimperatywny (jednostronnie bezwzględnie obowiązujący), tzn. strony umowy mogą odstąpić od zawartych w nich regulacji jedynie na korzyść podróżnego (§ 651m BGB)⁸.

Przez ustawę z dnia 29 czerwca 1994 r. o implementacji dyrektywy Rady z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (90/314/EWG)⁹ regulacje dot. umowy o podróż zostały przystosowane do dyrektywy oraz uzupełnione o § 651l BGB oraz o rozporządzenie o obowiązkach informacyjnych organizatorów podróży¹⁰, uchwalone na podstawie § 651a ust. 3 BGB. Ustawa ta weszła w życie w dniu 1 listopada 1994 r. (znajdowała jednak zastosowanie również do umów o podróż zawartych od dnia 1 lipca 1994 r.). Republika Federalna Niemiec spóźniła się zatem ze spełnieniem obowiązku wdrożenia dyrektywy o 22 miesiące¹¹. Tym samym powstał problem odpowiedzialności cywilnej państwa niemieckiego za brak transpozycji dyrektywy w wyznaczonym terminie. Problem ten omówiony zostanie szerzej w punkcie 4.

W 2001 r. umowa o podróż doznała kolejnych zmian i uzupełnień, mianowicie przez drugą ustawę z dnia 23 lipca 2001 r. o zmianie przepisów o prawie turystycznym¹² oraz przez ustawę z dnia 26 listopada 2001 r. o modernizacji prawa zobowiązań¹³. Przez pierwszą ze wspomnianych ustaw zaostrzony został § 651k BGB o zabezpieczeniu na wypadek niewypłacalności, na którym koncentrować się będą dalsze rozważania. Ponadto w związku z wyrokiem ETS w sprawie AFS Intercultural Programs Finland ry¹⁴ wprowadzony został przepis dot. wymiany szkolnej (§ 651l BGB)¹⁵. Ustawa o modernizacji zobowiązań natomiast miała niewielki wpływ na umowę o podróż. Zmiany dotyczyły głównie terminu przedawnienia (§ 651g ust. 2 BGB – dwa lata) oraz umiejscowienia przepisów o obowiązkach informacyjnych w

⁷ Raport Komisji Prawnej BT-Drucks. 8/2343, s. 6 z dnia 4.12.1978.

⁸ J. Eckert, [w:] Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin 2003, vor § 651k, nb. 1.

⁹ Gesetz zur Durchführung der Richtlinie des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen vom 29.06.1994, BGBl. 1994 I, s. 1322.

¹⁰ Verordnung über die Informationspflichten von Reiseveranstaltern vom 14.11.1994, BGBl. 1994 I, s. 3436.

¹¹ Zgodnie z art. 9 ust. 1 dyrektywy państwa członkowskie zobowiązane były implementować dyrektywę do dnia 31 grudnia 1992 r.

¹² Zweites Gesetz zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften (2. ReiseRÄndG) vom 23. Juli 2001, BGBl. 2001 I, s. 1658.

¹³ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, BGBl. 2001 I, s. 3138.

¹⁴ Sprawa C-237/97, orzeczenie z dnia 11 lutego 1999 r.

¹⁵ W orzeczeniu Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że dyrektywa 90/314/EWG nie ma zastosowania do wymiany szkolnej trwającej pół roku lub rok, której celem jest uczęszczanie ucznia do szkoły w celu zapoznania się z ludźmi oraz kulturą danego kraju i w ramach której uczeń bezpłatnie przebywa w rodzinie przyjmującej na takich zasadach jak członek rodziny. Ustawodawca niemiecki przez wprowadzenie § 651l BGB chciał wyjaśnić, że wymiany szkolne mimo wymienionego orzeczenia ETSu podlegają ochronie gwarantowanej przez niemieckie prawo turystyczne, BT-Drucks. 14/5944, s. 8.

rozporządzeniu z dnia 5 sierpnia 2002 r. o obowiązkach informacyjnych i dokumentacyjnych według prawa cywilnego (cyt. dalej jako: BGB-InfoV)¹⁶, które zawiera – jak sugeruje jego tytuł – obowiązki informacyjne z zakresu różnych umów. Rozporządzenie to służy implementacji różnych dyrektyw wspólnotowych¹⁷. Obowiązki informacyjne i dokumentacyjne organizatorów podróży uregulowane są w §§ 4-11 BGB-InfoV.

3. Implementacja art. 7 dyrektywy 90/314/EWG

Najwięcej problemów w związku z implementacją dyrektywy przysporzył niemieckiemu ustawodawcy jej art. 7. Zawiera on postanowienia dotyczące zabezpieczenia na wypadek niewypłacalności organizatora podróży. Było to bowiem novum dla Niemiec. Ten kraj jako jedyne państwo członkowskie wówczas Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej do momentu wdrożenia dyrektywy nie знаło takiego zabezpieczenia¹⁸. Wdrożenie pozostałych postanowień dyrektywy nie stwarzało większych problemów, ponieważ - jak już wspomniano - umowa o podróż od 1979 r. znajduje się w niemieckim kodeksie cywilnym, co niewątpliwie ułatwiało wdrożenie dyrektywy. Zauważyć przy tym należy, że generalnie rzez biorąc niemieckie przepisy zapewniają podróżnemu większą ochronę aniżeli postanowienia dyrektywy, co ze względu na minimalny charakter dyrektywy (art. 8) jest z nią zgodne.

3.1. Zarys regulacji dotyczącej zabezpieczenia na wypadek niewypłacalności

Artykuł 7 dyrektywy wdrożony został do niemieckiego prawa przez ustawę z 1994 r. o implementacji dyrektywy. Transpozycji tego przepisu dokonano w § 651k BGB, który po wyroku ETS z dnia 15 czerwca 1999 r. w austriackiej sprawie Rechberger¹⁹ został zaostrzony w 2001 r. przez Drugą ustawę o zmianie przepisów prawa turystycznego (cyt. dalej jako: 2.ReiseRÄG)²⁰ (zob. bliżej pkt 3.4).

Zgodnie z § 651k ust. 1 zd. 1 BGB, organizator podróży powinien zapewnić, że w razie swojej niewypłacalności lub wszczęcia postępowania upadłościowego²¹ zwróci podróżnemu nadpłaconą przez niego cenę podróży oraz w razie nastąpienia niewypłacalności podczas trwania podróży zwróci podróżnemu nakłady konieczne poczynione przez niego w związku z przedwczesnym powrotem do kraju. Według § 651k ust. 1 zd. 2 BGB może to uczynić jedynie w drodze dobrowolnego ubezpieczenia lub przyrzeczenia zapłaty banku (w praktyce sprowadza się to do poręczenia bankowego). W praktyce najczęściej spotykana jest przy tym forma ubezpieczenia²².

¹⁶ Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht vom 05.08.2002, BGBl. 2002 I, s. 342, wersja skonsolidowana BGBl. 2002 I, s. 3002.

¹⁷ Dyrektywy 97/7/WE, 47/94/WE, 2000/31/WE, 90/314/EWG oraz 97/5/WE.

¹⁸ K. Tonner, [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 4. Schuldrecht Besonderer Teil II*, 4. Auflage, München 2005, Vor § 651 a, nb. 27.

¹⁹ Sprawa C-140/97, Zb. Orz. 1999, s. I-03499.

²⁰ Zweites Gesetz zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften vom 23.07.2001, BGBl. 2001 I, s. 1658.

²¹ W celu ułatwienia lektury artykułu w dalszej części posługiwać się będę terminem „niewypłacalność”.

²² K. Tonner, [w:] *Münchener Kommentar...*, § 651k, nb. 3; tenże, *Die Insolvenzabsicherung im Pauschalreiserecht*, Baden-Baden 2002, s. 66 i n.

Na etapie projektu ustawy dyskutowany był rodzaj ubezpieczenia. Sporne było, czy miało to być ubezpieczenie dobrowolne czy też miałyby zostać stworzone specjalnie dla branży turystycznej *pool* ubezpieczeniowy, w którym uczestnictwo dla organizatorów podróży byłoby obowiązkowe. W dyskusji powoływano się na rozwiązania przyjęte przez inne państwa członkowskie UE, w których taki *pool* istnieje i dobrze funkcjonuje (były to Dania, Włochy i Holandia). Argumentowano, że *pool* ubezpieczeniowy zapewniłby lepszą ochronę konsumentów. Ustawodawca niemiecki odrzucił jednak ten pomysł, argumentując, że zostałby stworzony monopol. Ponadto obowiązkowe uczestnictwo w tej instytucji nie pozwoliłoby organizatorom podróży na inne zabezpieczenie oraz zamknęłoby europejskim firmom ubezpieczeniowym praktycznie dostęp do niemieckiego rynku, co byłoby sprzeczne z zasadą otwartego rynku oraz wzmacniania konkurencji. Oprócz tego naruszyłyby to zasadę swobodnego przepływu usług przewidzianą w art. 49-55 TWE oraz wspólnotowe prawo kartelowe (art. 81 TWE). Ustawodawca niemiecki dopuszcza jednak możliwość dobrowolnego stworzenia *pool*-u ubezpieczeniowego działającego w ramach niemieckiego i wspólnotowego prawa kartelowego²³.

Ze względu na zasadę swobodnego przepływu usług nie ma obowiązku, aby instytucje udzielające zabezpieczenia miały siedzibę w Niemczech. Wystarczająca jest siedziba w UE²⁴. W tym drugim przypadku muszą one jednak działać zgodnie z niemieckimi przepisami prawa ubezpieczeniowego lub bankowego. Przepis § 651k ust. 2 zd. 1 BGB dopuszcza ograniczenie kwot podlegających zwrotowi przez ubezpieczyciela lub bank do 110 milionów euro w skali roku²⁵.

Organizator podróży musi wręczyć podróżnemu poświadczenie zabezpieczenia, na podstawie którego podróżny może dochodzić roszczeń bezpośrednio od ubezpieczyciela lub banku (§ 651k ust. 3 zd. 1 BGB), aczkolwiek poświadczenie ma zasadniczo jedynie charakter deklaratoryjny²⁶. Wynika to z brzmienia omawianego przepisu, który mówi o obowiązku udowodnienia istniejącego roszczenia przez wydanie poświadczenia. Poświadczenie zabezpieczenia wystawia dający zabezpieczenie lub za jego upoważnieniem organizator podróży²⁷. Wytyczne poświadczenia zabezpie-

²³ Zob. BT-Drucks. 12/5354, s. 11, 12.

²⁴ H. - E. Keller, [w:] *juris Praxiskommentar BGB*, 3. Auflage 2006, § 651k, nb. 9; H. Sprau, [w:] Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 63. Auflage, München 2004, § 651k, nb. 2. H. -E.Keller uważa, że należy zmienić brzmienie § 651k ust. 1 zd. 2 BGB, które ze względu na zasadę swobodnego przepływu usług w UE jest mylące.

²⁵ Od 1994 r. do 2001 r. kwota ta była różna. Zaczynając od 70 milionów marek w 1994 r. była stopniowo podwyższana do 200 milionów marek, co w 2000 r. ze względu na nową walutę przekształcone zostało na 110 milionów euro (Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27.06.2000, BGBl. 2000 I, 897. Ustawa ta weszła w życie w dniu 30 czerwca 2000 r.), która to kwota została utrzymana w 2001 r., zob. art. 229 § 4 EGBGB.

²⁶ Będzie miało wtedy charakter konstytutywny, jeśli tak przewiduje umowa ustanawiająca zabezpieczenie, J. Eckert, [w:] Staudinger, *Kommentar...*, § 651k, nb. 22; H. H. Seiler, [w:] Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 651k, nb. 9.

²⁷ H. Sprau, [w:] Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 651k, nb. 5.

czenia reguluje § 9 BGB-InfoV, a załącznik 1 (do § 9) BGB-InfoV zawiera wzór tego dokumentu²⁸.

Zgodnie z § 651k ust. 4 zd. 1 BGB organizator podróży lub pośrednik mogą żądać od podróżnego zapłaty za podróż lub zaliczkę albo przyjąć od niego taką zapłatę (zaliczkę) jedynie, gdy zostało mu wydane poświadczenie zabezpieczenia. Przyjęcie zapłaty od podróżnego niezgodne z § 651k ust. 4 zd. 1 BGB stanowi wykroczenie na podstawie § 147b niemieckiej ustawy o prowadzeniu działalności gospodarczej (cyt. dalej jako: GewO)²⁹. Przepis § 651k ust. 4 zd. 1 BGB był źródłem problemów, które zostały rozwiązane przez ETS w wyroku w sprawie Dillenkofer³⁰ z dnia 8 października 1996 r. Niemiecki ustawodawca dostosował się bardzo szybko do tego wyroku, zmieniając brzmienie omawianego przepisu przez ustawę z dnia 20 grudnia 1996 r.³¹, która weszła w życie w dniu 1 stycznia 1997 r., czyli niecałe trzy miesiące po wydaniu wyroku przez ETS. Zgodnie z poprzednim brzmieniem § 651k ust. 4 BGB, organizator podróży jeszcze przed wydaniem poświadczenia zabezpieczenia mógł żądać od podróżnego zaliczki w wysokości do 10% ceny podróży, lecz nie więcej niż 500,- marek. ETS uznał ten przepis za niezgodny z art. 7 dyrektywy, ponieważ zgodnie z uzasadnieniem wyroku artykuł ten ma na celu ochronę konsumenta i nie przewiduje żadnych ograniczeń tej ochrony w odniesieniu do zaliczek³².

Dający zabezpieczenie zgodnie z art. 238 ust. 2 ustawy wprowadzającej kodeks cywilny (cyt. dalej jako: EGBGB)³³ obowiązani są niezwłocznie powiadomić odpo-

²⁸ § 9 BGB-InfoV – Wzór dla poświadczenia zabezpieczenia

- (1) Organizator podróży powinien z zastrzeżeniem § 10 korzystać dla poświadczenia zabezpieczenia zgodnie z § 651k ust. 3 BGB z wzoru określonego w załączniku 1.
- (2) Organizator podróży może odstąpić od wzoru odnośnie formatu oraz wielkości czcionki i wydrukować na poświadczeniu zabezpieczenia firmę lub znak zabezpieczyciela pieniędzy klientów i jego pełnomocnika. Jeśli poświadczenie zabezpieczenia jest ograniczone w czasie, należy wskazać na to w wyraźnie uwydatnionej formie.
- (3) Poświadczenie zabezpieczenia należy przypiąć do poświadczenia umowy o podróż lub wydrukować na jego rewersie.
- (4) Jeśli poświadczenie zabezpieczenia zostanie wydrukowane na rewersie poświadczenia umowy o podróż, wówczas na jego froncie należy wskazać w wyraźnie uwydatnionej formie na wydrukowane poświadczenie zabezpieczenia. W takim poświadczeniu zabezpieczenia może zostać podanych paru zabezpieczycieli pieniędzy klientów; wskazówka wynikająca ze zdania 1 powinna wtedy zostać sformułowana w następujący sposób: „Poświadczenie zabezpieczenia wydrukowane jest na rewersie. Państwa zabezpieczycielem jest (wstawić nazwę).”
- (5) Jeśli dokument zawiera oprócz poświadczenia zabezpieczenia inne dane lub teksty, poświadczenie zabezpieczenia powinno się wyraźnie od tego wyróżniać.
- (6) Poświadczenie zabezpieczenia może też zostać udowodnione w formie tekstowej i zostać połączone elektronicznie z poświadczeniem umowy o podróż (*lum. A. K.*)

Zob. wzór poświadczenia na stronie http://bundesrecht.juris.de/bgb-infov/anlage_1_23.html.

²⁹ Gewerbeordnung, wersja skonsolidowana z 22 lutego 1999 r., BGBl. 1999 I, s. 202 ze zm.

³⁰ Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula i Trosten Knor przeciwko Bundesrepublik Deutschland, sprawy połączone C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 oraz C-190/94, wyrok z dnia 8 października 1996 r., Zb. Orz. 1996 I-4845.

³¹ BGBl 1996 I, 2090.

³² Zob. pkt 56-61 uzasadnienia wyroku, a w szczególności pkt 59.

³³ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, wersja skonsolidowana z dnia 21 września 1994 r., BGBl. 1994 I, s. 2494, ber. BGBl. 1997 I, s. 1061 ze zm.

wiedni urząd o ustaniu umowy o zabezpieczenie. Przepis § 651k ust. 5 BGB stanowi, że organizator podróży mający swoją siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej bądź Europejskiego Obszaru Gospodarczego może udzielić zabezpieczenia zgodnie z przepisami tego państwa, jeśli takie zabezpieczenie spełnia wymogi § 651k ust. 1 zd. 1 BGB (zob. wyżej). Zabezpieczenie takie musi zostać poświadczony wobec podróżnego w języku niemieckim bądź w innym języku, łatwo zrozumiałym dla podróżnego (§ 10 BGB-InfoV). Nie znajdują zastosowania wytyczne zawarte w § 9 BGB-InfoV (zob. ustęp 1 tego przepisu: „vorbehaltlich des § 10”). Wyjątek zawarty w § 651k ust. 5 BGB uzasadniony jest zharmonizowanym stanem prawnym w tych krajach, bazującym na omawianej dyrektywie.

Zgodnie z § 651k ust. 6 BGB przepisów § 651k ust. 1-5 BGB nie stosuje się:

- do organizatorów podróży, którzy tylko okazjonalnie³⁴ i poza zakresem swojej działalności gospodarczej organizują podróże³⁵,
- jeśli podróż nie trwa dłużej niż dobę, nie obejmuje noclegu i nie przekracza ceny w wysokości 75 euro³⁶,
- jeśli organizator podróży jest osobą prawną prawa publicznego i ogłoszenie jego upadłości jest niemożliwe. W tym przypadku nie występuje bowiem ryzyko niewypłacalności, przed skutkami którego chroni § 651k³⁷.

3.2. Charakter prawny zabezpieczenia

Przepis § 651k ust. 1 BGB konstruuje obowiązek uboczny organizatora podróży, którego spełnienie może być bezpośrednio egzekwowane przez podróżnego³⁸. Zgodzić się należy z poglądem reprezentowanym w doktrynie, iż jedynie roszczenie o spełnienie świadczenia daje podróżnemu wystarczającą ochronę. Roszczenie odszkodowawcze (§§ 280 ust. 1, 241 ust. 2 BGB) nie jest bowiem w stanie ochronić podróżnego przed ryzykiem niewypłacalności organizatora podróży³⁹. Zajęcie powyższego stanowiska wywołuje określone skutki. W razie braku spełnienia obowiązku wynikającego z ustępu 1 przez organizatora podróży, podróżny może domagać się w sądzie zasądzenia jego roszczenia oraz naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki (§§ 280 ust. 2 w zw. z § 286 BGB). Ma on też możliwość wyznaczenia organizatorowi podróży terminu, a po jego bezskutecznym upływie może on domagać się naprawienia szkody zgodnie z §§ 280 ust. 3, 281 BGB (Schadensersatz statt der Leistung) lub odstąpić od umowy zgodnie z § 323 BGB. Ponadto przysługuje mu prawo wstrzy-

³⁴ Jeden do dwóch razy rocznie, zob. BT-Drucks. 12/5354, s. 13. Słusznie zauważa się w literaturze niemieckiej, że istotny jest dodatkowy element przypadkowej organizacji podróży. Zob. bliżej J. Eckert, [w:] Staudinger, *Kommentar...*, § 651k, nb. 33 i cyt. tam lit.

³⁵ Przesłanki te muszą występować kumulatywnie, BT-Drucks. 12/5354, s. 13.

³⁶ Przesłanki te muszą być spełnione kumulatywnie, por. BT-Drucks. 12/5354, s. 13.

³⁷ Inaczej jest w przypadku, gdy te instytucje mają formę cywilnoprawną (np. spółka z o.o.). Nie podlegają one wówczas wyłączeniu. To samo dotyczy np. izb adwokackich, cechów i innych korporacji prawa publicznego, których upadłość można ogłosić.

³⁸ J. Eckert, [w:] Staudinger, *Kommentar...*, § 651k, nb. 3; H. H. Seiler, [w:] Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. 1, 11. Auflage, Münster 2004, § 651k, nb. 2.

³⁹ J. Eckert, [w:] Staudinger, *Kommentar...*, § 651k, nb. 3; H. H. Seiler, [w:] Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 651k, nb. 2.

mania się z zapłatą za podróż do momentu wydania mu poświadczenia zabezpieczenia (§§ 273, 274 BGB)⁴⁰.

3.3. Przedmiot zabezpieczenia

Zabezpieczeniu podlega jedynie ryzyko niewypłacalności organizatora podróży. Nie zabezpieczone natomiast jest ryzyko niewypłacalności innych podmiotów, jak pośredniczącego biura podróży czy hotelu lub linii lotniczych. Nie zabezpieczony jest również przypadek sfalszowania poświadczenia zabezpieczenia⁴¹, ani defraudacja zapłaconej ceny przez organizatora podróży lub pośrednika⁴². Brak jest ponadto zabezpieczenia egzekucji praw podróżnego z rękojmi w razie niewypłacalności organizatora podróży. Dlatego regulacje dotyczące zabezpieczenia postrzegane są w literaturze jako niepełne⁴³.

Przedmiotem zabezpieczenia jest zapłacona przez podróżnego cena podróży oraz wydatki związane z jego przedwczesnym powrotem do kraju w razie gdy niewypłacalność organizatora podróży nastąpi podczas trwania wycieczki.

3.3.1. Cena podróży

Zgodnie z wymogami art. 7 dyrektywy objęta zabezpieczeniem jest m.in. zaliczka zapłacona przez podróżnego. W niemieckim prawie wynika to z § 651k ust. 4 BGB, co nie było jednak całkiem jasne na podstawie pierwotnej wersji tego przepisu z 1994 r. (choć doktryna opowiadała się za taką wykładnią). Został on zmieniony po wyroku w sprawie Dillenkofer z 1996 r.⁴⁴, w którym ETS stwierdził, iż zgodnie z art. 7 dyrektywy również zaliczki powinny być objęte zabezpieczeniem. Zauważyć poza tym należy, że zgodnie z § 651k ust. 4 BGB podróżnemu wydane musi być poświadczenie zabezpieczenia dot. zaliczki, co nie było wymagane w pierwotnej wersji ustępu 4⁴⁵. Zmiana § 651k ust. 4 BGB weszła w życie w dniu 1 stycznia 1997 r.⁴⁶.

W razie wystąpienia niewypłacalności organizatora podróży w trakcie trwania wycieczki, podróżnemu zwrócona musi zostać cena uiszczona za niewykorzystane świadczenia. Zgodnie z panującym poglądem⁴⁷ obliczenia dokonuje się na podstawie § 651e ust. 3 BGB. Zgodnie z tym przepisem – skrótowo mówiąc – organizator po-

⁴⁰ J. Eckert, [w:] Staudinger, *Kommentar...*, § 651k, nb. 3; por. H. H. Seiler, [w:] Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 651k, nb. 10.

⁴¹ Jednak w przypadku, gdy pośrednik był zobowiązany do sprawdzenia ważności poświadczenia zabezpieczenia (§ 651k ust. 3 zd. 4 BGB, zob. niżej), podróżny może mieć roszczenie odszkowawcze wobec niego, zob. H. Sprau, [w:] Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 651k, nb. 6a.

⁴² J. Eckert, [w:] Staudinger, *Kommentar...*, § 651k, nb. 8; H. - E. Keller, [w:] *juris Praxiskommentar BGB...*, § 651k, nb. 5.

⁴³ J. Eckert, [w:] Staudinger, *Kommentar...*, § 651k, nb. 1 i cyt. tam lit.; H. - E. Keller, [w:] *juris Praxiskommentar BGB...*, § 651k, nb. 5.

⁴⁴ Zob. pkt 4.

⁴⁵ K. Tonner, [w:] *Münchener Kommentar...*, § 651k, nb. 4, 6, 31.

⁴⁶ 2. Gesetz zur Änderung des Rechtspflege-Änderungsgesetzes vom 20.12.1996, BGBl. 1996 I, s. 2090.

⁴⁷ Zob. J. Eckert, [w:] Staudinger, *Kommentar...*, § 651k, nb. 9 i cyt. tam lit.; Erman/Seiler Rn 6; MünchKomm/Tonner Rn 7.

dróży traci roszczenie o zapłatę ceny za podróż, i to również za świadczenia, które już wprawdzie spełnił, lecz które na skutek konieczności przedwczesnego przerwania podróży ze względu na niewypłacalność organizatora podróży straciły sens dla podróżnego. Oznacza to, iż zwróceniu podlega również cena za świadczenia, z których podróżny skorzystał przed wystąpieniem niewypłacalności organizatora podróży, lecz które okazały się daremne (jak np. przelot, jeśli na miejscu podróżny nie mógł już skorzystać z dalszych świadczeń)⁴⁸. Prezentowany pogląd zasługuje na poparcie. Ponadto do kosztów podlegających zwróceniu zalicza się podwójnie zapłaconą cenę za hotel. Chodzi o przypadki, w których cena noclegu była już ujęta w umowie o podróż, jednak na miejscu podróżny musiał ponownie zapłacić za pobyt w hotelu, ponieważ hotelarz ze względu na niewypłacalność organizatora podróży nie otrzymał tych zapłaconych już przez podróżnego pieniędzy, a nie pozwolił mu na opuszczenie hotelu bez uiszczenia należnej kwoty⁴⁹. Część doktryny przyjmuje, że zwrócona powinna zostać również składka ubezpieczeniowa⁵⁰. Wykładnia § 651k ust. 1 zd. 1 BGB nie prowadzi jednak do takiego wniosku, ponieważ mówi on wyraźnie o zwrocie zapłaconej ceny podróży. Składka ubezpieczeniowa natomiast nie należy do ceny podróży. Dyrektywa jest w tym punkcie moim zdaniem niejasna, przez co trudno podnieść w tym przypadku zarzut niezgodności przepisu z dyrektywą.

3.3.2. Wydatki związane z powrotem

Zgodnie z § 651k ust. 1 zd. 1 nr 2 BGB podróżnemu zwrócić należy również wydatki związane z powrotem, jeśli niewypłacalność organizatora podróży wystąpiła podczas trwania podróży. Podkreślić należy, iż nie chodzi tu jedynie o koszty przejazdu, lecz również o koszty pobytu do momentu podróży powrotnej. Z jednej strony nie można żądać od podróżnego, że będzie koczował na lotnisku, z drugiej zaś nie zostaną zwrócone mu koszty zakwaterowania w najdroższym hotelu w okolicy. Zwrotowi podlegają zatem nakłady konieczne⁵¹. Podróżny powinien natychmiast przerwać pobyt i postarać się o możliwie tani transport powrotny. Z omawianego przepisu wynika, że organizator podróży nie jest obowiązany sam zorganizować podróżnym podróży powrotnej, lecz jedynie zwrócić poniesione przez nich w związku z tym koszty⁵². W doktrynie podnoszony jest zarzut, że przepis ten jest niezgodny z wymaganiami dyrektywy⁵³. Należy przychylić się do tego poglądu. Przemawia za tym brzmienie art. 7 dyrektywy, który przewiduje, że zabezpieczony powinien być „powrót konsumenta z podróży”, a nie jedynie zwrot kosztów poniesionych przez

⁴⁸ K. Tonner, [w:] *Münchener Kommentar...*, § 651k, nb. 7.

⁴⁹ J. Eckert, [w:] Staudinger, *Kommentar...*, § 651k, nb. 10 i cyt. tam lit. oraz orzecznictwo.

⁵⁰ H. Sprau, [w:] Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 651k, nb. 1a i cyt. tam lit.

⁵¹ H. H. Seiler, [w:] Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 651k, nb. 6; K. Tonner, [w:] *Münchener Kommentar...*, § 651k, nb. 8-9 i cyt. tam lit.

⁵² Zob. też H. - E. Keller, [w:] *juris Praxiskommentar BGB...*, § 651k, nb. 6; H. H. Seiler, [w:] Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 651k, nb. 6; K. Tonner, [w:] *Münchener Kommentar...*, § 651k, nb. 2, 10.

⁵³ J. Eckert, [w:] Staudinger, *Kommentar...*, § 651k, nb. 8 i cyt. tam lit. Jest to jednak kwestia sporna, zob. literatura powołana tamże.

konsumenta w związku z powrotem z podróży. Takie samo zdanie wyraził ETS w sprawie Dillenkofer⁵⁴.

Do momentu powrotu podróżny musi ewentualnie zadowolić się niższą kategorią hotelu. Treść zawartej umowy o podróż nie jest miarodajna⁵⁵, aczkolwiek jest to kwestia sporna. Podróżny powinien postarać się o następny możliwy lot powrotny, przy czym również tu powinien mieć na uwadze koszty, w związku z czym nie powinien od razu rezerwować drogiego lotu, jeśli możliwy byłby tańszy, nawet np. dzień później. Chodzi o zachowanie zdrowego rozsądku. Nie można oczekiwać od podróżnego, że dokładnie przekalkuluje wszelkie opcje i wybierze najtańszą. Trzeba wziąć bowiem pod uwagę, że znajduje się on w wyjątkowej i stresującej sytuacji w związku z koniecznością przerwania podróży⁵⁶.

W praktyce zwrot kosztów związanych z podróżą powrotną nie odgrywa jednak zbyt wielkiej roli, ponieważ dający zabezpieczenie często sami organizują podróż powrotną. Jest to korzystne zarówno dla podróżnego, który w ten sposób unika stresu, jak i dla dającego zabezpieczenie, ponieważ przeważnie będzie on w stanie zorganizować tańszą podróż powrotną aniżeli podróżny⁵⁷.

3.4. 2.ReiseRÄG

Główną przyczyną nowelizacji § 651k BGB był wyrok ETS w sprawie Rechberger⁵⁸, w którym ETS mocno skrytykował austriacki przepis ograniczający odpowiedzialność organizatora podróży wynikającą z art. 7 dyrektywy. W związku z tym niemieckiemu ustawodawcy nasunęły się wątpliwości, czy zawarte w § 651k ust. 2 BGB ograniczenie kwoty, którą dający zabezpieczenie jest obowiązany wypłacić podróżnym na wypadek niewypłacalności organizatora podróży do wówczas 200 milionów marek w skali roku, jest zgodne z prawem wspólnotowym. Oprócz tego organizacje konsumenckie domagały się zniesienia ograniczenia wysokości wypłacanej kwoty. W związku z tym pierwszy projekt 2.ReiseRÄG przewidywał m.in. zniesienie tego ograniczenia, co wywołało ostry sprzeciw branży turystycznej. Dzięki interwencji ministra gospodarki owe zniesienie ograniczenia nie znalazło się w projekcie rządowym. Główny cel planowanej nowelizacji nie został więc zrealizowany. Dozwolone ograniczenie wypłacanej przez dającego zabezpieczenie kwoty nie zostało zniesione, a jedynie wprowadzone zostało nowe pojęcie nadrzędne – „Kundengeldsicherer” (w dosłownym brzmieniu – zabezpieczyciel pieniędzy klientów, co po niemiecku brzmi tak samo niezręcznie), które obejmuje firmy ubezpieczeniowe oraz banki. Nadal sporne jest jednak, czy kwota ta jest wystarczająco wysoka⁵⁹, ponieważ szczególnie w przypadku wystąpienia niewypłacalności jednego z głównych organizatorów podróży w głównym sezonie urlopowym kwota ta okazać mogłaby się zbyt niska, co nie pozwoliłoby na całkowite zaspokojenie podróżnych⁶⁰. Zgodnie bowiem

⁵⁴ Zob. tenor pkt 2 oraz uzasadnienie wyroku pkt 31, 34, 36, 42.

⁵⁵ H. H. Seiler, [w:] Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 651k, nb. 6.

⁵⁶ K. Tonner, [w:] *Münchener Kommentar...*, § 651k, nb. 10.

⁵⁷ K. Tonner, [w:] *Münchener Kommentar...*, § 651k, nb. 10.

⁵⁸ Zob. wyżej.

⁵⁹ K. Tonner, [w:] *Münchener Kommentar...*, § 651k, nb. 3.

⁶⁰ Zob. K. Tonner, [w:] *Münchener Kommentar...*, § 651k, nb. 18 i cyt. tam lit.

z § 651k ust. 2 zd. 2 BGB następuje ograniczenie wypłacanych kwot przez dającego zabezpieczenie w stosunku do każdego podróżnego, jeśli suma tych kwot przewyższa w skali roku wspomniane 110 milionów euro. Ponadto suma ta (110 milionów euro) odnosi się do dającego zabezpieczenie, niezależnie od tego, ilu organizatorów podróży zabezpiecza, więc jeśli np. firma ubezpieczeniowa daje zabezpieczenie kilku głównym organizatorom podróży, to ryzyko nieotrzymania zwrotu całej kwoty jest wysokie. Troszkę trudno mi dyskutować o tych – dla mnie trochę abstrakcyjnych – sumach. Natomiast trzeba dopuścić możliwość nastąpienia wymienionych sytuacji, co też czyni ustawodawca, ponieważ w innym wypadku ww. zdanie drugie straciłoby sens. W związku z tym powstaje pytanie, czy ustawowo przewidziana możliwość ograniczenia wypłacanej sumy jest w ogóle dopuszczalna. Znaczna część doktryny niemieckiej⁶¹ uważa, że § 651k ust. 2 BGB jest niezgodny z dyrektywą. Artykuł 7 dyrektywy nie wspomina bowiem w ogóle o dopuszczalności ograniczenia wypłacanej sumy, a ze względu na minimalny charakter dyrektywy stosowanie ograniczenia takiego jest niedozwolone. Należy przychylić się do tej argumentacji. Artykuł 7 stanowi bowiem wyraźnie, że zapewniony musi zostać zwrot wpłaconych pieniędzy, co oznacza *wszystkich* wpłaconych pieniędzy. Niemiecki ustawodawca dopuszcza jednak sytuację, w której zwrot wpłaconych pieniędzy nie będzie stuprocentowo zapewniony, a w której podróżni otrzymają jedynie ich część. Odstępstwa od art. 7 dyrektywy zmniejszające ochronę konsumenta, tak jak dzieje się to w przypadku Niemiec, nie są jednak dopuszczalne ze względu na minimalny poziom ochrony, jaki zapewniać ma dyrektywa. Tym samym należy uznać § 651k ust. 2 BGB za niezgodny z dyrektywą. Republika Federalna Niemiec naraża się tym samym na odpowiedzialność cywilną państwa.

Przyczyną, dla której nie została wprowadzona nieograniczona odpowiedzialność, były wątpliwości branży ubezpieczeniowej co do możliwości funkcjonowania takich przepisów w praktyce. Ich zdaniem nieograniczona odpowiedzialność nie byłaby możliwa do zrealizowania, szczególnie ze względu na brak możliwości reasekuracji. W uzasadnieniu projektu ustawy niemiecki ustawodawca interpretuje wyrok ETS w sprawie *Rechberger* w ten sposób, że ETS wymaga od państw członkowskich wprowadzenia efektywnego zabezpieczenia kwot zapłaconych przez podróżnych, natomiast nie zabrania on ograniczenia wysokości zwrotów *per se* i nie wymaga stworzenia systemu, który zamknie wszelką teoretycznie możliwą lukę. Wnioskuje on to z tego, że ETS nie zobowiązuje państw członkowskich do stworzenia systemu kontroli sumy zabezpieczenia. Niemiecki legislator zwraca uwagę na to, że sprawa dotyczyła bardzo ograniczonej sumy zabezpieczenia⁶² i usprawiedliwia swoją decyzję tym, że przewidziane w Niemczech ograniczenie w wysokości 110 milionów euro rocznie jest w porównaniu do innych państw członkowskich UE bardzo wysokie⁶³.

⁶¹ J. Eckert, [w:] Staudinger, *Kommentar...*, § 651k, nb. 18; E. Führich, *Zweite Novelle des Reisevertragsrechts zur Verbesserung der Insolvenzversicherung und der Gastschulaufenthalte*, NJW 2001, nr 42, s. 3084; H. Sprau, [w:] Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 651k, nb. 3 i cyt. tam lit.; K. Tonner, [w:] *Münchener Kommentar...*, § 651k, nb. 16-22 i cyt. tam lit.

⁶² Kwestionowany przepis przewidywał, że sumę zabezpieczenia ustala się na podstawie pięcioprocentowego obrotu biura podróży z odpowiadającego kwartału roku poprzedniego.

⁶³ BT-Drucks. 14/5944, s. 10, 11.

Takie uzasadnienie zachowania ograniczenia wypłacanych kwot przez niemieckiego ustawodawcę jest przedmiotem krytyki w doktrynie⁶⁴. Również moim zdaniem uzasadnienie to jest bardzo kuriozalne i w oczywisty sposób skonstruowane na potrzeby pewnej grupy ekonomicznej. Zauważyć należy, że w uzasadnieniu wyroku Trybunał nie odnosi się do konkretnej wysokości ograniczenia zabezpieczenia, lecz mowa jest ogólnie o ograniczeniu wysokości zabezpieczenia. Nie można tych wywodów zatem interpretować w ten sposób, że tylko niska suma podlegająca zabezpieczeniu jest niezgodna z art. 7 dyrektywy, lecz że ogólnie ograniczenie wysokości zabezpieczenia jest niedopuszczalne. Trybunał odnosi się również do motywów dyrektywy, które też nie dają podstawy do przyjęcia możliwości ograniczenia wysokości zabezpieczenia⁶⁵. ETS idzie dalej, mówiąc: „Nawet jeśli trafne jest, że – jak przedstawił to rząd austriacki – wprowadzenie regulacji dotyczącej gwarancji, która obejmuje wszelkie ryzyka zdefiniowane w artykule 7 dyrektywy może napotkać na praktyczne problemy, to niemniej ustawodawca wspólnotowy przewidział taki system”⁶⁶. Dalej w uzasadnieniu czytamy: „Z tego wynika, że regulacja krajowa tylko wtedy należy implementować obowiązki z artykułu 7 dyrektywy, jeśli niezależnie od jej szczegółów sprawy, że w razie niewypłacalności lub upadłości organizatora podróży zabezpieczony będzie zwrot *wszystkich* kwot zapłaconych przez konsumenta oraz jego podróz powrotna”⁶⁷, a takiego zwrotu *wszystkich* wpłaconych kwot nie gwarantuje § 651k BGB. Jak widać po powołanych i zacytowanych fragmentach uzasadnienia wyroku, niemiecki ustawodawca błędnie interpretuje wyrok. Jego wnioski są sprzeczne z uzasadnieniem wyroku. Abstrahując od tego, moim zdaniem z braku obowiązku stworzenia systemu kontroli nie można wyciągnąć wniosku wysnutego przez niemieckiego ustawodawcę. Poza tym porównanie wysokości ograniczenia z innymi państwami członkowskimi UE jest bez znaczenia. Porównywanie różnych rozwiązań i tworzenie list rankingowych – bo do tego sprowadza się argument niemieckiego legislatora – nie odgrywa przy implementacji dyrektyw najmniejszej roli.

Ograniczenie wysokości zabezpieczonej kwoty do 110 milionów euro w skali roku odnosi się do każdego dającego zabezpieczenie z osobna. Jeśli suma świadczeń w danym roku przekroczy ten limit, dający zabezpieczenie może zmniejszyć kwotę wypłacaną każdemu podróżnemu w takim stosunku, w jakim suma kwot podlegających zwrotowi pozostaje do maksymalnej kwoty (110 milionów euro). Z tego wynika, że dający zabezpieczenie może poczekać z rozliczeniem zabezpieczonych kwot do upływu roku, co nie jest dla podróżnych rozwiązaniem satysfakcjonującym⁶⁸.

Pomysł wprowadzenia ustawowej „Białej listy”, na której znaleźć się mieli wszyscy organizatorzy dysponujący zabezpieczeniem spełniającym warunki § 651k BGB nie znalazł odzwierciedlenia w 2.ReiseRÄG, ponieważ w międzyczasie dobrowolnie sporządzona została taka lista przez branżę turystyczną. Jest ona ogólnie dostępna np. w internecie (www.driv.de, www.fvw.de, www.tip.de)⁶⁹. Znaleźć można na niej m.in.

⁶⁴ J. Eckert, [w:] Staudinger, *Kommentar...*, § 651k, nb. 5 i cyt. tam lit.

⁶⁵ Uzasadnienie wyroku, nb. 62, 63.

⁶⁶ Uzasadnienie wyroku, nb. 63 (*thum. A. K.*).

⁶⁷ Uzasadnienie wyroku, nb. 64 (*thum. oraz podkreślenie w tekście A. K.*).

⁶⁸ H. Sprau, [w:] Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 651k, nb. 3.

⁶⁹ Zob. BT-Drucks. 14/5944, s. 9, K.Tonner, [w:] *Münchener Kommentar...*, Vor § 651a, nb. 34.

informację, przez jakiego ubezpieczyciela lub przez jaki bank zabezpieczone są środki. Podkreślić należy, iż wpis na tę listę jest dobrowolny, zatem brak danych dotyczących konkretnego organizatora podróży nie oznacza, że nie posiada on zabezpieczenia. Ponadto nie wszyscy organizatorzy podróży znajdują się na tej liście. Wydaje się jednak, że każdemu rzetelnemu organizatorowi zależeć będzie na wpisie na listę, ponieważ brak takiego wpisu działa na jego niekorzyść, co zresztą widać już po samym fakcie powstania takiej listy. Dlatego nie należy oceniać dobrowolnego charakteru listy negatywnie. Do tej pory w praktyce system ten się dobrze sprawdził i lista funkcjonuje sprawnie.

Przez 2.ReiseRÄG zmienione zostały ust. 3, 4 § 651k BGB. Przepis § 651 ust. 3 zd. 2 BGB przewiduje, że dający zabezpieczenie nie może podnieść zarzutów przeciwko podróżnemu wynikających z umowy zabezpieczenia, jak np. brak opłacenia składki⁷⁰, ani nie może też powoływać się wobec niego na to, że poświadczenie zabezpieczenia zostało wydane dopiero po ustaniu umowy zabezpieczenia, np. ze względu na wypowiedzenie umowy przez dającego zabezpieczenie⁷¹. (Stanowi to wyjątek od zasady, że w przypadku umowy na rzecz osoby trzeciej, jaką jest umowa zabezpieczenia, zarzuty wynikające z umowy podstawowej (głównej) przysługują dłużnikowi (przysługującemu) również wobec osoby trzeciej (§ 334 BGB)⁷²). W tym przypadku roszczenie podróżnego przeciw organizatorowi, które zostanie zaspokojone przez dającego zabezpieczenie, przechodzi zgodnie z § 651k ust. 3 zd. 3 BGB na dającego zabezpieczenie. Ze względu na przesłankę niewypłacalności organizatora podróży przepis ten nie ma jednak większego znaczenia w praktyce⁷³.

Przepis § 651k ust. 3 zd. 4 zobowiązuje pośrednika do sprawdzenia ważności poświadczenia zabezpieczenia, jeśli to on wydaje go podróżnemu. W razie nie zastosowania się do tego obowiązku, pośrednik zgodnie z § 280 ust. 1 BGB obowiązany jest naprawić podróżnemu szkodę, jeśli ten w związku z nieważnością poświadczenia nie ma roszczenia wobec dającego zabezpieczenie. Pośrednik odpowiada zatem za niezabezpieczone kwoty zapłacone przez podróżnego, co ma istotne znaczenie, ponieważ w przypadku niewypłacalności organizatora podróży pośrednik w zasadzie nadal będzie wypłacalny⁷⁴. W przypadku wydania poświadczenia zabezpieczenia przez pośrednika § 651k ust. 4 BGB figuruje jego pełnomocnictwo do przyjęcia zaliczki. Odgrywa to istotną rolę przy rozstrzygnięciu kwestii, do kogo w razie upadłości organizatora podróży należą pieniądze wpłacone przez klientów, znajdujące się u pośrednika⁷⁵. Zgodnie z orzecznictwem sądów niemieckich tylko w wypadku, gdy organizator podróży udzielił pośrednikowi (wrażnie lub konkludentnie) pełnomocnictwa do przyjmowania pieniędzy od podróżnego, pieniądze te są własnością orga-

⁷⁰ H. Sprau, [w:] Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 651k, nb. 6.

⁷¹ H. Sprau, [w:] Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 651k, nb. 6.

⁷² Przed wejściem w życie 2. ReiseRÄG część doktryny fingowała konkludentne wyłączenie zastosowania § 334 BGB; zob. H. H. Seiler, [w:] Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 651k, nb. 9. Było to jednak sporne - zob. J. Eckert, [w:] Staudinger, *Kommentar...*, § 651k, nb. 6.

⁷³ J. Eckert, [w:] Staudinger, *Kommentar...*, § 651k, nb. 6, 20 i cyt. tam lit.

⁷⁴ J. Eckert, [w:] Staudinger, *Kommentar...*, § 651k, nb. 6, 23. Zob. BT-Drucks. 14/5944, s. 12.

⁷⁵ K. Tonner, [w:] *Münchener Kommentar...*, Vor § 651a, nb. 33.

nizatora⁷⁶ i w związku z tym nie należą do masy upadłościowej pośrednika. Jeśli natomiast brak było takiego pełnomocnictwa, organizator podróży ma prawo domagać się uiszczenia ceny podróży do rąk własnych, tj. podróżny musi jeszcze raz zapłacić zapłaconą kwotę. Ważne jest dlatego ustalenie, kiedy należy przyjąć, że organizator udzielił pośrednikowi pełnomocnictwa do inkasa. Do wejścia w życie 2.ReiseRÄG sytuacja była niejasna ze względu na niejednolite orzecznictwo sądów niemieckich. Niektóre sądy⁷⁷ uznawały za miarodajne, czy organizator podróży toleruje przyjmowanie zaliczek przez pośrednika, z czym nie zgadzały się inne sądy⁷⁸, powołując się na § 97 niemieckiego kodeksu handlowego (cyt. dalej jako: HGB⁷⁹), zgodnie z którym makler handlowy nie jest upoważniony do przyjmowania pieniędzy. Dopiero 2.ReiseRÄG rozwiązała spór przez § 651 ust. 4 zd. 2 BGB. Przepis ten ustanawia w oparciu o § 56 HGB, który reguluje pełnomocnictwo domniemane w przypadkach obsługi w sklepach oraz otwartych magazynach towarowych, ustawowe domniemanie wzruszalne fingujące istnienie (domniemanego) pełnomocnictwa do inkasa⁸⁰. Tylko takie rozwiązanie zapewnia dostateczną ochronę podróżnych.

Jak wspomniano wyżej, § 9 BGB-InfoV wraz z załącznikiem zawiera wzór poświadczenia zabezpieczenia, z którego powinni korzystać organizatorzy podróży i od którego organizator nie może odstępować (za wyjątkiem drobnych rzeczy, jak np. wielkość czcionki). Jeśli to uczyni, konsekwencją jest nieważność wydanego poświadczenia, co oznacza, że organizator nie wywiązał się z obowiązku wynikającego z § 651k ust. 3 zd. 1 BGB, w związku z czym nie może żądać ani przyjmować zaliczek (§ 651k ust. 4 zd. 1 BGB). Wzór ten wprowadzony został przez 2.ReiseRÄG i ma przede wszystkim służyć rozpoznawalności poświadczenia zabezpieczenia przez podróżnego. W praktyce bowiem poświadczenia zabezpieczenia często nie zostawały wydawane podróżnemu jako oddzielny dokument, lecz znajdowały się na odwrocie biletu lotniczego albo w innym miejscu, co utrudniało ich znalezienie przez podróżnego. Ponadto poświadczenia zawierały często ograniczenia odpowiedzialności, których podróżny nie był w stanie uwzględnić⁸¹. Zgodnie z wyrokiem niemieckiego Sądu Najwyższego (Bundesgerichtshof, BGH) z 2001 r., wyjaśniona została tym samym kwestia treści poświadczenia zabezpieczenia⁸². W ramach przeprowadzonej nowelizacji przepisów o umowie o podróż zmieniony został oprócz tego § 147b GeWO (zob. wyżej) oraz wprowadzony wspomniany wyżej art. 238 ust. 2 EGBGB.

⁷⁶ LG Essen RRa 1993, s. 12; LG Frankfurt aM RRa 1994, s. 82; AG Ebersberg RRa 1999, s. 24.

⁷⁷ LG Aachen NJW-RR 1999, s. 1005; LG Düsseldorf RRa 2000, s. 153; AG Düsseldorf RRa 2000, s. 101.

⁷⁸ OLG Stuttgart RRa 2000, s. 92.

⁷⁹ Handelsgesetzbuch vom 10.05.1897 in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 16. Juli 2007, BGBl. I s. 1330

⁸⁰ BT-Drucks. 14/5944, s. 12. Co do przesłanek prawdopodobnego pełnomocnictwa do inkasa zob. J. Eckert, [w:] Staudinger, *Kommentar...*, § 651k, nb. 27, 28.

⁸¹ BT-Drucks. 14/5944, s. 8.

⁸² BGH RRa 2001, s. 147-148.

4. Odpowiedzialność cywilna państwa

Jak wspomniano wyżej, opóźnienie Niemiec z wykonaniem obowiązku wdrożenia dyrektywy wynosiło 22 miesiące. Opóźnienie to miało istotne skutki w praktyce, ponieważ ze względu na niewypłacalność kilku organizatorów podróży w 1993 r. tysiące podróżnych, którzy zapłacili za imprezę turystyczną z góry, utkwili za granicą. Hotele oraz linie lotnicze nie akceptowały ich bonów, ponieważ nie zostały one opłacone przez organizatorów podróży. Rząd niemiecki częściowo musiał opłacić podróz powrotną urlopowiczów do kraju⁸³.

W literaturze niemieckiej wskazywano w większości na to, że na podstawie wyroku ETS w sprawie Francovich⁸⁴, zgodnie z którym państwo członkowskie obowiązane jest naprawić szkodę, jaką poniosły jednostki w związku z brakiem transpozycji dyrektywy, podróżnym, którzy między dniem 1 stycznia 1993 r. (moment, od którego postanowienia dyrektywy wdrożone miały być do krajowego porządku prawnego) a dniem 31 października 1994 r. (moment, od którego rzeczywiście zaczęły obowiązywać przepisy implementujące dyrektywę) ponieśli szkodę ze względu na upadłość organizatorów podróży, którzy nie mieli zabezpieczenia na wypadek niewypłacalności, przysługuje roszczenie o odpowiedzialność cywilną przeciwko Republice Federalnej Niemiec. W sprawie Francovich ustanowione zostały trzy przesłanki roszczenia o odpowiedzialność cywilną państwa. Po pierwsze, rezultat zamierzony w dyrektywie powinien obejmować przyznanie jednostkom określonych uprawnień. Po drugie, powinno być możliwe określenie treści tych uprawnień na podstawie przepisów dyrektywy. Po trzecie, powinien istnieć związek przyczynowy między naruszeniem zobowiązania ciążącego na państwie, a poniesioną przez poszkodowanych szkodą⁸⁵.

Większość doktryny niemieckiej uznała, że te przesłanki w omawianym przypadku zostały spełnione. Zostało to potwierdzone przez wyrok ETS we wspomnianej już głośnej sprawie Dillenkofer⁸⁶, po wydaniu którego Republika Federalna Niemiec wypłaciła poszkodowanym podróżnym odszkodowania w wysokości 11 milionów marek⁸⁷.

5. Zakończenie

Chociaż implementacja dyrektywy 90/314/EWG nie wymagała wielkiego wysiłku ze strony niemieckiego ustawodawcy, ponieważ w Niemczech istniały już dosyć obszerne regulacje umowy o podróż, Niemcy nie zdążyły wdrożyć dyrektywy w wyznaczonym terminie, co naraziło ten kraj na wypłatę wysokich odszkodowań. Do dzisiaj art. 7 dyrektywy stwarza wiele kłopotów. Przepis implementujący ten artykuł (§ 651k BGB) jest bardzo obszerny, co jest krytykowane w literaturze niemieckiej, w szczególności z uwagi na to, że regulacji o takiej właściwości nie wymaga art. 7

⁸³ J. Eckert, [w:] Staudinger, *Kommentar...*, § 651k, nb. 2.

⁸⁴ Andrea Francovich i Danila Bonifaci oraz inne przeciwko Republice Włoskiej, sprawy połączone C-6/90 oraz C-9/90, orzeczenie z dnia 19 listopada 1991 r., Zb. Orz. 1991 I-5357.

⁸⁵ Pkt 40 wyroku.

⁸⁶ K. Tonner, [w:] *Münchener Kommentar...*, Vor § 651a, nb. 31.

⁸⁷ Zob. K. Tonner, [w:] *Münchener Kommentar...*, § 651k, nb. 5 i cyt. tam lit.

dyrektywy. Rozwiązania przyjęte w § 651k BGB są źródłem wielu problemów. Szczególnie ograniczenie wysokości kwoty będącej przedmiotem zabezpieczenia jest niezrozumiałe na podstawie dyrektywy i może doprowadzić do kolejnej sytuacji, w której państwo niemieckie będzie musiało wypłacać podróżnym wysokie odszkodowania.