

WYŻSZA SZKOŁA TURYSTYKI I EKOLOGII
Studia i Monografie

TURYSTYKA A PRAWO

**Aktualne problemy
legislacyjne i konstrukcyjne**

Pod redakcją:
Piotra Cybuli i Jerzego Raciborskiego

SUCHA BESKIDZKA - KRAKÓW

2008

Redakcja naukowa:

Dr Piotr Cybula - Akademia Wychowania Fizycznego w Krakowie

piotr.cybula@awf.krakow.pl

Dr Jerzy Raciborski - Akademia Wychowania Fizycznego w Krakowie

jerzy.raciborski@awf.krakow.pl

Recenzent:

Dr hab. Ewa Nowińska, prof. nadzw. – Uniwersytet Jagielloński

Copyright© Wyższa Szkoła Turystyki i Ekologii w Suchej Beskidzkiej, Autorzy.

Wszelkie prawa zastrzeżone.

Kopiowanie, przedrukowywanie i rozpowszechnianie całości lub fragmentów niniejszej pracy bez zgody wydawcy zabronione.

ISBN – 978-83-926999-0-3

Printed in Poland

Wyższa Szkoła Turystyki i Ekologii

34-200 Sucha Beskidzka, ul. Zamkowa 1

www.wste.edu.pl

Projekt okładki: Anna Oleksa

Druk i oprawa: Drukarnia GS Sp. z o.o., 30-701 Kraków, ul. Zabłocie 43

www.drukarniags.com; e-mail: biuro@drukarniags.com

SPIS TREŚCI

Wstęp	7
Janusz Sondel U początków prawa turystycznego. Zarys problematyki (1945-1989).....	9
Hanna Zawistowska Ochrona konsumenta imprez turystycznych w prawie UE i państw członkowskich.....	29
Mirosław Nesterowicz Projekt regulacji umowy o podróż w kodeksie cywilnym	41
Bogusława Gnela Zakres podmiotowy przepisów ustawy o usługach turystycznych dotyczących ochrony klienta (konsumenta) a zakres podmiotowy umowy o imprezę turystyczną.....	48
Matylda Gwoździcka Pojęcie klienta w ustawie o usługach turystycznych w świetle definicji konsumenta w prawie wspólnotowym i krajowym	66
Anna Kurowska Problemy we wdrożeniu art. 7 dyrektywy 90/314/EWG do prawa niemieckiego	74
Ewa Rott-Pietrzyk Agent turystyczny jako rzekomy pełnomocnik organizatora turystyki.....	90
Piotr Cybula Charakter prawny umowy o imprezę turystyczną.....	108
Ilona Kuska-Żak Odpowiedzialność organizatora turystyki za szkodę niemajątkową powstałą na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną.....	123
Natalia Żytkiewicz Ograniczenie odpowiedzialności organizatora turystyki z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną na podstawie umowy międzynarodowej	139
Edyta Rutkowska Mechanizmy i instrumenty ochrony konsumenta przed niedozwolonymi klauzulami umownymi w umowach o świadczenie usług turystycznych.....	145
Elżbieta Pawłowska, Maciej Czajkowski Niedozwolone klauzule umowne zawierane przez organizatorów turystyki w umowach o świadczenie usług turystycznych	160
Krzysztof Sondel Problematyka tzw. wycieczek fakultatywnych a cywilnoprawna odpowiedzialność organizatora turystyki względem klienta	175
Piotr Mostowik Wybrane zagadnienia kolizyjnoprawne w regulacjach dotyczących turystyki	200

Marcin Żak Skutki prawne śmierci klienta w umowie o imprezę turystyczną (o podróż)	210
Radosław Flejszar, Katarzyna Gajda Postępowanie reklamacyjne w sprawach dotyczących imprez turystycznych – uwagi <i>de lege lata</i> i <i>de lege ferenda</i>	222
Hanna Zawistowska Systemy zabezpieczenia finansowego interesów nabywców imprez turystycznych na wypadek niewypłacalności ich organizatorów w państwach członkowskich UE	240
Marek Krzysztof Kolasiński Mechanizmy zapewniające realny wymiar odpowiedzialności odszkodowawczej biur podróży w prawie polskim w świetle standardów wspólnotowych	246
Dominik Wolski Prawne uwarunkowania tzw. wypraw partnerskich	257
Jerzy Gospodarek Bezpieczeństwo na szlakach turystycznych.....	275
Emilia Wieczorek Działalność przewodników turystycznych a zasada swobody działalności gospodarczej.....	286
Andrzej Kremer Opieka dyplomatyczna i konsularna nad turystą – wybrane aspekty.....	293
Ireneusz C. Kamiński Reklama turystyczna i krytyka jakości usług turystycznych – kilka uwag o standardach wynikających z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu	306
Justyna Ożegalska-Trybalska Ochrona nazw obiektów hotelarskich w Internecie.....	319
Grzegorz Mikrut, Wojciech Jarek Ochrona informacji w przedsiębiorstwie turystycznym.....	331
Paweł Chmielnicki Status Polskiej Organizacji Turystycznej i tryb pracy jej organów	344
Piotr Stec Lokalne i regionalne organizacje turystyczne jako stowarzyszenia szczególnego rodzaju	356
Mariusz Chudzik Opodatkowanie marży jako sposób opodatkowania usług turystycznych podatkiem od towarów i usług	378

WYKAZ WAŻNIEJSZYCH SKRÓTÓW

1. Akty prawne:

- CCV** – konwencja brukselska z 1970 r. o umowie o podróż
- k.c.** – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 – Kodeks cywilny, Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.
- k.h.** – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy, Dz. U. Nr 57, poz. 502 ze zm.
- k.k.** – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.
- k.m.** – ustawa z dnia 19 września 2001 r. – Kodeks morski, Dz. U. Nr 131, poz. 1545 ze zm.
- k.p.c.** – ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.
- k.s.h.** – ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, Dz. U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.
- p.a.s.c.** – ustawa z dnia 29 września 1986 r., t. jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 161, poz. 1688 ze zm.
- p.p.m.** – ustawa z dnia 12 listopada 1964 r. – Prawo prywatne międzynarodowe, Dz. U. z 1965 r., Nr 46, poz. 290 ze zm.
- p.w.p.** – ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej, Dz. U. z 2001 r., Nr 49, poz. 508 ze zm.
- TWE** – Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z dnia 25 marca 1957 r., Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 846
- u.o.k.k.** – ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.
- u.POT** – ustawa z dnia 25 czerwca 1999 r. o Polskiej Organizacji Turystycznej, Dz. U. Nr 62, poz. 689, ze zm.
- u.p.t.u.** – ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.
- u.s.d.g.** – ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz. U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.
- u.stow.** – ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach, t. jedn. Dz. U. z 2001 r., Nr 79, poz. 855
- u.u.t.** – ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych, t. jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 223, poz. 2268 ze zm.
- u.z.n.k.** – ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, t. jedn. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.

2. Czasopisma:

- AUWr** – „Acta Universitatis Wratislaviensis”
- BSN** – „Biuletyn Sądu Najwyższego”
- EP** – „Edukacja Prawnicza”
- EPS** – „Europejski Przegląd Sądowy”
- FT** – „Folia Turistica”
- GS** – „Gazeta Sądowa”
- ITLJ** – „International Travel Law Journal”
- KPP** – „Kwartalnik Prawa Prywatnego”
- Mon. Pod.** – „Monitor Podatkowy”
- Mon. Pr.** – „Monitor Prawniczy”
- NJW** – „Neue Juristische Wochenschrift”
- NJW-RR** – „NJW-Rechtsprechungs-Report”
- NP** – „Nowe Prawo”
- OSN** – „Orzecznictwo Sądu Najwyższego”
- OSNCP** – „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna i Pracy”
- Pal.** – „Palestra”
- PB** – „Prawo Bankowe”
- PiP** – „Państwo i Prawo”
- PPH** – „Przegląd Prawa Handlowego”

Prz. Pod.	– „Przegląd Podatkowy“
PS	– „Przegląd Sądowy”
PUG	– „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego”
Rej.	– „Rejent”
RPr	– „Radca Prawny”
RRa	– „ReiseRecht aktuell”
RPEiS	– „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”
SC	– „Studia Cywilistyczne”
ST	– „Samorząd Terytorialny”
TPP	– „Transformacje Prawa Prywatnego”
ZNUJ	
PzWiOWI	– „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego – Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelktualnej”

3. Publikatory:

Dz. U.	– Dziennik Ustaw
Dz. Urz. UE L	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej seria L
Dz. Urz. UOKiK	– Dziennik Urzędowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
MSiG	– Monitor Sądowy i Gospodarczy

4. Sądy, urzędy, organizacje:

ETS	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości
EWG	– Europejska Wspólnota Gospodarcza
LOT	– lokalna organizacja turystyczna
NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
POT	– Polska Organizacja Turystyczna
ROT	– regionalna organizacja turystyczna
SA	– Sąd Apelacyjny
SN	– Sąd Najwyższy
SOKiK	– Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
UE	– Unia Europejska
UOKiK	– Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
WSA	– Wojewódzki Sąd Administracyjny

5. Inne:

art.	– artykuł
pkt	– punkt
por.	– porównaj
red.	– redakcja
s.	– strona
t.	– tom
tj.	– to jest
t. jedn.	– tekst jednolity
ust.	– ustęp
ze zm	– ze zmianami
zob.	– zobacz

Wstęp

Problematyka prawnych zagadnień turystyki przez wiele lat pozostawała na marginesie zainteresowań doktryny prawa. Wynikało to zapewne z ograniczonej komercjalizacji usług turystycznych, w latach powojennych zdominowanych przez jednostki realizujące politykę socjalną, a także przez powszechną samoorganizację wyjazdów turystycznych i wypoczynku. Jednak i ten okres nie pozostał bez śladu w literaturze, o czym przypomina w swej części tego opracowania Profesor Janusz Sondel. Zainteresowania ówczesnych autorów z konieczności obejmowały takie zagadnienia jak administracyjna reglamentacja ruchu osobowego czy rola struktur państwowych i społecznych w organizowaniu turystyki. Opracowania dotyczące zagadnień cywilnoprawnych pozostawały w mniejszości, jakkolwiek do dnia dzisiejszego zasługują na uznanie, na przykład ze względu na nieprzemijającą wartość poglądów formułowanych w odniesieniu do charakteru prawnego umów charakterystycznych dla obsługi ruchu turystycznego i zakresu odpowiedzialności wynikającego z tych umów. Nieoceniony dorobek w tym zakresie wniósł i wnosi nadal Profesor Mirosław Nesterowicz, który zechciał udostępnić w tej publikacji projekt regulacji umowy o podróż swojego autorstwa.

Zmiana systemu prawno-politycznego, wprowadzenie gospodarki rynkowej i proces dostosowania prawa polskiego do prawa wspólnotowego, spowodowały znaczne wzmożenie zainteresowania problematyką stosunków prawnych powstających na tle uprawiania turystyki. Swoboda gospodarcza w zakresie świadczenia usług turystycznych ujawniła szereg zagrożeń interesów osób korzystających z usług oferowanych na wolnym rynku, łącznie z zagrożeniami ich osobistego bezpieczeństwa. Próba ograniczenia tych zagrożeń było uchwalenie w 1997 roku ustawy o usługach turystycznych, której dziesięciolecie obowiązywania upływa w tym roku, stwarzając dobrą okazję do oceny zastosowanych w niej rozwiązań. Zagrożenia interesów konsumentów znacznie wcześniej dostrzegł ustawodawca europejski, wprowadzając szereg dyrektyw, których zakres odnosi się także do turystyki, a których wdrożenie również wymaga odpowiedniej uwagi. Te nowe zagadnienia zdominowały publikacje dotyczące usług turystycznych powstające w ostatnich latach. Pojawiły się także, coraz liczniejsze, podręczniki prawa w turystyce (prawa turystycznego), bowiem utrwalił się już taki przedmiot wykładu na wielu uczelniach, nie tylko kształcących na kierunku „turystyka i rekreacja”. W tym zakresie nie sposób pominąć dorobku Doktora Jerzego Gospodarka, który rozwinął swoje *Prawo w turystyce* daleko poza potrzeby wykładu, podsumowując prawie cały dotychczasowy dorobek piśmienniczy.

Jednak w ocenie inicjatorów niniejszego opracowania, prawne zagadnienia turystyki wymagają zaangażowania szerszego niż dotychczas grona badaczy, specjalizujących się w różnych dziedzinach prawa. Oczekiwać należy głębszej analizy obecnego stanu prawnego, oceny jego spójności i efektywności. Obowiązujące regulacje prawne, zwłaszcza szczegółowe, w wielu obszarach nie są bowiem zharmonizowane

z aktami prawnymi bardziej ogólnymi, te z kolei także są przedmiotem dyskusji. Dotyczy to w jednakowym stopniu zagadnień publicznoprawnych jak i prywatnoprawnych, regulacji unijnych i wewnętrznych. Dlatego obok autorów specjalizujących się od lat w tej problematyce, zaproszono do udziału także osoby, dla których jest to problematyka nowa, ale dzięki temu łatwiej mogą wychwycić luki i niekonsekwencje obecnego systemu.

Oczekujemy, że zgromadzone w opracowaniu wypowiedzi przyczynią się do dyskusji nad kierunkami zmian litery i praktyki polskiego prawa w odniesieniu do turystyki. Próbą takiej dyskusji była konferencja naukowa zorganizowana w siedzibie Wyższej Szkoły Turystyki i Ekologii w Suchej Beskidzkiej, przy udziale Zakładu Prawa i Organizacji Turystyki Akademii Wychowania Fizycznego w Krakowie pt. *„Aktualne problemy legislacyjne i konstrukcyjne prawa w turystyce”*. Z grona jej uczestników wywodzi się znaczna część autorów niniejszej publikacji. Publikacja ta stanowi zbiór wypowiedzi autorskich. Redaktorzy ograniczyli do minimum ujednolicenie formy poszczególnych prac, w zasadzie nie ingerując w ich treść. Stąd opracowanie to – jak zapewne dostrzeże Czytelnik – zawiera powtórzenia oraz różnice poglądów. Oznacza to, że poglądy poszczególnych Autorów nie muszą być podzielane przez pozostałych, ani przez redaktorów całego opracowania.

Redaktorzy

Kraków, maj 2008 r.

Janusz Sondel*

U początków prawa turystycznego. Zarys problematyki (1945-1989)

Mogłoby się pozornie wydawać, że początek badań naukowych w dziedzinie prawa turystycznego, czy też – jak chcą niektórzy prawa w turystyce¹ – datuje się dopiero od wydania w 1997 r. ustawy o usługach turystycznych, której z pewną przesadą w zakresie turystyki można przypisać rolę ustawy – matki. Wniosek taki byłby jednakże błędny. Opracowana bowiem przez Antoniego Jackowskiego i Danutę Ptaszycką-Jackowską bibliografia adnotowana turystyki polskiej za lata 1945-1972², jakkolwiek daleka od doskonałości, uwzględnia również w rozdziale VII pt. *Zagadnienia prawne w turystyce*, około 20 pozycji, których dobór trzeba uznać jednak za dość przypadkowy. Obok bowiem takich opracowań jak Zygmunta Bałkowskiego, *Wybrane zagadnienia prawne dotyczące turystyki* (Wrocław 1966), czy tego autora *Wybrane zagadnienia z prawa* (Kraków 1966), będące skryptem przeznaczonym na potrzeby Kursów Ekonomiki i Organizacji Hotelarstwa, a także artykułu Jacka Zygmunta Szwaji, *Łądowe szlaki turystyczne – Problematyka organizacyjno – prawna*, („Krakowskie Studia Prawnicze”, R. 4, 1971, s. 177-198), znalazły się tu prace na temat urlopów wypoczynkowych, działalności finansowo – gospodarczej stowarzyszeń kultury fizycznej i turystyki, ochrony prawnej biologicznego środowiska czło-

* Prof. dr hab. Janusz Sondel - Zakład Prawa i Organizacji Turystyki AWF w Krakowie, Wyższa Szkoła Turystyki i Ekologii w Suchej Beskidzkiej.

¹ Za określeniem „prawo turystyczne” opowiedział się już w 1973 r. Kazimierz Libera, *Prawo turystyczne i prawo dotyczące międzynarodowego ruchu turystycznego*, w: *Problemy turystyki zagranicznej [Materiały z Symposium Naukowego w Stulecie Zorganizowanej Turystyki Polskiej, Zakopane 19-21 października 1973 r.]*, Kraków 1973, s. 37, uznając, że jest to zespół norm prawa międzynarodowego i prawa wewnętrznego, dotyczących ruchu turystycznego, zachowania substancji „patrimonium” turystycznego i udostępnienia go dla ruchu turystycznego oraz różnych aspektów i dziedzin obsługi ruchu. K. Libera wskazuje tu na analogię z prawem lotniczym. Jak jednak stwierdził ten autor, tym ostatnim zajęło się w licznych krajach wielu teoretyków prawa, natomiast w Polsce dziedziną obrotu turystycznego zajmują się tylko nieliczni. Zob. na ten temat również Stefan Susiś, *Prawo turystyczne jako nowa dyscyplina prawna (nazwa, pojęcie, przedmiot, metoda i system)*, „Zeszyty Naukowe Akademii Ekonomicznej”, Kraków 1990, Nr 325, s. 85-101, oraz Jerzy Kuciński, *Przyczynek do rozważań o „prawie turystycznym”*, „Problemy Turystyki”, R. 2000, Nr 1/2, s. 93-104. Te dwie pozycje pochodzą jednak z dużo późniejszego okresu.

² Antoni Jackowski – Danuta Ptaszycka-Jackowska, *Polska literatura turystyczna 1945 – 1972. Bibliografia adnotowana wybranych pozycji dla celów dydaktyczno – szkoleniowych*, Warszawa 1973. Jest to drugie wydanie poprzednio opublikowanej w Warszawie, w 1970 r., pozycji tych samych autorów, obejmującej lata 1945-1968. Dokładniejszy wykaz odnośnej literatury w dziedzinie turystyki zawiera natomiast Antoniego Jackowskiego, *Bibliografia turystyki polskiej 1945-1960*, Wrocław 1969 i jej kolejne wydanie z 1970 r., uwzględniające materiał z lat 1961-1965. Niezależnie od tego należy też zwrócić uwagę na opracowaną w Zakładzie Zagospodarowania Turystycznego Głównego Komitetu Kultury Fizycznej i Turystyki z inicjatywy dyrektora Zakładu Olafa Rogalewskiego kilkutomową *Bibliografię turystyki polskiej*, obejmującą pozycje wydrukowane od początków XIX w. aż do roku 1965, oraz *Bibliografię biografii osób działających w dziedzinie turystyki w okresie 1800-1970*.

wieka, stref ochronnych parków narodowych, dopuszczenia cudzoziemców na terytorium państwa, wielostronnych konwencji turystycznych w sprawach celnych, międzynarodowej reglamentacji transportu lotniczego, a nawet planowania przestrzennego. Autorzy wymieniają tutaj również *Skorowidz przepisów prawnych* Zdzisława Kecka. I to w zasadzie wszystko! I jakkolwiek w tytule swojej pracy wyraźnie zaznaczają oni, że uwzględniają tylko wybrane pozycje przydatne dla celów dydaktyczno – szkoleniowych, co we wstępie rozszerzają o jeszcze jedną dziedzinę, a mianowicie o prace „mające zasadnicze znaczenie dla nauki”, to jednak trudno oprzeć się wrażeniu, że opracowań dotyczących *sensu stricto* zagadnień prawnych związanych z turystyką powstało w owym okresie bardzo mało. Warto przy tym podkreślić, że wspomniane ogólne opracowania Zygmunta Bałkowskiego miały charakter dydaktyczny i były przeznaczone do użytku uczestników szkoleń ekonomicznych na różnym poziomie, niekoniecznie uniwersyteckim. Z drugiej strony jednakże należy stwierdzić, że odegrały one, a w szczególności dotyczy to opublikowanej kolejnej wersji podręcznika Zygmunta Bałkowskiego pt. *Wybrane zagadnienia z prawa [dla zakładów hotelarskich i biur podróży]* (Warszawa 1973), istotną rolę dla ustalenia treści programowych prawa w turystyce³. Trzeba bowiem pamiętać, że był to okres, w którym nie istniały jeszcze właściwe studia uniwersyteckie w zakresie turystyki, a więc jako samodzielne kierunki kształcenia na akademiach wychowania fizycznego (wówczas wyższych szkołach wychowania fizycznego) czy akademiach ekonomicznych.

Problem ten powrócił po kilku latach podczas Sympozjum Naukowego w Stulecie Zorganizowanej Turystyki Polskiej – Zakopane 19-21 października 1973 r. W ramach tej konferencji powołano po raz pierwszy sekcję prawną – organizacyjną z referatami o tematyce turystycznej z zakresu różnych dyscyplin prawnych, co stanowiło zapowiedź zmiany dotychczasowego stanowiska wobec badań z tej dziedziny⁴. W opublikowanych materiałach konferencyjnych pt. *Problemy turystyki zagranicznej* (wyd. Komitetu Kultury Fizycznej i Turystyki dla województwa i miasta Krakowa), pojawił się też wyraźny postulat uruchomienia akademickich studiów turystyki i krajoznawstwa. W ujęciu inicjatora tego przedsięwzięcia, Lucjana Turowsa, studia takie miały być utworzone przy wszystkich uniwersytetach i wyższych szkołach pedagogicznych na wzór istniejących studiów kulturalno-oświatowych i studiów wychowania fizycznego, przy czym w ich programie miała się znaleźć problematyka określona jako „prawne podstawy ruchu turystyczno – krajoznawczego”⁵. Zbliżone

³ Kwestiami programowymi zajmował się w tym czasie w pierwszym rzędzie Zygmunt Filipowicz, *Turystyka. Program wyższych szkół wychowania fizycznego*, Warszawa 1966, s. 237-249. Autor ten problematyce nauczania w dziedzinie turystyki poświęcił wiele uwagi, publikując na ten temat szereg prac, a w szczególności: *Nauka, dydaktyka i organizacja nauki w dziedzinie turystyki i wypoczynku*, Warszawa 1966 (to samo w ramach „Zeszytów Naukowych Instytutu Turystyki”, Nr 1, Warszawa 1974), *Wyższe studia prowadzone w zakresie turystyki w krajach europejskich*, „Problemy Uzdrowiskowe”, R. 1966, z. 5, s. 240-248 oraz *Problemy turystyki i uzdrowisk w dziedzinie nauki i nauczania*, „Problemy Uzdrowiskowe”, R. 1970, z. 6, s. 141-171.

⁴ Zob. K. Libera, *l. c.*

⁵ L. Turowski, *O akademickie studia turystyki i krajoznawstwa*, w: *Problemy turystyki zagranicznej*, s. 209. Zob. też L. Bednarski, *Zarys problemów kształcenia i doskonalenia kadr kultury fizycznej i turystyki*, „Biuletyn Informacyjny GKKFiT”, R. 1970, Nr 1, s. 20-25.

stanowisko zajął Zygmunt Filipowicz, który uważał za konieczne powołanie Wyższej Szkoły Turystyki⁶.

Postulat uruchomienia odrębnych studiów z turystyki poparła w całej rozciągłości Teofila Jarowiecka⁷, natomiast sprzeciwił się mu Marek Zürn, wyrażając wątpliwość czy rzeczywiście turystyka wymaga tworzenia nowych samodzielnych form organizacyjnych na wyższych uczelniach⁸. Jak jednak wynikało z wypowiedzi innego uczestnika sympozjum, Waleriana Sobisiaka, propozycja Lucjana Turowsa była już wówczas w pewnym stopniu realizowana przez Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu, który w ramach Międzywydziałowego Studium Kultury i Turystyki kształcił w ciągu dwuletnich studiów stacjonarnych i podyplomowych przyszłych kierowników, organizatorów, przewodników i pilotów dla potrzeb turystyki krajowej i zagranicznej⁹. W programie nauczania wśród dziesięciu przedmiotów nie było jednak prawa, zresztą Walerian Sobisiak wyraźnie podkreślił, że działalność tego studium nie jest w stanie zaspokoić w pełni występujących w tym zakresie potrzeb. Dlatego ze swej strony uznał, że obok tej działalności i równoległe z nią winna działać wyższa szkoła turystyczna, która kształciłaby magistrów turystyki¹⁰.

Postulat ten współgrał z innym, zgłoszonym przez Kazimierza Liberego, który uznał za „wręcz palącą konieczność” zainteresowanie się szerszego grona prawników polskich problematyką turystyki i podjęcie analizy wielu ważnych, a dotychczas pomijanych przez naukę prawa zagadnień związanych z „tym charakterystycznym dla XX wieku zjawiskiem ruchliwości przestrzennej, jakim stała się turystyka”¹¹. Podobne stanowisko w tej kwestii zajął Stanisław Waltoś, podkreślając „konieczność ukonstytuowania pewnych zespołów prawników, którzy reprezentując właściwe im specjalności, zajęliby się bliżej z naukowego punktu widzenia problematyką prawa turystycznego”¹².

Wniosek Stanisława Waltosia został uwzględniony w końcowej uchwale uczestników sympozjum, w której podkreślono konieczność powołania dwóch zespołów prawników, pracujących nad problematyką prawa turystycznego w ścisłym związku z przedstawicielami innych dyscyplin, a także potrzebę stworzenia kompleksowego

⁶ Z. Filipowicz, *Węzłowe problemy turystyki*, *ibid.*, s. 25. Zob. też J. Wolski, *Problem wyższej szkoły turystycznej w Polsce*, „Biuletyn Informacyjny GKKFiT”, R. 1970, Nr 2/3, s. 41-43.

⁷ T. Jarowiecka, *O kształceniu kadr dla potrzeb turystyki współczesnej*, *ibid.*, s. 212.

⁸ M. Zürn, *Nauka o turystyce częścią nauki o wypoczynku*, *ibid.*, s. 211.

⁹ Por. B. Kaczmarek – M. Studzińska, *Krajoznawstwo i turystyka przedmiotem zajęć na Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza „Światowid”*, R. 16, 1967, nr 12/13, s. 10 oraz K. Denek, *Krajoznawstwo i turystyka przedmiotem zajęć w Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza w Poznaniu „Oświata Dorosłych”*, R. 13, 1969, nr 2, s. 106-108. Artykuł poświęcony turystyce i krajoznawstwu jako przedmiotom realizowanym w wyższej uczelni autor ten opublikował również na łamach czasopisma „Nauczyciel i Wychowanie”, R. 1968, nr 3, s. 81-84.

¹⁰ W. Sobisiak, *Kształcenie kadr dla turystyki*, w: *Problemy turystyki...*, s. 210. Oprócz tego prace badawcze w dziedzinie turystyki prowadzono również na AWF w Warszawie. Zob. Z. Filipowicz, *Informacje dotyczące działalności Katedry Turystyki Akademii Wychowania Fizycznego*, „Problemy Uzdrowiskowe”, R. 1966, z. 2, s. 174-185, natomiast prawnymi aspektami turystyki zajmowano się w Szkole Głównej Planowania i Statystyki. Zob. *Dziesięć lat działalności Zakładu Prawnych i Ekonomicznych Zagadnień Turystyki SGPiS*, „Ruch Turystyczny”, R. 1966, z. 4, s. 7-17.

¹¹ K. Libera, *op. cit.*, s. 41.

¹² S. Waltoś, *Problematyka prawa turystycznego*, *ibid.*, s. 58.

systemu kształcenia w dziedzinie turystyki na różnych poziomach nauczania¹³. Z dziedziny prawa turystycznego zgłoszono natomiast propozycje dotyczące: rozszerzenia zakresu ubezpieczeń turystów polskich wyjeżdżających za granicę, uregulowania przepisami stosunku prawnego zachodzącego pomiędzy biurem podróży a jego klientem w formie oddzielnej umowy turystycznej, zwalczania prostytucji hotelowej, opublikowania umów międzynarodowych o współpracy turystycznej, uproszczeń w dziedzinie dokumentów uprawniających do przekroczenia granicy, zmiany ustawy o paszportach i wprowadzenia obowiązku uzasadniania decyzji odmawiającej wydania paszportu, ujednoczenia zasad karnej odpowiedzialności cudzoziemców w Polsce i Polaków popełniających przestępstwa za granicą, uzgodnienia przepisów celnych z przepisami innych państw, zrezygnowania z penalizacji odmowy powrotu z zagranicy do Polski, zawarcia multilateralnej konwencji międzynarodowej w sprawie karania w kraju ojczystym sprawców, którzy popełnili przestępstwo za granicą itd.

Niektórzy uczestnicy sympozjum podjęli również próbę sprecyzowania zagadnień, które miałyby stanowić zarys programu działań administracyjnych w dziedzinie prawa turystycznego. W szczególności S. Waltoś¹⁴ wskazał tutaj na konieczność właściwego opracowania systemu zarządzania turystyką przez powołanie do życia naczelnego organu wyłącznie do spraw turystyki i oddzielenie na niższych szczeblach zarządzania resortu turystyki od resortu kultury fizycznej. Zwrócił również uwagę na problemy prawa meldunkowego, przepisy o rejestracji cudzoziemców, problematykę wydawania zezwoleń na działalność gospodarczą w dziedzinie turystyki oraz problematykę prawa paszportowego. Z kolei w zakresie prawa cywilnego S. Waltoś podkreślił wagę odpowiedzialności kontrahentów w przypadku niewykonania umowy zawartej z biurem podróży oraz wyrządzenia szkody w związku z uprawianiem turystyki. W zakresie prawa karnego natomiast jego zdaniem na plan pierwszy wysunęła się kwestia odpowiedzialności cudzoziemca za przestępstwo popełnione w Polsce, np. wypadek drogowy, i obywatela polskiego, który popełnił przestępstwo za granicą. Pod adresem prawa celnego cytowany autor wysunął z kolei postulat definitywnego uproszczenia i uporządkowania jego norm oraz doprowadzenia do ich zgodności z zasadami odnośnych konwencji nowojorskich ratyfikowanych przez Polskę¹⁵, natomiast w zakresie prawa międzynarodowego publicznego domagał się wprowadzenia reguły, w myśl której w obrotach między państwami socjalistycznymi powinny obowiązywać konwencje multilateralne.

Oczywiście tak zarysowany program w przypadku jego przyjęcia, musiałby znaleźć przełożenie na treści kształcenia w dziedzinie prawa turystycznego. I tak się w pewnej mierze stało, chociaż nie w pełni. Przygotowany bowiem na potrzeby powstałych w międzyczasie wydziałów turystyki i rekreacji w akademiach wychowania

¹³ Zob. *Zagadnienia turystyki zagranicznej*, s. 281-285. Oczywiście przy tej okazji nie brakło odwołania się do wspaniałomyślności Partii i Rządu, ale było to wówczas powszechnie obowiązującą manierą.

¹⁴ *Ibid.*, s. 57-58.

¹⁵ Zob. K. Równy, *Nowojorskie wielostronne konwencje turystyczne w sprawach celnych*, „Ruch Turystyczny”, R. 1962, z. 2, s. 23-67.

fizycznego program prawa w turystyce okazał się niezwykle obszerny¹⁶. Tak np. w wersji przyjętej na Akademii Wychowania Fizycznego w Krakowie przewidywał on mianowicie uwzględnienie problematyki teorii państwa i prawa, ogólne wiadomości o przedmiocie i zakresie prawa administracyjnego, karnego i cywilnego, wybrane zagadnienia z prawa pracy oraz zagadnienia szczegółowe takie jak: zagadnienia prawne organizacji i funkcjonowania aparatu kultury fizycznej i turystyki, zagadnienia prawne zagospodarowania przestrzennego, zagadnienia prawne turystyki zagranicznej, zagadnienia prawne dotyczące krajowego ruchu turystycznego i zagadnienia prawne usług turystycznych łącznie z odpowiedzialnością biur podróży, funkcjonowaniem wsi letniskowych, ubezpieczeniami i problematyką prawną transportu dla potrzeb turystycznych. Stąd też, ze względu na rozmiary tego programu, autorzy pierwszego podręcznika pt. *Prawo turystyczne* (Kraków 1981), Andrzej Gramatyka i Jacek Zygmunt Szwaja, pomimo przedstawienia odnośnej problematyki na 304 stronach, nie starali się ukryć faktu, że ich opracowanie nie wyczerpuje całości przedmiotu, co zresztą zasygnalizowali w podtytule swojej pracy, określając jej treść jako „wybrane zagadnienia”. Główną wagę – i chyba słusznie – przywiązywali oni do problematyki cywilnoprawnej, poświęcając jej trzy rozdziały: odpowiedzialność cywilna, odpowiedzialność cywilna biur podróży oraz wybrane zagadnienia cywilnoprawne w działalności hotelarskiej. Oprócz tego w cytowanym podręczniku znalazły się też takie zagadnienia jak: podmioty ruchu turystycznego, regulacja prawna krajowego ruchu turystycznego z uwzględnieniem turystyki pobytowej, turystyki wycieczkowej i turystyki kwalifikowanej, oraz regulacja prawna turystyki zagranicznej. Poza sferą ich zainteresowania pozostała nie tylko kwestia odpowiedzialności karnej, sugerowana przez Stanisława Waltosia, ale również to wszystko, co wchodzi w skład tzw. encyklopedii prawa. W tym zakresie odsyłali oni do jakiejś bliżej nieokreślonej literatury. Dość pobieżnie potraktowali też ustawodawstwo socjalne, które – jak wynika z treści ówczesnych programów – stanowiło integralną część przedmiotu. W tej ostatniej dziedzinie Andrzej Gramatyka i Jacek Szwaja omówili jedynie regulację prawną zakładowych funduszy socjalnych i zakładowej działalności socjalnej, w sumie około 8 stron, a więc bardzo mało. Fakt ten może budzić zdziwienie, gdyż w ówczesnej twórczości naukowej problematyka ta cieszyła się dużym powodzeniem. Z wagi jednak na to, że obecnie mieści się ona w zakresie prawa pracy, nie będę się nią bliżej zajmował.

W ślad za wspomnianym podręcznikiem pojawiły się również następne. Niemal jednocześnie z pracą A. Gramatyki i J. Szwaji został opublikowany podręcznik M. Tyczki, *Prawo turystyczne* (Poznań 1982), natomiast kolejne ukazały się już po transformacji ustrojowej, a więc dotyczyły zasadniczo odmiennych stosunków społeczno – politycznych. Ówczesnym potrzebom dydaktycznym miały również sprostać wydawnictwa pomocnicze o charakterze wyboru tekstów głównie dla celów ćwiczeniowych. Tu należy odnotować Jerzego Raciborskiego, *Prawo w turystyce. Wybór tekstów prawnych do ćwiczeń* (Kraków 1986).

¹⁶ O studiach w zakresie turystyki informuje K. Progulska, *Już nie „na wycucie”*. *Nauka na rzecz turystyki (Katedra Turystyki przy Krakowskiej WSWF)*, „Światowid”, R. 19, 1970, nr 22, s. 5. Zob. też [Jarowiecka Teofila] *O turystyce naukowo [Wywiad]*, „Tempo”, R. 23, 1970, nr 29, s. 4.

Oprócz wydawnictw mających służyć dydaktyce pojawiły się w tym okresie również inne opracowania z zakresu prawa turystycznego. Wprawdzie w dość obszernym tomie pt. *Treści programowe turystyki* (Zeszyt Naukowy nr 27 AWF w Krakowie, Kraków 1981, ss. 326), stanowiącym pokłosie dwóch konferencji naukowych zorganizowanych pod patronatem Głównego Komitetu Kultury Fizycznej i Turystyki na temat: a) „Treści poznawcze i wypoczynkowe nowoczesnej turystyki” oraz b) „Wartości wychowawcze, poznawcze i zdrowotne uczestnictwa w zbiorowych formach ruchu turystycznego”, znalazł się tylko jeden artykuł prawniczy Jerzego Raciborskiego, *Bezpieczeństwo osób uprawiających turystykę kwalifikowaną (Zagadnienia prawne)*¹⁷, ale nie można na tej podstawie sądzić, że wspomniane treści programowe w zakresie prawa turystycznego ograniczają się jedynie do kwestii bezpieczeństwa, jakkolwiek rzeczywiście niekiedy ona dominowała. Dorobek prawniczy w dziedzinie turystyki jest bowiem znacznie bogatszy, aniżeli wynikałoby to z cytowanej bibliografii Antoniego Jackowskiego i Danuty Ptaszyckiej – Jackowskiej. Oprócz bowiem tam wymienionych można tu wskazać jeszcze artykuły: Tadeusza Kura, *Śmierć w górach i luki w kodeksie* („Prawo i Życie”, R. 1965, nr 22, s. 7-8), czy dotyczący podobnej problematyki Kazimierza Buchały i Adama Dobrowolskiego, *Wypadki górskie w aspekcie prawa* („Taternik”, R. 1968, t. 44, nr 1, s. 3-6), a ponadto L. Krotkiewskiej, *Odpowiedzialność karno – administracyjna w ustawie o uzdrowiskach i lecznictwie uzdrowiskowym* („Zagadnienia Karno – Administracyjne”, R. 1967, nr 2, s. 6-10) oraz opracowany przez Baltazara Zdańkowskiego zbiór przepisów i wytycznych dotyczących ochrony zdrowia i życia dzieci i młodzieży na wczasach pt. *Na wczasach bezpiecznie*, którego pierwsze wydanie ukazało się w 1967 r., natomiast trzecie w 1971 r. jako materiał przeznaczony decyzją Ministra Oświaty i Szkolnictwa Wyższego oraz Naczelnika ZHP do użytku organizatorów, kierowników i wychowawców placówek wczasowych dla dzieci i młodzieży oraz na koloniach wczasowych, obozach harcerskich i kursach instruktorskich.

Podobnych pozycji ukazało się znacznie więcej w następnych latach, co wynikało z rosnącego znaczenia turystyki i uwarunkowanego tym wzrostu ilości odnośnych przepisów. W ogólny sposób przedstawił je Mirosław Nesterowicz w popularnym artykule *Turystyka i prawo* („Trybuna Ludu”, R. 1974, nr 65, s. 5, a także Daniel Passent, *Życie w normie (prawnej). Przepisy w ruchu turystycznym* („Polityka”, R. 1975, nr 24, s. 16), Jerzy Sawicki, *Paragraf i turystyka (rozmawiała K. Progulska)* („Światowid”, R. 16, 1967, nr 26, s. 3-4) oraz Jerzy Dobrzeńcki, *Przewodnik po paragrafach* („Gościniec”, R. 1969, nr 2, s. 10, nr 3, s. 5; R. 1970, nr 9, s. 10, nr 12, s. 5). Problematyka prawa turystycznego gościła też często na łamach różnych czasopism, jak np. w przeznaczonym dla turystów tygodniku „Światowid”, który prowadził specjalną rubrykę pod nazwą „Paragraf w plecaku”, a także w „Prawie i Życiu”, „Życiu Gospodarczym” i innych¹⁸. Zwiększyła się także liczba opracowań na temat cywilnoprawnych zagadnień związanych z uprawianiem turystyki, przy czym bez trudu można wskazać na problemy cieszące się szczególną popularnością wśród

¹⁷ S. 172-181.

¹⁸ Większość odnośnych publikacji przytaczam niżej.

autorów. Należy do nich w pierwszym rzędzie umowa o podróż¹⁹ oraz odpowiedzialność cywilna biur podróży. W sposób kompleksowy jako pierwszy przedstawił to zagadnienie Mirosław Nesterowicz w monografii *Odpowiedzialność cywilna biur podróży* (Warszawa 1974)²⁰, a problematykę tę podjął już wcześniej w referacie *Nowe tendencje w dziedzinie odpowiedzialności biur podróży*, wygłoszonym na wspomnianym już kilkakrotnie sympozjum zakopiańskim (*Problemy turystyki zagranicznej*, s. 129-132). Autor ten, zwracając uwagę na zmianę charakteru działalności biur podróży, które zarzuciły dawną funkcję pośredników pomiędzy turystą a przedsiębiorcą świadczącym określone usługi transportowe, hotelowe i inne i same zajęły się organizacją imprez turystycznych, opowiedział się za uregulowaniem w prawie polskim „umowy o podróż” przepisami imperatywnymi. Tworzyłyby one unitarny reżim odpowiedzialności tak wobec uczestników wycieczek, jak i osób pośrednio poszkodowanych wskutek ich śmierci. W ramach tej problematyki Mirosław Nesterowicz opublikował również artykuł pt. *Odpowiedzialność biur podróży za zmianę programu wycieczki* („Państwo i Prawo”, R. 1974, z. 1, s. 88-94).

Szereg uwag na temat natury prawnej umowy o podróż, w tym przypadku jednak nazwanej „umową o wycieczkę”, znalazło się również w artykułach Ryszarda Wróblewskiego, *Umowa o zbiorową wycieczkę zagraniczną*, opublikowanym w „Biuletynie Informacyjnym Instytutu Turystyki” (R. 1974, nr 4-5 /13-14/, s. 28-41) oraz J. Mildner, *Niektóre problemy działalności biur podróży* („Biuletyn Informacyjny GKKFiT”, R. 1974, nr 8). Zagadnieniem tym zajął się także Witold Warkało w kolejnym artykule pt. *Odpowiedzialność Przedsiębiorstwa Turystycznego za zakwaterowanie wczasowicza* („Życie Gospodarcze”, R. 1979, nr 8 (1432), s. 11-12), omawiając w nim głośną swego czasu sprawę cywilną, w wyniku której sąd przyznał odszkodowanie wczasowiczce za uszczerbek na zdrowiu jakiego doznała w wyniku wady konstrukcyjnej budynku wskazanego jej przez przedsiębiorstwo na kwaterę²¹.

¹⁹ Określenie „umowa o podróż” zakwestionował Stanisław Waltoś w dyskusji nad referatem Mirosława Nesterowicza (zob. niżej), uważając je za nieuzasadnione np. w sytuacji, gdy turysta zorganizował sobie podróż sam, natomiast korzysta z innych świadczeń biura podróży. W związku z tym S. Waltoś proponował nazwę „umowa o turystykę” lub „umowa o usługi turystyczne”. Zob. *Problemy turystyki zagranicznej*, s. 157. W tym duchu wypowiedział się też Witold Warkało (*ibid.*, s. 158). Obecnie, jak wiadomo, tę najczęściej zawieraną przez biura podróży umowę określa się jako „umowę o imprezę turystyczną”, jakkolwiek w literaturze stosuje się również nazwy: „umowa o podróż”, „umowa o wycieczkę”, „umowa o podróż turystyczną”. Zob. na ten temat Piotr Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną*, Warszawa 2005, s. 12. Nie był to zresztą jedyny problem, jaki rodził brak precyzji w określaniu niektórych pojęć w dziedzinie turystyki. Zwrócił na to uwagę Zbigniew Czechowski w artykule *Definicje pojęcia „turysta” z punktu widzenia nauk prawnych*, „Biuletyn Informacyjny Instytutu Turystyki”, R. 1976, nr 9 /37/, s. 41-51, domagając się ujednoczenia tego szczególnie istotnego w omawianym zakresie pojęcia i sugerując, aby w tym zakresie wykorzystać jako kryterium normy prawne.

²⁰ Zob. recenzja Janiny Dąbrowa, „Państwo i Prawo”, R. 1975, z. 6, s. 126-130 oraz Andrzeja Kubasa, „Nowe Prawo”, R. 1975, nr 3, s. 456-461. Problem ten omówił M. Nesterowicz również w artykule *Odpowiedzialność biura podróży (na marginesie orzeczeń Sądu Najwyższego z dn. 6 VII 1966 r., I CR 134/66 – OSPIKA Nr 7-8 z 1967 r., poz. 183 i z dnia 28 III 1968 r., I CR 64/68 – PUG Nr 4 z 1969 r., s. 137)*, „Nowe Prawo” R. 26, 1970, nr 5, s. 672-680.

²¹ Stało się to przedmiotem artykułu Krzysztofa Górskiego, *Urwany balkon [Sprawa pomiędzy wczasowiczem a przedsiębiorstwem turystycznym]*, „Gazeta Prawnicza”, R. 1977, nr 15, s. 9 oraz

Tej samej problematyki odpowiedzialności biur podróży, ale o charakterze kontraktowym, dotyczyło kilka kolejnych artykułów, a mianowicie Marii A. Zachariasiewicz, *Odpowiedzialność biur podróży za jakość świadczonych usług* („Acta Universitatis Wratislaviensis”, „Przegląd Prawa i Administracji”, R. 1975, t. 6, s. 189-203), Romana Łazarka, *Umowa o podróż* („Życie Gospodarcze”, R. 1982, nr 28), Jerzego Raciborskiego, *Kierunki orzecznictwa sądowego w sporach klientów z biurami podróży na tle umowy o podróż* („Palestra”, R. 1988, nr 6) i tego samego autora *Wybrane problemy odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o podróż* (w: *Turystyka jako czynnik rozwoju społeczno – gospodarczego*, Rocznik CPBP, Warszawa 1989).

Istotne znaczenie w rozważaniach z zakresu omawianej problematyki posiada kwestia odpowiedzialności hotelarzy i osób prowadzących podobną działalność. Zajął się nią już w 1957 r. Zbigniew Radwański w artykule *Odpowiedzialność i prawo zastawu utrzymujących hotele, zajazdy i podobne zakłady* („Nowe Prawo”, R. 1957, nr 4) oraz nieco później Witold Warkało, *Odpowiedzialność przedsiębiorstwa hotelowego za zaginięcie lub uszkodzenie mienia podróżnych* („Ruch Turystyczny”, R. 1958, nr 2), jednakże szczególnie dużo uwagi poświęcił jej Mirosław Nesterowicz, publikując na ten temat osobną monografię (wraz z Andrzejem Rembielińskim) i kilka artykułów, a w szczególności: *Odpowiedzialność cywilna zakładu hotelarskiego za rzeczy gości hotelowych* (Warszawa 1987)²², *Odpowiedzialność cywilna hoteli za pieniądze, papiery wartościowe, kosztowności, rzeczy mające wartość naukową lub artystyczną* („Palestra”, R. 1986, nr 4, s. 4-15) oraz *Odpowiedzialność cywilna hotelu za bezpieczeństwo gości hotelowych* („Palestra”, R. 1988, nr 5, s. 7-17)²³. Podobnej problematyki dotyczą też prace Andrzeja Rembielińskiego, *Odpowiedzialność cywilna za szkody powstałe na strzeżonych parkingach samochodowych* („Palestra”, R. 1986, nr 9, s. 27-35), Jerzego Gospodarka, *Odpowiedzialność przedsiębiorstwa wagonów sypialnych za rzeczy podróżnego* („Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego”, nr 8, „Problemy prawne i ekonomiczne transportu”, Szczecin 1987), tego autora *Zagadnienia prawne przejazdów w wagonach sypialnych i wagonach z miejscami do leżenia w komunikacji krajowej* („Nowe Prawo”, R. 1973, nr 9) oraz artykuły Zygmunta Bałkowskiego publikowane przez niego w ramach rubryki „Paragraf w plecaku” w tygodniku turystycznym „Światowid” *Kto odpowiada [za rzeczy turystów na campingu]* (R. 18, 1969, nr 24, s. 7) i *Wygodne łóżko* (R. 19, 1969, nr 6, s. 8). Problemy te były więc przedmiotem rozważań szeregu autorów. Z kolei na temat działalności hotelarskiej, struktury organizacyjnej hotelarstwa polskiego i odnośnych unormowań powstało kilka monografii, które oprócz ogólnych wywodów na ten temat zawierają również uwagi dotyczące aspektów prawnych tej

drugiego pt. *Odpowiedzialność Przedsiębiorstwa Turystycznego za zakwaterowanie wczasowicza*, „Życie Gospodarcze”, R. 1979, nr 8 /1432/, s. 11-12. Kwestia odpowiedzialności przedsiębiorstwa turystycznego za szkodę była też przedmiotem glosy Zbigniewa Masłowskiego do wyroku SN z 6 kwietnia 1977 r. (IV CR 90/77 (OSPika 1978, poz. 200c) oraz artykułu Jerzego Knapa, *Turystyka a odpowiedzialność cywilna*, „Biuletyn Informacyjny GKKFiT”, R. 1968, s. 27-31.

²² II wydanie pt. *Odpowiedzialność cywilna zakładu hotelarskiego*, Toruń 1995.

²³ Kwestia ta była również przedmiotem glosy tego autora do wyroku SN z 13 września 1979 r. IV CR 288/79 (OSPika 1980, poz. 145c).

działalności. Są to w pierwszym rzędzie Grażyny Konsewicz, *Zagadnienia organizacyjno – prawne i ekonomiczne hotelarstwa* (Warszawa 1959), *Hotelarstwo* (Warszawa 1967), S. Bieńkuńskiego i in., *Hotelarstwo* (Warszawa 1962), oraz Jerzego Barworowskiego i Marcelego Popiackiego, *Hotelarstwo* (Warszawa 1972). Do hotelarstwa odnoszą się również artykuły: Zygmunta Bałkowskiego, *Jednolite zasady ustalania kategorii zakładów hotelarskich* („Biuletyn Informacyjny Zrzeszenia Polskich Hotelu Turystycznych” R. 1966, nr 11/12, s. 36-43), *Hotelarstwo na plenum Głównego Komitetu Kultury Fizycznej i Turystyki* („Biuletyn Informacyjny Zrzeszenia Polskich Hotelu Turystycznych”, R. 1967, nr 1, s. 15-24) oraz tego autora *Nowe akty normatywne w dziedzinie hotelarstwa* (*ibidem*, nr 6/7, s. 30-38), a także Jerzego Sierpińskiego, *Struktury organizacyjne w hotelarstwie polskim* („Zeszyty Naukowe Instytutu Turystyki”, R. 1, 1974, nr 1, s. 27-34) oraz Aleksandra Brodniewicza, *O zabezpieczenie ciszy w hotelach i obiektach turystycznych* („Kultura Fizyczna”, R. 21, 1968, nr 1, s. 31). Kilka publikacji dotyczyło również umowy agencyjnej, co w pewnym stopniu łączy się z omawianą problematyką z uwagi na stosunkowo częste powierzanie prowadzenia hoteli, schronisk, zakładów gastronomicznych itd. właśnie na podstawie tej umowy. Tu należy wymienić w szczególności: Janusza Krawczyka, *Ajent persona grata! W interesie turysty, w interesie turystyki* („Światowid”, R. 15, 1966, nr 41, s. 5), Tadeusza Olszewskiego, *Dobry ajent poszukiwany* („Światowid”, R. 19, 1970, nr 30, s. 3) oraz kilka artykułów Zygmunta Bałkowskiego: *O agentach hotelarskich* („Biuletyn Informacyjny Zrzeszenia Polskich Hotelu Turystycznych”, R. 1967, nr 7, s. 7-11), *Nowe zasady agencyjnego systemu* („Biuletyn Informacyjny GKKFiT”, R. 1970, nr 9/10, s. 42-56), *Ajenci pilnie pożądan* („Światowid”, R. 19, 1970, nr 47, s. 8) oraz Jana Kufela, *Charakter prawny umów o prowadzenie zakładów gastronomicznych, kiosków „Ruchu” i stacji benzynowych* („Nowe Prawo”, R. 1974, nr 3, s. 318-329). Problematyki gastronomicznej z kolei dotyczy praca Michała Drabika, *Wybrane zagadnienia prawne dla kierowników zakładów gastronomicznych* (Warszawa 1971). Odrębne miejsce w omawianej dziedzinie zajmują natomiast publikacje na temat wynajmu pokoi gościnnych. Tu należy wymienić: Zygmunta Bałkowskiego, *Wynajmowanie pokoi gościnnych* („Biuletyn Informacyjny GKKFiT”, Cz. I – nr 7/8, s. 35-40, Cz. II – nr 11/12, s. 42-48), *Zasady wynajmu pokoi gościnnych* („Biuletyn Informacyjny Zrzeszenia Polskich Hotelu Turystycznych”, R. 1967, nr 3, s. 14-20) oraz *Blaski i cienie prywatnych pokoi gościnnych oraz posilków domowych* („Biuletyn Informacyjny GKKFiT”, R. 1968, nr 7, s. 28-32) oraz Janusza Białobrzęskiego, *Zasady opodatkowania przychodów z wynajmu pokoi gościnnych* („Rada Narodowa – Gospodarka”, R. 1976, nr 12, s. 41-42). W tym okresie pojawiły się również opracowania, które wskazywały na odmienną niż w prawie polskim regulację prawną w zakresie umowy o wycieczkę i odpowiedzialności biur podróży. Tutaj należy wymienić przede wszystkim artykuł Leopolda Steckiego, *Uregulowanie umowy o podróż w k.c. RFN* („Nowe Prawo”, R. 1980, nr 11-12) oraz Mirosława Nesterowicza *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone turystom w prawie amerykańskim* („Acta Universitatis Nicolai Copernici, Prawo” 1985, nr 23, s. 109-126) i tego autora *Odpowiedzialność cywilna hotelarza za szkody na mieniu i osobie gościa hotelowego w prawie USA* („Nowe Prawo”, R. 1986, nr 2, s. 81-93).

Oczywiście fakt, że biura podróży część swoich świadczeń wykonywały za pośrednictwem zagranicznych kontrahentów wpłynął na zainteresowanie się niektórymi autorów powstałymi przy tej okazji problemami prawnymi. W szczególności cykl artykułów na ten temat opublikował Wiliam Beyer, ogłaszając je na łamach „Biuletynu Informacyjnego Instytutu Turystyki”, a mianowicie: *Umowy w międzynarodowym obrocie turystycznym zawierane pomiędzy polskimi i zagranicznymi biurami podróży* (R. 1973, nr 7, s. 25-34), *O właściwości arbitrażu w sporach między biurami podróży krajów RWPG* (R. 1975, nr 2 /20/, s. 13-17), *Umowa uczestnictwa w wycieczkach zagranicznych organizowanych przez polskie biura podróży* (R. 1974, nr 1, s. 4-12) oraz *Zagadnienia jurysdykcji krajowej w sprawach wynikających z międzynarodowego obrotu turystycznego* (R. 1974, nr 8-9 /17-18/, s. 14-18). Wiliam Beyer jest też autorem monografii z tego zakresu pt. *Umowy w turystyce międzynarodowej. Wybrane zagadnienia* (Warszawa 1976)²⁴. Jeżeli natomiast chodzi o sam obrót turystyczny, to można tu wskazać na podstawową w tym zakresie, chociaż wysuwającą na plan pierwszy aspekty ekonomiczne pracę Kazimierza Libery, *Międzynarodowy ruch osobowy* (Warszawa 1969), a także na cytowany już wyżej jego wykład na poświęconym turystyce zagranicznej zakopiańskim sympozjum pt. *Prawo turystyczne i prawo dotyczące międzynarodowego ruchu turystycznego* (w: *Problemy turystyki zagranicznej*, s. 35-41), oraz Andrzeja Całusa, *Prawa i obowiązki państwa w dziedzinie międzynarodowego obrotu osobowego* (Warszawa 1970), tego autora *Podstawowe aspekty prawne swobody turystyki międzynarodowej* („Ruch Turystyczny”, R. 1975, z. 2, s. 55-98)²⁵ oraz Stanisława Wodejko, *Czynniki wpływające na rozwój turystyki międzynarodowej* („Ruch Turystyczny”, Monografie z. 15/1975). Nie można tu też pominąć prac na temat współpracy międzynarodowej w ramach międzynarodowych organizacji turystycznych, o których pisali: Andrzej Całus, *Organizacje międzynarodowe w międzynarodowym ruchu turystycznym*, („Zeszyty Szkoleniowe Turystyki AWF Warszawa”, R. 1963, s. 199-216), Stanisław Wodejko, *Aktualna struktura organów Międzynarodowego Związku Oficjalnych Organizacji Turystycznych*, („Ruch Turystyczny”, R. 1968, z. 2, s. 59-81), Lucjan Turowski, *Projekt powołania Światowej Organizacji Turystyki*, („Oświata Dorosłych”, R. 13, 1969, nr 8, s. 500), Kazimierz Libera, *Międzynarodowy Związek Oficjalnych Organizacji Turystycznych (UIOOT) i przekształcenie go w Światową Organizację Turystyki [OMT]*, („Ruch Turystyczny”, R. 1974, z. 1, s. 3-39) oraz Mirosław Nesterowicz, *Międzynarodowe organizacje biur podróży*, („Sprawy Międzynarodowe”, R. 1976, z. 7/8, s. 153-161). Z tymi zagadnieniami wiązała się bezpośrednio umowa przewozu jako usługi, która ma zasadnicze znaczenie w działalności biur podróży zarówno w turystyce międzynarodowej, jak i krajowej²⁶. Na temat tej umowy powstało szereg

²⁴ Zob. recenzja Andrzeja Tynela „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego”, R. 30, 1977, nr 4/5, s. 126-127.

²⁵ Do tej problematyki nawiązali również Janusz Bielczyński i Seweryn Stryer w monografii *Organizacja i technika obsługi wycieczek zagranicznych*, Katowice 1966, II wyd. – 1969, w której omówili kwestię umów biur podróży z ich zagranicznymi kontrahentami oraz odnośne akty normatywne.

²⁶ Za swoisty przyczynek do tej problematyki trzeba uznać publikację Zygmunta Bałkowskiego, *W trosce o lepsze wykorzystanie autobusów dla turystyki*, „Światowid”, R. 17, 1968, nr 46, s. 8.

opracowań, wśród których wymienić należy Marka Żylicza, *Transport w międzynarodowym obrocie osobowym. Zagadnienia wybrane* (Warszawa 1967), tego autora *Międzynarodowa reglamentacja transportu lotniczego, umowa przewozu i odpowiedzialność w przewozie papierów* („Ruch Turystyczny”, R. 1966, z. 1, s. 35-38), Jerzego Gospodarka, *Zawarcie umowy przewozu* (Warszawa 1979), tego autora *Prawo przewozowe (wyciąg). Komentarz* („Biuletyn Federacji Konsumentów”, R. 1988, z. 1-2), Władysława Górskiego, *Umowa przewozu* (Warszawa 1983), Mieczysława Sośniaka, *Prawo przewozowe* (Katowice 1987), Władysława Górskiego i Edwarda Mendyka, *Problematyka prawna przewozu osób* (Wrocław 1987), Mirosława Steca, *Lotnicze umowy czarterowe* (Kraków 1988) oraz kilka rozpraw dotyczących odpowiedzialności przewoźnika, a w szczególności Jerzego Rajskiego, *Odpowiedzialność cywilna przewoźnika lotniczego w prawie międzynarodowym i krajowym* (Warszawa 1968), Jana Mierzyńskiego, *Specyfika bagażu ręcznego i odpowiedzialność za jego przewóz* („Przegląd Kolejowy Przewozowy”, R. 1977, nr 11-12), Jerzego Koprowicza, *Odpowiedzialność kolei wobec podróżnych komunikacji międzynarodowej* („Państwo i Prawo”, R. 1972, nr 10, s. 99-106) oraz Marii Dragun, *Kwotowe ograniczenie odpowiedzialności przewoźnika w międzynarodowym prawie przewozowym* (Toruń 1984).

Podjęcie zasygnalizowanej wyżej problematyki przewozów międzynarodowych związane było z pewnymi wydarzeniami zaistniałymi poza Polską, ale w jakiejś mierze oddziałującymi w późniejszej perspektywie na politykę komunistycznych władz PRL w kierunku liberalizacji przepisów odnoszących się do podróży zagranicznych. Transgraniczny charakter i masowość turystyki międzynarodowej sprawiły bowiem, iż pojawiły się tendencje do ujednoczenia standardów związanych z prawną regulacją umowy o podróż. Problem ten zasygnalizował Wiliam Beyer w artykule *Unifikacja warunków obrotu w turystyce zagranicznej* („Przegląd Stosunków Międzynarodowych”, R. 1978, nr 1, s. 99-117). Ten sam autor opublikował cytowaną wcześniej rozprawę *Umowy w turystyce międzynarodowej. Wybrane zagadnienia* (Warszawa 1976). Wspomniane tendencje trafiły na sprzyjający grunt przygotowany przez szereg konferencji międzynarodowych, m.in. Konferencję Rzymską w 1963 r., a także przez uchwałę Zgromadzenia Ogólnego ONZ, które ogłosiło rok 1967 „Międzynarodowym Rokiem Turystyki”²⁷. Pierwszą próbę takiej unifikacji stanowiła Konwencja międzynarodowa w przedmiocie „Umowy o podróż” (Convention de Contrat de Voyage), której treść ustaliła Konferencja Dyplomatyczna w Brukseli w okresie 13-23 kwietnia 1970 r. Omówił ją szczegółowo Mirosław Nesterowicz w cyt. artykule *Nowe tendencje w dziedzinie odpowiedzialności biur podróży* (w: *Problemy turystyki zagranicznej*, s. 129-132). Konwencję tę podpisało niemal bezzwłocznie 10 państw, w tym Polska, która jednak – podobnie jak większość sygnatariuszy – jej nie ratyfikowała. Ostatecznie konwencja ta nie weszła w życie, jednakże wywarła zasadniczy wpływ na doktrynę, a także oddziałała na treść Dyrektywy Rady Europy Nr 90/314 z dnia 13 czerwca 1990 r., którą można uznać za końcowy etap prac unifikacyjnych

²⁷ Nie była to pierwsza inicjatywa tego rodzaju, gdyż turystyką zajmowała się zarówno Liga Narodów jak i później ONZ. Zob. Stanisław Wodejko, *Zagadnienia turystyki w pracach Ligi Narodów i Rady Gospodarczo – Społecznej ONZ*, „Ruch Turystyczny”, R. 1967, z. 3/25/, s. 17-44.

w zakresie usług turystycznych, przynajmniej w odniesieniu do państw Unii Europejskiej.

Turystyka międzynarodowa znalazła również uwzględnienie w akcie końcowym Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, podpisanym przez wszystkie kraje europejskie z wyjątkiem Albanii, a będącym deklaracją intencji o dużym znaczeniu politycznym i moralnym. Turystyce poświęcono w szczególności rozdział zatytułowany „Popieranie turystyki” w ramach punktu 6. Zagadnienie to zostało przedstawione w artykule *Turystyka w Akcie Końcowym Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie* („Biuletyn Informacyjny Instytutu Turystyki”, R. 1976, nr 3 /31/, s. 58-59)²⁸. Przejawem dążeń do unifikacji w omawianym zakresie była też próba opracowania konwencji o umowie hotelowej, której treść przedstawił Mirosław Nesterowicz w artykule *Projekt konwencji o „umowie hotelowej”* („Nowe Prawo”, R. 1982, nr 7-8). Niezależnie od tych światowych tendencji, których wyrazem był również artykuł Kazimierza Równego, *Umowy międzynarodowe o pomocy technicznej w dziedzinie turystyki* („Ruch Turystyczny”, R. 1980, nr 2, s. 197-209)²⁹, państwa socjalistyczne, w tym Polska, podjęły pewne próby naśladowania praktyki stosowanej w krajach Europy zachodniej polegającej na wprowadzeniu jednolitych zasad w dziedzinie turystyki międzynarodowej. Ta właśnie kwestia stała się przedmiotem artykułu Andrzeja Tynela, *Z problematyki unifikacji zasad obrotu turystycznego w ramach RWPG* („Przegląd Stosunków Międzynarodowych”, R. 1978, nr 1, s. 119-126) oraz kilku dalszych publikacji, a w szczególności Bolesława Kapitana, *Wymiana turystyczna z krajami socjalistycznymi* („Trybuna Ludu”, R. 1977, nr 165, s. 4 oraz „Życie Warszawy”, R. 1977, nr 165, s. 1-2), Lucjana Mielczarka, *VII Konferencja Naukowa Urzędów Turystycznych Krajów Socjalistycznych* („Ruch Turystyczny”, 1973, z. 1, s. 133-134) i Elżbiety Pogonelskiej, *Zmora turystyki [XIII Konferencja Biur Podróży Krajów Socjalistycznych]* („Tygodnik Morski”, R. 1974, nr 18, s. 16). Nieco uwagi poświęcono również bilateralnym stosunkom Polski z innymi krajami. Tu należy wskazać na Franciszka Jarzyny, *Umowy graniczne PRL – wybór tekstów* (Warszawa 1974), Bogdana Małachowskiego /B.M./, *Umowa turystyczna polsko – czechosłowacka* („Wierchy”, R. 25, 1956, s. 218), Władysława Krygowskiego /x.y./, *Rozszerzenie umowy turystycznej z Czechosłowacją* („Wierchy”, R. 30, 1961, s. 217-218), Lucjana Mielczarka, *Nowe akty prawne dotyczące wymiany osobowej między Polską a NRD i regulujące międzypaństwową współpracę turystyczną* („Ruch Turystyczny”, R. 1973, z. 1, s. 145-151), Bożenney Sarneckiej, *Problemy wynikające z otwarcia granicy między PRL a NRD* („Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, R. 16, 1974, nr 2, s. 30-31) oraz Włodzimierza Reczka, *Ofert więcej i różnych. Polsko – bułgarska umowa turystyczna* („Światowid”, R. 18, 1969, nr 5, s. 13).

Z turystyką międzynarodową wiązał się też problem ewentualnego ubezpieczenia polskich turystów. Zagadnieniem tym, ale zasadniczo tylko w odniesieniu do turystyki krajowej, zajął się Witold Warkało w wygłoszonym podczas zakopiańskiego sympozjum w stulecie zorganizowanej turystyki polskiej referacie pt. *Ubezpieczenie*

²⁸ Zob. też Z. Broniarek, *Wizy i dewizy. Turystyka w świetle Aktu Końcowego KBWE*, „Trybuna Ludu”, R. 1977, nr 156, s. 7.

²⁹ Zob. też J. Kowalczyk, *Intercontinental Hotels Corporation*, „Ruch Turystyczny”, R. 1966, z. 2, s. 33-48.

następstw nieszczęśliwych wypadków w turystyce (w: *Problemy turystyki zagranicznej* s. 119-127)³⁰, a także J. Hołowiński, *Ubezpieczenia turystyczne* („Wiadomości Ubezpieczeniowe”, R. 1972, nr 12). We właściwym świetle kwestię ubezpieczeń zagranicznych przedstawił natomiast Mirosław Nesterowicz w artykule *Kilka uwag o ubezpieczeniu kosztów leczenia polskich turystów zagranicą* („Wiadomości Ubezpieczeniowe”, R. 1973, Nr 12).

Oczywiście zawarte w tych artykułach obserwacje w znacznej mierze się zdezaktualizowały ze względu na zmianę stanu prawnego wywołaną koniecznością wprowadzenia nowych przepisów prawnych w związku z gwałtownym rozwojem turystyki międzynarodowej. To samo można powiedzieć, chociaż z pewnymi zastrzeżeniami, o związanej z turystyką regulacji prawnej w dziedzinie prawa karnego. Problematyka ta zarówno w minionym okresie, jak i obecnie przyciąga uwagę prawników w niewielkim tylko stopniu, chociaż byłoby przesadą stwierdzenie, że jest całkowicie nieobecna w piśmiennictwie z zakresu prawa turystycznego. Tutaj jednak w jeszcze większym stopniu niż w przypadku innych gałęzi prawa rysuje się znaczenie przekształceń ustrojowych w naszym kraju. Wiąże się to nie tylko z wprowadzeniem w życie w 1998, nowego kodeksu karnego, ale przede wszystkim z ogromną liberalizacją zasad dotyczących przekraczania granicy państwowej, posiadania obcej waluty, decyzji o pozostaniu w obcym państwie itd. Na potrzebę uwzględnienia prawa karnego w rozważaniach na temat prawa turystycznego zwrócił swego czasu uwagę Stanisław Waltoś podczas przywoływanego już wielokrotnie sympozjum zakopiańskiego poświęconego turystyce zagranicznej: „W zakresie prawa karnego na plan pierwszy wysuwa się kapitalna kwestia odpowiedzialności cudzoziemca w Polsce za przestępstwo popełnione w Polsce (np. wypadek drogowy)³¹ i obywatela polskiego, który popełnił przestępstwo za granicą. Czy prowadzić postępowanie karne w kraju miejsca popełnienia czynu czy też odstąpić ściganiu organom państwa, którego obywatel jest sprawcą, bez względu na miejsce popełnienia?” (w: *Problemy turystyki zagranicznej* s. 58). Nie sądzę jednak, aby były to w omawianej dziedzinie zagadnienia najważniejsze, jakkolwiek znalazły one odbicie we wnioskach końcowych Sekcji Problemów Prawno – Organizacyjnych Turystyki wspomnianej konferencji (*ibid.*,

³⁰ Wcześniej Witold Warkała opublikował monografię pt. *Prawo i ryzyko*, Warszawa 1949. Umowa ubezpieczenia ze zrozmiałych względów była też przedmiotem szeregu artykułów, a w szczególności Zygmunta Bałkowskiego, *Powszechne ubezpieczenie dzieci i młodzieży od następstw nieszczęśliwych wypadków w sporcie i turystyce*, „Biuletyn Informacyjny GKKFiT”, R. 1969, nr 4, s. 20-22, *Na szlaku bez obaw [Problem ubezpieczenia zbiorowego dzieci i młodzieży od następstw nieszczęśliwych przypadków w sporcie i turystyce]*, „Światowid”, R. 18, 1969, nr 15, s. 8, nr 19, s. 8 i tego autora *Prawnik radzi. Ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków w sporcie i turystyce*, „Rekreacja Fizyczna”, R. 13, 1969, nr 6, s. 14. Ubezpieczeniami turystycznymi zajmowali się również Frano Kovačič, *O problemach ubezpieczenia i obsługi turystów*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe”, R. 1973, nr 11, s. 17-21, Jerzy Biliński, *O niektórych ubezpieczeniach związanych z turystyką, wprowadzonych przez „Wartę”*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe”, R. 1974, nr 1, s. 9-13. Szczegółowy charakter ma z kolei artykuł Mirosława Nesterowicza, *Ubezpieczenie rzeczy osobistych na czas podróży zagranicznej*, „Nowe Prawo”, R. 1975, nr 9, s. 1214-1219.

³¹ Ten właśnie problem stał się przedmiotem artykułu Aleksandra Bachracha, *Rozwój międzynarodowej turystyki a odpowiedzialność karna za wypadki drogowe*, „Studia Prawnicze”, Wrocław 1977, z. 2, s. 57-76.

s. 283). Pierwszą kwestię, a mianowicie równego traktowania wszystkich sprawców czynów popełnionych na obszarze Polski rozstrzyga bowiem zasada terytorialności, głosząca, że państwo ma prawo do karania wszystkich sprawców na swoim terytorium niezależnie od ich obywatelstwa. O drugiej sprawie z kolei decyduje zasada podmiotowości czynnej, w myśl której państwo może karać własnych obywateli popełniających przestępstwo za granicą. W kodeksie karnym wówczas obowiązującym, ale również i na gruncie aktualnych norm prawa karnego, możemy natomiast znaleźć przepisy stwierdzające karalność pewnych czynów, które niejednokrotnie występują w związku z turystyką, jak np. często odnotowywane w kronikach Górskiego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego przestępstwo nieudzielenia pomocy (w dawnej wersji kodeksu – również w postaci kwalifikowanej) czy przestępstwo narażenia na niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. To samo można stwierdzić w odniesieniu do kodeksu wykroczeń, który ściga niszczenie znaków turystycznych i urządzeń lub napisów ostrzegających o niebezpieczeństwie itd. Nie posiadają natomiast obecnie żadnego znaczenia praktycznego tezy zawarte w artykule Włodzimierza Kubali, *Karnoprawna ochrona granicy państwowej a rozwój turystyki zagranicznej w PRL* (w: *Problemy turystyki zagranicznej* s. 133-139), w którym autor omawia m.in. penalizację odmowy powrotu do kraju, dochodząc ostatecznie do wniosku, że „niezwykle społecznie pożyteczny przejaw aktywności ludzkiej, jakim jest turystyka, może przerodzić się czasem w czynnik kryminogenny”. W świetle ówczesnego prawa był to oczywiście wniosek w pełni uzasadniony, o czym zresztą świadczą inne prace z tego zakresu, a mianowicie Andrzeja Błachowskiego, *Spokój na wielkim szlaku. Turystyka i przestępczość* („Prawo i Życie”, R. 1974, nr 39, s. 1 i 14), Jerzego Buchalskiego i Wojciecha Wernica, *Ochrona porządku i bezpieczeństwa publicznego w ruchu turystycznym* („Służba MO”, R. 1978, nr 3, s. 351-362) oraz Ryszarda Gidzińskiego, *Turystyka a wybrane wykroczenia* („Zagadnienia Wykroczeń”, R. 1984, nr 3, s. 60-66). Zagadnieniem tym zajął się również Wincenty Bednarek w artykułach *Kryminalistyczne i kryminologiczne aspekty turystyki* (w: „*Problemy Współczesnej Kryminalistyki*”, t. IX, s. 9-15), *Z problematyki ujemnych zjawisk towarzyszących turystyce* („Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych”, R. 1976, nr 14, s. 105-118), tego autora *Turystyka i zagrożenia bezpieczeństwa osób i porządku publicznego* (w: *Prawne i administracyjne aspekty bezpieczeństwa osób i porządku publicznego w okresie transformacji ustrojowo-gospodarczej*, red. Stanisław Pikulski, Olsztyn 2001), oraz *Ruch turystyczny a bezpieczeństwo i porządek publiczny* (Warszawa 1976). Ta ostatnia praca została wydana przez Departament Szkolenia i Doskonalenia Zawodowego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych, co rzecz jasna musiało przesądzać o jej treści. Wprawdzie W. Bednarek odcina się od cyt. stwierdzenia Włodzimierza Kubali, że turystyka stanowi czynnik kryminogenny, ale jednak uznaje, że wywołuje ona negatywne reperkusje w sferze bezpieczeństwa turystów i porządku publicznego w regionach turystycznie przeciążonych. Zdaniem autora wynika to z faktu, że w miejscach o dużej intensywności ruchu turystycznego nasilają swoją działalność ludzie z marginesu społecznego, występują zjawiska prostytucji i pijaństwa, pomijając już takie kwestie jak nierespektowanie obowiązujących przepisów porządkowych, meldunko-

wych i innych, a w przypadku zagranicznego ruchu turystycznego również zorganizowana działalność szpiegowska.

Pomijając jednakże owe związane wręcz z patologiczną podejrzliwością systemu PRL obserwacje, które obecnie brzmią wprost niewiarygodnie, trzeba podkreślić, iż w omawianym okresie powstały również opracowania oparte na neutralnych politycznie przepisach kodeksu karnego, jak np. Janusza Ratzko, *Czarnym szlakiem czyli opowieść o braku odpowiedzialności*³² (*Postępowanie karne wobec organizatorów rajdów*), „Prawo i Życie”, R. 1976, nr 49, s. 9 oraz nr 50, s. 5), Kazimierza Buchały i Adama Dobrowolskiego cyt. wyżej artykuł *Wypadki górskie w aspekcie prawa* („Taternik”, R. 1968, nr 1, s. 3-6), Tadeusza Kura, *Śmierć w górach i luki w kodeksie* („Prawo i Życie”, R. 1965, nr 22, s. 7-8) czy Bronisława Kieresa, *Odpowiedzialność za wypadki przy uprawianiu sportów górskich* (Informator Szkoleniowy Instruktorów Taternictwa, R. 1974, nr 3, wyd. Komisji Szkolenia Zarządu Głównego Polskiego Związku Alpinizmu, Kraków 1974). Tutaj również należy wymienić niepublikowaną rozprawę doktorską Andrzeja Rozmarynowicza, *Odpowiedzialność za wypadki kolizyjne w narciarstwie* (Kraków 1976)³³ oraz jego artykuły: *Kodeks narciarski* („Prawo i Życie”, R. 1977, nr 52, s. 4-5) i *Narty, ryzyko, prawo* („WTK - Wrocławski Tygodnik Katolików”, R. 1978, nr 7, s. 1 i 4). Tego samego zagadnienia, to znaczy bezpieczeństwa w turystyce i ryzyka związanego z jej uprawianiem, dotyczy szereg innych artykułów. Należy tu przede wszystkim wymienić publikacje Krystyny Progulskiej, *Kodeks narciarski już jest, ale...* („Światowid”, R. 16, 1967, nr 1, s. 11) oraz tej autorki *Mądrzejsi po szkodzie. Sprawa bezpieczeństwa rejonów górskich w okresie zimowym* („Światowid”, R. 18, 1969, nr 2, s. 3), Wiliama Beyera, *Wstęp do dyskusji o odpowiedzialności za nieszczęśliwe wypadki w turystyce* („Biuletyn Informacyjny GKKFiT”, R. 1968, nr 9, s. 13-27), Grażyny Gałuszyńskiej, *Turystyka czy owczy pęd [Rozważania prawnicze na temat odpowiedzialności sądowej za wypadki w turystyce]* („Prawo i Życie”, R. 13, 1968, nr 3), Janusza Krawczyka, *Ryzyko i odpowiedzialność [Problem odpowiedzialności za nieszczęśliwe wypadki w turystyce]*, (Światowid”, R. 17, 1968, nr 5, s. 3 i 5), Zygmunta Bałkowskiego, *Ryzyko w turystyce. Problem ryzyka związanego z uprawianiem turystyki w aspekcie prawnym* („Światowid”, R. 17, 1968, nr 2, s. 9 i 11) oraz cztery kolejne artykuły tego autora: *Osobiste ryzyko turysty* („Światowid”, R. 18, 1969, nr 2, s. 8), *Kiedy gospodarz ośrodka odpowiada za nieszczęśliwy wypadek* („Światowid”, R. 17, 1968, nr 13, s. 9), *Gdy szkoła lub biuro turystyczne organizują wycieczki. Odpowiedzialność prawna organizatora wycieczki turystycznej* („Światowid”, R. 17, 1968, nr 22, s. 10) i *Nieszczęśliwy wypadek* („Światowid”, R. 18, 1969, nr 8, s. 8). Tu też należy odnotować: Zygmunta Bielczyka, *Niebezpieczeństwa towarzyszące uprawianiu turystyki*

³² Na ten temat zob. Barbary Klukowskiej rozważania pt. *Turystyka a wykroczenia meldunkowe*, „Zagadnienia Wykroczeń”, R. 21, 1976, nr 3, s. 39-42.

³³ Na jej temat zob. Jan Żurowski, *Obrona pracy doktorskiej adwokata Andrzeja Rozmarynowicza*, „Palestra”, R. 1977, nr 2, s. 74-76. Częściowo problematyki prawa karnego dotyczy też artykuł Stanisława Waltosia, *Problemy prawne prostytucji hotelowej. Granice ścigania prawnego* (w: „Problemy turystyki zagranicznej”, s. 145-150), który jednak kończy się dość pesymistycznym wnioskiem, że właściwie nie ma podstaw do ścigania prostytutek, chyba że przy okazji uprawianego procederu popełnią jakieś przestępstwo czy wykroczenie.

(„Wychowanie Fizyczne i Higiena Szkolna”, R. 17, 1969, nr 4, s. 8-13), Wojciecha Zabrzęskiego, *Wypadek w górach. Problemy bezpieczeństwa w górach, zwłaszcza w okresie wzmożonego ruchu narciarskiego* („Prawo i Życie”, R. 14, 1969, nr 14), Krystyny Saługi, *Zima w górach. Sprawy bezpieczeństwa turystów* („Światowid”, R. 19, 1970, nr 7, s. 5), Tadeusza Adelta, *Paragraf jeszcze nie w plecaku. O bezpieczeństwie na szlakach wodnych* („Światowid”, R. 19, 1970, nr 10, s. 8). Charakter wypowiedzi dyskusyjnych miał natomiast artykuł *Wybór – odpowiedzialność – zagrożenie. Człowiek w górach* („Literatura”, R. 1977, nr 2, s. 8-9). W związku z omawianą problematyką czuję się w obowiązku wspomnieć również o własnej pracy pt. *Turystyka a prawo karne*, którą przygotowałem w formie referatu na konferencję zorganizowaną przez Akademię Wychowania Fizycznego w Krakowie w dniach 21-22 kwietnia 1978 r. „Społeczne potrzeby i uwarunkowania turystyki i rekreacji w Polsce” (Zeszyty Naukowe AWF w Krakowie, 1978, s. 68-78).

Wypada tu jeszcze wspomnieć o publikacjach na temat administracyjnoprawnej regulacji w dziedzinie turystyki. Miała ona oczywiście duże znaczenie ze względu na charakterystyczną dla komunistycznego państwa tendencję do objęcia ścisłą reglamentacją prawną poszczególnych dziedzin życia, a przede wszystkim tak newralgicznej jak kontakty zagraniczne, zwłaszcza z „państwami kapitalistycznymi”. To spowodowało potrzebę wydania odpowiednich przepisów, które stały się podstawą stosunkowo licznych opracowań. Tak więc już w 1964 r. Jan Błachowicz i Jan Brzeżański opublikowali w ramach wydawnictw Polskiego Towarzystwa Ekonomicznego skrypt pt. *Obsługa zagranicznego ruchu turystycznego* (Wrocław 1964), którego część poświęcili na omówienie przepisów paszportowo – wizowych, później tym problemem zajął się Stanisław Wodejko w dwóch pracach: *Wpływ formalności granicznych na przyjazdowy ruch turystyczny do Polski w latach 1957-1972* (w: *Studia nad atrakcyjnością Polski dla turystyki zagranicznej*, „Ruch Turystyczny”, Monografie z. 16/1975) oraz Franciszek Jarzyna, *Umowy graniczne PRL* (Warszawa 1974). Z kolei pobytu cudzoziemców na terytorium ówczesnej Polski dotyczyły opracowania; W. Gronowskiego i J. Harasimowicza, *Polityka dewizowa w zakresie turystyki przyjazdowej do Polski w latach 1957-1972* („Ruch Turystyczny”, Monografie z. 16/1975), Waldemara Czapskiego, *Dopuszczenie cudzoziemców na terytorium państwa* („Ruch Turystyczny”, R. 1965, z. 1, s. 73-95), Romana Dąbrowskiego, *Położenie prawne cudzoziemca w PRL z punktu widzenia niektórych przepisów prawa administracyjnego* („Palestra”, R. 21, 1977, nr 12, s. 23-37) oraz Andrzeja Osieckiego, „Trzeci koszyk” po polsku [*Zasady obowiązujące przy otrzymywaniu wiz*] („Życie Warszawy”, R. 1977, nr 165, s. 5). Znalazło to również odbicie w publikacjach dotyczących przepisów dewizowych i celnych, takich jak Jana Skoczylasa, *Dopuszczalność czynności dewizowych w prawie PRL* (Warszawa 1979), Wandy Falkowskiej, *Nowy kult jednostki (dewizowej). Uprzywilejowanie turystów dewizowych* („Prawo i Życie”, R. 13, 1968, nr 16, s. 4), Janusza Krawczyka, *Nie chcę być przestępcą [O nieznanomości przepisów celno – dewizowych u pilotów wycieczek zagranicznych]* („Światowid”, R. 17, 1968, nr 8, s. 3), Wojciecha Kubickiego, *Pieniądz przed wstydem [Turystyka a przepisy celne]* („Życie i Nowoczesność”, R. 1976, nr 329, s. II), Zbigniewa Mikołajczaka, *Bronimy turystów [O rozwój działalności propagandowo – wyjaśniającej w związku z łamaniem przepisów dewizowych przez*

turystów wyjeżdżających za granicę] („Światowid”, R. 16, 1977, nr 36, s. 3 i 6), Andrzeja Gałasia, *Nowe taryfy celne* („Ruch Turystyczny”, nr 2, 1973), Zygmunta Bałkowskiego, *Przepisy celne w pogranicznym ruchu turystycznym* („Światowid”, R. 19, 1970, nr 46, s. 8)³⁴ oraz Kazimierza Janusa, *Zagraniczne przepisy celno – dewizowe* [opr. Cezary Rudziński] („Trybuna Ludu”, R. 1978, nr 114, s. 8).

Administracyjnoprawne aspekty prawa turystycznego doczekały się licznych publikacji również w dziedzinie prawa wewnątrz krajowego. Podstawę i punkt wyjścia rozważań na ten temat stanowi Jana Kłoskowskiego, *Skorowidz przepisów prawnych dotyczących sportu i turystyki. Według stanu prawnego na dzień 31 XII 1978 r.* (Warszawa 1979), chociaż pierwsze prace z tego zakresu pojawiły się już wcześniej. W szczególności należy tu odnotować pracę Włodzimierza Reczka, *Model organizacyjny kultury fizycznej i turystyki w Polsce* (Warszawa 1969), tego autora *Zadania w dziedzinie kultury fizycznej i turystyki* („Gospodarka i Administracja Terenowa”, R. 6, 1966, nr specjalny: Narada Przewodniczących WRN i PRN w Urzędzie Rady Ministrów, s. 58-61), Romana Łazarka, *Systemy organizacyjne turystyki. Studium porównawcze* (Warszawa 1967)³⁵ oraz artykuł Zygmunta Bałkowskiego, *Organizacyjne oraz prawne problemy kultury fizycznej i turystyki w latach 1971-1975* („Biuletyn Informacyjny Głównego Urzędu Kultury Fizycznej i Turystyki”, R. 1975, nr 9)³⁶. Ogólny charakter miały też prace Zbigniewa Nadwyczawskiego, *Prawna regulacja administracji turystyki PRL w latach 1945-1983* („Zeszyty Naukowe Akademii Rolniczej w Szczecinie, Nauki Społeczne i Ekonomiczne”, 1984, nr 19, s. 139-152), Teresy Andrzejewskiej, *Aktualne problemy zarządzania turystyką* („Rada Narodowa – Gospodarka – Administracja”, R. 1978, nr 26), Barbary Jaworskiej – Dębskiej, *Współdziałanie w dziedzinie kultury fizycznej i turystyki* („Problemy Rad Narodowych”, R. 1988, nr 70, s. 127-150). W tym zakresie szczególną uwagę przywiązywano do działalności rad narodowych jak o tym świadczą stosunkowo liczne publikacje. Problem ten zauważył m.in. Aleksander Kornak, sygnalizując go w artykule pt. *Turystyka a rady narodowe* („Tygodnik Demokratyczny”, R. 15, 1967, nr 15, s. 2), a podjęli go również inni autorzy, jak np. Stanisław Czechowicz, *Problemy turystyki w działalności rad narodowych woj. krakowskiego* („Gospodarka i Administracja Terenowa”, R. 7, 1968, nr 9, s. 21-24), Janusz Krawczyk, *Kurs platonicznej miłości. Czy rady będą turystyce rade? [O Funduszu Miejskim jako instrumencie stymulującym rozwój turystyki i rekreacji]* („Światowid”, R. 16, 1967, nr 7, s. 11), Zygmunta Bałkowskiego, *Rada Narodowa a bezpieczeństwo turysty* („Światowid”, R. 17, 1968, nr 48, s. 8 i nr 49, s. 8), Janusza Krawczyka, *Bez rady nie da rady [Rola Funduszu Miejskiego w rozwoju turystyki]* („Światowid”, R. 18, 1969, nr 13/14, s. 7), Franciszka Kiełbowski, *Troska o bezpieczeństwo turystów – jednym z obowiązków rad narodowych* („Rada Narodowa”, R. 27, 1970, nr 27, s. 19), Kazimierza Krzaczkowskiego, *Komisje rad przed sezonem turystycznym* („Rada Narodowa”, R. 27, 1970,

³⁴ W związku z tą problematyką zob. też wydawnictwo *Ustawodawstwo celne* (Warszawa 1976).

³⁵ Zob. recenzję Stefana Żurowskiego, *Rola państwa w organizacji turystyki* („Więś Współczesna”, R. 12, 1968, nr 2, s. 151-154).

³⁶ Na marginesie tego zagadnienia można też odnotować artykuł Zbigniewa Czechowskiego, *Prawne formy organizacyjne turystyki w Wielkiej Brytanii* („Biuletyn Informacyjny Instytutu Turystyki”, R. 1977, nr 2 /40/, s. 26-30).

nr 20, s. 7), Jacka Szwejki, *Rola i zadania aparatu rad narodowych jako koordynatora funkcji turystycznej wsi letniskowych* („Zeszyty Naukowe AWF Kraków”, R. 1975, z. 10, s. 134-166), Mariana Wynimko, *Administrowanie turystyką jako dziedziną społeczną i gospodarczą* (OMT 1988, nr 2, s. 17-22), oraz mające charakter bardziej szczegółowy od przytoczonych: Leszka Bednarskiego, *Kultura fizyczna i turystyka w gminie* („Życia Partii”, R. 1975, nr 9, s. 36-37), Kazimierza Pieleszka, *Turystyka w systemie organizacyjno-prawnym terenowych organów władzy i administracji państwowej stopnia wojewódzkiego. Wybrane zagadnienia* (Warszawa 1975) oraz dotyczący podobnego zagadnienia artykuł Wiktora Szczerskiego pt. *Propozycje założeń wojewódzkiego modelu zarządzania turystyką* (B i K, 1980, nr 4, s. 110-116) i Ryszarda Walickiego, *Zakładowe ośrodki wypoczynkowe a urząd gminy* („Przegląd Związkowy”, R. 30, 1978, nr 2, s. 27-28), Jacka Szwejki, *Problemy prawno – administracyjne organizacji i funkcjonowania ruchu turystycznego w uzdrowiskach* (w: *Turystyka w województwie nowosądeckim*, Kraków – Nowy Sącz 1977, s. 273-281)³⁷. Rola rad narodowych w dziedzinie turystyki była w tym okresie na tyle znacząca, że skłoniło to redakcję czasopisma turystycznego „Światowid” do przeprowadzenia redakcyjnej dyskusji na temat *Rady narodowe a turystyka* (R. 18, 1969, nr 19, s. 11-13).

Z zakresu prawa administracyjnego w dziedzinie turystyki należy jeszcze wskazać na monografię Zygmunta Bałkowskiego, *Działalność finansowo – gospodarcza stowarzyszeń kultury fizycznej i turystyki (zbiór przepisów – wyjaśnienia). Stan prawny na dzień 15 czerwca 1967 r.* (Warszawa 1967) oraz jego mniejsze publikacje z tego zakresu: *Formy i efekty działalności organizacyjnej GKKFiT w zakresie turystyki* (w: „Turystyka w 25-leciu PRL”, Warszawa 1969, s. 57-70), *Ewolucja struktury organizacyjnej turystyki w 25-leciu* (ibidem, s. 7-56), *Działalność legislacyjna GKKFiT w 1969 roku* („Biuletyn Informacyjny GKKFiT”, R. 1970, nr 2/3, s. 45-48), *Gromadzkie KKKFiT-y już legalne* („Światowid”, R. 16, 1967, nr 40, s. 9), a także Mieczysława Krajewskiego, *Społeczna rola dzielnicowych komitetów kultury fizycznej i turystyki w świetle przepisów prawnych i praktyki życia codziennego na przykładzie działalności DKKFiT Warszawa – Żoliborz* („Kultura Fizyczna”, R. 19, 1966, nr 6, s. 265-269), Haliny Marcinkiewicz, *Gromadzkie ośrodki sportowo – turystyczne* („Rada Narodowa”, R. 23, 1966, nr 3, s. 15) oraz Janusza Rotherta, *Zarządzanie i kontrolowanie w ośrodkach sportu, turystyki i wypoczynku* („Biuletyn Informacyjny GKKFiT”, R. 1967, nr 4/5, s. 28-59). Regulacji z zakresu prawa administracyjnego i karno-administracyjnego dotyczyły z kolei artykuły W. K. (Władysława Krygowskiego), *Ochrona szlaków i innych urządzeń turystycznych* („Wierchy”, R. 22, 1953, s. 255-257), B. St., *Znak i akty prawne* („Życie Warszawy”, R. 1975, nr 29 /35/, s. 3) oraz Zygmunta Bałkowskiego, *Brzegi jezior i rzek są dla wszystkich* („Światowid”, R. 19, 1970, nr 12, s. 8).

Na szczególną uwagę zasługują z kolei publikacje dotyczące przewodników i pilotów jako tych, od których zależy zarówno bezpieczeństwo turysty na wycieczce, jak i jego zadowolenie z odbytej imprezy. Zagadnienie to znalazło uregulowanie

³⁷ Jacek Szwejka jest też autorem niepublikowanej rozprawy pt. *Sytuacja prawno – administracyjna uzdrowisk w PRL* (Kraków 1975).

prawne w postaci Zarządzenia przewodniczącego GKkFiT w sprawie wykonywania funkcji przewodnika turystycznego, a jego omówieniu kilka artykułów poświęcił Zygmunt Bałkowski. Są to w szczególności: *O wyższą rangę tych, którzy wodzą* („Światowid”, R. 17, 1968, nr 24, s. 8), *Przewodnictwo turystyczne po nowemu* („Światowid”, R. 18, 1969, nr 47, s. 8), *Ubezpieczenie przewodników* („Światowid”, R. 17, 1968, nr 34, s. 9) oraz *Kto może być kierownikiem wycieczki* („Światowid”, R. 17, 1968, nr 37, s. 8). Zagadnieniem tym zajęła się również Wanda Bem, *Co nowego wniosło zarządzenie o przewodnictwie* („Biuletyn Informacyjny GKkFiT”, R. 1968, nr 7, s. 19-24) oraz Tyburcjusz Tyblewski, *Co różni przewodnika turystycznego od innych oświatowców* („Oświata Dorosłych”, R. 1976, nr 6, s. 358-361). Pilotów natomiast dotyczyły artykuły Zygmunta Bałkowskiego, *Jeśli chcesz być pilotem* („Światowid”, R. 17, 1968, nr 36, s. 10) oraz *Na wycieczkę z pilotem* („Światowid”, R. 19, 1970, nr 45, s. 8). Przedmiotem szczegółowych rozważań kilku autorów stały się też kwestie turystyki młodzieżowej, organizacji kolonii i obozów itd. Do tej problematyki odnosi się monografia Zygmunta Bielczyka, *Zasady organizowania wycieczek i obozów*, Warszawa 1970 oraz artykuły: Elżbiety Kotarskiej, *Pójdź dziecię na wycieczkę [O wytycznych Ministerstwa Oświaty w sprawie umasowienia zajęć krajoznawczych i powiązaniu ich z pracą dydaktyczno – wychowawczą]* („Światowid”, R. 6, 1966, nr 7, s. 3), Zygmunta Bałkowskiego, *Wycieczki turystyczne – krajoznawcze młodzieży szkolnej* („Światowid”, R. 19, 1970, nr 2, s. 8) oraz *Obiekty i urządzenia sportowe dla turystyki młodzieżowej* („Światowid”, R. 18, 1969, nr 35, s. 8), Marka Rymuszko, *Casus: kolonia* („Prawo i Życie”, R. 1976, nr 47, s. 12-13) i Józefa Kurana, *Podstawy działalności Polskiego Towarzystwa Schronisk Młodzieżowych* („Biuletyn Informacyjny PTSM”, R. 1967, nr 1/7, s. 8-14). Osobne miejsce wśród omawianych problemów zajmuje również omówienie ustawy o uzdrowiskach z 17 czerwca 1966 r., a mianowicie: Janusza Krawczyka, *Ustawa dobrych nadziei* („Światowid”, R. 15, 1966, nr 35, s. 3), Zofii Krotkiewskiej, *Likwidacja anachronizmów. Ustawa o uzdrowiskach i lecznictwie uzdrowiskowym* („Prawo i Życie”, R. 11, 1966, nr 18, s. 5), Maksymiliana Budziwojskiego, *O uzdrowiskach w świetle ustawy* („Gospodarka i Administracja Terenowa”, R. 7, 1968, nr 9, s. 25-26), Jana Żurakowskiego, *Uzdrowiska i lecznictwo uzdrowiskowe w świetle nowych przepisów* („Problemy Uzdrowiskowe”, R. 1968, z. 5, s. 1-18) i *Problemy prawne funkcjonowania uzdrowisk* („Państwo i Prawo”, R. 24, 1969, z. 6, s. 1036-1047), Zygmunta Bałkowskiego, *Zasady korzystania z lecznictwa uzdrowiskowego* („Światowid”, R. 19, 1970, nr 50, s. 8) oraz Jana Leskiego, *Współdziałanie branży uzdrowiskowej z władzami terenowymi i innymi jednostkami społeczno – gospodarczymi w świetle przepisów prawnych* („Problemy Uzdrowiskowe”, R. 1968, z. 5, s. 136-139). Kompleksowo te zagadnienie ujął natomiast Jerzy Szuszkiewicz w rozprawie *Urządzenia wczasowe, turystyczne i uzdrowiskowe w Polsce*, opracowanej jednak przed uchwaleniem wspomnianej ustawy (Warszawa 1966).

Oprócz wyżej wymienionych zagadnień wspomnieć tu również należy o artykułach na temat turystyki motorowej i wodnej, takich jak: Zygmunta Bałkowskiego, *Na motorowym szlaku* („Światowid”, R. 18, 1969, nr 49, s. 8), tego autora *Turystyczna żegluga morska* („Światowid”, R. 19, 1970, nr 35, s. 8), *Nasz „statek” na szlaku wodnym* („Światowid”, R. 19, 1970, nr 32, s. 8) i *Rejestrujemy jachty* („Światowid”,

R. 18, 1969, nr 33, s. 8), a także dotyczących kilku innych problemów. Są to w szczególności: Marka A. Wasilewskiego, *Wyrok i bociany [Wymiar sprawiedliwości a ochrona przyrody w woj. rzeszowskim]* („Prawo i Życie”, R. 1977, nr 39, s. 11) oraz Tadeusza Kucharskiego, *Prawodawcy z „Kaskady” [Proces o prawa osobiste klienta w lokalu publicznym]* („Prawo i Życie”, R. 1978, nr 1, s. 8-9). Na zakończenie trzeba jeszcze wspomnieć o pewnej idei, która jednak nie zdołała przybrać jakiegoś realnego wymiaru, chociaż patronowała jej redakcja wiodącego w owych czasie czasopisma turystycznego. Chodzi tu w szczególności o rozważania Władysława Bieńkowskiego, *Czy potrzebny jest Kodeks Kultury Turystycznej? Swobodnie, lecz nie za swobodnie* („Światowid”, T. 17, 1968, nr 19, s. 9) oraz o dyskusję w redakcji na ten temat (*ibidem*, nr 17, s. 3 i 7, nr 18, s. 5, nr 20, s. 10, nr 21, s. 5, nr 30, s. 5, R. 18, 1969, nr 9, s. 3-4). To samo zagadnienie znalazło wyraz w kilku innych wypowiedziach, a mianowicie: L. Lenara („Przyroda Polska”, R. 13, 1969, nr 3, s. 8), Zbigniewa Mikołajczaka, *Etyka w turystyce czyli Karta Turysty* („Kultura Fizyczna”, R. 23, 1969, nr 5, s. 223-226; „Biuletyn Informacyjny GKKFiT”, R. 1969, nr 2, s. 28-30) oraz Wiesława Wernica (*Gdy przepisy są tak doskonałe ... Białe plamy turystyki – Igranie ze śmiercią [Turystyczna kultura]*) („Tygodnik Demokratyczny”, R. 18, 1970, nr 36, s. 3 i 7, nr 38, s. 1 i 7).

Hanna Zawistowska*

Ochrona konsumenta imprez turystycznych w prawie UE i państw członkowskich

1. Wprowadzenie

Już w latach 80-tych ubiegłego wieku zauważono, że obowiązujące w poszczególnych państwach członkowskich Wspólnoty regulacje prawne dotyczące imprez turystycznych, a także praktyka wykazują istotne różnice. Zaledwie kilka państw członkowskich posiadało odrębne regulacje dotyczące umowy o pakiet turystyczny – zwanej też umową o podróż lub umową o imprezę turystyczną. Do tej grupy należy zaliczyć Belgię i Włochy, które posiadały takie regulacje w związku z przystąpieniem do Konwencji Brukselskiej w sprawie umowy o podróż. We Francji istniały przepisy wprowadzające podobne jak w dyrektywie zasady dotyczące obowiązków informacyjnych, ceny, odpowiedzialności organizatora oraz zabezpieczenia finansowego na wypadek bankructwa. Niemcy w 1979 r. wprowadziły do kodeksu cywilnego odrębny podrozdział dotyczący umowy o podróż. W większości państw członkowskich do tej umowy miały zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego lub kodeksu zobowiązań dotyczące umów (np. Austria, Dania, Finlandia, Irlandia, Malta, Łotwa, Holandia, Polska, Słowacja).

Różnice w regulacjach krajowych stawały się barierą hamującą swobodę przepływu usług oraz zniekształcały konkurencję pomiędzy organizatorami pochodzącymi z różnych państw, hamując tym samym tworzenie jednolitego rynku tych produktów. Usunięcie tej bariery wymagało dokonania harmonizacji regulacji prawnych państw członkowskich Wspólnoty, dotyczących imprez turystycznych, w szczególności przepisów mających na celu ochronę interesów ekonomicznych ich nabywców.

Dla standardów prawnych dotyczących ochrony konsumentów imprez turystycznych wybrano formę dyrektywy. W dniu 13 czerwca 1990 r. Rada przyjęła dyrektywę w sprawie zorganizowanych podróży wakacji i wycieczek¹. Tym samym należy uznać, że wybierając formę dyrektywy nie zakładano pełnej harmonizacji, dopuszczano istnienie różnic.

Pojawiają się w związku z tym dwa pytania:

- a. Czy wdrożenie dyrektywy usunęło bariery w handlu pakietami turystycznymi?
- b. Czy w państwach członkowskich istnieje jeden wspólny model ochrony nabywców pakietów turystycznych?

2. Cel i zakres dyrektywy 90/314

Odpowiedź na postawione na wstępie pytania wymaga przypomnienia celu i zakresu dyrektywy, bowiem to ona wyznacza, istniejący w państwach członkowskich, model ochrony nabywców imprez turystycznych. Jej celem głównym – jak już wspomniano na wstępie – było usunięcie bariery hamującej rozwój rynku imprez tury-

* Dr hab. Hanna Zawistowska, prof. nadzw. - Katedra Turystyki Szkoły Głównej Handlowej, Warszawa.

¹ Dz. Urz. WE L 158, 23.06.1990.

stycznych we Wspólnocie, którą były różnice w regulacjach krajowych. Dla realizacji celu głównego dokonano wyboru obszarów objętych harmonizacją oraz określono cele, jakie w ramach tych obszarów powinny osiągnięte. Cele te przedstawiają się następująco:

1. Standardy dotyczące informacji przekazywanej konsumentom:
 - informacja nie może wprowadzać w błąd (art. 3 ust.1);
 - katalogi są dla organizatorów wiążące oraz muszą zawierać co najmniej te informacje o imprezie, które są określone w dyrektywie, tzw. minimum informacji (art. 3 ust. 2);
 - ten minimalny zakres informacji musi być przekazany konsumentowi (art. 4 ust. 1).
2. Standardy dotyczące umowy zawieranej z klientem:
 - umowy powinny spełniać wymagania co do formy i treści (art. 4 ust. 2);
 - konsument musi mieć zagwarantowaną możliwość transferu dokonanej rezerwacji imprezy (art. 4 ust 3);
 - należy zapewnić niezmiennosc ceny z wyjątkiem zaistnienia szczególnych okoliczności (art. 4 ust. 4);
 - konsument musi mieć zagwarantowane prawo zarówno do wycofania się z imprezy jak i uzyskania odszkodowania za niewykonanie umowy lub przyjęcia imprezy zastępczej w przypadku wprowadzanie zmian w imprezie (art. 4 ust. 5 i 6);
 - w przypadku zaistnienia poważnych problemów po rozpoczęciu imprezy – konsument musi mieć zagwarantowane prawo wyboru: przyjęcie świadczenia zastępczego albo zapewnienie powrotu do domu (art. 4 ust. 7).
3. Standardy dotyczące odpowiedzialności organizatora/ detalisty:
 - organizator/detalista ponosi odpowiedzialność za właściwe wykonanie imprezy oraz szkody jakie poniósł konsument (art. 5);
 - w przypadku skarg/reklamacji konsumenta organizator musi podjąć działania dla znalezienia rozwiązania (art. 6).
4. Ochrona konsumenta na wypadek bankructwa:
 - na wypadek swojej niewypłacalności organizator i/lub detalista będący stroną umowy powinni zapewnić dostateczne zabezpieczenie umożliwiające zwrot nadpłaconych pieniędzy oraz powrót konsumenta z podróży (art. 7).

3. Wdrożenie dyrektywy w państwach członkowskich

3.1. Ogólna charakterystyka materiałów źródłowych

W okresie obowiązywania dyrektywy dwukrotnie (tj. w 1999 r. i 2007 r.) dokonano oceny jej wdrożenia przez państwa członkowskie. W 1999 r. przeglądem objęto 15 państw członkowskich, a jego efektem było opublikowanie przez Komisję Europejską „Raportu w sprawie wdrożenia Dyrektywy 90/314 o imprezach oferowanych

w formie pakietów do prawa krajowego państw członkowskich"². Celem tego raportu było:

- poinformowanie o podjętych przez państwa członkowskie środkach wdrażających dyrektywę;
- określenie problemów jakie w związku z tym wdrożeniem wystąpiły;
- zapoczątkowanie dyskusji nad tym, co ewentualnie należałoby zrobić, aby doprowadzić do poprawy na tym odcinku.

Raport składał się z dwóch części. Pierwsza zawierała zestawienie środków, za pomocą których poszczególne państwa członkowskie wdrożyły dyrektywę do prawa krajowego. Wskazano w niej również na występujące w dyrektywie „nieścisłości” pociągające za sobą rozbieżności w interpretacji poszczególnych jej postanowień, dokonywanej przez kraje członkowskie. Konsekwencją różnic interpretacyjnych są różnice i rozbieżności w przyjmowanych przez poszczególne państwa rozwiązaniach, stwarzające zagrożenie dla realizacji podstawowego celu dyrektywy, którym jest usunięcie barier hamujących powstanie i rozwój rynku wewnętrznego dla tej grupy produktów. Zawarte w tej części raportu ustalenia pozwoliły na ocenę stopnia osiągnięcia przez regulacje poszczególnych państw członkowskich celów w ramach poszczególnych obszarów harmonizacji.

Część druga raportu została poświęcona analizie sposobu realizacji jednego z podstawowych celów dyrektywy, którym jest ochrona nabywców imprez turystycznych przed skutkami bankructwa ich organizatorów. Warto w tym miejscu przypomnieć, że dla zapewnienia tej ochrony artykuł 7 dyrektywy wprowadza obowiązki posiadania przez organizatorów pakietów lub/i detalistów zabezpieczenia finansowego. Nie określa jednak formy, jaką to zabezpieczenie powinno przyjąć oraz jaka powinna być jego minimalna wysokość. Tym samym pozostawia państwu członkowskim swobodę w tym względzie. Stwierdzono, że spośród wszystkich postanowień dyrektywy to właśnie ten artykuł budził najwięcej wątpliwości, które następnie znalazły odzwierciedlenie w różnorodności przyjmowanych przez państwa członkowskie rozwiązań. W rezultacie wiele sporów powstających na tle jego wykładni znalazło swój finał przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości. Ponieważ wykładnia dokonywana przez Trybunał Europejski wchodzi do dorobku prawnego Wspólnoty, dlatego przyjęte w wyrokach rozstrzygnięcia stały się wiążące dla państw członkowskich.

W latach 2006 -2007 na zlecenie Komisji Europejskiej dokonano przeglądu wdrożenia w 25 państwach członkowskich³ regulacji Wspólnoty dotyczących ochrony konsumentów, a więc również i dyrektywy 90/314. Wyniki tego przeglądu zamieszczono w opracowaniu pod tytułem „*Kompendium prawa konsumenckiego Wspólnot Europejskich. Analiza porównawcza*”⁴. Przegląd związany był z realizacją Strategii Lizbońskiej, której celem jest poprawa konkurencyjności europejskich

² Report on the Implementation of Directive 90/314 on Package Travel and Holiday Tours in the Domestic Legislation of EC Member States. SEC (1999)1800 final.

³ Przeglądem nie objęto Rumunii i Bułgarii, które stały się członkami UE od 1 stycznia 2007 r.

⁴ *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, edited by prof. dr Hans Schulte-Nölke in co-operation with dr Christian Twigg-Flesner and dr Martin Ebers, Universität Bielefeld, April 2007.

przedsiębiorstw. Jednym z instrumentów służących jego realizacji były działania skierowane na poprawę otoczenia prawnego przedsiębiorstw, poprzez eliminację barier i utrudnień w ich tworzeniu i funkcjonowaniu. Jednym z podstawowych źródeł powstawania barier w handlu towarami i usługami było ustawodawstwo konsumencie. Przeprowadzony przegląd wspólnotowych regulacji konsumenckich miał na celu identyfikację barier hamujących rozwój rynku – w tym rynku usług turystycznych, spowodowanych koniecznością wdrożenia przez państwa członkowskie dorobku prawnego Wspólnoty w zakresie ochrony konsumentów.

Fragment poświęcony dyrektywie 90/314 został podzielony na następujące części:

- I. Podsumowanie.
- II. Regulacje prawne dotyczące pakietów w państwach członkowskich przed przyjęciem dyrektywy.
- III. Zakres ochrony.

Zakres przedmiotowy i podmiotowy ochrony nabywców imprez turystycznych zależy od sposobu transpozycji wprowadzonych przez dyrektywę następujących definicji: konsument, organizator, detalista, pakiet. Dokonując analizy regulacji krajowych, dotyczących wdrożenia definicji wprowadzonych przez dyrektywę wzięto pod uwagę takie elementy, jak: a) sposób transpozycji; b) przyjętą w definicji terminologię i jej zgodność z terminologią przyjętą w dyrektywie; c) zgodność definicji z celem i zakresem definicji przyjętych w dyrektywie.

IV. Instrumenty ochrony konsumenta, do których zaliczono:

1. Obowiązki w zakresie udzielania informacji (rodzaj i zakres informacji) obejmujące: a) broszury i katalogi, b) dodatkowe informacje dostarczane konsumentowi przed zawarciem umowy; c) informacje przed rozpoczęciem podróży (ich rodzaj i zakres); d) elementy umowy; e) dodatkowe elementy umowy; f) wymogi w zakresie dostarczania informacji o warunkach umowy; g) zakaz udzielania informacji wprowadzających w błąd; h) sankcje za nie wywiązanie się z obowiązków informacyjnych.
2. Ograniczenie możliwości zmiany cen po zawarciu umowy, a w szczególności: a) zakres ograniczenia (podwyższenie, obniżenie); b) warunki zmiany ceny; c) okres, w którym można dokonać zmiany ceny.
3. Prawa konsumenta obejmujące: a) prawo do przekazania rezerwacji innej osobie; b) prawa konsumenta w przypadku istotnej zmiany warunków umowy; c) wymogi związane z możliwością odwołania imprezy (obowiązek poinformowania konsumenta); d) obowiązek konsumenta poinformowania o swojej decyzji; e) skutki odwołania imprezy przez konsumenta lub organizatora; f) odszkodowanie za niewykonanie umowy.
4. Dodatkowe obowiązki organizatora: a) obowiązek świadczeń zastępczych; b) obowiązek zapewnienia powrotu i wypłaty odszkodowania; c) obowiązek podjęcia stosownych działań w przypadku skarg.
5. Odpowiedzialność: a) organizatora/detalisty za właściwe wykonanie obowiązków wynikających z umowy; b) odpowiedzialność za szkody i przypadki jej wyłączenia; c) ograniczenie wysokości odszkodowania – wynikające z konwencji międzynarodowych; d) ograniczenie odpowiedzialności za szkody inne niż na osobie; e) utrata przyjemności; f) poinformowanie o niedociągnięciach; g) pomoc kon-

sumentowi w przypadku trudności.

6. Ochrona konsumenta w przypadku niewypłacalności organizatora: a) podmiot, na którym ciąży obowiązek posiadania zabezpieczenia; b) zakres zabezpieczenia; c) forma zabezpieczenia; d) dowód potwierdzający posiadanie zabezpieczenia; e) minimalna wysokość zabezpieczenia; f) dodatkowe wymogi.

Z powyższego przeglądu wynika, że dokonana analiza miała szeroki zakres, objęła bowiem wszystkie kwestie istotne z punktu widzenia możliwości istnienia różnic między regulacjami państw członkowskich, stwarzające potencjalne źródło powstawania barier utrudniających prawidłowe funkcjonowanie rynku tych produktów w ramach UE. Inny niż w przypadku „Raportu...” cel analizy przeprowadzonej w roku 2006 spowodował, że wyciągnięte z niej wnioski nie pokrywały się w pełni z wnioskami z „Raportu...”, dotyczyły bowiem aspektów nie branych w nim pod uwagę.

3.2. Sposób i zakres wdrożenia

Zarówno w czasie dokonywania pierwszej⁵ jak i drugiej oceny wdrożenia dyrektywy przez państwa członkowskie, stwierdzono, że została ona implementowana przez wszystkie państwa członkowskie. Jednakże sposób transpozycji był różny. Większość państw wprowadziła specjalne regulacje dotyczące pakietów, wdrażające wszystkie lub większość zasad wprowadzonych przez dyrektywę. Inne włączyły poszczególne zasady do aktów o charakterze horyzontalnym takich, jak: kodeks cywilny; kodeks konsumencki/regulacje dotyczące ochrony konsumenta; kodeks zobowiązań; regulacje dotyczące turystyki (w tym przepisy wykonawcze). Jeszcze inne stosowały równocześnie te dwie metody transpozycji, wprowadziły regulacje dotyczące pakietów, ale niektóre kwestie o charakterze podstawowym uregulowały przepisami horyzontalnymi.

Stwierdzono również, że w wielu przypadkach nie wszystkie szczegółowe ustalenia w niej zawarte zostały przetransponowane do regulacji krajowych. Przykładami braków w tym zakresie są:

- brak obowiązku umieszczania w katalogach i broszurach informacji o ostatecznym terminie poinformowania nabywcy imprezy o jej odwołaniu z powodu braku dostatecznej liczby zgłoszeń (Szwecja);
- obowiązek informowania o wymogach paszportowych i wizowych tylko własnych obywateli (Czechy); obywateli lub rezydentów (Cypr); obywateli państwa członkowskiego, gdzie impreza jest oferowana (Austria, Niemcy) – w przeciwieństwie do art. 4 ust. 1 pkt a dyrektywy, który wymaga dostarczenia takich informacji wszystkim zainteresowanym pochodzącym z państw członkowskich;
- brak określenia formy, w jakiej mają być dostarczane nabywcom informacje przed rozpoczęciem imprezy (Niemcy, Estonia);
- brak określenia terminu podania wszystkich istotnych informacji dotyczących zawieranego kontraktu (Austria, Niemcy);

⁵ W okresie powstawania Raportu (1999 r.) dyrektywa była wdrożona we wszystkich państwach członkowskich z jednym tylko wyjątkiem. We Włoszech, nie uruchomiono Funduszu Gwarancyjnego Podróży, stanowiącego formę zabezpieczenia finansowego nabywców imprez na wypadek bankructwa firmy (przewidzianą przez artykuł 7 dyrektywy).

- pomimo wyroku Trybunału w kilku państwach nadal istnieje ograniczenie wysokości zabezpieczenia na wypadek niewypłacalności.

Stwierdzono również, że w niektórych państwach zakres ochrony jest szerszy od przewidzianego w dyrektywie. To rozszerzenie dotyczy różnych aspektów, a w szczególności:

- zakresu podmiotowego i przedmiotowego – spowodowanego przyjęciem szerszej definicji organizatora (np. poprzez objęcie definicją osób organizujących imprezy okazjonalnie), bądź szerszej definicji pakietu (poprzez włączenie imprez trwających krócej niż 24 godziny i nie zawierających zakwaterowania);
- wprowadzenie dodatkowych wymogów takich, jak: dodatkowe informacje dotyczące danych podawanych w broszurach, katalogach lub folderach przewidzianych w art. 3 ust. 2 dyrektywy; dodatkowe informacje dostarczane konsumentowi przed zawarciem umowy (np. możliwość ubezpieczenia, cena imprezy; informacja o zabezpieczeniu finansowym na wypadek bankructwa); rozszerzenie zakresu informacji, które należy podać nabywcy imprezy przed rozpoczęciem podróży oraz określenie terminu, w ciągu którego informacje te muszą najpóźniej być podane; dodatkowe postanowienia, które muszą być podane w kontrakcie (np. warunki anulowania imprezy przez podróżnego i organizatora i/lub detalistę); szczegółowe wymogi formalne dotyczące umowy (np. obligatoryjna forma pisemna); rozszerzenie możliwości przekazania rezerwacji imprezy innej osobie bez żadnych ograniczeń; rozszerzenie zakresu odpowiedzialności (np. wprowadzenie wymogu objęcia ubezpieczeniem wszelkich szkód jakie poniósł konsument na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a nie tylko szkód spowodowanych bankructwem); rezygnacja z nałożenia na konsumenta obowiązku informowania organizatora/sprzedawcy imprezy o każdym zaniedbaniu spowodowanym niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy.

Podane wyżej przykłady w pełni uzasadniają wyciągnięcie wniosku, że podejście poszczególnych państw do wdrożenia dyrektywy, a w szczególności poziomu przewidzianej przez nią ochrony konsumentów, znacznie się między sobą różni. Przyczyną tych różnic jest z jednej strony skorzystanie przez państwa członkowskie z przewidzianej przez dyrektywę możliwości podwyższenia poziomu ochrony konsumentów, a z drugiej „nieprecyzyjność” wielu jej przepisów. Ten brak precyzji stwarza krajom członkowskim szeroki margines swobody w interpretacji postanowień dyrektywy, a co za tym idzie umożliwia przyjmowanie różnych rozwiązań przy wdrażaniu jej poszczególnych przepisów. Do nieprecyzyjnych przepisów należą następujące sformułowania używane w przyjętych w dyrektywie definicjach wyznaczających zakres podmiotowy i przedmiotowy ochrony konsumentów, a w szczególności:

- definicja pakietu zawarta w artykule 2. Przyjęte w niej sformułowanie „wcześniej ustaloną kombinacją usług” nie pozwala na jednoznaczne rozstrzygnięcie – czy cechą tę spełniają imprezy organizowane na życzenie klienta i zgodnie z jego wcześniejszymi życzeniami (tj. takie, w których klient decyduje o rodzaju, standardzie, miejscu, terminie imprezy oraz wchodzących w jej skład usługach). Tym samym nie można jednoznacznie rozstrzygnąć czy ich organizatorzy mają obowiązek respektowania zasad wprowadzonych dyrektywą. Określenie to wprowa-

- dza w błąd, ponieważ jak ustalił Trybunał dyrektywą objęte są również imprezy organizowane na indywidualne zamówienie konsumenta;
- odnoszące się do organizatora imprezy określenie, że zajmuje się on organizacją imprez „*inaczej niż w sposób okazjonalny*”. Pojawia się pytanie – ile imprez powinien zorganizować w ciągu miesiąca, kwartału lub roku, aby można było przyjąć, że organizuje je w sposób inny niż okazjonalny. Określenie to powoduje, że w definicjach przyjmowanych przez państwa członkowskie najczęściej przyjmuje się, że jest to podmiot, który zajmuje się organizacją pakietów w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, co powoduje wyłączenie podmiotów nieprowadzących działalności gospodarczej i jednostek non-profit organizujących pakiety;
 - użycie sformułowania „*organizator lub/i detalista*” powoduje, że dyrektywa nie określa wyraźnie czy wobec konsumenta odpowiedzialność ponosi tylko organizator, czy tylko detalista, czy też obaj, pozostawiając państwom członkowskim swobodę w tym zakresie. Korzystając z tej możliwości niektóre państwa wprowadziły zróżnicowaną odpowiedzialność organizatora i sprzedawcy, co niekiedy powoduje trudności w ustaleniu, który z nich, za jakie szkody jest odpowiedzialny;
 - wątpliwości budzi użyte w definicji pakietu sformułowanie „*inne usługi turystyczne nie związane z transportem ani zakwaterowaniem, stanowiące znaczną część pakietu*”. Dyrektywa nie podaje, bowiem definicji usług turystycznych;
 - zawarte w art. 4 ust. 1 sformułowanie dotyczące obowiązku podawania konsumentowi „*na piśmie lub w innej odpowiedniej formie*” informacji o formalnościach granicznych. Pojawia się pytanie czy ustna informacja podana konsumentowi przez pracownika biura spełnia ten warunek?;
 - za niejasne uznano zawarte w art. 4 ust. 2 ⁶ określenie „*na piśmie lub w innej, zrozumiałej i przystępnej dla konsumenta formie*” i „*kopię tych postanowień*”;
 - nie jest jasne czy wyłączenie obowiązku dostarczania informacji w przypadku umów „*last minute*” dotyczy tylko wyłączenia obowiązku poinformowania o formie umowy (art. 4 ust. 2 pkt b), czy także obowiązku udzielania innych informacji (w szczególności określonych w art. 4 ust. 1 – tj. informacji o wymogach paszportowych i wizowych, przeciwwskazaniach zdrowotnych do udziału w imprezie, miejscu i czasie postojów, danych lokalnego przedstawiciela ...);
 - nieprecyzyjnym przepisem jest art. 4 ust. 3 przyznający konsumentowi prawo transferu dokonanej rezerwacji imprezy pod warunkiem „*odpowiedniego powiadomienia o tym organizatora/detalisty*”⁷. Rodzą się wątpliwości kogo powinien powiadomić konsument (tylko organizatora, tylko detalistę, czy obydwo, czy

⁶ Art. 4 ust. 2 pkt b stanowi „wszystkie postanowienia umowy sporządza się na piśmie lub w innej, zrozumiałej i przystępnej dla konsumenta formie, o której został poinformowany przed zawarciem umowy; konsument otrzymuje kopię tych postanowień”.

⁷ Art. 4 ust. 3 stanowi: Jeżeli zaistnieją przeszkody uniemożliwiające konsumentowi skorzystanie z imprezy turystycznej, może on odstąpić rezerwację osobie, która spełnia wszystkie warunki wymagane do udziału w imprezie – po uprzednim powiadomieniu o swoim zamiarze organizatora lub punktu sprzedaży detalicznej przed datą rozpoczęcia podróży. Osoba przekazująca prawo do uczestnictwa w imprezie i cesjonariusz są odpowiedzialni solidarnie wobec organizatora lub punktu sprzedaży detalicznej za zapłatę nieuiszczonej dotąd sumy oraz za wszystkie dodatkowe koszty wynikłe z takiego przekazania praw.

w konsekwencji wystarczy, że konsument powiadomi jeden z tych podmiotów i warunek powiadomienia jest spełniony); oraz w jakim czasie i w jakiej formie należy dokonać powiadomienia;

- nie jest jasne czy przewidziana w art. 4 ust. 4⁸ dyrektywy możliwość „podwyższenia lub obniżenia ceny imprezy turystycznej” wymaga określenia warunków takiej zmiany w obydwu tych przypadkach, czy jedynie przypadku podwyższenia ceny; nie jest natomiast wymagana w przypadku jej obniżenia;
- użyte w art. 4 ust 4 i 5 określenie „odstąpienie” może być mylone z używanym w dyrektywach konsumenckich określeniem „okres zawieszenia umowy”, które ogólnie określane jest jako „prawo odstąpienia”;
- kolejna wątpliwość dotyczy tego czy przewidziany w art. 4 ust. 7 obowiązek zapłaty odszkodowania „stosownie do okoliczności” w przypadku, gdy po rozpoczęciu podróży część usług nie została wykonana stanowi, niezależną, specyficzną podstawę odpowiedzialności czy wchodzi w skład ogólnych zasad odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przewidzianych w art. 5 ust 2 dyrektywy;
- artykuł 5 dyrektywy nie daje jasnej odpowiedzi, czy zgodnie ze stanowiskiem Trybunału – konsument ma prawo do odszkodowania za szkody niematerialne, takie jak brak zadowolenia na skutek niewykonania lub niewłaściwego wykonania umowy o imprezę turystyczną;
- wątpliwości interpretacyjne budzi również art. 5 ust. 2 upoważniający państwa członkowskie do dopuszczenia możliwości umownego ograniczenia wysokości odszkodowania za szkody – inne niż na osobie – spowodowane niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tzw. „w rozsądnych granicach”;
- kolejnym nieprecyzyjnym przepisem jest art. 6, nakładający na organizatora obowiązek podjęcia starań do polubownego załatwienia zgłoszonej przez konsumenta reklamacji⁹. Postanowienie to jest niezmiernie ogólnikowe. Wynika z niego brak obowiązku posiadania przez organizatora/detalistę lokalnego przedstawiciela, do którego konsument mógłby złożyć skargę. Nie jest w nim także wyjaśnione, co należy rozumieć przez „właściwe rozwiązanie”. Na przykład, jeśli skarga wyda się organizatorowi niezasadniona, czy może on uważać, że niepodjęcie żadnych działań jest właśnie tym „właściwym rozwiązaniem”. Co więcej, z przepisu tego można wyciągnąć wniosek, że organizator/detalista jest zobowiązany jedynie do podjęcia natychmiastowe starania w celu znalezienia właściwego rozwiązania, a nie do rzeczywistego znalezienia takiego rozwiązania.

Na zakończenie należy wspomnieć o problemach pojawiających się przy interpretacji artykułu 7 dyrektywy, zgodnie, z którym „Na wypadek swojej niewypłacalności organizator i/lub sprzedawca detalista, będący stroną umowy, powinni zapewnić dostateczne zabezpieczenie umożliwiające zwrot nadpłaconych pieniędzy oraz po-

⁸ Art. 4 ust. 4 pkt a stanowi „Ceny ustalone w umowie nie podlegają zmianie, chyba że umowa wyraźnie przewiduje możliwość podwyższenia lub obniżenia ceny i precyzyjnie określa sposób jej kalkulacji...”.

⁹ Art. 6 stanowi: „W przypadku reklamacji organizator i/lub sprzedawca detalista lub jego lokalny przedstawiciel, jeżeli taki istnieje, muszą podjąć natychmiastowe starania w celu znalezienia właściwych rozwiązań”.

wrót konsumenta z podróży”. Takie sformułowanie pozostawia państwu członkowskim szerokie możliwości wyboru odpowiednich działań. W „Raporcie...” zwrócono uwagę na fakt, że nie mają one jednak takiej swobody, jeśli chodzi o wyraźnie określony cel tego artykułu, którym jest zapewnienie, aby ochrona dostarczona przez organizatorów lub/i sprzedawców detalistów pokryła całkowity zwrot wniesionych przedpłat i całkowite koszty powrotu klientów do kraju. Przy wdrożeniu dyrektywy państwa członkowskie mają obowiązek uwzględniania stanowiska Trybunału Sprawiedliwości¹⁰ w tej sprawie.

Przytoczone zestawienie w pełni uzasadnia wyciągnięcie wniosku, że wiele przepisów dyrektywy zawiera nieprecyzyjne sformułowania. Ta „nieprecyzyjność” stwarza krajom członkowskim szeroki margines swobody w interpretacji jej postanowień, a co za tym idzie umożliwia przyjmowanie różnych rozwiązań przy wdrażaniu jej poszczególnych przepisów. Tym samym należy uznać, że jest ona powodem, nie zawsze zamierzonego różnicowania zakresu i poziomu ochrony nabywców imprez turystycznych w poszczególnych krajach członkowskich, staje się barierą w handlu pakietami turystycznymi i utrudnia osiągnięcie podstawowego celu dyrektywy jakim jest zniesienie tych barier. To zróżnicowanie staje się niekiedy przyczyną sporów, które znajdują swój finał w Trybunale Sprawiedliwości, jest zatem źródłem rozwoju dorobku prawnego UE w tym obszarze. Włączenie przez państwa członkowskie nieprecyzyjnych przepisów do regulacji krajowych wprawdzie zapewnia im zgodność z dyrektywą, ale jednocześnie przenosi problemy interpretacyjne z poziomu międzynarodowego na poziom krajowy.

¹⁰ Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości państwa członkowskie przy implementacji art. 7 powinny respektować następujące zasady: a) Ochroną musi być objęte całe ryzyko powstające na skutek niewypłacalności organizatorów (włączając w to koszty zakwaterowania, które konsument zmuszony jest zapłacić zanim będzie mógł wrócić do domu). b) Gwarant (może nim być towarzystwo ubezpieczeniowe, instytucja finansowa lub wspólny fundusz gwarancyjny) powinien przejmować nieograniczoną odpowiedzialność. Kwota podlegająca zwrotowi nie może być ograniczona, ani górną kwotą odpowiedzialności, ani maksymalnym udziałem. c) Zabezpieczenie musi być dostarczone przez gwaranta, który sam nie jest narażony na ryzyko skutków/konsekwencji niewypłacalności. Gwarant musi być wystarczająco niezależny od organizatora imprezy i musi posiadać (utrzymywać) wystarczające środki na pokrycia ubezpieczonego ryzyka. d) Ochrona, niezależnie od swojej natury, musi być szybko dostępna. Wszystkie usługi i refundacje przysługujące konsumentom zgodnie artykułem 7 Dyrektywy 90/314 muszą zostać wykonane szybko i bez zbędnej biurokracji. Organy publiczne powinny zabezpieczyć, żeby żaden organizator/sprzedawca nie oferował imprez organizowanych w formie pakietów na rynku, jeśli nie przedstawi dowodu posiadania zabezpieczenia, jakiego wymaga artykuł 7 Dyrektywy 90/314. Niezależnie od tego czy istnieje system licencyjny czy też nie, organy państwowe mają obowiązek stalego monitorowania rynku w celu eliminowania podmiotów, które nie stosują zasad dotyczących zabezpieczenia. e) Powinien istnieć jednolity rynek usług gwarancyjnych wymaganych przez artykuł 7 Dyrektywy o imprezach w formie pakietów. Gwarant (towarzystwa ubezpieczeniowe, instytucje finansowe itp.) powinni mieć zapewnioną swobodę oferowania swoich usług we wszystkich państwach członkowskich Wspólnoty. Prawo krajowe nie może, w nieuzasadniony sposób, rezerwować prawa do oferowania takich usług, tylko pewnym firmom lub instytucjom. f) Państwa członkowskie powinny (bez uszczerbku dla przedstawionych wyżej zasad) wzajemnie uznawać swoje systemy zabezpieczenia, po to aby zapewnić przedsiębiorcom którzy posiadają zabezpieczenie zgodnie z zasadami obowiązującymi w danym państwie członkowskim przez mogli prowadzić działalność w innym państwie członkowskim.

4. Ocena stopnia realizacji celów dyrektywy

Jak już wspomniano, omawiane dokumenty różniły się w ocenie samej dyrektywy. Według „Raportu...” przeprowadzona ocena wdrożenia dyrektywy 90/314 w krajach członkowskich Wspólnoty ujawniła nie tylko pewne niedostatki w regulacjach krajowych, ale również słabości samej dyrektywy. Tym samym uznano konieczność podjęcia działań, których efektem byłoby wypracowanie przez przedstawicieli administracji rządowej państw członkowskich oraz inne zainteresowane podmioty, wspólnej wykładni jej postanowień, a nawet wzięcie pod uwagę możliwość wprowadzenia w niej zmian. Zdaniem autorów „Raportu...”, dyskusja ta powinna koncentrować się wokół następujących zagadnień:

- 1) zakresu dyrektywy – jego ujednoczenie wymaga uściślenia definicji: organizatora, detalisty, konsumenta, pakietu;
- 2) odpowiedzialności organizatorów/detalistów imprez – istnieje potrzeba wyraźnego określenia przez krajowe regulacje kto jest odpowiedzialny wobec konsumenta; postuluje się wprowadzenie wyraźnego stwierdzenia, że detalista, który oferuje do sprzedaży imprezy zorganizowane przez innego (niż on sam) organizatora, działającego w oparciu o przepisy państwa spoza Europejskiego Obszaru Gospodarczego, ponosi odpowiedzialność za ich należyte wykonanie;
- 3) rozważenia potrzeby rozciągnięcia postanowień dyrektywy na obszary dotychczas nią nie objęte, a w szczególności takie jak:
 - zasady jakie powinny być stosowane w przypadku nieuzasadnionego odstąpienia przez konsumenta od umowy,
 - ochrona konsumenta w przypadku podróży lotniczych,
 - ochrona konsumenta korzystającego z transportu publicznego,
 - sprzedaż pakietów za pośrednictwem Internetu.

W „Raporcie...” stwierdzono, że nawet gdyby wszystkie państwa wdrożyły dyrektywę w sposób kompletny i satysfakcjonujący konsumenta to nadal pozostanie otwarta kwestia dalszego podniesienia poziomu tej ochrony, co wymaga rozciągnięcia jej postanowień na dziedziny dotychczas z niej wyłączone.

Inną opinię w sprawie rozszerzenia dyrektywy prezentowali autorzy drugiego z omawianych dokumentów. Według ich oceny dyrektywa nie ma istotnych luk. Ich zdaniem fakt, że jej wdrożenie w państwach członkowskich pociągnęło za sobą istnienie różnic, co do zakresu i poziomu ochrony nie pozwala jednak na wyciągnięcie wniosku, że istnieje pilna potrzeba rozszerzenia jej zakresu. Zwrócili jednak uwagę na fakt, że w tej sprawie nie ma jednomyślności, o czym świadczą wnioski z pierwszego raportu określające podstawowe kierunki proponowanych uzupełnień. (objęcie dyrektywą jednodniowych wycieczek, podróży lotniczych) i zmian (np. wprowadzenie ogólnej zasady dotyczącej anulowania kar umownych, w przypadku, gdy konsument rezygnuje z imprezy bez ważnego powodu).

Istnienie różnic w regulacjach państw członkowskich utrudnia osiągnięcie podstawowego celu dyrektywy, jakim jest usunięcie barier hamujących rozwój rynku imprez turystycznych w UE. Zidentyfikowano, następujące, podstawowe bariery, hamujące transgraniczną sprzedaż imprez:

- wszystkie wprowadzone przez państwa członkowskie dodatkowe wymogi dotyczące informacji zawartych w broszurach, katalogach i umowach, ograniczenia co

formy przekazywania tych informacji oraz formy umowy (tylko pisemna);

- istniejące między państwami członkowskimi różnice odnośnie ograniczenia odpowiedzialności za szkodę spowodowaną niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem usług wchodzących w skład pakietu;
- istotne różnice dotyczące obowiązków sprzedawców detalistów w państwach członkowskich, powodujące, że w jednych państwach nakłada się na nich wszystkie obowiązki organizatora, jeśli sprzedają imprezy organizatorów zagranicznych, a w innych konsumenci, którzy w swoim kraju kupują imprezy organizowane przez organizatorów zagranicznych, mogą dochodzić swoich roszczeń tylko od zagranicznych organizatorów (choć zgodnie z art. 5 konwencji rzymskiej, kwestia taka powinna być rozstrzygana według prawa obowiązującego w państwie, w którym konsument stale przebywa).

Według twórców analizy, dla usunięcia niespójności i niejednoznaczności będących źródłem barier w tranzgranicznym handlu, należy rozważyć wprowadzenie następujących zmian w dyrektywie:

- usunięcie z definicji określenia „wcześniej ustaloną kombinację”, co spowoduje rozszerzenie definicji pakietu na imprezy organizowane na indywidualne życzenie klienta; od decyzji politycznej państw członkowskich zależy rozszerzenie ochrony na nabywców imprez jednodniowych;
- wprowadzenie definicji „konsumenta” stosowanej w prawie konsumenckim UE;
- wprowadzenie definicji organizatora – jako podmiotu zawodowo świadczącego usługi zgodnie z europejskim ustawodawstwem dotyczącym kontraktów, w tym celu należy usunąć określenie „inaczej niż okazjonalnie”;
- wprowadzenie zasady, że organizator jest zawsze odpowiedzialny, niezależnie od tego, czy przepisy nakładają również odpowiedzialność na sprzedawcę detalistę;
- definiowanie wszystkich nieprecyzyjnych określeń takich jak np.: „na piśmie lub w innej odpowiedniej formie”. Tam gdzie to możliwe użycie określeń stosowanych w innych dyrektywach takich, jak np. „dowolny trwały nośnik”, użycie tego określenia pozwoliłoby na dostosowanie terminologii do wymogów dyrektywy o handlu elektronicznym;
- wyraźne ustalenie, czy przypadku umów „last minute” muszą być dostarczane szczegółowe informacje dotyczące imprezy, które zgodnie z art. 3 ust 2 dyrektywy powinny być podane w broszurach/katalogach oraz informacje o wymogach paszportowych i wizowych zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt a;
- wyraźne określenie, że sformułowanie „po uprzednim powiadomieniu o swoim zamiarze organizatora lub detalisty” zawarte w art. 4 ust. 3 stwarza możliwość wyboru konsumentowi (a nie państwom członkowskim), a ponadto wyraźne stwierdzenie, że określenie „uzasadnione powiadomienie” odnosi się do terminu, w jakim konsument powinien powiadomić organizatora o odstąpieniu rezerwacji innej osobie oraz określenia jaki to jest termin; państwa członkowskie nie muszą wprowadzać formalnych wymogów (np. formy pisemnej) dla takiego powiadomienia;
- ustalenie, że określenie zawarte w art. 4 ust. 4 „podwyższenie lub obniżenia ceny” odnosi się do obu przypadków (tj. nie pozostawia państwom członkowskim swo-

body w tym zakresie); dla usunięcia tej wątpliwości proponują wprowadzenie „i” zamiast „lub”;

- wyraźne określenie czy przewidziany w art. 4 ust. 7 dyrektywy obowiązek naprawienia szkody w przypadku, „gdy część usług objętych imprezą nie została zrealizowana lub organizator przewiduje, że nie będzie w stanie zrealizować znacznej ich części” stanowi, niezależną, szczególną podstawę odpowiedzialności, czy też wchodzi w skład ogólnych zasad odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przewidzianych w art. 5 ust. 2. dyrektywy;
- wyraźne stwierdzenie, że art. 5 dyrektywy gwarantuje konsumentom również prawo do zadośćuczynienia za szkody niematerialne, w szczególności za „*utratę przyjemności*”;
- uregulowanie przewidzianej w dyrektywie możliwości ograniczenia odpowiedzialności organizatora za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usług wchodzących w skład pakietu;
- wprowadzenie ogólnej zasady zobowiązującej państwa członkowskie do wprowadzenia odpowiednich i skutecznych środków ochrony interesów konsumenta, zgodnych z dyrektywą.

Dla zapewnienia, że państwa członkowskie nie będą mogły wprowadzać dodatkowych instrumentów ochrony, które stwarzałyby bariery w handlu, należy rozważyć możliwość pełnej harmonizacji większości najbardziej wrażliwych obszarów, takich jak:

- rodzaj i zakres informacji, jakie muszą być dostarczone konsumentowi przed zawarciem umowy, treść broszur, wymogi formalne dotyczące obowiązków informacyjnych;
- możliwość zamieszczania klauzul wyłączających odpowiedzialność.

5. Wnioski

Przeprowadzona analiza potwierdziła istnienie między państwami członkowskimi większych, niż zakładano, różnic dotyczących zakresu podmiotowego i przedmiotowego, a także poziomu ochrony nabywców imprez turystycznych. Z tego względu nie udało się w pełni zrealizować podstawowego celu dyrektywy, jakim jest usunięcie barier w handlu pakietami turystycznymi na rynku wewnętrznym UE. Jak wykazano bariery te nadal istnieją, a ich przyczyną są różnice w regulacjach prawnych poszczególnych państw członkowskich dotyczących ochrony konsumentów imprez turystycznych. Ich usunięcie wymaga podwyższenia poziomu harmonizacji regulacji prawnych wdrażających dyrektywę poprzez usunięcie występujących w niej nieścisłości.

Wdrożenie dyrektywy spowodowało, że w państwach członkowskich istnieje wiele wariantów wprowadzonego przez dyrektywę 90/314 modelu ochrony interesów nabywców imprez turystycznych. Jego głównymi elementami są: zbliżony zakres informacji przekazywanej konsumentom; zbliżona treść umowy zawieranej z konsumentem; zbliżony rodzaj i zakres odpowiedzialności organizatora/detalisty; zbliżony poziom ochrony konsumenta na wypadek niewypłacalności organizatora imprezy. Jednakże model ten wykazuje różnice, odnośnie poziomu i zakresu ochrony w ramach poszczególnych elementów.

*Mirosław Nesterowicz****Projekt regulacji umowy o podróż w kodeksie cywilnym******1. Proponowana regulacja****Tytuł XV¹ Umowa o podróż**

Art. 646¹. § 1. Przez umowę o podróż organizator podróży zobowiązuje się w zakresie prowadzonego przedsiębiorstwa do wykonania na rzecz podróżnego całości usług określonych programem podróży w zamian za łączne wynagrodzenie, niezależnie od tego czy wystawiono jeden czy kilka rachunków na poszczególne usługi tej samej podróży.

§ 2. Program podróży powinien przewidywać co najmniej przewóz i zakwaterowanie podróżnego albo jedną z tych usług wraz z inną usługą, nie związaną z przewozem i zakwaterowaniem, a stanowiącą znaczącą część podróży, w tym usługę trwającą ponad dobę albo obejmującą nocleg.

§ 3. Organizator podróży ma także obowiązek zapewnienia podróżnemu bezpieczeństwa w czasie świadczenia usług.

§ 4. Za organizatora uważa się także osobę, która zawiera umowę we własnym imieniu, lecz na rachunek innej osoby.

§ 5. Za podróżnego uważa się osobę, która bierze udział w podróży na podstawie umowy przez nią zawartej, umowy zawartej na jej rzecz albo przejęcia praw i obowiązków podróżnego od innej osoby.

Art. 646². § 1. Przed zawarciem umowy o podróż i przed rozpoczęciem podróży organizator podróży jest obowiązany udzielić podróżnemu informacji, określonych w przepisach szczególnych.

§ 2. Informacje zawarte w szczególności w broszurach, folderach, katalogach, wiążą organizatora, chyba że o ich zmianach podróżny został wyraźnie powiadomiony przed zawarciem umowy o podróż albo że zmiany te wprowadzono później zgodnie z porozumieniem stron umowy.

Art. 646³. Umowa o podróż powinna być zawarta na piśmie i określać:

- 1) organizatora podróży i podróżnego;
- 2) miejsce pobytu, trasę i czas trwania podróży;
- 3) program podróży obejmujący rodzaj, jakość i terminy oferowanych usług, w tym:
 - a) rodzaj, charakter i kategorię środka transportu oraz datę, godzinę, miejsce wyjazdu i powrotu,

* Prof. dr hab. Mirosław Nesterowicz - Katedra Prawa Cywilnego i Międzynarodowego Obrotu Gospodarczego Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu.

** Projekt autorski przygotowany na zlecenie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego (wersja na 24 września 2007 r.). Ma być on podstawą dalszych prac KKPC mających na celu opracowanie przepisów kodeksu cywilnego regulujących umowę o podróż.

- b) położenie, rodzaj i kategorię obiektu hotelarskiego zgodnie z przepisami kraju pobytu lub opis innych miejsc zakwaterowania,
 - c) ilość i rodzaj posiłków,
 - d) program zwiedzania, wycieczki i inne usługi w ramach wynagrodzenia;
- 4) wynagrodzenie za podróż i sposób jego zapłaty, wskazanie innych opłat, obciążających podróżnego poza wynagrodzeniem za podróż, a także okoliczności uzasadniających podwyższenie wynagrodzenia zgodnie z art. 646⁴;
 - 5) rodzaj i zakres ubezpieczenia podróżnych oraz nazwę i adres ubezpieczyciela;
 - 6) termin zawiadomienia podróżnego na piśmie o ewentualnym odwołaniu podróży z powodu niewystarczającej liczby zgłoszeń, jeżeli realizacja podróży jest uzależniona od minimalnej liczby zgłoszeń, wskazanej w umowie;
 - 7) termin zawiadomienia o przeniesieniu przez podróżnego praw i obowiązków;
 - 8) sposób i termin zgłoszenia przez podróżnego reklamacji w związku z wykonywaniem usług w ramach umowy o podróż przez organizatora podróży, osoby działające w jego imieniu lub na jego rzecz;
 - 9) wymagania specjalne, o których podróżny powiadomił organizatora podróży lub jego agenta na które strony się zgodziły.

Art. 646⁴. § 1. Wynagrodzenie za podróż nie może być podwyższone, chyba że przewidziano to w umowie, a organizator podróży wykaże, iż podwyższenie spowodował wzrost kosztów transportu albo opłat urzędowych, podatków lub opłat za usługi lotniskowe, załadunkowe, przeładunkowe w portach morskich, lotniczych albo wzrost kursu walut.

§ 2. Jeżeli na skutek wyżej wymienionych okoliczności wynagrodzenie zostanie podwyższone powyżej dziesięciu procent, podróżny może odstąpić od umowy bez odszkodowania.

§ 3. Na dwadzieścia dni przed rozpoczęciem podróży nie można podwyższyć wynagrodzenia ustalonego w umowie.

Art. 646⁵. § 1. Podróżny może odstąpić od umowy przed rozpoczęciem podróży. Organizator może żądać wówczas tylko zapłaty zastrzeżonej kary umownej, zależnej od terminu odstąpienia. Podobne uprawnienie przysługuje organizatorowi odstepującemu od umowy z przyczyn dotyczących podróżnego.

§ 2. Podróżny może przenieść swoje prawa i obowiązki z umowy na rzecz osoby, która spełnia wszelkie warunki udziału w podróży, zawiadamiając o tym organizatora przed rozpoczęciem podróży w terminie określonym w umowie. Odpowiadają oni solidarnie wobec organizatora podróży za zapłatę wynagrodzenia oraz dodatkowe koszty spowodowane zmianą uczestnika podróży.

Art. 646⁶. § 1. W razie zmiany terminu podróży lub istotnej zmiany jej programu przed rozpoczęciem podróży, o czym organizator powinien podróżnego niezwłocznie zawiadomić, podróżny może od umowy odstąpić bez obowiązku zapłaty kary umownej. W takim przypadku, a także w razie odwołania podróży przez organizatora, organizator może zaoferować podróżnemu zawarcie umowy o podróż zastępczą, rów-

norzędą lub o wyższym standardzie. W przypadku niższego standardu podróży zastępczej podróżny ma prawo do zwrotu różnicy wynagrodzenia.

§ 2. W razie niezawarcia umowy o podróż zastępczą podróżny może żądać odszkodowania w wysokości dziesięciu procent wynagrodzenia za podróż będącą przedmiotem umowy, chyba że zmiany w umowie lub odwołanie podróży zostały spowodowane okolicznościami, za które organizator podróży nie ponosi odpowiedzialności.

§ 3. Odszkodowanie, o którym mowa w paragrafie poprzednim, nie należy się, jeżeli odwołanie podróży nastąpiło z powodu zgłoszenia się mniejszej liczby uczestników niż liczba minimalna określona w umowie, a organizator powiadomił o tym podróznemu na piśmie w uzgodnionym terminie.

Art. 646⁷. § 1. Organizator podróży, który w czasie jej trwania nie może spełnić świadczenia objętego programem obowiązany jest zaoferować podróznemu świadczenie zastępcze. Jeżeli takie świadczenie spełnione za zgodą podróznego jest niższej jakości od określonego w programie podróży, podróżny może żądać odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia.

§ 2. Jeśli organizator podróży nie wykonuje istotnej części programu podróży na skutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność, podróżny może żądać odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia albo od umowy odstąpić. W tym ostatnim wypadku organizator podróży zobowiązany jest na swój koszt zapewnić podróznemu powrót do miejsca rozpoczęcia podróży lub innego uzgodnionego miejsca.

Art. 646⁸. § 1. Organizator podróży jest obowiązany do naprawienia wyrządzonej podróznemu szkody i zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę, wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o podróż, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest spowodowane działaniem lub zaniechaniem podróznego albo lub osób trzecich, nieuczestniczących w wykonywaniu usług przewidzianych w umowie, jeżeli tego działania lub zaniechania nie można było przewidzieć ani uniknąć albo siłą wyższą.

§ 2. Sąd może również przyznać podróznemu odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za zmarnowany urlop i utratę lub zmniejszenie przyjemności podróży. Suma ta nie może przekraczać wynagrodzenia za podróż.

§ 3. Wyłączenie odpowiedzialności organizatora podróży w przypadkach wymienionych w § 1 nie zwalnia go od obowiązku udzielenia w czasie podróży pomocy podróznemu.

Art. 646⁹. § 1. Organizator podróży, który sam spełnia usługi przewozu, usługi hotelarskie lub jakiegokolwiek inne związane z podróżą albo powierza dokonanie tych usług innym osobom, ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną podróznemu przy dokonywaniu tych usług zgodnie z przepisami regulującymi te usługi.

§ 2. W tym samym stopniu, w jakim organizator podróży wynagrodzi podróznemu szkodę, ma zwrotne roszczenie do osoby odpowiedzialnej za szkodę.

Art. 646¹⁰. § 1. Odszkodowanie za szkodę wyrządzoną podróznemu może być ograniczone w umowie o podróż wówczas, gdy przewiduje to umowa międzynarodowa, której stroną jest Rzeczpospolita Polska.

§ 2. Organizator podróży może w umowie o podróż ograniczyć wysokość odszkodowania za szkody wyrządzone podróżnemu na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania usług w czasie podróży do dwukrotności wynagrodzenia za podróż.

§ 3. Ograniczenie, o którym mowa w paragrafie poprzednim nie stosuje się do szkód na osobie ani szkód wyrządzonych z winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa organizatora albo osób, za które ponosi odpowiedzialność oraz szkód wyrządzonych w związku z wykonywaniem usług, za które organizator ponosi odpowiedzialność zgodnie z przepisami regulującymi te usługi.

Art. 646¹¹. § 1. Roszczenia podróżnego i organizatora podróży przedawniają się z upływem roku od dnia, w którym podróż się zakończyła lub zgodnie z umową podróż miała się zakończyć.

§ 2. Roszczenia o naprawienie szkody wynikłej na skutek uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia albo śmierci podróżnego przedawniają się z upływem lat trzech od dnia, w którym nastąpiło zdarzenie wyrządzające szkodę.

§ 3. Terminów określonych w § 1 i 2 nie stosuje się, jeżeli organizator sam spełnia usługi, do których stosują się szczególne terminy przedawnienia przewidziane przez przepisy regulujące te usługi.

Art. 646¹². Strony umowy nie mogą dokonać wyboru prawa obcego, jeżeli prowadziłoby to do wyłączenia lub ograniczenia odpowiedzialności organizatora podróży wobec podróżnego przewidzianej w polskim prawie lub w umowach międzynarodowych, których Rzeczpospolita Polska jest stroną.

Art. 646¹³. Postanowienia umowy mniej korzystne dla podróżnego są nieważne. Zamiast nich stosuje się postanowienia niniejszego tytułu.

Art. ... Przez określenie umowa o imprezę turystyczną o treści przewidzianej w art. 646 § 1 i § 2 kodeksu cywilnego, używane w innych przepisach, należy rozumieć umowę o podróż regulowaną w niniejszej ustawie.

Art. ... W ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (Jedn. tekst Dz.U.z 2004 r., Nr 223, poz. 2268) uchyla się art. 11, art., 11a, art. 11b. art. 14.1., art. 14.2., art. 14.5., art. 14.6., art. 14.7., art. 16, art. 16a, art. 16b, art. 17, art. 19.

2. Uwagi

1. Projekt „umowy o podróż” w kodeksie cywilnym jest oparty na Dyrektywie 90/314 EWG z 13 VI 1990 r. o podróżach turystycznych za cenę zryczałtowaną, ustawie z 29 VIII 1997 r. o usługach turystycznych (Dz.U. Jedn. tekst z 2004 r., Nr 223, poz. 2268), projektach Komisji Kodyfikacyjnej i prof. E. Łętowskiej (opubl. w książce E. Łętowskiej, Prawo umów konsumenckich, Warszawa 1999, s. 606 i n.). Autor przejrzał również ustawy innych państw Unii Europejskiej, a zwłaszcza prawo francuskie, angielskie, niemieckie, czeskie i węgierskie. Ustawy europejskie stanowią na ogół wierne kopie Dyrektywy, choć niektóre z nich w pewnych punktach odbiegają tak dalece, że można mieć wątpliwości, czy są zgodne z Dyrektywą (np. RFN, Węgry, Austria). Projekt jest wyrazem wiedzy, poglądów i doświadczeń Autora w dziedzinie turystyki (był m.in. przez wiele lat wiceprezesem Rady Nadzorczej

jednego z większych polskich biur podróży i negocjował kontrakty z zagranicznymi biurami podróży w wielu krajach świata). Jakkolwiek Polska była zobowiązana do implementacji wymienionej Dyrektywy, to trzeba pamiętać, że polskie biura podróży organizują wycieczki również do krajów pozaeuropejskich, w których regulacje prawne odbiegają od prawa europejskiego. Przy unormowaniu umowy o podróż nie można brać pod uwagę wyłącznie ochrony konsumenta pomijając zupełnie interesy biur podróży.

Autor przeniósł, z niewielkimi zmianami, do projektu przepisy cyt. ustawy, dotyczące ochrony klienta (art. 11-19a). Pozostawił w ustawie przepisy art. 12.1, 12.1a, 13, 14.2a, 14.3, 14.4 dotyczących obowiązków informacyjnych przedkontraktowych organizatora podróży lub osób działających w jego imieniu oraz „obok-kontraktowych”. W projekcie wskazuje na nie art. 646² k.c. Odnoszą się one zresztą nie tylko do umowy o podróż, lecz także do pojedynczych usług turystycznych (np. gdy klient rezerwuje w biurze podróży hotel za granicą albo dokonuje najmu samochodu, który zostanie mu podstawiony po przybyciu samolotem na lotnisko lub do hotelu w danym kraju). Dlatego przepisy te powinny zostać w ustawie.

2. Dyrektywa 90/314 pozwala na zwiększenie ochrony konsumenta w prawie krajowym ponad przyjęte w niej postanowienia. Wiele kwestii jednak nie reguluje pozostawiając je krajom członkowskim. Autor projektu starał się jak najściślej uwzględnić postanowienia Dyrektywy, natomiast inne regulacje nie naruszają Dyrektywy.

3. Wywołać może spory art. 646⁹ k.c., a więc odwołanie się do przepisów regulujących poszczególne usługi, skoro - jak się twierdzi - umowa o podróż ma charakter „pakietowy”. Nie wyobrażam sobie jednak, jak sąd może rozstrzygnąć prawidłowo roszczenia odszkodowawcze podróżnego za szkodę w przewozie morskim, lotniczym, kolejowym międzynarodowym czy za kradzież rzeczy w hotelu, jeśli nie sięgnie do odpowiednich przepisów (konwencji czy odpowiedzialności hoteli za rzeczy wniesione). Biuro podróży będące przewoźnikiem umownym przy czarterze statku morskiego lub samolotu czy korzystające z hotelu (własnego lub należącego do innego podmiotu) nie może odpowiadać na innych zasadach niż przewoźnik i hotelarz - według polskiego prawa i ratyfikowanych konwencji (por. M. Nesterowicz, Odpowiedzialność biura podróży za osoby trzecie, w: Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara, Kraków 2004, s. 378). Nie można też pomijać zupełnie, jak to czynią niektórzy, że Dyrektywa mówiąc o odpowiedzialności organizatora podróży wobec konsumenta stanowi, że musi to być „bez uszczerbku dla prawa organizatora do dochodzenia roszczeń przeciwko innym osobom świadczącym usługi” (art. 5.1. *in fine*). Jeżeli więc biuro podróży-organizator będzie odpowiadać w szerszym zakresie aniżeli usługodawca, to oczywiście nie będzie miało prawa do regresu albo regres będzie ograniczony. To jest trudny problem, który nie został w Dyrektywie dobrze rozwiązany.

Nie postuluje przy tym przywrócenia krytykowanego i uchylonego art. 18 ustawy o usługach turystycznych, który przewidywał, że organizator podróży może ograniczyć swoją odpowiedzialność według przepisów obowiązujących w kraju pobytu, w odniesieniu do usług świadczonych przez miejscowych usługodawców, co byłoby słuszne. Jeśli np. polskiemu turyście ukradziono pieniądze z pokoju w hotelu górskim w Szwajcarii (gdzie przebywali na nartach turyści różnych nacji), za co hotelarz

nie odpowiada, chyba że zachodzi jego wina własna lub jego personelu, to biuro podróży-organizator poniesie wobec uczestnika wycieczki odpowiedzialność według polskiego prawa (art. 846 i n. k.c.) bez możliwości dochodzenia regresu i bez ubezpieczenia tego rodzaju szkody, gdyż umowa ubezpieczenia bagażu i rzeczy ruchomych wyłącza odpowiedzialność ubezpieczyciela za pieniądze, kosztowności itp.

4. Konsekwencją art. 646⁹ § 1 jest art. 646¹⁰ § 3, w którym wyłącza się ograniczenie odszkodowania za usługi, których dokonuje sam organizator podróży, gdyż wtedy ograniczenia wynikają z przepisów regulujących te usługi.

5. Odpowiednio do tego przyjęto terminy przedawnienia w art. 646¹¹ § 3. Jeśli bowiem organizator jest przewoźnikiem morskim czy lotniczym, to za szkody w przewozie przedawnienie powinno być takie, jak w przepisach regulujących ten przewóz. Nie mogą być inne terminy przedawnienia wobec przewoźnika umownego (biura podróży przy czarterze) niż przewoźnika faktycznego (przedsiębiorstwa przewozowego), gdyż naruszałoby to konwencje międzynarodowe.

W razie szkód na osobie (art. 646¹¹ § 2) nie przyjęto terminów przedawnienia z art. 442 k.c., gdyż przepis ten dotyczy odpowiedzialności deliktowej.

Oczywiście odpowiedzialność kontraktowa biura podróży nie wyłącza odpowiedzialności deliktowej (art. 443 k.c.), zwłaszcza w razie szkód na osobie. Wtedy do roszczeń poszkodowanego odnosić się będzie art. 442 k.c.

6. Jeżeli kara umowna zastrzeżona przez organizatora (art. 646⁵ § 1) będzie rażąco wygórowana, podróżny może żądać jej zmniejszenia (art. 483 § 2 k.c.). Ponadto podróżny może zawrzeć umowę ubezpieczenia od kosztów rezygnacji z podróży. Nie można natomiast w ustawie określać wysokości kary umownej w razie odstąpienia od umowy przez podróżnego, gdyż ta wysokość musi zależeć od terminu odstąpienia, rodzaju przewozu (np. czarteru samolotu) i charakteru usług hotelarskich (np. czarteru pokoi przez biuro podróży w hotelu za granicą). Żadna z ustaw europejskich tego nie dokonuje.

7. Nie reguluje się skutków rozliczeń pomiędzy stronami w razie odstąpienia od umowy oraz niemożliwości świadczenia z uwagi na art. 492-495 k.c. (umowy wzajemne).

8. Unormowanie w art. 646⁸ § 1 zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną przez podróżnego szkodę niemajątkową - krzywdę („zmarnowanie urlopu, utratę przyjemności podróży”) jest konsekwencją orzeczenia ETS w sprawie Leitner (zob. M. Nesterowicz, Zadośćuczynienie pieniężne za „zmarnowany urlop” podczas wycieczki turystycznej, PiP 10/2002). W braku unormowania w k.c. zadośćuczynienia *ex contractu*, regulacja ta jest potrzebna, podobnie jak to uczynił w 2003 r., po sprawie Leitner, ustawodawca austriacki w ustawie o ochronie konsumentów.

9. W art. 646¹ § 3 normuje się obowiązek organizatora zapewnienia podróżnemu bezpieczeństwa w czasie świadczenia usług (por. art. 776 k.c.), co jest powszechnie w doktrynie i orzecznictwie przyjęte (zob. M. Nesterowicz, Prawo turystyczne, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 82-86).

10. Pozostaje jeszcze kwestia terminologii. „Umowa o podróż” („*contract of travel*”, „*le contrat de voyage*”) jest od wielu lat powszechnie przyjęta na świecie. Jednakże w Dyrektywie 90/314 pojawiło się pojęcie pakietu – „*packages*” (*package travel, package holidays, package tours*). W Polsce od prawie 10 lat upowszechniło

się pojęcie prawne „impresy turystycznej”, określone w art. 3 pkt 2 ustawy o usługach turystycznych (o treści odpowiadającej pojęciu „umowy o podróż”) i przyjęte w licznych kolejnych przepisach tej ustawy, a także w wydanych na jej podstawie rozporządzeniach oraz w art. 202 pkt 6 ustawy z 3 VII 2002 r. – prawo lotnicze (Dz.U. Nr 130, poz. 112). Pojęcie „impresy turystycznej” jest również stosowane przez biura podróży (w broszurach, katalogach, folderach, a także w różnych dokumentach). Rozporz. Ministra Infrastruktury z 3 II 2004 r. w sprawie przewozów lotniczych w ramach imprez turystycznych oraz przewozów czarterowych (Dz.U. Nr 23, poz. 204) używa zamiennie pojęcia „pakiet” i „impresja turystyczna”.

Zamiana pojęcia „impresja turystyczna” na „podróż” byłaby zbyt trudna. Wymagałaby nowelizacji licznych przepisów i wyrzucenia pojęcia „impresy turystycznej” z praktyki, co się nie uda. Rozwiązanie może więc być – m.zd. – dwojakie:

- nie dokonywać żadnych zmian, a doktryna i orzecznictwo uzna, że oba pojęcia są tożsame. Tak zrobiono w Czechach i na Węgrzech, gdzie w przepisach administracyjnych dotyczących „*conditions of business activities in the field of tourism*” występuje pojęcie „*package tours*”, a w kodeksie cywilnym (Czechy) lub w odrębnej ustawie (Węgry) „*travel contract*”. Treść obu pojęć jest tożsama;
- wprowadzić pojęcie „impresy turystycznej” do tytułu XV¹ jako łącznika z ustawą o usługach turystycznych i innymi przepisami, np. Art. 646¹ § 1. Przez umowę o podróż **określoną w przepisach szczególnych jako impresja turystyczna**, podróżny zobowiązuje się (jak w projekcie), albo § 2. Program podróży, **określonej w przepisach szczególnych jako impresja turystyczna**, powinien przewidywać (jak w projekcie).

11. Nie jest moim celem wskazywanie tu odstępstw od Dyrektywy w ustawodawstwach państw członkowskich UE. Jednak dla przykładu wskażę na rażące naruszenie Dyrektywy przez Austrię w 2003 r., po sprawie Leitner. Cytowany poniżej przepis przewiduje odpowiedzialność organizatora podróży na zasadzie winy za „zmarnowany urlop”, podczas gdy Dyrektywa przyjmuje odpowiedzialność na zasadzie ryzyka.

„Austria: § 31e ust. 3 ustawy o ochronie konsumentów (Konsumentenschutzgesetz) z dnia 8 marca 1979 r., BGBl 1979/140 idF BGBl 2004/62 (dodany w 2003 r.).

Wenn der Reiseveranstalter einen erheblichen Teil der vertraglich vereinbarten Leistung nicht erbracht hat und dies auf einem dem Reisveranstalter zurechenbaren Verschulden beruht, hat der Reisende auch Anspruch auf angemessenen Ersatz der entgangenen Urlaubsfreude. Bei der Bemessung dieses Ersatzanspruches ist insbesondere auf die Schwere und Dauer des Mangels, den Grad des Verschuldens, den vereinbarten Zweck der Reise sowie die Höhe des Reisepreises Bedacht zu nehmen”.

Jeżeli organizator podróży ze swojej winy nie wykona znacznej części określonego w umowie świadczenia, uczestnikowi podróży przysługuje również roszczenie o stosowne odszkodowanie za utraconą przyjemność z urlopu. Przy ustalaniu odszkodowania bierze się pod uwagę w szczególności ciężar i czas trwania braku, stopień zawinięcia, uzgodniony cel podróży oraz cenę podróży.

Bogusława Gnela*

Zakres podmiotowy przepisów ustawy o usługach turystycznych dotyczących ochrony klienta (konsumenta) a zakres podmiotowy umowy o imprezę turystyczną

1. Wprowadzenie

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych¹, implementująca dyrektywę 90/314/EWG z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek², definiuje w sposób niedoskonały usługi turystyczne jako „usługi przewodnickie, usługi hotelarskie oraz wszystkie inne usługi świadczone turystom lub odwiedzającym” (art. 3 pkt 1 u.u.t.). Natomiast w myśl art. 3 pkt 2 u.u.t., impreza turystyczna obejmuje co najmniej dwie usługi turystyczne tworzące jednolity program i objęte wspólną ceną, jeżeli usługi te obejmują nocleg lub trwają ponad 24 godziny albo jeżeli program przewiduje zmianę miejsca pobytu.

Dyrektywa 90/314/EWG nie definiuje usługi turystycznej tylko pojęcie imprezy turystycznej. W myśl art. 2 pkt 1 tej dyrektywy impreza turystyczna oznacza wcześniej ustaloną kombinację nie mniej niż dwóch wymienionych w tym przepisie usług „sprzedawanych lub oferowanych do sprzedaży w łącznej cenie o okresie ich świadczenia dłuższym niż 24 godziny lub obejmującym nocleg”. Z punktu widzenia prawa cywilnego nie chodzi tu o sprzedaż, ani o cenę, lecz o świadczenie „zestawionych” usług turystycznych, za które należy się łączne wynagrodzenie. Wypada zatem żałować, że art. 3 pkt 2 u.u.t. będący efektem harmonizacji z art. 2 pkt 1 dyrektywy 90/314/EWG, również posługuje się pojęciem ceny.

Celem opracowania nie jest analiza treści usług turystycznych³, w tym imprezy turystycznej⁴. Warto jednak podkreślić, że dyrektywa 90/314/EWG dotyczy imprez turystycznych a ustawa o usługach turystycznych – także innych usług turystycznych. Natomiast celem opracowania jest ustalenie, czy podmiotowy zakres przepisów dotyczących ochrony klienta w ustawie o usługach turystycznych jest zgodny z zakresem podmiotowym dyrektywy 90/314/EWG oraz – jak daleko ten podmiotowy zakres ochrony wykracza poza zakres podmiotowy umowy o imprezę turystyczną. Te ustalenia pozwolą na zgłoszenie odpowiednich postulatów i uzasadnienie stwierdzenia, że skoro w polskim prawie ochrona klienta (konsumenta) nie powinna być łączona tylko z pojęciem słabszej strony umowy, to propozycje uregulowania w kodeksie cywilnym umowy o podróż⁵ (umowy o imprezę turystyczną) pośród przepisów dotyczących innych umów nazwanych, powinny być jeszcze dogłębnie rozważone.

* Dr hab. Bogusława Gnela, prof. nadzw. - Katedra Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie.

¹ T. jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 223, poz. 2268 ze zm.

² Dz. Urz. WE L 158 z dnia 23 czerwca 1990 r.

³ Zdefiniowanie tych usług jest trudnym zadaniem – zob. np. J. Raciborski, *Usługi turystyczne. Przepisy i komentarz*, Warszawa 1999, s. 15 i n.

⁴ W literaturze tę umowę nazywa się często umową o podróż – np. M. Nesterowicz, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2004, s. 771 i n.

⁵ Np. M. Nesterowicz, [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 803 – 804.

W przeciwnym razie może dojść do dalszego „rozcłonkowania” przepisów dotyczących ochrony klienta usług turystycznych (imprezy turystycznej).

2. Zakres podmiotowy dyrektywy 90/314/EWG

2.1. Pojęcie konsumenta

W myśl art. 2 pkt 4 dyrektywy 90/314/EWG „konsument” oznacza osobę, która nabywa lub wyraża zgodę na wykupienie podróży („główny kontrahent”) albo osobę, na rzecz której główny kontrahent zgodził się nabyć podróż („inna osoba uprawniona”), albo osobę, której główny kontrahent lub inna osoba uprawniona przekazała podróż („cesjonariusz”). W tekście dyrektywy w języku polskim (uznawanym za tekst autentyczny), ta definicja brzmi: „konsument” oznacza każdego, kto nabywa imprezę turystyczną lub wyraża zgodę na jej nabycie („główny kontrahent”) lub osobę, w imieniu której główny kontrahent wyraża zgodę na nabycie imprezy („inni beneficjenci”) bądź osobę, na którą główny kontrahent lub którykolwiek z innych beneficjentów przenosi prawa do udziału w imprezie („cesjonariusz”).

Z przytoczonej definicji wynika, że konsumentem jest nie tylko strona umowy o imprezę turystyczną. Niewątpliwie pojęcie „główny kontrahent” obejmuje konsumentów, którzy już stali się stroną umowy o imprezę turystyczną („nabyli imprezę turystyczną”), którą zawarli na swoją rzecz (we własnym imieniu, dla siebie), jak i w imieniu własnym na rzecz innej osoby (np. pracodawca na rzecz pracowników – umowa o świadczenie na rzecz osoby trzeciej). W tym pojęciu mieści się także podmiot, który zawarł umowę o imprezę turystyczną w imieniu innej osoby (czyli przedstawiciel beneficjenta), co budzi uzasadnione wątpliwości, ale wynika z zestawienia tego pojęcia z definicją „beneficjenta”. Zakres podmiotowy zwrotu „główny kontrahent” powinien objąć także osoby, które dopiero zamierzają zawrzeć umowę o imprezę turystyczną („nabywają imprezę”). Odmienna wykładnia pozbawiłaby statusu konsumenta osobę, która w fazie „przedkontraktowej” zasięga informacji o imprezie turystycznej, a którą dyrektywa i tak nazywa konsumentem (np. art. 3 i 4 dyrektywy 90/314 EWG).

Konsumentami są także „inni beneficjenci”. W tekście dyrektywy w języku polskim, pod pojęciem „inni beneficjenci” rozumie się „osobę, w imieniu której główny kontrahent wyraża zgodę na nabycie imprezy”. W istocie taka osoba (beneficjent) jest stroną umowy o imprezę turystyczną. Jednakże trudności w ustaleniu co oznacza zwrot „wyraża zgodę na nabycie imprezy” powoduje, że za beneficjenta należy uznać także osobę trzecią, na rzecz której umowa została zawarta. Czym innym jest działanie w imieniu innej osoby, a czym innym zawarcie umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej. W pierwszym wypadku stroną umowy o imprezę turystyczną jest osoba, w imieniu której „główny kontrahent” zawarł tę umowę, w drugim – stroną umowy jest „główny kontrahent”, a osoba trzecia (beneficjent) ma prawo korzystać ze świadczeń wynikających z umowy o imprezę turystyczną. Wreszcie konsumentem w myśl dyrektywy 90/314/EWG jest „cesjonariusz” czyli osoba, na którą „główny kontrahent” lub którykolwiek z „innych beneficjentów” przenosi prawa do udziału w imprezie. Status prawny „cesjonariuszy” może być różny (np. jeżeli ceden-

tem jest stroną umowy o imprezę turystyczną, to cesjonariusz staje się stroną tej umowy).

Definicja konsumenta zawarta w dyrektywie 90/314/EWG jest bardzo nieprecyzyjna, pozwala jednak stwierdzić, że w istocie stroną umowy o imprezę turystyczną są niektórzy „główni kontrahenci”, niektórzy „beneficjenci”, niektórzy „cesjonariusze” oraz, że konsumentem jest nie tylko strona umowy o imprezę turystyczną. Warto porównać ten szeroki zakres podmiotowy pojęcia konsument z analogicznym pojęciem występującym w innych przepisach prawa wspólnotowego.

W pierwotnym⁶ prawie wspólnotowym, podobnie jak w wielu aktach prawa pochodnego, zaliczanego do prawa konsumenckiego, pojęcie konsumenta nie jest w ogóle zdefiniowane. Natomiast te akty prawa pochodnego, które zawierają definicję konsumenta, nie ujmują jej w sposób jednakowy (o czym dalej). Pojęcie konsumenta występuje także w dokumentach „wspólnotowych” dotyczących polityki ochrony konsumentów. Wyznaczają one model konsumenta jako wzorzec podmiotu, do którego adresowane jest prawo. Jest to wzorzec konsumenta świadomego i krytycznego, korzystającego z adresowanych wobec niego informacji i edukacji (ten wzorzec akceptuje także ETS)⁷. Europejska koncepcja ochrony konsumentów nie opiera się na ich uprzywilejowaniu lecz na regulacji ich statusu jako podmiotów, którzy mają prawo do wolnego wyboru i właściwej informacji (dlatego mówi się o europejskim prawie konsumenckim a nie o prawie ochrony konsumenta)⁸. Wolny wybór i prawo do informacji nie wiążą się tylko z zawarciem umowy, a zatem pojęcie konsumenta nie powinno być łączone tylko z pojęciem słabszej strony umowy cywilnoprawnej. Potwierdzeniem realizacji tej koncepcji jest definicja konsumenta w dyrektywie 90/314/EWG.

Konsumentem w myśl omawianej dyrektywy może być nie tylko osoba fizyczna, ale także inny podmiot prawa (osoba prawna, jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną lecz mająca zdolność prawną), będący głównym kontrahentem, beneficjentem lub cesjonariuszem.

Jak już wspomniano, w prawie wspólnotowym nie ma jednolitej definicji konsumenta, a wiele dyrektyw zaliczanych do prawa konsumenckiego w ogóle nie zawiera takiej definicji⁹. Przykładem może być dyrektywa 85/374/EWG z dnia 25 lipca 1985 r. w sprawie ujednoczenia prawnych i administracyjnych przepisów państw członkowskich o odpowiedzialności za wadliwe produkty¹⁰. W zakresie szkód na osobie spowodowanych niebezpiecznie wadliwym produktem ta dyrektywa chroni każdą poszkodowaną osobę fizyczną (nawet będącą przedsiębiorcą), a naprawienia szkód na mieniu może dochodzić tylko osoba wskazana w jej art. 9 pkt b¹¹. W aktach prawa

⁶ F. Wejman, F. Zoll, *Prawo ochrony konsumenta w okresie zmian*, Kraków 1998, s. 19 – 20.

⁷ Np. M.A. Dausés, M. Sturm, *Prawne podstawy ochrony konsumenta na wewnętrznym rynku Unii Europejskiej*, KPP 1997, z. 1, s. 55 i n. oraz literatura tam cytowana.

⁸ Por. E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 64 i literatura tam cytowana.

⁹ E. Łętowska, *Europejskie...*, s. 53 – 54.

¹⁰ Dz. Urz. WE L 210 z dnia 7 sierpnia 1985 r., zmieniona dyrektywą 34/99/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 10 maja 1999 r., Dz. U. WE L 141 z dnia 4 czerwca 1999 r.

¹¹ Por. B. Gnela, *Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (tzw. odpowiedzialność za produkt)*, Kraków 2000, s. 79 i n.

wspólnotowego dotyczących choćby pośrednio publicznoprawnej ochrony życia, zdrowia i bezpieczeństwa człowieka, pod pojęciem konsumenta (wobec braku definicji) należy rozumieć każdą osobę fizyczną, której życie, zdrowie i bezpieczeństwo osobiste jest chronione przed działaniami profesjonalnych uczestników rynku¹².

Dyrektywy regulujące zagadnienia związane z umowami konsumenckimi różnie ujmują pojęcie konsumenta. W myśl art. 2 dyrektywy 85/577/EWG z dnia 20 grudnia 1985 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do umów zawartych poza lokalem przedsiębiorstwa¹³ „konsument” oznacza osobę fizyczną, która w ramach transakcji objętych niniejszą dyrektywą działa w celach, które mogą być uważane za niezwiązane z jej działalnością handlową lub zawodem”. W dyrektywie 87/102/EWG z dnia 22 grudnia 1986 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących kredytu konsumenckiego¹⁴ (art. 1 ust. 2 lit. a) „konsument” oznacza osobę fizyczną, która w transakcjach objętych niniejszą dyrektywą działa w celach niezwiązanych z jej działalnością handlową lub zawodową. Dyrektywa 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich¹⁵ (art. 2 lit. b) stanowi, że „konsument” oznacza osobę fizyczną, która w umowach objętych niniejszą dyrektywą działa w celach niezwiązanych z handlem, przedsiębiorstwem lub zawodem. W dyrektywie 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 maja 1997 r. w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość¹⁶ (art. 2 pkt 2) „konsument” oznacza każdą osobę fizyczną, która w umowach objętych tą dyrektywą działa w celach niezwiązanych z jej działalnością handlową, gospodarczą lub zawodem. W myśl art. 1 ust. 2 lit. a dyrektywy 99/44/WE z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji¹⁷, „konsument oznacza każdą osobę fizyczną, która w umowach objętych niniejszą dyrektywą działa w celach niezwiązanych z handlem, przedsiębiorstwem lub zawodem”. Natomiast dyrektywa 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 września 2002 r. dotycząca sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość oraz zmieniająca dyrektywę Rady 90/619/EWG oraz dyrektywy 97/7/WE i 98/27/WE¹⁸ (art. 2 lit. d) stanowi, że „konsument oznacza każdą osobę fizyczną, która w ramach umów zawieranych na odległość objętych niniejszą dyrektywą działa w celach niezwiązanych z działalnością gospodarczą, przedsiębiorstwem lub zawodem”.

¹² W dokumentach o charakterze politycznym lub programowym mówi się niekiedy o konsumentach, jako adresacie wszelkich działań podejmowanych przez oferentów dóbr konsumpcyjnych mających na celu ich zbycie – por. B. Gnela, *Odpowiedzialność...*, s. 79, przyp. 225.

¹³ Dz. Urz. WE L 372 z dnia 31 grudnia 1985 r. Tekst dyrektywy w języku polskim zamieszczono także [w:] E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 1999, s. 513 i n.

¹⁴ Dz. Urz. WE L 42 z dnia 22 czerwca 1986 r. Tekst dyrektywy w języku polskim zamieszczono także [w:] E. Łętowska, *Prawo...*, s. 523 i n.

¹⁵ Dz. Urz. WE L 95 z dnia 21 kwietnia 1993 r. Tekst dyrektywy w języku polskim zamieszczono także [w:] E. Łętowska, *Prawo...*, s. 544 i n.

¹⁶ Dz. Urz. WE L 144 z dnia 4 czerwca 1997 r. Tekst dyrektywy w języku polskim zamieszczono także [w:] E. Łętowska, *Prawo...*, s. 559 i n.

¹⁷ Dz. Urz. WE L 171 z dnia 7 lipca 1999 r.

¹⁸ Dz. Urz. WE L 271 z dnia 9 października 2002 r.

W przytoczonych dyrektywach konsumentem jest tylko osoba fizyczna (działająca jako nieprofesjonalista – o czym dalej). Warto zastanowić się, dlaczego w dyrektywie 90/314/EWG pojęcie konsumenta obejmuje nie tylko osoby fizyczne, ale także inne podmioty prawa. Wydaje się, że jest to efekt nawiązania ustawodawcy wspólnotowego do zawartej w Brukseli dnia 23 kwietnia 1970 r. konwencji o umowie o podróż¹⁹. W myśl tej konwencji, podróżny to osoba korzystająca ze świadczeń wynikających z umowy o podróż. Może on być zarazem stroną umowy o podróż bądź tylko korzystać ze świadczeń wynikających z tego rodzaju umowy, zawartej na jego rzecz przez inną osobę (np. pracodawcę). W tym drugim wypadku stroną umowy o podróż może być niewątpliwie nie tylko osoba fizyczna. Osoba zawierająca umowę o imprezę turystyczną na rzecz innej osoby zasługuje na ochronę bez względu na jej status formalnoprawny choćby w tzw. fazie przedkontraktowej czy w zakresie treści umowy. „Beneficjenci” lub „cesjonariusze” będą przecież korzystali ze świadczeń wynikających z tej umowy.

Konsumentem w myśl dyrektywy 90/314/EWG może być także podmiot działający jako przedsiębiorca. Ta dyrektywa nie zawiera bowiem dookreślenia, które jest w tekstach wyżej wymienionych dyrektyw konsumenckich powodującego, że w ich rozumieniu konsumentem jest osoba fizyczna, która działa w celach niezwiązanych z jej profesjonalną działalnością (różnice w określaniu tej działalności niekiedy wynikają z odmiennych tłumaczeń²⁰, co jest krytykowane²¹). Ustawodawca wspólnotowy mógł wprowadzić w dyrektywie 90/314/EWG podobne ograniczenie a skoro tego nie uczynił to znaczy, że w jej rozumieniu konsumentem może być nawet przedsiębiorca. Brak tego ograniczenia jest również efektem nawiązania do brukselskiej konwencji o podróż, która obejmuje nawet tzw. turystykę biznesową.

Definicja konsumenta w dyrektywie 90/314/EWG, wychodząca poza rozumienie go jako słabszej strony umowy obligacyjnej, nie jest wyjątkiem w prawie wspólnotowym. Przykładem mogą być wspomniane dyrektywy dotyczące ochrony zdrowia, życia i bezpieczeństwa konsumentów albo dyrektywa 94/47/WE z dnia 26 października 1994 r. w sprawie ochrony nabywców w odniesieniu do niektórych aspektów umów odnoszących się do nabywania praw do korzystania z nieruchomości w oznaczonym czasie²², która zrezygnowała z pojęcia „konsument”. W myśl art. 2 tej dyrektywy „nabywca” oznacza każdą osobę fizyczną, która w ramach transakcji, w celach niezwiązanych z jej działalnością zawodową, nabywa prawo będące przedmiotem umowy, lub dla której prawo to zostaje ustanowione. Celem dyrektywy 84/450/EWG z dnia 10 września 1984 r. dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej²³ jest ochrona przedsiębiorców (art. 1 dyrektywy) a wcześniej była nim także ochrona konsumentów przed reklamą wprowadzającą w błąd. Z kolei dy-

¹⁹ Konwencję podpisało kilkadziesiąt państw, w tym Polska, ale ratyfikowało tylko sześć (nie ma pośród nich naszego państwa) i mimo wejścia w życie nie odgrywa ona większego znaczenia.

²⁰ Por. D. Staudenmayer, *Consumer Law within Contract Law*, Journal of Consumer Policy 2004, nr 27, s. 271.

²¹ Por. L. Bernardeau, *La directive communautaire 97/7 en matière de contrats a distance*, Cahiers de droit européen 2000, nr 1-2, s. 117 i n.

²² Dz. Urz. WE L 280 z dnia 29 października 1994 r.

²³ Dz. Urz. WE L 250 z dnia 19 września 1984 r. ze zm.

rektywa 2000/31/WE z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym)²⁴, chroni konsumentów i usługobiorców. Pod pojęciem konsumenta (art. 2 lit. e) rozumie każdą osobę fizyczną działającą w celach, które nie mieszczą się w ramach jej działalności handlowej, gospodarczej lub zawodowej. Przez usługobiorcę (art. 2 lit. d) rozumie zaś każdą osobę fizyczną lub prawną, która do celów zawodowych lub innych korzysta z usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności w celu poszukiwania informacji lub uzyskania do niej dostępu.

Organizatorzy turystyki zalewają potencjalnych klientów informacjami o imprezach turystycznych, wobec tego na gruncie dyrektywy 90/314/EWG uzasadniona jest także ochrona podmiotów niebędących osobami fizycznymi, wchodzących w relacje z organizatorami lub „sprzedawcami” imprez turystycznych, choćby z punktu widzenia prawa tych podmiotów do należytej informacji o imprezie. Zakres tej ochrony w konkretnym wypadku może być różny, gdyż ze świadczeń wynikających z imprezy turystycznej korzystają „ostatecznie” z reguły osoby fizyczne.

2.2. Pojęcia „organizator” i „punkt sprzedaży detalicznej” w dyrektywie 90/314/EWG

W myśl art. 2 pkt 2 dyrektywy 90/314/EWG „organizator” oznacza podmiot, który zawodowo organizuje imprezy turystyczne i „sprzedaje” je lub oferuje „na sprzedaż”, zarówno w sposób bezpośredni, jak i za pośrednictwem „punktu sprzedaży detalicznej”. Zgodnie natomiast z art. 2 pkt 3 dyrektywy 90/314/EWG pojęcie „punkt sprzedaży detalicznej” oznacza podmiot, który „sprzedaje lub oferuje sprzedaż usług” zestawionych przez organizatora w formie imprezy.

Przytoczone definicje budzą wiele wątpliwości. W pierwszej z nich użyto słowa „zawodowo”, jako odpowiednika w języku angielskim zwrotu „*other than occasionally*” chociaż wydaje się, że trafniejsze byłoby wprowadzenie do niej słowa „nieokazjonalnie”. W drugiej definicji brakuje omawianego dookreślenia.

W innych dyrektywach konsumenckich „zobowiązaniymi” wobec konsumenta są np.:

- osoba fizyczna lub prawna, która w umowach objętych dyrektywą działa w zakresie swoich handlowych lub zawodowych kompetencji oraz każda osoba działająca w imieniu lub na rzecz przedsiębiorcy (art. 2 dyrektywy 85/577/EWG),
- osoba fizyczna lub prawna, która udziela kredytu w ramach wykonywanej działalności handlowej lub zawodowej albo grupa takich osób (art. 1 ust. 2 lit. b dyrektywy 87/102/EWG),
- każda osoba fizyczna lub prawna, która w umowach objętych dyrektywą działa w celach dotyczących handlu, przedsiębiorstwa lub zawodu, bez względu na to, czy należy do sektora państwowego, czy prywatnego (art. 2 lit. c dyrektywy 93/13/EWG),

²⁴ Dz. Urz. WE L 178 z dnia 17 lipca 2000 r.

- każda osoba fizyczna lub prawna, która w umowach objętych dyrektywą działa w ramach działalności gospodarczej lub zawodowej (art. 2 pkt 3 dyrektywy 97/7/WE),
- każda osoba fizyczna lub prawna, prywatna lub publiczna, która ze względów handlowych lub zawodowych jest umownym dostawcą usług objętych umowami zawartymi na odległość (art. 2 lit. c dyrektywy 2002/65/WE),
- osoba fizyczna lub prawna (zbywca), która w ramach transakcji objętych niniejszą dyrektywą oraz w ramach swej działalności zawodowej, ustanawia, przenosi lub zobowiązuje się do przeniesienia prawa będącego przedmiotem umowy (art. 2 dyrektywy 94/47/WE).

Przytoczone definicje wskazują, że adresatem obowiązków wobec konsumenta jest przedsiębiorca (ewentualnie profesjonalista). Są jednak i takie dyrektywy, w których tego „adresata” nie definiuje się jako przedsiębiorcy. W myśl art. 2 lit. b dyrektywy 2000/31/WE „usługodawca” to każda osoba fizyczna lub prawna, która świadczy usługę społeczeństwa informacyjnego.

Wydaje się, że różne ujmowanie zakresów podmiotowych dyrektyw konsumenc- kich z reguły nie jest wynikiem głębokich przemyśleń ustawodawcy wspólnotowego, ale efektem niskiej jakości prawa wspólnotowego (z różnych przyczyn). Jednakże przebieg prac nad projektami dyrektywy 90/314/EWG świadczy o tym, że w jednym z jej projektów określono „organizatora” jako zawierającego umowy w ramach pro- wadzonej działalności gospodarczej, ale pod wpływem krytyki ten projekt został zmieniony²⁵. W obowiązującym brzmieniu dyrektywa stanowi tylko, że organizator „nieokazjonalnie” organizuje (..) imprezy turystyczne, a ten wymóg nie dotyczy „punktu sprzedaży detalicznej”. Wobec tego na gruncie dyrektywy 90/314/EWG ani organizator, ani „punkt sprzedaży detalicznej” nie muszą być przedsiębiorcami, z tym, że działalność organizatora nie może mieć charakteru okazjonalnego.

Posługiwanie się w definicji organizatora pojęciami „organizuje” i „sprzedaje” lub „oferuje na sprzedaż”, budzi wątpliwości interpretacyjne tym bardziej, że z defi- nicji „punktu sprzedaży detalicznej” wynika, iż „sprzedaje” on lub „oferuje sprze- daż” usług zestawionych przez organizatora w formie imprezy. Wydaje się, że „ze- stawianie usług” mieści się w pojęciu „organizowania imprezy turystycznej”. W analizowanych definicjach dyrektywa nawiązuje do pojęć zaczerpniętych z „techniki organizacji sprzedaży” co nie oznacza, że chodzi tu o sprzedaż w rozumieniu polskiego prawa cywilnego. Wobec tego należy przyjąć, że organiza- tor to podmiot, który zobowiązuje się do świadczenia w postaci imprezy turystycznej a „punkt sprzedaży detalicznej” albo zobowiązuje się do tego rodzaju świadczenia w imieniu własnym, albo jest przedstawicielem organizatora imprezy turystycznej.

3. Harmonizacja minimalna a zakres podmiotowy dyrektywy 90/314/EWG

Dyrektywy wspólnotowe mogą mieć różny charakter, ale te dotyczące problematyki umów konsumenckich są z reguły dyrektywami harmonizacji minimalnej. To oznacza, że w procesie implementacji należy zachować cel tych dyrektyw, natomiast

²⁵ Zob. P. Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną w polskim prawie cywilnym*, niepubl. rozprawa doktorska, Kraków 2007, s. 57.

można przewidzieć korzystniejsze dla konsumentów instrumenty ochronne. O harmonizacji minimalnej przesądza zawarta w dyrektywie tzw. klauzula minimalna, która pozwala państwom członkowskim na podniesienie poziomu ochrony konsumenta w przedmiocie uregulowanym w dyrektywie z taką klauzulą. Klauzule harmonizacji minimalnej zawierają np. art. 8 dyrektywy 85/577/EWG, art. 15 dyrektywy 87/102/EWG, art. 8 dyrektywy 93/13/EWG, art. 11 dyrektywy 94/47/WE, art. 14 dyrektywy 97/7/WE, a także art. 8 dyrektywy 90/314 EWG.

W myśl art. 8 dyrektywy 90/314/EWG: „W celu ochrony konsumenta Państwa Członkowskie mogą przyjąć lub przywrócić obowiązywanie bardziej surowych przepisów w zakresie objętym niniejszą dyrektywą”. Powstaje pytanie, czy w procesie implementacji państwa członkowskie mogą poszerzać lub zawężyć zakres podmiotowy tej dyrektywy.

Dyskusyjny jest pogląd, w myśl którego dyrektywy konsumenckie mają minimalny charakter także w podmiotowym zakresie ochrony²⁶, a zatem zgodnie z prawem wspólnotowym państwa członkowskie mogą zakresem „ochronnym” objąć także podmioty niebędące konsumentem w rozumieniu danej dyrektywy²⁷.

Przytoczone wyżej przepisy dyrektyw, w tym dyrektywa 90/314/EWG, mówią wyraźnie o konsumencie (dyrektywa 94/47/WE – o nabywcy) i pozwalają na zwiększoną ochronę „w dziedzinie objętej niniejszą dyrektywą”, a niekiedy dodają, że „zgodnie z Traktatem”. Dyrektywy „konsumenckie” zostały wydane nie tylko celem ochrony konsumentów, ale również ze względu na zagrożenie, jakie dla konkurencji na rynku europejskim niosą rozbieżności w zakresie regulacji praw konsumentów w poszczególnych państwach członkowskich UE. Wobec tego rozszerzanie zakresu podmiotowego dyrektyw może prowadzić do naruszenia konkurencji na tym rynku. W jednych bowiem państwach członkowskich UE za konsumenta uznaje się tylko podmioty wskazane w dyrektywie a w pozostałych – także inne podmioty. Taki sam efekt może zrodzić szerszy zakres podmiotowy definicji „adresata” obowiązków wobec konsumenta (np. „organizatora” i/lub „punktu sprzedaży detalicznej”) w przepisach wewnętrznych państw UE, implementujących daną dyrektywę. Z preambuły dyrektywy 90/314/EWG wyraźnie wynika, że jej celem jest przeciwdziałanie „znieszczeniu konkurencji” i usuwanie przeszkód w rozwoju wspólnego rynku w sferze usług.

W wyniku rozszerzania zakresu podmiotowego dyrektywy 90/314/EWG podmioty świadczące „transgraniczne” imprezy turystyczne nadal trafiają na przeszkodę w postaci niepewności co do statusu prawnego potencjalnego lub realnego kontrahenta i konieczności ustalenia, jakie wobec tego podmiotu ciążą na nich obowiązki prawne. Również korzystający z „transgranicznych” imprez turystycznych raz jest, a innym razem nie jest chroniony wobec tego samego rodzaju podmiotów, innych niż wymienione w dyrektywie.

Szerszy zakres podmiotowy przepisów powstałych w wyniku implementacji dyrektywy harmonizacji minimalnej może przyczynić się do uznania tej implementacji

²⁶ E. Łętowska, *Europejskie...*, s. 55.

²⁷ K. Kańska, *Pojęcie konsumenta w Kodeksie cywilnym na tle tendencji europejskich*, KPP 2004, z. 1, s. 15 i n.

za wadliwą²⁸. Wobec tego uzasadnione wydaje się stwierdzenie, że definicje podmiotów określonych w dyrektywie 90/314/EWG nie mają minimalnego charakteru. Ochrona innych osób niż konsumenci w rozumieniu tej dyrektywy jest sprawą wewnętrzną państwa członkowskiego UE, ale wówczas takiemu państwu może być postawiony zarzut niewłaściwej implementacji, z powodu powstania przeszkody w rozwoju wspólnego (jednolitego, wewnętrznego) rynku. Z tych samych powodów również zakres podmiotowy pojęć „organizator” i „punkt sprzedaży detalicznej” z dyrektywy 90/314/EWG nie powinien być rozszerzany w aktach wewnętrznych państw członkowskich UE.

Zarzut naruszenia konkurencji na jednolitym rynku europejskim przemawia również przeciwko dopuszczalności zawężania zakresu podmiotowego przepisów wewnętrznych implementujących dyrektywę 90/314/EWG. Jeszcze mocniejszy jest argument, że ograniczanie zakresu podmiotowego przepisów dotyczących ochrony konsumenta, stanowiących efekt harmonizacji z dyrektywą 90/314/EWG, jest sprzeczny z celem tej dyrektywy, którym jest także ochrona konsumentów w jej rozumieniu.

Warto zwrócić uwagę, że wspólnotowe prawo ewoluuje w kierunku ochrony adresata działań profesjonalisty. Dyrektywa 90/314/EWG idzie jeszcze dalej – wyznacza standard ochrony każdego kto zamierza lub zawiera umowę o imprezę turystyczną albo korzysta ze świadczeń wynikających z tej umowy, choćby imprezę „oferował lub świadczył” organizator nieprofesjonalista, byle nieokazjonalnie.

4. Pojęcia „konsument”, „organizator” i „punkt sprzedaży detalicznej” a strony umowy o imprezę turystyczną regulowanej dyrektywą 90/314 EWG

W myśl art. 2 pkt 5 dyrektywy 90/314/EWG, „umowa” oznacza umowę łączącą konsumenta z organizatorem i/lub punktem sprzedaży detalicznej. Oczywisty jest wniosek, że nie wszyscy konsumenci w rozumieniu art. 2 pkt 4 dyrektywy 90/314/EWG, oraz nie wszyscy organizatorzy (art. 2 pkt 2 dyrektywy 90/314/EWG), a tym bardziej „punkty sprzedaży detalicznej” (art. 2 pkt 3 dyrektywy 90/314/EWG), są stronami umowy o imprezę turystyczną. Jak już wspomniano, w dyrektywie 90/314/EWG pojęcie konsumenta jest w pewnym zakresie oderwane od pojęcia „słabszej strony” umowy o imprezę turystyczną, a konsumentowi przysługują uprawnienia wobec „organizatorów” i/lub „punktów sprzedaży detalicznej”, w tym niebędących przedsiębiorcami bez względu na to, czy łączy go z nimi umowa.

Stronami umowy o podróż są organizator i osoba, która zawarła z nim umowę we własnym imieniu, albo osoba, w imieniu której jej przedstawiciel zawarł umowę, bądź osoba, która wstąpiła w prawa konsumenta – kontrahenta (np. w wyniku cesji). Zamiast organizatora stroną umowy o podróż może być „punkt sprzedaży detalicznej”, który działa w imieniu własnym. Dyrektywa chroni ponadto konsumenta „niekontrahenta” w tzw. stadium przedkontraktowym, konsumenta korzystającego z imprezy turystycznej jako osoba trzecia, na rzecz której zawarto umowę, konsumenta, który wstąpił w prawa osoby trzeciej oraz konsumenta będącego przedstawicielem

²⁸ E. Łętowska, *Europejskie...*, s. 62.

osoby, w imieniu której zawarł on umowę o imprezę turystyczną. Nie wszystkim konsumentom przysługują identyczne prawa (np. „główny kontrahent” może mieć więcej praw od „cesjonariusza”).

5. Pojęcie klienta w ustawie o usługach turystycznych

W przeciwieństwie do dyrektywy 90/314/EWG ustawa o usługach turystycznych nie posługuje się pojęciem „konsument” lecz pojęciem „klient”. W myśl art. 3 pkt 11 u.u.t. klient oznacza „osobę, która zamierza zawrzeć lub zawarła umowę o świadczenie usług turystycznych na swoją rzecz lub na rzecz innej osoby, a zawarcie tej umowy nie stanowi przedmiotu jej działalności gospodarczej, jak i osobę, na rzecz której umowa została zawarta, a także osobę, której przekazano prawo do korzystania z usług turystycznych objętych uprzednio zawartą umową”.

Wydaje się, że przyczyną wprowadzenia do ustawy pojęcia „klient” zamiast pojęcia „konsument” była chęć podkreślenia przez ustawodawcę, że zakres podmiotowy pierwszego z tych pojęć jest szerszy od zakresu podmiotowego pojęcia „konsument” w rozumieniu innych aktów normatywnych polskiego prawa cywilnego. Poprawniejsze byłoby jednak posługiwanie się w ustawie pojęciem „konsument” rozumianym tak, jak w dyrektywie 90/314/EWG. Za tym stanowiskiem przemawia fakt, że w polskim prawie nie ma jednolitej definicji konsumenta, a zatem „oryginalne” zdefiniowanie pojęcia „konsument” w ustawie szczególnej nie narusza spójności tego prawa.

W polskim prawie cywilnym pojęcie „konsument” zostało przejęte z kategorii ekonomicznych²⁹ i było różnie definiowane w literaturze prawniczej³⁰. Normatywne pojęcie konsumenta jako strony umowy sprzedaży wprowadził §3 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 maja 1995 r. w sprawie szczegółowych warunków zawierania i wykonywania umów sprzedaży rzeczy ruchomych z udziałem konsumentów³¹. Konsumentem był każdy (nie tylko osoba fizyczna), kto nabywał towar dla celów niezwiązanych z działalnością gospodarczą. Orzecznictwo rozumiało pojęcie konsumenta w podobny sposób³². Ustawą z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny³³, pojęcie konsumenta wprowadzono do art. 384 k.c., dodając do niego §3 o treści: „Za konsumenta uważa się osobę, która zawiera umowę z przedsiębiorcą w celu bezpośrednio nie związanym z działalnością gospodarczą”. Pod wpływem krytyki³⁴ (popartej wieloma argumentami)³⁵, ustawą z dnia 14 lutego

²⁹ Cz. Żuławska, [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, tom I, red. G. Bieniek, Warszawa 2002, s. 126.

³⁰ Były to różne definicje – E. Łętowska, [w:] *Obywatel – przedsiębiorstwo. Zagadnienia prawne świadczeń na rzecz konsumenta*, red. E. Łętowska, Ossolineum 1982, s. 5 – konsument to „podmiot zaspokajający swe potrzeby bytowe i kulturalne”.

³¹ Dz. U. Nr 64, poz. 328.

³² Por. Cz. Żuławska, [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego...*, s. 127.

³³ Dz. U. Nr 22, poz. 271 ze zm.

³⁴ Cz. Żuławska, [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego...*, s. 128 i 475.

³⁵ B. Gnela, *Uwagi o niektórych projektowanych przepisach z zakresu prawa konsumenckiego*, Prace Naukowe WSPiM w Chrzanowie 2000, nr 4, s. 109.

2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw³⁶ wprowadzono do części ogólnej tegoż kodeksu nowe pojęcie konsumenta. Zdefiniowano go w art. 22¹ k.c. (i skreślono §3 w art. 384 k.c.). W myśl tego przepisu „Za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową”³⁷. W stosunku do uchylonego art. 384 §3 k.c. pojęcie konsumenta zostało ograniczone do osób fizycznych, ale z drugiej strony rozszerzone także na tego rodzaju osoby dokonujące jednostronnych czynności prawnych oraz – zostało oderwane od relacji z przedsiębiorcą. Wypada żałować, że ustawodawca w sposób wyraźny nie objął tą definicją konsumenta „informującego się” o treści czynności prawnej ani konsumenta, wobec którego profesjonalista dokonuje czynności, nawet faktycznych. Tak szeroko ujęta definicja kodeksowa ugruntowałaby status osoby nazywanej (ale nie zdefiniowanej) konsumentem w szczegółowych aktach normatywnych, wobec której profesjonalści podejmują różne działania (np. w zakresie reklamy czy promocji).

Artykuł 22¹ k.c. jest przepisem ogólnym³⁸, natomiast art. 3 pkt 11 u.t. jest przepisem szczególnym. Relacja między wymienionymi przepisami byłaby bardziej czytelna gdyby art. 3 pkt 11 u.u.t. posługiwał się pojęciem konsumenta, a nie klienta.

Pojęcie „klient” z ustawy o usługach turystycznych ma szerszy zakres podmiotowy od pojęcia „konsument” z art. 22¹ k.c.³⁹, ale węższy od pojęcia konsumenta w rozumieniu art. 2 pkt 4 dyrektywy 90/314/EWG. To zawężenie zakresu podmiotowego dotyczy przede wszystkim klienta, będącego odpowiednikiem konsumenta „głównego kontrahenta” z definicji zawartej w art. 2 pkt 4 dyrektywy 90/314/EWG. Według polskiej ustawy takim klientem jest osoba, dla której zawarcie umowy o świadczenie usług turystycznych „nie stanowi przedmiotu jej działalności gospodarczej”. Dyrektywa 90/314/EWG nie zna tego rodzaju ograniczenia, a zatem art. 3 pkt 11 u.u.t. w omawianym zakresie jest sprzeczny z tą dyrektywą. Wspomniane „ograniczenie” miało prawdopodobnie wyeliminować z pojęcia „klient” pośredników i agentów turystycznych⁴⁰, ale przecież agent turystyczny nigdy nie działa „na rzecz klienta”, natomiast pośrednik turystyczny z reguły jest przedstawicielem klienta korzystającego z usług turystycznych. Przedmiotem działalności tego pośrednika turystycznego nie jest organizowanie imprez turystycznych (przygotowanie, oferowanie i realizacja imprezy) tylko przedstawicielstwo klienta „beneficjenta”. Taki przedstawiciel w myśl dyrektywy 90/314/EWG korzysta ze statusu klienta tylko w wąskim zakresie (dotyczącym informacji o imprezie) gdyż nie jest stroną umowy, ani korzystającym ze świadczeń z niej wynikających.

³⁶ Dz. U. Nr 49, poz. 408.

³⁷ Do tej kodeksowej definicji odsyła np. art. 4 pkt 12 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.).

³⁸ Por. B. Gnela, *Pojęcie konsumenta w prawie wspólnotowym i prawie polskim*, [w:] *Ochrona konsumenta usług finansowych. Wybrane zagadnienia prawne*, red. B. Gnela, Warszawa 2007, s. 37-38.

³⁹ W myśl art. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. jedn. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), w zakresie podmiotowym zwrotu „klienci” mieszczą się także konsumenci.

⁴⁰ Por. S. Piśko, J. Raciborski, *Wprowadzenie do ustawy o usługach turystycznych*, Warszawa 1998, s. 6.

Problem tzw. wyjazdów studyjnych (organizowanych przez organizatorów turystyki aby zaprezentować swoją ofertę imprezy turystycznej) jest pozorny. Celem umowy o imprezę turystyczną jest skorzystanie ze świadczeń z niej wynikających przez „ostatecznego” klienta, natomiast celem umowy o wyjazd studyjny jest „praktyczne” (empiryczne) zapoznanie się z ofertą umowy o imprezę turystyczną i jej ocena z handlowego punktu widzenia. Uczestnicy tego wyjazdu dokonują oceny handlowej oferty, a korzystanie z imprezy turystycznej jest tylko środkiem do osiągnięcia tego celu. Przyczyny zawierania wymienionych umów są tak różne, że pozwalają na zakwalifikowanie ich jako odmiennych od klasycznej umowy o imprezę turystyczną. Do ochrony uczestników wyjazdu studyjnego można stosować odpowiednio tylko niektóre przepisy ustawy o usługach turystycznych dotyczące ochrony klienta.

Klientem w rozumieniu ustawy o usługach turystycznych jest zatem osoba:

- a) która zamierza zawrzeć umowę o świadczenie usług turystycznych na swoją rzecz, a zawarcie tej umowy nie stanowi przedmiotu jej działalności gospodarczej,
- b) która zamierza zawrzeć umowę o świadczenie usług turystycznych na rzecz innej osoby, a zawarcie tej umowy nie stanowi przedmiotu jej działalności gospodarczej,
- c) która zawarła umowę o świadczenie usług turystycznych we własnym imieniu na swoją rzecz, a zawarcie tej umowy nie stanowi przedmiotu jej działalności gospodarczej,
- d) która zawarła umowę o świadczenie usług turystycznych we własnym imieniu na rzecz osoby trzeciej, a zawarcie tej umowy nie stanowi przedmiotu jej działalności gospodarczej,
- e) która zawarła umowę o świadczenie usług turystycznych w imieniu innej osoby a zawarcie tej umowy nie stanowi przedmiotu jej działalności gospodarczej,
- f) w imieniu której umowa o świadczenie usług turystycznych została zawarta,
- g) na rzecz której zawarto umowę o świadczenie usług turystycznych – tzw. osoba trzecia,
- h) której przekazano prawo do korzystania z usług turystycznych objętych uprzednio zawartą umową o te usługi.

Tak szeroko ujęty zakres podmiotowy pojęcia klient uzasadnia posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem „na rzecz innej osoby”, który może oznaczać zawarcie umowy w imieniu innej osoby albo zawarcie umowy o świadczenie na rzecz innej osoby.

W zakresie podmiotowym pojęcia klient mieszczą się także pojęcia turysty (art. 3 pkt 9 u.u.t.) oraz odwiedzającego (art. 3 pkt 10 u.u.t.) bowiem, zgodnie z art. 3 pkt 1 u.u.t., usługi turystyczne to także „usługi świadczone turystom i odwiedzającym”. Ustawodawca nie odnosi definicji klienta do imprezy turystycznej tylko do usług turystycznych. Warto zatem rozważyć, czy na gruncie ustawy o usługach turystycznych potrzebne jest posługiwanie się pojęciami odwiedzającego i turysty, a jeżeli tak, to te pojęcia nie powinny zawierać się w definicji klienta.

Wobec przedstawionych argumentów definicja klienta w ustawie o usługach turystycznych wymaga zmian, przede wszystkim z punktu widzenia zgodności z dyrektywą 90/314/EWG. Pojęcie „klient” powinno być zgodne z zakresem podmiotowym pojęcia konsumenta w rozumieniu tej dyrektywy.

6. Pojęcie organizatora turystyki w ustawie o usługach turystycznych

W myśl art. 3 pkt 5 u.u.t. organizator turystyki to przedsiębiorca organizujący imprezę turystyczną. Słowo „przedsiębiorca” oznacza w tej definicji, zgodnie z art. 3 pkt 14 u.u.t., przedsiębiorcę i przedsiębiorcę zagranicznego w rozumieniu w ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁴¹. Ta definicja organizatora turystyki zasługuje na krytykę tak z punktu widzenia prawa polskiego, jak i prawa wspólnotowego. Warto dodać, że ustawodawca definiuje pojęcie „organizator turystyki”, ale w tekście ustawy o usługach turystycznych posługuje się także pojęciem „organizator” (np. art. 14 ust. 5, 6, 7 u.u.t.), co z punktu widzenia techniki legislacyjnej nie zasługuje na aprobatę.

W myśl art. 3 pkt. 5 w związku z art. 3 pkt 14 u.u.t. organizator turystyki jest przedsiębiorcą. Takiej kwalifikacji prawnej nie przewiduje art. 2 pkt 2 dyrektywy 90/314/EWG, który wymaga jedynie, aby organizator turystyki nieokazjonalnie (*other than occasionally*) organizował imprezy turystyczne. Jak już wspomniano, w tekście dyrektywy w języku polskim użyto zwrotu „zawodowo”, który zmienia sens dyrektywy. Stowarzyszenia, związki zawodowe, organizacje wyznaniowe itp. organizujące nieokazjonalnie imprezy turystyczne dla swoich członków, są organizatorami turystyki w rozumieniu dyrektywy, a nie są takimi organizatorami w rozumieniu ustawy o usługach turystycznych. Zawężenie w tej ustawie zakresu podmiotowego pojęcia „organizator turystyki” tylko do przedsiębiorców⁴² jest wobec tego sprzeczne z dyrektywą 90/314/EWG. Ta dyrektywa ma chronić konsumenta przed niebezpieczeństwami związanymi z imprezami turystycznymi⁴³, a te mogą wystąpić częściej, gdy organizator turystyki nie działa w zakresie przedsiębiorstwa. Od profesjonalistów można natomiast wymagać świadczeń wyższej jakości niż od nieprofesjonalistów, co wiąże się z reguły z wyższym wynagrodzeniem za te świadczenia.

Ustawa o usługach turystycznych reguluje kwestie publicznoprawne i prywatnoprawne związane ze świadczeniem usług turystycznych. Za „przedsiębiorcę” uznaje jednak przedsiębiorcę i przedsiębiorcę zagranicznego w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, która jest aktem normatywnym zaliczanym do prawa publicznego. Jednakże do organizatora turystyki w cywilnoprawnej umowie o imprezę turystyczną należy stosować pojęcie przedsiębiorcy z art. 43¹ k.c.

Wydaje się, że w systemie prawa polskiego w miarę możliwości należy dążyć do spójności pojęć występujących w poszczególnych działach czy gałęziach prawa. Odmienne definiowanie tych samych pojęć prowadzi do trudności w stosowaniu prawa, a przykładem może być pojęcie „przedsiębiorca”. W ustawie o swobodzie działalności gospodarczej działalnością gospodarczą jest także działalność zawodowa (art. 2 u.s.d.g.), a przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność praw-

⁴¹ T. jedn. Dz. U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1095.

⁴² W literaturze dominuje pogląd, że ustawy nie stosuje się do organizatorów imprez, którzy nie są przedsiębiorcami, ale do ochrony uczestników takich imprez postuluje się stosowanie w drodze analogii (bądź jako wzorzec staranności) przepisów dotyczących ochrony klienta (art. 11 – 19 u.u.t.) – por. M. Nesterowicz, [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 774.

⁴³ Por. E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 501.

ną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. W myśl art. 43¹ k.c. przedsiębiorcą są te same podmioty, ale prowadzące we własnym imieniu „działalność gospodarczą lub zawodową”. W myśl ustawy o swobodzie działalności gospodarczej działalność zawodowa jest zatem działalnością gospodarczą, a w rozumieniu kodeksu cywilnego taką działalnością nie jest.

Kolejny problem wynika z art. 3 u.s.d.g., w myśl którego przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej nie stosuje się (między innymi) do rolników świadczących usługi związane z pobytem turystów, czyli do rolników świadczących tzw. usługi agroturystyczne. Ci rolnicy nie są przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a zatem nie są również organizatorami turystyki w myśl definicji zawartej w ustawie o usługach turystycznych. Usługi agroturystyczne mogą składać się na imprezę turystyczną wobec tego wyłączenie wspomnianych rolników z zakresu podmiotowego pojęcia „organizator turystyki” byłoby sprzeczne z dyrektywą 90/314/EWG. Ustawa o usługach turystycznych w omawianym zakresie wymaga zmiany. Organizator turystyki nie powinien być kwalifikowany jako przedsiębiorca a jeżeli już nim jest, to w umowie o imprezę turystyczną należy go rozumieć zgodnie z art. 43¹ k.c. (także w obowiązującym stanie prawnym).

Na podstawie art. 3 pkt 5 w związku z art. 3 pkt 14 u.u.t. organizatorem turystyki może być także przedsiębiorca zagraniczny, czyli w myśl art. 5 pkt 3 u.s.d.g., osoba zagraniczna wykonująca działalność gospodarczą za granicą. Zgodnie z brzmieniem art. 2 u.u.t.: „zawieranie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w imieniu przedsiębiorcy zagranicznego umów z klientami o świadczenie usług turystycznych jest dopuszczalne, jeżeli przedsiębiorca ten prowadzi na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej działalność gospodarczą na warunkach określonych w ustawie, o której mowa w art. 1”. Dogłębna analiza tego przepisu nie jest przedmiotem opracowania warto jednak podkreślić, że z dniem 1 maja 2004 r. utracił on moc w stosunku do państw członkowskich Unii Europejskiej⁴⁴ (a także w stosunku do innych państw, z których przedsiębiorcy korzystają z „traktatowej” swobody przedsiębiorczości), ale powinien być uchylony jeszcze z innych powodów. Odwołuje się bowiem do ustawy określonej w art. 1 u.u.t., a ten przepis tylko wyznacza zakres ustawy o usługach turystycznych⁴⁵, oraz sugeruje, że na terytorium Polski nie wolno w ogóle zawierać umów o świadczenie usług turystycznych, jeżeli nie są spełnione warunki określone „w ustawie, o której mowa w art. 1”. Miejsce zawarcia umowy może być niekiedy przypadkowe – np. organizator turystyczny z Chin, w imieniu którego działa obywatel norweski zawiera „incydentalnie” umowę z przebywającym przejazdem w Polsce klientem, obywatelem szwajcarskim. W podanej przykładowo sytuacji trudno znaleźć uzasadnienie dla stwierdzenia, że zawarcie takiej umowy jest niedopuszczalne. W ogóle kryterium „miejsce zawarcia umowy” traci na znaczeniu wobec zawierania

⁴⁴ Zgodnie z art. 16 ustawy z dnia 8 grudnia 2000 r. o zmianie ustawy o szkolnictwie wyższym, ustawy o wyższych szkołach zawodowych, ustawy o transporcie kolejowym i ustawy o usługach turystycznych oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych i ustawy o działach administracji rządowej (Dz. U. Nr 122, poz. 1314).

⁴⁵ Brak miejsca nie pozwala na uzasadnienie potrzeby zmiany art. 1 u.u.t. celem prawidłowego określenia zakresu ustawy o usługach turystycznych.

umów o usługi turystyczne na odległość (np. przez Internet). W rzeczywistości o dopuszczalności zawarcia umowy z punktu widzenia prawa prywatnego międzynarodowego decyduje prawo właściwe dla tej umowy. Wobec tego *de lege ferenda* art. 2 u.u.t. wymaga uchylecia, a co najmniej zmiany treści.

Organizator turystyki to „przedsiębiorca organizujący imprezę turystyczną” (art. 3 pkt 5 u.u.t.) a „organizowanie imprez turystycznych” w myśl art. 3 pkt 4 u.u.t., to „przygotowywanie lub oferowanie, a także realizacja imprez turystycznych”. W literaturze przyjmuje się, że ta definicja organizowania odwołuje się do jego trzech faz, ale ze względu na obowiązki organizatorów turystyki związane z ochroną klienta należy przyjąć, że działalność w zakresie każdego z wymienionych etapów jest działalnością organizatora turystyki⁴⁶.

Wydaje się, że organizatorem turystyki z punktu widzenia prawa cywilnego jest ten, kto w ramach umowy zobowiązuje się do świadczenia w postaci imprezy turystycznej. Wyodrębnianie fazy przygotowania jest zbędne z punktu widzenia tego prawa, w fazie „oferowania” obowiązki wobec klienta ciążą nie tylko na organizatorze (art. 12 ust. 1 oraz art. 13 u.u.t.)⁴⁷, a realizować imprezę mogą różne podmioty. W umowie o imprezę turystyczną istotne jest określenie, kto jest zobowiązanym wobec klienta tej imprezy. Obowiązki organizatora turystyki mają nieco inny zakres wobec poszczególnych „kategorii” klientów (np. klienta kontrahenta zawierającego umowę na swoją rzecz, wobec klienta zawierającego taką umowę na rzecz innej osoby, czy wobec klienta „osoby trzeciej, na rzecz której zawarto umowę”).

Organizator turystyki powinien spełnić wiele wymogów określonych w przepisach prawa publicznego (np. uzyskać wpis do rejestru działalności regulowanej)⁴⁸. Przepisy tego prawa określają również sankcje za brak spełnienia tych wymogów⁴⁹. Pojawia się problem, jak brak tych wymogów wpływa na istnienie cywilnoprawnych uprawnień klienta imprezy turystycznej. Wydaje się, że brak określonych przez prawo publiczne kwalifikacji podmiotowych usługodawcy nie pozbawia klienta uprawnień cywilnoprawnych, co najwyżej może wchodzić w grę ich modyfikacja (np. odszkodowanie zamiast realnego spełnienia świadczenia). Z punktu widzenia prawa cywilnego przedsiębiorcą jest bowiem podmiot określony w art. 43¹ k.c., a nie w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej, czy w innych przepisach należących do prawa publicznego.

⁴⁶ J. Raciborski, *Usługi turystyczne...*, s. 36 – 37.

⁴⁷ Podobne obowiązki ciążą na pośredniku turystycznym, a zatem wyodrębnianie I fazy mającej kwalifikować organizatora turystycznego wydaje się zbędne.

⁴⁸ Organizatorzy turystyczni niektórych imprez turystycznych (obejmujących polowania lub organizację wypoczynku dla dzieci i młodzieży szkolnej) muszą obok ogólnych, spełnić także dodatkowe wymagania – por. P. Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną...*, s. 169 – 171.

⁴⁹ Jeżeli ustawodawca nie określa wyraźnie skutków braku kwalifikacji podmiotowych to mogą być one różne – por. P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 212.

7. Prawa klienta wobec pośrednika turystycznego oraz agenta turystycznego w ustawie o usługach turystycznych

Dyrektywa 90/314/EWG określa obowiązki wobec klienta „organizatora” oraz „punktu sprzedaży detalicznej”, natomiast ustawa o usługach turystycznych w zakresie tych obowiązków oprócz organizatora turystyki wymienia pośrednika turystycznego oraz agenta turystycznego.

Wydaje się, że „punkt sprzedaży detalicznej” według wymienionej dyrektywy to podmiot, który wobec klienta może występować jako strona umowy o imprezę turystyczną (którą „zestawił” organizator) albo jako przedstawiciel organizatora. Z punktu widzenia ochrony klienta nie jest zatem istotne, kto „zestawiał usługi w formie imprezy” tylko kto je proponuje klientowi albo kto zawiera z nim umowę o tę imprezę. Klient może zawrzeć umowę o imprezę turystyczną z organizatorem turystyki bezpośrednio lub za pośrednictwem „punktu sprzedaży detalicznej”, albo bezpośrednio z „tym punktem”.

Odpowiednikami „punktu sprzedaży detalicznej” na gruncie ustawy o usługach turystycznych są organizator turystyczny (jeżeli „punkt” działa we własnym imieniu) i w pewnym zakresie agent turystyczny, ale jak się wydaje nie jest nim pośrednik turystyczny. Dyrektywa 90/314/EWG nie reguluje statusu pośrednika turystycznego w rozumieniu art. 3 pkt 6 u.u.t., czyli przedsiębiorcy, którego działalność polega na wykonywaniu, na zlecenie klienta, czynności faktycznych i prawnych związanych z zawieraniem umów o świadczenie usług turystycznych. Pośrednik turystyczny „nie oferuje, ani nie sprzedaje imprezy”, między klientem a pośrednikiem turystycznym zawierana jest umowa zlecenia lub na warunkach zlecenia (art. 750 k.c.), do której stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Zlecenie obejmuje umocowanie do działania w imieniu zleceniodawcy, chyba że co innego wynika z umowy. Z definicji zawartej w art. 3 pkt 6 u.u.t. nie wynika, aby pośrednicy turystyczni byli zastępcami pośrednimi klientów, wobec tego taki ich status może ukształtować tylko konkretna umowa. W myśl art. 5 ust 2 u.u.t. pośrednik turystyczny (oraz organizator turystyczny) może działać także jako agent turystyczny. Wówczas zawiera umowy, w których występuje w różnym charakterze.

Obciążanie pośrednika turystycznego wymogami publicznoprawnymi i obowiązkami wobec klienta przewidzianymi w ustawie o usługach turystycznych nie jest sprzeczne z treścią dyrektywy 90/314/EWG, chociaż może być uznane za naruszające zasady konkurencji na jednolitym (wspólnym) rynku, jeżeli w innych państwach członkowskich UE tego rodzaju wymogi nie są stawiane podmiotom, które na zlecenie klienta dokonują czynności związanych z zawieraniem umów o świadczenie usług turystycznych, a nie proponują lub zawierają z nimi umowy o te usługi.

Inny problem dotyczy agenta turystycznego, który mieści się w zakresie podmiotowym „punktu sprzedaży detalicznej” w rozumieniu dyrektywy 90/314/EWG. Wobec tego za sprzeczne z tą dyrektywą należy uznać przepisy art. 12 i 13 u.u.t., które w fazie przedkontraktowej obowiązkami informacyjnymi wobec klienta nie obciążają także agenta turystycznego.

Definicja agenta turystycznego z art. 3 pkt 7 u.u.t. budzi wiele wątpliwości. W tym miejscu celowe jest wyjaśnienie, co oznaczają zwroty, że agent turystyczny „stale pośredniczy” (w zawieraniu umów o świadczenie usług turystycznych) „na

rzecz” organizatorów turystyki (lub innych usługodawców). Jeżeli agent jest tylko pośrednikiem to dokonuje czynności faktycznych i w ten sposób pozyskuje klientów dla organizatora. Agent turystyczny może być także pełnomocnikiem organizatora, czyli dokonywać czynności prawnych w jego imieniu ale tylko wówczas, gdy ma od niego wyraźne pełnomocnictwo. Natomiast agent nie jest zastępcą pośrednim, gdyż zakresem jego działań nie jest objęte dokonywanie czynności prawnych we własnym imieniu, lecz na rachunek dającego zlecenie⁵⁰. Analizowane zwroty oznaczają w istocie, że agent turystyczny stałe pośredniczy lub stałe działa w imieniu organizatora turystycznego, a zatem nie działa w imieniu własnym.

Nie ulega wątpliwości, że w zakresie swojej kompetencji agent turystyczny powinien udzielać klientom rzetelnych informacji o imprezie turystycznej. Dlatego pominięcie tego podmiotu w art. 12 i 13 u.u.t. regulujących obowiązki informacyjne wobec klienta jest nieuzasadnione.

Jeszcze więcej wątpliwości budzi art. 10b u.u.t., który agenta turystycznego uznaje za organizatora turystyki, gdy: 1) w umowach z klientami nie wskazuje jednoznacznie właściwego organizatora turystyki, którego reprezentuje, lub 2) działa jako agent organizatora turystyki, który nie jest uprawniony do zawierania umów z klientami na terytorium Polski, lub 3) działa bez ważnej umowy agencyjnej lub przekracza jej zakres.

Z mocy art. 19a u.u.t. do agenta turystycznego działającego w okolicznościach określonych w art. 10b ust. 1 u.u.t. stosuje się odpowiednio przepisy rozdziału 3 ustawy dotyczące ochrony klienta. Artykuł 10b u.u.t. nie ma ustępu 1 lecz tylko punkty 1 – 3 wobec tego trudno dociec, czy ustawodawcy chodzi tylko o agenta turystycznego określonego w punkcie 1, czy także wskazanego w pozostałych punktach. Jeżeli poprawny jest drugi wniosek to powstają trudne do rozstrzygnięcia problemy interpretacyjne. Wydaje się, że nawet uznanie agenta turystycznego za organizatora turystycznego na podstawie wszystkich okoliczności wymienionych w art. 10b u.u.t. nie pozbawia klienta roszczeń wobec „rzeczywistego organizatora”. Wniosek taki uzasadnia np. relacja między art. 10b pkt 3 u.u.t. a art. 760³ k.c., z którego wynika, że gdy agent zawierający umowę w imieniu dającego zlecenie nie ma umocowania albo przekracza jego zakres, umowę uważa się za potwierdzoną, jeżeli dający zlecenie niezwłocznie po otrzymaniu wiadomości o zawarciu umowy nie oświadczy klientowi, że umowy nie potwierdza.

8. Wnioski

Uregulowanie zakresu podmiotowego przepisów dotyczących ochrony klienta w ustawie o usługach turystycznych jest sprzeczne z zakresem podmiotowym dyrektywy 90/314/EWG, a zatem wymaga zmiany. Ta zawarta w ustawie regulacja ochronna ma także szerszy zakres podmiotowy od zakresu podmiotowego umowy o imprezę turystyczną. Wobec tego rozważenia wymaga zasadność propozycji uregulowania umowy o podróż (umowy o imprezę turystyczną lub umowy o usługi turystyczne albo o wycieczkę) w kodeksie cywilnym, w księdze trzeciej „Zobowiązania”, pośród przepisów regulujących umowy zobowiązaniowe (tytuł XI i następne). Ko-

⁵⁰ Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, Warszawa 2005, s. 196.

deksowa systematyka nie pozwala bowiem na umieszczenie pośród tych przepisów kwestii dotyczących ochrony klienta (podróżnego, konsumenta), który nie jest stroną umowy. Dalsze „rozcłonkowanie” materii dotyczącej ochrony klienta (konsumenta) nie sprzyja jego realnej ochronie. Wydaje się, że umowa o usługi turystyczne (umowa o imprezę turystyczną, o podróż, o wycieczkę), ze względu na wychodzące poza jej zakres podmiotowy regulacje dotyczące ochrony klienta (konsumenta) tych usług, powinna zachować charakter pozakodeksowy⁵¹. Obowiązujące, „fragmentaryczne” uregulowanie tej umowy wymaga zmian i uzupełnień. W drodze wykładni systemowej, dokonywanej także w „duchu” dyrektywy 90/314/EWG, uzasadniony wydaje się wniosek, że przepisy cywilnoprawne ustawy o usługach turystycznych dotyczące ochrony klienta obejmują swym zakresem konsumentów w rozumieniu tej dyrektywy, a obciążają obowiązkiem wobec tych konsumentów wszystkich organizatorów turystyki oraz ich przedstawicieli, nawet niebędących przedsiębiorcami. Zakres tych praw i obowiązków jest zróżnicowany w poszczególnych stanach faktycznych, w zależności od konkretnych, „szczegółowych” konfiguracji podmiotowych powstałego stosunku zobowiązaniowego.

⁵¹ J. Gospodarek, *Prawo turystyczne*, Warszawa 2001, s. 99 uważa, że obecnie nie ma już konieczności uregulowania umowy o podróż w kodeksie cywilnym.

Matylda Gwoździcka-Piotrowska*

Pojęcie klienta w ustawie o usługach turystycznych w świetle definicji konsumenta w prawie wspólnotowym i krajowym

1. Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego artykułu jest przedstawienie definicji klienta w ustawie o usługach turystycznych w kontekście definicji konsumenta na gruncie regulacji prawa Wspólnot Europejskich oraz ich wdrożenia do prawa krajowego, w tym prawa polskiego.

Konsument jest podmiotem, który podejmuje decyzje na podstawie własnych preferencji i obiektywnych warunków rynkowych. Potrzeby konsumenta są właściwie nieograniczone, natomiast ograniczone są środki niezbędne do ich zaspokojenia. Współczesna teoria zachowania się konsumenta zakłada, że kieruje się on ekonomiczną racjonalnością, a dobra, które nabywa są mu niezbędne. Jednak nie każdy konsument działa w pełni świadomie, tj. zgodnie z własnym interesem, a błędy w podejmowanych przez niego decyzjach wynikają często z nierzetelnej informacji bądź jej braku. W związku z tym konsumenci objęci są szczególną ochroną prawną. W pierwszej kolejności, należy ustalić cechy charakteryzujące „konsumenta” w obrocie.

2. Konsument w świetle prawa wspólnotowego

Zdefiniowanie pojęcia konsumenta napotyka na spore trudności. Dzieje się tak zarówno na gruncie prawa wspólnotowego, jak i krajowego. Dyrektywy europejskie posługują się zróżnicowanymi definicjami konsumenta. Poniżej przedstawione zostały wybrane przykłady definiowania konsumenta we wspólnotowym prawie wtórnym.

W dyrektywie 79/112¹ w sprawie oznaczenia środków spożywczych zawarto w art. 153-155 pojęcie „konsumenta indywidualnego”. Dyrektywa 89/93 zmieniająca dyrektywę 79/112 zastępuje to określenie terminem „konsument indywidualny oraz konsument zbiorowy”. Z kolei, w preambule dyrektywy 85/374² użyto określenia „konsument” jako synonim poszkodowanego – poszkodowanym jest każda osoba, która poniosła szkodę wskutek wadliwości produktu – nabywca, użytkownik oraz osoba trzecia (*by-stander*). Na gruncie dyrektywy 93/13³ zgodnie z art. 2(b) – konsument to osoba fizyczna, która zawierając umowę działa w celu niezwiązanym z wykonywaną przez nią działalnością zawodową lub gospodarczą. W świetle dyrek-

* Dr Matylda Gwoździcka-Piotrowska - Katedra Prawa Publicznego Wyższej Szkoły Bankowej w Poznaniu.

¹ Dyrektywa z 18 grudnia 1978 r. w sprawie oznaczenia środków spożywczych (Dz. Urz. WE Nr L 69, 01/02/1979, s. 22-23).

² Dyrektywa z 25 lipca 1985 o odpowiedzialności za produkt (Dz. Urz. WE Nr L 210, 1985/08/07, s. 29-33).

³ Dyrektywa z 5 kwietnia 1993 r. o niedozwolonych klauzulach umownych (Dz. Urz. WE Nr L 095, 21/04/1993, s. 0029-0034).

tywie 85/577⁴ konsument to osoba fizyczna, która w ramach transakcji dokonuje czynności, których cele mogą być uznane za leżące poza zakresem prowadzonej przez nią działalności zawodowej bądź handlowej. W dyrektywie 97/7⁵ konsument to każda osoba fizyczna, która w umowach objętych dyrektywą działa w celach niezwiązanych z prowadzoną przez nią działalnością handlową, działalnością gospodarczą lub zawodową. Dyrektywa 87/102⁶ w art. 1 ust. 1 pkt a – konsumentem określa osobę fizyczną, która w transakcjach objętych dyrektywą działa w celach niezwiązanych ze swoją działalnością zawodową. W opracowaniu Komisji Europejskiej konsumenci to „osoby, fizyczne lub prawne, wyposażone w większą lub mniejszą moc zakupu, które kupują lub, które korzystają z dóbr i usług na użytek nieprofesjonalny”⁷.

Z definicji zawartych w przytoczonych regulacjach wspólnotowego prawa wtórnego wynika, że kwestię, czy podmiot jest konsumentem, rozstrzyga się w pierwszej kolejności ustalając, czy konsumentem może być tylko osoba fizyczna czy w uzasadnionych przypadkach także osoba prawna. Na gruncie dyrektyw konsument to osoba fizyczna, niekiedy jednak prawo konsumenckie chroni wyjątkowo także osoby prawne⁸. Drugą kwestią jest to, czy czynności, których dokonuje konsument dokonywane są na jego własny użytek, czy też użytek związany z jego działalnością gospodarczą (w tym zawodową). Czy konsumentem będzie osoba zawierająca umowę, wstępująca w konkretny stosunek prawny, czy też jest to tzw. „użytkownik końcowy” (*Endverbraucher*)⁹. Z postanowień przytoczonych regulacji wynika, że podmiot będący konsumentem powinien co najmniej sam korzystać z przedmiotu transakcji.

Ze wskazanych przykładów wynika, że konsument to osoba fizyczna bądź prawna, która nabywa towar lub przyjmuje usługę, z których korzysta sam (ewentualnie z rodziną). Jest to jednak tylko typowa sytuacja, a na ujęciu typologicznym nie można budować definicji.

Na gruncie ostatnio zaproponowanej definicji konsumentem jest osoba fizyczna, która działa przede wszystkim w celach niezwiązanych z prowadzoną działalnością handlową, gospodarczą ani zawodową¹⁰. Wydaje się, że nie ma możliwości opracowania jednolitej, uniwersalnej definicji, w związku z tym wszelkie niejasne przypad-

⁴ Dyrektywa z 20 grudnia 1985 r. o umowach zawieranych poza lokalem przedsiębiorstwa (Dz. Urz. WE Nr L 372, 10/01/1986, s. 31-33).

⁵ Dyrektywa z 20 maja 1997 r. o umowach zawieranych na odległość (Dz. Urz. WE Nr L 144 01/06/1997, s. 19-24).

⁶ Dyrektywa z 22 grudnia 1986 r. o kredycie konsumenckim (Dz. Urz. WE Nr L 042, 1987/02/12, s. 48-53).

⁷ Regulacja Rady (EC) 17/9, s. 3/4.

⁸ *Opracowanie grupy analitycznej ds. europejskiego kodeksu cywilnego*, [w:] *Dokument roboczy w sprawie europejskiego prawa umów i weryfikacji dorobku prawnego: aktualny stan i pojęcie konsumenta*. Komisja Rynku Wewnętrznego i Ochrony Konsumentów, Parlament Europejski 374.155v01-00, 17.05.2006, s. 4/6; wydaje się jednak, że standardowa definicja powinna obejmować wyłącznie konsumenta jako osobę fizyczną.

⁹ Na tym tle rodzi się pytanie, czy konsument nabywa towar/usługę, aby je użyć bądź zużyć dla siebie czy też dla innych osób, np. dla członków swojej rodziny (np. w sytuacji, gdy umowę w imieniu dziecka zawiera matka, jako jego przedstawiciel ustawowy).

¹⁰ *Opracowanie grupy analitycznej ds. europejskiego kodeksu cywilnego...*, s. 5/6 i n.

ki będą musiały zostać rozstrzygnięte przez sądy krajowe, a w ostateczności przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Krajowe implementacje poszczególnych dyrektyw pojęciem konsumenta obejmują także osoby prawne¹¹, o czym będzie mowa poniżej.

3. Dyrektywa 90/314 i jej wybrane implementacje

W dyrektywie Dyrektywa Rady 90/314/EWG z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek¹² (cyt. dalej jako: dyrektywa 90/314) odstąpiono od wąskiego ujęcia konsumenta jako wyłącznie osoby fizycznej. Mianem „konsumenta” dyrektywa 90/314 określa każdego, kto:

- a) nabywa usługi lub wyrazi zgodę na ich nabycie w formie *kombinacji* („główny kontrahent”);
- b) osobę, w której imieniu główny kontrahent wyraża zgodę na nabycie podróży/kombinacji usług turystycznych („inni beneficjenci”); lub
- c) osobę, na którą główny kontrahent lub inny beneficjent przenosi prawa do *kombinacji* („cesjonariusz”).

Konsumentem może być indywidualny podróżny, konsumenci mogą też podróżować w grupie (np. podróżujący uczniowie szkoły średniej czy studenci). Definicja konsumenta zawarta w dyrektywie 90/314 jest szersza niż definicje zawarte w innych dyrektywach, jako że odnosi się do rodzaju usług (usług turystycznych w formie kombinacji), które są świadczone prawie wyłącznie konsumentom.

Niemiecki kodeks cywilny (§ 651a BGB)¹³ nie zawiera określenia „konsument”, lecz podróżny (*Reisender*). Ustawodawca niemiecki nie wyjaśnia przy tym, kim jest podróżny, nie wprowadza tym samym ograniczeń stosowania tego terminu¹⁴.

Brytyjskie regulacje (*Regulations* 1992)¹⁵ przejęły rozwiązanie Dyrektywy 90/314. Prawo brytyjskie nie ogranicza definicji konsumenta do konsumenta w tradycyjnym ujęciu, a więc może być nim również osoba prawna.

Francuskie prawo turystyczne nie stworzyło własnej definicji „konsumenta”, lecz posługiwało się terminami „*voyager*” (podróżny) i „*client*” (klient) ich sprecyzowania¹⁶. Nie istnieje również rozróżnienie, czy klient to konsument w klasycznym uję-

¹¹ Zwłaszcza działające w celu nie komercyjnym – tak w Hiszpanii i Francji, inaczej w Niemczech, gdzie wprowadzono pojęcie konsumenta jako osoby fizycznej w części ogólnej kodeksu cywilnego ustawą z dnia 27 czerwca 2000 r. BGBI, t. I, s. 897; patrz pkt 3 niniejszego artykułu.

¹² Dz.Urz. Nr L 158, z 23 czerwca 1990 r., s. 0059-0064.

¹³ Ustawa z dnia 18 sierpnia 1896 r., obowiązująca od 1 stycznia 1900 r. – Kodeks cywilny, RGHB, s. 195.

¹⁴ Biura podróży określają często, że osoba zgłaszająca uczestników podróży jest stroną umowy – „der Reiseanmelder ist der Vertragspartner für da Reisebüro”, www.reiselinie.de.

¹⁵ Regulacje w sprawie wycieczek i podróży w formie kombinacji usług 1992, SI 1992/3288.

¹⁶ Takimi terminami posługują się m.in.: ustawa nr 75-627 z 11 lipca 1975 r. ustalająca warunki wykonywania działalności polegającej na organizacji podróży lub pobytu (Dz. Urz. 11/07/75, s. 7230) oraz rozporządzenie z dnia 14 października 1982 r. w sprawie ogólnych warunków rejestrowania sprzedaży dokonywanej przez agencje turystyczne i ich klientów (Dz. Urz. 27/10/82, s. 9876). Ustawa nr 76-627 była wielokrotnie nowelizowana (dostosowywano ją do przepisów ustawy nr 92-645 z 13 lipca 1992 r. nr 92-645 w sprawie warunków wykonywania działalności polegającej na organizacji i sprzedaży usług turystycznych (Dz. Urz. 14/07/93, s. 9459), będącej implementacją dyrektywy 90/314). W obecnym kształcie postanowienia obu ustaw uzupełniają się.

ciu, czy profesjonalista. Ustawa transpozycyjna (*loi*), posługuje się, bez podania wyjaśnienia, sformułowaniami: *les interesses* (zainteresowani) oraz *l'acheter* (kupujący)¹⁷. Legalna definicja terminu „konsument” zakłada, że jest nim osoba fizyczna, która działa w celu nie objętym ramami jej działalności zawodowej lub zarobkowej. Konsument zawiera umowę z osobą prowadzącą działalność zarobkową i zawodową. Orzecznictwo i piśmiennictwo francuskie tradycyjnie przyjmowały, że „konsument” to osoba fizyczna działająca dla celów osobistych, nabywca kończący łańcuch produkcji i dystrybucji towaru lub usługi. Natomiast „nieprofesjonalista” to osoba będąca profesjonalistą, która zawiera umowę mającą na celu nabycie towaru lub usługi dla potrzeb swego przedsiębiorstwa i w ramach jego działalności, ale zmierzająca do tego czynność nie mieści się w granicach specjalności zawodowej nabywcy. Dlatego taka osoba w odniesieniu do dokonywanej czynności winna być chroniona jak konsument. To szerokie ujęcie podmiotu chronionego zostało poddane w wątpliwość w orzeczeniu francuskiego Sądu Apelacyjnego z 8 marca 1984 r.¹⁸. Obecnie, co do zasady, ochronie podlega zarówno konsument, jak i nieprofesjonalista¹⁹.

Definicji włoskiego konsumenta należy szukać w konwencji brukselskiej o umowie o podróż (CCV), która we Włoszech obowiązuje w ograniczonym zakresie, tj. tylko względem umów o podróż w całości bądź części wykonanych w innym państwie, nie będącym członkiem Unii Europejskiej. W świetle przepisu art. 1 ust 1 CCV podróжного – profesjonalistę również obejmuje zakres zastosowania przepisów CCV²⁰.

Hiszpańskie rozporządzenie²¹ z 1988 r. posługuje się pojęciem konsumenta, „*consumidor*” (art. 25) i klienta, „*cliente*”, jednak pojęcia konsumenta nie definiuje. Użycie sformułowania „konsument” nie oznacza ograniczenia stosowania przepisów rozporządzenia do osób fizycznych. Konsumentami to wszyscy klienci agencji turystycznych. Hiszpańska ustawa turystyczna²² podobnie jak dyrektywa 90/314, posługuje się jeszcze pojęciami „główny kontrahent”, „beneficjent”, „cesjonariusz”, a w art. 7 również pojęciem „*consumidor o usuario*”, którymi są którekolwiek z tych osób.

Tradycyjna skandynawska definicja konsumenta jako „osoby prywatnej” zawierającej umowę dla własnych celów, nie mogła mieć zastosowania w duńskiej imple-

¹⁷ Ustawa z 13 lipca 1992 r. Nr 92-645 w sprawie warunków wykonywania działalności polegającej na organizacji i sprzedaży usług turystycznych oraz dekret z 15 czerwca 1994 r. Nr 94-490 w sprawie przyjęcia art. 31 ustawy Nr 92-645 (Dz. Urz. 17/06/94, s. 8746, art. 15, 17 i 18). W ustawie rozróżniono dwa typy działalności: działalność zawodową oraz działalność *non-profit*.

¹⁸ BID 1985 nr 3, s. 21.

¹⁹ W sprawach o charakterze konsumenckim dotyczących relacji pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą (np. sprzedaż konsumencka) legitymację czynną posiadają także organizacje konsumenckie, których statutowym celem jest obrona konsumentów.

²⁰ Implementacją dyrektywy 90/314 jest dekret legislacyjny (*decreto legislativo*) z 17 marca 1995 r. Nr 111, w sprawie wdrożenia dyrektywy 90/314, Gazeta Urzędowa – Serie ogólne – 14/04/95, nr 88.

²¹ Dekret Królewski z dnia 25 marca 1988 r. Nr 271/88 w sprawie regulacji i wykonywania działalności agencji turystycznych, Biul. Urz. Nr 114, s. 12529-12539.

²² Ustawa z dnia 6 lipca 1995 r. Nr 21/95 regulująca podróże w formie pakietu usług, Państwowy Biul. Urz. Nr 161, s. 20652-20656.

mentacji dyrektywy 90/314, jako że dyrektywa pod pojęciem „kombinacja” rozróżnia nie tylko podróże w celach wypoczynkowych, lecz także podróże służbowe. Również z tego powodu sformułowanie „konsument” zostało przetłumaczone jako „nabywca”. Przepis art. 4 duńskiej ustawy turystycznej²³ brzmi: „osoba, która „kupi” bądź, w której imieniu podróż w formie kombinacji usług turystycznych została „zakupiona”, uważana jest za nabywcę. Jeśli klient przeniesie swoją rezerwację na inną osobę, osoba ta jest traktowana jak nabywca”²⁴.

W Polsce konsument jest objęty ochroną na gruncie przepisów ustawy zasadniczej²⁵ - przepis art. 76 Konstytucji RP nakłada na wszystkie władze publiczne obowiązki ochrony konsumentów przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi. Konstytucja stanowi jednocześnie, iż zakres tej ochrony określają inne akty prawne – ustawy.

Na gruncie §3 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów²⁶ konsumentem była każda osoba, która nabywa towar w celach niezwiązanych z działalnością gospodarczą. Definicja konsumenta została wprowadzona kodeksu cywilnego, do art. 384 § 3, ustawą o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny²⁷. Za konsumenta uznano każdą osobę, która zawiera umowę z przedsiębiorcą w celu bezpośrednio niezwiązanym z działalnością gospodarczą. Definicję „konsumenta” umieszczono w dziale odnoszącym się do osób fizycznych. Ma ona podmiotowo znacznie węższy zakres, gdyż szersza koncepcja byłaby sprzeczna z przesłankami uzasadniającymi ochronę konsumenta²⁸. Założeniem wdrożenia tego pojęcia do kodeksu cywilnego, miało być ujednoczenie definicji konsumenta²⁹. Mimo to większość ustaw konsumenckich zawiera różne określenia podmiotowego zakresu pojęcia konsumenta³⁰.

²³ Ustawa w sprawie podróży w formie pakietu usług z dnia 30 czerwca 1993 r., N 472 z., Lovitende A, 30/06/93.

²⁴ S. Storm, *Working Paper on Package Travel Directive*, Odense 1994, s. 16.

²⁵ Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78 poz. 483, ze zm.).

²⁶ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 maja 1995 r. w sprawie szczegółowych warunków zawierania i wykonywania umów sprzedaży rzeczy ruchomych z udziałem konsumentów (Dz. U. Nr 64, poz. 328).

²⁷ Ustawa z dnia 2 marca 2003 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz. U. Nr 22, poz. 271 ze zm.).

²⁸ E. Wieczorek, *Zmiany w Kodeksie cywilnym – cz. IV. Konsument, firma, prokura, przedsiębiorstwo*, EP 2003, nr 9, s. 12.

²⁹ Takie stanowisko było także powszechnie przyjęte w doktrynie – zob. np. E. Łętowska, *Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 84; Cz. Żuławska [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, tom I, red. G. Bieniek, Warszawa 2002, s. 128; W. Popiołek, [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2002, s. 793; a także M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny. Suplement. Tom I. Tom II. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2003, s. 2.

³⁰ Np. art. 2 ust. 4 ustawy z dnia 18 września 2001 r. o kredycie konsumenckim (Dz. U. Nr 100, poz. 1081 ze zm.), art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 13 lipca 2000 r. o ochronie nabywców prawa korzystania z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego w oznaczonym czasie w każdym roku oraz o zmianie ustawy Kodeks cywilny, Kodeks wykroczeń i ustawy o księgach wieczystych i hipotece (Dz. U. Nr 74, poz. 855), w których konsument jest określany nabywcą; w art. 1 ust. 1 ustawy

W świetle wprowadzonego do części ogólnej kodeksu cywilnego art. 22¹, za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową. W świetle analizy powyższej definicji wydaje się, że obok podmiotu nie prowadzącego działalności gospodarczej (nie dokonującego czynności w związku z tą działalnością) jako konsument może występować również przedsiębiorca i to nie tylko wtedy, gdy podejmuje czynność niezwiązaną z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą (a więc co do zasady podjętą w innym celu), lecz również w sytuacji, gdy podejmuje czynność związaną z prowadzoną przez niego działalnością, ale tylko pośrednio³¹. Wydaje się jednak, że w przypadku definicji zawartej w art. 22¹ k.c. wykładnia językowa zawodzi. Na gruncie wykładni systemowej i celowościowej uznać należy, że przepis ten ogranicza pojęcie konsumenta tylko do stosunków prawnych osoby fizycznej z przedsiębiorcą. W razie braku takiego zastrzeżenia, definicja konsumenta zawarta w kodeksie cywilnym ma zbyt szeroki zakres stosowania i obejmuje terminem „konsument” osoby fizyczne, których nie powinno się traktować jak konsumentów, gdyż jest to sprzeczne z charakterem regulacji ich dotyczących³².

Polska ustawa o usługach turystycznych³³ (dalej u.u.t.) przejęła definicję konsumenta zawartą w dyrektywie 90/314³⁴. W ujęciu ustawy „klientem” jest: osoba, która zamierza zawrzeć lub zawarła umowę o świadczenie usług turystycznych na swoją rzecz lub na rzecz innej osoby, a zawarcie tej umowy nie stanowi przedmiotu jej działalności gospodarczej, jak i osoba, na rzecz której umowa została zawarta,

z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz. U. Nr 141, poz. 1176), w którym nie występuje pojęcie konsumenta, ale towaru konsumpcyjnego, art. 4 pkt 12 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), która definiuje pojęcie konsumenta w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, tj. jako osobę fizyczną; na gruncie przepisu art. 13 konwencji o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych, z dnia 16 września 1988 r. w Lugano (Dz. U. z 2000 r., Nr 10, poz. 133), konsumentem jest osoba, która zawiera umowy wykraczające poza zakres jej działania zawodowego.

³¹ S. Koroluk, *Zmiana definicji konsumenta w Kodeksie cywilnym – propozycja interpretacji*, Monitor Prawniczy 2003, nr 10, s. 439.

³² J. Frąckowiak, *Instytucje prawa handlowego w kodeksie cywilnym*, Rej. 2003, nr 6, s. 31-35. Poprzednia definicja konsumenta (art. 384 § 3 k.c.) wskazywała konsumenta jako osobę, która zawiera umowę z przedsiębiorcą w celu bezpośrednio nie związanym z działalnością gospodarczą. Działalność gospodarczą należy rozumieć w kategoriach prawa handlowego. „Pozostawanie w związku” jest pojęciem szerszym od pojęcia „w ramach działalności zawodowej czy gospodarczej”. Działalność zawodowa nie musiała zostać zakwalifikowana jako działalność gospodarcza. W związku z powyższym, ochroną właściwą dla konsumenta objęte zostały osoby fizyczne i prawne, zawierające umowę z przedsiębiorcą w celu nie objętym bezpośrednio związkiem z ich działalnością gospodarczą. W orzecznictwie SN podjęto pozytywną próbę szerokiego ujęcia pojęcia konsumenta. Pojęcie konsumenta miało objąć najemców – uchwała 7 sędziów SN z dnia 29 lutego 2000 r., III CZP 26/99, OSNCP 2000, nr 6, poz. 152.

³³ Ustawa o usługach turystycznych z dnia 29 sierpnia 1997 r. (t. jedn. Dz. U. z 2004, Nr 223, poz. 2268 ze zm.).

³⁴ Definicja ta jest zasadniczo zbieżna z definicją klienta zawartą w dyrektywie 90/314, która jednak wprowadza jeszcze dodatkowo pojęcia, takie jak: główny kontraktujący, inni beneficjenci i cesjonariusz (art. 2 ust. 4 dyrektywy 90/314). Ustawa o usługach turystycznych wprowadza odmienne niż w art. 758 § 1 k.c. pojęcie „agenta”.

a także osoba, której przekazano prawo do korzystania z usług turystycznych objętych uprzednio zawartą umową.

W ustawie podkreślono, że zawarcie umowy nie może stanowić przedmiotu działalności gospodarczej klienta.

Treść art. 3 pkt 11 u.u.t. nie rozstrzyga *expressis verbis* czy klient może być osobą prawną. Ze sformułowania „zawarcie tej umowy nie stanowi przedmiotu (...) działalności gospodarczej (klienta)” wynika, że umowa o podróż nie może być zawarta pomiędzy dwoma biurami podróży. Należy natomiast uznać, że dopuszczalne jest zawarcie takiej umowy pomiędzy biurem, a klientem – osobą prawną w zakresie prowadzonego przez nią przedsiębiorstwa (lecz nie w ramach przedmiotu jej działalności). Osoba prawna może na przykład „wykupić” w biurze podróży wycieczkę dla swoich pracowników.

Z chwilą powstania zobowiązania możliwe jest przejście praw i obowiązków z niego wynikających na inne osoby. Stosunek zobowiązaniowy nie ulega wówczas zmianie, zmieniają się tylko osoby w nim uczestniczące. Do zmiany wierzyciela dochodzi w drodze umowy, którą wierzyciel przenosi swoją wierzytelność na inną osobę (przelew, dot. przeniesienia rezerwacji na inną osobę).

Zarzucony projekt wprowadzenia umowy o podróż do Kodeksu cywilnego³⁵ posługuje się sformułowaniem "podróżny". Podróżnym jest osoba, która bierze udział w podróży na podstawie:

- a) umowy przez nią zawartej;
- b) umowy zawartej na jej rzecz; albo
- c) przejęcia praw i obowiązków od innej osoby (art. 646 ust. 1 § 4)³⁶.

4. Podsumowanie

Konsument niewątpliwie pozostaje słabszą stroną transakcji. Polega on na informacjach prezentowanych mu przez producenta, sprzedawcę czy zleceniobiorcę. W związku z tym w systemie prawnym konsument podlega szczególnej ochronie. Istotne jest przejrzyste określenie zakresu pojęcia konsumenta w celu uniknięcia pomyłek, które z jednej strony mogą narazić na szkodę nieprofesjonalistą, a z drugiej Skarb Państwa.

Powołane przepisy nie formułują precyzyjnie, kogo należy uważać za konsumenta. Wiemy na pewno, że decyduje o tym związek czynności dokonywanej przez podmiot z prowadzeniem działalności gospodarczej, w szczególności związek „bezpośredni”. W tej sytuacji decydujące winno być kryterium formalne – jeżeli nabyte dobra zostały zaliczone przez podmiot do kosztów jego działalności, to należy uznać, że pozostają one w bezpośrednim związku z działalnością gospodarczą tego podmiotu, w związku z czym nie może być on traktowany jak konsument.

Zgodnie z przepisem art. 11 u.u.t. „w zakresie nieuregulowanym ustawą do umów z klientami zawieranych przez organizatorów turystyki i pośredników turystycznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego oraz inne przepisy dotyczące ochrony kon-

³⁵ Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego ustawy wprowadzającej do Kodeksu tytuł XV¹ z września 1997 r. W takiej wersji projekt został przedstawiony Departamentowi Legislacyjno-Prawnemu Ministerstwa Sprawiedliwości. Został opublikowany [w:] KPP 1998, z. 2, s. 332.

³⁶ Powyższa definicja jest podobna do rozwiązania przyjętego w dyrektywie 90/314.

sumenta”. Istota powyższego odwołania sprowadza się do zrównania, w szeroko rozumianej płaszczyźnie umów, klientów w rozumieniu u.u.t. z konsumentami w rozumieniu kodeksu cywilnego. Skutkuje to objęciem wszystkich klientów w ujęciu u.u.t. wzmożoną ochroną, dla której uzasadnieniem jest ich słabsza pozycja w transakcjach. Ochrona praw konsumentów w rozumieniu k.c. stanowi niejako wzorzec dla ochrony, jaką powinni zostać objęci klienci w rozumieniu u.u.t. oraz wyznacza minimum obowiązków oraz wymaganej staranności, jaką wykazywać powinni przedsiębiorcy turystyczni.

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 okazjonalnie 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 podróż 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 (przrzekającemu) 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 rozstrzyganiu 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.

Ewa Rott-Pietrzyk*

Agent turystyczny jako rzekomy pełnomocnik organizatora turystyki

1. Uwagi wstępne

Polska regulacja umowy agencyjnej obowiązująca od 1 stycznia 1965 r. do 8 grudnia 2000 r. zamieszczona w art. 758-764 kodeksu cywilnego była dość uboga i z pewnością nie mogła zadowalać¹, w szczególności w odniesieniu do tzw. agencji wyspecjalizowanych². Regulacja ta była uboższa od unormowania umowy agencyjnej zawartego w kodeksie handlowym z 1934 r. (art. 568-580)³. Nie obejmowała m.in. regulacji dotyczącej działania agenta bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu (por. art. 573 k.h.).

Szczegółowa regulacja dotycząca działania agenta jako rzekomego pełnomocnika (*falsi procuratoris*) jest więc w kodeksie cywilnym regulacją stosunkowo nową. Ustawodawca wprowadził ją mając na względzie szybkość i bezpieczeństwo obrotu, ochronę interesów osób trzecich, a także działanie podmiotów profesjonalnych w charakterze stron umowy agencyjnej. Zasada przyjęta w art. 760³ k.c. ma zresztą w naszym ustawodawstwie swoją tradycję. Jak już wspomniano, była bowiem wyrażona w art. 573 k.h.⁴. Podobną zasadę wyrażał także art. 199 kodeksu morskiego z 1961 r.⁵, którego odpowiednikiem w kodeksie morskim z 2001 r.⁶ jest art. 203. Przed wejściem w życie nowych przepisów o agencji, w doktrynie pojawił się nawet głos, aby działań agenta jako rzekomego pełnomocnika nie oceniać na podstawie art. 103 § 1 k.c., a stosować w takich sytuacjach z uwagi na bezpieczeństwo obrotu art. 199 kodeksu morskiego⁷. W myśl jednak dominującego poglądu w literaturze do

* Dr Ewa Rott-Pietrzyk - Katedra Prawa Cywilnego i Prawa Prywatnego Międzynarodowego Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

¹ Por. J. Skąpski, *Kodeks Cywilny z 1964. Blaski i cienie kodyfikacji oraz jej perspektywy*, KPP 1992, z. 1-4, s. 87.

² Na temat agencji wyspecjalizowanych - zob. bliżej K. Topolewski, *Umowa agencyjna a agencje wyspecjalizowane*, [w:] *Współczesne problemy prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marii Poźniak-Niedzielskiej*, red. A. Kidyba i R. Skubisz, Kraków 2007, s. 381 i n.

³ Wraz z wejściem w życie kodeksu cywilnego, tj. z dniem 1 stycznia 1965 r., umowa agencyjna została włączona do tego aktu prawnego w tytule XXIII. Do tego czasu była uregulowana w księdze II kodeksu handlowego dotyczącej czynności handlowych (por. art. VI § 2 przepisów wprowadzających kodeks cywilny z 23 kwietnia 1964 r., Dz. U. Nr 16, poz. 94).

⁴ Artykuł 573 k.h. stanowił: „Jeżeli agent, nieposiadający pełnomocnictwa lub przekraczający jego granice zawiera umowę w imieniu dającego polecenie, umowę uważa się za potwierdzoną, jeżeli dający polecenie bezzwłocznie po otrzymaniu wiadomości o zawarciu umowy nie oświadczy osobie trzeciej, że umowy nie potwierdza”.

⁵ T. jedn. Dz. U. z 1998, Nr 10, poz. 36.

⁶ Dz. U. Nr 138, poz. 1545.

⁷ Tak A. Szpunar, [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. S. Grzybowski, Wrocław - Warszawa - Kraków - Gdańsk 1976, s. 651. Krytycznie M. Litwińska, [w:] *Prawo handlowe*, red. J. Okolski, Warszawa 1999, s. 433. Por. też S. Włodyka, [w:] *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, red. S. Włodyka, Kraków 1993, s. 133.

chwili wejścia w życie nowej regulacji działanie agenta jako rzekomego pełnomocnika podlegało w całej rozciągłości ocenie wedle przepisów ogólnych o pełnomocnictwie zamieszczonych w art. 103 – 105 k.c. Po zmianie przepisów o agencji, działanie agenta, jako rzekomego pełnomocnika i skutki jego działania podlegają ocenie wedle art. 760³ k.c. Natomiast do oceny jego odpowiedzialności powinien znaleźć zastosowanie art. 103 §3 k.c. Nie powinno się go jednak stosować wprost⁸ tylko *per analogiam*⁹. Został on bowiem ustanowiony dla takich stanów faktycznych, w których brak jest potwierdzenia (przez złożenie oświadczenia woli) czynności prawnej dokonanej przez rzekomego pełnomocnika. Do sytuacji takiej nie odnosi się wszak art. 760³ k.c. Nie ma tam bowiem mowy o konieczności działania, tj. potwierdzenia. Umowę zaś należy uznać za potwierdzoną, jeśli właśnie brak jest niezwłocznego działania drugiej strony umowy agencyjnej określonego w art. 760³ k.c. Jeśli zatem przepis stosujemy dla innych stanów faktycznych niż te, dla których przewidział go ustawodawca, należy stosować go odpowiednio¹⁰.

Znowelizowane przepisy o umowie agencyjnej, które weszły w życie 9 grudnia 2000 r.¹¹, znajdują zastosowanie także do agenta turystycznego w zakresie, w którym zasada *lex specialis derogat legis generali* nie prowadzi do ich wyłączenia, a zawarta przez tego agenta umowa pod względem treści spełnia wymagania definicji agencji określone w kodeksie cywilnym¹². Funkcję przepisów *lex specialis* odgrywiają tu przede wszystkim przepisy ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych

⁸ Tak T. Wiśniewski, *Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez agentów ubezpieczeniowych*, PS 2004, nr 3, s. 44, który wycofał się ostatnio z prezentowanego wcześniej poglądu o odpowiednim zastosowaniu art. 103 §3 k.c.

⁹ Por. M. Allerhand, *Kodeks handlowy. Księga druga. Czynności handlowe. Komentarz*, Lwów 1935, s. 853; T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Kraków 1936, s. 872; J. Namitkiewicz, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. I, Warszawa 1934, s. 156, a także T. Wiśniewski, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 2, red. G. Bieńiek, Warszawa 2006, s. 447.

¹⁰ Tak J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 65; tenże, *Odpowiednie stosowanie przepisów prawa. Studia z teorii prawa*, Kraków 2003, s. 451. Pierwotnie artykuł opublikowano w *Państwie i Prawie* w roku 1964, z. 3.

¹¹ Znowelizowane przepisy o umowie agencyjnej weszły w życie 9 grudnia 2000 r. Wprowadzono je obok przepisów o leasingu (art. 709¹-709¹⁹), ustawą z dnia 26 lipca 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 74, poz. 857). Zgodnie z art. 2 ust. 2 tej ustawy, do umów agencyjnych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy, tj. przed 9 grudnia 2000 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Od zasady tej przewidziano wyjątek w art. 2 ust. 3 ustawy. Otóż zasada stosowania przepisów dotychczasowych do umów zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy, obowiązuje przez rok od dnia jej wejścia w życie, tj. do 9 grudnia 2001 r. Od 10 grudnia 2001 r., do oceny umów agencyjnych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się zatem nowe przepisy o agencji. Należy jednak podkreślić, że zasada bezpośredniego stosowania ustawy nowej działa od 10 grudnia 2001 r. tylko w odniesieniu do umów agencyjnych zawartych między stronami, o których mowa w art. 758 §1 k.c. w brzmieniu nadanym nową ustawą, tj. prowadzącymi działalność gospodarczą (przedsiębiorcami). Wnioskując zatem *a contrario* z art. 2 ust. 3 ustawy, do umów agencyjnych zawartych przez strony bez podmiotowej kwalifikacji przed dniem wejścia w życie nowych przepisów znajdują zastosowanie przepisy dotychczasowe. To samo dotyczy sytuacji, gdy jedna ze stron nie ma przymiotu przedsiębiorcy.

¹² Bliżej na temat umowy agencyjnej jako podstawy stosunków prawnych organizatorów turystyki z agentami turystycznymi - zob. J. Gospodarek, *Prawo w turystyce*, Warszawa 2006, s. 256 i n.

(cyt. dalej jako: u.u.t.)¹³. Przepisy tej ustawy stanowią, że agent turystyczny jest zobowiązany „działać na podstawie ważnej umowy agencyjnej” (art. 5 ust. 2 pkt. 3) i określają jednocześnie skutki działania agenta „bez ważnej umowy agencyjnej lub z przekroczeniem jej zakresu” (art. 10b pkt. 3). Przepisy kodeksu cywilnego o umowie agencyjnej znajdują zastosowanie do agenta turystycznego wprost tylko wówczas, gdy przedsiębiorca będący agentem turystycznym, o którym mowa w u.u.t., zawrze z innym przedsiębiorcą (organizatorem turystyki, innym agentem¹⁴) umowę odpowiadającą kodeksowemu typowi umownemu określonymu w art. 758 k.c. W innym przypadku – w zależności od treści umowy – możliwe jest stosownie przepisów umowy agencyjnej *per analogiam*¹⁵.

Powstaje pytanie, w jakich sytuacjach i w jakim zakresie znajdują zastosowanie do agenta turystycznego przepisy kodeksu cywilnego dotyczące działania i odpowiedzialności agenta jako rzekomego pełnomocnika. Udzielenie odpowiedzi na to pytanie wymaga rozważenia wzajemnej relacji rozwiązań przyjętych w przepisach kodeksu cywilnego o pełnomocnictwie (w szczególności art. 103), umowie agencyjnej (art. 760³) oraz przepisach ustawy o usługach turystycznych (w szczególności art. 10b w zw. z art. 19a u.u.t.). W celu rozważenia sytuacji prawnej agenta turystycznego jako rzekomego pełnomocnika warto w pierwszej kolejności wyjaśnić zakres i znaczenie pojęcia *falsi procuratoris*, odnieść je do instytucji agenta turystycznego oraz skonfrontować definicję agenta turystycznego z kodeksową definicją umowy agencyjnej.

2. Pojęcie rzekomego pełnomocnika

Mianem rzekomego pełnomocnika (*falsus procurator*), określamy osobę, która działa bez umocowania lub przekracza jego zakres (art. 103 §1 k.c.). Chodzi przy tym o osobę, która dokonała już czynności prawnej w cudzym imieniu. Nowelizacja przepisów o umowie agencyjnej nie zmieniła pojęcia rzekomego pełnomocnika działającego jako agent (por. art. 760³ i art. 103 §1 k.c.).

Działanie bez umocowania oznacza, że pełnomocnictwo w ogóle nie zostało udzielone albo czynność prawna obejmująca udzielenie pełnomocnictwa jest dotknięta nieważnością bezwzględną. Nie wchodzi tu w grę inne typy sankcji wadliwych czynności prawnych¹⁶. Warto w tym miejscu rozważyć wpływ nieważności lub unieważnienia umowy stanowiącej podstawę dla pełnomocnictwa na samo pełnomocnictwo. W związku z samoistnym i niezależnym charakterem pełnomocnictwa, nieważność lub unieważnienie umowy agencyjnej, nie powoduje w zasadzie uchyle-

¹³ T. jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 223, poz. 2268 ze zm.

¹⁴ W tym przypadku kolejny agent, który jest pełnomocnikiem ma przymiot substytutu (por. art. 106 k.c.), a agencję stanowiącą stosunek podstawowy dla takiego pełnomocnictwa można określić mianem agencji substytucyjnej.

¹⁵ Na temat odpowiedniego stosowania do umów o świadczenie usług dotyczących pośrednictwa przepisów o umowie agencyjnej - zob. E. Rott-Pietrzyk, *Glosa do wyr. SN z 28.10.1999, II CKN 530/98*, OSP 2000, nr 7-8, s. 395, 396.

¹⁶ Odmiennie P. Drapała, *Odpowiedzialność odszkodowawcza pełnomocnika rzekomego*, PPH 2002, nr 9, s. 35.

nia skuteczności udzielonego pełnomocnictwa¹⁷. Innej ocenie podlegają natomiast sytuacje, w których podstawa nieważności stosunku wewnętrznego jest zarazem doniosła dla oceny ważności pełnomocnictwa¹⁸. Chodzi tu w szczególności o przypadki, w których umowa stanowiąca podstawę dla pełnomocnictwa zobowiązuje agenta do dokonania w imieniu mocodawcy czynności prawnej sprzecznej z ustawą, zasadami współżycia społecznego lub mającej na celu obejście ustawy (art. 58 k.c.). W takich przypadkach zachodzi zarazem podstawa nieważności oświadczenia woli mocodawcy o udzieleniu pełnomocnictwa.

Z kolei z unieważnieniem umowy podstawowej mamy do czynienia wówczas, gdy co najmniej jedna ze stron złożyła oświadczenie woli pod wpływem błędu lub groźby (84, 86 i 87 k.c.) i stosownie do przysługującego jej uprawnienia uchyliła się od skutków prawnych swego oświadczenia woli (art. 88 k.c.).

Nieważność lub unieważnienie umowy kreującej stosunek podstawowy doprowadzi zatem do automatycznego uchylenia skuteczności udzielonego pełnomocnictwa, jeśli ta sama okoliczność, która była przyczyną nieważności lub unieważnienia tejże umowy, powoduje zarazem nieważność udzielenia pełnomocnictwa.

W doktrynie pojawiła się wątpliwość co do możliwości traktowania pełnomocnika tajnego jako pełnomocnika rzekomego ze wszystkimi tego konsekwencjami, w szczególności w zakresie skutków czynności prawnej dokonanej bez umocowania (art. 103 § 3 k.c.). Należy – jak sądzę – przyjąć, że zatajenie przez pełnomocnika działania w imieniu reprezentowanego powoduje, iż należy przypisać mu charakter zastępcy pośredniego. Konsekwencją takiej kwalifikacji jest uznanie go za stronę umowy¹⁹. Skutki dokonanej przez niego czynności prawnej zrealizują się zatem w jego sferze prawnej, a nie w sferze prawnej reprezentowanego, jak to ma miejsce w przypadku działania zastępcy bezpośredniego (np. pełnomocnika)²⁰. Nie sposób zatem pełnomocnikowi tajnemu przypisać miana rzekomego pełnomocnika. Wykluczona jest w takiej sytuacji ocena działania pełnomocnika tajnego²¹ na podstawie art. 103 § 3 k.c. Podobnie należy ocenić sytuacje, w których jedna ze stron określa siebie mianem pełnomocnika, ale nie wskazuje osoby reprezentowanej w ogóle, bądź czyni to w sposób niejednoznaczny. Mieszczą się one w zakresie hipotezy art. 10 b pkt 1 u.u.t., o czym jeszcze będzie mowa. Stany faktycznie, w których pełnomocnik w ogóle nie ujawnia, że jest pełnomocnikiem albo ujawnia ten fakt bez wskazania mocodawcy, należy zatem oceniać podobnie.

W zakresie oceny działania pełnomocnika tajnego prezentowane jest też stanowisko odmienne od wyżej przedstawionego. Zgodnie z tym stanowiskiem, na równi

¹⁷ Tak B. Gawlik, [w:] *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, red. S. Grzybowski, Wrocław 1985, s. 756; J. Fabian, *Pełnomocnictwo*, Warszawa 1962, s. 43; A. Szpunar, *Udzielenie pełnomocnictwa*, PS 1993, nr 9, s. 28.

¹⁸ Tak B. Gawlik, [w:] *System prawa...*, s. 756, 757.

¹⁹ Por. wyrok SA w Warszawie z 2006 r. (brak daty), I ACa 1020/2006, LexPolonica nr 419009. W wyroku tym sąd przyjął, że „jeśli pełnomocnik podpisując w imieniu przedsiębiorcy – osoby fizycznej – kontrakt, nie wskaże, że jest pełnomocnikiem, może zostać potraktowany jako strona kontraktu”.

²⁰ Tak M. Pazdan, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2002, s. 492, 493.

²¹ Tamże, s. 493.

z pełnomocnikiem działającym bez umocowania należy traktować pełnomocnika tajnego²². Przyjęcie takiego stanowiska prowadzi jego zwolenników do wniosku, że skutki działania pełnomocnika tajnego można oceniać na podstawie art. 103 § 3 k.c.²³.

Z kolei przekroczenie zakresu umocowania polega na jakimkolwiek naruszeniu granic umocowania określonych przez mocodawcę w treści pełnomocnictwa bądź w treści stosunku stanowiącego podstawę pełnomocnictwa (stosunek podstawowy), jeśli z tego stosunku wynika *per facta concludentia* udzielenie pełnomocnictwa. Zakres umocowania wynika zasadniczo z treści pełnomocnictwa. Jeżeli pełnomocnictwo zostało udzielone w sposób dorozumiany, jego zakres wynika ze znaczenia, jakie w oparciu o przyjęte w stosunkach danego rodzaju zasady przypisuje się zachowaniu mocodawcy. Zakres umocowania może także, poza pełnomocnictwem, określać umowa kreująca stosunek podstawowy, np. umowa agencyjna. Zakres udzielonego umocowania najczęściej pokrywa się z treścią umowy agencyjnej. Problem pojawia się w sytuacji, gdy tak nie jest.

W razie istnienia rozbieżności między treścią pełnomocnictwa a treścią umowy stanowiącej podstawę pełnomocnictwa, należy spojrzeć na dwojakiego rodzaju stosunki: stosunek wewnętrzny między stronami umowy agencyjnej i stosunek zewnętrzny między stronami umowy a osobami trzecimi (klientami). W razie rozbieżności między treścią pełnomocnictwa a treścią umowy agencyjnej, o stosunkach między agentem a dającym zlecenie decyduje treść umowy²⁴. Agent-pełnomocnik postępujący niezgodnie z treścią umowy odpowiada wobec dającego zlecenie za wyrządzoną szkodę (art. 471 k.c.). Zasadą jest, że nie ma to znaczenia dla skuteczności działania pełnomocnika wobec osoby trzeciej²⁵. Dla stosunku zewnętrznego decydujące znaczenia ma bowiem zasadniczo treść pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo wszak jest związane ze stosunkiem zewnętrznym i dla oceny tego stosunku jest ono istotne²⁶. O tym, czy pełnomocnik przekroczył zakres umocowania, tzn. działał jako pełnomocnik rzekomy, przesądza zatem zasadniczo treść pełnomocnictwa. Zasada ta nie doznaje wyjątków, gdy osoba trzecia nie wie, że działanie pełnomocnika jest sprzeczne z treścią stosunku wewnętrznego, jeśli nawet przy dołożeniu należytej staranności mogła i powinna była wiedzieć²⁷. Wydaje się, że do odstępstwa od zasady niezależności pełnomocnictwa od stosunku podstawowego i związanych z tym

²² Tak P. Drapała, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 35.

²³ Tak też uczynił SN w wyroku z 12 kwietnia 1973 r., III CRN 77/73 z kryt. głosa M. Bączyka, PiP 1974, z. 12, s. 159 i n. Orzeczenie to spotkało się ze słuszną krytyką; oprócz wspomnianej glosy zob. także M. Bączyk, *Skutki prawne nieujawnienia pełnomocnictwa*, PiP 1975, z. 7, s. 103 i n.; M. Pazdan, [w:] *System prawa...*, s. 493. Odmiennie P. Drapała, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 35, który akceptuje ten wyrok. Por. też S. Rudnicki, [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2006, s. 419.

²⁴ Problem ten można ujmować w szerzej, tj. w odniesieniu do nadużycia umocowania, które obejmuje nie tylko działania pełnomocnika wbrew rzeczywistej woli mocodawcy wyrażonej w umowie agencyjnej, ale także działania wbrew hipotetycznej woli mocodawcy. Por. M. Pazdan, [w:] *System prawa...*, s. 516.

²⁵ Tak M. Pazdan, [w:] *System prawa...*, s. 504, 516.

²⁶ Por. B. Gawlik, [w:] *System prawa...*, s. 756 oraz A. Szpunar, *Udzielenie pełnomocnictwa...*, s. 28.

²⁷ Tak B. Gawlik, [w:] *System prawa...*, s. 758; M. Pazdan, [w:] *System prawa...*, s. 516.

konsekwencji nie jest wystarczająca wiedza o istniejącej rozbieżności w treści obu stosunków²⁸. Odstępstwo to uzasadnia dopiero zmowa pełnomocnika z osobą trzecią mająca na celu narażenie mocodawcy na straty (koluzja)²⁹.

Warto nadto rozważyć, czy z brakiem umocowania z konsekwencjami przewidzianymi w art. 103 §3 k.c. mamy do czynienia w przypadku, w którym jako pełnomocnik umowę zawarła osoba przekonana, że nie została w ogóle umocowana, podczas gdy w rzeczywistości pełnomocnictwo zostało jej udzielone. Podobnie rzecz się ma z przekroczeniem zakresu umocowania, gdy pełnomocnik nie wiedział o poszerzeniu przez mocodawcę zakresu umocowania. Należy przyjąć, że osoba ta nie jest rzekomym pełnomocnikiem³⁰. Stanowisko to jest uzasadnione z uwagi na brak wymogu złożenia przez mocodawcę oświadczenia woli o udzieleniu pełnomocnictwa pełnomocnikowi dla skuteczności udzielenia umocowania³¹. Tylko w razie istnienia takiego wymogu możliwe byłoby przyjęcie poglądu przeciwnego, tj. uznania osoby, o której mowa za pełnomocnika rzekomego. Dla skutecznego udzielenia pełnomocnictwa wystarczające jest jednak złożenie oświadczenia woli o udzieleniu pełnomocnictwa osobie trzeciej, z którą pełnomocnik zawiera umowę, czy nawet nieoznaczonym osobom trzecim.

Brak pełnomocnictwa lub przekroczenie jego zakresu może też dotyczyć pełnomocnika substytucyjnego. Z rzekomym substytutem mamy do czynienia w trzech przypadkach. Po pierwsze, gdy pełnomocnik ustanawiający substytut, tj. pełnomocnik główny, nie miał w ogóle umocowania. Po drugie, gdy pełnomocnik nie był umocowany do udzielenia pełnomocnictwa substytucyjnego. Ustanawiając substytut przekracza wówczas zakres swego umocowania. Po trzecie, rzekomym substytutem jest substytut co prawda prawidłowo ustanowiony, ale przekraczający zakres umocowania udzielonego mu przez pełnomocnika głównego³².

Warto dodać, że kodeks morski w art. 203 odnosi się *expressis verbis* wyłącznie do sytuacji, w której agent przekracza zakres umocowania. Regulacja ta nie dotyczy zatem agenta – pośrednika. Z kolei przepis art. 8 prawa wekslowego mianem *falsi procuratoris* określa tego kto, podpisując weksel jako przedstawiciel innej osoby, nie miał umocowania do działania w jej imieniu lub przekroczył zakres umocowania. Przyjmuje się, że zakres podmiotowy tego artykułu jest szerszy niż wskazuje na to znaczenie terminu „przedstawiciel” w przepisach ogólnych kodeksu cywilnego (art. 95 i n.)³³. Artykuł 8 prawa wekslowego dotyczy bowiem – poza przedstawicielem ustawowym i pełnomocnikiem – także osoby, która podpisała weksel jako organ osoby prawnej³⁴.

²⁸ Tak M. Pazdan, [w:] *System prawa...*, s. 516. Odmiennie B. Gawlik, [w:] *System prawa...*, s. 757 i n.

²⁹ Tak M. Pazdan, [w:] *System prawa...*, s. 517.

³⁰ Tak M. Pazdan, [w:] *System prawa...*, s. 501; P. Drapała, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 37.

³¹ Tak. M. Pazdan, [w:] *System prawa...*, s. 500. Odmiennie S. Rudnicki, [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu...*, s. 398.

³² Tak M. Pazdan, [w:] *System prawa...*, s. 496.

³³ Tak A. Szpunar, *Komentarz do prawa wekslowego i czekowego*, Warszawa 2001, s. 88, 89; por. też wyrok SN z 4 grudnia 1998 r., III CKN 60/98, OSN 1999, nr 7-8, poz. 126.

³⁴ Tak A. Szpunar, *Komentarz do prawa...*, s. 89. W pozostałym zakresie organowi osoby prawnej nie można przypisać miana rzekomego pełnomocnika. Działania osoby, która jako organ osoby prawnej zawiera umowę w jej imieniu nie będąc tym organem albo przekracza zakres umocowania

3. Agent turystyczny w świetle definicji umowy agencyjnej w kodeksie cywilnym

Podmioty zawierające umowę agencyjną, o których mowa w ustawie o usługach turystycznych, spełniają stawiane w art. 758 k.c. wymagania dotyczące kwalifikacji podmiotowej, gdyż obaj działają jako przedsiębiorcy. Stosowanie przepisów o umowie agencyjnej do agenta turystycznego zależy więc od treści zawartej przez strony umowy. Z definicji umowy agencyjnej wynika, że umowa ta może przyjąć postać agencji pośredniczej bądź przedstawicielskiej³⁵. W tej pierwszej, agent zobowiązuje się do stałego pośredniczenia przy zawieraniu umów z klientami na rzecz dającego zlecenie za wynagrodzeniem. W drugiej natomiast zobowiązuje się (nadto albo wyłącznie) do zawierania umów w imieniu drugiej strony. Dla wykonania tego obowiązku konieczne jest udzielenie mu pełnomocnictwa (art. 96 *in fine* k.c.). W świetle kodeksowej definicji agenta należy zatem kwalifikować jako pośrednika *sensu stricto* lub pełnomocnika (zastępcy bezpośredniego). Definicja ta nie obejmuje działania agenta jako zastępcy pośredniego, który dokonuje czynności prawnych we własnym imieniu na rzecz innej osoby³⁶.

Przy rozpatrywaniu działania agenta turystycznego jako rzekomego pełnomocnika, stosunkiem podstawowym łączącym strony mogą być obie postacie umowy agencyjnej. W przypadku umowy agencyjnej o typie przedstawicielskim uprawnienie do zawierania umów w cudzym imieniu wynika z pełnomocnictwa, udzielonego w postaci odrębnego dokumentu, bądź w treści umowy agencyjnej. Uprawnienie agenta może także wynikać z umowy agencyjnej *per facta concludentia*. W takich przypadkach agent będący rzekomym pełnomocnikiem ma umocowanie, ale przekracza jego zakres. Natomiast w odniesieniu do agenta turystycznego, któremu nie udzielono pełnomocnictwa do zawierania z klientami umów w imieniu organizatora turystyki, należy przyjąć, że jest on tylko pośrednikiem. Agent taki jest zobowiązany wyłącznie do podejmowania czynności z zakresu pośrednictwa *sensu stricto*, tj. dokonywania czynności faktycznych³⁷. Działa on jako *falsus procurator* wówczas, gdy zawiera umowy w imieniu organizatora turystyki (działanie bez umocowania). Bezprzedmiotowe jest w tym przypadku stwierdzenie, że agent pośrednik (w znaczeniu ścisłym) przekracza zakres umocowania. Nie zostało mu ono bowiem w ogóle udzielone. Chcąc dochować ścisłości terminologicznej – w przypadku, gdy agent – pośrednik

organu, należy oceniać wedle art. 39 §1 k.c. Podobnie rzecz się ma w przypadku działania w imieniu nieistniejącej osoby prawnej (art. 39 §2 k.c.) i jednostki organizacyjnej, nie będącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną (art. 33¹ §1 w zw. z art. 39 k.c.). Z tym jednak ważnym zastrzeżeniem, że w obu przypadkach przepis o skutkach działania „rzekomego organu” należy stosować odpowiednio.

³⁵ Bliżej na temat tego rozróżnienia – zob. E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy – regulacje polskie i europejskie*, Warszawa 2006, s. 280 i n.

³⁶ Jeśli zdarzy się tak, że w ramach określonej umowy agencyjnej agent – poza podstawowymi obowiązkami wynikającymi z umowy agencyjnej – dokona (dokonuje) czynności prawnych w imieniu własnym na rachunek dającego zlecenie, odpowiednie zastosowanie powinien znaleźć art. 740 zd. 2 k.c. Por. S. Rudnicki, [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu...*, s. 393, 394.

³⁷ Bliżej na temat pośrednictwa *sensu stricto* – zob. E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy...*, s. 281, 282.

przekracza swoje uprawnienia wynikające z treści umowy agencyjnej, nie jest właściwe posługiwanie się terminem rzekomy pełnomocnik. Co najwyżej można przyjąć, że chodzi o „rzekomego pośrednika”, do którego nie znajdują zastosowania przepisy dotyczące pełnomocnictwa i agencji przedstawicielskiej. Działania agenta pośrednika nie objęte treścią umowy wywołają skutki w stosunku wewnętrznym. Chodzi tu o odpowiedzialność z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy (art. 471 k.c.), po spełnieniu pozostałych przesłanek odpowiedzialności. W przypadku agenta turystycznego wchodzi jeszcze w grę konsekwencje wynikające z ustawy o usługach turystycznych³⁸.

Ustawa o usługach turystycznych nie definiuje agencji turystycznej. Wprowadza natomiast w art. 3 pkt. 7 definicję agenta turystycznego. Zgodnie z tym przepisem, agentem turystycznym jest przedsiębiorca, którego działalność polega na stałym pośredniczeniu w zawieraniu umów o świadczenie usług turystycznych na rzecz organizatorów turystyki posiadających zezwolenia³⁹ w kraju lub na rzecz innych usługodawców posiadających siedzibę w kraju. Analizując kodeksową definicję umowy agencyjnej z jednej strony i definicję agenta turystycznego z drugiej, nasuwa się kilka spostrzeżeń w zakresie podstawowych obowiązków agenta. Na podstawie ustawowej definicji agenta turystycznego można by wnosić, że agent ten zawiera umowę agencyjną o typie pośredniczym ze wszystkimi wynikającymi stąd konsekwencjami. Na pierwszy rzut oka prowadzi do tego wniosku sformułowanie „stałe pośredniczy”. Chodzi tu w szczególności o skutek w postaci zawężenia jego obowiązków do dokonywania czynności faktycznych zmierzających do zawarcia umowy bezpośrednio przez dającego zlecenie. Jest to równoznaczne z wyłączeniem dokonywania przez agenta czynności prawnych (głównie zawierania umów) w imieniu drugiej strony.

Nie jest poprawne, jak sądzę, przyjmowanie różnego rozumienia pośrednictwa w świetle kodeksu cywilnego i ustawy o usługach turystycznych i nadawanie w pierwszym przypadku tej instytucji znaczenia wąskiego (dokonywanie czynności faktycznych na rzecz drugiej strony), a w ustawie szerokiego (dokonywanie czynności faktycznych na rzecz drugiej strony oraz czynności prawnych w jej imieniu). Chodzi przy tym o pośrednictwo objęte treścią umowy agencyjnej. Ustawa nie wprowadza definicji pośrednictwa w zakresie świadczenia usług turystycznych na rzecz podmiotów występujących jako dający zlecenie (organizator turystyki), na podstawie której można by było nadawać tej instytucji szerszy zakres. Z definicji agenta turystycznego nie należy jednak wyprowadzać wniosku, że agencja pośrednicząca jest jedyną dopuszczalną dla agenta turystycznego postacią umowy agencyjnej. Agent turystyczny może pełnić funkcje zarówno pośrednika, jak i przedstawiciela (pełnomocnika). Na rzecz tej tezy (ale przeciwko spójności terminologicznej przyjętej w ustawie) świadczą mogą dwa argumenty. Po pierwsze, ustawodawca użył w kilku regulacjach ustawy o usługach turystycznych w odniesieniu do agenta sformu-

³⁸ W szczególności chodzi o art. 10b i art. 19a u.u.t.

³⁹ W definicji ustawowej przyjęto, że chodzi tu o organizatorów turystyki „posiadających zezwolenia w kraju [...]”. Trzeba jednak zwrócić uwagę na to, że jest to „usterka ustawowa”, gdyż organizator turystyki działa w istocie na podstawie wpisu do rejestru organizatorów turystyki a nie „zezwolenia”.

lowania „reprezentuje”. Przykładem takiej regulacji jest art. 5 ust. 2 pkt. 2 oraz art. 10b pkt 1 u.u.t. Pierwsza z wymienionych regulacji nakłada na agenta turystycznego obowiązek wskazywania „jednoznacznie właściwego organizatora turystyki, którego reprezentuje” w umowie zawieranej z klientem. Jednocześnie w art. 10b pkt 1 określono skutki działania agenta turystycznego nie wykonującego obowiązku przewidzianego w art. 5 ust. 2 pkt 2 u.u.t. Sformułowanie „reprezentuje”, zgodnie z terminologią i teorią przyjętą w kodeksie cywilnym, oznacza, że odnosi się ono do sytuacji, w których jedna osoba dokonuje czynności prawnych w imieniu innej osoby (reprezentowanego). Wskazuje na to w szczególności brzmienie art. 95 §2 i art. 96 *in fine* k.c.⁴⁰. Z jednej więc strony ustawa definiując agenta turystycznego posługuje się pojęciem pośrednictwa, nie definiując go w sposób odmienny niż wynika to z jego wykładni w świetle przepisów kodeksu cywilnego. (art. 758), z drugiej strony posługuje się pojęciem reprezentacji. Należy nadto zwrócić uwagę, że ustawodawca w art. 3 ust. 6 u.u.t. definiuje pośrednika turystycznego, odnosząc tę definicję do stosunków zachodzących między nim a klientem. Definicja ta dotyczy zatem stosunków zewnętrznych z osobą trzecią związanych z wykonaniem umowy agencyjnej⁴¹. Zgodnie z tym przepisem, pośrednik turystyczny na zlecenie klienta dokonuje „czynności faktycznych i prawnych związanych z zawieraniem umów o świadczenie usług turystycznych”. Z definicji tej można wnosić, że pośrednictwa w ustawie – bez względu na to czy chodzi o pośredniczenie na rzecz klienta czy drugiej strony umowy agencyjnej – nie należy ograniczać do czynności faktycznych (pośrednictwo *sensu stricto*). Ustawa stanowi o tym wyraźnie w odniesieniu do stosunków między pośrednikiem a klientem. Pośrednictwu w rozumieniu ustawy należy więc nadać szerszy zakres niż pośrednictwu w przepisach kodeksu cywilnego o umowie agencyjnej. Znaczenie i zakres tej instytucji w kodeksie cywilnym przyjmuje się w szczególności na podstawie wykładni art. 758⁴².

Wyżej przytoczone argumenty uzasadniają wniosek, że agent turystyczny wykonuje obowiązki mieszczące się w zakresie agencji pośredniczącej i przedstawicielskiej, tj. stale pośredniczy przy zawieraniu umów lub je zawiera w imieniu dającego zlecenie. Może go zatem dotyczyć zarzut zarówno działania bez umocowania, jak i z przekroczeniem zakresu umocowania. Agent turystyczny może zatem znaleźć się w sytuacji, w której określić go należy mianem rzekomego pełnomocnika. Warto dodać, że w zależności od treści umowy agencyjnej bądź stanu faktycznego, agent może także działać jako zastępca pośredni (we własnym imieniu, ale na rzecz drugiej strony). Chodzi tu rzecz jasna o jego dodatkowe (poza podstawowymi) obowiązki. Jeśli umowa sprowadzałaby się do tej postaci zastępstwa, nie mieściłaby się w zakresie art. 758 k.c. Jak już wspomniano, do zastępcy pośredniego nie znajdują zastososo-

⁴⁰ Zob. bliżej odnośnie do wykorzystanej w art. 95 §2 k.c. teorii reprezentacji - M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz do artykułów 1-449*¹, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 384, 385.

⁴¹ O pośredniku turystycznym, który jednocześnie działa jako agent turystyczny, jest mowa w art. 5 ust. 2 u.u.t.

⁴² Por. E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy...*, Warszawa 2006, s. 281, 282 i cyt. tam piśmiennictwo dotyczące także regulacji kodeksu handlowego z 1933 r.

wania przepisy kodeksu cywilnego dotyczące *falsi procuratoris*. Dotyczą one wyłącznie instytucji zastępcy bezpośredniego.

4. Relacja art. 760³ kodeksu cywilnego do przepisów ogólnych o pełnomocnictwie

Z uwagi na zakres hipotezy art. 760³ k.c., stanowi on regulację szczególną w stosunku do unormowania z art. 103 §1 i §2 k.c.⁴³. W obu artykułach jest bowiem mowa o rzekomym pełnomocniku, działającym bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu, zawierającym umowę w imieniu innej osoby.

Artykuł 760³ k.c. nie stanowi regulacji szczególnej w stosunku do art. 104 k.c., dotyczącego jednostronnej czynności prawnej, z uwagi na sformułowanie: „w razie gdy agent zawierający u m o w ę ...”. Jeżeli zatem agent działający jako *falsus procurator* dokona w imieniu osoby rzekomo reprezentowanej jednostronnej czynności prawnej (złożenie oferty⁴⁴, wypowiedzenie stosunku prawnego, udzielenie dalszego pełnomocnictwa, przyrzeczenie publiczne), jest ona nieważna zgodnie z art. 104 k.c. Należy jednak zwrócić uwagę, że art. 104 k.c. obejmuje nakaz odpowiedniego stosowania przepisów o zawarciu umowy bez umocowania. Ma to miejsce w sytuacji, gdy adresat oświadczenia woli złożonego w cudzym imieniu przez rzekomego pełnomocnika wyraził zgodę na działanie bez umocowania. Rodzi się pytanie o zakres odesłania zawartego w art. 104 zd.2 k.c. Należy tu wziąć pod uwagę trzy sytuacje. Po pierwsze, należy rozpatrzyć działanie rzekomego pełnomocnika, którego nie dotyczą regulacje szczególne. Innymi słowy, jeśli podlega on w całej rozciągłości ocenie wedle przepisów ogólnych o pełnomocnictwie. Po drugie, należy odnieść się do działania agenta jako rzekomego pełnomocnika. I po trzecie, należy ocenić działanie agenta morskiego w takim charakterze. Jeśli chodzi o pełnomocnika, którego działanie normują przepisy ogólne kodeksu cywilnego, odesłanie z art. 104 zd. 2 k.c. prowadzi do odpowiedniego zastosowania art. 103 k.c. „Odpowiednie” stosowanie przepisów w odniesieniu do art. 103 k.c. oznacza konieczność dokonania modyfikacji zawartego w tym artykule unormowania⁴⁵. Doprowadzi ona do wskazania przepisów, które nadają się do zastosowania w przypadku dokonania przez rzekomego pełnomocnika jednostronnej czynności prawnej, gdy druga strona na takie działanie wyraziła zgodę. Nie ma żadnych przeszkód do stosowania w tej sytuacji art. 103 § 1 i § 2 k.c. Jeśli natomiast chodzi o zastosowanie art. 104 zd. 2 w zw. z art. 103 § 3 k.c., pojawia się konieczność modyfikacji przepisu § 3. Polega ona na tym, że osoba wyrażająca zgodę na działanie pełnomocnika dokonującego jednostronnej czynności prawnej bez umocowania jest uprawniona wyłącznie do zwrotu tego, co rzekomy pełnomocnik otrzymał od drugiej strony w wykonaniu umowy. Nie przysługuje jej natomiast uprawnienie do naprawienia szkody w granicach negatywnego interesu

⁴³ Tak też T. Wiśniewski, *Umowa agencyjna ...*, s. 31; tenże, *Odpowiedzialność za szkodę...*, s. 42, 43.

⁴⁴ W doktrynie istnieją rozbieżne poglądy, jeśli idzie o traktowanie oferty jako jednostronnej czynności prawnej. Zob. bliżej Z. Radwański, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2002, s. 343, 344.

⁴⁵ Por. J. Nowacki, *Odpowiednie stosowanie...*, s. 367-376.

umowy⁴⁶. Przesłanką uzyskania prawa do odszkodowania w świetle art. 103 §3 jest bowiem brak wiedzy drugiej strony o nieistnieniu umocowania, bądź przekroczeniu jego zakresu. Artykuł 104 zd. 2 k.c. odsyła do przepisów o zawarciu umowy bez umocowania, jeśli adresat oświadczenia woli składanego w cudzym imieniu przez rzekomego pełnomocnika wyraził zgodę na takie działanie. Regulacje te zatem wykluczają się.

Jeśli chodzi o agenta działającego jako rzekomy pełnomocnik, odesłanie z art. 104 zd. 2 prowadzi do konieczności zastosowania art. 760³ k.c. Z uwagi na to, że art. 760³ k.c. nie dotyczy skutków czynności prawnej dokonanej przez rzekomego pełnomocnika, istnieje potrzeba odpowiedniego zastosowania w tym zakresie art. 103 §3 k.c. Także w tej sytuacji, osoba wyrażająca zgodę na działanie agenta dokonującego jednostronnej czynności prawnej w imieniu dającego zlecenie bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest uprawniona wyłącznie do zwrotu tego co rzekomy pełnomocnik otrzymał od drugiej strony w wykonaniu umowy⁴⁷.

Inaczej rzecz się ma w przypadku agenta morskiego. W art. 203 k.m. jest mowa o dokonaniu czynności prawnej, a nie wyłącznie o zawarciu umowy, jak w art. 103 i art. 760³ k.c. W związku z tym, regulacja zawarta w kodeksie morskim dotyczy zarówno zawarcia umowy, jak i dokonania czynności prawnej jednostronnej w imieniu armatora. Artykuł 104 k.c. nie znajduje zatem zastosowania w przypadku agenta morskiego.

Wątpliwości może budzić relacja art. 760³ k.c. do art. 105 k.c. Powstaje pytanie, czy art. 760³ k.c. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 105 k.c., dotyczącego działania pełnomocnika w granicach pierwotnego umocowania po jego wygaśnięciu? Z pierwotnie umocowanym mamy do czynienia, gdy pełnomocnictwo zostało skutecznie udzielone, istniało przez pewien czas, następnie wygasło⁴⁸. Dokonana przez niego czynność prawna jest wedle art. 105 k.c. ważna, jeżeli osoba trzecia działała w dobrej wierze. Na postawione pytanie wolno, jak sądzę, odpowiedzieć negatywnie⁴⁹. Artykuł 105 k.c. dotyczy działania rzekomego pełnomocnika w szczególnej sytuacji wyłączonej z zakresu hipotezy zarówno art. 104, jak i 103 k.c. Pierwotnie umocowany dokonuje w imieniu innej osoby „czynności prawnej”. W art. 760³ k.c. jest natomiast mowa wyłącznie o umowie. Objęcie art. 760³ k.c. agenta pierwotnie umocowanego, prowadziłyby do dualizmu ocen prawnych jego działania. Dokonywanie przez niego czynności prawnych jednostronnych należałoby wówczas oceniać

⁴⁶ Por. P. Drapała, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 35. Zdaniem tego autora odpowiednie zastosowanie znajdzie wyłącznie art. 103 §1 i 2. „Odpowiednie stosowanie” prowadzi do konieczności uwzględnienia całego art. 103 KC, tyle tylko, że z modyfikacjami zawartej tam regulacji. Modyfikacja ta prowadzi do wyłączenia uprawnienia do odszkodowania. Nie prowadzi natomiast do wyłączenia drugiego uprawnienia, o którym mowa, w art. 103 §3 k.c.

⁴⁷ Bliżej na temat odpowiedzialności rzekomego pełnomocnika – zob. E. Rott-Pietrzyk, *Agent jako rzekomy pełnomocnik*, PPH 2005, nr 9, s. 55, 56.

⁴⁸ Por. M. Pazdan, [w:] *System prawa...*, s. 487.

⁴⁹ Podobnie ocenia relację art. 573 k.h. do art. 100 kodeksu zobowiązań T. Perl (T. Perl, *Umowa agencyjna*, Warszawa 1935, s. 23). Jego zdaniem w sytuacji, gdy pełnomocnictwo zostało ograniczone w stosunku do poprzednio istniejącego lub wygasło, nie znajduje zastosowania art. 573 k.h., lecz art. 100 k.z.

na podstawie art. 105 k.c.⁵⁰, natomiast umowy podlegałyby ocenie w oparciu o art. 760³ k.c. Istnienie tego dualizmu nie jest konieczne i uzasadnione. W sytuacji zatem, gdy czynność prawna – niezależnie od jej rodzaju – dokonana przez agenta pierwotnie umocowanego jest w świetle art. 105 k.c. ważna, nie ma podstaw do stosowania art. 760³ k.c. (jako *lex specialis* do 103 k.c.) i art. 104 k.c.⁵¹. Nie istnieje przekonujący powód przemawiający za tym, aby osobę trzecią działającą w dobrej wierze chronić słabiej z powodu zawarcia umowy z pierwotnie umocowanym, który był agentem lub jest nim nadal, ale już bez pełnomocnictwa, niż osobę zawierającą umowę z pełnomocnikiem pierwotnie umocowanym nie będącym agentem.

5. Relacja art. 760³ kodeksu cywilnego do przepisów ustawy o usługach turystycznych

Poszukując w ustawie o usługach turystycznych przepisów, które mogłyby „konkurować” z przepisami kodeksu cywilnego (o pełnomocnictwie i umowie agencyjnej) dotyczącymi instytucji rzekomego pełnomocnika można wskazać na art. 10b i art. 19a. Pierwszy z tych artykułów określa konsekwencje niewykonania obowiązków, które nakłada na agenta turystycznego art. 5 ust. 2 u.u.t. Chodzi tu o trzy obowiązki: wykonywanie działalności tylko na rzecz organizatorów turystyki wpisanych do rejestru organizatorów turystyki i pośredników turystycznych, jednoznaczne wskazywanie w umowie z klientem właściwego organizatora turystyki, którego agent reprezentuje oraz działanie na podstawie ważnej umowy agencyjnej.

W art. 10b u.u.t. w sposób szczegółowy określono sytuacje, w których agenta turystycznego należy traktować jako organizatora turystyki. W przepisie tym jest mowa o „przedsiębiorcy występującym wobec klientów jako agent turystyczny”. Na podstawie sformułowania „występuje wobec klientów” można wyprowadzić wniosek, że przepis ten obejmuje stany faktyczne, w których agent turystyczny zarówno pośredniczy przy zawieraniu umów z klientami, tj. dokonuje wyłącznie czynności faktycznych zmierzających do zawarcia umowy przez organizatora turystyki, jak i zawiera je w jego imieniu. Zwrot wobec klientów nie wyklucza też działania agenta jako zastępcy pośredniego.

Należy podkreślić, że art. 760³ k.c. może „konkurować” z art. 10b u.u.t. wówczas, gdy agent turystyczny zawiera z organizatorem turystyki umowę agencyjną o typie przedstawicielskim i przekracza zakres umocowania albo zawiera umowę z klientem w imieniu określonego organizatora turystyki bez umocowania. Natomiast w stanach faktycznych, w których agent turystyczny nie działa jako jego pełnomocnik i występuje samodzielnie, a przynajmniej wywołuje u rozsądnie oceniającego rzecz klienta przekonanie, że działa jako organizator turystyki, art. 760³ k.c. nie znajdzie zastosowania. Nie jest bowiem objęta przepisami kodeksu cywilnego o pełnomocnictwie i umowie agencyjnej ani instytucja tajnego, ukrytego pełnomocnika, ani też instytucja o angloamerykańskim rodowodzie, tzw. *undisclosed agency*, na podstawie

⁵⁰ Czynności prawne jednostronne nie podlegałyby ocenie w świetle art. 104 k.c., gdyż nie dotyczy on rzekomego pełnomocnika pierwotnie umocowanego.

⁵¹ Tak o relacji art. 105 do art. 103 i 104 k.c. M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 413, 414.

której agent działa dla nieujawnionego mocodawcy (*undisclosed principal*)⁵². W odniesieniu do ustawy o usługach turystycznych chodzi w szczególności o stany faktyczne, w których agent jest tzw. tajnym pełnomocnikiem i w ogóle nie ujawnia reprezentowanego, bądź występuje jako pełnomocnik, ale albo w ogóle nie wskazuje reprezentowanego, albo nie wskazuje go w sposób jednoznaczny. Artykuł 760³ k.c. nie znajdzie też – jak już wspomniano – zastosowania, gdy agent działa wyraźnie w imieniu własnym na rzecz organizatora turystyki, tj. jako zastępca pośredni.

Rozważając relację art. 760³ k.c. i art. 10b u.u.t. należy wskazać trzy stany faktyczne unormowane w drugim z wymienionych przepisów. Po pierwsze, agent turystyczny jest traktowany jako organizator turystyki, jeżeli w umowach zawieranych z klientami nie wskazuje jednoznacznie właściwego organizatora turystyki, którego reprezentuje (pkt 1 tego artykułu). Przepis ten może, jak sądzę, dotyczyć co najmniej dwóch sytuacji:

- agent w ogóle nie wskazuje organizatora turystyki w zawieranej z klientem umowie⁵³,
- agent występuje w umowie jako agent, ale nie określa tożsamości organizatora turystyki, bądź nie czyni tego w sposób jednoznaczny.

Jeśli agent nie wskazuje w ogóle organizatora turystyki, a z treści zawartej umowy i z towarzyszących umowie okoliczności (por. art. 65 k.c.) klient oceniając rzecz rozsądnie⁵⁴ może wnosić, że jego kontrahent działa w imieniu własnym, do konfliktu między art. 760³ k.c. w ogóle nie dochodzi. Jak już wspomniano, regulacja ta nie dotyczy ani działania agenta na rzecz nieujawnionego mocodawcy (*undisclosed principal*), nienazwanego mocodawcy (*unnamed principal*) ani też działania zastępcy pośredniego. W takiej sytuacji należy przyjąć, że agent nie działa na rzecz i w imieniu innej osoby, a w konsekwencji będąc drugą stroną umowy zobowiązuje wyłącznie siebie⁵⁵. „Reprezentowanego” nie dotyczą zatem skutki określone w art. 760³ k.c., a do „agenta” nie znajduje zastosowania art. 103 §3 k.c. w zakresie jego odpowiedzialności wobec klienta⁵⁶. Agent jako strona umowy odpowiada wobec klienta za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy. Dotyczą go nadto pozostałe skutki publiczno- i cywilnoprawne wynikające z u.u.t.

Po drugie, w art. 10b pkt 2 u.u.t. jest mowa o działaniu agenta takiego organizatora turystyki, który nie jest uprawniony do zawierania umów z klientami na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Organizator taki nie może być drugą stroną umów z klientami na terytorium RP. Bez znaczenia jest to, czy chodzi o zawieranie przez niego umów samodzielnie, czy zawieranie umów w jego imieniu przez inne podmioty. Jedną z przesłanek dokonania czynności prawnej przez pełnomocnika (przedsta-

⁵² Bliżej na temat *undisclosed agency* i *undisclosed principal* – zob. E. Rott-Pietrzyk, *Umowa agencyjna w świetle konwencji genewskiej o agencji w międzynarodowej sprzedaży towarów z 1983 r.*, KPP 1994, z. 1, s. 138; teźże, *Agent handlowy...*, Warszawa 2006, s. 14.

⁵³ Odpowiada to działaniom na rzecz *undisclosed principal* w systemach *common law*.

⁵⁴ Na temat zastosowania kryterium rozsądku przy wykładni oświadczenia woli – zob. bliżej E. Rott-Pietrzyk, *Klauzula generalna rozsądku w prawie prywatnym*, Warszawa 2007, s. 355 i n.

⁵⁵ Por. wyrok SN z 12 kwietnia 1973 r., III CRN 77/73 z kryt. głosem M. Bączyka, PiP 1974, z. 12, s. 159 i n.; wyrok SA w Warszawie z 2006 r. (brak daty), I ACa 1020/2006, LexPolonica nr 419009.

⁵⁶ W tym względzie odmiennie SN w wyroku z 12 kwietnia 1973 r., III CRN 77/73. Zob. przyp. poprzedni i przyp. 23.

wiciela) jest uprawnienie do jej dokonania samodzielnie. W razie braku takiego uprawnienia pełnomocnictwo jest bezskuteczne (por. art. 95 k.c. *ab initio*)⁵⁷. Agent działa zatem bez umocowania, a zatem należy go określić mianem *falsi procuratoris*. W tym więc zakresie wydawać by się mogło, że art. 10b u.u.t. i art. 760³ k.c. są „konkurencyjne”. Wydaje się jednak, że tak nie jest, gdyż zastosowanie art. 760³ k.c. prowadziło do tego, że podmiot, który nie jest uprawniony do zawierania umów z klientami na terytorium RP, byłby stroną takiej umowy, w razie nie złożenia klientowi oświadczenia, że umowy nie potwierdza.

Natomiast art. 10b pkt 3 u.u.t. odnosi się do sytuacji, w której agent działa bez ważnej umowy agencyjnej lub przekracza jej zakres. Działanie „bez ważnej umowy agencyjnej” może oznaczać, że agent nie zawarł w ogóle umowy agencyjnej albo zawarta umowa jest nieważna. Informacja taka nie jest wystarczająca dla stwierdzenia czy agent działa jako rzekomy pełnomocnik. Do udzielenia odpowiedzi na to pytanie trzeba powrócić do rozważań nad wzajemnymi relacjami zachodzącymi między umową agencyjną, jako stosunkiem podstawowym, a pełnomocnictwem. Jak już wspomniano, samoistny i niezależny charakter pełnomocnictwa przemawia za tym, że nieważność lub unieważnienie umowy agencyjnej nie powoduje w zasadzie uchylecia skuteczności udzielonego pełnomocnictwa. W takiej sytuacji, zastosowanie znajdą przepisy ustawy o usługach turystycznych określające skutki działania „bez ważnej umowy agencyjnej” bądź działania wykraczającego poza treść umowy. O ile działanie takie nie będzie równoznaczne z brakiem pełnomocnictwa, bądź przekroczeniem zakresu umocowania, przepisy kodeksu cywilnego dotyczące rzekomego pełnomocnika nie znajdą zastosowania.

Innej ocenie podlegają natomiast sytuacje, w których podstawa nieważności stosunku wewnętrznego jest zarazem doniosła dla oceny ważności pełnomocnictwa. Nieważność lub unieważnienie umowy będącej stosunkiem podstawowym dla pełnomocnictwa doprowadzi do automatycznego uchylecia skuteczności udzielonego pełnomocnictwa wtedy, gdy ta sama okoliczność, która była przyczyną nieważności lub unieważnienia tejże umowy powoduje zarazem nieważność udzielenia pełnomocnictwa. Działanie agenta w takich sytuacjach mieści się jednocześnie w zakresie hipotezy art. 10b u.u.t. i przepisów kodeksu cywilnego dotyczących *falsi procuratoris*. Chodzi tu o:

- „przekroczenie zakresu umowy agencyjnej”, gdy jest to *in concreto* równoznaczne z przekroczeniem zakresu pełnomocnictwa,
- „działanie bez ważnej umowy agencyjnej”, gdy jest to *in concreto* równoznaczne z nieważnością pełnomocnictwa,
- działanie „agenta” bez zawarcia umowy agencyjnej i pełnomocnictwa.

Należałoby wówczas, gdy dający zlecenie (organizator turystyki) nie oświadczy klientowi, że umowy nie potwierdza, zawartą z klientem umowę uważać za potwierdzoną ze wszystkimi tego konsekwencjami. Stroną umowy jest wówczas dający zlecenie i on odpowiada za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania.

⁵⁷ Jeśli organizator turystyki nie może dokonywać określonych w przepisie czynności prawnych samodzielnie, to nie może ich też dokonać przez przedstawiciela.

Powstaje wówczas pytanie, czy klient może wybrać podmiot przeciwko któremu skieruje roszczenie z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy mając na uwadze brzmienie art. 19a u.u.t. Należy zatem rozważyć, czy w sytuacji działania agenta jako *falsus procurator* w niektórych sytuacjach objętych art. 10b pkt 3, może on odpowiadać wobec klienta na podstawie rozdziału 3.

Zgodnie z brzmieniem art. 19a przepisy rozdziału 3 „stosuje się odpowiednio do przedsiębiorcy działającego w okolicznościach określonych w art. 10b ust. 1”. Zasadnicza wątpliwość interpretacyjna powstaje w związku z redakcją art. 19a u.u.t., który odsyła do ust. 1 zamieszczonego w art. 10b. Artykuł ten jest natomiast podzielony na punkty, nie ustępy. Jeśli traktować takie brzmienie jako wyraz „zwykłej omyłki pisarskiej” należałoby przyjąć, że ustawowe odesłanie dotyczy tylko art. 10b pkt 1. Możliwa też jest interpretacja, zgodnie z którą odesłanie dotyczy art. 10b w całej rozciągłości. W zależności od przyjętej wykładni art. 19a w zw. z art. 10b u.u.t. inaczej przedstawia się relacja między przepisami kodeksu cywilnego dotyczącymi rzekomego pełnomocnika a przepisami ustawy o usługach turystycznych.

Jeśli przyjąć, że odesłanie z art. 19a u.u.t. dotyczy wszystkich stanów faktycznych określonych w art. 10b, rozpatrując punkt 3 artykułu 10b, wobec klienta odpowiadałby dwa podmioty: dający zlecenie jako strona umowy (jeśli nie oświadczył klientowi, że umowy nie potwierdza) i agent traktowany jako organizator turystyki na podstawie przepisów rozdziału 3. Należałoby wówczas przyjąć, że ich odpowiedzialność jest, jeśli nie solidarna, to przynajmniej ma charakter odpowiedzialności *in solidum*. Innym rozwiązaniem byłoby przyjęcie, że przepisy ustawy o usługach turystycznych wyłączają odpowiedzialność dającego zlecenie i podmiotem, przeciwko któremu klient może podnosić roszczenia jest wyłącznie agent działający jako *falsus procurator* traktowany jako organizator turystyki. Kierując się ideą ochrony strony słabszej, należałoby przyjąć, że klientowi w sytuacji działania agenta jako rzekomego pełnomocnika przysługiwać powinien wybór podmiotu, przeciwko któremu skieruje roszczenie z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy o imprezę turystyczną. W razie skierowania roszczenia przeciwko obu podmiotom znalazłby wówczas zastosowanie zasada dotyczące zobowiązań solidarnych. Jeśli natomiast dający zlecenie (organizator turystyki) złożyłby klientowi oświadczenie, że umowy nie potwierdza, klientowi przysługiwałyby przeciwko agentowi uprawnienia przewidziane zarówno w art. 103 §3 k.c. (*per analogiam*), jak i w rozdziale 3 u.u.t. Natomiast dający zlecenie po złożeniu oświadczenia woli, o którym mowa w art. 760³ k.c., nie miałby już przymiotu strony umowy zawartej z klientem i nie ponosiłby odpowiedzialności z tytułu jej niewykonania.

Inaczej przedstawia się sytuacja w stanach faktycznych objętych art. 10b pkt 2. Nie jest tu możliwe przyjęcie odpowiedzialności dającego zlecenie organizatora turystyki z tytułu niewykonania zobowiązania. Jego milczenie (nie złożenie klientowi oświadczenia woli, że umowy nie potwierdza) nie spowoduje skutku określonego w art. 760³ k.c., tj. uznania umowy za potwierdzoną. Chodzi tu bowiem o osobę, która nie jest uprawniona do zawierania umów z klientami na terytorium RP. Skoro tak, to nie jest ona stroną takich umów. W takiej sytuacji nie może odpowiadać na podstawie art. 471 k.c. Pozostaje do rozważenia, czy agent ponosi wówczas odpowiedzialność na podstawie art. 103 §3 k.c., który zobowiązuje go do zwrotu tego co

otrzymał od drugiej strony w wykonaniu umowy oraz do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o braku umocowania. Jeśli przyjąć, że art. 19a u.u.t. odnosi się także do art. 10b pkt 2, i agent odpowiada za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy z klientem, wydaje się, że zastosowanie art. 103 §3 k.c. powinno być wyłączone. Jeśli natomiast rozdział 3 ustawy nie znajdowałby zastosowania na podstawie 19a (przy wykładni zgodnie z którą artykuł ten odnosi się wyłącznie do art. 10b pkt 1) do stanu faktycznego określonego w art. 10b pkt 2, klientowi pozostawałoby tylko podniesienie roszczeń z art. 103 §3 k.c. wobec rzekomego agenta.

Jak wynika z powyższych rozważań, przy przyjęciu, że art. 19a u.u.t. odwołuje się do art. 10b w całej rozciągłości, art. 10b u.u.t. mógłby odnosić się do rzekomego pełnomocnika w sytuacji określonej tylko w niektórych sytuacjach mieszczących się w zakresie pkt. 3. Natomiast przy założeniu, że odesłanie dotyczy tylko stanu faktycznego określonego w punkcie 1 art. 10b, rozważania dotyczące *falsi procuratoris* są bezprzedmiotowe. Punkt ten bowiem nie dotyczy działania agenta jako rzekomego pełnomocnika. Dotyczy podmiotu, który należy określić mianem zastępcy pośredniego.

6. Skutki działania agenta jako rzekomego pełnomocnika na podstawie kodeksu cywilnego

Jeśli agent turystyczny działa jako *falsus procurator*, powstają skutki określone w art. 760³ i art. 103 §3 k.c., z uwzględnieniem uwag zamieszczonych powyżej w punkcie 5. Wedle art. 760³ k.c., jeżeli agent zawiera umowę w imieniu dającego zlecenie działając jako rzekomy pełnomocnik, umowę uważa się za potwierdzoną przez dającego zlecenie. Nie mamy tu więc do czynienia z bezskutecznością zawieszoną w tradycyjnym ujęciu⁵⁸ przewidzianą w art. 103§ 1 k.c., zgodnie z którym ważność umowy zawartej przez rzekomego pełnomocnika zależy od jej potwierdzenia przez mocodawcę. Druga strona umowy zawieranej z rzekomym pełnomocnikiem może wyznaczyć mocodawcy termin do potwierdzenia umowy. Po bezskutecznym jego upływie staje się wolna. Przyznawanie takiego uprawnienia klientowi zawierającemu umowę z agentem jest zbędne, gdyż ważność umowy nie jest uzależniona od jakiegokolwiek działania dającego zlecenie. To właśnie jego bierna postawa po uzyskaniu wiadomości o zawarciu umowy decyduje o ważności umowy⁵⁹. Wniosekując z art. 760³ k.c. *a contrario*, może on doprowadzić do bezskuteczności umowy zawartej z klientem, w ten sposób, że niezwłocznie po otrzymaniu wiadomości o zawarciu umowy oświadczy klientowi, że umowy nie potwierdza. Umowa ta ma zatem

⁵⁸ Por. W. Czachórski (oprac. przy współudziale A. Brzozowskiego, M. Safjana, E. Skowrońskiej – Bocian), *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2002, s. 473. Autorzy słusznie zwracają uwagę, że w sytuacji objętej treścią art. 760³ k.c. występują elementy bezskuteczności zawieszonyj.

⁵⁹ Por. J. Fabian, *Pełnomocnictwo...*, s. 59; T. Perl, *Umowa agencyjna...*, s. 23. Autorzy ci w oparciu o art. 573 k.h., twierdzą, że mamy tu do czynienia z milczącym potwierdzeniem umowy. Tak też L. Ogiegło, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz do artykułów 450-1088*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 594.

charakter czynności prawnej niepełnej do momentu, w którym dający zlecenie powinien był złożyć stosowne oświadczenie⁶⁰.

Dający zlecenie może złożyć takie oświadczenie po uzyskaniu wiadomości o zawarciu umowy. Źródło, z którego dający zlecenie podjął wiadomość o zawarciu umowy, jest obojętne. Dający zlecenie może się dowiedzieć o zawartej umowie od agenta, drugiej strony umowy lub osoby trzeciej. Ustawa nie nakłada na agenta *expressis verbis* obowiązku zawiadomienia dającego zlecenie o zawartych umowach. Obowiązek ten można jednak pośrednio wywieść z art. 760¹ § 1 k.c. *ab initio* ustanawiającego obowiązek przekazywania przez agenta dającemu zlecenie wszelkich informacji mających dla niego znaczenie. Zawarcie umowy, a w szczególności takiej, z którą wiąże się konsekwencje z art. 760³ k.c., wolno – jak się wydaje – do takich informacji zaliczyć. Jeżeli agent nie wykona obowiązku przewidzianego w art. 760¹ §1 *ab initio* k.c., to po spełnieniu pozostałych przesłanek odpowiedzialności *ex contractu*, odpowiada za poniesioną przez dającego zlecenie szkodę (art. 471 k.c.).

Jeżeli agent zaniecha zawiadomienia, dający zlecenie może dowiedzieć się o zawartej umowie z chwilą, z którą druga strona przystąpi do wykonania umowy w przekonaniu o jej skuteczności w związku z brakiem oświadczenia o nie potwierdzeniu umowy. Dający zlecenie może zgodnie z przysługującym mu uprawnieniem złożyć wówczas oświadczenie, że umowy nie potwierdza. Agent odpowiada wówczas zasadniczo wobec klienta jako *falsus procurator* w oparciu o art. 103 §3 k.c. *per analogiam*⁶¹.

Dający zlecenie powinien złożyć oświadczenie woli klientowi o nie potwierdzeniu umowy niezwłocznie po otrzymaniu wiadomości o zawarciu umowy, tj. bez nieuzasadnionej zwłoki. Należy przy tym uwzględnić czas potrzebny do namysłu, przygotowania treści zawiadomienia i przekazania go klientowi w sposób uzależniony od sposobu porozumiewania się⁶².

Złożenie oświadczenia o nie potwierdzeniu umowy, skutkuje po pierwsze tym, że dający zlecenie nie jest związany z klientem umową, którą agent zawarł w jego imie-

⁶⁰ Por. W. Czachórski (oprac. przy współudziale A. Brzozowskiego, M. Safjana, E. Skowrońskiej – Bocian), *Zobowiązania...*, s. 473. Zdaniem tych autorów, czynność dokonana przez agenta ma charakter czynności niepełnej co najmniej do momentu, w którym dający zlecenie otrzymał wiadomość o zawarciu umowy.

⁶¹ Tak w świetle art. 573 k.h. w zw. z art. 101 §3 k.z. M. Allerhand, *Kodeks...*, s. 853; T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *Kodeks...*, s. 872; J. Namitkiewicz, *Kodeks...*, s. 156.

⁶² Por. A. Brzozowski, [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz do artykułów 1-449¹¹*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 307, 308.

niu. Po drugie, powoduje powstanie odpowiedzialności agenta działającego jako rzekomy pełnomocnik. W drugim przypadku należy odpowiednio zastosować art. 103 §3 k.c. przyznający osobie, która zawarła umowę z agentem działającym jako rzekomy pełnomocnik, dwa roszczenia: roszczenie o zwrot nienależnego świadczenia i roszczenie o naprawienie szkody. W świetle art. 760¹ k.c., oba roszczenia uzależnione są od złożenia przez dającego zlecenie oświadczenia o nie potwierdzeniu umowy. W myśl art.103 §3 k.c. wystąpienie osoby trzeciej z przysługującymi jej roszczeniami zależy natomiast od braku potwierdzenia umowy przez rzekomego mocodawcę. Z brakiem potwierdzenia mamy do czynienia, gdy rzekomy mocodawca odmówi potwierdzenia umowy lub gdy bezskutecznie upłynie termin do jej potwierdzenia⁶³.

⁶³ Por. M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny ...*, s. 409, 410.

Charakter prawny umowy o imprezę turystyczną

1. Wprowadzenie

Problematyka charakteru prawnego umowy o imprezę turystyczną od pewnego czasu spotyka się z coraz większym zainteresowaniem przedstawicieli doktryny¹. W tej kwestii napisano już wiele. W stosunku do poczynionych rozważań nie można jednak powiedzieć, że zostało powiedziane już „ostatnie słowo”. Poniższe uwagi, ograniczające się do tego, czy przedmiotowa umowa jest umową nazwaną, nienazwaną, czy mieszaną, w żadnej mierze również do tego nie pretendują. Stanowią jedynie głos w toczącej się dyskusji.

Charakter prawny umowy o imprezę turystyczną² od wielu lat jest w literaturze przedmiotem sporów³. Pochodną takiego stanu rzeczy jest też częste uchylanie się od zajęcia stanowiska w tej kwestii zarówno przez orzecznictwo⁴, jak i – co może dziwić – przez autorów poruszających problematykę⁵. Prawna kwalifikacja tej umowy ma wymiar nie tylko teoretyczny, ale wywiera także silny wpływ na praktykę. Decyduje o możliwości i sposobie stosowania do niej określonych przepisów⁶, prowadząc do zakreslenia granic jej reżimu prawnego, co w praktyce może powodować różne rozwiązania tych samych problemów⁷. Przyczyn trudności z taką kwalifikacją jest kilka. Niektóre z nich mają charakter bardziej ogólny, inne związane są tylko z omawianą umową. Wśród tych pierwszych wskazać należy na fakt, że określenie, z jaką umową mamy do czynienia, jest następstwem konwencji przyjętej w doktrynie. Do niedawna nie ulegało wątpliwości, że umowy możemy podzielić na umowy

* Dr Piotr Cybula - Zakład Prawa i Organizacji Turystyki AWF w Krakowie.

¹ Pomijając wypowiedzi przedstawione w literaturze, świadczy o tym chociażby fakt, że podczas odbywającej się w dniach 20-21 października 2006 r. we Wronkach Konferencji Katedr Prawnych Uczelni Ekonomicznych temat ten był przedmiotem dwóch referatów: dr Katarzyny Marak - „Charakterystyka umowy o imprezę turystyczną” oraz dr. Jerzego Raciborskiego - „Czy umowa o podróż jest już nazwana” (<http://kpg.ae.poznan.pl/katedra.html>). Niestety referaty te nie zostały opublikowane.

² Na temat charakteru prawnego tej umowy w państwach obcych – zob. M. Gwoździcka - Piotrowska, *Umowa o podróż*, niepubl. rozprawa doktorska, Poznań 2005, s. 201 i n.

³ Zob. np. M. Nesterowicz, *System prawa prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań - część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2004, s. 777 i n.; J. Raciborski, *Zakres obowiązkowej informacji chroniącej konsumenta usług turystycznych*, [w:] *Konsument na rynku turystycznym w warunkach społeczeństwa opartego na wiedzy i informacji*, red. T. Burzyński, Katowice 2005, s. 115; B. Gnela, *Umowy o usługi turystyczne zawierane na odległość*, [w:] *Konsument na rynku turystycznym...*, s. 99 i n.

⁴ Czego konsekwencją są różne rozstrzygnięcia w podobnych sprawach. Zob. J. Raciborski, *Umowa o podróż*, NP 1989, nr 5-6, s. 59; tenże, *Kierunki orzecznictwa sądowego w sporach klientów z biurami podróży na tle umowy o podróż*, Pał. 1988, nr 6, s. 25.

⁵ Zob. A. Trojanowski, *Ochrona praw konsumentów usług turystycznych (uwagi uzupełniające)*, Rej. 2003, nr 11, s. 195. Por. A. Doliwa, *Zobowiązania*, Warszawa 2006, s. 56.

⁶ Może bowiem chodzić o stosowanie bezpośrednie, odpowiednie lub jedynie w drodze analogii.

⁷ Na temat kwalifikacji czynności prawnych – zob. Z. Radwański, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2002, s. 259 i n.

nazwane, nienazwane i mieszane⁸, przy czym jest to podział rozłączny i wyczerpujący. Od pewnego jednak czasu możemy zaobserwować silny nurt kwestionujący zasadność wyróżniania - na tej samej płaszczyźnie co umów nazwanych i nienazwanych - kategorii umów mieszanych⁹. Z kolei spośród przyczyn związanych ściśle z umową o imprezę turystyczną warto zwrócić uwagę na następujące:

- po pierwsze, zastosowana w ustawie o usługach turystycznych¹⁰ (cyt. dalej jako: u.u.t.) technika legislacyjna, w zakresie przepisów implementujących dyrektywę 90/314 z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek¹¹ (cyt. dalej jako: dyrektywa 90/314), odbiega od tradycyjnego uregulowania umów nazwanych¹², a jest właściwa dla implementowania innych przepisów dyrektyw konsumenckich, które biorą pod uwagę ekonomiczny, a nie jurydyczny wymiar umów, z czego powstają określone problemy interpretacyjne. W szczególności chodzi tu o dwie kwestie: brak ustawowej definicji tej umowy oraz odesłanie w zakresie nieuregulowanym przez przepisy ustawy o usługach turystycznych do przepisów kodeksu cywilnego oraz innych przepisów dotyczących ochrony konsumenta (art. 11 u.u.t.), które i tak należałoby stosować, gdyby takiego odesłania nie było. Nie przekreśla to jednak, moim zdaniem, *a priori* kwalifikacji tej umowy jako umowy nazwanej, z uwagi na wcześniejszy proces kształtowania się tego rodzaju umowy;
- po drugie, mimo tej odrębności techniki ustawodawczej, nie sposób nie zauważyć, że obecne brzmienie przepisów ustawy o usługach turystycznych jest w wielu punktach bardziej szczegółowe niż przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego projekt regulacji umowy o podróż¹³, którego charakter jako umowy typowej nie budził wątpliwości. Również więc ta okoliczność uzasadnia rozważenie, czy obecnie nie możemy mówić o spełnieniu w omawianym przy-

⁸ Tak np. R. Lonchamps de Berier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 152-153.

⁹ Podnoszony jest argument, iż zasadna jest rezygnacja z trójpodziału z uwagi na rozbitcie jedności prawnej i funkcjonalnej umownego stosunku prawnego. Zob. B. Gawlik, *Umowy mieszane*, Pal. 1974, nr 5, s. 32 i n.; Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 241-241; tenże *Uwagi o umowach mieszanych*, ZNUJ PWiOWI 1985, nr 41, s. 99 i n.; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, s. 10; A. Stelmachowski, *Kontrakcja produktów rolnych*, Warszawa 1960, s. 115-118; J. Poczobut, *Umowa leasingu w prawie krajowym i międzynarodowym*, Warszawa 1996, s. 247-248; K. Kruczałak, *Umowy w obrocie handlowym krajowym i międzynarodowym. Komentarz. Wzory. Orzecznictwo*, Warszawa 1998, s. 33-34.

¹⁰ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (t. jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 223, poz. 2268 ze zm.).

¹¹ Dz. Urz. WE L 158 z 23.06.1990.

¹² W przypadku kodeksu cywilnego regułą jest, że pierwszy w kolejności przepis regulujący daną umowę (tzw. przepis definiujący) określa *essentialia negotii* tej umowy oraz nazywa i kwalifikuje strony (zob. np. L. Ogieńko, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2003, s. 2). Czasami jednak dla ustalenia tzw. ustawowej definicji umowy nazwanej konieczne jest sięgnięcie do innych przepisów, np. na gruncie kodeksu zobowiązań obowiązek wydania rzeczy przez sprzedawcę nie mieścił się w art. 294, który definiował sprzedaż. Zob. B. Gawlik, *Pojęcie umowy nienazwanej*, SC 1971, t. XVIII, s. 27; P. Machnikowski, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 510.

¹³ Opublikowany [w:] KPP 1999, z. 1, s. 187 i n.

padku wykształconych w doktrynie przesłanek warunkujących określenie umowy jako umowy nazwanej.

W ustawodawstwach państw członkowskich Unii Europejskiej przed uchwaleniem dyrektywy 90/314 odnoszono się do tej kwestii w różny sposób¹⁴. W niektórych państwach doszło do kodyfikacji umowy o imprezę turystyczną (umowy o podróż). Wbrew pozorom nie zawsze rozwiązuje to problem jej kwalifikacji prawnej. Przykładowo w Niemczech, po wprowadzeniu *Reisevertrag* do kodeksu cywilnego (§651a-651l), w dalszym ciągu wątpliwości budzi, czy umowa ta jest umową nazwaną, czy też jest to jedynie podtyp umowy o dzieło¹⁵. We wspomnianej dyrektywie ustawodawca europejski nie dokonał kodyfikacji umowy o imprezę turystyczną, a jedynie wskazał granice swobody umów (tzw. funkcja korekcyjna)¹⁶ oraz stworzył system odniesienia (zresztą niedoskonały) w przypadku konieczności wypełnienia luk w regulacji umownej (funkcja uzupełniająca)¹⁷.

Poniżej przedstawiono stanowiska dotychczas najczęściej wyrażane w tej kwestii w literaturze polskiej. Należy mieć na uwadze, że zostały one wypowiedziane zarówno przed uchwaleniem ustawy o usługach turystycznych, jak i po jej wejściu w życie, stąd można – a nawet należy – założyć, że nie zawsze odpowiadają one aktualnemu pogładowi ich autorów. Zabieg taki jest o tyle uzasadniony, że w dalszym ciągu poglądy tego rodzaju są prezentowane w literaturze i orzecznictwie. Konsekwentnie też posłużono się nazwą „umowa o imprezę turystyczną”, mimo że dla tej umowy niektórzy autorzy stosowali i stosują inne nazwy (przede wszystkim „umowa o podróż”). Jest to uzasadnione tym, że merytorycznie chodzi w tych wypowiedziach o tę samą umowę. Szersze przedstawienie w tym miejscu tych stanowisk, z uwagi na konieczne nowe spojrzenie na tę umowę w związku z jej uregulowaniem w ustawie o usługach turystycznych, nie wydaje się niezbędne, tym bardziej, że zostało to już w literaturze dokonane¹⁸.

2. Umowa sprzedaży

W pierwszej kolejności należy odnieść się do kwalifikacji umowy o imprezę turystyczną jako umowy sprzedaży. Celowość takiego zabiegu wynika z dwóch powodów. Po pierwsze, pojęciem „sprzedaż” posługuje się dyrektywa 90/314, a także niektóre z ustawodawstw implementujących dyrektywę¹⁹. Po drugie, w ujęciu po-

¹⁴ Spośród innych państw najbardziej rozbudowaną regulację normatywną poświęconą podróżom zawierał kodeks zobowiązań Jugosławii z 1978 r., który przewidywał trzy umowy: umowę organizacji podróży, umowę pośrednictwa podróży oraz umowę zakontraktowania usług hotelowych (zob. M. Sośniak, *Zagadnienia typologii i systematyki umów obligacyjnych*, Katowice 1990, s. 67).

¹⁵ Zob. np. K. Tonner, [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, band 4, *Schuldrecht. Besonderer Teil II (§§ 607-704)*, München 1997, s. 1421-1422.

¹⁶ Swoboda umów w obrocie konsumenckim jest bardziej ograniczona niż w przypadku umów dwustronnie profesjonalnych. Por. Cz. Żuławska, *Uwagi o „europeizacji” prawa umów*, KPP 2001, z. 2, s. 233.

¹⁷ Por. E. Traple, *Ochrona słabszej strony a kontrola treści umowy ze względu na przekroczenie granic swobody umów i sposób zawarcia umowy*, KPP 1997, z. 2, s. 234.

¹⁸ Zob. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna biur podróży*, Warszawa 1974, s. 26 i n.

¹⁹ Np. „sold or offered for sale” (art. 2 pkt 1).

tocznym biura podróży „sprzedają wycieczki”, a więc zawierają umowy sprzedaży²⁰. Użycie takiej terminologii spowodowane jest tym, że znaczenie umowy sprzedaży przerosło w praktyce jurydyczny „typ” (konstrukcyjny) tej umowy, stąd mówi się np. o „kupnie biletu, czy też „sprzedaży usług”, co nie jest jurydycznie poprawne i oczywiście nie uzasadnia stosowania do tych umów przepisów o sprzedaży²¹.

Pogląd o takim kwalifikowaniu tego rodzaju umowy jako umowy sprzedaży pojawił się w doktrynie radzieckiej²². Nie jest on trafny. Umowa ta z pewnością nie jest umową sprzedaży w rozumieniu polskiego prawa cywilnego. Wspólny obu umowom element zapłaty ceny²³ występuje w przypadku wielu innych umów. Elementem wyróżniającym poszczególne typy umów jest najczęściej świadczenie odpowiadające obowiązkowi zapłaty ceny, które w tym przypadku przedstawia się odmiennie.

3. Umowa o dzieło

Przed wejściem w życie ustawy o usługach turystycznych kwalifikowanie umowy o imprezę turystyczną jako umowy o dzieło związane było przede wszystkim z chęcią zapewnienia turystom lepszej ochrony niż przewidują to konkurencyjne przepisy umowy o świadczenie usług (art. 750 k.c.)²⁴. Do umowy tej odwoływano się stosunkowo często, w dwojaki sposób: albo przez przyjęcie, że umowa o imprezę turystyczną stanowi umowę o dzieło, albo przez analogiczne stosowanie przepisów regulujących tę umowę, zwłaszcza w odniesieniu do programu podróży²⁵.

Problematyka kwalifikacji określonych umów jako umowy o dzieło, wiąże się przede wszystkim z rozumieniem pojęcia dzieła. W literaturze można wyróżnić wąskie określenie, tj. rezultat mający charakter materialny lub niematerialny, ale uciele-

²⁰ Z pojęciem tym można spotkać się także w opracowaniach o charakterze prawniczym, np. H. Zawistowska stwierdza, iż „działalność organizatora turystyki sprowadza się do zakupu usług cząstkowych (...) i zestawienia ich w pakiety, co w efekcie prowadzi do powstania nowego produktu sprzedawanego pod taką nazwą jak np. wczasy w siodle (...)” (H. Zawistowska, *Nowe zasady świadczenia usług turystycznych*, Warszawa 2005, s. 28), a nawet w orzecznictwie, np. w niepublikowanym uzasadnieniu do wyroku SOKiK 21 z października 2004 r., XVII 127/03, stwierdza się, iż „(...) biorąc pod uwagę możliwość sprzedaży oferty imprezy innemu klientowi (...)”. Podobne wątpliwości powstają w przypadku rady (wskazówki) zawartej w opublikowanym w 2007 r. przez UOKiK *Raporcie z badania rynku usług hotelarskich* (www.uokik.gov.pl) co do postępowania w przypadku reklamowania usług hotelarskich: „Jeżeli (...) samodzielnie zawarliśmy umowę na świadczenie usługi hotelarskiej sprzedawcy usługi zgłaszamy na podstawie ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (...) niezgodność usługi z umową i dochodzimy swych praw” (s. 16).

²¹ Tak Cz. Żuławska, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 2, red. G. Bieniek, Warszawa 2006, s. 11.

²² Tak W. E. Iwanow, *Regulowanie międzynarodowego turizmu*, Sowietsoje Gosudarstwo i Prawo 1969, nr 12, s. 128-129 (za M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 65).

²³ Pojęciem „cena” konsekwentnie posługują się przepisy ustawy o usługach turystycznych. W literaturze zwraca się jednak uwagę, że w istocie chodzi o wynagrodzenie za usługi, tak jak w przypadku umowy o dzieło (zob. M. Nesterowicz, *System prawa...*, s. 790, przyp. 53).

²⁴ Zob. J. Raciborski, *Kierunki orzecznictwa...*, s. 26.

²⁵ Np. SW w orzeczeniu z 17 października 1985 r. (II Cr 720/85, niepubl.) zakwalifikował tę umowę jako umowę nienazwaną, do której należy stosować przepisy o umowie o dzieło (za J. Raciborski, *Kierunki orzecznictwa...*, s. 18, który nie podaje siedziby tego sądu).

śniony w rzeczy²⁶ oraz szerokie określenie, w przypadku którego przyjmuje się, że z umową o dzieło mamy także do czynienia w przypadku rezultatu niematerialnego nieucieleśnionego w rzeczy²⁷. Tylko na gruncie drugiego poglądu możliwe staje się rozpatrywanie umowy o imprezę turystyczną jako umowy o dzieło. Takie poglądy prezentowane są też w literaturze²⁸.

Autorzy reprezentujący prezentowane wyżej stanowisko nie są jednak w pełni jednomyślni, różniąc się w szczególności co do rozumienia pojęcia dzieła w przypadku omawianej umowy. Według pierwszego stanowiska²⁹, *essentialia negotii* umowy o imprezę turystyczną odpowiadają istotnym postanowieniom umowy o dzieło. Oba zobowiązania zawierają postanowienia w przedmiocie zamówienia dzieła i podjęcia się jego wykonania przez przyjmującego zamówienie oraz ustalenie wynagrodzenia, do zapłaty którego zobowiązuje się zamawiający. Odwołano się tu do następującej definicji umowy o dzieło: „(...) jest to umowa o świadczenie usług, konsensualna, wzajemna, w której jedna strona – przyjmujący zamówienie – zobowiązuje się do osiągnięcia w przyszłości indywidualnie oznaczonego, samoistnego, obiektywnie możliwego, a subiektywnie pewnego rezultatu pracy ludzkiej o charakterze materialnym lub niematerialnym, a druga strona – zamawiający – zobowiązuje się do zapłaty odpowiedniego wynagrodzenia w pieniądzu lub w naturze³⁰. W przypadku umowy o imprezę turystyczną należy przede wszystkim badać wolę stron umowy. Wola ta nakierowana jest na realizację określonego rezultatu, a nie poszczególnych składników. Zawsze chodzi więc tu o określony rezultat. Na gruncie tego poglądu usługi świadczone przez biuro podróży spełniają również – według autorki tej propozycji - pozostałe cechy umowy o dzieło. Świadczenie biura podróży jest zindywidualizowane. Rezultat umowy ma charakter samoistny, tj. niezależny od dalszego działania wykonawcy. Rezultatem dzieła o charakterze niematerialnym jest tu „śląd utrwalony i zachowany w pamięci ludzkiej (wspomnienie krajobrazów i mile spędzonych chwil)”, a jego wykonawca po spełnieniu świadczenia nie ma nań żadnego wpływu. Oczywiście jest, że w tym przypadku zawarcie umowy jest obiektywnie możliwe, a subiektywnie pewne. Wynika to przede wszystkim z profesjonalnego

²⁶ Tak np. A. Brzozowski, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 330.

²⁷ Za kwalifikowaniem takich sytuacji jako dzieło opowiada się np. S. Wójcik, *Pojęcie umowy o dzieło*, SC 1963, t. IV, s. 125. Tak też wyrok SN z 13 marca 1967 r., I CR 500/66, OSN 1968, nr 1, poz. 5.

²⁸ Tak M. A. Zachariasiewicz, *Odpowiedzialność biur podróży za jakość świadczonych usług*, AUWr Przegląd Prawa i Administracji 1975, nr 6, s. 189 i n.; J. Raciborski, *Umowa o podróż...*, s. 69 i n. Również według J. Dąbrowy „ze wszystkich umów nazwanych stosunkowo najbardziej przekonujące byłoby uznanie umowy o wycieczkę za umowę o dzieło” (J. Dąbrowa, M. Nesterowicz: *Odpowiedzialność cywilna biur podróży (recenzja)*, PiP 1975, z. 6, s. 127).

²⁸ Opowiadając się za poglądem, że umowa o imprezę turystyczną stanowi *de lege lata* umowę nazwaną, M. Gwoździcka - Piotrowska za umowę o dzieło uznaje jednak umowę „zawieraną i realizowaną przez biuro podróży na zamówienie klienta (w przypadku, gdy klient sam określa trasę, termin, miejsce itp.)”, ponieważ „to klient, a nie biuro podróży dokonuje połączenia usług turystycznych” (M. Gwoździcka - Piotrowska, *Umowa o podróż...*, s. 204). W mojej ocenie brak jest jakichkolwiek podstaw do takiego różnicowania.

²⁹ Reprezentowanego przez M. A. Zachariasiewicz, *Odpowiedzialność biur...*, s. 189 i n.

³⁰ S. Wójcik, *Pojęcie umowy...*, s. 125.

charakteru działania biura podróży. Jeśli chodzi o kwestię „oddania”, oraz „odebrania” dzieła, reprezentowany jest tu pogląd o szerokim rozumieniu tych pojęć. Takiej kwalifikacji nie wyłącza różnorodność uprawnień i obowiązków wchodzących w skład umowy, rezultat tych wielu świadczeń jest bowiem dziełem w rozumieniu art. 627 k.c.

Według konkurencyjnego poglądu umowa o dzieło jest konstrukcją najlepiej regulującą wzajemne prawa i obowiązki stron omawianej umowy z punktu widzenia potrzeb społecznych, szczególnie zaś potrzeby ochrony słabszych uczestników obrotu³¹. Autor tej propozycji przez umowę o imprezę turystyczną rozumie typ umowy o świadczenie złożone, którą charakteryzują następujące elementy: podmiot świadczący zawodowo usługi turystyczne zobowiązuje się do dostarczenia kilku, co najmniej dwóch, różnych świadczeń zgodnie z ustalonym programem oraz do spełnienia funkcji organizatorskiej, polegającej na koordynowaniu i nadzorowaniu realizacji programu podróży w sposób pozwalający osiągnąć znany stronom lub domniemany cel umowy, klient zaś zobowiązuje się do zapłaty umówionego wynagrodzenia³². Następnie przez porównanie tej definicji z definicją umowy o dzieło z art. 627 k.c. dochodzi on do wniosku, że umowa o imprezę turystyczną stanowi szczególną postać umowy o dzieło. Biuro podróży, przyjmując zamówienie, zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, to znaczy do dostarczenia świadczeń określonych programem podróży, a zamawiający zobowiązuje się do zapłaty wynagrodzenia. Szczególna postać umowy o dzieło wynika z zawodowego charakteru wykonywania świadczeń tego rodzaju przez przyjmującego zamówienie oraz ze względu na charakterystyczny rodzaj przedmiotu świadczenia, jakim jest zestaw usług lub dóbr i usług, zorganizowanych w sposób odpowiadający znanemu stronom lub dorozumianemu celowi³³.

De lege lata kwalifikowanie umowy o imprezę turystyczną jako umowy o dzieło nie wydaje się właściwe. Składają się na to dwie przyczyny. Pierwsza, o charakterze ogólnym, jaką jest wątpliwe kwalifikowanie jako umowy o dzieło umowy, której rezultat jest niematerialny i nieucieleśniony w rzeczy. Drugi, treść przepisów ustawy o usługach turystycznych, które uzasadniają inne rozwiązanie, przedstawione niżej. Podobieństwo obu umów jest jednak znaczne, a reżim określony w ustawie o usługach turystycznych zawiera pewne luki. Uzasadnia to więc sięganie do tej umowy w niektórych przypadkach na zasadzie analogii.

³¹ Zob. J. Raciborski, *Umowa o podróż...*, s. 69 i n. Autor podtrzymał swoje stanowisko również po wejściu w życie ustawy o usługach turystycznych – zob. *Przebieg Konferencji na temat „Harmonizacja polskiego prawa gospodarczego z wymogami Unii Europejskiej”*, [w:] *Harmonizacja polskiego prawa gospodarczego z wymogami Unii Europejskiej*, red. B. Gnela i W. Szostak, Kraków 2001, s. 286-287.

³² Zob. J. Raciborski, *Umowa o podróż...*, s. 65.

³³ W ocenie J. Raciborskiego wcześniej przedstawiona propozycja M. A. Zachariasiewicza „zawiera (...) istotny błąd konstrukcyjny. Autorka ta charakteryzując przedmiot świadczenia, a zatem „dzieło”, oparła się na powszechnie przyjętej koncepcji dzieła sformułowanej przez S. Wójcika zakładając, że dzieło musi mieć między innymi charakter indywidualnie oznaczony, to znaczy w chwili zawierania umowy musi istnieć jego pełne wyobrażenie znane stronom, oraz musi spełniać wymóg samoistości – posiadać zdolność trwania w oderwaniu od twórcy” (J. Raciborski, *Umowa o podróż w praktyce polskiej*, niepubl. rozprawa doktorska, Kraków 1989, s. 81-82).

4. Zlecenie/umowa o świadczenie usług (art. 750 k.c.)

Nie powinno budzić wątpliwości – choć przeciwne głosy pojawiały się w orzecznictwie³⁴ – że umowa o imprezę turystyczną nie powinna być kwalifikowana jako umowa zlecenia. *De lege lata* przedmiotem umowy zlecenia jest czynność prawna. Jeżeli przedmiotem umowy jest czynność faktyczna, a określona umowa nie uregulowana została innymi przepisami prawa, przepisy o zleceniu – z mocy art. 750 k.c. – stosować można jedynie odpowiednio. Z podobną sytuacją mamy do czynienia, gdy przedmiotem umowy są zarówno czynności prawne jak i faktyczne³⁵. Nie można zgodzić się z generalnym twierdzeniem, że biuro podróży wykonując umowę o imprezę turystyczną spełnia zarówno czynności prawne (zawarcie umowy z różnymi podwykonawcami), jak i czynności faktyczne (np. ustalenie programu wycieczki). Zauważyć należy bowiem, że organizator turystyki nie zobowiązuje się w umowie do zawarcia umów z podwykonawcami, gdyż: po pierwsze, organizator turystyki umów tych wcale nie musi zawierać (może realizować umowę samodzielnie); po drugie, do rzadkości należą sytuacje, gdy biuro podróży zawiera takie umowy w następstwie zawarcia umowy z klientem, wręcz przeciwnie – najpierw zawierane są umowy z podwykonawcami, a dopiero później organizator zawiera umowy z klientami. Mimo to stanowisko, że umowa ta stanowi umowę o której mowa w art. 750 k.c. reprezentowane jest dość często w orzecznictwie³⁶.

Nie wydaje się być aktualnym, z uwagi na brzmienie art. 11a u.u.t., podnoszony wcześniej argument³⁷, iż przyjęcie dla tej umowy koncepcji umowy o świadczenie usług byłoby bardzo korzystnym rozwiązaniem dla biur podróży, gdyż ponosiłyby one odpowiedzialność tylko za dołożenie należytej staranności w wykonaniu zlecenia³⁸. Przede wszystkim jednak art. 750 k.c. stosuje się – jak zostało wyżej wskazane – do umów nieuregulowanych innymi przepisami. Obecna regulacja odnosząca się do przedmiotowej umowy zawarta w ustawie o usługach turystycznych, a zwłaszcza jej szczegółowość, przemawia za tym, że nie można tej umowy potraktować jako umowy nieuregulowanej innymi przepisami.

5. Umowa mieszana

Koncepcja umowy o imprezę turystyczną jako umowy mieszanej znalazła w literaturze najwięcej zwolenników³⁹, ma ona także odzwierciedlenie w orzecznictwie

³⁴ Zob. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 36 i n.

³⁵ Zob. orzeczenie SN z 9 czerwca 1972 r., OSN 1973, z. 1, poz. 16; L. Ogiełto, *System prawa prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2004, s. 452; tenże, *Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych*, Katowice 1989, s. 157 i n.

³⁶ Por. np. niepublikowane uzasadnienie wyroku SOKiK z 13 czerwca 2005 r., XVII Amc 10/03; podobnie wyrok SR dla m. st. Warszawy z 15 stycznia 1981 r., IIc 2110/80; wyrok SR dla Krakowa-Śródmieścia z 31 października 1984 r., Ic 1757/82/s (za J. Raciborski, *Kierunki orzecznictwa...*, s. 15).

³⁷ Zob. np. J. Raciborski, *Kierunki orzecznictwa...*, s. 25-26.

³⁸ Odmienne M. Gwoździcka - Piotrowska, *Umowa o podróż...*, s. 201.

³⁹ Stanowisko takie zajmuje przede wszystkim konsekwentnie od 1974 r. M. Nesterowicz. – zob. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 66 i n.; tenże, *Prawo turystyczne*, Kraków 2006, s. 43 [choć ostatnio wyrażony przez tego autora pogląd nie jest do końca jasny – autor ten stwierdza, że „Umowa o wycieczkę (o podróż) powinna być kwalifikowana jako umowa mieszana (...)].

sądowym⁴⁰. Pogląd ten był szeroko reprezentowany przed wejściem w życie ustawy o usługach turystycznych, jak i po jej wejściu w życie. W ocenie autorów opowiadających się za trójpodziałem umownych stosunków zobowiązaniowych, umowa mieszana to taka, która ma charakter pośredni między umowami nazwanymi i nienazwanymi, łączy bowiem elementy umów nazwanych albo nazwanych i nienazwanych⁴¹. Reprezentanci tego kierunku wskazują, że umowa o imprezę turystyczną zawiera w sobie elementy różnych umów, w tym zwłaszcza: umowy o dzieło, umowy przewozu, umowy najmu, umowy sprzedaży, przechowania, zlecenia oraz ma pewne cechy własne. Niektórzy traktują jednak umowę mieszaną jako wchodzącą w zakres pojęcia umowy nienazwanej.

Autorzy reprezentujący stanowisko, że umowa o imprezę turystyczną jest umową mieszaną, podkreślają, że charakter mieszany tej umowy coraz bardziej się zatracza, tworzy się bowiem jednolita umowa; koncepcja umowy mieszanej, powodująca konieczność sięgania do różnych przepisów, powinna być traktowana jako sytuacja przejściowa na drodze do wyodrębnienia się nowej umowy nazwanej. *De lege lata* proponuje się do umowy tej stosować w pierwszej kolejności art. 11 – 19 u.u.t., a następnie przepisy kodeksu cywilnego o umowach w ogólności, odpowiednie przepisy części ogólnej zobowiązań kodeksu cywilnego oraz przepisy o umowach nazwanych wprost lub w drodze analogii, w zależności od podobieństwa określonych świadczeń z tej umowy do odpowiedniej umowy nazwanej⁴².

W literaturze zaproponowano podział mieszanych umów o świadczenie usług na dwie odmiany konstrukcyjne: po pierwsze, umowy mieszane o świadczenie usług; po drugie, umowy mieszane z elementem usługi⁴³. Pojęcie umowy mieszanej o świadczenie usług obejmuje „umowy i zobowiązania usług skonstruowane z elementów różnych umów nazwanych (lub/i nienazwanych) typów umów i zobowiązań usług (wyłącznie usług)”⁴⁴. Przykładem tego rodzaju umowy jest np. umowa o zorganizowanie przeprowadzki. Natomiast umowy mieszane z elementem usług to „umowy i stosunki zobowiązaniowe skonstruowane z różnych elementów umów i zobowiązań nazwanych (także nienazwanych), reprezentujących różne grupy konstrukcji praw-

Można powiedzieć obecnie, że jest to umowa nazwana – umowa o podróż (...)”]; A. Kubas, *M. Nesterowicz, Odpowiedzialność cywilna biur podróży (recenzja)*, NP 1975, nr 3, s. 457; R. Wróblewski, *Umowy o zbiorową wycieczkę zagraniczną*, Warszawa 1974, s. 30; M. Tyczka, *Prawo turystyczne*, Poznań 1982, s. 219 i n.; P. Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną*, Warszawa 2005, s. 16. Por. Z. Radwański, J. Panowicz - Lipska, *Zobowiązania - część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 9.

⁴⁰ Zob. uchwała SN z 25 lutego 1986 r., III CZP 2/86, OSNCP 1987, nr 1, poz. 10; wyrok SA w Lublinie z 11 kwietnia 1991 r., I Acr 47/91, OSA 1992, nr 3, s. 29; wyrok SR dla m. st. Warszawy z 1 czerwca 1977 r., IV c503/77 (za J. Raciborski, *Kierunki orzecznictwa...*, s. 19).

⁴¹ Zob. R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania...*, s. 153; F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie według polskiego kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1948, s. 76; A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 84; S. Grzybowski, [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2, *Prawo zobowiązań. Część szczegółowa*, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1976, s. 17-18; M. Sośniak, *Przekształcenie umowy przewozu na tle doktryny umów mieszanych*, Problemy Prawa Przewozowego, t. 3, Katowice 1982, s. 9.

⁴² Zob. M. Nesterowicz, [w:] *System prawa...*, s. 778. Por. P. Cybula, *Umowa o imprezę...*, s. 16.

⁴³ Tak L. Ogiegło, *Usługi jako...*, s. 181 i n.

⁴⁴ L. Ogiegło, *Usługi jako...*, s. 181 i n.

nych (np. grupę umów o przeniesienie praw, grupę umów o używanie cudzej rzeczy lub prawa), w tym grupę umów o świadczenie usług⁴⁵. Jako przykłady takiej umowy wskazuje się np. umowę hotelową, umowę *know-how*, umowę o odchudzenie w warunkach sanatoryjnych, czy właśnie umowę o organizację wycieczki lub wczasów⁴⁶. W ramach umowy o imprezę turystyczną można wyróżnić umowy o przeniesienie praw (przede wszystkim umowę sprzedaży, np. umowę sprzedaży posiłków⁴⁷), umowy regulujące używanie rzeczy (np. umowę najmu), umowę przewozu.

Wydaje się, że obecnie z uwagi na przepisy ustawy o usługach turystycznych sięganie do koncepcji umowy mieszanej nie wydaje się jednak zasadne⁴⁸ (zob. uwagi niżej).

6. Umowa nienazwana

Umowa o imprezę turystyczną była kwalifikowana także w literaturze jako umowa nienazwana, inna niż wskazana w art. 750 k.c.⁴⁹ (o czym było wyżej). W najobszerniejszym uzasadnieniu tego poglądu zwrócono uwagę na problemy z zaszerogowaniem tej umowy do określonej kategorii umów. Te trudności spowodowane były tym, że trudno jest określić – w ocenie reprezentanta tego stanowiska – cechy przedmiotowo istotne takiej umowy z uwagi na różnorodność (płynność) w zestawach usług świadczonych przez biura podróży, wobec czego nie można tu wskazać usługi, która mogłaby stanowić jakiś stale powtarzający się element. Jednocześnie odrzucono tu możliwość kwalifikacji tej umowy jako umowy mieszanej, podkreślając wątpliwości w nadaniu rangi samoistnego świadczenia (usługi) programowi imprezy, który „w istocie jest niczym innym jak opisowym zestawieniem należnych klientowi świadczeń – tyle tylko, że ujętych w przedziałach czasu i miejsca”⁵⁰. W ocenie autora tej propozycji, uznanie, że program imprezy wprowadza dodatkowe, ogólne zobowiązanie biura podróży, prowadzi do dwustopniowej odpowiedzialności kontraktowej biura podróży – pierwszej, za niespełnienie określonego świadczenia; drugiej, za naruszenie całości umowy, według zasad dotyczących umowy o dzieło.

Autor ten stoi na stanowisku, że koncepcja podporządkowania umowy o imprezę turystyczną na przykład reżimowi jednej umowy typowej bezpośrednio lub pośrednio za pomocą konstrukcji umowy mieszanej, porządkuje stan prawny jedynie pozornie,

⁴⁵ L. Ogiegło, *Usługi jako...*, s. 182.

⁴⁶ Zob. L. Ogiegło, *Usługi jako...*, s. 182.

⁴⁷ J. Gospodarek słusznie wskazuje (J. Gospodarek, *Prawo turystyczne w zarysie*, Bydgoszcz-Warszawa 2003, s. 207), że świadczenie usług gastronomicznych może mieć dwojaki charakter. Po pierwsze, umowy sprzedaży, gdy „usługa konsumencka nie obejmuje żadnej formy obsługi klienta ani usług towarzyszących”. Po drugie, umowy o usługi gastronomiczne, „rozumiane jako pewien kompleks usług, za które jest wystawiany łącznie rachunek, choć formalnie nie obejmuje on usług towarzyszących”; usługi towarzyszące to np. towarzyszące konsumpcji występy artystyczne. W tym przypadku umowa ta ma charakter umowy nienazwanej.

⁴⁸ Odstępuję więc od wcześniej zaprezentowanego poglądu – zob. np. P. Cybula, *Umowa o imprezę...*, s. 16.

⁴⁹ Zob. W. Beyer, *Umowy w turystyce międzynarodowej (wybrane zagadnienia)*, Warszawa 1976, s. 31 i n.

⁵⁰ W. Beyer, *Umowy w turystyce...*, s. 33.

w istocie zaś prowadzi do sztucznej uniformizacji obowiązków biura podróży i zasad jego odpowiedzialności odszkodowawczej.

Zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem proponuje on do umowy tej – jako umowy nienazwanej – stosować odpowiednie przepisy prawa cywilnego o umowach w ogólności, odpowiednie przepisy części ogólnej prawa zobowiązań oraz, w miarę potrzeby, przepisy o umowach nazwanych – w drodze analogii lub bezpośrednio – zależnie od celu i podobieństwa cech przedmiotowo istotnych danej umowy z celami i odpowiednimi składnikami zbliżonej umowy nazwanej. Autor ten wskazuje także, że kompleksowość umowy nie może odgrywać roli elementu przedmiotowo istotnego umowy oraz że wzrastająca liczba umów nienazwanych, które w doktrynie doczekały się różnych kwalifikacji i oznaczeń, jest naturalnym następstwem rozwoju społeczno-gospodarczego naszych czasów i trudno byłoby uznać, że poszczególne typy takich umów (jak np. świadczeń leczniczych, usług hotelarskich i gastronomicznych) mogą pretendować w przyszłości do odrębnego dla siebie reżimu prawnego.

Szersza analiza tego stanowiska, z uwagi na zmiany normatywne w tym zakresie i reprezentowane poniżej stanowisko, również nie wydaje się konieczna.

7. Umowa nazwana

Od pewnego czasu w literaturze polskiej reprezentowane jest także stanowisko, że *de lege lata* umowa o imprezę turystyczną to umowa nazwana⁵¹. Pojawiło się ono po zrezygnowaniu z wprowadzenia do kodeksu cywilnego – jako umowy typowej – umowy o podróż i nowelizacji ustawy o usługach turystycznych, która objęła niektóre z proponowanych w projekcie rozwiązań. Stwierdzono wówczas, iż „obecnie trzeba stwierdzić, że jest to umowa nazwana, skoro został ustawowo ukształtowany typ tej umowy”⁵², a w zakresie nieuregulowanym w ustawie o usługach turystycznych, do umowy tej należy stosować przepisy kodeksu cywilnego oraz inne przepisy dotyczące ochrony konsumenta. Stanowisko autora tego poglądu ewoluowało – pierwotnie przyjął on, że postanowienia przedmiotowo istotne (*essentialia negotii*) tej umowy to: po pierwsze, określenie miejsca pobytu lub trasy wycieczki w zależności od tego, czy mamy do czynienia z imprezą turystyczną w postaci pobytu wycieczkowego, czy też program danej imprezy obejmuje zmianę miejsca pobytu uczestników; po drugie, ustalenie programu imprezy turystycznej, tj. rodzaju, jakości i terminów usług turystycznych, stanowiących zintegrowany pakiet; po trzecie, określenie ceny imprezy turystycznej oraz ewentualnych dodatkowych opłat niewliczanych do ceny,

⁵¹ Tak J. Gospodarek, *Prawo turystyczne...*, s. 161; Z. Trzciniński, [w:] *Podstawy prawne świadczenia usług turystycznych*, red. J. Zaborowski, Warszawa 2002, s. 152; J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop w prawie polski*, KPP 2005, z. 2, s. 345 (z tym że piszą oni o „umowie o usługi turystyczne”). Jak stwierdzono w publikacji *Funkcjonowanie ustawy o usługach turystycznych* (<http://www.mgip.gov.pl/Turystyka/Funkcjonowanie+stawy+o+uslugach+turystycznych.htm>, s. 8), „bardzo istotnym elementem polityki porządkowania stosunków prawnych między biurem podróży a klientem, implikującym poprawę ochrony interesów konsumenta usług turystycznych, jest wprowadzenie do ustawy o usługach turystycznych *essentialia negotii* umowy o świadczenie usług turystycznych”. Stwierdzenie to odniesiono do przepisów obecnie obowiązujących.

⁵² J. Gospodarek, *Prawo w turystyce i hotelarstwie. Zbiór aktów normatywnych z objaśnieniami*, Warszawa 2000, s. 111.

np. opłat lotniskowych i portowych, czy tzw. opłaty klimatycznej⁵³. Abstrahując na razie od oceny trafności tego stanowiska (tj. że umowa o imprezę turystyczną jest umową nazwaną), wypada zauważyć, że bez wątplenia nieprawidłowo zaliczono tu do elementów przedmiotowo istotnych „ewentualne dodatkowe opłaty (...)”. Jeżeli mają one charakter „ewentualny”, to ich rola w procesie kwalifikacji danej umowy jako umowy o imprezę turystyczną jest nieistotna, a zatem postanowienia tego nie można zaliczyć do elementów przedmiotowo istotnych. Zwrócono na to uwagę w literaturze⁵⁴, co – jak się wydaje – skłoniło wspomnianego autora do modyfikacji poglądu⁵⁵. Obecnie reprezentuje on stanowisko, że do postanowień przedmiotowo istotnych umowy o imprezę turystyczną nie należą już postanowienia dotyczące dodatkowych opłat⁵⁶. Pogląd ten w dalszym ciągu budzi jednak wątpliwości. Trudno przykładowo wskazać, kiedy mamy określony w umowie „program imprezy”. Nie jest też jasne, co należy rozumieć przez „rodzaj, jakość i terminy usług turystycznych tworzących zintegrowany pakiet” – jakie elementy składające się na imprezę turystyczną powinny być określone tymi znamionami?

Wedle późniejszego, konkurencyjnego poglądu, do *essentialia negotii* tej umowy należy zaliczyć: „obowiązek wykonania zespołu usług określonych programem podróży, wynagrodzenie, oznaczenie organizatora podróży (profesjonalisty), oznaczenie klienta (nieprofesjonalisty), termin realizacji świadczenia organizatora, ubezpieczenie podróżnego, sposób zgłaszania reklamacji, świadczenie zastępcze, gwarancja finansowa, prawo klienta do odstąpienia od umowy”⁵⁷. Jeżeli przyjąć, zgodnie z powszechnie reprezentowanym stanowiskiem w doktrynie, iż przez *essentialia negotii* należy rozumieć ustawowo wyróżnione cechy, według których dokonuje się kwalifikacji konkretnej czynności prawnej do ustawowo wyróżnionych typów czynności prawnych, stanowisko to jest trudne do zrozumienia i z tego powodu nie sposób go podzielić⁵⁸. Należałoby bowiem przyjąć, iż np. jeżeli w umowie nie podano, w jaki sposób klient powinien zgłaszać reklamację, to wówczas umowa o imprezę turystyczną nie dochodzi do skutku. Wydaje się, że w stanowisku tym doszło do pomieszania, jeżeli już przyjąć, że mamy do czynienia z umową nazwaną, elementów przedmiotowo istotnych (np. określenie zespołu usług objętych programem podróży), elementów nieistotnych (np. co do zasady postanowienia dotyczące świadczeń za-

⁵³ Podobnie J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany...*, s. 345.

⁵⁴ Zob. P. Cybula, *Umowa o imprezę...*, s. 15.

⁵⁵ Zob. J. Gospodarek, *Prawo w turystyce*, Warszawa 2006, s. 282, przyp. 136.

⁵⁶ Zob. J. Gospodarek, *Prawo w turystyce...*, s. 282.

⁵⁷ Autorka ta, jak już wspomniano, umowę tę kwalifikuje jednak jako umowę o dzieło, gdy impreza turystyczna jest realizowana „na zamówienie klienta (w przypadku, gdy klient sam określa trasę, termin, miejsce itp.)” (M. Gwoździcka - Piotrowska, *Umowa o podróż...*, s. 204).

⁵⁸ Podobnie jak i stwierdzenie, że nieumieszczenie umowy o imprezę turystyczną w kodeksie cywilnym „może być argumentem przeciwko uznaniu jej za umowę nazwaną – Por. jednak umowę o kredyt konsumencki uregulowaną inną ustawą niż k.c.)”, z którego wydaje się płynąć myśl, że umowa o kredyt konsumencki stanowi umowę nazwaną (M. Gwoździcka - Piotrowska, *Umowa o podróż...*, s. 212); umowa o kredyt konsumencki nie stanowi – przynajmniej w myśl poglądów reprezentowanych dotychczas w literaturze – umowy nazwanej. Ponadto o kwalifikacji umowy jako nazwanej nie decyduje umiejscowienie regulujących ją przepisów w kodeksie cywilnym (wystarczy, że będą one umieszczone w jakiegokolwiek ustawie).

stępczych) oraz elementów podmiotowo istotnych (np. umowne prawo klienta do odstąpienia od umowy). Ponadto pogląd ten jest wewnętrznie sprzeczny z innego powodu – z jednej strony twierdzi się, iż „konceptcja umowy mieszanej, zmuszająca sąd do sięgania do różnych przepisów, ujętych w umowach jej towarzyszących, była przejściowa”⁵⁹, z drugiej „gdy biuro podróży samo wykonuje niektóre usługi (np. jako hotelarz, przewoźnik morski czy lotniczy), regulowane szczególnymi przepisami, to odpowiedzialność oparta jest na zasadzie wynikającej z tych przepisów”⁶⁰. Wśród elementów przedmiotowo istotnych wyróżniono także „termin realizacji świadczenia organizatora”, podczas gdy w innym miejscu pracy wskazano, że „ustalenie, np. czasu trwania imprezy turystycznej nie mieści się w pojęciu programu podróży i wyodrębnienie takiego postanowienia umownego nie wydaje się niezbędne”⁶¹. Ponadto stwierdza się, że „najważniejszym świadczeniem biura podróży jest realizacja ustalonego programu wycieczki (przedmiot umowy o dzieło)”⁶². Tym samym mimo deklarowanego uznania tej umowy za umowę nazwaną, w rzeczywistości w pracy tej traktuje się tę umowę jako umowę mieszaną⁶³.

8. Podsumowanie oraz propozycja interpretacji

Odnosząc się do powyższych wypowiedzi, przede wszystkim należy zauważyć, że *de lege lata* niesporne jest, iż przepisy ustawy o usługach turystycznych tworzą dla umowy o imprezę turystyczną pewien reżim prawny, który nie jest reżimem pełnym – przepisy te stanowią z mocy art. 11 u.u.t. *lex specialis* w stosunku do kodeksu cywilnego i innych ustaw dotyczących ochrony konsumentów. Jego pojawienie się miało dwa źródła. Po pierwsze, konieczność implementacji do prawa polskiego dyrektywy 90/314. Po drugie, od dłuższego czasu obserwować można było wykształcanie się nowego typu umowy; implementacja przepisów dyrektywy 90/314 nie była dokonywana więc – co należy podkreślić – w próżni doktrynalnej. Nałożenie się na siebie tych dwóch procesów, przy dość mechanicznym sposobie wdrożenia dyrektywy, sprawia, że odczytanie obecnej sytuacji nie należy do zadań prostych; jakby nie rozszyfrować tej łamigłówki, jedno jest pewne – biorąc pod uwagę niejednolite stanowisko doktryny i orzecznictwa, obecne rozwiązanie trudno uznać za satysfakcjonujące.

Odnosząc się do przedstawionej dyskusji należy zauważyć, że pomiędzy poszczególnymi koncepcjami (uwzględniając konieczność aktualizacji niektórych z nich), nie zachodzą zbyt daleko idące różnice. Wydaje się, że należy poprzeć stanowisko opowiadające się za pojawieniem się nowego typu umowy nazwanej – umowy o imprezę turystyczną⁶⁴. Co prawda przepisy dyrektywy 90/314 – jak już

⁵⁹ M. Gwoździcka - Piotrowska, *Umowa o podróż...*, s. 211.

⁶⁰ M. Gwoździcka - Piotrowska, *Umowa o podróż...*, s. 242.

⁶¹ M. Gwoździcka - Piotrowska, *Umowa o podróż...*, s. 52.

⁶² M. Gwoździcka - Piotrowska, *Umowa o podróż...*, s. 38.

⁶³ Wnioski są identyczne jak w koncepcji przyjmowanej przez M. Nesterowicza opowiadającego się za mieszanych charakterem tej umowy.

⁶⁴ Gdyby przyjmować, że różnice między umowami nazwanymi i nieznanymi mają charakter stopniowalny (tak B. Gawlik, *Pojęcie umowy...*, s. 16), to w tym przypadku „wyższy stopień” umowy nazwanej nie jest znaczny.

zauważono – są w tej kwestii neutralne (nie przesądzają o charakterze prawnym tej umowy), to jednak implementacja tych przepisów do prawa polskiego pozwala przyjąć tezę, że jest to już *de lege lata* umowa nazwana; w drodze wykładni przepisów ustawy o usługach turystycznych można wskazać na jej *essentialia negotii*⁶⁵. Za przyjętą kwalifikacją prawną przemawiają następujące argumenty.

Po pierwsze, jest to umowa wyróżniona na podstawie obowiązujących norm prawnych – przepisów ustawy o usługach turystycznych⁶⁶.

Po drugie, wśród wskazywanych cech definicyjnych umowy nazwanej podnosi się, że umowa nazwana powinna być unormowana w sposób szczegółowy⁶⁷. Umowa o imprezę turystyczną jest bez wątpienia uregulowana w sposób szczegółowy, przy czym szczegółowość ta jest właściwa innym przepisom konsumenckim (nie kreującym – co trzeba przyznać – nowych typów umów nazwanych), które wdrażają dyrektywy konsumenckie z zakresu prawa prywatnego. W oparciu o te przepisy dochodzi do wyodrębnienia stosunku zobowiązaniowego wyróżnianego na podstawie takich elementów jak: podmioty, treść świadczenia oraz wzajemna relacja świadczeń.

Po trzecie, ustawodawca wprowadził – w sposób pośredni – nazwę dla tego rodzaju zespołu norm prawnych. Pośredniość ta wynika z faktu, że ustawodawca nie zastosował w tym przypadku typowej definicji umowy nazwanej, w której definiuje się, że „przez umowę x, Y zobowiązuje się do a, a Z do b”. W tym przypadku ustawodawca definiuje jedynie pojęcie imprezy turystycznej, a definicję umowy o imprezę turystyczną można zrekonstruować na podstawie wykładni przepisów tej ustawy. Taka nietypowa sytuacja nie dyskwalifikuje możliwości uznania tego zespołu norm prawnych za definiujących umowę nazwaną, przyjmuje się bowiem, że przepisy prawne mogą skutecznie określać cechy charakterystyczne określonego typu umowy wskazując dla niego reżim prawny, nie posługując się nawet określoną nazwą⁶⁸.

Odmienne niż w stosunku do dotychczas zgłoszonych propozycji, z uwagi na podniesione wyżej wątpliwości, za elementy przedmiotowo istotne (*essentialia negotii*) tej umowy proponuję uznać zobowiązanie organizatora turystyki do realizacji imprezy turystycznej (tj. co najmniej dwóch usług turystycznych *verba legis* tworzących jednolity program i objętych wspólną ceną, jeżeli usługi te obejmują nocleg lub trwają ponad 24 godziny albo jeżeli program przewiduje zmianę miejsca pobytu) oraz zobowiązanie klienta do zapłaty (łącznie) ceny. Są to elementy „stałe” umowy o

⁶⁵ Zob. S. Grzybowski, [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, część 2, *Prawo zobowiązań-część szczegółowa*, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1976, s. 15; P. Machnikowski, [w:] *System prawa...*, s. 511.

⁶⁶ Zob. Z. Radwański, *Teoria umów...*, s. 209.

⁶⁷ Zob. Z. Radwański, *Teoria umów...*, s. 210. Krytycznie – B. Gawlik (*Pojęcie umowy...*, s. 13), który wskazuje, że „reżim prawny niektórych umów nienazwanych określony jest – przynajmniej częściowo – przez szczególne przepisy prawa cywilnego ustanowione bądź to wyłącznie dla oznaczonych typów umów nienazwanych, bądź też łącznie dla oznaczonych typów umów nazwanych i nienazwanych” oraz, że „reżim prawny umowy nazwanej i nienazwanej może być bardziej lub mniej szczegółowy, ale nie da się go ująć w postaci biegunowego przeciwstawienia reżimu szczegółowego i nieszczegółowego” (tamże, s. 16).

⁶⁸ Zob. Z. Radwański, *Teoria umów...*, s. 212.

impresę turystyczną w przeciwieństwie, do usług, które mogą składać się *in concreto* na daną imprezę turystyczną i które są różnorodne i płynne⁶⁹.

Przyjęcie powyższej kwalifikacji prawnej w rzeczywistości mało jeszcze wyjaśnia⁷⁰. Ważniejsze jest bowiem ustalenie reżimu prawnego tej umowy⁷¹. Jeśli chodzi o przepisy regulujące umowy nazwane, zasadą jest, że zastosowanie mają przepisy regulujące bezpośrednio dany typ umowy, ewentualnie przepisy, do których te przepisy odsyłają, wreszcie przepisy innych umów nazwanych w drodze analogii (w zakresie uzasadnionym podobieństwem konkretnej umowy do ustawowego typu umowy)⁷². Tymczasem w art. 11a ustawy o usługach turystycznych mamy swoiste odesłanie *in blanco*. Przepis ten odsyła – w zakresie nieuregulowanym w tej ustawie – do kodeksu cywilnego⁷³ i innych ustaw dotyczących ochrony konsumentów. Mamy więc przykład niespotykany w stosunku do innych umów nazwanych. Przepis ten oznacza jednak w mojej ocenie ogólne odesłanie na zasadzie *lex generalis – lex specialis*. Nie stanowi on odesłania do przepisów, które regulują usługi turystyczne (umowy) składające się *in concreto* na imprezę turystyczną, np. do przepisów dotyczących umowy przewozu, umowy najmu, umowy sprzedaży, umowy przechowania, umowy zlecenia lub usług zbliżonych do zlecenia. Gdyby tak było, wątpliwe byłoby odesłanie przez ustawodawcę tylko do kodeksu cywilnego i innych ustaw

⁶⁹ Por. W. Beyer, *Umowy w turystyce...*, s. 32.

⁷⁰ Por. jednak A. Olejniczak, *Uwagi o charakterze prawnym umowy offsetowej*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Stanisława Soltysińskiego*, red. A. Nowicka, Poznań 2005, s. 213.

⁷¹ Zob. B. Gawlik, *Pojęcie umowy...*, s.12.

⁷² Tak np. Z. Radwański, *Teoria umów...*, s. 224, choć nie jest to pogląd powszechnie przyjęty w literaturze.

⁷³ *Verba legis*: „w zakresie nieuregulowanym ustawą do umów z klientami zawieranych przez organizatorów turystyki i pośredników turystycznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego oraz inne przepisy dotyczące ochrony konsumenta”. Nie jest jasne, czy przepis ten rozszerza zakres zastosowania „innych przepisów dotyczących ochrony konsumenta” także na klientów w rozumieniu ustawy o usługach turystycznych nie będących konsumentami w rozumieniu tych przepisów. Za takim stanowiskiem opowiadają się, jak się wydaje: Z. Radwański, *Podmioty prawa cywilnego w świetle zmian kodeksu cywilnego przeprowadzonych ustawą z dnia 14 lutego 2003 r.*, PS 2003, nr 7-8, s. 16; M. Wieszczycka, która twierdzi, że „(...) do każdego klienta (...) stosuje się, uzupełniając, przepisy odnoszące się do konsumentów” (M. Wieszczycka, *Prawo konsumenckie w turystyce*, Warszawa 2003, s. 2) oraz M. Gwoździcka - Piotrowska (M. Gwoździcka - Piotrowska, *Umowa o podróż...*, s. 57). Odmienne – trafne – stanowisko zdaje się reprezentować B. Gnela, która odnosząc się do problematyki umów zawieranych na odległość wskazuje, że „tylko te umowy o usługi turystyczne zawierane na odległość podlegają reżimowi przepisów o umowach zawieranych na odległość (...) których klientami są konsumenci w rozumieniu art. 22¹ k.c.” (B. Gnela, *Umowy o usługi...*, s. 101); podobnie Z. Trzciniński, [w:] *Podstawy prawne...*, s. 142. W literaturze zwraca się uwagę na niebezpieczeństwo stosowania tego rodzaju odesłań – zob. Z. Radwański, *Pojęcie prawa cywilnego w świetle kodeksu cywilnego (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, [w:] *Polskie prawo prywatne w dobie przemian. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Młynarczykowi*, Gdańsk 2005, s. 38-39, który *de lege ferenda* proponuje zrezygnować z określania w ustawach odrębnych wobec kodeksu cywilnego relacji norm tam zawartych do norm kodeksu cywilnego na zasadzie *lex specialis – lex generalis*; E. Łętowska, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań-część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 7; A. Mączyński, [w:] *Protokół posiedzenia plenarnego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego w dniu 17 września 1997 r.*, niepubl., s. 13-14.

dotyczących ochrony konsumentów, skoro np. w zakresie przewozu w większości przypadków – z uwagi na ograniczony zakres zastosowania przepisów kodeksowych – do umowy tej należy stosować ustawy szczegółowe do których ustawa o usługach turystycznych jednak nie odsyła (nie są to również przecież ustawy dotyczące ochrony konsumenta). W mojej ocenie przepisy dotyczące innych umów mogą znaleźć zastosowanie, ale jedynie na zasadzie analogii. Przemawia za tym istniejące podobieństwo hipotez stanów faktycznych, które obejmują, do stanu faktycznego, dla którego ustawodawca nie przewidział w ustawie o usługach turystycznych rozwiązań legislacyjnych. Sięganie do nich jest uzasadnione dwiema okolicznościami: po pierwsze, występującymi w ustawie o usługach turystycznych lukami, tj. sytuacjami, gdy dla umowy o imprezę turystyczną, brak jest normatywnego uregulowania⁷⁴; po drugie, naturą umowy o imprezę turystyczną, która ma charakter „pakietowy”, a niektóre z usług składających się na imprezę turystyczną uregulowane są przez przepisy dotyczące umów typowych. W pierwszej kolejności, jeżeli dana sytuacja nie jest uregulowana w ustawie o usługach turystycznych, należy rozważyć zastosowanie przepisów dotyczących umowy o dzieło. Pomiędzy tymi umowami, jak zostało już powiedziane, zachodzi daleko idące podobieństwo. Dostrzegają to niemal wszyscy autorzy odnoszący się do tej problematyki, choć wyciągają z tego różne wnioski. Skoro uregulowano tam niektóre kwestie, do których nie odniesiono się w ustawie o usługach turystycznych, to z uwagi na podobieństwo celu tych przepisów, wydaje się, że reżim tych stanów faktycznych powinien być podobny. Przykładem przepisu, który powinien znaleźć tu analogiczne zastosowanie, jest np. art. 644 k.c., przewidujący możliwość odstąpienia od umowy o dzieło przez zamawiającego. W dalszej kolejności należy rozważyć zastosowanie przepisów dotyczących innych typów umów (np. umowy sprzedaży, umowy przechowania, umowy najmu, umowy użyczenia). Zastosowanie znajdują następnie przepisy kodeksu cywilnego części ogólnej zobowiązań oraz przepisy kodeksu cywilnego o umowach w ogólności. Do umowy tej stosować należy także przepisy dotyczące ochrony konsumentów, ale tylko wtedy – jak już wskazano – gdy klient jest konsumentem w rozumieniu tych regulacji.

⁷⁴ Zob. uzasadnienie uchwały SN z 26 września 1969 r., III CZP 8/69, OSNC 1970, nr 6, poz. 97.

Odpowiedzialność organizatora turystyki za szkodę niemajątkową powstałą na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną

1. Uwagi wstępne

Zagadnienie odpowiedzialności organizatora turystyki za szkody niemajątkowe powstałe na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną nie znalazło szerszego opracowania w polskiej doktrynie. W przedmiotowym temacie ukazało się jednakże kilka artykułów, których zakres zawęży się do kwestii odpowiedzialności za zmarnowany urlop, jak i kilka publikacji, przedmiotem których jest szerszy aspekt analizy – dopuszczalność naprawienia szkody niemajątkowej na gruncie odpowiedzialności kontraktowej. Faktem bezspornym pozostaje, iż przedmiotowa tematyka jest niezmiernie istotna z uwagi na coraz częściej¹ zawierane umowy o imprezę turystyczną, a co za tym idzie ze względu na różnorodne postacie braku wykonania umowy czy też nienależytego wywiązania się przez organizatora turystyki ze spoczywających na nim zobowiązań umownych. Zasadniczo i bezspornie w razie zaistnienia szkody po stronie klienta biura podróży będzie mowa o odpowiedzialności kontraktowej za szkody majątkowe. Jednakże niewykonanie czy też nienależyte wykonanie umowy może rodzić również szkodę o charakterze niemajątkowym, zwaną powszechnie w doktrynie „krzywdą”. Pojawia się zatem pytanie o podstawę odpowiedzialności za taką szkodę. Oczywiście jest, iż zadośćuczynienia za szkodę o charakterze niemajątkowym można dochodzić w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego o odpowiedzialności deliktowej – art. 445 i art. 448. Z drugiej jednak strony znacznie łatwiej klientowi biura podróży byłoby dochodzić zadośćuczynienia za krzywdę w ramach łączącej go z organizatorem turystyki umowy o imprezę turystyczną² – tyle, że w takim wypadku brakuje podstawy prawnej, która dawałaby taką możliwość. W konsekwencji pojawia się wiele rozbieżnych stanowisk. Przedmiotem artykułu będzie w związku z powyższym przedstawienie aktualnego reżimu odpowiedzialności kontraktowej organizatora turystyki oraz próba zaproponowania rozwiązań *de lege ferenda* celem umożliwienia klientowi biura podróży

* Ilona Kuska-Żak – doktorantka w Katedrze Prawa Gospodarczego Prywatnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ Pojawił się w literaturze pogląd o „komercjalizacji” czasu wolnego spędzanego w ramach umowy o imprezę turystyczną – por. M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku polegającego na utraconej przyjemności z podróży*, KPP 2005, z. 2, s. 366.

² W ramach odpowiedzialności kontraktowej to organizator turystyki winien udowodnić, iż należyście wykonał zobowiązanie, co rodzi istotne ułatwienia dowodowe po stronie klienta biura podróży. Dodatkowo odpowiedzialność organizatora według art. 11a u.u.t. opiera się na zasadzie ryzyka. W ramach reżimu deliktowego znacznie trudniej dowodowo klientowi uzasadnić swe roszczenie o zadośćuczynienie, to na nim spoczywa *onus probandi* wykazania wyrządzonej mu krzywdy na skutek zawinionego działania organizatora turystyki. Jednocześnie organizator turystyki mógłby w stosunkowo prosty sposób ekskulpować się w przypadku, gdy posługuje się on osobami trzecimi w realizacji swych obowiązków wynikających z umowy.

najskuteczniejszego dochodzenia naprawienia pełnej szkody wyrządzonej mu przez organizatora na skutek niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy. Aktualnie w polskim prawie cywilnym brak jest jakiegokolwiek regulacji odpowiedzialności organizatora turystyki za szkody niemajątkowe powstałe na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną, co rodzi częstokroć bardzo rozbieżną praktykę orzecniczą.

Niewątpliwie aktualny stan prawny pozostaje również w sprzeczności z wymogami należytej implementacji dyrektywy nr 90/314/EWG z 13 czerwca 1990 w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek³ (cyt. dalej jako: dyrektywa 90/314). Omawianego problemu dotyczy wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) z 12 marca 2002 r. w sprawie *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH and Co*⁴. Przedmiotem tego orzeczenia była wykładnia art. 5 dyrektywy 90/314, który dotyczy odpowiedzialności organizatora i/lub punktu sprzedaży detalicznej wobec konsumenta za właściwe wykonanie zobowiązań wynikających z umowy. Stan faktyczny (w uproszczeniu) przedstawiał się następująco. Małoletnia Simone Leitner podczas wakacji spędzanych z rodzicami w Turcji zaraziła się wirusem salmonelli, obecnym w posiłkach serwowanych w hotelu. Choroba trwała przez znaczną część urlopu, dodatkowo rodzice ponieśli koszty związane z leczeniem dziewczynki. W konsekwencji rodzice wystąpili w imieniu córki z roszczeniem odszkodowawczym, w tym również domagali się naprawienia szkody o charakterze niemajątkowym (z uwagi na utratę przyjemności, jakiej oczekiwali w związku z wypoczynkiem wakacyjnym). Sąd pierwszej instancji oddalił powództwo w części obejmującej szkodę niemajątkową w uzasadnieniu podkreślając, iż nie znalazł w prawie austriackim wyraźniej podstawy dla zasądzenia przedmiotowego roszczenia. W ramach rozpoznawania sprawy w toku instancji sąd krajowy zadał pytanie do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) o wykładnię art. 5 dyrektywy 90/314. ETS w uzasadnieniu przedmiotowego orzeczenia jednoznacznie stwierdził, iż w pojęciu „szkoda inna niż szkoda na osobie” mieści się szkoda niemajątkowa, polegająca na utracie przyjemności z podróży. Na taką właśnie szeroką interpretację pośrednio pozwala brzmienie art. 5 (2) dyrektywy 90/314. Orzeczenie to ma zatem niezwykle istotne znaczenie w zakresie wykładni tego przepisu. Jednoznacznie bowiem obejmuje zakresem tego artykułu również szkodę niemajątkową, co często stoi w sprzeczności z rozwiązaniami przyjętymi w systemach narodowych poszczególnych państw członkowskich.

Przed analizą polskiego stanu prawnego warto zarysować regulację przedmiotowej problematyki w innych systemach prawnych, zwłaszcza z uwagi na fakt, iż mogą one stanowić przykład proponowanych rozwiązań dla ustawodawcy polskiego.

³ Dz. Urz. WE L 158 z 23 czerwca 1990 r.

⁴ Por. orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH and Co*, wyrok z 12 marca 2002 r., C-168/00, Zb. Orz. 2002, s. I-2631.

2. Rozwiązania przyjęte w ustawodawstwach europejskich

2.1. Prawo romańskie

W prawie francuskim bardzo szeroko dopuszczalne jest kompensowanie krzywdy – zarówno w ramach odpowiedzialności deliktowej jak i kontraktowej. Według poglądu powszechnie prezentowanego w doktrynie i orzecznictwie, pozamajątkowy interes poszkodowanego nie powinien stanowić bariery dla kompensacji pomimo trudności dowodowych oraz trudności w oszacowaniu poniesionej szkody. Zasadniczo zatem w prawie francuskim te same zasady regulują naprawienie szkody niemajątkowej w reżimie odpowiedzialności kontraktowej jak i deliktowej. Orzecznictwo w tym przedmiocie jest niezmiernie bogate – w ramach tematyki objętej zakresem artykułu warto wskazać na liczne orzeczenia, które przyznają zadośćuczynienie w przypadku szkody niemajątkowej polegającej na „zawodzie”, czy „rozczarowaniu”, wynikającym z „oczekiwania” wytworzonego przez kontrahenta⁵. Jednakże przy tak szerokiej przesłance dochodzenia odpowiedzialności istnieje duże ryzyko zgłaszania licznych roszczeń klientów, którzy domagają się zadośćuczynienia za szkodę wyrządzoną przez organizatora turystyki, polegającą na różnicy między realiami świadczenia a wyobrażeniem, jakie powstało po stronie klienta na podstawie katalogów i innych informacji (zapewnień) organizatora turystyki. Na stosowaną przez sądy francuskie szeroką wykładnię pozwala art. 1382 francuskiego k.c., którego brzmienie zachowane zostało w projekcie prawa zobowiązań autorstwa P. Catala⁶.

Pozostałe ustawodawstwa romańskie, przykładowo ustawodawstwo belgijskie, hiszpańskie i portugalskie, podobnie szeroko zakreślają odpowiedzialność za szkodę niemajątkową, przy czym zasadniczo zadośćuczynienie jest zasądzone w przypadku zaistnienia uszkodzenia ciała czy spowodowania rozstroju zdrowia na skutek niewykonania czy nienależytego wykonania umowy przez organizatora turystyki⁷.

2.2. Systemy germańskie

W prawie niemieckim odpowiedzialność za szkodę niemajątkową na skutek niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy przez organizatora podróży jest uznawana w stosunkowo wąskim zakresie - tylko wtedy, gdy niewykonanie/nienależyte wykonanie zobowiązania narusza konkretnie określone dobro osobiste lub zadośćuczynienie za krzywdę jest jedynym środkiem rekompensaty za skutki istotnego naruszenia bardziej ogólnie określonego dobra osobistego⁸. Nie ma zatem podstawy prawnej, która pozwalałaby - jak podnosi R. Trzaskowski – „żądać za-

⁵ „Prejudice de deception dans la situation para-contractuelle”.

⁶ M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne za zmarnowany urlop podczas wycieczki turystycznej*, PiP 2002, z. 10, s. 74 wraz z omówionym tam orzecznictwem oraz M. Safjan, *Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu*, [w:] *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, red. M. Pyziak-Szafnicka, Kraków 2004, s. 357. Projekt nowelizacji francuskiego kodeksu cywilnego w zakresie prawa zobowiązań znajduje się na stronie: <http://www.henricapitant.org/>.

⁷ M. Safjan, *Naprawienie krzywdy...*, s. 364.

⁸ R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie za krzywdę związaną z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania*, PS 2006, nr 5, s. 22.

dośćuczynienia w przypadku zawiedzionych oczekiwań związanych z niewykonaniem/nienależytym wykonaniem zobowiązania”⁹. W 2002 r. wprowadzono do niemieckiego kodeksu cywilnego (cyt dalej jako: BGB¹⁰) §253 ust. 2. Dopuszcza on zasądzenie zadośćuczynienia nie tylko w ramach odpowiedzialności deliktowej, ale i w ramach odpowiedzialności kontraktowej. Zauważyć należy, iż przedmiotowy paragraf usytuowany jest w części ogólnej zobowiązań. Natomiast zadośćuczynienie winno wiązać się ze szkodą na osobie. Dodatkowo wskazać należy na §651f BGB, który daje możliwość klientowi biura podróży (konsumentowi) dochodzenia odszkodowania za nieudany urlop, jeśli z poważnych powodów leżących po stronie organizatora podróży doszło do nienależytego wykonania zobowiązania.

Analogiczne rozwiązanie przyjęte zostało w prawie szwajcarskim. Zadośćuczynienie za szkodę na osobie jest tam rozumiane jednak wężiej – obejmuje tylko dwa pierwsze przypadki (art. 47 ust. 1 oraz art. 99 ust. 3 szwajcarskiego prawa zobowiązań¹¹). Dopuszczalność zadośćuczynienia za zmarnowany urlop przyjmuje również orzecznictwo niemieckie – opierając się na art. 651f ust. 1 BGB – założeniem jest, iż organizator poprzez naruszenie umowy doprowadził do udaremnienia/istotnego pogorszenia podróży.

Warto wskazać, iż w austriackim kodeksie cywilnym §1325 ABGB [niem. das Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch] dopuszcza przyznanie zadośćuczynienia zarówno w przypadku odpowiedzialności deliktowej jak i kontraktowej – aczkolwiek tylko w przypadku pewnego rodzaju krzywd – takich jak cierpienie czy ból.

2.3. *Common law*

W prawie angielskim zadośćuczynienie związane jest przede wszystkim ze szkodą niemajątkową w postaci cierpienia wynikłego z uszkodzenia ciała. Zasadniczo prawo angielskie nie przewiduje zadośćuczynienia za szkodę moralną/cierpienia psychiczne w ramach odpowiedzialności kontraktowej, chyba że celem umowy było dostarczenie satysfakcji psychicznej, ewentualnie kiedy cierpienie psychiczne jest następstwem fizycznej niewygody¹². Podobnie naruszenie umowy (*breach of contract*) nie daje podstaw sędziemu do zasądzenia zadośćuczynienia za szkodę majątkową z wyjątkiem sytuacji, gdy chodzi o szkodę w postaci niepokoju, dyskomfortu, niedogodności itp., które turysta odczuwa podczas realizacji imprezy turystycznej w której uczestniczy, a której nie powinien był odczuwać z uwagi na przeciwny jej cel. Wskazać przy tym należy, iż roszczenie o zadośćuczynienie nie ma w *common law* odrębnego charakteru, bowiem naprawienie szkody niemajątkowej sędzia winien uwzględnić rozstrzygając o wymiarze szkody majątkowej, jaka winna zostać naprawiona¹³.

⁹ R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie za krzywdę...*, s. 22.

¹⁰ Tekst: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html.

¹¹ Ustawodawstwo szwajcarskie dostępne jest na stronie: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/index.html>.

¹² R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie za krzywdę...*, s. 23; M. Safjan, *Naprawienie krzywdy...*, s. 359.

¹³ M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne...*, s. 75.

3. Zagadnienia ogólne w zakresie odpowiedzialności organizatora turystyki za szkody niemajątkowe

3.1. Aktualne źródła regulacji w zakresie odpowiedzialności organizatora turystyki za szkody niemajątkowe

Podstawowym aktem prawnym dla polskiego prawa turystycznego jest ustawa z 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych¹⁴ (cyt. dalej jako: u.u.t.). W zakresie tematyki niniejszego artykułu trudno doszukiwać się rozstrzygającej *explicite* regulacji zawartej w u.u.t. Zatem zasadniczo zastosowanie znajdzie art. 11 u.u.t., który zawiera ogólne odesłanie do ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - kodeks cywilny (cyt. dalej jako: k.c.)¹⁵ w zakresie nią nie uregulowanym, choć oczywiście w oparciu o różnorodne próby wykładni przepisów ustawy budowane są poszczególne koncepcje w doktrynie – zarówno w oparciu o k.c. jak i w oparciu o przepisy u.u.t. Podkreślić należy, iż ustawa o usługach turystycznych statuuje zasadę odpowiedzialności kontraktowej organizatora turystyki za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o świadczenie usług turystycznych (art. 11a u.u.t.). Zgodnie z brzmieniem przepisów u.u.t. organizator turystyki może uwolnić się od odpowiedzialności wykazując, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest skutkiem działania lub zaniechania klienta, działania lub zaniechania osób trzecich nieuczestniczących w wykonywaniu usług przewidzianych w umowie (jeżeli tych działań lub zaniechań nie można było przewidzieć ani uniknąć) albo skutkiem siły wyższej¹⁶. Ponadto należy zauważyć, iż umowa o imprezę turystyczną jest umową mieszaną, konsensualną, dwustronnie zobowiązującą i odpłatną¹⁷. W konsekwencji – do umowy o imprezę turystyczną stosować należy art. 471 i n. k.c. w zakresie regulacji skutków nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązań oraz art. 487 i n. k.c. w zakresie regulacji dotyczących umów wzajemnych.

Brak odpowiedniej regulacji prawnej w zakresie odpowiedzialności organizatora turystyki za szkodę niemajątkową wywołaną niewykonaniem/nienależytym wykonaniem umowy rodzić może wiele problemów, ponieważ na Rzeczypospolitej Polskiej spoczywa obowiązek implementacji prawa unijnego. Jak już wskazano, w dyrektywie 90/314 ustawodawca europejski pośrednio – poprzez bardzo szerokie zakreślenie treści art. 5, przewidział podstawę dla dochodzenia odpowiedzialności organizatora turystyki za szkody niemajątkowe powstałe na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną, mimo iż treść przedmiotowego artykułu *explicite* nie wskazuje, iż odpowiedzialność odszkodowawcza obejmuje również szkodę niemajątkową. Jednakże Europejski Trybunał Sprawiedliwości dokonując jego szczegółowej wykładni we wskazanym na wstępie orzeczeniu jednoznacznie

¹⁴ T. jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 223 poz. 2268 ze zm.

¹⁵ Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.

¹⁶ Wyłączenie odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, w przypadkach wymienionych w ust. 1, nie zwalnia organizatora turystyki od obowiązku udzielenia w czasie trwania imprezy turystycznej pomocy poszkodowanemu klientowi.

¹⁷ M. Nesterowicz, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2004, s. 777 i n.

przesądził, iż „pojęcie szkody jest użyte w dyrektywie bez ograniczeń i nie jest możliwe restryktywne interpretowanie ogólnego pojęcia szkody przez wykluczenie szkody niemajątkowej”. Dyrektywa 90/314 statuuje pewien minimalny poziom ochrony, jaki swym klientom winien zapewnić organizator turystyki. Do systemu prawa polskiego dyrektywa 90/314 implementowana została mocą przepisów ustawy o usługach turystycznych. Problematycznym jednakże wciąż pozostaje, czy implementacja nastąpiła w pełnym zakresie, zwłaszcza w świetle przeczenia ETS w sprawie Simone Leitner.

3.2. Zadośćuczynienie za doznaną krzywdę jako forma „odszkodowania”

Jak podnosi część przedstawicieli literatury przedmiotu¹⁸, wąska możliwość kompensacji uszczerbków o charakterze niemajątkowym w pewien sposób pozostaje w sprzeczności z generalną dyrektywą o pełnej kompensacji szkody w polskim prawie cywilnym. Jednakowoż nie zmienia to faktu, iż zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, od lat utrwalone jest stanowisko, według którego art. 361 §2 k.c. nie obejmuje swym zakresem szkody niemajątkowej, w konsekwencji nie ma zasady pełnego odszkodowania w tym zakresie – każdorazowo zatem konieczna jest wyrażona podstawa prawna dla zasądzenia zadośćuczynienia. Obecnie jest to pogląd dominujący, choć w swej treści zdecydowanie niekorzystny dla pełnej ochrony interesów klienta biura podróży. Ponadto podnosi się również, iż zadośćuczynienie związane jest z reżimem deliktowym, a nie kontraktowym. Do takich wniosków można dojść poprzez stosowanie wykładni systemowej art. 445 i 448 k.c., które umieszczone zostały przez ustawodawcę pośród regulacji dotyczącej odpowiedzialności deliktowej. Nie ma takiego odpowiednika pośród regulacji odpowiedzialności kontraktowej. Nie ma również ogólnego przepisu dotyczącego zadośćuczynienia wśród przepisów ogólnych o odpowiedzialności. Podobne wnioski pozwala wysunąć również wykładnia historyczna. Artykuł 242 kodeksu zobowiązań¹⁹ nadawał znacznie szerszy zakres instytucji zadośćuczynienia. Przepis ten usytuowany był pośród regulacji ogólnych, mógł więc znaleźć zastosowanie zarówno w odniesieniu do reżimu deliktowego jak i w drodze „odpowiedniego” zastosowania – do reżimu kontraktowego²⁰. *A contrario* stwierdzić należy, iż *de lege lata* zamysłem ustawodawcy było związanie zadośćuczynienia jako formy odszkodowania tylko i wyłącznie z reżimem deliktowym. Dodatkowo wskazać należy, iż kodeks cywilny nazwy „zadośćuczynienie” używa tylko w następujących artykułach kodeksu cywilnego: art. 445, 448 oraz 417², a pośrednio w art. 24 k.c. oraz art. 819 k.c. Zadośćuczynienie zwykle łączone jest z pojęciem krzywdy, czyli szkody niemajątkowej. W art. 445 k.c. na określenie szkody pojawia się pojęcie krzywdy. Z kolei pojęcie szkody stosowane w kodeksie cywil-

¹⁸ Por. R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie za...*, s. 32 i n.; M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 361 i n.; M. Safjan, *Naprawienie krzywdy...*, s. 356.

¹⁹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. (Dz. U. z 1933 r., Nr 82 poz. 598 ze zm.). Według jego art. 242 „Odszkodowanie określa się według postanowień umowy lub szczególnych przepisów ustawy; w braku tychże stosuje się odpowiednio przepisy o naprawieniu szkody, wyrządzonej czynem niedozwolonym”.

²⁰ Por. szerzej R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie za...*, s. 24 i n.

nym i innych aktach prawnych obejmuje nie tylko szkodę majątkową, ale i szkodę niemajątkową – jest zatem pojęciem szerszym.

W doktrynie rozpatrywana jest możliwość dochodzenia odpowiedzialności za szkodę niemajątkową w ramach reżimu odpowiedzialności *ex contractu*. Ponadto pojawia się pytanie o zakres takiej odpowiedzialności, jeśli w ogóle ją dopuszczać. Argumentem podstawowym wysuwany w literaturze²¹ jest niezasadne różnicowanie reżimów odpowiedzialności *ex contractu* i *ex delicto*, które szerzej rysują ochronę poszkodowanego w ramach reżimu odpowiedzialności deliktowej niż w ramach odszkodowania kontraktowego za niewykonanie czy też nienależyte wykonanie umowy. Jednakże, nawet jeśli doktryna dopuszcza dochodzenie zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową w ramach odpowiedzialności *ex contractu* – na gruncie aktualnego stanu prawnego zawsze będzie musiała być ona realizowana w związku z naruszeniem konkretnego dobra osobistego – odpowiednie zastosowanie znalazłyby zatem art. 445 i 448 k.c.²². Jednocześnie konstruowane są różnorodne modele wykładni przepisów dotyczących odpowiedzialności kontraktowej, które pozwalają zasądzić zadośćuczynienie za krzywdę wyrządzoną niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez organizatora turystyki.

4. Cechy odpowiedzialności powstałej na skutek niewykonania/nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną

4.1. Charakter, przesłanki, rodzaj oraz zasady odpowiedzialności

Klient może oczywiście jednocześnie dochodzić naprawienia wyrządzonej mu przez biuro podróży szkody na gruncie odpowiedzialności kontraktowej oraz deliktowej – jeśli działania organizatora turystyki noszą znamiona deliktu i pozwalają na domaganie się zadośćuczynienia za wyrządzoną krzywdę. Prawo polskie dopuszcza jednoczesne dochodzenie odszkodowania z tych dwóch podstaw w razie zbiegu odpowiedzialności na podstawie art. 443 k.c.²³. Jednakże postuluje się w literaturze również zawężenie art. 443 k.c. dotyczącego zbiegu roszczeń tylko i wyłącznie do szkody majątkowej – bo tylko w taki sposób uniknie się „mieszanego” charakteru roszczenia – kontraktowego w zakresie szkody majątkowej i deliktowego w zakresie szkody niemajątkowej – o czym mowa niżej.

Przesłankami odpowiedzialności kontraktowej z tytułu niewykonania/nienależytego wykonania umowy są: zaistnienie szkody po stronie klienta (osoby bliskiej poszkodowanej na skutek śmierci klienta), niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy przez organizatora podróży oraz związek przyczynowy pomiędzy tymi dwoma przesłankami. Normalny związek przyczynowy pomiędzy szkodą i nienależytym/niewykonaniem umowy limituje zakres odpowiedzialności organizatora turystyki. Artykuł 11a u.u.t. statuuje „obiektywną” odpowiedzialność organizatora turystyki, niezależną od jego winy, z enumeratywnie wskazanymi przesłankami egzoneracyjnymi, na które organizator może się powołać celem wyłączenia swej od-

²¹ M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 362; M. Safjan, *Naprawienie krzywdy...*, s. 266.

²² M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 372.

²³ Por. E. Łętowska, *Zbieg norm w prawie cywilnym*, Warszawa 2002, s. 94.

powiedzialności. Natomiast to klienta biura podróży obciąża ciężar udowodnienia szkody, jej wysokości oraz normalnego związku przyczynowego (art. 361 k.c.). Przesłanki odpowiedzialności organizatora turystyki z tytułu niewykonania/nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną są więc zaostrzone w stosunku do ogólnych przesłanek odpowiedzialności kontraktowej według art. 471 i n. k.c.

4.2. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o imprezę turystyczną

Jak słusznie wskazuje M. Nesterowicz, najważniejszym świadczeniem ze strony biura podróży jest realizacja ustalonego programu wycieczki, na które składa się realizacja szeregu poszczególnych zobowiązań (rezerwacje, przewóz, obsługa pilota itp.)²⁴.

Zatem na czym polega niewykonanie czy też nienależyte wykonanie przez organizatora imprezy turystycznej umowy? Licznych przykładów dostarcza praktyka – przewóz środkiem transportu o niższym standardzie niż oferowany, suchy prowiant zamiast ciepłego posiłku, posiłek serwowany w miejsce bufetu, pokój z widokiem na podwórko zamiast z widokiem na morze, remont klimatyzacji, podczas gdy klient zapłacił za klimatyzację w standardzie, niewłaściwa organizacja wycieczki, przez co podróżni spóźnili się na daną imprezę lub jej w ogóle nie zobaczyli, 200 m od morza licząc „na przestrzał”, podczas gdy rzeczywista droga dojścia do morza to około 1 km itp. – przykłady można mnożyć. Oczywistym jest, iż szkoda powstała na skutek powyższych przykładów ma wymierny charakter majątkowy, z drugiej jednak strony często powoduje jednocześnie zmęczenie, rozczarowanie itp. po stronie klienta, co nosi ewidentne znamiona szkody niemajątkowej. Istotnym jest, że klient spędził urlop nie tak, jak sobie wyobrażał, głównie na tym polega jego krzywda.

4.3. Szkada majątkowa czy niemajątkowa?

Znaczne trudności na gruncie umowy o imprezę turystyczną stwarza ustalenie wysokości szkody. Zgodnie z ogólną regułą prawa cywilnego szkoda obejmuje poniesione straty (*damnum emergens*), które w umowie o imprezę turystyczną występują w postaci ceny wycieczki, nakładów, różnorodnych wydatków oraz rzadziej – utracone korzyści (*lucrum cessans*). Wyróżnia się również szkodę na osobie oraz szkodę na mieniu. Zasadniczo na gruncie umowy o imprezę turystyczną przez szkodę należy w szczególności rozumieć nieotrzymanie niektórych świadczeń bądź otrzymanie świadczeń niższej jakości²⁵. W doktrynie podnosi się, iż nie jest łatwo ustalić wysokość szkody, przykładowo nie stanowi miernika wysokości szkody cena biletu za wstęp do nie zwiedzonego przez turystów obiektu (o tyle były niższe koszty biura podróży) – choć są i takie poglądy, aby w ten sposób stricte „majątkowy” przede wszystkim dążyć do określenia wysokości szkody. Z kolei klienci częstokroć domagają się zwrotu całej zapłaconej ceny wycieczki, bowiem podkreślają, iż na skutek nienależytej realizacji obowiązków organizatora turystyki cała impreza utraciła dla nich jakąkolwiek wartość. Również i to stanowisko – mimo że częściowo zasadne –

²⁴ M. Nesterowicz, *System prawa...*, s. 778-779.

²⁵ M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne*, Bydgoszcz 2003, s. 56.

nie stanowi idealnego rozwiązania dla ustalenia wysokości poniesionej przez klienta szkody. Rozmiarem szkody jest raczej stosunek waloru utraconej części świadczenia do waloru całego świadczenia - co oczywiście rodzi problemy w należyтым ustaleniu wysokości szkody²⁶. Nie wypracowano dotąd ani w praktyce orzeczniczej, ani w praktyce rozpatrywania reklamacji przez organizatorów turystyki, jednolitych zasad w zakresie przyznawania odszkodowanie oraz ustalania jego wysokości. Zasadniczo jednak orzecznictwo w zakresie ustalania wysokości szkody, jej miarkowania, oddaje teza orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10 czerwca 2005 r.²⁷: „jeżeli ustalenie konkretnej wartości wadliwych dóbr i usług nie jest możliwe, właściwym sposobem wyliczenia szkody będzie stosunek waloru tej części świadczeń do całości przy uwzględnieniu skutków jakie niewłaściwe wykonanie umowy wywołało w sytuacji majątkowej i życiowej uprawnionych”. Pewnym praktycznym ułatwieniem jest „tabela frankfurcka” przyjęta przez Izbę Cywilną LG Frankfurt²⁸, aczkolwiek jest to rozwiązanie prawa niemieckiego, które nie zostało adaptowane na grunt prawa polskiego, stosowane jest jednakże w praktyce polskich biur podróży. Nie zmienia to jednak faktu, iż powoływać się na nią można tylko posiłkowo, nie wiąże ona bowiem polskich sądów orzekających w sprawach odszkodowania. Analizując szkodę zaistniałą po stronie klienta na skutek niewykonania czy nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną pojawia się wątpliwość, co należy kwalifikować do pojęcia szkody – czy szkodę o charakterze majątkowym czy też również uszczerbek o charakterze niemajątkowym. Nie ma bowiem jednolitej definicji czy to ustawowej, czy też doktrynalnej bądź wypracowanej przez orzecznictwo w zakresie uszczerbku polegającego na utraconej przyjemności z podróży (utracony wypoczynek, zmarnowany urlop, utracona przyjemność z urlopu). Oczywiście pozostaje, iż w przypadku dochodzenia przez klienta biura podróży naprawienia wyrządzonej mu szkody, w pierwszym rzędzie pojawi się szkoda o charakterze majątkowym. Pod tym pojęciem należy rozumieć konkretny uszczerbek w sferze majątkowej klienta. Jednocześnie jednak coraz częściej klienci obok szkody majątkowej wykazują po swej stronie krzywdę o charakterze niemajątkowym, twierdząc, iż na skutek niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy przez organizatora turystyki zmarnowany został ich urlop, czyli ich wolny czas, na który z ogromnym utęsknieniem czekali cały rok, przez co stali się mniej wydajni w pracy, osiągnęli mniejsze efekty, nie wypoczęli w należyty oczekiwany sposób itd.

Podmiotem dóbr, w sferze których wystąpić winna szkoda jest klient biura podróży. Jest to ujęcie szersze wobec poglądu prezentowanego przez M. Nesterowicza, który wskazuje tylko na uczestnika wycieczki lub osoby mu bliskie²⁹. Jednakże wypada stwierdzić, iż potencjalnie szkoda o charakterze niemajątkowym może zaistnieć jeszcze zanim klient biura podróży stanie się uczestnikiem wycieczki, opowiadając się tym samym za szerokim zakreślaniem kręgu uczestników imprezy turystycznej³⁰.

²⁶ M. Nesterowicz, *System prawa...*, s. 780.

²⁷ I ACa 941/2004, LexPolonica nr 379684.

²⁸ E. H. Kwaśniewska, *Umowa o podróż w prawie niemieckim*, Toruń 2002, s. 28 i n.

²⁹ Por. M. Nesterowicz, *System prawa...*, s. 779.

³⁰ Podobnie P. Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną w polskim prawie cywilnym*, Kraków 2007, niepubl. rozprawa doktorska, s. 301.

Szkoda może być szkodą na osobie, uszkodzeniem ciała, rozstrojem zdrowia czy też szkodą na mieniu turysty. Ta ostatnia jest chyba najłatwiejsza do „oszacowania”. Z kolei szkoda na skutek pogorszenia jakości pobytu rodzi już większe trudności w zakresie jej „wycenienia”. W doktrynie prezentowany jest pogląd, iż szkoda niemajątkowa polega głównie na zmarnowaniu wolnego czasu, co jest już możliwe do wymiernego ustalenia³¹. Większość przedstawicieli doktryny stoi na stanowisku, iż szkoda powinna być pojęciem szeroko definiowanym – jako szkoda o charakterze majątkowym i niemajątkowym³². Szkoda niemajątkowa zwykle definiowana jest w sposób negatywny – jako uszczerbek o takim charakterze, który nie znajduje odzwierciedlenia w majątku pokrzywdzonego. Zatem nie jest to szkoda „mierzalna” w pieniądzu, w konsekwencji zadośćuczynienie jest ocenne w zakresie swej wysokości. Oczywiście pozostaje, iż zwykle jedno zdarzenie – przykładowo nienależyte wykonanie umowy przez biuro podróży – rodzić może powstanie nie tylko szkody o charakterze majątkowym, ale i niemajątkowym. Zasadniczo jednakże doktryna klasyfikuje w kategoriach szkody niemajątkowej odpowiedzialność za utracony wypoczynek czy też zmniejszoną atrakcyjność wycieczki podnosząc brak zmiany w majątku poszkodowanego (trudno jednoznacznie wskazać, na czym polega szkoda majątkowa oraz jaka jest jej wysokość) oraz szkodę polegającą na braku korelacji między oczekiwaniami klienta a zaoferowanym świadczeniem³³. Istotnym jest także wykazanie na czym polega szkoda w przypadku zmarnowanego urlopu – stracony czas da się przeliczyć na pieniądze – rozczarowanie, zmęczenie już nie. Wysuwane są poglądy, by szkodę za zmarnowany urlop rozpatrywać w kategorii szkody majątkowej, w ramach której uwzględnić należy także utratę przyjemności i określić, jaką część całego świadczenia ona stanowiła. Często utracona przyjemność z odbytej podróży kwalifikowana jest jako szkoda majątkowa, głównie z uwagi na fakt, iż jej dochodzenie jest łatwiejsze, a i wymiar bardziej oczywisty do ustalenia. Na takim stanowisku stoi część doktryny argumentując, iż umowa o podróż ma charakter pakietowy, zatem brak realizacji części świadczeń wchodzących w skład pakietu ma konkretną wartość majątkową i stanowi aktyw w majątku klienta. Pogląd ten jest krytykowany³⁴ z uwagi na fakt, iż nie sposób „wyceniać” krzywdy uwzględniając tylko i wyłącznie poszczególne niezrealizowane świadczenia. Zwłaszcza, iż sama podróż ma pewną globalną wartość, której nie można rozbijać na odrębne świadczenia. Oczywiście warunkiem *sine qua non* takiej odpowiedzialności jest nienależyte wykonanie lub brak wykonania umowy przez biuro podróży.

4.4. Odpowiedzialność organizatora turystyki za szkody niemajątkowe powstałe na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną

Z uwagi na fakt, iż zadośćuczynienie pieniężne może być przyznane w prawie polskim tylko w wypadkach, w których ustawodawca wyraźnie to przewidział, a za-

³¹ Por. J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop w prawie polskim*, KPP 2005, z. 2, s. 309.

³² Por. J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop...*, s. 312.

³³ M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 364 i n.

³⁴ Por. M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 364 i n.

równy w ustawie o usługach turystycznych jak i w kodeksie cywilnym nie ma takiego przepisu – doktryna próbuje się w drodze wykładni wyprowadzić wniosek dopuszczający zasądzenie zadośćuczynienia pieniężnego także w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną bądź przez założenie, iż zmarnowany urlop daje podstawę do wysuwania roszczenia o odszkodowanie za zaistniałą szkodę majątkową, bądź przez odpowiednią interpretację art. 471 k.c., art. 11a u.u.t., art. 16a u.u.t. lub też art. 448 k.c.

4.5. Odpowiedzialność deliktowa, kontraktowa czy deliktowo - kontraktowa?

Fundamentalne znaczenie ma ustalenie czy roszczenie o zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową ma charakter majątkowy, niemajątkowy czy też – jak chcą niektórzy przedstawiciele doktryny³⁵ – charakter mieszany. Należy podkreślić, iż w literaturze i orzecznictwie panuje rozbieżność w przedmiotowej kwestii. W orzeczeniu SN z dnia 28 marca 1968 r.³⁶, sąd przyjął koncepcję roszczenia mieszanego, deliktowo-kontraktowego. W konsekwencji to z odpowiedzialności kontraktowej wywodzi się obowiązek naprawienia szkody, natomiast już zakres tego obowiązku – z odpowiedzialności deliktowej. Koncepcja ta jest jednakże krytykowana w literaturze³⁷ z uwagi na fakt, iż w k.c. nie ma odpowiednika poprzedniego art. 242 kodeksu zobowiązań, a ponadto art. 445 i 448 k.c. zostały zawarte w części kodeksu poświęconej deliktom – zatem możliwość dochodzenia naprawienia krzywdy w ramach odpowiedzialności kontraktowej nie występuje. Podobne stanowisko zajął SN w 1986 r., przy czym dodał, iż dochodzenie zadośćuczynienia jest możliwe w ramach odpowiedzialności kontaktowej tylko w przypadku, gdy umowa zawierała klauzulę, że organizator podróży pokrywa szkodę wynikłą z uszkodzenia ciała czy rozstroju zdrowia niezależnie od tego czy jest to szkodą majątkową czy niemajątkową³⁸. Oczywiście dopuszczalny jest zbieg odpowiedzialności i możliwość dochodzenia zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową w oparciu o art. 445 i 448 k.c., ale w takim przypadku działanie organizatora turystyki stanowiące niewykonanie/nienależyte wykonanie umowy musi jednocześnie wyczerpywać znamiona deliktu – zatem winno naruszać powszechnie obowiązujące nakazy/zakazy wynikające z norm prawa czy też z zasad współżycia społecznego³⁹. Orzecznictwo dopuszcza też, iż niewykonanie/nienależyte wykonanie zobowiązania kontraktowego może naruszać zasady współżycia społecznego i stanowić czyn niedozwolony⁴⁰. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na fakt, iż przy takim założeniu dochodzi do zatarcia różnicy pomiędzy normami *inter partes* oraz normami o charakterze powszechnie obowiązującym – bo tylko daleka zbieżność pomiędzy nimi pozwoli stosować do

³⁵ Por. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność kontraktowa i deliktowa (Uwagi de lege ferenda o stosowaniu prawa)*, PiP 1999, z. 1, s. 22-23.

³⁶ I CR 64/68, PUG 1969, nr 4, s. 137

³⁷ Por. R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie za krzywdę ...*, s. 25.

³⁸ Uchwała SN z 25 lutego 1986 r., III CZP 2/86, OSNCP 1987, nr 1, poz. 10.

³⁹ Por. R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie za krzywdę...*, s. 24 i n. wraz ze wskazanym tam orzecznictwem.

⁴⁰ Wyrok SN z 17 grudnia 2004 r., II CK 300/04, OSP 2006, nr 2, poz. 20.

tego samego stanu faktycznego jednocześnie dwa różne reżimy odpowiedzialności⁴¹. Koncepcja roszczenia mieszanego jest stosunkowo szeroko krytykowana – postulat wyraźnego oddzielenia reżimu deliktowego i kontraktowego uzasadnia się obawą przed zalewem roszczeń odszkodowawczych, wzrostem cen świadczeń organizatorów turystyki oraz chaosem. Dodatkowo podkreśla się fakt, iż strony mogą rozszerzyć zakres świadczeń i odpowiedzialność organizatora turystyki w umowie – poprzez odpowiednie postanowienia – przykładowo poprzez zastrzeżenie kar umownych.

Według stanowiska M. Nesterowicza roszczenie o zadośćuczynienie ma zawsze charakter kontraktowy – ponieważ powstaje ono w razie niewykonania/nienależytego wykonania umowy i to jest czynnik przesądający o reżimie odpowiedzialności. W konsekwencji odpowiedzialność ta oparta jest na zasadzie ryzyka, organizator turystyki może wyłączyć swą odpowiedzialność wykazując, iż niewykonanie/nienależyte wykonanie umowy jest spowodowane wyłącznie działaniem lub zaniechaniem klienta, działaniem lub zaniechaniem osób trzecich, nieuczestniczących w wykonywaniu usług przewidzianych w umowie, jeżeli tych działań lub zaniechań nie można było przewidzieć ani uniknąć lub też z uwagi na niewykonanie/nienależyte wykonanie umowy spowodowane siłą wyższą, bowiem art. 11a u.u.t. jest znacznie bardziej uszczegółowiony niż brzmienie art. 471 k.c. W świetle tej koncepcji trudno jednak wskazać podstawę prawną dla roszczenia o zadośćuczynienie. Wskazany autor zakłada, iż podstawą dla zasądzenia zadośćuczynienia za zmarowany urlop jest art. 471 k.c. w braku odpowiedniej podstawy szczególnej w k.c. i w u.u.t.⁴². Taką też podstawę przyjmuje orzecznictwo, aczkolwiek doktryna pragnie pozostać na stanowisku, które oddziela wyraźnie reżim deliktowy od kontraktowego i zasądzać zadośćuczynienie w ramach zbiegu reżimów odpowiedzialności na podstawie art. 443 k.c.⁴³. Obowiązek naprawienia szkody (majątkowej jak i niemajątkowej) nakłada na Rzeczypospolitą Polską prawo unijne, tymczasem regulacja szczególna *explicite* stanowiąca podstawę prawną dla zasądzenia odszkodowania nie istnieje, co nie znaczy, iż szkoda niemajątkowa może zostać bez odszkodowania. Celem dochodzenia zadośćuczynienia w oparciu o art. 471 k.c. strony mogą również zawrzeć odpowiednią klauzulę w umowie, zgodnie z którą organizator turystyki zobowiąże się do naprawienia szkody niemajątkowej wyrządzonej klientowi na skutek braku realizacji czy też nienależytej realizacji umowy. Jednak takie rozwiązanie pozostaje w praktyce działaniem organizatorów turystyki iluzoryczne z uwagi na fakt, iż umowy o imprezę turystyczną mają charakter adhezyjny i klient nie ma żadnych szans negocjacyjnych. Zwolennicy poglądu dopuszczającego dochodzenie zadośćuczynienia za krzywdę w oparciu o art. 471 k.c. podnoszą, iż w swej treści art. 471 k.c. nie wskazuje o jakiego rodzaju szkodę chodzi. Pozwala to zatem na interpretację, iż art. 471 k.c. obejmuje swym zakresem zarówno szkodę majątkową jak i niemajątkową. Dodatkowo wskazuje się na konieczność „proeuropejskiej” wykładni polskich przepisów. Z drugiej jednak strony literatura wydaje się zasadnie wskazywać, że taka

⁴¹ Por. R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie za krzywdę...*, s. 33.

⁴² M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne...*, s. 77. Tak też orzecznictwo – por. orzeczenie SN z 6 kwietnia 1977 r., IV CR 90/77, OSPiKA 1978, nr 11, poz. 200.

⁴³ Z. Masłowski, *Glosa do wyroku SN z 6 IV 1977 r., IV CR 90/77*, OSPiKA 1978, z. 11, s. 497.

interpretacja byłaby niekonsekwentna, bowiem ten sam przepis raz pozwalałby na dochodzenie zadośćuczynienia (tylko w przypadku umowy o podróż), a w pozostałych przypadkach już nie. W doktrynie zasadniczo jednakże obowiązuje przeciwstawne stanowisko, zgodnie którym art. 471 k.c. nie stanowi podstawy dla dochodzenia zadośćuczynienia⁴⁴.

Stąd próby analogicznej wykładni art. 11a u.u.t., który w swym brzmieniu jest zbliżony do art. 471 k.c. i również nie definiuje w swej treści o jakiego rodzaju szkodę chodzi – majątkową czy niemajątkową. Zatem dopuszczalna byłaby taka wykładnia tegoż przepisu, jaką powyżej zastosowano wobec art. 471 k.c.⁴⁵. Jednak zdecydowanie stwierdzić należy, iż i takie rozwiązania byłoby sprzeczne z k.c. Równie karkołomnym zabiegiem jest podobna wykładnia art. 16a u.u.t., z uwagi na fakt, iż przepis ten ma znacznie węższy zakres – mówi tylko o niewykonaniu umowy, nie o jego nienależyтым wykonaniu, a dodatkowo wyraźnie przepis ten dotyczy odstąpienia przez klienta od umowy i dopiero w takiej sytuacji powstaje możliwość dochodzenia roszczenia statuowanego tym przepisem.

Najbardziej uprawnioną na gruncie polskiego systemu prawa wydaje się konstrukcja roszczenia o charakterze deliktowym, opartym na art. 448 k.c. Jednakże zakłada ona, iż zmarnowany urlop stanowi jednocześnie naruszenie dobra osobistego klienta biura podróży. Oczywistym pozostaje, iż prawo polskie przyjmuje szeroką wykładnię katalogu dóbr osobistych, brak enumeracji pozwala na elastyczne konstruowanie nowych dóbr osobistych podlegających ochronie. Dodatkowo w literaturze pojawiają się poglądy, by wyłączyć ochronę dóbr osobistych z reżimu deliktowego, co pozwoli na ich szerszą ochronę, niezależnie od faktu czy do naruszenia dobra osobistego doszło na skutek deliktu czy też niewykonania umowy. Z drugiej jednak strony podkreślić należy fakt, iż koncepcja dochodzenia odpowiedzialności organizatora imprezy turystycznej za szkodę niemajątkową w oparciu o art. 448 k.c. zdecydowanie ogranicza odpowiedzialność organizatora za osoby trzecie, co na gruncie art. 471 k.c. dopuszcza art. 474 k.c. Ochrona dóbr osobistych w reżimie odpowiedzialności kontraktowej byłaby znacznie szersza. Aktualnie jednak sądy zasądzając zadośćuczynienie jako podstawę rozstrzygnięcia wskazują naruszenie konkretnego dobra osobistego na skutek bezprawnego działania organizatora turystyki, które jest również – na potrzeby zasądzenia odszkodowania za szkodę majątkową – niewykonaniem/nienależyтым wykonaniem umowy. Nie jest to rozwiązanie „czyste” jurystycznie, budzi wiele wątpliwości w praktyce orzeczniczej, powodując nieprzewidywalność rozstrzygnięć dokonywanych przez sąd i ogólną niepewność prawną, co znacznie pogarsza sytuację klienta, który jest konsumentem, zatem stroną słabszą w relacji z biurem podróży. Katalog dóbr osobistych, na które wskazuje praktyka orzecznicza w analizowanych wypadkach jest szeroki i niejednorodny. Przykładowo jako rodzaj naruszonego dobra osobistego klienta w przypadku niewykonania/nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną wskazać można ciszę,

⁴⁴ G. Bieniek, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. I, red. G. Bieniek, Warszawa 2006, s. 585 i n.

⁴⁵ Por. J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop...*, s. 336.

spokój psychiczny, prawo do przebywania w nieskażonym środowisku naturalnym⁴⁶ itp.

Jednakże podkreślić należy, iż zasadniczo w orzecznictwie dochodzi do oddalania tego typu powództw, sądy bowiem stwierdzają, iż nie znajdują dla nich podstawy prawnej⁴⁷. Podstawowym źródłem odpowiedzialności jest bowiem sama umowa o podróż – zatem chodzi o odpowiedzialność o charakterze kontraktowym. Natomiast jeśli jednocześnie naruszenie umowy stanowi delikt, bowiem narusza normy o ogólnym charakterze – jest to odpowiedzialność deliktowa, natomiast są to dwa rozłączne reżimy odpowiedzialności, co utrudnia dowodowo klientowi biura podróży dochodzenie swych praw. Oparcie roszczenia o zadośćuczynienie na konstrukcji deliktowej nie stanowi idealnego rozwiązania, ponieważ organizator turystyki może się zwolnić od odpowiedzialności poprzez art. 429 k.c. czyli wykazując brak winy w wyborze, co nie jest łatwe w ramach odpowiedzialności kontraktowej z uwagi na brzmienie art. 474 k.c., zatem możliwość dochodzenia zadośćuczynienia w ramach odpowiedzialności kontraktowej miałoby duże znaczenie dla poszkodowanego. Przy reżimie deliktowym klient częstokroć (przy skutecznym powołaniu się przez organizatora turystyki na art. 429 k.c.) zobligowany jest dochodzić zadośćuczynienia od podwykonawców zagranicznych, co nastręcza duże trudności nie tylko o charakterze dowodowym. Stąd koncepcja roszczenia mieszanego – o charakterze kontraktowo-deliktowym – wydaje się sensowniejszym rozwiązaniem z uwagi na potrzebę ochrony klienta przy braku koniecznych rozwiązań normatywnych w polskim prawie turystycznym⁴⁸. Roszczenie mieszane w najbardziej optymalnej dla klienta wersji ma zasadniczo charakter kontraktowy, natomiast zasądzenie zadośćuczynienia za krzywdę ma charakter deliktowy, jednakże z wyłączeniem zastosowania art. 429 k.c. Koncepcja ta jest pozytywnie oceniana przez część doktryny, jednakże bardziej zasadnym wydaje się być pogląd przeciwny, zgodnie z którym konstrukcja roszczenia mieszanego ma charakter *contra legem*⁴⁹. Słusznie wskazuje się również, iż dopuszczenie takiego rozwiązania godzi w pewność obrotu.

Z kolei część doktryny, np. E. Łętowska⁵⁰, wskazuje art. 322 k.p.c. jako instrument, który stwarza sędziemu możliwość zasądzenia zadośćuczynienia za krzywdę według swojego uznania w oparciu o rozważenie wszystkich okoliczności sprawy w sytuacji, gdy ścisłe udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione. Można przyjąć, iż jest to swoiste „zryczałtowane odszkodowanie”, którego wysokość ustosunkowana jest do okoliczności sprawy.

5. Zakończenie – uwagi *de lege ferenda*

Wszystkie projekty europejskiego kodeksu cywilnego w części poświęconej odpowiedzialności kontraktowej wprost wskazują, iż wyrządzony *ex contractu* uszczer-

⁴⁶ M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 372.

⁴⁷ Por. orzeczenie SN z 11 listopada 1967 r., XC 2687/67; wyrok SN z 6 kwietnia 1977 r., IV CR 90/77, OSPiKA 1978, nr 11 poz. 200, uchwała SN z 25 lutego 1986 r., CZP 2/86, OSNC 1987, z. 1, poz. 10.

⁴⁸ Tak SN w wyroku z 28 marca 1968 r., I CR 64/68, PUG 1969, nr 4, s. 137.

⁴⁹ M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 361.

⁵⁰ E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 404.

bek winien obejmować również naprawienia szkody niemajątkowej. Mając m.in. to na uwadze, M. Safjan postuluje zmianę kodeksu cywilnego w przedmiotowym zakresie, co miałyby znacznie szerszy wymiar niż zakres niniejszego artykułu, skupiającego się tylko na dopuszczalności zasądzenia zadośćuczynienia za szkodę wyrządzoną na skutek niewykonania/nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną. Oczywiście możliwe są dwa rozwiązania – wyciągnięcie regulacji szkody niemajątkowej z reżimu odpowiedzialności deliktowej i zapisanie ich w ogólnych postanowieniach k.c. dotyczących odpowiedzialności i naprawienia szkody, bądź dodanie odpowiednika art. 445 i 448 k.c. do części poświęconej odpowiedzialności kontraktowej. Jest to zdecydowanie propozycja, która winna zostać oceniona pozytywnie z uwagi na fakt, iż zapewnia spójną konstrukcję zadośćuczynienia *ex contractu* – nie tylko na potrzeby umowy o imprezę turystyczną. Oczywiście postulowane jest także jednoczesne określenie „rozsądnych” granic dla tego typu odpowiedzialności – np. tylko w ramach niewykonania/nienależytego wykonania umowy na skutek winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa, celem uniknięcia nadużywania tej konstrukcji i zalewu sądów polskich bezzasadnymi powództwami. Warty uwagi jest również zamieszczenie w u.u.t. przepisu, którego treść stanowiłaby *explicite* podstawę dla dochodzenia roszczeń o zadośćuczynienie. W ten sposób ustawodawca polski dokonałby implementacji prawa unijnego bez mimo wszystko trudnych do przewidzenia konsekwencji nowelizacji przepisów kodeksu cywilnego w przedmiocie zadośćuczynienia. Jednak nie sposób równocześnie nie zauważyć, iż taki zabieg w pewnym sensie byłby niezgodny z ogólną kodeksową regulacją zadośćuczynienia i zakresu dopuszczalnego odszkodowania w ramach reżimu *ex contractu*. W każdym jednak razie stwierdzić należy zdecydowanie, iż obecny stan prawny wymaga nowelizacji, bowiem nie daje podstaw do skutecznej ochrony klienta biura podróży w takim zakresie, jak tego wymaga dyrektywa 90/314. Brak wyraźnej podstawy zasądzenia zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową wyrządzoną klientowi przez organizatora turystyki powoduje duże rozbieżności w orzecznictwie z przewagą orzeczeń oddalających powództwa o zasądzenie zadośćuczynienia z uwagi na brak podstaw w prawie polskim dla zasądzenia zadośćuczynienia *ex contractu*. Orzekanie w oparciu o konstrukcję dóbr osobistych w analizowanym przypadku potęguje niejednorodność orzecznictwa, co skutkuje nieprzewidywalnością, a w konsekwencji czyni iluzoryczną ochronę klienta biura podróży, co grozi odpowiedzialnością odszkodowawczą Rzeczypospolitej Polski za naruszenie prawa wspólnotowego. Przykładowo celem unaocznienia rozbieżności w orzecznictwie wskazać można wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10 czerwca 2005 r.⁵¹, gdzie sąd oddalił powództwo o zadośćuczynienie oraz niedawno wydany wyrok również tego sądu⁵² stwierdzający, że „prawo do czerpania pełnej satysfakcji z zakupionej imprezy turystycznej” stanowi dobro

⁵¹ ACa 941/2004, LexPolonica nr 379684.

⁵² Sygn. VCA 2387/05, niepubl., cyt. za M. Domagalski, *Zadośćuczynienie za brak wycieczki fakultatywnej*, Rzeczpospolita z 3 czerwca 2006 r.

osobiste, i dlatego sąd przyznał określoną kwotę zainteresowanemu. Ponadto nie wszystkie interesy o charakterze niemajątkowym można chronić uciekając się do koncepcji dóbr osobistych, nawet przy otwartym ich katalogu jak w prawie polskim. Nie zawsze bowiem stosunkowo wysoka elastyczność zapewnia skuteczną ochronę.

Natalia Żytkiewicz*

Ograniczenie odpowiedzialności organizatora turystyki z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną na podstawie umowy międzynarodowej

Zgodnie z art. 11a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych¹ (cyt. dalej jako: u.u.t.), organizator turystyki ponosi odpowiedzialność względem klienta z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o świadczenie usług turystycznych, chyba że to niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy zostało spowodowane wyłącznie jedną z trzech okoliczności: działaniem lub zaniechaniem klienta, działaniem lub zaniechaniem osób trzecich nieuczestniczących w wykonywaniu usług przewidzianych w umowie, jeżeli tych działań lub zaniechań nie można było przewidzieć ani uniknąć, lub siłą wyższą. Katalog ten jest zamknięty, co zostało wyrażone przez użycie słowa „wyłącznie”. Z kolei artykuł 11b ust. 1 u.u.t. w sposób precyzyjny określa, że ograniczenie lub wyłączenie odpowiedzialności nie może nastąpić w drodze umowy (z dwoma wyjątkami niżej wskazanymi), także w razie wyboru prawa. Powyższe sformułowanie prowadzi do wniosku, iż ograniczenie odpowiedzialności poza tymi wyjątkami nie może wynikać z ustaleń, których dokonają strony. W takiej sytuacji postanowienia umów zawieranych przez organizatorów turystyki z klientami, które są mniej korzystne dla klienta niż postanowienia ustawy, są nieważne, a w miejscu postanowień umowy mniej korzystnych dla klienta obowiązują przepisy ustawy (art. 19 u.u.t.)².

Odpowiedzialność biura podróży ma bardzo szeroki zakres, jednakże nie może ona być uznana za odpowiedzialność absolutną³. Ustawa o usługach turystycznych daje wskazaną wyżej możliwość umownego ograniczenia odpowiedzialności organizatora imprezy turystycznej, jednak pole takiego ograniczenia jest wyraźnie zawężone.

Jednym z dwóch wspomnianych przypadków ograniczenia odpowiedzialności jest ograniczenie tej odpowiedzialności na podstawie umowy międzynarodowej. Zgodnie z art. 11b ust. 2 u.u.t., odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną klientowi wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o świadczenie usług turystycznych może być ograniczona tylko wówczas, gdy określa to umowa międzynarodowa, której stroną jest Rzeczpospolita Polska. Należy się zastanowić nad tym, jaką funkcję ma spełniać powyższy przepis - czy ma na celu wprowadzenie zmian w obowiązującym stanie prawnym, czy też ma wyłącznie wskazywać na stosowanie umów międzynarodowych (spełniać funkcję sygnalizującą)⁴?

* Natalia Żytkiewicz - Katedra Prawa Prywatnego Międzynarodowego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ T. jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 223, poz. 2268 ze zm.

² Zob. np. T. Kierzyk, *Ochrona konsumentów na rynku usług turystycznych*, Rej. 2002, nr 12, s. 44.

³ P. Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną w praktyce biur podróży*, [w:] *Prawo w praktyce biur podróży*, red. P. Cybula, Warszawa 2006, s. 125.

⁴ M. Czepelak, *Zagadnienia kolizyjnoprawne ochrony konsumenta*, [w:] *Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, red. E. Nowińska i P. Cybula, Kraków 2005, s. 522.

Przepisy dotyczące pierwszeństwa umów międzynarodowych zostały umieszczone w art. 91 Konstytucji RP z 1997 r. W myśl tego przepisu umowa międzynarodowa po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw RP stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy. Zgodnie z art. 91 ust. 2 Konstytucji RP umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową.

Przyjąć trzeba, iż ze względu na powyższą regulację wskazanie w art. 11b ust. 2 stosowania umów międzynarodowych – jako podstawy ograniczenia odpowiedzialności organizatora turystyki – z normatywnego punktu widzenia jest niepotrzebne. Jeżeli jednak ustawodawca zamieszcza przepisy wskazujące na potrzebę stosowania umów międzynarodowych, to niewątpliwie w celu zaznaczenia, że w danej kwestii mogą obowiązywać umowy międzynarodowe, a także podkreślenia znaczenia umów międzynarodowych. Należy zgodzić się ze stanowiskiem, że wcześniej, kiedy obowiązywało nie tak wiele umów międzynarodowych, wskazywanie na te umowy miało większą doniosłość⁵. Obecnie natomiast umowy międzynarodowe są zawierane praktycznie w każdej dziedzinie, oraz są często podpisywane w kwestiach ochrony konsumenta i szeroko pojętego prawa w turystyce, które dotyczy ochrony obywateli różnych państw. W takiej sytuacji przepisy zawierające odesłanie do umów międzynarodowych pełnią funkcję analogiczną do przepisów o charakterze informującym o możliwości obowiązywania ustaw szczególnych lub istnienia wyjątków.

Należy zauważyć, iż ustawa o usługach turystycznych stanowi implementację dyrektywy Rady 90/314/EWG z 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek. Prawo wspólnotowe (zgodnie z doktryną rozwiniętą przez Trybunał WE) musi być w Polsce stosowane zgodnie z metodą monistyczną; taka metoda zastosowana jest w Konstytucji RP do aktów prawa wspólnotowego i umów ratyfikowanych⁶.

Artykuł 5 dyrektywy 90/314/EWG przewiduje, że państwa członkowskie mogą dopuszczać ograniczenie wysokości odszkodowania zgodnie z umowami międzynarodowymi dotyczącymi takiego typu usług. Doktryna angielska zarzuca, iż ogólne zasady wyrażone w art. 5 dyrektywy nie są tak klarownie sformułowane, jak to powinno być⁷. Należy zaznaczyć, iż dyrektywa wyraźnie mówi o możliwości wprowadzenia, a nie obowiązku wprowadzenia takiego ograniczenia przez państwa członkowskie.

Konsument korzystający z usług turystycznych jest chroniony przez prawo krajowe oraz korzysta z ochrony na podstawie przepisów Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE). W razie powstania jakichkolwiek wątpliwości, przepisy dyrektywy powinny być interpretowane w sposób najbardziej korzystny dla

⁵ M. Czepelak, *Umowa międzynarodowa jako źródło prawa prywatnego międzynarodowego*, Warszawa 2008, s. 109.

⁶ A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe oraz prawo Unii Europejskiej a konstytucyjny system źródeł prawa*, [w:] *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy*, red. K. Wójtowicz, Warszawa 2006, s. 47.

⁷ M. McDonald, *Revisiting Organised Liability Under the Package Travel Directive. Part One*, *International Travel Law Journal* 2003, z. 3, s. 131.

osób, które mają chronić, a mianowicie konsumenta usług turystycznych. Wynika to nie tylko z systematycznej analizy tekstu i celów dyrektywy, ale także dlatego że była ona uchwalona na podstawie art. 95 ust. 3 TWE (dawny art. 100a ust. 3), który wymaga harmonizacji na wysokim poziomie środków dotyczących ochrony konsumenta⁸. Przepisy te nie tylko zakazują dyskryminacji narodowej, a także zakazują stosowanie prawa krajowego, które nie zapewniają konsumentom usług turystycznych z państw trzecich ochrony prawnej na równi z obywatelami państwa członkowskiego Unii Europejskiej⁹. Ponadto sądy krajowe nie mogą nie stosować przepisów unijnych – prawo unijne przy interpretacji zapewnia szczególną ochronę, w przeciwnym wypadku państwo może w taki sposób naruszyć przepisy tego traktatu¹⁰.

Celem rozwiązania przewidzianego w dyrektywie 90/314 jest umożliwienie organizatorowi ograniczenia jego odpowiedzialności, jeżeli takie ograniczenie jest przewidziane dla danej usługi turystycznej. Ustawa o usługach turystycznych nie określa, jakie mogą to być umowy międzynarodowe, natomiast dyrektywa wymienia je przykładowo w preambule: Konwencja Warszawska z 1929 roku o międzynarodowym przewozie lotniczym, Konwencja Berneńska z 1961 roku o przewozie kolejowym, Konwencja Ateńska z 1974 roku o przewozie morskim, Konwencja Paryska z 1962 roku o odpowiedzialności osób prowadzących hotele.

W praktyce najważniejszą rolę odgrywają konwencje dotyczące transportu, w tym zwłaszcza lotniczego. Konwencje te są tak istotne przede wszystkim ze względu na swoje znaczenie społeczne¹¹. W przypadku, gdy na przykład odpowiedzialność przewoźnika oparta jest na Konwencji Warszawskiej, to uzasadnione jest, aby organizator (mimo że nie jest przewoźnikiem w rozumieniu Konwencji) mógł się również powołać na przepisy ograniczające jego odpowiedzialność. Przejmuje się, że jeżeli przewoźnik lotniczy ponosi wobec pasażerów odpowiedzialność ograniczoną kwotowo na mocy Konwencji Warszawskiej z 1929 roku, to organizator wycieczki będzie odpowiadał wedle takich samych zasad, a więc jego odpowiedzialność nie będzie ostrzejsza niż odpowiedzialność przewoźnika¹².

Problematyka ograniczenia odpowiedzialności organizatora turystyki na podstawie umowy międzynarodowej nie znalazła do tej pory szerszego zainteresowania doktryny, ani też nie była przedmiotem rozważań judykatury. W tym stanie rzeczy warto zwrócić uwagę na interesującą sprawę będącą przedmiotem rozważań sądu angielskiego (sprawa *Akehurst*¹³). Dotyczyła ona przewozu lotniczego, w trakcie którego pasażerowie doznali krzywdy (w angielskim tekście używany jest termin „urazy psychiczne”) - piloci lądowali na polu niedaleko lotniska, przednia część samolotu została zniszczona, natomiast na szczęście pasażerowie nie doznali więk-

⁸ M. McDonald, *Revisiting Organised Liability...Part One*, s. 136.

⁹ M. McDonald, *Revisiting Organised Liability Under the Package Travel Directive. Part Two*, *International Travel Law Journal* 2003, z. 4, s. 222.

¹⁰ M. McDonald, *Revisiting Organised Liability...Part One*, s. 137-138.

¹¹ Tak P. Cybula, *Umowa o imprezę w polskim prawie cywilnym*, niepubl. rozprawa doktorska, Kraków 2007, s. 324.

¹² M. Nesterowicz, *Usługi turystyczne*, PiP 1999, z. 12, s. 53.

¹³ *Akehurst & Others v Thomson Holiday Ltd and Britannia Airways Ltd*, Unreported, Cardiff Country Court, 6th May 2003 and 25th November 2003.

szych uszkodzeń ciała. Domagali się jednak wypłacenia zadośćuczynienia za krzywdę. Sąd brytyjski uznał odpowiedzialność organizatora turystyki (odpowiedzialność wyraźnie odrębną od przewoźnika) i stwierdził, iż może on także ponosić odpowiedzialność za krzywdy ofiar wypadków lotniczych, a więc pomijając art. 17 Konwencji Warszawskiej.

Warto wspomnieć, iż Konwencja Warszawska nie odnosi się do odpowiedzialności organizatora turystyki, ponadto nie odwołano się do niej w warunkach uczestnictwa organizatora turystyki Thomson Holidays Ltd. Warunki uczestnictwa zawierały wyłącznie klauzulę, że w razie podróży lotniczej lub morskiej będą miały zastosowanie warunki przewozu firmy transportowej. Ponadto było również postanowione, że możliwe jest uzyskanie od agenta organizującego wycieczkę kopii wszelkich warunków, które mają zastosowanie do podróży. W praktyce większość kompanii lotniczych włącza całość Konwencji Warszawskiej do warunków uczestnictwa w przewozie¹⁴. Natomiast pośrednie wskazanie Konwencji Warszawskiej (poprzez powołanie się na warunki przewoźnika) przez organizatora wycieczki w warunkach uczestnictwa spowodowało, iż uznano, że nie wystąpiły przesłanki ograniczenia odpowiedzialności organizatora usługi turystycznej. Nawet jeśli organizator wycieczki zamierzał ograniczyć swoją odpowiedzialność, to nie zostało to zaznaczone w sposób wyraźny¹⁵.

Słuszne wydaje się w związku z powyższym stwierdzenie, iż powództwa na podstawie Konwencji Warszawskiej z 1929 roku nigdy nie będą proste ze względu na różnorodność jurysdykcji, w których rozstrzygane są sprawy na jej podstawie¹⁶.

Powyżej przedstawione zagadnienia prowadzą do pytania, jakie powinno być sformułowanie dotyczące odpowiedzialności organizatora turystyki w świetle regulacji tej problematyki w prawie polskim. Należy się zastanowić, czy sformułowanie powinno mieć charakter ogólny, czy też w sposób precyzyjny wskazywać na konkretne okoliczności i kwoty, do których ograniczona jest odpowiedzialność organizatora turystyki. Przepis ustawy o usługach turystycznych nie zawiera żadnych wskazań dotyczących tej kwestii. Natomiast odpowiedź na postawione pytanie jest ważna, szczególnie ze względu na zapewnienie konsumentowi dostępu do informacji oraz ochrony w razie naruszenia praw.

W celu odpowiedzi na postawione pytanie, warto przyjrzeć się klauzulom zawartym w warunkach uczestnictwa przykładowych firm działających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Można zauważyć, iż wiele spośród biur podróży nie zamieszcza w warunkach uczestnictwa klauzul dotyczących ograniczenia odpowiedzialności na podstawie umów międzynarodowych.

Według jednego z postanowień warunków uczestnictwa biura podróży X: „(...) ogranicza swoją odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną Klientowi wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w przypadkach określonych w umowach międzynarodowych, których stroną jest Rzeczpospolita Polska”. Klauzula ta nie wymienia nawet przykładowo konwencji, co formalnie daje organizatorowi tury-

¹⁴ J. Rees, *Getting From Warsaw to Gerona: A Tour Operator's Liability*, International Travel Law Journal 2004, z. 1, s. 7.

¹⁵ J. Rees, *Getting From Warsaw...*, s. 10.

¹⁶ O. Jones, *The Warsaw Convention*, International Travel Law Journal 1995, z. 3, s. 85.

tyki możliwość powołania się w razie potrzeby na te, które dają możliwość ograniczenia odpowiedzialności. Brak natomiast w warunkach uczestnictwa jakichkolwiek wskazań, w jaki sposób konsument usługi turystycznej może uzyskać informację dotyczącą umów międzynarodowych, na które powołuje się biuro podróży oraz jakie konsekwencje ma ten przepis dla konsumenta usługi turystycznej.

Podobna, ale nieco zmieniona, klauzula, jest zawarta w warunkach uczestnictwa biura podróży Y: „Odpowiedzialność Organizatora jest wyłączona lub ograniczona, jeżeli zgodnie z międzynarodowymi umowami państwowymi lub zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie ww. umów, stosowanych do wykonania świadczenia przez wykonawcę, jego odpowiedzialność również została wyłączona lub ograniczona”.

Klauzula zawarta w warunkach uczestnictwa biura podróży „Z” brzmi już odmiennie: „(...) odpowiada ewentualnie wraz z przewoźnikiem, według międzynarodowych porozumień z Warszawy, Hagi i Guadalajary, dodatkowego porozumienia dotyczącego lotów do USA i Kanady jak i porozumienia Montrealskiego z 28 maja 1999 roku. Konwencja Warszawska i dodatkowe porozumienia dotyczące lotów do USA i Kanady ograniczają z reguły odpowiedzialność przewoźnika w przypadku śmierci lub uszkodzenia ciała, jak również w przypadku utraty lub uszkodzenia bagażu. Szkody w bagażu Klientów powstałe przy przewozach lotniczych powinny być zgłoszone bezpośrednio po stwierdzeniu szkody przy wykorzystaniu formularza zgłoszeniowego (P. I. R.) danych linii lotniczych. Utratę, uszkodzenie lub błędne przesłanie bagażu należy ponadto zgłosić miejscowemu przedstawicielstwu biura podróży”. Powyższa klauzula wymienia umowy międzynarodowe, na podstawie których może być ograniczona odpowiedzialność biura, oraz określa ewentualne skutki i postępowanie konsumenta w przypadku wystąpienia szkody. Wymienienie konwencji oraz określenie „odpowiada ewentualnie” i „ograniczą z reguły odpowiedzialność” jest nieściśle. Nasuwa się wniosek, że biuro podróży dąży do uświadomienia konsumentowi, że odpowiedzialność będzie ograniczona w niektórych z wymienionych przypadków, natomiast nie do końca jest jasne, jakie prawa przysługują konsumentowi.

Powyższe przykłady wskazują, że biura podróży, jeżeli już wprowadzają do warunków uczestnictwa ograniczenie odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o usługę turystyczną, to formułują klauzule w sposób ogólny. Można się zgodzić ze stanowiskiem, że brak jest podstaw do wskazania w sposób wyraźny kwot i wystarczające jest ogólne sformułowanie, jednak dobrym zwyczajem byłoby wprowadzenie zasady dodania klauzuli, że na życzenie klienta organizator turystyki przedstawi szczegółowo to ograniczenie¹⁷.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż dyrektywa unijna wymienia przykładowo konwencje, na które można się powołać celem ograniczenia lub wyłączenia odpowiedzialności biura podróży, natomiast przepis polskiej ustawy o usługach turystycznych ma ogólne brzmienie, które nie wywołuje większych problemów interpretacyjnych. Wskazuje on na możliwość wprowadzenia przez biura podróży ograniczenia odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, gdy określa to umowa międzynarodowa, której stroną jest Rzeczpospolita Pol-

¹⁷ P. Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną...*, s. 325.

ska, natomiast nie zobowiązuje biura podróży do wprowadzenia takiego ograniczenia do umowy. W związku z powyższym, jeżeli biuro podróży mając taką możliwość z niej nie skorzysta, to ponosi ryzyko ewentualnej odpowiedzialności. Ponadto orzecznictwo sądów polskim może pójść w kierunku, w którym rozwija się orzecznictwo sądów angielskich, wówczas biura podróży będą miały problemy, gdy w umowie nie zostanie dokładnie wskazane wyłączenie. Podsumowując, analizowany przepis stanowi swoistego rodzaju instrukcję dla biur podróży, którą warto stosować w celu ochrony zarówno konsumenta, jak i ograniczenia odpowiedzialności organizatora turystyki. Wydaje się natomiast, iż biura podróży przy tworzeniu stosowanych przez nich wzorców umów nie do końca zdają sprawę z doniosłości tego przepisu wobec ich ewentualnej odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

Edyta Rutkowska*

Mechanizmy i instrumenty ochrony konsumenta przed niedozwolonymi klauzulami umownymi w umowach o świadczenie usług turystycznych

1. Uwagi wprowadzające

Przedmiotem niniejszego opracowania jest wskazanie systemu instrumentów prawnych chroniących konsumenta usług turystycznych przed klauzulami abuzywnymi. Istotne jest zbadanie, czy - i ewentualnie w jakim zakresie - stosunki cywilnoprawne z udziałem organizatorów turystyki i konsumentów wymagają szczególnej regulacji prawnej w celu wyrównania pozycji stron i zapobieżenia lub przynajmniej ograniczenia zjawiska narzucania przez organizatorów turystyki swoim klientom niekorzystnych dla nich klauzul umownych. Pojawia się tu problem ustawowego ustalenia granic swobody autorów wzorców umownych w kształtowaniu ich treści, oraz zasad kontroli treści wzorców, z punktu widzenia uzasadnionych interesów adresatów tychże wzorców, co ma znaczenie dla całego obrotu konsumenckiego. Na tle powszechnej praktyki stosowania wzorców, istotne jest zbadanie problemów prawnych związanych z posługiwaniem się wzorcami umownymi, a mianowicie: w jaki sposób, przy wykorzystaniu jakich środków i procedur, przeciwdziałać wykorzystywaniu ich dla pokrzywdzenia słabszej strony (konsumenta), która zawiera umowę z organizatorem turystyki, stosującym wzorzec umowny, poprzez który może narzucić, krzywdząc drugą stronę, postanowienia umowne (klauzule niedozwolone).

2. Regulacja prawna usług turystycznych w Polsce (wzmianka)

Do umów o świadczenie usług turystycznych zawieranych przez organizatorów turystyki stosuje się, w zakresie nieuregulowanym ustawą dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych¹, przepisy kodeksu cywilnego (cyt. dalej jako: k.c.) oraz inne przepisy dotyczące ochrony konsumenta (w tym także w zakresie ochrony przed niedozwolonymi klauzulami umownymi – art. 384 - 385³ k.c.). Ustawa o usługach turystycznych jako próba implementacji dyrektywy 90/314², w rozdziale trzecim

* Dr Edyta Rutkowska - adiunkt w Katedrze Prawa Finansowego, Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytetu Wrocławskiego.

¹ T. jedn. Dz. U. z 2004, Nr 223, poz. 2268 ze zm. (cyt. dalej jako: u.u.t.). Przez usługi turystyczne należy rozumieć - usługi przewodnickie, usługi hotelarskie oraz wszystkie inne usługi świadczone turystom lub odwiedzającym (art. 3 u.u.t.). Szerzej zob. m.in.: M. Nesterowicz, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań - część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2004, s. 771-774; tenże, *Usługi turystyczne*, PiP 1999, nr 12; tenże, *Prawo turystyczne*, Warszawa 2006; P. Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną*, Warszawa 2005; H. Zawistowska, *Nowe zasady świadczenia usług turystycznych*, Warszawa 2005; P. Cybula, [w:] *Prawo w praktyce biur podróży*, red. P. Cybula, Warszawa 2006, s. 104 i n.; E. Wójtowicz, *Zawieranie umów o usługi turystyczne i time-sharing - obowiązki przedsiębiorców*, PPH 2007, nr 6, s. 42-48.

² Uwagi co do relacji między ustawą a dyrektywą zostaną w tym miejscu pominięte. Co do standardów ochrony konsumenta wynikających z prawa europejskiego patrz: E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 488-516; teź, *Europejskie prawo umów konsumenckich*,

zawiera kompleks przepisów (art. 11 - 19 u.u.t.) dotyczących ochrony klienta. Przepisy te, w zakresie, w jakim dotyczą umów zawieranych między organizatorami turystyki a konsumentami, mają stanowić *lex specialis* wobec kodeksu cywilnego (art. 11 u.u.t.).

Przejawem ochrony konsumenta jest „realna sankcja” na wypadek wprowadzenia do umowy mniej korzystnych postanowień dla klienta - postanowienia te będą nie tylko nieważne (semiimperatywny charakter postanowień u.u.t.), ale - zgodnie z art. 19 ust. 2 u.u.t. - „w miejsce” tych postanowień „obowiązywać mają” odpowiednie przepisy ustawy. Ujęcie takie lepiej zaspokaja interes klienta w uzyskaniu realnego świadczenia. Wejście w życie ustawy o usługach turystycznych oznacza wydatne wzmocnienie reżimu ochronnego konsumenta tych usług. Na uwagę zasługuje charakterystyczny dla regulacji konsumenckich i idei ochrony konsumenta (ochrona przez informację) obowiązek informacyjny organizatora turystyki. Ustawa o usługach turystycznych wprowadza rozbudowany, szczegółowy katalog obligatoryjnej treści broszury, folderu, katalogu (art. 12 ust. 1 u.u.t.), a więc dokumentu, poprzez który następuje pierwszy kontakt klienta-konsumenta z organizatorem turystyki lub pośrednikiem. W stadium poprzedzającym zawarcie umowy obowiązek informacyjny obejmuje wskazanie dodatkowych informacji, dotyczących konkretnej usługi i konkretnego klienta (art. 13 ust. 1 i 2 u.u.t.).

Przejawem ochrony klienta jest także obligatoryjna treść umowy, która pozostaje w związku z obowiązkami informacyjnymi wobec klienta, którą reguluje art. 14 ust. 2 u.u.t. Sankcją uchybień w zakresie obligatoryjnej treści umowy będzie, w wypadku zawarcia tam postanowień uszczuplających uprawnienia klienteli - ich nieważność i wprowadzenie na to miejsce postanowień ustawy (art. 19 u.u.t.)³.

3. Wzorce umowne (pojęcie, specyfika i przesłanki wiązania)

Posługiwanie się w obrocie standardami umów, formularzami zawierającymi gotowe umowy, czy też odesłania do ogólnych warunków umów, jak wyżej wspomniano, jest dziś zjawiskiem powszechnym. Współczesny obrót gospodarczy jest masowy, a świadczeniem dóbr i usług zajmują się profesjonaliści (w tym organizatorzy turystyki) - wyspecjalizowani w zawieraniu umów danego rodzaju. Transakcje są powtarzalne, w dużej skali i o identycznej treści. Na rynku nie występuje obecnie (a jeśli tak, to w ograniczonym zakresie) „współpraca kontraktowa” - uzgadnianie warunków umowy, rokowania na ten temat⁴. Jest to źródłem różnorodnych zagrożeń dla słabszego partnera, jakim jest zwłaszcza konsument w postaci narzucania uciążliwych dla niego, niekorzystnych warunków umów. Konsument nie orientuje się, że podpisywana umowa może zawierać pułapki i niebezpieczeństwa, pozbawiając go roszczeń i ograniczając odpowiedzialność drugiej strony. Nic więc dziwnego, że największe znaczenie przywiązuje się do prawnych środków ochrony kontrahenta,

Warszawa 2004, s. 329-339; M. Jagielska, M. Jagielski, *Umowa o podróż w prawie polskim na tle dyrektywy UE*, Zesz. Nauk. Górnośląskiej WSH 2007, nr 32, s. 341-359; M. Wieszczycka, *Prawo konsumenckie w turystyce*, Warszawa 2003; T. Kierzyk, *Ochrona konsumenta na rynku usług turystycznych*, Rej. 2002, nr 12, s. 28 - 44.

³ Szerzej: M. Nesterowicz, *System prawa...*, s. 775-776.

⁴ M. Bednarek, *Wzorce umów w prawie polskim*, Warszawa 2005, s. 16-17.

któremu - wykorzystując wzorzec umowny - narzucono nieuczciwe warunki kontraktu poprzez stosowanie uciążliwych klauzul.

Umowy przestają być negocjowane. Konsumentowi pozostaje przyjęcie w całości gotowej, przygotowanej z góry treści umowy adhezyjnej lub zrezygnowanie z jej zawarcia. Umowa adhezyjna najczęściej bywa zawierana z użyciem wzorców umownych. Te ostatnie to wszelkie jednostronnie przygotowane z góry, przed zawarciem umowy, gotowe klauzule (zbiory klauzul) w postaci warunków umów, ich wzorów, regulaminów itp., przeznaczone do masowego zawierania umów przez profesjonalistę. Oba terminy — „wzorce umowne” i „umowa adhezyjna” — dotyczą więc tych samych zjawisk praktyki obrotu. Akcentują jednak ich odmienne jurydyczne aspekty. Wzorzec — to tekst, zbiór klauzul, ze względu na które adhezja (adhezyjny sposób zawarcia umowy) pojawia się w praktyce⁵. Adhezja — to sposób zawarcia umowy, wiążący się z degeneracją konsensu i współpracy kontraktowej, występujący z reguły dlatego, że opracowano wzorzec. Profesjonaliści, których udział w obrocie dotyczy umów w pewnej branży, określonego typu i rodzaju, o powtarzalnej treści, mających za przedmiot towary i usługi masowe, przeznaczone nie dla konkretnego, lecz masowego konsumenta, opracowując wzorce umowne — racjonalizują obrót, w którym uczestniczą.

Wzorzec jest kwalifikowanym oświadczeniem woli podlegającym szczególnemu reżimowi prawnemu i przy spełnieniu przesłanek tego reżimu kształtującym, poza konsensem, treść stosunku prawnego wynikającego z umowy, tak jak zwyczaj, zasady współżycia społecznego (dobre obyczaje) i przepisy prawa, a więc jest kolejnym czynnikiem decydującym o następstwach prawnych czynności prawnej, poza wymienionymi w art. 56 k.c.⁶. Przepis art. 56 k.c. harmonizuje z zasadą wynikającą z art. 384 k.c., wskazując priorytet umowy jako czynnika kształtowania treści stosunku prawnego. Poszczególne czynniki kształtują ten stosunek w zależności od stopnia swej szczególności, konkretności i odniesienia do indywidualnej sytuacji: najpierw umowa, po niej - w kolejności – treść zobowiązania kształtują wzorce, dalej zwyczaj i wreszcie dyspozytywne przepisy prawa pozytywnego.

Wzorce umowne opracowane są w oderwaniu od konkretnego stosunku umownego i w sposób jednolity, określają treść przyszłych umów indywidualnych, a właściwie stosunków prawnych nawiązywanych na podstawie umów przy wykorzystaniu wzorców umownych, ułatwiając tym samym zawarcie transakcji.

Wzorce umowne nie mają mocy obowiązującej, jaka cechuje przepisy prawne (akty normatywne). Źródłem natomiast mocy wiązania wzorców jest w zasadzie zgoda (wola) stron zawierających umowę. Przedsiębiorca posługujący się wzorcem w stosunkach umownych z konsumentami, nie może powoływać się jedynie na treść ustalonego przez niego wzorca umownego, lecz powinien, zgodnie z art. 384 § 1 k.c., wzorzec ten doręczyć konsumentowi przed zawarciem umowy. Przepis ten wyznacza moment udostępnienia wzorca, który jest decydujący o prawidłowości inkorporacji,

⁵ M. Rejda, *Definicja terminu "wzorzec umowy konsumenckiej"*, RPEiS 2005, nr 3, s. 113-127; M. Bednarek, *Wzorce umów...*, s. 1-10; M. Śmigiel, *Wzorce umów jako czynnik kształtujący zobowiązaniowe stosunki prawne – ewolucja instytucji*, [w:] *O źródłach i elementach stosunków cywilnoprawnych. Księga pamiątkowa ku czci prof. Alfreda Kleina*, red. E. Gniewek, Kraków 2000.

⁶ E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 319.

stanowiąc, że ma to być przed zawarciem umowy, inaczej niż na gruncie poprzedniego brzmienia tego przepisu, który przewidywał doręczenie wzorca „przy zawarciu umowy”⁷. Językowa różnica sformułowań nie oznacza jednakże różnicy treściowej, co jest związane z funkcją obu przesłanek, tj. umożliwienia dostępu i zapoznania się z treścią wzorca przed wyrażeniem woli o nawiązaniu stosunku prawnego, czyli zapewnienie swobody adhezji.

Oznacza to, że dla zapewnienia mocy wiążącej⁸ wzorca umownego konieczne jest jego prawidłowe doręczenie konsumentowi (należy zamieszczać postanowienie, w którym konsument potwierdza fakt doręczenia mu określonego wzorca). Zgodnie z art. 385 §2 zd.1 k.c., wzorzec umowny musi być sformułowany jednoznacznie i w sposób zrozumiały (powinien być czytelny i jasny dla jego odbiorców). Organizatorzy turystyki powinni zatem dołożyć starań, aby wyeliminować niejednoznaczne i niezrozumiałe pojęcia. Jest to o tyle istotne, że w odniesieniu do konsumentów przepisy ustalają zasadę, zgodnie z którą niejednoznaczne postanowienia są tłumaczone na korzyść konsumenta (art. 385 §2 zd. 2 k.c.).

Wykorzystanie przewagi profesjonalisty w umowach z konsumentami wyraża się w narzucaniu abuzywnych klauzul umowy (klauzule szkodzące, krzywdzące, wykorzystujące przewagę).

4. Klauzule abuzywne w umowach o świadczenie usług turystycznych⁹

Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów¹⁰ wprowadziła do kodeksu cywilnego instytucję niedozwolonych postanowień umownych (art. 385¹ i 385³ k.c.), tj. klauzul umownych „nie uzgodnionych indywidualnie” z konsumentami¹¹, kształtujących prawa i obowiązki konsumenta „w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interes (klauzule generalne oceny postanowień umownych - art. 385¹ k.c.). Wskazane w art. 385¹ § 1 k.c. kryteria abuzywności - rażące narusze-

⁷ Art. 384 §1 k.c. zmieniony przez art. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. (Dz.U. z 2007, Nr 82, poz. 557), zmieniającej kodeks cywilny z dniem 10 sierpnia 2007 r.

⁸ J. Haberko, *Moc wiążąca wzorców umownych*, PS 2007, nr 7-8.

⁹ Uwagi dotyczące niedozwolonych klauzul umownych w umowach o świadczenie usług turystycznych mają charakter wzmianki, z uwagi na to, że problem ten jest przedmiotem odrębnego opracowania w niniejszej publikacji (zob. E. Pałowska, M. Czajkowski, *Niedozwolone klauzule umowne zawierane przez organizatorów turystyki w umowach o świadczenie usług turystycznych*). W tym miejscu problem ten został omówiony w zakresie niezbędnym do przedstawienia mechanizmów ochrony konsumenta przed klauzulami abuzywnymi w umowach o świadczenie usług turystycznych, co jest właściwym przedmiotem niniejszego opracowania. Patrz szerzej: J. Luzak, *Orzecznictwo dotyczące usług turystycznych*, [w:] *Nieuczciwe klauzule w prawie umów konsumenci*, red. E. Łętowska i K. Osajda, Warszawa 2005, s. 371-438. Problem ten został przedstawiony także w trzech raportach UOKiK (z 2003, 2004 i 2005 r.) z kontroli wzorców umownych stosowanych przez organizatorów turystyki, dostępnych na stronie: www.uokik.gov.pl, gdzie zamieszczony jest też rejestr klauzul niedozwolonych.

¹⁰ Ustawa z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz. U. Nr 22, poz. 271 ze zm.).

¹¹ W Polsce przepisy o klauzulach abuzywnych dotyczą tylko umów z udziałem konsumentów, w znaczeniu, jaki temu pojęciu nadał przepis art. 22¹ k.c., zgodnie z którym za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową.

nie interesów konsumenta i sprzeczność z dobrymi obyczajami - muszą być uwzględniane łącznie. Gdyby oparta na nich kontrola treści postanowienia umownego nie pozwalała wyeliminować wątpliwości, kwestionowane postanowienie powinno zostać uznane za niedozwolone, jeśli należy do jednego z postanowień wymienionych przykładowo w art. 385³ k.c.

Lista niedozwolonych klauzul umownych (art. 385³ k.c.) nie jest zbiorem „czarnych” klauzul, obejmujących zakazane postanowienia umowne, ale jest listą „szarą”, zawierającą klauzule, które, w razie wątpliwości, będą uznane za niedozwolone. Nie są to więc klauzule, których stosowania w obrocie zakazuje się w ogóle, przepis ten jest ujęty jako klauzula interpretacyjna; wątpliwości co do dopuszczalności posłużenia się klauzulą w obrocie konsumenckim mają być rozstrzygnięte w kierunku uznania ocenianego postanowienia za niedozwolone.

Klauzula generalna decydująca o abuzywności umowy dotyczy wszelkich umów pozbawionych uzgodnień, niekoniecznie zawartych z użyciem wzorca, przy czym istnieje domniemanie braku uzgodnienia indywidualnego dotyczące klauzul przejętych z wzorca (ciężar dowodu, że postanowienie zostało uzgodnione indywidualnie, spoczywa na tym, kto się na to powołuje, co w praktyce ciąży na przedsiębiorcy, ponieważ w jego interesie leży wykazanie cechy decydującej o wyłączeniu umowy spod reżimu ochronnego). Klauzule abuzywne są więc klauzulami nie negocjujnymi, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu, i które w sposób niesymetryczny kształtują prawa i obowiązki stron.

Klauzula generalna uzupełniona jest listą często spotykanych klauzul narzucających standardowo, o domniemanej abuzywności. W przepisie art. 385³ k.c. zamieszczono przykładowy¹² katalog niedozwolonych postanowień umownych, który ma charakter otwarty i jest wzorowany na liście umieszczonej w załączniku do dyrektywy 93/13/EWG (lecz nie jest z nią identyczny). Odwołanie się do wskazanych enumeratywnie klauzul w ramach listy nie wyklucza oceny dokonywanej na podstawie kryteriów klauzuli generalnej (łatwiejsze jednak, z uwagi na ciężar i zwłaszcza przedmiot dowodu, jest określenie abuzywności z wykorzystaniem listy klauzul)¹³.

W umowach o świadczenie usług turystycznych także pojawiają się klauzule abuzywne, które zostały za takie uznane przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK). Są to postanowienia umowne dotyczące negatywnych dla konsumenta skutków wycofania się z umowy w postaci obciążania go kosztami, dokonywania

¹² Są to w szczególności klauzule mające na celu wyłączenie (ograniczenie) ustawowych uprawnień konsumenta z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez sprzedawcę, zastrzegające na wypadek niewykonania przez konsumenta obowiązków wzajemnych zapłatę nieproporcjonalnie wysokiej sumy w ramach rekompensaty, zezwalające sprzedawcy na swobodne odstąpienie od umowy, podczas gdy nie stworzono podobnej możliwości dla konsumenta, umożliwiające zbywcy jednostronną zmianę warunków umowy bez ważnej przyczyny wskazanej w umowie.

¹³ Szerzej na ten temat: M. Skory, *Klauzule abuzywne – zastosowanie przepisów Dyrektywy 93/13 w Polsce i wybranych krajach Unii Europejskiej (Niemcy, Anglia, Francja, Czechy, Słowacja, Węgry)*, UOKiK, Warszawa 2007; K. Kruszewska-Sobczyk, M. Sobczyk, *Niedozwolone klauzule w umowach zawieranych przez konsumenta*, RPr 2004, nr 4, s. 109-123; I. Wesołowska, *Niedozwolone postanowienia umowne*, [w:] *Standardy wspólnotowe w polskim prawie ochrony konsumenta*, red. C. Banasiński, Warszawa 2004.

potrącen¹⁴, braku refundacji niewykorzystanych świadczeń¹⁵, zastrzegając jednostronne uprawnienie do dokonywania zmian programu i świadczeń imprezy¹⁶, dotyczące odpowiedzialności organizatora a właściwie ją wyłączające¹⁷, czy też ograniczające możliwość rezygnacji z imprezy¹⁸.

Warto w tym miejscu podkreślić, że z analizy rejestru klauzul niedozwolonych prowadzonego przez Prezesa UOKiK wynika, że liczba klauzul abuzywnych w zakresie umów o świadczenie usług turystycznych ciągle wzrasta, co niewątpliwie jest zjawiskiem niepokojącym, gdyż świadczy o tym, że przedsiębiorcy świadczący usługi turystyczne narzucają konsumentom w umowach (we wzorcach), krzywdzące ich klauzule umowne wykorzystując swoją silniejszą pozycję jako profesjonalistów na rynku usług turystycznych. Świadczy to o małej jeszcze kulturze prawnej przedsiębiorców – organizatorów turystyki w zakresie ochrony konsumentów na rynku usług turystycznych, a jednocześnie także o małej skuteczności organów – Prezesa UOKiK, rzeczników konsumenta, którzy mają dążyć do eliminowania klauzul abuzywnych z obrotu konsumenckiego poprzez uruchamianie odpowiednich procedur¹⁹, przez co przedsiębiorcy „czują się bezkarni”. Z drugiej strony - wydaje się wskazywać na ciągłą potrzebę wzmożonej kontroli wzorców umownych, stosowanych w zakresie świadczenia usług turystycznych, zwłaszcza przez UOKiK²⁰.

5. Kontrola sądowa (abstrakcyjna i incydentalna) klauzul umownych we wzorcach umownych

Chcąc zapewnić skuteczność ochrony konsumenta przed konsekwencjami umieszczenia w umowach klauzul nieuczciwych, kodeks cywilny przewiduje mechanizmy kontrolne - kontrolę abstrakcyjną i incydentalną wzorców umownych, przewidując dwa rodzaje sankcji.

Ta sama lista abuzywnych klauzul umownych, zawarta w art. 385³ k.c., raz może służyć jak podstawa do kontroli incydentalnej, związanej z konkretną umową i sporem na jej tle wobec konkretnego konsumenta, ale także do kontroli abstrakcyjnej, potencjalnej w oderwaniu od konkretnej umowy.

¹⁴ Wyrok SOKiK z 4 stycznia 2007 r., XVII Amc 37/06, MSiG 2007, nr 111, poz. 7456; wyrok SOKiK z 4 stycznia 2007 r., XVII Amc 8/06, MSiG 2007, nr 110, poz. 7379; wyrok SOKiK z 20 grudnia 2006 r., XVII Amc 17/06, MSiG 2007, nr 110, poz. 7376; wyrok SOKiK z 8 grudnia 2006 r., XVII Amc 41/06, MSiG 2007, nr 90, poz. 5643; wyrok SOKiK z 28 listopada 2006 r., XVII Amc 142/05, MSiG 2007, nr 90, poz. 5644; wyrok SOKiK z 28 września 2006 r., XVII Amc 6/06, MSiG 2007, nr 84, poz. 5265.

¹⁵ Wyrok SOKiK z 4 stycznia 2007 r., XVII Amc 37/06, MSiG 2007, nr 111, poz. 7456.

¹⁶ Wyrok SOKiK z 14 grudnia 2006 r., XVII Amc 152/05, MSiG 2007, nr 111, poz. 7457.

¹⁷ Wyrok SOKiK z 4 grudnia 2006 r., XVII Amc 167/05, MSiG 2007, nr 63, poz. 3844; wyrok SOKiK z 19 października 2006 r., XVII Amc 137/05, MSiG 2007, nr 84, poz. 52641; wyrok SOKiK z 11 listopada 2005 r., XVII Amc 87/04, MSiG 2006, nr 113, poz. 7429; wyrok SOKiK z 17 października 2005 r., XVII Amc 78/04, MSiG 2006, nr 89, poz. 5277; wyrok SOKiK z 22 września 2005 r., XVII Amc 76/04, MSiG 2006, nr 91, poz. 5463.

¹⁸ Wyrok SOKiK z 19 października 2005 r., XVII Amc 66/04, MSiG 2006, nr 113, poz. 7430.

¹⁹ Szerzej patrz w dalszej części opracowania.

²⁰ Z raportów z kontroli wzorców umownych stosowanych przez organizatorów turystyki, o których mowa w przypisie 9, wynika, że większość postępowań o uznanie postanowień wzorca za niedozwolone wszczynanych jest przez Prezesa UOKiK.

Pierwsza polega na tym, że niedozwolone klauzule umowne są w stosunku do konsumenta nieskuteczne. Jest to tzw. incydentalna kontrola treści wzorca, która jest kontrolą treści stosunku prawnego wynikającego z umowy zawartej przy użyciu wzorca. Przeprowadzana jest przez sądy właściwości ogólnej, przy użyciu instrumentów i ze skutkami tam wskazanymi. Jeśli kontrola konkretnego wzorca umowy wykazuje, że zastosowano w nim klauzule niedozwolone, to są one niewiążące dla konsumenta. Jednak sama umowa pozostaje dla obu stron w mocy, ale tylko wtedy, gdy jest to możliwe bez kwestionowanych klauzul.

Druga zaś – to możliwość wszczęcia postępowania sądowego w celu zbadania charakteru klauzul sporządzonych standardowo do ogólnego stosowania i ewentualnego zakazania ich dalszego wykorzystywania (kontrola abstrakcyjna). Powództwo może wnieść każdy potencjalny kontrahent pozwanego, organizacja społeczna, do której zadań statutowych należy ochrona interesów konsumentów, powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów oraz Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta. Abstrakcyjna kontrola następcza wzorca, tj. klauzul standardowych (przeznaczonych przez proferenta do powszechnego zastosowania), jest przeprowadzana niezależnie od tego, czy dane klauzule zostały zastosowane w konkretnym stosunku prawnym i jest podmiotowo ograniczona jedynie do konsumentów.

W razie uwzględnienia powództwa sąd w sentencji wyroku przytacza treść postanowień wzorca uznanych za niedozwolone i zakazuje ich wykorzystywania. Wyrok uwzględniający powództwo powinien obligatoryjnie zawierać elementy wskazane w art. 479⁴² §1 k.p.c., to jest musi przytaczać treść postanowień wzorca umowy uznanych za niedozwolone i zawierać zakaz ich wykorzystywania w obrocie. Wiele wątpliwości w praktyce wywołuje sposób przytoczenia w wyroku treści postanowień wzorca umowy uznanych za niedozwolone²¹.

W tym miejscu należy podkreślić, iż dla uznania, iż klauzula wpisana do rejestru i klauzula z nią porównywana są tożsame w treści, nie jest konieczna dokładna literalna identyczność tych postanowień. Rozbieżność użytych wyrażen, zmiana szyku zdania czy zastosowanie synonimów, nie eliminuje bowiem abuzywnego charakteru ocenianego postanowienia. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził²², iż dla uznania, że określona klauzula jest tożsama z niedozwolonym postanowieniem wpisanym do rejestru klauzul niedozwolonych, wystarczy stwierdzenie, iż mieści się ona w hipotezie klauzuli wpisanej do rejestru, nie jest konieczna literalna zgodność porównywalnych klauzul. Głównym czynnikiem przesądzającym powinien być, zdaniem SOKiK, cel jakiego ma służyć kwestionowana klauzula. Jeśli jest on zgodny z celem utworzenia klauzuli uznanej za niedozwoloną, można uznać, iż obie są tożsame. Stanowisko takie przyjął również Sąd Najwyższy²³, który stwierdził, że

²¹ Nie chodzi o identyczne brzmienie językowe, ale o taką samą treść, to jest merytoryczną zawartość postanowienia określającego prawa i obowiązki stron. Istotne jest, jakie określenie obowiązków stron w zaskarżonym postanowieniu uznane zostało za niedozwolone. Dlatego należy uznać za dopuszczalną pewną swobodę w tym zakresie, aby dostosować treść wyroku (przytoczenie postanowienia niedozwolonego) do żądania, niekoniecznie identycznie z jego treścią - M. Lemkowski, *Materialna ochrona konsumenta*, RPEiS 2002, nr 3, s. 67.

²² Wyrok z dnia 25 maja 2005 r., XVII Amc 46/04.

²³ Uchwała z dnia 13 lipca 2006 r., III SZP 3/06, TPP 2006, nr 3-4, s. 113 i n.

stosowanie postanowień wzorców umów o treści tożsamej z treścią postanowień uznanych za niedozwolone prawomocnym wyrokiem SOKiK wpisanych do rejestru, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c., może być uznane w stosunku do innego przedsiębiorcy za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów (art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów²⁴), o czym dalej będzie mowa. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu przytoczonej uchwały wyjaśnił, że celem podstawowym postępowania w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone jest usunięcie postanowień wzorca uznanych za abuzywne z obrotu ze skutkiem nie tylko dla stron procesu, lecz także wobec osób trzecich (*erga omnes*)²⁵. Wyrok SOKiK uznający konkretne postanowienia wzorca umowy za abuzywne wyłącza je z wszelkich wzorców umów, niezależnie od przedsiębiorcy posługującego się tym wzorcem.

Jak już wspomniano, uznanie klauzuli za abuzywną działa *erga omnes*. Skutek ten występuje, nie od chwili ogłoszenia wyroku, czy jego uprawomocnienia się, lecz od momentu wpisu do rejestru postanowień wzorców umownych uznanych za niedozwolone. Dla stron skutek wyroku powstaje z momentem uprawomocnienia, tzn., że użycie w umowie zakwestionowanej klauzuli niedozwolonej nie wywiera skutku. W sentencji wyroku uwzględniającego powództwo sąd określa, które postanowienie wzorca uznane zostało za niedozwolone i zakazuje jego wykorzystywania.

Posługiwanie się postanowieniem, które zostało wpisane do rejestru niedozwolonych postanowień umownych, po uznaniu go przez SOKiK za niedozwolone postanowienie umowne, jest więc prawnie zakazane.

Od chwili wpisania wyroku do rejestru wywiera on skutek wobec osób trzecich, a więc korzysta z przymiotu tzw. prawomocności rozszerzonej (art. 365 § 1 k.p.c.). Oznacza to, że wyrok uznający postanowienia wzorca umowy za niedozwolone stwarza stan prawny, który musi być bezwzględnie respektowany również w toku innego procesu z udziałem innych stron²⁶. Zważyć przy tym należy, że stosownie do art. 479⁴⁵ § 3 k.p.c. rejestr postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone jest jawny. Jawność ta pozwala przedsiębiorcom konstruującym własny wzorec na zapoznanie się z postanowieniami wzorców uznanymi za niedozwolone, których stosowanie zostało zakazane, i respektowanie wyroku sądu, na podstawie którego wpis został dokonany.

²⁴ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm., cyt. dalej jako: u.o.k.k.), która zastąpiła ustawę z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 122, poz. 1319 ze zm).

²⁵ B. Jesionowska, *Charakter prawny wpisu klauzuli abuzywnej do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone*, PUG 2006, nr 11, s. 20-23. Por. wyrok SOKiK z 22 sierpnia 2005 r., XVII Ama 21/05, Dz. Urz. UOKiK 2005, nr 3, poz. 45 oraz wyrok SOKiK z 7 marca 2005 r., XVII Ama 6/04, Dz. Urz. UOKiK 2005, nr 2, poz. 26.

²⁶ W uchwale z 19 grudnia 2003 r., III CZP 95/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 25, Sąd Najwyższy uznał, że powaga rzeczy osądzonej wyroku uznającego postanowienie wzorca umowy za niedozwolone wyłącza — od chwili wpisania tego postanowienia do rejestru (art. 479⁴⁵ w zw. z art. 365 i 479⁴⁵ § 2 k.p.c.) — ponowne wytoczenie powództwa w tym przedmiocie, także przez osobę niebiorącą udziału w sprawie, w której wydano wyrok, granicami podmiotowymi powagi rzeczy osądzonej są objęte w zasadzie strony procesu, a w przypadkach w ustawie przewidzianych także inne osoby. Dochodzi wtedy do połączenia rozszerzonej prawomocności z powagą rzeczy osądzonej.

Jawny rejestr postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone²⁷ ma umożliwić realne wykonanie zakazu stosowania abuzywnych postanowień wzorców. Należy oczekiwać od organu prowadzącego rejestr aktywności w zakresie utrzymywania wiedzy o treści rejestru wśród uczestników obrotu, co jest uzasadnione działaniem na rzecz rzetelności obrotu konsumenckiego i sprzyja wytworzeniu odpowiednich postaw wśród uczestników obrotu, sądów, organizacji konsumenckich itd. Abstrakcyjna kontrola wzorców, będąca nową postacią ochrony konsumenta, nie może funkcjonować bez istnienia rejestru.

Konsekwencją umieszczenia klauzuli w rejestrze będzie to, że posłużenie się nią będzie miało skutki wprowadzenia do umowy elementu bezwzględnie przez prawo zakazanego (art. 58 k.c.), ze skutkami tam wskazanymi.

6. Nieuczciwe klauzule umowne a wykroczenia przeciwko interesom konsumentów

Prowadzenie rejestru klauzul niedozwolonych pełni dużą rolę prewencyjną i wychowawczą. Posługiwanie się zakazaną klauzulą abuzywną, wpisaną do rejestru, wbrew orzeczeniu sądowemu, jest wykroczeniem z art. 138b k.w.²⁸ zagrożonym karą grzywny. Przepisy art. 138b k.w. są skorelowane z art. 479⁴² k.p.c., który określa treść wyroku uwzględniającego powództwo o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone. W sentencji takiego wyroku należy bowiem przytoczyć treść abuzywnych postanowień oraz zakazać ich wykorzystywania. Tak więc w zakresie ochrony praw konsumenta znowelizowano również kodeks wykroczeń, co polegało na wprowadzeniu czterech nowych typów wykroczeń dotyczących niedozwolonych praktyk rynkowych w obrocie konsumenckim, wśród których znalazła się kontynuacja posługiwania się nieuczciwymi klauzulami umownymi, mimo orzeczenia sądu uznającego klauzulę za niedozwoloną. We wskazanym zakresie karanie za lekceważenie orzeczenia sądowego zyskuje dodatkową motywację nie tylko związaną z ochroną konsumenta, lecz i powagą władzy sądowej. Problem następczo określenie podmiotu ponoszącego odpowiedzialność, bowiem zakres podmiotowy art. 138b k.w. jest niejasny. Adresatem musi być pozwany przedsiębiorca, przeciwko któremu sąd wydał wyrok w ramach kontroli abstrakcyjnej wzorca umownego. Jednakże zarówno nieprecyzyjne sformułowanie art. 138b k.w., jak i skutek rozszerzonej prawomocności wyroków uznających klauzule wzorcowe za abuzywne, powodują, że adresatami art. 138b k.w. mogą być również inni (niż pozwany) przedsiębiorcy stosujący klauzulę identyczną jak wpisana do rejestru. Z uwagi na sporny zakres podmiotowy skutku *erga omnes*, o czym była już mowa, wywieranego przez wyrok uwzględniający powództwo, wydany w ramach kontroli abstrakcyjnej wzorców umownych, poglądy na temat zakresu podmiotowego przepisów art. 138b k.w. mogą być zróżnicowane. Gdyby zatem przyjąć, iż rozszerzona prawomocność wyroków wydawanych w wyniku przeprowadzenia abstrakcyjnej kontroli wzorca odnosi się jedynie do relacji pozwany przedsiębiorca — konsumenci, wówczas należałoby za-

²⁷ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 lipca 2000 r. w sprawie wzoru rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone (Dz. U. Nr 62, poz. 723).

²⁸ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (t. jedn. Dz.U. z 2007, Nr 109, poz. 756, ze zm., cyt. dalej jako: k.w.).

razem uznać, że odpowiedzialność na podstawie art. 138b k.w. może ponieść wyłącznie przedsiębiorca, który był stroną pozwaną w sprawie, w której zapadł wyrok SOKiK. Natomiast gdyby opowiedzieć się za ścisłym rozumieniem skutku *erga omnes* ustanowionego w art. 479⁴³ k.p.c., wówczas należałoby zarazem zająć stanowisko, iż odpowiedzialność na podstawie art. 138b k.w. ponosi każdy przedsiębiorca, który stosuje postanowienie uznane za niedozwolone po jego wpisie do rejestru klauzul abuzywnych. W razie wypełnienia znamion wykroczenia, opisanych w art. 138b k.w., karze grzywny przewidzianej w tym przepisie podlega przedsiębiorca będący osobą fizyczną (art. 138b § 1 k.w.). Jeżeli jednak przedsiębiorca nie jest osobą fizyczną, wówczas odpowiedzialność karną przewidzianą w art. 138b k.w. ponosi osoba (fizyczna) kierująca takim przedsiębiorstwem lub osoba upoważniona do zawierania umów z konsumentami (art. 138b §2 k.w.).

Istnienie wykroczenia w postaci stosowania niedozwolonych klauzul umownych wpisanych do rejestru oznacza, iż każdorazowa decyzja o opracowaniu czy wprowadzeniu do obrotu wzorca powinna ze strony ostrożnego przedsiębiorcy pociągać za sobą sprawdzenie dopuszczalności przyszłych klauzul w rejestrze. Zaniechanie w tym względzie pozwoli na wniosek w kwestii winy.

Ze względu na nieprawidłowe sformułowanie samego art. 138b k.w., jak i z uwagi na kontrowersje związane ze sposobem rozumienia zakresu podmiotowego rozszerzonej skuteczności orzeczeń wydanych w ramach abstrakcyjnej kontroli wzorców, stosowanie sankcji karnej w praktyce wydaje się nader mało prawdopodobne. Ponadto wysokość zagrożenia karą grzywny, która wynosi od 20 zł do 5000 zł (art. 24 § 1 k.w.), powoduje, że sankcję tę mającą pełnić funkcję i represyjną, i prewencyjną zarazem, należy uznać za iluzoryczny instrument prawny służący zwalczaniu występowania niedozwolonych klauzul w obrocie. Stąd też wydaje się, że bardziej skutecznym „instrumentem” przeciwdziałania zjawisku wprowadzania do wzorców umownych niedozwolonych klauzul umownych jest tzw. prawo antymonopolowe (prawo ochrony konkurencji i konsumentów), a zwłaszcza ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów.

7. Kontrola klauzul abuzywnych w trybie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Podstawowym aktem prawnym, regulującym kompetencje Prezesa UOKiK w zakresie polityki konsumenckiej jest ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Do jednych z najważniejszych zadań Prezesa UOKiK należy przeciwdziałanie praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów²⁹. Konsument jako słabszy uczestnik rynku wymaga szczególnej ochrony. Prezes UOKiK może wszczynać postępowania administracyjne w stosunku do podmiotów, które stosują praktyki naru-

²⁹ Patrz szerzej: M. Szydło, *Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów*, Mon. Pr. 2004, nr 17, s. 791-798; A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny, M. Szydło, *Nowa uokik z 2007 r.: krytyczna analiza niektórych rozwiązań*, PUG 2007, nr 5, s. 13 oraz 16-17; A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny, M. Szydło, *Nowa uokik z 2007 – kolejny krok w kierunku doskonalenia podstaw publicznoprawnej ochrony konkurencji w Polsce*, PUG 2007, nr 4; M. Sendrowicz, *Naruszenie prawa konkurencji a możliwość dochodzenia roszczeń przez konsumentów*, Prawo konkurencji na co dzień, Biuletyn UOKiK 2007, nr 6.

szające zbiorowe interesy konsumentów. Przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy, a w szczególności: stosowanie postanowień wzorców umów, które zostały wpisane do rejestru wzorców umów uznanych za niedozwolone, o których mowa w art. 479⁴⁵ k.p.c., naruszenie obowiązków udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji, nieuczciwą lub wprowadzającą w błąd reklamę i inne czyny nieuczciwej konkurencji godzące w zbiorowe interesy konsumentów (art. 24 ust. 2 u.o.k.k.).

Poprzednio obowiązująca ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawierała jednoznacznego zakazu stosowania przez przedsiębiorców praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Ograniczała się do sformułowania definicji praktyki oraz przyznania Prezesowi UOKiK kompetencji władczych do wydania decyzji zakazujących określonych zachowań. Obecnie obowiązująca ustawa usunęła ten mankament, wprowadzając w art. 24 ust. 1 u.o.k.k. jednoznaczny zakaz praktyk tego rodzaju. Zachowano dotychczasową definicję praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Przepis art. 24 ust. 2 u.o.k.k. uznaje za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy. Tak więc zachowanie dotychczasowej definicji nie rozwiązuje szeregu problemów dotyczących zakresu przedmiotowego omawianego zakazu. W definicji praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów można wyróżnić trzy elementy: działanie, bezprawność oraz naruszenie zbiorowych interesów konsumentów. Wzorem poprzednio obowiązującej ustawy praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów przejawia się w „działaniu” przedsiębiorcy. Ustawodawca nie był jednak konsekwentny, ponieważ w przykładowym katalogu praktyk umieścił naruszenie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji, która to praktyka przybiera postać zaniechania. Tym samym zaniechanie takie będzie należało niekiedy traktować jako działanie w rozumieniu art. 24 ust. 2 u.o.k.k. Bezprawność działania polega na naruszeniu przepisów przyznających konsumentom jakiegokolwiek uprawnienie, którego korelatem jest powstanie po stronie przedsiębiorcy obowiązku określonego zachowania. Jest wątpliwe, czy omawiany zakaz stosuje się do działań przedsiębiorców, które są sprzeczne wyłącznie z dobrymi obyczajami, skoro przykładowe wyliczenie art. 24 ust. 2 u.o.k.k. obejmuje też inne czyny nieuczciwej konkurencji. Nowa ustawa nie zawiera, podobnie jak poprzednia, definicji pojęcia zbiorowych interesów konsumentów. Jak się wydaje, zamierzeniem ustawodawcy było dostarczenie wskazówek, kiedy praktyka stosowana przez przedsiębiorcę, która godzi w interesy konsumentów, narusza jednocześnie zbiorowe interesy konsumentów. Nie każde bowiem zachowanie przedsiębiorcy godzące w interesy konsumenta, narusza zbiorowe interesy konsumentów. Z punktu widzenia kwalifikacji praktyki jako naruszającej zbiorowe interesy konsumentów nieistotne jest, jaka ilość konsumentów dotknięta jest praktyką przedsiębiorcy. Skoro bowiem na pojęcie zbiorowego interesu konsumentów nie składa się suma indywidualnych interesów konsumentów, to o kwalifikacji zachowania jako praktyki w rozumieniu art. 24 ust. 2 u.o.k.k. nie decyduje liczba konsumentów dotkniętych negatywnymi konsekwencjami zachowania przedsiębiorcy. Zbiorowy interes konsumentów nabiera zatem cech obiektywnych i abstrakcyjnych. Do naruszenia zbiorowego interesu konsumentów

dochodzi niezależnie od tego, czy zachowanie przedsiębiorcy narusza interesy jednego, dwóch, stu lub tysiąca konsumentów. Praktyką w rozumieniu art. 24 ust. 2 u.o.k.k. będzie zatem takie działanie przedsiębiorcy, które można uznać za skierowane do z góry nieoznaczonego adresata. Innymi słowy, każdy konsument, który znalazłby się w takim samym stanie faktycznym zostałby przez przedsiębiorcę potraktowany identycznie.

Obecnie obowiązująca ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wprowadziła likwidację instytucji postępowań prowadzonych na wniosek. Pod rządami poprzedniej ustawy, Prezes UOKiK miał obowiązek dokonania wszechstronnej oceny wniosku i zbadania, czy poruszone kwestie mogą być przedmiotem postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Nowa u.o.k.k. wprowadziła instytucję zawiadomienia. Każdy może zgłosić zawiadomienie na piśmie z uzasadnieniem podejrzenia stosowania praktyk ograniczających konkurencję lub naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Prezes UOKiK kończąc postępowanie w zakresie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów wydaje decyzje (art. 26-28 u.o.k.k.). Najczęściej są to decyzje stwierdzające praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów oraz nakazujące zaniechania jej stosowania. Wydając tego rodzaju decyzję, Prezes UOKiK może określić środki usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów w celu zapewnienia wykonaniu nakazu, w szczególności zobowiązać przedsiębiorcę do złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia o treści i formie określonej decyzji. Może również nakazać publikację decyzji w całości lub w części na koszt przedsiębiorcy. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. wprowadziła pewne zmiany co do kwestii wydawania przez Prezesa UOKiK decyzji w sprawach ograniczających zbiorowe interesy konsumentów. Przede wszystkim przewidziano możliwość zastosowania art. 27 ust. 2 u.o.k.k. (dotyczącego określenia środków usunięcia trwałych skutków naruszenia) do decyzji określonych w art. 28 u.o.k.k., tj. w sytuacji, kiedy przedsiębiorca stosował zakazaną praktykę, ale zaniechał jej przed wydaniem decyzji. Takie rozwiązanie ma na celu ochronę interesów konsumentów pokrzywdzonych na skutek praktyki, której stosowania przedsiębiorca już zaprzestał.

Zasadniczą zmianą, w stosunku do poprzedniej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest możliwość nakładania przez Prezesa UOKiK kar pieniężnych na przedsiębiorców stosujących praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów. Do momentu wejścia w życie nowej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów możliwe było nakładanie kar jedynie na przedsiębiorców, jeżeli podejmowali oni działania ograniczające konkurencję oraz w przypadku postępowań naruszających zbiorowe interesy konsumentów, w sytuacji gdy przedsiębiorca nie wykonywał decyzji Prezesa UOKiK. Obecnie obowiązująca ustawa przewiduje maksymalną wysokość kary, która wynosi 10% przychodu przedsiębiorcy w roku poprzedzającym rok wydawania decyzji. Takie rozwiązanie pozwoli na skuteczniejszą walkę z przedsiębiorcami naruszającymi prawa słabszych uczestników rynku. Uznano, że naruszenia zbiorowych interesów konsumentów są równie groźne jak ograniczenia konkurencji, w związku z tym możliwość nałożenia kary pieniężnej powinna spełniać funkcję odstrasżającą. Przy ustalaniu kar pieniężnych, o których mowa w tej ustawie, należy

uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów tej ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.

8. Podsumowanie

System mechanizmów kontrolnych stworzony w celu wyeliminowania nieuczciwych praktyk w obrocie konsumenckim, polegających na narzucaniu uciążliwych warunków umów za pośrednictwem wzorców umownych, dotyczy także umów o świadczenie usług turystycznych. Pełna kontrola wszystkich wzorców umownych stosowanych w obrocie należy do sądów, w tym także SOKiK oraz do Prezesa UOKiK. Obecnie kontrola wzorców nie realizuje się w trybie ich zatwierdzania przez określony organ (formę tę określano dawniej jako „autoryzowanie”), a więc nie wprowadzono tzw. kontroli wstępnej (tj. przed wprowadzeniem wzorca do stosowania).

Dla zapewnienia rzeczywistej ochrony konsumentom ważna jest aktywność właściwych instytucji, uprawnionych do wszczęcia postępowania; głównie chodzi tu o Prezesa UOKiK, rzeczników ochrony konsumenta, czy wreszcie organizacje konsumenckie. Z drugiej strony istotne jest zapewnienie konsumentom informacji, bowiem wzrost wiedzy konsumentów jest warunkiem świadomego kształtowania zachowań konsumpcyjnych. Powszechna znajomość praw i obowiązków, zarówno wśród konsumentów, jak i przedsiębiorców przez właściwe przygotowanie się konsumentów do procedury kształtowania treści nawiązywanego stosunku umownego jest warunkiem skuteczności systemu ochrony nabywców usług turystycznych.

Wprowadzenie zakazu posługiwania się klauzulami niedozwolonymi w umowach konsumenckich, wraz z abstrakcyjną kontrolą wzorców zawierających takie klauzule, może zapewnić skuteczność ochrony konsumenta przed konsekwencjami umieszczenia w umowach klauzul nieuczciwych. Ważne jest, aby zasady kontroli treści tych wzorców wzmacniane były przez orzecznictwo sądowe (stymulowane w tym kierunku przez doktrynę), które biorąc pod ochronę adresatów wzorców umownych wymuszałyby w sposób pośredni na autorach wzorców ich modyfikowanie w kierunku pełniejszego zrównoważenia pozycji stron stosunków cywilnoprawnych, w tym także w umowach o świadczenie usług turystycznych.

Poza tym, warto pomyśleć o opracowaniu pewnych zasad uniwersalnych, tzw. „miękkiego prawa”, w postaci zasad dobrych praktyk na rynku usług turystycznych dla podmiotów prowadzących działalność gospodarczą na tym rynku, wzorem zjawisk podobnych na innych rynkach, gdzie świadczone są usługi, także konsumenckie³⁰. Jest to pewien mechanizm funkcjonujący w nowoczesnym biznesie, w tym wielu rynkach i branżach, także można zauważyć ich wrastające znaczenie w polity-

³⁰ Patrz m.in. przykłady dobrych praktyk i standardów profesjonalnego postępowania: Zasady Dobrej Praktyki Bankowej - opracowane przez Związek Banków Polskich, Kodeks Etyki w Działalności gospodarczej - Krajowej Izby Gospodarczej, Kodeks Etyczny Spółdzielczych Kas Oszczędnościowo-Kredytowych. Szerzej co występowania w innych branżach a także co do ich znaczenia: P. Zapadka, *Dobre praktyki Rynku Finansowego -wybrane aspekty*, PB 2007, nr 7-8; M. Bączyk, [w:] *Prawo umów handlowych*, red. S. Włodyka, Warszawa 2006; A. Mokrysz-Olszyńska, *Rola kodeksów dobrych praktyk w ochronie konsumenta*, [w:] *Ochrona konkurencji i konsumenta (studia prawnno-ekonomiczne)*, red. C. Banasiński, Warszawa 2005.

ce regulacyjnej UE (np. Europejski Kodeks Dobrej Administracji). Pojawia się następna kwestia – jaki podmiot miałby zająć się opracowaniem takich zasad na rynku usług turystycznych. Wydaje się, że mogłyby to być Polska Organizacja Turystyczna we współpracy z lokalnymi i regionalnymi organizacjami turystycznymi. Takie zasady mogłyby być miernikiem staranności zawodowej, koncentrowałyby się na regułach postępowania w stosunkach z klientami, podkreślając, wzorem zasad etycznych przewidzianych w innych branżach, że profesjonalista nie może wykorzystywać swojego profesjonalizmu w sposób naruszający interesy klientów, a niewątpliwie stosowanie klauzul niedozwolonych, krzywdzących konsumenta, jest tego przykładem; likwidowałoby zjawiska niepożądane; wprowadzały profesjonalne standardy w ramach prowadzonej działalności usługowej, podwyższając poziom reputacji, zaufania klientów do świadczonych usług.

Obecnie świadczenie usług turystycznych odbywa się „kosztem” konsumentów, gdzie profesjonalści wykorzystują brak informacji o świadczonych usługach. W sytuacji narastającego zjawiska stosowania klauzul abuzywnych we wzorcach dotyczących świadczenia usług turystycznych, należałoby rozważyć także możliwość dokonywania tzw. kontroli wstępnej wzorców, zanim będą przeznaczane do masowego stosowania oraz wskazania podmiotu, który dokonywałby tej kontroli (może POT, lokalne organizacje turystyczne lub regionalne organizacje turystyczne albo wszystkie przy zastosowaniu konsultacji).

Miarą dojrzałości społeczeństwa jest sposób traktowania istot słabszych, w tym konsumenta. Nasuwa się pytanie, czy prawo chroni w dostatecznym stopniu jego interesy? Z jednej strony, regulacje prawa konsumenckiego dość precyzyjnie normują niedozwolone praktyki rynkowe, jakich przedsiębiorcy powinni się wystrzegać, jednakże w tym kontekście prawo nie określa miernika staranności wymaganej od konsumenta, a niejednokrotnie od tego miernika staranności konsumenta będzie zależało, czy w późniejszym postępowaniu sądowym skutecznie uwolni się on od następstw zawarcia umowy, w której prawa i obowiązki zostały ustalone w sposób naruszający jego interesy poprzez narzucanie nieuczciwych postanowień umownych (klauzul niedozwolonych). W obecnym stanie prawnym brak jest narzędzi umożliwiających efektywne dochodzenie roszczeń konsumenckich. Stąd też znaczącą zmianą w tym zakresie byłoby wprowadzenie do k.p.c. przepisów dopuszczających możliwość występowania z roszczeniami w imieniu grup poszkodowanych konsumentów przez podmioty ich reprezentujące. Instytucja pozwów zbiorowych mogłaby stać się czynnikiem łączącym większą liczbę mniejszych roszczeń w jednym sporze (wpływając tym samym na skrócenie czasu postępowania oraz zmniejszenie kosztów). Konsumentom pozwoliłoby to na oszczędność czasu i środków. Kwestią pozostająca do rozwiązania byłoby ustalenie podmiotu, który reprezentowałby interesy indywidualnych osób w tym zakresie. W opinii UOKiK rolę taką mogłyby odegrać organizacje konsumenckie. Ponadto wydaje się, że kolejnym czynnikiem, który mógłby wpłynąć na zwiększenie liczby postępowań dotyczących indywidualnych roszczeń konsumenckich, byłoby uregulowanie kwestii związanych z określeniem relacji pomiędzy rozstrzygnięciami zawartymi w decyzjach antymonopolowych (stwierdzającymi naruszenie prawa konkurencji) a orzeczeniami sądowymi. Wiązałoby się to z założeniem, że sam fakt wydania decyzji przez organ antymonopolowy świadczy-

łby o naruszeniu prawa konkurencji, a co za tym idzie, byłby podstawą do wszczęcia postępowania roszczeniowego, tzw. *follow-on action* przez przedsiębiorcę, czy konsumenta. Mechanizm ten pomógłby zarówno indywidualnym osobom, jak i samym sądom, dając im możliwość oparcia się na decyzji już podjętej przez Prezesa UOKiK, co z kolei doprowadziłoby do znacznego przyspieszenia postępowania przed sądem. Praktyka ta jest już stosowana obecnie, potrzebuje jedynie zalegalizowania w postaci obowiązującego aktu prawnego. Kolejnym udogodnieniem mogłoby być rozłożenie ciężaru dowodu naruszenia pomiędzy konsumentem dochodzącym roszczeń a pozwanym przedsiębiorcą oraz zwiększenie dostępu do dowodów potrzebnych do wykazania naruszenia. Obydwa elementy znacznie usprawniłyby postępowania sądowe w tym zakresie. Jak się wydaje, można by rozważać celowość wyodrębnienia w sądach powszechnych, przynajmniej w każdym mieście będącym siedzibą województwa, wydziałów zajmujących się rozpoznawaniem spraw konsumenckich.

W związku z tym, że w zakresie świadczenia usług turystycznych w umowach (wzorcach umów) zawieranych przez organizatorów z konsumentami pojawiają się niedozwolone klauzule umowne, krzywdzące konsumentów, a ich liczba ciągle wzrasta, warto zastanowić się nad innymi, poza omówionymi w niniejszym opracowaniu, możliwościami eliminowania tych niekorzystnych dla konsumentów praktyk rynkowych stosowanych przez organizatorów turystyki. Może warto rozszerzyć zadania Polskiej Organizacji Turystyki, regionalnych organizacji turystycznych i lokalnych organizacji turystycznych o kompetencje, które przysługują organizacjom konsumenckim (możliwość wytaczania powództw a przynajmniej nawiązania współpracy z nimi, by dokonywać tzw. wstępnej kontroli wzorców, „nieoficjalnie”), by w ten sposób wymuszać prokonsumenckie postawy u organizatorów turystyki i budować wizerunek, że nie opłaca się im wprowadzać do umów niedozwolonych klauzul umownych, z uwagi na sankcje o charakterze finansowym. Do tego koniecznym wydaje się egzekwowanie prawa konkurencji - stosowanie przewidzianych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów kar pieniężnych, gdyż kara grzywny przewidziana w kodeksie wykroczeń za dopuszczenie się wykroczenia przeciwko prawom konsumenta w postaci stosowania klauzul niedozwolonych wpisanych do rejestru klauzul abuzywnych (która jednocześnie jest także praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów z art. 24 u.o.k.k.), nie jest wystarczająca i nie zapewnia właściwej ochrony konsumentom. Pojawia się także problem aktywności odpowiednich organów i instytucji, wyposażonych w odpowiednie kompetencje w zakresie przeciwdziałania wprowadzaniu do umów niedozwolonych klauzul umownych, czasem wymuszających właściwe zachowania, kształtując w ten sposób kulturę zachowań konsumenckich, co w zakresie świadczenia usług turystycznych wydaje się zjawiskiem niezwykle pożądanym, z uwagi na skalę nieuczciwych praktyk rynkowych organizatorów turystyki.

Elżbieta Pawłowska
Maciej Czajkowski*

Niedozwolone klauzule umowne zawierane przez organizatorów turystyki w umowach o świadczenie usług turystycznych

1. Pojęcie niedozwolonych klauzul umownych

Definicja legalna niedozwolonych klauzul umownych zawarta została w art. 385¹ § 1 k.c., zgodnie z którym są to takie postanowienia umowy zawieranej z konsumentem, które nie zostały uzgodnione indywidualnie i kształtują prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Postanowienia umowne, które spełniają powyższe kryteria nie wiążą konsumenta, chyba że określają one główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie i zostały sformułowane w sposób jednoznaczny. Zgodnie z brzmieniem art. 385¹ § 3 k.c., nie uzgodnione indywidualnie są te postanowienia umowy, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu, a w szczególności odnosi się to do postanowień umowy przejętych z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta.

Jak zwrócił uwagę Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia z 19 maja 2005 r.¹, sam fakt podpisania umowy i akceptacja przez konsumenta ustalonych z góry przez organizatora warunków uczestnictwa w imprezie turystycznej, nie przesądza o tym, że umowa została indywidualnie wynegocjowana z klientem i nie podlega rygorom dotyczącym tzw. klauzul abuzywnych. Pojęcie wzorca umownego oznacza zatem wszystkie jednostronnie przygotowane z góry, przed zawarciem umowy, gotowe klauzule umowne.

Pojęcie niedozwolonych postanowień umownych, określanych również w literaturze jako postanowienia czy klauzule abuzywne, nieuczciwe, dokuczliwe, niegodziwe, zabronione czy też zakazane² odwołuje się do dwóch klauzul generalnych – „dobrych obyczajów” oraz „interesów konsumenta”. Jak przyjęte zostało w literaturze³, „dobre obyczaje” są w zasadzie równoważnikiem „zasad współżycia społecznego” i do zasad tych zalicza się tylko reguły postępowania niesprzeczne z etyką, moralnością i aprobowanymi społecznie obyczajami. Judykatura zajmuje przy tym stanowisko, zgodnie z którym zasady współżycia społecznego obejmują reguły wiążące nie tylko w obrocie powszechnym, ale i w stosunkach z udziałem profesjonalistów,

* Elżbieta Pawłowska, Maciej Czajkowski - Katedra Ekonomiki i Organizacji Turystyki AWF w Poznaniu.

¹ VI ACa 15/2005.

² J. Haberko, *Nieuczciwe klauzule umowne w umowach konsumenckich zawieranych przy użyciu wzorca*, PS 2005, nr 11-12, s. 95-112.

³ Cz. Żuławska, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, red. G. Bieniek, Warszawa 2006, s. 148.

wobec których podwyższenie kryteriów ocen ze względu na rzetelność, uczciwość i wymaganie lojalności wprowadził art. 355 §2 kodeksu cywilnego⁴.

Ponadto jak zważył Sąd Najwyższy w wyroku z 13 lipca 2005 r.⁵ „działanie wbrew dobrym obyczajom” w zakresie kształtowania treści stosunku obligacyjnego wyraża się w tworzeniu przez partnera konsumenta takich klauzul umownych, które godzą w równowagę kontraktową tego stosunku. Wykładni pojęcia dobrych obyczajów dokonał również Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 22 listopada 2005 r.⁶, w którym uznał, iż przez pojęcie „dobrych obyczajów” należy rozumieć również obowiązek uwzględnienia przez podmiot profesjonalnie zajmujący się świadczeniem określonych usług w ramach zawieranych umów, przepisów prawa dotyczących tego rodzaju umów w tym znaczeniu, że proponowane warunki realizacji świadczenia nie są mniej korzystne niż rozwiązania wynikające z tych przepisów, nawet jeżeli nie są to przepisy bezwzględnie obowiązujące.

Dokonując wykładni pojęcia „interesów konsumenta” również należy odwołać się do poglądów doktryny i judykatury, a nieodzownym jest przy tym przytoczenie tezy wyroku z 13 lipca 2005 r.⁷, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, iż w rozumieniu art. 385¹ § 1 kodeksu cywilnego „rażące naruszenie interesów konsumenta” oznacza nieusprawiedliwioną dysproporcję praw i obowiązków na jego niekorzyść w określonym stosunku obligacyjnym.

Zwrócić przy tym uwagę należy, iż pojęcie „interesy konsumenta” należy rozumieć szeroko, nie ograniczając ich do interesu ekonomicznego (wskazuje już na to chociażby forma liczby mnogiej użytej w treści przepisu), a wziąć pod uwagę trzeba również takie elementy jak zdrowie konsumenta, utracony czas, dezorganizacja toku życia, przykrości, rozczarowanie etc.⁸.

Na te aspekty pojęcia interesów konsumenta zwrócił również uwagę Sąd Apelacyjny w Warszawie m.in. w cytowanym powyżej wyroku z 22 listopada 2005 r., w którym zważył, iż pojęcie interesów konsumenta należy interpretować szeroko, nie zawężając ich tylko do kwestii interesu ekonomicznego, lecz rozważając to pojęcie również w aspekcie utrudnień i komplikacji jak i dezorganizacji życia oraz konieczności podjęcia odrębnego postępowania dla dochodzenia roszczeń. Podobne stanowisko Sąd Apelacyjny w Warszawie zajął również w wyroku z dnia 27 czerwca 2006 r.⁹, w którym stwierdził, iż jako interesy konsumenta należy rozumieć nie tylko niekorzystne ukształtowanie jego sytuacji ekonomicznej, ale interes ten może się także wyrażać w niewygodzie organizacyjnej, stracie czasu, nierzetelnym traktowaniu, czy naruszeniu prywatności konsumenta.

⁴ Orzeczenie Sądu Najwyższego z 8 stycznia 2003 r., II CKN 1097/2000, OSNC 2004, nr 4, poz. 55; orzeczenie Sądu Najwyższego z 4 czerwca 2003 r., I CKN 473/01.

⁵ I CK 832/2004, BSN 2005, nr 11.

⁶ VI ACa 177/2005.

⁷ I CK 832/2004, BSN 2005, nr 11.

⁸ E. Łętowska, *Ochrona niektórych praw konsumentów. Komentarz*. Warszawa 2001, s. 105; Ł. Węgrzynowski, *Niedozwolone postanowienia umowne jako środek ochrony słabszej strony umowy obligacyjnej*, Warszawa 2006, s. 103.

⁹ VI ACa 1505/2005.

Pamiętać przy tym jednak należy, iż definiując pojęcie niedozwolonych postanowień umownych ustawodawca posłużył się szczególnym kwalifikatorem naruszeń, wskazując iż musi być ono „rażące”, a aby można je było uznać za rażące z punktu widzenia abuzywności musi być: doniosłe, znaczące¹⁰.

Podkreślenia nadto wymaga, iż przesłanką uznania za klauzulę abuzywną postanowienia umowy zawieranej z konsumentem, które nie zostało z nim uzgodnione indywidualnie, nie jest niezgodność tego postanowienia z przepisami ustawy. Podstawą materialnoprawną uznania takiego postanowienia za niedozwolone jest właśnie art. 385¹ § 1 kodeksu cywilnego, który wprowadza całkiem inne kryterium oceny – sprzeczność postanowienia umownego z dobrymi obyczajami i rażące naruszenie interesów konsumenta.

Obydwa wskazane w normie prawnej art. 385¹ §1 kodeksu cywilnego kryteria służą do oceny tego, czy standardowe klauzule umowne zawarte we wzorcu umownym przekraczają zakres określone przez ustawodawcę granice rzetelności kontraktowej twórcy wzorca w zakresie kształtowania praw i obowiązków konsumenta.

2. Umowa o świadczenie usług turystycznych jako umowa zawierana przy wykorzystaniu wzorca umownego i konsekwencje powyższego faktu¹¹

Większość umów o świadczenie usług turystycznych zawierana jest z wykorzystaniem wzorca umownego, najczęściej w formie formularza, a integralną część umowy stanowią ogólne warunki uczestnictwa w imprezach turystycznych. Powszechnie przyjętą praktyką jest nadto umieszczanie ogólnych warunków uczestnictwa w katalogu danego organizatora turystyki, który konsument otrzymuje zawierając umowę. Najczęściej również formularz umowny zawiera postanowienie, iż konsument podpisując umowę potwierdza, iż otrzymał ogólne warunki uczestnictwa w imprezie turystycznej i je akceptuje.

Powyższe okoliczności przesądzają, iż przeważająca większość umów o świadczenie usług turystycznych zawiera postanowienia przyjęte z wzorca umownego, nie uzgodnione indywidualnie, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu, a zatem ich treść podlega ocenie przy zastosowaniu kryteriów wynikających z art. 385¹ §1 kodeksu cywilnego.

Ocena powyższa dokonywana jest przez sąd, który może badać bądź to postanowienia już zawartych umów, bądź postanowienia samych wzorców umów, które w istocie stanowią ofertę *ad personam incertam*, czyli ofertę skierowaną do publiczności¹².

Ocena taka zatem przybiera postać oceny:

¹⁰ Wyrok SA w Warszawie z 27 czerwca 2006 r., VI ACa 1505/2005.

¹¹ Omawiana problematyka jest przedmiotem wielu opracowań - zob. zwłaszcza: M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne*, Warszawa 2006, s. 43 i n.; J. Gospodarek, *Prawo w turystyce i rekreacji*, Warszawa 2007, s. 22 i n.; P. Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną w praktyce biur podróży*, [w:] *Prawo w praktyce biur podróży*, red. P. Cybula, Warszawa 2006, s. 104 i n. Jest ona jednak w dalszym ciągu aktualna, a skala nieprawidłowości występujących w tym zakresie w praktyce, uzasadnia ponowne przedstawienie tego zagadnienia.

¹² J. Rajski, W. Kocot, K. Zaradkiewicz, *Prawo kontraktów handlowych*, Warszawa 2007, s. 96.

- a) *in concreto* w toku sporu pomiędzy organizatorem turystyki a konsumentem, którego przedmiotem są skutki prawne określonego postanowienia zawartej już umowy (kontrola dokonywana *ex post*, czyli po zawarciu konkretnej umowy), która może dotyczyć każdego postanowienia umowy, z wyjątkiem tych tylko, co do których wykazano, że zostały uzgodnione indywidualnie oraz postanowień określających główne świadczenia stron, jeżeli zostały one sformułowane w sposób jednoznaczny;
- b) *in abstracto*, kiedy to Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów bada treść stosowanego przez przedsiębiorcę w stosunkach z konsumentami wzorca umowy (kontrola abstrakcyjna dokonywana *ex ante* na podstawie art. 479³⁶ i n. k.p.c.)¹³.

Podkreślenia przy tym wymaga, iż w ramach postępowania o uznanie postanowień wzorca za niedozwolone kognicja sądu jest ograniczona i sprowadza się do ustalenia czy postanowienia umowy zawieranej z konsumentem nie uzgodnione indywidualnie nie kształtują jego praw i obowiązków w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami lub rażąco naruszają jego interesy. Ocenie podlega zatem treść postanowienia wzorca, a nie sposób jego wykorzystania przez przedsiębiorcę¹⁴.

Ponadto, w sytuacji gdy sąd stwierdza stosowanie w umowie niedozwolonej klauzuli, zobowiązany jest to stwierdzenie dokładnie uzasadnić, wskazując klauzulę i przepis, który został naruszony. Tak restrykcyjne podejście wynika z tego, iż uznanie postanowienia umownego za niedozwolone wiąże się z ograniczeniem zasady swobody kontraktowej¹⁵.

Uznanie postanowienia umownego za niedozwolone w trakcie kontroli sądowej prowadzonej *in concreto*, zgodnie z treścią art. 385¹ §1 i 2 k.c. skutkuje wyeliminowaniem z umowy klauzuli, która przewidywała przysporzenie przedsiębiorcy nieuzasadnionych korzyści kosztem konsumenta.

Sanckje związane z kontrolą dokonywaną *in abstracto* zostały uregulowane w art. 479⁴² – 479⁴⁵ k.p.c., które w przypadku uznania postanowienia wzorca umownego za niedozwolone przewidują orzeczenie zakazu jego wykorzystywania, publikację w Monitorze Sądowym i Gospodarczym oraz wpisanie postanowienia do prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone.

W związku z obowiązkiem wpisania postanowienia wzorca uznanego za niedozwolony do jawnego rejestru prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, orzecznictwo uznaje¹⁶, że od chwili wpisu wyłączona zostaje możliwość ponownego wytoczenia powództwa w tym samym przedmiocie (powaga rzeczy osądzonej), i to także przez osobę, która nie brała udziału w orzeczonej sprawie (skuteczność orzeczenia *erga omnes*).

Ponadto do kontroli wzorców umownych stosowanych w obrocie konsumenckim uprawniony jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁷. Artykuł 24

¹³ Cz. Żuławska, [w:] *Komentarz...*, s. 147 i n.

¹⁴ Wyrok SA w Warszawie z 4 listopada 2004 r., VI Aca 313/2004.

¹⁵ Wyrok SN, I CK 635/2003, *Gazeta Prawna* z dnia 17 czerwca 2004 r., s. 19.

¹⁶ Uchwała SN z 19 grudnia 2003 r., III CZP 95/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 25.

¹⁷ Dz. U. Nr 50 poz. 331 ze zm.

przedmiotowej ustawy zakazuje stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, przez które rozumie się godzące w interesy konsumentów bezprawne działanie przedsiębiorcy, a w szczególności stosowanie postanowień wzorców umów, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone. W przypadku stwierdzenia naruszenia zakazu określonego w art. 24 ustawy Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazuje zaniechania jej stosowania (art. 26 u.o.k.k.).

Co więcej Prezes UOKiK uzyskał na podstawie art. 106 u.o.k.k. nowy instrument mający na celu wyeliminowanie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów w postaci uprawnienia do nałożenia na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, kary pieniężnej w wysokości nie większej niż 10 % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca choćby nieumyślnie dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów.

Jak jednoznacznie wynika przy tym z uchwały Sądu Najwyższego z 13 lipca 2006 r.¹⁸, stosowanie postanowień wzorców umów o treści tożsamej z treścią klauzul uznanych za niedozwolone prawomocnym wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i wpisanych do rejestru, może być uznane w stosunku do innego przedsiębiorcy za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. Oznacza to, że zakwestionowanie określonej klauzuli umownej przez Prezesa UOKiK nie musi mieć potwierdzenia w prawomocnym wyroku sądowym – wystarczy, że jej treść jest zbliżona do brzmienia klauzuli, która już znajduje się w rejestrze.

Problematyka ochrony klienta przed stosowaniem przez przedsiębiorców niedozwolonych klauzul umownych wykracza poza temat i ramy niniejszego artykułu, dlatego też kwestie powyższe zostały jedynie ramowo zasygnalizowane powyżej, w zakresie niezbędnym dla potrzeb artykułu¹⁹.

3. Przykłady najczęściej stosowanych niedozwolonych klauzul umownych w umowach o świadczenie usług turystycznych

3.1. Klauzule wyłączające lub istotnie ograniczające odpowiedzialność względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych²⁰ w art. 11a przewiduje tylko trzy okoliczności wyłączające odpowiedzialność organizatora turystyki względem konsumenta z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Są nimi: działanie lub zaniechanie klienta, działanie lub zaniechanie osób trzecich, nieuczestniczących w wykonywaniu usług przewidzianych w umowie, jeżeli tych działań, lub zaniechań nie można było przewidzieć ani uniknąć oraz siła wyższa. Jednakże w umowach o świadczenie usług turystycznych organizatorzy częstokroć

¹⁸ III SZP 3/06, OSNP 2007, nr 1-2, poz. 35.

¹⁹ Wyczerpujące ich omówienie znajduje się zawartym w tym opracowaniu artykule E. Rutkowskiej, *Mechanizmy i instrumenty ochrony konsumenta przed niedozwolonymi klauzulami umownymi w umowach o świadczenie usług turystycznych*.

²⁰ T. jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 223 poz. 2268 ze zm.

zawierają postanowienia rozszerzające katalog okoliczności przewidzianych ustawą o usługach turystycznych. Powyższa praktyka została wielokrotnie zakwestionowana w szeregu orzeczeń Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który za niedozwolone postanowienia umowne uznał m. in. następujące postanowienia:

- „Biuro podróży nie może zastrzec, że w żadnym przypadku nie odpowiada za takie zdarzenia, jak strajki, długie postoje na granicach lub blokady dróg”²¹;
- „Firma turystyczna nie może zastrzegać, że nie poniesie odpowiedzialności, jeśli agenci sprzedający jej wycieczki poinformują o nich klienta błędnie lub niedokładnie. Jest to sprzeczne z art. 385[3] pkt 2 kc, który zabrania wyłączenia lub istotnego ograniczenia odpowiedzialności wobec konsumenta za brak wykonania lub nienależyte wykonanie zobowiązania”²².

Kwestię odpowiedzialności za podmioty biorące udział w wykonaniu umowy poruszył w wyroku z 23 lutego 2006 r.²³ również Sąd Apelacyjny w Warszawie, w którym zważył, iż „zgodnie z art. 474 k.c. biuro podróży odpowiada jak za własne działania lub zaniechania (a więc na zasadzie ryzyka) za działania lub zaniechania osób trzecich, za pomocą których zobowiązanie wykonuje lub którym jego wykonanie powierza. Odpowiedzialności tej nie można wyłączyć co do szkody wyrządzonej umyślnie, a to wobec treści art. 473 §2 k.c.”.

Do rejestru klauzul niedozwolonych wpisane zostały w tym zakresie m. in. następujące postanowienia umów zawieranych przez organizatorów turystyki z konsumentami:

- „C.K. i T. IRTOM odpowiada tylko za niewykonanie lub nienależyte wykonanie na zasadzie winy”²⁴;
- „W przypadku, gdy na skutek błędu ewidencyjnego (np. overbooking w hotelu) konieczne będzie zakwaterowanie Klienta w innym hotelu, będzie to hotel tej samej lub wyższej kategorii. Jakikolwiek inne roszczenia Klienta są wykluczone”²⁵;
- „Biuro podróży GO TOUR zastrzega sobie w nieuniknionych przypadkach prawo do dokonania zmian w wykonaniu poszczególnych postanowień zawartej umowy, o ile nie zmieniają one charakteru imprezy. Przez 'nieuniknione przypadki' należy rozumieć np. siłę wyższą, awarię środka transportu (np. samolotu, autokaru), nad rezerwację miejsc hotelowych, zmianę ze względów logistycznych lub ze względów bezpieczeństwa. Dopuszczalne są zmiany np. rodzaju transportu, towarzystwa lotniczego, typu samolotu, trasy przelotu, zmiany lotniska na wylot i powrót z kraju, zmiany docelowego lotniska za granicą, godziny odlotów, zmiany rodzaju transferu z lotniska do hotelu oraz miejsca zakwaterowania pod warunkiem, że hotel jest tej samej lub wyższej kategorii”²⁶;
- „Odpowiedzialność Biura Podróży GO TOUR jest wykluczona w przypadku:
a) szkód powstałych w wyniku czynników niedozwolonych i przestępstw, do któ-

²¹ Wyrok SOKiK z 21 lipca 2005 r. XVII AmC 89/2003.

²² Wyrok SOKiK z 17 października 2005 r., XVII AmC 78/2004.

²³ I ACa 843/2005.

²⁴ XVII AmC 161/05.

²⁵ XVII AmC 174/05.

²⁶ XVII AmC 174/05.

rych dojdzie w czasie realizacji imprezy, za które Organizator nie ponosi odpowiedzialności, jak za działania własne, np. kradzież; b) strat moralnych, kosztów utraconego urlopu i kosztów z tym związanych, utraconych itp.; d) szkód wynikłych z działań lub zaniedbań Klienta i osób mu towarzyszących; e) szkód powstałych na skutek nieuniknionych spóźnień i uprzedzenia Klienta o możliwości ich istnienia; f) działań inwestorskich w danych rejonach”²⁷;

- „Organizator nie ponosi odpowiedzialności za przeszkody w wykonywaniu usługi turystycznej, której przyczyny tkwią w sile wyższej (powodzie, pożary, wichura itp.) oraz wojnach, strajkach, zamieszkach i tym podobnych okolicznościach, na które organizator nie ma wpływu”²⁸;
- „Organizator nie ponosi odpowiedzialności za ewentualne szkody poniesione przez uczestnika w wyniku opóźnienia odlotu. W przypadku tego opóźnienia z przyczyn od Organizatora niezależnych – Uczestnikowi nie przysługuje prawo odstąpienia od umowy lub odszkodowanie”²⁹;
- „Organizator zastrzega sobie prawo do zmiany programu i świadczeń imprezy, gdy zmiana ta jest powodowana czynnikami niezależnymi od niego, a zawarte w umowie świadczenia mogą być zastąpione jedynie świadczeniami o tym samym lub wyższym standardzie i w tej samej ilości, jednocześnie w w/w przypadku Klientowi nie przysługuje prawo do jakichkolwiek roszczeń finansowych”³⁰.

Zanegowana została również możliwość ograniczenia wysokości należnego konsumentowi odszkodowania do wysokości gwarantowanego przez organizatora ubezpieczenia. Na uwagę zasługuje w szczególności teza wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 23 lutego 2006 r.³¹, z którego wynika, iż ograniczenie przez organizatora turystyki odpowiedzialności za skutki nieszczęśliwych wypadków, kosztów leczenia i utraty zdrowia do rozmiarów kwot gwarantowanych polisą ubezpieczyciela nie może być uznane za wiążące.

Podobny pogląd wyraził Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów³², który uznał, iż biuro podróży nie ma prawa ograniczać odpowiedzialności za bagaż do wysokości sumy ubezpieczenia, rzeczywista szkoda poniesiona przez turystę może bowiem przewyższać tę kwotę.

Do rejestru klauzul niedozwolonych w tym zakresie wpisane zostały m. in. następujące postanowienia umów zawieranych przez organizatorów turystyki z konsumentami:

- „Biuro wyłącza odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu nieszczęśliwych wypadków, utraty zdrowia czy bagażu w zakresie przekraczającym kwoty gwarantowane polisą generalną Signal Iduna lub innego towarzystwa ubezpieczeniowego, z którym Biuro zawarło umowy ubezpieczenia”³³;

²⁷ XVII AmC 174/05.

²⁸ XVII AmC 161/05.

²⁹ XVII AmC 37/06.

³⁰ XVII AmC 152/05.

³¹ I ACa 843/2005.

³² XVII AmC 8/2005.

³³ XVII AmC 160/05.

- „Biuro wyłącza odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu nieszczęśliwych wypadków, utraty zdrowia czy bagażu w zakresie przekraczającym kwoty gwarantowane polisą generalną Signal Iduna”³⁴.

3.2. Klauzule wyłączające obowiązek zwrotu konsumentowi uiszczonej zapłaty za świadczenie nie spełnione w całości lub części, jeżeli konsument zrezygnuje z zawarcia umowy lub jej wykonania

Bezspornym jest, iż konsument ma prawo zrezygnować z wzięcia udziału w imprezie turystycznej i odstąpić od umowy. Jeżeli odstąpienie od umowy następuje z przyczyn leżących po stronie organizatora (np. zmiana istotnych warunków umowy, takich jak cena, miejsce pobytu, standard hotelu etc.), konsumentowi należy się zwrot pełnej wpłaconej ceny bez żadnych potrąceń, a nadto może on żądać odszkodowania za poniesione szkody.

Odmienne przedstawia się sytuacja, gdy konsument odstępuje od umowy z przyczyn leżących po jego stronie. W ogólnych warunkach uczestnictwa stosowanych przez większość organizatorów turystyki znajdują się postanowienia przewidujące ryczałtowe rozliczenie kosztów odstąpienia od umowy, niezależne od kosztów faktycznie poniesionych przez organizatora turystyki. Tego rodzaju postanowienia, umożliwiające organizatorowi turystyki potrącanie kwot, które przewyższają faktycznie poniesione przez organizatora koszty związane z rezygnacją konsumenta, stanowią niedozwolone klauzule umowne wskazane w art. 385³ pkt 12 i pkt 17 kodeksu cywilnego. Identyczne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 19 maja 2005 r.³⁵, w którym stwierdził, iż „nie znajdują dostatecznego uzasadnienia postanowienia umowne, które pozwalają na automatyczne, sztywno ustalone ryczałtowe potrącenie odpowiedniej części wypłaconych przez konsumenta kwot, w oderwaniu od rzeczywiście ponoszonej straty w wyniku rezygnacji przez niego z imprezy turystycznej. Takie klauzule umowne mają prowadzić do zatrzymania przez usługodawcę kwot przekraczających realną stratę i stanowiących nieuzasadniony zysk”.

Praktyka ta została również zakwestionowana przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który stwierdził m. in., że: „W przypadku gdy klient rezygnuje z wycieczki, biuro podróży powinno zwrócić klientowi wpłaconą przez niego kwotę, pomniejszając ją o wydatki rzeczywiście poniesione przez biuro. Na kilka dni przed wyjazdem organizator turystyki mógł już ponieść koszty związane ze zorganizowaniem wyjazdu. Nie oznacza to jednak, że może sobie potrącić 100 proc. ceny imprezy, gdyż tak wysokich kosztów nie poniósł – cena zwiera przecież również zysk organizatora”³⁶.

Do rejestru klauzul niedozwolonych wpisane zostały m. in. następujące postanowienia umów zawieranych przez organizatorów turystyki z konsumentami :

- „Biuro z uwagi na poniesione koszty organizacji imprezy, zakupu świadczeń u kontrahenta zastrzega sobie prawo dokonania potrąceń – liczonych od całkowitej ceny imprezy – wg następujących zasad:– do 45 dni przed dniem wyjazdu sta-

³⁴ XVII AmC 67/05.

³⁵ VI ACa 15/2005.

³⁶ XVII AmC 88/04.

- ła opłata manipulacyjna w wysokości – 5%,– od 44 do 31 dni przed dniem wyjazdu – 10 %,– od 30 do 15 dni przed dniem wyjazdu – 35%,– od 14 do 8 dnia przed dniem wyjazdu – 5%,– 7 dni lub mniej przed dniem wyjazdu – 80%,– w dniu wyjazdu lub później – 100%”³⁷;
- „Klient ma prawo odstąpić od umowy w każdym czasie przed wyjazdem. Rezygnacją może nastąpić jedynie w formie pisemnego oświadczenia, a każdy Klient zostaje obciążony następującymi kosztami: a) 100 zł (od każdej osoby wpisanej na głoszeniu) w przypadku rezygnacji na 31 dni lub więcej przed terminem odlotu, b) 20% ceny rzeczywistej imprezy, przy rezygnacji zgłoszonej od 30 do 21 dnia włącznie przed terminem odlotu, c) 50% ceny rzeczywistej imprezy, przy rezygnacji zgłoszonej od 20 do 11 dnia włącznie przed terminem odlotu, d) 70% ceny rzeczywistej imprezy, przy rezygnacji złożonej od 10 do 4 dnia włącznie przed terminem odlotu, e) 100% ceny rzeczywistej, w przypadku rezygnacji złożonej od 3-go dnia do daty rozpoczęcia imprezy”³⁸;
 - „Organizator z uwagi na poniesione koszty ma prawo dokonania potrąceń, z wniesionych przez Klienta opłat wg poniższych zasad: a) 90 PLN od osoby opłaty manipulacyjnej, jeżeli rezygnacja nastąpi w terminie krótszym niż 45 dni przed datą rozpoczęcia imprezy, b) 10% wartości imprezy, jeżeli rezygnacja nastąpi w terminie od 44 do 31 dni przed datą rozpoczęcia imprezy, c) 35% wartości imprezy, jeżeli rezygnacja nastąpi w terminie od 30 do 22 dni przed datą rozpoczęcia imprezy, d) 50% wartości imprezy, jeżeli rezygnacja nastąpi w terminie od 21 do 15 dni przed datą rozpoczęcia imprezy, e) 75% wartości imprezy, jeżeli rezygnacja nastąpi w terminie od 14 do 8 dni przed datą rozpoczęcia imprezy f) 95% wartości imprezy, jeżeli rezygnacja nastąpi w terminie krótszym niż 8 dni przed datą rozpoczęcia imprezy”³⁹.

3.3. Klauzule przewidujące uprawnienie kontrahenta konsumenta do określenia lub podwyższenia ceny lub wynagrodzenia po zawarciu umowy bez przyznania konsumentowi prawa odstąpienia od umowy

Artykuł 12 ust. 1 pkt 1 u.u.t. nakłada na organizatora turystyki obowiązek wskazania w dostarczanych klientom informacjach pisemnych ceny imprezy turystycznej lub usługi turystycznej albo sposobu jej ustalenia.

Cena imprezy turystycznej mająca z reguły charakter jednolitego ryczałtowego wynagrodzenia powinna obejmować koszty wszystkich świadczeń objętych programem oraz wszelkie koszty dodatkowe, jak np. opłaty lotniskowe czy składkę na ubezpieczenia kosztów leczenia i następstw nieszczęśliwych wypadków. Jeżeli jest inaczej organizator ma obowiązek wyraźnie powyższy fakt zaznaczyć.

Natomiast z art. 17 u.u.t. wynika, że cena ustalona w umowie nie może być podwyższona chyba, że umowa wyraźnie przewiduje możliwość podwyższenia ceny, a organizator turystyki udokumentuje wpływ na podwyższenie ceny jednej z następujących okoliczności: wzrostu kosztów transportu, wzrostu opłat urzędowych, podatków lub opłat należnych za takie usługi, jak lotniskowe, załadunkowe lub przeładun-

³⁷ XVII AmC 160/05.

³⁸ XVII AmC 37/06.

³⁹ XVII AmC 152/05.

kowe w portach morskich i lotniczych, wzrostu kursów walut. Artykuł 17 ust. 2 u.u.t. wskazuje nadto, iż w okresie 20 dni przed datą wyjazdu cena ustalona w umowie nie może być podwyższona.

Praktyka wskazuje jednak, iż organizatorzy turystyki naruszają powyższe normy wynikające z przepisów ustawy o usługach turystycznych, bądź to poprzez skrócenie ustawowego terminu, po upływie którego nie mogą już podwyższyć ceny bądź też rozszerzając ustawowy katalog przyczyn uzasadniających podwyższenie ceny imprezy. Postanowienia takie, jako mniej korzystne dla konsumenta, a tym samym sprzeczne z semiimperatywnymi normami prawnymi zawartymi w ustawie o usługach turystycznych, nie mają mocy wiążącej.

Konsekwencją podwyższenia ceny imprezy przez organizatora z zachowaniem warunków ustawowych jest uprawnienie konsumenta do odstąpienia od umowy za zwrotem wszelkich wpłaconych kwot (art. 14 ust. 5 pkt 2 u.u.t.). Organizatorzy turystyki chcąc uniknąć ewentualnych negatywnych konsekwencji związanych z podwyższeniem ceny imprezy zawierają w umowach postanowienie, iż podwyższenie ceny np. o mniej niż 10 % nie stanowi zmiany warunków umowy. Tym samym organizatorzy ograniczają prawo odstąpienia przez konsumenta od umowy bez ponoszenia finansowych konsekwencji swojej decyzji.

Kluczowe znaczenie dla ustalenia, iż powyższe postanowienia mają charakter klauzul niedozwolonych stanowi art. 385³ pkt 20 k.c., który wśród przykładowo wyliczonych postanowień uznawanych za niedozwolone, wymienia postanowienia przewidujące uprawnienie kontrahenta konsumenta do określenia lub podwyższenia ceny lub wynagrodzenia po zawarciu umowy bez przyznania konsumentowi prawa odstąpienia od umowy.

Do rejestru klauzul niedozwolonych w omawianym zakresie wpisane zostały m. in. następujące postanowienia umów zawieranych przez organizatorów turystyki z konsumentami :

- „W przypadku, gdy podwyżka cen wyniesie mniej niż 10% pierwotnej ceny imprezy, Klient jest zobowiązany do dopłaty środków pieniężnych, bez prawa do bezkosztowego odstąpienia od umowy (ewentualna rezygnacja może nastąpić zgodnie z punktem 4.3). W przypadku, gdy podwyżka wyniosłaby więcej niż 10% ceny wykupionych świadczeń, Klient jest uprawniony do odstąpienia od umowy bez uiszczania dodatkowych opłat (w takim przypadku JET TOURISTIC POLAND Sp. z o .o. jest zobowiązana do zwrotu uprzednio wpłaconych przez klienta środków pieniężnych w ciągu 7 dni) lub skorzystania z innej imprezy porównywalnej cenowo, oczywiście jeśli będziemy w stanie Państwu takową imprezę zaoferować”⁴⁰;
- „Organizator zastrzega sobie prawo do zmiany ceny imprezy w przypadku wzrostu: (...) innych kosztów mających wpływ na przyjętą kalkulację imprezy. Klient może zrezygnować bez poniesienia kosztów w przeciągu 3 dni od powiadomienia, jeżeli podwyżka przekracza 10% ceny”⁴¹;

⁴⁰ XVII AmC 100/04.

⁴¹ XVII AmC 152/05.

- „Biuro Podróży Wygoda Travel zastrzega sobie możliwość zmiany ceny imprezy. (...) Przy wzroście ceny powyżej 10% klient ma prawo do odstąpienia od umowy i odzyskania całej kwoty wpłaconej do Biura Podróży Wygoda Ravel”⁴²;
- „BT Barbara zastrzega sobie zatem prawo podniesienia ceny za imprezę w przypadku zmian stawek podatków, opłat, kursu walut, środków transportu etc. Jeżeli jednak cena wzrośnie o więcej niż 15% ceny podstawowej, Klient ma prawo anulować swoje uczestnictwo i w pełni odzyskać wpłacone pieniądze”⁴³;
- „MAZUR POL zastrzega sobie prawo podwyższenia ceny imprezy nie później niż 20 dni przed datą jej rozpoczęcia, jeżeli jest to uzasadnione: a) wzrostem kosztów transportu, b) wzrostem opłat urzędowych (takich jak podatki, opłaty lotniskowe itp.), c) wzrostem kursów walut. Uczestnik w przypadku gdy nowa cena nie jest wyższa o ponad 10%, zobowiązany jest dokonać zapłaty”⁴⁴.

Równocześnie jednak SOKiK w innym kontrowersyjnym wyroku orzekł, iż „uzależnienie przez biuro podróży możliwości odstąpienia od umowy od tego, o ile procent wzrośnie cena wycieczki, nie stanowi zakazanej klauzuli umownej”⁴⁵.

Powyższe rozstrzygnięcie rodzić musi uzasadnione wątpliwości, gdyż z ustawy o usługach turystycznych wynika niezbicie, iż każda zmiana warunków umowy uprawnia klienta do odstąpienia od umowy, a nadto w ustawie nie znajduje się żaden przepis kwalifikujący rodzaje zmian ze względu na ich doniosłość, których wprowadzenie uprawniałoby lub też nie klienta do odstąpienia od umowy. Ponadto przyjęcie za słuszne stanowiska sądu prowadziłoby do sytuacji, iż organizator mógłby wprowadzić do umowy postanowienie, iż nawet bardzo znaczne podwyższenie ceny np. o 30 % nie uprawnia konsumenta do odstąpienia od umowy.

3.4. Klauzule uzależniające odpowiedzialność kontrahenta konsumenta od wykonania zobowiązań przez osoby, za pośrednictwem których kontrahent konsumenta zawiera umowę lub przy których pomocy wykonuje swoje zobowiązanie, albo uzależniają tę odpowiedzialność od spełnienia przez konsumenta nadmiernie uciążliwych formalności

Jak podniesiono uprzednio umowa o świadczenie usług turystycznych zawiera zobowiązanie organizatora do spełnienia na rzecz konsumenta całego szeregu świadczeń, jak np. zakwaterowanie, transport czy wyżywienie, tworzących zintegrowaną całość. Najczęściej organizator powierza wykonanie większości świadczeń objętych umową innym podmiotom, w tym w szczególności przedsiębiorstwom transportowym i hotelarskim.

Z treści art. 474 k.c. regulującego odpowiedzialność z tytułu niewykonania czy też nienależytego wykonania zobowiązania wynika, iż dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania lub zaniechania osób, z których pomocą zobowiązania wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. Również art. 11a ust. 1 pkt 2 u.u.t. wprowadza odpowiedzialność orga-

⁴² XVII AmC 91/04.

⁴³ XVII AmC 90/04.

⁴⁴ XVII AmC 119/03.

⁴⁵ XVII AmC 33/04.

nizatora za podmioty uczestniczące w wykonaniu umowy o świadczenie usług turystycznych.

Powyższe regulacje służą przede wszystkim ochronie interesów konsumenta, który najczęściej nie posiada wyczerpujących informacji na temat podmiotów, za pomocą których organizator wykonuje zobowiązanie i nie ma wpływu na ich wybór. Konsument zawierając umowę działa w zaufaniu do organizatora, iż dobiera on podmioty gwarantujące należyte wykonanie umowy, zgodnie z jej treścią.

Wobec powyższego niedopuszczalne są wszelkie postanowienia umowne, które wyłączają odpowiedzialność organizatora za uchybienia powstałe z przyczyn leżących po stronie podmiotów biorących udział w wykonaniu umowy, co podkreśla również treść art. 385³ pkt 21 k.c., uznając za niedozwolone postanowienia umowne klauzule uzależniające odpowiedzialność kontrahenta konsumenta od wykonania zobowiązań przez osoby, za pośrednictwem których kontrahent konsumenta zawiera umowę lub przy których pomocy wykonuje swoje zobowiązanie.

Uzależnienie odpowiedzialności organizatora wobec konsumenta od wykonania zobowiązań przez podmioty biorące udział w wykonaniu umowy powodowałoby przesunięcie na konsumenta ryzyka gospodarczego, które obciążać powinno właśnie przedsiębiorcę.

Do rejestru klauzul niedozwolonych w tym zakresie wpisane zostały m. in. następujące postanowienia umów zawieranych przez organizatorów turystyki z konsumentami:

- „JET TOURISTIC POLAND Sp. z o. o. nie bierze na siebie odpowiedzialności za wady lub niewykonanie usług podwykonawców, oferowanych na miejscu trwania imprezy (np. wycieczki fakultatywne, wynajem samochodów, itp.). Wyżej wymieniona odpowiedzialność nie powstaje wówczas, jeśli nasz przedstawiciel uczestniczy w organizowaniu tych dodatkowych usług”⁴⁶;
- „Organizator nie ponosi odpowiedzialności za przejściowe niedogodności w hotelach związane z brakiem klimatyzacji, wody lub prądu oraz konserwacją basenów i innych urządzeń”;
- „Biuro podróży nie jest odpowiedzialne za niedogodności w hotelu spowodowane np. czasowym odcięciem ciepłej wody, ogrzewania lub klimatyzacji, naprawą lub konserwacją basenów kąpielowych itp.”;
- „Organizator wyłącza całkowicie odpowiedzialność za wady imprez objętych ofertą Organizatora o ile oferta została odmiennie zaprezentowana przez osoby działające w imieniu organizatora”⁴⁷.

Ponadto SOKiK zakwestionował regulacje ograniczające, w szczególności co do czasu czy też formy, możliwość składania reklamacji przez konsumentów, jako klauzule ograniczające lub utrudniające konsumentom skuteczne dochodzenie roszczeń. Postanowieniami najczęściej spotykanymi w umowach przygotowywanych przez organizatorów turystyki są klauzule nakładające na klientów biur podróży nazbyt uciążliwe formalności w zakresie prawa do składania reklamacji lub przyznające organizatorom za długi termin na ich rozpatrzenie.

⁴⁶ XVII AmC 100/04.

⁴⁷ XVII AmC 81/03.

Badając powyższe kwestie SOKiK stwierdził m. in.:

- „Ograniczenie możliwości składania reklamacji czy wyłączenie odpowiedzialności za niedogodności związane z pobytem turystów to niedozwolone klauzule umowne”⁴⁸;
- „Nałożenie na klientów obowiązku składania pisemnej reklamacji pilotowi wycieczki, w trakcie trwania imprezy i w dodatku w ciągu 24 godzin, stanowi zakazaną klauzulę umowną”⁴⁹.

Do rejestru klauzul niedozwolonych wpisane zostały m. in. następujące postanowienia umów zawieranych przez organizatorów turystyki z konsumentami :

- „W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy uczestnik ma prawo zgłosić reklamację Organizatorowi imprezy w siedzibie GO TOUR w Warszawie 00-024, Al. Jerozolimskie 44 lok. 1029 do 7 dni kalendarzowych od daty ukończenia imprezy. Opóźnienie powoduje nieważność reklamacji. Datą decydującą jest data otrzymania reklamacji w formie pisemnej przez Biuro Podróży Go Tour lub data nadania reklamacji w urzędzie pocztowym”⁵⁰;
- „Reklamacje związane z zakwaterowaniem, wyżywieniem oraz programem wycieczki należy zgłaszać niezwłocznie do pilota/rezydenta, który jest zobowiązany do ich usunięcia na miejscu. W przeciwnym wypadku należy sporządzić protokół, który musi być podpisany z dopiskiem 'zapoznałem się' przez pilota/rezydenta. Niepodpisane reklamacje przez w/w przedstawiciela Organizatora nie będą rozpatrywane przez Biuro Podróży GO TOUR. Przedstawiciel Organizatora działający w miejscu imprezy nie jest upoważniony do uznawania roszczeń”⁵¹;
- „Okoliczności podnoszone w reklamacji powinny być potwierdzone w czasie trwania imprezy przez przedstawiciela Organizatora (pilota wycieczki lub rezydenta) w miejscu realizacji imprezy poprzez adnotację 'przyjęto do wiadomości' pod rygorem nieważności”⁵²;
- „Pisemne reklamacje są przyjmowane do 7 dni od zakończenia imprezy. Uwagi zawarte w reklamacji powinny być potwierdzone przez przedstawiciela Organizatora lub dyrekcję statku. Reklamacje złożone w późniejszym terminie nie będą rozpatrywane”⁵³.

3.5. Klauzule wyłączające jurysdykcję sądów polskich lub poddające sprawę pod rozstrzygnięcie sądu polubownego polskiego lub zagranicznego albo innego organu, a także klauzule narzucające rozpoznanie sprawy przez sąd, który wedle ustawy nie jest miejscowo właściwy

We wzorach umów proponowanych konsumentom przez organizatorów turystyki często znajdują się postanowienia narzucające rozpoznanie sprawy przez sąd, który wedle ustawy nie jest miejscowo właściwy, w tym również przez sąd polubowny. Klauzule powyższe stanowią niedozwolone postanowienia umowne określone

⁴⁸ XVII AmC 109/03.

⁴⁹ XVII AmC 83/03.

⁵⁰ XVII AmC 174/05.

⁵¹ XVII AmC 174/05.

⁵² XVII AmC 174/05.

⁵³ XVII AmC 152/05.

w art. 385³ pkt 23 k.p.c., zgodnie z którym za niedozwolone postanowienia umowne, w razie wątpliwości, uważa się w szczególności te, które poddają sprawę pod rozstrzygnięcie sądu polubownego polskiego lub zagranicznego albo innego organu, a także narzucają rozpoznanie sprawy przez sąd, który wedle ustawy nie jest miejscowo właściwy. Zasadniczo sądem właściwym miejscowo, zgodnie z art. 27 § 1 k.p.c., jest sąd miejsca zamieszkania lub siedziby pozwanego (właściwość ogólna) bądź ewentualnie, zgodnie z art. 34 k.p.c., sąd właściwy ze względu na miejsce wykonania umowy (właściwość przemienna). Zmiana właściwości miejscowej sądu, choć dopuszczalna, gdyż w sprawach konsumenckich przepisy k.p.c. nie zastrzegają właściwości wyłącznej, stanowi jednakże zagrożenie interesu konsumenta w sytuacjach, w których zmuszony byłby do prowadzenia procesu przed sądem w odległej miejscowości. Co więcej, sąd wskazany w umowie (najczęściej właściwy dla siedziby organizatora turystyki), byłby właściwy również w sprawach, w których w charakterze pozwanego występowałby konsument, w których według właściwości ogólnej sądem właściwym byłby sąd miejsca zamieszkania konsumenta.

Do rejestru klauzul niedozwolonych w omawianym zakresie wpisane zostały m. in. następujące postanowienia umów zawieranych przez organizatorów turystyki z konsumentami :

- „Wszelkie spory prawne wynikłe z umowy o świadczenie usług turystycznych będą rozstrzygane przez sąd właściwy ze względu na położenie siedziby Biura Podróży GO TOUR”⁵⁴;
- „Wszelkie spory wynikłe na tle niniejszej umowy będą rozpatrywane przez Sąd miejscowo właściwy dla siedziby Biura Podróży Wygoda Ravel”⁵⁵;
- „Wszelkie spory wynikające z realizacji umowy Organizator i Klient będą starali się rozwiązać polubownie, a w razie niemożności takiego rozwiązania wszelkie spory rozstrzyga sąd właściwy rzeczowo dla siedziby Organizatora”⁵⁶;
- „W przypadku nie możliwości rozstrzygnięcia sporu na drodze porozumienia stron, strony wyrażają zgodę na wyłączenie właściwości sądów powszechnych i poddają się orzecznictwu Sądu Arbitrażowego”⁵⁷.

4. Wnioski

Z raportu z kontroli wzorców umownych stosowanych przez organizatorów turystyki sporządzonego w czerwcu 2005 r. przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wynika, iż spośród 119 podmiotów objętych kontrolą, w przypadku aż 114 stwierdzono nieprawidłowości w zakresie treści stosowanych postanowień umownych. Równocześnie wśród ponad 1200 klauzul wpisanych do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, kilkaset pozycji obejmuje postanowienia stosowane przez organizatorów turystyki w umowach zawieranych z konsumentami.

Powyższe fakty przesądzają, iż znaczna część organizatorów turystyki wykorzystując silniejszą pozycję w kontaktach z konsumentem, wprowadzała do zawieranych

⁵⁴ XVII AmC 174/05.

⁵⁵ XVII AmC 91/04.

⁵⁶ XVII AmC 66/04.

⁵⁷ XVII AmC 20/02.

umów postanowienia niekorzystne dla konsumenta i naruszające jego interesy. Sytuacja taka spowodowana była w dużej mierze obowiązującymi do niedawna regulacjami prawnymi, zgodnie z którymi nawet stwierdzenie stosowania przez przedsiębiorcę niedozwolonych postanowień umownych nie wiązało się z daleko idącymi konsekwencjami prawnymi czy finansowymi. Dla znacznej części organizatorów turystyki korzystne było zatem wprowadzenie do umowy klauzul niedozwolonych i powoływanie się na ich obowiązywanie w przypadku ewentualnego sporu z klientem, gdyż mając na uwadze niewysoką świadomość prawną społeczeństwa, argumentacja, iż klient podpisał umowę i zaakceptował ogólne warunki uczestnictwa w imprezie wystarczyła, aby spowodować odstąpienie przez klienta od podjęcia jakichkolwiek kroków prawnych celem realizacji przysługujących mu uprawnień. Ponadto nawet w sytuacji wystąpienia przez klienta z powództwem przed sądem powszechnym czy też skierowaniem sprawy do postępowania o uznanie postanowienia wzorca umownego za niedozwolone, koszty sądowe związane z powyższymi postępowaniami były na tyle niewysokie, iż organizatorom turystyki bardziej kalkulowało się ryzyko przegranej pojedynczej sprawy niż zaniechanie stosowania klauzul niedozwolonych i narażenie się na konieczność zaspokajania roszczeń znacznie większej liczby klientów, których prawa zostały naruszone i którzy mają tego pełną świadomość.

Możliwość zmiany powyższego stanu powstała w związku z wejściem w życie przywołanej wcześniej ustawy dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, której art. 106 wyposażył Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w nowy instrument prawny mający na celu wyeliminowanie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów w postaci uprawnienia do nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej w wysokości nie większej niż 10 % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca choćby nieumyślnie dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów.

Prawidłowe korzystanie przez Prezesa Urzędu z przyznanej przez ustawodawcę kompetencji, skłonić winno organizatorów turystyki, wobec grożącej dotkliwej kary finansowej, do zaniechania stosowania postanowień niedozwolonych i znacząco wpłynąć na poprawę ochrony konsumenta usług turystycznych.

*Krzysztof Sondel**

Problematyka tzw. wycieczek fakultatywnych a cywilnoprawna odpowiedzialność organizatora turystyki względem klienta

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych¹ (cyt. dalej jako: u.u.t.) uregulowała w znacznym stopniu rynek usług turystycznych w Polsce. Pomiędzy jednak obowiązywania jej od dłuższego czasu, nie wszystkie problemy dotyczące odpowiedzialności cywilnej organizatora turystyki zostały rozwiązane w sposób wyczerpujący. Nadal więc w praktyce występują trudności, m.in. w odniesieniu do określenia zakresu odpowiedzialności organizatorów turystyki oraz ustalenia wysokości ewentualnych odszkodowań dla klientów w przypadku tzw. „wycieczek fakultatywnych”. Na ogół są one proponowane klientom, poza programem, przede wszystkim w celu uatrakcyjnienia imprezy o charakterze pobytowym, przy czym ich koszt nie jest wliczony do ceny imprezy turystycznej. Wycieczki te występują również w ramach imprez o charakterze objazdowym, jednak w tym przypadku z reguły są włączane w ich program.

Z uwagi na fakt, że zagadnienie to rodzi szereg wątpliwości natury prawnej, przede wszystkim co do zakresu odpowiedzialności kontraktowej organizatora turystyki w razie braku możliwości skorzystania z uczestniczenia przez klienta w wycieczkach fakultatywnych wynikającego z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania celowym wydaje się podjęcie próby wyjaśnienia tej kwestii. Problematyka ta, w odróżnieniu od takiej odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o imprezę turystyczną, nie znalazła dotychczas głębszego odzwierciedlenia w orzecznictwie sądowym. Nie zajmowała się nią szerzej również doktryna. Także w aktach prawnych regulujących świadczenie usług turystycznych, zwłaszcza w dyrektywie Rady 90/314/EWG z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek oraz ustawie o usługach turystycznych nie znajdujemy przepisów odnoszących się do wycieczek fakultatywnych. Stąd też podstawowym materiałem, na którym oparto się w rozważaniach, są informacje pisemne oraz warunki uczestnictwa zawarte w katalogach, a także teksty umów o imprezę turystyczną zawieranych przez organizatorów turystyki z klientami. Dokonanie ich analizy pod kątem widzenia charakteru zobowiązań dotyczących wycieczek fakultatywnych wydaje się uzasadnione nie tylko ze względu na wzrastającą ochronę praw konsumenta, ale również w związku z pracami mającymi na celu wprowadzenie do systemu norm prawa cywilnego osobnej umowy o imprezę turystyczną.

Analiza materiału badawczego pozwala dostrzec w tym zakresie szereg nieprawidłowości w działaniach organizatorów turystyki, naruszających w różnym stopniu prawa klientów, a nawet dopuszczających się łamania obowiązujących norm prawnych. Do najczęściej spotykanych należy próba uwolnienia się organizatorów turystyki od ponoszenia jakiegokolwiek odpowiedzialności wobec klientów w razie nie

* Dr Krzysztof Sondel - Zakład Prawa i Organizacji Turystyki AWF w Krakowie.

¹ T. jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 223, poz. 2268 ze zm.

zorganizowania wycieczek fakultatywnych, nawet w przypadku, gdy przewidywał je program imprezy, a także za nieprawidłowe wykonanie dotyczącego ich zobowiązania.

Na wstępie wypada jednak podkreślić, iż stosowana potocznie nazwa „wycieczka fakultatywna” nie jest terminem ustawowym. Ustawodawca, który w art. 3 u.u.t. dokonuje wykładni szeregu pojęć, m.in. „imprezy turystycznej”, za którą uważa co najmniej dwie usługi turystyczne tworzące jednolity program i objęte wspólną ceną, jeżeli usługi te obejmują nocleg, trwają ponad 24 godziny albo jeżeli program przewiduje zmianę miejsca pobytu (pkt 2), oraz „wycieczki” będącej rodzajem imprezy turystycznej, której program przewiduje zmianę miejsca pobytu jej uczestników (pkt 3), nie wypowiada się na ten temat. W rozumieniu przepisów ustawy pod określeniem „wycieczka” zwykle kryje się usługa polegająca na zapewnieniu pojedynczego świadczenia np. przewozu lub pakietu świadczeń w postaci przewozu, wyżywienia, zwiedzania określonych miejsc lub obiektów. Kryterium odróżniającym „wycieczkę” od „imprezy turystycznej” jest brak noclegu, ewentualnie krótszy niż 24 godziny czas trwania. W praktyce można przy tym wyróżnić następujące rodzaje wycieczek:

- organizowane jako główna usługa,
- włączane w program imprez turystycznych, jako jedna z usług objęta zryczałtowaną ceną,
- występujące jako dodatkowa usługa nie wliczona w cenę imprezy, stanowiąca propozycję dla osób zainteresowanych, które w trakcie trwania imprezy turystycznej mogą zawrzeć umowę o taką wycieczkę. W tym ostatnim wypadku z reguły stosowany jest drugi człon nazwy „fakultatywna”, który w praktyce używany jest powszechnie od dawna i z reguły określenie to nie budzi wątpliwości.

Wycieczki fakultatywne mogą przy tym przybierać różne formy i trwać od kilku do kilkunastu godzin, czyli jeden dzień, ale spotykane są również i takie, które trwają dwa lub nawet trzy dni. Stosując ściśle przepisy ustawy należałoby wobec tych ostatnich używać określenia „impreza turystyczna”, gdyż spełniają przesłanki zawarte w definicji określonej w art. 3 pkt 2 u.u.t. (nocleg lub czas trwania ponad 24 godziny). Mogłoby to jednak prowadzić do niepotrzebnego chaosu terminologicznego, m.in. z uwagi na fakt, że z określenia „wycieczka fakultatywna” wynika, że nie jest ona objęta ceną imprezy turystycznej, a uczestnik może wziąć udział we wszystkich proponowanych wycieczkach, bądź wybrać tylko najbardziej interesujące, mając świadomość, że wiąże się to z poniesieniem dodatkowych kosztów, bądź wreszcie może nie skorzystać z żadnej wycieczki tego rodzaju. Biorąc pod uwagę istniejącą w omawianym zakresie praktykę, należy przyjąć, iż występujące w ustawie pojęcie „wycieczka” powinno interpretować się rozszerzająco, obejmując nim również wycieczki fakultatywne, z czego wynika, że właściwe jest stosowanie tego terminu wobec wszystkich wycieczek, niezależnie od czasu ich trwania. Przyjmując zatem, że wycieczka fakultatywna należy do kategorii ustawowej „wycieczka”, która z kolei jest rodzajem imprezy turystycznej, należy stwierdzić, że wobec wycieczki fakultatywnej należy stosować w sposób odpowiedni przepisy dotyczące imprezy turystycznej. Jest ona bowiem wykonywana poza programem samej imprezy, albo w ramach programu, w zależności od rodzaju imprezy turystycznej lecz nie objęta zryczałtowaną ceną imprezy.

Konieczne jest jednak odróżnienie propozycji wzięcia udziału w wycieczkach fakultatywnych od innych informacji zawartych w katalogu, zwłaszcza dotyczących możliwości skorzystania w miejscu pobytu z określonych urządzeń lub obiektów, np. basenów termalnych, wyciągów narciarskich, bądź usług świadczonych przez różne podmioty np. wypożyczenia sprzętu pływającego, nauki nurkowania lub jazdy na nartach, itp. Klient korzysta z takich usług indywidualnie, a poszczególni usługodawcy nie są kontrahentami organizatora turystyki. Gdyby jednak okazało się, że dane atrakcje nie są dostępne, np. z powodu remontów, a organizator nie poinformował o tym klienta, może ponosić odpowiedzialność za wprowadzenie klienta w błąd, a nawet za brak możliwości zrealizowania celu imprezy, z powodu którego klient zawarł umowę. Nie wdając się szerzej w rozważania na ten temat, trzeba stwierdzić, że zakres tej odpowiedzialności jest trudny do ustalenia, gdyż zależy m.in. od tego czy cel główny imprezy został zrealizowany, czy obniżyła się atrakcyjność pobytu w danym miejscu, a ponadto czy można było skorzystać z innych urządzeń czy też powodowało to znaczne trudności i wymagało poniesienia dodatkowych albo nadmiernych kosztów. Ma to istotne znaczenie zwłaszcza w przypadku imprez organizowanych w zimie, podczas których głównym celem pobytu jest jazda na nartach lub snowboardzie. Jeżeli więc taka impreza została zorganizowana w miejscowości, w której nie ma wyciągów narciarskich, a transport do wyciągów nie jest zapewniony, lecz należy go sobie zorganizować we własnym zakresie, o czym uczestnicy nie byli przed zawarciem umowy poinformowani, może to stanowić podstawę odpowiedzialności organizatora za całkowite niewykonanie umowy. Natomiast gdy w danej miejscowości istnieje cały kompleks wyciągów narciarskich, a tylko jeden nie jest dostępny, np. z powodu remontu, trudno mówić o jakiegokolwiek odpowiedzialności organizatora. Podobnie wygląda sytuacja, gdy pojawiają się problemy ze śniegiem, a wskutek zbyt wysokiej temperatury nie ma możliwości sztucznego naśnieżania, co staje się ostatnio zjawiskiem dość powszechnym. Taka okoliczność jest bowiem całkowicie niezależna od organizatora imprezy i nie może być podstawą jego odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną. Podkreślić należy, że przedmiotem informacji sformułowanych w przedstawiony wyżej sposób, mogą być również wycieczki fakultatywne. Organizator turystyki ma prawo do tego, aby w katalogach dotyczących konkretnych imprez turystycznych umieścić informację, że w miejscu pobytu klienta będzie możliwość zawarcia umowy o wycieczki fakultatywne w lokalnych biurach podróży z pełnym pominięciem organizatora turystyki. Tego typu postanowienie jasno wskazuje, że organizatorem wycieczek fakultatywnych nie jest ani organizator imprezy, ani żaden z jego kontrahentów, co powoduje brak ich odpowiedzialności za właściwe wykonanie takiej umowy. Natomiast klient we własnym zakresie może zawrzeć umowę o wycieczkę fakultatywną z wybranym przez siebie biurem. Wydaje się, że organizator powinien jednak określić, co stanowi główną atrakcję poszczególnych wycieczek oraz jakie są ich ceny. Ta ostatnia informacja może być opatrzona adnotacją, że podano średnie ceny wycieczek spośród szeregu ofert. W opisanym przypadku należy uznać, że wycieczki fakultatywne nie stanowią propozycji wzięcia udziału w imprezie turystycznej w rozumieniu art. 12 ust. 1 u.u.t.

W odniesieniu do wycieczek fakultatywnych w niektórych z analizowanych katalogów można znaleźć dość kontrowersyjne postanowienia, będące próbą całkowitego uwolnienia się organizatorów turystyki od odpowiedzialności za niezapewnienie klientowi możliwości skorzystania z udziału w takich wycieczkach, a także za ich niewłaściwą organizację. Ograniczają się oni do stwierdzenia, że w miejscu pobytu będzie można zawrzeć umowę o taką wycieczkę u lokalnego organizatora po określonej cenie z zastrzeżeniem, że może ona ulec zmianie. Taką klauzulę, jak zaznaczyłem wyżej, można uznać za dopuszczalną pod warunkiem, że nie ma dalszych informacji w rodzaju stwierdzenia, że wycieczki fakultatywne można wykupić na miejscu u pilota zatrudnionego przez organizatora, bądź też, że realizacją wycieczki zajmuje się kontrahent organizatora. Zwłaszcza to ostatnie w połączeniu z klauzulą egzoneracyjną wyraźnie świadczy o zamiarze wprowadzenia klienta w błąd i stanowi próbę uniknięcia odpowiedzialności za działania lub zaniechania osób, z których pomocą organizator wykonuje zobowiązanie lub którym jego wykonanie powierza. Na uwagę zasługuje jednak fakt, że w kilku z analizowanych katalogów u tego samego organizatora turystyki można zauważyć takie niedozwolone postanowienia obok innych, które są prawidłowe. Pozwala to na wniosek, że jest to uzależnione od konkretnego kraju, w którym ma odbywać się impreza. Najczęściej nieprawidłowości spotykane są w katalogach zawierających propozycje wzięcia udziału w imprezie turystycznej w Egipcie, natomiast katalogi dotyczące imprez w innych państwach takich klauzul nie zawierają. Specyfika systemów prawnych poszczególnych państw jest zatem jednym z czynników mających wpływ na możliwości działań organizatorów turystyki w zakresie organizacji imprez turystycznych oraz wycieczek fakultatywnych, co skutkuje podejmowaniem przez nich prób uniknięcia odpowiedzialności przez wprowadzanie klientów w błąd.

Wypada w tym miejscu zwrócić uwagę, że organizator turystyki może w przypadku wycieczek fakultatywnych występować nie tylko jako ich organizator, lecz również jako agent innego organizatora albo też ma prawo działać w sposób omówiony wyżej, a mianowicie nie włączać takich wycieczek do pisemnej propozycji udziału w imprezie turystycznej. W związku z tym jego odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o wycieczkę fakultatywną nie zawsze jest identyczna z taką odpowiedzialnością za umowę o imprezę turystyczną. Jest to bowiem uzależnione od tego, czy organizator imprezy lub któryś z jego kontrahentów jest jednocześnie organizatorem wycieczek fakultatywnych, czy też nie, a także zależy od właściwej informacji udzielanej klientowi w tym zakresie. Do najczęściej spotykanych sytuacji należy właśnie ta, w której organizator imprezy jest jednocześnie organizatorem wycieczki albo zleca jej organizację swemu kontrahentowi, o czym nie jest zobowiązany poinformować klienta. Z punktu widzenia jego odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie tej umowy nie ma znaczenia fakt czy wykonuje poszczególne usługi samodzielnie, czy też posługuje się wieloma usługodawcami, bądź zleca wykonanie umowy wyłącznie jednemu kontrahentowi w zależności od przyjętego sposobu działania i jego możliwości w tym zakresie oraz kraju, w którym odbywa się impreza. Nie jest również istotne, czy stosowne umowy o organizację wycieczek fakultatywnych zostały zawarte na etapie organizacji impre-

zy, czy też w trakcie jej trwania przez osobę do tego upoważnioną, a mianowicie pilota wycieczek. Do zagadnienia tego powrócę w dalszej części opracowania.

Inaczej natomiast wygląda sytuacja organizatora, jeżeli występuje on wobec klientów wyłącznie jako agent zagranicznego organizatora wycieczek fakultatywnych. W tym przypadku ponosi odpowiedzialność za działania zagranicznego podmiotu na ogólnych zasadach przewidzianych w przepisach kodeksu cywilnego, a zwłaszcza za brak należytej staranności. Niezbędne jest jednak wyraźne poinformowanie klienta o tym fakcie, ze wskazaniem, kto jest organizatorem wycieczek fakultatywnych oraz udzieleniem innych niezbędnych informacji. Jeżeli zatem w katalogu lub umowie nie wskazuje jednoznacznie organizatora turystyki, którego reprezentuje, może być uważany za organizatora działającego we własnym imieniu i ponosić odpowiedzialność kontraktową wobec klienta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o wycieczkę fakultatywną, zgodnie z postanowieniami art. 10b ustawy o usługach turystycznych². Należy podkreślić, że właśnie ta możliwość najczęściej powoduje szereg nadużyć przez wprowadzanie klientów w błąd. Polega to w szczególności na sugerowaniu klientowi, że organizatorzy występują właśnie w charakterze agenta zagranicznego przedsiębiorcy, pomimo, że faktycznie to oni lub ich kontrahenci zajmują się organizacją wycieczek fakultatywnych.

Z kolei jeżeli organizator turystyki ogranicza się wyłącznie do informacji, że w trakcie trwania imprezy turystycznej klient może skorzystać z różnych atrakcji, w tym z możliwości zawarcia umowy o wycieczki fakultatywne w lokalnych biurach podróży, jego odpowiedzialność sprowadza się wyłącznie do kwestii czy w miejscu pobytu były oferowane wycieczki fakultatywne, o których informował w katalogu, czy też nie, a zatem czy wprowadził klienta w błąd.

Przechodząc natomiast do bardziej szczegółowych rozważań trzeba podkreślić, że zawierane w praktyce umowy o imprezę turystyczną nie obejmują swoją treścią wycieczek fakultatywnych. Daje się ponadto zaobserwować tendencja ograniczania treści umów do niezbędnego, wymaganego przepisami ustawy, minimum. Propozycja wzięcia udziału w wycieczkach fakultatywnych jest zawarta wyłącznie w propozycji pisemnej, o której mowa w art. 12 ust. 1 u.u.t., czyli w katalogach, folderach lub broszurach. Tam zgodnie z treścią omawianego artykułu znajdują się informacje określone mianem „warunków uczestnictwa” oraz inne, które powinny być wskazane przez organizatora w sposób dokładny i zrozumiały. Na uwagę zasługuje zwłaszcza postanowienie pkt 6 cytowanego artykułu, zobowiązujące do określenia programu zwiedzania i atrakcji turystycznych, a do tych ostatnich należą z pewnością wycieczki fakultatywne. Porównując to postanowienie z brzmieniem art. 14 ust. 2 pkt 4 lit. d u.u.t., stwierdzającego, co powinna określać umowa – „program zwiedzania i inne usługi wliczone w cenę imprezy turystycznej”³, należy uznać informację wymaganą

² J. Gospodarek, *Prawo w turystyce*, Warszawa 2006, s. 388-389.

³ W omawianej kwestii nie ma zastosowania przepis art. 14 ust. 2 pkt 9 u.u.t. dotyczący wymagań specjalnych, o których klient zawiadomił organizatora turystyki lub pośrednika turystycznego i na które strony wyraziły zgodę. Wymagania specjalne są wprowadzane do treści umów tylko na wyraźne żądanie klienta, często za dodatkową opłatą, pod warunkiem, że organizator jest w stanie je spełnić. Są to postanowienia umowy, które zostały uzgodnione indywidualnie. Do najczęściej spotykanych w praktyce należy zapewnienie pokoju do wyłącznej dyspozycji dla osoby podróżują-

w katalogu za bardziej obszerną niż w przypadku samej umowy⁴. Jest to o tyle zrozumiałe, że jak wielokrotnie podnoszono w literaturze, klient podejmuje decyzję co do wzięcia udziału w imprezie turystycznej właśnie w oparciu o informacje zawarte w katalogu, do których udzielenia jest zobowiązany organizator turystyki, i jak stanowi art. 12 ust. 1a u.u.t. informacje te nie mogą wprowadzać klienta w błąd⁵. W analizowanych materiałach nie spotyka się prób ukrywania faktu, iż cena imprezy nie obejmuje udziału w wycieczkach fakultatywnych, natomiast podana cena tych wycieczek niekiedy opatrzona jest ogólną adnotacją, że może ona ulec zmianie, gdyż organizator nie ma na to wpływu. Należy to uznać za dopuszczalne pod tym jednak warunkiem, że w zawartej umowie o imprezę turystyczną zostanie podana cena wycieczek fakultatywnych w sposób ostateczny. Rolą bowiem organizatora jest takie przygotowanie informacji odnośnie danej imprezy, aby klient był przygotowany pod względem finansowym na skorzystanie z wszystkich atrakcji jakie zostały mu zaproponowane w katalogu. Klient wybierając daną imprezę turystyczną wie zatem dokładnie, że udział w takich wycieczkach wymaga poniesienia dodatkowych kosztów, które organizator powinien bezwzględnie określić w sposób nie budzący wątpliwości. Z drugiej strony specyfika organizacji imprez turystycznych polega na znacznie wcześniejszym ich przygotowaniu, w związku z czym nie jest możliwe, aby uwzględnić wszystkie okoliczności, jakie mogą zaistnieć w przyszłości, zwłaszcza te, które nie są zależne od organizatora. Wobec tego ustawodawca zezwala organizatorowi na wprowadzanie zmian w informacjach znajdujących się w katalogu w drodze samej umowy, jeżeli wynikają one z okoliczności, na które organizator nie miał wpływu i których nie mógł przewidzieć. Jeżeli będzie miała miejsce sytuacja polegająca na wprowadzeniu koniecznych zmian istotnych warunków umowy po jej zawarciu, klientowi powiadomionemu o tym niezwłocznie, będą przysługiwały odpowiednie uprawnienia włącznie z możliwością odstąpienia od umowy bez ponoszenia żadnych konsekwencji z tego tytułu. Natomiast w przypadku, gdy umowa nie będzie zawierała odmiennych postanowień niż informacje wskazane w katalogu, staną się one z mocy ustawy elementem umowy. Za dopuszczalne postanowienie należy jednak uznać informację, że cena wycieczki fakultatywnej nie obejmuje wszystkich kosztów np. biletów wstępu do określonych obiektów, jeżeli ich wysokość została podana w sposób jasny i wyraźny. Organizator turystyki ma bowiem prawo skonstruować program imprezy turystycznej oraz wycieczek fakultatywnych w sposób, jaki uzna za odpowiedni. To samo dotyczy wliczenia w cenę wycieczki poszczególnych usług stanowiących część programu. Natomiast bezwzględnym jego obowiązkiem jest wyraźne poinformowanie o tym klienta.

W związku z tym podstawową kwestią w zakresie omawianego tematu jest charakter prawny wycieczek fakultatywnych w stosunku do zasadniczej umowy o imprezę turystyczną, skoro nie są one wliczone w cenę imprezy, a w przypadku imprez

cej samotnie lub posiłków wegetariańskich. Nie można zatem uważać wycieczek fakultatywnych za wymagania specjalne.

⁴ J. Raciborski, *Jak zaplanować udany urlop?*, Bielsko-Biała 2001, s. 48-49.

⁵ Zob. J. Gospodarek, *Prawo w turystyce...*, s. 297, 381; J. Raciborski, *Usługi turystyczne*, [w:] J. Raciborski, J. Sondel, K. Sondel, H. Zawistowska *Prawo turystyczne*, Warszawa 2003; J. Raciborski, *Jak zaplanować...*, s. 120; P. Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną*, Warszawa 2005, s. 32.

pobytowych nie są objęte ich programem. Analiza szeregu umów dowodzi, że wycieczki fakultatywne nie są objęte ich treścią, natomiast propozycja wzięcia w nich udziału zawarta jest w katalogu. Pojawia się w związku z tym pytanie, czy są one częścią umowy o imprezę turystyczną, czy też nie. Odpowiedź daje art. 12 ust. 2 u.u.t., który wyraźnie stwierdza, że jeżeli umowa zawarta z klientem nie zawiera odmiennych postanowień, to odpowiednie wskazania zawarte w informacjach pisemnych, o których mowa w ust. 1 pkt 1-8, stają się elementem umowy⁶. Należy podkreślić, że sami organizatorzy często korzystają z tego przepisu, ograniczając treść umowy o imprezę do niezbędnego minimum, zaś w pozostałym zakresie opierając się na zawartych w katalogu warunkach uczestnictwa i innych informacjach, traktując je jako postanowienia obowiązujące strony umowy. Jak wskazano wyżej, wycieczki fakultatywne umieszczone są w katalogu i stanowią, zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 6 u.u.t., atrakcję turystyczną. Jeżeli organizator turystyki nie wprowadzi do umowy o imprezę turystyczną postanowienia, iż wycieczki fakultatywne się nie odbędą, należy stwierdzić, że na mocy cytowanego art. 12 ust. 2 u.u.t. zobowiązanie do ich zorganizowania staje się integralną częścią umowy zawartej z klientem. W tym przypadku nie ma znaczenia fakt, że cena imprezy nie obejmuje udziału w wycieczkach, gdyż organizator ma obowiązek nie tylko umożliwić wzięcie w nich udziału uczestnikowi imprezy, ale również odpowiednio je przeprowadzić. Można w tym miejscu posłużyć się analogicznym przykładem imprezy turystycznej, której program obejmuje zwiedzanie danego miejsca lub obiektu, jednak koszt biletów wstępu nie jest wliczony w cenę imprezy i klient musi go pokryć we własnym zakresie, o czym jest poinformowany właśnie w katalogu, a nie w samej umowie. Najczęściej spotykana treść takiej informacji brzmi: „cena imprezy nie obejmuje biletów wstępu do miejsc i obiektów oraz zwiedzania z udziałem przewodnika turystycznego i wynosi...”. Brak możliwości wejścia z powodu błędów popełnionych przez organizatora skutkuje jego odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy, jeżeli zapewnił uczestnikom taką atrakcję.

Trudne jest do stwierdzenia w jakim stopniu wycieczki fakultatywne wpływają na decyzję klienta zawarcia umowy z organizatorem. Wydaje się, że trzeba przede wszystkim odnieść się do celu imprezy z uwzględnieniem jej charakteru przyjmując umownie podział na imprezy pobytowe i objazdowe. W przypadku pierwszych głównym celem jest wypoczynek i rozrywka w określonym miejscu przez cały czas trwania imprezy. W ramach programu realizowana jest główna usługa, a mianowicie pobyt w jednym hotelu lub innym obiekcie zakwaterowania, natomiast nie ma w nim określonych terminów poszczególnych wycieczek fakultatywnych. Z reguły klient dowiaduje się o nich w trakcie trwania pobytu na pierwszym spotkaniu informacyjnym z przedstawicielem organizatora. Z pewnością wycieczki takie stanowią dodatkową atrakcję dla uczestników, jednak nie decydują o realizacji podstawowego celu imprezy turystycznej, w związku z czym nie mogą stanowić podstawy odpowiedzialności organizatora za całkowite niewykonanie umowy.

Natomiast w odniesieniu do imprez o charakterze objazdowym, których celem głównym jest zwiedzanie, a dopiero w dalszej kolejności wypoczynek i rozrywka,

⁶ J. Raciborski, *Usługi turystyczne...*, s. A/85-86.

wycieczki fakultatywne, jeżeli są przewidziane, odgrywają znacznie ważniejszą rolę. Są bowiem włączane w program imprezy z określonym z góry terminem ich realizacji, gdyż uzależnione jest to od pobytu w danym miejscu. Stanowią zatem dopełnienie celu imprezy tego typu i z reguły znacząca większość uczestników bierze w nich udział. Dlatego też ich brak albo niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o wycieczkę fakultatywną powoduje szkodę w znacznie większym rozmiarze niż w przypadku imprez pobytowych. W skrajnych wypadkach może prowadzić do niezrealizowania celu imprezy turystycznej ze wszystkimi wynikającymi stąd konsekwencjami, łącznie z odpowiedzialnością za niewykonanie umowy o imprezę turystyczną.

Kolejny problem jaki nasuwa się w związku z omawianym tematem to fakt, że umowa o wycieczkę fakultatywną jest zawierana w trakcie trwania imprezy turystycznej w miejscu pobytu klienta, a więc w przypadku zagranicznych imprez wyjazdowych, poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej. Tymczasem art. 1 u.u.t. stanowi, że określa ona warunki świadczenia przez przedsiębiorców usług turystycznych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a także za granicą, jeżeli umowy z klientami o świadczenie tych usług są zawierane na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Istotne jest zatem wskazanie właściwego systemu prawnego, jaki należy stosować wobec tego rodzaju umowy oraz odpowiedź na pytanie, czy strony umowy mają prawo wyboru prawa właściwego, skoro art. 11b u.u.t. daje możliwość wyboru prawa obcego oraz ograniczenia do dwukrotności ceny imprezy turystycznej odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o świadczenie usług turystycznych pod warunkiem, że przewiduje to umowa międzynarodowa, której stroną jest Rzeczpospolita Polska. Ogranicza to wybór systemów prawnych wyłącznie do takich, które nie przewidują mniej korzystnych rozwiązań niż prawo polskie⁷. Nie ulega przy tym wątpliwości, iż w omawianym przypadku następuje zawarcie umowy z udziałem konsumenta. W europejskim systemie prawnym daje się zaobserwować tendencja do coraz lepszej ochrony konsumenta, realizowana przez stanowienie odpowiednich norm prawnych. Wynika stąd przede wszystkim ograniczenie możliwości wyboru prawa właściwego przez strony umowy zawartej z udziałem konsumenta, mające na celu ochronę jego interesów⁸. Znalazło to swój wyraz w konwencji o prawie właściwym dla zobowiązań, otwartej do podpisu w Rzymie dnia 19 czerwca 1980 r., zwanej konwencją rzymską, a w szczególności w jej art. 5, który stanowi w ust. 2, że swoboda wyboru prawa właściwego przez strony nie może prowadzić do pozbawienia konsumenta ochrony przysługującej mu na podstawie przepisów bezwzględnie obowiązujących w państwie, w którym ma on miejsce zwykłego pobytu. Pewne wątpliwości w tym zakresie budzi jednak postanowienie ust. 4b o niestosowaniu art. 5 do umów o świadczenie usług, jeżeli usługi należne konsumentowi muszą być świadczone wyłącznie w innym państwie niż państwo, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu. Z kolei ust. 5 nakazuje stosowanie przepisów art. 5 do umów o podróż obejmujących kombinowane świadczenia przewozowe i zakwaterowanie za wspólną cenę. Umowa o imprezę turystyczną, jeżeli obejmuje przewóz wliczony w cenę, jest zawierana oraz zazwyczaj rozpoczyna się w

⁷ P. Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną w polskim prawie cywilnym*, niepubl. rozprawa doktorska, Kraków 2007, s. 328-329.

⁸ Tamże, s. 86-87.

kraju zwykłego pobytu konsumenta, co powoduje, że art. ust. 4b nie znajduje zastosowania. Jeżeli zatem w katalogu zawarta jest propozycja wzięcia udziału w wycieczkach fakultatywnych, jak wykazano wyżej, staje się ona elementem umowy, pomimo, iż nie obejmuje tego cena imprezy. W omawianym przypadku należy odnieść się do przepisów kodeksu cywilnego regulujących zasady zawierania umów z udziałem konsumentów. Zgodnie z art. 385³ pkt 23 k.c. niedozwolone są postanowienia, które wyłączają jurysdykcję sądów polskich oraz narzucają rozpoznanie sprawy przez sąd, który wedle ustawy nie jest miejscowo właściwy. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że zgodnie z jej art. 11 przepisy ustawy o usługach turystycznych stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego, należy stwierdzić, że jeżeli strony nie dokonały wyboru prawa w odniesieniu do umowy o imprezę turystyczną, to również do umowy o wycieczkę fakultatywną zawieraną poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej należy stosować prawo polskie, natomiast prawo państwa obcego będzie mogło mieć zastosowanie tylko pod warunkiem, że jego przepisy przewidują podobny poziom ochrony konsumenta. Nie jest jednak możliwe takie rozwiązanie, że organizator przewiduje zastosowanie prawa polskiego do imprezy turystycznej, natomiast odpowiedzialność za wykonanie umowy o wycieczkę fakultatywną poddaje pod przepisy państwa obcego, np. tego, w którym odbywa się impreza turystyczna. Przyjmując, że możliwość zawarcia umowy wycieczkę fakultatywną oraz wzięcie w niej udziału jest elementem umowy o imprezę turystyczną, organizator nie może uwolnić się od odpowiedzialności za jej niewykonanie lub nienależyte wykonanie, jeżeli powierzył wykonanie umowy o wycieczkę fakultatywną swoim kontrahentom. W przeciwnym bowiem razie organizator turystyki mógłby zwolnić się z odpowiedzialności, podnosząc, iż dołożył należytej staranności w wyborze osób trzecich – wykonawców umowy o wycieczkę fakultatywną, natomiast nie miał wpływu na ich działania lub zaniechania. Podważałoby to jedną z zasad zawartych zwłaszcza w art. 474 k.c., a ugruntowanych na polu orzecznictwa sądowego oraz doktryny, prowadząc do przerzucenia na klienta ryzyka prawidłowego wykonania umowy o wycieczkę fakultatywną pomimo, że ten ostatni nie miał wpływu na wybór wykonawców, nie łączył go z nimi żaden stosunek prawny, co w powoduje, że w praktyce byłby pozbawiony możliwości dochodzenia swych praw na drodze sądowej. Wszelkie próby wyłączenia lub ograniczenia odpowiedzialności organizatora w tym zakresie należy uznać za niedozwolone zgodnie z art. 385³ pkt 2 k.c. Stoi to ponadto w ewidentnej sprzeczności z przepisami art. 11a ust. 1-3 u.u.t., które oparły odpowiedzialność kontraktową organizatora na zasadzie ryzyka i jego obciążyły przeprowadzeniem dowodu, iż wystąpiły okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności⁹.

Wynikają z tego kolejne obowiązki organizatora turystyki, a mianowicie dokładne określenie cen poszczególnych wycieczek fakultatywnych, gdyż - jak była o tym mowa wyżej - spotykane są różne zastrzeżenia w postaci: „cena może ulec zmianie, gdyż organizator nie ma na to wpływu”. Można uznać takie klauzule za dopuszczalne, ale tylko do chwili zawarcia umowy o imprezę turystyczną. Po tym fakcie, jeżeli umowa nie zawiera odmiennych postanowień, ustalona w katalogu cena wycieczek

⁹ J. Gospodarek, *Prawo w turystyce...*, s. 379 i n.

fakultatywnych, które stają się elementem umowy, jest wiążąca dla stron. Nawet biorąc pod uwagę trudności jakie napotyka organizator na etapie organizacji imprezy w poszczególnych państwach i z różnymi usługodawcami, do takich postanowień należy stosować przepisy art. 17 ust. 1 i 2 u.u.t., które generalnie zakazują podniesienia ceny imprezy, chyba, że zajdzie jedna ze wskazanych okoliczności w postaci wzrostu kosztów transportu, wzrostu opłat urzędowych, podatków lub opłat należnych za takie usługi, jak lotniskowe, załadunkowe lub przeładunkowe w portach morskich lub lotniczych albo wzrostu kursów walut. Jest to możliwe pod warunkiem zastrzeżenia tego w umowie i do 21 dni przed datą wyjazdu. Jeżeli któraś z tych niezależnych od organizatora okoliczności będzie miała miejsce, ma on obowiązek poinformowania niezwłocznie o tym klienta, który może przyjąć proponowaną zmianę albo odstąpić od umowy. Z pewnością nie stanowi podstawy podniesienia ceny imprezy, np. błędna kalkulacja na etapie organizacji imprezy lub zażądanie przez kontrahenta zagranicznego od organizatora wyższej kwoty za obsługę jego grup turystycznych. Organizator w tym przypadku ponosi odpowiedzialność na zasadzie ryzyka¹⁰. W związku z powyższym należy stwierdzić, że cena wycieczek fakultatywnych powinna być ustalona w sposób ostateczny, a jeżeli w odniesieniu do nich, po zawarciu umowy do 21 dnia przed rozpoczęciem imprezy, zajdzie konieczność podniesienia ceny z powodów wskazanych powyżej, klient powinien zostać o tym poinformowany, a ponadto musi mieć możliwość odstąpienia od umowy bez żadnych dodatkowych konsekwencji. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy na decyzję klienta o zawarciu umowy o imprezę turystyczną ma również wpływ możliwość wzięcia udziału w wycieczkach fakultatywnych, co ma miejsce w odniesieniu do imprez turystycznych o charakterze objazdowym. Natomiast w przypadku imprez pobytowych powyższe rozwiązanie wydaje się bardziej skomplikowane. Klient poinformowany o podniesieniu cen wycieczek fakultatywnych powinien wyraźnie podkreślić, a nawet zażądać wpisania do umowy o imprezę turystyczną zamiaru wzięcia w nich udziału. Wtedy nie budzi wątpliwości okoliczność, że propozycja organizatora miała wpływ na decyzję klienta i przysługuje mu w związku z tym prawo odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie organizatora. Nie może mieć bowiem miejsca sytuacja, że klient dopiero w trakcie trwania imprezy turystycznej dowiaduje się, że cena wycieczek uległa podwyższeniu. W takim przypadku nie podlega dyskusji fakt, że organizator wprowadził klienta w błąd, o którym mowa w art. 12 ust. 1a ustawy. Jeżeli zatem klient w momencie zakupu danej wycieczki fakultatywnej dowiaduje się, że jej cena jest wyższa, ma prawo domagać się sprzedaży po cenie określonej w katalogu. Taką sytuację należy uznać za próbę podwyższenia ceny imprezy turystycznej w trakcie jej trwania. Wypada też wspomnieć, iż niekiedy ceny wszystkich wycieczek fakultatywnych proponowanych w ramach imprezy turystycznej zrównują się lub nawet przekraczają koszt samej imprezy, w związku z czym zamiar skorzystania z nich przez klienta z pewnością wywiera wpływ na jego decyzję wzięcia udziału w konkretnej imprezie turystycznej.

¹⁰ J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop w prawie polskim*, KPP 2005, z. 2, s. 346.

Należy podkreślić, że propozycja złożona w materiałach informacyjnych przez organizatora turystyki wzięcia udziału w imprezie turystycznej oraz w wycieczkach fakultatywnych jest dla niego wiążąca. Podstawowym zatem obowiązkiem organizatora jest odpowiednie wykonanie przyjętego na siebie zobowiązania w całości. Ponośi on więc odpowiedzialność nie tylko za prawidłowe wykonanie umowy o imprezę turystyczną, ale także za zapewnienie możliwości wzięcia udziału wycieczkach fakultatywnych oraz za ich prawidłową realizację. Z kolei klient nie jest zobligowany do tego, aby skorzystać z propozycji organizatora. Może bowiem we własnym zakresie zorganizować sobie taką wycieczkę albo skorzystać z usług lokalnego biura podróży, nie współpracującego z organizatorem.

Wypada tu wspomnieć również o kolejnym czynniku dość istotnym w określeniu roli organizatora turystyki w organizacji wycieczek fakultatywnych a mianowicie państwie, w którym odbywa się impreza turystyczna. Każde państwo stanowi własne przepisy prawne regulujące m.in. usługi turystyczne, określając w szczególności możliwości działania podmiotów zagranicznych. Jedne systemy prawne umożliwiają polskiemu organizatorowi turystyki samodzielne organizowanie imprez turystycznych drogą stosownych umów z poszczególnymi kontrahentami, co dotyczy również przeprowadzenia wycieczki fakultatywnej albo zlecenia organizacji takiej wycieczki w trakcie trwania imprezy własnemu przedstawicielowi – pilotowi wycieczek, który zawiera umowy z przewoźnikami, zapewnia udział przewodnika turystycznego itp. Z kolei inne prawodawstwa wykluczają taką możliwość, w związku z czym organizator zmuszony jest zlecić organizację całej imprezy oraz wycieczek fakultatywnych lokalnemu biur podróży, bez możliwości podejmowania jakichkolwiek samodzielnych działań, a jego rola ogranicza się w zasadzie tylko do kontroli należytego wykonania umowy.

Pojawia się w związku z omawianym tematem kolejna kwestia, a mianowicie rola i działania podejmowane przez pilota wycieczek, zwanego też w praktyce rezydentem. Zgodnie z art. 3 pkt 7b u.u.t. pilot wycieczek jest to osoba towarzysząca, w imieniu organizatora turystyki, uczestnikom imprezy turystycznej, sprawująca opiekę nad nimi i czuwająca nad sposobem wykonania na ich rzecz usług. Do jego zadań, w myśl art. 20 ust. 3 u.u.t., należy sprawowanie, w imieniu organizatora turystyki, opieki nad uczestnikami imprezy turystycznej, w niezbędnym zakresie, wynikającym z charakteru imprezy, czuwanie nad sposobem wykonywania usług świadczonych na rzecz uczestników podczas imprezy oraz przyjmowanie od nich reklamacji dotyczących świadczonych im usług, a także reprezentowanie organizatora turystyki wobec kontrahentów świadczących usługi w trakcie trwania imprezy turystycznej. Organizator turystyki jest zobowiązany wystawić pilotowi pisemne zlecenie, określając w nim miejsce (obszar) i czas usługi oraz upoważnienie do działania w jego imieniu w zakresie niezbędnym do prowadzenia imprezy turystycznej (art. 30 ust. 2 u.u.t.).

Pilot wycieczek jest zatem przedstawicielem organizatora turystyki i ma prawo działać w jego imieniu zarówno wobec klientów, jak i innych kontrahentów. Nie ulega wątpliwości, że za każde jego działanie lub zaniechanie odpowiedzialność ponosi organizator, jak za własne. Uwzględniając specyfikę prawodawstwa poszcze-

gólnych państw, pilot może w odniesieniu do wycieczek fakultatywnych podejmować następujące rodzaje działań:

- organizować wycieczki samodzielnie, zawierając stosowne umowy z lokalnymi usługodawcami, oraz zawierać umowy o wycieczkę z klientami, realizować wycieczki, a także rozliczać się z wykonawcami, którzy przyjęli określone zobowiązania w tym zakresie,
- zlecić organizację jednemu przedsiębiorcy za cenę zryczałtowaną,
- ograniczyć się wyłącznie do zebrania odpowiedniej liczby osób zamierzających wziąć udział w wycieczce fakultatywnej i zgłosić liczbę uczestników przedsiębiorcy organizującemu wycieczkę fakultatywną oraz czuwać nad prawidłowym wykonaniem umowy.

W każdym z w/w przypadków pilot ma obowiązek poinformowania uczestników imprezy ze stosownym wyprzedzeniem o terminach poszczególnych wycieczek fakultatywnych, zawłaszcza jeżeli w materiałach informacyjnych nie zostały określone oraz przyjęcia zgłoszeń od uczestników zamierzających wziąć w nich udział. Jest ponadto zobowiązany do wydania uczestnikom potwierdzenia przyjęcia zgłoszenia oraz należności za wycieczkę przez wydanie stosownego dokumentu np. *voucheru*. Powinien również zapoznać uczestników z programem oraz przewidzianych atrakcjach oraz udzielić innych niezbędnych informacji w zależności od typu konkretnej wycieczki¹¹.

Za niedozwoloną praktykę, z punktu widzenia przepisów prawa, należy uznać zawieranie umów o wycieczki fakultatywne w formie ustnej bez żadnego dokumentu potwierdzającego, co jest dość powszechnie stosowane. Rola pilota ogranicza się więc do przyjęcia określonej kwoty od uczestników oraz wpisania ich nazwisk na swoją listę. Klient zatem nie ma żadnego dowodu, którym mógłby się posłużyć w przypadkach reklamacji wadliwej usługi. Trzeba tu ponadto podkreślić, że w katalogach przedstawianych turyście w kraju informacje na temat wycieczek fakultatywnych są zwykle bardzo ogólne i ograniczają się do określenia tylko trasy lub miejsca pobytu oraz przewidzianych atrakcji, natomiast ich sprecyzowanie następuje właśnie poprzez ustne informacje udzielane przez pilota. Wynika to przede wszystkim z faktu, iż wycieczki fakultatywne znacznie różnią się od siebie. Może to być wycieczka polegająca na kilkugodzinnym przebywaniu w lokalnej restauracji, degustowaniu miejscowych potraw i napojów oraz oglądaniu występów zespołów folklorystycznych, ale może to być całodzienne lub kilkudniowe zwiedzanie określonych miejsc bądź obszarów, wymagające odpowiedniego ekwipunku, a nawet określonych umiejętności lub dobrej kondycji fizycznej. Zwłaszcza w tym ostatnim przypadku rola pilota jest nie do przecenienia. Spoczywa bowiem na nim z mocy przepisów ustawy przede wszystkim obowiązek opieki nad uczestnikami imprezy, który sprowadza się do zapewnienia odpowiedniej pomocy medycznej w sytuacjach tego wymagających oraz do nie narażania klientów na niebezpieczeństwo. Zobowiązuje go to m.in. do udzielania wyczerpujących informacji, zwłaszcza o zagrożeniach dla życia lub zdrowia, trudności trasy, odpowiednim ubiorze i ekwipunku itp.¹². W skrajnych przypad-

¹¹ M. Wajdzik, Z. Kruczek, *Metodyka i technika pracy pilota – rezydenta*, Kraków 2006, s. 98.

¹² Zob. K. Sondel, [w:] *Kompendium pilota wycieczek*, red. Z. Kruczek, Kraków 2006, s. 114.

kach powinien nawet odradzać udział w danej wycieczce fakultatywnej osobom, które nie zdając sobie sprawy z niebezpieczeństw, mogą być na narażone na niebezpieczeństwo, np. z powodu wieku, trudności z poruszaniem się itd. Pojawia się w związku z tym problem czy pilot ma prawo odmówić zawarcia umowy o wycieczkę fakultatywną z osobą, która tego się domaga pomimo informacji o grożących jej niebezpieczeństwach. Wydaje się, że w szczególnych sytuacjach pilot powinien to uczynić, aby uniknąć zarzutu np. narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty zdrowia lub życia osoby, wobec której spoczywa na nim obowiązek opieki (art. 160 § 2 k.k.) lub odpowiedzialności za inne przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu w przypadku wystąpienia tragicznych skutków¹³. Na pilocie jako osobie doświadczonej i świadomej zagrożeń występujących na odwiedzanych obszarach spoczywa obowiązek oceny konkretnej sytuacji i podjęcia dostosowanej do niej decyzji. Każde jego działanie lub zaniechanie traktowane jest jak działanie lub zaniechanie organizatora i stanowi jego własną winę¹⁴. Do niego będą kierowane przez klienta żądania wynagrodzenia szkody z powodu odmowy zawarcia umowy o wycieczkę. Nie ulega jednak wątpliwości, że organizator ma prawo odmówić uznania roszczenia opierając się na art. 424 k.c. określającym stan wyższej konieczności. Zachodzi tu bowiem podstawowa przesłanka w postaci poświęcenia jednego dobra w celu ratowania innego, oczywiście ważniejszego. Konsekwencje, jakie może ponieść pilot oraz organizator w razie uszkodzenia ciała lub śmierci uczestnika wycieczki fakultatywnej z pewnością będą bardziej poważne aniżeli w razie niedopuszczenia turysty do udziału w takiej wycieczce¹⁵. W razie doznania szkody poszkodowany klient z pewnością będzie się domagał zadośćuczynienia od organizatora turystyki za doznaną krzywdę.

Jeżeli dana wycieczka fakultatywna wiąże się z różnego rodzaju zagrożeniami, pilot powinien dołożyć wszelkich możliwych starań, aby ich uniknąć, a jeżeli dojdzie do wypadku, winien podjąć działania mające na celu zapewnienie udzielenia odpowiedniej pomocy medycznej poszkodowanemu¹⁶. Ostatnio taki tragiczny wypadek miał miejsce w trakcie wycieczki fakultatywnej organizowanej do wąwozu Samaria na Krecie, kiedy pilot nie zorientował się, iż dwoje uczestników zabłądziło i nie potrafił wskazać służbom ratowniczym miejsca, skąd należy rozpocząć poszukiwania. Wskutek tego osoby zagubione zmarły z wyczerpania, natomiast organy ścigania zapowiedziały pociągnięcie pilota do odpowiedzialności karnej. Nie budzi przy tym wątpliwości fakt, że wina pilota stanowi winę własną organizatora turystyki, który z tego tytułu będzie ponosił odpowiedzialność cywilną.

¹³ J. Sondel, *Odpowiedzialność karna w turystyce*, [w:] J. Raciborski, J. Sondel, K. Sondel, H. Zawistowska, *Prawo turystyczne*, Warszawa 2003, s. Ea/66-67.

¹⁴ M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne*, Warszawa 2006, s. 63.

¹⁵ W taki sposób postępują przewoźnicy lotniczy, którzy odmawiają przyjęcia na pokład kobiety w zaawansowanej ciąży, gdyż nie są w stanie zapewnić jej bezpieczeństwa. Ostatnio miał miejsce przypadek wzięcia udziału w wycieczce typu safari samochodem po pustyni przez kobietę w 6 miesiącu ciąży. Pomimo wyraźnej informacji o trudnościach, niewygodach, a nawet zagrożeniu dla ciąży, kobieta wraz z mężem wzięła w niej udział. Nie doszło jednak do tragicznych skutków, lecz skończyło się torsjami oraz bólem brzucha kobiety, które ustąpiły po powrocie do miejsca zakwaterowania. Por. K.Sondel, *Problematyka prawna...*, s. 115.

¹⁶ K. Sondel, *Problematyka prawna...*, s. 114-115.

Powstaje w związku z tym pytanie o rolę oraz zakres odpowiedzialności organizatora turystyki w wykonaniu umowy o wycieczkę fakultatywną. W praktyce stosowane są w tym zakresie różne klauzule mające przede wszystkim na celu uwolnienie się od odpowiedzialności za jej niewykonanie lub nienależyte wykonanie. Problem ten jest o tyle istotny, że sama umowa zawierana jest poza granicami kraju za pośrednictwem pilota wycieczek. Należy dodać, że ogólne informacje na temat poszczególnych wycieczek fakultatywnych nie spełniają wymogów przewidzianych dla treści umowy o imprezę turystyczną określonych w art. 14 ust. 2 u.u.t., dlatego klient natrafia na trudności w stwierdzeniu, czy usługi w ramach takiej wycieczki są wykonywane w sposób prawidłowy.

W sumie w odniesieniu do wycieczek fakultatywnych można odróżnić trzy sytuacje: niewykonanie zobowiązania polegającego na zorganizowaniu wycieczek fakultatywnych przewidzianych w katalogu, niewykonanie zawartej umowy o wycieczkę fakultatywną oraz nienależyte wykonanie takiej umowy.

W pierwszym wariantcie organizator turystyki zobowiązuje się do zapewnienia klientowi możliwości udziału w wycieczkach fakultatywnych, natomiast klient może to traktować jako element zwiększający atrakcyjność imprezy turystycznej. W takim przypadku i właśnie przez to może zdecydować się na zawarcie umowy o imprezę turystyczną. Jak wspomniano wyżej bardzo trudne jest do ustalenia, w jakim stopniu na decyzję klienta w tym zakresie ma wpływ propozycja dotycząca wycieczek fakultatywnych. Z pewnością jest to sprawa indywidualna, w związku z czym nie wydaje się zbyt ryzykownym twierdzenie, iż konkretna osoba tylko dlatego zawiera umowę o imprezę turystyczną o charakterze pobytowym, że zamierza wziąć udział we wszystkich przewidzianych w katalogu wycieczkach fakultatywnych, natomiast w przypadku umowy o imprezę objazdową, wycieczki fakultatywne w ogóle nie są przez nią brane pod uwagę pomimo, że zazwyczaj bywa odwrotnie. Dlatego też określenie wpływu jaki wywiera propozycja udziału w wycieczkach fakultatywnych na decyzję klienta o zawarciu umowy o imprezę turystyczną może być traktowany tylko jako jeden z kilku czynników umożliwiających stwierdzenie powstania szkody i określenie zakresu odpowiedzialności organizatora turystyki.

Nie można jednakże postawić tezy, że szkoda klienta w tym przypadku wystąpi tylko wtedy, gdy o zamiarze skorzystania z udziału w wycieczkach fakultatywnych poinformuje on organizatora turystyki w chwili zawarcia umowy o imprezę turystyczną. W tym przypadku nie mają miejsca usługi określane mianem „wymagań specjalnych”, przy których ten wymóg istnieje, lecz jest to dobrowolne zobowiązanie organizatora do zorganizowania takich wycieczek, po drugie, klient może podjąć decyzję w trakcie trwania imprezy turystycznej, nawet tuż przed rozpoczęciem wycieczki. Oczywiście klient może poinformować organizatora o zamiarze wzięcia udziału w wycieczkach, żądając umieszczenia tego w umowie, jednak nie można nałożyć na niego takiego obowiązku.

Kwestia ta nabiera szczególnego znaczenia w trakcie trwania imprezy pobytowej. Klient powinien zgłosić chęć udziału w wycieczkach fakultatywnych przedstawicielowi organizatora, czyli pilotowi wycieczek, zwłaszcza w sytuacji, gdy na pierwszym spotkaniu informacyjnym zostało to całkowicie pominięte. Należy podkreślić, że właśnie wtedy następuje określenie terminów poszczególnych wycieczek fakulta-

tywnych, co pozwala na odpowiednie zaplanowanie pobytu przez uczestników. Zgłoszenie chęci uczestnictwa umożliwia wykluczenie domniemania, że klient, który nie miał zamiaru brać udziału w wycieczkach, lecz np. pod koniec imprezy zorientował się, iż brak wycieczek może stanowić podstawę wnoszenia roszczeń o naprawienie szkody z tego tytułu, próbuje uzyskać nienależną mu rekompensatę. Nic natomiast nie stoi na przeszkodzie, aby organizator wprowadził do warunków uczestnictwa postanowienie o obowiązku zgłoszenia przez klienta zamiaru wzięcia udziału w poszczególnych wycieczkach fakultatywnych w odpowiednim terminie podczas trwania imprezy turystycznej z zastrzeżeniem, że zgłoszenia dokonane po jego upływie mogą nie zostać przyjęte, a więc klient może nie zostać wpisany na listę z powodu braku miejsc. Podkreślić należy, że w praktyce piloci wycieczek działają właśnie w ten sposób i wyznaczają ostateczny termin zgłoszenia udziału w wycieczce, mając w tym przypadku na uwadze przede wszystkim względy organizacyjne¹⁷.

Należy również wziąć pod uwagę kwestię zrealizowania celu imprezy turystycznej z punktu widzenia klienta. W przypadku imprez o charakterze pobytowym podstawowym celem jest wypoczynek i rozrywka, niemniej jednak brak przyrzeczonych wycieczek fakultatywnych może prowadzić do szkody klienta przez obniżenie wartości imprezy, gdyż nie może skorzystać ze wszystkich atrakcji, z jakich zamierzał. Stan faktyczny stoi bowiem w ewidentnej sprzeczności z treścią materiałów informacyjnych¹⁸. Szkoda klienta, który nie ma możliwości korzystania ze świadczeń, nawet za dodatkową opłatą, polega na utraconej przyjemności podróży i zawiera się w kategorii utraconych korzyści. Może ona wynikać nie tylko z niewykonania lub nienależytego wykonania jednego z elementów umowy spowodowanych niewłaściwą organizacją, ale również z powodu uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia klienta wskutek niedozwolonych działań organizatora lub jego kontrahentów¹⁹.

Prawo skorzystania z postanowień art. 16a ust. 1 może przysługiwać klientowi wyłącznie w sytuacji, gdy zażąda on na początku imprezy spełnienia obietnic, do jakich zobowiązał się organizator w materiałach informacyjnych oraz wniesie reklamację zgodnie z postanowieniami umowy. Z pewnością jednak brak wycieczek fakultatywnych nie prowadzi do zastosowania przepisu art. 16a ust. 2 ustawy, na mocy którego klientowi przysługuje prawo odstąpienia od umowy w przypadku, gdy organizator nie wykonuje świadczeń zastępczych lub klient z uzasadnionych powodów nie wyraża na nie zgody, natomiast organizator jest obowiązany, bez obciążania klienta dodatkowymi kosztami z tego tytułu zapewnić mu powrót do miejsca rozpoczęcia imprezy turystycznej lub do innego uzgodnionego w umowie miejsca w warunkach nie gorszych niż uzgodnione w umowie. Bezwzględny warunkiem skorzystania przez klienta z tego uprawnienia jest zgłoszenie wady niezwłocznie z żądaniem jej usunięcia oraz niemożliwość wykonania świadczenia zastępczego przez organizatora. Odmowa przyjęcia świadczenia zastępczego może nastąpić tylko

¹⁷ M. Wajdzik, Z. Kruczek, *Metodyka i technika...*, s. 98.

¹⁸ M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku polegającego na utraconej przyjemności z podróży*, KPP 2005, z. 2 s. 359.

¹⁹ Tamże.

w wyjątkowych wypadkach, gdyż ustawodawca wymaga tu uzasadnionych powodów takiego zachowania klienta²⁰.

Powstaje w związku z tym problem, czy uczestnik imprezy turystycznej o charakterze pobytowym w przypadku braku wycieczek fakultatywnych może domagać się obniżenia jej ceny. Odpowiedź z pewnością nie jest prosta. Przyjmując, że propozycja znajdująca się w materiałach informacyjnych jest elementem umowy o imprezę turystyczną można uznać, że ma do tego prawo pod warunkiem, że udowodni zamiar wzięcia udziału w wycieczkach. Niezbędne jest w związku z tym poinformowanie organizatora lub jego przedstawiciela oraz zażądanie potwierdzenia tego faktu. Bardziej skomplikowane będzie jednak przeprowadzenie dowodu, że wskutek braku wycieczek obniżyła się dla niego atrakcyjność samej imprezy. W takiej sytuacji natomiast organizator z pewnością będzie podnosił, że cel główny imprezy został zrealizowany, ponieważ zapewnił wypoczynek przez pobyt w jednym miejscu w warunkach zgodnych z umową. Problem ten rozstrzyga orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Warszawie, który uznając powództwo i zasądzając odszkodowanie stwierdził, że możliwość wzięcia udziału w wycieczkach fakultatywnych była elementem oferty, z której klient mógł skorzystać. Jeżeli zatem wycieczki się nie odbyły, doszło do wyrządzenia szkody o charakterze niemajątkowym przez pozbawienie klienta możliwości odwiedzenia miejsc, na których mu zależało. Wskutek tego doszło do jego głębokiego niezadowolenia i utraty przyjemności z podróży. Należy przy tym dodać, że w opisywanej sprawie organizator nie uzależnił wykonania poszczególnych wycieczek od minimalnej liczby zgłoszeń. Prawo do pełnej satysfakcji z imprezy turystycznej, która była przedmiotem umowy, sąd zaliczył do kategorii dóbr osobistych, które zostały naruszone²¹. Wydaje się, że rozwiązanie tej ostatniej kwestii jest odejściem od ugruntowanej w orzecznictwie i doktrynie zasady, że nie można domagać się zadośćuczynienia za doznaną krzywdę na podstawie art. 471 k.c.

Cel imprezy powinien być uwzględniany przede wszystkim w sytuacji, gdy wycieczki fakultatywne są włączane do programu imprezy turystycznej, jak to zwykle ma w imprezach o charakterze objazdowym. Nie ulega wątpliwości, że celem głównym takich imprez jest przede wszystkim zwiedzanie przewidzianych w programie obszarów, miejsc lub obiektów. Impreza taka jest bowiem zorganizowana w ten sposób, aby w odpowiednich miejscach na trasie była możliwość zawarcia umów o poszczególne wycieczki fakultatywne, bez których sam pobyt w danym miejscu może być całkowicie nieatrakcyjny i mijać się z celem, dla którego klient zdecydował się na wybór tego rodzaju imprezy. W pełni uzasadnione jest obiektywnie uważać go za pokrzywdzonego wskutek nienależytego wykonania zobowiązania. Fakt poniesienia szkody przez klienta jest w tym przypadku łatwiejszy do udowodnienia, niż w odniesieniu do imprezy pobytowej. Biorąc więc pod uwagę realizację celu imprezy, który z powodu braku wycieczek nie został do końca zrealizowany, trzeba stwierdzić, że w omawianym przypadku ma miejsce nienależyte wykonanie umowy o imprezę turystyczną. Do powyższego wniosku uprawnia jednoznaczne stanowisko doktryny,

²⁰ J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop...*, s. 338.

²¹ Cyt. za M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne...*, s. 98-99.

iż zobowiązanie organizatora w zakresie spełnienia celu umowy o imprezę turystyczną jest zobowiązaniem rezultatu²².

Można w tym miejscu odwołać się do praktyki państw obcych, a w szczególności do postanowień tzw. „tabeli frankfurckiej”, która przewiduje bonifikatę za brak wycieczek w ramach programu w wysokości 20-30%. Postanowienia zawarte w tabeli nie przewidują jednak wady w postaci braku wycieczek, które nie były objęte programem imprezy.

Wypada jednak zauważyć, że w praktyce rzadko występuje całkowity brak wycieczek fakultatywnych. Sytuacja taka należy z pewnością do wyjątkowych, spowodowanych np. ogłoszeniem upadłości przez mającego zorganizować wycieczki fakultatywne kontrahenta organizatora turystyki. Zapobiec temu może pilot, który jest zobowiązany do podjęcia stosownych działań i ma prawo zawierać odpowiednie umowy z innymi usługodawcami, aby wycieczki doszły do skutku. Bardziej prawdopodobne natomiast jest niezorganizowanie tylko jednej z przewidzianych wycieczek. Powstaje w związku z tym kolejny problem, a mianowicie w jakim stopniu jej brak był istotny, zwłaszcza w przypadku zrealizowanych innych wycieczek. Aby klient w tej sytuacji mógł dochodzić odszkodowania i zadośćuczynienia za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy musi udowodnić, że właśnie wycieczka, która nie doszła do skutku była głównym powodem uczestnictwa klienta w imprezie turystycznej, a ponadto, że stanowiła ona główną atrakcję danej imprezy.

Organizator z kolei może zwolnić się od odpowiedzialności za brak wycieczek fakultatywnych, jeżeli uzależni ich wykonanie od zebrania minimalnej liczby uczestników oraz powiadomienia klientów w ustalonym terminie o ich odwołaniu, zgodnie z art. 14 ust. 7a u.u.t. Przepis ten wprawdzie odnosi się do treści umowy o imprezę turystyczną, lecz znajduje zastosowanie również w takim przypadku. Brak takiego postanowienia, podobnie jak ma to miejsce w przypadku umowy o imprezę turystyczną z pewnością działa na niekorzyść organizatora i może prowadzić do konieczności wypłaty odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, co zauważył Sąd Apelacyjny w omawianym wyżej orzeczeniu²³.

Ze względu na fakt, że realizacja celu imprezy jest zobowiązaniem rezultatu, organizator turystyki w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną, jest zobowiązany wykazać, że zaszły okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności wskazane w art. 11a ust. 1-3 u.u.t. Zgodnie z jego postanowieniami jest on zwolniony w sytuacji, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy będzie spowodowane wyłącznie działaniem lub zaniechaniem klienta, działaniem lub zaniechaniem osób trzecich, nie uczestniczących w wykonywaniu usług przewidzianych w umowie, jeżeli tych działań lub zaniechań nie można było przewidzieć ani uniknąć, albo siłą wyższą. Oczywistym brakiem przesłanek odpowiedzialności jest w dwóch ostatnich przypadkach niemożność ich przewidzenia. Od organizatora jest wymagana staranność wyższa od przeciętnej i do jego obowiązków należy uwzględnienie wszystkich okoliczności, które na danym obszarze

²² Zob. J. Gospodarek, *Prawo w turystyce...*, s. 283; J. Raciborski, *Usługi turystyczne...*, s. A/110; M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 365.

²³ J. Raciborski, *Usługi turystyczne. Przepisy i komentarz*, Warszawa 1999, s. 117; M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne...*, s. 98-99.

lub miejscu występują, zarówno na etapie organizacji imprezy, jak i w trakcie jej trwania. W przypadku zaistnienia nagłych zdarzeń, w zależności od ich skali i związanych z tym zagrożeń dla bezpieczeństwa uczestników, organizator jest zobowiązany podjąć odpowiednie działania, np. odwołać imprezę turystyczną przed jej rozpoczęciem, zmienić program imprezy lub wycieczki fakultatywnej, odwołać poszczególne wycieczki albo przerwać wycieczkę lub imprezę i zapewnić powrót klientom²⁴. Podobnie rzecz wygląda w przypadku choroby uczestnika. Wtedy cała wycieczka fakultatywna może zostać przerwana, gdyż pilot jest zobowiązany w pierwszej kolejności podjąć działania zmierzające do ratowania życia lub zdrowia uczestnika, czyli zapewnić odpowiednią pomoc medyczną. Organizator jest w takiej sytuacji zwolniony od odpowiedzialności za niewykonanie umowy wobec pozostałych uczestników, gdyż ma miejsce stan wyższej konieczności z art. 424 k.c.

Próba uwolnienia się organizatora turystyki od odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o wycieczkę fakultatywną i obciążenia wynikającymi stąd skutkami kontrahenta organizatora z pewnością będzie bezskuteczna. Organizator turystyki ponosi bowiem całość ryzyka związanego z wyborem podwykonawców i nie może przenieść go na klienta²⁵. Wprowadzane do treści umów lub warunków uczestnictwa odnośne postanowienia nie powodują żadnych skutków prawnych. Ustawodawca wyraźnie temu przeciwdziała, stanowiąc w art. 19 ust. 1 i 2 u.u.t., że postanowienia umów zawieranych przez organizatora turystyki z klientami mniej korzystne niż przepisy ustawy są nieważne, a w ich miejsce należy stosować przepisy ustawy. W omawianej kwestii wypowiedział się również Sąd Najwyższy stwierdzając, że organizator jest odpowiedzialny za działania i zaniechania wszystkich swych kontrahentów, nawet wtedy, gdy organizator nie miał to wpływu²⁶. Jeżeli organizacją wycieczki zajmuje się wyłącznie kontrahent organizatora, ten ostatni nie jest przez to zwolniony od obowiązku opieki nad uczestnikiem, który został nałożony na niego w dość szerokim zakresie²⁷. Ponadto w trakcie uczestnictwa w wycieczkach fakultatywnych klienci nadal są objęci ubezpieczeniem od następstw nieszczęśliwych wypadków oraz kosztów leczenia, które jest obowiązkowe w przypadku organizacji imprez turystycznych za granicą (art. 14 ust. 3 ustawy), a tylko przedstawiciel organizatora – pilot wycieczek posiada stosowne dokumenty potwierdzające zawarcie umowy ubezpieczenia. Dzieje się tak również w przypadku, gdy organizator umieści w katalogu wyraźną informację, że jest wyłącznie agentem zagranicznego organizatora (z podaniem jego nazwy), który zajmuje się organizacją wycieczek fakultatywnych, oraz informacji, że w miejscu pobytu klienta jest możliwość zawarcia umów o wycieczki fakultatywne organizowane przez lokalne biura podróży. Należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt omawianego tematu. Otóż w chwili obecnej, dzięki rozwiązaniom wypracowanym w doktrynie, nie występują już tak poważne problemy z ustaleniem w zakresie usług turystycznych, co jest uważane za wadę istotną w znaczący sposób zakłócającą przebieg imprezy, a co stanowi wadę nieistotną czyli

²⁴ K. Sondel, *Bezpieczeństwo w turystyce w świetle przepisów prawa*, [w:] J. Raciborski, J. Sondel, K. Sondel, H. Zawistowska, *Prawo turystyczne*, Warszawa 2003, s. A/308-316.

²⁵ J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop...*, s. 346.

²⁶ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 1968 r. I CR 64/68, PUG 1969, nr 4, s. 137.

²⁷ K. Sondel, *Bezpieczeństwo w turystyce...*, s. A/308 i n.

takie niedociągnięcia ze strony organizatora, które nie mają wpływu na prawidłowe wykonanie umowy i nie powodują jego odpowiedzialności. Oprócz tego również ustawodawca odwołuje się w tym zakresie do pojęcia istotnych warunków umowy (art. 14 ust. 5 u.u.t.) oraz usług, stanowiących istotną część programu (art. 16a ust. 1 u.u.t.). Należy wobec tego przyjąć, że drobne wady, które w minimalnym stopniu zakłócają przebieg podróży, nie uzasadniają obowiązku odszkodowania. Odnosi się to z pewnością również do wycieczek fakultatywnych. Ponadto przy ustalaniu zakresu odpowiedzialności organizatora za nienależyte wykonanie umowy o wycieczkę fakultatywną należy brać pod uwagę różnice w stosunku do imprez turystycznych, które sprowadzają się przede wszystkim taką okolicznością jak znacznie krótszy czas trwania podróży. W związku z tym pewne wady, które podczas imprezy zasadniczej dotkliwie dają się odczuć klientom, w przypadku wycieczek fakultatywnych są przez nich nie dostrzegane albo wręcz akceptowane i nie powodują reklamacji. Dotyczy to zwłaszcza niższej kategorii hotelu, w którym uczestnicy wycieczki są zakwaterowani, gdyż przebywają w nim jedną lub dwie noce i z reguły są w stanie to zaakceptować. Podobnie przedstawia się sytuacja przy imprezach objazdowych. Oczywiście organizator jest zobowiązany określić w umowie kategorię hotelu lub innego obiektu zakwaterowania, lecz czasem zdarza się, iż jeden z nich na trasie objazdu posiada niższą kategorię, z reguły klienci nie wnoszą reklamacji z tego tytułu. Wydaje się w związku z tym, że organizator, aby uniknąć jakichkolwiek nieporozumień powinien sprecyzować, iż poszczególne obiekty na trasie należą do różnych kategorii. Główną bowiem atrakcją takiej imprezy jest zwiedzanie określonych miejsc, obszarów lub obiektów i to decyduje przede wszystkim o spełnieniu celu wycieczki fakultatywnej i wykonaniu umowy.

W odniesieniu do odpowiedzialności organizatora za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o wycieczkę fakultatywną z pewnością należy stosować analogiczne rozwiązania, jak w odniesieniu do umowy o imprezę turystyczną. Niezbędne jest jednak uwzględnienie rodzaju konkretnej wycieczki, w szczególności jej celu, a więc czy ma charakter np. wyłącznie rozrywkowy (wieczór folklorystyczny), krajoznawczy (zwiedzanie miejsc, obiektów itp.), czy inny, a ponadto należy tu brać pod uwagę prawidłowe zrealizowanie wszystkich punktów programu.

Z pewnością niewykonanie umowy o wycieczkę fakultatywną ma miejsce w sytuacji, gdy klienci nie mogli dojechać do miejsca docelowego z przyczyn zawinionych przez organizatora np. z powodu braku wiz, jeżeli nie zostały one załatwione we właściwym czasie lub awarii autokaru, jeżeli czas oczekiwania na pojazd zastępczy był na tyle długi, że wycieczka nie mogła dojść do skutku. Oczywiście organizator powinien postarać się o zadośćuczynienie, np. przez zorganizowanie wyjazdu w innym terminie, chyba że jest to ostatni dzień imprezy. Klient nie musi jednak wyrazić na to zgody. Spełnienie przez organizatora celu wycieczki nabiera szczególnego znaczenia, gdy jej program przewiduje zwiedzanie tylko jednego miejsca lub obiektu. Jeżeli organizator popełnił błąd i ustalił termin wycieczki w dniu, w którym jest ów obiekt zamknięty, albo nie dostarczył na czas biletów wstępu, ma miejsce niewykonanie umowy.

Niewykonanie umowy o wycieczkę fakultatywną może być również konsekwencją wyrządzenia szkody czynem niedozwolonym przez organizatora lub osobę, za

którą ponosi odpowiedzialność, np. gdy kierowca autokaru wskutek nadmiernej szybkości spowodował wypadek, w którym klient został ranny i musiał być odwieziony do szpitala. Sytuacja taka uniemożliwia klientowi kontynuowanie udziału również w imprezie turystycznej. Natomiast opóźnienie z powodu wypadku spowodowanego z winy kierowcy oraz konieczność oczekiwania na autokar zastępczy może być uznane za nienależyte wykonanie umowy podobnie jak wadliwa organizacja wycieczki i niewłaściwe działanie pilota wycieczek.

Jeżeli część programu wycieczki fakultatywnej jest niezrealizowana albo przebiega w sposób nieprawidłowy, klient może żądać obniżenia jej ceny analogicznie do podobnych spraw w odniesieniu do nieprawidłowego wykonania umowy o imprezę turystyczną, rozstrzygniętych wyrokami sądów²⁸. Gdy natomiast główny cel wycieczki z powodów wskazanych powyżej, nie został osiągnięty, klient może domagać się zwrotu całej ceny lub wykonania odpowiedniego świadczenia zastępczego.

Szczególną trudność w omawianym zakresie stanowi określenie charakteru szkody poniesionej przez klienta z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną oraz ustalenie wysokości odszkodowania. Doktryna nie wypracowała jednolitego stanowiska odnośnie do szkody za tzw. zmarnowany urlop. Spory toczą się przede wszystkim co do tego czy ma ona charakter majątkowy, czy niemajątkowy, m.in. ze względu na brak jednolitego i wyraźnego kryterium pozwalającego zakwalifikować poszczególne przypadki do odpowiedniej kategorii²⁹. Nie zostało to sprecyzowane również w ustawie o usługach turystycznych, gdyż ustawodawca w art. 11 odsyła w tym zakresie do przepisów kodeksu cywilnego, posługując się ogólnym pojęciem szkody³⁰. Większość autorów stoi na stanowisku, że utrata wypoczynku oraz przyjemności z podróży z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi organizator turystyki, zwłaszcza w razie niewykonania lub nienależytego wykonania poszczególnych usług w sposób zgodny z umową ma charakter niemajątkowy³¹. Pogląd ten wydaje się słuszny, albowiem trudno określić w kategoriach majątkowych wypoczynek lub przyjemność z podróży pomimo, że próbuje się komercjalizować pojęcie czasu wolnego. Przyjęcie stanowiska o niemajątkowym charakterze szkody prowadzi jednak do daleko idących konsekwencji z uwagi na fakt, że na gruncie prawa polskiego nie można domagać się zadośćuczynienia pieniężnego za szkodę niemajątkową³², gdyż roszczenie to przysługuje jedynie w przypadkach wskazanych w ustawie³³. Generalnie zatem żądanie zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową nie jest możliwe na podstawie art. 471 k.c.³⁴. Dopuszcza się jednak pewne odstępstwa od tej zasady przy zastrzeżeniu, że zrekompensowanie

²⁸ M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne...*, s. 79.

²⁹ M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 359.

³⁰ Tamże, s. 360.

³¹ A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i osobie*, Bydgoszcz 1998, s. 70-71; M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne...*, s. 98-99; J. Gospodarek, *Prawo w turystyce...*, s. 381; J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop...*, s. 316; M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 371 i n.

³² M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne...*, s. 98.

³³ J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop...*, s. 316-317.

³⁴ Tamże, s. 320.

uszczerbku niemajątkowego powinno mieć charakter wyjątkowy³⁵. W związku z tym próbuje się przez odpowiednią interpretację tego artykułu wprowadzić możliwość dochodzenia zadośćuczynienia za zmarnowany urlop, jako za szkodę majątkową³⁶, do której należy wliczyć poddaną komercjalizacji utratę przyjemności z podróży³⁷. Takie rozwiązanie nie wydaje się jednak słuszne. W świetle powyższych rozważań istotnego znaczenia nabierają postanowienia ustawy o usługach turystycznych, a zwłaszcza jej art. 11a ust. 1 stanowiącego *lex specialis* w stosunku do art. 471 k.c.³⁸. Ta szczególna podstawa, zgodna z art. 5 dyrektywy 314/90/EWG, upoważnia do stwierdzenia, że organizator turystyki odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o imprezę turystyczną i w związku z tym ponosi odpowiedzialność zarówno za szkodę majątkową jak też niemajątkową³⁹. Przemawia za tym również wykładnia art. 5 dyrektywy, dokonana przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości, z której jasno wynika, że *ratio legis* tego przepisu stanowi ochrona konsumentów w związku z podróżami turystycznymi przez przyznanie im prawa do dochodzenia roszczeń o wynagrodzenie także szkody niemajątkowej wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną⁴⁰. Takie rozwiązanie nie narusza przyjętych zasad odnośnie dochodzenia odszkodowania za szkodę niemajątkową na podstawie art. 471 k.c., gdyż odnosi się wyłącznie do sfery usług turystycznych umożliwiając dochodzenie roszczeń wyłącznie z tego tytułu. Przemawiają za tym również kolejne przepisy ustawy o usługach turystycznych, w których ustawodawca daje klientowi w określonych wypadkach prawo do ubiegania się o odszkodowanie. Dzieje się tak w razie konieczności zmiany istotnego warunku umowy przed rozpoczęciem imprezy i nie wyrażenia na to zgody przez klienta oraz w przypadku odwołania imprezy z przyczyn niezależnych od klienta. Przysługuje mu wówczas nie tylko prawo odstąpienia od umowy i zażądania natychmiastowego zwrotu wszystkich wniesionych świadczeń, ale również możliwość dochodzenia odszkodowania za niewykonanie umowy (art. 14 ust. 5 – 7 u.u.t.). Podobne uprawnienia wynikają z postanowień art. 16a ust. 3 u.u.t. Jeżeli klient odstępuje od umowy z powodu niewykonania świadczeń zastępczych przez organizatora, albo nie przyjmuje ich z uzasadnionych przyczyn i odstępuje od umowy, może żądać naprawienia szkody wynikłej z jej niewykonania. Podsumowując należy stwierdzić, że dochodzenie roszczeń o naprawienie szkody majątkowej i niemajątkowej na podstawie art. 11a ust. 1 u.u.t. wydaje się rozwiązaniem najbardziej słusznym, gdyż klient może domagać się oprócz odszkodowania za niewykonanie umowy, również zadośćuczynienia za doznaną krzywdę.

Wypada też zaznaczyć, że szkoda na osobie klienta w postaci uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia oraz niezapewnienie odpowiedniej pomocy medycznej nie powoduje takich kontrowersji, jak ma to miejsce w odniesieniu do szkody w postaci

³⁵ A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę...*, s. 79.

³⁶ P. Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną w praktyce biur podróży*, [w:] *Prawo w praktyce biur podróży*, red. P. Cybula, Warszawa 2006, s. 126.

³⁷ J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop...*, s. 331.

³⁸ Tamże, s. 337.

³⁹ Tamże.

⁴⁰ M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne...*, s. 98.

zmarowanego urlopu. Zapewnienie bezpieczeństwa uczestnikom bez wątpienia wchodzi w zakres umowy o imprezę turystyczną⁴¹. Ma ono charakter obiektywny i należy do kategorii zobowiązań rezultatu. Organizator ponosi również odpowiedzialność za swych kontrahentów wykonujących poszczególne usługi przewidziane programem imprezy. W tym przypadku jego odpowiedzialność opiera się na zasadzie ryzyka wynikająca z postanowień art. 474 k.c.⁴². Niezależnie więc od okoliczności, nawet zawinionych przez klienta, organizator jest zobowiązany udzielić mu pomocy zgodnie z postanowieniami art. 11a ust. 2 u.u.t. Uczestnictwo przez klienta w wycieczkach fakultatywnych nie zwalnia organizatora od tego obowiązku, gdyż spoczywa na nim przez cały czas trwania imprezy turystycznej⁴³. Ponadto uczestnik wycieczki jest objęty, obowiązkowym w przypadku organizacji imprez za granicą, ubezpieczeniem od kosztów leczenia i następstw nieszczęśliwych wypadków. Nie ma więc znaczenia, kiedy szkoda na osobie miała miejsce, gdyż w każdym wypadku organizator zobowiązany do zapewnienia mu pomocy.

Powyższe rozważania dotyczą przede wszystkim odpowiedzialności za szkodę wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną. Natomiast w odniesieniu do wycieczek fakultatywnych należy stosować analogiczne rozwiązania z uwzględnieniem specyfiki poszczególnych wycieczek, zwłaszcza w zakresie odpowiedzialności za szkodę, która wynikła z braku wycieczek oraz niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Jak wykazano wyżej całkowity brak wycieczek w ramach imprezy pobytovej nie uprawnia do stwierdzenia, że umowa o imprezę turystyczną została niewykonana, może jednak prowadzić do odpowiedzialności organizatora za jej nienależyte wykonanie. Z kolei tego typu sytuacja w przypadku imprezy objazdowej może prowadzić do całkowitego niewykonania umowy o imprezę turystyczną, a w konsekwencji również zadośćuczynienia za zmarowany urlop, natomiast niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o wycieczkę z reguły powoduje żądanie przez klienta zwrotu ceny lub odpowiedniego jej obniżenia. Może też on zażądać rekompensaty w postaci innej wycieczki o podobnym standardzie i atrakcyjności. Ponadto gdy miało miejsce istotne zakłócenie przebiegu podróży, klient może domagać się obniżenia ceny imprezy turystycznej.

Kolejnym problemem w zakresie usług turystycznych stanowi ustalenie wysokości odszkodowania w przypadku niewykonania całej umowy oraz poszczególnych punktów programu imprezy, jak również wysokości kwoty zadośćuczynienia za tzw. zmarowany urlop. Ocenie powinna podlegać przede wszystkim kwestia, o ile zmniejszyła się atrakcyjność danej imprezy oraz czy jej cel został zrealizowany mimo zaistniałej wady. Podkreślić należy, że ustawodawca przewidując ewentualność domagania się odszkodowania w kwocie przekraczającej cenę imprezy, co zapewne dotyczy również *quasi* zadośćuczynienia za zmarowany urlop⁴⁴, daje organizatoro-

⁴¹ K. Sondel, *Bezpieczeństwo w turystyce...*, s. A/309-310.

⁴² M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne...*, s. 82-83.

⁴³ J. Gospodarek, *Prawo w turystyce...*, s. 380.

⁴⁴ Powyższe twierdzenie uzasadnia wprowadzenie do przepisów ustawy możliwości dochodzenia przez klienta odszkodowania za niewykonanie umowy, oprócz obowiązku zwrotu przez organizatora wszystkich wniesionych przez klienta świadczeń (art. 14 ust. 7 u.u.t.). Ponadto, zgodnie

wi w art. 11b u.u.t. możliwość ograniczenia w drodze umowy wysokości odszkodowania do dwukrotnej ceny imprezy, z zastrzeżeniem, że nie może dotyczyć to szkód na osobie.

W przypadku niewykonania danej usługi stanowiącej istotny punkt programu, rozmiar szkody należy ustalić oceniając, w jakim stopniu brak danego świadczenia wpłynął na samą podróż⁴⁵. Organizator sam bowiem kształtuje wszystkie istotne punktu programu i zobowiązuje się do ich wykonania. Zatem odszkodowanie w omawianym przypadku powinno uwzględniać wartość usługi oraz jej znaczenie w odniesieniu do celu imprezy. Otwartą jednak pozostaje kwestia czy wysokość odszkodowania może przekraczać górną granicę, jaką jest cena imprezy⁴⁶. Z pewnością stanowi ona punkt odniesienia dla ustalenia wysokości odszkodowania, nie może być jednak traktowana jako jedyne kryterium. Z pewnością nie jest odpowiednim zadośćuczynieniem zwrot ceny biletów wstępu, gdy klienci nie zostają wpuszczeni np. do muzeum, ponieważ zwiedzanie jest jednym z punktów programu imprezy o wartości przekraczającej cenę biletu⁴⁷. Odnosi się to również do wysokości odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania dotyczącego wycieczek fakultatywnych. W praktyce spory rozwiązywane są najczęściej polubownie i zwykle polegają na obniżeniu ceny wycieczki, albo zwrocie pełnej ceny. Spotykana jest również rekompensata w postaci propozycji kolejnej wycieczki. Jeżeli dochodzi do reklamacji całej imprezy z reguły organizatorzy przyjmują, jako górną granicę, którą są w stanie zaakceptować, właśnie cenę imprezy. Nie jest natomiast proste określenie wysokości odszkodowania za zmarnowany urlop oraz utracone korzyści z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Ma to znaczenie o tyle, że zgodnie z art. 187 § 1 k.p.c. oprócz spełnienia warunków przewidzianych dla pisma procesowego, pozew powinien zawierać dokładne określone żądanie, a w sprawach o roszczenia majątkowe także oznaczenie wartości przedmiotu sporu.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem, iż w omawianym przypadku może mieć zastosowanie art. 322 k.p.c.⁴⁸, zgodnie z którym w sprawie o naprawienie szkody, jeżeli sąd uzna, że ściśle udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione, może w wyroku zasądzić odpowiednią sumę według swojej oceny, opartej na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy. Przepis ten stanowi wyjątek od ogólnej zasady konieczności dokładnego określenia i udowodnienia wysokości jednego z elementów żądania pozwu określonej w art. 187 § 1 k.p.c., ograniczając je w odniesieniu do obowiązku udowodnienia wysokości świadczeń dochodzonych w procesie. Nie chodzi tu o zwolnienie z wykazania istnienia roszczenia, gdyż należy to do przesłanek materialnoprawnych lecz ma celu odstąpienie od ujemnych konsekwencji nieudowodnienia wysokości żądania pozwu w pewnych rodzajach sporów, a to z pewnością ma miejsce w omawianym przypadku. Sąd nie może jednak zasą-

z art. 16a u.u.t., klient ma prawo żądania naprawienia szkody wynikłej z niewykonania umowy w razie niemożności wykonania świadczenia zastępczego.

⁴⁵ M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 336.

⁴⁶ Tamże, s. 366.

⁴⁷ M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne...*, s. 53.

⁴⁸ M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 381.

dzić ponad żądanie pozwu oraz gdy na podstawie ustaw szczególnych, w których jest określona maksymalna kwota odszkodowania np. w prawie lotniczym lub morskim. Zastosowanie przepisu art. 322 k.p.c. może jednak być pomocne dla zawarcia ugody sądowej⁴⁹.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że wycieczki fakultatywne odgrywają w sferze usług turystycznych dość istotną rolę. Pomimo, iż stanowią tylko propozycję dla klienta do wykorzystania za dodatkową opłatą w ramach imprezy turystycznej, wpływają z pewnością na podniesienie jej atrakcyjności. W niektórych przypadkach mogą nawet przesądzać o zrealizowaniu celu imprezy turystycznej, a więc odpowiednim wykonaniu umowy. Nie ulega wątpliwości, że organizatorzy, ponosząc odpowiedzialność z tytułu ryzyka za działania i zaniechania swych kontrahentów, nie mają możliwości wyegzekwowania prawidłowego wykonywania usług dla klientów, zwłaszcza, że dość powszechne jest stosowanie tzw. *overbookingu* w hotelach, czyli zapewniania miejsc dla wszystkich organizatorów, a sprzedawania temu, który zgłosi się jako pierwszy. Podobne praktyki stosowali też przewoźnicy lotniczy, jednak zdecydowane działania w postaci kar finansowych podjęte w celu likwidacji tego procederu, przyniosły już pierwsze efekty i poprawę sytuacji pasażerów. Poza tym organizatorom turystyki może przysługiwać roszczenie regresowe wobec nierzetelnego kontrahenta. Z reguły jednak nie korzystają oni z prawa domagania się odszkodowania od zagranicznych podmiotów, przede wszystkim z uwagi na koszty postępowania sądowego i pokrywają straty wynikłe z konieczności wypłaty odszkodowań dla klientów we własnym zakresie. Dlatego też wycieczki fakultatywne bardzo często traktowane są przez organizatorów turystyki jako rekompensata dla klienta za różnego rodzaju wady występujące w trakcie trwania imprezy turystycznej. Jeżeli klient uważa, że dzięki temu otrzymał należne zadośćuczynienie za wady poszczególnych usług wchodzących w skład imprezy, należy uznać takie rozwiązanie za dopuszczalne, zwłaszcza, że nie ma on obowiązku przyjęcia takiego świadczenia, traktowanego jako zastępcze, a ponadto nie wyłącza to możliwości wniesienia reklamacji i żądania naprawienia szkody na drodze powództwa cywilnego.

Ze względu na europejskie tendencje zmierzające do coraz lepszej ochrony konsumenta należy również w odniesieniu do wycieczek fakultatywnych wprowadzić pewne rozwiązania mające na celu wyeliminowanie lub w znacznym stopniu ograniczenie występujących w dotychczasowej praktyce nieprawidłowości. Wprawdzie postanowienie art. 12 ust. 1a zakazuje wprowadzania klienta w błąd przez podawanie nieprawdziwych informacji zawartych w materiałach pisemnych, jednak możliwość występowania organizatora, przy organizacji wycieczek fakultatywnych w jednej z wyżej omówionych ról może prowadzić do znacznych trudności w ustaleniu przez klienta zakresu odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o wycieczkę tego typu. Nie ulega wątpliwości, iż załamaniem normy określonej w cytowanym wyżej artykule są bezpodstawne próby całkowitego uwolnienia się od odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umów o wy-

⁴⁹ J. Krajewski, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem*, t. 2, red. J. Jodłowski i K. Piasecki, Warszawa 1989, s. 521-524.

cieczkę fakultatywną. Konieczne wydaje się zatem wprowadzenie do przepisów ustawy o usługach turystycznych stosownych regulacji w zakresie obowiązków organizatorów turystyki w odniesieniu do wycieczek fakultatywnych. Powinny one polegać przede wszystkim na odpowiednim stosowaniu wybranych przepisów dotyczących umowy o imprezę turystyczną do umów o wycieczkę fakultatywną, a w szczególności nałożenia obowiązku określenia ich organizatora, istotnych usług wchodzących w skład programu, wydawania pisemnego potwierdzenia zawarcia umowy, ustalenia ceny i ewentualnych przyczyn jej podniesienia oraz zobowiązujących organizatora w przypadku nienależytego wykonania umowy do zapewnienia właściwych świadczeń zastępczych. Natomiast z pewnością postulat ten nie dotyczy stosowania w omawianym przypadku przepisów art. 16a ust. 2 u.u.t., stosownie do którego brak wycieczek albo ich niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi istotny powód uprawniający klienta do odstąpienia od umowy o imprezę turystyczną i zobowiązujący organizatora do zapewnienia mu powrotu. Wydaje się, że stanowiłoby to zbyt daleko idące naruszenie interesu organizatora turystyki. Nie jest natomiast konieczne wprowadzanie przepisów stanowiących, że wycieczki fakultatywne są elementem umowy o imprezę turystyczną, gdyż wynika to jasno z postanowień art. 12 ust. 2 u.u.t.

Niniejsze opracowanie z pewnością nie wyczerpuje całości zagadnień związanych z odpowiedzialnością organizatora turystyki za tzw. wycieczki fakultatywne. Jest próbą przedstawienia ich specyfiki, roli jaką odgrywają w sferze usług turystycznych, wskazania na cechy szczególne oraz wpływu jaki wywierają na prawidłowe wykonanie umowy o imprezę turystyczną. Jak zaznaczono wyżej, w doktrynie toczy się dyskusja na temat konieczności nowelizacji ustawy o usługach turystycznych, a zwłaszcza wprowadzenia takich rozwiązań, które będą zgodne z prawem europejskim w zakresie ochrony konsumenta i ograniczą występujące nieprawidłowości. Niewątpliwie jedną z najistotniejszych kwestii jest wypracowanie jednolitego stanowiska na temat charakteru szkody za tzw. zmarnowany urlop oraz możliwości żądania w związku z tym zadośćuczynienia przez klienta.

Piotr Mostowik*

Wybrane zagadnienia kolizyjnoprawne w regulacjach dotyczących turystyki

1. Stwierdzenie, że turystyka jest immanentnie związana z pytaniami o właściwość prawa dla zdarzeń z udziałem jej organizatorów oraz samych turystów, trudno by uznać za „odkrycie Ameryki”. Z uwagi na coraz częstsze przemieszczanie się uczestników ruchu turystycznego i organizatorów po terytoriach różnych państw, stwierdzenie to nie wymaga głębszego uzasadnienia.

Przekraczanie w trakcie turystycznych wojaży granic poszczególnych państw, oznacza również przemieszczanie się po różnych obszarach prawnych (tj. terytoriach, na których obowiązują różne systemy prawne) oraz wchodzenie w relacje prywatnoprawne z podmiotami obcymi. Spostrzeżenie potencjalnego „wchodzenia w grę”, „możliwego doboru” lub „potencjalnej właściwości” wielu systemów prawnych, prowadzi czasem do obrazowego tłumaczenia takich sytuacji, jako zaistnienia kolizji między prawami różnych państw. Ścisłej jednak rzecz biorąc – nie mamy do czynienia z problematyką „wojujących między sobą o swe zastosowanie” systemów prawnych różnych państw, natomiast w centralnym punkcie znajduje się – zadawane z perspektywy orzekającego sądu oraz stron stosunku prawnego – pytanie: które prawo jest właściwe dla danej sytuacji życiowej (np. dla odpowiedzialności kontraktowej lub deliktowej)? Odpowiedzi na to pytanie udzielają obowiązujące w Polsce normy prawa prywatnego międzynarodowego zarówno pochodzenia krajowego (w szczególności wynikające z ustawy z 1965 r. pod takim tytułem¹), jak i normy o genezie międzynarodowej (w szczególności wynikające z wiążących Polskę umów międzynarodowych) oraz – z uwagi na przystąpienie do Unii Europejskiej – prawo wspólnotowe².

* Dr Piotr Mostowik - Katedra Prawa Prywatnego Międzynarodowego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ Ustawa z dnia 12 listopada 1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz. U. Nr 46, poz. 290 ze zm.; cyt. dalej jako: p.p.m.). Co do potrzeby zasadniczej zmiany obecnego stanu prawnego i uchwalenia nowej ustawy kolizyjnej – zob. M. Pazdan, *Założenia i główne kierunki reformy prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce*, PiP 1999, z. 3, s. 20; tenże, *O potrzebie reformy polskiego prawa prywatnego międzynarodowego i niektórych proponowanych rozwiązaniach*, KPP 2000, z. 3, s. 501; tenże, *Dylematy towarzyszące kodyfikacji polskiego prawa prywatnego międzynarodowego*, [w:] *W kierunku europeizacji prawa prywatnego, Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Jerzemu Rajskiemu*, red. A. Brzozowski, W. Kocot i K. Michałowska, Warszawa 2007, s. 459. Wiele jednak przemawia za powstrzymaniem się od zaproponowanej rekodyfikacji – zob. A. Mączyński, *O potrzebie, zakresie i sposobie reformowania polskiego prawa prywatnego międzynarodowego*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Soltysińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005, s. 851 i n.; tenże, *Polskie prawo prywatne międzynarodowe u progu XXI wieku*, [w:] *Prawo w XXI wieku, Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, red. W. Czapliński, Warszawa 2006, s. 563 – 581 oraz K. Zawada, *O projekcie nowej kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego*, KPP 2006, z. 4, s. 1083 i n.

² Jak wcześniej wspomniano, umowy zawierane z turystami same z siebie kojarzą się z zagadnieniem międzynarodowym. Trzeba jednak pamiętać, że zastosowanie norm kolizyjnych danego

2. Wędrówkę po kolizyjnoprawnych drogach i bezdrożach warto rozpocząć od przypomnienia, że rolą norm prawa prywatnego międzynarodowego *sensu stricto* (tj. norm kolizyjnych) jest wskazanie prawa właściwego dla danej sytuacji życiowej. W prawie kolizyjnym nie mamy więc zasadniczo do czynienia z normami bezpośrednio regulującymi ludzkie zachowanie, lecz z normami pośrednimi. Normy te – obrazowo mówiąc – stanowią drogowskaz na szlaku turystycznym wiodący do schroniska mieszczącego regulacje materialnoprawne określonego systemu prawnego (tj. prowadzą do zastosowania norm bezpośrednich, merytorycznych)³. Nie zawsze rezultatem zastosowania norm prawa prywatnego międzynarodowego *sensu stricto* będzie bowiem podleganie danej sytuacji życiowej polskiemu prawu prywatnemu, ponieważ normy kolizyjne mogą nakazać polskiemu sądowi zastosowanie w danej sprawie prawa obcego⁴.

Ustawodawca najczęściej uzależnia właściwość prawa od zlokalizowania abstrakcyjnie określonych w przepisach okoliczności – tj. od interpretacji *in concreto* opisu łącznika. W doktrynie podkreśla się, że funkcję łącznika może spełniać tylko fakt będący wyrazem więzi łączącą konkretną sytuację życiową z którymś obszarem prawnym, a rola normy kolizyjnej polega właśnie na określeniu, jakiego typu fakt winien decydować o wskazaniu prawa właściwego dla objętego hipotezą zagadnienia⁵.

Z uwagi na nieścisłości rodzące się na tle tradycyjnej nazwy „prawo prywatne międzynarodowe” występującej często w tytułach ustaw poświęconych tej dziedzinie, trzeba na wstępie jeszcze przypomnieć, że normy prawa prywatnego międzynarodowego rozgraniczają zakresy obowiązywania poszczególnych systemów prawnych. Przepisy, z których normy te wynikają, mogłyby być tytułowane ustawami „dotyczącymi stosowania praw”, „o właściwości praw”, bądź „o rozgraniczeniu obowiązywania poszczególnych systemów prawnych”.

3. Wartą podkreślenia współczesną cechą źródeł prawa prywatnego międzynarodowego, również prawnych regulacji dotyczących turystyki, jest postępująca harmo-

systemu prawnego nie jest *de facto* zależne od wcześniejszego wykazania „międzynarodowości stosunku” ani występowania w rozpatrywanej sprawie „elementu obcego”. W istocie bowiem normy prawa prywatnego międzynarodowego stosujemy zawsze, tj. dla oceny każdej sytuacji życiowej. O ewentualnym istnieniu prawnie doniosłych „elementów międzynarodowych” dowiadujemy się bowiem dopiero po zbadaniu łącznika abstrakcyjnie opisanego w przepisie stosowanym dla określonego zakresu spraw (np. po ustaleniu obywatelstwa, miejsca dokonania czynności). Może to, ale nie musi, doprowadzić *in concreto* do właściwości prawa obcego. W tym momencie – tj. po uzyskaniu odpowiedzi na pytanie o właściwość prawa (tj. czy właściwe jest prawo polskie czy też któreś obce), czyli po zastosowaniu normy kolizyjnej – nie ma już potrzeby zastanawiania się, czy daną sytuację należało wcześniej predefiniować jako międzynarodową, czy też zawierającą „element obcy”, które to pozytywne predefiniowanie miałyby być warunkiem zastosowania norm kolizyjnych.

³ Zob. K. Przybyłowski, *Kodyfikacyjne zagadnienia polskiego prawa międzynarodowego prywatnego*, SC 1964, t. V, s. 4; J. Jakubowski, *Funkcje i zakres prawa prywatnego międzynarodowego*, PiP 1966, z. 11, s. 668 i 683.

⁴ Zob. P. Mostowik, *O podstawach właściwości prawa polskiego*, KPP 2006, z. 2, s. 472-494.

⁵ Zob. A. Mączyński, *Wskazanie kilku praw przez normę kolizyjną prawa prywatnego międzynarodowego*, [w:] *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*, red. A. Mączyński, M. Pazdan i A. Szpunar, Kraków 1994, s. 231-233.

nizacja i unifikacja w zakresie unormowań kolizyjnoprawnych⁶, jurysdykcyjnych zagadnień międzynarodowego prawa cywilnego, a nawet rozwiązań materialnoprawnych⁷. Można nawet zaryzykować twierdzenie, że źródła o genezie międzynarodowej, a w szczególności europejskiej, biją znacznie mocniej niż się można było tego spodziewać.

Organizacja ruchu turystycznego z uwzględnieniem zarówno klientów, jak i po stronie profesjonalnych kooperantów, składa się na szereg stosunków prawnych i konstrukcji prawa prywatnego. Za tym bogactwem idzie w praktyce doniosłość rozwiązań kolizyjnoprawnych o charakterze ogólnym – tj. począwszy od wskazania prawa właściwego dla stosunków umownych, przez statut deliktowy oraz kwestię właściwości prawa dla stosunków praworzeczowych (szczególnie dotyczących nieruchomości służących obsłudze ruchu turystycznego), a skończywszy – w specyficznych sytuacjach – nawet na kwestii prawa właściwego dla formy zawarcia małżeństwa.

Nie sposób byłoby przedstawić kolizyjnych regulacji poświęconych wszelkim zdarzeniom, które mogą w związku z turystyką zaistnieć, więc przedmiotem dalszych uwag będą unormowania skonstruowane najbliżej turystyki i w jej okolicznościach znajdujące często swe zastosowanie.

a. Przykładem harmonizacji prawa kolizyjnego w omawianym, specyficznym – „turystycznym” – zakresie, są przepisy ustaw w brzmieniu ustalonym w procesie dostosowania regulacji wewnętrznych do europejskich ustaw wzorcowych, którymi są przede wszystkim postanowienia dyrektywy 90/314/EWG z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek⁸ (cyt. dalej jako dyrektywa 90/314), a ponadto dyrektywy 94/47/WE z dnia 26 października 1994 r. w sprawie ochrony nabywców w odniesieniu do niektórych aspektów umów odnoszących się do nabywania praw do korzystania z nieruchomości w oznaczonym czasie⁹, czyli tzw. timesharingu. Istotne dla rynku turystycznego znaczenie mają oczywiście również inne dyrektywy dotyczące umów zawieranych z konsumentami, do której to kategorii prawnej zaliczeni będą najczęściej turyści. Tytułem przykładu należy wymienić dyrektywę 85/577/EWG z dnia 20 grudnia 1985 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do umów zawartych poza lokalem przedsiębiorstwa¹⁰, dyrektywę 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenc-

⁶ Zob. P. Mostowik, *Kolizyjnoprawne problemy dostosowania polskiego prawa do dyrektyw Unii Europejskiej (cz. II)*, Rej. 2002, nr 9, s. 55 i n.; M. Lijowska, *O kolizyjnoprawnych problemach dostosowania prawa polskiego do europejskiego prawa ochrony konsumenta*, KPP 2004, z. 1, s. 144-157 oraz M. Czepelak, *Zagadnienia kolizyjne ochrony konsumenta*, [w:] red. E. Nowińska i P. Cybula, *Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, Kraków 2005, s. 518-523.

⁷ Zob. P. Mostowik, *Kolizyjnoprawne problemy...*, s. 70-73; M. Lijowska, *O kolizyjnoprawnych problemach...*, s. 144-157 oraz M. Czepelak, *Zagadnienia kolizyjne...*, s. 111.

⁸ Dz. Urz. WE L 1990.158.59. Umowę o imprezę turystyczną w praktyce biur podróży przedstawia P. Cybula, [w:] *Prawo w praktyce biur podróży*, red. P. Cybula, Warszawa 2006, s. 104-134.

⁹ Dz. Urz. UE L 1994.280.83.

¹⁰ Dz. Urz. WE L 372.31 ze zm.

- kich¹¹ oraz dyrektywę 97/7/WE z dnia 20 maja 1997 r. w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość¹².
- b. Mając na względzie zagadnienia międzynarodowego postępowania cywilnego, a dokładniej problematykę jurysdykcji sądów polskich, trzeba wskazać na unifikację dokonaną w Europie najpierw konwencją brukselską EWG z dnia 27 września 1968 r. o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych¹³ (oraz bliźniaczą konwencją lugańską z dnia 16 września 1988 r.¹⁴), a obecnie w tym zakresie – postanowienia rozporządzenia wspólnotowego nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. (tzw. rozporządzenie Bruksela I)¹⁵.
- c. Natomiast harmonizacja niektórych zagadnień materialnoprawnych miała miejsce po przystąpieniu do – powstałej pod auspicjami Rady Europy – konwencji paryskiej z dnia 17 grudnia 1962 r. o odpowiedzialności osób utrzymujących hotele za rzeczy wniesione przez gości hotelowych¹⁶, co spowodowało nadanie nowego brzmienia tytułowi XXIX kodeksu cywilnego¹⁷. Dalsza harmonizacja praw wewnętrznych poszczególnych państw europejskich dokonała się w procesie implementacji dyrektyw unijnych, w szczególności wspomnianej wcześniej dyrektywy 90/314.
3. Wracając do – inspirowanych dyrektywami – ustawowych rozwiązań prawa prywatnego *sensu stricto*, trzeba przytoczyć niektóre przepisy rozdziału 3 (dotyczącego „ochrony klienta”) ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych¹⁸. Zgodnie z art. 11b ust. 1 tej ustawy, nie można w drodze wyboru prawa obcego wyłączyć ani ograniczyć zasad odpowiedzialności określonej w art. 11a (z zastrzeżeniem ust. 2 i 3¹⁹), tj. wyłączyć ani ograniczyć – fundamentalnej tym samym –

¹¹ Dz. Urz. UE L 1993.95.29.

¹² Dz. Urz. UE L 1997.144.19 ze zm. Trzeba mieć przy tym na względzie, że zgodnie z jej art. 3 ust. 2, dyrektywa ta nie ma zasadniczo zastosowania do świadczenia usług w zakresie zakwaterowania, transportu, gastronomii lub wypoczynku, jeżeli usługodawca w momencie zawierania umowy zobowiązuje się do świadczenia tych usług w ściśle określonym dniu lub okresie. Zob. D. Ambrożuk, K. Wesołowski, *Wybrane aspekty dostosowania prawa polskiego do prawa Unii Europejskiej w dziedzinie turystyki*, [w:] red. B. Gnela i W. Szostak, *Harmonizacja polskiego prawa gospodarczego z wymogami Unii Europejskiej*, Kraków 2001, s. 90 i n.

¹³ T. jedn. O.J C 1998.27.3 ze zm.

¹⁴ Dz. U. z 2000 r., Nr 10, poz. 132.

¹⁵ Dz. Urz. UE L 2001.12.1.

¹⁶ Dz. U. z 1999 r., Nr 22, poz. 197.

¹⁷ Warto zauważyć, że konwencja ta przewiduje minimalny standard ochrony, bowiem zgodnie z jej art. 1 ust. 2 „każda z Umawiających się Stron zachowuje (...) prawo rozszerzenia zakresu odpowiedzialności osób utrzymujących hotele”.

¹⁸ T. jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 223, poz. 2268 ze zm. (cyt. dalej jako: u.u.t.).

¹⁹ Ustęp 3 art. 11b u.u.t. pozwala organizatorom turystyki w umowach z klientami na ograniczenie odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usług w czasie imprezy turystycznej do dwukrotności ceny imprezy turystycznej względem każdego klienta. Ograniczenie to nie może jednak dotyczyć szkód na osobie. Natomiast – będący *de facto* superfluum z uwagi konstytucyjną zasadę priorytetu postanowień umów międzynarodowych – ust. 2 art. 11b u.u.t. stanowi, że „odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną klientowi wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o świadczenie usług turystycznych może być ograniczona tylko wówczas, gdy określa to umowa międzynarodowa, której stroną jest Rzeczpospolita Polska”.

zasady przewidującej, iż organizator turystyki odpowiada za niewykonanie lub nie należyte wykonanie umowy o świadczenie usług turystycznych, chyba że jest to spowodowane wyłącznie działaniem lub zaniechaniem klienta, albo działaniem lub zaniechaniem osób trzecich, nieuczestniczących w wykonywaniu usług przewidzianych w umowie, jeżeli tych działań lub zaniechań nie można było przewidzieć ani uniknąć, albo siłą wyższą.

Z częściowo podobną konstrukcją możemy się spotkać na tle kolizyjnych rozwiązań ustawy z dnia 13 lipca 2000 r. o ochronie nabywców prawa korzystania z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego w oznaczonym czasie w każdym roku²⁰, czyli tzw. timesharingu. Zgodnie z art. 10 tej ustawy, jeżeli umowa lub stosunek prawny, z których wynika prawo tzw. timesharingu, podlega prawu obcemu, a prawo to nie zapewnia nabywcy poziomu ochrony przewidzianego tą ustawą, to – pod pewnymi warunkami – stosuje się jednak przepisy tej ustawy. Te warunki to: położenie budynku bądź pomieszczenia mieszkalnego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, lub miejsce zamieszkania nabywcy w Rzeczypospolitej Polskiej, lub zawarcie umowy w następstwie wręczenia prospektu lub złożenia oferty przez przedsiębiorcę w Rzeczypospolitej Polskiej, lub zawarcie umowy w następstwie oferty nabywcy złożonej przedsiębiorcy w Rzeczypospolitej Polskiej²¹.

Na marginesie można też odnotować, że zgodnie z art. 9 ustawy z dnia 13 lipca 2000 r. jej przepisy stosuje się, jeżeli „umowa lub stosunek prawny, z którego wynika prawo korzystania z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego w oznaczonym czasie w każdym roku, podlega prawu polskiemu zgodnie z przepisami prawa prywatnego międzynarodowego”. Przepis ten należy uznać za zbędny, bowiem regulacja w nim sformułowana wynika z ogólnych zasad prawa, a umieszczenie go właśnie przy okazji wdrażania dyrektywy jest niezrozumiałe, ponieważ takie informacyjne zdanie mogłoby się znaleźć w każdej materialnej ustawie prywatnoprawnej²².

²⁰ Dz.U. z 2000 r., Nr 74 poz. 855 ze zm.

²¹ Przechodząc do wyliczenia zamieszczonego w przytoczonym art. 10, trzeba zauważyć, iż pkt 1 jest przepisem bezprzedmiotowym, ponieważ przepisy kolizyjne stosowane są z zasady przez sądy państw ich pochodzenia, które orzekają na podstawie tak wskazanego prawa właściwego. Sąd polski będzie jedynym sądem orzekającym na podstawie polskich przepisów jurysdykcyjnych, a więc rozpatrując sprawę związaną z umową dotyczącą nieruchomości zastosuje zgodnie z art. 25 §2 p.p.m. właśnie prawo miejsca położenia nieruchomości, czyli prawo polskie (a nie prawo obce, co uruchomiłoby mechanizm art. 10 pkt. 1). Artykuł 25 §2 p.p.m. stanowi, że w sytuacji, gdy zobowiązanie dotyczy nieruchomości, podlega ono prawu państwa, w którym nieruchomość jest położona. Wyboru prawa odnośnie zobowiązań dotyczących nieruchomości (co doprowadziłoby do, przewidzianego w hipotezie art. 10, orzekania na podstawie obcego prawa w sprawie związanej z nieruchomością położoną w Polsce) polskie prawo kolizyjne nie przewiduje. Co do wątpliwości na tle pozostałych sytuacji opisanych w art. 10 – zob. P. Mostowik, *Kolizyjnoprawne problemy dostosowania...*, s. 65-67.

²² Niezupelnie żartując i parafrazując (a zarazem w pełni podzielając) uwagę Profesora Leszka Ogiegly – wyrażoną podczas wygłoszenia swojego referatu na temat „Przesłanki i zakres odpowiedzialności cywilnej przewoźnika lotniczego faktycznie wykonującego przewóz pasażerów w ramach umowy o wycieczkę” na konferencji na temat prawa turystycznego w Suchej Beskidzkiej (21-22.09.2007 r.), iż niektóre przepisy ostatnimi laty zamieszczone w ustawach bądź w projektach nowelizacji kodeksu cywilnego są tak kazuistyczne, że upodobniają ustawodawstwo polskie do

4. Przytoczonym wyżej rozwiązaniom zawartym w ustawie o usługach turystycznych oraz w ustawie o ochronie nabywcy prawa tzw. timesharingu warto poświęcić kilka uwag szczegółowych, bowiem statuują one interesujące konstrukcje kolizyjnoprawne.

Nowelizacje ustaw szczegółowych – w tym ustawy o usługach turystycznych – uzasadniane były potrzebą dostosowania do prawodawstwa Unii Europejskiej. Przyniosły one w szeroko rozumianej dziedzinie prawa ochrony konsumenta wiele przykładów uzależnienia wskazania prawa właściwego od regulacji merytorycznych. Merytoryczne prawo polskie stało się w tym zakresie więc *de facto* standardem wyznaczającym granice skutecznego wyboru prawa w praktyce, a w razie ich przekroczenia – prawem właściwym stosowanym zamiast np. wybranego prawa obcego (a właściwie niezależnie od próby dokonania takiego wyboru). W praktyce mamy więc do czynienia z szeroko rozumianym ograniczeniem wyboru prawa, co może być też precyzyjniej określane jako ograniczenie zastosowania prawa wybranego²³.

Semiimperatywność na płaszczyźnie kolizyjnej redukuje w odniesieniu do niektórych postanowień umownych, w tym dotyczących ochrony klienta-nabywcy usług turystycznych, skuteczność łącznika subiektywnego, jak nazywany jest wybór prawa, do zakresu wskazania prawa merytorycznego, które jest co najmniej tak samo korzystne, jak merytoryczne prawo polskie.

Artykuł 10 ustawy o ochronie nabywców prawa tzw. timesharingu jednostronnie przewiduje właściwość prawa polskiego dla oceny pewnych sytuacji prawnych, co możemy uznać za przykład alternatywnego wskazania korygującego²⁴. To jednostronne zastrzeżenie właściwości polskich przepisów, które będą zastosowane, następuje mimo wskazania prawa obcego jako zasadniczo właściwego przez kolizyjne przepisy ogólne po zaistnieniu okoliczności, które możemy uznać za łączniki obiektywne. Uwarunkowane jest ono uznaniem polskiej regulacji umowy lub stosunku prawnego, z którego wynika prawo korzystania, za korzystniejszą dla nabywcy korzystania, po porównaniu poziomu ochrony z obcym prawem merytorycznym.

Warto przy okazji zauważyć, że w świetle art. 1 ust. 3 ustawy z dnia 13 lipca 2000 r. przepisy tej ustawy stosuje się do ochrony nabywców prawa korzystania z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego niezależnie od natury stosunku prawnego leżącego u podstaw prawa korzystania. Ani w tej ustawie, ani w znowelizowanych przepisach kodeksu cywilnego, nie stworzono więc nowej, odrębnej umowy timesharingu. Uregulowano jedynie ochronę określonej sytuacji faktycznej korzystania z budynku lub lokalu mieszkalnego, która to sytuacja może być treścią stosunków prawnych o różnym charakterze – tj. w zależności od rozwiązań przyjętych na tle prawa właściwego: od własności czasowej, przez ograniczone prawa rzeczowe, po stosunki obligacyjne. Stosunku prawnego timesharingu określonego w ustawie nie

instrukcji obsługi wiertarki, można by przytoczony przepis porównać do instrukcji obsługi gwoźdźnia.

²³ Zob. P. Mostowik, *Uwagi dotyczące rozwoju prawa konsumenckiego na tle nowelizacji kodeksu cywilnego z 2003 r.*, RPr 2003, nr 4, s. 37 i n.; P. Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną w polskim prawie cywilnym*, niepubl. rozprawa doktorska, Kraków 2007, s. 85 i n. Zob. też M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2007, s. 150-151.

²⁴ Zob. A. Mączyński, *Wskazanie kilku praw...*, s. 234.

można przełożyć ani na tradycyjną klasyfikację umów, ani na wyodrębnienie i podział praw rzeczowych²⁵. Ustawa określa bowiem pewne okoliczności korzystania z nieruchomości, niezależnie od formy prawnej, i reguluje niektóre aspekty związane z ochroną nabywcy prawa takiego korzystania.

5. Obie wyżej zasygnalizowane konstrukcje – tj. ewentualne (po przeprowadzeniu wartościowania poziomu ochrony) ograniczenie kolizyjnoprawnego wyboru prawa, bądź posłużenie się konstrukcją przepisów korygujących i jednostronnie wskazujących właściwość prawa polskiego – działają w zakresie materialnych regulacji omawianych ustaw. W obowiązującym stanie prawnym nie jest to jednak zasadą obejmującą wszelkie zagadnienia przedmiotowych umów związanych z ruchem turystycznym.

Dla zastosowania normy ograniczającej wybór prawa trzeba więc chociaż ogólnie orientować się w zakresie regulacji (by na wstępie już, metodą eliminacji, móc potraktować daną nieregulowaną kwestię jako nie podlegającą ograniczeniu), a w pozostałych sytuacjach poznać merytoryczne unormowanie wewnętrzne i wskazane wyborem oraz porównać poziom ochrony, co w praktyce może być kwestią oceną i stwarzać problemy. Podobna sytuacja ma miejsce w przepisach o ochronie nabywcy prawa tzw. timesharingu – tam w pewnych sytuacjach określonych w art. 10 porównywać będziemy poziom ochrony w prawie polskim z zasadniczo właściwym prawem obcym (którego przepisy mogą zostać w efekcie zastąpione regulacjami polskimi). Wydaje się, że założeniem wprowadzenia obu konstrukcji było osiągnięcie podobnego rezultatu – zapewnienia ochrony, której minimalne standardy wyznacza prawo polskie.

6. Podsumowując - w świetle omawianych przepisów (oraz zsynchronizowanych z nimi jednostronnie dyspozytywnych regulacji materialnych) możemy zauważyć nie tylko materialnoprawną jednostronną bezwzględność (semiimperatywność) norm (w stosunkach czysto wewnętrznych autonomia woli stron umowy zostaje ograniczona i postanowienia umowy w stosunku do minimalnego ustawowego standardu mogą być jednie korzystniejsze, podobnie jak np. dla pracownika na tle prawa pracy), ale również semiimperatywność kolizyjnoprawną. Ta druga przejawia się:

- bądź w niestosowaniu części prawa wskazanego w drodze kolizyjnoprawnego wyboru i zastąpienie go „słuszniejszymi” (bardziej chroniącymi „słabszą stronę”) przepisami materialnymi w tym zakresie (w przypadku ograniczenia kolizyjnoprawnego wyboru prawa), jak na tle omówionych przepisów ustawy o usługach turystycznych;
- bądź w niestosowaniu części prawa właściwego wskazanego za pomocą jakiegokolwiek łącznika i zastąpienie go innymi „słuszniejszymi” przepisami materialnymi w tym zakresie, jak na tle omówionych przepisów ustawy o ochronie nabywców tzw. prawa timesharingu.

W obu przypadkach mamy *de facto* do czynienia z równoczesnym zastosowaniem korygujących przepisów jednostronnych prowadzących do właściwości własnego prawa.

²⁵ Zob. K. Zaradkiewicz, *Umowa time-sharing'u a regulacje Unii Europejskiej*, Mon. Pr. 1997, nr 5, s. 185 i n.

7. Takie rozwiązania kolizyjnoprawne mogą stwarzać w praktyce pewne problemy z uwagi na pracochłonny, niepewny i ocenny proces porównywania standardów ochrony w różnych systemach prawa merytorycznego, jak również – w aktualnym stanie prawnym w Polsce – brak powiązania z przyjęciem wielostronnej normy kolizyjnej specyficznie regulującej właściwość prawa dla wszystkich bądź niektórych umów zawieranych z konsumentami (np. za pomocą łącznika stałego pobytu konsumenta, jak ma to miejsce na tle konwencji rzymskiej EWG o prawie właściwym dla zobowiązań umownych z 1980 r.²⁶).

W omawianej materii trzeba też dostrzec brak synchronizacji treści kolizyjnoprawnych postanowień dyrektyw wspólnotowych – które to postanowienia zostały dodatkowo zmodyfikowane przez polskiego ustawodawcę w procesie dostosowywania prawa do rozwiązań europejskich – oraz przepisów konwencji rzymskiej z 1980 r.²⁷. Polska, po wejściu w życie tej konwencji, stanie przed problemem częściowej sprzeczności jej kolizyjnoprawnych przepisów dotyczących umów konsumenckich *sensu largo* z regulacjami wewnętrznymi powstałymi w opisanym wyżej procesie dostosowania do prawa europejskiego.

8. Czyniąc ekskurs, a właściwie wybierając się na ekskursję w krainę prawa międzynarodowego postępowania cywilnego, trzeba przyjrzeć się specyfice postanowień tego prawa dotyczących umów zawieranych z konsumentami, a ponadto szczególnym rozwiązaniom mającym w praktyce zastosowanie w sprawach związanych z turystyką.

Celem tej krótkiej wycieczki po zagadnieniach proceduralnych nie jest dokładne omówienie regulacji dotyczących specyficznych rozwiązań prawa umów zawieranych z konsumentami. Trzeba jednak zauważyć, że sekcja 4 rozporządzenia (WE) nr 44/2001 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych („Bruksela I”)²⁸ w kazuistyczny sposób definiuje umowę zawieraną z konsumentem, rozumiejąc przez nią również „umowę podróży przewidującą w zamian za cenę ryczałtową połączone świadczenia przewozu i noclegu” (art. 15 ust. 3), co wiążąc należy z obszarem zharmonizowanym dyrektywą. Dla sporów wynikających z takich umów przewidziano szczególne, „niesymetryczne” reguły dotyczące jurysdykcji – tj. możliwość wytoczenia przez konsumenta powództwa zarówno przed sąd państwa, w którym ma on miejsce zamieszkania, jak i przed sąd państwa, na terytorium którego ma miejsce zamieszkania profesjonalna

²⁶ T. jedn. Dz. Urz. UE C 2005.334.1. Zob. M. Czepelak, *Wprowadzenie konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych z 19 czerwca 1980 r. do polskiego porządku prawnego*, EPS 2007, nr 5, s. 14 i n.

²⁷ Dodatkowo zasygnalizowaną kwestię komplikować może brzmienie art. 20 konwencji rzymskiej z 1980 r., statuującego pierwszeństwo prawa europejskiego, w tym prawa wewnętrznego, poszczególnych państw członkowskich, zharmonizowanego w wykonaniu dyrektyw – przed przepisami konwencji i różne daty wejścia w życie postanowień konwencji i harmonizacji dokonanych ze względu na dyrektywy.

²⁸ Dz. Urz. UE L 2001.12.1. Na marginesie trzeba zauważyć, że tytuł tej sekcji został błędnie przetłumaczony jako „Jurysdykcja w sprawach dotyczących umów zawartych pomiędzy konsumentami”. Postanowienia tej sekcji dotyczą oczywiście umów zawieranych z konsumentami, a nie pomiędzy nimi (taka kategoria umów nie występuje, bowiem wyodrębnienie konsumenta jest pojęciowo związane z istnieniem drugiej, profesjonalnej strony umowy).

strona umowy, przy braku takiego wyboru w przypadku powództw wytaczanych przez przedsiębiorcę (tj. jedynie jurysdykcja sądu państwa, w którym konsument ma miejsce zamieszkania; art. 16 ust. 1 i 2). Ponadto dla takich sporów *de facto* ograniczono – w stosunku do ogólnych reguł rozporządzenia – możliwość zawierania umów o jurysdykcję, zapobiegając – w zamierzeniu tego rozwiązania – narzuceniu konsumentowi niekorzystnej dla niego właściwości sądu (art. 17).

Warto też zwrócić na szczególne rozwiązanie, mające w praktyce zastosowanie w sprawach związanych z organizacją turystyki i wykorzystywaniem konstrukcji tzw. timesharingu, które stanowi pewne przełamanie powszechnej w międzynarodowym postępowaniu cywilnym zasady wyłącznej jurysdykcji sądów państwa miejsca położenia nieruchomości co do spraw związanych z nieruchomościami. Otóż w art. 22 pkt 1 *in fine* rozporządzenia przewidziano, że w sprawach dotyczących najmu lub dzierżawy nieruchomości zawartych na czasowy użytek prywatny, który nie przekracza sześciu kolejnych miesięcy, jurysdykcję mają również sądy państwa, w którym pozwany ma miejsce zamieszkania, jeżeli najemca lub dzierżawca jest osobą fizyczną, a właściciel oraz najemca lub dzierżawca mają miejsce zamieszkania w tym samym państwie.

9. Kończąc rozważania na temat specyficznych rozwiązań kolizyjnych związanych z turystyką trzeba zasygnalizować, nadciągające z wiatrem od zachodu, zasadnicze zmiany stanu prawnego w najbliższym czasie. Omówione rozwiązania, o charakterze w przeważającej mierze szczegółowym, wniosły do polskiego prawa kolizyjnego nowe konstrukcje, jednak fundamentalne zmiany prawa prywatnego międzynarodowego – rzutujące również na prawne aspekty turystyki – przyniosą bowiem w najbliższym czasie dwa akty prawa unijnego, potocznie nazywane „Rzym I” oraz „Rzym II”²⁹.

Pierwsza zmiana w stanie prawnym nastąpi wraz z wejściem w życie w stosunku do Polski wspomnianej wcześniej kilka razy konwencji rzymskiej z 1980 r., której normy wskazywać będą, co do zasady, prawo właściwe dla zobowiązań umownych. Trzeba być świadomym w szczególności szerokiego ujęcia wyboru prawa, który – w przeciwieństwie do obowiązującego stanu prawnego – dotyczyć będzie również zobowiązań dotyczących nieruchomości³⁰. W braku wyboru prawa konwencja przyniesie nam domniemanie najściślejszego związku (w praktyce – właściwości prawa) z prawem państwa, na terytorium którego znajdują się łączniki personalne strony spełniającej świadczenie charakterystyczne (niepieniężne), przy czym w umowach

²⁹ Tak pospolicie nazywanych aktów prawnych nie można było w tym opracowaniu nie wspomnieć również po – zorganizowanej przez organizatorów wspomnianej już konferencji – wycieczce po Suchej Beskidzkiej, która obejmowała również zabytkową karczmę „Rzym”.

³⁰ Zob też M. A. Zachariasiewicz, *O potrzebie zmiany unormowania właściwości prawa dla zobowiązań umownych dotyczących nieruchomości*, [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego i ochrony środowiska*, Katowice 1992, s. 301 i n. oraz W. Popiołek, *W sprawie ograniczeń kolizyjnoprawnego wyboru prawa w polskiej ustawie prawo prywatne międzynarodowe*, [w:] *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skap-skiemu*, red. A. Mączyński, M. Pazdan i A. Szpunar, Kraków 1994, s. 348.

zawieranych z konsumentami łącznikiem będą jednak okoliczności dotyczące konsumenta³¹.

Druga odsłona kolizyjnoprawnej rewolucji to rozporządzenie nr 864/2007 z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych³² (zwane „Rzym II”), które od 11 stycznia 2009 r. ureguje właściwość prawa w szczególności w odniesieniu do zobowiązań deliktowych. Warto zasygnalizować, że jego wejście w życie pozwoli w pewnym zakresie zobowiązań nie wynikających z czynności prawnych na dokonanie wyboru prawa. Ponadto rozporządzenie w przypadku zobowiązań deliktowych precyzuje – porównując z brzmieniem art. 31 p.p.m. – opis łącznika jako miejsce szkody, a ponadto przewiduje szczegółowe reguły kolizyjne dla specyficznych zobowiązań pozaumownych (np. szkody w środowisku, nieuczciwej konkurencji, bezpodstawnego wzbogacenia).

Zasygnalizowane wyżej nowe reguły kolizyjne o genezie europejskiej z uwagi na ich tzw. uniwersalny (powszechny) charakter – tj. stosowanie ich również w sytuacji, w której jako właściwe wskażą one prawo państwa spoza Unii Europejskiej – w praktyce „zdetronizują” zasady opisane w art. 25 i n. p.p.m. dotyczące zobowiązań umownych, jak również deliktową regułę opisaną w art. 31 p.p.m. Można powiedzieć, że obecnie obowiązujące normy kolizyjne w tych zakresach staną się wtedy zabytkowymi ruinami zacienionymi przez europejskiego prawodawcę, wartymi zwiedzania już jedynie przez badaczy historii polskiego prawa prywatnego międzynarodowego.

³¹ Wskazana konwencja będzie oczywiście oddziaływać na umowy zawierane między profesjonalistami – najpowszechniejsze umowy zawierane przez organizatorów turystyki z podwykonawcami omawia M. Wyrwiński, [w:] *Prawo w praktyce biur podróży*, red. P. Cybula, Warszawa 2006, s. 49-79.

³² Rozporządzenie (WE) nr 864/2007 z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych, Dz. Urz. UE L 2007.199.40.

Marcin Żak*

Skutki prawne śmierci klienta w umowie o imprezę turystyczną (o podróż)

1. Wprowadzenie

Wzrost poziomu życia społeczeństwa i zmiana sposobu spędzania wolnego czasu doprowadziły do tego, iż coraz częściej, już niemal powszechnie, dochodzi do zawierania umów o imprezę turystyczną. Poza imprezami typu *last minute*, gdzie nie ma to takiego wielkiego znaczenia, cechą charakterystyczną tych umów jest fakt, iż są one zawierane z określonym wyprzedzeniem czasowym w stosunku do odbycia samej imprezy turystycznej. Okres ten zazwyczaj nie przekracza jednego roku. Powoduje to jednakże, iż pomiędzy zawarciem umowy, a jej realizacją może dojść do różnego typu zdarzeń prawnych mających wpływ na treść stosunku prawnego istniejącego pomiędzy stronami umowy. Jednym z takich zdarzeń prawnych jest śmierć klienta. W przedmiotowym zakresie brak jest szczegółowej regulacji tak w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych, jak i w kodeksie cywilnym. Rozstrzygając więc problemy zaistniałe na gruncie powstałego stanu faktycznego koniecznym jest sięgnięcie do przepisów ogólnych. W przedmiotowym artykule analizowana będzie sytuacja, gdy następuje śmierć klienta lub zdarzenie o skutku równoznacznym w okresie przed rozpoczęciem imprezy turystycznej. Celem zaś będzie odpowiedzenie na pytania kto i jak może wykonywać uprawnienia wynikające z zawartej umowy, jakim tytułem prawnym oraz zasadniczo czy prawa te są dziedziczne.

2. Charakter roszczeń wynikających z umowy o imprezę turystyczną w kontekście ich dziedziczności

Stronami umowy o imprezę turystyczną są biuro podróży i klient. Umowa ta może być ze strony klienta zawarta osobiście lub przybrać kształt *pactum in favorem tertii* (art. 393 k.c.). Umowa ta jest umową złożoną z wielu połączonych świadczeń. W ramach przedmiotowej umowy biuro może zobowiązać się do zapewnienia między innymi przewozu, zakwaterowania, wyżywienia zwiedzania, rozrywki itd.¹. Zgodnie z u.u.t. impreza turystyczna to co najmniej dwie usługi turystyczne tworzące jednolity program i objęte wspólną ceną, jeżeli usługi te obejmują nocleg lub trwają ponad 24 godziny, albo jeżeli program przewiduje zmianę miejsca pobytu. Z istoty umowy wynika zatem, że jest to swego rodzaju pakiet świadczeń, tworzących całość – jeden produkt za zryczałtowaną cenę bez wyodrębniania kosztów poszczególnych usług². Za „produkt” ten odpowiada biuro (organizator turystyki) bez odsyłania klientów z roszczeniami do poszczególnych usługodawców. Nie rozstrzyga to jednakże kwestii, czy jest to jedno zobowiązanie o wielu świadczeniach, czy też wielość zobowiązań, a w związku z tym czy występuje wielość, czy też tylko jedno roszcze-

* Marcin Żak - doktorant w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ M. Nesterowicz, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2001, s. 725 i n.

² M. Nesterowicz, [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 725 i n.

nie. Ze względu na ściśle powiązanie pomiędzy poszczególnymi świadczeniami (abstrahując od wycieczek fakultatywnych) należałoby się opowiedzieć za teorią wskazującą, iż jest to jedno zobowiązanie, a uprawnionemu przysługuje jedno roszczenie o wykonanie imprezy turystycznej. Roszczenie uczestnika podróży wyczerpuje się w prawie żądania od organizatora (osób go reprezentujących albo działających na jego rzecz) wykonania umowy – tzn. dostarczenia określonego, ustalonego świadczenia ewentualnie, zgodnie z art. 14 ust. 6 u.u.t., świadczenia zastępczego. Z tym roszczeniem powiązany jest obowiązek zapłaty ustalonego wynagrodzenia i podjęcie innych czynności jakie mają umożliwić wykonanie organizatorowi jego świadczenia³. Roszczenie przysługujące klientowi ma charakter majątkowy i powiązane z nim obowiązki w decydującym zakresie również mają podobny charakter. Wskazuje na to choćby art. 16 u.u.t. mówiący o tym, iż klient może bez zgody organizatora turystyki przenieść na osobę spełniającą warunki udziału w imprezie turystycznej wszystkie przysługujące mu z tytułu umowy o świadczenie usług turystycznych uprawnienia, jeżeli jednocześnie osoba ta przejmuje wszystkie wynikające z tej umowy obowiązki. Organizator może się zabezpieczyć przed taką sytuacją w umowie, wyznaczając termin, do którego dokonanie zastępstwa jest możliwe (po tym terminie dokonanie zmian nie jest już możliwe).

Umowa o podróż sama w swym charakterze jest bardzo złożona. Istniejące poglądy wiążą ją z m.in. umową zlecenia lub umową o dzieło. Żadna z nich oczywiście w pełni nie wyczerpuje treści tej umowy. Dla potrzeb niniejszego artykułu przyjmujemy, iż jest to umowa o charakterze mieszanym, przy czym występują w niej istotne elementy umowy o dzieło, przynajmniej co do wielu świadczeń z tej umowy wynikających. Umowę o imprezę turystyczną rozumianą jako wykonanie określonego programu imprezy będziemy traktować jako umowę rezultatu⁴. W zakresie nieuregulowanym ustawą znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego, w tym w zakresie interesującego nas zagadnienia jakim jest wpływ śmierć klienta na treść istniejącego stosunku prawnego – prawa spadkowego.

3. Śmierć i zdarzenia o skutku równoznacznym

W przedmiotowym zakresie istotne znaczenie ma określenie jedynie momentu śmierci osoby fizycznej. Wprawdzie osoby prawne (jednostki organizacyjne) mogą zawierać tego typu umowy, jednakże zawsze są to umowy *in favorem tertii*. O ile dysponentem praw pozostaje ta osoba prawna, znika problem zadysponowania prawami z umowy w sytuacji śmierci jednego uprawnionego, chyba że z chwilą pierwotnego rozdysponowania (np. przyznanie nagrody) traci ona to uprawnienie. W takim wypadku sytuacja niczym się nie różni od tej, jaka zaistnieje w momencie śmierci osoby fizycznej – klienta, strony takiej umowy. Moment śmierci jest o tyle istotny, iż z chwilą tą następuje otwarcie spadku, należące zaś do spadkodawcy prawa i obowiązki majątkowe o charakterze cywilnoprawnym zmieniają swój charakter, stając się spadkiem, a więc pewną wyodrębnioną masą majątkową, poddaną przepisom prawa spadkowego. Prawa i obowiązki niewygasające z chwilą śmierci danej

³ M. Nesterowicz, [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 725 i n.

⁴ Za M. Nesterowicz, [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 725 i n.

osoby przechodzą w drodze sukcesji generalnej na określone podmioty. Śmierć spadkodawcy następuje w dacie wynikającej z aktu zgonu (art. 67 ustawy z dnia 29 września 1986 r. prawo o aktach stanu cywilnego⁵). W braku karty zgonu lub zaświadczenia wystawionego przez lekarza lub zakład służby zdrowia (art. 66 ust. 1 p.a.s.c.), a także w braku pisemnego zgłoszenia dokonanego przez odpowiedni organ państwowy, gdy okoliczności zgonu były przedmiotem postępowania prowadzonego przez taki organ (art. 66 ust. 2 p.a.s.c.), konieczne jest przeprowadzenie sądowego postępowania o stwierdzenie zgonu. Z chwilą ustaloną w takim prawomocnym orzeczeniu następuje otwarcie spadku. Spadek otwiera się także w dacie ustalonej jako chwila domniemanej śmierci w prawomocnym postanowieniu o uznaniu za zmarłego. Przesłanki uznania za zmarłego wskazane w kodeksie cywilnym związane z upływem czasu będą powodować jednakże, iż mało prawdopodobnym jest zaistnienie sytuacji, by udało się uzyskać postanowienie w okresie po zawarciu umowy jeśli miało miejsce zaginięcie klienta. Nie rozwiązuje to jednakże problemu ze wskazaniem uprawnionego do świadczenia, pozostaje on bowiem nadal jedynym uprawnionym, a brak jakichkolwiek przesłanek, które pozwalałyby *ex lege* stwierdzić przejście praw na jakikolwiek inny podmiot. W takiej sytuacji celowym jest przewidzenie możliwości rozwiązania lub ustania stosunku prawnego skoro zasadniczo niemożliwym jest pod nieobecność klienta przejście praw i obowiązków na inną osobę trzecią.

Teoretycznie może zaistnieć również sytuacja odwrotna, tzn. osoba uznana za zmarłą nadal żyje. Uchylenie postanowienia o uznaniu za zmarłego (także postanowienia o stwierdzeniu zgonu) oznacza, że otwarcie spadku w rzeczywistości nie nastąpiło (uważa się za niebyłe). W takiej sytuacji wydane wcześniej postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku podlega uchyleniu z urzędu (art. 678 k.p.c.). Skutki uchylenia postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku normuje art. 1029 k.c. Zgodnie z jego brzmieniem spadkobierca może żądać, ażeby osoba, która włada spadkiem jako spadkobierca, lecz spadkobiercą nie jest, wydała mu spadek. To samo dotyczy poszczególnych przedmiotów należących do spadku. Do roszczeń spadkobiercy o wynagrodzenie za korzystanie z przedmiotów należących do spadku, o zwrot pożytków lub o zapłatę ich wartości, jak również o naprawienie szkody z powodu zużycia, pogorszenia lub utraty tych przedmiotów oraz do roszczeń przeciwko spadkobiercy o zwrot nakładów stosuje się odpowiednio przepisy o roszczeniach między właścicielem a samoistnym posiadaczem rzeczy.

Również tutaj mogą powstać problemy, jednak ich rozstrzygnięcie jest następcze wobec głównego problemu niniejszego artykułu, a mianowicie czy prawa te są czy też nie są dziedziczne i w jaki sposób je wykonywać.

⁵ T. jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 161, poz. 1688 ze zm.

4. Przejście prawa na spadkobierców klienta

4.1. Istota dziedziczości

Zgodnie z art. 922 §1 k.c. dziedziczenie oznacza przejście na spadkobierców ogółu praw i obowiązków majątkowych zmarłego. Według J. S. Piątowskiego⁶ „spadkobierca wstępuje w sytuację prawną spadkodawcy”. Dziedziczenie oznacza nabycie praw i obowiązków majątkowych pod tytułem ogólnym, czyli sukcesję uniwersalną w przeciwieństwie do sukcesji syngularnej. Sukcesja uniwersalna polega na tym, iż „na podstawie jednego stanu faktycznego następcą prawnym wstępuje w ogół praw i obowiązków majątkowych swego poprzednika”⁷. Tak więc prawa i obowiązki majątkowe należące do spadku przechodzą bezpośrednio na spadkobiercę, o ile nie zachodzi ustawowe wyłączenie. Z zasady sukcesji uniwersalnej wypływają też inne zasady determinujące powyższe zagadnienie, a mianowicie, jako że spadkobiercy nabywają wszystkie przedmioty majątkowe, zaliczone do spadku zasadniczo niedopuszczalnym byłoby poddanie określonych przedmiotów materialnych, odrębnym regułom dziedziczenia. Nadto zasada ta powoduje, iż w przypadku wielości spadkobierców, wszyscy oni nabywają spadek jako całość nie stają się zaś do momentu działu spadku współwłaścicielami w poszczególnych rzeczach i prawach spadkowych czy też nie przechodzi na nich własności poszczególnych, indywidualnie oznaczonych przedmiotów. Nabycie w drodze sukcesji uniwersalnej jest nabyciem pochodnym. Podważanie tej zasady i wprowadzanie ustawowych wyjątków musi mieć ważne uzasadnienie, gdyż rola tej zasady, choć jest jedynie konstrukcją prawną, jest niezwykle ważna. Pozwala ona na jednolite ujęcie przejścia na spadkobierców wszystkich składników spadku, zapewnia wszystkim spadkobiercom jednakową sytuację prawną i jest dogodna dla wierzycieli spadkodawcy. W tym kontekście więc należy oceniać możliwość wyłączenia ze spadku określonych rzeczy lub praw majątkowych⁸. Fakt niepewności odnośnie zakresu dziedziczenia pogłębia jeszcze to, iż osoby, które wchodzi w krąg ustawowych lub testamentowych spadkobierców wcale spadkobiercami nie muszą się stać. Nabycie spadku w drodze dziedziczenia nie jest obowiązkiem spadkobiercy. W okresie między otwarciem spadku, a przejawieniem przez spadkobiercę jego woli odnośnie przyjęcia lub odrzucenia spadku, powstaje stan tymczasowy, w ciągu którego losy spadku nie są jeszcze definitywnie przesądzone.

W celu dokonania analizy praw i obowiązków, które potencjalnie mogą wejść do spadku po spadkodawcy, należy przedstawić przesłanki dziedziczenia⁹. Do tych okoliczności można zaliczyć stany faktyczne i prawne istniejące tak po stronie spadkodawcy, jak i spadkobiercy. Do przesłanek istniejących po stronie spadkodawcy zalicza się:

⁶ Por. J. S. Piątowski, [w:] *System prawa cywilnego. Prawo spadkowe*, t. IV, red. J. S. Piątowski, Ossolineum 1986, s. 67.

⁷ Por. J. S. Piątowski, [w:] *System prawa cywilnego...*, s. 90 i n.

⁸ Tak J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1959, s. 65 i n.

⁹ Por. J. S. Piątowski, *System prawa cywilnego...*, s. 94.

- 1) śmierć spadkodawcy (wyżej wskazano na czym polegają główne problemy z tego zdarzenia prawnego wynikające),
- 2) istnienie spadku.

Natomiast po stronie spadkobiercy jest wymagane istnienie przesłanek pozytywnych:

- 1) powołanie do spadku (powołanym do spadku można zostać na podstawie ustawy, testamentu albo zarazem ustawy jak i testamentu),
- 2) zdolność do dziedziczenia¹⁰,
- 3) istnienie spadkobiercy (w szczególności osoby fizycznej)¹¹ w chwili śmierci spadkodawcy.

Ponadto dla skutecznego dziedziczenia wymagane jest wystąpienie dwóch przesłanek negatywnych po stronie spadkobiercy, to jest spadkobierca nie może być uznany za niegodnego dziedziczenia, a także nie może zrzec się dziedziczenia (w tym zakresie ewentualne problemy mogą się pojawić jedynie w przypadku kwestionowania ważności lub skuteczności umowy o zrzeczenie się dziedziczenia).

Jak już wcześniej wspomniano, powołanie do spadku może nastąpić na podstawie ustawy, testamentu albo ustawy i testamentu. Pierwsza sytuacja ma miejsce, kiedy spadkodawca nie pozostawił testamentu, testament przez niego sporządzony okazał się nieważny w całości, albo żadna z osób, które powołał w testamencie, nie chce lub nie może być spadkobiercą. Druga sytuacja zachodzi wówczas, kiedy spadkodawca sporządził ważny testament. Możliwa jest także sytuacja trzecia, kiedy dziedziczenie następuje częściowo z testamentu, a częściowo z ustawy, kiedy spadkodawca nie powołał spadkobiercy testamentowego co do części spadku, albo gdy którakolwiek z kilku osób, które powołał do całości spadku, nie chce lub nie może być spadkobiercą. Wskazać należy, że w drugim ze wskazanych przypadków nie zawsze dojdzie do dziedziczenia ustawowego części niepodlegającej dziedziczeniu w oparciu o testament. Przykładowo w braku odmiennej woli spadkodawcy, zastosowanie znajdzie tu instytucja przyrostu (art. 965 k.c.) lub może znaleźć zastosowanie instytucja podstawienia zwykłego (art. 963 k.c.). Kwestia ta, czyli czy ma miejsce dziedziczenie z ustawy i testamentu zarazem, ma istotne znaczenie przy tzw. teorii praw względnie

¹⁰ Kodeks cywilny nie określa zdolności do dziedziczenia, a nawet nie wymienia jej *expressis verbis* w przepisach o dziedziczeniu. Odwołuje się jednak do tego pojęcia w art. 972 k.c., który m.in. stanowi, że do zapisów stosuje się odpowiednio przepisy o zdolności do dziedziczenia. W doktrynie zdolność do dziedziczenia określa się jako zdolność nabywania praw i obowiązków drogą dziedziczenia albo też — uwzględniając wspomnianą dyspozycję art. 972 k.c. — jako zdolność do nabycia spadku lub zapisu. Podkreśla się przy tym, że tak rozumiana zdolność do dziedziczenia jest wycinkiem czy też przejawem ogólnej zdolności prawnej prawa cywilnego. Istotnie, ten, komu ta ogólna zdolność przysługuje, z reguły ma również zdolność do dziedziczenia (tak J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe...*, s. 65 i n.).

¹¹ Kwestia dziedziczenia przez osobę prawną pozostanie poza zakresem niniejszego artykułu ze względu na szeroką problematykę, która z tego faktu wynika w samej istocie dziedziczenia. Należy jednakże wskazać, iż jeśli przyjmujemy dziedziczość praw i obowiązków wynikających z umowy o imprezę turystyczną, to brak jest przesłanek, które uzasadniałyby różnicowanie w tej sytuacji osób fizycznych i osób prawnych (poza technicznymi to znaczy, iż wykonanie umowy winno nastąpić na rzecz ściśle oznaczonego klienta — osoby fizycznej, a w przypadku przejścia praw na osobę prawną może pojawić się problem z jej prawidłowym wskazaniem).

dziedzicznych. Istnieje bowiem wątpliwość, czy można wskazać jedynie na jeden rodzaj spadkobierców ustawowych lub testamentowych w drodze modyfikacji umownej¹².

Powołanie do spadku ocenia się z punktu widzenia chwili otwarcia spadku (z uwzględnieniem, że pewne zdarzenia, jak np. stwierdzenie niegodności dziedziczenia, mogą nastąpić później, ale i tak ich skutek jest wówczas wsteczny od dnia otwarcia spadku). Ponadto, aby doszło do skutecznego dziedziczenia przez spadkobiercę, musi on posiadać zdolność prawną, czyli zdolność do bycia podmiotem praw i obowiązków cywilnoprawnych¹³.

Dziedziczeniu podlegają prawa i obowiązki cywilnoprawne, w przeciwieństwie do praw i obowiązków np. karnoprawnych albo podatkowych, które nie wchodzą do spadku¹⁴. Analiza praw i obowiązków z umowy o imprezę turystyczną pod kątem ich dziedziczności nie nastrocza w tym zakresie w doktrynie trudności, gdyż niewątpliwie prawa te i obowiązki w przeważającej mierze¹⁵ (zawsze jako konglomerat) mają charakter cywilnoprawny o przeważających cechach praw majątkowych. Analizie więc należy poddać dalsze przesłanki decydujące o ich dziedziczności. Zgodnie z art. 922 k.c. dziedziczeniu podlegają tylko prawa i obowiązki cywilnoprawne, mające charakter majątkowy, niezwiązane ściśle z osobą spadkodawcy. Odpowiedzi na pytanie, czy prawa te są ściśle związane z osobą spadkodawcy pozwala nam częściowo udzielić cytowany wcześniej art. 16 u.u.t. Prawa z umowy o imprezę turystyczną mają charakter majątkowy, a dodatkowo mogą być zbywane i przenoszone pod innym tytułem prawnym. Nie są więc przywiązane do osoby klienta. Należy jednakże zarazem zwrócić uwagę, iż nie decyduje o niedziedziczności fakt, iż dane prawo określone jest jako niezbywalne. Zakaz zbywalności oznacza jedynie zakaz przeniesienia tych praw *inter vivos*. Niedziedziczność, jeśli nie wynika z art. 922 k.c., musi wynikać wprost z innego przepisu. Jeśli zatem brak jest normy przewidującej wygaśnięcie danego prawa z chwilą śmierci osoby uprawnionej, a prawo ma charakter majątkowy, nie jest ściśle związane z osobą zmarłego i podlega ono dziedziczeniu. W analizowanym przypadku zasadniczo możliwym jest wykonanie umowy przez inną osobę i na rzecz innej osoby trzeciej.

W tym kontekście należałoby uznać, iż wszystkie przesłanki z art. 922 § 1 k.c. są zasadniczo spełnione. Brakuje na chwilę obecną przepisu, który pozwala na wyeliminowanie dziedziczności tych praw na mocy §2 art. 922 k.c. Jedynie w indywidualnych przypadkach można by bronić tezy, iż prawa te są ściśle związane z osobą spadkodawcy, a mianowicie w sytuacji, gdy skorzystanie z wycieczki związane jest z indywidualnymi predyspozycjami lub zdolnościami klienta (np. wyprawa himalaistyczna). Dziedziczności tych praw potwierdza również następująca okoliczność. Stosunek ten jest stosunkiem zobowiązaniowym. Zgodnie z zaś z dominującą

¹² Por. J. S. Piątowski, [w:] *System prawa cywilnego...*, s. 95.

¹³ Zagadnienie zdolności do dziedziczenia jako wycinka zdolności prawnej było sporne w doktrynie, ostatecznie jednak przyjęto, iż nie ma racji dla przyjmowania takowej.

¹⁴ Por. J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe...*, s. 34.

¹⁵ Można sobie jednakowoż wyobrazić sytuację, iż indywidualnie wyodrębnione świadczenia będą tak ściśle powiązane z osobą klienta, że wygasną z chwilą jego śmierci (np. szczególnego rodzaju zabiegi lecznicze)

zasadą, na spadkobierców przechodzą prawa i obowiązki wynikające ze stosunków zobowiązaniowych, których podmiotem był spadkodawca. Dziedziczeniu podlegają prawa i obowiązki niezależnie od źródła, z którego dany stosunek prawny wynika. Śmierć jednej ze stron umowy z reguły nie prowadzi do unicestwienia istniejącego stosunku prawnego. Przedmiot dziedziczenia nie jest w tym układzie ściśle związany z osobą zmarłego¹⁶. Tutaj jednakże pojawia się problem jak sprawić, by prawa te rzeczywiście mogły być przez spadkobierców wykonywane. Zgodnie z ogólną dyrektywą spadkobierca winien znaleźć się w sytuacji prawnej, w jakiej znajdował się spadkodawca¹⁷.

Świadczenie biura turystycznego wynikające z umowy o podróż ma specyficzny charakter¹⁸. Okres jego realizacji jest zazwyczaj ograniczony czasowo i jest wymagane, aby uprawniony/klient podjął określone akty staranności – uiścił część zapłaty, zdobył niezbędne dokumenty, stawił się w określonym miejscu i czasie i wykazał uprawnienia do skorzystania ze świadczenia.

Sam jednak problem z realizacją nie pozwala wskazać, aby prawa te miały być niedziedziczne z tego tylko względu. Poza tym problem ten znika zasadniczo w sytuacji, kiedy jest tylko jeden spadkobierca.

4.2. Zagadnienie wykonywania praw przez spadkobierców klienta

W wyniku dziedziczenia prawa i obowiązki, jakie przysługiwały spadkodawcy przechodzą na jedną lub kilka osób. Jeśli do spadku dochodzi kilka osób, między współspadkobiercami powstaje wspólność praw i obowiązków spadkowych. Istnieje ona do chwili działu spadku. Podmiotami poszczególnych praw i obowiązków spadkowych stają się w częściach wynikających z dziedziczenia poszczególni współspadkobiercy. Nie można jednakże mówić o współwłasności, gdyż ta forma odnosi się jedynie do rzeczy¹⁹. Wspólność masy majątkowej w postaci spadku nabytego przez kilku spadkobierców nie stanowi współwłasności, do której stosuje się wprost przepisy kodeksu cywilnego o współwłasności (art. 210 i n.) i która może być zniesiona w myśl przepisów art. 617 i n. k.p.c., lecz konieczne jest zastosowanie przepisów art. 1035 i n. oraz art. 1070 i n. k.c., co oznacza jedynie odpowiednie stosowanie tych przepisów oraz w zakresie zniesienia tego stanu prawnego zastosowanie art. 680 i n. k.p.c. (dział spadku)²⁰. Kwestię wykonywania praw przez spadkobierców reguluje w szczególności art. 1035 k.c. Zgodnie z jego brzmieniem – jeżeli spadek przypada kilku spadkobiercom, do wspólności majątku spadkowego oraz do działu spadku stosuje się odpowiednio przepisy o współwłasności w częściach ułamkowych z zachowaniem przepisów niniejszego tytułu. W sytuacji, gdy cały spadek zostanie obje-

¹⁶ Tak E. Skowrońska - Bocian, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 2006, s. 10 i n.

¹⁷ Tak m.in. uchwała Sądu Najwyższego z 21 marca 2001, III CZP 4/01, OSNC 2001, Nr 10, poz. 144.

¹⁸ W zasadzie mniejszy problem stanowi kwestia wykonania świadczenia przez spadkobierców klienta, jako że zasadniczo jest to świadczenie pieniężne, a reguły spełnienia tego świadczenia określają przepisy prawa spadkowego.

¹⁹ E. Skowrońska - Bocian, *Komentarz do kodeksu...*, s. 247 i n.

²⁰ Tak postanowienie SN z 5 czerwca 1991 r., III CRN 125/91, LEX nr 9058.

ty w posiadanie przez jednego ze współspadkobierców z wyłączeniem pozostałych albo też tylko przez niektórych spośród kilku współspadkobierców, pozbawieni współposiadania mogą domagać się, aby sąd ustalił sposób korzystania z przedmiotów spadkowych według przepisów o zarządzie rzeczą wspólną²¹. Przy jednym spadkobiercy – jak wskazano – problem nie istnieje. Nawet gdyby spadkodawca wskazał konkretną osobę uprawnioną do skorzystania z imprezy turystycznej, taką wolę zmarłego przeznaczającą danym osobom ściśle określone prawa należałoby traktować wyłącznie jako wskazówkę, co do podziału spadku, nie wiążącą jednak bezwzględnie w trakcie dokonywania działu. Brak jest po prostu przepisu, który nakazywałby respektowanie woli zmarłego, określającej sposób i zasady działu, chyba że spadkodawca uczyniłby zapis na rzecz tej osoby, co jednakże nie eliminowałoby problemu z koniecznością uprzedniego ustalenia kręgu spadkobierców²². W braku porozumienia nie da się przed działem spadku wytypować osoby, która miałaby skorzystać ze świadczenia. Uzyskanie zaś postanowienia o stwierdzenie nabycia spadku może trwać kilka miesięcy, a dokonanie działu spadku nawet latami, co w zasadzie uniemożliwia skorzystanie z imprezy turystycznej. Wydaje się również, iż z tych samych względów nie sprawdzą się konstrukcje z art. 199 albo 201 k.c., które też wymagają zasadniczo w razie konfliktu przeprowadzenia postępowania sądowego. Przy dokonywaniu czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu oraz przy rozporządzaniu rzeczą wspólną ma bowiem zastosowanie art. 199 k.c. Skorzystanie zaś ze świadczenia jako powodujące wygaśnięcie zobowiązania wobec masy spadkowej może być w wielu wypadkach traktowane jako czynność przekraczająca zwykły zarząd. Nawet akceptacja tezy, iż jest to czynność zwykłego zarządu nie gwarantuje powodzenia, gdyż czasami też zgoda większości jest niemożliwa do osiągnięcia (art. 201 k.c.). Wydaje się również, iż dokonanie zbycia spadku lub prawa należącego do spadku nie pozwoli doprowadzić do wyboru jednej osoby, która miałaby ze świadczenia skorzystać:

- zbycie „udziału” w spadku nie da nabywcy nic więcej niż miałby zbywca – nie skorzysta on z imprezy turystycznej (art. 1051 k.c.),
- procedura zbycia rzeczy należącej do spadku wymaga również zgody, a w przypadku prób jej obejścia (bez zgody) może postawić biuro w sytuacji bez wyjścia (art. 1036 k.c.), gdyż może mieć ono problemem z ustaleniem uprawnionego w przypadku wielości żądań.

Każdy ze współspadkobierców ma prawo do współposiadania i współkorzystania z przedmiotów należących do spadku i to właśnie rodzi całą gamę problemów. Każdy konflikt współspadkobierców najprawdopodobniej doprowadzi do tego, że nikt ze świadczenia wynikającego z umowy o świadczenie usług turystycznych nie skorzysta, a może ono mieć częstokroć znaczną wartość. Rezygnacja, o ile warunki imprezy turystycznej taką przewidują, może zaś się wiązać ze znacznymi kosztami. Ponadto i w tym zakresie mogą istnieć wątpliwości czy jest to czynność zachowawcza i czy może jej dokonać każdy ze spadkobierców. W sytuacji kiedy miałyby dojść do tego,

²¹ Tak uchwała SN z 28 września 1963 r., III CO 33/62, OSNCP 1964, nr 2, poz. 22.

²² Tak E. Niezbecka, *Ustanowienie spadkobiercy i zapisobiorcy w testamencie*, Rej. 1992, nr 6, s. 36; odmiennie E. Skowrońska - Bocian, *Przegląd orzecznictwa z zakresu prawa spadkowego*, PS 1992, nr 9, s. 41.

że nikt z imprezy turystycznej nie skorzysta, a wpłacone kwoty nie będą podlegać zwrotowi, rezygnacja za zwrotem części kwoty winna być traktowana jako czynność zachowawcza, której skutecznie inni współspadkobiercy nie mogą się sprzeciwić (art. 1035 k.c. w zw. z art. 209 k.c.). Nawet w przypadku zgodnego wskazania osoby uprawnionej może być problem ze skorzystaniem z takiej imprezy, gdyż względem osoby trzeciej, która nie rości sobie praw do spadku z tytułu dziedziczenia, spadkobierca może udowodnić swe prawa wynikające z dziedziczenia tylko stwierdzeniem nabycia spadku, co może wymagać podjęcia szybkich i skutecznych działań.

4.3. Swoboda kształtowania treści umowy o imprezę turystyczną w zakresie wyłączenia dziedziczości praw i obowiązków z tej umowy

Zagadnienia swobody umów nie można rozpatrywać wyłącznie w kontekście treści konkretnych przepisów kodeksu cywilnego. Punktem wyjścia powinno być zaw sze założenie, że możliwość swobodnego ułożenia stosunku zobowiązaniowego, co do kwestii regulowanych dyspozytywnie wynika z art. 353¹ k.c., a więc z ogólnej normy kompetencyjnej, a nie z określonego przepisu. Taki stan rzeczy nakazuje przestrzeganie szczególnej reguły interpretacyjnej: jako przepisy bezwzględnie obowiązujące traktować należy tylko te, z których redakcji wyraźnie to wynika²³. Swoboda stron w określaniu stosunku zobowiązaniowego nie jest absolutna, gdyż ograniczona jest zarówno tak co do treści, jak i celu. Co należy podkreślić, normy prawa spadkowego mają charakter norm *ius cogens*, a więc wyjątki od ich stosowania zasadniczo muszą bezpośrednio wynikać z innych norm prawa rangi co najmniej ustawowej. Wśród tych norm znajdują się jak wskazano przepisy przesadzające o bezwzględnej dziedziczości lub niedziedziczości danego prawa lub obowiązku. Prawa lub obowiązku nie można więc w drodze czynności prawnej uczynić niedziedzicznym, jeżeli ustawa takim go czyni, a więc wyłączyć ze spadku i spowodować np. jego wygaśnięcie z chwilą śmierci podmiotu lub jego przejście na określone osoby niezależnie od tego czy są one spadkobiercami czy też nie²⁴. W tym kontekście należy też analizować art. 922 k.c. Z jednej strony sfera praw i obowiązków zmarłego po jego śmierci zostaje w pewien sposób „okrojona” o prawa, które dziedziczeniu nie podlegają, z drugiej strony zaś zostaje poszerzona o prawa, które w związku ze śmiercią lub dziedziczeniem powstają. Ponadto ustawodawca wskazuje kryteria dziedziczości danego prawa lub obowiązku, tym samym więc dziedziczość staje się cechą normatywną. Wola stron w braku wyraźnego przepisu ustawowego nie może mieć żadnego wpływu na przenoszalność lub nieprzenoszalność danego prawa, co wynika z wyżej powołanych zasad prawa spadkowego. Należy jednakże zaznaczyć, iż zasada ta doznaje pewnych ograniczeń w prawie polskim. W tym kontekście spotyka się w doktrynie podział praw umownych na cztery grupy²⁵:

a) prawa i obowiązki bezwzględnie dziedziczne i niewyłączalne ze spadku – większość praw, w zasadzie jej zakres można ustalić eliminując poniższe;

²³ M. Safjan, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 832 i n.

²⁴ J. Kremis, *Wpływ woli podmiotu na zakres spadku*, AUWr Przegląd Prawa i Administracji 1993, nr 29, s. 140.

²⁵ J. Kremis, *Wpływ woli...*, s. 146 i n.

- b) prawa i obowiązki niedziedziczne i niewłączalne do spadku, w tym w ramach których możnaby wyróżnić:
- gasnące – użytkowanie, służebność osobista (z mocy wyraźnego wskazania ustawy prawa te wygasają z chwilą śmierci),
 - przechodzące na oznaczone osoby również na mocy szczególnego przepisu ustawy, np. art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe²⁶; art. 16 §3 ustawy z dnia 16 września 1982 r. - Prawo spółdzielcze²⁷,
 - prawa i obowiązki o cechach wskazanych w art. 922 § 2 k.c.;
- c) prawa i obowiązki niedziedziczne lecz pozwalające na nadanie im niejako cechy dziedziczności (prawa względnie dziedziczne);
- d) prawa i obowiązki z natury dziedziczne, lecz wyłączalne ze spadku na mocy woli stron.

Konstrukcja wskazana w lit. c) i d) budzi wątpliwości w zakresie jej dopuszczalności, gdyż może pozostawać w sprzeczności z treścią art. 1047 k.c., ze względu na to, iż można je zaklasyfikować jako rodzaj umowy o spadek²⁸.

W zakresie stosunków umownych spełniających kryteria wskazane w lit. c najczęściej wskazywane instytucje to przejście praw wynikających z umowy spółki cywilnej (art. 872 k.c.) oraz przejście ogółu praw i obowiązków wspólnik spółki jawnej na jego spadkobierców, zgodnie z art. 60 § 1 kodeksu spółek handlowych. Artykuł 872 k.c. stanowi, iż można zastrzec, że spadkobiercy wspólnika wejdą do spółki cywilnej na jego miejsce. Z kolei zaś art. 60 § 1 k.s.h. w zw. z art. 64 k.s.h. wskazuje, iż jeżeli umowa spółki jawnej stanowi, że prawa, jakie miał zmarły wspólnik, służą wszystkim spadkobiercom wspólnie, a umowa spółki nie zawiera w tym względzie szczególnych postanowień, wówczas do wykonywania tych praw spadkobiercy powinni wskazać spółce jedną osobę.

Zatem prawa i obowiązki zmarłego wspólnika przechodzą na jego spadkobierców, o ile takie postanowienie zostało zawarte w umowie. Mamy tu do czynienia z wejściem spadkobierców w sytuację prawną zmarłego wspólnika. Jeżeli umowa spółki nie zawiera odpowiedniego postanowienia, stosuje się reguły odnoszące się do wystąpienia wspólnika ze spółki. Powstaje wówczas konieczność dokonania stosownych rozliczeń z pozostałymi wspólnikami ze względu na rozwiązanie umowy. Spadkobierca zmarłego staje się, zgodnie z ogólną zasadą przyjętą w art. 922 § 1 k.c., podmiotem praw i obowiązków powstałych w związku z rozwiązaniem umowy²⁹. Można by więc wnioskować z tych regulacji, iż w ramach swobody umów strony mogą postanowić, że łączący je stosunek umowny nie wygaśnie w chwili śmierci jednej ze stron, co oznaczałoby osłabienie zasady bezwzględności przepisów prawa

²⁶ Dz. U. z 2002 r., Nr 72 poz. 665 ze zm.

²⁷ Dz. U. z 2003 r., Nr 188, poz. 1848 ze zm.

²⁸ Tak S. Grzybowski, [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1976, s. 830 i n.

²⁹ Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 22 maja 1973 r., II CR 184/73, OSNCP 1974, nr 3, poz. 52 wskazał, że do spadku należy roszczenie o wypłatę wartości udziału zmarłego wspólnika oraz inne uprawnienia i obowiązki majątkowe, które mogą być realizowane w czasie przynależności wspólnika do spółki, albo dopiero z chwilą ustąpienia ze spółki. Nie należą do spadku prawa i obowiązki ściśle związane z osobą wspólnika i jego członkostwem w spółce, które wygasają z chwilą jego śmierci. Nie dotyczy to sytuacji wstąpienia wspólnika do spółki z mocy zapisu umowy.

spadkowego. Co należy podkreślić, wyjątki te wynikają z przepisów rangi ustawowej. Poza tym prawa z umowy o imprezę turystyczną są dziedziczne – wskazanie tych wyjątków nie pozwala zatem rozwiązać istniejących problemów. Kategoria czwarta jak wskazano w lit. d) to prawa i obowiązki względnie nie dziedziczne (prawa i obowiązki z natury dziedziczne, lecz wyłączalne ze spadku na mocy woli stron). Złożenie przez osoby, którym prawa te przysługiwały, oświadczenia określonej przez właściwe przepisy treści powoduje, iż prawa te nie staną się częścią spadku, nie będą podlegały dziedziczeniu, ale prawa te wygasną (do spadku wejdą roszczenia związane z wygaśnięciem danego stosunku). W literaturze wskazuje się na co najmniej kilka przykładów takich stosunków³⁰. Zgodnie z art. 645 §1 k.c. umowa o dzieło, którego wykonanie zależy od osobistych przymiotów przyjmującego zamówienie, rozwiązuje się wskutek jego śmierci lub niezdolności do pracy. W doktrynie przyjmuje się, iż strony mogą określić, co w ich ocenie stanowi „osobisty przymiot przyjmującego zamówienie”³¹. Zatem jest to pośrednie wyłączenie danego stosunku spod reguł prawa spadkowego i uczynienie praw zasadniczo dziedzicznych – niedziedzicznymi. Pogląd ten należy uznać jednak za zbyt daleko idący ze względu na konieczność obiektywnej oceny osobistych przymiotów. Inaczej w przypadku umowy zlecenia. Jeżeli nic innego nie wynika z treści umowy, zlecenie wygasa w skutek śmierci przyjmującego zlecenie (art. 748 k.c.), podlegają natomiast dziedziczeniu prawa i obowiązki dającego zlecenie (art. 747 k.c.). W drodze postanowień umownych istnieje możliwość modyfikacji wygaśnięcia umowy zarówno w przypadku śmierci dającego jak i przyjmującego zlecenie, choć domniemania prawne idą w odwrotnym kierunku.

Podobnie zgodnie z art. 183 k.s.h. umowa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością może ograniczyć lub wyłączyć wstąpienie do spółki spadkobierców na miejsce zmarłego wspólnika. W tym przypadku umowa spółki powinna określać warunki spłaty spadkobierców nie wstępujących do spółki, pod rygorem bezskuteczności ograniczenia lub wyłączenia. Z mocy tego przepisu prawa udziałowe, które z natury tych praw są dziedziczne, tracą taki status.

Ta ostatnia konstrukcja mogłaby teoretycznie rozwiązywać problem w analizowanym przypadku, nie pozostaje jednakże wolna od zastrzeżeń. Po pierwsze wymaga wyraźnej podstawy ustawowej, której w analizowanym przypadku brak. Po drugie wyłączenie ze spadku pogarsza sytuację wierzycieli spadkowych, ogranicza krąg osób odpowiedzialnych i to czym odpowiadają, a więc jedynie w sytuacji wyjątkowej – np. uzasadnionej interesem społecznym, potrzebami gospodarczymi – można by go zaakceptować. Jednakże w pierwszej kolejności należy zadać sobie pytanie czy ustawodawca w ogóle nie powinien tych przypadków odstąpienia od ogólnej zasady wyeliminować, a nie wprowadzać kolejnych wyjątków. Wskazanie takich wyłączeń musi mieć wyraźne uzasadnienie. Prawa zobowiązaniowe nie mają takich cech.

Jako że wymagany jest przepis szczególny, w tym zakresie konstrukcja wskazana w lit d) jest podobna do praw niedziedzicznych, które z chwilą śmierci spadkodawcy

³⁰ J. Kremis, *Wpływ woli...*, s. 146.

³¹ J. Kremis, *Wpływ woli...*, s. 144.

przechodzą na oznaczone osoby niezależnie od tego, czy są one spadkobiercami (art. 922 § 2 k.c.).

W konsekwencji wydaje się więc najbardziej celowym, o ile uznać taką konstrukcję za dopuszczalną, wprowadzenie przepisu szczególnego wskazującego, iż umowa ta wygasa z chwilą śmierci klienta. W tym zakresie powinny zostać uregulowane również zasady potrącania kosztów przez biuro podróży w przypadku rozwiązania umowy w razie śmierci klienta. *De lege lata* należy bowiem stwierdzić, iż ocena stanu prawnego prowadzi do wniosku, iż prawa i obowiązki z umowy o imprezę turystyczną są dziedziczne, wątpliwym zaś prawnie jest możliwość umownego wyłączenia tych praw od dziedziczenia. To zaś z kolei powoduje wyżej opisane problemy z ustaleniem uprawnionego do świadczenia z tej umowy w przypadku śmierci klienta i wielości spadkobierców. Obecnie istniejący stan prawny nie pozwala udzielić satysfakcjonującej odpowiedzi na pytania komu przysługuje prawo skutecznego żądania spełnienia świadczenia z umowy o imprezę turystyczną

5. Podsumowanie – uwagi *de lege ferenda*

Normy prawa spadkowego mają charakter norm *ius cogens*. Wśród nich znajdują się, jak wskazano, przepisy przesadzające o bezwzględnej dziedziczności lub niedziedziczności danego prawa lub obowiązku. Zatem nie można prawa lub obowiązku w drodze czynności prawnej uczynić niedziedzicznym, jeżeli ustawa takim go czyni, a więc np. wyłączyć ze spadku i spowodować np. ich wygaśnięcie z chwilą śmierci podmiotu lub ich przejście na określone osoby niezależnie od tego czy są one spadkobiercami czy też nie³². W kontekście tego stwierdzenia należy również ostrożnie podejść do konstrukcji wygaśnięcia umowy z chwilą śmierci uprawnionego. Wydaje się, iż nie może to nastąpić na mocy umowy pomiędzy stronami w zakresie swobody kontraktowania, gdyż powodowałoby to naruszenie wyżej wskazanej zasady. Konieczna jest więc interwencja ustawodawcy, nie wydaje się bowiem, aby obecny stan prawny można było akceptować gdyż prowadzi to do nierozwiązywalnych na gruncie obecnych regulacji problemów. Najbardziej właściwym wydaje się, abstrahując od kwestii zasadności czynienia wyjątków w prawie spadkowym, zagwarantowanie mocą przepisu ustawy, iż umowa o imprezę turystyczną wygaśnie z momentem śmierci klienta. Mniej pewnym rozwiązaniem i budzącym więcej wątpliwości jest wprowadzenie regulacji zakładającej, że prawa te przechodzą na ściśle oznaczona osobę.

Z pewnością pierwsza z tych regulacji usunęłaby problem z wykonywaniem tego prawa. Jedynie roszczenie o zwrot zapłaconej sumy (co do wysokości to już kwestia pochodna, która również wymagałaby uregulowania lub odesłania do zasad stosowanych przy rozwiązaniu umowy) wchodziłby do spadku i każdy spadkobierca mógłby tego zwrotu dochodzić zgodnie z regułami prawa spadkowego.

³² J. Kremis, *Wpływ woli...*, s. 146.

Radosław Flejszar, Katarzyna Gajda*

Postępowanie reklamacyjne w sprawach dotyczących imprez turystycznych – uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*

1. Uwagi wstępne

Zawarte w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych¹ (cyt. dalej jako u.u.t.) uregulowania dotyczące zagadnień reklamacji i postępowania reklamacyjnego trudno uznać za kompletne i wyczerpujące. Problematyka ta znajduje odzwierciedlenie w treści art. 14 ust. 2 pkt 8, art. 16b oraz art. 20 ust. 3 – 6 powołanej ustawy. Znamienne jest to, że żaden z powołanych wyżej artykułów nie reguluje wyłącznie reklamacji i postępowania reklamacyjnego, ale czyni to niejako „przy okazji”, w związku z innymi instytucjami. Zgodnie z art. 14 ust. 2 pkt 8 u.u.t. umowa o świadczenie usług turystycznych polegających na organizowaniu imprez turystycznych powinna określać – oprócz innych elementów wymienionych w treści ust. 2 – sposób zgłaszania reklamacji związanych z wykonywaniem usług przez organizatora turystyki lub osobę z nim współpracującą wraz z podaniem terminu zgłaszania takich reklamacji. Treści umowy o świadczenie usług turystycznych polegających na organizowaniu imprez turystycznych dotyczy również art. 16b u.u.t., zgodnie z którym, jeśli w trakcie imprezy turystycznej klient stwierdza wadliwe wykonywanie umowy, to ma obowiązek niezwłocznie zawiadomić o tym wykonawcę usługi oraz organizatora turystyki, w sposób odpowiedni do rodzaju usług (umowa powinna jednoznacznie określać powyższy obowiązek klienta²). Przepis art. 20 u.u.t. w aktualnym brzmieniu stanowi zaś o postępowaniu reklamacyjnym. Początkowo (tj. przed 1 maja 2004 r.³) regulacja zawarta w tym artykule dotyczyła wyłącznie zakresu zadań przewodnika turystycznego i pilota wycieczek. Ustawą nowelizującą nałożono – od dnia 1 maja 2004 r. – na pilota wycieczek ustawowy obowiązek przyjmowania od uczestników imprezy turystycznej reklamacji dotyczących świadczonych im usług (jako nowe zadanie obok zadań wymienionych uprzednio w art. 20 ust. 3 u.u.t.). Pilot wycieczki ma obowiązek potwierdzić klientowi przyjęcie reklamacji, a w wypadku jej

* Dr Radosław Flejszar, Katarzyna Gajda - Zakład Postępowania Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ T. jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 223, poz. 2268 ze zm.

² Przytoczony przepis został dodany ustawą z dnia 8 grudnia 2000 r. o zmianie ustawy o szkolnictwie wyższym, ustawy o wyższych szkołach zawodowych, ustawy o transporcie kolejowym i ustawy o usługach turystycznych oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych i ustawy o działach administracji rządowej – w związku z dostosowaniem do prawa Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 122, poz. 1314 ze zm.). Powyższa nowelizacja – w zakresie dotyczącym ustawy o usługach turystycznych – miała na celu pełniejszą implementację na gruncie prawa polskiego postanowień dyrektywy Rady 90/314/EWG z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (Dz. Urz. WE L 158 z 23 czerwca 1990 r.; cyt. dalej jako: dyrektywa). Treść art. 16b u.u.t. jest odpowiednikiem regulacji zawartej w art. 5 ust. 4 dyrektywy.

³ Ustawą z dnia 5 marca 2004 r. o zmianie ustawy o usługach turystycznych oraz o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń (Dz. U. Nr 62, poz. 576) dokonano w art. 20 u.u.t. zmiany brzmienia ust. 2 i 3 oraz dodano nowe ustępy (4,5 i 6), dotyczące przyjmowania i rozpatrywania reklamacji.

niezałatwienia powinien ją niezwłocznie przekazać organizatorowi turystyki (art. 20 ust. 4 u.u.t.). Organizator turystyki może reklamację uwzględnić albo odmówić jej uwzględnienia. W tym ostatnim przypadku jest on obowiązany szczegółowo uzasadnić na piśmie przyczyny odmowy (art. 20 ust. 5 u.u.t.). Ustawodawca uregulował również (w art. 20 ust. 6 u.u.t.) konsekwencje sytuacji, w której organizator turystyki nie ustosunkuje się na piśmie do reklamacji w terminie 30 dni od dnia zakończenia imprezy turystycznej, a w wypadku zgłoszenia tej reklamacji po zakończeniu imprezy turystycznej, w terminie 30 dni od jej złożenia. Brak zajęcia stanowiska przez organizatora w tym terminie traktowany jest jako uznanie przez niego reklamacji za uzasadnioną.

Przytoczone wyżej przepisy dotyczące reklamacji związanych z realizacją umowy o imprezę turystyczną oraz regulujące najbardziej istotne problemy dotyczące postępowania reklamacyjnego są zharmonizowane z przepisami dyrektywy 90/314 w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek, a nawet zawierają rozwiązania wykraczające poza zakres zagadnień uregulowanych w tej dyrektywie⁴.

Zagadnienie postępowania reklamacyjnego zostało ujęte w powyższej dyrektywie w kontekście szcątkowych regulacji dotyczących ochrony konsumenta na wypadek sporu. W preambule dyrektywy stwierdzono, że powinny zostać zawarte pewne porozumienia w zakresie informowania konsumentów i rozpatrywania reklamacji. W przepisach art. 5 pkt. 4, art. 6 oraz lit. k aneksu dyrektywy unormowano jedynie niektóre elementy postępowania reklamacyjnego. Unormowania te nie regulują bezpośrednio postępowania reklamacyjnego, formułując jedynie obowiązki konsumenta i przedsiębiorcy. Takie uregulowanie związane jest z tradycyjnie pojmowaną zasadą autonomii procesowej i organizacyjnej państw członkowskich oraz sektorową, pionową, harmonizacją minimalną w zakresie prawa konsumenckiego.

Zgodnie z art. 5 ust. 4 dyrektywy konsument ma obowiązek zawiadomienia danego usługodawcy oraz organizatora i/lub punktu sprzedaży detalicznej o zauważonym na miejscu jakimkolwiek zaniedbaniu w wykonywaniu umowy. Zawiadomienie to ma być dokonane przy najbliższej sposobności na piśmie lub w innej właściwej formie. Obowiązek ten powinien być jasno i wyraźnie określony w umowie. Oznacza to, że warunkiem wstępnym zaktualizowania się obowiązku jest określenie go w sposób jasny i wyraźny w umowie. Realizacja tej powinności powinna nastąpić przez konsumenta w określonym terminie - przy najbliższej sposobności. Dyrektywa nie przesądza ani o tym, co należy rozumieć pod pojęciem „najbliższej sposobności”, ani o konsekwencjach niedopełnienia takiego obowiązku. W doktrynie podkreśla się, że termin ten ma jedynie charakter porządkowy (nie jest to termin przedawnienia ani termin zawity)⁵.

W myśl art. 6 dyrektywy w przypadku reklamacji organizator i/lub punkt sprzedaży detalicznej lub jego lokalny przedstawiciel jeżeli taki istnieje, muszą podjąć natychmiastowe starania w celu znalezienia właściwych rozwiązań. W doktrynie

⁴ Taki charakter mają rozwiązania zawarte w znowelizowanym art. 20 u.u.t. Por. P. Cybula, *Usługi turystyczne*, [w:] *Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, red. E. Nowińska i P. Cybula, Kraków 2005, s. 337.

⁵ Por. E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 494; P. Cybula, *Usługi turystyczne...*, s. 322.

wskazuje się, że sformułowanie to należy rozumieć jako podjęcie przez organizatora (sprzedawcę) środków *ad hoc* w postaci zapewnienia konsumentowi świadczenia zastępczego lub zabezpieczenia dowodów⁶.

Równocześnie w załączniku do przedmiotowej dyrektywy wskazano, że do umowy o imprezę turystyczną powinny być włączone postanowienia dotyczące terminów składania przez konsumenta skarg dotyczących niewykonania lub niewłaściwego wykonania umowy. Oznacza to, że w każdej umowie o imprezę turystyczną powinny znajdować się postanowienia dotyczące terminów składania przez konsumenta skarg dotyczących niewykonania lub niewłaściwego wykonania umowy.

Omawiana dyrektywa oparta jest na zasadzie harmonizacji minimalnej, co oznacza, iż zawiera ona klauzulę zezwalającą państwom członkowskim na wprowadzanie zastrzonych standardów ochrony praw konsumenta w stosunku do poziomu wytyczonego przez dyrektywę, jednocześnie zobowiązując państwa do zagwarantowania minimalnego poziomu wyznaczonego przez dyrektywę. W konsekwencji regulacje dotyczące postępowania reklamacyjnego w poszczególnych państwach członkowskich Unii Europejskiej mogą być i są odmienne⁷. W dotychczasowych poglądach doktryny wskazuje się, iż takie rozwiązanie jest uwarunkowane faktem, że pełna harmonizacja zapewniająca wysoki poziom ochrony konsumenta nie byłaby możliwa, a harmonizacja na niższym poziomie skutkowałaby koniecznością obniżenia poziomu ochrony konsumentów w niektórych państwach⁸. Z drugiej strony należy zauważyć, że skutkiem takiego unormowania jest to, że konsument nie może być pewny, czy poziom ochrony prawnej, do jakiej przywykł w swoim kraju, będzie miał zastosowanie w przypadku zawarcia umowy o imprezę zagraniczną z przedsiębiorcą zza granicy. Przedsiębiorcy natomiast mogą być zniechęceni do oferowania swoich produktów lub usług na całym terenie UE z uwagi na konieczność spełniania rozmaitych wymagań prawnych w poszczególnych państwach członkowskich.

Podobnie jak w ustawie o usługach turystycznych, również w dyrektywie 90/314/EWG nie ma postanowień pozwalających na udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy postępowanie reklamacyjne, toczące się w konsekwencji złożenia reklamacji przez konsumenta (klienta⁹) ma charakter obligatoryjny czy dobrowolny. Przyjęcie tezy o obligatoryjnym charakterze postępowania reklamacyjnego oznaczałoby, że klient nie może dochodzić od organizatora roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną przed zakończeniem postępowania reklamacyjnego. W takim przypadku niewniesienie reklamacji uniemożliwiłoby klientowi skuteczne dochodzenie swoich roszczeń przed sądem. Według odmiennego poglądu postępowanie reklamacyjne uregulowane w ustawie o usługach turystycznych jest alternatywnym pozasądowym sposobem rozwiązywania konfliktów, z którego strony mogą, a nie muszą, skorzystać (w przypadku

⁶ Por. E. Łętowska, *Prawo umów ...*, s. 494.

⁷ Zob. *Report on the Implementation of Directive 90/314/EEC on Package Travel and Holiday Tours In the Domestic Legislation of EC Member States*, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/ack_trav/ack_trav02_en.pdf.

⁸ Por. P. Cybula, *Usługi turystyczne...*, s. 309; K. Tonner, *Consumer protection and the European Union's Tourism Policy*, *Journal of Consumer Policy* 2000, nr 1 (vol. 23), s. 31 – 32.

⁹ Zob. P. Cybula, *Usługi turystyczne...*, s. 326.

niewniesienia reklamacji klient może zawsze dochodzić swoich roszczeń na drodze sądowej).

2. Dopuszczalność drogi sądowej

Rozstrzygnięcie problemu charakteru postępowania reklamacyjnego, uregulowanego w ustawie o usługach turystycznych, wymaga uprzedniego przybliżenia ściśle z nim związanego zagadnienia dopuszczalności drogi sądowej w postępowaniu cywilnym. Nie ulega wątpliwości, że wszystkie ewentualne spory powstałe w związku z realizacją umowy o imprezę turystyczną będą sprawami ze stosunków z zakresu prawa cywilnego w rozumieniu art. 1 k.p.c.¹⁰. Podstawowym kryterium odróżniającym stosunki cywilnoprawne od innych stosunków prawnych (np. od stosunków administracyjnoprawnych) jest formalna równość (równorzędność) obu stron, tj. brak podporządkowania jednej strony drugiej stronie.

W związku z powyższym nasuwa się pytanie, czy każda sprawa dotycząca realizacji umowy o imprezę turystyczną jest równocześnie sprawą „o ochronę praw konsumentów”.

W ramach pojęcia sprawy cywilnej doktryna i orzecznictwo wyróżnia szczególną kategorię spraw o „ochronę praw konsumentów”¹¹. Pojęcie sprawy „o ochronę konsumentów” zostało wprowadzone do kodeksu postępowania cywilnego w związku ze zmianą uregulowania dotyczącego uprawnień procesowych organizacji społecznych (ustawa z dnia 18 kwietnia 1985 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego¹²) poprzez dodanie §3 do art. 61 k.p.c.¹³. Ustawodawca posługuje się tym pojęciem również w odniesieniu do ochrony indywidualnych interesów konsumentów w art. 61 § 1- 2, art. 63³ i art. 87 § 5 k.p.c.¹⁴. Zarówno w kodeksie postępowania cywil-

¹⁰ Zgodnie z tym przepisem kodeks postępowania cywilnego normuje postępowanie sądowe w sprawach ze stosunków z zakresu prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa pracy, jak również w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych oraz w innych sprawach, do których przepisy tego kodeksu stosuje się z mocy ustaw szczególnych (sprawy cywilne). Szerzej na temat pojęcia i istoty sprawy cywilnej - por. R. Więckowski, *Dopuszczalność drogi sądowej w sprawach cywilnych*, Zeszyty Naukowe UJ 1991, z. 139, s. 21 – 54.

¹¹ Próbę zdefiniowania pojęcia „sprawy o ochronę praw konsumentów” podjął Sąd Najwyższy m.in. w uzasadnieniu postanowienia z 15 marca 2000 r., I CKN 1325/99, OSNC 2000, nr 9, poz. 169 oraz uzasadnieniu uchwały 7 sędziów SN z 29 lutego 2000 r., III CZP 26/99, OSNC 2000, nr 9, poz. 152. Ponadto pojęciem „sprawy konsumenckiej” Sąd Najwyższy posługuje się w uzasadnieniach: uchwały z 6 marca 2003 r., II PZP 2/03, OSNP 2003, nr 15, poz. 350 oraz uchwały SN z 27 listopada 2001 r., III CZP 61/01, OSNC 2002, nr 5, poz. 62. Wśród przedstawicieli doktryny wyróżnić należy pogląd E. Łętowskiej (E. Łętowska, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów SN z dnia 29 lutego 2000 r.*, PS 2000, nr 6, s. 94-95), która wskazuje na konieczność szerokiego rozumienia pojęcia „sprawy konsumenckiej”, zgodnie ze standardami unijnymi.

¹² Dz. U. Nr 20, poz. 86.

¹³ Obecnie obowiązujący w brzmieniu nadanym przez ustawę z dnia 24 maja 2000 r. (Dz. U. Nr 48, poz. 554).

¹⁴ Przepisy art. 61 § 1 i 2 zostały wprowadzone przez ustawę z dnia 13 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 55, poz. 318). Obecnie obowiązują one w brzmieniu nadanym im przez ustawę z dnia 2 lipca 2004 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 172, poz. 1804). Uprawniają one organizacje społeczne, których zadanie nie polega na prowadzeniu działalności gospodarczej, do wytaczania powództwa na rzecz obywateli oraz do wstępowania do postępowania w każdym jego sta-

nego, jak i w innych aktach prawnych, brak jest jednak ustawowej definicji spraw o ochronę konsumentów. Sąd Najwyższy określa je generalnie jako „sprawy związane z szerokim zakresem umów, w których osoba nabywająca rzecz lub na rzecz której wykonywane są usługi, zaspokajające jej własne potrzeby (konsument), dochodzi roszczenia przeciwko kontrahentowi zajmującemu się profesjonalnie handlem, produkcją i usługami, przy czym roszczenia konsumenta mogą wynikać z różnych tytułów prawnych, w szczególności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania oraz z tytułu rękojmi za wady rzeczy i gwarancji”¹⁵. Najogólniej sprawy o ochronę konsumentów można zdefiniować jako sprawy cywilne, w których jedną stroną jest konsument, dochodzący swoich praw, a drugą przedsiębiorca oferujący mu swoje towary lub usługi. Dla określenia, jakie sprawy należą do spraw „o ochronę konsumentów”, niezbędne jest przede wszystkim ustalenie treści pojęcia „konsument”.

W znaczeniu potocznym języka polskiego, konsument to nabywca towarów lub usług albo użytkownik jakichś zasobów lub dóbr. W obowiązującym stanie prawnym definicja pojęcia „konsumenta” znajduje się w art. 22¹ k.c., wprowadzonym do kodeksu ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustaw – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw¹⁶. W myśl tego przepisu „za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową”. Równocześnie ustawa o usługach turystycznych nie definiuje pojęcia „konsumenta”, wprowadzając nowe pojęcie „klienta”. Odpowiedź na pytanie, czy każda sprawa wynikła ze sporów z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną jest sprawą o ochronę praw konsumentów wymaga rozważenia, czy pojęcie „klienta” w rozumieniu przepisów ustawy o usługach turystycznych stanowi autonomiczne w stosunku do kodeksu cywilnego rozumienie pojęcia „konsumenta”, czy też jest to odrębny termin. Przyjmując wąskie rozumienie „konsumenta”, ograniczone jedynie do definicji z k.c., i uznając, że nie zawsze klient jest konsumentem, można dojść do konkluzji, że nie wszystkie sprawy dotyczące sporów wynikłych w związku z realizacją umowy o imprezę turystyczną są sprawami o ochronę konsumentów. Ujmując pojęcie „konsumenta” na gruncie ustawy o usługach turystycznych szeroko i przyjmując, że każdy klient w rozumieniu ustawy jest konsumentem, należałoby uznać, że wszystkie sprawy dotyczące sporów wynikłych w związku z realizacją umowy o imprezę turystyczną, są

dium. Kodeks postępowania cywilnego w art. 63³ posługuje się pojęciem „sprawy o ochronę interesów konsumentów” także dla określenia kategorii spraw, w których powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów może wytaczać powództwa na rzecz obywateli, a także wstępować, za zgodą powoda, do postępowania w tych sprawach w każdym jego stadium. Przepis ten został wprowadzony w związku z reformą ustrojową państwa przez ustawę z dnia 24 lipca 1998 r. o zmianie niektórych ustaw określających kompetencje organów administracji publicznej (Dz. U. Nr 106, poz. 668). Ustawodawca posługuje się również sformułowaniem „sprawy związane z ochroną praw konsumentów” w art. 87 § 5 k.p.c. (dodanym przez ustawę z dnia 18 kwietnia 1985 r.). Zgodnie ze wskazanym przepisem w takich sprawach pełnomocnikiem może być przedstawiciel organizacji, do której zadań statutowych należy ochrona konsumentów.

¹⁵ Por. uzasadnienie postanowienia SN z 15 marca 2000 r., I CKN 1325/99, OSNC 2000, nr 9, poz. 169.

¹⁶ Dz. U. Nr 49, poz. 408.

sprawami o ochronę praw konsumentów. Zasadniczo definicja pojęcia „konsumenta” zawarta w kodeksie cywilnym ma zastosowanie w obszarze prawa cywilnego. Z drugiej strony mogłoby się wydawać, że prawidłowe określenie pojęcia „konsumenta”, a co za tym idzie pojęcia „spraw o ochronę praw konsumentów” na gruncie u.u.t. wymaga uwzględnienia odrębności występujących w ramach poszczególnych ustaw konsumenckich. Za szerszym ujęciem przemawiałyby też względy zagwarantowania jak najszerzej ochrony konsumentom. Wydaje się jednak, że powyższe argumenty nie stanowią wystarczającego uzasadnienia, aby wprowadzić odstępstwo od reguły, zgodnie z którą skoro w systemie prawa cywilnego ustalono w sposób wiążący znaczenie pojęcia „konsument”, to należy go używać w tym właśnie znaczeniu. Powyższe potwierdza również pośrednio sam ustawodawca wprowadzając w art. 11 u.u.t. pojęcie „konsumenta”. Oznacza to, że nie wszystkie sprawy cywilne wynikłe z umów z klientami będą stanowiły sprawy o ochronę praw konsumentów. W tym miejscu zaznaczyć jednak należy, że z uwagi na brzmienie art. 11 u.u.t. przepisy dotyczące ochrony konsumenta (w tym również w zakresie zagwarantowania odpowiednich środków proceduralnych) będą miały zastosowanie w zakresie nieuregulowanym do umów z klientami zawieranych przez organizatorów turystyki i pośredników turystycznych.

Zgodnie z art. 2 §1 k.p.c., do rozpoznawania spraw cywilnych powołane są sądy powszechne, o ile sprawy te nie należą do właściwości sądów szczególnych, oraz Sąd Najwyższy. Nie są rozpoznawane w postępowaniu sądowym sprawy cywilne, jeżeli przepisy szczególne przekazują je do właściwości innych organów (art. 2 § 3 k.p.c.). Nadanie biegu konkretnej sprawie przez sąd (czyli przyjęcie istnienia dla niej drogi sądowej w rozumieniu k.p.c.), jest więc możliwe wyłącznie wówczas, gdy spełnione są łącznie dwa warunki:

- 1) jest to sprawa cywilna,
- 2) nie istnieje żaden przepis szczególny, który w tej konkretnej sprawie cywilnej wyłącza kompetencję sądu.

Niespełnienie jednego z wymienionych warunków skutkuje w konkretnej sprawie niedopuszczalnością drogi sądowej (brakiem kompetencji sądu powszechnego do rozpoznania sprawy)¹⁷. Dopuszczalność drogi sądowej jest bezwzględną przesłanką procesową¹⁸. Sąd w każdym stadium procesu uwzględnia z urzędu brak tej przesłanki i pozew odrzuci, a gdyby tego nie uczynił – znajdzie nieważność postępowania¹⁹. Momentem miarodajnym dla oceny dopuszczalności drogi sądowej jest chwila wszczęcia postępowania, niezależnie od tego, kiedy ta ocena jest dokonywana²⁰.

Według J. Jankowskiego niedopuszczalność drogi sądowej może być bezwzględna albo względna, a względna niedopuszczalność drogi sądowej może mieć charakter

¹⁷ R. Więckowski, *Dopuszczalność drogi ...*, s. 21 i 100.

¹⁸ W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 41-42.

¹⁹ Zgodnie z art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c. sąd odrzuci pozew jeżeli droga sądowa jest niedopuszczalna. Niedopuszczalność drogi sądowej – jako jedną z okoliczności uzasadniających odrzucenie pozwu – sąd bierze pod rozwagę z urzędu w każdym stanie sprawy (art. 202 zd. 2 *in fine* k.p.c.). Natomiast art. 379 pkt 1 k.p.c. stanowi, że nieważność postępowania zachodzi jeżeli droga sądowa była niedopuszczalna.

²⁰ R. Więckowski, *Dopuszczalność drogi ...*, s. 99.

czasowy albo może wynikać z przemiennej właściwości sądu powszechnego lub innego organu do załatwienia danej sprawy²¹. Bezwzględna niedopuszczalność drogi sądowej zachodzi wówczas, gdy sprawa w żadnym wypadku nie może być załatwiona przez sąd powszechny²², a więc gdy w świetle obowiązujących przepisów droga sądowa jest zamknięta i nie może być otwarta (niedopuszczalność drogi sądowej ma charakter niezmienny)²³. Natomiast czasowa niedopuszczalność drogi sądowej jest – jak już była mowa – szczególną niedopuszczalnością drogi sądowej o charakterze względnym, zaś sąd powszechny staje się właściwy do rozpoznania danej sprawy po uprzednim spełnieniu się określonych warunków, które według obowiązujących przepisów są sformułowane rozmaicie²⁴. Wskazany wyżej autor podzielił sytuacje, w których występuje czasowa niedopuszczalność drogi sądowej na trzy kategorie, w zależności od rodzaju postępowania poprzedzającego możliwość otwarcia się drogi sądowej. Droga sądowa jest – zdaniem tego autora²⁵ – niedopuszczalna do czasu: 1) wyczerpania postępowania administracyjnego, 2) wyczerpania postępowania reklamacyjnego, 3) wyczerpania postępowania wewnątrzspółdzielczego.

Na gruncie obecnego stanu prawnego podział ten jest nieaktualny ze względu na zmiany wprowadzone w art. 32 ustawy z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze²⁶, w wyniku których postępowanie wewnątrzspółdzielcze (w sprawach wynikających ze stosunku członkostwa) nie ma już charakteru obligatoryjnego, a jego wszczęcie i prowadzenie zależy wyłącznie od woli członka spółdzielni. Zgodnie z art. 32 §1 prawa spółdzielczego, statut może stanowić, że w określonych w nim sprawach między członkiem a spółdzielnią, członkowi przysługuje prawo odwołania się od uchwały organu spółdzielni do innego wskazanego w statucie organu spółdzielni w postępowaniu wewnątrzspółdzielczym; statut powinien określać zasady i tryb postępowania wewnątrzspółdzielczego, a w szczególności terminy wniesienia i rozpatrzenia odwołania. Konsekwencją wniesienia przez członka odwołania w postępowaniu wewnątrzspółdzielczym jest zawieszenie biegu przedawnienia i terminów zawitych do dnia zakończenia tego postępowania, jednakże przez okres nie dłuższy niż rok od dnia, w którym organ odwoławczy powinien rozpatrzyć odwołanie (art. 32 §2 prawa spółdzielczego). Relację postępowania wewnątrzspółdzielczego

²¹ J. Jankowski, *Czasowa niedopuszczalność drogi sądowej*, Acta Universitatis Lodzianis 1982, nr 9, s. 40 i 41. Podział taki został przyjęty również przez W. Broniewicza, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1983, s. 22 – 25. Natomiast według Z. Resicha, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 1979, s. 83 i 84, niedopuszczalność drogi sądowej może być bezwzględna, względna lub czasowa. Podobnie J. Gudowski, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, tom 1, red. T. Ereciński, Warszawa 2006, s. 24 – 30, wskazuje, iż niedopuszczalność drogi sądowej może być: bezwzględna, względna oraz czasowa, a także pierwotna i wtórna.

²² Z. Resich, *Postępowanie...*, s. 83.

²³ Por. R. Więckowski, *Dopuszczalność drogi...*, s. 101. Autor ten zauważa, że niedopuszczalność drogi sądowej ma charakter bezwzględny jeżeli sprawa nie posiada charakteru sprawy cywilnej albo jeżeli jest ona ze swej istoty sprawą cywilną, ale istnieje przepis szczególnie przekazujący ją do kompetencji innego niż sąd organu.

²⁴ J. Jankowski, *Czasowa...*, s. 41.

²⁵ Podział J. Jankowskiego przyjmuje R. Więckowski, *Dopuszczalność drogi...*, s. 104.

²⁶ T. jedn. Dz. U. z 2003 r., Nr 188, poz. 1848 ze zm.

do postępowania sądowego, ustawodawca rozstrzygnął jednoznacznie w art. 32 § 3 prawa spółdzielczego, zgodnie z którym postanowienia statutu o postępowaniu wewnątrzspółdzielczym nie mogą ograniczać dochodzenia przez członków ich praw na drodze sądowej, a w przypadku zaskarżenia przez członka uchwały w postępowaniu wewnątrzspółdzielczym i sądowym, postępowanie wewnątrzspółdzielcze ulega umorzeniu²⁷. Dokonane zmiany w prawie spółdzielczym należy uznać za krok we właściwym kierunku – w szczególności w tym zakresie, w którym przesadzają one o wzajemnym stosunku postępowania wewnątrzspółdzielczego i postępowania sądowego (warto zastanowić się, czy nie byłoby celowe wprowadzenie podobnej regulacji w ustawie o usługach turystycznych).

Czasowa niedopuszczalność drogi sądowej zachodzi w sytuacji, gdy przepis szczególnie przewiduje w sprawie ze swej istoty cywilnej, poprzedzenie postępowania sądowego warunkiem wyczerpania innych postępowań – niesądowych, takich jak: postępowanie administracyjne, czy postępowanie reklamacyjne. Należy podzielić pogląd R. Więckowskiego²⁸, zgodnie z którym klasycznymi postępowaniami przedsądowymi (określanymi również jako postępowania prejurysdykcyjne) są wyłącznie te, których wyczerpanie dla strony ma charakter obligatoryjny. W przypadku bowiem, gdy postępowanie poprzedzające postępowanie sądowe ma charakter dobrowolny (fakultatywny)²⁹, droga sądowa jest równoległa i w każdej chwili dostępna (nie mamy wówczas do czynienia z czasową niedopuszczalnością drogi sądowej).

Przedsądowe postępowanie administracyjne ma zawsze charakter obligatoryjny, a do jego wyczerpania dochodzi w zasadzie w chwili wydania decyzji. Przykładem takiego postępowania jest postępowanie o rozgraniczenie nieruchomości uregulowane w rozdziale 6 (art. 33 – 34) ustawy z dnia 17 maja 1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne³⁰.

Postępowanie reklamacyjne może mieć charakter zarówno obligatoryjny (wówczas będzie to postępowanie przedsądowe i do momentu jego zakończenia będzie zachodzić czasowa niedopuszczalność drogi sądowej), jak i dobrowolny (nie przeprowadzenie tego postępowania nie będzie przeszkodą w sądowym dochodzeniu roszczeń). Przed ostatecznym zakwalifikowaniem postępowania reklamacyjnego uregulowanego w ustawie o usługach turystycznych celowe jest zdefiniowanie pojęcia „reklamacji” i „postępowania reklamacyjnego” oraz omówienie sytuacji, w których postępowanie reklamacyjne ma charakter obligatoryjny.

3. Pojęcie reklamacji i postępowania reklamacyjnego – uwagi ogólne

Na wstępie należy odróżnić reklamację od postępowania wywołanego jej zgłoszeniem³¹.

²⁷ Obecne brzmienie art. 32 Prawa spółdzielczego nadała – z dniem 22.07.2005 r. – ustawa z dnia 3 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 122, poz. 1024).

²⁸ R. Więckowski, *Dopuszczalność drogi...*, s. 104 – 105.

²⁹ Aktualnie taki charakter ma postępowanie wewnątrzspółdzielcze.

³⁰ T. jedn. Dz. U. z 2005 r., Nr 240, poz. 2027 ze zm.

³¹ Rozróżnienie takie jednoznacznie wynika z treści przytoczonych na wstępie przepisów u.u.t.

Reklamacja to skierowane do osoby świadczącej usługę żądanie spełnienia tych obowiązków, które winna ona spełnić w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem usługi³². Reklamacja może zostać uznana w całości lub w części. W tym samym zakresie strona załatwiająca reklamację może odmówić jej uznania. Nie należy jednak – jak słusznie podkreśla F. Zedler³³ – utożsamiać uwzględnienia reklamacji z zaspokojeniem wierzyciela, gdyż uznanie wywiera jedynie skutki materialnoprawne, nie dając jednak podstaw do przymusowego zaspokojenia roszczenia. Reklamacja nie jest więc żądaniem udzielenia ochrony prawnej dla zgłoszonego w niej roszczenia. Jest tylko wezwaniem do dobrowolnego spełnienia świadczenia³⁴. Uwzględnienie reklamacji lub też odmowa jej uwzględnienia, nie mogą być w żadnym wypadku traktowane jako władcze rozstrzygnięcie o roszczeniu składającego reklamację, albowiem podmiot, pod adresem którego jest ona kierowana, takich uprawnień – jako strona stosunku cywilnoprawnego – nie posiada i nie może posiadać³⁵.

Pod pojęciem postępowania reklamacyjnego należy rozumieć natomiast sposób składania reklamacji oraz czynności związane z jej załatwieniem³⁶. Postępowanie reklamacyjne, którego obligatoryjny charakter nie budzi wątpliwości, jest obecnie uregulowane m.in. w: ustawie z dnia 15 listopada 1984 r. – Prawo przewozowe³⁷, ustawie z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne³⁸ oraz ustawie z dnia 12 czerwca 2003 r. – Prawo pocztowe³⁹. We wszystkich wymienionych ustawach znalazły się jednoznaczne sformułowania przesadzające o relacji tego postępowania do postępowaniem sądowym⁴⁰.

³² Według R. Więckowskiego (*Dopuszczalność drogi...*, s. 111) reklamacja „sama w sobie” jest instytucją prawa materialnego, gdyż dotyczy roszczeń cywilnoprawnych, mogących wyniknąć na tle stosunku cywilnoprawnego łączącego obie strony.

³³ F. Zedler, *Niektóre cywilnoprawne problemy ochrony praw konsumenta*, Pal. 1983, nr 5-6, s. 35.

³⁴ Por. Z. Resich, *Postępowanie...*, s. 83.

³⁵ A. Żabski, *Obligatoryjna reklamacja w krajowym transporcie towarów*, NP 1980, nr 6, s. 67.

³⁶ F. Zedler, *Niektóre cywilnoprawne...*, s. 51.

³⁷ T. jedn. Dz. U. z 2000 r., Nr 50, poz. 601 ze zm. Por. regulacje zawarte w rozdziale 9 „Ustalenie stanu przesyłki, dochodzenie roszczeń”, a w szczególności w art. 75 tej ustawy.

³⁸ Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm. Por. regulacje zawarte w rozdziale 3 „Odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usług telekomunikacyjnych”, a w szczególności w art. 106 i 107 tej ustawy.

³⁹ Dz. U. Nr 130, poz. 1188 ze zm. Por. regulacje zawarte w rozdziale 5 „Odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usług pocztowych”, a w szczególności w art. 62 tej ustawy.

⁴⁰ Ponadto czasową niedopuszczalność drogi sądowej przewidują m.in. następujące przepisy:

- art. 476 §2, art. 477⁹ ust. 3¹, art. 479¹² i 842 k.p.c.,

- art. 97 §2¹ i art. 112 §2 ustawy z 26 czerwca 1974 - Kodeks pracy (t. jedn. Dz. U. z 1998r., Nr 21 poz. 94 ze zm.),

- art. 46 ustawy z dnia 25 września 1981r. o samorządzie załogi przedsiębiorstwa państwowego (Dz. U. Nr 24, poz. 123 ze zm),

- §48 i 56 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 5 lutego 2002 r. w sprawie świadczeń na rzecz obrony (Dz. U. Nr 18, poz. 168),

- art. 97 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (t. jedn. Dz. U. z 2005 r., Nr 228, poz. 1947 ze zm.),

- art. 108 ust. 5 - 7 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t. jedn. Dz.U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631 ze zm.),

Zgodnie z art. 75 ust. 1 prawa przewozowego, dochodzenie roszczeń w postępowaniu sądowym na podstawie ustawy lub przepisów wydanych w jej wykonaniu, przysługuje uprawnionemu po bezskutecznym wyczerpaniu drogi reklamacji, przewoźnikowi zaś – po bezskutecznym wezwaniu zobowiązanego do zapłaty. Natomiast reklamację lub wezwanie do zapłaty uważa się za bezskuteczne, jeżeli dłużnik nie zapłacił dochodzonych należności w terminie 3 miesięcy od dnia doręczenia reklamacji lub wezwania do zapłaty (art. 75 ust. 2). Bieg przedawnienia roszczeń dochodzonych na podstawie tej ustawy, który wynosi – co do zasady – 1 rok, zawieszają się na okres od dnia wniesienia reklamacji lub wezwania do zapłaty, do dnia udzielenia odpowiedzi na reklamację lub wezwania do zapłaty i zwrócenia załączonych dokumentów, najwyżej jednak na okres przewidziany do załatwienia reklamacji lub wezwania do zapłaty (art. 77 ust. 4).

Artykuł 106 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego nakłada na dostawcę publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych obowiązek rozpatrzenia reklamacji usługi telekomunikacyjnej, a ustęp 2 tego artykułu stanowi, że w przypadku, gdy reklamacja taka nie zostanie rozpatrzona w terminie 30 dni od dnia jej złożenia, uważa się, że została ona uwzględniona. Prawo dochodzenia w postępowaniu sądowym, w postępowaniu mediacyjnym prowadzonym przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej lub w postępowaniu przed stałym polubownym sądem konsumenckim przy Prezesie Urzędu Komunikacji Elektronicznej⁴¹, roszczeń określonych w ustawie,

- art. 73 - 76 ustawy z dnia 22 czerwca 1995 r. o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (t. jedn. Dz. U. z 2005 r., Nr 41, poz. 398 ze zm.),

- art. 79 i 80 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (t. jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 261, poz. 2603 ze zm.),

- art. 288 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. - Prawo własności przemysłowej (t. jedn. Dz. U. z 2003 r., Nr 119, poz. 1117 ze zm.),

- art. 131 i 196 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (Dz. U. Nr 62, poz. 627 ze zm.),

- art. 16 ust. 3 i art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (t. jedn. Dz. U. z 2005 r., Nr 239, poz. 2019 ze zm.),

- art. 9 ustawy z dnia 25 lipca 2001 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz. U. Nr 113, poz. 1207 ze zm.),

- art. 6 ustawy z dnia 22 listopada 2002 r. o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela (Dz. U. Nr 233, poz. 1955),

- art. 194 i n. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.).

⁴¹ W art. 109 prawa telekomunikacyjnego przewidziano możliwość prowadzenia przez Prezesa UKE postępowania mediacyjnego mającego na celu polubowne zakończenie sporu cywilnoprawnego między konsumentem, a dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Natomiast art. 110 prawa telekomunikacyjnego dopuszcza tworzenie przez Prezesa UKE stałych polubownych sądów konsumenckich przy Prezesie UKE do rozpatrywania sporów o prawa majątkowe wynikłe z umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych oraz o prawa majątkowe wynikłe z umów o świadczenie usług pocztowych. W oparciu o art. 110 ust. 4 tej ustawy zostało wydane rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 21 grudnia 2004 r. w sprawie określenia regulaminu organizacji i działania stałych polubownych sądów konsumenckich przy Prezesie Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (Dz. U. Nr 281, poz. 2794), określające regulamin organizacji

wynikających ze stosunków z przedsiębiorcami wyznaczonymi, przysługuje użytkownikowi końcowemu po wyczerpaniu drogi postępowania reklamacyjnego (art. 107 ust. 1). Drogę postępowania reklamacyjnego uważa się w takim przypadku za wyczerpaną, jeżeli przedsiębiorca wyznaczony nie zapłacił dochodzonej należności w terminie 30 dni od dnia, w którym reklamacja usługi telekomunikacyjnej została uznana. Ze względu na krótki (12 miesięcy) okres przedawnienia roszczeń dochodzonych na podstawie art. 105 prawa telekomunikacyjnego, ustawodawca przyjął rozwiązanie, zgodnie z którym bieg przedawnienia roszczeń zawiesza się na okres od wniesienia reklamacji usługi telefonicznej do dnia udzielenia na nią odpowiedzi, nie dłużej jednak niż przez okres przewidziany do rozpatrzenia reklamacji (art. 108). Zawieszenie biegu przedawnienia będzie miało znaczenie w sytuacji, gdy reklamacja nie zostanie uwzględniona (tj. w sytuacji otrzymania negatywnej odpowiedzi na reklamację).

Problematykę postępowania reklamacyjnego w prawie pocztowym reguluje art. 62. Zgodnie z tym przepisem prawo dochodzenia w postępowaniu sądowym, w postępowaniu mediacyjnym prowadzonym przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej lub w postępowaniu przed stałym polubownym sądem konsumenckim przy Prezesie Urzędu Komunikacji Elektronicznej, roszczeń określonych w ustawie, wynikających ze stosunków z operatorem świadczącym powszechnie usługi pocztowe w zakresie świadczenia powszechnych usług pocztowych, przysługuje nadawcy albo adresatowi po wyczerpaniu drogi postępowania reklamacyjnego. Drogę postępowania reklamacyjnego uważa się za wyczerpaną w przypadku odmowy uznania reklamacji przez operatora albo niezapłacenia dochodzonej należności w terminie 90 dni od dnia wniesienia reklamacji (art. 62 ust. 2). Bieg przedawnienia roszczeń dochodzonych na podstawie prawa pocztowego (termin przedawnienia wynosi 12 miesięcy od dnia nadania przesyłki lub przekazu pocztowego) zawiesza się na okres od dnia wniesienia reklamacji do dnia wyczerpania drogi postępowania reklamacyjnego (art. 62 ust. 3 i ust. 4).

Z przytoczonych wyżej przepisów wynika, że prawo dochodzenia roszczeń w postępowaniu sądowym przysługuje podmiotowi składającemu reklamację dopiero po wyczerpaniu drogi postępowania reklamacyjnego⁴². Każda z analizowanych ustaw wyraźnie przesądza kiedy drogę postępowania reklamacyjnego uważa się za wyczerpaną i w każdej z nich znajdują się przepisy przewidujące zawieszenie biegu przedawnienia roszczeń na czas przewidziany do rozpatrzenia reklamacji. Postępowania reklamacyjne uregulowane w tych ustawach są więc postępowaniami przedsądowymi i do momentu ich zakończenia zachodzi czasowa niedopuszczalność drogi sądowej. Z punktu widzenia techniki legislacyjnej należy zwrócić uwagę na okoliczność, że przepisy dotyczące postępowania reklamacyjnego znajdują się w każdej z ustaw w osobnym rozdziale, którego przedmiotem są skutki niewykonania lub

i działania stałych polubownych sądów konsumenckich przy Prezesie Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty.

⁴² W prawie telekomunikacyjnym i w prawie pocztowym również dochodzenie roszczeń w postępowaniu mediacyjnym prowadzonym przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej lub w postępowaniu przed stałym polubownym sądem konsumenckim przy Prezesie Urzędu Komunikacji Elektronicznej wymaga wcześniejszego wyczerpania drogi postępowania reklamacyjnego.

nienależytego wykonania usługi. Ponadto do każdej z omawianych ustaw, na podstawie zawartego w niej upoważnienia, zostało wydane rozporządzenie szczegółowo określające zarówno elementy, które powinny się znaleźć w treści reklamacji, jak i sam przebieg postępowania reklamacyjnego⁴³.

Analiza wyżej przytoczonych przepisów w zestawieniu z regulacjami zawartymi w ustawie o usługach turystycznych, prowadzi do konkluzji, że postępowanie reklamacyjne dotyczące realizacji umowy o imprezę turystyczną ma charakter dobrowolny (fakultatywny), a jego nieprzeprowadzenie nie zamyka klientowi możliwości dochodzenia swoich praw na drodze postępowania sądowego.

4. Reklamacja i postępowanie reklamacyjne w ustawie o usługach turystycznych

Jak już wskazano, ustawa o usługach turystycznych reguluje jedynie poszczególne elementy postępowania reklamacyjnego w sprawach dotyczących imprez turystycznych. Brak jest zarówno ustawowej definicji postępowania reklamacyjnego, jak i definicji pojęcia reklamacji. Sposób, w jaki unormowane jest postępowanie reklamacyjne w tej ustawie, powoduje, iż dotyczące go szczegółowe regulacje, zamieszczane są przez biura turystyczne w ogólnych warunkach umownych uczestnictwa w imprezach turystycznych. W Polsce w chwili obecnej nie funkcjonują w tym zakresie żadne „kodeksy dobrych praktyk”⁴⁴ i organizatorzy turystyki w sposób prawie dowolny konstruują wzorce zawierające postanowienia dotyczące postępowania reklamacyjnego. Ochrona interesów konsumentów została jednak zagwarantowana poprzez wprowadzenie do porządku prawnego środków ochrony mających na celu ochronę zarówno indywidualnych, jak i zbiorowych interesów konsumentów. Mechanizmy kontroli klauzul niedozwolonych, w tym niedozwolonych klauzul umownych dotyczących postępowania reklamacyjnego⁴⁵, opierają się na kryteriach przejrzystości, inkorporacji oraz kontroli treści postanowień. Mechanizmy kontrolne treści wzorca obejmują kontrolę *in abstracto* (art. 479³⁶ - 479⁴⁵ k.p.c.)⁴⁶ oraz *in concreto* (art. 385¹ - 385³ k.c.). Nadto w drodze postępowania administracyjnego kończącego

⁴³ Por. rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 24 lutego 2006 r. w sprawie ustalania stanu przesyłek oraz postępowania reklamacyjnego (Dz. U. Nr 38, poz. 266), rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 1 października 2004 r. w sprawie trybu postępowania reklamacyjnego oraz warunków, jakim powinna odpowiadać reklamacja usługi telekomunikacyjnej (Dz. U. Nr 226, poz. 2291) oraz rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 13 października 2003 r. w sprawie reklamacji powszechnej usługi pocztowej w zakresie przesyłki rejestrowanej i przekazu pocztowego (Dz. U. Nr 183, poz. 1795 ze zm.).

⁴⁴ Por. np. ABTA, *Code of Conduct*, <http://www.abta.com/articlesandcode.shtml>.

⁴⁵ Szczegółowe omówienie tematyki klauzul dotyczących reklamacji znajduje się w: P. Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną*, Warszawa 2005, s. 103 – 109; *Raport z ogólnopolskiej kontroli działalności organizatorów turystyki*, Warszawa 2003; *Raport kontroli wzorców umownych oferowanych konsumentom przez organizatorów turystyki*, Warszawa 2004; *Raport kontroli wzorców umownych stosowanych przez organizatorów turystyki*, Warszawa 2005 – dostępne na stronie internetowej: http://www.uokik.gov.pl/pl/ochrona_konsumentow/niedozwolone_klauzule/raporty.

⁴⁶ Por. R. Flejszar, *Postępowanie w sprawach gospodarczych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 260-275; K. Gajda, *Dochodzenie roszczeń konsumenckich*, [w:] *Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, red. E. Nowińska i P. Cybula, Kraków 2005, s. 601-608.

się wydaniem przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazującej zaniechanie ich stosowania, od której przysługuje odwołanie do sądu, chronione są zbiorowe interesy konsumentów⁴⁷.

4.1. Definicja postępowania reklamacyjnego

Postępowanie reklamacyjne na gruncie ustawy o usługach turystycznych⁴⁸, to postępowanie wszczęte na skutek zgłoszenia przez klienta reklamacji związanej z realizacją umowy o imprezę turystyczną przez organizatora turystyki lub osobę z nim współpracującą w określonym terminie.

W ujęciu podmiotowym postępowanie reklamacyjne dotyczy tylko dwóch podmiotów: klienta i organizatora turystyki. Brak jest trzeciego podmiotu odpowiedzialnego za procedurę, czy też tylko zaangażowanego w polubowne rozwiązanie konfliktu⁴⁹. Klientem w rozumieniu ustawy jest osoba, która zamierza zawrzeć lub zawarła umowę o świadczenie usług turystycznych na swoją rzecz lub na rzecz innej osoby, a zawarcie tej umowy nie stanowi przedmiotu jej działalności gospodarczej, jak i osoba na rzecz której umowa została zawarta, a także osoba, której przekazano prawo do korzystania z usług turystycznych, objętych uprzednio zawartą umową (art. 3 pkt 11 u.u.t.). Organizatorem turystyki jest natomiast przedsiębiorca (przedsiębiorca i przedsiębiorca zagraniczny w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁵⁰), organizujący imprezę turystyczną (art. 3 pkt 5 i pkt 14 u.u.t.).

Pojęcie klienta na gruncie u.u.t. jest pojęciem odmiennym od pojęcia konsumenta funkcjonującego na gruncie kodeksu cywilnego. Klientem w rozumieniu ustawy może być również osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, czy też przedsiębiorca, jeżeli zawarcie umowy nie stanowi przedmiotu jego działalności⁵¹. W konsekwencji przy tak szerokiej definicji może dojść do sytuacji, w której postępowanie reklamacyjne nie będzie stanowić szeroko rozumianej alternatywnej metody rozwiązywania sporów konsumenckich. W szczególności może to mieć miejsce w przypadku, gdy przedsiębiorca, zawierający umowę na rzecz swoich pracowników, będzie pozostawał w sporze z innym przedsiębiorcą (postępowanie reklamacyjne będzie się toczyć wówczas pomiędzy dwoma przedsiębiorcami). Oznacza to, że spór ten nie będzie miał charakteru konsumenckiego. Jednakże z uwagi na art. 11 u.u.t. w niektórych sytuacjach przedsiębiorca będzie chroniony w analogiczny co konsument sposób.

⁴⁷ Por. ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.).

⁴⁸ Dalej określanym jako „postępowanie reklamacyjne w u.u.t.”.

⁴⁹ Pojęcie podmiotu trzeciego odpowiedzialnego za procedurę oraz podmiotu zaangażowanego w rozwiązanie sporu wprowadza *Green paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law* (COM/2002/0196 final). Por. K. Gajda, *Rozwiązywanie indywidualnych sporów konsumenckich*, [w:] *Czterdziestolecie kodeksu postępowania cywilnego. Zjazd katedr postępowania cywilnego w Zakopanym (7-9.10.2005 r.)*, Kraków 2006, s. 110-112; A. Wach, *Alternatywne formy rozwiązywania sporów sądowych*, Warszawa 2005, s. 122-125.

⁵⁰ Dz. U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.

⁵¹ Tak. P. Cybula, *Usługi turystyczne...*, s. 326.

Postępowanie reklamacyjne w u.u.t. należy traktować jako szeroko rozumianą pozasądową procedurę rozwiązywania konfliktów. Ma ono na celu usunięcie różnicy zdań pomiędzy klientem, a organizatorem turystyki, rozwiązanie konfliktu, dojście do porozumienia i zapobieżenie procesowi sądowemu przez same strony umowy. Klient zgłasza uwagi dotyczące realizacji umowy o imprezę turystyczną, a organizator turystyki ustosunkowuje się do nich. Jak podano wcześniej, do jego istoty należy to, że nie uczestniczy w nim podmiot trzeci, który byłby zaangażowany w polubowne rozwiązanie sporu, czy też podmiot trzeci, który jest odpowiedzialny za procedurę. Okoliczność ta przesądza o odróżnieniu postępowania reklamacyjnego od sądownictwa polubownego, czy wąsko rozumianych alternatywnych metod rozwiązywania sporów (ADR), tj. postępowania mediacyjnego czy koncyliacji⁵². Postępowanie to nie jest także postępowaniem cywilnym pozasądowym, albowiem organizator turystyki nie jest uprawniony do rozstrzygania sporów, w których sam jest stroną (*iudex in re sua*)⁵³. Ma ono charakter fakultatywny i z uwagi na formalną równość stron nie jest postępowaniem administracyjnym⁵⁴.

Omawiane postępowanie ma zastosowanie do spraw odnoszących się do umów o imprezę turystyczną, czyli spraw dotyczących co najmniej dwóch usług turystycznych tworzących jednolity program i objętych wspólną ceną, jeżeli usługi te obejmują nocleg lub trwają ponad 24 godziny albo jeżeli program przewiduje zmianę miejsca pobytu. Pośrednio na taką interpretację wskazuje brzmienie art. 14 ust. 2 pkt 8, art. 16b oraz art. 20 ust. 3 – 6 u.u.t. Ustawa nie przesądza jednak w sposób wyraźny, że postępowanie reklamacyjne w niej uregulowane stosuje się wyłącznie do tych spraw, a nie ma zastosowania do spraw wynikających z niewykonania lub niewłaściwego wykonania jakiegokolwiek usługi turystycznej.

Ustawa nie określa również, czy postępowanie reklamacyjne w niej unormowane obejmuje wszystkie ewentualne spory powstałe w związku z realizacją umowy o imprezę turystyczną, czy też dotyczy jedynie niewłaściwego wykonania bądź niewykonania umowy o imprezę turystyczną. Wydaje się, że w obowiązującym stanie prawnym postępowanie reklamacyjne w u.u.t. odnosi się wyłącznie do spraw z zakresu niewłaściwego wykonania umowy o imprezę turystyczną, bądź jej niewykonania. Tym samym brak jest wyraźnych podstaw do składania reklamacji dotyczących „zadośćuczynienia za zmarnowany urlop”.

4.2. Przebieg postępowania reklamacyjnego

Umowa o imprezę turystyczną powinna zawierać m.in. sposób zgłaszania reklamacji związanych z wykonywaniem usług przez organizatora turystyki lub/i osobę współpracującą wraz z podaniem terminu zgłaszania takich reklamacji (art. 14 ust. 2 pkt. 8 u.u.t.), a także obowiązek klienta polegający na niezwłocznym zawiadomieniu organizatora turystyki oraz wykonawcy o stwierdzonym przez niego wadliwym wykonaniu umowy o imprezę turystyczną w sposób odpowiedni dla danego rodzaju usług (art. 16b u.u.t.).

⁵² Por. K. Gajda, *Dochodzenie roszczeń...*, s. 608-622.

⁵³ R. Więckowski, *Sądowe dochodzenie roszczeń, a postępowanie przesądowe*, PiP 1990, z. 2, poz. 52, s. 63.

⁵⁴ Zagadnienie to zostało w sposób szczegółowy omówione w punkcie 2.

Klient wszczyna postępowanie reklamacyjne poprzez złożenie reklamacji. Reklamację może złożyć zarówno w trakcie trwania imprezy, jak i po jej zakończeniu. Ustawa nie przewiduje bowiem żadnych konsekwencji niedopełnienia obowiązku z art. 16b u.u.t., tj. niezawiadomienia niezwłocznie organizatora turystyki oraz wykonawcy o stwierdzonym przez niego wadliwym wykonaniu umowy o imprezę turystyczną w sposób odpowiedni dla danego rodzaju usług. W doktrynie podkreśla się, że konsekwencje niedopełnienia przez klienta obowiązku poinformowania o nieprawidłowościach mogą zaistnieć w razie wystąpienia na drogę sądową i dotyczyć postępowania dowodowego⁵⁵.

Zgłoszenie reklamacji w trakcie trwania imprezy turystycznej powinno nastąpić na miejscu wobec pilota wycieczek. Pilot ma obowiązek przyjęcia reklamacji i potwierdzenia jej klientowi, a w przypadku jej niezałatwienia przekazania jej niezwłocznie organizatorowi turystyki (art. 20 ust. 3-4 u.u.t.). Ustawodawca nie określił konsekwencji niezgłoszenia reklamacji pilotowi wycieczki. Równocześnie regulacja ta nie wyłącza możliwości zgłoszenia reklamacji również po zakończeniu imprezy turystycznej. Wydaje się, że prawidłowym rozwiązaniem byłoby, żeby klient np. o niewykonaniu umowy o imprezę turystyczną, powiadomił na miejscu wycieczki pilota, który działa w imieniu organizatora. Dopiero w przypadku braku pilota lub obiektywnej niemożności zgłoszenia reklamacji pilotowi, aby powiadomił organizatora lub wykonawcę usługi.

W doktrynie istnieją rozbieżności odnośnie charakteru terminu do zgłaszania reklamacji. Według pierwszego stanowiska, termin ten ma charakter jedynie porządkowy (instrukcyjny) i nie jest to termin przedawnienia roszczenia⁵⁶. Zgodnie z przeciwnym stanowiskiem, na organizatora turystyki został nałożony obowiązek podania w umowie terminu przedawnienia roszczeń wynikających z obowiązującego prawa, a wobec tego, że w ustawie o usługach turystycznych takiego terminu nie podano, znajdzie tu zastosowanie ogólny termin przedawnienia wynoszący dziesięć lat (art. 118 k.c.)⁵⁷. Słusznym jest pogląd, zgodnie z którym termin do wniesienia reklamacji jest terminem porządkowym. Jak wskazuje P. Cybula⁵⁸ wynika to m.in. z przyjęcia założenia, że jeśli wolą ustawodawcy byłoby wskazanie tu terminu przedawnienia roszczeń, to ustawodawca taki termin by wprowadził. Poza tym w interesie zarówno klienta, jak i organizatora turystyki, jest wskazanie terminu, w którym możliwe będzie merytoryczne rozpatrzenie skargi klienta, w czasie, w którym będzie można odwołać się do faktów, które miały miejsce. Gdyby przyjąć, że chodzi tu o dziesięcioletni termin przedawnienia, termin ten w wielu wypadkach byłby z pewnością zbyt długi.

⁵⁵ Tak M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne*, Kraków 2006, s. 99; P. Cybula, *Umowa o imprezę...*, s. 106.

⁵⁶ Tak E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 494.

⁵⁷ Tak J. Gospodarek, *Prawo turystyczne w zarysie*, Bydgoszcz – Warszawa 2003, s. 166, według którego „umownie oznaczony termin zgłaszania przez klienta reklamacji związanych z wykonywaniem usług przez organizatora turystyki jest więc po prostu ustaleniem wprowadzającym klienta w błąd”.

⁵⁸ P. Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną w polskim prawie cywilnym*, niepubl. rozprawa doktorska, Kraków 2007, s. 334-335.

Ustawa nie przesądza formy reklamacji, dlatego należy przyjąć, że dopuszczalna jest zarówno forma ustna jak i pisemna reklamacji.

Organizator turystyki w wyniku przeprowadzonego postępowania może pisemnie uwzględnić reklamację lub odmówić jej uwzględnienia. W przypadku nieuwzględnienia reklamacji organizator ma obowiązek uzasadnić na piśmie przyczyny odmowy. Uzasadnienie powinno zawierać nie tylko konkretną przyczynę, z powodu której organizator odmówił uwzględnienia reklamacji, ale również wyjaśnić powody dlaczego tak się stało. Uwzględnienie reklamacji bądź odmowa jej uwzględnienia nie mogą być w żadnym wypadku traktowane jako władcze rozstrzygnięcie o roszczeniu składającego reklamację, albowiem podmiot, pod adresem którego jest ona kierowana, takich uprawnień – jako strona stosunku cywilnoprawnego – nie posiada i nie może posiadać⁵⁹. Organizator turystyki może tylko uznać reklamację w całości lub w części lub też odmówić jej uznania. Organizator turystyki ma 30 dni na ustosunkowanie się do reklamacji, którego początek biegnie albo od dnia zakończenia imprezy turystycznej (w sytuacji, gdy klient złoży reklamację w czasie trwania imprezy turystycznej) albo od dnia jej złożenia (w sytuacji, gdy klient złoży reklamację po zakończeniu imprezy turystycznej). Konsekwencją nie ustosunkowania się przez organizatora do reklamacji na piśmie w terminie 30 dniowym jest przyjęcie, że uznał on reklamację za uzasadnioną.

W odniesieniu do pojęcia reklamacji w sprawach dotyczących realizacji umowy o imprezę turystyczną podkreśla się, iż reklamacja taka może zawierać zasadniczo dwa elementy: wskazanie na niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz zaproponowanie (żądanie) rekompensaty z tytułu zaistniałych nieprawidłowości. Jeżeli reklamacja obejmuje obydwa elementy, przyjmuje ona wówczas charakter czynności prawnej, jeżeli tylko pierwszy z nich, jest to wówczas zawiadomienie⁶⁰.

Jak wskazuje P. Cybula⁶¹ uznanie reklamacji jest uznaniem roszczenia, czyli czynnością ustalającą, zawierającą zarówno oświadczenie wiedzy, jak i oświadczenie woli⁶². Uznanie powinno dotyczyć obu elementów reklamacji. Oznacza to, że na skutek nieustosunkowania się organizatora do reklamacji w terminie 30-dniowym dochodzi do uznania roszczenia klienta (swoistej prekluzji zarzutu braku odpowiedzialności organizatora turystyki z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy) lub do przyznania faktu⁶³, które może być uznawane za przyznanie pozasądowe⁶⁴.

Wynik postępowania reklamacyjnego – z wyjątkiem sytuacji, w której dojdzie do dobrowolnego zaspokojenia klienta – nie ma żadnego wpływu na mające po nim nastąpić postępowanie sądowe. Sąd rozpatruje sprawę na nowo i nie jest w żaden

⁵⁹ A. Żabski, *Obligatoryjna reklamacja...*, s. 67.

⁶⁰ E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 415; P. Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną w polskim...*, s. 340.

⁶¹ P. Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną w polskim ...*, s. 340.

⁶² Zob. orzeczenie SA w Krakowie z 16 stycznia 1991 r., I ACr 186/90, OSA 1992, z. 1, poz. 6. Por. M. Stec, *Umowa przewozu w transporcie towarowym*, Kraków 2005, s. 317. Zob. także M. Pyziak - Szafnicka, *Uznanie długu*, Łódź 1995, s. 122 i n.

⁶³ Zob. M. Pyziak - Szafnicka, *Uznanie długu...*, s. 110.

⁶⁴ Zob. Z. Klafkowski, *Przedawnienie w prawie cywilnym*, Warszawa 1970, s. 202.

sposób związany przebiegiem postępowania reklamacyjnego, czy też stanowiskiem organizatora turystyki załatwiającego reklamację⁶⁵. Przedmiotem toczącego się następnie postępowania sądowego jest tylko i wyłącznie roszczenie zgłoszone w reklamacji. Natomiast niedopełnienie przez klienta obowiązku polegającego na niezwłocznym zawiadomieniu organizatora turystyki oraz wykonawcy o stwierdzonym przez niego wadliwym wykonaniu umowy o imprezę turystyczną w sposób odpowiedni dla tego rodzaju usług może pociągnąć za sobą trudności dowodowe w postępowaniu sądowym.

5. Uwagi *de lege ferenda*

Analiza problematyki reklamacji i postępowania reklamacyjnego na gruncie u.u.t. pozwala na sformułowanie następujących propozycji zmian stanu prawnego.

Po pierwsze, ujęcie przepisów dotyczących postępowania reklamacyjnego w rozdziale „ochrona klienta” w odrębnym przepisie, zgodnie z zasadami prawidłowej techniki legislacyjnej.

Po drugie, przesądzenie w sposób wyraźny charakteru postępowania reklamacyjnego jako postępowania fakultatywnego, przy czym unormowanie mogłoby być analogiczne w stosunku do regulacji zawartej w art. 32 prawa spółdzielczego. Przy uwzględnieniu fakultatywnego charakteru postępowania reklamacyjnego nie wydaje się zasadnym przesądzenie, kiedy drogę postępowania administracyjnego uważa się za wyczerpaną ani wprowadzenie przepisów przewidujących zawieszenie biegu przedawnienia roszczeń na czas przewidziany do rozpatrzenia reklamacji. Nie jest również celowym wprowadzenie upoważnienia w oparciu o które mogłoby być wydane rozporządzenie wykonawcze szczegółowo normujące przebieg postępowania reklamacyjnego.

Po trzecie, rozstrzygnięcie jaki jest zakres postępowania reklamacyjnego, a w szczególności określenie czy postępowanie reklamacyjne powinno obejmować wszystkie ewentualne spory powstałe w związku z realizacją umowy o imprezę turystyczną (np. „zadośćuczynienie za zmarnowany urlop”), czy też odnosić się jedynie do niewłaściwego wykonania umowy o imprezę turystyczną bądź jej niewykonania. Koniecznym wydaje się uregulowanie problematyki „zadośćuczynienia za zmarnowany urlop” oraz określenie czy postępowanie reklamacyjne będzie traktować o wszystkich ewentualnych sporach powstałych w związku z realizacją umowy o imprezę turystyczną, czy też – jak dotąd – dotyczyć jedynie niewłaściwego wykonania umowy o imprezę turystyczną bądź jej niewykonania.

Formułując propozycje zmian należy pamiętać o tym, że u.u.t. stanowi implementację dyrektywy 90/314/EWG. W chwili obecnej w obrębie Unii Europejskiej toczą się nie tylko prace nad zmianą powyższej dyrektywy, ale przede wszystkim nad całościową koncepcją zmiany podejścia do prawa konsumenckiego⁶⁶. Komisja zapoczątkowała przegląd wspólnotowego dorobku prawnego w dziedzinie praw konsumenta w 2004 r. Przedmiotem tego przeglądu jest osiem dyrektyw służących ochronie praw

⁶⁵ R. Więckowski, *Sądowe...*, s. 112

⁶⁶ Zob. Zielona księga w sprawie przeglądu dorobku wspólnotowego w dziedzinie praw konsumenta (2007/C 61/01), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:061:0001:01:PL:HTML>.

konsumenta, w tym dyrektywa 90/314/EWG. W dokumentach roboczych zawierających propozycje zmian tej dyrektywy⁶⁷ wskazuje się, że unormowania dotyczące postępowania reklamacyjnego w obecnym kształcie są nieścisle i nieostre. Rozważa się konieczność wprowadzenia ogólnej definicji pojęcia „konsumenta”. Wskazuje się również na konieczność doprecyzowania i uściślenia takich pojęć, jak „natychmiastowe starania”, czy „właściwe rozwiązania”, występujących w art. 6 dyrektywy. Postuluje się uregulowanie konsekwencji niedopełnienia przez konsumenta obowiązku z art. 5 ust. 4 dyrektywy z uwzględnieniem sytuacji, w której organizator nie ma pilota na miejscu, albo gdy konsument nie dopełni obowiązku zawiadomienia danego usługodawcy oraz organizatora i/lub punktu sprzedaży detalicznej o zauważonym na miejscu jakimkolwiek zaniedbaniu w wykonywaniu umowy.

⁶⁷ Zob. Working Document on the Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/pack_trav/comm_wd_20072007_en.pdf.

Systemy zabezpieczenia finansowego interesów nabywców imprez turystycznych na wypadek niewypłacalności ich organizatorów w państwach członkowskich UE

1. Wstęp

Jednym z podstawowych celów Odnowionej Strategii Lizbońskiej jest poprawa konkurencyjności europejskich przedsiębiorstw – w tym również przedsiębiorstw turystycznych. Ważnym instrumentem realizacji tak określonego celu jest poprawa „otoczenia prawnego” przedsiębiorstw poprzez eliminację, ograniczenie lub uproszczenie obowiązków nakładanych na przedsiębiorców przez przepisy. Znaczna część tych obowiązków wynika z regulacji wspólnotowych dotyczących ochrony konsumentów. Dlatego przeglądowi poddano dorobek prawny Wspólnoty w zakresie ochrony konsumentów¹, w tym również dyrektywę Rady 90/314/EWG z 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży wakacji i wycieczek² (cyt. dalej jako: dyrektywa). Celem przeglądu było wyłonienie problemów do dalszej dyskusji o potrzebie zmiany dyrektywy³.

Jednym z podstawowych obowiązków nałożonych przez dyrektywę na organizatorów imprez turystycznych, postrzeganych jako bariera w ich rozwoju, jest konieczność posiadania zabezpieczenia finansowego chroniącego konsumentów przed ekonomicznymi skutkami niewypłacalności organizatorów.

W drugim i trzecim kwartale 2007 r. Komisja Europejska prowadziła szerokie konsultacje społeczne dotyczące dyrektywy. Ich przedmiotem był m. in. wprowadzony przez dyrektywę system zabezpieczenia finansowego interesów konsumentów na wypadek niewypłacalności organizatorów imprez.

Celem artykułu jest odpowiedź na pytanie – czy wdrożenie dyrektywy ujednoliciło zakres i poziom ochrony nabywców imprezy turystycznych przed skutkami niewypłacalności ich organizatorów?

Udzielenie odpowiedzi na tak sformułowane pytanie wymaga ustalenia:

- a. Kto w państwach członkowskich UE⁴ jest obciążony obowiązkiem posiadania zabezpieczenia?

* Dr hab. Hanna Zawistowska, prof. nadzw. - Katedra Turystyki Szkoły Głównej Handlowej, Ministerstwo Sportu i Turystyki.

¹ Wyniki tego przeglądu (*EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, edited by prof. dr Hans Schulte-Nölke in co-operation with dr Christian Twigg-Flesner and dr Martin Ebers, Universität Bielefeld, April 2007) zostały opublikowane na stronie internetowej Komisji Europejskiej.

² Dz. Urz. WE L 158, 23.06.1990.

³ Por. Working Document on the Council Directive 90/314 of 13 June 1990 on Package Travel, Package Holidays and Package Tours, Bruksela, 26.07.2007.

⁴ Analizą objęto regulacje następujących państw: 1. Austrii (AT); 2. Belgii (BE); 3. Czech (CZ); 4. Cypru (CY); 5. Danii (DK); 6. Estonii (EE); 7. Finlandii (FI); 8. Francji (FR); 9. Grecji (EL); 10. Hiszpanii (ES); 11. Holandii (NL); 12. Irlandii (IE); 13. Litwy (LT); 14. Luksemburga (LU); 15. Łotwy (LV); 16. Malty (MT), 17 Niemiec (DE); 18. Polski (PL); 19. Portugalii (PT); 20 Słowacji

- b. Jakie są stosowane formy tego zabezpieczenia?
- c. Jaki jest zakres ochrony, a w szczególności jakie wydatki podlegają zwrotowi oraz jaka jest górna granica tej odpowiedzialności?

2. Podmiot obciążony obowiązkiem posiadania zabezpieczenia

Zgodnie z art. 7 dyrektywy „Na wypadek swojej niewypłacalności organizator i/lub punkt sprzedaży detalicznej, będący stroną umowy, powinni zapewnić dostateczne zabezpieczenie umożliwiające zwrot nadpłaconych pieniędzy oraz powrót konsumenta z podróży”. Z powyższego sformułowania wynika, że dyrektywa pozostawia państwom członkowskim swobodę, w ramach której mogą przyjąć jedno z trzech następujących rozwiązań, a mianowicie zabezpieczenie musi posiadać:

- a) tylko organizator imprezy,
- b) tylko detalista,
- c) organizator i/lub detalista.

Analiza regulacji krajowych wykazała, że żadne z państw nie przyjęło rozwiązania, w którym obowiązek posiadania zabezpieczenia spoczywa tylko na detaliście. Zdecydowana większość państw (16) przyjęła trzecie rozwiązanie (organizator i/lub detalista). Należy zauważyć, że w przypadku dwóch państw – Francji⁵ i Irlandii, zastosowana w regulacjach krajowych nieprecyzyjna terminologia spowodowała ich zaliczenie do trzeciej grupy. Zdecydowana mniejszość⁶, bo tylko 7 państw, obowiązkiem posiadania zabezpieczenia obciążyło tylko organizatorów. Natomiast w przypadku 2 państw transpozycja nie jest jasna.

Z powyższego wynika, że w państwach członkowskich występują istotne różnice, co do tego, kto jest obciążony obowiązkiem posiadania zabezpieczenia. To zróżnicowanie staje się barierą w transgranicznym świadczeniu usług.

3. Formy zabezpieczenia

Przechodząc do form zabezpieczenia, należy zacząć od stwierdzenia, że artykuł 7 dyrektywy pozostawia państwom członkowskim swobodę w tym zakresie. Analiza regulacji krajowych wykazała, że państwa członkowskie stosują następujące formy zabezpieczenia:

- a) gwarancje finansowe – 15 państw⁷;
- b) polisy ubezpieczeniowe – 21 państw⁸;
- c) fundusz gwarancyjny – 10 państw⁹;

(SK); 21. Słowenii (SL); 22 Szwecji (SE); 23. Wielkiej Brytanii (UK); 24 Węgier (HU); 25 Włoch (IT)

⁵ Są to takie określenia jak „biuro podróży” (agent de voyage) czy „dostawca pakietu” (package provider). Terminy te mają zastosowanie zarówno do organizatorów jak i detalistów.

⁶ Są to: AT, CZ, DE, FI, LT, PL, SL.

⁷ Ta forma zabezpieczenia występuje w następujących państwach: AT, DE, DK, EE, EL, ES, FI, FR, HU, LU, LV, PL, PT, SK, SL.

⁸ Ta forma zabezpieczenia występuje w następujących państwach: AT, BE, CY, CZ, DE, EE, EL, ES, FI, FR, HU, IE, IT, LT, LU, MT, PL, PT, SE, SK, UK.

⁹ Ta forma zabezpieczenia występuje w następujących państwach: DK, EL, HU, IE, IT, LU, MT, NL, SK, UK.

- d) poręczenie wystawione przez instytucje autoryzowane lub towarzystwa ubezpieczeniowe – 3 państwa¹⁰,
- e) przejęcie obowiązku przez inny podmiot – 1 państwo¹¹.

Wynika z tego, że zdecydowana większość państw członkowskich dopuszcza dwie, a nawet trzy, formy zabezpieczenia.

Oznacza to, że w państwach członkowskich stosowane są różne formy zabezpieczenia, co stanowi kolejną barierę w handlu transgranicznym.

4. Zakres ochrony

Z punktu widzenia interesów konsumenta, istotną kwestią jest zakres ochrony, a w szczególności to, jakie wydatki i ewentualnie do jakiej wysokości podlegają pokryciu z tego zabezpieczenia. Dyrektywa wprawdzie nie określa wysokości zabezpieczenia, daje jednak istotną wskazówkę, że organizator lub/i punkt sprzedaży detalicznej musi zapewnić „dostateczne zabezpieczenie umożliwiające zwrot nadpłaconych pieniędzy oraz powrót konsumenta z podróży”. Kwestia zabezpieczenia finansowego była przedmiotem rozstrzygnięć Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Stoi on na stanowisku, że ochroną musi być objęte całe ryzyko powstające na skutek niewypłacalności organizatorów (włączając w to koszty koniecznego dodatkowego zakwaterowania).

Analiza regulacji krajowych wykazuje stosowanie przez państwa członkowskie różnych rozwiązań odnośnie zakresu zabezpieczenia. Zdecydowana większość państw zakresem ochrony obejmuje zwrot wpłat wniesionych przez nabywców oraz pokrycie kosztów powrotu – tak jak to stanowi dyrektywa. We Francji dodatkowo obejmuje usługi zastępcze, jeśli konsument wyrazi na nie zgodę. W Danii obejmuje zwrot pośrednikowi, który zaspokoił roszczenia konsumenta w imieniu niewypłacalnego organizatora. Prawo włoskie wprowadza dodatkowo obowiązek zapewnienia konsumentowi natychmiastowej pomocy finansowej, w przypadku, gdy jest on zmuszony do natychmiastowego powrotu z kraju nie będącego członkiem UE na skutek niewypłacalności organizatora imprezy. Prawo słowackie przewiduje możliwość zwrotu różnicy ceny imprezy w przypadku dostarczenia imprezy zastępczej oraz różnicy spowodowanej częściowym wykonaniem pakietu. Prawo portugalskie wyraźnie stwierdza, że zwrotem objęta jest pomoc medyczna oraz koszty niezbędnych leków, spowodowane wypadkiem lub nagłym zachorowaniem. Przewidziany przez regulacje krajowe państw członkowskich zakres ochrony obejmuje:

- a) dokonane wpłaty, włączając w to zaliczki – 22 państwa¹²;
- b) pokrycie kosztów powrotu - 22 państwa¹³;
- c) zakwaterowanie - 2 państwa¹⁴;
- d) usługi zastępcze - 1 państwo¹⁵;

¹⁰ Ta forma zabezpieczenia występuje w następujących państwach; CY, IE, UK.

¹¹ Ta forma zabezpieczenia stosowana jest NL.

¹² Zwrot wniesionych opłat przewidują regulacje następujących państw: AT, BE, CY, CZ, DE, DK, EE, EL, ES, FR, HU, IE, IT, LT, LU, LV, MT, PL, PT, SK, SL, UK.

¹³ AT, BE, CY, CZ, DE, DK, EE, EL, ES, FR, HU, IE, IT, LT, LU, LV, MT, PL, PT, SK, SL, UK.

¹⁴ Zakwaterowanie – DK, EE.

¹⁵ Usługi zastępcze – FR.

- e) inne potrzeby wynikające z nienależytego wykonania - 5 państw¹⁶;
- f) inne - 4 państwa¹⁷.

Kolejną kwestią mającą istotne znaczenie dla poziomu ochrony konsumentów, jest istnienie lub brak możliwości, ograniczenia wysokości zabezpieczenia na wypadek niewypłacalności organizatora imprezy. Wypowiadając się w tej kwestii¹⁸ ETS stwierdził, że dyrektywa nie daje podstaw do wprowadzania przez państwa członkowskie ograniczeń, co do wysokości zabezpieczenia. Dlatego za niedopuszczalne uznaje się wprowadzanie takich ograniczeń w regulacjach krajowych państw członkowskich. Analiza regulacji krajowych pokazuje, że część państw członkowskich wprowadziła jednak takie ograniczenia. I tak, prawo niemieckie upoważnia gwaranta do ograniczenia swojej odpowiedzialności za wszystkie szkody do wysokości 110 mln euro rocznie. W przypadku, jeśli wysokość żądań dotyczących zwrotu przekracza tę kwotę, przysługujące zwroty zmniejsza się proporcjonalnie do ich udziału w wysokości ogólnej kwoty odpowiedzialności. W regulacjach portugalskich górna granica odpowiedzialności wynosi 50 mln euro.

Wysokość zabezpieczenia określona jest również w regulacjach: austriackiej, belgijskiej, cypryjskiej, duńskiej, estońskiej, irlandzkiej, litewskiej i brytyjskiej. Przykładowo zgodnie z regulacją austriacką, wysokość zabezpieczenia zależy od rodzaju imprezy i jego maksymalna wysokość wynosi ok. 10% rocznych obrotów. Natomiast według prawa belgijskiego 15% zysku. Regulacja cypryjska określa wysokość zabezpieczenia w formie obligacji (zabezpieczenia). Minimalna kwota tego zabezpieczenia wynosi, w zależności od tego, która z niżej podanych kwot jest wyższa bądź to:

- równowartość 20% lub więcej wpływów uzyskanych przez organizatora imprezy w ciągu 12 miesięcy poprzedzających datę rozpoczęcia ważności czeku, lub
- równowartość maksymalnej kwoty wszystkich płatności, których strona udzielająca zabezpieczenia może się spodziewać w każdym momencie zgodnie z posiadanymi przez nią informacjami, wynikających z umów, które nie są w pełni wykonane.

Regulacja duńska wprowadza ograniczenie wysokości zabezpieczenia jedynie w stosunku do zagranicznych organizatorów, którzy prowadzą działalność w Danii. Wysokość zabezpieczenia zależy od wysokości obrotów i waha się od 30 tys. do 30 mln. duńskich koron. Według regulacji węgierskiej, zabezpieczenie wynosi co najmniej 12% dochodów netto. W prawie litewskim wysokość zabezpieczania zależy od wysokości rocznych wpływów. Wprowadzono podział organizatorów w zależności od tego czy ich roczne wpływy przekraczają czy nie 4 mln. LTL (Lit). W pierwszym przypadku (tj. jeśli osiągają dochody do 4 mln) zabezpieczenie wynosi od 100 000 do 200 000 LTL. Natomiast w drugim przypadku, (jeśli nie przekraczają 4 mln) wynosi 5% rocznych wpływów organizatora.

¹⁶ Inne potrzeby wynikające z nienależytego wykonania – DK, EL, HU, PT, SL.

¹⁷ Inne – DK, IT, SK, PT.

¹⁸ Sprawa Rechberger – wyrok z 15 czerwca 1999 r., C-140/97, ECR 1999/6/I-03499; sprawa Ambry – wyrok z 1 grudnia 1998 r., C-410/96, ECR 1998/12/I-07875.

Według prawa łotewskiego zabezpieczenie musi zabezpieczać kwoty wpłacone przez konsumentów w okresie nie krótszym niż 1 rok i nie może być niższe niż 50% planowanych przychodów w danym roku, ale nie mniej, niż 20 000 LVL (Łat).

Wpływ na poziom ochrony konsumentów ma również wprowadzony przez niektóre państwa obowiązek dostarczania konsumentowi informacji o posiadanym zabezpieczeniu. Mimo, że dyrektywa nie wprowadza takiego obowiązku, niektóre państwa członkowskie wymagają dostarczenia konsumentowi takich informacji. I tak w Belgii publikowana jest lista organizatorów posiadających zabezpieczenie, co umożliwi konsumentowi zdobycie niezbędnych informacji. W Niemczech, Luksemburgu i na Słowacji wymaga się dostarczenia konsumentowi potwierdzenia posiadania zabezpieczenia przed żądaniem od niego uiszczenia opłaty. Regulacja maltańska wymaga zamieszczenia informacji o zabezpieczeniu w broszurze, katalogu lub folderze. Także prawo polskie wymaga dostarczenia pisemnego potwierdzenia posiadania zabezpieczenia przed dokonaniem wpłaty zaliczki przekraczającej 10% ceny. Wyżej wymienione państwa wprowadzając ten obowiązek podwyższyły tym samym poziom ochrony nabywców imprez turystycznych.

Niektóre państwa członkowskie wprowadzając wymóg dostarczenia konsumentom dowodu posiadania zabezpieczenia przewidziały od niego wyjątki. I tak w Niemczech obowiązkiem tym nie są objęci :

- organizatorzy, którzy tylko okazjonalnie organizują takie imprezy;
- organizatorzy imprez, które nie trwają dłużej niż 24 godziny, nie zawierają noclegu i nie kosztują więcej niż 57 euro;
- organizatorzy będący publicznymi osobami prawnymi, którzy nie mogą być podmiotami procedury upadłościowej.

W Danii obowiązek ten nie dotyczy:

- jednostek non profit, których działalność turystyczna stanowi mniejszą część ich działalności;
- pośredników zagranicznych organizatorów, działających zgodnie z zasadami przyjętymi przez inne państwo członkowskie UE.

W Anglii obowiązek ten nie dotyczy przypadków:

- w których podmiot, z którym konsument zawarł umowę został utworzony zgodnie z prawem innego państwa członkowskiego, a pakiet jest objęty obowiązującym w tym państwie systemem zabezpieczenia wdrażającym art. 7 dyrektywy;
- jeśli strona umowy jest objęta specyficznymi regulacjami dotyczącymi przewozów lotniczych.

Kolejną kwestią, mającą szczególne znaczenie z punktu widzenia organizatorów imprez jest określenie, kto może udzielić zabezpieczenia. Wypowiadając się w tej sprawie Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że wprowadzony przez niektóre państwa wymóg, aby podmiot udzielający zabezpieczenia miał siedzibę na jego terytorium jest wprawdzie usprawiedliwiony dążeniem do osiągnięcia celu, jakim jest konieczność natychmiastowego pokrycia kosztów powrotu uczestnika imprezy, jednakże jest sprzeczny z Traktatem. Dlatego za niezgodne z Traktatem i wymagające uchylenia uznał postanowienia regulacji krajowych, wprowadzające

wymóg, aby jednostka udzielająca zabezpieczenia była zarejestrowana lub posiadała oddział w na jego terytorium¹⁹.

5. Wnioski

Przeprowadzona analiza przepisów krajowych implementujących artykuł 7 dyrektywy 90/314/EWG w 25 państwach członkowskich wykazała, że:

- przewidziany w dyrektywie system zabezpieczenia finansowego interesów nabywców imprez turystycznych na wypadek niewypłacalności ich organizatorów został wdrożony we wszystkich państwach;
- jego wdrożenie nie spowodowało jednak pełnej harmonizacji na tym odcinku;
- istnieje zróżnicowanie poziomu i zakresu tej ochrony;
- zróżnicowanie to jest spowodowane:
 - a) przyznaną państwom członkowskim przez dyrektywę możliwością podniesienia poziomu ochrony konsumentów;
 - b) brakiem precyzji jej przepisów;
- zróżnicowanie to dotyczy następujących kwestii:
 - a) podmiotu obciążanego obowiązkiem posiadania zabezpieczenia;
 - b) formy i wysokości zabezpieczenia oraz jego zakresu;
 - c) dodatkowych obowiązków nakładanych na organizatorów;
- zróżnicowanie to staje się barierą hamującą transgraniczne świadczenie usług.

¹⁹ Wyrok ETS C-410/96, ECR 1998/12/I-07578.

Marek Krzysztof Kolasiński*

Mechanizmy zapewniające realny wymiar odpowiedzialności odszkodowawczej biur podróży w prawie polskim w świetle standardów wspólnotowych

1. Ochrona konsumentów usług turystycznych jako element nowoczesnego modelu społeczno – gospodarczego

Na zagadnienia odpowiedzialności cywilnej biur podróży¹ i mechanizmów zapewniających jej realność patrzeć należy w szerokim kontekście ewolucji stosunków społeczno-gospodarczych. Szczególnie duże znaczenie ma tu zachwianie równowagi w relacjach pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami. Podstawowymi źródłami przewagi tych pierwszych są niewspółmiernie większe możliwości kapitałowe oraz profesjonalna wiedza i doświadczenie.

Biruta Lewaszkiwicz-Petrykowska trafnie zauważa, iż „cechująca świat współczesny wybujała specjalizacja powoduje, że coraz częściej po prostu zaufanie dyktuje decyzje profanom, ponieważ zawodowiec wie lepiej, a nawet ma obowiązek wiedzieć lepiej. W konsekwencji cechą charakterystyczną stosunku profesjonalista – profan jest nierówność pozycji stron. Profesjonalista ma w zasadzie pozycję dominującą”².

W realiach polskich realiach przewagę podmiotów profesjonalnych zwiększa dodatkowo stosunkowo krótki okres funkcjonowania mechanizmów rynkowych i związany z tym niski poziom kultury gospodarczej oraz słabość organizacji konsumenci. Na zagadnienie to zwraca uwagę E. Łętowska. Autorka ta twierdzi, iż „zmiana ustroju gospodarczego zaowocowała bowiem zjawiskiem nowym, równie jednak stojącym na przeszkodzie wyrobieniu sobie wrażliwości prokonsumenckiej. Otóż powszechnym stało się zrazu przekonanie, że – po pierwsze – niewidzialna ręka rynku (konkurencja) sama załatwia problem co do zasady. To zaś, co w postaci rozmaitych niedogodności spotyka konsumentów – musi być przez nich ścierpiane w imię nieuchronnych niedogodności gospodarki – tym razem już nie uspołecznionej, a rynkowej. Po drugie, równie błędny jest inny rozpowszechniony pogląd, że „urynkowiona” gospodarka (...) nie toleruje (...) szczególnych uprawnień dla konsumentów. Ta nie odpowiadająca współczesnej rzeczywistości wizja gospodarki rynkowej i miejsca zajmowanego w niej przez konsumentów charakteryzowała się swoistym, nieco neofickim zapałem w powrocie do źródeł”³.

* Dr Marek Krzysztof Kolasiński - Katedra Prawa Europejskiego Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu.

¹ Pojęcie biur podróży rozumiem zgodnie z propozycją M. Nesterowicza – jako podmioty „mające spełniać w turystyce takie zadania, jakie w innych dziedzinach życia społecznego spełniają przedsiębiorstwa i instytucje świadczące usługi” – M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne*, Warszawa 2006, s. 11.

² B. Lewaszkiwicz - Petrykowska, *Nowe tendencje w zakresie cywilnej odpowiedzialności zawodowej*, [w:] *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego*, red. A. Mączyński, M. Pazdan i A. Szpunar, Kraków 1994, s. 185.

³ E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 3.

Na rynku turystycznym zależność konsumentów od przedsiębiorców pogłębia konieczność uiszczania należności za usługi przed ich wykonaniem oraz złożony układ stosunków prawnych istniejących pomiędzy turystami a podmiotami ich obsługującymi.

Dysproporcja istniejąca w układzie sił pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami stwarza dogodne pole do nadużyć. Po to aby im zapobiec, prawodawca ogranicza zakres swobody kontraktowej, wprowadzając szereg rozwiązań chroniących słabszych uczestników obrotu. Podobnie sytuacja wygląda na płaszczyźnie stosowania prawa. Zaryzykować można stwierdzenie, że linia orzecznicza sądów niemal wszędzie charakteryzuje się dążeniem do zapewnienia szczególnej ochrony konsumentom⁴.

Proces zaostrzania odpowiedzialności przedsiębiorców wobec konsumentów w sferze usług turystycznych dobrze ilustruje ewolucja zasad dotyczących możliwości uzyskania zadośćuczynienia za zmarnowany urlop. Większość ustawodawstw europejskich tradycyjnie przewidywała „odpowiedzialność jedynie za wyrządzone konsumentowi konkretne szkody materialne”⁵, a poza zakresem rekompensaty pozostawiała m.in. uszczerbek polegający na zmarnowaniu urlopu. Sytuacja zmieniła się jednak zasadniczo po wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH and Co. KG*⁶. Odpowiadając na pytanie prejudycjalne austriackiego sądu krajowego, ETS orzekł, że art. 5 Dyrektywy 90/314/EWG z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek⁷ (cyt. dalej jako: dyrektywa) powinien być interpretowany w ten sposób, że przyznaje „konsumentom prawo do wynagrodzenia niemajątkowej szkody (szkody moralnej), wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania usług tworzących pakiet usług turystycznych”⁸.

Naturalną konsekwencją dążenia do zapewnienia konsumentom wzmożonej ochrony, a w szczególności zaostrzania zasad odpowiedzialności przedsiębiorców wobec podmiotów nieprofesjonalnych, jest zwiększenie ryzyka jakie wiąże się z prowadzeniem działalności gospodarczej. Stwarza to niebezpieczeństwo ograniczenia aktywności przedsiębiorców, wzrostu cen i ograniczenia podaży dóbr. Działania legislacyjne i ewolucja rynku doprowadziły jednak do powstania bogatego instrumentarium środków ograniczających koszty wiążące się ze zmniejszeniem bezpieczeństwa przedsiębiorców gospodarczych. Wskazać należy tu zwłaszcza na wprowadzenie do porządku prawnego konstrukcji spółek kapitałowych, która ogranicza zakres ryzyka wiążącego się z prowadzeniem działalności gospodarczej do środków faktycznie w nią zaangażowanych oraz na dynamiczny rozwój ubezpieczeń.

⁴ Por. E. Kowalewski, *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, Bydgoszcz 1992, s. 192; W. Warkało, *Ubezpieczenie a odpowiedzialność odszkodowawcza*, SC 1971, s. 106; A. Tunc, *La responsabilité civile*, Paryż 1981, s. 105.

⁵ J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop w prawie polskim*, KPP 2005, z. 2, s. 307.

⁶ C-168/00, [2002] ECR I – 2631.

⁷ Dyrektywa 90/314 z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek, Dz. Urz. WE L 158 z 23 czerwca 1990 r.

⁸ M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne za „zmarnowany urlop” podczas wycieczki turystycznej*, PiP 2002, z. 10, s. 76-77.

Rozwiązania gwarantujące realny wymiar odpowiedzialności cywilnej biur podróży należy zatem traktować jako element złożonego mechanizmu repartycji ciężaru naprawienia szkód powstających w obrocie i zachęt do inwestowania. Jego prawidłowe funkcjonowanie zależy od właściwego skomponowania szeregu instrumentów, które badane we wzajemnej izolacji mogłyby nawet zostać uznane za pełniące sprzeczne funkcje. Tak np. na pierwszy rzut oka zaostrzanie zasad odpowiedzialności profesjonalistów wydaje się rozwiązaniem idącym zupełnie wbrew intencjom prawodawcy, które przyświecały mu przy wprowadzaniu do porządku prawnego konstrukcji spółek kapitałowych. Takie postrzeganie funkcji tych instytucji byłoby jednak nadmiernym uproszczeniem. Każda z nich oddziałuje na kształt stosunków społecznych na nieco innych płaszczyznach i ich równoległe funkcjonowanie nie jest dysfunkcjonalne.

Nieporozumieniem jest także operowanie prostym przeciwstawieniem systemu wolnorynkowego ochronie słabszych uczestników obrotu, a w szczególności konsumentów. Wydaje się nawet, że rozwiązania prawne służące zrównoważeniu faktycznego układu sił w relacjach między przedsiębiorcami a konsumentami współtworzą aksjologiczny rdzeń nowoczesnego systemu prawnego. Skłania to do przyjęcia postawy stosunkowo przychylniej wprowadzeniu do porządku prawnego instytucji zapewniających realną możliwość uzyskania naprawienia szkód wyrządzonych turystom przez biura podróży, np. obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

2. Minimalny standard ochrony turystów w prawie wspólnotowym

Na poziomie wspólnotowym minimalny standard ochrony turystów wyznacza m.in. dyrektywa w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek. Uzasadniając potrzebę harmonizacji rozwiązań krajowych w zakresie będącym przedmiotem regulacji dyrektywy prawodawca wspólnotowy stwierdza, że „znaczenie turystyki w gospodarkach Państw Członkowskich stale rośnie; system imprez turystycznych jest zasadniczą częścią turystyki; jeżeli przynajmniej w minimalnym zakresie zostałyby przyjęte wspólne reguły w celu nadania tej dziedzinie wymiaru wspólnotowego, sektor imprez turystycznych w Państwach Członkowskich zyskałby bodziec do dalszego rozwoju i wzrostu rentowności; byłoby to korzystne nie tylko dla obywateli Wspólnoty kupujących imprezy turystyczne według tych reguł, ale przyciągnęłoby także turystów spoza Wspólnoty, którzy chcą korzystać z imprez turystycznych z zagwarantowanym standardzie”.

Z punktu widzenia przedmiotu opracowania szczególnie interesujące są rozwiązania przewidziane w art. 5 i 7 dyrektywy. Zgodnie z jej art. 5 ust. 1, państwa członkowskie podejmują wszelkie niezbędne kroki w celu zapewnienia odpowiedzialności organizatora i/lub punktu sprzedaży detalicznej wobec konsumenta za właściwe wykonanie zobowiązań wynikających z umowy, niezależnie od tego, czy obowiązki te mają być wykonane przez organizatora i/lub punkt sprzedaży detalicznej czy usługodawcę. Nie narusza to uprawnień organizatora i/lub punktu sprzedaży detalicznej w stosunku do tych usługodawców.

W myśl art. 5 ust. 2 dyrektywy, w odniesieniu do szkody wyrządzonej konsumentowi w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, państwa człon-

kowskie podejmą niezbędne kroki w celu zagwarantowania odpowiedzialności organizatora i/lub punktu sprzedaży detalicznej. Przepis ten zezwala jednak na wyłączenie odpowiedzialności organizatorów i sprzedawców w ściśle określonych przypadkach.

Artykuł 7 stanowi zaś, że na wypadek swojej niewypłacalności organizator i/lub punkt sprzedaży detalicznej, będący stroną umowy, powinien zapewnić dostateczne zabezpieczenie umożliwiające zwrot nadpłaconych pieniędzy oraz powrót konsumenta z podróży.

3. Rozwiązania polskie

Zasadnicze znaczenie dla funkcjonowania rynku turystycznego w Polsce ma ustawa o usługach turystycznych⁹. Wymagania administracyjne stawiane aktualnie przez tę ustawę podmiotom świadczącym usługi turystyczne są oceniane jako zbyt niskie. Uważa się, że nie zapewniają one konsumentom wystarczającego stopnia bezpieczeństwa. Mirosław Nesterowicz stwierdza, że przedmiotowej ustawy „nie uchylono, ale osłabiano ją krok po kroku. Koncesje zamieniono na zezwolenia, a te następnie uznano za zbędne, przyjmując, że organizowanie imprez turystycznych oraz pośredniczenie na zlecenie klientów w zawieraniu umów o świadczenie usług turystycznych jest działalnością gospodarczą regulowaną przez ustawę z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. A to oznacza, że biuro podróży można otworzyć znacznie łatwiej niż przed zmianą przepisów”¹⁰. Autor ten wyraża też pogląd, że przewidziane przez ustawę o usługach turystycznych mechanizmy kontrolne są martwe. Wskazuje on, że „z reguły kontrolę przeprowadza się wtedy, gdy biuro ogłasza upadłość albo gdy jest już *de facto* bankrutem. A przecież nie następuje to jednego dnia, lecz w dłuższym czasie. Sygnałów takiego stanu rzeczy jest wiele: skargi klientów, niewywiązywanie się biura podróży z umów, kombinacje przy cenach usług, sprzedaż wycieczek poniżej kosztów, aby przyciągnąć klientów, reklamy „niewiarygodnych okazji”, „marzenia życia za pół ceny” itp. Jednak nikt na to nie reaguje”¹¹.

Głęboki niedosyt pozostawiają także przyjęte w Polsce mechanizmy mające chronić konsumentów w przypadku upadłości biur podróży. Zgodnie z art. 5 ust. 1 u.u.t. przedsiębiorca wykonujący działalność gospodarczą w zakresie organizowania imprez turystycznych oraz pośredniczenia na zlecenie klientów w zawieraniu umów o świadczenie usług turystycznych jest obowiązany m.in. zawrzeć:

- a) umowę gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej albo,
- b) umowę ubezpieczenia na rzecz klientów

- w zakresie pokrycia kosztów powrotu klienta do kraju, w wypadku gdy organizator turystyki lub pośrednik turystyczny wbrew obowiązkowi nie zapewnia tego powrotu, a także na pokrycie wpłat wniesionych przez klientów w razie niewykonania zobowiązań umownych.

⁹ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (t. jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 223, poz. 2268 ze zm., cyt. dalej jako: u.u.t.).

¹⁰ M. Nesterowicz, *Po upadłości Open Travel Group. Prawo powinno lepiej chronić klientów biur podróży*, Rzeczpospolita z 10 października 2006 r.

¹¹ M. Nesterowicz, *Po upadłości...*

Minimalna wysokość sumy gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wynosi dla organizatorów turystyki 6% rocznych przychodów z tytułu wykonywanej działalności, nie mniej jednak niż określona kwota w wysokości wynoszącej od 4.500 do 30.000 euro, w zależności od kraju, w którym oferowane są imprezy turystyczne¹². Zbliżone rozwiązania funkcjonują w zakresie działalności pośredników turystycznych pośredniczących na zlecenie klientów w zawieraniu umów o świadczenie usług turystycznych.

Przez roczny przychód uzyskany z tytułu działalności prowadzonej przez:

- 1) organizatora turystyki – rozumie się przychód wyłącznie z tytułu organizowania imprez turystycznych na rzecz klientów w roku obrotowym poprzedzającym rok złożenia wniosku o wpis do rejestru organizatorów turystyki i pośredników turystycznych w zakresie organizowania imprez turystycznych lub poprzedzającym rok przedłożenia dokumentów potwierdzających zawarcie kolejnych umów gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, w tym przychód, w którego uzyskaniu pośredniczyli agenci i pośrednicy turystyczni;
- 2) pośrednika turystycznego – rozumie się przychód uzyskany wyłącznie z tytułu działalności polegającej na pośredniczeniu na zlecenie klientów w zawieraniu umów o świadczenie usług turystycznych w roku obrotowym poprzedzającym rok złożenia wniosku o wpis do rejestru organizatorów turystyki i pośredników turystycznych w zakresie pośredniczenia na zlecenie klientów w zawieraniu umów o świadczenie usług turystycznych lub poprzedzającym rok przedłożenia dokumentów potwierdzających zawarcie kolejnych umów gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, przy czym w przypadku pośrednictwa w zawieraniu tych umów z przedsiębiorcami zagranicznymi, niewykonującymi działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, za przychód ten uważa się także całość wpłat wnoszonych przez klientów na opłacenie usług tych przedsiębiorstw.

Przy ustalaniu minimalnej wysokości sumy gwarancji do przedsiębiorców rozpoczynających działalność zasady te stosuje się odpowiednio.

Alternatywą wobec uzyskania gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej jest zawarcie umowy ubezpieczenia na rzecz klientów. Obejmuje ona pokrycie kosztów sprowadzenia klientów do kraju, w przypadku gdy organizator turystyki wbrew obowiązki nie zapewnia tego powrotu oraz pokrycie zwrotu wpłat wniesionych przez klientów w razie niewykonania zobowiązań umownych. Zakres odpowiedzialności ubezpieczyciela ogranicza suma gwarancyjna. Jej minimalna wysokość na rzecz jednego klienta wynosi:

- a) dla organizatorów turystyki oraz pośredników turystycznych dla imprez organizowanych przez przedsiębiorców niewykonujących działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – kwotę stanowiącą równowartość ceny imprezy turystycznej, nie mniej jednak niż od 20 do 500 euro, w zależności do tego w jakim kraju organizowana jest impreza;
- b) pośredników turystycznych dla imprez organizowanych przez przedsiębiorców wpisanych do rejestru – sumę stanowiącą równowartość 50 euro, a dla usług wy-

¹² Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 14 lutego 2005 r. w sprawie minimalnej wysokości sumy gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wymaganej w związku z działalnością wykonywaną przez organizatorów turystyki i pośredników turystycznych (Dz. U. Nr 32, poz. 279).

łącznie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – sumę stanowiącą równowartość 20 euro.

Zgodnie z art. 5 ust. 6 u.u.t., z sumy określonej w umowie gwarancji bankowej, umowie gwarancji ubezpieczeniowej lub umowie ubezpieczenia pokrywa się w pierwszej kolejności koszty sprowadzenia klientów do kraju. Jeżeli pozostała suma gwarancji nie jest wystarczająca na zwrot wszystkich wpłat wniesionych przez klientów, wypłaty obniża się proporcjonalnie do wysokości pozostałej sumy.

4. Ochrona turysty w prawie polskim w świetle standardów wspólnotowych

Efektywność przyjętych w prawie polskim rozwiązań mających chronić konsumentów w razie niewypłacalności biur podróży jest niemal iluzoryczna. Tak np. przedsiębiorca rozpoczynający działalność, który zamierza ją prowadzić na ogromną skalę i oferować imprezy w najbardziej nawet egzotycznych zakątkach świata, wiąże się z obowiązków przewidzianych przez art. 5 ust. 1 pkt 2 u.u.t. jeżeli uzyska gwarancję bankową lub ubezpieczeniową w wysokości 30.000 euro. Kwota ta może nie wystarczyć na pokrycie kosztów powrotu do kraju choćby jednego procenta jego klientów. W takich przypadkach możliwości uzyskania przez nich jakiegokolwiek zwrotu wpłaconych kwot jest czystą fikcją

Niewiele lepiej sytuacja wygląda w przypadku podmiotów obecnych na rynku przez dłuższy czas. Przyjęta przez polskiego prawodawcę konstrukcja ustalania minimalnej wysokości sumy gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej – w oparciu o wysokość rocznych obrotów uzyskanych w poprzednim roku obrotowym – zasługuje na dezaprobatę. Prowadzi ona do oderwania wymagań dotyczących wysokości sum gwarancji od skali rzeczywistego ryzyka. W tym kierunku idą wywody P. Cybuli. Autor ten zauważa, że „polski rynek przedsiębiorców działających jako organizatorzy turystyki cechuje się ogromnym dynamizmem. Pojawiają się firmy, które w ciągu roku lub dwóch lat są w stanie znaleźć się wśród dziesięciu największych działających na rynku biur podróży. Obrót z poprzedniego roku tych biur podróży jest mało adekwatny do ustalenia minimalnej sumy zabezpieczenia”¹³.

W gospodarce rynkowej gwałtowne rozszerzenie zakresu działalności przedsiębiorców np. w wyniku przejścia nad nimi kontroli przez silniejszy kapitałowo podmiot nie jest niczym nadzwyczajnym. Dążenie do uproszczenia procedury uzyskiwania gwarancji nie może stanowić usprawiedliwienia dla funkcjonowania rozwiązań, które prowadzą do tego, że zakres ochrony właściwy dla organizatora np. tysiąca imprez nie zostaje niezwłocznie rozszerzony po stukrotnym zintensyfikowaniu przez niego działalności gospodarczej. Tak w sprawie *Walter Rechberger i in. v. Austria*, w wyroku z 15 czerwca 1999 r.¹⁴ orzekł Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Stał on na stanowisku, iż niezgodne z art. 7 dyrektywy jest takie ukształtowanie systemu zabezpieczeń, w ramach którego „podstawą wyliczenia wysokości ubezpieczenia był

¹³ P. Cybula, *Zabezpieczenie finansowe organizatorów turystyki w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, [w:] *Ochrona konsumenta usług finansowych. Wybrane zagadnienia prawne*, red. B. Gnela, Kraków 2007, s. 231.

¹⁴ C-140/97, [1999] ECR I-3499.

obróć organizatora z roku ubiegłego, w sytuacji, gdy gwałtowne powiększenie obrotu bieżącego zwiększyło ryzyko”¹⁵.

Nawet turysta, którego kontrahent zdecyduje się na zawarcie umowy ubezpieczenia na rzecz klientów, nie może mieć pewności, że w razie upadłości biura podróży uzyska zwrot wniesionych wpłat. Przesądza o tym treść wspomnianego już art. 5 ust. 6 u.u.t. Stanowi on, że z sumy gwarancyjnej (gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej) pokrywa się w pierwszej kolejności koszty sprowadzenia klientów do kraju. Możliwa jest zatem sytuacja, w której konsument zostanie wysłany na zagraniczną wycieczkę, następnego dnia biuro podróży ogłosi upadłość, a koszty sprowadzenia turysty do kraju osiągną wysokość przynajmniej równą sumie gwarancyjnej i nie zostanie z niej dokonany zwrot wniesionych wpłat.

Zastrzeżenia budzi także to, że w prawie polskim nie określono tego, co wchodzi w skład kosztów sprowadzenia turysty do kraju. W wyroku w sprawie Dillenkofer¹⁶ ETS stwierdził, iż „w ramach prawidłowej implementacji art. 7, chroniącego przed całością ryzyka niewypłacalności, prawo krajowe musi przewidywać pokrycie także rachunków hotelowych związanych z przymusowym powrotem do kraju, a nie tylko koszty samej podróży powrotnej”¹⁷.

Wątpliwości wywołuje również spełnienie przez prawo polskie standardów przewidzianych w cytowanym już, art. 5 ust. 2 dyrektywy. Skoro prawo wspólnotowe wymaga, aby państwa członkowskie podjęły niezbędne kroki w celu „zagwarantowania odpowiedzialności”, to nie można uznać za wystarczające stworzenia formalnej możliwości dochodzenia roszczeń. Z regulacji tej wywieść można, iż państwa członkowskie powinny przedsięwziąć działania zmierzające do zapewnienia realności odpowiedzialności tak, by organizator lub sprzedawca rzeczywiście ją poniósł.

Ograniczeniu zakresu obowiązków państw członkowskich wynikających z art. 5 ust. 2 dyrektywy do stworzenia formalnej możliwości dochodzenia roszczeń od organizatorów i sprzedawców sprzeciwia się także zasada efektywności prawa wspólnotowego. Zgodnie z nią „gdy prawo wspólnotowe przyznaje jednostkom uprawnienia, prawo krajowe jest zobowiązane chronić te uprawnienia i zapewnić im pełną skuteczność. Wynika z tego, iż skoro prawo wspólnotowe przyznaje podmiotom indywidualnym określone prawo podmiotowe, to należy jednocześnie zapewnić odpowiednie środki prawne służące realizacji tego celu. W braku odpowiednich rozwiązań na poziomie wspólnotowym właściwe w zakresie zapewnienia odpowiednich środków jest prawo krajowe”¹⁸. Normatywne oparcie dla tej reguły stanowi art. 10 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Stanowi on, że państwa członkowskie są obowiązane do podjęcia wszelkich właściwych środków ogólnych lub szczególnych w celu zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z tego traktatu lub z działań instytucji wspólnoty.

Zakres związania państwa polskiego obowiązkiem zapewnienia realnego wymiaru odpowiedzialności biur podróży zwiększa to, że akceptuje ono szereg rozwiązań

¹⁵ E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 494.

¹⁶ Wyrok z 10 października 1996, C-178/94, 179/94, 188/94, 189/94, 190/94, [1996] ECR I-4845.

¹⁷ E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 494.

¹⁸ D. Miąsik, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Kraków 2005, s. 316

ograniczających możliwość dochodzenia roszczeń od podmiotów prowadzących profesjonalną działalność turystyczną. Tytułem przykładu wskazać można na dopuszczalność jej prowadzenia w ramach jednoosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Wykorzystywanie tej konstrukcji ogranicza zakres ryzyka związanego z prowadzoną działalnością do środków faktycznie w nią zaangażowanych. Nie stanowi ona natomiast faktycznej przeszkody w konsumpcji zysków jakie przynosi działalność gospodarcza poza spółką. W tej sytuacji państwo polskie po to, aby wywiązać się ze zobowiązań jakie nałożył na nie art. 5 dyrektywy powinno podjąć kroki zmierzające do tego, by konsumentom w razie niewypłacalności biura podróży przysługiwała ochrona znacznie szersza niż przewiduje to ustawa o usługach turystycznych.

Na wielu płaszczyznach dobrych wzorców dostarczają prawodawstwa krajów Europy Zachodniej. Mirosław Nesterowicz wskazuje, iż „w RFN ustawa z dnia 24 czerwca 1994 r. implementująca dyrektywę zobowiązuje organizatora podróży do zawarcia umowy ubezpieczenia OC lub posiadania gwarancji bankowej w minimalnej wysokości w pierwszym roku począwszy od dnia 1 listopada 1994 r. (daty wejścia w życie ustawy) – 70 mln DM, w drugim roku – 100 mln DM, w trzecim roku 150 mln DM, a w kolejnych latach – 200 mln DM¹⁹”.

Wysoki jest też poziom ochrony turystów w prawie angielskim. Według tamtejszych przepisów regulujących omawianą materię, istnieją << cztery możliwości zabezpieczenia finansowego:

- 1) zablokowany rachunek bankowy z kwotą stanowiącą 25% przewidywanego rocznego obrotu;
- 2) lokata kwoty stanowiącej 10% przewidywanego rocznego obrotu w instytucji, która stworzy fundusz gwarancyjny (...);
- 3) ubezpieczenie na wypadek niewypłacalności biura podróży (...);
- 4) składanie wpłat klientów na rachunku w instytucji powierniczej, który pozostaje zablokowany. Wpłaty te będą „zwalniane” do dyspozycji biura podróży w razie należytego wykonania przezeń umowy o podróż, zwrotu wpłaconej ceny w razie anulowania podróży albo zapłacenia klientom należnego odszkodowania. W przypadku niewypłacalności biura podróży, kwoty ulokowane na rachunku powierniczym będą służyć dla zaspokojenia roszczeń klientów>>>²⁰.

Stosunkowo silną ochronę konsumentom zapewniają również rozwiązania przyjęte we Francji i w Portugalii²¹.

5. Propozycje *de lege ferenda*

Stan prawny istniejący w Polsce jest nie do pogodzenia z wymaganiami stawianymi przez prawo wspólnotowe²². Istnieje wiele rozwiązań, które mogłyby zasadni-

¹⁹ M. Nesterowicz, *Dyrektywa Rady Wspólnot Europejskich o podróżach turystycznych a prawo polskie*, KPP 1996, z. 3, s. 443.

²⁰ M. Nesterowicz, *Dyrektywa Rady...*, s. 442, 443.

²¹ M. Nesterowicz, *Prawo powinno...*; M. Nesterowicz, *Dyrektywa Rady...*, s. 443.

²² Zastrzeżenia wywołuje również bierność ustawodawcy polskiego wobec zagadnienia zadośćuczynienia za zmarnowany urlop. W doktrynie i judykaturze ciągle wyraża się przeważającą poglądem, iż „prawo polskie przewiduje, co do zasady, pełną kompensację uszczerbków majątkowych oraz ograniczoną uszczerbków niemajątkowych. Zgodnie z tym poglądem, uszczerbki niemajątkowe

czo podnieść poziom ochrony turystów. Wydaje się, iż najprostszym z nich byłoby uzupełnienie funkcjonujących już rozwiązań, tworzących rachityczny system gwarancyjno – ubezpieczeniowy, o nałożenie na przedsiębiorców wykonujących działalność turystyczną obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Warunkiem prowadzenia tego rodzaju działalności gospodarczej powinno być pozostawanie w stosunku ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu każdej umowy o podróż. Równoległe funkcjonowanie mechanizmów przewidzianych już przez ustawę o usługach turystycznych i obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nie byłoby dysfunkcjonalne. Z ogólnych zasad ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wynika, że może ono zostać wykorzystane dopiero wówczas, gdy pojawi się szkoda. W sytuacji, w której uszczerbek jakiego doznał turyści został naprawiony, w ramach instytucji gwarancji lub ubezpieczenia odpowiedzialności na rzecz klientów, nie może być więc mowy o uruchomieniu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Biorąc pod uwagę ograniczoną efektywność istniejących rozwiązań, można spodziewać się, iż znajdowałyby one najczęściej zastosowanie tylko w odniesieniu do pokrycia kosztów ściągnięcia turystów do kraju i ewentualnie częściowego zwrotu dokonanych wpłat. W pozostałym zakresie efektywną ochronę konsumentom zapewniałoby ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej. Jeżeli natomiast w pierwszej kolejności zostałyby wykorzystane ubezpieczenie OC, to nie wchodziłoby już w grę powtórne naprawienie tej samej szkody w ramach systemu gwarancyjno – ubezpieczeniowego.

Alternatywnym, zgodnym ze standardami wspólnotowymi, rozwiązaniem, mogłoby być również zastąpienie istniejącego systemu gwarancyjno – ubezpieczeniowego, rozbudowanym obowiązkowym ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej. W takim jednak przypadku wysokość sum gwarancyjnych powinna być zdecydowanie wyższa niż równowartość ceny imprezy turystycznej. Jako absolutne minimum należałoby traktować ustalenie granicy odpowiedzialności ubezpieczyciela na poziomie równym cenie imprezy i rzeczywistym, pełnym kosztem sprowadzenia turysty do kraju. Gdyby pozwoliły na to realia gospodarcze wskazane byłoby jednak określenie przedmiotowej kwoty na wyższym poziomie. Pamiętać należy bowiem, że zakres odpowiedzialności odszkodowawczej biur podróży wykracza dalece poza cenę imprezy. Zastępując istniejący system gwarancyjno – ubezpieczeniowy obowiązkowym ubezpieczeniem OC należałoby zachować rozwiązania, które umożliwiają stosunkowo szybkie uruchomienie środków pieniężnych na pokrycie kosztów ściągnięcia turystów do kraju²³.

Z wprowadzeniem unormowań zbliżających prawo polskie do rozwiązania modelowego, za jakie uznać należy sytuację, w której turysta miałby pewność, iż jeżeli przedsiębiorca wykonujący działalność turystyczną wyrządzi mu szkodę, to zostanie

podlegają naprawieniu tylko i wyłącznie w przypadkach, gdy ustawa taką możliwość przewiduje, czyli na gruncie kodeksu cywilnego w ramach instytucji majątkowej ochrony dóbr osobistych. Dlatego uszczerbki niemajątkowe nie podlegają naprawieniu na podstawie ogólnych przepisów, takich jak art. 414 oraz 471 k.c.” – M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku polegającego na utraconej przyjemności z podróży*, KPP 2005, z. 2, s. 361. W tej sytuacji wskazane wydaje się podjęcie działań legislacyjnych zmierzających do dostosowania prawa polskiego do standardów wspólnotowych.

²³ Por. art. 5 ust. 4 i 5 u.u.t.

ona w całości naprawiona, wiązałyby się pewne koszty. Podnosi się w szczególności często, iż skutkiem zapewnienia większego bezpieczeństwa klientom byłby rażący wzrost cen i upadłość wielu biur podróży. Obawy dotyczące poważnego wzrostu cen wydają się nieuzasadnione. Liczba osób, które nie mogą uzyskać, w obecnym stanie prawnym, rekompensaty szkód wyrządzonych im przez biura podróży, jest wysoka w liczbach bezwzględnych, ale nie stanowi wysokiego odsetka konsumentów zawierających umowy o świadczenie usług turystycznych. Taka struktura rynku stanowi wprost wzorcowy obszar dla funkcjonowania ubezpieczenia OC. Z ekonomicznego punktu widzenia, jego istota polega na przerzuceniu bardzo dotkliwych ciężarów, ponoszonych przez nielicznych, na znacząco szerszy krąg podmiotów, którego członkowie ponoszą drastycznie mniejsze koszty jednostkowe. Źródłem rzeczywistego ryzyka jest natomiast mało konkurencyjna struktura polskiego rynku ubezpieczeniowego. Należy jednak pamiętać, iż rynek usług turystycznych w Polsce nie jest mały i w związku z tym możliwość korzystania z usług ubezpieczycieli zagranicznych, w ramach wspólnotowych swobód gospodarczych, jest jak najbardziej realna. Wiarogodne biura podróży mogłyby także powołać towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych. Dzięki temu rzetelni przedsiębiorcy mogliby, w ciągu kilku lat, zgromadzić na tyle duży kapitał na pokrycie ewentualnych roszczeń konsumentów, iż funkcjonowanie obowiązkowego ubezpieczenia OC przestałoby oddziaływać na ceny imprez turystycznych.

Głównymi beneficjentami wprowadzenia obowiązku ubezpieczenia OC byłiby konsumenci. Nie należy jednak bagatelizować korzyści jakie przyniosłoby ono samym biurom podróży i Skarbowi Państwa.

Przyjęcie zgłoszonych propozycji doprowadziłoby do ograniczenia nieuczciwej konkurencji na rynku usług turystycznych. Towarzystwa ubezpieczeniowe monitorowałyby działalność ubezpieczonych i podnosiłyby składki dla tych przedsiębiorców, którzy realizują nadmiernie ryzykowną strategię rynkową. Świadome podejmowanie działań zmierzających do wzmocnienia pozycji rynkowej, za cenę narażenia interesów klientów, przestałoby być zatem opłacalne.

W pierwszej części opracowania wskazano, iż następuje proces systematycznego zaostżania odpowiedzialności przedsiębiorców wobec konsumentów. W jego ramach dochodzić może do incydentalnych przypadków nadmiernej obiektywizacji odpowiedzialności biur podróży. W takich sytuacjach ubezpieczenie OC mogłoby pełnić ważną funkcję ochronną wobec przedsiębiorców.

Warto także wspomnieć o korzyściach jakie z funkcjonowania obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej biur podróży odniósłby Skarb Państwa. Słabość istniejących rozwiązań prowadzi już obecnie do tego, że niekiedy koszty sprowadzenia turystów do kraju, z oczywistych względów moralnych, bierze na siebie Skarb Państwa. Wydaje się, iż przyjęcie proponowanych zmian zapobiegłoby powstawaniu takich sytuacji.

Biorąc pod uwagę, wskazane przez M. Nesterowicza, uchybienia w zakresie kontroli nad działalnością biur podróży, stwierdzić można również, iż aktualnie rysuje się realna perspektywa nałożenia na Skarb Państwa obowiązku naprawienia szkód poniesionych przez turystów. Dotyczy to uszczerbków, do powstania których nie doszłoby, gdyby wymagania prawne dotyczące działalności organizatorów turystyki

były efektywnie egzekwowane. Zasygnalizować należy również, że Skarb Państwa może ponieść odpowiedzialność odszkodowawczą za nieprawidłową implementację dyrektywy 90/314/EWG. Na możliwość tę wskazuje P. Cybula. Zauważa on, że <<w przypadku gdy „zgodnie z przepisami prawa polskiego” konsument nie otrzyma całości kwot objętych zabezpieczeniem wynikającym z art. 7 dyrektywy 90/314/EWG, może on wystąpić na drogę sądową przeciwko państwu polskiemu o odszkodowanie (...) Biorąc pod uwagę obecne regulacje, częstotliwość niewystępowania niewypłacalności organizatorów turystyki, a także ich wielkość i dynamikę działania, można zaryzykować tezę, że jest tylko kwestią czasu występowanie z takimi roszczeniami>>²⁴.

Porównanie korzyści i kosztów, jakie wiązałyby się z wprowadzeniem do prawa polskiego instytucji obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności przedsiębiorców wykonujących działalność turystyczną przemawia zatem za zasadnością wkomponowania jej w ramy funkcjonującego w naszym kraju systemu ochrony konsumentów. Rozwiązanie takie byłoby także zgodne z zasadniczymi założeniami aksjologicznymi nowoczesnego porządku prawnego.

²⁴ P. Cybula, *Zabezpieczenie finansowe...*, s. 232

Dominik Wolski*

Prawne uwarunkowania tzw. wypraw partnerskich

1. Czym są tzw. wyprawy partnerskie?

Wyprawy partnerskie, to zjawisko stosunkowo nowe. Na rynku usług turystycznych pojawiło się w ostatnich latach wraz z gwałtownym rozwojem turystyki, modą na tzw. sporty ekstremalne oraz stopniowym przeobrażaniem się alpinizmu - jak twierdzą niektórzy - z zajęcia elitarnego w sport masowy¹. Ujmując rzecz w skrócie polegają one na tym, iż organizator (jego status jest zróżnicowany a nazwy często mylące, od stowarzyszeń, klubów po biura turystyki aktywnej) organizuje wyprawę, której program obejmuje zdobycie określonego szczytu górskiego. O wyprawie zainteresowani dowiadują się najczęściej z ogłoszeń zamieszczanych w prasie profesjonalnej lub na stronach internetowych, które prowadzone są przez organizatorów wypraw. Ogłoszenie obejmuje skrócony program wyprawy, tj. w szczególności informacje o terminie wyprawy, przejazdach, ewentualnie przelotach i przejazdach w dany rejon, noclegach, aklimatyzacji², akcji górskiej (z reguły zdobycie szczytu) oraz oczywiście o kwocie, której zapłata stanowi jeden z koniecznych warunków uczestnictwa w wyprawie. Koszt wyprawy ponoszony przez uczestnika, oprócz rzeczywistych kosztów jej zorganizowania, zawiera również wynagrodzenie dla organizatora. Podaję w tym miejscu przykładowo fragmenty dwóch ogłoszeń zamieszczonych przez organizatorów wypraw partnerskich. Pierwsze z nich obejmuje plan wyjazdu na Elbrus, drugie na Mont Blanc.

Plan pierwszego wyjazdu jest następujący: „– spotkanie w Terespolu, przejazd pociągiem do Moskwy – zwiedzanie Moskwy, nocleg – przelot do Mineralnych Wód, przejazd do Terskol – aklimatyzacja na Czegiet – 3000 m, załatwienie zezwoleń – podejście na Boczek (3700 m), część rzeczy wyjeżdża kolejką – podejście do Prijuta (4100 m) – podejście aklimatyzacyjne na 5000 m – wejście na szczyt – 4 dni rezerwy – przejazd do Mineralnych Wód, przelot do Moskwy, pociąg do Polski – przyjazd do Terespolu”³.

Program drugiej wyprawy obejmuje: „PROGRAM WYPRAWY: (dotyczy wariantu nr 2): 1 dzień – przejazd z Polski do Pontu. 2 –3 dzień – akcja górską na Gran Paradiso. 4 dzień – przejazd do Francji do Les Houches, zwiedzanie Courmayeur. 5 – 9 dzień – akcja górską w masywie Mont Blanc (patrz opis). 10 – 13 dzień – dni zapasowe. Możliwość zwiedzania okolicy lub wycieczki do Zermatt lub wejścia na inny szczyt np. Pollux. 14 dzień – powrót do kraju”⁴.

* Dominik Wolski - doktorant w Katedrze Prawa Cywilnego i Prawa Prywatnego Międzynarodowego Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

¹ B. Magrel, *Kto odpowie za wypadek w górach – replika*, www.wyprawy.net/artykuly.

² Przystosowanie organizmu do rozrzedzonego powietrza i braku tlenu występującego na dużych wysokościach. (tak A. Fyffe, I. Peter, *Podręcznik wspinaczki*, Łódź 2003, s. 370).

³ www.annapurna.pl.

⁴ www.wyprawy.net.

Treść art. 71 kodeksu cywilnego⁵, ustanawiającego domniemanie mające na celu rozwianie ewentualnych wątpliwości związanych z charakterem prawnym ogłoszeń, reklam czy cenników wskazuje, iż przytoczone powyżej ogłoszenia nie należałyby traktować jako oferty w rozumieniu art. 66 k.c., a jedynie zaproszenie do zawarcia umowy⁶. Zawarcie umowy w omawianym przypadku powinno zostać poprzedzone uzgodnieniem wszystkich jej postanowień oraz udzieleniem wszelkich koniecznych informacji dotyczących wyprawy, a także przybliżeniem jej szczegółów. Ma to umożliwić uczestnikowi wyprawy podjęcie decyzji o swoim uczestnictwie przy pełnej świadomości w jakiego rodzaju wyprawie bierze udział. Powinien on także mieć możliwość wcześniejszego zapoznania się z treścią umowy, jaką miałby zawrzeć z organizatorem.

Przed wyjazdem organizowane jest z reguły jedno lub kilka spotkań, które mają na celu wzajemne poznanie uczestników wyprawy, a czasem także przeprowadzenie testów posiadanych umiejętności, kwalifikacji i doświadczenia w działalności górskiej. Czasami przed wyprawą odbywa się także szkolenie. Czas trwania, ilość spotkań i ich program zależy od decyzji podejmowanej w tym zakresie przez organizatora.

Nazwa „wyprawy partnerskie” może sugerować, iż nie są to wyprawy czysto komercyjne (choć taka powinna być moim zdaniem ich prawidłowa nazwa), a zatem podejmowane w ramach prowadzonej przez organizatora działalności gospodarczej, mające na celu między innymi zysk organizatora w postaci wynagrodzenia za zorganizowanie wyprawy, ale odbywają się na zasadach partnerstwa uczestników i organizatora. Określenie „wyprawy komercyjne” może również budzić wątpliwości, gdyż wydaje się, iż prawidłową nazwą jest w tym przypadku „ impreza turystyczna”, co autor stara się wykazać w dalszej części opracowania. Jednak z uwagi na pewną specyfikę działalności polegającej na organizowaniu wypraw oraz funkcjonowanie tego pojęcia w środowisku osób organizujących i uczestniczących w wyprawach górskich, moim zdaniem może być zaakceptowane, jako pewien rodzaj imprezy turystycznej. Należy bowiem w pewien sposób odróżnić imprezy turystyczne polegające na organizowaniu wycieczek, wczasów czy świadczeniu innego rodzaju usług spełniających kryteria imprezy turystycznej wskazane w art. 3 pkt 2 ustawy o usługach turystycznych⁷ (cyt. dalej jako: u.u.t.), od organizowania wypraw w rejony górskie, odbywających się w specyficznych warunkach, a również spełniających wskazane powyżej kryteria imprezy turystycznej. Określenie „komercyjne” ma podkreślać, że są organizowane w ramach prowadzonej przez organizatora działalności gospodarczej, jednym z celów ich organizacji jest zysk organizatora, a także ma je odróżniać od wypraw organizowanych bez tego elementu (*non profit*), gdzie opłata uczestników wyprawy obejmuje jedynie rzeczywiste koszty jej zorganizowania. Kwestia prawidłowości określenia „wyprawy komercyjne” pozostaje oczywiście do dyskusji.

⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

⁶ Więcej na temat rozróżnienia oferty od zaproszenia do zawarcia umowy - zob. np. A. Brzozowski, [w:] *Kodeks cywilny, t. I, Komentarz do artykułów 1-449¹¹*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 331-332.

⁷ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (t. jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 223, poz. 2268 ze zm.).

Często podkreślany jest fakt, iż w trakcie wyprawy organizator nie ponosi odpowiedzialności za bezpieczeństwo jej uczestników (szerzej o tym w dalszej części), a podczas działalności górskiej każdy z uczestników odpowiada za siebie, z wyłączeniem powyższej odpowiedzialności organizatora. Zasadniczo usługa organizatora ma polegać jedynie na zapewnieniu dojazdu w dany rejon oraz usług związanych z zakwaterowaniem i wyżywieniem, z wyłączeniem odpowiedzialności za bezpieczeństwo uczestników podczas akcji górskiej. Organizator, w zależności od statusu prawnego, albo sam nie posiada uprawnień przewodnickich, uprawniających do prowadzenia turystów w danym rejonie (jeżeli organizatorem jest osoba fizyczna), lub nie zapewnia udziału takiej osoby, o czym zdaniem organizatorów lojalnie uprzedzani są uczestnicy wyprawy i wyrażają na to zgodę. Organizator częstokroć nie bierze też udziału w samej akcji górskiej (zdobyciu szczytu), choć program wyprawy wskazuje jednoznacznie, iż właśnie zdobycie szczytu stanowi w istocie cel wyprawy.

Opinie na temat organizowania wypraw partnerskich czy komercyjnych, ponieważ te dwa określenia wypraw będących przedmiotem niniejszego opracowania funkcjonują w tej chwili równolegle w środowisku osób zajmujących się działalnością w górach, są bardzo różne i nie pozbawione skrajności. Skrajności te polegają z jednej strony na totalnej krytyce tego typu wypraw ze strony różnych środowisk (między innymi przedstawicieli Polskiego Związku Alpinizmu czy grona zawodowych przewodników skupionych w Polskim Stowarzyszeniu Przewodników Wysokogórskich), a z drugiej na odrzucaniu wszelkiej krytyki i pełnej akceptacji dla tak organizowanych wypraw w obecnej formie i statusie prawnym. Zdaniem zwolenników wypraw, szczególnie ich organizatorów, ale niejednokrotnie także ich uczestników, są one „odpowiedzią na zapotrzebowanie rynku – wypełniają bowiem niszę pomiędzy indywidualnymi wypadami a drogimi usługami przewodnickimi – i w związku z tym samo zapotrzebowanie na tego rodzaju usługi powinno sankcjonować ich istnienie”⁸, a dla wielu osób, których nie stać na usługi przewodnickie „Alternatywą dla nich będą z pewnością wyprawy partnerskie”⁹. Zarzucają wreszcie gronu ich krytyków, a w szczególności profesjonalnym przewodnikom wysokogórskim, skupionym w PSPW, że nie tyle „zależy im na bezpieczeństwie uczestników wypraw”, co raczej „na bezpieczeństwie swoich kieszeni” a „podstawową intencją PSPW jest chęć zmonopolizowania wszystkich wyjazdów górskich”¹⁰. Krytycy wypraw partnerskich, wywodzący się m.in. spośród członków wymienionego już PSPW, ale także spośród osób mających duże doświadczenie w różnego rodzaju działalności wysokogórskiej, nie pozostają dłużni. Zarzucają organizatorom wypraw, iż stwarzają iluzję bezpiecznej i taniej przygody w górach, gdzie szczególnie liczy się wiedza i posiadane doświadczenie, za których brak niejeden zapłacił najwyższą cenę. Dalej twierdzą, iż wyprawy partnerskie to „hurtownie czarnego przewodnictwa”¹¹, które polegają na tym, iż organizatorzy wypraw nie posiadając wymaganych uprawnień zabierają w góry wysokie przypadkowo zebraną i nierzadko niedoświadczoną grupę ludzi, wyłączając jednocześnie własną odpowiedzialność za bezpieczeństwo

⁸ P. Turkot, „Wyprawy komercyjne” panel dyskusyjny, 15 III, www.wspinanie.pl/artykuły.

⁹ R. Rozmus, *Przewodnicki monopol – polemika*, Góry 2000, z. 12.

¹⁰ R. Rozmus, *Przewodnicki...*

¹¹ M. Rogozińska, *Z firmą po śmierć*, Rzeczpospolita z 13 lutego 2007 r.

uczestników wyprawy i wprowadzając ich w ten sposób w błąd. Inny argument w podobnym tonie brzmi, iż organizatorzy wypraw „wysyłają przypadkową grupę osób w wysokie góry, nie oferując ani odpowiedniego przeszkolenia, ani opieki profesjonalnych przewodników”¹², nazywając je w konkluzji „wyprawową patologią, wynikającą m.in. z tego, że uczestnicy takich wypraw nie mają często świadomości, że za pieniądze nie są w stanie kupić doświadczenia, wiedzy, kondycji (...)”¹³. Dyskusja ponownie gwałtownie rozgorzała na początku 2007 roku, po wypadku jaki miał miejsce w lutym podczas wyprawy organizowanej przez wrocławską firmę Extrek, w wyniku którego podczas zejścia ze szczytu Matterhorn (4478) w Alpach zginęło trzech uczestników wyprawy. Charakterystyczny jest fakt, iż w świetle doniesień prasowych¹⁴, właściciel firmy organizującej wyprawę przebywał w tym czasie w schronisku. Powtarzał on wielokrotnie, jeszcze przed wypadkiem, iż jego rola ogranicza się jedynie do organizacji wyprawy, a uczestnicy w górach działają na własną odpowiedzialność. Trzeba również wspomnieć, iż w wyprawie organizowanej przez tę samą firmę w 2005 roku zginęło dwoje uczestników podczas przejścia lodowca spływającego z masywu Uszby na Kaukazie. W tym ostatnim przypadku uczestnicy wyprawy popełnili błąd, przechodząc przez trudny lodowiec w środku dnia (kiedy słońce go rozmiękcza), co spowodowało, iż czworo uczestników wpadło do szczeliny, a dwoje z nich nigdy się już z niej nie wydostało¹⁵. Jednym z przejawów burzliwej dyskusji jaka się przetoczyła po zeszłorocznym wypadku na Matterhornie był panel dyskusyjny jaki odbył się 15 marca 2007 roku w jednej z sal Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie. Wzięli w nim udział między innymi przedstawiciele wymienionych wyżej środowisk oraz przedstawicielka Departamentu Rozwoju Turystyki Urzędu Marszałkowskiego. Uczestnicy wymieniali argumenty na poparcie swych stanowisk, w tym dotyczące prawnych aspektów organizacji tego typu wypraw, z których część została przytoczona powyżej. Zgodzono się jednak, że „Wiele aspektów dyskusji pozostało jednak nie rozstrzygniętych zwłaszcza te dotyczące odpowiedzialności i kompetencji organizatorów”¹⁶, czyli z punktu widzenia prawnych uwarunkowań w istocie najważniejszych. Pewien wpływ na toczącą się dyskusję ma ciągle także tragiczny wypadek licealistów z Tychów, jaki miał miejsce w 2003 roku pod Rysami w Tatrach.

W tym stanie rzeczy, niniejsze opracowanie stanowi próbę ukazania prawnych ram w jakich poruszają się zarówno organizatorzy, jak uczestnicy wypraw partnerskich oraz wątpliwości jakie związane są z kwestią odpowiedzialności organizatorów wypraw. W świetle powyższych rozważań, a także ze względu na wypadki, które miały miejsce podczas organizowanych wypraw, niezwykle istotną jest, podnoszona w dyskusji na ich temat, kwestia odpowiedzialności za bezpieczeństwo uczestników. Sektor usług turystycznych, obejmujących także wyprawy organizowane w góry, jest

¹² J. Czabański, *Kto odpowie za wypadek w górach*, Rzeczpospolita z 19 listopada 2005 r.

¹³ P. Turkot, „*Wyprawy komercyjne*”...

¹⁴ M. Rogozińska, *Z niepewną firmą w góry po śmierć*, Rzeczpospolita z 13 lutego 2007 r.; M. Rogozińska, *Z firmą ...*

¹⁵ Więcej informacji na temat tych wypadków m.in.: M. Rogozińska, *Z niepewną firmą w góry po śmierć*, Rzeczpospolita z 13 lutego 2007 r.; M. Rogozińska, *Z firmą...*

¹⁶ P. Turkot, „*Wyprawy komercyjne*”...

stale w fazie dynamicznego rozwoju. Skoro takie wyprawy są organizowane, to znaczy, iż jest na nie znaczne zapotrzebowanie. Literatura obejmująca tę problematykę jest bardzo skromna i można w niej znaleźć w zasadzie jedynie argumenty za i przeciw organizowaniu wypraw partnerskich, wytaczone przez ich zwolenników i przeciwników. Mało jest natomiast prób obiektywnego spojrzenia na problem. Taką próbą jest niniejsze opracowanie.

2. Status prawny organizatora

Aby ustalić status prawny organizatora wyprawy partnerskiej, należy w pierwszej kolejności odpowiedzieć na pytanie – czy organizowanie wypraw partnerskich jest działalnością gospodarczą i czy zobowiązania jakie wynikają ze stosunku prawnego łączącego uczestników wyprawy z organizatorem, należą do zobowiązań wynikających z czynności prawnych dokonywanych w ramach prowadzonej działalności gospodarczej? Z postanowień art. 2 ustawy z 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej¹⁷ (cyt. dalej jako: u.s.d.g.) wynika, iż działalnością gospodarczą jest między innymi zarobkowa działalność usługowa, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Organizowanie wypraw partnerskich należy zaliczyć do działalności usługowej, polegającej na świadczeniu usług turystycznych. Takie usługi obejmują zgodnie z art. 3 pkt 1 u.u.t.: usługi przewodnickie, usługi hotelarskie oraz wszystkie inne usługi świadczone turystom lub odwiedzającym. Skoro w opłacie jaką uiszczają uczestnicy wyprawy partnerskiej jest ujęty także zysk organizatora, to jest to niewątpliwie również działalność zarobkowa¹⁸. Taką działalnością polegającą na stałym, cyklicznym organizowaniu wypraw należy również uznać za działalność prowadzoną w sposób zorganizowany i ciągły. Przedsiębiorcą jest natomiast zgodnie z art. 4 ust. 1 u.s.d.g. osoba fizyczna, osoba prawna a także jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. W świetle powyższych rozważań, a także na podstawie dalszych rozważań dotyczących statusu organizatora wypraw partnerskich jako organizatora turystyki, należy uznać, iż podmiot organizujący wyprawy partnerskie jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą. Co więcej, zgodnie z art. 4 ust. 1 u.u.t. działalność ta jest działalnością regulowaną w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Należy zatem uznać, iż zobowiązania wynikające ze stosunku prawnego łączącego organizatora wyprawy z uczestnikiem, zostają zaciągnięte w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, o czym decyduje ich normalny, funkcjonalny związek przyczynowy z tą działalnością, a w szczególności to, iż są podejmowane w celu realizacji zadań związanych z przedmiotem działalności tego podmiotu¹⁹. Są to zobowiązania należące do tzw. obrotu konsumenckiego (jednostronnie

¹⁷ Ustawa z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.).

¹⁸ Szerzej na temat charakteru prowadzonej działalności i usług świadczonych przez podmioty organizujące wyprawy partnerskie poniżej, w części poświęconej statusowi organizatora wypraw partnerskich jako organizatora turystyki w rozumieniu przepisów wspomnianej wyżej ustawy o usługach turystycznych.

¹⁹ Zob. uchwała SN z 11 czerwca 1992 r., III CZP 64/92, OSNC 1992, Nr 12, poz. 225.

profesjonalne), które charakteryzują się pewną dysproporcją sytuacji podmiotów (stron umowy), polegającą na tym, iż jeden podmiot (profesjonalista – w tym przypadku organizator wyprawy) zajmuje pozycję silniejszą, a drugi podmiot (konsument – w tym przypadku uczestnik), zajmuje jako nieprofesjonalista w obrocie pozycję słabszą. Rodzi to określone konsekwencje, o czym będzie mowa w dalszej części, przy próbie charakterystyki umowy łączącej uczestnika z organizatorem. Pewne wątpliwości mogą się pojawić w przypadku umowy zawieranej przez podmiot prowadzący działalność gospodarczą, który zleca zorganizowanie wyprawy partnerskiej (np. pracodawca zawiera umowę z organizatorem obejmującą organizację wyprawy partnerskiej dla swoich pracowników). Należy jednak taki przypadek uznać za umowę obejmującą świadczenie na rzecz osoby trzeciej (*pactum in favorem tertii*), uregulowaną w art. 393 k.c., co powoduje, iż kwestia odpowiedzialności organizatora wobec osób na rzecz których umowa została zawarta (uczestników wyprawy) nie powinna budzić wątpliwości, gdyż w takim przypadku zgodnie z postanowieniami §1 wymienionego artykułu, uczestnik może w braku odmiennego postanowienia umowy żądać bezpośrednio od dłużnika spełnienia zastrzeżonego świadczenia²⁰. Należy w tym przypadku wziąć pod uwagę także okoliczność, iż zarówno pracodawca zawierający umowę na rzecz swoich pracowników, jak i sami uczestnicy wyprawy, nie są profesjonalistami w dziedzinie świadczenia usług turystycznych.

Kwestia statusu prawnego organizatora wyprawy partnerskiej, także w świetle powyższych rozważań, wydaje się być stosunkowo prostą – podmiot taki zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o usługach turystycznych, posiada status organizatora turystyki. Prezentowane jest również stanowisko, iż firma (organizator wyprawy) nie prowadzi działalności, którą można zaliczyć do organizowania imprez turystycznych. Takie stanowisko zajął jeden z uczestników wspomnianego wyżej panelu dyskusyjnego reprezentujący podmiot będący organizatorem wypraw partnerskich. Zgodnie z treścią prezentowanych powyżej ogłoszeń, jak również faktycznym przebiegiem organizowanych wypraw, obejmują one co najmniej dwie usługi turystyczne (przykładowo: transport, noclegi, wyżywienie), za wszystkie świadczone usługi pobierana jest wspólna cena, usługi te obejmują nocleg i trwają zdecydowanie powyżej 24 godzin, przewidują zmianę miejsca pobytu, a w końcu całość tworzy niewątpliwie jednolity program. Spełnione zatem zostają wszystkie przesłanki konieczne do uznania wyprawy partnerskiej za imprezę turystyczną przewidziane w art. 3 pkt 2 u.u.t. Zatem zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 5 u.u.t., przedsiębiorca świadczący usługi polegające na organizowaniu imprez turystycznych jest organizatorem turystyki, z wszystkimi dalszymi konsekwencjami wynikającymi z jej przepisów. W szczególności pojawia się tutaj obowiązek wpisu do rejestru organizatorów turystyki i pośredników turystycznych prowadzonego przez marszałka województwa. Prowadzenie tego typu działalności musi być zgodne z postanowieniami art. 5 u.u.t., a ten wprowadza między innymi obowiązek zawarcia umowy gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej albo umowy ubezpieczenia na rzecz klientów, przez cały okres wykonywanej działalności²¹. Zawarcie powyższych umów jest także jed-

²⁰ Więcej na ten temat zob. M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne*, Kraków 2003, s. 38-39.

²¹ Więcej na ten temat zob. J. Gospodarek, *Prawo w turystyce*, Warszawa 2006, s. 239-256.

nym z warunków dokonania wpisu do wspomnianego wyżej rejestru organizatorów turystyki i pośredników turystycznych (art. 7 ust. 4 u.u.t.), przy czym prowadzenie działalności bez wypełnienia tego obowiązku (w szczególności zawieranie umów z klientami), jest traktowane przez art. 10a pkt 1 u.u.t. jako rażące naruszenie warunków prowadzonej działalności. Kontrolę wykonywanej działalności sprawują minister właściwy do spraw turystyki i marszałek województwa. Ten ostatni jest uprawniony do zastosowania sankcji w postaci zakazu wykonywania działalności gospodarczej objętej wpisem do rejestru przez okres 3 lat, w przypadku naruszenia warunków prowadzenia tej działalności wskazanych w ustawie i obowiązujących przepisach (art. 9 u.u.t.). Zawarcie wspomnianych wyżej umów: gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej albo ubezpieczenia na rzecz klientów, jak również umów ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków i kosztów leczenia, w przypadku organizowania imprez turystycznych za granicą (art. 14 ust. 3 u.u.t.), ma na celu zabezpieczenie interesów majątkowych klienta na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania przez organizatora imprezy turystycznej umowy łączącej go z uczestnikiem. Jeżeli zatem uczestnik imprezy turystycznej (w analizowanym przypadku wyprawy partnerskiej) w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez organizatora poniósł szkodę majątkową, a zatem spełnione zostaną przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej oparte na art. 471 i n. k.c., jako beneficjent udzielonej gwarancji czy podmiot uprawniony do żądania zapłaty określonej kwoty od ubezpieczyciela z tytułu zawartej umowy ubezpieczenia, będzie mógł domagać się od wystawcy gwarancji czy ubezpieczyciela wypłaty środków, które będą stanowiły wyrównanie poniesionej szkody. W przypadku wypraw partnerskich mogą być to nie tylko świadczenia związane z transportem, noclegiem czy wyżywieniem, ale np. koszty akcji ratunkowej prowadzonej w górach z użyciem specjalistycznego sprzętu²².

3. Zakres świadczonych usług

Z wypowiedzi organizatorów wypraw wynika, iż usługi przez nich świadczone zasadniczo obejmują: „przeloty, wyżywienie, ubezpieczenie, noclegi, a także wiele cennych rad”²³, a zatem w zależności od opcji są to usługi transportowe (przejazd, ewentualnie przelot) oraz usługi związane z zakwaterowaniem oraz wyżywieniem. Nie obejmują z reguły usług przewodnickich, czy też usług polegających na wprowadzeniu na szczyt, czyli samej akcji górskiej. Organizator „Nie jest przewodnikiem, więc nie jest odpowiedzialny za uczestników. Każdy uczestnik bierze pełną odpowiedzialność za swoje bezpieczeństwo”²⁴. Pozostaje to jednak w istotnej sprzeczności z ogłoszeniami reklamującymi wyprawy partnerskie, w tym zacytowanymi powyżej, w których celem każdej z wypraw jest zdobycie określonego szczytu górskiego, a zamieszczany program wyprawy zawiera jako jej zasadniczy element tzw. atak szczytowy, czyli wejście na szczyt. Wątpliwości powinien rozwiązać następujący cytat pochodzący ze strony internetowej podmiotu organizującego wyprawy partnerskie,

²² Szerzej na temat obowiązkowych ubezpieczeń i gwarancji bankowych organizatorów turystyki i pośredników turystycznych zob. J. Gospodarek, *Prawo w...*, s. 114-117, 239-256.

²³ R. Rozmus, *Przewodnicki...*

²⁴ R. Rozmus, *Przewodnicki...*

odnoszący się do wyprawy organizowanej na Mont Blanc: „Głównym celem wyprawy jest zdobycie Mont Blanc – najwyższej góry Europy”²⁵. Równocześnie w innym miejscu czytamy fragment wypowiedzi organizatora wypraw partnerskich: „Podczas wyprawy partnerskiej wszyscy uczestnicy idą w góry na tych samych prawach co ja. Każdy sam dba o to żeby nie przekroczyć granicy własnych możliwości”²⁶. Jak wynika z powyższego cytatu, organizator wyprawy wyłącza swoją odpowiedzialność za działalność wysokogórską, którą uczestnicy mają podejmować na własny koszt i ryzyko. Takie wyłączenie odpowiedzialności organizatora mają zawierać w swej treści umowy zawierane z uczestnikami wyprawy partnerskiej²⁷. Jaki jest zatem rzeczywisty zakres usług świadczonych przez organizatora, a zatem i odpowiedzialność z tego tytułu, a w szczególności czy odpowiada on za bezpieczeństwo uczestników? W odniesieniu do tej ostatniej kwestii na marginesie pozostaje otwartym pytanie, czy można w ogóle mówić o zapewnieniu pełnego bezpieczeństwa podczas działalności w górach, która z zasady jest aktywnością objętą wysokim stopniem ryzyka. Pozostawiając tę kwestię otwartą uważam, iż o ile trudno jest przyjąć, iż działalność w górach może być działalnością bezpieczną, o tyle można wskazać na szereg obowiązków spoczywających zarówno na przewodnikach wysokogórskich jak i na organizatorach wypraw partnerskich (pomijając w tej chwili kwestię uprawnień), których niedochowanie można uznać za naruszenie wykonania zobowiązania z zachowaniem należytej staranności, skutkujące odpowiedzialnością na podstawie stosownych przepisów. Pomocny przy ocenie kwestii zakresu świadczonych usług oraz odpowiedzialności organizatora może okazać się następujący cytat: „Tu sprawa sprowadza się do uczciwości usługodawcy, to znaczy jasnego określenia, co się oferuje. Jeżeli zapewnia się środek transportu i organizację, na pewno nie musi to robić fachowiec od alpinizmu i turystyki wysokogórskiej. W tym przypadku uczestnicy imprezy sami planują swój pobyt w górach w zależności od własnych możliwości i umiejętności. Nikomu takiego organizowania nie można zabronić, choćby uczestnicy mieli w planie wejście na Mount Everest (8848 m). Problem zaczyna się dopiero od momentu, gdy oferuje się komuś opiekę za pieniądze i to osobie nie posiadającej przygotowania i doświadczenia. Osoba taka liczy, że pomimo tych braków z pomocą prowadzącego osiągnie bezpiecznie wymarzony cel. W tym przypadku oferujący usługę bierze całkowitą odpowiedzialność za życie osoby, która mu zaufała (tak traktują tę sprawę sądy w Szwajcarii, czy Niemczech)”²⁸.

Pojawia się zatem pytanie, jak należy ocenić w świetle obowiązujących przepisów, ale także pewnych zasad etycznych, działania organizatora, który zawierając w programie organizowanej wyprawy zdobycie szczytu jako główny cel wyprawy, następnie nie uczestniczy w akcji górskiej, pozostawiając uczestników samym sobie i próbując wyłączyć swoją odpowiedzialność z tytułu tej części wyprawy. Moim zdaniem jest to nie tylko kwestia odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, ale także postępowanie może również wypełnić przesłanki odpowiedzialności *ex delicto*, opartej na art. 415 i n. k.c. Skoro organizator zamieszcza

²⁵ www.wyprawy.net/MONT_BLANC.

²⁶ M. Urbanek, *Giewont za dychę. Pobili się przewodnicy ciupagami*, Polityka 2001, nr 4.

²⁷ O skuteczności klauzul wyłączających w dalszej części pracy.

²⁸ J. Wala, *Każda próżnia jest szybko zapełniana*, Góry i Alpinizm 2001, nr 4-5.

w programie wyprawy jako jej cel zdobycie określonego szczytu, to ponosi odpowiedzialność za cały przebieg wyprawy.

Organizator wyprawy powinien zatem rzetelnie poinformować uczestników wyprawy o planowanym przebiegu wyprawy i o oferowanym zakresie usług. Uczestnik wyprawy (konsument) musi mieć możliwość dokonania wyboru. Aby mógł to zrobić, musi być rzetelnie poinformowany (obowiązki w tym zakresie zostały przewidziane w rozdziale 3 u.u.t.). Rzetelność informacji odnosi się moim zdaniem nie tylko do treści ogłoszenia czy umowy, ale organizator nie może także poprzez swoje działania sprawiać wrażenia, że usługa jest szersza, niż wynika to z umowy czy ogłoszenia o wyprawie, aby przez to nie wprowadzać uczestnika w błąd. Umieszczenie informacji o planowanym zdobyciu szczytu jako głównym celu wyprawy, a następnie próba wyłączenia odpowiedzialności za tę działalność poprzez stwierdzenie, iż każdy odpowiada za siebie, jest wprowadzaniem zainteresowanych osób w błąd. Jest zasadnym pytanie, jaka jest rola organizatora wyprawy? Skoro z jednej strony w ogłoszeniu o wyprawie zawiera informacje o planowanym zdobyciu szczytu, następnie przeprowadza spotkania i ewentualne testy mające wykazać, czy uczestnicy posiadają odpowiednie przygotowanie do prowadzenia działalności w górach (oczywiście, jeżeli takie są przeprowadzane), a równocześnie twierdzi, iż działalność górską go nie interesuje, a w niektórych przypadkach nawet nie towarzyszy w niej uczestnikom wyprawy²⁹, to w takim postępowaniu widoczna jest istotna niekonsekwencja. Jeżeli natomiast im towarzyszy i *de facto* swym działaniem wypełnia przesłanki działalności przewodnickiej, to pomimo formalnego braku uprawnień, moim zdaniem odpowiada za swe działania, w tym za bezpieczeństwo turystów, jak przewodnik (z zastrzeżeniem, iż chodzi tutaj raczej o wymagany stopień należytej staranności, niż o zasady odpowiedzialności jaką ponoszą przewodnicy), niezależnie od odpowiedzialności za podejmowanie działalności pomimo braku wymaganych uprawnień.

Kwestią istotną, wynikającą poniekąd z powyższych rozważań, jest kwestia nazwy – „wyprawy partnerskie”. Poruszana była już ona na początku niniejszego opracowania. W tym miejscu kilka kolejnych uwag na ten temat. Nazwa wyprawy partnerskie ma sugerować, iż wyprawa odbywa się na zasadzie równych praw i wyłącznej odpowiedzialności każdego z uczestników wyprawy za siebie. „Nie organizujemy wypraw komercyjnych. Po prostu sami jeździmy w różne miejsca, a jeśli ktoś ma ochotę, może wybrać się z nami. Ale odpowiada wtedy sam za siebie. A cena podana w ogłoszeniu to tylko koszt amortyzacji sprzętu i opłata za to, że ktoś wcześniej pojechał i sprawdził trasę wyprawy”³⁰ - to cytat zaczerpnięty z wypowiedzi osoby reprezentującej jednego z organizatorów wypraw partnerskich. Czy tak jest w istocie? Owszem, ale w przypadku, gdy kilka osób umawia się z sobą i udaje się na określoną wyprawę, każdy płacąc sam za siebie, a opłata obejmuje jedynie rzeczywiste koszty. Wtedy każdy z uczestników odpowiada za siebie, pomimo wyznaczenia na kierownika wyprawy osoby o największym doświadczeniu w działalności górskiej. Jeżeli jednak mamy do czynienia z sytuacją, w której określony podmiot zamieszcza ogłoszenie

²⁹ Jak wynika z tekstu M. Rogozińskiej tak było w przypadku wypadku na Matterhornie - M. Rogozińska, *Z firmą ...*

³⁰ M. Urbanek, *Giewont za dychę...*

szenie, iż za wskazaną kwotę, która obejmuje nie tylko rzeczywiste koszty, ale również jego zysk, organizuje wyprawę zgodnie z programem zawartym w ogłoszeniu, a następnie zawiera umowę z uczestnikami w której strony regulują swoje wzajemne prawa i obowiązki, to o żadnym partnerstwie nie może być mowy. Moim zdaniem problem tkwi w tym, iż uczestnicy wyprawy nie są profesjonalistami potrafiącymi obiektywnie ocenić sytuację i na podstawie tej oceny podjąć racjonalną decyzję. Przecież wielu z nich nigdy w takiej wyprawie nie uczestniczyło, czego dowodem niech będą słowa uczestnika jednej z takich wypraw: „Zdobyłem Elbrus, szczyt o wysokości 5642 metrów n.p.m. Potem były już tylko gratulacje, zdjęcia i wielka radość, że tego dokonałem, nie mając zbyt wielkiego doświadczenia w wspinaczce wysokogórskiej”³¹. Działalność w specyficznych, wysokogórskich warunkach wymaga także pewnej więzi zaufania uczestnika do organizatora wyprawy, która powoduje wyłączenie lub ograniczenie samodzielnej oceny ryzyka, wskutek zaufania, jakie uczestnik wyprawy pokłada w osobie organizatora³². Należy zatem położyć szczególny akcent na to, aby organizator przez jakiegokolwiek działania, nie tylko formalne (w postaci zawartej umowy zawierającej odpowiednie klauzule wyłączające odpowiedzialność organizatora za bezpieczeństwo turystów), nie stwarzał pewnej „iluzji bezpieczeństwa za pieniądze”, skoro nie chce odpowiadać za cały przebieg wyprawy. Jeżeli organizuję wycieczkę do miejscowości położonej w górach, zapewniam transport, zakwaterowanie i wyżywienie, to odpowiadam jedynie za te świadczenia. Skoro jednak jako cel organizowanej wyprawy wskazuję zdobycie określonego szczytu, a wyprawa obejmuje także szereg innych świadczeń, to odpowiadam za całość wyprawy, łącznie ze zdobyciem szczytu. Ponadto skoro wszyscy jesteśmy partnerami (co często podkreślają organizatorzy wypraw partnerskich), to w jakim celu zawierana jest jakaś umowa i dlaczego pojawia się opłata, która oprócz rzeczywistych kosztów organizacji wyprawy, zawiera także zysk organizatora? Wypowiedzi w podobnym tonie można znaleźć wśród osób mających ogromne doświadczenie w działalności wysokogórskiej. Przykładem może być Ryszard Pawłowski, który twierdzi, iż nie można w omawianym przypadku mówić o wyprawach partnerskich, ponieważ: „Na wyprawy partnerskie jedzie się jeden raz w jedno miejsce (...) Jeśli bierze się ludzi z ogłoszenia, przestaje to być wyprawa partnerska, więc zrzucanie z siebie odpowiedzialności za coś, za co bierze się pieniądze, jest moim zdaniem nadużyciem”³³. Trzeba także pamiętać, iż mamy tutaj do czynienia ze wspomnianym już wcześniej stosunkiem profesjonalista (organizator) – konsument (turysta, uczestnik wyprawy), należącym do obrotu konsumenckiego ze wszystkimi tego konsekwencjami wynikającymi z obowiązujących przepisów. Zatem taka nazwa moim zdaniem jest nazwą mogącą wprowadzać w błąd, a o wiele uczciwszym postawieniem sprawy jest użycie nazwy „wyprawa komercyjna”, która również nie jest pozbawiona wad, o których wspomniano wcześniej, ale wskazując na jedną ze swoich istotnych cech (element zysku), jest przynajmniej rzetelna.

Na koniec tej części jeszcze jedna kwestia. Organizatorzy wypraw twierdzą, iż rzetelnie uprzedzają ich uczestników o zakresie usług jakie świadczą i o nieponosze-

³¹ J. Słomian, *W górach nie ma żartów*, Gentelman 2001, nr 11.

³² J. Czabański, *Kto odpowie...*

³³ M. Urbanek, *Giewont za dychę...*

niu odpowiedzialności za bezpieczeństwo uczestników w czasie działalności górskiej. Jak twierdzi się „Każdy zainteresowany udziałem w wyprawie jest informowany jakiego typu jest to wyprawa i co się z tym wiąże. Natomiast każdy zainteresowany przewodnictwem jest odsyłany do osób z uprawnieniami, (...)”³⁴. Nie można jednak nie brać pod uwagę pewnych aspektów psychologicznych – fascynacji uczestnika oferowaną wyprawą, spotkanymi ludźmi, atmosferą, itp. To wszystko często „nie pozwala” na wycofanie się z planowanego przedsięwzięcia już na etapie zawierania umowy, pomimo iż oceniając rozsądnie niektóre jej postanowienia, należałoby zrezygnować.

4. Umowa o wyprawę partnerską

Wzajemne relacje organizatora i uczestników wyprawy reguluje, a przynajmniej powinna regulować, zawarta umowa. Jaki to rodzaj umowy? Czy jest to umowa o świadczenie usług, do której na mocy art. 750 k.c. mają zastosowanie przepisy o umowie zlecenia, czy jest to umowa o świadczenie usług turystycznych uregulowana w ustawie o usługach turystycznych? Skoro organizatora wyprawy należy w świetle powyższych rozważań dotyczących statusu prawnego uznać za organizatora turystyki w rozumieniu ustawy o usługach turystycznych, to umowę jaką zawiera z uczestnikami wyprawy należy uznać za umowę o organizację imprezy turystycznej, uregulowaną w rozdziale 3 u.u.t. Ustawa ta wprowadza szereg obowiązków organizatora turystyki związanych z zawarciem takiej umowy, w tym wymóg formy pisemnej umowy, brak możliwości wyłączenia lub ograniczenia odpowiedzialności organizatora za niewykonanie lub nienależyte wykonanie takiej umowy (z pewnymi zastrzeżeniami), czy obowiązek udzielenia klientowi rzetelnej informacji przed zawarciem umowy. Należy się zatem zastanowić, w świetle powyżej opisanych prób wyłączenia przez organizatorów wypraw partnerskich odpowiedzialności za działalność uczestników wyprawy w górach, jak wygląda swoboda kształtowania przez strony treści takiego stosunku zobowiązaniowego. Na gruncie powołanej ustawy, istotne znaczenie ma jej art. 11b ust. 4, zgodnie z którym organizator turystyki w umowie zawartej z klientami (w tym przypadku uczestnikami wyprawy) nie może ograniczyć swojej odpowiedzialności (a taką możliwość ograniczenia odpowiedzialności przewiduje ust. 3 przywołanego artykułu), w zakresie szkody na osobie. Powinien także poinformować turystów o występujących na danym obszarze szczególnych zagrożeniach dla życia i zdrowia oraz o możliwości ubezpieczenia z tym związanego (art. 13 ust. 2 u.u.t.). Istotną klauzulę generalną zawiera art. 19 ust. 1 u.u.t., zgodnie z którym postanowienia opisanych wyżej umów nie mogą być pod sankcją nieważności mniej korzystne dla klientów niż postanowienia u.u.t., przy czym w przypadku nieważności postanowień umowy, w ich miejsce w myśl ust. 2 tego artykułu, zastosowanie znajdują postanowienia u.u.t. Zatem ustawa o usługach turystycznych wyłącza możliwość ograniczenia odpowiedzialności organizatora imprezy turystycznej (w tym przypadku wyprawy partnerskiej) za szkodę na osobie, co oznacza, iż nie może on ograniczyć swojej odpowiedzialności za bezpieczeństwo uczestników wyprawy.

³⁴ R. Rozmus, *Przewodnicki...*

Warto w tym miejscu pokusić się także o pewną refleksję natury ogólnej na gruncie przepisów kodeksu cywilnego, dotyczących swobody kształtowania treści umów przez strony. W myśl art. 353¹ k.c., wyznaczającego granicę tej swobody, strony mogą treść umowy kształtować dowolnie, byleby jej cel lub treść nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku prawnego, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Do ograniczeń wynikających z ustawy możemy w tym przypadku zaliczyć w szczególności przepisy wspomnianej ustawy o usługach turystycznych. Istotne są tutaj również przepisy nakładające na podmioty wykonujące określoną działalność obowiązek uzyskania uprawnień (licencji, koncesji) udzielanych przez państwo, do jakich należą z pewnością przepisy uzależniające możliwość wykonywania działalności przewodnickiej, od uzyskania stosownych uprawnień po zdaniu egzaminu państwowego. Z uwagi na to, iż jak już wspomniano wcześniej, działalność podmiotów organizujących wyprawy partnerskie należy do sfery obrotu konsumenckiego, niewątpliwie sprzeczne z naturą takiego stosunku prawnego, niezależnie od regulacji zawartej w ustawie o usługach turystycznych, byłoby wyłączenie odpowiedzialności podmiotu profesjonalnego za szkody wyrządzone uczestnikom w wyniku rażącego niedbalstwa³⁵. Zgodnie z brzmieniem art. 353¹ k.c. nie tylko treść, ale także cel stosunku prawnego nie może naruszać natury stosunku prawnego, ustawy lub zasad współżycia społecznego. Na tym tle powraca pytanie – jaki jest cel organizowanej wyprawy partnerskiej, a w ślad za tym, co tak naprawdę jest przedmiotem świadczenia ze strony organizatora? Jeżeli zgodnie z treścią ogłoszeń zamieszczanych przez organizatorów, celem wyprawy jest zdobycie (czy próba zdobycia, ponieważ z uwagi na specyfikę warunków w jakich jest prowadzona działalność w górach, zdecydowanie nie mamy tutaj do czynienia z zobowiązaniem rezultatu) określonego szczytu górskiego, a nie wyjazd i zakwaterowanie w miejscowości położonej w jego bezpośrednim sąsiedztwie, to wydaje się, iż próba ograniczenia odpowiedzialności organizatora wyłącznie do świadczeń związanych z samą organizacją przejazdów, wyżywieniem i noclegami, stawia cel tego stosunku zobowiązaniowego w ewidentnej sprzeczności zarówno z ustawą, jak i pozostałymi elementami zawartymi w treści przywołanego przepisu, w tym w szczególności z zasadami współżycia społecznego.

W dalszej kolejności pojawiają się kwestie sposobu wykonania zobowiązania, które są przedmiotem regulacji art. 354 k.c. oraz miernika staranności, zgodnie z dyspozycją art. 355 k.c. W odniesieniu do pierwszej kwestii, dłużnik powinien wykonać swoje zobowiązanie zgodnie z jego treścią, ale także w sposób odpowiadający jego celowi społeczno – gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie utrwalone zwyczaje, to także w sposób odpowiadający tym zwyczajom (art. 354 §1 k.c.). Na tle tej regulacji, treść stosunku zobowiązaniowego powinna budzić większych wątpliwości, ponieważ ten układają strony zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 353¹ k.c. Ponownie jednak pojawia się problem celu społeczno gospodarczego zobowiązania, który „odwołuje się do obiektywnych funkcji i celów konkretnego zobowiązania, zważywszy np. na określony rodzaj działalności gospodarczej, typowe oczekiwania stron związane z danym typem sto-

³⁵ R. Trzaskowski, *Właściwość (natura) zobowiązaniowego stosunku prawnego jako ograniczenie zasady swobody kształtowania treści umów*, KPP 2000, z. 2 s. 337.

sunków, charakter profesjonalny lub też nie podmiotów zobowiązania”³⁶. Po raz kolejny powraca zatem pytanie o cel organizowanej wyprawy, a w konsekwencji o cel zobowiązania jakie strony łączy. Czy przyjmując, iż celem jest zdobycie określonego szczytu można wyłączyć odpowiedzialność organizatora właśnie za tą, najistotniejszą, część wyprawy? Czy nie stoi to w sprzeczności z wskazanym w dyspozycji art. 354 §1 k.c. sposobem wykonania zobowiązania? Z kolei art. 355 k.c. wskazuje nam w oparciu o jakie mierniki staranności dłużnik powinien swoje zobowiązanie wykonać. Zgodnie z treścią §1 tego artykułu, powinna to być staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju. A zatem miernikiem staranności jest pewien wzorzec przyjęty w innych stosunkach należących do tej samej kategorii. Jeżeli jest to kategoria stosunków wynikających np. z umów nazwanych, takich jak przykładowo umowa sprzedaży czy najmu, o utrwalonej zarówno teorii jak praktyce, to kłopot jest mniejszy. Problem z jakim mamy do czynienia w przypadku wypraw partnerskich polega na tym, iż wprawdzie mamy tutaj do czynienia z umową o organizację imprezy turystycznej, jednak szczególny rodzaj tej umowy, obejmujący organizację wyprawy partnerskiej, jest jeszcze mało znany, a same wyprawy partnerskie są zjawiskiem stosunkowo nowym. Zatem brak jest utrwalonych wzorców, jak również brak ostatecznego rozstrzygnięcia do jakiej kategorii stosunków można je zaliczyć. Wydaje się, iż najbliższą będzie tutaj do stosunków prawnych łączących przewodnika z prowadzonym turystą, jednak i w tym przypadku praktyka nie jest w naszym kraju zbyt wielka, a rynek profesjonalnych usług przewodnickich jest ciągle w fazie kształtowania i rozwoju. Trzeba również wspomnieć, iż warunki w jakich realizowana jest umowa o organizację imprezy turystycznej uregulowana w ustawie o usługach turystycznych, w porównaniu ze specyficznymi warunkami realizacji umowy o wyprawę partnerską, nie mają ze sobą wiele wspólnego. O ile zatem część dotycząca świadczeń związanych z transportem i zakwaterowaniem nie powinna budzić większych wątpliwości, o tyle ustalenie miernika staranności obejmującego działalność górską będzie już problemem. Wydaje się, iż słusznym byłoby tutaj odwołanie się z jednej strony do przepisów regulujących kwestie bezpieczeństwa, a z drugiej strony do ogólnej i utrwalonej już wiedzy dotyczącej działalności w górach wysokich, w tym sposobów asekuracji, lawin, ratownictwa, itd. Warto odwołać się także do regulacji dotyczących działalności przewodników i ich odpowiedzialności wobec prowadzonych turystów i mierników staranności z jaką powinni wykonywać swoje zobowiązanie, jak również do doświadczeń i regulacji obowiązujących w krajach alpejskich. Na tym tle pojawia się istotna kwestia zakresu obowiązywania reżimów prawnych poszczególnych państw, z uwagi na to, iż z reguły umowa będzie zawierana w Polsce, a jej realizacja będzie się odbywała na obszarze innego państwa lub państw. Oczywiście pomijam w tym momencie całkowicie kwestie odpowiedzialności za działalność będącą w istocie przewodnictwem wysokogórskim, bez posiadanych uprawnień, wymaganych na danym obszarze. Nie bez znaczenia dla ustalenia miernika staranności pozostaje też fakt, iż z uwagi na specyfikę warunków, w jakich odbywa się działalność wysokogórska, uczestnika wyprawy i organizatora,

³⁶ M. Safjan, [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz do artykułów 1-449¹¹*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 844.

jako osobę doświadczoną i posiadającą wiedzę dotyczącą sposobu zachowania się w warunkach działalności wysokogórskiej, łączy pewna, wspomniana już, więź zaufania. W sytuacji ewentualnego zagrożenia, uczestnik wyprawy zdaje się na te cechy organizatora, które w mniemaniu uczestnika pozwolą na wyjście obronną ręką z sytuacji kryzysowej. Ta okoliczność moim zdaniem ma istotny wpływ na ustalenie wymaganego miernika staranności.

Istotną modyfikacją omówionego powyżej miernika staranności wprowadza art. 355 §2 k.c. Wskazuje on na konieczność uwzględnienia przy jego ustalaniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności, przy czym chodzi tutaj oczywiście o zobowiązania objęte zakresem prowadzonej działalności gospodarczej. Trzeba też zaznaczyć, co nie pozostaje bez znaczenia w przypadku organizatorów wypraw partnerskich, iż pojęcie działalności gospodarczej na gruncie tego przepisu rozumiane jest materialnie, co powoduje, iż do uznania zobowiązania za podjęte w ramach prowadzonej działalności gospodarczej wystarczy fakt prowadzenia takiej działalności, nawet bez spełnienia przesłanek formalnych polegających na konieczności wpisu do stosownego rejestru. Samo rzeczywiste wykonywanie działalności gospodarczej determinuje konieczność uwzględnienia przy ustalaniu miernika wymaganej staranności zawodowego charakteru tej działalności. Pojęcie wiedzy fachowej, co ma istotne znaczenie w przypadku działalności prowadzonej w górach, obejmuje nie tylko formalne kwalifikacje, ale również doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej, a także ustalone zwyczajowo standardy wymagań³⁷. W konsekwencji w przypadku działalności prowadzonej w górach, wiedza fachowa to nie tylko kwalifikacje formalne, których często w przypadku organizatorów wypraw partnerskich brak, ale w szczególności szereg doświadczeń nabytych w czasie prowadzenia działalności w tych specyficznych warunkach, wiedza o sposobach zachowania się w nich i reagowania na sytuacje kryzysowe, a zatem umiejętności, których w żaden sposób nie można udokumentować spełnieniem przesłanek formalnych, a które pozwalają na zmniejszenie ryzyka wypadku w górach. Należyta staranność w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej obejmuje również znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej³⁸. W przypadku wypraw partnerskich jest to niezwykle istotna kwestia, ponieważ z tego punktu widzenia, organizator jest zobowiązany posiadać wiedzę o obowiązujących na danym obszarze przepisach prawnych regulujących działalność w górach, obowiązku legitymowania się stosownymi uprawnieniami oraz o regulacjach dotyczących ubezpieczeń, akcji ratowniczych i odpłatności za nie. Posiadaną wiedzę powinien także przekazać uczestnikom wyprawy, gdyż w przeciwnym razie będzie to w mojej ocenie wprowadzenie uczestników w błąd, skutkujące nie tylko odpowiedzialnością opartą na zasadach ustalonych w art. 471 i n. k.c., ale także 415 i n. k.c.

5. Problem niedozwolonych klauzul umownych

Z wypowiedzi organizatorów wypraw partnerskich, jakie możemy znaleźć nie tylko w artykułach prasowych (także cytowanych w niniejszym opracowaniu), ale rów-

³⁷ M. Safjan, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 853.

³⁸ Zob. orzeczenie SN z 17 sierpnia 1993 r., III CRN 77/93, OSN 1994, nr 3, poz. 69.

nież na stronach internetowych firm organizujących tego typu wyprawy, wynika jasno, iż nie poczuwają się oni do odpowiedzialności za bezpieczeństwo uczestników wyprawy podczas działalności prowadzonej w górach. Oznacza to, że umowy zawierane z uczestnikami obejmują jedynie wspomniane wcześniej świadczenia sprowadzające się do transportu, wyżywienia czy noclegów, natomiast całą działalność górską klienti podejmują na własne ryzyko i odpowiedzialność. Niezależnie od powyższej próby udowodnienia, iż takie postawienie sprawy jest sprzeczne nie tylko z postanowieniami ustawy o usługach turystycznych, ale także z celem powstałego zobowiązania, naruszając równocześnie przepisy dotyczące swobody kształtowania treści umów, pojawia się kwestia możliwości wyłączenia pewnego zakresu odpowiedzialności z tytułu zawartej umowy, w świetle przepisów dotyczących tzw. niedozwolonych klauzul umownych (art. 385¹ i n. k.c.). Przepisy te dotyczą umów zawieranych w ramach omówionego już wyżej obrotu konsumenckiego. W przypadku organizowania wypraw partnerskich, podnoszona wątpliwość przynależności umów o wyprawę partnerską, w szczególności w części dotyczącej działalności w górach, do obrotu konsumenckiego³⁹, nie znajduje w moim odczuciu uzasadnienia. Organizator to profesjonalista, który w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, niezależnie od formy prawnej i w oparciu o definicję materialną, odpłatnie organizuje wyprawę. Uczestnik wyprawy nie będący profesjonalistą, incydentalnie i bez związku z działalnością gospodarczą uczestniczy, jako konsument (klient) w organizowanej wyprawie, uiszczając z tego tytułu wynagrodzenie na rzecz organizatora. Czynności dokonywane w ramach organizacji wyprawy, to wspomniane już czynności jednostronnie profesjonalne, których immanentną cechą jest brak równowagi po stronie podmiotów biorących w nich udział, co jest charakterystyczne dla obrotu konsumenckiego. Jeżeli zatem umowa o wyprawę partnerską została zawarta, to z mocy art. 385¹ §1 k.c. konsumenta nie wiążą postanowienia nie uzgodnione z nim indywidualnie (a zatem w myśl art. 385¹ §3 k.c. takie, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu, a szczególności postanowienia z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi), które kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy, przy czym nie dotyczy to głównych świadczeń stron, w tym ceny lub wynagrodzenia, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny. Wymieniony art. 385¹ §3 k.c. wprowadza domniemanie braku indywidualnego uzgodnienia postanowień umowy przyjętych z wzorca zaproponowanego klientowi (ciężar dowodu okoliczności, że postanowienie zostało uzgodnione indywidualnie spoczywa na tym, kto się na tę okoliczność powołuje). W przypadku wypraw partnerskich istotny jest tryb zawarcia umowy. Jeżeli umowa (jej wzór) zostaje zaproponowana uczestnikowi wyprawy (konsumentowi), bez możliwości negocjacji jej postanowień, to bez wątpienia jeżeli przewiduje ona w swej treści wyłączenia pewnych zakresów odpowiedzialności organizatora, które można uznać za „sprzeczne z dobrymi obyczajami” i „rażąco naruszające interesy konsumenta” (przesłanki muszą być spełnione łącznie), takie postanowienia można uznać za niedozwolone postanowienia umowne. Trzeba pamiętać, iż ciężar dowodu, że nie zostały spełnione przesłanki pozwalające na uznanie tych postano-

³⁹ B. Magrel, *Kto odpowie...*

wień za bezskuteczne wobec konsumenta, spoczywa na organizatorze wyprawy. Istotne jest też wskazanie okoliczności, iż działalność w górach grupy osób wymaga współdziałania i wzajemnej odpowiedzialności. Jeden zespół nie może działać na różnych zasadach. Trudno jest zatem wyobrazić sobie sytuację, w której poszczególni uczestnicy wyprawy negocjują (uzgadniają) indywidualnie poszczególne warunki umowy z organizatorem, a następnie w oparciu o tak uzgodnione warunki prowadzą jako zespół działalność w górach. Jak wynika z powyższego, dla uznania bezskuteczności danego postanowienia w umowie, wymagane jest łączne spełnienie się dwóch przesłanek. Pierwsza z nich to sprzeczność z dobrymi obyczajami. Równocześnie „(...) istotą dobrego obyczaju, jest szeroko rozumiany szacunek dla drugiego człowieka. Sprzeczne z dobrymi obyczajami są zatem takie działania, które zmierzają do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania u klienta, wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności, ukształtowania stosunku zobowiązaniowego niezgodnie z zasadą równorzędności stron (...), czyli takie działanie, które potocznie określane jest jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające *in minus* od przyjętych standardów postępowania”⁴⁰. Czy organizowanie wyprawy z udziałem osób nie posiadających dużego doświadczenia w działalności wysokogórskiej, które obdarzają zaufaniem organizatora jako podmiot posiadający doświadczenie i wiedzę w tym zakresie, z równoczesnym twierdzeniem, iż osoby te podejmują działalność górską na własną odpowiedzialność i próbą wyłączenia odpowiedzialności za ich bezpieczeństwo, nie jest wykorzystywaniem niewiedzy i naiwności tych osób, a w konsekwencji wprowadzaniem w błąd, co do możliwych następstw podejmowanej działalności? Jak należy ocenić zachowanie organizatora wyprawy, który w czasie kiedy uczestnicy wyprawy (którą zorganizował i za którą pobrał wynagrodzenie) podejmują próbę wejścia na szczyt, przebywa w schronisku, nie uczestnicząc w ich działalności i nie służąc swą wiedzą i doświadczeniem? Uważam, iż w świetle powyżej postawionych pytań, w omawianym przypadku zostaje spełniona także druga przesłanka, tj. rażące naruszenie interesów konsumenta, które wymaga wykazania, iż odchylenie od przyjętego miernika dobrych obyczajów jest znaczne. Sankcją za wprowadzenie do umowy niedozwolonego postanowienia nie jest nieważność całej umowy, ale jedynie bezskuteczność *ex lege* w stosunku do konsumenta konkretnego postanowienia. Nie jest do tego konieczne stwierdzenie bezskuteczności w orzeczeniu sądu, a jeżeli takie ma miejsce, to pełni jedynie funkcję deklaratoryjną. Przenosząc to na płaszczyznę umów zawieranych w ramach organizowanych wypraw partnerskich, wszelkie postanowienia wyłączające odpowiedzialność organizatora, które spełniają przesłanki opisanych wyżej przepisów, należy uznać *ex lege* za bezskuteczne w stosunku do uczestników wyprawy. Oceny umowy dokonuje się według stanu z chwili jej zawarcia i biorąc pod uwagę okoliczności w jakich została zawarta (art. 385² k.c.). Konkretyzację klauzuli generalnej zawartej w art. 385¹ k.c. stanowi art. 385³ k.c., który wskazuje pewne przykłady niedozwolonych klauzul umownych, których znalezienie się w treści umowy, stwarza swoiste „domniemanie” ich bezskuteczności w świetle powołanych wyżej przepisów⁴¹. Z interesującego nas punktu

⁴⁰ W. Popiołek, [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz do artykułów 1-449*¹¹, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 987-988.

⁴¹ W. Popiołek, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 995.

widzenia, szczególnie istotne jest brzmienie pkt. 1 art. 385³ k.c., zgodnie z którym za niedozwoloną klauzulę umowną należy uznać postanowienie wyłączające lub ograniczające odpowiedzialność względem konsumenta za szkody na osobie. Można zatem uznać, iż regulacja ta powoduje bezskuteczność ewentualnych postanowień zawartych w umowach o wyprawę partnerską, zakładających wyłączenie odpowiedzialności organizatora za bezpieczeństwo uczestnika wyprawy. Chodzi tutaj oczywiście o szkodę wynikłą z winy nieumyślnej organizatora (np. rażącego niedbalstwa), gdyż odpowiedzialności za szkodę jaka nastąpiła z winy umyślnej nie można wyłączyć, zgodnie z postanowieniami art. 473 §2 k.c.

Podsumowując tę część pragnę podkreślić, iż nie chodzi tutaj o to, aby organizator wyprawy bezwzględnie i na zasadzie ryzyka), odpowiadał za bezpieczeństwo uczestników wyprawy, gdyż zgodnie z wcześniejszymi uwagami, działalność podejmowana w górach, jest działalnością niebezpieczną, nawet przy zachowaniu wszelkich reguł właściwego postępowania. Uważam jednak, iż zarówno w świetle powyżej przedstawionych regulacji, jak i pewnych reguł rzetelności, uczciwości i dobrego postępowania, za niedopuszczalne należy uznać próby całkowitego wyłączenia odpowiedzialności organizatorów wypraw partnerskich za bezpieczeństwo ich uczestników. Twierdzenia, iż podejmują oni działalność wyłącznie na własne ryzyko i z całkowitym wyłączeniem odpowiedzialności organizatora jest nieprawdziwe w świetle przedstawionych powyżej przepisów. Organizator wyprawy ponosi pełną odpowiedzialność za cały jej przebieg, a zatem za dochowanie należytej staranności w wykonaniu ciążącego na nim zobowiązania, z uwzględnieniem podwyższonego miernika staranności zgodnie z art. 355 §2 k.c., a wszelkie próby wyłączenia odpowiedzialności z tego tytułu należy uznać za bezskuteczne. Kwestia odpowiedzialności za wykonywanie działalności bez wymaganych uprawnień (w zależności od obszaru, na którym wykonywana jest działalność, różne są w tym zakresie regulacje) oraz działania przepisów między państwowych z uwagi na wykonywanie działalności pod rządami reżimów prawnych różnych państw, to tematy na odrębne opracowanie.

6. Uwagi końcowe

Niniejsze opracowanie było próbą ukazania pewnego zespołu problemów i zagadnień, jakie pojawiły się w związku z organizowaniem wypraw partnerskich. Należą do nich w szczególności status prawny organizatorów tych wypraw i ramy prawne w jakich odbywa się ich organizacja, a także prawa i obowiązki uczestników wypraw oraz zakres odpowiedzialności organizatora. Jest to o tyle zadanie trudne, iż zjawisko to znajduje się ciągle w fazie rozwoju, jak również brak jest dostatecznie szczegółowych informacji na ten temat. Ich źródłem są przeważnie wypowiedzi zwolenników lub przeciwników wypraw, a zatem osób znajdujących się „po przeciwnych stronach barykady”, które często nacechowane są dużą dozą subiektywizmu i emocji. Jak wiadomo, do właściwej oceny danego zjawiska konieczne są rzetelne, obiektywne informacje na jego temat, a tych jeszcze w omawianym przypadku ciągle nie jest zbyt wiele. Już w tym momencie należy jednak podjąć dyskusję, gdyż zjawisko wypraw partnerskich, z uwagi na swoją skalę, nie może zostać niezauważone. Nie wykluczone, że jak twierdzi B. Magrel umowa o wyprawę partnerską „ma przed sobą

dużą przyszłość⁴². Niezależnie od tego, czy autor zacytowanego fragmentu ma rację, zarówno skala zjawiska jak i wypadki, które miały miejsce podczas wypraw partnerskich, a także powracający problem odpowiedzialności za nie, uzasadniają potrzebę dyskusji. Niniejsze opracowanie stanowi próbę zabrania w niej głosu.

⁴² B. Magrel, *Kto odpowie...*

Jerzy Gospodarek*

Bezpieczeństwo na szlakach turystycznych

1. Wprowadzenie

Według danych GUS, w 2006 r. było w Polsce wyznaczonych 59.844 km szlaków turystycznych, w tym 30.569 km nizinnych, 10.295 km górskich, 13.500 km rowerowych, 3.028 km konnych, 557 km kajakowych oraz 486 km narciarskich¹. Są to w istocie szlaki znakowane przez PTTK, przy czym dane podawane przez tę organizację w jej publikacjach nieco różnią się w porównaniu z danymi GUS co do długości oznakowanych przez nią szlaków turystycznych². W rzeczywistości szlaków jest jeszcze więcej, gdyż w ostatnich latach wiele gmin oraz różnych organizacji społecznych działających w dziedzinie turystyki i rekreacji, podejmuje się wyznaczania nowych szlaków turystycznych na zasadach – można powiedzieć – partyzanckich. Skutkiem jest daleko posunięte zróżnicowanie sposobów znakowania szlaków turystycznych oraz różnorodność umieszczanych na nich znaków turystycznych. Stwarza to zagrożenie dla bezpieczeństwa osób wędrujących po szlakach turystycznych, gdyż takie znakowanie może być różnie rozumiane i czasem wprowadzać turystów w błąd. Co więcej, niebezpieczeństwo na szlaku turystycznym niekiedy wzrasta, gdy nie jest on należycie konserwowany, a z braku środków finansowych zdarza się to zwłaszcza na szlakach wyznaczanych „po partyzancku”.

Stosunkowo najbezpieczniejsze wydają się piesze szlaki nizinne. Ukształtowanie terenu z reguły nie stwarza szczególnych zagrożeń dla turystów wędrujących po takich szlakach. Jednak w razie ich wytyczenia w lasach, pojawia się niebezpieczeństwo zaginięcia w razie choćby przypadkowego zboczenia ze szlaku. Na terenach bagiennych zejście ze szlaku może oznaczać nawet zagrożenie dla życia. W razie zaś wyznaczenia szlaku nizinnego częściowo po drogach publicznych, pojawia się zagrożenie dla turystów ze strony innych użytkowników tych dróg, a zwłaszcza kierujących pojazdami mechanicznymi. Znaczne niebezpieczeństwo dla turystów pieszych grozi również ze strony rowerzystów. Nasila się ono w tych sytuacjach, gdy szlaki piesze i rowerowe częściowo pokrywają się. Z takimi przypadkami można nieraz spotkać się na terenach górskich. Nie dość, że szlaki górskie ze względu na ukształtowanie terenu stwarzają zagrożenie dla poruszających się po nich turystów pieszych³, to dodatkowe niebezpieczeństwa wynikają z możliwości kolizji z turystami jadącymi na rowerach oraz motocyklistami lub kierującymi quadami⁴. Sam kilka-

* Dr Jerzy Gospodarek - Katedra Prawa Gospodarczego Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie.

¹ *Turystyka w 2006 r.*, wyd. GUS, Warszawa 2007, s. 117.

² Por. np. folder *Znakowane szlaki turystyczne Polskiego Towarzystwa Turystyczno-Krajoznawczego*, Warszawa 2006.

³ Na temat licznych wypadków na Orlej Perci, najtrudniejszym szlaku w polskich górach, na którym tylko w ciągu ostatniego roku zginęło siedmiu turystów - zob. np. B. Kuraś, *Poskromić Orlą Percę?*, Gazeta Wyborcza z 17 kwietnia 2007 r.

⁴ O śmiertelnym potrąceniu turysty pieszego przez motocyklistę koło schroniska PTTK na Kudłaczach oraz problemach stwarzanych na szlakach górskich przez motocyklistów i quadowców - zob.

krotnie dosłownie o włos uniknąłem na szlakach w górach potrącenia, a może nawet stratowania przez takiego pędzącego na złamanie karku rowerzystę-pirata...

Właśnie szlaki górskie stwarzają szczególnie wiele niebezpieczeństw dla poruszających się po nich turystów. Zwłaszcza zimą szlaki te są niebezpieczne ze względu na lekceważoną groźbę zwykłego poślizgnięcia, którego skutki bywają tragiczne, czy z powodu zagrożenia lawinowego⁵. Odnosi się to w pełni do szlaków narciarskich. Dla narciarzy zagrożeniem są nie tylko inni narciarze, zwłaszcza o niewielkich umiejętnościach narciarskich, ale również snowboardziści i jeżdżący skibobami, a także turyści piesi, którzy nieraz wkraczają na szlaki tylko dla narciarzy. Wypadki narciarskie są sprawą wręcz powszednią i przez to lekceważoną. Tylko w poprzednim sezonie narciarskim zdarzyło się ich w Polsce aż ok. 5800, w tym także śmiertelne⁶.

Szczególne zagrożenia występują z kolei na trasach kajakowych. Wynika to z niebezpieczeństw związanych z przebywaniem nad wodą. Niebezpieczeństwa te rosną zdecydowanie w przypadkach spływów kajakowych na rzekach górskich. Dodatkowe problemy powstają w razie konieczności przenoszenia kajaka obok takich przeszkód wodnych, jak zapory i tereny hydroelektrowni. Specyficzne są również niebezpieczeństwa występujące na szlakach konnych. Same konie są czasem zagrożeniem zarówno dla jeźdźców, jak i innych użytkowników szlaków turystycznych. Dodatkowe niebezpieczeństwa występują przy tym w razie wyznaczenia szlaku konnego w górach.

Wspomniane wyżej zagrożenia występujące na szlakach turystycznych dają się generalnie podzielić na zależne od woli ludzkiej oraz niezależne od niej, mające charakter zobiektywizowanych zjawisk przyrody. Wydaje się, że wbrew pozorom znacznie ważniejsze oraz powodujące dalej idące, nieraz wręcz tragiczne skutki, są w praktyce niebezpieczeństwa stwarzane na szlakach turystycznych przez samych ludzi: turystów, mieszkańców terenów, na których są wyznaczane szlaki, jak też osoby odpowiedzialne za zapewnienie bezpieczeństwa na szlakach. Postępowaniem tych trzech grup ludzi powinny zatem zajmować się przepisy prawne dotyczące szlaków turystycznych.

2. Aktualny stan prawny

Stosunkowo nieliczne normy obowiązującego prawa bezpośrednio odnoszą się do kwestii bezpieczeństwa na szlakach turystycznych. Częściej ten związek jest tylko pośredni, jako że dla wskazanego bezpieczeństwa są istotne regulacje prawne związane z wytyczaniem, znakowaniem i konserwacją szlaków turystycznych. Wytycza-

J. Sidorowicz, M. Olszewski, *Wojna na szlaku*, Gazeta Wyborcza z 13 listopada 2006 r., dodatek Duży Format, s. 10-11.

⁵ Szerzej na temat przyczyn wypadków w górach - zob. A. Jonak, *Turystyczne wypadki w górach i przyczyny ich powstawania*, [w:] *Bezpieczeństwo i profilaktyka w turystyce górskiej*, Kraków 2004, s. 7-29. Warto przypomnieć zwłaszcza śmierć ośmiu uczniów pod lawiną, która zesłała z Rysów w 2004 r. - zob. w tej kwestii np. M. Pietraszewski, *Nauczyciel ma wyrok za śmierć pod lawiną*, Gazeta Wyborcza z 19 kwietnia 2006 r.

⁶ A. Kappes, A. Wosiński, *Organizator stoku powinien odpowiadać za wszystkie wypadki narciarskie*, Rzeczpospolita z 29 stycznia 2007 r. Główne przyczyny wypadków na szlakach narciarskich omawia A. Marasek, *Wypadki narciarskie w sezonie zimowym 2002/2003 na terenie działania TOPR*, [w:] *Bezpieczeństwo i profilaktyka...*, s. 38-40.

nie szlaków turystycznych powinno następować zgodnie z ogólnymi ustaleniami ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym⁷. Wymaga to uwzględnienia w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego, uchwalanym przez radę gminy obszarów przeznaczonych do wykorzystywania w celach turystycznych i rekreacyjnych, co obejmuje także obszary, na których są wytyczone szlaki turystyczne, jak również w planie zagospodarowania przestrzennego województwa⁸. Znakowanie zaś górskich szlaków turystycznych podlega ustaleniom załącznika nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 6 maja 1997 r. w sprawie określenia warunków bezpieczeństwa osób przebywających w górach, pływających, kąpiących się i uprawiających sporty wodne⁹, wydanego na podstawie ustawy z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej¹⁰. Od dawna ustalenia te są ostro krytykowane, gdyż roz mijają się z praktyką znakowania od kilkudziesięciu lat szlaków turystycznych przez znakarzy PTTK¹¹. Te rozbieżności dotyczą w szczególności wielkości znaków turystycznych, ich kolorystyki oraz odległości między znakami. Warto zauważyć, że wskazany załącznik nr 2 odróżnia szlaki górskie od tras górskich, których rodzaje są określone w załączniku nr 1 do tegoż rozporządzenia z 1997 r. Pogłębia to tylko chaos terminologiczny w tym zakresie.

Z kolei znakowanie rowerowych szlaków turystycznych powinno uwzględniać ustalenia ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych¹² oraz ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym¹³, a także wydanych na podstawie tej ostatniej ustawy aktów wykonawczych: rozporządzenia Ministra Infrastruktury oraz Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie znaków i sygnałów drogowych¹⁴, rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach¹⁵, a także rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 23 września 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków zarządzania ruchem na dro-

⁷ Dz.U. Nr 80, poz. 717 ze zm.

⁸ Zob. bliżej w tych kwestiach W. Robaczyński, *Przegląd uwarunkowań zagospodarowania przestrzeni, zasad tworzenia i funkcjonowania szlaków turystycznych (analiza prawna)*, [w:] *Ogólnopolska konferencja związana z turystycznym planowaniem przestrzeni, zwłaszcza tworzeniem i funkcjonowaniem szlaków turystycznych, w szczególności na podstawie szlaków i infrastruktury rowerowej w Polsce (materiały pokonferencyjne)*, Warszawa 2006, s. 14 i n.

⁹ Dz. U. Nr 57, poz. 358.

¹⁰ T. jedn. Dz. U. z 2007 r., Nr 226, poz. 1675.

¹¹ Zob. A. Matuszczyk, *Szlaki turystyczne w górach, ich utrzymanie, konserwacja i ochrona prawna – ważny element bezpiecznej turystyki górskiej*, Gościńiec 2004, nr 3-4, s. 9. Powołane opracowanie tego autora jest też zawarte w pracy: *Bezpieczeństwo i profilaktyka...*, s. 51-57. Wadliwość ustaleń powołanego rozporządzenia nie dostrzega ani M. Czajkowski, *Prawne unormowania zasad i warunków bezpieczeństwa przy uprawianiu turystyki i sportu na terenach górskich*, [w:] *Gospodarka turystyczna w XXI wieku – stan obecny i perspektywy rozwoju*, red. S. Bosiacki, Poznań 2002, s. 249-254, ani też K. Sondel, *Prawne warunki bezpieczeństwa osób przebywających w górach*, [w:] *Bezpieczeństwo i profilaktyka...*, s. 85-93.

¹² T. jedn. Dz. U. z 2007 r., Nr 19, poz. 115 ze zm.

¹³ T. jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 108, poz. 908 ze zm.

¹⁴ Dz. U. Nr 170, poz. 1393.

¹⁵ Dz. U. Nr 220, poz. 2181.

gach oraz wykonywania nadzoru nad tym zarządzaniem¹⁶. Są to uregulowania o charakterze jedynie szczątkowym, co podkreśla się w literaturze przedmiotu¹⁷.

W przypadku wytyczania i znakowania szlaków turystycznych na terenie parków narodowych i innych form ochrony przyrody zastosowanie znajduje ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody¹⁸. W praktyce bardzo liczne szlaki turystyczne są umiejscowione właśnie na obszarach chronionych ze względu na ich walory przyrodniczo-krajobrazowe i poznawcze, co powoduje, że wyznaczenie dostępności takich szlaków mieści się w kompetencjach odpowiednio dyrektora parku narodowego lub wojewody¹⁹.

W razie zaś wytyczania i znakowania szlaków turystycznych w lasach, zastosowanie znajduje ustawa z dnia 28 września 1991 r. o lasach²⁰. Przyznaje ona szereg kompetencji nadleśniczemu w zakresie gospodarki leśnej, co ma pośrednie znaczenie dla możliwości wytyczenia szlaku turystycznego w lasach stanowiących własność Skarbu Państwa. To właśnie nadleśniczy wyznacza drogi leśne, po których jest dopuszczalna jazda konna w lesie²¹. Podobnie tylko pośrednie odniesienia do kwestii wytyczania i znakowania szlaków wodnych zawiera ustawa z dnia 18 lipca 2001 r. – Prawo wodne²².

Generalnie należy stwierdzić, że w obowiązującym prawie brak jakichkolwiek regulacji prawnych ustalających zasady tworzenia, znakowania i konserwacji szlaków pieszych nizinnych oraz szlaków konnych i kajakowych²³. W odniesieniu zaś do górskich szlaków pieszych, szlaków narciarskich i rowerowych, prawo polskie zawiera jedynie fragmentaryczne unormowania. W tej sytuacji olbrzymią rolę w praktyce odgrywają instrukcje znakowania szlaków turystycznych wydawane przez PTTK w ramach realizacji statutowych zadań związanych z wytyczaniem, znakowaniem i konserwacją szlaków turystycznych. Do niedawna obowiązywała w tym zakresie instrukcja z 1999 r.²⁴, a obecnie jest stosowana instrukcja znakowania szlaków turystycznych przyjęta uchwałą nr 170/XVI/2007 Zarządu Głównego PTTK z dnia 21 kwietnia 2007 r. w sprawie wytyczania, znakowania i odnawiania szlaków turystycznych przez PTTK²⁵. Oczywiście nie ma ona charakteru aktu normatywnego powszechnie obowiązującego. Jednak z ustaleń tej i poprzednich instrukcji PTTK korzystają nieraz inne organizacje społeczne oraz gminy przy wyznaczaniu i znakowaniu szlaków turystycznych.

¹⁶ Dz. U. Nr 177, poz. 1729.

¹⁷ J. Gospodarek, *Prawo w turystyce*, Warszawa 2006, s. 66; W. Robaczyński, *Przegląd uwarunkowań...*, s. 25.

¹⁸ Dz. U. Nr 92, poz. 880 ze zm.

¹⁹ Zob. bliżej W. Robaczyński, *Przegląd uwarunkowań...*, s. 16-22.

²⁰ T. jedn. Dz. U. z 2005 r., Nr 45, poz. 435 ze zm.

²¹ Zob. bliżej W. Radecki, *Ustawa o lasach. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 161 i n.

²² T. jedn. Dz. U. z 2005 r., Nr 239, poz. 2019 ze zm.

²³ J. Gospodarek, *Prawo w turystyce...*, s. 66.

²⁴ Instrukcję tę omawia W. Robaczyński, *Przegląd uwarunkowań...*, s. 25-28. Wcześniej instrukcje znakarskie omawia K. Bielecki, *System znakowanych szlaków nizinnych*, [w:] *50 lat Komisji Turystyki Pieszkiej Zarządu Głównego PTTK w Warszawie*, Warszawa 2002, s. 101-103.

²⁵ *Instrukcja znakowania szlaków turystycznych*, Warszawa 2007.

Z powołanych wyżej aktów normatywnych dla bezpieczeństwa na szlakach turystycznych mają bezpośrednie, rzeczywiste znaczenie, ustalenia rozdziału 10 ustawy o kulturze fizycznej z 1996 r. Są to ogólne zasady bezpieczeństwa w dziedzinie kultury fizycznej, a więc m.in. w zakresie rekreacji ruchowej. Odnoszą się one m.in. do kwestii bezpieczeństwa osób przebywających w górach, co niewątpliwie dotyczy w szczególności turystów wędrujących góorskimi szlakami pieszymi, zjeżdżających po szlakach narciarskich, czy jadących konno po wyznaczonych w górach szlakach konnych. Ustalenia powołanej ustawy ograniczają się w tym zakresie do przesądzenia w art. 54 ust. 1 zasady, że zapewnienie bezpieczeństwa osób przebywających w górach należy do organów administracji rządowej i samorządowej, dyrekcji parków narodowych oraz osób fizycznych i prawnych, prowadzących w górach działalność w zakresie kultury fizycznej. Podobna zasada, ustalona w ust. 2 tegoż artykułu, zobowiązuje organy administracji rządowej i właściwych terytorialnie gmin oraz osoby fizyczne i prawne prowadzące działalność nad wodą, do zapewnienia bezpieczeństwa osobom pływającym, kąpiącym się i uprawiającym sporty wodne. Te mało precyzyjnie sformułowane ustalenia są rozwinięte w załącznikach nr 1 i 2 do wyżej powołanego rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 6 maja 1997 r.²⁶. Generalnie podstawowe znaczenie ma obowiązek gminy, jako gospodarza terenu, zapewnienia bezpieczeństwa w miejscach ogólnie dostępnych, co obejmuje też bezpieczeństwo osób korzystających ze szlaków turystycznych²⁷.

Ponadto istotne znaczenie dla kwestii bezpieczeństwa na szlakach turystycznych mają ustalenia art. 85 § 1 i 2 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń²⁸. Przewidują one, że samowolne niszczenie, uszkodzanie, usuwanie lub ustawianie znaku turystycznego, stanowi wykroczenie podlegające karze aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny. Jednocześnie istnieje możliwość orzeczenia przez sąd, na podstawie § 3 powołanego artykułu, obowiązku zapłaty równowartości zniszczonego lub uszkodzonego znaku turystycznego albo obowiązku przywrócenia stanu poprzedniego. Wskazana regulacja kodeksowa wpływa w konsekwencji na kształtowanie się zaufania wśród turystów korzystających ze szlaków turystycznych co do rzetelności i prawdziwości informacji przekazywanych przez znaki turystyczne.

3. Projektowane zmiany stanu prawnego

Od wielu miesięcy w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji trwają prace legislacyjne nad nowym rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie określenia warunków bezpieczeństwa osób przebywających w górach, pływających, kąpiących się i uprawiających sporty wodne. Projekt tego rozporządzenia z dnia 26 marca 2007 r. jest dostępny na stronie internetowej MSWiA²⁹. Wciąż trwają uzgodnienia międzyresortowe w tym zakresie wbrew temu, co na łamach „Rzeczpospolitej” moż-

²⁶ Zob. bliżej J. Gospodarek, *Prawo w turystyce...*, s. 204-209; M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne*, Kraków 2006, s. 219; W. Robaczyński, *Przegląd uwarunkowań...*, s. 28-29.

²⁷ Zob. bliżej J. Gospodarek, *Prawo w turystyce i rekreacji*, Warszawa 2007, s. 136-137; M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne...*, s. 220-224 oraz powołane tam orzeczenia sądowe.

²⁸ Dz. U. Nr 12, poz. 114 ze zm.

²⁹ Omówienie tego projektu zob. np. P. Trocha, M. Ostrzyżek, *Turystyka na własne ryzyko*, Gazeta Prawna z 20 kwietnia 2007 r.

na było przeczytać, że jakoby rząd wydał już to rozporządzenie w połowie lipca 2007 r.³⁰. Nic dziwnego, że prace nad wskazanym projektem jeszcze się nie zakończyły, gdyż wiele jego ustaleń wywołuje wręcz zasadnicze zastrzeżenia.

Fundamentalną nowością projektowanych regulacji prawnych miałyby być nałożenie na jednostki samorządu terytorialnego odpowiedzialności za odpowiednie wyznaczenie i oznakowanie górskich i wodnych szlaków turystycznych oraz za umieszczenie i konserwację znaków turystycznych. Spotkało się to od początku ze zdecydowaną krytyką samorządowców, którzy wskazują, że gminy nie mają odpowiednich środków finansowych ani wyszkolonej kadry znakarzy³¹. W istocie trzeba od razu postawić jeszcze poważniejszy zarzut pod adresem tej treści projektu rozporządzenia, że jest to materia natury ustawowej i powinna znaleźć się w ustawie o kulturze fizycznej z 1996 r., a nie w jej akcie wykonawczym³². Podobne zastrzeżenia i jeszcze dalej idące wątpliwości wywołują ustalenia tego projektu, że w zakresie nieuregulowanym jego szczególnymi postanowieniami, dotyczącymi odpowiadania gmin za wyznaczenie, oznakowanie i konserwację górskich i wodnych szlaków turystycznych, oraz określającymi zakres pojęcia „zapewnienie warunków bezpieczeństwa osób uprawiających turystykę górską, rekreację ruchową i sport w górach” oraz odpowiednio zakres objęty sformułowaniem „zapewnienie warunków bezpieczeństwa osób pływających, kąpiących się i uprawiających sporty wodne”, odpowiada organizator imprezy. Te wyjątkowo niejasne ustalenia omawianego projektu odnoszą się do sytuacji niezapewnienia przez organizatora imprezy warunków bezpieczeństwa oraz nieprzestrzegania przezeń zasad i warunków bezpieczeństwa³³. Również materii ustawowej dotyczą ustalenia wskazanego projektu rozporządzenia, że osoby fizyczne uprawiają sport, rekreację ruchową i turystykę górską oraz turystykę na wodach na własne ryzyko i własną odpowiedzialność. Przy tym jest to sformułowanie zbyt szeroko ujęte oraz trudne do pogodzenia z rodzajami i zasadami odpowiedzialności cywilnej³⁴. Nie ulega wątpliwości, że wskazane ustalenia projektowanego aktu wykonawczego wykraczają poza zakres delegacji ustawowej zawartej w art. 54 ust. 3 ustawy o kulturze fizycznej z 1996 r. Delegacja ta bowiem obejmuje jedynie upoważnienie do określenia warunków bezpieczeństwa osób przebywających w górach, pływających, kąpiących się i uprawiających sporty wodne, a także obowiązków osób prawnych i fizycznych prowadzących działalność w górach w zakresie kultury fizycznej oraz prowadzących działalność nad wodą w tym zakresie. Trzeba też wytknąć, że wskazana delegacja ustawowa nie zawiera wytycznych dotyczących treści aktu wykonawczego, co narusza ustalenia art. 92 Konstytucji RP.

Stosunkowo nieliczne postanowienia omawianego projektu rozporządzenia odnoszą się do obowiązków osób fizycznych korzystających z terenów, obiektów i urządzeń w górach oraz nad wodą, czyli do turystów i uczestników rekreacji na wskazanych terenach. Szczegółowe bowiem obowiązki tych osób mają określić załączniki

³⁰ Taką nieprawdziwą informację podali S. Szparkowska, J. Sadecki, *Na tatrzańskie szlaki bez ubezpieczenia*, Rzeczpospolita z 17 lipca 2007 r.

³¹ Zob. (TUR), *Wywiad na manowce*, Gazeta Krakowska z 30 kwietnia – 1 maja 2007 r.

³² Zob. w tej kwestii J. Gospodarek, *Prawo w turystyce i rekreacji...*, s. 143.

³³ Zob. tamże.

³⁴ Tamże.

do tego rozporządzenia. W projektowanym akcie wykonawczym te ogólne obowiązki turystów i uczestników rekreacji w górach i nad wodą są w większości tak oczywiste, że w istocie mogłoby ich nie być, skoro mają sprowadzać się zwłaszcza do przestrzegania zasad korzystania z danego terenu, obiektu i urządzenia oraz informowania GOPR, TOPR, WOPR i innych organizacji ratowniczych oraz służb ustawowo powołanych do niesienia pomocy o zaistniałych wypadkach i zagrożeniach. Zastanawiają przy tym sformułowania tego projektu zobowiązujące do przestrzegania znaków zakazu, ostrzegawczych i informacyjnych obowiązujących na danym obszarze wodnym i terenie przyległym oraz przestrzegania nakazów i sygnałów ratowników WOPR i innych organizacji ratowniczych, przy jednoczesnym pominięciu tych kwestii w odniesieniu obowiązków osób fizycznych korzystających z terenów, obiektów i urządzeń w górach³⁵.

Na szczególną uwagę zasługują przewidziane w omawianym projekcie rozporządzenia zakazy korzystania z terenów i urządzeń przeznaczonych do uprawiania narciarstwa, turystyki górskiej, rekreacji ruchowej i sportu w górach oraz na obszarach wodnych w stanie po spożyciu alkoholu lub w stanie nietrzeźwości, jak też pod wpływem środków odurzających. Wydaje się, że ten *prima facie* słuszny zakaz jest jednak zbyt szeroko ujęty w odniesieniu do terenów górskich i nawet sprzeczny z tradycją górską, przewidującą podczas kuligów podawanie na rozgrzewkę tzw. herbaty górskiej. Możliwość wyegzekwowania w praktyce tego zakazu jest wątpliwa i zapewne z tej przyczyny omawiany projekt nie przewiduje żadnych sankcji za naruszanie zasad bezpieczeństwa podczas korzystania z terenów i urządzeń przeznaczonych do uprawiania narciarstwa, turystyki górskiej, rekreacji ruchowej i sportu w górach³⁶. Podobnie jest z projektowanym zakazem korzystania z obszarów wodnych w stanie po spożyciu alkoholu lub w stanie nietrzeźwości bądź pod wpływem środków odurzających. Ten zakaz powinien być sformułowany w sposób niedopuszczający wyjątków, ale bez możliwych do wyegzekwowania sankcji będzie martwą literą prawa³⁷.

Spośród wspomnianych załączników do omawianego projektowanego rozporządzenia warto w szczególności powołać załącznik nr 1 określający szczegółowe warunki bezpieczeństwa osób uprawiających turystykę górską, rekreację ruchową i sport w górach. Przewiduje on jako podstawową formę udostępnienia terenów górskich wyznaczenie górskich szlaków turystycznych i narciarskich, ułatwiających orientację w terenie. Dla bezpieczeństwa na tych szlakach będzie miało szczególne znaczenie projektowane wprowadzenie zakazu ruchu pieszego na szlakach przeznaczonych wyłącznie dla turystyki narciarskiej oraz ustalenie zasady pierwszeństwa ruchu pieszego na szlakach turystycznych, na których jest dopuszczony ruch pieszy i turystyka narciarska. Ważne byłoby też przewidywane zorganizowanie służby lawinowej w regionach górskich Polski południowej przez Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej, w ciągu dwóch lat od wejścia w życie projektowanego rozporządzenia³⁸.

³⁵ Zob. bliżej tamże, s. 144 i 150.

³⁶ Zob. tamże, s. 144.

³⁷ Zob. tamże, s. 150.

³⁸ Zob. bliżej tamże, s. 145.

Spośród innych załączników do projektowanego rozporządzenia, dla kwestii bezpieczeństwa na szlakach turystycznych ma znaczenie załącznik nr 2, określający szczegółowe warunki dla terenów i urządzeń służących uprawianiu narciarstwa. Projekt ten wkracza w materię ustawową i jest nie do przyjęcia³⁹. Wspomnieć też warto o projekcie załącznika nr 3, który ustala zasady ostrzegania o niebezpieczeństwach oraz oznakowania szlaków i tras górskich. Przewiduje on częściowo zmienione, w porównaniu z dotychczas obowiązującymi, znaki stosowane do oznakowania górskich szlaków turystycznych, jak też w części nowe wzory oznakowania narciarskich tras zjazdowych⁴⁰. Pozostałe załączniki do omawianego projektu rozporządzenia mają tylko pośrednie znaczenie dla tematyki tego opracowania, gdyż dotyczą generalnie bezpieczeństwa nad wodą.

4. Postulowane zmiany stanu prawnego

Niezadowolający stan prawny w zakresie bezpieczeństwa na szlakach turystycznych spowodował, że w literaturze przedmiotu są zgłaszane postulaty i propozycje zmiany tego stanu rzeczy. Proponuje się m.in. wprowadzenie „KSIAŻEK WYJŚĆ W GÓRY”, ogólnie dostępnych w punktach wejść do parków narodowych i w schroniskach⁴¹. Zgłaszane są propozycje w zakresie sposobów bezpiecznego wytyczania i znakowania szlaków górskich⁴². Sam już wcześniej wskazywałem na pilną potrzebę jednoznacznego ustalenia w drodze ustawowej zasad zachowania się na szlakach turystycznych, wskazania podmiotów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo na tych szlakach oraz szczególnego unormowania kwestii ubezpieczeń w tym zakresie⁴³. Ważne jest również ustawowe uregulowanie stosunków prawnych z właścicielami i użytkownikami nieruchomości, przez które są lub mają być wyznaczone szlaki turystyczne, przesądzenie zasad organizacji i finansowania prac znakarskich na szlakach, stworzenie systemu ewidencji szlaków turystycznych oraz określenie zasad udostępniania i rozpowszechniania informacji o nich. Wydaje się, że chociaż dla bezpieczeństwa na szlakach turystycznych ma to tylko pośrednie znaczenie, celowe jest ustawowe przesądzenie charakteru szlaków turystycznych. Są one przecież nie tylko zbiorem określonych oznaczeń w terenie, ale przede wszystkim szczególnym dobrem intelektualnym, do którego prawa autorskie twórców powinny być zagwarantowane. Warto w tym zakresie skorzystać z dorobku prawa i orzecznictwa francuskiego, które traktują szlak turystyczny jako dzieło zbiorowe, stworzone z inicjatywy osoby fizycznej lub prawnej i rozpowszechniane przez nią pod swoją marką i na własną odpowiedzialność⁴⁴.

Wskazane cele mogą być osiągnięte poprzez odpowiednie zmiany w różnych obowiązujących ustawach. Wymagałoby to niewątpliwie trudnych do przeprowadzenia nowelizacji wielu ustaw, a zwłaszcza ustawy o drogach publicznych z 1985 r.,

³⁹ Zob. tamże.

⁴⁰ Zob. tamże, s. 146.

⁴¹ A. Jonak, *Proponowane formy działalności profilaktycznej w zakresie zapobiegania wypadkom w górach*, [w:] *Bezpieczeństwo i profilaktyka...*, s. 67.

⁴² Zob. tamże, s. 65-66.

⁴³ J. Gospodarek, *Prawo w turystyce...*, s. 67.

⁴⁴ J. Gospodarek, *Szlaki turystyczne we Francji*, *Wiadomości Turystyczne* z 16-31 lipca 2004 r., s. 18.

ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z 1994 r., ustawy o kulturze fizycznej z 1996 r., prawa o ruchu drogowym z 1997 r., ustawy o lasach z 1991 r., prawa wodnego z 2001 r., prawa ochrony środowiska z 2001 r., ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym z 2003 r., jak również ustawy o ochronie przyrody z 2004 r. Jednak te nowelizacje nie byłyby w stanie doprowadzić do kompleksowego uregulowania ustawowego problematyki szlaków turystycznych, albowiem cele tych ustaw są całkowicie inne. Nadal więc regulacja omawianych zagadnień byłaby niepełna i zapewne niezbyt spójna⁴⁵.

W tej sytuacji najlepszym rozwiązaniem wydaje się uchwalenie nowatorskiej ustawy o szlakach turystycznych. Powinna ona umożliwiać stworzenie jednolitego systemu organizacyjnego powstawania, funkcjonowania i konserwacji szlaków turystycznych w Polsce, jak też ich ewidencjonowania. Konieczne jest ustawowe ustalenie zasad i trybu udostępniania oraz rozpowszechniania informacji o szlakach turystycznych znajdujących się w takiej oczywiście skomputeryzowanej ewidencji, zapewniającej za pośrednictwem Internetu dostęp do danych o szlakach turystycznych wpisanych do ewidencji. Wymagałoby to przesądzenia co do zakresu tego dostępu oraz odpłatności za czynności i usługi świadczone na rzecz użytkowników. Niewątpliwie przy tworzeniu tego systemu celowe jest wykorzystanie dotychczasowych doświadczeń PTTK związanych w szczególności z dokumentowaniem szlaków górskich i stworzeniem ich skomputeryzowanej, centralnej kartoteki⁴⁶.

Szczególnie ważnym składnikiem postulowanej ustawy o szlakach turystycznych, powinno być nowatorskie unormowanie problematyki bezpieczeństwa na szlakach turystycznych. Wymaga to określenia podmiotów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo na szlakach turystycznych oraz zasad i zakresu tej odpowiedzialności, jak również sprecyzowania obowiązków użytkowników szlaków oraz szczególnych podstaw ich odpowiedzialności deliktowej za szkody wyrządzone innym użytkownikom. Opowiadam się zdecydowanie za oparciem na zasadzie ryzyka odpowiedzialności turysty rowerowego i każdego innego samoistnego posiadacza roweru za szkodę na osobie lub mieniu wyrządzoną komukolwiek przez ruch takiego pojazdu. Każdy bowiem rowerzysta stanowi zwiększone zagrożenie dla otoczenia, w tym zwłaszcza dla pieszych⁴⁷. Od tej odpowiedzialności za szkodę powinien być zwolniony tylko w razie siły wyższej lub wyłącznej winy poszkodowanego bądź osoby trzeciej.

Myśl ustawowego uregulowania problematyki szlaków turystycznych poparł W. Robaczyński, dopuszczając przy tym ogólniejsze rozwiązanie, obejmujące szerszy fragment rynku turystycznego, a nawet uregulowanie jednym aktem ustawodawczym całości problematyki turystycznej⁴⁸. Zdaniem wskazanego autora taka ustawa powinna w szczególności zdefiniować szlak turystyczny, określić rodzaje i klasyfikację szlaków turystycznych, zasady ich wyznaczania, podmioty uprawnione do projektowania i wyznaczania szlaków, obowiązki w zakresie utrzymywania i konserwacji szlaków oraz obiektów towarzyszących, jak również przesądzić kwestie finansowania procesu wyznaczania i konserwacji szlaków, roli organów administra-

⁴⁵ J. Gospodarek, *Prawo w turystyce...*, s. 67-68.

⁴⁶ Tamże, s. 68.

⁴⁷ Zob. bliżej J. Gospodarek, *Prawo w turystyce i rekreacji...*, s. 335.

⁴⁸ W. Robaczyński, *Przegląd uwarunkowań...*, s. 41.

cji publicznej w tym zakresie, zasad powierzania zadań z zakresu organizacji i eksploatacji szlaków turystycznych podmiotom niepublicznym, a także kwestie zakresu ochrony przysługującej twórcom projektów szlaków turystycznych⁴⁹. Na podkreślenie zasługuje ponadto, że odbyta 8 listopada 2006 r. ogólnopolska konferencja – robocze spotkanie ekspertów z inicjatywy ówczesnego Departamentu Turystyki Ministerstwa Gospodarki – zakończyła się wnioskiem o konieczności pilnych rozwiązań legislacyjnych dotyczących przestrzeni turystycznej, w tym całościowego unormowania spraw związanych ze szlakami turystycznymi. Unormowanie to powinno uwzględniać m.in. zapewnienie bezpieczeństwa na szlakach i odpowiedzialności prawnej w odniesieniu do turystów⁵⁰. Warto dodać, że postulowana ustawa powinna też przesądzić rozwiązanie kwestii zwrotu kosztów akcji ratowniczych podejmowanych przez GOPR, TOPR, WOPR i inne organizacje ratownicze, w celu ratowania turystów i uczestników rekreacji. Jest to szerszy problem, wykraczający poza problematykę szlaków turystycznych, ale ściśle z nimi związany, o czym przekonuje pierwszy przypadek zażądania przez TOPR zwrotu kosztów za akcję ratowania nietrzeźwego turysty, który potknął się i spadł z Orlej Perci⁵¹.

5. Wnioski końcowe

Dokonana analiza obowiązującego stanu prawnego w zakresie bezpieczeństwa na szlakach turystycznych prowadzi do smutnego wniosku, że pomimo oczywistej ważności tej problematyki nie jest ona doceniana i ma tylko fragmentaryczne uregulowania prawne. Projektowane zmiany tego stanu rzeczy nie zmierzają niestety we właściwym kierunku. Z powodów zasadniczych, jakimi są sprzeczność z Konstytucją RP oraz wykraczanie poza zakres delegacji ustawowej, nie do zaakceptowania jest projekt rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 26 marca 2007 r. w sprawie określenia warunków bezpieczeństwa osób przebywających w górach, pływających, kąpiących się i uprawiających sporty wodne. Należy przychylić się do stanowiska zaprezentowanego w literaturze przedmiotu i popartego przez ekspertów, o konieczności pilnego, kompleksowego uregulowania problematyki szlaków turystycznych. Celowe jest uchwalenie ustawy o szlakach turystycznych, która w sposób całościowy powinna unormować w szczególności zagadnienia wyznaczania, znakowania i konserwacji szlaków turystycznych, jak również określić podmioty odpowiedzialne za bezpieczeństwo na szlakach, obowiązki użytkowników tych szlaków oraz szczególne zasady odpowiedzialności za szkody wyrządzone turystom i uczestnikom rekreacji ko-

⁴⁹ Zob. tamże, s. 42.

⁵⁰ Zob. wnioski w podsumowaniu konferencji przedstawione przez S. Liszewskiego, *Ogólnopolska konferencja...*, s. 11.

⁵¹ Zob. Gazeta Krakowska z 21 sierpnia 2007 r.

rzystającym ze szlaków turystycznych. Powinna ona uwzględniać wieloletni dorobek i doświadczenie PTTK w zakresie wytyczania, znakowania i konserwacji oraz ewidencjonowania szlaków turystycznych⁵².

⁵² Zob. wnioski w podsumowaniu konferencji przedstawione przez S. Liszewskiego, *Ogólnopolska konferencja...*, s. 11.

Emilia Wieczorek*

Działalność przewodników turystycznych a zasada swobody działalności gospodarczej

Działalność przewodników turystycznych uregulowana jest przede wszystkim w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych¹ (cyt. dalej jako: u.u.t.), a także w wydanym na jej podstawie rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 17 stycznia 2006 r. w sprawie przewodników turystycznych i pilotów wycieczek².

Przewodnikiem turystycznym, w świetle art. 3 pkt 7a u.u.t., jest osoba zawodowo oprowadzająca turystów³ lub odwiedzających⁴ po wybranych obszarach, miejscowościach i obiektach oraz udzielająca o nich informacji. W aspekcie podmiotowym przewodnikiem turystycznym może być tylko osoba fizyczna, co wynika nie tylko z samej natury dokonywanych przez nią czynności, ale również z art. 22, 23 czy 28 u.u.t. W przeciwieństwie do definicji „organizatora turystyki”, „pośrednika turystycznego” i „agenta turystycznego”, ustawa nie stanowi, że przewodnik turystyczny jest przedsiębiorcą. Biorąc pod uwagę konotacje omawianej ustawy z ustawą z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁵, należy przyjąć, iż brak tej cechy powinien być analizowany wyłącznie w kontekście wskazanych przepisów publicznoprawnych. W konsekwencji działalność przewodnika turystycznego nie podlega obowiązkowi wpisu do ewidencji działalności gospodarczej. Nie oznacza to bynajmniej, że w konkretnym przypadku przewodnik turystyczny nie może być przedsiębiorcą w publicznoprawnym tego słowa znaczeniu. Stanie się tak w szczególności wówczas, kiedy jego działalność będzie wykonywana we własnym imieniu oraz w sposób zarobkowy.

W ustawie o usługach turystycznych jak i w wielu innych aktach prawnych, pojawia się natomiast pojęcie „działalności zawodowej”. Terminem tym można objąć każdą działalność wykonywaną w sposób profesjonalny, która formalnie rzecz biorąc nie posiada cech działalności gospodarczej w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. W szczególności dotyczy to tzw. wolnych zawodów, o ile nie są one wykonywane w sposób zorganizowany i ciągły, jak i działalności w zakresie

* Dr Emilia Wieczorek - Katedra Prawa Handlowego i Międzynarodowego Prawa Prywatnego Uniwersytetu Gdańskiego.

¹ Dz. U. z 2004 r., Nr 223, poz. 2268 ze zm.

² Dz. U. Nr 15, poz. 104.

³ Turystą jest osoba, która podróżuje do innej miejscowości poza swoim stałym miejscem pobytu na okres nie przekraczający 12 miesięcy, dla której celem podróży nie jest podjęcie stałej pracy w odwiedzanej miejscowości i która korzysta z noclegu przynajmniej przez jedną noc (art. 3 pkt 9 u.u.t.).

⁴ Odwiedzającym jest osoba, która podróżuje do innej miejscowości poza swoim stałym miejscem pobytu, dla której celem podróży nie jest podjęcie stałej pracy w odwiedzanej miejscowości oraz nie korzystająca z noclegu (art. 3 pkt 10 u.u.t.).

⁵ T. jedn. Dz. U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1095 ze zm.

wykonywania władzy publicznej⁶. Cecha zawodowego charakteru prowadzonej działalności znalazła swój wyraz w art. 43¹ k.c., który zawiera definicję przedsiębiorcy sformułowaną na użytek całego prawa prywatnego⁷. Mimo iż zakres wskazanej definicji jest szerszy aniżeli w przypadku powołanej wyżej ustawy publicznoprawnej, to jednak przesłanka odwołująca się do wykonywania działalności we własnym imieniu powoduje, iż w znaczeniu tam przyjętym przewodnik turystyczny nie w każdym przypadku będzie przedsiębiorcą.

Działalność przewodnika turystycznego nie jest reglamentowana w sposób przewidziany w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej - jego działalność nie wymaga uzyskania koncesji, zezwolenia czy licencji, ani też nie jest to działalność regulowana. Tą ostatnią jest działalność gospodarcza, której wykonywanie wymaga spełnienia szczególnych warunków, określonych przepisami prawa i po uzyskaniu wpisu do określonego rejestru działalności regulowanej. Instytucja działalności regulowanej stanowi *novum* w polskim prawie dotyczącym podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej. Jest to forma zliberalizowanej w stosunku do zezwoleń reglamentacji działalności gospodarczej. Przedsiębiorca nie musi bowiem uzyskać zgody odpowiedniego organu na podjęcie i prowadzenie działalności reglamentowanej. Przesłanką podjęcia takiej działalności jest spełnienie szczególnych warunków wskazanych w przepisach prawnych oraz uzyskanie wpisu do rejestru działalności regulowanej. Spełnienie tych warunków podlega jednak kontroli i w tym sensie działalność ta jest działalnością reglamentowaną. O statusie działalności gospodarczej jako działalności regulowanej decyduje wyłącznie ustawa. Status ten musi być określony wyraźnie, w przeciwnym razie dany rodzaj działalności gospodarczej nie należy do działalności regulowanej⁸.

Od działalności regulowanej należy odróżnić instytucję zawodu regulowanego. Pojęciem takim posługuje się ustawa z dnia 26 kwietnia 2001 r. o zasadach uznawania nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej kwalifikacji do wykonywania zawodów regulowanych⁹. Na podstawie art. 15 ustawy o zawodach regulowanych zostało wydane rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 7 października 2005 r. w sprawie stażu adaptacyjnego i testu umiejętności przeprowadzanych w toku postępowania o uznanie kwalifikacji do wykonywania zawodu przewodnika turystycznego¹⁰. W świetle art. 1 ust. 2 tejże ustawy zawodem regulowanym jest zawód, którego wykonywanie jest uzależnione od spełnienia wymagań kwalifikacyjnych i warunków określonych w odrębnych przepisach, zwanych „przepisami regulacyjnymi”. Do przepisów takich należy ustawa o usługach turystycznych. Zawód regulowany jest wykonywany na własny rachunek, na podstawie umowy o pracę lub w innej formie dozwolonej przez przepisy obowiązujące w państwie, w któ-

⁶ Por. E. Wieczorek, *Zmiany w Kodeksie cywilnym – cz. IV. Konsument, firma, prokura, przedsiębiorstwo*, EP 2003, nr 9, s. 17.

⁷ M. Pazdan, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 1001. Zob. też powołaną tam literaturę.

⁸ Zob. E. Wieczorek, [w:] *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, red. A. Powałowski, Warszawa 2007, s. 60-62.

⁹ Dz. U. Nr 87, poz. 954, zwana dalej ustawą o zawodach regulowanych.

¹⁰ Dz. U. Nr 214, poz. 1805.

rym zawód był, jest lub ma być wykonywany. Kwalifikacje niezbędne do wykonywania zawodu regulowanego, w tym również w zakresie przewodnictwa turystycznego, określone są w przepisach regulacyjnych. I tak w celu zapewnienia należytego poziomu, jakości i organizacji usług turystycznych ustawa nakłada na przewodników turystycznych liczne obowiązki dotyczące kwalifikacji, predyspozycji fizycznych oraz znajomości języków obcych¹¹. Dowodem uzyskania odpowiednich kwalifikacji są uprawnienia uzyskane po spełnieniu licznych wymogów określonych ustawą i wydanymi na jej podstawie przepisami wykonawczymi¹².

W świetle art. 21 u.u.t. można otrzymać uprawnienia przewodników turystycznych trzech rodzajów. Po pierwsze, przewodnik turystyczny otrzymuje uprawnienia przewodnika górskiego dla określonych obszarów górskich, a uprawnienia te dzielą się na trzy klasy w zależności od stopnia trudności tras i wycieczek¹³. Po drugie, przewodnik turystyczny może być przewodnikiem miejskim dla poszczególnych miast. Trzeci rodzaj przewodnika turystycznego to przewodnik terenowy dla poszczególnych województw, regionów oraz tras turystycznych, przy czym uzyskane w tym zakresie uprawnienia obejmują również miasta położone w obrębie województwa lub regionu.

W literaturze podkreśla się, że swoista reglamentacja działalności w zakresie przewodnictwa turystycznego uzasadniona potrzebą ochrony życia i zdrowia turystów jak również potrzebą zapewnienia kompetentnego przekazu rzetelnej wiedzy krajoznawczej, budzi kontrowersje pod względem zgodności z Konstytucją¹⁴. W tym miejscu należy podkreślić, że mimo iż przewodnik turystyczny – jak wyżej wskazano – nie musi być formalnie rzecz biorąc przedsiębiorcą, to jednak jest profesjonalistą, którego działalność, zwłaszcza od strony funkcjonalnej, zbliżona jest do działalności gospodarczej. I dlatego też konstytucyjne ograniczenia związane z wolnością gospodarczą muszą odnosić się również do innej działalności wykonywanej w sposób profesjonalny.

Prawdą jest, że konstytucyjną podstawą ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej jest wolność gospodarcza¹⁵. Jednak nigdy i nigdzie swoboda gospodarowania nie przybrała charakteru zasady bezwzględnej. Również obowiązująca konstytu-

¹¹ Zob. M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne*, Kraków 2003, s. 28.

¹² Zob. J. Gospodarek, *Prawo turystyczne w zarysie*, Warszawa 2003, s. 112-113.

¹³ W projekcie nowelizacji ustawy o usługach turystycznych zgłoszono propozycję uregulowania odrębnego rodzaju uprawnień dla przewodnika wysokogórskiego. Ostatecznie jednak propozycja ta została odrzucona.

¹⁴ J. Raciborski, *Propozycje zmian w regulacji prawnej przewodnictwa turystycznego*, FT 2002, nr 13, s. 76.

¹⁵ Art. 20 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. Wolność gospodarcza jest również konstytucyjną podstawą większości państw zachodnioeuropejskich. Tylko konstytucje niektórych państw nie wymieniają *expressis verbis* zasady wolności gospodarczej. Np. w konstytucji greckiej wolność gospodarcza jest elementem wolności politycznej i społecznej (art. 5 ust. 1), a we Francji zasadę wolności gospodarczej wyinterpretowano w orzecznictwie konstytucyjnym i doktrynie w oparciu o art. 34 konstytucji.

cja polska w art. 22 dopuszcza możliwość ograniczenia wolności gospodarczej, ale tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny¹⁶.

Należy się zastanowić, czy użyte w tym kontekście kryterium interesu publicznego, zwłaszcza ważnego interesu publicznego obejmuje swym zakresem tak daleko idącą ochronę turystów. W tym miejscu należy podkreślić, że turyści należą bez wątpienia do kategorii konsumentów, a w konsekwencji ich ochrona mieści się w konstytucyjnie zakreślonych granicach ograniczających swobodę działalności gospodarczej. Bliższe doprecyzowanie terminu „ważny interes publiczny” stanie się z pewnością domeną praktyki i orzecznictwa, w szczególności orzecznictwa sądowego, administracyjnego, a przede wszystkim orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego¹⁷.

Natomiast normatywne ustalenie ograniczeń w zakresie warunków korzystania z wolności gospodarczej wynika z regulacji prawnych dotyczących podjęcia działalności gospodarczej, prowadzenia działalności gospodarczej oraz struktury organizacyjno-prawnej przedsiębiorców¹⁸. Zakazy i ograniczenia tak szeroko rozumianej wolności gospodarczej mogą być przedmiotem aktów prawnych o zróżnicowanym charakterze: prywatnoprawnym, administracyjnoprawnym bądź mieszanym (kompleksowym)¹⁹. Pomijając w tym miejscu ich szczegółową analizę, należy skoncentrować uwagę na zagadnieniach bardziej ogólnych, związanych przede wszystkim ze wskazaniem wartości uosobionych pod pojęciem „ważny interes publiczny” w kontekście, w jakim posłużył się nim prawodawca.

We wskazanym przypadku będzie przede wszystkim chodzić o zespół wartości konstytucyjnych, na których opiera się cały system prawny naszego kraju. Jak podkreśla się w nauce prawa, system wartości, którym ma służyć realizacja norm prawnych, musi być odpowiednio uporządkowany, w szczególności pod względem aksjologicznym²⁰. Punktem odniesienia przy formułowaniu ocen w przypadku wartości konstytucyjnych powinno być bez wątpienia dobro wspólne wszystkich obywateli (art. 1 Konstytucji). Zdaniem Z. Ziemińskiego „W odniesieniu do pewnych najprostszych sytuacji <dobro ogółu> daje się sprowadzić w drodze swoistej redukcji indywidualizującej do tego, że każdy członek owego <ogółu> czerpie z danego stanu korzyści, czy też co najmniej niektórzy czerpią korzyści bez uszczerbku dla innych. Ale częściej zapewne jest tak, że stany rzeczy globalnie korzystne dla jakiejś części członków <ogółu> są globalnie niekorzystne dla innych”²¹. Konieczność uwzględnienia interesu ogółu została również zaakceptowana przez porządek wspólnotowy,

¹⁶ Szerzej na ten temat zob. K. Kruczałak, *Wolność gospodarcza i jej ograniczenia w świetle Konstytucji RP*, Gdańskie Studia Prawnicze – wybrane zagadnienia nowej Konstytucji, t. III, Gdańsk 1998, s. 43 i n.

¹⁷ Zob. M. Granat, [w:] *Polskie prawo konstytucyjne*, red. W. Skrzydło, Lublin 1998, s. 162. Autor przytacza szereg orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, które na tle poprzedniego stanu prawnego formułowały zasadę wolności gospodarczej wskazując na kierunki jej ograniczenia, a być może nawet miały wpływ na sformułowanie art. 22 Konstytucji.

¹⁸ Co do pojęcia wolności gospodarczej zob. K. Kruczałak, *Wolność gospodarcza...*, s. 43 i n.; Zob. także C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Warszawa 1995, s. 73 i n.

¹⁹ Zob. M. Zdyb, *Komentarz do ustawy o działalności gospodarczej*, Kraków-Lublin 1997; C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza...*, s. 361 i n.

²⁰ Szerzej na ten temat zob. Z. Ziemiński, *Wartości konstytucyjne*, Warszawa 1993, s. 7 i n.

²¹ Z. Ziemiński, *Wartości...*, s. 28.

zarówno w postanowieniach Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, jak i w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości²². Interes ogółu mieści w sobie między innymi ochronę konsumentów, gdzie należy wziąć pod uwagę zarówno masowość korzystania z usług jak i egzystencjalne znaczenie ochrony.

Odwołując się do „dobra ogółu” należy dokonać syntezy uwzględniającej często rozbieżne interesy poszczególnych jednostek. Ale nie tylko o wypadkową interesów jednostek (interes społeczny) tu chodzi. To jest jak gdyby jeden z elementów interesu publicznego. Drugim jego fundamentem jest racja stanu państwa, czyli podstawowe interesy państwa²³. Interes publiczny jest zatem swoistym kompromisem między tym, co istotne z punktu widzenia istnienia państwa a sferą interesów prywatnych. Niemniej wartości pierwszego rodzaju, mniej lub bardziej pośrednio służą realizacji interesów indywidualnych, mając w gruncie rzeczy względem tych ostatnich charakter instrumentalny. Jednakże, jeżeli chodzi o samą treść interesu publicznego, jest ona zmienna i trudna do określenia²⁴.

Z punktu widzenia ochrony konsumenta rolę takiego kryterium może spełniać w pierwszym rzędzie zasada społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 konstytucji). Społeczna gospodarka rynkowa jest niemiecką koncepcją ustroju gospodarczego, przyjętą także przez ustawodawcę polskiego, która wiąże zasadę gospodarki rynkowej z zasadą państwa socjalnego. Jest to ustrój, który z jednej strony akcentuje zasadę liberalizmu gospodarczego i gospodarkę rynkową, z drugiej zaś strony ustrój, który działanie obiektywnych praw ekonomicznych chce pogodzić z gospodarką nastawioną na realizację postulatów społecznych. Odrzuca się tu zatem skrajności gospodarki wolnorynkowej (leseferyzm), dopuszcza interwencję państwa w sferę gospodarki i zakłada ocenę stosunków gospodarczych według kryterium godności ludzkiej i równowagi społecznej (humanizm gospodarczy)²⁵. Zadaniem socjalnej koncepcji prawa rynkowego jest regulowanie i kontrolowanie procesów rynkowych w interesie ogólnym i zgodnie z interesami wszystkich uczestników obrotu gospodarczego²⁶.

Do najważniejszych aktów prawnych zawierających konstytucyjne ograniczenia w zakresie warunków podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej w ustawodawstwie zwykłym należy bez wątpienia ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Akt ten jest ustawą o charakterze ustrojowym, która ma szczególne miejsce w systemie prawa polskiego²⁷. W zamyśle projektodawców prawo działalno-

²² Zob. W. H. Roth, *Swoboda świadczenia usług* [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. M. A. Dausas, Warszawa 1999, s. 454.

²³ Do racji stanu współcześnie należą m.in. takie wartości jak bezpieczeństwo, integralność terytorium i suwerenność władzy, współpraca z innymi państwami oraz cywilizacyjny rozwój. Zob. W. Lamentowicz, *Państwo współczesne*, Warszawa 1996, s. 42-43.

²⁴ W. Lamentowicz, *Państwo...*, s. 43.

²⁵ K. Kruczałak, *Wolność gospodarcza...*, s. 44. Zob. także M. Granat, *Polskie prawo...*, s. 161-162; Z. Witkowski, *Prawo konstytucyjne*, Toruń 1998, s. 72.

²⁶ Nigdzie nie ma nieograniczonej wolności gospodarczej. „Wolność ta kończy się tam, gdzie wchodzi w grę ochrona konsumenta” - M. Nesterowicz, *Usługi turystyczne*, PiP 1999, z. 12, s. 47.

²⁷ A. Szmyt, *O normowaniu podstaw ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej*, Gdańskie Studia Prawnicze – księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej profesora Kazimierza Kruczałaka, t. V, Gdańsk 1999, s. 403 i n.

ści gospodarczej stanowić ma podwaliny nowego prawa w sferze podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej, zgodnego z zasadami nowej Konstytucji RP, uwzględniającego zobowiązania międzynarodowe i odpowiadającego aktualnym potrzebom życia gospodarczego²⁸.

Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej uwzględnia wskazane wyżej założenia konstytucyjne, wprowadzając do ustawy art. 17 nakładający na przedsiębiorcę obowiązek wykonywania działalności gospodarczej na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznym interesów konsumentów. Jeżeli chodzi o te dwa ostatnie kryteria, to jest to stosunkowo nowa instytucja prawa gospodarczego, aczkolwiek posiada już ugruntowaną pozycję w innych przepisach prawa. Wystarczy wymienić tutaj chociażby ustawę z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawę z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zapewnienie spójności w zakresie ustaw regulujących zagadnienia dotyczące działalności gospodarczej stanowiło jedną z podstawowych przesłanek uzasadniających opracowanie i uchwalenie nowej formuły ustawowej w zakresie podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej²⁹. Brak w dotychczasowej ustawie o działalności gospodarczej postanowień o poszanowaniu dobrych obyczajów i ochronie konsumenta z pewnością należał do materii wymagającej ustawowego skoordynowania.

Konieczność harmonizacji obowiązujących ustaw w zakresie podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej z uwzględnieniem postanowień dotyczących ochrony konsumenta nie była jednak na tym odcinku jedyną przyczyną wprowadzenia odnośnej regulacji. Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej z uwagi swą rangę materialnoprawną jest z pewnością jednym z najważniejszych aktów normatywnych, do których odsyła art. 76 Konstytucji, zgodnie z którym władze publiczne chronią konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi, a zakres tej ochrony określa ustawa³⁰. Przepis art. 76 konstytucji ma charakter kierunkowy, zawiera bowiem normę kompetencyjną dla ustawodawcy zwykłego nie precyzując przy tym zakresu i poziomu ochrony konsumenta. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż przepis ten może również być wykorzystany w ramach konkretnego sporu sądowego służąc jako kryterium interpretacji zwrotów i pojęć niedookreślonych zawartych w przepisach mających być podstawą rozstrzygnięcia³¹. Dlatego też bez wątplenia nie można ograniczyć się wyłącznie do wskazanej ustawy, która z pewnością nie jest jedynym aktem służącym do konstytucyjnie uwarunkowanej ochrony interesów konsumenta. W konsekwencji odpowiednie znaczenie należy przypisać również ustawie o zawodach regulowanych.

Z jurydycznego punktu widzenia przepis art. 17 u.s.d.g. osadza się na trzech klauzulach generalnych opartych na takich pojęciach niedookreślonych jak: „uczciwa”,

²⁸ Zob. uzasadnienie do projektu rządowego ustawy – Prawo działalności gospodarczej, druk sejmowy nr 715, z 10 listopada 1998 r.

²⁹ Por. C. Kosikowski, *Nowe prawo działalności gospodarczej*, PUG 1999, nr 2, s. 2.

³⁰ Szerzej na temat roli art. 76 konstytucji w zakresie legislacji prokonsumenckiej zob. E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 1999, s. 54-56.

³¹ E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 55.

„dobre”, „słuszne”. Obowiązek wykonywania działalności gospodarczej na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów konsumenta, podobnie jak wymóg spełnienia określonych przepisami prawa warunków wykonywania działalności gospodarczej, w szczególności dotyczących ochrony przed zagrożeniem życia, zdrowia ludzkiego i moralności publicznej, a także ochrony środowiska zawarty w art. 18 u.s.d.g., a także wymóg posiadania odpowiednich uprawnień zawodowych zawarty w art. 19 u.s.d.g., należy traktować w kategoriach ograniczeń wolności gospodarczej. Dlatego też przy interpretacji zwrotów niedookreślonych w procesie stosowania prawa, zachodzi konieczność uwzględnienia w równej mierze interesu publicznego.

Przytoczone przykłady w dostateczny sposób ilustrują równowagę indywidualnych interesów ogółu z interesem państwa będąc wyrazicielem interesu publicznego. Dodać przy tym należy, że zgodnie z art. 22 konstytucji interes publiczny, z uwagi na który można wprowadzić ograniczenia wolności gospodarczej musi być interesem ważnym. Owa „ważność” winna być merytorycznie uzasadniona, tak aby w konflikcie z zasadą swobody gospodarowania warunek aksjologiczny przeważał na korzyść ograniczenia³². Z pewnością jest to drogowskaz dla wszelkich poczynań w dziedzinie ochrony konsumenta, w tym również turystów. Nie chodzi wszak o ochronę konsumenta „przeciw” czy „ponad” rynkowi, ale o ochronę konsumenta „na rynku”³³.

³² Por. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 9 kwietnia 1991 r. (U 9/90).

³³ Tak właśnie E. Łętowska, *Ochrona konsumenta jako problem legislacyjny okresu transformacji*, AUWr 1994, nr 1690, s. 85.

Andrzej Kremer*

Opieka dyplomatyczna i konsularna nad turystą – wybrane aspekty

1. Opieka dyplomatyczna a opieka konsularna

Zdefiniowanie opieki dyplomatycznej i konsularnej tylko na pozór jest zadaniem łatwym. Nie budzi wątpliwości, że chodzi tu o reakcje państwa na naruszenia prawa w odniesieniu do jego obywateli w przypadku, gdy to naruszenie ma miejsce poza granicami państwa, a szczególności, gdy sprawcą naruszenia jest organ lub funkcjonariusz obcego państwa. Precyzyjna definicja i rozróżnienie tych dwóch pojęć sprawia jednak sporo kłopotów doktrynie¹. W szczególności zachodzi pytanie, czy opiekę dyplomatyczną sprawuje tylko przedstawiciel dyplomatyczny? A także, jak należy oceniać działania podejmowane przez urzędnika konsularnego w celu ochrony praw swoich obywateli. Dodatkową trudność sprawia fakt, że działania na rzecz swoich obywateli i w ochronie ich interesów podczas pobytu na terytorium innego państwa stanowią istotę funkcji konsularnych, a historycznie należą do genezy utworzenia takiego urzędu we współczesnym rozumieniu².

Faktycznie urząd konsula powstały w okresie średniowiecza opierał się w swojej genezie na zapewnieniu opieki kupcom udającym się do innych krajów, z czasem objął także inne funkcje opieki nad swoimi obywatelami przebywającymi w kraju urzędowania konsula. Słusznie wskazuje się na początki udzielania przez północno-włoskie republiki pomocy swoim obywatelom – kupcom udającym się do innych krajów pomocy przed organami innych państw, a w odniesieniu do krajów muzułmańskich też możliwość pełnienia jurysdykcji³ nad swoimi obywatelami.

Najnowszą próbę zdefiniowania pojęć podjął Jan Sandorski, próbując określić granice opieki dyplomatycznej i opieki konsularnej. Wskazuje przy tym na rozróżnienie funkcji konsularnych na funkcje administracyjne oraz funkcje quasi-dyplomatyczne⁴, do których należą także działania o charakterze opieki dyplomatycznej, czyli podejmowanie interwencji i działań na rzecz ochrony praw swojego

* Dr Andrzej Kremer - Katedra Prawa Rzymskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego, Ministerstwo Spraw Zagranicznych.

¹ J. Sutor, *Prawo dyplomatyczne i konsularne*, Warszawa 1988, s. 91 – 92 (opieka dyplomatyczna); s. 354 – 355 (opieka konsularna); K. Skubiszewski, *Ochrona dyplomatyczna obywateli*, Państwo i Prawo, 1975, z. 10, s. 30-42; S. Sawicki, *Funkcje konsula. Studium prawnomiędzynarodowe*, Wrocław 1992, s. 12; J. Sandorski, *Opieka dyplomatyczna jako narzędzie prawa człowieka*, [w:] *Ochrona praw człowieka w świecie*, red. L. Wiśniewski, Bydgoszcz – Poznań 2000, s. 13-68; J. Sandorski, *Opieka dyplomatyczna a międzynarodowa ochrona praw człowieka*, Poznań 2006, s. 41-50.

² Zagadnienie zbieżności terminologicznej pomiędzy funkcją konsula w ustroju republikańskim w starożytnym Rzymie, a funkcją konsula w rozumieniu współczesnego prawa międzynarodowego wymaga odrębnego opracowania. Należy jednak wskazać, że prezentowane niekiedy podglądy o podobieństwie funkcji lub wywodzeniu się współczesnego pojęcia konsula od rzymskiego urzędu są zasadniczo błędne.

³ J. Sandorski, *Opieka...*, s. 51-52.

⁴ J. Sandorski, *Opieka...*, s. 45.

obywatela na terytorium państwa przyjmującego. Jak słusznie podkreśla Sandorski „odpowiedź na to pytanie utrudnia dodatkowo fakt, iż zarówno w praktyce, jak i w doktrynie bezrefleksyjnie przyjęto podział na opiekę dyplomatyczną i konsularną, bez wyjaśnienia, co się kryje pod obu tymi terminami”⁵.

Pomocnym w wyjaśnieniu tej kwestii może być poddanie analizie przepisów obowiązujących w tym zakresie w prawie międzynarodowym i w prawie polskim.

2. Podstawy prawne w prawie międzynarodowym

Artykuł 3 pkt b konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych⁶ definiuje funkcje misji dyplomatycznej jako ochronę w państwie przyjmującym interesów państwa wysyłającego i jego obywateli, w granicach ustalonych przez prawo międzynarodowe. Ta lakoniczna definicja wskazuje na kilka istotnych elementów pojęcia opieki dyplomatycznej.

Po pierwsze określa zakres terytorialny. Opieka ta sprawowana jest na terytorium państwa przyjmującego. W ten sposób zakłada się, że te państwa utrzymują stosunki dyplomatyczne i posiadają odpowiednio akredytowane misje dyplomatyczne. Ponadto definiuje zakres podmiotowy. Opieką obejmuje się interes państwa oraz własnych obywateli. Definicję obywatelstwa⁷ polskiego⁸ zawiera ustawa o obywatelstwie polskim⁹, która co do zasady opiera się na zasadzie nabycia obywatelstwa z mocy prawa na podstawie tzw. *ius sanguinis*¹⁰, czyli pochodzeniu od rodzica/ rodziców posiadających obywatelstwo polskie. Jak wynika z cytowanego przepisu nie można objąć co do zasady opieką obywateli obcych. W praktyce jest to niekiedy powodem sporu ze względu na posiadanie przez podmioty fizyczne więcej niż jednego obywatelstwa. Omówienie szczegółowe tego zagadnienia wykracza poza ramy niniejszego tekstu. Warto jednak zwrócić uwagę na fakt, że wiele osób posiada w związku z miejscem urodzenia, obywatelstwem rodziców lub z powodu innych przyczyn dwa lub więcej obywatelstw. Władze kraju pobytu mogą jednak na podstawie cytowanej normy konwencji, jak też na podstawie przepisów wewnętrznych odmówić przedstawicielowi innego państwa możliwości wykonywania opieki nad osobą posiadającą obywa-

⁵ J.Sandorski, *Opieka...*, s. 45.

⁶ Konwencja wiedeńska o stosunkach dyplomatycznych sporządzona w Wiedniu dnia 18 kwietnia 1961 r. (Dz.U. z 1965 r., Nr 37, poz. 232).

⁷ G. Grabowska, *Obywatelstwo*, [w:] *Wielka Encyklopedia Prawa*, red. E Smoktunowicz i C. Kosikowski, Warszawa 2000, s. 541.

⁸ A. Miruć, *Obywatelstwo polskie*, [w:] *Wielka Encyklopedia Prawa*, red. E Smoktunowicz i C. Kosikowski, Warszawa 2000, s. 541-542.

⁹ Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim (t. jedn. Dz. U. z 2000 r., Nr 28, poz. 353, ze zm.).

¹⁰ Zasada prawa krwi oznacza nabycie obywatelstwa przez dzieci, jeżeli przynajmniej jedno z rodziców jest obywatelem polskim – zob. A.Miruć, *Obywatelstwo polskie...*, s. 542. Ponadto obywatelstwo polskie można nabyć w drodze: repatriacji oraz aktów administracyjnych: nadania obywatelstwa i uznania za obywatela, a w określonych warunkach na podstawie *ius soli*, czyli prawa ziemi, jeżeli dziecko urodzone lub znalezione w Polsce nie ma znanych rodziców lub obywatelstwo rodziców jest nieokreślone lub też są oni bezpaństwowcami. Zobacz też: *Przepisy o obywatelstwie polskim 1919 – 1995*, wyboru dokonały M. Albinia i A. Czajkowska, Toruń 1996.

telstwo kraju pobytu¹¹. Odrębnym zagadnieniem jest możliwość sprawowania opieki konsularnej wobec obywateli państwa trzeciego, do czego powrócę poniżej w odniesieniu do regulacji unijnych.

Podobną treść ma art. 5 konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych¹², który określając funkcje konsularne, podkreśla, że polegają na między innymi według ust. a) na ochronie w państwie przyjmującym interesów państwa wysyłającego oraz jego obywateli, zarówno osób fizycznych, jak i prawnych, w granicach dozwolonych przez prawo międzynarodowe. Przepis ten podobnie formułuje zasadę ochrony interesów państwa szczególnych obywateli, precyzując jednak, że pojęcie obywateli należy rozumieć jako dotyczące zarówno osób fizycznych, jak podmiotów prawnych. O ile określenia obywatelstwa osób fizycznych jest, jak wskazano powyżej, ustawowo uregulowane, o tyle sprecyzowanie obywatelstwa osób prawnych następuje pewne trudności. Należy do nich zapewne zaliczyć osoby prawne niekomercyjne, w tym instytucje publiczne, stowarzyszenia, związki wyznaniowe posiadające osobowość prawną w Polsce. Pewnym problemem jest natomiast precyzyjne określenie przynależności państwowej osób prawnych prowadzących działalność gospodarczą, w tym szczególnie spółek, których różne cechy właściwe ulegają zmianie. Dotyczy to zarówno siedziby, jak i kapitału w nie zaangażowanego, ponadto często zdarzają się spółki będące częścią ponadnarodowych korporacji. Z pewnością pomocne przy ocenie zasadności udzielania opieki będzie korzystanie z przepisów prawa handlowego, w tym szczególnie prawa spółek¹³. Z przepisami obu konwencji wiedeńskich koresponduje art. 32 ustawy o działach administracji rządowej, który wskazuje w ust. 2, że do działu sprawy zagraniczne należy m.in. „reprezentowanie szczególnych ochrona interesów Rzeczypospolitej Polskiej szczególnych jej obywateli oraz polskich osób prawnych za granicą”¹⁴ oraz art. 10 ust. 1 ustawy o funkcjach konsulów¹⁵: „Konsul chroni prawa i interesy Rzeczypospolitej Polskiej i jej obywateli”. Stanowią one powtórzenie w prawie krajowym zasad dotyczących opieki dyplomatycznej i konsularnej, jednak bez odpowiedniej próby rozdzielenia tych dwóch pojęć.

Do szczególnych uprawnień konsularnych mających związek ze sprawowaniem opieki konsularnej należy także uregulowana w art. 36 konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych swoboda porozumiewania się z obywatelami państwa wysyła-

¹¹ Takie przypadki dotyczą szczególnie państw o charakterze imigracyjnym, np. USA, Kanady, Australii, do których udała się znacząca liczba obywateli polskich, którzy nabyli w trakcie pobytu w tych państwach obywatelstwo kraju zamieszkania. Zagadnienia dwóch obywatelstw w stosunkach polsko niemieckich omawia W. Czaplinski, *Obywatelstwo w procesie normalizacji stosunków RFN – PRL i RFN – NRD*, Poznań 1990.

¹² Konwencja wiedeńska o stosunkach konsularnych sporządzona w Wiedniu w dniu 24 kwietnia 1963 r. (Dz. U. z 1982 r., Nr 13, poz. 98). Polska ratyfikowała tę konwencję z dużym opóźnieniem dopiero w 1981 r.

¹³ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.).

¹⁴ Ustawa z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (t. jedn. Dz. U. z 2003 r., Nr 159, poz. 1548, ze zm.).

¹⁵ Ustawa z dnia 13 lutego 1984 r. o funkcjach konsulów Rzeczypospolitej Polskiej, (t. jedn. po obszernych zmianach obejmujących także zmianę tytułu ustawy Dz. U. z 2002 r., Nr 215, poz. 1823, ze zm.).

jącego. Dotyczy ona porozumiewania się urzędu konsularnego z obywatelami swojego państwa oraz udawania się do nich. W szczególny sposób obowiązek dotyczy powiadamiania właściwego konsula przez władze państwa przyjmującego o przypadku tymczasowego aresztowania, uwięzienia lub pozbawienia wolności w jakikolwiek inny sposób obywatela reprezentowanego przez tegoż konsula państwa, co umożliwi urzędnikowi konsularnemu udzielenie efektywnej pomocy.

Zawarte w przepisie odniesienie do różnych możliwych form pozbawienia wolności uwzględnia istniejące różnice systemów prawnych, w których występują zróżnicowane definicje pozbawienia wolności. Warto także pamiętać, że nadal na świecie możliwe jest pozbawienie wolności bez formalnego nakazu aresztowania, czy też odpowiedniej decyzji organu sądowego. Przypadki aresztowania lub innych form pozbawienia wolności w sposób szczególnie pokazują, jak istotna jest w przypadku opieki konsularnej kwestia obywatelstwa. W takich sytuacjach przepisy art. 36 ust. b i c konwencji pozwalają taką osobę aresztowaną lub pozbawioną wolności odwiedzać, rozmawiać z nią lub też utrzymywać z nią kontakt w drodze korespondencyjnej. Jest to bardzo istotna możliwość efektywnego sprawowania opieki konsularnej, szczególnie w krajach, w których jest wielu aresztowanych lub zatrzymanych obywateli polskich¹⁶.

Należy jednak pamiętać o jednym istotnym zastrzeżeniu wynikającym z cytowanych postanowień konwencji wiedeńskich. Mianowicie ochrona interesów państwa i obywateli musi mieścić się w granicach dozwolonych przez prawo międzynarodowe, czyli nie może naruszać przepisów i zasad prawa międzynarodowego publicznego, w tym szczególnie zasady suwerenności państw i równości podmiotów prawa międzynarodowego. Oznacza to, że państwo wysyłające nie może podejmować dowolnych działań w ochronie swoich interesów, lecz musi się jedynie ograniczyć do takich, które są uznawane i dopuszczalne w świetle prawa międzynarodowego.

3. Podstawy prawne w prawie polskim

W polskim ustawodawstwie, do którego należy także zaliczyć wymienione powyżej ratyfikowane umowy międzynarodowe, które na mocy art. 91 Konstytucji RP oraz wcześniejszych przepisów konstytucyjnych należą do polskiego porządku prawnego, ogólną normę dotyczącą opieki ze strony państwa zawiera art. 36 Konstytucji RP¹⁷. Przepis ten stanowi, że „Podczas pobytu za granicą obywatel polski ma prawo do opieki ze strony Rzeczypospolitej Polskiej”. Szczegółowe zasady sprawowania tej opieki zawiera ustawa o funkcjach konsulów. W ten sposób bardziej zdefiniowana normatywnie pozostaje opieka konsularna¹⁸, podczas gdy opieka dyplomatyczna jest

¹⁶ Szczegółowe dane odnoszące się do ilości zatrzymanych, aresztowanych i skazanych obywateli polskich publikuje Departament Konsularny i Polonii Ministerstwa Spraw Zagranicznych w swoich rocznych raportach konsularnych. Są one dostępne w Internecie pod adresem www.msz.gov.pl w części: Informacje konsularne.

¹⁷ Przepis ten nie jest całkowicie nową normą w polskim prawie. Już art. 89 Konstytucji PRL z 1952 r. stanowił, że „obywatele polscy za granicą korzystają z opieki Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej”.

¹⁸ Ostatnio na ten temat: P. Cybula, P. Czubik, *Opieka konsularna nad turystą*, [w:] *Prawo w praktyce biur podróży*, red. P. Cybula, Warszawa 2006, s. 368 i n.

opisywana raczej przez doktrynę prawa. Ustawa o funkcjach konsulów zawiera katalog działań na rzecz obywateli przebywających za granicami Polski. Artykuł 10 tej ustawy wskazuje, że konsul „chroni prawa i interesy Rzeczypospolitej Polskiej i jej obywateli”¹⁹ oraz „czuwa w zakresie swojej właściwości nad wykonywaniem umów międzynarodowych obowiązujących w stosunkach między Rzeczpospolitą Polską a państwem przyjmującym”²⁰. O ile w punkcie 1 artykułu 10 powtórzono dobrze znaną już normę dotyczącą chronienia praw i interesów obywateli, czyli sprawowania opieki konsularnej, to w punkcie 3 tego przepisu wymieniono obowiązek czuwania nad wykonywaniem umów międzynarodowych. Należy pamiętać, że szereg umów wielostronnych i dwustronnych dotyczy także praw obywateli, w tym opieki konsularnej. Są to zarówno cytowane powyżej ogólne konwencje, w tym konwencja wiedeńska o stosunkach konsularnych, ale także szereg bilateralnych konwencji konsularnych²¹. Ewentualne naruszenie tych umów stanowi podstawę do podjęcia interwencji przez konsula i podjęcie działań w ramach opieki dyplomatycznej. Ale bilateralna infrastruktura traktatowa jest o wiele bogatsza. Z szeregiem krajów Polskę łączy wiele umów dotyczących praw obywateli lub podmiotów prawnych. Wystarczy wspomnieć umowy o współpracy przy zwalczaniu przestępczości, umowy o ochronie inwestycji, w ramach których ochronie podlegają dane osobowe, sposób ich przekazywania, a także rozpoczęte inwestycje prowadzone z reguły przez osoby prawne. To tylko przykładowe wyliczenie pokazuje, jak szeroko powinien konsul postrzegać normę dotyczącą monitorowania wykonywania umów międzynarodowych. Ponadto art. 11 ustawy o funkcjach konsulów nakłada na polskiego urzędnika konsularnego obowiązek zapewnienia pomocy obywatelom polskim w realizacji praw przysługujących im zgodnie z prawem państwa przyjmującego oraz prawem i zwyczajami międzynarodowymi. Ten przepis może mieć istotne znaczenie przy opiece nad turystą. Zakłada on, że obywatel polski powinien przynajmniej w niezbędnym zakresie znać przepisy kraju, do którego się udaje. Wówczas możliwe będzie stwierdzenie, że jakieś przysługujące mu uprawnienia nie są realizowane lub też realizowane są w sposób niepełny, co uzasadniałoby włączenie konsula do działań mających na celu zapewnienie pełnej realizacji praw. Dotyczyć to może szeregu okoliczności związanych z zasadami wjazdu i pobytu turystów. Wiele krajów reguluje w sposób dla siebie właściwy wjazd turystów zagranicznych poprzez przykładowo obowiązek wykupu wizy lub innego rodzaju zezwoleń na pobyt turystyczny przy wjeździe na teren państwa. Inne z kolei reglamentują wjazd do pewnych regionów lub sposób poruszania się turystów po kraju. Nie można także zapomnieć o różnicach kulturowych, religijnych i obyczajowych, jakie występują pomiędzy Polską, czy szerzej patrząc Europą, a szeregiem krajów na świecie. Odmienność religii powoduje przykładowo,

¹⁹ Art. 10 pkt 1.

²⁰ Art. 10 pkt 3.

²¹ Aktualny wykaz dwustronnych konwencji konsularnych publikuje MSZ na swoich stronach internetowych, w szczególności w Internetowej Bazie Umów. Podaje taki wykaz szereg autorów, patrz T. Joniec, *Polska służba konsularna 1918 – 1995*, Warszawa 1996, s. 239 – 242. Publikację tekstów konwencji zrealizował w swoim czasie J. Simonides: *Konwencje konsularne PRL*, wybór i wprowadzenie J. Simonides, Warszawa 1986. Co do znaczenia dwustronnych umów konsularnych patrz też: S. Sawicki, *Funkcje konsula...*, s. 35-50.

że inny jest układ tygodnia, czy też dni pracujących i świątecznych. Nie zawsze są też dostępne do zwiedzania świątynie. Odmienności obyczajowe i prawne nie dopuszczają pewnych zachowań turystów, w tym zwłaszcza noszenia zbyt skąpego stroju, wchodzenia do pewnych budowli lub innych działań. Te elementy muszą być uwzględniane przy domaganiu się realizacji przysługujących turystyce praw. Oznacza to, że nie zawsze to, co wydaje się przysługującym uprawnieniem, jest nim w świetle miejscowego prawa lub też obowiązującego w danym kraju obyczaju. Powoduje to niekiedy konflikty przy udzielaniu opieki konsularnej, gdyż konsul musi zwrócić uwagę i poinformować swojego obywatela, jakie normy prawne obowiązują w kraju pobytu. W praktyce oznacza to, że niekiedy nie mogą być zrealizowane wszystkie oczekiwania turystów, które wynikają niekiedy z braku wiedzy właśnie o prawie kraju pobytu. Ponadto urzędnik konsularny musi szanować zasady prawa międzynarodowego, czyli także fundamentalną zasadę suwerenności państwa. Nie jest więc w kraju przyjmującym organem władzy, lecz jedynie przedstawicielem innego państwa, który może podjąć odpowiednią interwencję, ale nie może zastąpić organów władzy kraju pobytu. W szczególności konsul udziela pomocy turystom w przypadku wystąpienia następujących sytuacji:

- a. Różnego rodzaju wypadków, w tym wypadków komunikacyjnych, wypadków przy pracy lub katastrof naturalnych. Działania obejmują wówczas pomoc w ustaleniu przyczyn wypadku, zwłaszcza, jeżeli są to wypadki ze skutkiem śmiertelnym. Obok pomocy w opiece nad osobami poszkodowanymi wymagającymi opieki medycznej, konsul podejmuje także czynności informacyjne wobec rodziny, a w razie potrzeby stosunku do właściwych organów w kraju. Są to działania w sposób szczególny objęte zainteresowaniem mediów, co powoduje też konieczność przygotowania odpowiedniej informacji. W razie przypadku zgonu niezbędne jest podejmowanie działań oraz okazanie pomocy rodzinie zarówno w zakresie wyjaśnienia wszelkich okoliczności danego przypadku, jak też udzielenie pomocy w sprowadzeniu ciała osoby zmarłej do Polski. W praktyce często konieczna jest pomoc w zakresie realizacji roszczeń odszkodowawczych lub uprawnień wynikających z ubezpieczenia. Należy tu wskazać, że art. 37 pkt a konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych nakłada na właściwe władze kraju pobytu obowiązek przekazania urzędowi konsularnemu informacji o przypadkach zgonu obywatela innego państwa. Brak takiego powiadomienia utrudnia podjęcie działań przez konsula.
- b. Okazywanie pomocy w dochodzeniu praw za granicą, w szczególności w sprawach odszkodowawczych, alimentacyjnych oraz dotyczących konfliktów wokół prawa do opieki nad dziećmi. Pewne reguły w tym zakresie zawiera art. 12 ustawy o funkcjach konsulów w zakresie podejmowania w niezbędnym zakresie czynności przed sądami lub innymi władzami państwa przyjmującego. Należy zwrócić uwagę na dosyć wąskie rozumienie w świetle tego przepisu możliwości zastępstwa procesowego osób zainteresowanych przez konsula. Natomiast art. 14 tej ustawy obliguje konsula do podjęcia działań mających na celu ustanowienie opieki lub kurateli nad obywatelem polskim lub jego mieniem pozostającym bez opieki, o ile byłyby spełnione przesłanki przewidziane w prawie polskim do podjęcia takich działań. Warto przy tej okazji pamiętać, że w zależności od miejsca

pobytu osób, które powinny podlegać opiece oraz osób, które miałyby sprawować taką opiekę, mogą być też niezbędne działania przez właściwymi organami lub sądami polskimi. Jako przykład można przytoczyć potrzebę objęcia opieki nad osobą nieletnią przez innych członków rodziny niż rodzice (np. dziadkowie). Jeżeli nie przybywają oni w kraju pobytu osoby małoletniej, może być koniecznym wydanie odpowiedniego postanowienia przez sąd polski. Także w takich sytuacjach art. 37 pkt b konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych nakłada na właściwe władze kraju pobytu obowiązek przekazania urzędowi konsularnemu informacji o przypadkach, kiedy występuje potrzeba ustanowienia opiekuna lub kuratora dla osoby małoletniej lub innej osoby nie posiadającej pełnej zdolności do czynności prawnych, a która jest obywatelem innego państwa. Nie wyklucza to jednak zastosowania w takich przypadkach ustawodawstwa i procedur przewidzianych w prawie miejscowym.

- c. Szczegółowe regulacje ustawowe dotyczą zasad udzielania opieki osobom zatrzymanym lub aresztowanym. Zasady te dotyczą zresztą przypadku jakiegokolwiek pozbawienia wolności, bowiem należy pamiętać, że formy pozbawienia wolności są nadal bardzo zróżnicowane w zależności od kraju. Artykuł 13 ustawy o funkcjach konsulów dotyczy pozbawienia wolności przez władze państwa przyjmującego. Przypadki pozbawienia wolności poprzez np. porwanie nie mieszczą się w tej kategorii i muszą być traktowane odrębnie. Artykuł 13 ustawy, przewiduje czuwanie nad tym, aby obywatele polscy pozbawieni wolności w państwie przyjmującym mieli zapewnioną ochronę prawną i traktowanie zgodne z prawem tego państwa oraz z prawem i zwyczajami międzynarodowymi. Warto wskazać, że te ograniczenia są istotnym elementem ograniczającym możliwość działania urzędnika konsularnego. W szczególności konsul może zwracać się do sądów i innych organów (policji, prokuratury, sędziego śledczego, ale także organów służb celnych i granicznych, w zależności od przyczyny zatrzymania lub aresztowania) o udzielenie informacji o przyczynach zatrzymania, a zwłaszcza o zarzutach stawianych zatrzymanym obywatelom polskim. Nim jednak konsul zwróci się o takie informacje musi wiedzieć, że do zatrzymania lub aresztowania doszło. Reguluje to art. 36 ust. 1 pkt b konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych, który przewiduje powiadomienie urzędu konsularnego o aresztowaniu lub zatrzymaniu przez właściwe władze państwa przyjmującego, warunkując jednak to od woli osoby zatrzymanej. Tak samo władze kraju pobytu powinny przekazać do urzędu konsularnego każdą wiadomość od osoby przybywającej w areszcie, więzieniu lub w inny sposób pozbawioną wolności. Z różnych jednak przyczyn zdarza się, że osoba zatrzymana lub aresztowana nie wyraża woli powiadomienia swojego konsula. Przyczyny z reguły są dwie. Niechęć do powiadamiania organów swojego kraju z powodu obawy, że mogą się toczyć różnego rodzaju postępowania krajowe przeciwko osobie zatrzymanej. Ten powód powoli zaczyna mieć coraz mniejsze znaczenie w praktyce wobec istnienia w obszarze UE systemów informatycznych ułatwiających wymianę informacji o osobach poszukiwanych, w tym zwłaszcza System Informacyjny Schengen (SIS), zachowuje swoje znaczenie w innych państwach, zwłaszcza pozaeuropejskich. Motywem działania niektórych osób, które nie życzą sobie powiadomienia konsula, jest błędna ocena powa-

gi stawianych zarzutów. W wielu wypadkach wydaje się zatrzymanym, że okres pobytu w areszcie będzie krótki, podczas gdy w rzeczywistości wydłuża się on ze względów proceduralnych. Często oczekują one, że będzie to kilkudniowe pozbawienie wolności, a najwyżej trwające kilka tygodni. Gdy jednak okres pozbawienia wolności przedłuża się, zgłaszają się do konsula, z prośbą o podjęcie działań w celu zwolnienia z aresztu. Nie można nie doceniać także niechęci przyznania się do błędu i obawy, co do skutków dla prestiżu danej osoby, jakie związane być mogą z ujawnieniem faktu aresztowania. Są to przesłanki błędne i utrudniają udzielenie skutecznej opieki konsularnej, ale występują one w praktyce konsularnej. Dlatego też szereg dwustronnych konwencji konsularnych zawiera przepisy wprowadzające obowiązek powiadomienia o aresztowaniu obywatela drugiego państwa i nakładające określone terminy do realizacji takiego powiadomienia²². Tym niemniej należy pamiętać, że osoba aresztowana może sprzeciwić się kontaktom z konsulem. Ma do tego prawo w myśl art. 36 ust. 1 pkt c, zdanie ostatnie, konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych. Sprzeciw ten nie będzie skuteczny w państwach, z którymi Polska zawarła dwustronną konwencję konsularną, nie zawierającą takiej normy.

Sprawowania opieki nad osobami zatrzymanymi, aresztowanymi i odbywającymi za granicą kary pozbawienia wolności obejmuje także odwiedzanie tych obywateli²³ lub inne formy utrzymywania z nim kontaktu (telefony, listy), a także ułatwienia w porozumiewaniu się z rodziną i innymi osobami bliskimi. O ile jednak zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt. c konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych urzędnicy konsularni mają prawo odwiedzać osoby zatrzymane bez dodatkowych warunków, to wizyty rodziny i korespondencja z osobami bliskimi podlega wszystkim ograniczeniom wynikającym z obowiązujących w danym kraju przepisów regulujących status aresztowanych i reguły postępowania. Szczególnym obowiązkiem konsularnym jest podejmowanie interwencji w przypadkach dyskryminacyjnego traktowania obywateli polskich m.in. przez policję lub służbę więzienną.

d. Często pomoc jest udzielana w sytuacji zagubienia dokumentów lub ich utraty z innych powodów (kradzież, zniszczenie etc.). Do niedawna była to jedna z najczęstszych przyczyn korzystania z pomocy konsula, szczególnie biorąc pod uwagę liczbę podróży obywateli polskich w Europie. Obecnie ze względu na fakt, że podróżowanie w ramach UE może odbywać się zarówno na podstawie paszportu, jak i dowodu osobistego, znacząco zmniejszyła się liczba wniosków o wydanie dokumentu tożsamości na powrót do kraju, szczególnie w krajach europejskich. Dalsze zmiany związane będą z wejściem Polski do tzw. strefy Schengen²⁴, w ra-

²² Przykładowo konwencja konsularna między PRL a ZSRR podpisana w Warszawie z dnia 27 maja 1971 r. – obowiązująca nadal w odniesieniu do państw powstałych po rozpadzie ZSRR, z którymi nie zawarto nowych konwencji konsularnych – przewiduje w art. 36 ust. 2 obowiązek „niezwłocznie informować urzędnika konsularnego Państwa wysyłającego o aresztowaniu lub zatrzymaniu w innej formie obywatela Państwa wysyłającego”. Tak też stanowi art. 38 ust. 1 konwencji konsularnej między PRL a CSRS z dnia 9 czerwca 1972 r.

²³ Art. 13 pkt. 2 ustawy o funkcjach konsulów.

²⁴ Należy przypomnieć, że na podstawie art. 8 Traktatu Amsterdamskiego tzw. *acquis Schengen* po okresie 5 lat, czyli od 1 maja 2004 r., stało się częścią prawa wspólnotowego.

- mach której będzie możliwe poruszanie się bez kontroli granicznych. Nie zmienia to faktu, że nadal w krajach nie będących członkami UE konsul musi przyjąć i rozpatrzyć wnioski o wydanie paszportu na powrót do kraju. Odbywa się to na podstawie ustawy o dokumencie paszportowym w porozumieniu z właściwymi organami krajowymi, w szczególności wojewodą.
- e. W przypadku utraty możliwości powrotu do kraju, konsul udziela pomocy w powrocie do kraju osobom, które z różnych przyczyn nie były w stanie poradzić sobie same z organizacją swojego powrotu. Pomoc ta może obejmować czynności logistyczne, szczególnie ważne w przypadku osób chorych, czy też będących ofiarami wypadków. W pozostałym zakresie jest to z reguły pomoc finansowa, oparta na art. 16 ustawy o funkcjach konsułów. Pomoc ta udzielana jest w formie decyzji administracyjnej o przyznaniu pomocy finansowej i podlega zwrotowi. W razie braku zwrotu stosuje się przepisy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.
 - f. Istotnym elementem opieki konsularnej jest udzielanie informacji w sprawach związanych z dochodzeniem praw za granicą, między innymi w sprawach odszkodowawczych, alimentacyjnych oraz dotyczących prawa do opieki nad dziećmi lub w sprawach pracowniczych. W ostatnich latach, biorąc pod uwagę znaczący wzrost liczby Polaków, którzy wyjechali do innych krajów UE, ważnym działaniem stało się udzielanie informacji na temat warunków pracy i życia w krajach UE, a także przeprowadzania interwencji na rzecz obrony praw polskich pracowników oraz działań przeciw ich dyskryminacji, zwalczania zjawiska pracy przymusowej i handlu ludźmi.
 - g. Ponadto służba konsularna prowadzi bieżący monitoring sytuacji panującej w różnych regionach i krajach świata i przygotowuje odpowiednie informacje o istniejących lub potencjalnych zagrożeniach. Jednym z elementów informowania, obok komunikatów prasowych, audycji telewizyjnych, współpracy z biurami podróży, jest też wydawany corocznie przez MSZ informator pt. „Polak za granicą” zawierający kompendium wiedzy na temat zasad wjazdu i pobytu do danego państwa, przepisach celnych, warunków higienicznych, możliwości leczenia się, niezbędnych szczepieniach, walucie, czy też systemie prawnym w poszczególnych krajach. W ten sposób usiłuje się odpowiednio poinformować turystów, tak aby mogli dobrze przygotować się do podróży.

4. Opieka dyplomatyczna w UE

Nowym zagadnieniem w polskiej literaturze prawniczej jest sprawowanie opieki dyplomatycznej i konsularnej w krajach trzecich dla wszystkich obywateli UE²⁵. Opiera się ono na pojęciu obywatelstwa Unii Europejskiej. Oba pojęcia zostały do prawa wspólnotowego wprowadzone przez Traktat z Maastricht, który wszedł

²⁵ Szerzej na ten temat: M. Muszyński, *Opieka dyplomatyczna i konsularna w prawie wspólnotowym*, Kwartalnik Prawa Publicznego, 2002, nr 3, s. 143-168; P. Czubik, *Granice opieki konsularnej w prawie wspólnotowym (wybrane problemy dotyczące interpretacji i możliwości zastosowania decyzji 95/553/WE)*, Kwartalnik Prawa Publicznego 2003, nr 4, s. 93 i 112, a także w trybie polemiki M. Muszyński, *Opieka dyplomatyczna i konsularna w prawie wspólnotowym raz jeszcze – Polemika*, Kwartalnik Prawa Publicznego, 2004, nr 1, s. 299-315.

w życie 1 listopada 1993 r. Obecnie kwestia ta regulowana jest w art. 20 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE): „Każdy obywatel Unii korzysta na terytorium państwa trzeciego, gdzie Państwo członkowskie, którego nie jest obywatelem, nie ma swojego przedstawicielstwa, z ochrony dyplomatycznej i konsularnej każdego z pozostałych Państw członkowskich na takich samych warunkach jak obywatele tego państwa. Państwa członkowskie ustanawiają między sobą niezbędne reguły oraz podejmują rokowania międzynarodowe wymagane do zapewnienia tej ochrony”. Zasada ta została także powtórzona w art. 46 Karty Praw Podstawowych²⁶: „Każdy obywatel Unii korzysta na terytorium państwa trzeciego, w którym Państwo Członkowskie, którego jest obywatelem, nie ma swojego przedstawicielstwa, z ochrony dyplomatycznej i konsularnej każdego z pozostałych Państw Członkowskich na takich samych warunkach jak obywatele tego państwa”. Karta Praw Podstawowych uzyska moc prawną²⁷ po zakończeniu procesu ratyfikacji Traktatu Reformującego²⁸ traktaty europejskie. Natomiast pojęcie obywatelstwo UE jest uregulowane w art. 17 TUE.

Sprawowanie opieki nad obywatelami Unii Europejskiej jest stale monitorowane przez grupę roboczą Rady Unii Europejskiej ds. konsularnych (tzw. COCON), w której pracach przedstawiciele Departamentu Konsularnego MSZ biorą czynny udział. Ponadto konsekwencją stosowania przez Polskę powyższej decyzji jest również udzielanie opieki konsularnej przez polskie placówki konsularne tym obywatelom Unii Europejskiej, którzy w danym państwie nie posiadają swojego przedstawicielstwa. Wprowadzenie tej zasady wzmacnia poczucie wspólnej tożsamości obywateli europejskich w krajach trzecich. Zasada ta znalazła wyraz w Decyzji Rady WE z dnia 19 grudnia 1995 r. dotyczącej ochrony obywateli Unii Europejskiej przez przedstawicielstwa dyplomatyczne i konsularne (95/553/WE), która stanowi podstawę do objęcia opieką dyplomatyczną i konsularną wszystkich obywateli Unii Europejskiej. Treść tej decyzji jest następująca:

*„PRZEDSTAWICIELE RZĄDÓW PAŃSTW CZŁONKOWSKICH UNII EUROPEJSKIEJ,
SPOTYKAJĄCY SIĘ W RAMACH RADY,
zdecydowani kontynuować budowanie Unii coraz bliższej swoim obywatelom,
biorąc pod uwagę pojęcie obywatelstwa Unii, wprowadzonego Traktatem o Unii Europejskiej,
różniące się od pojęcia obywatelstwa narodowego i w żaden sposób niebędące jego substytutem,
pragnąc wywiązać się ze zobowiązania ustanowionego w art. 8c Traktatu ustanawiającego
Wspólnotę Europejską,
mając na uwadze, że takie wspólne uzgodnienia ochronne umocnią tożsamość Unii w jej postrzeganiu w państwach trzecich; zdając sobie sprawę, że wprowadzenie wspólnych uzgodnień co do ochrony obywateli Unii w państwach trzecich wzmocni również ideę solidarności europejskiej w postrzeganiu jej przez tych obywateli,
UZGODNILI, CO NASTĘPUJE:*

Artykuł 1

²⁶ Powtarza art. II – 106 Traktatu Konstytucyjnego, który został odrzucony w referendum we Francji i w Niderlandach.

²⁷ Na podstawie art. 1 ust. 8 Traktatu z Lizbony, który nadał nowe brzmienie art. 6 TUE, zgodnie z którym po wejściu w życie Traktatu z Lizbony Karta Praw Podstawowych uzyska moc równą traktatom.

²⁸ Po podpisaniu 13 grudnia 2007 r. w stolicy Portugalii, Lizbonie, nosi nazwę: Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską.

Każdy obywatel Unii Europejskiej jest uprawniony do ochrony konsularnej ze strony przedstawicielstwa dyplomatycznego lub konsularnego któregokolwiek z Państw Członkowskich, jeśli w miejscu jego pobytu jego własne Państwo Członkowskie lub inne stale je reprezentujące państwo nie ma:

- dostępnego stałego przedstawicielstwa, lub
- dostępnego Konsula Honorowego, właściwego dla takich spraw.

Artykuł 2

1. Przedstawicielstwo dyplomatyczne i konsularne reaguje na prośbę o ochronę złożoną przez zainteresowaną osobę, pod warunkiem że zostanie ustalone, poprzez okazanie paszportu lub dowodu tożsamości, że jest ona obywatelem Państwa Członkowskiego Unii.
2. W przypadku utraty lub kradzieży tych dokumentów można przyjąć jakikolwiek inny dowód przynależności państwowej, jeśli zajdzie potrzeba – po przeprowadzeniu weryfikacji w centralnych organach Państwa Członkowskiego, na którego obywatelstwo powołuje się dana osoba, lub najbliższym przedstawicielstwie dyplomatycznym lub konsularnym tego Państwa.

Artykuł 3

Przedstawicielstwa dyplomatyczne i konsularne udzielające ochrony traktują osobę szukającą pomocy tak, jakby była ona obywatelem reprezentowanego przez nią Państwa Członkowskiego.

Artykuł 4

Nie naruszając postanowień art. 1, przedstawicielstwa dyplomatyczne i konsularne mogą przyjąć praktyczne uzgodnienia dla efektywnego postępowania z wnioskami o ochronę.

Artykuł 5

1. Ochrona wymieniona w art. 1 obejmuje:

- a) pomoc w przypadku zgonu;
- b) pomoc w przypadku poważnego wypadku i ciężkiej choroby;
- c) pomoc w razie aresztowania lub zatrzymania;
- d) pomoc ofiarom aktów przemocy;
- e) udzielenie pomocy i repatriacja do kraju pozbawionych środków obywateli Unii.

2. Dodatkowo przedstawicielstwa dyplomatyczne lub agenci konsularni Państwa Członkowskiego na terenie państwa nie będącego członkiem Unii mogą w zakresie swoich uprawnień przyjść z pomocą obywatelom Unii również w innych okolicznościach.

Artykuł 6

1. Nie naruszając postanowień art. 3 i z wyjątkiem nagłych przypadków, żadnemu obywatelowi Unii nie jest udzielana pomoc finansowa ani nie są pokrywane koszty bez zgody właściwych władz Państwa Członkowskiego, którego jest on obywatelem, udzielonej albo przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych, albo przez najbliższą misję dyplomatyczną.
2. O ile Państwo Członkowskie, którego obywatelem jest osoba zwracająca się o pomoc, wyraźnie nie uchyli tego wymogu, osoba taka musi zobowiązać się do zwrócenia w całości udzielonej jej pożyczki lub pomocy finansowej i wydatków poniesionych na jej rzecz oraz, gdy ma to zastosowanie, wszelkich należnych opłat konsularnych wymaganych przez właściwe organy.
3. Zobowiązanie do zwrotu kosztów ma formę dokumentu nakładającego na osobę znajdującą się w kłopotach obowiązek spłaty rządowi Państwa Członkowskiego, którego jest ona obywatelem, wszystkich poniesionych na jej rzecz wydatków i wypłaconej jej gotówki oraz wszelkich obciążających ją opłat.
4. Rząd Państwa Członkowskiego, którego obywatelem jest osoba zwracająca się o pomoc, zobowiązany jest pokryć na żądanie wszelkie koszty rządowi Państwa Członkowskiego udzielającego pomocy.
5. Ujednolicony wzór zobowiązań do spłaty podany jest w załącznikach I i II.

Artykuł 7

Pięć lat po wejściu w życie niniejsza decyzja zostanie poddana przeglądowi w świetle nabytych doświadczeń oraz celów przyświecających art. 8c Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

Artykuł 8

Niniejsza decyzja wchodzi w życie, gdy wszystkie Państwa Członkowskie notyfikują Sekretariatowi Generalnemu Rady, że zakończone zostały obowiązujące w ich systemach prawnych procedury wymagane dla zastosowania tej decyzji.

Artykuł 9

Niniejsza decyzja zostaje opublikowana w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Sporządzono w Brukseli, dnia 19 grudnia 1995 r. W imieniu Rady, L. Atienza Serna, Przewodniczący”.

Sprawowanie opieki nad obywatelami Unii Europejskiej jest, jak wspomniano wyżej, stale monitorowane przez tzw. COCON, w której pracach przedstawiciele polskiego MSZ biorą czynny udział. Ponadto konsekwencją stosowania przez Polskę powyższej decyzji jest również udzielanie opieki konsularnej przez polskie placówki konsularne tym obywatelom Unii Europejskiej, którzy w danym państwie nie posiadają swojego przedstawicielstwa. Dodatkowo Komisja Europejska przyjęła w dniu 28 listopada 2006 r. tzw. Zieloną Księgę dotyczącą opieki dyplomatycznej i konsularnej obywateli Unii Europejskiej w krajach trzecich. Księga ta zawiera propozycje KE dla wzmocnienia tej opieki. Wdrożono następnie otwarte postępowanie konsultacyjne, które trwało do 31 marca 2007 r. W ramach tego postępowania wypowiedziały się zarówno rządy państw członkowskich, jak i eksperci oraz obywatele. To postępowanie nie doprowadziło jeszcze do przyjęcia lub uzupełnienia istniejących norm prawnych, stanowi jednak wyraźny krok w celu wzmocnienia w praktyce opieki dyplomatycznej i konsularnej dla wszystkich obywateli UE. Jedną z propozycji w tym kierunku byłoby umieszczenie treści art. 20 TUE w paszportach obywateli państw członkowskich UE, co przyczyniłoby się do zwiększenia świadomości, że istnieje taka regulacja prawna. Równocześnie jednak postępowanie konsultacyjne wskazało na pewne problemy, w tym zwłaszcza na fakt, że zgodnie z art. 8 konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych wykonywanie funkcji konsularnych na rzecz państwa trzeciego i jego obywatele wymaga notyfikacji władzom państwa przyjmującego i może być realizowane tylko przy braku sprzeciwu ze strony tego państwa. Odpowiednie zastosowanie znajdują w tym przypadku normy art. 45 pkt. c i art. 46 konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych.

Z danych na temat planowanych podróży wynika, że połowa Europejczyków planuje w ciągu kolejnych trzech lat podróż poza obszar UE. Niewielu z nich wie o tym, że w nagłych wypadkach można się zwrócić o pomoc do ambasady lub konsulatu innego państwa członkowskiego. Bez względu na to, czy przydarzył się nam się poważny wypadek, czy padliśmy ofiarą przemocy, jako obywatele UE mamy prawo zwrócić się o opiekę dyplomatyczną i konsularną zarówno do przedstawicielstwa swojego kraju, jak też do placówki któregośkolwiek spośród 27 państw członkowskich. Jeżeli w kraju, w którym przebywamy nie ma placówki dyplomatycznej naszego państwa (ambasady, konsulatu generalnego lub konsula honorowego) możemy zwrócić się o pomoc do któregośkolwiek z przedstawicielstw pozostałych 26 państw członkowskich. Wystarczy mieć ze sobą dokument potwierdzający obywatelstwo. Pomoc udzielana jest osobom poszkodowanym w szczególności w przypadku aresztowania, zatrzymania lub repatriacji. Natomiast w przypadku śmierci udzielana jest ona rodzinie lub osobom bliskim. W uzasadnionych nagłych przypadkach udzielana jest także pomoc finansowa. Należy przy tym pamiętać o tym, że należy zwracać się

do ambasad i konsulatów poszczególnych państw członkowskich UE, a nie do przedstawicielstw Komisji UE, które nie mogą udzielać pomocy dyplomatycznej i konsularnej; gdyż ta należy do jurysdykcji państw członkowskich. Wymogiem udzielenia pomocy jest – jak już wskazano - wykazanie obywatelstwa jednego z krajów UE. W razie zagubienie lub kradzieży dokumentów (jeden z częstych przypadków udzielania pomocy konsularnej) placówka w porozumieniu z najbliższym przedstawicielstwem danego kraju może zaakceptować inną formę wykazania się posiadaniem obywatelstwa. Przy udzielaniu pomocy dany konsulat współpracuje z przedstawicielstwem kraju, którego obywatelstwo posiada osoba wymagająca pomocy lub bezpośrednio z MSZ danego państwa. Dotyczy to zwłaszcza przypadków pozbawienia wolności. Wówczas szczególną troską konsula powinno być, aby osoba zatrzymana otrzymała takie samo wsparcie jak obywatel własnego kraju, a ponadto nie była dyskryminowana przez władze kraju pobytu. W praktyce konsul innego kraju UE działa jako pośrednik pomiędzy zatrzymanym obywatelem i władzami jego państwa. Ponadto, szczególnej pomocy można oczekiwać w przypadku zgonu, udziału w wypadkach lub zapadnięciu na ciężkie schorzenia. Dodatkowo konsul innego kraju UE udziela także pomocy w razie potrzeby zorganizowania powrotu do kraju osoby, która wymaga pomocy. Podstawową zasadą jest dochowania takiej samej staranności, jak w przypadku obywatela swojego kraju. Może to w szczególnych przypadkach być niekorzystne dla obywateli polskich, ponieważ w wielu krajach UE zakres udzielanej pomocy konsularnej jest węższy niż w Polsce, a ponadto częściej uzależnia się udzielenia pomocy od wcześniejszego zagwarantowania pokrycia kosztów udzielonej pomocy.

5. Podsumowanie

Jak wynika z powyższych analiz, zagadnienie opieki konsularnej nad turystą ma ważne komponenty prawa międzynarodowego, prawa europejskiego oraz prawa polskiego. Istotną częścią umożliwiającą efektywne sprawowanie opieki konsularnej jest jednak odpowiednia wiedza turysty udającego się do obcego kraju na temat panujących w nim warunków klimatycznych, zdrowotnych, ale także systemu prawnego, religii i obyczajów. Tylko przy odpowiednim szacunku dla tych zasad będzie możliwy niezakłócony wypoczynek i nie będzie, z reguły, potrzeby korzystania z pomocy konsula. Pomoc ta udzielana jest w ramach określonych przez prawo międzynarodowe, prawo polskie, ale w dużej mierze przez prawo państwa pobytu.

Ireneusz C. Kamiński*

Reklama turystyczna i krytyka jakości usług turystycznych – kilka uwag o standardach wynikających z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu

1. „Wypowiedź turystyczna” a Konwencja Europejska

Opracowanie ma na celu identyfikację i krytyczną ocenę reguł, jakimi posłużyłby się Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu (dalej jako Trybunał), gdyby na jego wokandzie znalazły się skargi dotyczące ingerencji w treść reklamy turystycznej oraz w wypowiedź stanowiącą krytykę sposobu świadczenia usług turystycznych bądź ich jakości. Moja rekonstrukcja odwoła się do dotychczasowych rozstrzygnięć Trybunału, dla których prawną podstawą był chroniący swobodę wypowiedzi art. 10 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (cyt. dalej jako: Konwencja)¹. W swoich orzeczeniach Trybunał nie zetknął się jednak bezpośrednio z „wypowiedzią turystyczną”², ale kilka jego orzeczeń dotyczących wypowiedzi komercyjnej pozwala na dokonanie zapowiedzianej analizy.

Na wstępie wskażę kilka modelowych sytuacji, gdy krajowe środki mogą stać się podstawą skargi opartej na zarzucie naruszenia art. 10 Konwencji. Do pierwszej grupy należy zaliczyć te przypadki, gdy ograniczenia swobody wypowiedzi mają zasadniczo na celu ochronę odbiorców usług turystycznych (konsumentów) przed wprowadzaniem w błąd i zapewnienie pewnego standardu świadczeń³. Przykładowo w ustawodawstwie wielu krajów istnieją reguły dotyczące klasyfikacji obiektów noclegowych. Tylko pewne obiekty, po spełnieniu określonych wymogów, mogą być oznaczane nazwą np. hotel. Za nadużycie nazwy przewidziane są sankcje⁴. Znane są też regulacje, które wymagają, aby w reklamie turystycznej, a jeszcze częściej w informacji o składnikach usługi turystycznej, znalazły się precyzyjne dane o tym, czego i za jaką ostatecznie cenę odbiorca usługi może oczekiwać. Drugi typ ingerencji

* Dr Ireneusz C. Kamiński - Zespół Prawa Europejskiego i Międzynarodowego Publicznego Instytutu Nauk Prawnych PAN, Katedra Porównawczych Studiów Cywilizacji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.

² Oczywiście nie postępuję się ani nie zmierzam do zbudowania definicji „wypowiedzi turystycznej”. Chodzi mi o rozpoznawane bez trudu przypadki, gdy wypowiedź dotyczy zagadnień związanych z turystyką (świadczeniem usług turystycznych).

³ Pośredniej ochronie będą oczywiście podlegały również interesy tych podmiotów komercyjnych, które stosują się do istniejących regulacji krajowych.

⁴ W Polsce używanie nazwy bez uzyskania wymaganej decyzji administracyjnej lub wbrew jej treści stanowi m.in. wykroczenie ścigane na mocy art. 60¹ §4 kodeksu wykroczeń. Przepis ten został wprowadzony na mocy art. 46 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych, (tj. Dz. U. z 2004 r., Nr 223, poz. 2268 ze zm.). Wymogi dotyczące poszczególnych obiektów, w których świadczone są usługi hotelarskie, określone zostały w tej ustawie oraz w rozporządzeniu wykonawczym do niej - rozporządzeniu Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie, (tj. Dz. U. z 2006 r., Nr 22, poz. 169).

łączy się natomiast z ochroną interesów prawnych podmiotów świadczących usługi turystyczne. Tu znajdują się środki krajowe, które mają bronić przed krytyką kwalifikowaną jako bezpodstawna lub nieuczciwa. Jak zobaczymy, przypadek regulacji dotyczącej reklamy oraz przypadek krytyki, będą odmiennie analizowane przez strasburskich sędziów.

2. Standardy dotyczące wypowiedzi komercyjnej

Reklamę należy zakwalifikować – poza szczególnymi sytuacjami – jako klasyczną wypowiedź komercyjną. Z taką kategoryzacją łączą się ważne konsekwencje prawne. Zdarzało się bowiem, że wypowiedź komercyjna pozbawiona była ochrony oferowanej przez konstytucyjne przepisy mówiące o swobodzie wypowiedzi. Zakładano, że konstytucja jako podstawowy akt prawny dotyczy „wymiaru politycznego”, a więc określa podstawowe reguły dotyczące organizacji demokratycznego państwa i jego funkcjonowania. Tymczasem wypowiedź komercyjna nie jest związana z politycznymi mechanizmami i gwarancjami. Jej cel jest inny – polega na uzyskaniu efektu ekonomicznego, czyli zarobkowaniu i osiągnięciu zysku. Stanowi więc element swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Taki pogląd był długo podzielany w Stanach Zjednoczonych, co wyłączało wypowiedź komercyjną z dobrodziejstw Pierwszej Poprawki do konstytucji federalnej, która dotyczy m.in. wolności słowa. Dopiero w połowie lat 70. ubiegłego wieku wypowiedź komercyjna została objęta gwarancjami amerykańskiej konstytucji⁵.

Ale objęcie wypowiedzi komercyjnej dyspozycją konstytucyjnych postanowień dotyczących swobody wypowiedzi nie oznaczało, że wypowiedź komercyjna zostanie potraktowana tak samo jak kluczowe rodzaje wypowiedzi – wypowiedź polityczna, czy też dotycząca zagadnień mających ogólne (publiczne) znaczenie. Wypowiedź komercyjną przez jej ekonomiczną specyfikę lokowano niejako na peryferiach konstytucyjnej ochrony⁶.

Ze względu na istnienie Europejskiej Komisji Praw Człowieka (dalej jako Komisja), która podejmowała pierwotnie pierwszą decyzję o przyjęciu skargi do rozpoznania (*admissibility decision*), Trybunał długo nie miał okazji orzec, czy art. 10 Konwencji, który nie wspomina *expressis verbis* o wypowiedzi komercyjnej, obejmuje ochroną ten typ wypowiedzi⁷. Ale sędziowie uchylili się od odpowiedzi również w sprawie Barthold przeciwko Niemcom, gdzie oceniali ingerencję mającą sta-

⁵ Stało się to następnie wyroków *Bigelow v. Virginia*, 421 US 809 (1975) i *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 US 748 (1976). Zob. także J. Pietzcker, *The U.S. commercial speech doctrine*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1999, t. 59, nr 1; E. Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford 1985, s. 54 i n.

⁶ Takie stanowisko zajmuje m.in. niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny, np. 30 Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 337 (1971). Najpełniej problematykę wypowiedzi komercyjnej omawia R. Shiner, *Freedom of Commercial Expression*, Oxford 2003.

⁷ Komisja obejmowała natomiast wypowiedź komercyjną gwarancjami art. 10, zob. np. *Church of Scientology przeciwko Szwecji*, skarga 7805/77, dec. z 5 maja 1979 r., DR 16, s. 68. Przed reformą Trybunału dokonaną na mocy Protokołu 11 (wszedł w życie 1 listopada 1998 r.) do Komisji należała wstępna analiza skargi (decyzja o przyjęciu jej do rozpoznania), a po niej przygotowanie raportu na temat zasadności zarzutów.

nowić następstwo rzekomo niedozwolonej reklamy⁸. Uznali wtedy, że inne zagadnienie niż reklama – a mianowicie dziennikarski opis trudności w znalezieniu nocą weterynarza – dominuje w analizowanej sprawie⁹.

Jednoznaczne uznanie, że art. 10 Konwencji chroni także wypowiedź komercyjną, znalazło się dopiero w wyroku Markt intern Verlag GmbH i Klaus Beermann przeciwko Niemcom, wydanym w składzie plenarnym 20 listopada 1989 r.¹⁰. Rozstrzygnięcie to stanowi do dzisiaj podstawowe źródło standardów dotyczących wypowiedzi komercyjnej. W późniejszym orzecznictwie widać natomiast wyraźnie, że Trybunał ulokował wypowiedź komercyjną na marginesie „tradycyjnych” rodzajów wypowiedzi. Dlatego kontrola ingerencji dokonanej w takim przypadku przez władze krajowe jest ograniczona. Trybunał sprawdza, czy jedynie „co do zasady” ograniczenie dotyczące wypowiedź komercyjną spełnia konwencyjne wymogi¹¹. Inaczej mówiąc, nawet jeśli strasburscy sędziowie orzekliby inaczej, gdyby znaleźli się na miejscu sędziów krajowych, nie zakwestionują decyzji krajowej, gdy dopatrzą się w niej odpowiedniego uzasadnienia.

Warunki, jakie musi spełnić każda ingerencja w swobodę wypowiedzi, aby była zgodna z Konwencją, określa tzw. trójelementowy test zapisany w ustępie 2 art. 10. Wymaga on, aby każde ograniczenie:

- było przewidziane przez adekwatnie dostępne i dostatecznie precyzyjne prawo krajowe;
- służyło ochronie co najmniej jednego z wyraźnie wymienionych dóbr (bezpieczeństwo państwowe, integralność terytorialna, bezpieczeństwo publiczne, zapobieżenie zakłóceniu porządku lub przestępstwu, ochrona zdrowia i moralności, ochrona dobrego imienia i praw innych osób, zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych, zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej);
- było konieczne w demokratycznym społeczeństwie.

Dwa pierwsze wymogi dotyczą jakości prawa, ostatni to klauzula ocenna. Właśnie kryterium konieczności w demokratycznym społeczeństwie stało się centralne dla analizy ingerencji przez Trybunał i ostatecznie dla podjęcia konkluzji, czy doszło do złamania art. 10. Kontrola, czy „co do zasady” ograniczenie wypowiedzi komercyjnej jest zgodne z Konwencją, dotyczy właśnie wymogu konieczności¹². Władzom krajowym pozostawia się znaczne uprawnienia ocenne, zwane szerokim marginesem

⁸ Skarga 8734/79, wyrok z 25 marca 1985 r., Series A. 90.

⁹ Zajmując się perypetiami właściciela kota, którzy nie mogli w nocy znaleźć pomocy dla swojego podopiecznego, dziennikarka opisała, jak udało się w ostatniej chwili dotrzeć do dr. Bartholda, właściciela kliniki weterynaryjnej. W artykule znalazła się opinia weterynarza, że w dużym mieście powinno działać całodobowe pogotowie dla zwierząt. Materiał ilustrowało zdjęcie Bartholda. Po ukazaniu się tekstu przeciwko weterynarzowi wszczęto postępowanie dyscyplinarne, uznając publikację za ukrytą reklamę jego praktyki, zabronioną przez kodeks etyczny.

¹⁰ Skarga 10572/83, Series A. 165, par. 41-42, 48.

¹¹ Demuth przeciwko Szwajcarii, skarga 38743/97, wyrok z 5 listopada 2002 r., ECHR 2002-IX.

¹² Spełnienie dwóch pozostałych kryteriów (jakość prawa) Trybunał kontroluje w identyczny sposób w każdym przypadku. Inna sprawa, że ten sprawdzian nie jest rygorystyczny. Tylko kilkakrotnie sędziowie uznawali, że ingerencja w swobodę wypowiedzi nie była przewidziana przez prawo, a nigdy – by nie spełniała uzasadnionego celu.

swobody ocen. Tym samym przegląd dokonywany z „europejskiej perspektywy” staje się ograniczony¹³.

3. „Wypowiedź turystyczna” jako wypowiedź komercyjna

W przypadku reklamy turystycznej nie występują szczególne elementy, które odróżniałyby ją od „klasycznej” reklamy komercyjnej¹⁴. Oznacza to sprawdzenie przez Trybunał, czy jedynie „co do zasady” ingerencja w reklamę turystyczną jest uzasadniona, czyli konieczna w demokratycznym społeczeństwie¹⁵.

Nawet jednak zasadna („konieczna w demokratycznym społeczeństwie”) ingerencja może stanowić złamanie art. 10 Konwencji, jeśli wymierzona sankcja jest nieproporcjonalna. Ale Trybunał badając proporcjonalność ingerencji, gdy skarżący nie kwestionował konieczności ingerencji lub sędziowie uznali ją za konieczną, również pozostawia w rękach krajowych organów szeroki margines swobody ocen. Do zakwestionowania sankcji dojdzie wtedy, gdy jest ona znacznie wyższa niż orzekana wcześniej w podobnych przypadkach (nieproporcjonalność *per se*) i równocześnie w krajowym postępowaniu odwoławczym (kiedy orzeczenie poddawano kontroli) zabrakło proceduralnych uprawnień do zbadania wysokości sankcji¹⁶.

Wskazana wyżej reguła ograniczonej kontroli znajdzie zastosowanie wtedy, gdy sankcja ma charakter pieniężny. W nowszym orzecznictwie Trybunał kwestionuje posłużenie się przez krajowe władze sankcjami karnymi. Chociaż dotyczy to kary pozbawienia wolności, sędziowie zwracają też uwagę na konsekwencje użycia prawa karnego jako takiego¹⁷. Dlatego uważam za bardzo prawdopodobne, że Trybunał zakwestionowałby – poza wyjątkowymi sytuacjami – karę grzywny jako reakcję na kwestionowaną reklamę turystyczną. Z drugiej strony wydaje się, że wskazywane przez Trybunał negatywne konsekwencje sankcji karnej nie będą istniały w przypadku sankcji administracyjnoprawnych.

4. Orzeczenie Markt intern Verlag

Jak wskazałem wcześniej, Trybunał inaczej niż reklamę turystyczną bądź wypowiedź stanowiącą oznaczenie obiektu noclegowego, będzie oceniał krytykę jakości usług turystycznych. Punktem wyjścia dla rekonstrukcji standardu jest przywoływane

¹³ Reguły te pochodzą z orzeczenia Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga 5493/72, wyrok z 7 grudnia 1976 r., Series A. 24, par. 48-49.

¹⁴ Rozwijając swoją linię orzeczniczą, Trybunał odwołuje się do anglosaskiej techniki odróżnienia (*distinction*). W sytuacjach *prima facie* podobnych Trybunał orzeka inaczej (bądź jego analiza przebiega inaczej), jeśli w nowej sprawie istnieje pewna istotna okoliczność, która nie występowała we wcześniejszym przypadku (wcześniejszych przypadkach).

¹⁵ Trybunał doprecyzował w swoim orzecznictwie, co to znaczy „konieczne w demokratycznym społeczeństwie” - ingerencja wymaga istnienia „pilnej potrzeby społecznej” oraz „istotnych i dostatecznych” racji. Pojęcia te pochodzą już z pierwszego „formacyjnego” orzeczenia dotyczącego art. 10 Konwencji – Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii, par. 48 i 50.

¹⁶ Independent News and Media plc i Independent Newspapers (Ireland) Limited przeciwko Irlandii, skarga 55120/00, wyrok z 16 czerwca 2005 r., ECHR 2005-V, par. 110-113.

¹⁷ Cumpănă i Mazăre przeciwko Rumunii, skarga 33348/96, wyrok z 17 grudnia 2004 r. (Wielka Izba), ECHR 2004-XI, par. 114-115; Dąbrowski przeciwko Polsce, skarga 18235/02, wyrok z 19 grudnia 2006 r., par. 36.

już orzeczenie Markt intern Verlag GmbH i Klaus Beermann przeciwko Niemcom. Uważam, że sędziowie skoncentrowali się w nim niezasadnie na pewnej drugorzędnej okoliczności. Nie interesowała ich ani treść wypowiedzi, ani następstwa wypowiedzi, lecz relacja istniejącą między podmiotami krajowego postępowania. W konsekwencji gdyby taka sama wypowiedź padła w innym kontekście (inaczej przedstawiała się relacja obu podmiotów), oceny ingerencji Trybunał dokonywałby w inny sposób. Zastosowane przez sędziów strasburskich spojrzenie nie służyło budowaniu klarownej i spójnej linii orzeczniczej.

4.1. Okoliczności sprawy i wyrok

Skarżący w sprawie Markt intern Verlag GmbH i Klaus Beermann przeciwko Niemcom to wydawnictwo założone w celu obrony małych i średnich sprzedawców przed wielkimi podmiotami, dokonującymi m.in. sprzedaży wysyłkowej, oraz redaktor naczelny wydawnictwa. W jednym z numerów swojego periodycznego biuletynu wydawnictwo opisało perypetie klientki, która niezadowolona z jakości kosmetyków zamówionych u dużego dystrybutora odesłała mu towar, żądając zwrotu ceny zakupu. Choć warunki sprzedaży wyraźnie przewidywały możliwość odesłania towaru i zwrotu pieniędzy, klientka niczego nie otrzymała. Nie było też jakiegokolwiek odpowiedzi. Markt intern Verlag w przesłanym do dystrybutora teleksie pytał, czy sprawa stanowi odosobniony incydent, czy też jest częścią oficjalnej polityki firmy. W odpowiedzi firma informowała, że nic nie wie ani o odesłanym towarze, ani o późniejszym liście. Obiecywano natychmiastowe wyjaśnienie zdarzenia. O wszystkim tym Beermann napisał w artykule, zwracając się równocześnie z pytaniem, czy inni nabywcy nie mieli podobnych doświadczeń z firmą. Nadesłane odpowiedzi miały umożliwić ustalenie, czy wydarzenie było przykrym incydentem, czy też przykładem zamierzonej, ogólnej praktyki.

Firma wysyłkowa wystąpiła do sądu o wydanie zakazu powtarzania informacji o incydencie z sugestią, że ilustruje on ogólną taktykę firmy. Sąd taki zakaz orzekł na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁸. Sędziowie stwierdzili, że mimo braku „relacji konkurencji” między stronami sporu, działanie wydawnictwa było „obiektywnie korzystne” dla pewnych podmiotów (drobnych oraz średnich firm chemicznych), a równocześnie szkodliwe dla firmy wysyłkowej. Pismo zajęło się pojedynczym incydentem, równocześnie podnosząc zarzut, że zdarzenie może być charakterystyczne dla polityki firmy. Zwrócenie się do czytelników o dalsze informacje miało natomiast wyraźnie ujawniać chęć wywarcia wpływu na konsumentów. Złamanie sądowego zakazu narażało na grzywnę w wysokości do 500 tysięcy marek lub karę aresztu do 6 miesięcy.

Gdy sprawa znalazła się w Strasburgu, Komisja uznała stosunkiem 12 głosów do 1, że doszło do złamania art. 10 Konwencji. Ale ostateczny werdykt należał do Trybunału.

¹⁸ Sąd pierwszej instancji wydał zakaz na podstawie art. 824 niemieckiego kodeksu cywilnego. Wyrok został uchylony przez sąd apelacyjny. Ten z kolei wyrok zakwestionował sąd federalny (*Bundesgerichtshof*) i uznał roszczenie na podstawie art. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przed Trybunałem władze niemieckie argumentowały, że artykuł nie przyczynił się do dyskusji w sprawie o publicznym znaczeniu, lecz był elementem bezprawnego działania konkurencyjnego korzystnego dla pewnej grupy podmiotów. Okoliczność tę miały ustalić w sposób nie budzący wątpliwości niemieckie sądy. W dziedzinie prawa konkurencji państwa członkowskie posiadają ponadto dużą władzę dyskrecyjną, która ma zapewnić uwzględnienie specyfiki poszczególnych przypadków oraz zastosowanie krajowych kryteriów dobrej wiary. Wypowiedzi formułowane „dla celów konkurencji” nie należą do właściwego rdzenia konstrukcji swobody wypowiedzi i podlegają – w konsekwencji – mniejszej ochronie niż inne poglądy oraz informacje.

Trybunał zgodził się, że w sprawach gospodarczych kraje członkowskie zachowują istotny margines swobody ocen, przede wszystkim w dziedzinach tak zmieniających i skomplikowanych, jak nieuczciwa konkurencja. Gdyby było inaczej, Trybunał musiałby się podjąć szczegółowej weryfikacji faktów i okoliczności każdego przypadku. Jego rola ogranicza się jednak do sprawdzenia, czy środki podjęte na poziomie krajowym są zasadniczo usprawiedliwione oraz proporcjonalne (par. 33).

Sędziowie wskazali, że w gospodarce rynkowej podmiot podejmujący działalność ekonomiczną wystawia się na dogłębną kontrolę konkurencji. Jego strategia handlowa oraz stosunek do formułowanych obietnic mogą rodzić krytykę klientów oraz mediów. Prasa specjalistyczna – chcąc właściwie realizować swe zadania – musi mieć możliwość ujawniania faktów, które rodzą zainteresowanie czytelników; w ten sposób przyczynia się do otwartości działań gospodarczych. Nawet jednak publikacja dotycząca prawdziwych zdarzeń może podlegać pewnym ograniczeniom, np. względu na ochronę prywatności i zachowanie poufnego charakteru niektórych informacji gospodarczych. Nierzadko wiernemu opisowi towarzyszą też dodatkowe uwagi, sądy wartościujące, podejrzenia, a nawet insynuacje. Trzeba dlatego przyjąć, że jednostkowy przypadek może wymagać bliższego sprawdzenia przed ujawnieniem go opinii publicznej. W przeciwnym wypadku wierne opisanie pewnej sytuacji może prowadzić do stworzenia fałszywego wrażenia, że incydent jest dowodem na istnienie powszechnej praktyki. Rozważenie okoliczności, które decydują o ocenie każdej wypowiedzi, należy zasadniczo do sądów krajowych (par. 35).

Przystępując do zastosowania przytoczonych zasad do sprawy Markt intern Verlag, Trybunał uznał, że chociaż publikacja rzetelnie opisywała fakty, wyrażono w niej podejrzenia kwestionujące wiarygodność firmy wysyłkowej. Do klientów zwracano się o przesyłanie informacji o podobnych zdarzeniach jak opisane w artykule, mimo iż firma obiecała przeprowadzenie jego szybkiego wyjaśnienia. W takich okolicznościach niemiecki sąd federalny uznał artykuł za przedwczesny i przysparzający korzyści sprzedawcom detalicznym. Skutków publikacji nie mogłoby zmienić ewentualne późniejsze przyznanie, że zdarzenie było nieszczęśliwym wypadkiem. Uwzględniając te okoliczności oraz z uwagi na obowiązki i odpowiedzialność spoczywające na prasie, Trybunał doszedł do przekonania, iż ostateczny wyrok niemieckich sądów nie wychodził poza margines swobody ocen pozostawiony władzom krajowym. Wskazano, że chociaż można różnić się co do opinii, czy reakcja sądu federalnego była właściwa i czy poszczególne sformułowania publikacji były do-

puszczalne, to Trybunał nie powinien w tej sprawie zastępować ocen sądów krajowych, które uznały ograniczenia za konieczne (par. 36-37).

4.2. Zdania odrębne

Wyrok w sprawie Markt intern Verlag zapadł stosunkiem 9 głosów do 9. O ostatecznej konkluzji mówiącej o braku naruszenia art. 10 Konwencji rozstrzygnął głos oddany przez prezesa Trybunału. Ważny standard, stworzony przez skład plenarny Trybunału w „formacyjnym okresie” budowy linii orzeczniczej¹⁹, powstał przy równo podzielonej liczbie sędziowskich głosów.

Sędziowie–dysydenci wyrazili swoje stanowiska w czterech zdaniach odrębnych. Główny zarzut, postawiony we wspólnej opinii siedmiu sędziów²⁰, wskazywał, że w wydanym wyroku Trybunał odchodzi od dotychczasowego orzecznictwa akcentującego, że swoboda wypowiedzi jest zasadą, a jej ograniczenia wyjątkami, które trzeba wąsko i rygorystycznie interpretować²¹. W przypadku wypowiedzi komercyjnych większość uznała, że władze krajowe mają do dyspozycji znacznie szerszy margines swobody ocen. Tymczasem wiadomość i opinia o gospodarczym charakterze powinna być traktowana tak samo jak informacja czy pogląd dotyczący głowy państwa. Wszystkie one służą publicznemu dobru – otwartości życia politycznego oraz gospodarczego. Zgoda na różne standardy dla obu sfer sprzyjać może temu, że władze krajowe, by uniknąć surowszej kontroli Trybunału, uzasadniać będą swe ingerencje ekonomicznymi argumentami (w ten sposób można np. usprawiedliwiać ograniczenia wprowadzone w przypadku transgranicznych emisji radiowych i telewizyjnych).

Krytyce poddano także posłużenie się przez sądy niemieckie ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zaakceptowane następnie przez Trybunał²². Materiał prasowy był oceniany w kontekście obrony pewnego interesu gospodarczego, co pozbawiło go właściwej ochrony. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zakłada bowiem, przyjmując schemat gry o zerowej sumie, że wypowiedź służy jednemu interesowi ekonomicznemu, szkodząc równocześnie innemu; w konsekwencji tylko po spełnieniu specjalnych warunków jest dopuszczalna. Tak wąskie spojrzenie nie jest jednak uzasadnione z perspektywy wolności słowa jako samodzielnej wartości, która zakłada, że wypowiedź służy ogólnemu interesowi, a krytyka jest normą. Praktyka zastosowana przez sądy niemieckie nie ma ponadto odpowiednika w innych systemach prawnych Rady Europy. Wszystko to, zdaniem sędziów należących do

¹⁹ Wyrok Markt intern Verlag GmbH i Klaus Beermann przeciwko Niemcom to dwunaste orzeczenie dotyczące art. 10 Konwencji.

²⁰ Byli to sędziowie F. Gölcüklü, L. – E. Pettiti, C. Russo, A. Spielmann, J. de Meyer, J. A. Carillo Salcedo i N. Valticos.

²¹ Taka dyrektywa pochodzi z orzeczenia wydanego przez skład plenarny w sprawie Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii (nr 1), skarga 6538/74, wyrok z 26 kwietnia 1979 r., Series A. 30, par. 66.

²² Zdanie odrębne sędziego S. K. Martensa, do którego przyłączył się R. MacDonald. Także w opinii siedmiu sędziów znalazło się zdanie o zasadniczym podzieleniu przez nich uwag dwójki sędziów.

mniejszości, przemawia za uznaniem, że ingerencja nie była konieczna w demokratycznym społeczeństwie.

Pozostałe dwa indywidualne zdania odrębne wyostrzały pewne tezy opinii zbiorowych²³.

5. Strasburskie odróżnienia – sprawa Hertel

Z nakazu ograniczonej kontroli istniejącej w przypadku ingerencji w wypowiedź komercyjną Trybunał starał się wycofać w późniejszym orzecznictwie, dokonując odróżnienia niemieckiej sprawy i kolejnych przypadków. W sprawie Hertel przeciwko Szwajcarii okoliczności wydawały się być *prima facie* podobne²⁴. Autor skargi, badacz-amator, współpracując z naukowcem z uniwersytetu w Lozannie, miał wykrzyć, że żywność przygotowana w kuchenkach mikrofalowych może mieć negatywny wpływ na ludzki organizm. Przez dwa miesiące naukowcy badali, przed i po zjedzeniu posiłków, próbki krwi ośmiu ochotników. W konkluzji raportu z badań pisali, że udało się ustalić, iż energia, którą żywność pochłania w czasie podgrzewania w mikrofalówkach, była „transferowana” do krwi badanych. Zjawisko to miało być konsekwencją praw fizyki i zostać potwierdzone w literaturze fachowej. Badacze stwierdzili, że zmiany, jakie w organizmach ludzkich powoduje żywność z mikrofalówek, polegają m.in. na wywołaniu stanów wskazujących na wstępną fazę patologicznego procesu charakterystycznego dla początków stanu rakowego.

Hertel przedstawił rezultaty badań w popularnym kwartalniku „Journal Franz Weber” (ma on 120 tysięcy nakładu), który znaczną część swego 19 numeru poświęcił wpływowi kuchenek mikrofalowych na ludzkie zdrowie. Na okładce pisma widniała symbolizująca śmierć postać Kostuchy-Żniwiarza, która wyciągała dłoń w stronę kuchenki. Duży tytuł oznajmiał: *Niebezpieczeństwo mikrofal – naukowy dowód*. W materiale redakcyjnym wydawca przypominał, że kwartalnik należał do pierwszych pism na świecie, które na przekór zmasowanemu atakom producentów urządzeń zwróciły uwagę na zagrożenia. Obecnie, gdy podejrzenia się potwierdziły, użycie kuchenek powinno zostać zakazane. Pisano, że kwartalnik spodziewa się ataków nauczonych, gdyż w grę wchodzi wielkie pieniądze, które mogą utracić producenci urządzeń. Prawda jednak – zapewniano – ostatecznie zwycięży.

Kwartalnik zamieścił omówienie wyników badań oraz duże fragmenty raportu z dodanymi przez siebie śródtytułami, które podkreślały zagrożenia. Jako graficzną ilustrację ponownie kilkakrotnie wykorzystano Kostuchę (Żniwiarza). Hertel już wcześniej wypowiadał się i pisał o kuchenkach mikrofalowych. W numerze 8 „Journal Franz Weber” przytoczył jego opinię, że urządzenia te „są gorsze niż komory gazowe Dachau”, a osoby przygotowujące w nich posiłki „wystawiają się na powolną śmierć” i „z pewnością umrą na raka”.

²³ Sędzia L. – E. Pettiti pisał o zagrożeniach dla swobody wypowiedzi wynikających ze stosowania zakazu, a sędzia J. De Meyer kwestionował, by interesy gospodarcze można było zakwalifikować jako prawa innych osób, a więc dobro uzasadniające ograniczenie wolności słowa (tym samym ingerencja – jego zdaniem – nie służyła uzasadnionemu celowi).

²⁴ Skarga 25181/94, wyrok z 25 sierpnia 1998 r., RJD 1998-VI.

Działając z wniosku Szwajcarskiego Stowarzyszenia Wytwórców oraz Dostawców Sprzętu Gospodarstwa Domowego (MHEA) sądy krajowe wydały zakaz powtórzenia twierdzeń o zagrożeniach, sugestii, by wycofano kuchenki ze sprzedaży i używania graficznej symboliki śmierci. Podstawą były przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które po zmianach z 1986 r. mają szerszy zakres. Podstawową ich cechą jest podejście funkcjonalne, które ma zagwarantować uczciwą i niezakłóconą konkurencję. Znalazło to odzwierciedlenie w nowej definicji występków nieuczciwej konkurencji. Nie wymaga ona istnienia „relacji współzawodnictwa”; winnym może być nie tylko konkurent, dostawca lub klient, lecz także każdy podmiot, którego działania mają wpływ na stosunki konkurencji oraz pozycję na rynku osoby będącej celem wypowiedzi. Odpowiedzialności prawnej mogą zatem podlegać autorzy finansowych analiz i ekonomicznych raportów, recenzenci, krytycy sztuki, dziennikarze oraz naukowcy, jeśli ich twierdzenia są nieprawdziwe, mylne lub bezpodstawnie zawierają sformułowania powodujące szkodę. Wypowiedź musi być natomiast w stanie „obiektywnie” wywrzeć wpływ na stosunki między konkurującymi podmiotami albo dostawcami i klientami. Nie jest przy tym istotny zamiar działającej osoby. Wymagane przez prawo cechy spełniła publikacja raportu badacza. Nawet jeśli nie ma dowodu, iż materiał wywołał spadek popytu na kuchenki mikrofalowe, publikacja mogła zmniejszyć sprzedaż, a więc zaszkodzić powodowi.

Rozpoznając skargę Trybunał uznał, że jego analiza będzie inna niż w sprawie Markt intern Verlag. Wypowiedzi Hertela nie można bowiem zakwalifikować jako klasyczną wypowiedź komercyjną, gdzie krajowy margines swobody ocen jest znaczny. Zakres ocennych uprawnień krajowych sądów musi ulec redukcji, gdy w grę wchodzi udział w publicznej debacie mającej wpływ na ogólne dobro, takie jak zdrowie publiczne (par. 47). Podczas analizy proporcjonalności użytego środka należy skrupulatnie rozważyć potrzebę ochrony praw członków MHEA i swobodę wypowiedzi badacza. Oznaczało to odejście od ograniczonej kontroli sprawdzającej, czy jedynie „co do zasady” ingerencja była konieczna.

Sędziowie orzekli, że doszło do złamania art. 10 Konwencji (stosunkiem 6 głosów do 3)²⁵. Choć zakaz obejmował tylko wyraźnie wymienione sformułowania, należały one do istoty poglądów wnioskodawcy. Doszło w rezultacie do częściowego cenzurowania pracy Hertela i zasadniczo ograniczono możliwość publicznego prezentowania opinii w trakcie dyskusji, której istnienia nie można zanegować. Nie ma znaczenia, że poglądy badacza należały do mniejszościowych i być może pozbawione były podstaw. W dziedzinach, gdzie pewność jest rzadkim zjawiskiem, szczególnie nieracjonalne byłoby ograniczanie swobody wypowiedzi wyłącznie do powszechnie akceptowanych idei. Konkluzji tej nie zmieniał fakt, że sądy szwajcarskie wyraźnie podkreśliły prawo Hertela do kontynuowania badań. Z wyroków nie wynikało, że uczony miał rzeczywiście możliwość prezentowania wyników poza „ekonomicznym kontekstem”. Wisiała nad nim ponadto groźba, że złamanie zakazu doprowadzi do kary, w tym tak surowej, jak pozbawienie wolności.

²⁵ Wcześniej naruszenie swobody wypowiedzi stwierdziła w swoim raporcie Komisja (10 głosów do 5).

6. Krytyka strasburskiego standardu

Strasburski standard i związane z nim rozróżnienia zbyt mocno odwołują się do okoliczności wypowiedzi, a nie jej treści, by stwierdzić, jaki ma ona charakter i jakich kryteriów ocennych należy użyć podczas analizy ingerencji. Wypowiedź o takiej samej treści zostanie inaczej zakwalifikowana w zależności od miejsca publikacji oraz relacji istniejącej między stronami (podmiotami krytykującym i krytykowanym). Podejście wypracowane w strasburskim orzecznictwie można nazwać kontekstowym, ale kontekst brany pod uwagę ma służyć zidentyfikowaniu natury stosunków łączących strony. Równocześnie Trybunał odrzuca krajowe kwalifikacje, jeśli wypowiedź, która może mieć następstwa komercyjne i dlatego zastosowanie do niej znajdują przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie powstaje w tle bezpośredniej relacji handlowych (strony nie są biznesowymi „graczami” lub nie reprezentują biznesowych interesów)²⁶.

Wskazane odmienności w traktowaniu wypowiedzi znajdują zastosowanie także do wypowiedzi stanowiącej krytykę sposobu świadczenia usług turystycznych lub ich jakości. Aby to zilustrować, rozważmy następujący przypadek. Załóżmy, że osoba X otrzymała świadczenia o dużo niższym standardzie niż przewidziany w umowie zawartej ze znanym biurem podróży, które jest jednym z potentatów na krajowym rynku. Skierowała do biura reklamację z żądaniami finansowymi, które dotyczyły zwrotu części wpłaconych kwot. Postępowanie reklamacyjne przewidywało zarówno prawo krajowe, jak i umowa o świadczenie usług turystycznych. Na pisma nie było odpowiedzi.

Osoba X postanawia poinformować o swoich doświadczeniach. Chociaż krytyka będzie dotyczyła tego samego wydarzenia, wypowiedź zostanie inaczej oceniona w zależności od tego, która z następujących hipotez zostanie zrealizowana:

- (a) osoba X zwołuje konferencję prasową;
- (b) osoba X przedstawia swoje doświadczenia dziennikarzowi popularnego tytułu, a ten pisze artykuł;
- (c) osoba X zwraca się do izby zrzeszającej małe i średnie firmy turystyczne, a izba opisuje wydarzenie w swoim biuletynie lub przedstawia na konferencji prasowej.

W przypadkach (a) i (b) wypowiedź zostanie zakwalifikowana jako mająca ważne znaczenie ogólne. Opis doświadczeń służy poinformowaniu innych osób o zdarzeniu, przestrzegając je przed pewnymi praktykami. Wypowiedź przyczynia się również do przejrzystości relacji konsument–świadczeniodawca. Za ochroną wypowiedzi będzie także przemawiać prawdziwość relacji. W przypadku (b) mamy ponadto dodatkową okoliczność. Prasa pełni w demokratycznym społeczeństwie rolę „publicznego strażnika/kontrolera” (*public watchdog, chien de garde*)²⁷. Ingerencja podlega więc rygorystycznej kontroli. Będzie tak nie tylko wtedy, gdy krajowy środek dotyka mediów, lecz także wówczas, gdy skierowany jest przeciwko informatorowi (źródłu informacji)²⁸.

²⁶ Taką zmianę poddali krytyce sędziowie R. Bernhardt, F. Matscher i V. Toumanov w zdaniach odrębnych do wyroku Hertel.

²⁷ Lingens przeciwko Austrii, skarga 9815-82, wyrok z 8 lipca 1986 r., Series A. 103, par. 41.

²⁸ Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga 17488/90, wyrok z 27 marca 1996 r.

W przypadku (c) rozstrzygający dla analizy ingerencji przez Trybunał stanie się natomiast komercyjny charakter relacji istniejącej między przedsiębiorcami branży turystycznej lub podmiotami reprezentującymi ich interesy. Oznaczać to będzie przyznanie władzom krajowym znacznego marginesu swobody ocen. Ale w świetle dotychczasowego strasburskiego orzecznictwa można domniemywać, że Trybunał może inaczej analizować ingerencję, która równocześnie dotknęłaby i rozpowszechniającego informację, i informatora (gdy zakaz skierowany jest do dwóch podmiotów). Rozpowszechnianą przez izbę informację sędziowie będą traktować jako „czysto komercyjną”, ale wypowiedź informatora zostanie zakwalifikowana jako mająca ogólne znaczenie (!).

Przedstawiona powyżej rekonstrukcja strasburskich scenariuszy pokazuje, że Trybunał popełnił błąd w orzeczeniu Markt intern Verlag GmbH i Klaus Beermann przeciwko Niemcom. Spójne rozwiązanie zaproponowali natomiast sędziowie–dysydenci. Analiza Trybunału winna się koncentrować na zbadaniu, czy wypowiedź podnosi kwestię mającą znaczenie publiczne. Ewentualny komercyjny kontekst wypowiedzi nie powinien stać się rozstrzygającym argumentem. Szeroki margines swobody ocen można zakładać jedynie w przypadku reklamy handlowej.

7. Zakaz wypowiadania się dla mediów

Zagadnienia dotyczące swobody wypowiedzi mogą się również ujawnić w związku z klauzulami umów o świadczenie usług turystycznych, które zabraniają świadczeniobiorcom wypowiadania się dla mediów na temat realizacji umowy przez świadczeniodawcę. Aczkolwiek w takim przypadku mamy do czynienia ze stosunkiem regulowanym przez prawo prywatne (relacją horyzontalną), nie ma wątpliwości, że Konwencja znajdzie i tu zastosowanie²⁹. Ponadto ewentualne sankcje stanowiące następstwo wypowiedzi będą pochodzić od sądu, a więc organu państwa.

Moim zdaniem podstawą odpowiedzialności świadczeniobiorcy wypowiadającego się dla mediów nie może być naruszenie umowy (odpowiedzialność *ex contractu*), a jedynie spowodowanie szkody (odpowiedzialność *ex delicto*) lub naruszenie dóbr osobistych. Rozważając czy zostały spełnione przesłanki odpowiedzialności, krajowe organy muszą uwzględnić Konwencję (orzecznictwo strasburskie) dotyczące publicznego znaczenia podnoszonej krytyki³⁰.

8. Turystyka a inne przepisy Konwencji

Chociaż moje opracowanie koncentrowało się na „wypowiedzi turystycznej”, a więc dotyczyło problemów powstających w kontekście art. 10 Konwencji, chciałbym również zwrócić uwagę na możliwość posłużenia się w związku ze świadczeniem usług turystycznych innymi postanowieniami Konwencji. Wskażę jedynie na kilka hipotez, gdyż pełniejsze omówienie zagadnienia wymagałoby oddzielnego artykułu.

²⁹ Fuentes Bobo przeciwko Hiszpanii, skarga 39293/98, wyr. z 29 lutego 2000 r. (niepubl.), par. 38 i cyt. tam orzecznictwo.

³⁰ Na gruncie polskiego prawa wątpliwe wydaje mi się natomiast zastosowanie w takim przypadku przepisów o niedozwolonych postanowieniach umownych, choć pewne możliwości otwiera formuła sprzeczności z dobrymi obyczajami.

W nowszym orzecznictwie Trybunał rozszerza konsekwencje art. 8 Konwencji, który chroni życie prywatne i rodzinne³¹. Sędziowie wskazują, że pojęcie „życia prywatnego” jest szerokie i nie poddaje się wyczerpującej definicji³². Artykuł 8 chroni moralną i fizyczną integralność jednostki³³, zapewnia również gwarancje w tej sferze, gdzie jednostka może swobodnie rozwijać się i zaspakajać potrzeby swojej osobowości³⁴. Jako sprzeczne z art. 8 kwalifikowano środki, które „miały w znaczącym stopniu wpływ na możliwość rozwijania stosunków z zewnętrznym światem i tworzyły dla jednostek poważne trudności dotyczące zarobkowania, rodząc oczywiste reperkusje dla cieszenia się życiem prywatnym”³⁵.

Wskazane formuły mogą rodzić pytanie o możliwość ich użycia w kontekście usług turystycznych. Wyobraźmy sobie sytuację, gdy należycie opłacony pobyt turystyczny za granicą okazuje się koszmarem, bo świadczeniodawca nie przekazał zagranicznemu partnerowi opłat. Ten ostatni zabiera paszporty turystom i wyrzuca ich ze swojego hotelu. Turyści nie mogą wrócić do domu; są skazani na wegetację w warunkach urągających ludzkiej godności (abstrahując w tym miejscu od problematyki zabezpieczenia finansowego organizatora turystyki, a ściślej możliwości jego „uruchomienia” w takiej sytuacji, co umożliwia zapewnienie klientom powrotu do kraju).

Formuła mówiąca o „integralności jednostki”, „rozwijaniu i zaspakajaniu potrzeb swojej osobowości” wydaje się na tyle obszerna, że daje się zastosować do skrajnego przypadku „koszmarnego wyjazdu turystycznego”. Można argumentować, że na państwie spoczywa pozytywny obowiązek zabezpieczenia jednostek przed następstwami bankructwa przedsiębiorców turystycznych lub znalezienia się przez nie w trudnej sytuacji finansowej. Ów pozytywny obowiązek może polegać na wydaniu „odpowiedniego ustawodawstwa”³⁶. W przypadku państw członkowskich Unii Europejskiej obowiązek przyjęcie owego ustawodawstwa i wymaganą jego treść mogłyby wskazywać „dyrektywy turystyczne”, zwłaszcza dyrektywa 90/314/EWG z 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek³⁷. Oczywiście w przypadku rozważanej hipotezy jako brak odpowiedniego prawa – z punktu widzenia przepisów Konwencji – mógłby zostać zakwalifikowany tylko skrajny

³¹ Zob. np. opracowanie M. Kowalskiego, *Efektywność czy omnipotencja – uwagi dotyczące interpretowania i stosowania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na przykładzie gwarancji art. 8*, [w:] *Prawo międzynarodowe. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesor Renacie Szafarz*, red. J. Menkes, Warszawa 2007.

³² Np. Peck przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga 44647/98, ECHR 2003-I, par. 57.

³³ X i Y przeciwko Holandii, skarga 8978/80, wyr. z 26 marca 1985 r., Series A. 91, par. 22-27.

³⁴ Brüggeman i Scheuten przeciwko Niemcom, skarga 6959/75, raport Komisji z 12 lipca 1977 r., DR 10, par. 55.

³⁵ Sidabras i Džiautas przeciwko Litwie, skargi 55480/00 i 59330/00, wyr. z 27 lipca 2004 r., ECHR 2004-VIII, par. 48.

³⁶ Vgt Verein gegen Tierfabriken przeciwko Szwajcarii, skarga 24699/94, wyr. z 28 czerwca 2001 r., ECHR 2001-VI, par. 45. Na temat konstrukcji pozytywnych obowiązków państwa i jej zastosowania w orzecznictwie Trybunału najpełniej pisze A. W. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford 2004.

³⁷ Dz. Urz. WE, L 158 z 23 czerwca 1990 r., s. 59.

przypadek, tj. niewydanie jakichkolwiek przepisów zapewniających ochronę lub stworzenie regulacji ewidentnie nieskutecznej.

Uznanie, że doszło do niewykonania pozytywnego obowiązku istniejącego w kontekście art. 8 Konwencji staje się również możliwe w razie nieudzielenia pomocy przez państwo pochodzenia turysty, zwłaszcza przez jego służby konsularne. Oczywiście nie każdy przypadek odbiegającego od uzgodnionego w umowie świadczenia usługi turystycznej mógłby zostać zakwalifikowany jako naruszenie prawa do życia prywatnego, lecz tylko taki, który rodzi niezwykle poważne następstwa dla interesów chronionych przez art. 8. W drastycznej, skrajnej sytuacji dałoby się postawić również zarzut niepodjęcia działań mających na celu powstrzymania niehumanitarnego bądź poniżającego traktowania (naruszenie art. 3)³⁸.

Brak pozytywnych działań ze strony państwa może być również uznany za naruszenie Konwencji, jeśli państwo, wiedząc o danym przypadku, nie zapewni turystyce oskarżonemu o popełnienie przestępstwa warunków do rzetelnego procesu. Taki obowiązek będzie spoczywał na państwie, w którym turysta stał się przedmiotem postępowania sądowego, ale również na jego własnym państwie (gdy turysta interweniował, prosząc o udzielenie pomocy)³⁹.

³⁸ Taki zarzut mógłby zostać postawiony nie tylko własnemu państwu turysty, lecz także państwu, gdzie świadczenie turystyczne ma miejsce (jeśli jest ono stroną Konwencji).

³⁹ Jeśli w państwie nie należącym do Unii Europejskiej doszło do procesu obywatela jednego z państw członkowskich, które jednak nie posiada konsularnej placówki w takim miejscu, obowiązek udzielenia pomocy (podjęcia pozytywnych działań) spoczywałby na innym państwie członkowskim Unii, które posiada tam służby konsularne.

Justyna Ożegalska-Trybalska*

Ochrona nazw obiektów hotelarskich w Internecie

1. Usługi turystyczne *on-line*

Rosnąca popularność Internetu oraz handlu elektronicznego wywarła w ostatnich latach ogromny wpływ na rynek usług turystycznych na całym świecie. Turystyka w Internecie to jedna z najbardziej dynamicznie rozwijających się dziedzin sektora e-commerce. Jak się prognozuje, w najbliższym czasie po raz pierwszy liczba rezerwacji turystycznych w trybie *on-line* przewyższy liczbę rezerwacji dokonywanych w tradycyjny sposób¹.

O ile konsumenci ciągle z pewną rezerwą podchodzą do korzystania z usług turystycznych oferowanych przez Internet, to coraz chętniej za pośrednictwem stron internetowych dokonywane są rezerwacje miejsc w obiektach hotelowych² w kraju i za granicą. Zaletą rezerwacji miejsca noclegowego poprzez Internet jest zarówno możliwość znalezienia na jednej stronie WWW kompleksowych informacji na temat bazy noclegowej w danym mieście lub regionie, porównania ofert różnych obiektów hotelowych (np. hoteli, hosteli, moteli, domów wczasowych, pensjonatów) oraz zapoznania się z fotograficzną dokumentacją danej oferty, jak również szansa skorzystania ze znacznych rabatów, powszechnie oferowanych przy takiej formie rezerwacji.

Międzynarodowy zasięg Internetu gwarantujący nieograniczony dostęp do coraz częściej podróżujących klientów z całego świata, jak również możliwość taniej, eksterytoryjalnej reklamy swoich usług – stanowią niewątpliwe atuty rynku *on-line* także dla właścicieli obiektów hotelowych.

Niestety, zarówno na świadczących usługi hotelarskie, jak i osoby z nich korzystające czekają w wirtualnym świecie liczne pułapki i zagrożenia. Użytkownicy Internetu narażeni są na różnego rodzaju działania ze strony podmiotów oferujących usługi turystyczne, najczęściej mające na celu wprowadzenie ich w błąd, co do standardu obiektów hotelowych i jakości świadczonych przez nie usług. Z kolei, właściciele takich obiektów coraz częściej padają ofiarą nieuczciwych praktyk ze strony zarówno swoich konkurentów, jak i podmiotów zarządzających stronami pośredniczącymi w rezerwacji, polegających m.in. na nieuprawnionym korzystaniu w sieci z ich nazw i innych oznaczeń odróżniających. Choć z niektórymi z nieuczciwych zachowań rynkowych przedsiębiorcy hotelowi spotykają się od dawna w tradycyjnym obrocie gospodarczym, to rozwój technik internetowych niesie ze sobą nie tylko szansę, ale także zupełnie nowe zagrożenia dla sektora usług hotelarskich.

W tym kontekście praktycznego znaczenia nabiera problematyka nadużywania nazw obiektów hotelarskich w Internecie na gruncie prawa własności intelektualnej,

* Dr Justyna Ożegalska-Trybalska - Instytut Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ Raport *PhoCusWright's U.S. Online Travel Overview Sixth Edition*, 2006, cyt. za: *PhoCusWright predicts 2007 tipping point for online travel bookings*, Hotel & Motel Management, Week in Review z 18 grudnia 2006 r., dostępny na stronie: www.hotelmotel.com.

² Określenie „obiekt hotelowy” jest używane w niniejszym artykule w odniesieniu do wszelkich obiektów, w których świadczone są usługi hotelarskie.

w tym wykorzystywanie ich w nowych formach reklamy internetowej. Z punktu widzenia analizy rynku usług hotelarskich *on-line* aktualny pozostaje także szeroko dyskutowany ostatnio problem nielegalnego – z punktu widzenia ustawy o usługach turystycznych i ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów³, posługiwania się przez przedsiębiorców nazwami obiektów hotelarskich, który jednak z uwagi na brak wyraźnej specyfiki związanej z Internetem – nie będzie analizowany w niniejszym artykule.

2. Rejestracja i używanie domen internetowych korespondujących z nazwami obiektów hotelarskich

Niezbędnym warunkiem prowadzenia skutecznego marketingu, reklamy i oferowania usług hotelarskich *on-line* jest posiadanie własnej strony internetowej, identyfikowanej przez łatwy do zapamiętania adres strony WWW. Najlepiej, aby był to tzw. intuicyjny adres internetowy odpowiadający nazwie obiektu hotelarskiego, który potencjalny klient – użytkownik Internetu – „intuicyjnie” wpisze do paska adresowego poszukując takiego obiektu w sieci. Mając na uwadze statystyki wskazujące, że aż 40 proc. użytkowników Internetu czerpie wiedzę o usługach turystycznych właśnie z tego źródła, właściciele obiektów hotelarskich powinni zadbać o możliwość dotarcia do klientów poprzez swoją stronę internetową oraz ochronę swoich oznaczeń wyróżniających na rynku usług *on-line*. Szczęólnego znaczenia nabierają tu dwie kwestie: po pierwsze – skuteczna ochrona posiadanego adresu swojej strony WWW, po drugie – możliwość kwestionowania rejestracji i używania przez osoby trzecie w adresach swoich stron WWW nazw korespondujących z chronionymi oznaczeniami obiektów hotelarskich.

2.1. Ochrona adresu strony WWW obiektu hotelarskiego

Jeśli chodzi o możliwość ochrony adresu strony WWW, to należy mieć na uwadze, że sama rejestracja domeny internetowej odpowiadającej nazwie obiektu hotelarskiego np. „hotelbristol.pl”, nie kreuje żadnego wyłącznego prawa do takiej domeny, na podstawie którego można by kwestionować używanie podobnych domen przez podmioty trzecie, w tym konkurencyjne przedsiębiorstwa. Także fakt, iż wiele z hoteli w Polsce jest uprawnionych z tytułu prawa ochronnego na znak towarowy⁴, sam w sobie nie daje podstaw do sprzeciwiania rejestracji przez inne osoby domen korespondujących z ich chronionymi znakami. Prawo do znaku towarowego np. „Hotel Bristol” nie rozciąga się bowiem automatycznie na oznaczenia wykorzystujące ten znak, takie jak np. „www.hotelbristol.pl”.

³ Zob. P. Cybula, P. Kostański, *Nie można nazywać hotelu motelem*, Rzeczpospolita z 16 sierpnia 2007 r.; *Jak jeden hotel zabierał klientów drugiemu*, Serwis Internetowy Branży Turystycznej, aktualności z 14 czerwca 2007 r., artykuł dostępny na stronie serwisu pod adresem: <http://www.turinfo.pl>.

⁴ Zarejestrowanymi w Polsce znakami towarowymi są m.in. następujące nazwy znanych światowych sieci hotelowych: Sheraton (nr prawa wyłącznego 65489); „Hilton” (nr prawa wyłącznego 64437); „Campanile” (nr prawa wyłącznego 0500632), a także wiele nazw polskich hoteli: „Qubus Hotel” (nr prawa wyłącznego 131752); „Atrium Hotel” (nr prawa wyłącznego 157577), „Hotel Francuski” (nr prawa wyłącznego 124837).

Ochrona adresu internetowego identyfikującego stronę WWW jako źródło pochodzenia usług hotelarskich oferowanych lub reklamowanych za jej pośrednictwem (np. „www.hotelbristol.pl”) może być natomiast realizowana poprzez rejestrację takiego oznaczenia w charakterze „krajowego” znaku towarowego (np. w Urzędzie Patentowym RP w oparciu o przepisy ustawy prawo własności przemysłowej z 30 czerwca 2000 r. (cyt. dalej jako: p.w.p.)⁵ lub wspólnotowego znaku towarowego (w Urzędzie ds. Harmonizacji Rynku Wewnętrznego z siedzibą w Alicante na podstawie przepisów rozporządzenia Rady Nr 40/94/WE z dnia 20 grudnia 1993 r. w sprawie znaku towarowego Wspólnoty⁶), co gwarantuje wyłączność w zakresie korzystania z takiego oznaczenia odpowiednio: na terytorium RP i na obszarze wszystkich państw należących do UE.

Jak wskazuje praktyka, europejskie urzędy patentowe rejestrują znaki towarowe mające postać adresów stron WWW, pod warunkiem, że posiadają one zdolność odróżniającą i spełniają wszystkie przesłanki rejestracji, określone w stosownych regulacjach z zakresu prawa znaków towarowych.

Należy zaznaczyć, że na gruncie prawa polskiego, adres strony WWW używany w obrocie przez podmiot świadczący usługi hotelarskiego w charakterze znaku towarowego, ale nie zarejestrowany przez Urząd Patentowy RP, może być chroniony jako znak powszechnie znany na podstawie przepisów p.w.p., albo jako niezarejestrowany znak towarowy w oparciu o przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 16 kwietnia 1993 r. (cyt. dalej jako: u.z.n.k.)⁷.

W świetle art. 10 u.z.n.k., adres strony WWW używany w obrocie jako niezarejestrowany znak towarowy może być chroniony przed użyciem przez inny podmiot identycznego lub podobnego znaku, jeśli może on wprowadzać w błąd co do tego, że oferowane w powiązaniu z nim towary lub usługi pochodzą od podmiotu wcześniej używającego takiego adresu jako swojego znaku towarowego.

2.2. Rejestracja i używanie domen internetowych odpowiadających oznaczeniom wyróżniającym obiektów hotelowych

Obok kwestii ochrony adresu strony WWW jako oznaczenia wyróżniającego podmiotu świadczącego usługi hotelarskie *on-line*, istotne znaczenie z punktu widzenia branży hotelarskiej ma problem funkcjonowania w Internecie „fałszywych” stron internetowych, których adresy odpowiadają nazwom znanych hoteli/sieci hotelowych.

Zdarza się, że wpisując do paska adresowego adres „www.nazwahotelu.com”, użytkownik trafia na stronę hotelu innego niż ten, którego nazwa widnieje w adresie, stronę pośredniczącą w rezerwacji hoteli, stronę biura turystycznego lub też stronę, na której widnieje napis „domena na sprzedaż”. Dzieje się tak dlatego, że domeny internetowe rejestrowane są na zasadzie „kto pierwszy, ten lepszy”, co powoduje, że osoby inne niż właściciele obiektów hotelowych mogą jako pierwsze zarejestrować domeny odpowiadające nazwom i/lub innym charakterystycznych oznaczeniom wy-

⁵ Dz. U. z 2001 r., Nr 49, poz. 508 ze zm.

⁶ Dz. Urz. z 1994 r., Nr L 011/1.

⁷ T. jedn. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.

różniającym (np. znakiem towarowym), używanym w celu identyfikacji i reklamy takich obiektów.

Jak dowodzi praktyka, tego typu eksploatacja cudzych oznaczeń w Internecie jest powszechna. Dlatego w ostatnich latach zostały wprowadzone narzędzia umożliwiające przedsiębiorcom skuteczną ochronę swoich oznaczeń wykorzystywanych bezprawnie w domenach internetowych, do których zaliczyć należy przede wszystkim systemy polubownego rozwiązywania sporów o domeny (Alternative Dispute Resolution – ADR). Należy do nich m.in. popularny system oparty na tzw. Jednolitych Zasadach Rozwiązywania Sporów o Domeny Internetowe (*Uniform Domain Dispute Resolution Policy* – UDRP), w ramach którego rozwiązywane są spory o domeny ogólne (.aero, .biz, .cat, .com, .coop, .info, .jobs, .mobi, .museum, .name, .net, .org, .pro, .tel i .travel).

Zgodnie z regulaminem UDRP, aby skutecznie przeciwstawić się rejestracji domeny internetowej odpowiadającej nazwie hotelu stanowiącej jednocześnie chroniony znak towarowy, uprawniony musi wykazać, że:

- a) sporna domena jest identyczna lub podobna do tego znaku,
- b) dysponent spornej domeny nie ma prawa lub uprawnionego interesu w używaniu takiej domeny,
- c) rejestracja i używanie domeny nastąpiło w złej wierze.

Wśród decyzji wydanych na podstawie wspomnianego regulaminu odnotować można kilkanaście rozstrzygnięć w sprawach o domeny korespondujące z nazwami znanych sieci hotelowych. Przykładem może być decyzja w sporze o domeny „bestwestern-hotel.com” oraz „bestwesterngr.com”, wydana na rzecz znanej międzynarodowej sieci hoteli Best Western Hotels⁸, w której arbiter uznał, że sporne domeny są podobne do chronionego w Stanach Zjednoczonych znaku towarowego BEST WESTERN zarejestrowanego dla usług hotelowych na rzecz Best Western International Inc., a dysponent domeny nie jest w żaden sposób upoważniony przez uprawnionego do korzystania z tego znaku. Stwierdził on także, że rejestracja spornych domen nastąpiła w złej wierze z zamiarem czerpania korzyści z renomy jaką cieszy się ta sieć hotelowa na świecie, czego dowodem jest oferta ich sprzedaży przez podmiot, który dokonał ich rejestracji.

Jak już wspomniano, wiele znanych obiektów hotelowych pada ofiarą nieuprawnionego wykorzystywania ich nazw w domenach internetowych, bardzo często przez podmioty zarządzające stronami za pośrednictwem których odbywa się rezerwacja miejsc hotelowych. Potwierdzeniem tego jest kolejny spór rozstrzygany w ramach UDRP o domenę „holidayinnhotels.org”⁹. W sprawie tej znana sieć hoteli, do której należy Holiday Inn, wystąpiła przeciwko podmiotowi, który za pośrednictwem strony internetowej identyfikowanej przez sporną domenę prowadził działalność polegającą na pośredniczeniu w rezerwacji miejsc nie tylko w hotelach Holiday Inn, ale także w hotelach konkurencyjnych, takich jak: Sheraton, Hyatt, Best Western. Ponadto na swojej stronie w sekcji „O nas” dysponent domeny reklamował się pod

⁸ *Best Western International, Inc v. CITI Services, Inc*, NAF No. 0003000094299, decyzja dostępna pod adresem: <http://www.arb-forum.com/domains/decisions/94299.htm>.

⁹ *Six Continental Hotels, Inc. v. Patrick Ory*, WIPO D2003-0098, decyzja dostępna pod adresem: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2003/d2003-0098.html>.

hasłem „Holiday Inn Hotels”, stwarzając dodatkowe wrażenie wśród odwiedzających stronę, że jest powiązany organizacyjnie z jedną z najbardziej popularnych na świecie sieci hoteli Holiday Inn, podczas gdy faktycznie nie był uprawniony na podstawie żadnej umowy do korzystania ze znaku towarowego HOLIDAY INN. W opinii panelu arbitrażowego rozstrzygającego spór, dysponent domeny zarejestrował i używał spornej domeny w złej wierze w celu uatrakcyjnienia swojej strony i przyciągnięcia na nią użytkowników chcących zarezerwować miejsce w hotelach Holiday Inn, stwarzając niebezpieczeństwo wprowadzenia ich w błąd, co do źródła usług oferowanych za pośrednictwem strony i czerpiąc z tego tytułu korzyści majątkowe.

Kolejna sprawa – *Six Continental Hotels, Inc. V. Patrick Ory* dowodzi, że aby pośrednicy *on-line* oferujący rezerwację hoteli mogli w sposób legalny korzystać ze znaków towarowych należących do obiektów hotelarskich, muszą nie tylko mieć zawarte umowy z nimi stosowne umowy upoważniające ich do dokonywania takich rezerwacji, ale z umów takich musi wyraźnie wynikać zezwolenie na korzystanie ze znaków towarowych w adresach ich stron WWW. W przedmiotowej sprawie dysponent domeny „crowne-plaza-hotel-bangkok.com” co prawda powoływał się na istnienie umowy zawartej bezpośrednio z hotelem Crown Plaza w Bangkoku (należącym do sieci hoteli powoda), ale w umowie tej brak było wyraźnego zezwolenia na rejestrację domeny ze znakiem towarowym CROWN PLAZA, a jedynie zawarta była w niej zgoda na świadczenie usług przez pozwanego w zakresie rezerwacji hoteli należących do sieci powoda za pośrednictwem aktualnie działających stron WWW lub też stron uruchomionych przez niego w przyszłości. W oparciu o tę okoliczność panel arbitrażowy uznał, że dysponent spornej domeny nie ma prawa do tej domeny, a wykraczając poza zakres umowy pośrednictwa zawartej z uprawnionym do znaku – działał w złej wierze.

Także na gruncie polskiego prawa istnieją podstawy do dochodzenia roszczeń w przypadku bezprawnego używania nazwy/znaku towarowego obiektu hotelowego w nazwie domeny internetowej. Przedsiębiorca świadczący usługi hotelowe, którego prawa lub interesy są zagrożone w związku z taką eksploatacją jego oznaczenia może dochodzić stosowanych roszczeń zarówno przed sądem powszechnym, jak i w trybie arbitrażu: przed Sądem Polubownym ds. Domen Internetowych przy Polskiej Izbie Informatyki i Telekomunikacji lub przed Sądem Arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczej.

Bez względu na sposób dochodzenia roszczeń, podstawę rozstrzygnięcia sporu stanowią obowiązujące regulacje, w tym przede wszystkim przepisy p.w.p. oraz przepisy u.z.n.k.

W świetle przepisów p.w.p. dotyczących znaków towarowych oraz orzecznictwa sądowego poświęconego domenom internetowym należy przyjąć, że do naruszenia prawa ochronnego do nierenomowanego znaku towarowego do którego uprawniony jest podmiot świadczący usługi hotelowe dochodzi w sytuacji, gdy na podstawie okoliczności związanych z używaniem domeny można stwierdzić, że:

- 1) domena taka jest używana w charakterze znaku towarowego, w więc jako identyfikator strony WWW za pośrednictwem której są reklamowane lub oferowane towary lub usługi,
- 2) użycie domeny ma miejsce w ramach krajowego obrotu gospodarczego,

- 3) wykorzystanie w domenie chronionego znaku towarowego obiektu hotelowego ma charakter bezprawny,
- 4) domena jest identyczna lub podobna do zarejestrowanego znaku towarowego i jest używana w powiązaniu z towarami i usługami identycznymi lub podobnymi do tych, na rzecz których został zarejestrowany ten znak, co może spowodować u części odbiorców błąd co do źródła ich pochodzenia.

W sytuacji, gdy osoba trzecia rejestruje w charakterze domeny internetowej renomowany znak towarowy do którego uprawniony jest podmiot świadczący usługi hotelowe, stwierdzenie naruszenia prawa ochronnego udzielonego na taki znak będzie mogło zostać stwierdzone, jeżeli używanie domeny przynosić będzie dysponentowi domeny internetowej nienależną korzyść. W praktyce będzie to mieć najczęściej miejsce w sytuacji, gdy renomowany znak towarowy jest wykorzystany np. w adresie strony WWW za pośrednictwem której dokonywana jest rezerwacja miejsc hotelowych w celu jej uatrakcyjnienia i przyciągnięcia na nią potencjalnych klientów lub, gdy rejestracja domeny internetowej korespondującej z renomowanym znakiem dokonywana jest w złej wierze z zamiarem czerpania z tego tytułu korzyści np. przez odpłatne „przeniesienie” domeny na uprawnionego z tytułu prawa ochronnego na znak, za cenę znacznie przekraczającą koszty rejestracji i utrzymywania domeny.

Prawo ochronne na renomowany znak towarowy może zostać naruszone także wtedy, gdy np. jedna sieć hotelowa pod adresem zawierającym znak towarowy konkurencyjnej sieci prezentuje negatywne opinie „gości” o świadczonych przez nią usługach hotelowych, standardzie hoteli należących do tej sieci itp., co może wpłynąć na obniżenie renomy znaku w oczach klientów i prowadzić do jej deprecjacji.

W Polsce, podstawę prawną ochrony nazw obiektów hotelarskich wykorzystywanych w domenach internetowych mogą stanowić także przepisy u.z.n.k. Przykładowo, w sytuacji gdy jeden przedsiębiorca świadczący usługi hotelarskie rejestruje domenę internetową korespondującą z nazwą innego podmiotu z branży hotelarskiej i używać będzie jej w Internecie w charakterze oznaczenia swojego przedsiębiorstwa, możliwe będzie powołanie się na art. 5 u.z.n.k. Przepis ten statuuje czyn nieuczciwej konkurencji polegający na działaniu mogącym wprowadzać w błąd co do tożsamości z innym przedsiębiorstwem. W takiej sytuacji, uprawniony do nazwy obiektu hotelowego, którego nazwa (skrót, charakterystyczne oznaczenie) zostało wykorzystane w domenie przez konkurencyjny podmiot będzie mógł dochodzić ochrony swojego oznaczenia, wykazując, że: 1) działanie takie stanowi naruszenie jego interesów jako przedsiębiorcy uprawnionego do posługiwania się danym oznaczeniem wyróżniającym na podstawie przysługującego mu pierwszeństwa oraz, 2) istnieje niebezpieczeństwo pomyłek u odbiorców co do tożsamości podmiotu używającego kolidującej domeny lub co do pochodzenia oferowanych towarów, sposobu i jakości świadczonych przez nią usług lub istnienia związków gospodarczych między dysponentem domeny a uprawnionym do chronionego oznaczenia¹⁰.

¹⁰ Możliwość ochrony prawa do oznaczenia w przypadku użycia w charakterze oznaczenia przedsiębiorstwa domeny internetowej w oparciu o art. 5 u.z.n.k. potwierdza orzecznictwo Sądu Polubownego ds. Domen Internetowych, działającego przy Polskiej Izbie Informatyki i Telekomunikacji – zob. wyrok z 20 sierpnia 2003 r., sygn. akt 01/03/PA; wyrok z 20 grudnia 2004 r., sygn. akt

W kategoriach sprzeczności z przepisami u.z.n.k., w szczególności klauzulą generalną z art. 3 ust. 1, oceniać należy sytuację, w której nazwa obiektu hotelarskiego zostanie zarejestrowana w celu jej późniejszego odpłatnego „przeniesienia” na uprawnionego do nazwy lub osoby trzecie zainteresowane korzystaniem z takiej domeny za cenę znacznie przekraczającą koszty rejestracji nazwy domeny (tj. w przypadku spekulacyjnej rejestracji domen – tzw. „cybersquattingu”).

3. Używanie nazw hoteli w opisach stron WWW (*metatagach*)

Popularną techniką internetową, której nadużywanie stanowi potencjalne zagrożenie dla interesów przedsiębiorców hotelowych stanowi nieuprawnione wykorzystywanie nazw i znaków towarowych obiektów hotelarskich w tzw. metatagach (*metatags*). Metatagi to niewidoczne dla użytkowników Internetu słowa kluczowe umieszczane w opisach stron WWW, które są wykorzystywane przez przeglądarki internetowe w celu identyfikacji zawartości strony i odpowiedniego zaklasyfikowania zawartych na nich informacji. Technika metatagów działa w ten sposób, że użytkownik Internetu szukając przykładowo noclegu w określonym miejscu wpisuje do przeglądarki nazwę znanej sieci hoteli oraz nazwę miasta do którego się wybiera, a przeglądarka znajduje w sieci wszystkie strony WWW, w których opisie użyta jest ta nazwa i indeksuje je w taki sposób, że te strony, w których słowo kluczowe (nazwa hotelu) pojawia się częściej, są wskazane na liście rezultatów przeszukiwania Internetu jako pierwsze. Jest to powszechnie stosowana w Internecie praktyka polegająca na tzw. pozycjonowaniu stron przez wyszukiwarki internetowe (*search engine optimization*), której celem jest osiągnięcie jak najwyższego miejsca w wynikach wyszukiwania, a przez to zwiększenie prawdopodobieństwa, że użytkownicy Internetu trafią na daną stronę internetową i zapoznają się z przedstawioną tam ofertą lub reklamą. Opiera się ona na mającym potwierdzenie w praktyce założeniu, że użytkownik Internetu w pierwszej kolejności odwiedza strony, które są wskazane „najwyżej” w wynikach przeszukiwania Internetu wskazanych przez przeglądarkę internetową¹¹.

W świetle niektórych zagranicznych orzeczeń sądowych, posługiwanie się cudzym znakiem towarowym w metatagach swojej strony WWW może prowadzić do naruszenia prawa do tego znaku, gdyż użytkownicy Internetu szukający towarów lub usług oznaczonych znakiem są „nakierowywani” na taką stronę WWW i mogą w ten sposób zostać wprowadzeni w błąd, co do źródła oferowanych i reklamowanych za jej pośrednictwem produktów lub istnienia powiązań między dysponentem takiej strony a uprawnionym do znaku¹².

17/04/PA; wyrok z 27 września 2004 r., sygn. akt 05/04/PA (wyroki dostępne na stronie internetowej www.piiit.org.pl).

¹¹ Szerzej na temat tej formy marketingu i reklamy – D. Kasprzycki, *Problematyka reklamy kontekstowej*, [w:] *Prawo własności intelektualnej wczoraj, dziś i jutro*, red. J. Barta i A. Matlak, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ 2008, z. 100, s. 213.

¹² Zob. amerykańskie orzeczenia w sprawach: *New York State Society of Certified Public Accountants v. Eric Luis Associates*, 79 F. Supp. 2d 3313S.D.N.Y., 1991; *Azitar Corp. v. MGM Casino*, 59 U.S.P.Q. 2d 1460 (E.D. Va. 2001); francuskie orzeczenie w sprawie *Société Kayzersberg Packa-*

Jeśli chodzi o możliwość ochrony prawa ochronnego do znaku towarowego na gruncie prawa polskiego to wydaje się, że podmiot, którego znak został bezprawnie wykorzystany w opisie cudzej strony internetowej, może skutecznie dochodzić swoich roszczeń, gdy chodzi o renomowany znak towarowy. W sytuacji, gdy przykładowo mało znany hotel w opisie swojej strony WWW celowo umieszcza znaki towarowe znanych sieci hotelowych w celu zwiększenia prawdopodobieństwa wskazania takiej strony przez przeszukiwarkę internetową i odwiedzenia jej przez użytkownika poszukującego miejsca hotelowego, można argumentować, że taka forma eksploatacji cudzego znaku przynosi takiemu podmiotowi nieuprawnione korzyści. Bazując na renomie cudzego znaku przejmuje on bowiem część potencjalnych klientów „nakierowując” ich na swoją stronę WWW i tym samym zwiększa obroty płynące ze sprzedaży swoich usług hotelowych.

Dyskusyjna jest natomiast kwestia możliwości naruszenia prawa do nierenomowanego znaku towarowego, którego przesłankami zgodnie z art. 296 ust. 2 pkt 2 p.w.p. jest m.in. używanie znaku w charakterze znaku towarowego oraz wystąpienie ryzyka wprowadzenia odbiorców w błąd co do źródła pochodzenia towarów lub usług. Zauważyć bowiem należy, że ponieważ w przypadku metatagów mamy do czynienia z użyciem znaku towarowego w opisie strony WWW w sposób „niewidoczny” dla użytkownika Internetu, to pojawia się wątpliwość, czy w takiej sytuacji może on być przez niego postrzegany jako identyfikator źródła pochodzenia towarów lub usług. Jeżeli uznamy, że nie, to pojawia się problem, czy istnieje możliwość stwierdzenia identyczności towarów lub usług, a w konsekwencji czy można stwierdzić, że istnieje niebezpieczeństwo wprowadzenia w błąd.

W sytuacji, gdy jeden podmiot świadczący usługi hotelowe wykorzystuje bezprawnie znak towarowy lub nazwę konkurencyjnego obiektu hotelowego w metatagach, podmiot uprawniony do takiego oznaczenia może także dochodzić jego ochrony w oparciu o przepisy u.z.n.k. Dowodzi tego pierwsze w Polsce orzeczenie w sprawie metatagów¹³, w którym sąd - opierając się na założeniu, że strony WWW służące do skutecznego kontaktowania się z klientami stanowią formę reklamy – uznał wykorzystanie w opisie swojej strony internetowej hasła stanowiącego wyróżniający element nazwy konkurencyjnego przedsiębiorstwa za czyn nieuczciwej konkurencji z art. 16 ust. 1 pkt. 2 u.z.n.k, tj. reklamę wprowadzającą w błąd i mogącą przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru¹⁴.

Wydaje się, że w sytuacji celowego umieszczenia w złej wierze w opisie swojej strony WWW nazwy konkurencyjnego obiektu hotelarskiego w celu „zwabienia” na nią użytkowników Internetu lub promocji usług hotelowych oferowanych *on-line* można odwoływać się do art. 3 ust. 1 u.z.n.k. i argumentować, że jest to działanie polegające na nieuczciwym wykorzystywaniu renomy cudzego oznaczenia w celu „przyciągnięcia” użytkowników Internetu na swoją stronę WWW, którego skutkiem

ging v. Société Kargil z 24 marca 1999 r.; belgijskie rozstrzygnięcie w sprawie *Belgacom v. Intouch* z 15 października 1999 r.

¹³ Orzeczenie SA w Poznaniu z 27 października 2004 r., sygn. akt X GC 210/03/02 (nie publ.).

¹⁴ Więcej na temat tego wyroku – zob. S. Wikariak, *Nieuczciwość w Internecie. Nie można podszywać się pod konkurencję*, Rzeczpospolita z 28 grudnia 2004 r.

może być godzące w interesy uprawnionego do nazwy nieuczciwe przejęcie jego aktualnej lub potencjalnej klienteli.

4. Reklama za pomocą słów kluczowych odpowiadających nazwom obiektów hotelarskich („keying”)

Jedną z technik stosowanych w Internecie, która jak się podkreśla ma istotne konsekwencje dla przemysłu hotelarskiego, jest reklama przy pomocy słów kluczowych („keying” lub „trigger advertisement”)¹⁵, zawierających nazwy obiektów hotelowych¹⁶. Jest to forma reklamy internetowej powszechnie stosowana przez popularne przeglądarki internetowe, polegająca na odpłatnym udostępnieniu słów kluczowych wykorzystywanych w działaniu przeglądarek internetowych zainteresowanym reklamodawcom. Polega ona na tym, że za każdym razem, gdy użytkownik wpisuje do przeglądarki dane słowo-klucz wraz z listą rezultatów przeszukiwania Internetu, zwykle po prawej stronie monitora pojawia się lista odesłań sponsorowanych („Sponsored links”), banner reklamowy lub okienko z reklamą „pop-up” towarów lub usług oferowanych przez reklamujący się podmiot. Na liście stron sponsorowanych pojawiają się przy tym te strony, których właściciele zaoferowali (wylicytowali) największe stawki za to słowo kluczowe (nazwę, znak towarowy), które zostało wpisane do wyszukiwarki. Atrakcyjność tej formy reklamy internetowej polega na tym, że reklamodawca nie płaci za samą prezentację reklamy (wyświetlenie jej na monitorze komputera), ale jest obciążany jej kosztami dopiero w momencie kliknięcia przez użytkownika na reklamę, przy czym wysokość zapłaty jest naliczana od każdego kliknięcia (*pay per click*)¹⁷.

O ile nową formę reklamy opartą na słowach kluczowych należy traktować jako sposób intensyfikacji reklamy swoich usług w Internecie, kontrowersje budzić może praktyka kupna i sprzedaży słów kluczowych odpowiadających nazwom znanych sieci hotelowych podmiotom, które nie są do nich uprawnione¹⁸. Problem ten ma duże znaczenie praktyczne, zważywszy na fakt, że - jak wskazują statystyki - nazwy obiektów hotelarskich są jednymi z najczęściej wpisywanych słów do wyszukiwarek internetowych. Powszechnie zdarza się przy tym, że po wpisaniu przez użytkownika do wyszukiwarki nazwy hotelu, w którym chce on zarezerwować pokój np. nazwę „Sheraton, Rzym”, obok listy rezultatów pojawia się osobna kolumna ze sponsorowanymi odesłaniami. Jeżeli użytkownik kliknie na jedno z takich odesłań, zwykle zostaje przeniesiony nie na oficjalną stronę internetową sieci Hoteli Sheraton, ale bądź na stronę internetową podmiotu świadczącego usługi w zakresie rezerwacji

¹⁵ Więcej na ten temat: B. S. Sinbury, *Comparative Advertising on the Internet: Defining the Boundaries of Trademark Fair Use for Internet Metatags and Trigger Ads*, North Carolina Journal of Law & Technology (2001), artykuł dostępny pod adresem: http://www.jolt.unc.edu/vol3/Sidbury.htm#_ftn44.

¹⁶ Zob: P. M. Rapin, *Competitor keyword trademark bidding – trademark infringement or fair competition?*, serwis Monitoring Online Travel, Hospitality Industry and Internet Marketing News z 2 maja 2007 r., artykuł dostępny na stronie: www.hotelmarketing.com.

¹⁷ Szerzej na temat tej formy reklamy: D. Kasprzycki, *Problematyka reklamy...*, s. 212

¹⁸ Szerzej na temat stosowania tej techniki w branży hotelowej P.R. Ripin, *Hotel Internet Marketers Beware: pop-up and Keyword Advertising Threaten Your On-line Brand*, artykuł dostępny pod adresem: www.hospitalitynet.org.

hoteli, na której obok oferty hotelu Sheraton znajdują się oferty konkurencyjnych hoteli w Rzymie bądź też stroną konkurencyjnej sieci hotelowej. W sytuacji, gdy użytkownik zdecyduje się zarezerwować nocleg w hotelu Sheraton poprzez taką stronę, sieć ta będzie musiała zapłacić podmiotowi który nią zarządza opłatę za pośrednictwo, jeśli natomiast użytkownik znajdzie na takiej „sponsorowanej stronie” atrakcyjniejszą ofertę i zarezerwuje nocleg w konkurencyjnym hotelu – Sheraton straci klienta i związane z nim zyski. W związku z popularnością tego typu „stron sponsorowanych” wielu użytkowników pierwotnie poszukujących oryginalnych stron internetowych obiektów hotelarskich nigdy na nie trafia i nie ma możliwości zapoznania się z prezentowaną na nich, niekiedy bardziej atrakcyjną ofertą.

W tym kontekście pojawia się problem oceny prawnej tego typu praktyk z punktu widzenia prawa nieuczciwej konkurencji i naruszenia prawa do chronionych oznaczeń (nazw, znaków towarowych) obiektów hotelarskich w Internecie.

Choć zagraniczne orzecznictwo dotyczące tej formy reklamy internetowej nie jest jednolite¹⁹, na uwagę zasługuje orzeczenie francuskiego sądu w sprawie wytoczonej przez sieć hoteli Le Meridien Hotels przeciwko tamtejszemu oddziałowi najpopularniejszej na świecie wyszukiwarki internetowej Google²⁰. W swoim rozstrzygnięciu sąd francuski nakazał Google zaprzestania używania znaku towarowego sieci Le Meridien w reklamie opartej na słowach kluczowych. Stwierdzając, że Google naruszyło prawa do znaku przez umożliwienie konkurentom powoda wykorzystywania jego znaku w słowach kluczowych i stałe pokazywanie znaku w rezultatach wyszukiwań, sąd zarządził usunięcie sponsorowanych odesłań wykorzystujących ten znak w ciągu 72 godzin od powiadomienia, pod rygorem zapłaty grzywny w wysokości 150 euro za każdy dzień zwłoki²¹.

Choć w Polsce brak orzecznictwa poruszającego omawianą kwestię, to wydaje się, że istnieją podstawy prawne do kwestionowania legalności tego typu praktyki reklamowej.

Na gruncie prawa znaków towarowych można bronić stanowiska, że ponieważ prawo ochronne na znak towarowy obejmuje także używanie znaku w celu reklamy, to wykorzystywanie znaku towarowego podmiotu świadczącego usługi hotelowe przez osoby nieuprawnione w celu reklamy własnych usług turystycznych może wprowadzać odbiorców takich usług w błąd, co do źródła pochodzenia, a co za tym idzie stanowi naruszenie prawa ochronnego.

Możliwa jest też argumentacja, zgodnie z którą wykorzystywanie w reklamie opartej na słowach kluczowych chronionych renomowanych znaków towarowych znanych sieci hotelowych przez podmioty trzecie osiągające z tego tytułu korzyści

¹⁹ O ile przykładowo w orzeczeniu *GEICO v. Google* amerykański sąd nie stwierdził naruszenia znaku towarowego GEICO przez Google w wyniku używania go w sponsorowanych odesłaniach, to orzeczenie francuskiego sądu pierwszej instancji w Nanterre z 13 października 2003 r. w sprawie *Societe Viaticum v. Google France* oraz orzeczenie sądu w Paryżu z 4 grudnia 2005 r. w sprawie *Louis Vuitton Malletier v. Société Google, Inc. et S.A.R.L. Google France* potwierdzają, że taka praktyka może prowadzić do naruszenia prawa do znaku towarowego.

²⁰ Orzeczenie Sądu pierwszej instancji w Nanterre z 16 grudnia 2004 r.

²¹ *Google loses French AdWords case*, OUT-LAW News z 24 stycznia 2005 r., artykuł dostępny pod adresem: www.out-law.com/page-5242.

ekonomiczne (właściciele wyszukiwarek internetowych, konkurencyjnych przedsiębiorstw) stanowi czerpanie „nieuprawnionych korzyści z renomy znaku” w rozumieniu art. 296 ust. 2 pkt 3 p.w.p.

Mając na uwadze, że każdego dnia kilkadziesiąt milionów osób rezerwuje hotele na całym świecie poprzez Internet, a zarządzający obiektami hotelowymi coraz częściej dążą do rezerwowania miejsc hotelowych za pośrednictwem własnych stron internetowych i ograniczenia rezerwacji pokoi przez pośredników pobierających od nich z tego tytułu opłaty, można analizowaną technikę oceniać w kategorii nieuczciwej praktyki reklamowej zagrażającej interesom przedsiębiorstw hotelowych. Przyjmując, że taka forma przyciągania użytkowników Internetu na swoją stronę internetową jest sprzeczna z dobrymi obyczajami rynkowymi, właściciele obiektów hotelarskich mogliby próbować dochodzić swoich roszczeń w oparciu o art. 3 ust. 1 u.z.n.k, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji są wszelkiego rodzaju działania, które są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i zagrażają interesom innego przedsiębiorcy.

5. Uwagi końcowe

Wraz z rosnącą z roku na rok liczbą konsumentów wykorzystujących Internet w celu rezerwacji miejsc hotelowych na całym świecie i dynamicznym rozwojem rynku usług turystycznych *on-line*, właściciele obiektów hotelowych powinni przywiązywać coraz większą uwagę do ochrony swoich oznaczeń w Internecie oraz mieć świadomość, jakie zagrożenia dla ich interesów stanowią niektóre formy marketingu i reklamy w sieci.

Jak wskazuje praktyka, podmioty świadczące usługi hotelowe mogą skutecznie dochodzić ochrony swoich praw na drodze sądowej lub w trybie arbitrażu, popularnego przy rozwiązywaniu sporów o naruszenie praw w Internecie. Mogą także podejmować innego rodzaju kroki mające na celu ochronę swoich interesów naruszonych lub zagrożonych działaniami innych przedsiębiorców działających w sieci, w tym przede wszystkim konkurentów oraz podmiotów pośredniczących w rezerwacji miejsc hotelowych w trybie *on-line*. Jak wskazuje praktyka, ci ostatni są bowiem często nie tylko współpracującymi z obiektami hotelarskimi partnerami biznesowymi, ale także tymi, którzy w sposób nieuczciwy eksploatują w Internecie ich oznaczenia wyróżniające. Przykładem takich działań jest wprowadzenie przez znane sieci hotelowe nowych standardów umownych w zakresie wykorzystywania ich znaków towarowych w Internecie przez podmioty pośredniczące w korzystaniu z usług hotelowych. Standardy takie wprowadziła m.in. w 2004 r. sieć hoteli InterContinental, a w 2005 r. sieć Marriott International²². W obu przypadkach nowe zasady inkorporowane do umów z pośrednikami nałożyły na te podmioty zobowiązanie nie dokonywania zakupu słów kluczowych zawierających ich znaki towarowe i nie wykorzystywania tych znaków w tytułach lub tekście sponsorowanych odesłań.

²² Cyt. za: P. M. Rapin, *Competitor keyword...*

Należy mieć nadzieję, że zarówno tego typu inicjatywy podejmowane przez podmioty z branży hotelarskiej, jak i jednolite orzecznictwo dotyczące poruszanych w artykule problemów, przyczynią się do skuteczniejszej ochrony oznaczeń obiektów hotelarskich w Internecie.

Grzegorz Mikrut*
Wojciech Jarek

Ochrona informacji w przedsiębiorstwie turystycznym

1. Wstęp

Zarządzanie bezpieczeństwem informacji to dziedzina stosunkowo nowa i rozległa, mieszcząca się na styku trzech nauk: zarządzania, prawa¹ i informatyki. Oczywiście w tym momencie najbardziej interesuje nas sfera między prawem i zarządzaniem. Potrzeba ochrony informacji w przedsiębiorstwach jest coraz większa, ze względu na wymagania rynkowe jak i prawne. Większość publikacji dotyczących tej tematyki odnosi się jedynie do fizycznych, technicznych i organizacyjnych środków ochrony informacji, pomijając prawne środki, które nie tylko są wymagane przez obecny porządek prawny, ale dają także możliwość ochrony ekonomicznego interesu przedsiębiorcy. Prezentowany artykuł w szczególności odnosi się do przedsiębiorstw turystycznych i jest próbą oceny konieczności przenoszenia innych regulacji z zakresu ochrony informacji do turystycznej części porządku prawnego.

Przyczyną podjęcia próby głębszej analizy „ochrony informacji w przedsiębiorstwie turystycznym” były wyniki badań ankietowych przeprowadzonych w latach 2006/2007 w katowickich biurach podróży. Badania te zostały ukierunkowane na zebranie podstawowych informacji odnoszących się do specyfiki funkcjonowania podmiotów na rynku turystycznym w Polsce. Dodatkowo postawionym celem było uzyskanie wiedzy na temat aktualnych rozwiązań w zakresie zarządzania bezpieczeństwem informacji stosowanych w biurach podróży, jak i oceny stanu świadomości oraz deklarowanych potrzeb w tym zakresie przez badane podmioty. Pytania kwestionariusza miały przyczynić się do wyjaśnienia procesu tworzenia, jak również środków realizacji polityki bezpieczeństwa informacji oraz trudności z tym związane. Ponadto kwestionariusz zawierał pytania otwarte pozwalające zaprezentować własny stosunek przedsiębiorców do kwestii doświadczeń związanych z sytuacjami zagrażającymi bezpieczeństwu informacji. Wyniki tychże badań zostaną zaprezentowane na końcu niniejszego opracowania.

2. Informacje w turystyce

Działalność każdego przedsiębiorstwa oparta jest na zasobach ludzkich, rzeczowych, finansowych oraz informacyjnych. Ważne są jednak nieustanne poszukiwanie czynników sukcesu oraz formułowanie i realizacja strategii konkurencyjnej. Wyznacznikiem skuteczności działania w tych zmaganiach jest pozycja, jaką przedsiębiorstwa zdołają osiągnąć w danej dziedzinie². Informacja jest zasobem ekonomicz-

* Dr Grzegorz Mikrut, Wojciech Jarek - AWF Katowice.

¹ Problematyka ochrony informacji w przedsiębiorstwie posiada bogatą literaturę, w szczególności na uwagę zasługuje monografia autorstwa A. Michalaka *Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Zagadnienia cywilnoprawne* (Kraków 2006). W niniejszym materiale przedstawiony jest jedynie wycinek tegoż zagadnienia tytułem wstępu do prezentacji przeprowadzonych badań ankietowych.

² J. Czekaj, *Metody zarządzania informacją w przedsiębiorstwie*, Kraków 2000, s. 11.

nym i pełni obok ziemi, pracy oraz kapitału rolę czynnika produkcji. Z jednej strony stanowi ona szczególne dobro gospodarcze, niezbędne dla funkcjonowania przedsiębiorstwa, a z drugiej jest czynnikiem zmniejszającym niepewność w procesie podejmowania decyzji. Jak każdy zasób ekonomiczny wymaga pewnych kosztów, reprezentuje określoną wartość, wpływając również na wartość wyrobów lub usług³. Turystykę, jak każdą inną branżę, wyróżniają specyficzne informacje potrzebne do prowadzenia działalności gospodarczej. Niezbędna jest wiedza i znajomość jakości świadczonych usług zarówno kooperantów jak i konkurencji. Trzeba wiedzieć jacy przewoźnicy, hotelarze i gastronomicy są nieuczciwi lub świadczą usługi niewystarczającej jakości. Należy sprawdzić miejsca oferowane klientom. Potrzebna jest znajomość rzeczywistych standardów hoteli, gdyż deklarowane w ofertach handlowych mogą odbiegać od stanu rzeczywistego. W turystyce wykorzystuje się także informacje o tendencjach i modzie na rynku turystycznym. Duże przedsiębiorstwa opierają się na badaniach rynku, ukazujących preferencje klientów. Wachlarz informacji znajdujących się w dyspozycji przeciętnego biura jest niezwykle szeroki. Począwszy od tych odnoszących się do posiadanych zasobów, realizowanych zadań, planów, strategii rozwoju, akcji promocyjnych etc., poprzez dane klientów w zakresie danych osobowych, czy też dotychczas świadczonych im usługach (czasie, miejscu, towarzysztwie) oraz planowanych na przyszłość. Istotna jest więc ocena wartości posiadanych informacji, a zarazem dostosowanie do niej właściwego systemu ochrony. Czy przeciętny kierownik biura podróży zastanawia się nad tym aby zabezpieczyć taką informację przed konkurencją? Z tym bywa różnie.

Zdobywanie wiedzy o rynku, a zwłaszcza o konkurencji, ma miejsce od dawna. Od wieków poszukiwano informacji, nie tylko o towarach i usługach, ale także nowin o wojnie i pokoju oraz o polityce i gospodarce. Uzyskanie wiadomości z odległych krajów, a także plotek z dworów i banków, mogło powodować zawarcie korzystniejszej transakcji i ubiegnięcie konkurentów. Każdy z domów bankowych dysponował własną służbą informacyjną, co nawiasem mówiąc dało początek pierwszemu gazecie. Znajomość rynku i stosunków handlowych była coraz wyżej ceniona wraz z rozwojem gospodarki kapitalistycznej⁴.

Działania wywiadu gospodarczego oraz wszelkie działania związane z informacją w przedsiębiorstwie, muszą być prowadzone zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Chcąc prowadzić wywiad gospodarczy należy mieć świadomość granic nałożonych przez dany porządek prawny. Przepisy prawa analizowane z punktu widzenia przedsiębiorcy nakładają na niego obowiązki dotyczące zabezpieczenia pewnych informacji.

Informacje chronione, znajdujące się w posiadaniu biura podróży, podzielić można z punktu widzenia obowiązujących norm na dwie grupy:

- 1) informacje, których ochrony wymaga ekonomiczny interes biura – a których nieuprawnione naruszenie chronione jest przez normy prawa, np.: tajemnica przedsiębiorstwa, tajemnica pracodawcy etc.;

³ J. Czekaj, *Metody zarządzania informacją...*, s. 40-41.

⁴ S. Kaczmarczyk, *Badania marketingowe – Metody i techniki*, Warszawa 2002, s. 11.

- 2) informacje, których ochrony wymagają normy prawa, np.: dane osobowe, informacje niejawne, tajemnica lekarska etc.

3. Informacje, których ochrony wymaga interes ekonomiczny biura

Ochrona tajemnicy oznacza zespół różnych działań, zwłaszcza o charakterze prawnym, organizacyjnym, administracyjnym i fizycznym, które mają na celu zabezpieczenie informacji przed ich udostępnieniem osobom nieuprawnionym.

Z tego punktu widzenia należy przede wszystkim wskazać na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa przewidzianą w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁵. Według jej art. 11 ust.1, przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa albo ich nabycie od osoby nieuprawnionej, jeżeli zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy, jest czynem nieuczciwej konkurencji. W myśl ust. 4 tego artykułu przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Zgodnie z interpretacją Sądu Najwyższego dokonaną wyroku z 3 października 2000 r.⁶ informacje, co do których przedsiębiorca (pracodawca) nie podjął niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności, należy traktować jako wiedzę powszechną, do której przedsiębiorca nie ma żadnych ustawowych uprawnień. Nie każda informacja technologiczna i handlowa zawiera się w pojęciu „tajemnicy przedsiębiorstwa”. Istnieje bowiem różnica między informacjami odpowiadającymi treści pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” a informacjami wchodzącymi w skład powszechnej, aczkolwiek specjalistycznej wiedzy zdobytej przez pracownika w wyniku własnej działalności zawodowej podczas zatrudnienia. Tajemnica przedsiębiorstwa jest chroniona z mocy ustawy przez cały okres zatrudnienia oraz w ciągu trzech lat od jego ustania, chyba że umowa stanowi inaczej lub ustał stan tajemnicy. Wiedza, doświadczenie i umiejętności zdobyte przez pracownika podczas zatrudnienia nie korzystają z ustawowej ochrony na rzecz przedsiębiorstwa. Jednak ze względu na zasadę swobody umów, należy dopuścić możliwość zawarcia przez strony (pracodawcę i pracownika) porozumienia zawierającego klauzulę ograniczającą posługiwanie się tą wiedzą w celach konkurencyjnych po ustaniu zatrudnienia. Jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy w powołanym wyroku, granica między informacjami objętymi pojęciem „tajemnicy przedsiębiorstwa” a pojęciem powszechnej, aczkolwiek specjalistycznej wiedzy, jest niewątpliwie nieostra. Odnosi się to do każdej dziedziny życia, branży, w tym również do turystyki.

Jak widać, najważniejsze jest określenie, co należy rozumieć przez pojęcie „niezbędnych działań”. Informacja staje się tajemnicą przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kręgów odbiorców (np. konkurentów) i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą.

⁵ T. jedn. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.

⁶ Orzeczenie SN z 3 października 2000, I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59.

Działania jakie może podjąć przedsiębiorca to m.in. ograniczenie personalne. Informowanie, iż pewne informacje nie powinny być ujawnione osobom, które nie zostały w jakiś sposób uprawnione do ich posiadania – zarówno w drodze umowy, jak i przepisów ustawy. Opatrzanie informacji odpowiednim komentarzem – poufne, do użytku wewnętrznego itp. Zawężenie dostępu do pewnych informacji jedynie do części personelu przez opatrzenie plików zawierających informacje poufnymi hasłami. Takie działania dość jasno świadczą o chęci nieujawniania informacji wobec szerokiego grona odbiorców⁷. Informacja nieujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) może się o niej dowiedzieć zwykłą i dozwoloną drogą, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Jednocześnie „tajemnica” nie traci swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony⁸.

Istotnym wsparciem dla ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa są także przepisy o tajemnicy pracodawcy zawarte w kodeksie pracy⁹. Zgodnie z art. 100 §1 tej ustawy, „pracownik jest obowiązany wykonywać pracę sumiennie i starannie oraz stosować się do poleceń przełożonych, które dotyczą pracy, jeżeli nie są one sprzeczne z przepisami prawa lub umową o pracę”. Ponadto według §2 tego artykułu pracownik jest obowiązany w szczególności do dbania o dobro zakładu pracy, chronienia jego mienia oraz zachowania w tajemnicy informacji, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę i przestrzegać tajemnicy określonej w odrębnych przepisach (pkt 4 i 5). W zakres informacji chronionych tajemnicą pracodawcy wchodzi informacje nie objęte ochroną na zasadach przepisów odrębnych. Informacje chronione tajemnicą pracodawcy muszą się wiązać z działalnością (choćby uboczną) danego pracodawcy. Brak jest natomiast przesłanek pozwalających na objęcie zakresem tych informacji wyłącznie takich, które związane są interesem gospodarczym, grą konkurencyjną, czy rywalizacją rynkową. Nie powinny być zaliczane do informacji objętych tajemnicą pracodawcy te, które stanowią element wiedzy ogólnej, wykształcenia czy kwalifikacji pracownika lub jego naturalnych umiejętności albo uzdolnień, stanowiących swoisty wkład wnoszony przez niego do powstającego stosunku pracy. Tajemnica pracodawcy powinna raczej być łączona z konkretnymi specyficznymi informacjami tworzącymi różnicę pomiędzy tym konkretnym pracodawcą, a innymi pracodawcami o podobnym zakresie działania. W ocenie konkretnego przypadku należy brać pod uwagę to, czy dany pracownik może być zakwalifikowany jako ten, który ma dostęp do zastrzeżonych informacji z racji wykonywa-

⁷ M. Jabłoński, K. Wygoda, *Dostęp do informacji i jego granice. Wolność informacji, prawo dostępu do informacji publicznej i ochrona danych osobowych*, Wrocław 2002, s. 85.

⁸ Orzeczenie SN z 3 października 2000, I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59.

⁹ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (t. jedn. Dz. U. z 1998 r., Nr 21, poz. 94 ze zm.).

nej pracy, czy też styka się z taką informacją przypadkowo, okazjonalnie. Takie rozróżnienie jest uprawnione zwłaszcza w świetle przepisu art. 101² §1 kodeksu pracy, zawierającego określenie „pracownik mający dostęp do szczególnie ważnych informacji, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę”. We wspomnianym orzeczeniu Sąd Najwyższy trafnie zwrócił także uwagę, że w każdej sytuacji pojawić się może trudny problem określenia i udowodnienia motywów działania pracownika, których charakter winien rzutować na ocenę konkretnego przypadku.

4. Informacje, których ochrony wymagają normy prawa

Przetwarzanie danych osobowych stanowi integralną część funkcjonowania większości podmiotów sfery publicznej, jak i prywatnej. Działalność przedsiębiorstw wiąże się z gromadzeniem i przetwarzaniem danych osobowych. W sektorze turystycznym oczywiście także mamy do czynienia z tą problematyką. Osoby podają swoje dane osobowe w celu skorzystania z oferty turystycznej, ale też w celach marketingowych.

Ochronę danych osobowych należy traktować jako element szeroko rozumianego prawa do prywatności. Samo prawo do ochrony danych osobowych zaczęło się kształtować w drugiej połowie zeszłego wieku, kiedy to dostrzeżono, że wraz rozwojem technologii informatycznej, a co za tym idzie automatyzacji przetwarzania danych, zaczęły pojawiać się różnorodne wynaturzenia w relacjach pomiędzy podmiotami stosunku informacyjnego¹⁰.

W Polsce prawo do ochrony danych osobowych do 1997 roku znajdowało się w „legislacyjnej próżni”¹¹. Dopiero przepisy Konstytucji¹² wprowadziły szereg postanowień dotyczących zarówno ochrony prywatności, jak również niektórych jej aspektów, podlegających ochronie prawnej. Ustrojodawca w art. 47 Konstytucji zagwarantował obywatelom prawo do prywatności, a w art. 51 każdej osobie, prawo do ochrony dotyczących jej informacji. Pozwoliło to na odejście od praktyki wywodzenia tych praw z art. 23 i 24 k.c. Mimo to, dane osobowe są w dalszym ciągu chronione dzięki przepisom dotyczącym cywilnoprawnej ochrony dóbr osobistych niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach oraz marginalnie przez karnoprawne normy dotyczące ochrony czci i dobrego imienia (rozdział XXVII kodeksu karnego¹³ - przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej)¹⁴.

Zasady ochrony danych ustanowione dyrektywą 95/46/WE¹⁵ wprowadzone zostały do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie

¹⁰ M. Jabłoński, K. Wygoda, *Dostęp do informacji...*, s. 208.

¹¹ Nie mamy tu na myśli „próżni absolutnej” zasadniczo nie występującej w naturze, a jedynie stan do niej zmierzający, nazywany „próżnią”, który charakteryzuje się niewielką, bliską zeru ilością materiału w wyodrębnionej przestrzeni.

¹² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78 poz. 483 ze zm.).

¹³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.).

¹⁴ W. Kwiatkowski, *Bezpieczeństwo informacji III Rzeczypospolitej*, Kraków 2000, s. 218.

¹⁵ Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz.U. L 281 z 23.11.1995, s. 31).

danych osobowych¹⁶. Ustawa ta wprowadziła szczegółowe normy służące ochronie danych osobowych, a do dnia 1 maja 2004 r., czyli wstąpienia Polski do Unii Europejskiej, przenieśli do polskiego porządku prawnego wszystkie zasady określone we wspomnianej dyrektywie. Przepisy ustawy weszły w życie w dniu 30 kwietnia 1998 r.

Ustawa o ochronie danych osobowych określiła prawne ramy obrotu danymi osobowymi, a także zasady, jakie należy stosować przy przetwarzaniu danych osobowych. Unormowała też prawa i obowiązki organów, instytucji i osób prowadzących zbiory danych osobowych oraz prawa osób, których dane dotyczą, w taki sposób, aby zagwarantować maksymalną ochronę praw i wolności każdej osobie fizycznej oraz poszanowania jej życia prywatnego. W jej art. 1 ust. 1 zagwarantowano każdemu prawo do ochrony dotyczących go danych osobowych.

Świadcząc usługi drogą elektroniczną przedsiębiorstwo musi spełniać także wymogi ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną¹⁷. Szczególnie ważnymi rozdziałami związanymi z informacjami jest rozdział czwarty tej ustawy – zasady ochrony danych osobowych w związku ze świadczeniem usług drogą elektroniczną oraz rozdział drugi – obowiązki usługodawcy świadczącego usługi drogą elektroniczną.

Wymagania ustawy muszą spełniać osoby fizyczne, osoby prawne albo jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową, świadczą usługi drogą elektroniczną.

Powyżej opisane regulacje w zakresie wyodrębnionych prawnie chronionych tajemnic oraz innych informacji mogą zostać uzupełnione dodatkowymi działaniami proponowanymi przez normy o typowo fakultatywnym charakterze.

5. Fakultatywna ochrona informacji

Pod pojęciem bezpieczeństwa informacji rozumieć należy zachowanie poufności, integralności i dostępności informacji, a więc zapewnienie, że informacja nie jest udostępniana lub wyjawiana nieupoważnionym osobom, podmiotom lub procesom (poufność), zapewnienie dokładności i kompletności informacji oraz metod jej przetwarzania (integralność) oraz dostępność i użyteczność informacji wraz ze związanymi z nią aktywami, na żądanie upoważnionego podmiotu (dostępność).

Informacje mające konkretną wartość są narażone na różne zagrożenia, zarówno z zewnątrz jak i wewnątrz przedsiębiorstwa. Źródłem takich incydentów związanych z bezpieczeństwem informacji, to jest zdarzeń lub serii niepożądanych lub niespodziewanych zdarzeń związanych z bezpieczeństwem informacji, które stwarzają znaczne prawdopodobieństwo zakłócenia działań biznesowych i zagrażają bezpieczeństwu informacji, mogą być zarówno ludzie jak i zdarzenia losowe¹⁸. Bezpieczne zarządzanie informacją wymaga więc zastosowania zabezpieczeń w obszarach zasó-

¹⁶ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t. jedn. Dz. U. z 2002 r., Nr 101, poz. 926, ze zm.).

¹⁷ Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204, ze zm.).

¹⁸ D. Dziembek, *Wybrane problemy bezpieczeństwa danych*, [w:] *Wstęp do systemów informacyjnych zarządzania w przedsiębiorstwie*, red. A. Nowacki, Częstochowa 2005, s. 179-180.

bów przedsiębiorstwa takich jak: otoczenie fizyczne, otoczenie techniczne, personel, administracja. Zabezpieczenia spełniają funkcje wykrywania, poprawiania, odtwarzania, monitorowania, uświadamiania¹⁹.

Najczęściej zapewnienie bezpieczeństwa informacji, sprowadza się do stałych działań intuicyjnych lub podjętych w konsekwencji wystąpienia negatywnych skutków następstw. Skuteczne zarządzanie bezpieczeństwem informacji wymaga jednak całościowych rozwiązań opartych na przewidywaniu zagrożeń. Dobrym rozwiązaniem jest korzystanie z doświadczeń innych przedsiębiorstw.

Wiodące światowe przedsiębiorstwa już dawno zaczęły wprowadzać własne standardy zarządzania bezpieczeństwem informacji. Postanowiono wykorzystać te doświadczenia i stworzyć nową normę. Brytyjskie organizacje zainteresowane e-biznesem, skupione w strukturze BSI-DISC komitet BDD/2 Information Security Management, opracowały dwuczęściową normę BS 7799:2002. Pierwsza część – BS 7799-1:2002, to standardowy kodeks praktyk i zagadnień, które należy realizować dla potrzeb bezpieczeństwa informacji. Zawiera 12 kategorii zabezpieczeń, które są potrzebne przy tworzeniu systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji. Druga część normy – BS 7799-2:2002, zawiera specyfikację i wytyczne dla systemów zarządzania bezpieczeństwem informacji. Część ta pozwala zaprojektować, wdrożyć i poddać certyfikacji system zarządzania bezpieczeństwem informacji (Information Security Management System). Polską wersję drugiej części brytyjskiej normy opracował Polski Komitet Normalizacyjny jako Polska Norma PN-I-07799-2:2005 „Systemy zarządzania bezpieczeństwem informacji – Część 2: Specyfikacja i wytyczne do stosowania”.

Brytyjska norma BS 7799 stała się podstawą dla międzynarodowego standardu zarządzania bezpieczeństwem informacji ISO/IEC 27001:2005, przygotowanego przez Międzynarodową Organizację Normalizacyjną i Międzynarodową Komisję Elektrotechniczną, które tworzą wyspecjalizowany system światowej normalizacji. Polska wersja tej normy, mająca ten sam status co wersja oficjalna, została przetłumaczona przez Polski Komitet Normalizacyjny i opublikowana w styczniu 2007 roku jako PN-ISO/IEC 27001:2007 „Technika informatyczna. Techniki bezpieczeństwa. Systemy zarządzania bezpieczeństwem informacji. Wymagania”. Tym samym zastąpiła ona normę PN-I-07799-2005. Stała się więc normą, na zgodność z którą będą wydawane certyfikaty. Zainteresowanie wdrażaniem systemów zarządzania bezpieczeństwem informacji jest coraz większe, dlatego przygotowywana jest rodzina standardów bezpieczeństwa:

- ISO/IEC 27000 - słownictwo i terminologia,
- ISO/IEC 27002 - zasady zarządzania bezpieczeństwem informacji,
- ISO/IEC 27003 - porady i wskazówki dotyczące implementacji systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji (ISMS),
- ISO/IEC 27004 - wskaźniki i pomiar efektywności zarządzania bezpieczeństwem informacji,

¹⁹ R. Borowiecki, M. Kwieciński, *Informacja w zarządzaniu przedsiębiorstwem, pozyskiwanie, wykorzystanie i ochrona (wybrane problemy teorii i praktyki)*, Kraków 2003, s. 124-128.

- ISO/IEC 27005 (obecnie BS 7799-3) - zarządzanie ryzykiem bezpieczeństwa informacji.

W tym miejscu warto skupić uwagę na normie ISO/IEC 27001, na podstawie której można certyfikować system zarządzania bezpieczeństwem informacji (SZBI)²⁰. Rozwiązania w niej zawarte są ogólne i z powodzeniem mogą być stosowane we wszystkich organizacjach. Wprowadzenie SZBI powinno być decyzją strategiczną. System ma za zadanie zapewnić ochronę aktywów informacyjnych spełniając postawione przez organizację wymagania, jak i oczekiwania ze strony klientów. Pozwala na zwiększenie konkurencyjności, zyskowności, zgodności z przepisami prawa i umacnianie dobrego wizerunku handlowego. Norma pokazuje model efektywnie działającego SZBI, który powinien być dostosowany do konkretnej organizacji. Przy projektowaniu i wdrażaniu systemu uwzględnia się potrzeby i cele biznesowe, wymagania bezpieczeństwa, realizowane procesy oraz wielkość i strukturę organizacji. Jest to bardzo ważne, gdyż osoby zainteresowane wdrażaniem w swoich przedsiębiorstwach SZBI mogą odnieść wrażenie, że normy te są potrzebne tylko w dużych przedsiębiorstwach. Mali przedsiębiorcy obawiają się dużej liczby zabezpieczeń i ogromnych środków, kiedy tak naprawdę proste sytuacje wymagają prostych rozwiązań. SZBI powinien więc zostać zaprojektowany tak, aby zapewnić adekwatne i proporcjonalne zabezpieczenia, które odpowiednio chronią aktywa informacyjne, oraz tak, aby uzyskać zaufanie zainteresowanych stron. Każdy system jest dostosowany do potrzeb organizacji i można chyba powiedzieć, że nie ma dwóch identycznych SZBI.

Norma przedstawia podejście procesowe do zagadnienia zarządzania bezpieczeństwem informacji. Chcąc osiągnąć wartość wyjściową procesu, to znaczy bezpieczeństwo informacji, należy do całej struktury procesów SZBI stosować model PDCA: Planuj – Wykonuj – Sprawdzaj – Działaj²¹.

Planowanie odnosi się do procesu ustanowienia SZBI, który należy rozpocząć od zdefiniowania polityki bezpieczeństwa informacji, jako podstawowego długoterminowego dokumentu, w którym przedstawia się cele, strategię, odpowiedzialność i metody ich wzajemnych powiązań gwarantujące osiągnięcie założonego poziomu bezpieczeństwa. Jest to baza do opracowania i wprowadzenia akceptowanych koncepcji bezpieczeństwa. Cele i strategię polityki powinny być rozwijane w przedsiębiorstwie hierarchicznie z poziomu najwyższego szczebla zarządzania do poziomu operacyjnego. Zaangażowanie kierownictwa jest potrzebne na każdym etapie modelu PDCA. To kierownictwo musi zapewnić odpowiednie zasoby, określić role i zakresy odpowiedzialności, podjąć decyzje dotyczące kryteriów akceptacji ryzyka oraz dbać o ciągłe doskonalenie SZBI. Wdrożenie i eksploatacja nie kończą procesów SZBI. Przedsiębiorstwo egzystuje w powiązaniu ze zmiennym otoczeniem. Sama organizacja też jest dynamiczna i zmienia się w czasie.

Wskazana powyżej norma, a wraz z nią System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji w przedsiębiorstwie, stanowić może uzupełnienie wymogów ustawowych w zakresie informacji i danych chronionych. Regulacje te nie stoją w sprzeczności,

²⁰ Funkcjonuje także oryginalny skrót ISMS – *information security management system*.

²¹ Skrót PDCA od: *Plan – Do – Check – Act*.

a tym samym nie wykluczają się. Równoległe przyczyny w postaci wymogów ustawowych wraz z dbałością o ekonomiczny interes przedsiębiorstwa stanowić mogą źródło dla opracowania, a następnie wdrożenia, jednolitego oraz spójnego systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji.

6. Wyniki badań ankietowych

Podsumowując przedmiotową analizę, w tym miejscu zaprezentujemy wyniki przeprowadzonych badań ankietowych. Formularz ankiety został rozdany w biurach podróży na terenie Katowic. Miasto to zostało wybrane, ze względu na usytuowanie wielu filii biur podróży działających w całej Polsce, jak również siedziby lokalnych biur podróży. W badaniach uwzględniono jedynie wypełnione ankiety. Formularz ankiety wypełniony został w 20 biurach podróży.

6.1. Szczelbel na którym opracowywane są założenia polityki bezpieczeństwa informacji

Polityka bezpieczeństwa informacji to podstawowe zasady obowiązujące użytkowników informacji, które mają na celu zapewnienie bezpieczeństwa informacji. Powinna być ona określana hierarchicznie, tak aby każdy niższy szczebel stosował te same zasady. Zgodnie z wynikami badań: przedsiębiorcy stosują tę zasadę, gdyż 56,3% odpowiedzi wskazuje na opracowywanie założeń polityki na szczeblu kierownictwa lub w centrali przedsiębiorstw posiadających filie (37,5%). Tylko 6,3% opracowuje założenia w dziale informatyki, żadne natomiast z biur nie korzysta z usług przedsiębiorstw zewnętrznych.

6.2. Perspektywa czasowa polityki bezpieczeństwa informacji

Polityka bezpieczeństwa informacji musi uwzględniać czynnik czasu, aby precyzyjnie określić jej cele, środki i koszty. Według badań: ponad połowa (55,6%) biur określa reguły bezpieczeństwa na bieżąco, a 5,6% deklaruje brak prowadzenia polityki w tym zakresie. Można więc przypuszczać, że w większości przypadków działania w zakresie bezpieczeństwa informacji sprowadzają się w praktyce jedynie do reagowania na pojawiające się problemy. Brak więc przewidywania zagrożeń i planowania odpowiednich środków zaradczych.

Perspektywa czasowa	%
Długookresowa (3 lata i więcej)	16,7
Średniookresowa	16,7
Roczna	5,6
Określana na bieżąco	55,6
Brak polityki	5,6

Źródło: opracowanie własne.

6.3. Sposób przeprowadzania analizy ryzyka

Potwierdzeniem złego przygotowywania polityki bezpieczeństwa informacji, są wyniki dotyczące analizy ryzyka. Analiza taka powinna być podstawą opracowania

polityki, gdyż dopiero wtedy wiadomo przed czym i w jakim wymiarze należy chronić informacje. W przypadku badanych biur 75% nie prowadzi analizy. Można więc spodziewać się, iż większość biur nie ma także żadnego dokumentu określającego całościowo zasady polityki bezpieczeństwa.

Sposób	%
Pracownicy przedsiębiorstwa	25
Przedsiębiorstwo zewnętrzne	0
Brak analizy ryzyka	75

Źródło: opracowanie własne.

6.4. Odpowiedzialność za realizację przyjętej polityki bezpieczeństwa informacji

Respondenci mieli także odpowiedzieć, kto jest odpowiedzialny za realizację polityki bezpieczeństwa informacji. Spośród nich 70,6% wskazało osobę ze szczebla kierowniczego, 23,5% dział informatyki, a co ciekawe 5,9% uznało przedsiębiorstwo zewnętrzne, mimo iż według wcześniejszych wyników nie uczestniczy ono w formułowaniu polityki, ani w analizie ryzyka.

6.5. Ocena ochrony przed zagrożeniami z wnętrza oraz z zewnątrz przedsiębiorstwa

Ankieta dała możliwość oceny ochrony przed zagrożeniami z wnętrza przedsiębiorstwa oraz zagrożeniami spoza przedsiębiorstwa. Oceny w obu przypadkach są bardzo zbliżone i większości system ochrony oceniany jest dobrze lub bardzo dobrze.

6.6. Ocena poszczególnych środków ochrony informacji

Jak wynika z pozyskanych danych przedsiębiorcy przede wszystkim za najważniejsze środki realizacji polityki bezpieczeństwa uznają środki fizyczne (alarmy, zamki, monitoring), następnie kontrolę antywirusową oraz dublowanie danych zawartych na dyskach. Za ważne uważane są zasady postępowania z niepotrzebnymi wydrukami, dokumentami i nośnikami danych oraz tworzenie kopii zapasowych.

6.7. Trudności w realizacji polityki bezpieczeństwa informacji

Ostatnim pytaniem odnoszącym się do polityki bezpieczeństwa informacji było określenie trudności w jej realizacji. Nie stwierdza żadnych trudności 26,1%, a 21,7% uważa za największy problem brak specjalistów w tej dziedzinie. Co ciekawe największym problemem nie są środki finansowe (13%). Warto również zauważyć, że niechęć do realizacji polityki wśród pracowników jest taka sama jak wśród kierownictwa.

Kategoria	%
Nie występują żadne trudności	26,1
Brak założeń polityki bezpieczeństwa informacji	0
Brak informacji o nowych zagrożeniach	17,4
Brak specjalistów w danej dziedzinie	21,7
Niewystarczające środki finansowe	13
Niechęć pracowników do realizacji polityki bezpieczeństwa	8,7
Niechęć kierownictwa do realizacji polityki bezpieczeństwa	8,7
Brak danych	4,3

Źródło: opracowanie własne.

Odpowiedzi na pozostałe pytania ankiety wskazują na to, iż większości (80%) respondentów nie utrudnia pracy przestrzeganie zasad bezpieczeństwa i jest uważane za normalny obowiązek. Jest to sytuacja bardzo dobra, gdyż niechęć pracowników i kierownictwa do ochrony informacji może być przyczyną występowania zagrożeń w tym zakresie. Otwartość ta pozwala na implementację nowych rozwiązań.

W pytaniu ankiety: *Które informacje powinny być szczególnie chronione?*, aż 73,3% udzieliło odpowiedzi, że powinny to być dane osobowe klientów. Najczęściej było to motywowane wymaganiami wynikającymi z ustawy o ochronie danych osobowych. Pytani udzielali także odpowiedzi, że powinny być chronione szczegóły umów z kontrahentami oraz dane księgowo. Pozostałe pojedyncze odpowiedzi to: informacje o kalkulacji cen imprez, hasła dostępu do aplikacji, plany działań przedsiębiorstwa, strategia oraz informacje o sprzedaży. Jak widać, katalog informacji, które powinny być chronione, jest szeroki i uwzględnia poza informacjami, które znajdują się w każdym przedsiębiorstwie, także specyficzne informacje, które są charakterystyczne dla tej branży, jak chociażby kalkulacja cen imprez.

Co prawda większość przedsiębiorców nie spotkała się z sytuacją naruszenia systemu bezpieczeństwa informacji, to jednak 33,3% miało takie doświadczenia. Wskazane zostały przypadki kradzieży komputerów z twardymi dyskami zawierającymi wszystkie informacje, kradzieży bazy danych klientów, skasowania oferty biura z serwera, ingerencji i modyfikacji danych przez jednego pracownika w wewnętrznym systemie rezerwacji, czy nawet przypadki naruszenia ochrony danych osobowych przez kooperującego operatora sieci komórkowej. Przypadki takich zdarzeń, w świetle wcześniejszych ocen, mogą sugerować, że dla większości biur zaistnienie takich okoliczności może być bardzo poważnym utrudnieniem lub uniemożliwić dalsze funkcjonowanie. Mimo tego, że sytuacje naruszenia systemu bezpieczeństwa miały miejsce w niektórych biurach, odsetek ocen bardzo dobrych i dobrych systemu był bardzo wysoki. Może to wskazywać na niechęć ankietowanych do przyznawania się do błędów i ukrywanie przez nich niewystarczającej ochrony.

Jak wynika z badań, 60% przedsiębiorców szkoli swoich pracowników w zakresie bezpieczeństwa zasobów informacyjnych. Można w tym miejscu zastanowić się,

czy szkolenia te mają charakter kompleksowy, czy są to może szkolenia przeprowadzane przy okazji wdrażania nowego pracownika do przedsiębiorstwa, jako jeden z jego elementów. Ciekawe jest też to, kto przeprowadza takie szkolenia? Jak wcześniej wskazano, żadne biuro nie wskazywało korzystania z usług zewnętrznych przedsiębiorstw specjalistycznych, a za największy problem uznano brak specjalistów w tej dziedzinie. Problem ten wymaga dalszego badania.

Tylko jedno biuro podróży poddało standaryzacji zarządzanie bezpieczeństwem zasobów informacyjnych. Niestety nie została wymieniona nazwa normy, która została wdrożona. Pozostałe 93,3% nie wprowadziło żadnej normy. Jak wcześniej wskazano, norma ISO 17799:2000 jest znacznym ułatwieniem w zarządzaniu bezpieczeństwem informacji. Oparta na wieloletnich doświadczeniach zachodnich przedsiębiorstw w pełni odpowiada potrzebom dzisiejszych czasów. Wprowadzone standardy mogą też okazać się sporym atutem w walce konkurencyjnej o klienta, który coraz częściej zwraca uwagę także na aspekt bezpieczeństwa. Tak słaby wynik wśród polskich biur podróży jest prawdopodobnie spowodowany niską znajomością treści tej normy.

Ataki na systemy bezpieczeństwa informacji często pochodzą od konkurencji, dlatego postawiono pytanie, jakie informacje chcieliby przedsiębiorcy turystyczni uzyskać na temat konkurentów. Najczęściej odpowiadali oni, że chcieliby wiedzieć o planowanych kampaniach promocyjnych, promocjach cenowych, polityce rabatów. Chcieliby również mieć bazy danych klientów swoich konkurentów oraz ich liczbę, informacje o nowych produktach, programy imprez. Co ciekawe, większość z wymienianych tu informacji odnosi się do działań marketingowych przedsiębiorstwa. Jednak w pytaniu o to, które z informacji powinny być szczególnie chronione nie zostały one wymienione. Zgodnie jednak odpowiadają, że chętnie znalazłyby dane osobowe klientów i ich ochronę uznają za najważniejszą. Potwierdza to potrzebę znajomości ustawy o ochronie danych osobowych i właściwego jej wypełniania. Tylko 14,3% pytanym przedsiębiorców chciałoby pozyskać te informacje, zastrzegając jednak, że jedynie w sposób zgodny z prawem.

W związku z powyższym sytuacje zagrożenia zasobów informacyjnych mogą mieć fatalne skutki dla biura podróży. Oprócz spadku zaufania klientów i kooperantów, biuro podróży może nawet całkowicie zaprzestać działalności. Stąd tak istotne opracowanie polityki bezpieczeństwa informacji, szkolenia pracowników i co najważniejsze próba dopasowania się do obowiązujących w tej dziedzinie standardów światowych. Ważne jest więc zatrudnianie odpowiednich specjalistów, którzy w sposób kompetentny wspomogą w tym zakresie kierownictwo przedsiębiorstwa.

Powyższe rozważania wskazują na różnorodne możliwości wykorzystania norm obowiązującego prawa w zakresie zapewnienia ochrony informacji znajdujących się w dyspozycji przedsiębiorstwa turystycznego. W związku z powyższym brak jest uzasadnienia dla ewentualnych prób rozszerzenia zakresu regulacji w sferze świadczenia usług turystycznych o element ochrony informacji. Obserwowana praktyka wskazuje na potrzebę edukacji oraz uświadamiania funkcjonujących w turystyce podmiotów co do faktu istnienia oraz skuteczności światowych standardów ochrony informacji. Zaakceptowanie, przyjęcie oraz wdrożenie tychże norm stanowić może pierwszy krok do sukcesu w postaci bezpieczeństwa informacji. Działania te winny

być poparte stałą weryfikacją wprowadzonego systemu, połączoną z cyklem szkoleń realizowanych przez wyspecjalizowane osoby bądź instytucje. Teoria i praktyka ochrony informacji znajduje więc swoje szczególne miejsce również w sferze turystyki, przy odpowiednim dostosowaniu poszczególnych elementów do potrzeb tegoż środowiska. Istotnym jest by konstruowany system ochrony odpowiadał oczekiwanemu poziomowi bezpieczeństwa oraz uwzględniał potencjalne zagrożenia.

Paweł Chmielnicki*

Status Polskiej Organizacji Turystycznej i tryb pracy jej organów

1. Wprowadzenie

Celem rozważań, jakie ujęte zostały w postać niniejszego artykułu, jest – po pierwsze – ustalenie, czy prawne regulacje działania Polskiej Organizacji Turystycznej mogą stanowić źródło przesłanek do sformułowania poglądów na temat granic obszaru badań, określanego mianem „prawa turystycznego”. Kwestia ta posiada walor, przede wszystkim, teoriopoznawczy. Normy dotyczące turystyki i działalności gospodarczej prowadzonej w tym zakresie odnoszą się do rozmaitych zakresów regulacji prawnych i – niejednokrotnie – wykazują zupełnie odmienny charakter. Rodzi to, w sposób oczywisty, zasadnicze trudności w ustaleniu kontekstów interpretacyjnych, zasad podejmowania działań i rozwiązywania problemów (dobrym przykładem źródła takich trudności są, omawiane niżej, przepisy odnoszące się do Polskiej Organizacji Turystycznej). Należy podkreślić, iż celem niniejszych wywodów nie jest dodawanie pojedynczych elementów do enumeratywnego katalogu spraw, które mogą być objęte normami zaliczanymi do prawa turystycznego. Na tym etapie rozwoju wspomnianego obszaru badań naukowych celowe wydaje się, bowiem, stosowanie ekstensywnej egzegezy terminu „prawo turystyczne”. W przypadku kształtującej się dyscypliny naukowej wskazane jest, aby dążyć najpierw do ustalenia maksymalnego zasięgu treści, jakie potencjalnie pozostają w obszarze zainteresowań badawczych. Dopiero w następnej kolejności może nastąpić weryfikacja zgromadzonych przesłanek i wyłączenie niektórych, nieadekwatnych, zagadnień z ram danej dyscypliny. Dlatego też cel czynionych w niniejszym artykule rozważań jest bardziej generalny – chodzi o wskazanie niektórych typów regulacji prawnych, jakie powinny być wzięte pod uwagę, zdaniem autora, w procesie ustalania zakresu przedmiotowego terminu „prawo turystyczne”.

Kolejny problem poruszony w artykule ma znacznie zarówno teoretyczne, jak i – dość istotne – praktyczne. Chodzi bowiem o ustalenie charakteru prawnego podmiotu, którego działalność ma niebagatelne znaczenie dla rozwoju turystyki. Określenie statusu Polskiej Organizacji Turystycznej pozostaje w bezpośrednim związku z ustaleniem możliwości działania jej organów, a także kontekstu regulacji prawnych w jakich może poruszać się organ legislacyjny odpowiedzialny za określenie ram formalnych funkcjonowania Polskiej Organizacji Turystycznej i innych struktur działających na rzecz rozwoju turystyki.

Wreszcie, po trzecie, celem rozważań jest wyjaśnienie istotnych wątpliwości o dużym znaczeniu dla praktyki. Mianowicie, jaki jest charakter relacji prawnych pomiędzy organami odpowiedzialnymi za funkcjonowanie Polskiej Organizacji Turystycznej, w jaki sposób rzutuje on na możliwość realizacji jej ustawowych zadań

* Dr hab. Paweł Chmielnicki, prof. nadzw. - Zakład Prawa Administracyjnego Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego im. Jana Kochanowskiego w Kielcach.

i czy można wyodrębnić jakieś założenia (zasady) odnoszące się do trybu pracy organów Polskiej Organizacji Turystycznej.

W nawiązaniu do określonych powyżej celów badawczych zweryfikowane zostaną określone tezy badawcze. Odnośnie zagadnienia pierwszego (rodzaje norm prawa turystycznego) chodzi o stwierdzenie, czy prawo turystyczne jest obszarem badawczym o charakterze – w zasadzie – homogenicznym (czy normy prawa turystycznego wykazują powiązania głównie z jedną dziedziną prawa, czy też – wyraźnie – z wieloma), czy też – heterogenicznym, co byłoby istotnym argumentem za wyemancypowaniem się prawa turystycznego w odrębną dyscyplinę naukową.

Odnośnie zagadnienia drugiego (charakter prawny Polskiej Organizacji Turystycznej), przypisanie jej istotnego kwantum zadań publicznych powoduje konieczność ustalenia, czy Polska Organizacja Turystyczna jest podmiotem administracji publicznej, a jeśli tak, to jakiego rodzaju.

Co do trzeciego celu artykułu (charakter relacji pomiędzy podmiotami odpowiedzialnymi za funkcjonowanie Polskiej Organizacji Turystycznej i zasad ich pracy), obowiązujące regulacje zmuszają przede wszystkim do ustalenia, na ile organy Polskiej Organizacji Turystycznej pozostają samodzielne w działaniu, na ile zaś ich działania determinowane są przez wolę i decyzje naczelnych i centralnych organów administracji publicznej.

2. Regulacje publicznego prawa ustrojowego jako element prawa turystycznego

W nauce można spotkać stanowiska, zgodnie z którymi do wyodrębnienia prawa turystycznego jako dziedziny prawa już doszło. Jak wywodzi m.in. O. Kucharski, w latach 70-tych i 80-tych XX w. istniały w Polsce różne, rozproszone regulacje prawne, głównie w formie zarządzeń centralnych organów administracji państwowej ds. turystyki, regulujących np. kwestie: organizowania turystyki zagranicznej, klasyfikacji i kategoryzacji zakładów hotelarskich, działalność przewodników turystycznych i pilotów wycieczek zagranicznych. Wymienione regulacje były wydawane bez wyraźnej delegacji ustawowej, za podstawę ich wydawania przyjmowano bowiem ogólne normy kompetencyjne zawarte w ustawach o utworzeniu Głównego Komitetu Kultury Fizycznej i Sportu i Głównego Komitetu Turystyki. W zakresie zawierania umów o usługi turystyczne wiodącą rolę odgrywał kodeks cywilny. W połowie lat 80-tych ukazały się regulacje dotyczące działalności prywatnych biur podróży. W roku 1988 uchwalono ustawę o działalności gospodarczej, która – w zakresie turystyki – umożliwiała podjęcie działalności turystycznej bez obowiązku uzyskiwania dodatkowych koncesji lub zezwoleń. Przełomowe znaczenie miało uchwalenie ustawy o usługach turystycznych, co nastąpiło w roku 1997¹. Powołany autor podkreśla, iż „nowa dziedzina prawa” obejmuje nie tylko tematykę zawartą w ustawie o usługach turystycznych, ale również „zintegrowała” w sobie zawarte w innych aktach prawnych, w szczególności w kodeksie cywilnym, prawie celnym, paszportowym, prze-

¹ Szerzej zob. J. Gospodarek, *Prawo turystyczne w zarysie*, Bydgoszcz - Warszawa 2003, s. 25 i n.; H. Zawistowska, [w:] J. Jarmul, J. Wrona, H. Zawistowska, *Wpływ procesu harmonizacji prawa polskiego z prawem Unii Europejskiej na prawo turystyczne*, Warszawa 2003 s. 34 i n.; M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne*, Kraków 2003, s. 23 i n.

wozowym, podatkowym, ochrony środowiska, ochrony dóbr kultury, organizacji turystycznych, ubezpieczeniowym itd.²

Według H. Zawistowskiej, prawo turystyczne od strony funkcjonalnej podzielić można na cztery części:

- 1) Regulacje odnoszące się do strony podażowej rynku turystycznego. W jej skład wchodzi akty prawne regulujące zasady podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie usług turystycznych.
- 2) Regulacje odnoszące się do strony popytowej rynku turystycznego. Zaliczamy do nich akty prawne mające na celu ochronę konsumenta.
- 3) Regulacje mające na celu ochronę i zachowanie walorów turystycznych tzn. elementów przyrodniczych i kulturowych, które mają znaczenie dla turystów i przedsiębiorców.
- 4) Inne regulacje mające znaczenie dla turystyki – przepisy paszportowe, wizowe, celne, sanitarne itp.³

Zaproponowana typologia sama w sobie nie przesądza charakteru (homogenicznego, bądź heterogenicznego) norm prawa turystycznego. Ma ona odniesienie do przedmiotu regulacji, a nie charakteru norm. Podobnie, wspomniana wyżej kwestia „skupienia” wokół pewnego typu umów, pewnych przepisów związanych z obrotem publicznoprawnym nie uzasadnia dostatecznie propozycji, aby umowy te badać w obrębie osobnej dyscypliny wiedzy. Można wskazać szereg przykładów kontraktów, których dotyczą jakieś regulacje publicznoprawne. Istnieje wiele rodzajów działalności gospodarczych, które mogą być podjęte tylko po spełnieniu szczególnych wymagań publicznoprawnych i mogą być prowadzone tylko w warunkach szczególnych reżimów publicznoprawnych. Zaistnienie takich okoliczności nie jest jeszcze przesłanką do wysuwania tezy o mieszanym charakterze danej instytucji prawnej, bądź obszaru badań. Na przykład fakt, iż do działalności gospodarczej w zakresie gastronomii mają zastosowanie różne przepisy prawa administracyjnego, nie prowadzi do wyodrębniania regulacji prawnych dotyczących żywienia zbiorowego w osobne „prawo gastronomiczne”. Jednakże, w przypadku prawa turystycznego, z normami o charakterze ewidentnie prywatnoprawnym (umowy w turystyce, odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy wykonywaniu usług turystycznych, itp.) koegzystują normy o charakterze publicznoprawnym stworzone specjalnie (wyłącznie) na użytek uregulowania spraw związanych z turystyką. W przypadku prawa turystycznego, do takich norm należą m.in. normy publicznego prawa ustrojowego, a wśród nich przede wszystkim ustawa z dnia 25 czerwca 1999 r. o Polskiej Organizacji Turystycznej⁴ (cyt. dalej: u.POT). Ustawa ta konstytuuje zakres zadań publicznych związanych z turystyką i podmiot odpowiedzialny za ich wykonanie. Biorąc pod uwagę rozległość publicznoprawnych regulacji o charakterze materialnym i procesowym, zawartych w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycz-

² O. Kucharski, *Harmonizacja polskiego prawa turystycznego z prawem Unii Europejskiej*, referat wygłoszony na seminarium „Polska w Unii Europejskiej – 50 rocznica podpisania Traktatów rzymskich i 3 rocznica przystąpienia Polski do UE”, Częstochowa, 9 maja 2007 r.

³ H. Zawistowska, [w:] J. Jarmul, J. Wrona, H. Zawistowska, *Wpływ procesu harmonizacji prawa polskiego...*, s. 7 i n.

⁴ Dz. U. z 1999 r., Nr 62, poz. 689 ze zm.

nych⁵ należy dojść do wniosku, iż mamy do czynienia z kompleksem znamienych tylko dla turystyki regulacji publicznoprawnych (tzn. z zespołem powiązanych przedmiotowo i podmiotowo norm prawa materialnego, procesowego i ustrojowego). Zachodzi więc sytuacja podobna, jak np. w przypadku prawa energetycznego, którego niekwestionowany, heterogeniczny charakter, mający swoje źródło w specjalnych, publicznoprawnych regulacjach funkcjonowania rynku usług energetycznych, powoduje emancypację tego obszaru badań w odrębną dyscyplinę badań naukową. Wydaje się, iż stanowi to istotny argument dla przyjęcia, iż na prawo turystyczne składają się normy heterogeniczne, których specyfika skłania do badania ich w ramach odrębnej dyscypliny wiedzy.

3. Status Polskiej Organizacji Turystycznej

Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy o Polskiej Organizacji Turystycznej, Polska Organizacja Turystyczna jest państwową osobą prawną. Oczywiście, nie wyjaśnia to dostatecznie natury prawnej tego podmiotu i jego roli. Z tego określenia wynika tylko tyle, iż Polska Organizacja Turystyczna (dalej: POT) ma osobowość prawną (w tym miejscu rozumianą – rzecz jasna – w kontekście norm prawa cywilnego). Z racji wykonywanych zadań i rozwiązań organizacyjnych (o czym będzie jeszcze mowa niżej), POT jest też osobą prawną prawa publicznego⁶, która działa przez swoje organy. Specyfika osób tego typu polega m.in. na tym, że dysponują one zdolnością prawną zarówno w sferze prawa publicznego, jak i w sferze prawa prywatnego. Jednakże, kwestia osobowości prawnej nie przesądza o ustaleniu charakteru prawno-ustrojowego POT. Aby wyjaśnić, czym – w istocie – jest Polska Organizacja Turystyczna, należy przeanalizować jej zadania oraz uprawnienia organów w relacjach z podmiotami pozostającymi poza strukturą organizacyjną POT (zewnętrznych).

Ustawodawca postanowił (art. 1 u.POT), iż POT tworzona jest w celu wzmocnienia promocji Polski w dziedzinie turystyki w kraju i za granicą. Polska Organizacja Turystyczna ma tworzyć warunki współpracy organów administracji rządowej, samorządu terytorialnego i organizacji zrzeszających przedsiębiorców z dziedziny turystyki, w tym samorządu gospodarczego i zawodowego, oraz stowarzyszeń działających w tej dziedzinie.

Dalej, ustawodawca precyzuje (art. 3 u.POT), iż do zadań Polskiej Organizacji Turystycznej należy:

- 1) promocja Polski jako kraju atrakcyjnego turystycznie,
- 2) zapewnianie funkcjonowania i rozwijania polskiego systemu informacji turystycznej w kraju i na świecie,
- 3) inicjowanie, opiniowanie i wspomaganie planów rozwoju i modernizacji infrastruktury turystycznej,
- 4) wykonywanie innych zadań powierzonych przez organy i jednostki, o których mowa w art. 3 ust. 2 pkt 1 i 2, na zasadach określonych w umowie zawieranej pomiędzy tymi organami i jednostkami a Polską Organizacją Turystyczną,

⁵ T. jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 223, poz. 2268 ze zm.

⁶ Szerzej na temat pojęcia osoby prawnej prawa publicznego zob. S. Fundowicz *Pojęcie osoby prawnej prawa publicznego*, Przegląd Sejmowy 1999, nr 2, s. 64 i n.

- 5) inspirowanie tworzenia regionalnych organizacji turystycznych, obejmujących swoim zakresem działania obszar jednego lub więcej województw, oraz lokalnych organizacji turystycznych, obejmujących swoim zakresem działania obszar jednej lub więcej jednostek samorządu lokalnego, a także z nimi współdziałanie.

Wymienione wyżej zadania mają charakter publiczny i to – zasadniczo – rządowy. Co prawda, samorzady terytorialne również realizują zadania zakresu promocji turystyki, jednakże w przypadku POT wyraźnie postanowiono o realizacji zadań należących do organów administracji centralnej (rządowej). Wynika to z przepisu art. 3 ust. 2 u.POT, zgodnie z którym Polska Organizacja Turystyczna, wykonując swoje zadania, jedynie w s p ó ł p r a c u j e z jednostkami samorządu terytorialnego, regionalnymi i lokalnymi organizacjami turystycznymi, organizacjami zrzeszającymi przedsiębiorców z dziedziny turystyki, w tym samorządu gospodarczego i zawodowego, oraz stowarzyszeniami działającymi w tej dziedzinie i polskimi przedstawicielstwami zagranicznymi – w zakresie zadań wykonywanych za granicą, przy czym może – jak już była o tym mowa wyżej, wykonywać zadania powierzone przez niektóre z tych podmiotów (np. przez jednostki samorządu terytorialnego), na podstawie specjalnej umowy (*nota bene*, pytanie o charakter tej „umowy” to temat na odrębne opracowanie). Natomiast w sprawach określonych w art. 27a ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej⁷ Polska Organizacja Turystyczna w s p o m a g a właściwego ministra. Określenie użyte przez ustawodawcę („wspomaga”) jest dość egzotyczne w kontekście znanej terminologii prawa publicznego, jednakże nie da się stworzonej przez nie sytuacji normatywnej rozumieć inaczej, niż jako partycypację w realizacji zadań organu administracji rządowej.

Przyjrzyjmy się kompetencjom organów Polskiej Organizacji Turystycznej. Organami Polskiej Organizacji Turystycznej są: 1) Rada Polskiej Organizacji Turystycznej, 2) Prezes Polskiej Organizacji Turystycznej.

Do kompetencji Rady Polskiej Organizacji Turystycznej należy w szczególności (art. 6 u.POT):

- 1) przyjmowanie przedstawionych przez Prezesa POT projektów rocznych planów finansowych,
- 2) przyjmowanie rocznych i wieloletnich programów działania POT,
- 3) zatwierdzanie rocznych sprawozdań z działalności POT,
- 4) przyjmowanie rocznych sprawozdań finansowych POT,
- 5) opiniowanie kandydatów na stanowisko Prezesa i wiceprezesów POT,
- 6) określanie zasad wynagradzania pracowników POT i wymagań kwalifikacyjnych wobec tych pracowników.

Rada Polskiej Organizacji Turystycznej jest uprawniona ponadto do przedstawiania opinii lub wniosków (właściwym organom władzy publicznej) we wszystkich sprawach dotyczących działalności Polskiej Organizacji Turystycznej.

Do obowiązków Prezesa Polskiej Organizacji Turystycznej należy bieżące realizowanie zadań Polskiej Organizacji Turystycznej, a w szczególności (art. 11 u.POT):

⁷ Dz. U. z 2007 r., Nr 65, poz. 437 ze zm.

- 1) opracowywanie projektu rocznego planu finansowego Polskiej Organizacji Turystycznej, a także występowanie z wnioskami do właściwego ministra w sprawie wysokości dotacji budżetowej na realizację tych zadań,
- 2) opracowywanie projektów rocznych i wieloletnich programów działania Polskiej Organizacji Turystycznej,
- 3) przedstawianie Radzie Polskiej Organizacji Turystycznej i właściwemu ministrowi rocznych sprawozdań z działalności Polskiej Organizacji Turystycznej,
- 4) tworzenie jednostek organizacyjnych Polskiej Organizacji Turystycznej, w tym jednostek wykonujących zadania za granicą, a zwłaszcza ośrodków informacji turystycznej.

Zwraca uwagę, iż wśród wszystkich tych kompetencji brakuje uprawnień do władczego określania sytuacji osób fizycznych lub prawnych w imieniu państwa (do wydawania rozstrzygnięć). Dominują natomiast uprawnienia (w tym określone na zasadzie wyłącznej właściwości) do działań o charakterze organizacyjnym i usługowym.

W jaki sposób regulacje te wpływają na określenie statusu Polskiej Organizacji Turystycznej? Nie ulega wątpliwości, iż POT wykonuje zadania publiczne, przeważnie rządowej administracji centralnej, zaś zakres tych zadań jest rozległy. Na pewno nie jest podmiotem prywatnym (świadczą o tym wyraźnie postanowienia u.POT). Czy jest podmiotem administracji? Jeśli tak, to jakiego rodzaju?

Pojęcie administracji może być rozumiane w rozmaity sposób i obejmować może różny krąg organów (podmiotów) wyposażonych we władzę, lub realizujących zadania publiczne. W wąskim rozumieniu, pojęciem administracji państwowej mogą być objęte wszystkie państwowe podmioty administracji, tj. podmioty prowadzące działalność przypisywaną rządowi państwa i strukturom od niego zależnym, lub z nim powiązanych⁸. Obok pojęcia administracji państwowej (niekiedy używanego zamiennie z pojęciem „administracja rządowa”) funkcjonuje pojęcie administracji publicznej, które (obecnie) jest szersze od pojęcia administracji państwowej, gdyż obejmuje ono pozostałe podmioty spełniające funkcje administracji państwa, w tym przede wszystkim związki publicznoprawne⁹. Przy tak szerokim rozumieniu pojęcia administracji publicznej, zaliczenie Polskiej Organizacji Turystycznej do systemu administracji publicznej nie powinno rodzić trudności. Można nawet pokusić się o próbę zaliczenia POT do systemu administracji państwowej (rządowej). Nie jest to jednak aż tak istotne, gdyż tak czy inaczej strukturalny udział POT w procesie wykonywania zadań publicznych nie budzi wątpliwości. Trudniejszą kwestią jest ustalenie, jakiego rodzaju elementem systemu administracji jest Polska Organizacja Turystyczna.

Brak przypisanych ustawowo kompetencji o charakterze władczym powoduje, iż – w świetle najszerzej akceptowanych definicji organu administracji – POT nie może być uznana za organ administracji. Wystarczy w tym miejscu przypomnieć, iż za organ administracji uznawany jest podmiot znajdujący się w strukturze państwa lub samorządu terytorialnego, ale wyodrębniony organizacyjnie (ten warunek POT mogłaby spełnić), umocowany ustawowo do działania w imieniu państwa i na jego ra-

⁸ Por. W. Dawidowicz, *Wstęp do nauk prawno-administracyjnych*, Warszawa 1974, s. 19.

⁹ E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 2001, s. 18.

chunek (tę cechę również spełnia POT), a ponadto wyposażony w prawo do korzystania ze środków władczych¹⁰. Tej ostatniej cechy POT, jak już wyżej wykazano, nie posiada. Ustawa o Polskiej Organizacji Turystycznej nie wyposaża organów POT w kompetencje do działań władczych w imieniu państwa (oczywiście, chodzi o działania w sferze zewnętrznej, a nie w obrębie struktury organizacyjnej POT. Odpada więc możliwość zaklasyfikowania POT jako organu administracji. Polska Organizacja Turystyczna może być co prawda, przy zaistnieniu określonych w teorii prawa administracyjnego przesłanek, określona mianem organu administrującego, jednakże jest to zupełnie inna kategoria, nie mająca bezpośredniego, trwałego odniesienia do statusu POT¹¹.

Polska Organizacja Turystyczna nie wykazuje cech urzędu administracji. W ujęciu doktryny administracji i nauki prawa administracyjnego, urząd definiowany jest jako zorganizowany zespół środków rzeczowych i osób (pracowników administracji publicznej) przydanych do pomocy organowi administracji celem merytorycznej i technicznej obsługi tego organu¹². Polska Organizacja Turystyczna, jak już wspomniano, „wspomaga” organ centralny administracji, ale nie obsługuje go, nie jest mu bezpośrednio podporządkowana.

Polska Organizacja Turystyczna nie jest też korporacją¹³, choć lokalne i regionalne organizacje turystyczne działają na podstawie ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach¹⁴. Korporacja jest podmiotem prawa, której elementem składowym jest wspólnota (grupa ludzi). Wspólnota odznacza się wspólnymi cechami, stanowi o niej więź, spójnia, która łączy, zespala grupę społeczną, wspólnotą jest organizacja, społeczność związana wspólnym pochodzeniem, wspólnym życiem, wspólnymi interesami, wspólną własnością itp. Polska Organizacja Turystyczna stanowi pewną strukturę, posiada organy, ale jej konstytutywnym substratem nie jest grupa ludzi połączona wspólnymi cechami.

Specyficzną kategorią struktur spełniających zadania publiczne są zakłady administracyjne. W. Klonowiecki, autor monografii poświęconej w całości zakładom administracyjnym, wywodził, iż zakład publiczny jest zespołem osób, rzeczy i praw, zorganizowanym przez podmiot administracji publicznej i trwale z nim związany, przeznaczony do indywidualnego użytkowania przez osoby uprawnione (lub zobowiązane), w sporach między którym a użytkownikiem, przynajmniej w kwestii możliwości korzystania z zakładu, wyłączona jest droga sądowa¹⁵. E. Ochendowski przyjął, iż zakładem administracyjnym w znaczeniu formalnym jest państwowa jednostka organizacyjna, nie będąca ani organem państwowym, ani przedsiębiorstwem państwowym (zjednoczeniem). W znaczeniu materialnym, zakładem administracyjnym

¹⁰ Zob. np. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Kraków 2005, s. 118-119.

¹¹ Szerzej na temat organów administrujących zob. m.in. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne...*, s. 122.

¹² Tak m.in. E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 1999, s. 212.

¹³ Zob. szerzej na temat pojęcia korporacji np. T. Bigo, *Związki publiczno – prawne w świetle ustawodawstwa polskiego*, Warszawa 1928, s. 196 i n.

¹⁴ T. jedn. Dz. U. z 2001 r., Nr 79, poz. 855.

¹⁵ W. Klonowiecki, *Zakład publiczny w prawie polskim. Studium prawno – administracyjne*, Lublin 1933, s. 32.

jest państwowa jednostka organizacyjna, nie będąca organem państwa, która dla wykonania swoich podstawowych zadań ma prawo nawiązywać stosunki administracyjnoprawne¹⁶. Pojęcie zakładu administracyjnego może obejmować struktury o bardzo różnorodnym statusie prawnym, od jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej, do osób prawnych. W zasadzie, pojęcie zakładu administracyjnego wiązane jest ze strukturami pozostającymi w systemie administracji publicznej, lub przynajmniej tworzonymi przez organy administracji publicznej. Nie jest to jednak warunek, który musi być spełniony bezwzględnie, aby daną strukturę można było określić mianem zakładu administracyjnego. Na przykład według cytowanego już E. Ochendowskiego, przyjmując za kryterium podziału podmiot tworzący zakład, a więc kto tworzy i wyposaża zakład w niezbędne do jego działalności środki, można zakłady podzielić na państwowe i niepaństwowe. Dla klasyfikacji pewnej struktury jako zakładu administracyjnego nie jest potrzebne, aby struktura ta wyposażona była w kompetencje do wydawania rozstrzygnięć. Szczególne władztwo, jakie posiada zakład administracyjny nad użytkownikiem, nie jest władzą organu administracyjnego. Biorąc to pod uwagę, należy stwierdzić, iż Polska Organizacja Turystyczna najbliższa jest definicji zakładu administracyjnego (państwowego, tj. tworzonego przez państwową administrację centralną). To zaś oznacza, iż między osobami korzystającymi z działań POT, a organami POT mogą być nawiązane relacje typu zakładowego. Wyjaśnia to, w pewnym stopniu, kontekst prawny, w jakim należy interpretować przepisy o działalności Polskiej Organizacji Turystycznej.

4. Tryb pracy organów Polskiej Organizacji Turystycznej

Rozważania na temat charakteru relacji pomiędzy organami odpowiedzialnymi za działanie Polskiej Organizacji Turystycznej (nie są to tylko organy POT) należy rozpocząć od powołania zasad kreowania POT. Zgodnie z art. 7 ust. 1 u.POT, w skład Rady Polskiej Organizacji Turystycznej wchodzi 12-18 członków powoływanych przez właściwego (do spraw turystyki) ministra spośród kandydatów przedstawionych przez:

- 1) administrację rządową,
- 2) jednostki lub ogólnopolskie reprezentacje samorządu terytorialnego,
- 3) samorząd gospodarczy i samorząd zawodowy oraz stowarzyszenia działające w dziedzinie turystyki, a także przewoźników.

Podmioty wymienione wyżej muszą być reprezentowane w Radzie Polskiej Organizacji Turystycznej w równych proporcjach.

W myśl art. 9 u.POT Prezesa Polskiej Organizacji Turystycznej powołuje minister właściwy do spraw turystyki, spośród osób należących do państwowego zasobu kadrowego, po zasięgnięciu opinii Rady Polskiej Organizacji Turystycznej. Minister właściwy do spraw turystyki także odwołuje Prezesa Polskiej Organizacji Turystycznej. Prezesem Polskiej Organizacji Turystycznej może być także osoba zajmująca kierownicze stanowisko państwowe w rozumieniu przepisów o wynagradzaniu osób zajmujących kierownicze stanowiska państwowe.

¹⁶ E. Ochendowski, *Zakład administracyjny jako podmiot administracji państwowej*, Poznań 1969, s. 105 – 107.

Zwraca uwagę silne powiązanie osobowe pomiędzy organem centralnym administracji (ministrem właściwym do spraw turystyki), a organami Polskiej Organizacji Turystycznej. Niemniej, należy też pamiętać, iż POT nie jest częścią struktury organizacyjnej ministerstwa, ani żadnego innego urzędu państwowego, czy też państwowej osoby prawnej. Jest odrębną osobą prawną. Zachodzi tu więc podobna sytuacja, co np. w przypadku samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, których kierownicy są powoływani przez organ zewnętrzny wobec samej osoby prawnej (SP ZOZ), przy czym najczęściej jest to organ administracji rządowej lub samorządowej. W takim układzie organizacyjnym, prawo do obsadzania stanowisk nie pociąga za sobą „automatycznie” prawa do kierowania działaniem organu, którego skład osobowy jest w ten sposób kreowany. Powiązania, które takie prawo dają (zależności służbowe) muszą wynikać z kolejnych przepisów prawa. Nie istnieje żadne prawne domniemanie, iż organ administracji kreujący skład osobowy innego organu, ma prawo do kierowania pracą organu podporządkowanego osobowo. Czy ustawa o Polskiej Organizacji Turystycznej określa jakieś inne kompetencje organu centralnego, względem organów Polskiej Organizacji Turystycznej? Tylko w jednym miejscu, a mianowicie, zgodnie z art. 2 ust. 2, nadzór nad Polską Organizacją Turystyczną sprawuje minister właściwy do spraw turystyki. Co z tego wynika?

Jeżeli rozważamy pojęcie nadzoru na gruncie prawa publicznego, należy wskazać na kilka podstawowych, odmiennych znaczeń tego terminu. Nadzór kojarzony był, początkowo, wyłącznie z określonym rodzajem władzy aparatu państwowego nad obywatelem, czyli z funkcjami typu „policyjnego”. Mowa tu o tzw. „nadzorze w prawie materialnym”. Pod pojęciem nadzoru, jakie używane jest w przepisach o charakterze materialnoprawnym, rozumieć należy zespół relacji prawnych, które:

- 1) administracja jest upoważniona nawiązywać z podmiotami, które przynajmniej w zakresie tych relacji nie mają statusu podmiotów administracji (nie są piastunami „imperium”);
- 2) mają być nawiązywane zasadniczo dla odsuwania zagrożeń dla dóbr należących do podmiotów społeczeństwa, dla normalnego toku życia;
- 3) mogą podlegać nawiązaniu, modyfikacji i ustaniu zarówno w ramach procedur administracyjnych, jak i poza tymi procedurami (zwłaszcza, jeśli chodzi o czynności kontrolne).

W tym ujęciu, powołanym za M. Szewczykiem¹⁷, zwraca uwagę przede wszystkim to, iż nadzór jest relacją nie przebiegającą między podmiotami administracji, działania „nadzorcze” nie zawsze muszą też przebiegać w ramach jakiejś procedury.

Pojęcie nadzoru jest także używane na gruncie procedur administracyjnych. Chodzi o weryfikację rozstrzygnięć wydawanych przez organy administracji i administrujące w toku instancji, zwaną niekiedy „nadzorem instancyjnym”, „nadzorem nad orzecznictwem administracyjnym”, lub podobnie.

Nadzór definiowany jest też w odniesieniu do tych relacji zachodzących pomiędzy podmiotami administracji, które nie dotyczą wydawania rozstrzygnięć w postępowaniu jurysdykcyjnym. Ogólnie biorąc, chodzi o ustalenie, jakimi kompetencjami

¹⁷ M. Szewczyk, *Nadzór w materialnym prawie administracyjnym*, Poznań 1996, s. 44.

władczymi, w jakich wypadkach, dysponuje jeden podmiot administracji, względem drugiego.

Relacje te mogą występować w dwóch układach. Po pierwsze, pojęcie nadzoru używane jest dla określenia zależności występujących w takiej strukturze administracji, gdzie podmioty administracji są powiązane między sobą więzami zależności służbowych i osobowych. W tym wypadku, nadzór (tzw. nadzór hierarchiczny) traktowany jest jako relacja o bardziej ogólnym charakterze, niż kierownictwo.

W kolejnym ujęciu nadzoru jako instytucji ustrojowoprawnej, nadzór jest instytucją służącą do określenia relacji pomiędzy podmiotami administracji w układzie zdecentralizowanym. W układzie tym występują, z jednej strony, organy administracji pozostające w układzie hierarchicznych powiązań (administracji zcentralizowanej, rządowej) wyposażone w kompetencje do ingerencji w działalność podmiotów administracji zdecentralizowanej (przede wszystkim chodzi samorządy powszechne), w określonych sytuacjach i formach, występujące w roli organów nadzoru (nadzorujących), zaś z drugiej strony, organy podmiotów administracji zdecentralizowanej (np. organy jednostek samorządu terytorialnego), które zobowiązane są podporządkować się tej ingerencji, określane jako organy nadzorowane. Jeżeli nadzór występuje w takim układzie, jest definiowany jako relacja pomiędzy podmiotami należącymi do struktury administracji publicznej, ale jako relacja o charakterze zewnętrznym, czyli przebiegająca między podmiotami nie powiązаныmi między sobą więzami zależności służbowych i osobowych.

Gdzie, w świetle powyższych definicji, mieści się „nadzór nad Polską Organizacją Turystyczną sprawowany przez ministra właściwego do spraw turystyki”? Co prawda, istnieją powiązania osobowe, pomiędzy ministrem, a organami POT, brak jednak powiązań służbowych. Polska Organizacja Turystyczna jest podmiotem odrębnym organizacyjnie. Omawiany nadzór nie może być więc rozpatrywany w kategoriach relacji wewnętrznych. Nie jest to też nadzór w sensie prawa procesowego, ani też materialnego (ponieważ nie jest to relacja z podmiotem pozostającym poza strukturą administracji). Należy zatem przyjąć, iż jest to nadzór w sensie ustrojowoprawnym, będący relacją zewnętrzną. Problem w tym, iż gdyby minister sprawował kierownictwo wobec organów POT, można by przyjąć, iż z samego wyposażenia w tę funkcję płyną kompetencje ministra. Kierownictwo określane jest zgodnie jako najsilniejszy rodzaj więzi organizacyjnej, dającej najszersze możliwości oddziaływania przez jeden podmiot, na drugi. W ramach kierownictwa wykorzystywane są wszelkie prawne środki oddziaływania, z poleceniami służbowymi na czele, czyli łącznie z możliwością oddziaływania na bieg konkretnych spraw. Oczywiście, organ kierujący dysponuje także prawem do oceniania działalności podmiotu kierowanego, formułowania zaleceń o charakterze generalnym i wyciągania konsekwencji z uchybień – przy zastosowaniu wszelkiego rodzaju prawnych kryteriów weryfikacyjnych (legalności, celowości, zgodności z polityką). Z uwagi na rozległość kompetencji płynących z funkcji kierownictwa, w zasadzie przyjmuje się, iż relacje opisane jako kierownictwo mogą istnieć tylko w układzie hierarchicznego podporządkowania (takiego układu, pomiędzy ministrem, a organami POT, brakuje). Podsumujmy: w przypadku kierownictwa, samo przypisanie tej funkcji otwiera możliwości oddziaływania na czynności organu podporządkowanego. W przypadku nadzoru, taka sytu-

acja nie zachodzi. Z samego przypisania funkcji nadzorczych, żadne prawo do działania jeszcze nie płynie. Potrzebne jest wskazanie (zwłaszcza w układzie nadzoru jako relacji zewnętrznej), konkretnych kompetencji nadzorczych, którymi organ nadzoru może się posłużyć. Takich kompetencji zaś, ustawodawca nie określa w ogóle. Dodajmy, iż kompetencji takich nie określa także cytowane niżej rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie nadania statutu Polskiej Organizacji Turystycznej¹⁸, całkowicie zresztą prawidłowo, gdyż brak w ustawie delegacji do określania kompetencji nadzorczych rozporządzeniem.

Skłania to do wniosku (zgodnie ze znaną zasadą interpretacyjną przyjmujemy, że ustawodawca nie tworzy fikcji prawnych), iż normatywna treść pojęcia nadzór, użytego w art. 2 ust. 2 u.POT wyczerpuje się w instytucji... nadzoru właścicielskiego z prawa prywatnego, a nie w instytucjach znanych na gruncie prawa publicznego!

Oznacza to, iż podstawową zasadą pracy organów Polskiej Organizacji Turystycznej jest samodzielność, wynikająca z braku zależności służbowej pomiędzy organami POT, a organami centralnymi administracji. Do innych zasad określających tryb pracy organów POT należy zaliczyć kadencyjność, kolegialność (w przypadku Rady POT) – co przekład się na podejmowanie rozstrzygnięć w formie uchwał, a ponadto jawność, co wynika z dysponowania przez POT środkami publicznymi.

Członkowie Rady wykonują swoje prawa i obowiązki osobiście i nie mogą ustanawiać pełnomocników. Na pierwszym posiedzeniu nowej kadencji, dokonywany jest wybór władz Rady. Rada wybiera, w głosowaniu tajnym, spośród swych członków Przewodniczącego oraz zastępcę Przewodniczącego Rady bezwzględną większością głosów członków Rady w obecności co najmniej połowy członków Rady. Minister właściwy do spraw turystyki zwołuje, otwiera i przewodniczy pierwszemu posiedzeniu nowo wybranej Rady do chwili wyboru jej Przewodniczącego. Posiedzenia Rady odbywają się w razie potrzeby, nie rzadziej jednak niż raz na dwa miesiące. Szczegółowy tryb zwołania posiedzenia określa statut POT.

Uchwały Rady zapadają zwykłą większością głosów w obecności co najmniej połowy członków Rady. „Zwykła większość głosów” jest najłagodniejszym wymaganiem, gdyż za podstawę obliczenia przyjmuje się wyłącznie ważne i zdecydowane głosy, czyli oddane bądź za projektem, bądź przeciw niemu¹⁹. Ustalając wynik takiego głosowania pomija się głosy członków Rady uprawnionych do głosowania, ale wstrzymujących się od głosu, bądź oddających głosy nieważne; nie bierze się również pod uwagę osób nieuczestniczących w posiedzeniu i głosowaniu. Porównuje się wyłącznie ważne oddane głosy. Projekt uchwały uznaje się za przyjęty, gdy liczba głosów "za" przeważa nad głosami "przeciw". Minimalną liczbą głosów potrzebną do osiągnięcia większości zwykłej jest 1 głos. Projekt uznaje się za odrzucony w głosowaniu, gdy głosy "przeciw" mają przewagę nad głosami "za", albo też – liczba głosów "za" i "przeciw" jest identyczna. Gdy przedmiotem głosowania jest wybór jednego spośród kilku rozwiązań, wówczas przez zwykłą większość należy rozumieć taką liczbę głosów optujących za jednym z nich, która jest większa od liczby głosów

¹⁸ Dz. U. Nr 80, poz. 559 ze zm.

¹⁹ Uchwała TK z 13 lutego 1996 r., W 1/96, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 1996, nr 1, poz. 7.

przypadających osobno na każdą alternatywę²⁰. Głosowanie jest jawne, za wyjątkiem: wyrażania opinii o kandydatach na stanowiska Prezesa Polskiej Organizacji Turystycznej i wiceprezesów Polskiej Organizacji Turystycznej oraz sytuacji zgłoszenia żądania głosowania tajnego przez choćby jednego członka Rady obecnego na posiedzeniu. W posiedzeniach Rady mają prawo uczestniczyć, bez prawa głosu: Prezes Polskiej Organizacji Turystycznej, wiceprezesi Polskiej Organizacji Turystycznej, osoby zaproszone przez Przewodniczącego Rady, a także osoby wskazane przez ministra właściwego do spraw turystyki. Z posiedzeń Rady sporządza się protokół, który podpisuje osoba prowadząca posiedzenie Rady.

Prezes Polskiej Organizacji Turystycznej działa jednoosobowo, w granicach swojego upoważnienia ustawowego, które obejmuje wszystkie sprawy bieżące, w tym składanie oświadczeń woli. Wiceprezesi Polskiej Organizacji Turystycznej działają w granicach pełnomocnictwa udzielonego im przez Prezesa Polskiej Organizacji Turystycznej. Wiceprezesi Polskiej Organizacji Turystycznej sprawują m.in. nadzór nad wyznaczonymi przez Prezesa Polskiej Organizacji Turystycznej obszarami działalności.

²⁰ Wyrok NSA z 20 grudnia 1994 r., SA/Kr 2423/94, Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego 1995, nr 4 poz. 182.

Lokalne i regionalne organizacje turystyczne jako stowarzyszenia szczególnego rodzaju

1. Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego artykułu są problemy prawne związane z funkcjonowaniem najmłodszego chyba rodzaju zrzeszeń, jakimi są regionalne i lokalne organizacje turystyczne¹. Ich powstanie łączy się z uchwaleniem ustawy z dnia 25 czerwca 1999 r. o Polskiej Organizacji Turystycznej². W myśl art. 4 u.POT w jej pierwotnym brzmieniu, POT przyznano kompetencję do „inspirowania tworzenia” regionalnych i lokalnych organizacji turystycznych³, dla zapewnienia współpracy pomiędzy POT a innymi podmiotami, w szczególności jednostkami samorządu terytorialnego, polskimi przedstawicielstwami zagranicznymi, organizacjami zrzeszającymi przedsiębiorców z dziedziny turystyki oraz stowarzyszeniami działającymi w zakresie turystyki.

Można przyjąć, że zamiarem ustawodawcy było stworzenie forum współpracy i wymiany poglądów pomiędzy przedstawicielami trzech sektorów – rządowego, biznesu i organizacji pozarządowych działających w obszarze turystyki. Owe fora musiały mieć jakąś formę organizacyjnoprawną. Tej jednak pierwotnie u.POT nie wskazywała. Dopiero w dwa lata po jej uchwaleniu ustawą z dnia 16 lutego 2001 r. o zmianie ustawy o Polskiej Organizacji Turystycznej⁴ wprowadzono nową redakcję art. 4 u.POT, na mocy której do ROTów i LOTów stosuje się przepisy prawa o sto-

* Dr Piotr Stec - Wydział Organizacji i Zarządzania Politechniki Śląskiej w Gliwicach.

¹ Według danych dostępnych w bazie internetowej Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego na dzień 8 sierpnia 2007 r. w Krajowym Rejestrze Sądowym znajdowało się 116 podmiotów wpisanych do rejestru stowarzyszeń i innych organizacji mających w nazwie słowa „organizacja turystyczna.” Z tego 16 można uznać za organizacje regionalne. Analizą objęto publicznie dostępne statuty wybranych regionalnych organizacji turystycznych – Dolnośląskiej Organizacji Turystycznej (www.dot.org.pl), dalej jako DOT, Śląskiej Organizacji Turystycznej (www.silesiasot.pl), dalej SOT; Warmińsko – Mazurskiej Regionalnej Organizacji Turystycznej (www.warmiamazury-rot.pl), dalej jako ROT Warmia-Mazury; Wielkopolskiej Organizacji Turystycznej (www.wotwielkopolska), dalej jako WOT – Wielkopolska; Kujawsko-Pomorskiej Organizacji Turystycznej (www.kpot-kujawsko-pomorskie.pl), dalej jako KPOT; Podlaskiej Regionalnej Organizacji Turystycznej (www.podlaskieit.pl), dalej jako ROT-Podlaskie; Opolskiej Regionalnej Organizacji Turystycznej (www.orot.pl), dalej jako OROT; Regionalnej Organizacji Turystycznej Województwa Łódzkiego (www.rotwl.pl), dalej jako ROTWL; Pomorskiej Regionalnej Organizacji Turystycznej (www.prot.pl), dalej jako PROT; Regionalnej Organizacji Turystycznej Województwa Świętokrzyskiego (www.rot.swietokrzyskie.pl), dalej jako ROT-Świętokrzyskie, Lubelskiej Regionalnej Organizacji Turystycznej (www.lrot.pl), dalej jako LROT oraz Lubuskiej Regionalnej Organizacji Turystycznej (www.lotur.eu), dalej jako ROT-Lubuskie.

² Ustawa z dnia 25 czerwca 1999 r. o Polskiej Organizacji Turystycznej (Dz. U. Nr 62, poz 689 ze zm., cyt. dalej jako: u.POT).

³ W dalszej części artykułu lokalne organizacje turystyczne będą określał skrótem LOT, a organizacje regionalne – skrótem ROT.

⁴ Ustawa z dnia 16 lutego 2001 r o zmianie ustawy o Polskiej Organizacji Turystycznej (Dz. U. Nr 22, poz. 249).

warzyszeniach⁵, z tym, że ich członkami mogą być także osoby prawne, w tym jednostki samorządu terytorialnego. Wspomniany przepis określił także zadania organizacji turystycznych i poddał je nadzorowi ministra właściwego do spraw turystyki.

Ustawodawca uznał więc, że stowarzyszenie jest jedyną dogodną formą organizacyjnoprawną dla tych organizacji turystycznych. Założenie to było obecne od początku prac legislacyjnych. Co więcej, w uzasadnieniu poselskiego projektu ustawy o zmianie u.POT, nie wzięto pod uwagę innych możliwości, nie wskazano także dlaczego akurat ta forma organizacyjnoprawna miałaby być szczególnie dogodna dla realizacji celów ROT i LOT⁶. Dokonany przez ustawodawcę wybór należy uznać zasadniczo za trafny, tym bardziej, że alternatywy byłyby stosunkowo nieliczne – organizacje turystyczne mogłyby bowiem działać albo jako fundacje, albo jako spółki kapitałowe, zazwyczaj nieprowadzące działalności gospodarczej. O ile te pierwsze są na równi ze stowarzyszeniami przeznaczone do prowadzenia działalności niezarobkowej, o tyle spółki z o.o. lub akcyjne realizujące cele niegospodarcze mają charakter atypowy. Mimo, że przepisy dopuszczają ich istnienie, a nawet uzyskiwanie przez nie statusu organizacji pożytku publicznego⁷, zastosowanie ich do realizacji celów niegospodarczych jest raczej wyjątkiem niż regułą. Nadto w świadomości społecznej spółki takie funkcjonują jako przedsiębiorcy, a nie zrzeszenia prowadzące działalność nie nastawioną na zysk. Trzeba też zauważyć, że powołanie sp. z o.o. lub s.a. jest stosunkowo skomplikowane, wymaga też zgromadzenia znacznego kapitału i poddania spółki rygorom wynikającym z ustawy o rachunkowości. Nadto, co nie jest bez znaczenia, kapitałowy charakter spółek mógłby uczynić je nieatrakcyjnymi dla potencjalnych udziałowców. W spółkach takich siła głosu wspólnika zależy, jak powszechnie wiadomo, od liczby i wartości posiadanych udziałów. Mogłoby to spowodować zdominowanie organizacji przez duże podmioty⁸. Wad tych nie ma stowarzyszenie, gdyż proces jego powoływania jest znacznie mniej sformalizowany, zaś jego członkowie mają zasadniczo równe prawa.

Nieco trudniej wskazać przyczyny, dla których ustawodawca nie zezwolił na nadawanie organizacjom turystycznym formy organizacyjnoprawnej fundacji. Podmiot taki mógłby z powodzeniem realizować podobne cele, nic więc nie stało by na przeszkodzie tworzenia lokalnych i regionalnych fundacji turystycznych. Co więcej, *de lege lata* trudno znaleźć zakaz tworzenia fundacji o celach zbieżnych z realizowanymi przez LOTy i ROTy. Nie byłyby one jednak organizacjami turystycznymi w rozumieniu art. 4 u.POT.

⁵ Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach (t. jedn. Dz. U. z 2001 r., Nr 79, poz. 855, cyt. dalej jako: u.stow.).

⁶ Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o Polskiej Organizacji Turystycznej, Sejm III kadencji. Druk sejmowy 2266.

⁷ Zob. M. Arczewska, P. Stec, *Możliwość uznania spółek prawa handlowego za organizacje pozarządowe w świetle przepisów prawa*, Trzeci Sektor 2005, nr 3, s. 90 i n.

⁸ Jedynie na marginesie należy zauważyć, że umowa spółki mogłaby niwelować tę niedogodność, choć w dosyć skomplikowany sposób. Wymagałoby to m. in. wprowadzenia w umowie spółki postanowienia, na mocy którego każdy wspólnik ma tylko jeden udział. Udziały te musiałyby być równe i niepodzielne. Jednocześnie umowa musiałaby przewidywać ograniczenia ich zbywalności. Nadto przy przyjmowaniu nowych członków konieczne byłoby każdorazowo podwyższenie kapitału zakładowego z wyłączeniem prawa pierwszeństwa wspólników dotychczasowych.

Wydaje się, że o korporacyjnym charakterze LOTów i ROTów przesądziła leżąca - jak wskazano wcześniej - u podstaw tej instytucji, idea stworzenia forum współpracy między samorządami a przedsiębiorcami. Stowarzyszenie, inaczej niż fundacja, wymaga aktywności ze strony członków. Może również w sposób dynamiczny kształtować swój skład. Tym samym przystępujące do stowarzyszenia podmioty mają świadomość realnego wpływu na kierunki i sposób jego działania. Nie jest to tak silnie widoczne w przypadku fundacji. Jest ona bowiem upodmiotowionym majątkiem, oderwanym od osób założycieli. Proces decyzyjny jest w ręku organów – zarządu i rady, których kształt i skład osobowy są „zafiksowane” w statucie. Fundacja działa dla destynatariuszy, którymi tu byłyby wskazane w statucie podmioty, nie dając im uprawnień władczych. Tymczasem stowarzyszenia działają tak dla swoich członków, jak i przy ich aktywnym udziale.

2. Charakter prawny LOT

Jak już wynika z tytułu niniejszego artykułu, lokalne i regionalne organizacje turystyczne są stowarzyszeniami szczególnego rodzaju. Mimo to na wstępie należy sobie postawić jednak inne pytanie – czy mamy tu naprawdę, zgodnie z intencją ustawodawcy, do czynienia ze stowarzyszeniami? Zdroworozsądkowa wykładnia sugerowałaby, że tak. Nie byłoby w ogóle potrzeby poruszać tej kwestii, gdyby nie to, że sądy rejestrowe nie zawsze kwalifikują interesujące nas podmioty jako stowarzyszenia. Oto bowiem w co najmniej trzech przypadkach LOTy zostały wpisane w Krajowym Rejestrze Sądowym jako „inne organizacje społeczne lub zawodowe”⁹, nadto statuty niektórych ROTów stwierdzają, że są one związkami stowarzyszeń, choć ewidentnie nimi nie są¹⁰. Sugeruje to wątpliwości co do stowarzyszeniowego charakteru rejestrowanych organizacji. Ich przyczyną może być nie najszcześliwiej sformułowany przepis, który stanowi, że „do organizacji stosuje się przepisy prawa o stowarzyszeniach”, a nie że LOTy i ROTy są stowarzyszeniami. Ta, wydawałoby się czysto semantyczna różnica może być źródłem nieporozumień. Dla przeciętnego przedsiębiorcy oczywistym jest, że skoro powołuje się nową organizację nazywaną LOT lub ROT, to jest to coś innego od ciał już istniejących¹¹.

Ocena charakteru prawnego omawianych organizacji nie jest jednak łatwa, także ze względu na niezbyt fortunne określenie przez ustawodawcę relacji między stowarzyszeniami szczególnego rodzaju, a stowarzyszeniami podlegającymi wyłącznie przepisom ustawy o stowarzyszeniach. Ten ostatni akt prawny znajduje zastosowanie do rozmaitych podmiotów, niekoniecznie będących stowarzyszeniami. Co więcej,

⁹ Jako inne organizacje społeczne lub zawodowe zarejestrowano: Lokalną Organizację Turystyczną Trzech Rzek (KRS 0000277741), Lokalną Organizację Turystyczną Zalewu Sulejowskiego i Okolic (KRS 0000285059) oraz Suwalską Organizację Turystyczną (KRS 0000256225).

¹⁰ Zob. § 1 statutu ZROT oraz § 1 statutu ROT-Świętokrzyskie. Zamieszczenie w statutach tych organizacji klauzuli, w myśl której są one związkami stowarzyszeń może być związane z tym, że powstały one przed wejściem w życie u.POT. W świetle przepisów poprzednio obowiązujących jedyną naturalną formą zrzeszenia podmiotów będących potencjalnymi członkami organizacji turystycznych był właśnie związek stowarzyszeń.

¹¹ Piszący te słowa został kiedyś zapytany na spotkaniu z przedsiębiorcami agroturystycznymi i udzielającymi im wsparcia menedżerami, czy lepiej ich interesom będzie służyć powołanie LOTu czy stowarzyszenia.

w doktrynie nie ma zgodności co do dopuszczalności potraktowania zrzeszeń powstałych w oparciu o przepisy szczególne jako stowarzyszeń.

W literaturze wyodrębnia się zazwyczaj obok stowarzyszeń rejestrowych i zwykłych, także stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego¹², co sugerowałoby przyznanie statusu stowarzyszenia tylko tym podmiotom. Inne organizacje społeczne podlegałyby przepisom ustawy o stowarzyszeniach tylko w ograniczonym zakresie. Podstawą normatywną takiego rozstrzygnięcia jest przepis art. 7 ust. 1 pkt 1 tej ustawy, w myśl którego przepisom ustawy nie podlegają organizacje społeczne działające na podstawie odrębnych ustaw lub umów międzynarodowych, których Rzeczpospolita Polska jest stroną. Jednakże do organizacji takich stosuje się przepisy ustawy o stowarzyszeniach w sprawach nie uregulowanych odrębnie (art. 7 ust. 2). Na tym tle pojawia się rozbieżność poglądów co do tego, jakie podmioty będą podlegały temu przepisowi. Według H. Izdebskiego nie są stowarzyszeniami „tradycyjnie” związki zawodowe, organizacje społeczno – zawodowe, Polski Czerwony Krzyż, Polski Związek Łowiecki, Związek Ochotniczych Straży Pożarnych, ochotnicze straże pożarne oraz stowarzyszenia kultury fizycznej¹³. Jednocześnie cytowany autor zalicza do stowarzyszeń, tyle że szczególnego rodzaju, wymienione wcześniej Polski Związek Łowiecki, Związek Ochotniczych Straży Pożarnych, ochotnicze straże pożarne, stowarzyszenia kultury fizycznej, a także organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, organizacje studenckie oraz stowarzyszenia tworzone przez kościoły i związki wyznaniowe¹⁴. Również zdaniem A. Kidyby podmioty, których istnienie znajduje umocowanie w innych niż prawo o stowarzyszeniach aktach prawnych nie będą stowarzyszeniami, zaś przepisy tej ustawy mogą być stosowane wobec nich, z mocy art. 7, jedynie posiłkowo¹⁵. Co ciekawe, nieco wbrew zajmowanemu przez siebie stanowisku, uznaje on bez zastrzeżeń stowarzyszenia komunalne za stowarzyszenia¹⁶. Tymczasem są one uregulowane w odrębnej ustawie, nadto przepisy ustawy o stowarzyszeniach stosuje się do nich nie wprost. Odmienne stanowisko zajmuje P. Sarnecki. Odróżnia on mianowicie zrzeszenia, których ustrój jest w całości lub w znacznej części uregulowany ustawą, jak np. PCK, czy organizacje samorządu przedsiębiorców oraz organizacje, do których stosuje się przepisy o stowarzyszeniach, posiadające jednak z mocy przepisu szczególnego dodatkowe uprawnienia lub obowiązki¹⁷. Autor ten zalicza do nich Polski Związek Łowiecki, ochotnicze straże pożarne, stowarzyszenia studenckie i uczniowskie, oraz kluby sportowe¹⁸. Jak zatem widać, kwalifikacja prawna organizacji turystycznych będzie zależeć od wykładni art. 7 ust. 1 prawa o stowarzyszeniach. Przedstawiony tu przegląd stanowisk nie ułatwia rozstrzygnięcia tej kwestii, zasadniczej jak wspominałem, dla postępo-

¹² Zob. A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach. Prawo o stowarzyszeniach*, Warszawa 1997, s. 63; tenże, *Prawo handlowe*, Warszawa 2001, s. 579.

¹³ H. Izdebski, *Fundacje i stowarzyszenia*, Warszawa 1998, s. 97.

¹⁴ H. Izdebski, *Fundacje...*, s. 106 i n.

¹⁵ A. Kidyba, *Ustawa...*, s. 62; cytowany autor przytacza te same przykłady podmiotów nie będących stowarzyszeniami co H. Izdebski.

¹⁶ A. Kidyba, *Ustawa...*, s. 63; tenże, *Prawo...*, s. 579.

¹⁷ P. Sarnecki, *Prawo o stowarzyszeniach. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 37-38.

¹⁸ P. Sarnecki, *Prawo...*, s. 38-39.

wania rejestrowego. Przyjęcie stanowiska A. Kidyby i H. Izdebskiego prowadziłyby do zakwalifikowania organizacji turystycznych jako innych organizacji społecznych, natomiast aprobata poglądu P. Sarneckiego pozwoliłaby na uznanie ich za stowarzyszenia. To ostatnie stanowisko należy zaaprobować, gdyż przemawiają za nim zarówno względy praktyczne, jak i wykładnia obowiązujących przepisów. Wymaga jednak ono uzasadnienia.

Ratio art. 7 ust. 1 pkt. 1 prawa o stowarzyszeniach było wyłączenie spod działania ustawy rozmaitych organizacji społecznych, których ustrój wynika z odrębnych przepisów rangi ustawowej. Jednocześnie dla uniknięcia ewentualnych luk w prawie do organizacji tych przepisy u.stow. stosuje się w kwestiach nieuregulowanych. Zdefiniowanie, czym jest organizacja społeczna działająca na podstawie odrębnych ustaw lub umów międzynarodowych nie jest, wbrew pozorom, zadaniem łatwym. W literaturze i orzecznictwie przyjmowano zazwyczaj, że organizacjami społecznymi są korporacje (zrzeszenia) osób, inne niż spółki prawa prywatnego, realizujące cele niegospodarcze¹⁹. Odmawiano natomiast tego przymiotu osobom prawnym typu zakładowego²⁰. Jednakże niedawne orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego przełamało tę zasadę, uznając, że także fundacje są organizacjami społecznymi²¹. Można zatem, z pewnym uproszczeniem, przyjąć na potrzeby dalszych rozważań, że organizacjami społecznymi będą osoby prawne, których działalność nie jest nastawiona na zysk i niebędące częścią administracji publicznej²². Podstawą działalności takiej organizacji winna być ustawa lub umowa międzynarodowa. Ta zasada wydaje się być przyczyną omówionej wyżej kontrowersji, bowiem ustawy stanowiące podstawę funkcjonowania organizacji społecznych z różną szczegółowością określają ich charakter prawny, a także relację do przepisów ustawy o stowarzyszeniach.

Generalnie, ustawodawca czyni to na pięć różnych sposobów. Po pierwsze, przez nazwanie danej organizacji w sposób odmienny (np. „zrzeszeniem”) i wprowadzenie jej definicji ustawowej, odbiegającej od zawartej w ustawie o stowarzyszeniach definicji stowarzyszenia. Towarzyszy temu nierzadko szczegółowe określenie ustroju takiego zrzeszenia. Wśród podmiotów tej grupy należy wymienić m.in. Polski Związek Działkowców²³, Polski Związek Łowiecki²⁴, izby gospodarcze²⁵, jak również

¹⁹ H. Izdebski, *Fundacje...*, s. 97.

²⁰ Uchwała 7 sędziów SN z 31 marca 1998, III ZP 44/97, OSNAPiUS 1998, nr 16, poz. 18; postanowienie NSA z 12 stycznia 1993 r., I SA 1762/92, ONSA 1993, nr 3, poz. 75.

²¹ Zob. uchwała 7 sędziów NSA z 12 grudnia 2005 r., II OPS 4/05, ONSAiWSA 2006, nr 2, poz. 37. Jedynie na marginesie należy zauważyć, że powstanie tu problem zakresu, w jakim przepisy prawa o stowarzyszeniach będą mogły być zastosowane do fundacji. Kwestia ta wykracza jednak poza ramy artykułu.

²² Zdaje sobie sprawę, że definicją tą objęte mogłyby być także niektóre niegospodarcze spółki kapitałowe. Niezależnie od oceny zasadności takiego rozwiązania, należy uznać je za dopuszczalne, podobnie jak uzyskiwanie przez takie spółki statusu organizacji pożytku publicznego. Zob. M. Arcewska, P. Stec, *Możliwości...*, s. 95.

²³ Zob. art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o rodzinnych ogrodach działkowych (Dz. U. Nr 169, poz. 1419 ze zm.).

²⁴ Zob. art. 32 ustawy z dnia 13 października 1995 r. prawo łowieckie (tj. Dz. U. z 2005 r., Nr 127, poz. 1066 ze zm., cyt. dalej jako: u.łow.).

²⁵ Zob. art. 2 ustawy z dnia 30 maja 1989 r. o izbach gospodarczych (Dz. U. Nr 35, poz. 195 ze zm.).

fundacje, choć ustawa o fundacjach²⁶ nie zawiera definicji tego podmiotu²⁷. Do wymienionych wyżej organizacji przepisy ustawy o stowarzyszeniach będą stosowane jedynie posiłkowo z mocy jej art. 7.

Drugą grupę stanowią podmioty, o których mowa w art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o stowarzyszeniach, czyli organizacje religijne. Ich przykładem są organizacje kościelne, o których mowa w art. 34 ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w RP²⁸. Niejasny jest natomiast status przewidzianych w art. 35 przywołanej ustawy organizacji katolickich, do których stosuje się wprost, a nie posiłkowo, przepisy prawa o stowarzyszeniach, choć jako organizacje religijne są one wyłączone spod jego działania. Można przyjąć, że chodzi tu o wyjątek od reguły z art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o stowarzyszeniach.

W trzeciej grupie znajdują się podmioty, które - choć ich funkcjonowanie określają w pewnym zakresie odrębne ustawy - pozostają stowarzyszeniami. Ustawodawca stosuje tu dość szczególny zabieg, stwierdzając, że podmioty te są stowarzyszeniami oraz, że stosuje się do nich przepisy u.stow. Przepisy szczególne stanowiące podstawę prawną ich funkcjonowania odmiennie niż u.stow. regulują niektóre kwestie, dotyczące celów, członkostwa czy nadzoru nad stowarzyszeniem. Niekiedy, jak np. w przypadku organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, wprowadza dodatkowe przepisy dotyczące realizacji celów stowarzyszenia czy wymóg zgody na jego funkcjonowanie²⁹. Do tej grupy należą, obok wymienionych już organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, także ochotnicze straże pożarne i ich związki³⁰ oraz kluby sportowe³¹ i ich związki³².

Moim zdaniem pomiędzy przepisami prawa o stowarzyszeniach a ustawami regulującymi funkcjonowanie tych stowarzyszeń istnieje relacja *lex generalis* – *lex specialis*. Odmienności, o których tu była mowa nie pozbawiają takich podmiotów charakteru prawnego stowarzyszeń. Stanowią one tylko wyjątki od ogólnej regulacji. Stowarzyszenia takie nie są natomiast „organizacjami społecznymi funkcjonującymi na podstawie odrębnych ustaw” w rozumieniu art. 7 ust. 2 prawa o stowarzyszeniach. Przeciwnie, są one stowarzyszeniami, funkcjonującymi w oparciu o przepisy prawa o stowarzyszeniach, ze zmianami wynikającymi z odrębnych ustaw. Nie ma więc potrzeby czynić z takich podmiotów, innych niż stowarzyszenia, organizacji społecz-

²⁶ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (t. jedn. Dz. U. z 1991, Nr 46 poz. 203 ze zm., cyt. dalej jako: u.fund.).

²⁷ Konsekwentnie należałoby uznać, choć byłoby to wnioskowanie sprowadzone *ad absurdum*, że ponieważ definicja fundacji jest nieuregulowana w u.fund. należałoby do niej stosować art. 2 u.stow. w zw. z art. 7 ust. 2 u.stow.

²⁸ Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w RP (Dz. U. Nr 29, poz. 154 ze zm.).

²⁹ Zob. art. 104 i n. ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t. jedn. Dz. U. z 2006 r. Nr 53, poz. 637).

³⁰ Zob. art. 19 ustawy z dnia 24 lipca 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej (t. jedn. Dz.U. z 2002 r., Nr 147, poz. 1229 ze zm.).

³¹ W myśl art. 6 ust. 2 w zw. z art. 7a ustawy z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej (t. jedn. Dz. U. z 2001, Nr 81, poz. 889), kluby sportowe mogą działać jako stowarzyszenia. Co do uczniowskich klubów sportowych zob. uwagi w dalszej części tekstu.

³² Zob. art. 8 u.k.f.

nych. Sytuacja tu jest podobna, jak w przypadku spółek Skarbu Państwa, czy tzw. spółek celowych funkcjonujących w oparciu o przepisy k.s.h. oraz ustaw odrębnych, którym nikt przecież nie odmawia statusu spółek prawa handlowego.

Czwartą grupę podmiotów, do których stosuje się przepisy prawa o stowarzyszeniach stanowią stowarzyszenia komunalne – gmin, powiatów, województw. Kryteria ich wyodrębnienia są dość szczególne. Otóż podstawą działania tych stowarzyszeń są przepisy art. 84 u.s.g.³³ art. 75 u.pow.³⁴, art. 8b u.woj.³⁵. Dopuszczyły one tworzenie stowarzyszeń zrzeszających jednostki samorządu terytorialnego tego samego lub różnego szczebla, ograniczając jednak ich działalność do promocji idei samorządności³⁶. Nadto przepisy ustawy o stowarzyszeniach stosuje się do takich „stowarzyszeń” odpowiednio, a nie wprost. Umożliwia to stosowanie przepisów u.stow. z uwzględnieniem specyfiki jednostek samorządu terytorialnego³⁷. Zastosowanie takiego zabiegu legislacyjnego sprawia, że stowarzyszenia komunalne nie są ani stowarzyszeniami *sensu proprio*, ze względu na obowiązek odpowiedniego stosowania u.stow, ani organizacjami społecznymi, do których stosuje się art. 7 u.stow.

Piąta i ostatnia grupa to organizacje, których istnienie przewidują rozmaite ustawy, i do których z mocy przepisów szczególnych stosuje się przepisy u.stow. W przeciwieństwie do osób prawnych należących do poprzednio wymienionych grup, ustawa nie daje innej wskazówki, co do tego, czy są one stowarzyszeniami. W szczególności, żaden przepis nie wskazuje, że X jest stowarzyszeniem. Do tej grupy należą między innymi regionalne i lokalne organizacje turystyczne, a także uczniowskie kluby sportowe (art. 7 u.k.f.) i organizacje katolickie (art. 35 ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w RP).

Również w przypadku tych podmiotów zasadne wydaje się traktowanie ich jako stowarzyszeń, a nie innych organizacji społecznych. Nie przeszkadza temu brak przepisu potwierdzającego ich status. Podobnie jak w przypadku organizacji zbiorowego zarządzania czy ochotniczych straży pożarnych, mamy tu podmiot mający wszystkie cechy stowarzyszenia w rozumieniu u.stow. z odrębnościami wynikającymi z konkretnej ustawy. Trudno bowiem przyjąć, że dopuszczenie członkostwa osób prawnych w szerszym zakresie niż przewidziano w u.stow, poddanie ROTów i LOTów nadzorowi innego organu czy wskazanie zadań ustawowych powodowało powstanie jakościowo nowego podmiotu, nie będącego stowarzyszeniem, a tylko inną organizacją społeczną. Zatem zwrot „do X stosuje się przepisy o stowarzyszeniach” będzie równoznaczny z „X jest stowarzyszeniem”. Organizacje turystyczne są tym samym stowarzyszeniami *tout court*, a ich rejestrację jako innych organizacji należy uznać za błędną.

³³ Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t. jedn. Dz. U. Nr 142, poz. 1591 ze zm.).

³⁴ Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. Nr. 142, poz. 1592 ze zm.).

³⁵ Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. Nr 142, poz. 1590 ze zm.).

³⁶ Z. Leoński, *Prawo samorządu terytorialnego*, Warszawa 2001, s. 163-164.

³⁷ Odmienne A. Kidyba, *Prawo...*, s. 581, zdaniem którego większość przepisów u.stow będzie stosowana nie odpowiednio, a wprost.

3. Działalność organizacji turystycznych

Jedną z cech charakterystycznych organizacji turystycznych jest określenie ustawowe ich zadań w sposób ograniczający jak można mniemać, wyrażoną w art. 2 u.stow. zasadę samorządności stowarzyszenia. Otóż w myśl art. 4 ust. 3 u.POT, do zadań organizacji turystycznych należy promocja turystyczna obszaru ich działania, wspomaganie rozwoju i funkcjonowania informacji turystycznej, inicjowanie, opiniowanie i wspieranie planów rozwoju i modernizacji infrastruktury turystycznej oraz *last but not least* współpraca z POT. Należy zauważyć, że ustawa nie różnicuje zadań lokalnych i regionalnych organizacji turystycznych, poza ograniczeniem promocji turystycznej do obszaru ich działania. Oznacza to, że zadaniem LOTu będzie zasadniczo promocja gmin lub powiatów, zaś ROTy miałyby promować województwa. Nie wyklucza to moim zdaniem promowania przez ROTy turystyki w poszczególnych gminach czy powiatach, ani tego, że LOT będzie skutecznie promował województwo.

Katalog zadań organizacji turystycznych jest katalogiem zamkniętym, co mogłoby skłaniać do uznania, że statut stowarzyszenia nie może wykraczać poza wskazany w ustawie zakres zadań. Jednakże przegląd statutów ROTów prowadzi do wniosku, że tak w praktyce nie jest. Nadto u.POT posługuje się nieznanym u.stow pojęciem „zadania stowarzyszenia”. Na gruncie obowiązujących przepisów ustalenie, czy chodzi tu o to samo, co „cele stowarzyszenia” napotyka na znaczne trudności. Komentowana ustawa posługuje się również pojęciem celów stowarzyszenia (art. 4 ust. 2 pkt. 3 u.POT). Po drugie, pod pojęciem zadań rozumie się w języku polskim „to, co należy wykonać”, natomiast cel to „to, do czego się dąży” lub „to, co ma czemuś służyć³⁸”. Komentowany przepis można by więc rozumieć tak, że zadania są narzucone organizacjom turystycznym, a poza tym mogą one realizować dowolnie obrane cele, nawet nie związane z turystyką. Klóciłoby się to jednak z intencją ustawodawcy stworzenia stowarzyszeń o szczególnym, skonkretyzowanym obszarze działania. Odpowiedzi na postawione tu pytanie nie ułatwia ustawodawca, który także w innych aktach prawnych nader swobodnie posługuje się pojęciem „zadanie stowarzyszenia”. Przykładowo, zgodnie z art. 9 ustawy o kulturze fizycznej zadania związków sportowych, będących z mocy art. 8 ust. 2 tej ustawy stowarzyszeniami lub związkami stowarzyszeń, określone są w ich statutach i regulaminach. W art. 18e tej samej ustawy mowa o „stowarzyszeniach realizujących zadania statutowe”, co sugerowałoby, że chodzi tu w istocie o cele stowarzyszenia. Podobnie art. 34 ustawy łowieckiej określa zadania Polskiego Związku Łowieckiego. Nie jest on wprawdzie stowarzyszeniem, ale zadania, o których mowa w tym artykule, są w istocie celami zrzeszenia. Tę samą metodę zastosowano w art. 19 ust. 2 ustawy o ochronie przeciwpożarowej, w myśl której szczegółowe zadania Ochotniczych Straży Pożarnych i związku straży określa ich statut. Również badane statuty ROTów nie rozróżniają celów i zadań. Niektóre z nich wymieniają klasycznie cele stowarzyszenia, inne, jak np. statut Śląskiej Organizacji Turystycznej te same czynności określają zamiennie jako zadania lub cele. W innych statutach, np. ZROT i WROT, osobno wypunktowa-

³⁸ Definicje według *Uniwersalnego Słownika Języka Polskiego PWN*, wersja online - www.sjp.pwn.pl.

no cele i zadania organizacji. Wobec niekonsekwencji ustawodawcy wypada chyba jednak przyjąć, że w u.POT pojęcia celów i zadań stowarzyszenia używane są zamiennie. Pozostaje jednak otwartym pytanie, czy organizacja turystyczna może mieć inne cele statutowe, niż wynikające z art. 4 ust. 3 u.POT. Wydaje się, że jednak nie. Katalog zadań organizacji turystycznej jest katalogiem zamkniętym i nie może być rozszerzony. Statut stowarzyszenia może jednak je konkretyzować, jak również wskazywać sposoby ich realizacji. Większość badanych ROTów tak właśnie ukształtowała swoje statuty. Co jednak się stanie, jeśli w statucie zostaną umieszczone inne cele, nie związane bezpośrednio z turystyką? Przykładowo – wspieranie działań zmierzających do wyrównania szans edukacyjnych młodzieży (§ 5 ust. 1 pkt 7 ROT-Świętokrzyskie), podejmowanie działań mających na celu aktywne przeciwdziałanie bezrobociu (§ 8 pkt 9 PROT), działalność na rzecz integracji europejskiej i rozwoju gospodarczego (§ 6 pkt 11 i 14 ZROT). Jak się przyjmuje w literaturze, sąd w zasadzie nie może ingerować w treść statutu, może natomiast odmówić rejestracji stowarzyszenia, którego statut jest sprzeczny z prawem.

Jeżeli jednak statut stowarzyszenia szczególnego „określa (...) cele i zadania w sposób wykraczający poza cele i zadania stowarzyszenia (...) wynikające z ustawy (...) [szczególnej – P.S.], podlega rejestracji według zasad określonych w ustawie z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach³⁹. Tym samym stowarzyszenie takie przestawałoby być regionalną lub lokalną organizacją turystyczną w rozumieniu u.POT, stając się „zwyczajnym” stowarzyszeniem zarejestrowanym. Konsekwencją tego musiałaby być utrata możliwości zrzeszania osób prawnych, w tym jednostek samorządu terytorialnego, jako członków zwyczajnych. Sam zaś statut wymagałby dostosowania do przepisów u.stow. przez wyłączenie dopuszczalności przyjmowania osób prawnych w poczet członków zwyczajnych. Sądy rejestrowe nie podzielają jednak poglądu Sądu Najwyższego w tym zakresie, względnie dopatrzyły się w wymienionych wyżej celach szeroko pojętej promocji turystyki, o czym świadczy nie zakwestionowanie ich statutów w analizowanym tu brzmieniu. Wydaje się jednak, że dopuszczenie pełnej swobody kształtowania celów organizacji turystycznych prowadziło do zatarcia się różnic pomiędzy nimi a innymi stowarzyszeniami. Mogłoby to także prowadzić do obejścia zakazu tworzenia stowarzyszeń osób prawnych i mieszanych. Wystarczyłoby bowiem umieszczenie wśród celów dowolnego stowarzyszenia „zadań” z art. 4 ust. 3 u.POT, by mogło ono, jako – formalnie – organizacja turystyczna zrzeszać osoby prawne.

Ustawowe określenie zadań organizacji turystycznych prowadzi do kolejnego problemu, mianowicie może tu się pojawić wątpliwość, czy art. 4 u.POT ustanawia monopol organizacji turystycznych na prowadzenie wymienionej w nim działalności. Wydaje się, że nie, a przynajmniej nie w pełni. Oczywiście, ustawodawca władny jest przyznać monopol na realizację pewnych celów jednemu zrzeszeniu osób i niekiedy tak czyni. Nie szukając daleko, można by tu wskazać monopol Polskiego Związku Działkowców, czy związków sportowych. Jeżeli jednak przepis szczególnie nie zastrzega, że tylko stowarzyszenie szczególne może realizować pewne cele, moż-

³⁹ Orzeczenie SN z 23 lutego 1990, I PR 446/89, OSNC 1991, nr 7, poz. 96, aprobująco P. Sarnacki, *Prawo...*, s. 39.

liwa jest konkurencja w tym zakresie⁴⁰. Oznacza to, że np. promocją turystyki czy rozwojem informacji turystycznej mogą się zajmować także inne stowarzyszenia, a nawet podmioty nie będące stowarzyszeniami.

Jeśli chodzi o przestrzenny zasięg działalności organizacji turystycznych, to u.POT traktuje go jako istotny element pozwalający odróżnić regionalne i lokalne organizacje turystyczne. W myśl art. 3 ust. 1 pkt 5 u.POT ROTy obejmują swoim zakresem działania obszar jednego lub więcej województw, zaś LOTy obszar jednej lub więcej jednostek samorządu lokalnego. Przepis ten, pomimo pozornej jasności, nastrocza pewnych wątpliwości interpretacyjnych. Pierwsza z nich dotyczy użycia zwrotu „jednostka samorządu lokalnego”. Jest to nawiązanie do pierwotnego brzmienia projektu u.POT, w którym także użyto tego terminu. Zrezygnowano zeń, m. in. ze względu na negatywną opinię Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, w której stwierdzono, że pojęcie to jest w zasadzie puste, gdyż art. 164 Konstytucji RP posługuje się wprawdzie pojęciem „inne jednostki samorządu lokalnego lub regionalnego”, nie występuje jednak ono w ustawach zwykłych⁴¹. Nie jest to jednak argument w pełni trafny, gdyż np. art. 1 u.pow. określa powiat jako lokalną wspólnotę samorządową oraz odpowiednie terytorium. Jeżeli jednak wyklądać definicję LOTu literalnie, należałoby przyjąć, że obszar jego działania obejmuje co najmniej jedną lokalną wspólnotę samorządową, czyli powiat. Nie można by było wtedy powoływać LOTów działających na terenie jednej gminy. Tymczasem istnieją LOTy zorientowane na działalność na rzecz jednej lub kilku gmin⁴². Właściwszym zatem byłoby zdefiniowanie obszaru działalności LOTu jako co najmniej jednego powiatu lub gminy. Należy zauważyć, że przepis ten nie może być interpretowany jako zawężający teren działania LOTów do jednego województwa. Należy więc dopuścić tworzenie LOTów obejmujących swoim działaniem gminy lub powiaty należące do różnych województw. Rozwiązanie takie miałoby sens np. w przypadku gmin uzdrowiskowych lub mających podobne atrakcje turystyczne⁴³. Nie jest także jasne, co miał na myśli ustawodawca posługując się zwrotem „zakres działania”. Już na wstępie możemy wykluczyć założenie, że chodzi tu o kolejny synonim celów stowarzyszenia, gdyż owym zakresem ma być objęty obszar jednego lub więcej województw lub jednej lub więcej jednostek samorządu lokalnego. Wyraźnie chodzi więc tu o przestrzenny zakres działalności stowarzyszenia. Widać tu kolejną niespójność z przepisami u.stow., gdyż w myśl art. 10 ust. 1 pkt. 2 u.stow. statut stowarzyszenia określa jego teren działania. Wypada przyjąć, że ustawodawca pisząc o „zakresie działania obejmującym obszar” miał na myśli właśnie teren działania. Oznaczałoby to, że o tym, czy mamy do czynienia z LOTem czy ROTem, decydowałyby postanowienia statutu odnoszące się do terenu działania. Jeżeli spojrzymy w statuty ROTów, zobaczymy, że dla wszystkich z nich terenem działania jest terytorium Rzeczypospolitej

⁴⁰ Postanowienie SA w Krakowie z 13 czerwca 1991 r., I ACr 100/91, PS 1993, nr 11. Aprobująco – P. Sarnecki, *Prawo...*, s. 14.

⁴¹ Stanowisko Rządu wobec poselskiego projektu ustawy o Polskiej Organizacji Turystycznej, sejm III Kadencji, Druk nr 841-x.

⁴² Przykładem może być LOT Bełchatów (www.lotbelchatow.pl) promująca wyłącznie tę gminę.

⁴³ Przykładowo można sobie wyobrazić (nieistniejącą) Organizację Turystyczną Szlaku Husarii Polskiej.

Polskiej, a niekiedy zagranicą. Ten sam mechanizm można zaobserwować w przypadku LOTów. Zabieg ten jest formalnie poprawny, gdyż organizacja taka obejmuje swoim „zakresem działania” obszar kilkunastu województw lub kilkuset powiatów. Prowadzi to jednak do wypaczenia idei organizacji turystycznych jako działających na rzecz ściśle określonego terytorium. Z praktycznego punktu widzenia ów mankament redakcyjny nie ma jednak większego znaczenia ze względu na to, że - jak już wspomniano - u.POT nie różnicuje w zasadzie kompetencji regionalnych i lokalnych organizacji turystycznych.

Ostatnia kwestia, którą chciałbym poruszyć w tej części artykułu, dotyczy działalności gospodarczej ROTów i LOTów. Stowarzyszenia jak wiadomo są zrzeszeniami o celach niezarobkowych, co wynika wprost z art. 2 ust. 1 u.stow. Nie oznacza to, że nie mogą one w ogóle prowadzić działalności gospodarczej. Przeciwnie, w myśl art. 34 u.stow. stowarzyszenie może prowadzić działalność gospodarczą „według ogólnych zasad określonych w odrębnych przepisach”. Jednocześnie dochód z niej może być przeznaczony tylko na realizację celów statutowych. Oznacza to, że stowarzyszenie prowadzące działalność gospodarczą jest klasycznym przedsiębiorcą *not-for-profit*. Prowadzenie działalności gospodarczej na zasadach ogólnych oznacza tu tyle, że stowarzyszenie podlega tym samym przepisom, co pozostali przedsiębiorcy, zwłaszcza ci, dla których osiągnięcie zysku stanowi zasadniczy motyw działania⁴⁴. W literaturze podkreśla się, że stowarzyszenia nie są ograniczone ani co do celów, ani co do rozmiaru prowadzonej działalności, mogą ją zatem prowadzić w nieograniczonych rozmiarach⁴⁵. W przypadku organizacji turystycznych ustawodawca zdecydował się na rozwiązanie odrębne, zbliżone do przyjętego w ustawie o fundacjach. Otóż w myśl art. 4 ust. 2 pkt. 3 u.POT organizacje turystyczne mogą prowadzić działalność w rozmiarach służących do realizacji ich celów i w przedmiocie określonym w ich statutach. Różnica w stosunku do pozostałych stowarzyszeń przejawia się przede wszystkim w ograniczeniu rozmiaru prowadzonej działalności. Nie ulega wątpliwości, że działalność gospodarcza każdego stowarzyszenia winna mieć charakter uboczny. Jednakże ocena, czy organizacja turystyczna prowadzi działalność w rozmiarze niezbędnym do realizacji jej celów, jest w praktyce niemożliwa, między innymi ze względu na brak ustawowych kryteriów oceny⁴⁶. Można natomiast przyjąć, podobnie jak w przypadku fundacji, że sama działalność ma mieć na celu realizację celów statutowych (zadań) ROTów i LOTów i pozostawać w związku z nimi⁴⁷. Przykładowo, taką działalnością mogłoby być wydawanie książek poświęconych regionowi czy opracowywanie materiałów promocyjnych, stron WWW czy analiz dla przedsiębiorców turystycznych. Przedmioty działalności ROTów na ogół mieszczą się w tym zakresie, wykazują przy tym daleko idące podobieństwo. Najczęściej pojawia się w nich działalność wydawnicza, prowadzenie działalności naukowo – badawczej w dziedzinie nauk o ziemi, działalność biur podróży, działalność biur turystycznych, kształcenie i pozostała działalność komercyjna, związaną ze sportem i rekreacją. Statuty niektórych badanych ROTów nie zawierają przepisów dotyczą-

⁴⁴ P. Sarnecki, *Prawo...*, s. 75.

⁴⁵ A. Kidyba, *Prawo...*, s. 588.

⁴⁶ A. Kidyba, *Prawo...*, s. 588.

⁴⁷ H. Cioch, *Fundacje w ujęciu prawa polskiego*, Lublin 1995, s. 44.

cych prowadzenia działalności gospodarczej lub ich treść nie odpowiada wymogom ustawowym. Przykładowo, w myśl § 9 II statutu OROT organizacja ta „może prowadzić działalność gospodarczą w zakresie statutu” zaś jej majątek powstaje m.in. „z działalności gospodarczej w rozmiarach służących realizacji celów statutowych” (§ 34 OROT). Podobną technikę przyjęto w statucie ROT Województwa Świętokrzyskiego, który zawiera w § 17 tylko stwierdzenie, że przychodami stowarzyszenia są dochody z działalności gospodarczej. Powstaje tu podobny problem, jak przy określaniu celów stowarzyszenia. Mianowicie postanowienia te nie określają wprawdzie w sposób wymagany przez art. 4 ust. 2 pkt. 3 u.POT przedmiotu działalności organizacji turystycznej, ich treść jest jednak wystarczająca z punktu widzenia u.stow. Przy ścisłej wykładni art. 4 ust. 2 pkt 3 u.POT musielibyśmy przyjąć, że nie są to organizacje turystyczne, albo że nie mogą one prowadzić działalności gospodarczej.

Z prowadzeniem działalności gospodarczej przez organizacje turystyczne łączy się jeszcze jedna kwestia. W przypadku, gdy ich członkami są jednostki samorządu terytorialnego - co jest przecież regułą - pojawia się problem relacji między art. 4 ust. 2 pkt. 3 u.POT, a przepisami ograniczającymi działalność gospodarczą samorządu. Nie mogą one zasadniczo prowadzić działalności gospodarczej wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej (np. 6 ust. 2 u.pow., art. 13 u.woj.). Wypada przyjąć, że przepisy u.POT stanowią *lex specialis* do wymienionych tu ustaw, a zatem uczestnictwo jednostki samorządu terytorialnego w prowadzącej działalność gospodarczą organizacji turystycznej należy uznać za w pełni dopuszczalne, niezależnie od jej przedmiotu i zakresu. Podobny problem pojawił się w odniesieniu do stowarzyszeń komunalnych⁴⁸, jednakże odpowiednie, a nie wprost stosowanie u.stow. pozwala przyjąć, że art. 34 u.stow. nie znajdzie do nich zastosowania. Natomiast w przypadku organizacji turystycznych ustawodawca wyraźnie dopuścił możliwość prowadzenia przez nie działalności gospodarczej, niezależnie od ich struktury członkowskiej.

Uczestnictwo w organizacjach turystycznych jednostek samorządu terytorialnego ma jeszcze jeden skutek uboczny, nie przewidziany - jak można mniemać - przez ustawodawcę. Mianowicie, stowarzyszenia są zazwyczaj traktowane jako organizacje trzeciego sektora, nie będące ani częścią sektora biznesu, ani rządowego. Jak już wspomniano, lokalne i regionalne organizacje turystyczne burzą nieco ten podział. Tymczasem wiele ustaw przyznaje stowarzyszeniom, jako uczestnikom społeczeństwa obywatelskiego, pewne uprawnienia, jeśli chodzi o działalność w sferze publicznej. Najbardziej istotne ze względu na omawianą problematykę przewidziane są w przepisach o referendach oraz w ordynacjach wyborczych. Mianowicie, w myśl art. 48 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 13 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym⁴⁹ do udziału w kampanii referendalnej uprawnione są stowarzyszenia, których obszar działania obejmuje całe terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a przedmiot działalności statutowej jest związany z tematem referendum. Podobne uprawnienie przewi-

⁴⁸ A. Kidyba, *Prawo...*, s. 581.

⁴⁹ Ustawa z dnia 13 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym (Dz. U. Nr 57, poz. 507 ze zm.).

dziano w art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym⁵⁰. Prawo zainicjowania go przysługuje organizacjom społecznym wyposażonym w osobowość prawną, której statutowym terenem działania jest obszar co najmniej jednej jednostki samorządu terytorialnego, w tym oczywiście LOTom i ROTom. Jeśli chodzi o uczestnictwo w procesie wyborczym, to jest ono możliwe - na mocy art. 64a ustawy z dnia 16 lipca 1998 r. ordynacja wyborcza do rad gmin rad powiatów i sejmików województw⁵¹ stowarzyszeniom przysługuje prawo tworzenia komitetów wyborczych. Trzeba też pamiętać, że na mocy art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 2002 r. o bezpośrednim wyborze wójta, burmistrza i prezydenta miasta stowarzyszenia mogą zgłaszać kandydatów na wójtów.

Udział organizacji turystycznych w referendach ogólnopolskich ma mniejsze znaczenie, choćby ze względu na wątpliwości związane z możliwością ich działalności na terenie całego kraju. Natomiast LOTy i ROTy z pewnością mogą inicjować referenda lokalne. Nic też nie stoi na przeszkodzie powoływaniu przez nie komitetów wyborczych. Dopuszczalność prowadzenia takiej działalności budzi jednak istotne wątpliwości, ze względu na uczestnictwo w organizacjach turystycznych jednostek samorządu terytorialnego. Możliwa do wyobrażenia jest przecież sytuacja, w której będą one działały aktywnie na rzecz konkretnych kandydatów w wyborach samorządowych lub inicjowały odwołanie zrzeszonych w nich władz gmin czy powiatów. W ten sposób jednostki samorządu terytorialnego mogłyby uzyskać pośredni wpływ na wybór i funkcjonowanie własnych organów. Mogłoby to prowadzić do prób politycznego wykorzystania LOTów i ROTów. Równie dobrze można by dopuścić uczestnictwo jednostek samorządu terytorialnego w partiach politycznych. Należy zauważyć, że z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przypadku innych osób prawnych⁵², zaś ewentualne uczestnictwo organizacji turystycznych w rozumieniu art. 4 ust. 1 u.POT w życiu politycznym kłóciłoby się z ich funkcjonowaniem jako miejsca dialogu pomiędzy władzą publiczną, przedsiębiorcami a organizacjami pozarządowymi i obywatelami zainteresowanymi problemami turystyki.

4. Członkostwo w organizacji turystycznej

W myśl art. 1 ust. 1 u.stow., powołując stowarzyszenie obywatele polscy realizują swoje prawo zrzeszania się. Jak się wydaje, ustawodawca rozumie to prawo dość wąsko, jako przysługujące wyłącznie osobom fizycznym i to mającym obywatelstwo polskie. Stąd względne ograniczenia w zakresie tworzenia stowarzyszeń i udzielania się w nich przez cudzoziemców i osoby prawne. Pomijając zasadność ograniczeń dotyczących podmiotów pierwszej grupy, skupię się na ograniczeniach dotyczących udziału w stowarzyszeniach osób prawnych, gdyż są one istotne dla omawianej problematyki. Problem względnej dyskryminacji cudzoziemców w tym zakresie, choć niewątpliwie interesujący, wykracza bowiem poza zakres niniejszego tekstu.

⁵⁰ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym (Dz. U. z 2000 r., Nr 88, poz. 985 ze zm.).

⁵¹ Ustawa z dnia 16 lipca 1998 r. ordynacja wyborcza do rad gmin rad powiatów i sejmików województw (Dz. U. Nr 159, poz. 1549 ze zm.).

⁵² Pewne podobieństwo wykazywałyby powiązane kapitałowo spółki, paralela ta wydaje się jednak nazbyt odległa.

Zgodnie z art. 10 ust. 3 u.stow. osoba prawna, a na mocy art. 33¹ § 1 k.c. także ułomna osoba prawna, nie może być członkiem zwyczajnym stowarzyszenia, może natomiast być jego członkiem wspierającym. Jednakże u.stow. jest w tym zakresie niekonsekwentna, przewiduje bowiem szczególne zrzeszenia osób prawnych, jakimi są związki stowarzyszeń. Wbrew nazwie ich członkami mogą być nie tylko stowarzyszenia, co byłoby logiczną konsekwencją wąskiego rozumienia prawa koalicji, ale także inne osoby prawne, choć tylko o celach niezarobkowych. Osoby prawne prowadzące działalność nastawioną na zysk mogą być tylko członkami wspierającymi (art. 22 u.stow.). Niedopuszczalne są też co do zasady stowarzyszenia mieszane, których członkami są osoby fizyczne i prawne⁵³. Jednocześnie prawo polskie nie przewiduje w zasadzie żadnej alternatywnej formy niegospodarczych zrzeszeń osób prawnych.

Nie mogą więc dziwić dokonywane przez doktrynę i orzecznictwo próby poszerzenia zakresu uczestnictwa osób prawnych w stowarzyszeniach. Jakiś czas temu orzecznictwo wypowiedziało się za dopuszczalnością udziału osób prawnych w komitecie założycielskim stowarzyszenia⁵⁴, natomiast w literaturze zaproponowano tworzenie stowarzyszeń mieszanych, zrzeszających osoby fizyczne i prawne, w których te ostatnie byłyby wprawdzie członkami wspierającymi, lecz o identycznych prawach jak członkowie zwyczajni⁵⁵. Istnieje jednak wątpliwość, co do dopuszczalności takiej praktyki jako zmierzającej do obejścia prawa przez zrównanie, wbrew intencjom ustawodawcy, członków różnej kategorii⁵⁶.

Idea regionalnych i lokalnych organizacji turystycznych grupujących podmioty działające na rzecz turystyki nie mogłaby być zrealizowana w ramach stowarzyszeń działających na opisanych tu zasadach. Stąd też w art. 4 ust. 2 pkt 1 u.POT rozszerzono listę podmiotów mogących zrzeszać się w organizacjach turystycznych o osoby prawne, w szczególności jednostki samorządu terytorialnego, organizacje zrzeszające przedsiębiorców z dziedziny turystyki, w tym samorządu gospodarczego i zawodowego, a także stowarzyszenia działające w tym obszarze. Lista ta jest z istoty swojej otwarta, co umożliwi członkostwo np. fundacjom czy spółkom prawa handlowego. Należy zauważyć, że inaczej niż przy związkach stowarzyszeń, u.POT nie wymaga, by członkowie LOT i ROT byli osobami prawnymi o celach niegospodarczych. W stowarzyszeniu takim na równych prawach będą mogli więc uczestniczyć przedsiębiorcy i to niezależnie od formy organizacyjnoprawnej w jakiej działają. Nadto należy zauważyć, że organizacje turystyczne są stowarzyszeniami o charakterze mieszanym. Na tle omawianych przepisów pojawiają się pewne wątpliwości natury praktycznej.

Niewątpliwie organizacja turystyczna może funkcjonować prawidłowo tylko wtedy, jeśli zrzesza ona członków reprezentujących różne sektory – samorząd, przedsiębiorców i organizacje społeczne. Jednakże żaden przepis nie reguluje tej kwestii ani na etapie tworzenia, ani późniejszej działalności tych stowarzyszeń. Jedyne Śląska Organizacja Turystyczna wydaje się reprezentować inne stanowisko. W materiałach

⁵³ P. Sarnecki, *Prawo...*, s. 22.

⁵⁴ Postanowienie SA w Warszawie z 5 maja 1994 r. I ACr 280/94, PS 1996, nr 2 (wkładka).

⁵⁵ A. Kidyba, *Prawo...*, s. 582; tenże, *Ustawa...*, s. 75 i n.

⁵⁶ H. Izdebski, *Fundacje...*, s. 99.

informacyjnych dla organizatorów ROTów można znaleźć informację, że do ich powstania niezbędne jest przystąpienie do stowarzyszenia marszałka województwa (sic!) jednostek samorządu terytorialnego, gospodarczego i lokalnej branży turystycznej. Dodatkowym wymogiem miałyby być podpisanie umowy o współpracy z POT. Niespełnienie któregokolwiek z tych kryteriów miałyby skutkować odmową uznania stowarzyszenia za ROT⁵⁷.

Konsekwencją takiego, należy powtórzyć - nie mającego oparcia w obowiązujących przepisach - stanowiska, są odpowiednie postanowienia statutów organizacji, do których odniosę się w dalszych uwagach. Tymczasem należy stwierdzić, że nadanie statusu organizacji turystycznej uzależnione jest tylko od treści statutu, zaś członkostwo w niej rozmaitych podmiotów jest możliwe, a nie konieczne. Tym samym mogłyby powstać ROTy i LOTy nie zrzeszające jednostek samorządu terytorialnego czy stowarzyszeń. Teoretycznie można sobie wyobrazić organizację turystyczną zrzeszającą wyłącznie jednostki samorządu terytorialnego, choć można się zastanawiać, czy byłaby ona dopuszczalna w świetle przepisów o stowarzyszeniach komunalnych.

Tradycyjnie statuty stowarzyszeń dzielą członków na zwyczajnych, wspierających i honorowych. Podział ten jest obecny także w statutach ROTów. Członkami zwyczajnymi mogą być osoby fizyczne korzystające z pełni praw publicznych i osoby prawne (zob. np. § 7 pkt 1 ROT-Świętorzyskie, § 10 LOT-Lubuskie), inne wprowadzają dodatkowe kryteria kwalifikacyjne, jak np. „posiadanie w zakresie działania problematyki turystycznej” (§ 11 ust. 1 WOT-Wielkopolska, § 12 PROT i § 12 ust. 1 OROT) lub działalność na rzecz rozwoju turystyki przyjazdowej określonego regionu (§ 8 ust. 2 DOT). Jeśli chodzi o ograniczenia podmiotowe członkostwa w ROT, to postanowienia badanych statutów znacznie rzadziej zawierają postanowienia w tym przedmiocie. Ograniczenie takie znajduje się w statucie Dolnośląskiej Organizacji Turystycznej, której członkami mogą być „osoby prawne i podmioty gospodarcze” (§ 8 ust. 2 DOT). Natomiast członkami Organizacji Turystycznej Województwa Łódzkiego mogą być wyłącznie osoby prawne (§ 9 ust. 1 ROTWL). Większość statutów traktuje też jednostki samorządu terytorialnego jako inne niż osoby prawne podmioty prawa cywilnego, wymieniając wśród potencjalnych członków organizacji turystycznej „Województwo X, powiaty, gminy, stowarzyszenia i osoby prawne”. To uchybienie redakcyjne nie wpływa oczywiście na funkcjonowanie stowarzyszenia, nie ogranicza też prawa uczestniczenia w nim potencjalnych członków.

Członkami wspierającymi organizacji turystycznych mogą zostać osoby akceptujące cele stowarzyszenia, przy czym statuty często uzależniają uzyskanie członkostwa od rzeczywistego wsparcia stowarzyszenia, najczęściej przez dokonanie stosownej wpłaty. Natomiast członkostwo honorowe nadawane jest przez stowarzyszenie osobom szczególnie zasłużonym dla jego działalności. W tym zakresie statuty ROTów nie odbiegają od normy.

Uczestnictwo osób prawnych w korporacjach co do zasady nie nastęrcza problemów natury prawnej, co więcej, można je uznać za normę. Osoby prawne są przecież udziałowcami spółek kapitałowych, spółdzielni i izb gospodarczych, a także, czy

⁵⁷ Jak tworzyć ROTy i LOTy, informacja niesygnowana na stronie http://www.silesiasot.pl/strona.php?grupa=9&art=1128691051&dzi=1127825319&kat=0_04_01&katrodzic=0_04&mjc=1.

raczej przede wszystkim, związków stowarzyszeń. Jednakże u.stow. wymaga od członków stowarzyszenia osobistej działalności, która - przynajmniej w potocznym rozumieniu - jest nie do pogodzenia z naturą osoby prawnej. Nadto w organach zarządzających i kontrolnych organizacji turystycznych zasiadać winny osoby fizyczne. Powierzenie funkcji organu osoby prawnej innej osobie prawnej nie jest bowiem zasadniczo dopuszczalne w naszym prawie⁵⁸. Statuty badanych ROTów albo nie zawierają postanowień w tej kwestii, jak np. statut Lubuskiej Regionalnej Organizacji Turystycznej, albo zawierają postanowienie, na mocy którego za członków organizacji będących osobami prawnymi działają ich przedstawiciele. Oznacza to w praktyce nałożenie na nie statutowego obowiązku ustanowienia pełnomocnika. Najdalej idące rozwiązanie zawiera statut Śląskiej Organizacji Turystycznej, w myśl którego wszyscy jej członkowie działają przez swoich przedstawicieli (§ 8 ust. 4 SOT).

Poważne wątpliwości budzi natomiast przyznawanie członkom korporacyjnym szczególnych uprawnień. Przykładem takiego postępowania są zasady uczestnictwa osób prawnych w Pomorskiej Regionalnej Organizacji Turystycznej. W myśl § 11 ust 2. PROT członkowie będący osobami prawnymi działają przez swoich przedstawicieli, przy czym samorząd Województwa Pomorskiego ma prawo delegować trzech przedstawicieli, powiaty i lokalne organizacje turystyczne po dwóch, zaś pozostali członkowie korporacyjni – po jednym. Takie ukształtowanie struktury członkowskiej PROT zdumiewa. Co więcej, istnieją poważne wątpliwości co do tego, czy jest ono dopuszczalne w świetle przepisów u.stow. U podstaw każdego stowarzyszenia leży bowiem idea równości praw i obowiązków jego członków. Ich prawa i obowiązki są jednakże niezależnie od statusu społecznego czy obciążeń związanych z udziałem w stowarzyszeniu. Odróżnia to stowarzyszenia od korporacji opartych na kapitałowym zaangażowaniu ich członków. Tymczasem omawiane postanowienie statutu narusza tę zasadę. W wyniku jego wprowadzenia niektórzy członkowie PROT będą bowiem dysponować większą liczbą głosów na walnym zgromadzeniu niż pozostali. Analizowany statut wyraźnie faworyzuje jednostki samorządu terytorialnego i LOTy kosztem pozostałych osób prawnych. O ile można dopuścić w pewnych sytuacjach różnicowanie praw i obowiązków członków w zależności od ich cech osobistych, np. w zakresie wysokości składek (zob. niżej), o tyle trudno wskazać powody, dla których powiat miałby mieć więcej głosów niż zrzeszona w organizacji gmina lub niż miałoby np. Polskie Towarzystwo Turystyczno-Krajoznawcze, gdyby zechciało przystąpić do PROT. Co więcej, wpływ jednostek samorządu terytorialnego na proces decyzyjny byłby w istocie decydujący. W stowarzyszeniu liczącym 15 członków do przegłosowania uchwały wystarcza posiadanie 8 głosów, które można uzyskać już przy współpracy czterech podmiotów uprzywilejowanych. W ten sposób o kierunkach działań stowarzyszenia decyduje w istocie mniejszość jego członków. Wprawdzie nie ma ustawowego zakazu przyznawania niektórym członkom takich szczególnych uprawnień, jednak moim zdaniem postanowienia te pozostają w sprzeczności z naturą stowarzyszenia i jako takie są nieważne.

⁵⁸ Wyjątek stanowią przepisy o funduszach inwestycyjnych, których organami są zarządzające nimi spółki akcyjne. Zob. np. P. Stec, *Powiernictwo w prawie polskim na tle porównawczym*, Kraków 2005, s. 212 i n.

Innym szczególnym postanowieniem jest wprowadzenie parytetów w organach ROTu przewidziane przez statut Śląskiej Organizacji Turystycznej. W myśl § 16 ust. 1 SOT w skład zarządu, składającego się z 6 do 16 osób (sic!) wchodzi przedstawiciele członków zwyczajnych w następującym stosunku: 50% przedstawiciele sektora publicznego, w tym dwóch przedstawiciele Województwa Śląskiego i 50% przedstawiciele sektora niepublicznego. Analogiczne rozwiązanie obowiązuje jeśli chodzi o skład komisji rewizyjnej (§ 25 ust. 2 SOT). Pomijając niedogodność polegającą na konieczności powoływania parzystej liczby członków zarządu, należy zwrócić uwagę na dwie inne kwestie. Skład zarządu i komisji ma odzwierciedlać udział partnerów publicznych i prywatnych, jednakże statut SOT nie przewiduje odpowiednika głosowania grupami, tzn. sytuacji, w której partnerzy publiczni wybierają tylko połowę składu organów. W rezultacie o powołaniu członków zarządu decydują wszyscy uczestnicy walnego zgromadzenia. Jeżeli na walnym zgromadzeniu większość mają przedstawiciele jednego z sektorów, to będą oni decydować o przyjęciu lub odrzuceniu również kandydatów mających rekomendację „sektora mniejszościowego”. Nadto statut ten nie odróżnia członków – przedsiębiorców i członków będących organizacjami pozarządowymi (NGO), szeregując ich we wspólnej kategorii „przedstawiciele sektora niepublicznego”, choć zapewnienie udziału przedstawiciele „trzeciego sektora” w organach organizacji turystycznej pozostawałoby w zgodzie z logiką rozwiązania przyjętego w analizowanym statucie.

Inną praktyką powszechnie stosowaną wobec członków organizacji turystycznych jest różnicowanie płaconych przez nich składek członkowskich. Ilustracją tego może być uchwała Warmińsko – Mazurskiej Regionalnej Organizacji Turystycznej nr 25/06 z 18 grudnia 2006 r. w sprawie wysokości składek członkowskich na rok 2007⁵⁹. Uchwałą tą ustalono składkę Samorządu Województwa Warmińsko – Mazurskiego na 508.000 PLN, a powiatów na 5.330 PLN, Składki gmin – w zależności od ich wielkości mieściły się w przedziale 3.200 – 5.330 PLN, natomiast w przypadku pozostałych członków były one stałe i wynosiły dla przedsiębiorców 2.640 PLN, dla osób fizycznych nie prowadzących działalności gospodarczej 1070 PLN, zaś dla LOTów i stowarzyszeń non-profit 528 PLN. Jak się wydaje, takie różnicowanie składek członkowskich będzie dopuszczalne, o ile nie wiąże się z nim uprzywilejowanie członków np. przez przyznanie dodatkowych głosów czy innych uprawnień zależnych od wysokości składki.

5. Tworzenie organizacji turystycznych i nadzór nad nimi

Zdefiniowawszy lokalną organizację turystyczną możemy przejść do kwestii związanych z jej powstaniem. Ponieważ do organizacji turystycznych stosuje się przepisy prawa o stowarzyszeniach, również ich tworzenie będzie się odbywało według zasad określonych w tej ustawie. Należy jednak zwrócić uwagę na atypowy zabieg zastosowany przez ustawodawcę w art. 3 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 4 ust. 1 u.POT. W myśl pierwszego z przywołanych przepisów, zadaniem POT jest „inspirowanie tworzenia” regionalnych i lokalnych organizacji turystycznych, a także współdziałanie z nimi. Jednocześnie, na mocy art. 4 ust. 1 u.POT podmioty te mogą

⁵⁹<http://www.warmia-mazury-rot.pl>.

być tworzone „w celu wykonania zadania” jakim jest inspirowanie ich powstania. Przepisy te wydają się mieć równą wartość poznawczą, co definicja sepulki⁶⁰. Co więcej, ich redakcja sugerowałaby czynny udział POT w tworzeniu organizacji turystycznych i to wykraczający poza rolę *spiritus movens* ich powstania. Wygląda bowiem tak, jakby ustawodawca traktował LOTy i ROTy nie jako oddolne inicjatywy zainteresowanych współpracą na rzecz rozwoju turystyki regionalnej podmiotów, ale jako swoiste agendy POT, powołane przez nią i dla realizacji jej interesów.

Tymczasem organizacje turystyczne są stowarzyszeniami, a co za tym idzie ich powołanie zależy od woli członków, a nie administracji publicznej. Tym samym udział POT w ich tworzeniu, nawet na etapie „inspiracji” nie jest konieczny. Założyciele organizacji nie muszą też notyfikować POT o zamiarze jej utworzenia, ani tym bardziej uzyskiwać zgody na powstanie stowarzyszenia.

Komitet założycielski organizacji turystycznej musi liczyć co najmniej 15 osób. Przepisy u.POT nie wprowadziły żadnych odstępstw od reguły ogólnej wyrażonej w art. 9 u.stow. dotyczącej stowarzyszeń osób fizycznych. Można się zastanawiać, czy tak duża liczba założycieli ma swoje uzasadnienie, choćby dlatego, że zwłaszcza w regionach o niskiej aktywności społecznej, powołanie organizacji turystycznej będzie niemożliwe, lub też będzie wymagać sztucznego poszerzenia składu osobowego. Problem ten może się pojawić zwłaszcza przy tworzeniu LOTów w małych gminach. Trzeba dodać, że w przypadku stowarzyszeń osób prawnych – związków stowarzyszeń i stowarzyszeń komunalnych minimalna liczba założycieli jest znacznie mniejsza i wynosi 3. Można oczywiście twierdzić, że do efektywnego funkcjonowania organizacja turystyczna potrzebuje jak największej liczby członków, argument ten wydaje się jednak mało przekonujący. Postawienie wymogu, by stowarzyszenie liczyło co najmniej 15 członków nie znajduje też uzasadnienia w przypadku zrzeszeń osób fizycznych.

Jak wiadomo, ani u.POT, ani tym bardziej u.stow., nie ustanawiają parytetów członkowskich, tzn. nie wymagają, by członkami organizacji turystycznych były jednostki samorządu terytorialnego, zrzeszenia przedsiębiorców turystycznych, czy stowarzyszenia turystyczne, choć ich obecność jest oczywiście czymś naturalnym.

Jeśli chodzi o treść statutu, to jedyne ograniczenie dotyczy wspomnianych już przeze mnie „zadań”, czyli w istocie celów stowarzyszenia. Muszą one odpowiadać kryteriom zawartym w art. 4 ust. 3 u.POT. Poza tym statut organizacji turystycznej prowadzącej działalność gospodarczą winien wskazywać przedmiot tej działalności, jak się wydaje bardziej skonkretyzowany, niż w przypadku „zwykłych” stowarzyszeń rejestrowych.

Ustawa o POT nie zawiera przepisów dotyczących tworzenia nazwy organizacji turystycznych oraz reguł posługiwania się nią w obrocie gospodarczym. Ich brak jest normą, jeśli chodzi o przepisy ustrojowe odnoszące się do organizacji non – profit,

⁶⁰ W „Dziennikach Gwiazdowych” Stanisława Lema bohater na obcej planecie usiłuje dowiedzieć czym są, niezwykle istotne w życiu tubylców, sepulki. W „Encyklopedii Kosmicznej” znajduje następującą definicję: „Sepulka - l.mn. sepulki, odgrywający doniosłą rolę element cywilizacji Ardrytów (ob.) z planety Enteropii (ob.). Ob. sepulkaria. Sepulkaria - l.poj. sepulkarium, obiekty służące do sepulenia (ob.). Sepulenie - czynność Ardrytów (ob.) z planety Enteropii (ob.). Ob. sepulki.” (cyt. wg <http://pl.wikipedia.org>).

gdyż brakuje ich także w u.stow i ustawie o fundacjach. Stąd też znajdują tu zastosowanie przepisy ogólne kodeksu cywilnego o dobrach osobistych osób prawnych i firmie⁶¹. Inaczej niż w przypadku spółek handlowych, stowarzyszenia i fundacje nie muszą w swojej nazwie ujawniać formy organizacyjnoprawnej, choć oczywiście byłoby to pożądane. Stąd też nazwy wielu organizacji turystycznych nie zawierają wskazania, że chodzi tu o stowarzyszenia. Zazwyczaj określają się one tylko jako „organizacje turystyczne,” często bez dodatkowego wskazania, czy chodzi tu o LOT czy ROT. Praktyka taka jest w pełni dopuszczalna. Zresztą, przy braku zróżnicowania kompetencji obu rodzajów stowarzyszeń, informowanie publiczności o ich regionalnym czy lokalnym charakterze nie ma większego znaczenia. Należy też podkreślić, że u.POT nie wprowadza szczególnej ochrony nazw „lokalna organizacja turystyczna”, „organizacja turystyczna” i „regionalna organizacja turystyczna”. Teoretycznie mogłyby ich używać także inne stowarzyszenia, nie spełniające kryteriów z art. 4 ust. 2, 3 i 4 u.POT. Praktyka sądów rejestrowych idzie jednak w kierunku traktowania nazw stowarzyszeń szczególnych jako zastrzeżonych, o czym świadczy odmowa zarejestrowania stowarzyszenia kombatanatów nie spełniającego warunków określonych w przepisach ustawy o kombatanatach⁶². Natomiast stowarzyszenie mające w nazwie słowa „organizacja turystyczna” bez towarzyszącego im przymiotnika „lokalna” lub „regionalna” mogłoby być moim zdaniem zarejestrowane bez żadnych przeszkód, ponieważ nazwa w tym brzmieniu nie jest zastrzeżona. Jedynie w przypadku stowarzyszeń prowadzących działalność gospodarczą można by się zastanawiać, czy taka firma nie byłaby myląca w tym sensie, że sugerowałaby związek z LOT lub ROT.

W ustawie o Polskiej Organizacji Turystycznej brak również przepisów regulujących rejestrację organizacji turystycznych. Są one zatem wpisywane do rejestru stowarzyszeń, fundacji i innych organizacji społecznych Krajowego Rejestru Sądowego. Oczywiście, jeżeli ROT lub LOT zamierza prowadzić działalność gospodarczą, ta okoliczność będzie dodatkowo ujawniana w rejestrze przedsiębiorców. Konstatacja powyższa nie jest tak oczywista, jak mogłoby się na pierwszy rzut oka wydawać, jeżeli zważyć, że system rejestracji stowarzyszeń szczególnych jest niespójny. Choć znakomita większość z nich jest rejestrowana w KRS, przepisy ustaw ustrojowych przewidują także inne sposoby rejestracji. Przykładowo nieprowadzące działalności gospodarczej stowarzyszenia sportowe działające w oparciu o ustawę o kulturze fizycznej są wpisywane, z przyczyn znanych tylko ustawodawcy, do odrębnego rejestru prowadzonego przez starostę. W przypadku organizacji turystycznych szczęśliwie uniknięto tego problemu, jednakże w związku z rejestracją w KRS pojawia się pytanie o zakres, w jakim sąd rejestrowy może badać prawidłowość wniosku o wpis. Pomijając kwestie procesowe, związane z wypełnianiem formularzy KRS, sąd rejestrowy może badać statut stowarzyszenia pod kątem jego zgodności z prawem (art. 14 u.stow). W przypadku statutów organizacji turystycznych chodziłoby tu o kontrolę spełnienia przez statut wymogów, o których mowa w art. 4 u.POT. Spośród nich najważniejsze będzie stwierdzenie zgodności celów stowarzyszenia z wymie-

⁶¹ Co do ochrony nazwy zob. A. Kubiak - Cyrul, *Dobra osobiste osób prawnych*, Kraków 2005, s. 146 i n.

⁶² Postanowienie SN z 15 czerwca 1993 r., I PRN 54/93, OSA 1994, nr 11-12, poz. 8.

nionymi w tym artykule „zadaniami” organizacji turystycznych. Statut winien także dopuszczać członkostwo osób prawnych, w tym jednostek samorządu terytorialnego. Statut nie musi natomiast wskazywać moim zdaniem nadzorującego. To, że nie sprawuje go starosta, a inny podmiot, jest konsekwencją nadania stowarzyszeniu statusu LOTu lub ROTu, a nie jego cechą konstytutywną. Poza tym sąd bada, czy założyciele dopełnili wszystkich czynności potrzebnych do zarejestrowania stowarzyszenia.

Organizacje turystyczne, tak jak wszystkie stowarzyszenia, podlegają nadzorowi materialnoprawnemu ze strony organów administracji publicznej⁶³. Szczególny charakter LOTów i ROTów sprawia, że nie jest on sprawowany, tak jak w przypadku „zwykłych” stowarzyszeń, przez starostę, a przez ministra właściwego do spraw turystyki. Może on zdekoncentrować swoje kompetencje w tym zakresie na rzecz wojewodów. Wymaga to wydania rozporządzenia (art. 4 ust. 4 u.POT).

Powierzenie nadzoru nad organizacjami turystycznymi ministrowi, a nie zgodnie z art. 8 ust. 5 pkt 2 u.stow. staroście, wydaje się zabiegiem uzasadnionym. Członkami LOTów i ROTów mogą być przecież także jednostki samorządu terytorialnego, w tym powiaty. Pozostawienie nadzoru w rękach starosty skutkowałoby potencjalnym konfliktem interesów, gdyż mogłoby się zdarzyć, że organem nadzorującym organizację turystyczną jest starosta powiatu członkowskiego. Niebezpieczeństwo takie nie występuje oczywiście w przypadku ewentualnego powierzenia nadzoru wojewodzie, gdyż jest on przedstawicielem rządu, a nie samorządu województwa.

Trudno wskazać przyczynę, która zadecydowała o tym, że to minister właściwy do spraw turystyki, a nie wojewodowie, sprawuje nadzór nad organizacjami turystycznymi. Być może chodziło o skupienie w jednym ręku nadzoru nad wszystkimi ROTami i LOTami. Byłoby to jednak praktyczne tylko w przypadku istnienia niewielkiej liczby stowarzyszeń. Wydaje się, że sam ustawodawca zdaje sobie sprawę z tego faktu, o czym świadczy wprowadzenie możliwości powierzenia nadzoru wojewodom.

Zakres nadzoru sprawowanego nad organizacjami turystycznymi jest taki sam, jak nadzoru starosty nad stowarzyszeniami zarejestrowanymi. Zaczyna się już na etapie tworzenia stowarzyszeń, gdyż sąd rejestrowy ma obowiązek zawiadomić ministra właściwego do spraw turystyki o wszczęciu postępowania rejestrowego. Organ nadzorujący jest zainteresowanym w sprawie i może już na tym etapie wypowiedzieć się np. na temat zgodności statutu z u.POT.

Jeśli chodzi o nadzór nad stowarzyszeniem już zarejestrowanym, to organ nadzorujący ma prawo żądać od stowarzyszenia niezbędnych wyjaśnień i odpisów uchwał walnego zgromadzenia (art. 25 u.stow.). Nadto może on wezwać do usunięcia nieprawidłowości, jeżeli działalność stowarzyszenia jest niezgodna z prawem lub narusza postanowienia statutu określonym w art. 10 ust. 1 i 2 u.stow. lub udzielić ostrzeżenia władzom stowarzyszenia (art. 28 u.stow.). Ponieważ żaden przepis nie przyznaje mu tej kompetencji, organ nadzorujący organizację turystyczną nie może, choć

⁶³ Co do nadzoru nad stowarzyszeniami w ogólności zob. M. Spyra, *Nadzór nad stowarzyszeniami jako zadanie starosty powiatu*, ST 2003, nr 11, s. 12 i n.; tenże, *Nadzór nad stowarzyszeniami, fundacjami oraz prowadzeniem działalności pożytku publicznego*, PiP 2003, z. 12, s. 68 i n.

byłoby to uzasadnione, wezwać jej do usunięcia nieprawidłowości, jeżeli jego działalność narusza postanowienia statutu określone w art. 4 ust. 3 u.POT.

Organ nadzorujący może też wystąpić do sądu o udzielenie upomnienia władzom stowarzyszenia, uchylenie niezgodnej z prawem uchwały, a nawet o jego rozwiązanie, jeżeli stowarzyszenie w toku swojej działalności rażąco narusza prawo lub postanowienia statutu. Należy zauważyć, że organ nadzorujący może tylko inicjować wszczęcie stosownego postępowania, natomiast samo rozstrzygnięcie należy już do sądu (art. 29 ust. 1 u.stow.).

6. Wnioski *de lege ferenda*

Organizacje turystyczne w ich dzisiejszym kształcie powstały niejako przypadkowo, jako efekt uboczny trudności w ustaleniu kręgu podmiotów, z którymi ma współpracować POT. W konsekwencji przepisy regulujące ich strukturę wydają się być nie do końca przemyślane. Zwięzła, jednoartykułowa regulacja, zawiera kilka niezbyt fortunnych rozwiązań, zaś jej interpretacja nastrocza pewnych wątpliwości.

Przede wszystkim nie wiadomo, jaki jest sens wyodrębniania LOTów i ROTów, skoro ich kompetencje są identyczne. Wątpliwości budzi dopuszczalny zakres działania organizacji turystycznych i relacja między ich celami i zadaniami. Niejasna redakcja przepisów może powodować wątpliwości co do tego, czy POT ma brać czynny udział w tworzeniu organizacji turystycznych i czy udział partnerów ze wszystkich trzech sektorów jest niezbędny do ich powoływania. Analiza przepisów u.POT może prowadzić do wniosku, że ROTy i LOTy mają monopol na współpracę z POT, co może prowadzić do dyskryminacji niezrzeszonych w nich podmiotów i pozostawać w sprzeczności z wyrażonym w art. 6 ust. 2 u.stow. zakazem dyskryminacji ze względu na brak przynależności do stowarzyszenia.

Jednocześnie, pomimo tych mankamentów organizacje turystyczne rozwijają się prężnie, zaś ich członkowie samodzielnie dostosowują ich zadania do konkretnych potrzeb. Zdecydowanym pozytywem u.POT było umożliwienie zrzeszania się w jednym stowarzyszeniu zarówno osobom fizycznym, jak i prawnym oraz jednostkom samorządu terytorialnego. Organizacje turystyczne pokazują, że takie mieszane stowarzyszenia mogą funkcjonować bez większych trudności, a co więcej, istnieje wyraźne społeczne zapotrzebowanie na tego rodzaju korporacje. Wypada zatem proponować nowelizację art. 1 ust. 1 u.stow przez dopuszczenie realizacji prawa stowarzyszenia także osobom prawnym.

Jeśli chodzi o możliwe kierunki zmian przepisów o ROTach i LOTach, proponowałbym zniesienie podziału na organizacje lokalne i regionalne, gdyż nie znajduje on uzasadnienia. W przyszłości mielibyśmy zatem wyłącznie organizacje turystyczne, bez dodatkowego przymiotnika. Potrzebę stworzenia platformy współpracy między nimi zaspokajałaby możliwość tworzenia związków organizacji turystycznej⁶⁴.

Należałoby także zdecydować, czy cele stowarzyszenia mają wyłącznie dotyczyć turystyki, czy też przymiot organizacji turystycznej mogłyby uzyskiwać także stowarzyszenia realizujące obok wymienionych w art. 4 ust. 3 u.POT także inne cele. To

⁶⁴ Nazwa „związek lokalnych organizacji turystycznych” i skrót ZLOT byłyby nawet marketingowo atrakcyjne.

ostatnie rozwiązanie wydaje się właściwe, pozwala bowiem na współpracę z szerszą grupą podmiotów.

Zdecydowanie należy opowiedzieć się za zmianą brzmienia art. 4 ust. 1 u.POT. Jest on ewidentnie wynikiem błędu legislacyjnego. Przepis ów powinien, podobnie jak art. 4 u.POT w jej pierwotnym brzmieniu, uprawniać do działań na rzecz inspirowania powstawania organizacji turystycznych zrzeszających przedstawicieli samorządów, przedsiębiorców i czynnika obywatelskiego. Musiałoby towarzyszyć temu uchYLENIE art. 3 ust. 1 pkt. 5 u.POT.

Last but not least należy opowiedzieć się za pozbawieniem organizacji turystycznych prawa uczestniczenia w życiu politycznym. Nie wydaje się bowiem właściwe, by organizacje zrzeszające przedstawicieli sektora publicznego uczestniczyły czynnie w kampaniach wyborczych.

Alternatywą dla przedstawionej tu propozycji mogłoby być wprowadzenie w u.POT na wzór przepisów o stowarzyszeniach komunalnych obowiązku odpowiedniego stosowania u.stow. Zabieg taki nie pozwoliłby jednak na jednoznaczne rozstrzygnięcie przedstawionych w artykule problemów pojawiających się na tle stosowania przepisów o organizacjach turystycznych. Prowadziłby on tylko do przerzucenia ciężaru ich rozwiązania z ustawodawcy na sądy. Dlatego należy ten wariant należałoby zdecydowanie odrzucić.