

RAPPORTS POLONAIS

**PRÉSENTÉS
AU SEIZIÈME CONGRÈS INTERNATIONAL
DE DROIT COMPARÉ**

Brisbane, 14–20 juillet 2002



WYDAWNICTWO UNIwersYTETU ŁÓDZKIEGO • ŁÓDŹ 2002

rapports polonais

RAPPORTS POLONAIS

**PRÉSENTÉS
AU SEIZIÈME CONGRÈS INTERNATIONAL
DE DROIT COMPARÉ**

Brisbane, 14–20 juillet 2002



WYDAWNICTWO UNIWERSYTETU ŁÓDZKIEGO • ŁÓDŹ 2002

REDAKTOR

Biruta Lewaszkiewicz-Petrykowska

REDAKTOR WYDAWNICTWA UL

Bożena Tkacz

REDAKTOR TECHNICZNY

Teresa Guzek

KOREKTORZY

Danuta Bąk, Urszula Dzieciatkowska

OKŁADKĘ PROJEKTOWAŁA

Barbara Grzejszczak

© Copyright by Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2002

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
2002

Wydanie I. Ark. wyd. 19,6
Ark. druk. 22,0. Papier kl. III, 80g, 70 × 100
Przyjęto do Wydawnictwa UL 5.11.2001 r.
Zam. 57/3391/2002. Cena zł 35,-

Drukarnia Uniwersytetu Łódzkiego
90-236 Łódź, ul. Pomorska 143

ISBN 83-7171-556-0

Table des matières

SECTION I

Małgorzata Z. Król, Professor of the University of Łódź:

B. 1. The Structure of Legal Systems	5
Roman Tokarczyk, Professor of the University of Maria Curie-Skłodowska:	
C. Teaching of Comparative Law and Comparative Law Teaching	17

SECTION II

Biruta Lewaszkiewicz-Petrykowska, Professeur à l'Université de Łódź:

A. 2. Responsabilité du fait des produits et des services défectueux: Développement d'un standard mondial?	35
--	----

Małgorzata Pyziak-Szafnicka, Professeur à l'Université de Łódź:

A. 3. Le présent et l'avenir des sûretés réelles et personnelle en droit polonais	55
---	----

Tomasz Pajor, Professor of the University of Łódź:

B. Civil Liability of Organizers of International Sports Events	77
---	----

Janusz Jankowski, Professeur à l'Université de Łódź:

C. La conciliation et la médiation en droit polonais	99
--	----

SECTION III

Mariola Lemonnier, Docteur en droit:

A. 1. Règles contraignantes et règles dispositives dans le droit des sociétés en Pologne	111
--	-----

Urszula Promińska, Professeur à l'Université de Łódź:

A. 2. Restrictions et contrôle de la concurrence en vue d'une d'harmonisation internationale	125
--	-----

Wojciech J. Katner, Professor of the University of Łódź:

A. 3. Rights of Minority Shareholders in Capital Companies in Poland	143
--	-----

Janusz Barta, Ryszard Markiewicz, Professeurs à l'Institut de l'Activité Inventive et de la Protection de la Propriété Intellectuelle:

B. 1. L'Internet et les droits d'auteur en Pologne	171
--	-----

Zbigniew Hajn, Professor of the University of Łódź:

C. Collective Labour Agreements and Contracts of Employment in Polish Labour Law	187
--	-----

SECTION IV

Anna Wyrozumska, Professor of the University of Łódź:

A. 2. Constitution, International Treaties and Contracts. National Report – Poland	205
--	-----

Andrzej Mączyński, Professeur à l'Université Jagellonien de Cracovie, Vice-Président du Tribunal Constitutionnel:	
B. 3. Qualité pour agir devant le tribunal constitutionnel d'après le droit constitutionnel polonais	231
Marek Safjan, President of the Constitutional Tribunal, Professor of the University of Warsaw:	
C. 3. Applicability of Human Rights to Private Corporations	249
Zbigniew Kmiecik, Professor of the University of Łódź:	
D. 3. Encroachment of Criminal Law in Polish Administrative Law (The Conception of Administrative Sanction)	275
Włodzimierz Nykiel, Professor of the University of Łódź:	
E. Budgetary Decentralization: Balance of Interests and Contradictions	287
SECTION V	
Witold Kulesza, Professor of the University of Łódź:	
A. 1. Fighting International and National Corruption by Means of Criminal Law	297
Andrzej Murzynowski, Professeur à l'Université de Varsovie, Maria Rogacka-Rzewnicka, Enseignante à l'Université de Varsovie:	
B. L'opportunité des poursuites et ses limites	311
SECTION VI	
Wojciech J. Kocot, Doctor of Law:	
Regulating the Electronic Commerce	327
ABRÉVIATIONS	351

SECTION I. B. 1.

Małgorzata Z. Król

Professor of the University of Łódź

The Structure of Legal Systems

I

1. In what follows I shall be concerned with well-established, modern legal systems and shall have nothing to say about legal history. An analysis of the structure of legal systems requires a few preliminary remarks. Genetically speaking, legal systems arise in a variety of ways and have a variety of sources. Two basic types of law are distinguished, statutory law and non-statutory law. The latter may take the form of common law or case law. Common law originates in custom, i.e. unwritten rule of conduct followed by a large number of people over a prolonged period of time. To become law such custom has to acquire *opinio iuris et necessitatis* or else it is sanctioned by court decisions (based on custom) and enforced by state authority.

Case law, on the other hand, is based on precedent or case, i.e. a court verdict that decided a specific type of case in a particular way for the first time. The source here may be custom or moral norm.

Statutory law arises by way of law creating decisions of bodies invested with such authority and according to precisely defined procedures.

Modern law, whether statutory, common or case, is expected to meet a set of requirements, one of which is that in order to function well the laws have to form a system and, further, that the system be internally coherent. This is because law-making is assumed to be an orderly and rational¹ activity (any discussion of the ambiguity of the term "rational"²

¹ E. Kuźstra, *Rational legislator. A legal-theoretic analysis*, Toruń 1980; S. Wronkowska, *Issues in rational law-making*, Poznań 1982; T. Wróblewski, *Theory of rational law-making*, Wrocław 1985.

² See M. Zirk-Sadowski, *Understanding appraisal in legal language*, Łódź, 1984, part II; L. Morawski, *The main problems in modern philosophy of law. Law in transition*, Warszawa 2000, Ch. VI.

is beyond the scope of this essay). Starting from such assumptions one may discuss the structure and properties of legal systems in terms of theoretical, methodological and ideological expectations with respects to legal order.

A theoretical discussion of the legal system and its structure has to be grounded in logic, a higher-order reasoning system which is concerned with sets and systems in very general terms. Legal philosophy, on the other hand, analyses legal systems from the point of view of socially desirable values – justice, stability, reliability and safety, as well as legal ideology.

Legal norms that exhibit systemic relations are characterised by axiological and teleological homogeneity which manifests itself in formal and structural coherence of the set of legal norms.³

The norms making up a legal system can be attributed common axiological and teleological assumptions. A legal system is grounded in a legal culture, expresses a specific socio-economic ideology, and is there to implement specific goals and values. The law maker's rationality guarantees coherence of those goals and values and, by the same token, of the legal norms; on stronger assumptions⁴ it also guarantees coherence of the existing norms. Axiological coherence constitutes an element of formal-structural coherence of laws.

2. In keeping with the cultural and ideological standards recognized by most modern legal orders and, in particular, in keeping with the standards of legal positivism⁵ a legal system is autonomous and should be easy to identify and distinguish from other related social institutions or phenomena, i.e. other axiological systems, including morality.⁵

The autonomy of law is expressed through the external and internal systemics of the legal system. We know that we are dealing with a legal system and not some other set of social norms because we can identify it and distinguish it from other systems of social control in terms first of all of the origin criterion as well as the criterion of state enforcement of legal norms.

The question of the autonomy of law and its identifiability is a complex one; it has been subject to heated debates and has received extensive treatment in the literature, much too extensive to be reviewed here. For the purpose of this essay the autonomy of law will simply be assumed.

3. Let us assume then that a set of legal norms which constitute a legal system can be identified. The question now is what is a system. With respect to the issue of sets (systems) the relevant literature contains

³ See W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Theory of state and law*, Warszawa 1986, p. 389.

⁴ See *ibidem*, p. 390.

⁵ See M. Zirk-Sadowski, *Law and participation in culture*, Łódź 1998, Ch. I.

references to major logical and mathematical theories, such as e.g. the mathematical theory of multiplicity or the logical theory of Leśniewski. The former defines a set in a distributive sense as a multiplicity of specific, well-defined objects construed as constituting a whole – "[...] if we say that some a belongs to set Z then a is one of Z' s"⁶ (p. 26). Leśniewski's theory, on the other hand, is related to the notion of collective set. "A set in a collective sense is a set of m's, viz. an object P each of whose parts contains part of that or some other m which is part of the object P".⁷

According to K. Pleszka, legal theorists employ both concepts in different contexts interchangeably without being aware of the differences between them. And that circumstance – he claims – accounts for the existence of two different conceptions of legal order.⁸

4. Leaving the logical and mathematical approaches aside, legal theorists point out that the notion of legal system as used in legal science is ambiguous.⁹ Thus, the concept is used in various contexts in the sense of abstract system, concrete system, type of law, with reference to the orogon of law ot with reference to a branch of law.

In the "abstract" sense, a legal system is a set of legal norms hierarchically ordered, unambiguous and complete. In the "concrete" sense, a legal system is temporarily and territorially relativised (confined to the state where the norms are applicable over a specific period of time). It may thus differ – to varying degrees – from the "abstract" sense for political, technical, praxeological or axiological reasons.

In legal comparative studies, however, use is made of the concept of system referring to "type of law," where each such "type" consists of a set of particular legal systems sharing a set of distinguishing features.¹⁰ Thus, there is the continental law descending from Roman law, common law systems, Far Eastern legal systems, etc., what Rene David called "families" of laws. Then there are feudal, capitalist and socialist legal systems in Marxist terminology.

Also relevant to legal theory is the existence of various law making procedures and sources of law; these include legislative decisions of authorised bodies or judicial decisions based on custom or moral norm. Hence the distinction made earlier into statutory and case law. Finally, the term legal system is used in legal science to denote "a branch of law," i.e. a subset of legal norms.

⁶ K. Pleszka, *Hierarchy in the legal system*, Kraków 1988, p. 23.

⁷ See *op. cit.*, p. 23.

⁸ See *op. cit.*, p. 23.

⁹ See W. Lang et al., *op. cit.*, p. 390 ff.

¹⁰ *Ibidem*, p. 390.

5. Another controversial issue concerns the elements that constitute a legal system.

The various approaches adopted in the literature take these elements to be sets of statutes, sets of legal rules, or sets of legal norms.¹¹ From a legal theoretical point of view there can be no arbitrariness here, for what constitutes a legal system depends on how legal rules or norms are defined and on various other conditions imposed on the concept of system (set) as employed in legal theorising.

The concepts of legal norm and legal rule cannot be discussed here in detail; for my purpose I take legal rule to be the smallest systematising unit of legal text, and legal norm is a rule of conduct composed of elements contained in legal rules in accordance with a particular formula.¹² Admittedly, such an approach is neither universal nor the only one adopted.¹³

6. Yet another contentious issue is the scope of legal systems.¹⁴ In orthodox approaches only norms introduced explicitly and in accordance with valid procedures constitute a legal system. Moreover, to be included in the system, such norms have to be internally consistent and must not have been formally derogated. This is known as legal system *strictissimo sensu*.¹⁵ and is universally considered impractical. From the point of view of day to day practice a legal system must provide for quasi-logical and interpretive consequences. When this is the case, we are dealing with a legal system *sensu stricto*. In a functional view of law, in turn, a legal system is taken to include norms employed in the actual practice, in particular, norms that have not been invalidated not only formally but also *per desuetudo*; in such a case we are dealing with legal system *sensu largo*. Finally, according to still other views, a legal system is a set of norms which meet not only formal criteria but also the axiological criterion of compatibility with extralegal systems of social control; this is legal system *largissimo sensu*. With respect to this last case, Ronald Dworkin may be said to have given a positivist dimension to principles and policies, which approach makes it possible to solve the positivist dilemma when dealing with hard cases.¹⁶

¹¹ See K. Pleszka, *op. cit.*, p. 46.

¹² See K. Opalek, J. Wróblewski, *Problems in legal theory*, Warszawa 1969, Ch. II, para. 2; J. Wróblewski, *General norm vs. individual norm*, "Zeszyty Naukowe UŁ" 1962 (23).

¹³ See Z. Ziemiński, *Fundamental problems in legal science*, Warszawa 1980, Ch. 3.1 and 3.5.

¹⁴ See J. Wróblewski, *Models of norm systems vs. legal system*, "Studia Prawno-Ekonomiczne" 1969 (2).

¹⁵ See *ibidem*.

¹⁶ R. Dworkin, *Law's Empire*, London 1986.

7. We now have a rough idea of what sort of questions are asked in legal science relative to the concept of legal system. Although only a few of the many issues taken up in the literature have been raised here, we have a sufficient starting point to identify our problem, i.e. the structure of a legal system, or how its constitutive elements are related to one another.

II

1. Using a geometrical metaphor, we may say that these relations are vertical, horizontal and vertical-horizontal.

2. All modern legal systems, viewed both in an abstract and concrete way and regardless of their source, are hierarchical, and this is the vertical relationship. In the literature this type of ordering is used to refer to sets of statutes, legal rules, and legal norms, where the concept of system is employed in the distributive sense anchored in the theory of multiplicity.¹⁷ In the vertical ordering there must be at least two well defined items which can be compared in terms of a given relationship. The vertical structure may be found at various points within the system; statutes, legal rules and legal norms can all be ordered in terms of their weight and importance. The order in which they are listed above is not arbitrary: the hierarchy of law making bodies translates into a hierarchy of statutes they enact which – thanks to internal systematics – are made up of lower level entities – legal rules. On the basis of these, in turn, rules of conduct, i.e. legal norms are created. One may go as far as to say that there is a logistic principle of subordination – starting from a hierarchy of statutes, through a hierarchy of legal rules to a hierarchy of legal norms – the hierarchy of statutes being the primary one.¹⁸

The vertical ordering is crucial to the functioning of law. In terms of this relationship systemic validity of legal norms is defined. It also makes possible the use of the *lex superior* rule relative to norm derogation.¹⁹

3. Following Hans Kelsen we distinguish two modes of the hierarchical ordering – dynamic and static.²⁰ The former highlights the structural relations of competence and delegation, whereby higher order norm-making authority delegates power to create lower-level norms to a lower-level authority. This type of ordering has a formal and dynamic nature: the

¹⁷ See K. Pleszka, *op. cit.*, p. 29f.

¹⁸ See *ibidem*, p. 46.

¹⁹ See *ibidem*, Ch. III.

²⁰ See H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Berkeley-Los Angeles-London 1970, p. 195.

system develops as still lower level norms are added, where the content in each case is no more than delegation of authority lower down. Schematically, the dynamic system can be presented as follows:

- (N₁): Norm N₂ is valid, to be enacted by authority A₂,
- (N₂): Norm N₃ is valid, to be enacted by authority A₃,
- (N₃): Norm N₄ is valid, to be enacted by authority A₄,
- (N_n): Norm N_{n+1} is valid, to be enacted by authority A_{n+1},
- (N₀): Under conditions C, subject S should behave B.²¹

The authority/competence delegation relations define the criteria of the systemic validity of legal rules. A higher order rule constitutes the basis for lower rule validity; no rule determined the content of a lower-level rule – it only constitutes the basis for its enactment. For such an arrangement to work, there must simultaneously exist a hierarchy of norm creating authorities. This is a model situation, non-existent in practice, employed here to present the idea.

4. The static mode of hierarchical ordering relies on content relations among legal rules in such a way that a lower level rule is contained in a higher level rule, just as a subordinate category (e.g. dog) is contained in a superordinate category (animal). The system is static in terms of the content of the highest level rule, which is the most general and which contains within its scope all the lower-level, particular rules emanating from it. In terms of rule content, the ordering may be schematically presented as

- (N₁): Under conditions C subject S should behave B,
- (N₂): Under conditions C₁ subject S₁ should behave B₁,
- (N₃): Under conditions C_n subject S_n should behave B_n.²²

In this model no formal or delegative links exist between the various levels. This type of hierarchy requires no hierarchy of norm-creating authorities; the entire system resides in the hierarchically highest level rule and no norm-making authority is in fact required to exist. The content relations within the system derive from the uniformity of the norms in force and their consequences.²³

5. As indicated above, the vertical ordering is useful not only in determining the criteria of system validity but also plays an important role in the legal system when the *lex superior* principle has to be invoked in cases of norm derogation. In cases of rule conflict the remedy is to take recourse to the hierarchical *lex superior derogat inferiori* rule, or the less "risky" *lex inferior non derogat legi superiori*. As is well known, norm

²¹ W. Lang et al., *op. cit.*, p. 393.

²² *Ibidem*, p. 393.

²³ *Ibidem*, p. 395.

derogation is as crucial to legal science and legal practice as is law making. Thanks to the vertical relations collision rules may be employed to remove contradictions existing in the system.²⁴

III

1. Another type of the relations holding among legal rules are vertical-horizontal ones. This kind of ordering involves the existence of ordinary norms and basic norms, the latter being known as the principles of the legal system. Principles are important both for the practice of law and for law making; they constitute signposts in the interpretation of law and in law creation for they define the axiological direction of the legislative authority.

2. The principles of the legal system are the norms of special weight in the system in the descriptive and evaluative sense of the term "principle". Among the criteria that distinguish principles are the place a given norm occupies in the system, the role it plays in the structure of a legal institution, the relation it holds relative to other norms in the system, as well as its axiological weight.²⁵

A legal system is hierarchical, viz. a higher-level norm is "more important" than others. From this point of view constitution, the highest law in the hierarchy, plays a special role in the system; it constitutes the set of principles of the given legal system. Principles can thus also be sought in other highest order acts, such as statutes, especially those that deal with the totality of some social relations, e.g. codes. Thus, the higher the place in the hierarchy that some norms occupy, the higher the probability that they are the principles of the system. A legal institution is taken to be the entire set of legal norms which – to all intents and purposes – exhaustively cover a certain range of social relations. Legal scientists are very fond of the notion of institution and virtually everything that can be legislated about may be called an "institution," e.g. family, kinship, heredity, bequest, property, divorce, etc. On this view the principle of the legal system will be the norm which is decisive and crucial to the construction of the legal institution. Legal norms may be interrelated in a quasi-logical way. This means that one norm may constitute the *raison d'être* for another norm or

²⁴ See A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *An outline theory of state and law*, Warszawa 1992, pp. 223–227; S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *The principles of law. Basic issues*, Warszawa 1974.

²⁵ See W. Lang et al., *op. cit.*, p. 399.

a set of norms. In such a case the former may be regarded as the principle of the legal system.

Finally, a norm may be judged to be a principle on axiological grounds, e.g. basing on considerations of justice, equality *etc.* Here in defining a norm as a principle use is made of subjective criteria.

3. Searching for principles in a legal system is both laborious and time-consuming as well as involving potential controversy. At the same time it is an activity of utmost importance for law making and use. A rational legislator wants the system to be internally consistent and will not enact new principles that would contradict existing ones. For the same reason interpreters, on their part, will not risk assigning meaning to a legal rule that is open to interpretation such that would contradict the sense of an established and recognised principle. The vertical-horizontal ordering is thus invaluable in the legal science.

IV

1. As has already been pointed out, the analysis of vertical relations among legal rules involves the distributive sense of the concept of system. To distinguish between distributive and collective view of system we can say – following K. Pleszka – that a horizontal system is based on the collective sense of the set of legal norms²⁶ and falls into subsystems traditionally referred to as “branches” of law.

Minor divisions – branches of law – involve legislation related to a particular range of social relations using the same legal means, types of sanction, conceptual apparatus *etc.*

2. Breaking the law down into branches goes back to Roman times, but the modern practice is additionally motivated by didactic convenience as well as professional specialisation. The traditionally recognised divisions in the system of statutory law are civil, penal, administrative, constitutional, tax, *etc.* law within the larger group of material law and, on the other hand, there is procedural law within which one may distinguish the law of civil, penal, and administrative procedure. Every now and again within the established branches new subdivisions evolve and, once they get established on the market and widely recognised, they acquire the status of new branches. There is no end of examples; medical law, air traffic law, space law, consumer law, *etc.* as well as the much older commercial law and business law. It is not easy to tell whether they all deserve to be regarded

²⁶ See K. Pleszka, *op. cit.*, pp. 24–25.

as branches for it is not at all easy to specify distinct and unambiguous criteria of membership in a branch. All one can do now is to invoke the classification proposals found in the literature: subject criterion and the criterion of the type of legal regulation.

In terms of the subject criterion it is possible to identify various branches on the basis of the type of social relations that the laws cover. This is most imprecise and thus hardly satisfactory as a classification tool either with reference to types of social relations or – as a consequence – with reference to branches of law.

Each legal rule has its subject matter specificity. This applies to the form of legal regulation, including the method of regulation, as well as to the kinds of legal sanctions employed. Of relevance here are the relative position of the parties involved – equal or unequal (citizen vs. administrative organ, citizen vs. citizen, state organ vs. state organ, *etc.*) as well as legal interest.

From this point of view the traditional typology includes three basic branches – civil, penal and administrative law. It is based on approximate subject characteristics of the three divisions making use of the criteria specified above.

3. Since Roman times there has been a dichotomous distinction into public and private law. Equally ancient is the tradition of controversy and polemic about the justification of this division and the basis on which to make it; some authors find no basis for it and adduce a variety of ideological and methodological arguments. The critics include Hans Kelsen, Leon Duguit as well as scholars of Marxist orientation. Others, however, consider the distinction useful and continue to search for relevant criteria.

4. In this regard the following conceptions exist: theory of legal relations, theory of interest, and theory of legal safety.²⁷ They are indeed often referred to as “theories” even though methodologically theories they are definitely not.

Distinguishing between public and private law is based on the assumption of equality between the parties involved in private law situations, while in public law the parties involved are not equal. From the point of view of legal relations subordination and superordination come into play. Private law is thus there to regulate relations between private individuals, as in civil law, while public law is concerned with relations between state organ and citizens or between state organs, as in penal, administrative and constitutional law.

The theory of interest makes it possible to distinguish between private and public law in terms of the different interests of the parties involved:

²⁷ See W. Lang et al., *op. cit.*, pp. 408–413.

individual, which is taken care of by private law, and state, served by public law. As Ulpianus put it: "Ius publicum est quod ad rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem [...]" Obviously, it is impossible here to draw a clear line between public and private law as discussed above.

The theory of legal safety in turn is grounded in the type of legal protection and the ways in which it is initiated; in private law it is the "private" initiative of a legal subject, while in public law the initiative comes from a state organ.

5. In itself none of the above conceptions is sufficient to unambiguously assign norms to the respective divisions or branches of law. Nor is their collective use satisfactory in each case. The question that presents itself though is whether it is at all necessary – for practical or theoretical purposes – to have precise classification criteria. What could be the importance of unambiguous assignment of norms to the various branches of law, and from what point of view? To answer this question we shall invoke some practical and theoretical considerations as well as those related to law making and legal practice.

6. From the point of view of legal theory dividing law into branches does not seem to be particularly important. It is, rather, practical considerations that justify such a division. Firstly, it is convenient to organise law school curriculum into courses corresponding to the various branches. Further, law school structure traditionally follows such divisions; hence there are departments or chairs of civil, penal, administrative etc., law. In the same way, law school faculty traditionally choose to specialise in disciplines that correspond to these divisions or branches. As new subdivisions arise, lecture series come to be offered, faculty members specialise in them, and appropriate departments are established. All this takes place regardless of the fact that attempts to draw distinct lines between them basing on precise and disjunctive criteria continue to fail.

7. Even more important, it seems, are law making and the functioning of law in practice. In the process of law creation the legislator faces a number of choices s/he has to make. Among others, s/he has to decide on the legal means to implement the desired legislative goal and, in particular, s/he has to choose the appropriate form of legal regulation. This involves decisions as to which division of law the norm to be created is to belong to and what place in the hierarchy it will occupy. This is important for social and legal reasons; the legislator must decide on the mode of legal regulation (civil, administrative or penal), employ the appropriate legal terminology, foresee the social cost of the regulation,

make sure that the merits of the new regulation will offset any undesirable side effects, and evaluate it in terms of the community's moral standards.²⁸ A telling example is the regulation restricting the number of offspring to one, as in China. The legislator must decide how to lower the growth of population, whether by means of repressive sanctions (penal law), by taxation, or by administrative methods. Each of such decisions has the effect of specific norms being "ascribed" to a particular branch of law. That, in turn, has important consequences for all aspects of the functioning of law, including the social one, and it influences legal interpretation, the type of inferences made, etc.

8. To sum up, dividing law into branches is not merely a formal device. It has a role to play in the practice of law, in legal exegesis and, consequently, it also has a material sense. Naturally, *toutes proportions gardées*.

V

1. The ordering of the legal system effected by the relations described above and viewed in the Polish writings in terms of the theory of deductive systems is assumed to exhibit fundamental properties of systemic order, i.e. the set of legal rules is non-contradictory and complete.

2. The former assumption – that the legal system is free from contradictions – is a natural one to make if we accept that the process of norm creation is a rational one, that the legislator behaves reasonably and rationally. And the vertical and vertical-horizontal structure of the legal system guarantees just that, at least relative to an idealised, abstract system. Real world legal systems hardly ever meet this criterion and instead generate a variety of contradictions – technical, political, removable and non-removable, apparent and real – between the norms. Hence the need for collision rules developed by legal science and legal culture to remedy the situation by removing the inconsistencies and contradictions within the system. One such collision rule has already been mentioned, the hierarchical principle of *lex superior*.

3. An even more "deductive" and abstract property is the requirement that the legal system be complete. There is however no consensus among legal scientists as to whether this property could be employed as a defining feature of a legal system. This is because completeness is an ambiguous concept; it may be understood to refer to validational, material or procedural aspects of a legal system.²⁹

²⁸ See J. Wróblewski, *A model for rational law making*, "Państwo i Prawo" 1973 (11).

²⁹ See A. Redelbach et al., *op. cit.*, pp. 221–223; W. Lang et al., *op. cit.*, pp. 405–408.

A legal system is complete in its validity if it contains a norm which is described in the literature as one that closes the system. In this way it is possible to tell whether a given norm does or does not belong to the system. That norm constitutes a set of distinct descriptive criteria for deciding whether some norms are legal norms. The issue touches on the complex problems of sources of law and their completeness. Material (qualifying) completeness gives rise to a number of difficulties and a source of never-ending debate and controversy among legal theorists.

In principle, qualifying completeness reduces to defining the relation between norms and behaviour, or the possibility of qualifying a given behaviour in terms of legal norms as being a manifestation of obligation, right, or legal indifference.³⁰ The basis for such completeness is the general exclusion norm which, in its extreme version, is formulated as follows: "For any behaviour X, if X is not forbidden, X is allowed".

The qualifying or material completeness has much to do with the issue of gaps in the law and has, over time, led to numerous legal theoretic controversies.³¹

A legal system is procedurally complete if – in conformity with the requirement of general solution – any law suit, claim, *etc.* properly filed should and can be legally settled.

VI

I have been able here to discuss the structure of legal systems only superficially. My intention, though, was not to deal with this complex matter exhaustively but merely to highlight the importance of some of the points raised. I would thus attach greatest importance to the relationship between the structure of law and the circumstance that law exists and functions as a system. Equally important is the effect of the structure of law on the coherence – absence of contradictions – of the norms. Lastly, it is important to realise that the notion "legal system" is ambiguous. At the same time I realise that the views expressed in this essay, the way they are presented, and the choice of issues discussed, may all be found debatable.

³⁰ See W. Lang et al., *op. cit.*, p. 496.

³¹ See *ibidem*, p. 407.

SECTION I. C.

Roman Tokarczyk

Professor of the University of Maria Curie-Skłodowska

Teaching of Comparative Law and Comparative Law Teaching

Introduction and Overview

In Poland, as in many other countries, mainly after 1989, there has been a discernible trend in law schools to improve the teaching of law in general and comparative law in particular. Polish academics and practitioners are aware that solutions to transnational problems often require the application of international or EU law and harmonized national legislation. It is no longer feasible for Polish legal practitioners engaged in the introduction of Poland into the European Union and international law practice to limit their inquiries to domestic law because globalization and trade liberalization require the adaption, by the international community, of supranational legislation. Therefore, it becomes increasingly important that Polish law students as well as Polish legal practitioners receive education tailored to match the challenges of the modern world.¹

This national report is concerned with two major topics: teaching comparative law and comparative law teaching in Poland, essentially after 1989 until today. The first topic deals with the teaching of law in universities and other educational, comparative law institutions of higher level. Especially, this topic examines the teaching methods used in Poland in the comparative law discipline. From this point of view, the recurring question is whether the traditional approach to teaching comparative law, namely the traditional lecturing method, still prevalent in Polish higher education and the so-called Socratic method used only by a few law professors, are still suitable for

¹ The challenges of the modern world, in the comparative approach, are well illustrated by and reflected in Polish law journals, especially aptly by the monthly "Państwo i Prawo" [The State and Law], which celebrated its fifty-fifth anniversary.

the teaching of comparative law. The other topic deals with the impact of current European and global developments on the teaching of comparative law. In particular it focuses on the influences of globalization and multiculturalism on the teaching of comparative law.²

It is certainly difficult to make a fine distinction between these two topics because some of the problem areas clearly overlap. However, for the sake of clarity of presentation, this separation would be useful in order to facilitate an examination of the current situation in Poland.

Polish Specificity and Originality

The development of comparative law thought in Poland is characterized by specific distinct features. During the period of partitions, when the uniformity of legal system binding in the Polish territory was disrupted, Polish lawyers had to take into account a comparative cognitive perspective. Until the legal system was unified in 1947, the Polish territory was essentially governed, in different parts and to a different extent, by Russian, Prussian, and Austrian laws, and in the regained territories of Spisz and Orava by the Hungarian law. Inevitable and numerous conflicts between those laws were regulated by the statute of 1926 on the *law competent for domestic private relations*. This legal situation of the Polish nation, unknown elsewhere, led to the development of something original: comparison of domestic laws, which, however, were of external origin.

The subject matter of comparative law consists in determining relations between the laws of different countries binding in the countries where they were made. In Poland it was only after the unification of the Polish law that legal schools were able to engage in pursuing comparative law in its typical form. However, comparative law in this country has so far failed to achieve the level of development it certainly deserves. For various reasons, Polish scientific literature concerned with the comparison of laws and legal thought is still modest, its manifestations are primarily monographs of selected particular problems. There are no Polish law journals specializing in the comparison of laws and legal thought in different countries. Comparative law in Poland has so far failed to acquire the status of a separate discipline: it has not been included in all teaching curricula binding at law departments while the activity of Polish comparative law jurists is seen

² Cf. W. J. Wagner, *Prawo porównawcze we współczesnym świecie* [Comparative Law in the Contemporary World], "Kościół i Prawo" [Church and Law] 1989, No. 7; G. A. Moens, *Note to National Reporters on Comparative Law Teaching*, leaflet.

more outside this country than at home. For example, presented at successive congresses of the International Academy of Comparative Law, *Rapports Polonais*, containing papers by Polish legal scholars, largely contribute to the development of comparative law concepts all over the world.

One can say, in general, that the interest in comparative law develops as a rule according to the state of international relations. When these are good, they are conducive to the fulfilment of ambitions in comparative law science. When, on the other hand, they deteriorate, what becomes widespread is most often the so-called contrastive comparative law that emphasizes differences and contradictions between the compared laws, readily used by national propaganda to stress the "superiority" of one legal system over others regarded as "inferior" without any serious justification. In the present day, regardless of the state of international relations, lawyers can only seemingly consider themselves to be specialists merely in their own domestic law. The need to take account of international contexts while regulating domestic affairs is so self-evident nowadays that lawyers unconsciously become comparative law practitioners. The same holds true for legislation, jurisprudence, and law education in Poland.³

Traditional Teaching Methods

Lecturing is certainly one of the main methods of educating Polish lawyers, especially in comparative law. A relatively new element in this process of education that grows as contacts of Polish professors with Western law education centres intensify, is a trend towards diversification of teaching methods. Adjusting Polish law-teaching curricula to the EU requirements compels a switch from authoritarian to liberal methods. The number of obligatory subjects decreases in favour of the growing number of facultative courses, one of them being comparative law.

Methods are being implemented that train students to prepare written work (legal writing) and to edit student scientific journals (legal research). The editing of reviews and journals by student meritocracy is an interesting form of development of students' scientific work. A new trend is also to encourage law students to combine their subject of study with other courses like economics, political science, sociology, history, philosophy, and sometimes even with medicine.

³ For more cf. R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza* [Comparative Law], 7th ed., Zakamycze 2002, passim.

The case method, consisting in the study of decisions, chiefly of appellate courts, under the professor's supervision, is not yet sufficiently practised in training Polish lawyers. This method, very useful or even indispensable, in teaching comparative law, harmoniously combines practice with theory in law and jurisprudence. During the academic classes it compels the professor to conscientiously prepare a class scenario and the students to actively participate in it. Owing to this method the student can make progress in analyzing, comparing, evaluating and preparing judicial decisions passed in the laboratory of the Polish jurisdiction, which remains in increasingly closer contact with that of the European Union and with the judicial systems of non-European countries. The swiftly deepening relations of the Polish judicial system with the European and non-European systems will most probably cause the case method to increase in importance in Polish legal education.

Both high expectations are aroused and numerous objections are raised in Polish legal education regarding the idea of clinical education. This concept is based on the conviction that the best way of teaching law is the student's practice, enlivening the sterile atmosphere of university walls, within living and functioning institutions. Clinical education is implemented through the students performing tasks that are the job of legal practitioners. It is basically similar to student training in the agencies of the administration of justice (courts, public prosecutor's offices, administration), which has long been used in Polish legal education. Based on active participation in and observation of the actual working of the law, it can be highly beneficial in teaching comparative law. Another method, which is a part of clinical education and is becoming increasingly popular in Poland, is the simulation by the students of different roles of the lawyer, especially in moot courts.⁴

Alternative Teaching Methods

While discussing the alternative teaching methods in training Polish lawyers we should name moot courts again, international exchange of professors (teaching tourism), research programmes and various conferences in comparative law.

⁴ For the description of comparison between the American and Polish traditional methods of law teaching see R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie* [American Law], 6th ed., Zakamycze 2002; A. M. Ludwikowska, *System prawa Stanów Zjednoczonych* [The US Legal System], Toruń 1999.

Moot courts belong to the most attractive forms of teaching comparative law. While lecturing on American law in 1990, I personally started annual moot courts held according to the American common law at Maria Curie-Skłodowska University's Faculty of Law and Administration, Lublin. At present the moot courts are organized by students after consulting with me, and by American lawyers who lecture at Polish universities as visiting professors.

The international exchange of professors in Poland, mainly from the US and Western European countries, has excellent results in teaching comparative law. There is no denying that the legal system, administration of justice and the doctrine of one country can be helpful or sometimes even necessary in solving legal problems in another. This is understood by serious scholarly foundations, which further the international exchange of professors who spread knowledge of comparative law.⁵

Until recently foreign scientific visits were a necessary condition for the proper scientific development of Polish scholars. This was determined not only by inadequate collections of scientific literature and sources. We also visited foreign centres for political, tourist, financial, and prestige purposes. The political purpose consisted in getting both a passport and a visa: it confirmed, as it were, the political correctness of the prospective visitor, both by his native and host authorities. The tourist goal, however secondary to the main purpose, had a significant cognitive role. The financial purpose was motivated, on the one hand, by the weakness of the Polish currency, and on the other by great purchasing power of the world's leading currencies. Finally, prestige lay to some extent in all the other purposes.

The systemic transformation that took place in Poland caused that foreign visits acquired a new meaning. Easy access to most information and its circulation, e.g. via the Internet, weakened the main purpose of scientific visits. After the collapse of sharp divisions between the competing systems – capitalism and socialism – the political purpose lost its significance. The tourist goal is achieved through specialized travel agencies. The financial purpose has also lost its appeal. Consequently, the prestige of foreign scientific visits has considerably gone down. Only those who really have to, go on scholarly visits.

Whenever I visited leading scientific centres on my numerous scholarly visits, I felt a certain inferiority complex. The hosts would often pride themselves on the fact that they did not have to visit anywhere because others were gladly coming to visit them. If they ever went on foreign visits

⁵ For very apt discussion see W. J. Wagner, *Międzynarodowa wymiana profesorów prawa (własne doświadczenia)* [International Exchange of Law Professors (Own Experience)], [in:] *Budowa środków zaufania międzynarodowego zadaniem kultury* [Building of International Confidence Measures as a Task of Culture], Opole 1992, pp. 229–238.

it was to strengthen their own belief about their political, cultural and scientific superiority rather than do any specific research. They tended to support a view, which is becoming increasingly widespread, that the number of foreign scientific visits is a measure of provincialism of one's own university.

These remarks cannot certainly undermine the importance of foreign scientific visits. They are meant merely to encourage us to redefine their past objectives.

Teaching with Electronic Technology

Although the computer cannot replace the lawyer's intellectual work, it makes it possible to save a lot of time and effort owing to its speed and simplicity of operations. For that reason, Polish law schools have included in their curricula computer skills, legal computer science, and computer science law, though not in all law departments. Apart from serving as word processor and operating specialist programs, the computer is used for speedily accessing and exchanging information concerning normative acts, judicial decisions and doctrinal views. The Internet provides the greatest opportunities as a world-wide network. This technology can be both an active teaching aid and a research tool in the comparative law area. In the curricula of training Polish lawyers the most often used Internet services include: e-mail, discussion lists, discussion groups, and, to the greatest extent, WWW-sites. The possibility of simultaneous transmission of the text, image, and voice makes WWW-sites a highly attractive form of supplying the immense amount of Internet-stored information to lawyers. However, surfing the WWW for specialist information requires that lawyers should possess an appropriate minimum of knowledge, especially in the area of comparative law.

Polish law students have access to free e-mail in selected law servers: Student LEX (<http://www.student.lex.pl/>), JusticeMail (<http://www.justicemail.com/>) and Adwokat.com (<http://www.adwokat.com/>). Student LEX is free e-mail for law students with access to the e-mail address book of law students. JusticeMail offers a free e-mail service available on the WWW explorer. Adwokat.com is a commercial service for counsellors at law. All these services can be used, in various ways, for teaching comparative law.

Polish law students use domestic and foreign law-related discussion lists. Three Polish discussion lists concerned with law are highly popular. The first – PRAWNICY (Lawyers) is a discussion forum on legal theory and practice. The second – KOMP-LEX – is an electronic discussion forum on the legal protection of information in Poland. Finally, the third one

STUDENCI PRAWA – is intended for law students. The most popular foreign discussion lists include: Cyberspace Law: Discussion Forums, Law List and Law Related-Listers. The subject of discussion in those lists can be, and often is, comparative law.⁶

What Should be Taught

The subject matter of comparative law as a teaching subject, although it has its temporal and territorial ranges, is of extraordinarily vast scope. One can study and teach, as is the case in Poland, historical comparative law and contemporary comparative law. One can pursue comparative studies of the evolution of domestic law and, far more instructive, comparative studies of laws in different countries. In either case the subject matter of comparative law can be: legal thought, law-making, specific units of law, application and law enforcement.⁷

Typical manifestations of legal thought expressed in ideas, ideologies, doctrines or in the Polish teaching curricula of comparative law include: equity, justice, equality, orderliness, order, security, coercion, and freedom. Also each unit of law – a norm, institution, branch or system is situated in specific legal thought: that of law of nature, of legal positivism, sociologism or psychologism. Comparative studies of legal thought are usually preceded by comparative language studies.

The main reason why legal norms are only marginally present in Polish comparative law studies is that they are dominated by functional views. Comparative law functionalism favours law units larger than the legal norm since legal function is manifested in them with all its splendour.

Comparing law institutions, understood as sets of legal norms that regulate specific kinds of separate social relations, belongs to tasks highly valued and most often undertaken by Polish scholars teaching comparative law. Law institutions can and should be compared in terms of their origin, content, and form. However, their function is most often considered to be the most important criterion of this comparison.

Interesting results are achieved in teaching comparative law in terms of branches of various law systems. In the area of private law there are generally no political-ideological reservations about pursuing comparative

⁶ Cf. for example P. Fajgielski, *Internet dla prawników. Mały przewodnik* [The Internet for Lawyers. A Short Guide], Lublin 1999.

⁷ For a broad treatment of the subject, see R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, p. 57 et seq.

studies. The case is different with public law.⁸ In the case of some branches of jurisprudence, for example theory of law or philosophy of law, a comparative approach is not only a necessary condition for their development but also for their formation itself. Comparative law studies pursued in terms of branch profiles have a highly developed organizational base.

Legal systems as the subject of comparative studies and comparative law teaching can be compared on different levels, e.g. in terms of structure and content, in static and dynamic or in historical and contemporary terms. The comparative studies of legal systems would certainly have a broader research area if each country had an original legal system.

The grouping of legal systems into law families, which is regarded as a cognitively interesting and practically significant, intellectual systematizing device, is not an indisputable problem in Poland. Disputes arise mainly around the criteria for distinguishing law families and then around the rules of comparing them in investigation and teaching. There are also difficulties arising from the classification of the same legal system as a member of several, different law families.

Until the collapse of the socialist system, in Poland, like in other socialist countries, comparative studies of law types belonged to research and teaching duties. Basing upon the Marxist assumptions, it was taught that each socio-economic formation had a corresponding, specific type of state, to which a specific type of law was assigned. It was obviously assumed that a socio-economic evolution would lead one day to the victory of communism worldwide and the universalization of the communist model of law.

The distinction of legal cultures as macro-units of comparative law, makes it possible to show the multi-dimensionality of law. The category of legal culture, placing law among other constituents of culture, makes it easier to bring the meaning of law closer to all those interested, not only to lawyers. In view of a great increase in cultural factors that drive out violence in present-day international relations, the pursuit of studies and teaching of comparative legal cultures cannot be overestimated.

Multiplicity of Legal Cultures

While adopting the category of legal culture as the main unit of law, one should, however, remember about numerous divergent views concerning the kind of distinguished units, their number and classification. Even the

⁸ Comparative studies of public law are successfully pursued at Wrocław University by Professors Jan Boć and Konrad Nowacki as co-authors and co-editors of the series "Prawo publiczne porównawcze" [Comparative Public Law].

authors who use the same unit of law often differ from one another in respect of its description, especially regarding nature, civilization and culture. Aiming at the overall characterization of law, they use macro-units of law, such as the system, family, tradition, type, and culture rather than its micro-units: a norm, institution or a branch. The criteria for classifying units of law include different proposals: the substantive and procedural content of law, sources of law, race, nationality, language, religion, culture, philosophy, theory, ideology, and the level of development. However, while distinguishing and classifying units of law, some dominant criterion is always indicated.

In view of the fact that normative culture, especially legal culture, which is the object of this discussion, is formed chiefly through multiple relations of religion – morality – law, we recognize this relations as the fundamental criterion for distinguishing legal cultures in the world. Investigation of many-sided interrelations between various norms shows clearly that law is ultimately based on morality, and the latter on religion. The reverse impact – the influence of law on morality and religion has so far been distinctly weaker and transient. One should also remember that a normative culture expresses a specific political culture, not only does it stem from it but it also influences the latter. The content-related interrelations between legal, moral, and religious norms consist in their identities, connections, and differences.

The identities of legal cultures, conditioned by the normative identity of specific scopes of religious, moral, and legal norms can be logically reduced to three possibilities: a) reduction of morality and law to religion – sacralization of morality and law, b) reduction of law and religion to morality – moralization of law and religion, c) reduction of morality and religion to law – legalization/juridification of morality and religion.

Connections between legal cultures can be extreme, as their identities, or non-extreme, assuming the features of similarities. These connections form a spectrum of feature similarities of religious, moral, and legal norms, the borderlines of the spectrum being determined on the one hand by identity and on the other hand by disappearance of any similarity whatsoever and emergence of differences. The identities, similarities and differences of religious, moral, and legal normative cultures are greatly influenced by political culture.

Differences between religious, moral, and legal norms can lead to separation between them. Separation of law from morality can cause the making and application of amoral or even immoral law. Separation of morality from religion can occur only in some political cultures, being manifested in secular morality, e.g. in independent ethics. Finally, separation of law from religion can be manifested through secular law.

In view of the presence of moral contents both in religion and in law, a criterion for distinguishing legal cultures in the world can be the relations of identity, connections, and differences between law and religion. One may thus speak, albeit with oversimplification, of legal cultures of identity of law and religion, legal cultures of connections between law and religion, and legal cultures of the separation of law from religion. An example of the first is Judaism, Christianity, and Islam. The second are exemplified by animism, Confucianism, Buddhism, while the third – by common law and the culture of statutory law.⁹

Comparative Law and Globalization

European legal culture, together with mainly American legal culture, co-forms the character of contemporary Western legal culture. It can be characterized by means of its following main features: rapid changes in law, an explosion of human needs, instrumental legitimacy of law, a strong legal individualism, multiplicity of legal degrees and titles, vast case jurisprudence, depreciation of lawsuit, processes of law unification, and convergence of legal cultures.

Rapid changes in law are a feature of the contemporary Western legal culture. Its elements of history, tradition, stability and simplicity increasingly give way to the elements of the present, the dynamic, the complex, and of change. More and more complicated present-day law reflects the complicated and risk-laden nature of the present-day world. Spectacular scientific discoveries and stunning technological inventions like the radio, television, telephone, computers, cars, aeroplanes, and satellites have multiplied the speed of human communication and movement, which directly affects the speed of law changes. Earlier science fiction has become present-day reality.

The processes of unifying law go beyond the legal impact of present-day Western legal culture. Along with the regional law unification, e.g. within the European Union, the process of the global unification of law is also taking place. The modern world, connected through spectacular means of communication and transport, is conducive to the internationalization of human relations through regulating them by law. State borders lose their importance as economic or cultural frontiers, retaining only the relics of political boundaries. Where there are no clear boundaries, the uniformization,

⁹ See R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne* [Contemporary Legal Cultures], 2nd ed., Zakamycze 2002, p. 98 et seq.

standardization, harmonization, unification, and adjustment of the existing diversified law occur.

The present-day processes of law unification on the regional and global scales take place primarily through programmes of law unification, transplantation of legal institutions, and through the spontaneous convergence of legal cultures. The most serious obstacles to the processes of law unification include, inter alia, religious difference factors. The defenders of traditional legal cultures charge the supporters of law unification with cultural imperialism. It seems, however, that despite this charge, it would be difficult nowadays to stop these advanced processes of law unification.

The convergence of legal cultures follows directly from the processes of law unification, producing their similarity. In the common law culture the role of statutory law is increasing, while the elements of common law penetrate into the culture of statutory law. In both these cultures the number of regulations by the government is rapidly growing in proportion to parliamentary regulations. Government regulations are increasingly getting out of control by parliamentary regulations and by the court. Like in the common law culture, also in the statutory law culture the courts make law by means of extensive interpretation. In Western legal cultures, parliamentarians and judges want to co-participate in exercising the executive power.

Thus the principle of the tripartite division of powers, the pride of Western legal culture, is losing its importance. Despite observing numerous manifestations of law convergence in Western legal culture, it would be difficult to advance a view that it is a homogeneous whole. However, in the contemporary world, clear-cut boundaries do not run within the Western legal culture. They run between Western legal cultures and the legal cultures of the East. The boundaries appear to be even sharper when we compare the legal cultures of the civilizational North with the legal cultures of the civilizational South.¹⁰

Evaluation of Law Teaching

The scholarly interest in comparative law in Poland manifested itself in this country, like in many countries in the world, after World War II. Attempts to introduce elements of comparative law into the curricula of law teaching met with political and ideological difficulties before 1989. These obstacles, however, had to give way to the need to take account of

¹⁰ *Ibidem*, p. 211 et seq.

comparative law under the conditions of a huge rise of international organizations accompanied by a high growth in transport and communications, especially by air. This intensified international contacts in various fields: science, industry, trade, culture, and tourism, always based to some extent on both foreign and domestic law.

The ranks of Polish academic pioneers in comparative law, active in the International Academy of Comparative Law, included, in the days of socialist rule, Warsaw professors Stefan Rozmaryn and Witold Czachórski, and Adam Szpunar, a Łódź professor. At present almost all Faculties of Law at Polish universities already teach at least the elements of comparative law. This kind of instruction brings closer the form of teaching comparative law as an independent discipline of jurisprudence, or the application of comparative methods in teaching particular branches of jurisprudence: theoretical, philosophical, historical, and dogmatic. Four university centres have so far distinguished themselves in the research on and teaching of comparative law in Poland: Lublin, Toruń, Warsaw, and Łódź.

In the Lublin centre, comparative law as an independent field of study and research is pursued by the author of this report. Some professors combine their fields of jurisprudential study with comparative methods: Leszek Leszczyński and Roman Tokarczyk with theory and philosophy of law, legal cultures, and with American law; Marek Kuryłowicz with history of law, Józef Krukowski with constitutional law, Mieczysław Sawczuk with civil law, Maria Poźniak-Niedzielska with commercial law, Andrzej Wąsek with criminal law. A number of scientific comparative conferences were also organized and several issues of a journal devoted to comparative law were edited.

In the Toruń university centre, Professor Waclaw Szyszkowski belonged to the pioneers of pursuing comparative law, especially constitutional law. Currently, comparative studies in theory and philosophy of law are successfully pursued by Professors Wiesław Lang and Lech Morawski. The comparative method pervades Professor Janusz Justynski's studies in the history of law and legal doctrines. Well-known comparative law professors include: Cezary Mik and Kazimierz Lubiński in European law, Mirosław Nesterowicz in medical law, and Marian Filar in criminal law. The Toruń centre publishes a journal titled "The Comparative Law Review."

In the Warsaw scholarly centre many law professors combine comparative methods with their branches of jurisprudence. For lack of room we can name but a few. Professor Piotr Winczorek is concerned with comparative theory and philosophy of law and constitutional law. The same fields of study are pursued by Professor Adam Łopatka. Professor Jan Baszkiewicz and Professor Katarzyna Sójka-Zielińska apply comparative methods in history of law and the state. Professor Mirosław Wyrzykowski teaches and

propagates comparative constitutionalism and comparative legal cultures with great organizational and conceptual dynamics. Of high cognitive and practical value are numerous comparative studies in the European Union law authored by Professor Jerzy Jaskiernia.

In the Łódź academic centre comparative law has an established position. Professor Marek Zirk-Sadowski is engaged in comparative theory and philosophy of law, as was his master-mentor Professor Jerzy Wróblewski earlier. Also, Professor of civil law, Biruta Lewaszkiewicz-Petrykowska has considerable achievements in comparative law studies. Comparative methods are also appreciated by criminal law professors in Łódź.

Some Faculties of Law in Poland invite foreign professors to lecture on foreign and comparative law. Probably the best-known American lecturer in comparative law in Poland is Professor Wenceslaw Wagner, an eminent world authority on comparative law, who largely contributed to the development of comparative law in Poland. He held lectures on comparative law at many Polish universities, inter alia, Warsaw University, Jagiellonian University in Cracow, University of Toruń, Maria Curie-Skłodowska University in Lublin, Silesian University in Katowice, Catholic University of Lublin, and Higher School of Law and Administration in Warsaw.¹¹

What Can it Achieve?

Comparative law, fulfilling specific functions, serves to attain certain goals regarded as useful. These goals can and even should be subject to evaluation by means of the categories of economic utility, legality, effectiveness, and others. In most general terms, one can say that comparative law studies, while fulfilling many practical and theoretical functions, serve many practical and theoretical purposes. These functions are most often grouped in the following: cognitive, teaching, legislative, interpretative, unifying, and ideological groupings. For the purpose of this report the cognitive and teaching functions of comparative law are most appropriate.

The cognitive functions of comparative law are primarily manifested in the accumulation of the knowledge of law in order to make it available to all those interested. This store of knowledge can be drawn from spontaneously or in a more organized way, where comparative law is taught as a university course.

¹¹ Cf. e.g. W. J. Wagner, *Teaching American Constitutional Law in Poland*, "Constitutional Commentary" 1988 (summer), Vol. 5, No. 2.

At the start of this century, as in the late twentieth century, knowing and understanding the meaning of differences, similarities and identities of various comparable laws is almost unanimously regarded as one of the main functions of comparative law. For this knowledge and understanding serve, without doubt, to find the best solutions, by means of law, to similar social problems occurring in different countries. Comparative jurists, who generally agree about the crucial significance of cognitive functions out of all comparative law functions, often differ over the nature itself of this knowledge and understanding. On the one hand there are followers of positivistic trends in jurisprudence, who seek the principles of "pure" cognition, free from evaluation and value judgements, while on the other hand there are numerous supporters of the view that any cognition, especially when based on comparative methods, must be associated with evaluation and value judgements.

One should agree with the view that the postulates of "pure" cognition, extended to cover the subject matter of comparative law as well, are based on illusion. If the functions of this subject matter are manifested, *inter alia*, in the choice of the best solutions out of the laws being learned, the application of evaluation and value judgement is unavoidably necessary. For there is no choice without evaluation and value judgements. Assessment and choices create the very core of comparative law procedures. While accepting the view that legal sciences in general, and comparative law in particular, serve to seek the best solutions possible to legal problems, one cannot at the same time reject the idea of their evaluative and valuing nature. It is in this sense that comparative law deserves to be called *école de vérité* and supply of solutions.

For an academic comparative law jurist the dominant function of comparison remains the development of knowledge of law, which can be used in practice for different, more or less noble causes. Although law theorists generally unanimously reject the application of the results of their work to morally ignoble ends, practice is governed here by its own specific norms. But all of them never doubt that the use of cognitive instruments of comparative law can provide far more solutions to specific legal problems than the analysis of laws in one country only. Even a highly imaginative lawyer yet confined in his considerations within the laws of one country, would not be able to cope with this diversity of legal conceptions that can result from comparative studies. The present-day goal is not, as comparative law pioneers would have it, that one universal truth about law should be discovered. What is at issue is rather to know various solutions to similar problems, regulated by law, and choose the most suitable one for particular circumstances.

The history of law and legal thought shows that it would be difficult to understand the processes of development, progress, stagnation, and retrogression in legal policy in a way other than comparing them. Comparative law serves to deepen the knowledge of legal facts and ideas, to show recurrent elements and regularities, to construct classifications and typologies. To pursue ambitious scholarly research in law is at the same time to pursue comparative law studies. The adoption of a comparative cognitive perspective is almost identical with going beyond local particularism (in terms of language, culture, politics, religion, methodology etc.). It makes it possible to understand the tendencies in the development of law and legal thought in the world, and against this broad background, the trends in one's own domestic law and its accompanying legal thought. One can therefore share the belief of comparative lawyers that knowledge of only one legal system and only one form of legal thought means the lack of deeper knowledge of law and legal thought in general.

The teaching functions of comparative law studies are an organized expression of its cognitive functions, found mainly in the academic forms of law teaching. Despite great cognitive attractiveness and practical utility of comparative law, not all countries have yet accorded it its rightful position in the university curricula. Most countries retain the models of law teaching confined as a rule to domestic law. These models go beyond the domestic character only when presenting the influences, reception, and incorporation of the elements of foreign law into the domestic one (e.g. Roman law into the European legal systems). Still exceptional, however, are the models of law teaching in those countries (mostly Western) where specific law units of different states are compared methodically and within a separate organizational framework. These comparisons are called comparative law, perhaps not very suitable for the subject matter.

The development of law teaching curricula confined to the presentation of domestic law only was justified in the past, in low population mobility in the world, and in the obtaining of international relations based on political and legal isolationism. In the contemporary world, characterized by extraordinary mobility of people and events, the confinement of legal studies to the domestic law is flagrantly anachronistic: it fails to satisfy the existing requirements. Comparative studies of laws should be regarded as a major factor in shaping a higher legal and juridical culture. Learning foreign laws provides proper measures for evaluating the level of domestic law and it may induce one to seek ways of its improvement. A comparative perspective makes it easier to notice the many-sided conditioning of domestic law forms, despite similar contents, similarity of its functions, despite differences in form etc.

Comparison of laws brings not only cognitive benefits but also practical ones. In particular, one cannot overestimate the importance of comparative law studies in international conflict-of-interest law, in interpreting international treaties, in rulings in international cases, in international arbitration, in international attempts to harmonize and standardize the law. One can justify a thesis that the deeper the cooperative relations are between particular countries, the more obvious is the necessity to adopt uniform legal solutions, developed on the basis of comparing their domestic laws.

Our times witness the problems of universal, world-wide significance, which cannot fail to attract the attention of law students. These include especially the prevention of a global military conflict, environmental protection, elimination of racial, ethnic, religious, and nationality-related conflicts, and developing a sense of broadly-understood justice on a global scale. These problems that determine the survival of mankind cannot be solved single-handedly by isolated countries. They even compel cooperation between nations and states; legal studies should shape and strengthen awareness of this necessity. Comparative law can contribute to defining the content and forms of this cooperation forced by the existing threats, and that is where its educational function lies. By fulfilling this function, comparative law opposes narrow isolationism and it propagates the universalism, so desirable at present, of some legal solutions. It also rejects blind nationalism and criticizes narrow-minded legal dogmatism and formalism.

While trying to find the proper position of comparative law in university curricula, several points should be indicated. As we know, in those curricula there are jurisprudential fields of study that are regarded as fundamental: civil, criminal, administrative, constitutional, financial and labour law, philosophy of law and some jurisprudential subjects that are supplementary (or luxury ones): history of law, Roman law, theory of law, history of political and legal doctrines, and sociology of law. Comparative law belongs to the latter group. We know that confining law teaching curricula to the basic subjects leads to the training of relatively competent "law technicians." On the other hand, we also know that overabundance of basic subjects may, on account of limited learning abilities of students, result in the limitation of teaching of supplementary subjects that broaden their mind. This common and similar situation of supplementary subjects has a decisive bearing on the teaching position of comparative law.

It appears that until comparative law acquires its rightful position in the law teaching curricula, at least other possibilities should be taken advantage of in this respect. First of all, taking account of a comparative perspective in teaching individual branches of law, to a larger extent than so far, would certainly serve the purpose. Therefore, the teaching of

appropriate elements of comparative law could be integrated with the corresponding branches of law. However, this would require a substantial revision of both content and form in the preparation of handbooks, lectures, classes, and seminars. Not only would bridges thus be built between the "domestic" and the "international" in the law but this would also overcome differences in views between advocates of comparative interpretations and supporters of a non-comparative approach.¹²

¹² For more see R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, p. 199 et seq.

SECTION II. A. 2

Biruta Lewaszkiewicz-Petrykowska
Professeur à l'Université de Łódź

Responsabilité du fait des produits et des services défectueux: Développement d'un standard mondial?

Remarques générales

La responsabilité civile du fait des produits et des services défectueux relève du Code civil¹. Celui-ci comporte les règles générales autant de responsabilité délictuelle (art. 415-449 du C.civ.) que de responsabilité contractuelle (art. 471 et s. du C.civ.). Dans le cadre du régime contractuel le Code régit aussi la responsabilité objective au titre de garantie de vices cachés (art. 556-576 C.civ.). De plus, le Code civil polonais consacre un régime spécifique de responsabilité réservé aux seuls dommages causés par l'insécurité du produit (art. 449¹-art. 449¹¹ du C.civ.) qui, en grandes lignes, correspond au régime instauré par la Directive 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, dans son texte établi par la Directive 1999/34/CEE du 10 mai 1999, sur le changement de la Directive 85/374/CEE².

I. Le régime spécifique de la responsabilité du fait des produits dangereux

Par la loi du 2 mars 2000³ le législateur a introduit dans le Code civil un nouveau titre VI¹ qui suit le titre VI consacré à la responsabilité

¹ Loi du 23 avril 1964 (J. des L. 1964, no 16, texte 93, entrée en vigueur le 1er janvier 1965, modifiée en 1971, 1976, 1982, 1984, 1985, 1989-2001.

² O.J.L. 141 du 4 juin 1999.

³ La loi du 2 mars 2000 relative à la protection des consommateurs et à la responsabilité pour le dommage causé par le produit dangereux, J. des L., n° 22, texte 271, entrée en vigueur le 1 juillet 2000.

délictuelle (la responsabilité au titre des actes illicites selon la terminologie polonaise). Le Titre VI¹ du Code est intitulé: «La responsabilité pour le dommage causé par le produit dangereux». Il comporte 11 articles numérotés 449¹ à 449¹¹.

La responsabilité pour le dommage causé par un produit dangereux ne peut être exclue ni limitée. Elle est alors impérative au moins vis-à-vis d'un producteur. Notons toutefois que selon l'art 449¹⁰ du C.civ. les dispositions relatives à la responsabilité pour le dommage causé par le produit dangereux n'éliminent pas la responsabilité du producteur pour les dommages en vertu des règles générales, pour les dommages résultant de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite de l'obligation ainsi que la responsabilité au titre de garantie des vices cachés (l'art. 449¹⁰ du C.civ.). C'est à la victime de choisir sur quel plan elle veut placer sa demande. Cette responsabilité est alors facultative pour la victime. Il est évident, toutefois, que la victime ne pourra pas cumuler des réparations pour les mêmes dommages.

Notons d'abord, la notion de «produit» est opposée à celle de «service» et c'est en ce sens que ce terme est utilisé par le Code civil. La notion du «produit» comprend uniquement les objets fabriqués en masse, en usage de la méthode industrielle. Cette notion n'englobe pas des choses construites ou créées à la demande individuelle par exemple, en exécution du contrat d'entreprise.

La responsabilité du fait des produits dangereux est fondée sur le risque⁴. Elle est alors de caractère objective et le responsable (en principe le producteur) ne peut pas se libérer en apportant la preuve qu'aucune faute n'était commise ni par lui-même ni par les personnes dont il répond. En vertu de l'art. 449¹ paragraphe 1 du C.civ. «Celui qui, dans le cadre de son activité économique, fabrique (producteur) un produit dangereux est responsable du dommage causé à qui que ce soit par son produit».

Il est facile à saisir que le législateur polonais n'opère pas d'une notion de «produit défectueux». Sur cette place, il use la formule d'un «produit dangereux» autrement dit le produit à propriétés dangereuses. Cette terminologie s'explique par l'importance particulière que revêt l'impératif de sécurité et la possibilité de définir dans ce domaine un standard objectif.

La notion du produit est large mais limitée. L'art. 449¹ paragraphe 2 du C.civ. désigne «tout bien mobilier, même s'il est incorporé dans un autre bien. Le terme produit désigne également les animaux ainsi que l'électricité». Les immeubles sont donc exclus. Toutefois, en cas où une chose mobilière, incorporée dans un immeuble, étant partie composante de celui-ci (par

⁴ En droit polonais la responsabilité basée sur le risque correspond à strict liability in tort anglo-américaine.

exemple, l'élément du chauffage central, l'ascenseur etc.), s'avère dangereuse et cause un dommage, la responsabilité de son fabricant peut entrer en jeu. Le droit polonais n'exclut pas des produits agricoles, de l'élevage, de la chasse et de la pêche.

La solution de l'art. 449¹ paragraphe 2 du C.civ. est critiquée par la doctrine. On souligne d'abord qu'il est incompréhensible de limiter la responsabilité stricte à un seul type d'énergie, à savoir l'électricité, notamment si on sait que, par exemple, le gaz est encore plus dangereux⁵. La notion du produit n'englobe pas de biens intellectuels, par exemple, le programme/logiciel informatique en tant que tel (à lui seul) ne constitue pas le produit à la lumière de disposition de l'art. 449¹ du C.civ. malgré que celui-ci mis en circulation peut se révéler dangereux. En revanche, le même programme intégré dans l'ordinateur ou dans d'autre appareil, étant sa partie composante, serait qualifié de produit et lorsqu'il va provoquer un dommage son producteur en serait responsable selon les règles de la responsabilité objective du fait des produits⁶.

Le texte n'opère de notion ni de vice ni de défaut, il ne s'intéresse qu'à la sécurité du produit. Peu importe s'il est dangereux en lui-même, ou s'il est dangereux parce qu'il est vicieux. D'autre part, l'inaptitude du produit à l'usage convenu n'est pas prise en compte, ses conséquences sont régies par les règles générales de la responsabilité contractuelle ou celles au titre de vices cachés.

Reste à savoir, quand faut-il qualifier un produit comme dangereux? Le paragraphe 3 de l'article 449¹ du C.civ. statue: «Un produit est dangereux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut s'attendre compte tenu l'usage normal du produit». Le même paragraphe dans sa phrase suivante explique: «Les circonstances du moment de sa mise en circulation, et en particulier la façon de le présenter au public, ainsi que les renseignements sur ses propriétés fournis au consommateur, sont déterminantes pour conclure si un produit est sûr, sinon». Toutefois une réserve s'impose: «Un produit ne peut être considéré comme n'offrant pas la sécurité par le seul fait qu'un autre, plus perfectionné, a été mis postérieurement en circulation» (phrase 3 du paragraphe 3 de l'art. 449¹ C.civ.). La loi n'établit donc pas la responsabilité du producteur pour le «risque de développement».

En résumant, la qualification du produit doit se faire compte tenu son usage normal. Cela veut dire qu'on doit prendre en considération si l'usage

⁵ Cf. J. Rajski, *Odpowiedzialność za produkt niebezpieczny w świetle nowych przepisów kodeksu cywilnego* [La responsabilité du fait d'un produit dangereux à la lumière de nouvelles dispositions du Code civil], «Przegląd Prawa Handlowego», 2001, n° 100, p. 25.

⁶ Cf. J. Rajski, *op. cit.*, p. 25; E. Bagińska, *Nowe unormowanie odpowiedzialności cywilnej za produkt* [Nouvelle réglementation de la responsabilité civile du fait d'un produit], «Przegląd Sądowy» 2000, n° 9, pp. 51, 52.

normal et correct d'un produit concret présente le danger de causation du dommage, sinon. La distinction selon la nature propre du produit n'a pas d'importance. Avant, on distinguait deux sortes des produits: 1) dangereux en lui-même – son utilisation, quoique nécessaire, est inévitablement liée à un danger (dynamite, carburants, composants toxiques, gaz, électricité etc.). La nature propre de ce type de produits nécessite le respect des précautions particulières à toutes les phases de leur production, commercialisation et emploi. 2) un produit dangereux parce qu'il est vicieux – cette qualification peut concerner tous les produits, normalement inoffensifs, lesquels, suite à un défaut dans leur structure ou à leur usage incorrecte, peuvent provoquer un dommage à leur usager ou à un tiers. Cette optique ne peut pas être soutenue. L'objectif est de garantir la sûreté de l'utilisation de tout produit mis sur le marché. La sécurité du produit doit être appréciée dans une perspective objective, selon les critères objectifs, par rapport à ce que le public est en droit d'attendre.

En qualifiant un produit en tant que dangereux, il faut aussi faire rappel aux renseignements donnés par l'art. 4 de la loi du 22 janvier 2000 relative à la sécurité générale des produits⁷. L'article cité statue: «Le produit sûr c'est tout produit qui, dans des conditions normales ou d'autres raisonnablement prévisibles, pendant sa durée d'utilisation prévisible, ne présente pas de risques ou seulement des risques réduits à un niveau bas, compatibles avec l'utilisation du produit et considérés comme acceptables dans le respect d'un niveau de protection élevé pour la santé et la sécurité des personnes». L'élément qui compromet la sécurité d'utilisation du produit, normale et conforme à sa destination, n'a pas d'importance, ce peut être aussi bien un vice dans la structure du produit lui-même que le mode d'emploi incompréhensible ou insuffisant. D'autre part, jamais un juge polonais n'admettra la responsabilité du producteur en cas où il s'agit du produit dont l'utilisation normale et conforme à sa destination est inévitablement liée à un risque pour la santé connu de l'utilisateur, comme c'est le cas de l'alcool ou des cigarettes.

Le sujet protégé.

La catégorie des personnes qui sont autorisées de se référer à ce genre de responsabilité est très vaste. En principe toute victime endommagée par le produit dangereux est protégée. Le système s'applique de la même façon à toutes les victimes, qu'elles se trouvent, vis-à-vis du producteur, dans une situation contractuelle ou extra-contractuelle. Il n'y a pas de différence entre contractants et tiers, les uns et les autres sont soumis aux mêmes règles. De même on ne distingue pas, s'il s'agit des usagers, leur famille, des tiers

⁷ J. des L. 2000, n° 15, texte 179.

observateurs etc. De plus le texte n'exige pas que la victime entre dans la catégorie de non-professionnels ou consommateurs. L'action en dommages-intérêts peut être intentée de même par la victime directe que par la victime par ricochet. Notons toutefois, que s'agissant du dommage aux biens, le producteur n'est responsable qu'en cas où la chose détruite ou endommagée appartient à la catégorie des choses destinées à l'usage personnel et le demandeur l'usait conformément à sa destination.

Le sujet responsable.

La responsabilité du fait des produits dangereux incombe aux professionnels, c'est-à-dire aux personnes physiques ou morales qui exercent une activité économique et dans le cadre de cette activité elles ont mis le produit sur le marché. Le but est d'incomber la responsabilité à toute personne participant professionnellement dans le processus de production et de distribution du produit.

Il s'agit tout d'abord d'un producteur (fabricant) celui donc qui, dans le cadre de son activité économique, professionnelle, avait fabriqué le produit dangereux. De plus toute personne prenant part dans le processus de fabrication ou de production ou bien de distribution d'un produit qui se révèle dangereux est responsable, à savoir:

1) le producteur des matières premières ou du matériel, un producteur des parties composantes du produit. Notons toutefois, la responsabilité du producteur des matières premières ainsi que celle du fabricant des parties composantes est limitée aux conséquences dommageables des propriétés dangereuses de ces éléments, dont ils sont producteurs. Les limites de leur responsabilité sont tracées par le lien de causalité entre les propriétés dangereuses des matières premières ou de la partie composante du produit et le dommage dont la victime a subi. La responsabilité des personnes mentionnées ne sera pas admise en cas où la construction (structure) défectueuse du produit fini ou les renseignements vicieux ou fautifs du fabricant d'un produit fini constituent une cause exclusive du dommage (l'art. 449⁵ paragraphe 2 du C.civ.);

2) toute personne qui se déclare d'être producteur. Il s'agit de toute personne qui se présente en tant que producteur en apposant son nom, sa marque ou d'autre signe distinctif sur le produit (l'art. 449⁵ paragraphe 2 du C.civ.);

3) l'importateur des produits d'origine étranger est responsable au même titre que le fabricant (l'art. 449⁵ paragraphe 2 du C.civ.);

4) s'il est difficile d'identifier le producteur ou d'autre personne indiquée sous points 1-3 suscités, c'est tout (fournisseur) vendeur professionnel d'un produit dangereux qui est responsable. Il peut s'en libérer s'il notifie à la victime, dans un délai d'un mois à compter de la date où le dommage lui

est notifié, la personne et l'adresse du fabricant (producteur) ou d'une personne indiquée sous point 2, et de l'importateur s'agissant de produit importé.

Nous voyons alors que tous les participants au circuit de distribution sont responsables. Le producteur du produit fini et les personnes mentionnées sous points 1-3 sont responsables solidairement (l'art. 449⁵ paragraphe 3 du C.civ.).

En cas où un tiers est aussi responsable pour le dommage causé par le produit dangereux, sa responsabilité et la responsabilité des personnes susmentionnées est solidaire.

La responsabilité du producteur dépend du fait si c'est lui qui a mis le produit en circulation, cela veut dire qu'il s'en dessaisi volontairement. Notons, que la mise en circulation n'est pas liée au transfert de la propriété, mais à celui de la détention. La mise en circulation désigne le moment de la sortie du produit de la sphère de production et son entrée dans la sphère d'utilisation. Le produit doit alors apparaître sur le marché. C'est aussi le moment où le fabricant perd son contrôle sur le produit.

Le dommage causé avant la mise en circulation du produit (par exemple le dommage subi par un salarié ou l'invité se trouvant sur le terrain de l'entreprise) n'est pas indemnisé selon les règles de responsabilité stricte du fait des produits.

Le fardeau de la preuve.

Le dommage doit être causé par un produit dangereux. Le demandeur doit donc prouver: le dommage, fait d'un produit dangereux, la relation causale entre le produit dangereux et le dommage, le fait que la mise en circulation du produit a été faite dans le cadre de l'activité économique du défendeur. La preuve de cette dernière circonstance est facilitée par une présomption d'antériorité statuée dans l'art. 449⁴ du C.civ. L'article cité déclare: «Il faut présumer qu'un produit dangereux, ayant causé le dommage, avait été fabriqué et mis en circulation dans le cadre de l'activité économique du producteur».

La victime n'est pas obligée de prouver un vice concret du produit. Cependant dans la pratique judiciaire on se sert de notion telle que défaut ou vice de production découlant, par exemple d'usage des matériaux non corrects, non adéquats, ou du contrôle insuffisant, «vice de construction», «vice d'instruction», défaut des renseignements utiles, défaut de mise en garde etc. La possibilité de démontrer d'un vice pareil facilite évidemment la tâche de la victime et de la Cour.

L'exonération – les moyens de défense.

La responsabilité du producteur est très sévère. Étant objective et indépendante de la faute, elle n'est pas, néanmoins, absolue, quoique les

possibilités d'exonération sont restreintes. Le fabricant peut se libérer en apportant la preuve d'un des faits exonératoires prévus par l'art. 449³ du C.civ., à savoir:

- 1) que ce n'est pas lui qui a mis en circulation le produit dangereux,
- 2) que la mise en circulation du produit dangereux avait été faite en dehors de son activité économique,
- 3) que les propriétés dangereuses du produit ont apparu après sa mise en circulation, à moins qu'elles découlent d'une cause, contenue dans le produit, antérieure à sa mise en circulation,
- 4) qu'au moment de la mise en circulation du produit, il n'était pas possible de prévoir ses propriétés dangereuses compte tenu de l'état de la science et de la technique de l'époque,
- 5) que les propriétés en question découlaient de l'application des règles impératives du droit.

Le dommage réparable.

La loi garantit la réparation du dommage tant aux personnes qu'aux biens. Tout dommage aux personnes est indemnisé intégralement. Le montant de l'indemnisation est évalué selon les règles générales. En vertu de l'art. 361 paragraphe 2 du C.civ. la réparation du dommage comprend alors les pertes subies par la victime (*damnum emergens*) ainsi que les profits qu'elle aurait pu réaliser, si elle n'avait pas subi de préjudice (*lucrum cessans*). En cas de lésion corporelle ou de troubles de santé la victime peut, en outre, demander réparation du dommage moral en se fondant sur l'art. 445 du C.civ. L'action en réparation peut être intentée par la victime elle-même et, lorsqu'elle est décédée, par les victimes par ricochet.

S'agissant du dommage aux biens la situation est différente. D'abord, ce n'est pas tout dommage qui est indemnisable en vertu des règles spécifiques de la responsabilité du fait des produits dangereux. Il y a des limitations s'il s'agit de bien endommagé et de même s'il s'agit du montant de l'indemnisation. La réparation du dommage aux biens est due à la victime uniquement en cas où la chose détruite ou endommagée appartenait à la catégorie de choses destinées à l'usage personnel et la victime l'utilisait personnellement et conformément à sa destination (l'art. 449² du C.civ.). Ensuite, la réparation n'englobe ni l'endommagement du produit lui-même, ni les bénéfices (profits) que la victime aurait pu atteindre grâce à son utilisation (l'art. 449⁷ paragraphe 1 du C.civ.). Enfin, les dommages négligeables ne sont non plus réparables. L'indemnisation n'est pas due en cas où le montant du dommage aux biens est inférieur ou égal à 500 EURO (l'art. 449⁷ paragraphe 2 du C.civ.). Ceci ne signifie pas d'ailleurs que la victime est privée de toutes possibilités et que c'est elle-même qui doit supporter le poids du dommage. Elle peut se prévaloir à d'autres règles, en particulier

elle peut fonder sa demande sur la clause générale de la responsabilité délictuelle (l'art. 415 du C.civ.).

L'action en réparation du dommage causé par un produit dangereux se prescrit par trois ans à compter du jour où la victime a eu connaissance du dommage et de la personne tenue de le réparer. En tout cas, cependant, l'action (la prétention) se prescrit par dix ans à compter de la mise en circulation du produit (l'art. 449⁸ du C.civ.).

Etant donné que les règles particulières portant sur la responsabilité du fait des produits dangereux sont relativement récentes la Cour Suprême n'avait pas eu d'occasion d'en statuer. Ceci ne veut pas dire qu'il n'existe pas la jurisprudence envisageant la responsabilité du producteur, mais elle date de l'époque antérieure à la loi du 2 mars 2000.

II. Le droit commun. Les principes généraux

Quelques remarques préliminaires paraissent nécessaires. Le droit polonais de la responsabilité civile est basé sur la théorie dualiste. Il connaît donc les deux ordres de responsabilité: contractuel (art. 471 et s. du C.civ.) et délictuel (art. 415 et s. du C.civ.). Suivant les circonstances, la responsabilité peut être engagée en vertu des règles de l'un ou de l'autre régime. Si toutes les conditions de la responsabilité délictuelle et celle contractuelle sont réunies l'option du régime appartient à la victime (art. 443 du C.civ.). Selon une clause générale, la responsabilité est basée sur la faute (prouvée en cas de responsabilité délictuelle ou présumée en cas de responsabilité contractuelle).

A. La responsabilité du fabricant selon les règles générales

En Pologne, la responsabilité des fabricants pour le dommage causé par leur produit est traditionnellement délictuelle. La jurisprudence polonaise rejette le concept des chaînes de contrat en tant que justification de la responsabilité du fabricant du fait d'un dommage causé par un produit. A notre avis, le concept cité pourrait justifier la responsabilité du vendeur au titre des vices cachés à l'égard du sous-acquéreur, et non pas du fabricant à l'égard d'un tiers. Il ne faut pas oublier que la victime n'est pas forcément l'acheteur ni l'utilisateur ou consommateur du bien ayant causé le dommage.

Selon la jurisprudence bien constante, la responsabilité du fabricant a son siège dans l'art. 415 du C.civ. Son fondement constitue donc une

clause générale de responsabilité délictuelle. Cette responsabilité est basée sur la faute.

La Cour Suprême dans son arrêt du 21 novembre 1980 explique: «Seul le fait d'avoir fabriqué un produit entaché d'un vice ne constitue pas l'acte illicite au sens de l'art. 415 du C.civ.; néanmoins, constitue un acte illicite l'introduction sur le marché d'un produit dangereux en raison de son exécution défectueuse, si ce vice cause un dommage aux personnes ou aux biens»⁸.

Selon l'opinion de la Cour Suprême, un professionnel (vendeur, fabricant) qui introduit sur le marché un produit entaché d'un vice, le rendant dangereux pour le public, viole les règles de droit généralement obligatoires. Il commet donc un acte illicite qui engage sa responsabilité délictuelle⁹.

La conformité aux normes techniques n'empêche pas d'admettre la responsabilité délictuelle du fabricant, si le produit se révélait dangereux pour le public au cours de son exploitation – constate la Cour Suprême. En espèce il s'agissait de postes de télévision dont certains s'enflammaient¹⁰.

Les mêmes règles doivent être appliquées aux importateurs qui introduisent sur le marché interne des produits capables de causer des dommages aux personnes ou aux biens. «Une personne morale, importateur de voitures fabriquées à l'étranger, qui les introduit sur le marché interne, se charge de ce fait d'une responsabilité à l'égard des victimes selon les mêmes règles et dans les mêmes dimensions qu'un fabricant»¹¹.

Comme mentionné, la responsabilité du producteur pour le dommage causé par un produit défectueux ou dangereux est fondée sur une clause générale conçue dans l'art. 415 du C.civ. L'article cité déclare: «Celui qui, par sa faute, a causé à autrui un dommage, est tenu de le réparer». Il y a 3 conditions de cette responsabilité qui doivent être remplies cumulativement, à savoir: la faute, le dommage et le lien de causalité entre la faute et le dommage. La victime est tenue de prouver toutes ces conditions c'est-à-dire le dommage et son montant, la faute du fabricant et le rapport causal entre le comportement fautif du fabricant et le dommage subi. Il faut toutefois noter que la Cour Suprême polonaise se montre plutôt sévère à l'égard des fabricants et elle retient facilement que leur faute est suffisamment prouvée. Elle admet fréquemment que le constat de la mise en circulation d'un produit vicieux équivaut au constat de la faute du fabricant.

⁸ OSNCP 1981, texte 205.

⁹ Cf. les arrêts de la Cour Suprême du 6 février 1963, OSNCP 1964, texte 95; du 28 avril 1964, OSNCP 1965, texte 32; du 11 novembre 1974, OSNCP 1974, texte 169; du 6 août 1981, OSPIKA 1982, texte 122; note A. Szpunar, «Państwo i Prawo» 1982, n° 12; note M. Nesterowicz, OSPIKA 1983, texte 23.

¹⁰ Arrêt de la Cour Suprême du 4 décembre 1981, OSPIKA 1983, texte 55, note Cz. Żużawska.

¹¹ Arrêt de la Cour Suprême du 26 mars 1984, OSNCP 1984, texte 186.

L'attitude des tribunaux s'exprime dans la tendance de multiplier des devoirs légaux incombant au producteur. L'objectif de ce procédé est de garantir une réparation à la victime lésée par le produit défectueux. La jurisprudence met donc à la charge du fabricant et au profit des tiers un devoir de ne pas introduire un produit dangereux ou vicieux dans le commerce. Elle dénonce un devoir de veiller au cours de la production, ainsi qu'un devoir d'organiser un contrôle efficace empêchant la mise en circulation du produit défectueux. Par ex., dans son arrêt du 13 mai 1987, la Cour Suprême statuant en composition de 7 juges, impose au vendeur professionnel le devoir d'organiser un contrôle efficace en vue de déceler tous les vices des marchandises qu'il commercialise¹². On ajoute souvent aussi le devoir d'observer le produit au cours de sa circulation sur le marché. Comme le droit polonais admet une appréciation abstraite (*in abstracto*) de la négligence, et comme il la définit en tant que manque de la due diligence exigée dans des rapports d'un genre donné, la position de la Cour est facilitée. Une évaluation objective de la négligence amène souvent la Cour Suprême à reconnaître que le résultat sous forme d'un produit vicieux ou dangereux, se trouvant sur le marché, témoigne, à lui seul, que la due diligence n'a pas été prêtée à un certain moment lors du processus de production ou de commercialisation. Ceci prouve d'une sérieuse aggravation de la responsabilité.

La jurisprudence met en relief le devoir de renseignement ou d'information. Elle reconnaît le caractère légal de l'obligation de renseignement qui incombe au fabricant et au vendeur professionnel. Il va de soi qu'une pareille information doit être précise, solide et véritable. Par conséquent la Cour Suprême a retenu la faute du fabricant de produits dangereux qui n'a pas rempli son devoir de mise en garde de façon convenable. Dans son arrêt du 28 juin 1972 La Cour Suprême explique: «Le producteur de poisons très nocifs est chargé d'un devoir légal d'insérer un avertissement convenable pour que l'utilisateur puisse facilement comprendre que le produit est non seulement dangereux mais menace également de mort. Cette mise en garde doit être formulée de façon suffisamment claire, permettant de distinguer une nocivité générale au sens courant du mot et celle qui peut entraîner la mort subite»¹³. Selon la jurisprudence désormais constante, le devoir de mise en garde est une forme particulière du devoir d'information qui consiste en l'obligation d'attirer l'attention du contractant ou du public en général sur certains éléments négatifs, ou à les avertir d'un danger potentiel. Les exigences sont plus élevées. N'importe quel avertissement ne suffit pas. On exige un avertissement clair, exprès, formulé de façon

¹² Cf. l'arrêt de la Cour Suprême du 13 mai 1987, ONSCP 1987, texte n° 189.

¹³ Cf. l'arrêt de la Cour Suprême du 28 juin 1972, OSNCP 1972, texte 228.

compréhensible, placé visiblement, adéquat quant à sa teneur et à sa forme concernant le danger contre lequel il met en garde.

Le droit commun de la responsabilité civile délictuelle garantit la réparation intégrale du dommage indépendamment du caractère de celui-ci tant aux personnes qu'aux biens, y compris la réparation du dommage en produit dangereux lui-même.

L'analyse de la jurisprudence prouve, que le système élaboré par le titre VI¹¹ n'apporte rien de vraiment innovateur par rapport au régime de droit commun de la responsabilité existant en Pologne, qui est en lui-même protecteur de la victime.

B. La responsabilité des prestataires de services

La notion de «prestation de services» couvre des activités très variées. Il n'y a pas de règles particulières uniformes régissant la responsabilité de tous les prestataires de services. Leur responsabilité obéit aux règles de droit commun. Par conséquent elle varie selon l'activité en cause, puisque la nature de l'obligation et la responsabilité qui en découle, est, en quelque sorte, fonction de prestation promise ou fournie.

Dans nos remarques qui suivent nous nous bornerons à envisager la responsabilité des prestataires de services étant des professionnels. En principe leur responsabilité se rattache au contrat et par conséquent elle est influencée par la nature de celui-ci, toutefois le caractère professionnel de leur activité décide de dimension et de nature de leurs devoirs spécifiques en tant que professionnels, autrement dit il détermine leurs devoirs professionnels à l'égard tant de co-contractant que de tiers.

De façon générale, on peut décrire le contrat de prestation de services en tant qu'un contrat dans lequel le prestataire de services – un professionnel promet le concours de ses connaissances et de sa technique.

En principe la responsabilité d'un prestataire de services est contractuelle et la teneur du contrat décide, ou peut décider, de dimension de sa responsabilité. Elle indique les obligations dont la violation engendre sa responsabilité. Néanmoins, il convient de reconnaître qu'il y a des devoirs imposés par la loi du seul fait qu'il s'agit d'un professionnel. Celui-ci est tenu de les observer indépendamment du fait que le contrat conclu, s'il est valable, les mentionne ou non. De plus, l'exclusion, même expresse, dans le contrat de certains devoirs sera jugée non valide.

En dehors des règles impératives de la loi et des stipulations du contrat, s'il est conclu, le prestataire de services-professionnel est censé être obligé de suivre, dans l'exercice de son activité, les principes de

l'éthique professionnelle ainsi que les règles de l'art professionnel, et les principes de la science et de la technique régissant le domaine de sa profession. Il doit présenter, par conséquent, l'habileté professionnelle suffisante.

La méconnaissance de règles de la science et de la technique ne peut être en principe jamais justifiée. Ainsi par exemple un ingénieur-constructeur est responsable d'avoir construit contrairement à l'art de construction, même dans le cas où il a agi conformément à l'instruction expresse de son client.

En résumé, le caractère et l'étendue des obligations de prestataires de services professionnels dépendent de la profession concernée et des circonstances d'un cas donné.

Comme cela a déjà été dit, il n'y a pas de régime particulier, spécifique de responsabilité des prestataires de services. La première question qui s'impose dans le procès est celle de l'identification du régime, le cas échéant, applicable et la réponse évidemment n'est pas uniforme.

Néanmoins il convient de noter entre parenthèses qu'en cas de dommage corporel on observe une certaine orientation de la jurisprudence vers la responsabilité délictuelle, car celle-ci paraît plus favorable à la victime en lui garantissant l'indemnisation du dommage moral ainsi que l'indemnité pour les souffrances physiques. La lecture des arrêts concernant la responsabilité des agences de voyage démontre très nettement cette attitude de la jurisprudence. La Cour Suprême s'efforce de trouver le fondement délictuel de la responsabilité. De plus, il arrive que, statuant sur l'indemnisation du dommage corporel subi par le client de l'agence, la Cour ne se soucie pas d'indiquer les dispositions légales servant de base au jugement¹⁴.

Dans l'optique de la Cour Suprême, les atteintes à la personne et aux biens corporels d'autrui sont illicites en principe et elles engagent la responsabilité délictuelle de leur auteur (si les autres conditions de cette responsabilité sont réunies). Citons à titre exemple l'arrêt de la Cour Suprême du 1er février 1986: «L'entrepreneur, le cas échéant un établissement de construction, qui, pour la construction d'un bâtiment, utilise des matériaux émettant des substances toxiques menaçant la vie et la santé commet un acte illicite. Il est responsable à l'égard des habitants qui ont subi le dommage par suite de l'émission des substances mentionnées. Cette responsabilité ne peut être écartée par la preuve qu'aucune disposition formelle, légale, n'interdit l'utilisation des matériaux en question»¹⁵.

¹⁴ Cf. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna biur podróży* [La responsabilité civile des agences de voyage], Varsovie 1974, pp. 138-146 et la jurisprudence citée.

¹⁵ OSNCP 1988, texte 98, note A. Szpunar, «Państwo i Prawo» 1989, n° 2, p. 137.

Selon le droit commun, la responsabilité des prestataires des services tant délictuelle que contractuelle est fondée sur la faute. La différence consiste dans le fardeau de la preuve. En cas de responsabilité délictuelle, la victime est obligée de prouver la faute du défendeur, tandis qu'en cas de responsabilité contractuelle la faute du débiteur est présumée. C'est alors à lui de se libérer en apportant la preuve qu'aucune faute n'était commise ni par lui-même ni par les personnes dont il répond.

Etant donné que l'essentiel de la faute consiste en la possibilité de formuler un reproche contre le coupable, cette notion comprend un jugement de valeur et elle s'exprime dans l'appréciation négative de l'ensemble de la conduite de l'individu.

La faute du prestataire des services s'apprécie suivant les règles générales. Elle peut apparaître sous forme d'une faute intentionnelle ou non intentionnelle. Le plus souvent c'est la faute non intentionnelle donc la négligence qui entre en jeu.

La jurisprudence polonaise multiplie les obligations légales qui incombent aux prestataires de services et dont la violation constitue la négligence. Elle les déduit du devoir de diligence et les analyse dans le cadre de la faute, surtout de la négligence.

Ce procédé est facilité par la construction de la négligence en droit polonais. Le Code civil polonais admet expressément une appréciation *in abstracto* de la négligence. Le critère d'appréciation est la due diligence. En vertu de l'art. 472 du C.civ., «si rien d'autre ne résulte d'une disposition spéciale de la loi ou du contrat, le débiteur est responsable de ne pas avoir observé la *due diligence*». D'autre part, nous trouvons dans l'art. 355 paragraphe 1 du C.civ. une définition légale de la *due diligence*: «Le débiteur est tenu à la diligence généralement requise dans les rapports d'un genre donné (la *due diligence*)». Il n'y a pas de doute que ce critère doit être appliqué à toute responsabilité autant délictuelle que contractuelle.

Remarquons d'abord, à l'instar du droit allemand, le Code civil polonais a rompu avec la personnification du modèle en forme du «bon père de famille» ou d'un «homme raisonnable et avisé», comme c'est le cas en droit anglais et français. A la place, il a introduit un modèle purement objectif et généralisé. Le point de rattachement est alors différent. On n'apprécie pas *in abstracto* le comportement du responsable en sa totalité, mais le juge doit établir si la diligence appliquée correspond à celle qui est exigée.

Soulignons, qu'il s'agit de la diligence généralement requise et non pas généralement appliquée. Il s'agit donc de la diligence qui est exigée dans les rapports d'un genre donné, c'est-à-dire la diligence dont nous avons le droit d'espérer, d'attendre, sur laquelle nous devons compter.

Le paragraphe 2 de l'art. 355 du C.civ. ajoute: «La *due diligence* du débiteur, dans le cadre de son activité économique, doit être appréciée en prenant en considération le caractère professionnel de cette activité».

Or, le Code civil polonais non seulement généralise mais aussi relativise la *due diligence* en la rattachant à un rapport en question ou à l'activité exercée. Cela indique que le modèle (standard) de la *due diligence* n'est pas unique mais qu'il varie en fonction des rapports sociaux, du caractère professionnel ou non de l'activité exercée, etc.¹⁶

Ceci permet de prendre en considération non seulement les devoirs professionnels du défendeur mais aussi les attentes légalement justifiées du demandeur-profane, qui, confiant, s'adresse au professionnel.

La jurisprudence développe différentes obligations accessoires et supplémentaires dont l'inexécution ou l'exécution imparfaite prouve le manque de *due diligence* de la part d'un prestataire de services.

D'abord, il nous faut se pencher sur le devoir de renseignement qui apparaît en tant qu'obligation accessoire et supplémentaire du prestataire de services et qui lui incombe du seul fait d'exercer professionnellement son activité.

Dans l'arrêt du 27 mai 1985¹⁷ la Cour Suprême confirme l'obligation de renseigner la cliente du salon de beauté sur la possibilité de mettre ses bijoux en dépôt le temps de soins. L'omission d'accomplir ce devoir justifie la responsabilité du salon de beauté pour le dommage causé par le vol des bijoux.

Dans l'arrêt du 20 mai 1987 la Cour Suprême rattache expressément l'obligation de mise en garde au professionnalisme du défendeur. En soulignant que le teinturier, étant «un établissement spécialisé» doit posséder les connaissances appropriées, la Cour constate: «En tant que spécialiste, il est obligé d'avertir son client que le caractère et les traits spécifiques de la chose ne garantissent pas le résultat visé de service»¹⁸. Dans l'affaire il s'agissait d'un contrat de nettoyage d'une pelisse. Celle-ci fut détériorée de telle sorte qu'elle fut déformée. Lorsque, compte tenu de l'état de la chose ou de ses traits spécifiques, l'opération comporte des risques, il appartient au teinturier d'en avertir la cliente et de faire des réserves appropriées. Cette mise en garde doit être faite lors de la conclusion du contrat. Dans le cas contraire, le teinturier ne pourrait pas être libéré de sa responsabilité en apportant la preuve qu'une détérioration de la chose est due aux circonstances dont il n'est pas responsable, puisqu'elle est due aux traits propres de la chose elle-même.

Les conséquences de l'information incorrecte sont sujet de considération de la Cour Suprême dans l'arrêt du 24 avril 1988¹⁹. Le cas échéant l'agent

¹⁶ Cf. M. Sośniak, *Cywilnoprawna ocena staranności zawodowej* [L'appréciation de la diligence professionnelle], «Nowe Prawo» 1980, n° 2, pp. 13-24.

¹⁷ OSPIKA 1984, texte 84, note A. Szpunar.

¹⁸ OSNCP 1987, texte 125.

¹⁹ OSNCP 1990, texte 104.

d'assurance n'avait pas renseigné son client qu'il pourrait, à côté de l'assurance obligatoire de responsabilité civile, conclure un contrat supplémentaire d'assurance «auto-casco». La Cour estime qu'un établissement d'assurance étatique devrait être responsable du dommage découlant de fournir une information erronée ou incomplète. La responsabilité de l'établissement en question est fondée sur les règles générales et l'indemnité accordée à la victime doit couvrir la perte de tous les bénéfices que la victime aurait reçu si le contrat supplémentaire avait été conclu.

La doctrine et la jurisprudence reconnaissent à l'obligation de renseignement un caractère légal. Si le contrat ne le mentionne pas, la jurisprudence l'attache au contrat en tant qu'obligation contractuelle en évoquant qu'elle découle de la loi, des usages et enfin de l'équité.

Néanmoins, le devoir de renseignement n'est pas unique, déduit par la jurisprudence de l'obligation de diligence, dont la violation constitue la preuve suffisante de la négligence.

Voyons, par exemple, l'obligation de la banque de vérifier la déclaration faite dans l'acte notarié par un tiers qui, afin de garantir une dette du client de la banque, a grevé d'hypothèque son immeuble. En espèce, contrairement à la teneur du livre foncier, qui indiquait le déclarant comme propriétaire unique, l'immeuble appartenait à la communauté légale des époux. Sans accord de la femme, l'instauration de l'hypothèque n'était pas valable. La Cour souligne que le devoir de prudence et de diligence obligeait la banque à vérifier la déclaration en question, notamment à demander la participation de l'épouse du déclarant à l'acte notarié²⁰.

La Cour Suprême a confirmé plusieurs fois l'obligation supplémentaire des médecins, coiffeurs, restaurants, etc. d'accepter les pardessus des clients en dépôt dans le cas où le caractère du service oblige les clients à les enlever²¹.

C. Le dommage réparable

Le Code civil polonais ne comprend pas de définition légale du dommage. Néanmoins, nous ne pensons que le problème du dommage est une question de fait dont l'appréciation est laissée au pouvoir discrétionnaire et souverain du juge. La notion du dommage suppose que la victime se trouve atteinte dans une situation dont elle bénéficiait, lésée dans un avantage qu'elle

²⁰ Arrêt de la Cour Suprême du 5 mai 1993, OSNCP 1993, texte 218.

²¹ Cf. par ex. les arrêts de la Cour Suprême du 16 décembre 1977, OSNCP 1978, texte 134; du 27 août 1979, OSNCP 1980, texte 5; note A. Szpunar, «Państwo i Prawo» 1980, n° 8, p. 140; du 27 novembre 1985, OSNCP 1986, texte 163.

possédait. Selon l'opinion généralement admise le dommage constitue l'atteinte aux droits et aux intérêts juridiquement protégés²².

Quant au concept du préjudice matériel réparable, à notre avis, il est impossible de le limiter aux suites physiques d'une atteinte à la personne ou aux biens. Ce type de dommage s'exprime dans la différence entre la situation de fortune de la victime existant après l'événement ayant causé le dommage et celle qu'elle aurait eu, si l'événement ayant causé le dommage n'avait pas eu lieu. Nous pensons donc qu'il est mieux de parler du dommage patrimonial que du dommage matériel.

En principe, tout dommage patrimonial ouvre l'action en réparation, si, bien entendu, d'autres conditions de la responsabilité civile sont réunies.

Par contre, le dommage moral n'est réparé que dans les cas limitativement indiqués par la loi. Le tribunal peut allouer à la victime une somme convenable pour les souffrances morales (physiques et psychiques) en cinq cas: 1) lésions corporelles, 2) troubles de la santé, 3) privation de liberté, 4) séduction dolosive (l'art. 445 du C.civ.) et 5) atteintes fautives aux droits de la personnalité (l'art. 448 du C.civ.).

La réparation des préjudices purement économiques n'a jamais rencontré d'objection de principe. Il n'y a aucune sorte d'atteinte à un intérêt économique qui soit *a priori* exclu de champs de la responsabilité civile. Selon la jurisprudence bien constante, il n'y a aucune raison de refuser réparation du seul fait que le préjudice subi est d'ordre financier plutôt que physique.

Le principe de base, qui domine la matière, est celui de la réparation intégrale du dommage. En vertu de l'art. 361 paragraphe 2 du C.civ. «la réparation du dommage comprend les pertes subies par celui qui a subi le dommage ainsi que les profits qu'il aurait pu réaliser s'il n'avait pas subi de dommage». La disposition citée distingue clairement deux formes des dommages réparables, à savoir: 1) les pertes subies – *damnum emergens* et 2) les gains, les profits manqués – *lucrum cessans*. Il faut comprendre par *damnum emergens* tout appauvrissement au sens stricte du terme, qu'il s'agisse d'une aggravation du passif ou d'une altération des valeurs d'actif. Par contre, il faut entendre par *lucrum cessans* les avantages et profits dont le fait générateur de responsabilité a empêché de se réaliser. Il s'agit donc de perte de ressources ou bénéfices escomptés dans l'avenir. Le défendeur est obligé de couvrir toutes les deux formes du dommage sur pied d'égalité. On ne distingue pas d'un dommage purement économique en tant que forme particulière.

²² Cf. à titre d'exemple: T. Dybowski, *System prawa cywilnego* [Système de droit civil] t. 3/1, Warszawa 1981, p. 271; Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna* [Les obligations – partie générale], Warszawa 1995, p. 97.

Soulignons, tout dommage doit être réparé à condition qu'il soit une conséquence normale du fait dommageable. Ce qui décide de la qualification du dommage comme réparable c'est l'existence du lien causal adéquat entre le fait générateur de responsabilité et ce dommage et non pas tel ou tel type du dommage patrimonial lui-même. En effet, seulement dommage étant une conséquence anormale du fait générateur de responsabilité, celui-ci alors qui, le cas échéant, pourrait être jugé comme «fortuit» ou peu probable, ne constitue pas un dommage susceptible de donner lieu à réparation.

Les dommages-intérêts doivent être évalués de façon à compenser tous les préjudices résultant du fait dont le défendeur est responsable. Notons cependant, rien que le dommage subi, les dommages-intérêts sont mesurés au préjudice. Ils doivent être calculés en fonction de la valeur et de la dimension du dommage. Le droit polonais ne connaît pas des dommages-intérêts punitifs, comparables des «punitive damages» ou «exemplary damages» de droit anglo-américain.

D. La responsabilité du fait d'autrui

Il est généralement reconnu qu'un professionnel (producteur, fabricant, importateur, prestataire de services) doit être chargé de la responsabilité du fait des personnes par l'intermédiaire desquelles il exerce son activité professionnelle. En particulier il doit être chargé du risque de leur comportement incorrect.

Ce principe est admis en droit polonais tant en cas de responsabilité contractuelle que délictuelle.

Dans le cadre du régime contractuel, la responsabilité du débiteur du fait des personnes impliquées dans l'exécution de l'obligation est statuée par l'art. 474 du C.civ. L'article en question dispose: «Le débiteur est responsable, comme de sa propre action ou abstention, des actions et abstentions des personnes avec l'aide desquelles il exécute l'obligation ainsi que des personnes auxquelles il en confie l'exécution. Cette disposition est applicable également dans le cas où l'obligation est exécutée par le représentant légal du débiteur». Nous voyons alors que le débiteur supporte des risques du comportement nocive de toute personne qui l'aide dans l'exécution du contrat. La loi ne s'intéresse pas quel est le titre de cette aide, s'il s'agit du préposé, ou d'un individu qui, n'étant obligé ni par lien de subordination ni par contrat, prête par le fait son concours à l'exécution de l'obligation.

Dans le cadre du régime délictuel la solution n'est pas uniforme. Le droit polonais distingue 2 hypothèses:

a. La première concerne le fait de confier l'exercice d'un acte ou d'une fonction à un non-subordonné (par exemple à un mandataire). En ce cas là, la responsabilité du confiant est basée sur la présomption de la faute du choix (*culpa in eligendo*). Elle cède donc devant la preuve de l'absence de cette faute (l'art. 429 du C.civ).

b. La deuxième consacre la responsabilité du commettant du fait de son préposé, autrement dit la responsabilité d'un supérieur du fait de son subordonné (l'art. 430 du C.civ). Cette responsabilité est fondée sur le principe du risque. La victime peut intenter l'action contre le commettant (un supérieur) à triple condition d'établir:

- d'abord, que le lien de subordination existait entre le commettant-défendeur et l'auteur direct du dommage,
- ensuite, que l'acte dommageable est rattaché aux fonctions confiées,
- enfin, que le préposé - l'auteur direct du dommage a commis une faute.

Les conditions citées réunies, le commettant n'est pas admis à s'exonérer. Sa responsabilité est de caractère objective. Le risque du comportement fautif d'un subordonné incombe à son supérieur. Ce qui s'explique par l'autorité dont dispose le commettant pouvant donner des ordres et des directives à son subordonné.

La jurisprudence interprète l'existence du lien de préposition de manière large, en admettant qu'il peut découler non seulement d'une relation du travail mais aussi de circonstances de fait.

Notons enfin, la jurisprudence polonaise, inspirée par le souci d'améliorer le sort de la victime, élargit le cercle des personnes dont le prestataire de services - un professionnel est responsable. Ce phénomène s'observe indépendamment de l'ordre de responsabilité et il trouve son expression dans une interprétation extensive de la notion d'«auxiliaire». Par exemple, la Cour Suprême a retenu la responsabilité de l'agence de voyage du fait du service étranger des eaux²³. Elle a également maintenu la responsabilité de la banque du fait du retard de la Poste dans la livraison de documents concernant la disposition du client de la banque²⁴.

Sans risque de commettre une erreur, on peut conclure que la jurisprudence polonaise manifeste une tendance à reconnaître la thèse selon laquelle un professionnel (par exemple un fabricant ou prestataire de services) est en principe responsable de tout dommage originaire de la sphère qu'il contrôle.

²³ Arrêt du 25 février 1986, OSPiKA 1986, texte 113.

²⁴ Arrêt de la Cour Suprême du 20 novembre 1992, OSP 1993, texte 97; note A. Szpunar, «Przegląd Prawa Handlowego» 1993, n° 10, pp. 26-29.

E. Procédure

La juridiction en matière de responsabilité du fait des produits appartient aux tribunaux de droit commun. Les tribunaux civils ordinaires sont compétents de statuer sur les causes aussi bien selon les règles générales de responsabilité civile que selon les règles spécifiques relatives à la responsabilité du producteur du fait d'un produit dangereux. Les règles de la procédure sont les mêmes. L'institution du «jury» n'est pas admise en droit polonais.

L'action en dédommagement est de caractère individuelle. Le droit polonais ne connaît pas «class action». Il ne connaît non plus l'action d'un individu dans l'intérêt général.

Notons toutefois que les associations des consommateurs disposent d'un droit d'agir en justice. En vertu de l'art. 61 paragraphe 1 du Code de la procédure civile: «Dans les affaires [...] relatives à la protection des consommateurs [...] les associations dont l'objet social ne consiste pas en exercice de l'activité économique, peuvent intenter des actions en faveur des citoyens [...]» Et paragraphe 3 de cet article dispose: «Les associations dont les tâches statutaires comportent [...] la protection des consommateurs [...] peuvent intervenir, sur le consentement préalable du demandeur, à chaque phase de la procédure dans les affaires de ce domaine [...]». Pourtant selon une interprétation généralement admise, la disposition citée ne permet aux organisations mentionnées que d'intervenir dans l'intérêt des personnes clairement identifiables.

SECTION II. A. 3.

Małgorzata Pyziak-Szafnicka

Professeur à l'Université de Łódź

Le présent et l'avenir des sûretés réelles et personnelle en droit polonais

I. Remarques générales

Il serait banal de constater l'importance du droit des sûretés dans le monde contemporain. Le besoin des ressources financières s'accroît toujours et les demandeurs de crédit sont de plus en plus nombreux. Le lien existant entre le crédit et le droit des sûretés semble évident: la sûreté créée par le débiteur permet au créancier, bénéficiaire de celle-ci, d'espérer en obtenir le remboursement, souvent, elle garantit un paiement même en cas de faillite ou d'insolvabilité du débiteur. La liaison nécessaire du crédit avec la garantie est la raison du développement considérable du droit des sûretés dont nous sommes témoins. Il faut souligner que l'intérêt pour cette branche du droit civil augmente spécialement en droit polonais. Ce phénomène s'explique par le fait que durant la période d'économie centralement dirigée, pendant laquelle la grande majorité des entreprises industrielles et commerciales ainsi que les banques appartenaient à l'Etat, le rôle des sûretés était très limité. Ajoutons que l'Etat et surtout ses banques profitaient des plusieurs privilèges prévus pour le cas d'exécution forcée. En conséquence, on n'avait besoin des sûretés que dans les relations de droit commun, où l'importance de ce besoin par rapport aux relations commerciales était bien modeste. Il est clair qu'avec le changement du système économique l'intérêt pour des garanties plus efficaces du crédit a considérablement augmenté. La jurisprudence des années 90. concernant les sûretés et le nombre des publications doctrinales sur ce sujet sont la meilleure preuve du développement en la matière. Bien sûr, ce développement n'aurait pas été possible sans l'intervention du législateur. Il sera nécessaire de la signaler dans le cadre de la présentation qui suit.

Dans le système polonais, comme dans d'autres systèmes, la question qui se pose tout d'abord est de définir la sûreté de créance. Selon son sens le plus général, la notion inclut tout moyen pour un créancier d'être payé; souvent, il s'agit en plus d'être payé avant un autre créancier du même débiteur. Cette définition de la sûreté – comprenant différentes techniques conventionnelles, profitées par les parties suivant leur situation et leurs besoins précis, en commençant par la solidarité, ne semble pas être utile pour cette présentation¹. Il faut plutôt se concentrer sur les sûretés dans un sens plus étroit, selon lequel la sûreté, c'est tout moyen juridique créé exprès pour garantir un paiement, dépendant de l'existence de la créance et – le plus souvent – étant son accessoire. Il n'est pas possible de développer autrement ce sujet que dans les limites d'une telle compréhension du terme «sûreté». Les sûretés, même dans ces limites étroites, évoluent, dépassant les constructions offertes aux parties par les textes des lois.

La distinction classique entre les sûretés personnelles et réelles en droit polonais reste toujours bien visible. Selon une explication très simple, mais couvrant l'essentiel, la sûreté personnelle consiste dans le fait que le créancier obtient un nouveau débiteur qui est responsable envers lui à côté de son débiteur initial². Il s'agit d'une responsabilité personnelle, illimitée, en cas d'exécution donnant au créancier l'accès à tous les biens du débiteur. Soulignons que l'obligation du nouveau débiteur est stipulée afin de renforcer la position du créancier. L'explication semble déterminer la chronologie des événements: d'abord – la dette principale, après – la sûreté. C'est sans doute un ordre habituel en pratique, mais il ne crée pas de trait constitutif, nécessaire à l'institution de la sûreté personnelle. Dans les relations commerciales, l'obligation de la personne qui va garantir est créée souvent avant la dette principale, puisqu'elle détermine l'octroi du crédit. Le lien de causalité suffit à qualifier une obligation en tant que sûreté.

Les sûretés réelles – selon la définition traditionnelle – consistent à charger un bien concret, appartenant au débiteur ou à une tierce personne; la constitution d'une telle sûreté donne au créancier deux prérogatives: la priorité de satisfaire ses prétentions avec la chose chargée avant d'autres créanciers chirographaires et la possibilité de mener l'exécution indépendamment du changement de propriétaire de la chose³. Si nous prenons en considération le développement contemporain des sûretés réelles, surtout le rôle joué par la fiducie, cette définition semble être trop étroite. Pour expliquer l'idée de ce type de garantie, il suffit de souligner qu'elle garantit

¹ A. Szpunar, *Les sûretés personnelles des créances*, LEX 1997, p. 9; l'auteur souligne qu'une analyse des sûretés dans un sens trop large n'explique rien.

² A. Szpunar, *Les sûretés...*, p. 16.

³ J. Ignatowicz, *Droit de biens*, PWN, Warszawa 2000, p. 247.

au créancier l'accès à un bien concret du constituant, pas à son patrimoine entier. Il s'agit d'un accès très efficace, résistant au changement du patrimoine du constituant. C'est une valeur incontestable des sûretés réelles.

Avant de présenter des moyens particuliers, il est utile de citer les plus importantes sources législatives du droit des sûretés dans le système polonais. D'abord, il faut indiquer le code civil de 1964, dans lequel se trouvent les prescriptions concernant le cautionnement et le nantissement sur les biens corporels mobiliers. L'hypothèque, la sûreté sur les biens immobiliers, est réglée séparément, par la loi du 6 juillet 1982 sur les livres fonciers et l'hypothèque⁴. La loi du 6 décembre 1996 sur le nantissement enregistré et le registre des nantissements⁵, depuis son entrée en vigueur le 1 janvier 1998, joue un rôle remarquable. Quant aux sûretés liées aux lettres de change (surtout l'aval), leur base législative reste toujours la loi du 28 avril 1936 – Droit cambiaire⁶. Pour finir, faisons appel au Droit bancaire, la loi du 29 août 1997⁷ qui consacre la possibilité d'utiliser dans la pratique bancaire toutes «les sûretés prévues par le code civil et le droit cambiaire ainsi que par l'usage reconnu dans les relations internes et internationales» (art. 93 al. 1).

Nous allons étudier les sûretés personnelles (II) et réelles (III), présentant d'abord les formes prévues par le législateur et, ensuite, les moyens nés dans la pratique et reconnus par la jurisprudence et la doctrine.

II. Les sûretés personnelles

1. Le cautionnement

Le cautionnement, la plus classique des sûretés personnelles, est réglé par les art. 876–887 du code civil. Sans entrer dans le détail, signalons les traits caractéristiques de cette sûreté en droit polonais. Par le contrat du cautionnement, la caution s'engage envers le créancier à exécuter l'obligation du débiteur au cas où ce dernier ne l'exécuterait pas (art. 876 § 1 du c.c.). L'engagement de la caution exige un écrit sous peine de nullité (art. 876 § 2 du c.c.). Il est possible de cautionner une dette future, mais, dans ce cas, la somme maximale de l'obligation doit être mentionnée.

⁴ Dz.U. n° 19, pos. 147 avec les changements.

⁵ Dz.U. n° 149, pos. 703 avec les changements.

⁶ Dz.U. n° 37, pos. 282.

⁷ Dz.U. n° 140, pos. 939 avec les changements.

Le premier trait spécifique du cautionnement, c'est son caractère accessoire. L'existence et l'étendue de l'obligation de la caution dépend de l'état actuel de la dette principale (art. 879 § 1 du c.c.). Par conséquent, la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions du débiteur, elle peut même compenser ce que le créancier doit au débiteur principal (art. 873 du c.c.). Dans les limites tracées par le principe d'accessoire, la responsabilité d'une caution en droit polonais est sévère: elle répond avec le débiteur principal comme le débiteur solidaire (art. 881 du c.c.). La seule obligation du créancier envers la caution, est de l'informer du retard du débiteur (art. 880 du c.c.)⁸. A partir de ce moment-là, sans intenté une poursuite contre le débiteur, sans besoin d'une sommation, sans aucun délai supplémentaire, le créancier peut demander la prestation due directement à la caution. On parle de la responsabilité parallèle, sans aucune concession à l'égard de la subsidiarité du cautionnement. Le caractère gratuit ou onéreux de son engagement n'influe pas sur la responsabilité de la caution. Bien sûr, dans les relations commerciales les cautionnements sont octroyés moyennant une rémunération; surtout les banques ne s'engagent pas sans provision. Néanmoins, la responsabilité sévère résultant du cautionnement pèse aussi sur chacun qui – en s'engageant – a rendu un service d'ami. L'engagement dont la conclusion paraît inoffensive, neutre pour le patrimoine d'une caution, devient très souvent dramatique au moment de son exécution.

Dans la jurisprudence des années 90. le problème de la protection de la famille au cas du cautionnement donné par l'un des conjoints est apparu. La grande majorité des couples en Pologne restent sous le régime de la communauté légale, englobant tout les acquêts des conjoints. Le créancier de l'un des époux peut chercher sa satisfaction en leurs biens communs (art. 41 § 1 du code de la famille et de la tutelle)⁹. Suivant ce principe, la responsabilité résultant du cautionnement octroyé par l'un des époux doit peser sur tous les biens communs, souvent menaçant l'existence économique de la famille entière. Pour la protéger notre Cour Suprême cherche la solution dans l'art. 36 § 2 du code de la famille et de la tutelle, selon lequel «l'accomplissement d'un acte dépassant l'administration ordinaire requiert le consentement du conjoint exprimé en forme requise pour cet acte juridique». En déclarant l'engagement d'une caution en tant qu'un acte d'administration des biens communs, la Cour constate que le cautionnement – qui à cause de son étendue dépasse l'administration ordinaire des biens – exige, pour être valable, le consentement du conjoint de la caution. Le cautionnement donné sans ce consentement est nul¹⁰. En même temps, on

⁸ Il faut expliquer que le droit polonais consacre le principe *le calandrie interpellat pro homine*.

⁹ La loi du 25 février 1964.

¹⁰ Décisions des 7 juges de la Cour Suprême du 10 avril 1991, OSNCP 1991, pos. 117 et du 5 mars 1994, OSNCP 1994, pos. 146; les arrêts de la Cour Suprême du 25 avril 1995, OSNCP 1995, pos. 147, du 20 juin 1997, OSNC 1997, pos. 204 et du 3 février 1998, OSP 1998, pos. 217.

n'exclut pas qu'il engage les biens propres de la caution, si les parties ont exprimé une telle volonté¹¹. Comme dans une situation type la valeur des biens propres est très modeste, cette nuance n'a pas grande importance. La solution jurisprudentielle, sacrifiant – il faut le dire – les créanciers afin de protéger la famille, est acceptée par une grande partie de la doctrine¹². Les adversaires soulignent que, selon la loi, chacun des époux peut s'obliger sans demander le consentement du conjoint; l'obligation née du contrat de cautionnement ne devrait donc pas constituer une exception¹³. Le résultat pratique de la jurisprudence susmentionnée est que toutes les institutions financières, avant d'accepter le cautionnement donné par une personne mariée, exigent l'accord de son conjoint.

En pratique, le cautionnement fonctionne sans susciter de grandes questions, à l'exception des problèmes liés aux rapports patrimoniaux entre les conjoints. Bien sûr, on discute toujours la nature juridique de l'obligation d'une caution, l'influence du rapport entre le débiteur et la caution sur cette obligation, mais – malgré cela – le cautionnement, avec la base législative bien construite qui a résisté au changement du système, semble être la sûreté une plus stable en droit polonais. Néanmoins, dans les relations commerciales le rôle de sa concurrente, c'est à dire la garantie bancaire, va croissant. Les parties y font le recours de plus en plus souvent, aux dépens du cautionnement.

2. La garantie bancaire

Pour la première fois la garantie bancaire est apparu en jurisprudence de la Cour Suprême en 1992; on peut présumer qu'à ce moment-là une garantie était déjà très répandue sur le marché. Puisque le cadre de ce rapport ne permet pas de présenter de différents types et formes de garanties utilisées en pratique, notre attention ne portera que sur la question la plus intéressante pour un civiliste s'occupant des sûretés de créance: la garantie dite à première demande du bénéficiaire.

L'arrêt du 24 juin 1992¹⁴ a inauguré la présence de la garantie devant les tribunaux et une discussion doctrinale sur son sujet¹⁵. A l'époque, la

¹¹ Par ex. l'arrêt de la Cour Suprême du 9 juillet 1993, MP 1994, n° 1, p. 22.

¹² A. Szpunar, *Les sûretés...*, pp. 61, 62; Z. Radwański, *Le cautionnement – commentaire*, Warszawa 1994, p. 20; L. Ogiegło, *Code civil – commentaire*, t. II, C. H. BECK, 1998, p. 521.

¹³ A. Dyoniak, *La responsabilité pour les dettes créées à l'occasion d'activité économique*; les gloses critiques concernant les arrêts de la Cour Suprême: MP 1994, n° 1, p. 22; MP 1994, n° 9, p. 271.

¹⁴ OSNCP 1992, pos. 228.

¹⁵ Parmi les autres: S. Rudnicki, *Du contrat de la garantie*, PPH 1993, n° 9; M. Pyziak-Szafnicka, *La garantie autonome*, PPH 1994, n° 2; W. Pyziół, *Le contrat de la garantie bancaire*, [dans:] *Le droit des contrats sur le marché*, Kraków 1994.

garantie bancaire en tant qu'institution juridique n'était pas réglée dans notre système. Pourtant, d'après l'opinion générale, elle était admissible dans le cadre de la liberté contractuelle (art. 353¹ du code civil). Le Droit bancaire de 1989, en vigueur à l'époque, prévoyait, parmi les activités des banques, les actes d'octroyer et d'accepter les garanties (art. 11 point 7). Le 5 novembre 1992, le Président de la Banque Nationale de Pologne a rendu un règlement concernant les modalités précises et la forme d'octroyer une garantie bancaire¹⁶. Le règlement a répété, après la loi, le principe que les banques octroient des garanties seulement à la demande de leurs clients. Ses prescriptions ont touché à des problèmes plutôt techniques des garanties. Ni la loi, ni le règlement n'ont décidé du caractère de la responsabilité des banques. C'est la Cour Suprême qui a essayé d'inventer et de bien fonder les principes de responsabilité découlant de la garantie.

Dans son premier arrêt de 1992, la Cour Suprême a déjà souligné une différence principale entre le cautionnement et la garantie consistant dans le fait que la garantie n'est pas accessoire envers la dette garantie. Par conséquent, les événements concernant la dette garantie n'influent pas sur la responsabilité du garant. De toute façon, malgré le fait que dans un texte de garantie figuraient les mots sacrés «à première demande du créancier», la Cour n'a prononcé ni la pleine autonomie de la sûreté, ni son caractère abstrait. Au contraire, elle a souligné que l'interprétation du contrat de garantie doit prendre en considération – comme interprétation d'autres contrats – la volonté réelle des parties; le juge ne peut pas limiter son analyse au texte du contrat dont les clauses sont contraires au but commun des parties¹⁷.

La décision suivante de la Cour Suprême du 16 avril 1993¹⁸ signifiait une reconnaissance totale du caractère autonome et abstrait de la garantie bancaire. Dans son raisonnement elle explique que le garant prend le risque de la transaction; sa responsabilité a pour but de garantir au bénéficiaire le résultat financier. D'après la Cour, afin de réussir, la garantie devrait être complètement détachée de la dette, cela veut dire que le garant ne pourrait pas opposer au créancier des exceptions du débiteur, même celle de la non-existence ou de la nullité d'obligation garantie. Le lien causal entre une dette garantie et sa sûreté supprimé, l'engagement du garant s'avère donc entièrement abstrait. Dans cette construction juridique, une seule exception reste opposable au créancier-bénéficiaire de la garantie, c'est

¹⁶ MP n° 36, pos. 270.

¹⁷ Ce jugement est devenu l'objet d'une très vive critique, par ex. la glose de M. Bączyk, PiP 1993, n° 4, s. 113, mais aussi il a trouvé ses partisans, par ex. la glose de A. Szpunar, OSP 1993, pos. 242. Dans mon article sur la garantie j'ai accepté la solution dans un cas concret puisque les circonstances, découlant des documents, avaient prouvé d'une manière évidente que la dette garantie n'a pas été créée.

¹⁸ OSNCP 1993, pos. 166.

l'abus du droit. Certaines voix critiques, accentuant la prérogative du législateur dans le domaine de la création des types d'obligations abstraites¹⁹, ne suffisaient pas pour empêcher la Cour Suprême de reprendre sa position. Cette fois-là, l'opinion a été prononcée dans la décision de la chambre civile plénière de la Cour du 28 avril 1995²⁰. Dans les motifs, on a souligné que la garantie est née des relations commerciales, surtout dans le commerce international, et elle doit répondre aux exigences du marché international. La liberté contractuelle permet, d'après la Cour, de constituer en droit polonais une garantie abstraite, étant la plus forte parmi les sûretés personnelles²¹. Cet avis a trouvé plusieurs partisans dans la doctrine²².

L'entrée en vigueur de la nouvelle loi – le Droit bancaire de 1997 – n'a pas changé la position de la garantie dans le système des sûretés. La loi compte la garantie parmi des activités bancaires (art. 5 al. 1 point 4), mais ne résout pas la questions de sa nature juridique. D'après l'art. 81, la garantie, c'est un engagement de la banque-garant envers le bénéficiaire de lui payer une somme d'argent sur sa demande. Le garant peut faire dépendre son obligation de certaines conditions dont la réalisation exige une confirmation dans les documents. Le garant qui a reçu et accepté la demande de paiement est obligé de l'exécuter, même au cas où la demande ou les documents qui l'accompagnent sont viciés (art. 82). Le Droit bancaire mentionne une possibilité de constituer une regarantie – un engagement d'une autre banque envers le garant (art. 82 al. 3) et une cogarantie – une responsabilité solidaire de plusieurs banques qui découle du fait d'approuver la garantie octroyée par une autre banque envers le bénéficiaire (art. 83). Sur la base législative de la nouvelle loi, la jurisprudence de la Cour Suprême et l'attitude de la doctrine gardent leur pleine valeur. A cette lumière, la garantie bancaire s'avère le moyen le plus sûr parmi les sûretés personnelles²³, le moyen qui met l'opération du crédit presque à l'abri du risque financier du créancier.

Reste encore à savoir quel est le domaine d'une telle sûreté. Serait-elle admise dans toutes les relations juridiques ou ne concerne-t-elle que les banques? Il n'existe pas de jurisprudence concernant le sujet. Seulement

¹⁹ La glose critique de A. Szpunar, PiP 1993, n° 9, p. 106.

²⁰ OSNCP 1995, pos. 135, la glose approuvant G. Tracz, «Le Droit Bancaire» 1996, n° 2, p. 74.

²¹ On a essayé d'expliquer la construction de la garantie d'une manière différente, par ex. E. Lętowska, *Le contrat dont l'objet forme la prestation par un tiers*, Warszawa 1970, fait appel à l'institution prévue dans l'art. 391 du c.c. – la prestation par un tiers, M. Pyziak-Szafnicka, *La garantie...*, fait appel à la reconnaissance de la dette par le garant.

²² Par ex. M. Bączyk, M. Pyziak-Szafnicka, W. Pyzioł, Z. Radwański, S. Rudnicki, G. Tracz dans les œuvres susmentionnées.

²³ Ce fait est reconnu aussi par les auteurs qui contrarient le caractère abstrait de la garantie; par ex. A. Szpunar, *Le sûretés...*, p. 150 et suiv.

dans son arrêt du 16 avril 1996, la Cour Suprême a décidé que la garantie peut être octroyée par les compagnies d'assurance²⁴. On ne peut pas contester cette décision. Néanmoins, l'élargissement d'une sûreté abstraite sur tous les rapports de crédit semble être une idée inacceptable. Si la base théorique pour construire une garantie abstraite se trouve dans le principe de la liberté contractuelle, il ne faut pas oublier que l'art. 353¹ du code civil, établissant ce principe, cerne aussi ses limites. Selon cet article, les parties peuvent créer un rapport juridique d'après leur volonté, pourvu que son contenu et son but ne soient pas contraires aux particularités (à la nature) du rapport, à la loi ou aux règles de la vie en société. Il serait difficile de considérer comme répondant à ces exigences, le contrat par lequel l'engagement absolu est octroyé sans contrepartie. L'acceptation du caractère abstrait de la garantie semble compréhensible quand l'engagement pèse sur un professionnel pour qui l'offre des sûretés constitue son activité de base, est l'une des sources normales de son revenu. Par conséquent, il ne faut pas s'attendre à ce que la garantie, en tant que la sûreté détachée de la dette, faisant naître l'obligation abstraite, devienne la sûreté admise généralement dans les rapports du droit commun.

3. La cession à titre de garantie

La présentation d'une cession fiduciaire parmi les sûretés personnelles est un peu douteuse puisque c'est l'un des actifs du patrimoine du débiteur, sa créance, qui sert de garantie. La méthode d'assurer le droit du créancier utilisée dans cette construction faite rapprocher la cession à titre de garantie aux sûretés réelles. D'une autre côté, on ne peut pas oublier qu'en cas d'inexécution, le créancier obtiendra l'accès au patrimoine d'un tiers, c'est à dire – du débiteur d'une créance cédée. Cela permet d'inclure la cession fiduciaire dans les sûretés personnelles.

La cession de créance à titre de garantie fonctionne dans la vie des affaires, surtout dans les rapports bancaires, sans texte législatif spécifique, uniquement sur la base des prescriptions du code civil concernant la cession en général (les art. 510–516). Le législateur construit la cession en tant que contrat causal, mais la cause est comprise ici d'une manière large, elle englobe sans doute *causa cavendi*. Il est important de souligner qu'en droit polonais la transmission d'une créance n'exige pas l'accord du débiteur. Le contrat de cession est valable et prend sa pleine efficacité, même à l'insu du débiteur, ce qui facilite beaucoup le fonctionnement de la cession dans son rôle de sûreté. L'omission de l'accord du débiteur constitue en même

²⁴ OSNC 1996, pos. 122.

temps un grand avantage de la cession à titre de garantie par rapport au gage sur la créance, qui exige toujours l'acceptation du débiteur de la créance donnée en garantie²⁵. Par conséquent, les valeurs d'une cession en tant que sûreté sont reconnues par la pratique. Ni la doctrine, ni la jurisprudence n'ont jamais contesté son admissibilité²⁶.

Le mécanisme de la cession à titre de garantie est généralement connu. Pour assurer une opération de crédit, l'industriel ou le commerçant cède à son banquier une créance dont il est titulaire envers ses clients. Dans la construction classique, le cédant garde le pouvoir d'encaisser les créances cédées. Le caractère fiduciaire de l'opération apparaît au moment du paiement: la dette payée, la banque devient obligée de céder la créance sur son client. Seul en cas de défaillance de son débiteur, le banquier a le droit de notifier la cession au débiteur de la créance cédée, afin d'encaisser directement celle-ci. Cette possibilité est liée à l'attitude du débiteur. S'il exécute l'obligation conformément au contrat, la banque n'est pas autorisée à exécuter la créance qui ne sert que de sûreté. Il est possible de renforcer sa valeur grâce à la reconnaissance de la dette déclarée par le débiteur de la créance cédée. La cession est efficace même à l'insu du débiteur, mais il est bien compréhensible que la banque, acceptant la cession-sûreté, s'adresse au débiteur de son débiteur afin de vérifier l'existence, l'étendue et l'exigibilité de la créance servant de garantie. L'importance d'une déclaration faite à cette occasion par le débiteur de la créance cédée dépasse la valeur informative. On peut lui imputer la fonction de reconnaissance de la dette dont l'effet est au moins la renonciation aux exceptions existant dans les rapports entre le créancier et le débiteur de la créance cédée²⁷.

L'autre mécanisme, souvent utilisé en pratique, c'est la cession afin d'encaisser; les parties décident – déjà au moment du transfert – que le créancier encaissera la créance cédée. La cession réalisée a un caractère définitif qui fait rapprocher l'opération de l'escompte. Dans ce cas-là, on ne peut parler de cession fiduciaire. On peut même douter qu'il s'agit de cession-sûreté. De toute façon, puisque le recouvrement de l'effet assure le remboursement de l'avance, nous sommes en présence d'une sûreté au sens large du terme.

Pour finir, ajoutons que dans notre système juridique, deux formes de cession fiduciaire sont possibles: celle concernant la créance (les créances) concrète et la cession globale, concernant l'ensemble des créances (existantes et futures) dont le client d'une banque est le titulaire. Les solutions sont visiblement influencées par le droit allemand. Il semble néanmoins que pour le moment les cessions globales restent plutôt rares dans notre pratique bancaire.

²⁵ A. Szpunar, *Les sûretés...*, p. 237.

²⁶ Les arrêts de la Cour Suprême du 25 mars 1992, OSP 1994, pos. 4, du 4 août 1992, OSP 1993, pos. 87 et du 15 février 1995, OSNC 1995, pos. 101.

²⁷ M. Pyziak-Szafnicka, *La reconnaissance de la dette*, Łódź 1995, p. 143.

4. Autres instruments de garantie personnelle

Il semble utile d'évoquer encore d'autres techniques bancaires, souvent pratiquées, qui – n'ayant pas le caractère de sûreté personnelle au sens strict du mot – renforcent la position du créancier.

L'une des possibilités est un mandat irrévocable du client autorisant le créancier à disposer des comptes du débiteur dans d'autres banques. Le créancier est obligé d'imputer les sommes récupérées grâce au mandat sur la somme due.

Un autre instrument consiste à introduire une clause compensatoire dans le contrat du crédit²⁸. Cette clause autorise la banque-créditeur à compenser sa créance avec les sommes déposées par son client-débiteur sur un compte dans une même banque. Il est nécessaire d'ajouter que le droit polonais, comme le droit allemand, ne connaît pas la compensation légale qui s'opère de plein droit. Elle exige toujours une déclaration du créancier faite à l'autre partie – le créancier réciproque. La doctrine exprime des doutes, si la banque – même les conditions légales de la compensation accomplies – pourrait se libérer de l'obligation envers son client (en même temps débiteur et créancier à titre du contrat de compte bancaire) en évoquant la compensation. On souligne que tous les contrats qui forment la base pour déposer l'argent à la banque, sont des contrats de confiance. Profiter du fonds déposé par un client pour satisfaire sa propre prétention serait – de la part d'une banque – un acte violant la confiance du client d'une manière très nette. Une solution qui permet d'écarter cet obstacle et qui ouvre une large possibilité de compenser, c'est d'introduire d'une clause spéciale dans le contrat de crédit. Le client qui l'a acceptée ne peut plus se plaindre d'être trompé en sa confiance. Il reste à remarquer que la clause dont il est question change probablement le caractère de la compensation; il s'agit plutôt d'une compensation conventionnelle.

Parmi les techniques conventionnelles renforçant la position du créancier, on peut citer encore l'accession du tiers à une dette (*Schuldbeitritt* du droit allemand), qui n'est pas réglée dans notre code civil²⁹, mais qui fonctionne en pratique sur la base de la liberté contractuelle.

Afin de compléter l'image du système de garantie en droit polonais, on doit signaler que les sûretés liées aux lettres de change sont très pratiquées, surtout par les banques. En raison de la nature cambiaire et commerciale

²⁸ M. Bączyk, *Les problèmes juridiques des clauses compensatoires en pratique des banques polonaises*, «Prawo bankowe», 1996, n° 1, p. 102.

²⁹ L'accession à une dette a été réglée dans le Code des obligations polonais, loi étant en vigueur de 1934 jusqu'au 1^{er} janvier 1965, jour de l'entrée en vigueur du Code civil. Quant au changement du débiteur, le Code civil ne prévoit que la reprise de dette, nommée aussi accession libératoire à une dette.

de l'aval, la présentation de cette institution ne peut pas se faire ici³⁰. En revanche, il faut noter une pratique bien répandue aussi dans les relations de droit commun d'utiliser des billets à ordre en tant que sûreté. Les banques créditeurs exigent de leurs clients de signer les billets à ordre, très souvent en blanc. Il est vrai qu'un tel billet, remis à titre de garantie par le débiteur lui-même, n'augmente ni sa capacité financière, ni sa solvabilité qui garde une importance primordiale. Toutefois, la réalisation de la prétention du créancier disposant du billet à ordre devient beaucoup plus rapide et plus sûre parce qu'il peut intenter contre son débiteur la procédure d'injonction. La garantie consiste alors seulement à simplifier l'exécution forcée de la créance. Ajoutons que le billet à ordre signé à titre de garantie par la caution, instrument utilisé très souvent en pratique, renforce son obligation sans changer le caractère du cautionnement qui reste un contrat du droit commun.

Pour finir, il faut souligner que, ces dernières années, se développent considérablement en Pologne toutes les formes d'assurances, y compris les assurances de crédit.

III. Les sûretés réelles

1. Le nantissement

Le nantissement est régi par les art. 306–335 du c.c. Il peut découler du contrat ou de la loi (par ex. gage du bailleur et du fisc). Son objet, ce sont les biens mobiliers et les droits susceptibles d'aliénation. Le gage, la sûreté dont le trait principal est son caractère accessoire, donne au créancier deux prérogatives: droit de suite et de préférence. Le contrat de gage présente un caractère réel; la seule volonté des parties ne suffit pas à sa création. Signalant un élément réel dans la création du gage, il faut tout de suite souligner qu'il n'équivaut pas nécessairement à une dépossession. Notre code prévoyait toujours le nantissement sans dépossession, où l'élément réel du contrat était assuré par l'inscription sur registre.

D'abord, la possibilité de créer le nantissement, dit enregistré, a été réservée par le législateur seulement aux banques. D'après le texte original de l'art. 308 du code civil, afin d'assurer les crédits octroyés par les

³⁰ Il faut souligner que la Pologne a ratifié toutes les trois conventions de Genève du 7 juin 1930; les art. 30–32 du droit cambiaire du 28 avril 1936 répondent aux exigences des conventions; l'aval ne peut être donné par un acte séparé.

banques, on pouvait constituer le gage sur les biens mobiliers du débiteur, laissant l'objet en sa possession. La sûreté a été créée au moment d'inscription sur registre des gages tenu par la banque (l'inscription constitutive). Le législateur a statué qu'une telle sûreté subsiste malgré les changements de son objet, ce qui a rendu possible de charger par ex. des matières premières ou des semi-produits. La garantie, grâce à ses traits caractéristiques, aurait pu jouer un rôle primordial en tant que sûreté des crédits d'investissement. Cependant son importance fut assez modeste à cause du manque de publicité. Il n'existait pas de registre centralisé des gages bancaires. Les débiteurs ont profité cette lacune en constituant plusieurs gages sur une chose. Seul le gage sur les véhicules mécaniques fonctionnait d'une manière assez efficace puisque le règlement ministériel a prévu son inscription obligatoire sur la carte grise du véhicule³¹. Afin de compléter la présentation du gage, tel qu'il puisse être créé d'après le code civil, il faut souligner qu'une seule méthode de satisfaire la prétention du créancier de la chose chargée du gage, c'est la vente aux enchères, organisée selon les prescriptions du code de la procédure civile (art. 312 du c.c.), ce qui implique un processus qui traîne et qui coûte beaucoup.

Tous les inconvénients du gage du droit commun sont éliminés grâce à la loi du 6 décembre 1996 sur le gage enregistré et registre des gages a supprimé le gage bancaire de l'art 308 du c.c. Cette loi signifie une véritable révolution dans le domaine, aussi bien au niveau de l'objet du gage que de la méthode pour satisfaire le créancier et – surtout – au niveau de la publicité³². Commençons par le trait qui détermine la dénomination de la sûreté. La constitution du gage n'exige pas de dépossession, néanmoins le contrat garde son caractère réel puisque la condition nécessaire pour créer le gage est son inscription sur le registre. La loi a décidé d'organiser en Pologne un registre central informatisé des gages qui est de la compétence du Ministre de la justice. Les parties intéressées, après avoir signé le contrat en la forme écrite requise sous peine de nullité, doivent s'adresser au tribunal afin d'obtenir l'inscription du gage qu'elles veulent créer. En même temps on a organisé un bureau central d'information où chacun peut demander l'information concernant un bien concret, ce qui a assuré la pleine publicité des gages.

Passons à d'autres solutions juridiques introduites par la loi de 1996. En ce qui concerne les parties, la loi prévoit un group très large des créanciers pouvant profiter du nouveau type de nantissement: l'Etat et les personnes morales étatiques, les collectivités territoriales, les banques et

³¹ Les règlements ont changé; actuellement c'est le règlement du Ministre du transport et de l'économie maritime du 22 septembre 2000, Dz.U. n° 92, pos. 934.

³² J. Ignatowicz, *Droit...*, p. 285.

d'autres entreprises financières, les organisations financières internationales dont la Pologne fait partie, toutes les personnes qui exercent leur activité économique sur le territoire polonais (art. 1 de la loi). Le législateur n'a pas déterminé la catégorie des gageurs; la sûreté est alors admissible dans les relations extra-commerciales, par ex. on peut en profiter pour garantir le crédit de consommation. La solution nouvelle, c'est un élargissement considérable de l'objet (art. 7 de la loi). A l'exception de tous les biens mobiliers (les choses certaines et fongibles) on peut nantir les créances, les droits sur les biens incorporels et les titres. Enfin, il faut attirer l'attention sur les différentes manières de satisfaire le créancier-gagiste. Comme principe, la loi prévoit l'exécution forcée selon les règles du code de la procédure civile (art. 21 de la loi). Cependant les parties, étant autorisées à écarter ce principe dans leur contrat, disposent d'une large liberté dans ce domaine. Elles peuvent choisir entre la reprise de la propriété du bien nanti par le créancier (sous certaines conditions parmi lesquelles se trouve le prix déterminé ou déterminable – art. 22, 23 de la loi) ou la vente du bien nanti organisée par le notaire ou l'huissier (sans formalités prévues par le code de la procédure civile – art. 24 de la loi). La mesure particulière de satisfaction concerne des biens nantis donnant un profit, surtout des entreprises. Dans ce cas-là, le créancier peut demander que l'administration du bien soit exercée par une personne indiquée dans le contrat. Il est aussi possible d'exiger que l'entreprise soit donnée en bail à ferme; le fermage sert à satisfaire le créancier (art. 27 de la loi).

Il est bien clair que la valeur du gage, la sûreté telle qu'elle a été créée dans la loi de 1996, dépasse beaucoup la garantie prévue par les art. 306–336 du c.c. Certains inconvénients liés à la création du gage enregistré sont amplement compensés par son efficacité. Avec la publicité assurée par les autorités publiques, le gage enregistré est devenu une sûreté très forte, répondant aux exigences du marché contemporain, qui va sans doute marginaliser la forme classique du nantissement, régie par le code civil. Il reste à souligner que le gage légal du fisc, prévu par la loi du 29 août 1997 – Règlement général des impôts³³ afin d'assurer le paiement des obligations d'impôt, ne représente pas de danger pour l'efficacité du gage enregistré. Le législateur a pris soin de lier le registre fiscal des gages avec le registre central dont nous avons parlé ci-dessus. Les informations concernant le nantissement à titre des impôts sont transmises au registre central. En cas de concurrence éventuelle de deux gages (fiscal et contractuel) chargeant le même objet, c'est la date de création de la sûreté qui décide de la priorité, selon le principe romain *prior tempore, potior iure*.

³³ Dz.U. n° 137, pos. 926.

2. L'hypothèque

L'hypothèque, la deuxième des sûretés réelles classiques, a évolué en droit polonais ces derniers temps. Cette évolution, à la différence du gage, n'a pas entraîné l'institution d'un nouveau type d'hypothèque, mais elle a libéré cette sûreté de différents privilèges de l'Etat. Il faut avouer que l'existence dans notre système juridique d'une hypothèque légale n'exigeant pas l'inscription sur le livre foncier, dite occulte, diminuait en général la valeur de cette sûreté.

D'après l'art. 65 de la loi du 6 juillet 1982 sur les livres fonciers et l'hypothèque, cette sûreté peut être constituée sur les biens immobiliers, sur le droit d'usufruit perpétuel, sur les droits coopératifs aux logements³⁴ et sur la créance hypothécaire. L'hypothèque assure uniquement le remboursement des dettes pécuniaires; elle est accessoire et donne à son bénéficiaire le droit de suite ainsi que la priorité de satisfaction selon la règle *prior tempore potior iure*³⁵. Le désintéressement du créancier ne peut être réalisé que conformément aux prescriptions du code de la procédure civile. Les clauses prévoyant une autre manière de satisfaire le créancier sont nulles (art. 75 de la loi). Ici, nous touchons l'un des inconvénients principaux de l'hypothèque: la procédure extrêmement longue, compliquée et onéreuse d'exécution forcée de l'immeuble. L'autre défaut, c'est l'existence des créances profitant des privilèges. Dans notre droit, comme dans les autres systèmes, le législateur attribue la priorité aux frais d'exécution, aux dettes envers les salariés, aux dettes d'aliment et fiscales. Il faut mentionner un autre privilège, qui découlait de l'art. 1025 du code de la procédure civile, imposant l'ordre légal du partage entre les créanciers des sommes acquises en résultat de l'exécution forcée de l'immeuble. Cette prescription prévoyait le désintéressement des banques avant les créanciers hypothécaires. A l'époque où toutes les banques appartenaient à l'Etat, l'objectif d'une telle disposition était clair: la protection du Trésor. Il n'y a pas besoin de constater que cette solution juridique a privé l'hypothèque de tout intérêt car il est rare que la valeur de l'immeuble suffise à satisfaire les créanciers hypothécaires. Le privilège des banques, prévu par l'art. 1025 du code de la procédure civile, fut abrogé à partir du 1^{er} janvier 1998³⁶.

³⁴ Il est difficile de trouver les termes convenables pour traduire les mots polonais «spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu»; il faut expliquer qu'il s'agit des droits aliénables, très proches de la propriété du logement.

³⁵ S. Rudnicki, *La loi sur les livres fonciers et l'hypothèque. Commentaire*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1993, p. 190 et suiv.

³⁶ C'est la date de l'entrée en vigueur de la loi sur le gage enregistré et le registre des gages.

Passons aux autres difficultés, ou surprises, attendant le créancier hypothécaire. Notre droit prévoyait trois sources de l'hypothèque: le contrat, le titre paré (judiciaire, administratif) et la loi. La condition constitutive pour créer l'hypothèque conventionnelle et forcée (judiciaire) est son inscription sur le livre foncier de l'immeuble chargé (art. 67 ust. 1 de la loi sur les livres fonciers et l'hypothèque). Par contre, l'hypothèque légale a été constituée par la seule force de la loi, au moment où une créance soumise à cette sûreté est née. Cette hypothèque, très populaire à l'époque d'une économie centralement dirigée, était utilisée par le législateur afin d'assurer plusieurs types de créances du Trésor public et les personnes morales d'Etat³⁷. La réforme on a commencé de limiter le groupe des créances profitant de l'hypothèque légale. Comme résultat, elle n'assurait que les obligations d'impôt mais elle restait toujours occulte. L'entrée en vigueur de la loi de 1997 – Règlement général des impôts, signifiait le pas suivant vers la garantie efficace sur l'immeuble. Le législateur a gardé l'hypothèque légale, mais il a obligé les autorités compétentes à inscrire l'hypothèque sur le livre foncier. D'après l'art. 37 de la loi, si l'organe d'impôt n'introduit pas devant la cour la demande d'inscription dans le délai d'un mois à partir du jour où l'hypothèque légale est constituée, elle expirera. Cette prescription a limité la période «de silence» à un mois, ce qui a remarquablement diminué le danger lié au caractère occulte de la garantie. Enfin, la loi du 11 avril 2001 sur les changements du Règlement général des impôts et de certaines autres lois³⁸, entrée en vigueur le 5 juin 2001, a supprimé l'hypothèque légale. Dorénavant, elle est remplacée par l'hypothèque forcée (judiciaire) qui peut être créée sur la base d'une décision administrative concernant l'impôt (art. 34 § 1 du Règlement, art. 110 de la loi sur les livres fonciers et l'hypothèque). La publicité de l'hypothèque dans le livre foncier est devenue la condition constitutive de sa création (art. 35 § 1 du Règlement). En conséquence, l'hypothèque occulte qui – pendant plusieurs années – a gêné l'utilisation de cette garantie, n'existe plus en Pologne. Il faut cependant souligner que l'hypothèque forcée, assurant les créances fiscales de l'Etat et des collectivités locales³⁹, profite de la priorité de satisfaction devant les autres créanciers hypothécaires, indépendamment de la date de l'inscription sur le livre foncier

³⁷ J. Ignatowicz, J. Wasilkowski, *Système du droit civil*, t. II, *La propriété et les droits réels limités*, Ossolineum, Wrocław 1977, pp. 785, 786, énumèrent les cas les plus importants des créances garanties par l'hypothèque légale, parmi lesquels, sauf les impôts, se trouvaient les crédits octroyés par les banques étatiques afin de construire et de rénover des bâtiments.

³⁸ Dz.U. n° 39, pos. 459.

³⁹ Il est nécessaire d'expliquer que grâce à la réforme de l'administration publique en Pologne on a réactivé les communes (8 mars 1990), les powiats et les voïevodies (5 juin 1998) en tant que collectivités locales de différents niveaux, dotées de personnalité morale. Afin d'assurer la réalisation de leurs tâches publiques elles ont obtenu une partie (très modeste) des impôts étant auparavant le revenu de l'Etat. Par conséquent, l'hypothèque légale garantissant les impôts sert en même temps à l'Etat et aux communes, powiats, voïevodies.

(art. 36 § 1 du Règlement). Néanmoins, le législateur a prévu une seule exception dont la portée est très importante: les obligations à titre des crédits bancaires, assurées par l'hypothèque, seront satisfaites selon l'ordre découlant du principe *priore tempore potior iure* (art. 36 § 2 du Règlement).

L'évolution de l'hypothèque en droit polonais autorise un certain optimisme quant au rôle de cette sûreté parmi d'autres garanties. Toutefois il faut rester conscient que l'hypothèque, même libérée des privilèges extraordinaire de l'Etat, présente toujours, comme dans les autres systèmes juridiques, les inconvénients liés au coût de sa création et de sa réalisation ainsi qu'à l'importance grandissante des charges salariales.

Pour conclure cette partie de la présentation il faut ajouter que notre droit ne connaît pas d'autres garanties sur les biens immobiliers. Surtout, il n'existe pas dans notre système la dette foncière (immobilière) (*Grundschuld* du droit allemand).

2. Les sûretés résultant de la propriété

Les inconvénients des sûretés réelles traditionnelles, signalés ci-dessus, sont devenus la source du développement des garanties liées à la propriété dont l'avantage principal est leur résistance en cas de faillite, ainsi que le contournement de la concurrence avec d'autres créanciers. Il faut souligner que ces constructions sont bien acceptables dans notre système de droit qui – pareillement au droit allemand – connaît la distinction entre les contrats créateurs d'obligation de transfert de la propriété et les contrats en vertu desquels s'opère le transfert. D'après l'art. 535 du code civil, comprenant la définition de la vente, «le vendeur s'oblige envers l'acheteur à transmettre la propriété et à lui délivrer la chose [...]» Il est vrai qu'en droit polonais la distinction entre les deux types de contrats est atténuée par l'art. 155 du c.c., selon lequel le contrat obligeant au transfert de la propriété (la vente, la donation) et concernant la chose certaine transfère la propriété sur l'acquéreur. Alors, pratiquement, ces deux effets (obligation et disposition) se réalisent dans la plupart des cas grâce au contrat unique. Mais la même disposition, l'art. 155 du c.c., permet aux parties de séparer les actes d'obligation et ceux de transfert. Cette possibilité facilite la construction de l'aliénation fiduciaire et rend évidente la construction de la réserve de propriété. Notre code civil vise expressément la réserve de propriété (les art. 589–591). La fiducie, malgré le défaut du texte légal, est très pratiquée et se développe grâce à la jurisprudence et la doctrine.

a. En ce qui concerne la réserve de propriété, sa construction ressemble beaucoup à celle prévue par le § 455 du c.c. allemand. La réserve de propriété n'est admissible qu'en cas de vente des biens meubles. D'après

l'art. 589 § 1 du c.c., «Lorsque le vendeur d'un bien meuble s'en est réservé la propriété jusqu'au paiement du prix de vente, il faut considérer, en cas de doute, que le transfert de propriété est subordonné à une condition suspensive». Cette condition, c'est le paiement complet du prix. L'acquisition du droit s'opère automatiquement avec le paiement de la dernière échéance et elle se réalise sans rétroactivité⁴⁰. Citons encore l'art. 590 du c.c., dont l'importance pratique est énorme. Ainsi: «Lorsque la chose est remise à l'acheteur, la réserve de propriété exige la forme écrite. Elle n'est efficace envers les créanciers de l'acheteur que si l'écrit est doté de la date sûre». La résistance de la réserve de propriété en cas d'insolvabilité de l'acheteur ou dans sa faillite dépend donc de la forme dans laquelle la clause a été faite. Lorsque la date de la réserve est confirmée d'une manière officielle⁴¹, le vendeur possède une position assez forte. En cas de la saisie, réalisée à la demande des autres créanciers de l'acheteur, le vendeur disposant de la réserve obtiendra une exemption de la saisie du bien dont il est propriétaire⁴².

La réserve de propriété, en tant que sûreté de la créance du vendeur, présente sans doute des avantages importants: sa création est très simple et ne coûte presque rien, ainsi que la manière de satisfaire une prétention est très commode, grâce à sa vitesse et son efficacité. Cependant, on ne peut pas oublier que les valeurs présentées par la réserve de propriété envers son bénéficiaire signifient en même temps un danger pour les autres créanciers de l'acheteur. Le manque totale de publicité de la réserve, dont résulte son caractère occulte, peut s'avérer grave pour leurs droits.

b. La construction de l'aliénation de biens corporels à titre de garantie repose sur le modèle de *fiducia cum creditore* du droit romain⁴³. Son mécanisme est bien connu: le débiteur transfère la propriété d'une chose au créancier et – en même temps – le créancier s'oblige envers le créancier de réaliser un acte contraire, au moment de l'exécution de la créance. Cette sûreté n'est pas libre de reproches semblables à ceux formulés pour d'autres systèmes: d'une part, un risque très élevé qui pèse sur le débiteur, d'autre part, la crainte que la détention par celui-ci d'un bien aliéné ne devienne

⁴⁰ Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Les obligations – contrats spéciaux*, C. H. BECK 1998, p. 52.

⁴¹ Selon l'art. 81 du c.c., pour qualifier le contrat (la déclaration de volonté) comme ayant «date sûre», il suffit que l'écrit comprenant la déclaration de volonté (le contrat) soit doté d'une note quelconque provenant d'une office d'administration publique ou du notaire. Pareillement, il suffit que le contrat (la déclaration de volonté) soit mentionné dans le document officiel. En pratique, le plus souvent «date sûre» du contrat découle du paiement du droit de timbre ou de l'impôt, lié à l'achat.

⁴² C. Żuławska, *Code civil – les obligations: Commentaire*, t. II, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1997, p. 91.

⁴³ J'ai eu l'occasion de présenter le problème dans l'article *La fiducie en droit polonais*, préparé pour le XV Congrès International de Droit Comparée, section II. A. 3.

source d'une apparence trompeuse. On lui reproche d'agir *contra legem* puisque la loi prohibe, en général, le pacte commissaire en matière de gage et d'hypothèque. On peut se demander si l'aliénation fiduciaire ne serait pas contraire au principe du *numerus clausus* des droits réels. En droit polonais, la réponse à ces reproches diffère selon l'objet d'aliénation car les régimes juridiques des biens meubles et immeubles sont distincts.

La possibilité d'aliénation fiduciaire des biens meubles a été déjà admise par la Cour Suprême polonaise en 1948⁴⁴. Selon la thèse de cet arrêt: «Il est recevable d'assurer la créance par le transfert de la propriété d'une chose mobilière et la constitution simultanée de l'obligation à charge du créancier de profiter de la propriété seulement dans les limites du contrat conclu entre les parties». Cette thèse n'a jamais été remise en cause ni par les tribunaux ni par la doctrine. Il faut ajouter qu'au moment de la publication de cet arrêt, le droit polonais n'admettait pas de gage sans dépossession⁴⁵. La fiducie concernant les biens mobiliers a comblé une lacune dans le système des sûretés. Même au moment de l'apparition du gage sans dépossession dans notre système, la doctrine a soutenu l'avis que l'aliénation fiduciaire du bien mobilier est admissible⁴⁶. On l'a défini comme une forme de sûreté réelle plus intensive que le gage. Les problèmes ont apparus au début des années 90, avec le développement de l'économie et des rapports de crédit. La Cour Suprême a dû intervenir plusieurs fois.

L'arrêt du 19 novembre 1993⁴⁷ reprend l'idée formulée déjà en 1948, d'après laquelle l'aliénation fiduciaire s'opère grâce au seul acte passé entre le créancier et le débiteur, sans nécessité de remise du bien aliéné, ce qui signifie une différence par rapport au gage. Néanmoins, puisque en l'espèce il s'agissait d'une voiture, la Cour n'a pas résolu la question d'admissibilité de la sûreté fiduciaire sur les biens fongibles. La doctrine a apporté la solution, profitant du constitut possessoire (art. 349 du c.c.). La construction de l'aliénation fiduciaire des biens fongibles exige – selon cette explication – que les choses servant de garantie soient individualisées et séparées dans le patrimoine du débiteur⁴⁸.

Les arrêts suivants concernaient le problème du mode de satisfaire le créancier ainsi que des relations entre plusieurs sûretés garantissant la même créance. Dans sa décision du 5 mai 1993 la Cour Suprême⁴⁹ a jugé qu'en

⁴⁴ Chambre civile plénière, l'arrêt du 10 mai 1948, OSN 1948, pos. 58.

⁴⁵ En 1948, en Pologne le gage était réglé par le décret du 11 novembre 1946 – Droit réel.

⁴⁶ J. Skąpski, *Aliénation à titre de garantie*, «Studia Cywilistyczne» 1969, n° 12–14, du même auteur: *Les sûretés réelles de créance*, «Studia Iuridica» 1994, p. 150.

⁴⁷ OSN 1993, pos. 89.

⁴⁸ A. Skąpski, *Aliénation...*; A. Szpunar, *Les actes fiduciaires en droit polonais*, Łódź 1993, n° 57, p. 11; G. Tracz, F. Zoll, *L'aliénation à titre de garantie*, Zakamycze 1996, p. 133 et suiv.

⁴⁹ OSP 1994, pos. 176.

cas de pluralité des garanties, parmi lesquelles se trouve l'aliénation fiduciaire, le créancier peut choisir de laquelle sûreté et dans quelle mesure veut-il en faire usage. Le litige tranché par l'arrêt du 27 juin 1995⁵⁰ a donné aux juges de la Cour Suprême l'occasion de prononcer d'une manière directe le principe que l'acquisition par le créancier du bien aliéné à titre de garantie n'équivaut pas à son désintéressement. En l'espèce, la banque-crédancier a exigé le paiement d'un billet à ordre émis par son débiteur pour garantir le crédit. Le défendeur a soulevé que la banque, étant propriétaire du tableau transmis en tant que sûreté, n'avait pas le droit de réaliser le billet. La Cour Suprême, rejetant ce raisonnement, a tranché que – même en cas de défaillance du débiteur – le créancier est propriétaire seulement à titre de garantie. Il peut donc choisir librement la manière de la satisfaction, sauf si elle est contraire au contrat passé entre les parties⁵¹.

Contrairement à l'opinion généralement admise sur le transfert fiduciaire de bien mobilier, la possibilité d'aliénation fiduciaire de bien immobilier partage la doctrine. Cette possibilité a été rejetée par la Cour Suprême dans son arrêt du 24 avril 1964⁵². D'après la Cour, l'obstacle législatif est formé par la disposition de l'art. 157 du c.c.⁵³ Cette prescription ayant pour objet seulement les biens immobiliers, interdit leur transfert sous condition et à terme. L'argument principal de la Cour était que le contrat de transfert de la propriété d'immeuble à titre de garantie viole cette interdiction légale. Dans les motifs, on peut trouver d'autres arguments, tels que le danger d'apparence, et – surtout – l'absence d'intérêt pour cette sûreté, puisque l'hypothèque, sûreté sans dépossession, répond aux besoins pratiques.

L'argument primordial utilisé par la Cour n'est pas convaincant. Il suffit de citer le glossateur expliquant que le transfert fiduciaire du bien n'est assorti ni d'une condition, ni d'un terme si – en conséquence – il ne viole pas l'interdiction de l'art. 157 du c.c.⁵⁴ Cependant, il existe plusieurs autres arguments pour lesquels les autorités de la doctrine polonaise sont contre le transfert fiduciaire des immeubles. On souligne les différences entre le régime des biens mobiliers et immobiliers et le fait que notre législateur tient beaucoup à la clarté de la situation juridique des immeubles. L'aliénation fiduciaire des immeubles, à cause de leur valeur, semble être trop dangereuse pour le débiteur; elle diminue remarquablement, souvent d'une manière abusive, sa capacité financière. Enfin, puisque l'hypothèque n'exige pas de dépossession, on ne voit pas d'intérêt à introduire dans notre système une nouvelle sûreté sur les immeubles. Le seul avantage présenté par l'aliénation

⁵⁰ OSN 1995, pos. 183.

⁵¹ La thèse a été critiquée par A. Zieliński, *L'aliénation...*

⁵² OSP 1965, pos. 229.

⁵³ A l'époque il s'agissait de l'art. 45 du décret de 1946.

⁵⁴ A. Ochanowicz, la glose publiée dans OSP 1965, p. 450.

fiduciaire par rapport à l'hypothèque est le mode de satisfaction du créancier. Grâce à l'aliénation, les parties omettent la procédure d'exécution de l'immeuble prévue par la loi. Mais il faut souligner que le législateur a eu de bonnes raisons pour introduire une telle procédure, semblable dans tous les pays. L'ensemble de ces arguments est suffisant pour soulever la thèse que l'aliénation fiduciaire du bien immobilier est interdite en droit polonais⁵⁵.

Cependant, la doctrine des années 90 s'avère plus favorable au transfert fiduciaire d'un immeuble. Ses partisans soulignent d'abord l'identité théorique de la construction de la fiducie en cas de biens meubles et immeubles, ce qui suppose les mêmes solutions pratiques. Ils remarquent que le danger lié à l'aliénation fiduciaire des immeubles est atténué (même exclu) grâce à la publication faite au registre foncier. D'autre part, ce danger n'est pas plus grand que dans le cas des biens meubles, dont la valeur dépasse souvent celle des immeubles. Enfin, le mode d'exécution prévu par l'art. 75 de la loi sur le registre foncier et l'hypothèque, obligatoire pour l'hypothèque, n'exclut nullement d'autres garanties de créance et – si les parties dans les limites de la liberté contractuelle ont consenti une autre sûreté – l'art. 75 n'est plus obligatoire⁵⁶.

C'est dans une perspective de discussion qu'il faut apprécier l'art. 101 de la loi de 1997 – Droit bancaire. Cette prescription semble être le couronnement du développement de la doctrine et de la jurisprudence polonaises en matière d'aliénation fiduciaire des biens meubles, mais – malheureusement – elle n'a pas mis fin à des doutes concernant les immeubles. La rédaction intégrale du texte de l'art. 101 est la suivante:

1. La sûreté de créance bancaire peut s'effectuer par un transfert du débiteur sur la banque jusqu'au moment du paiement de la dette avec des intérêts et de la provision, la propriété des choses mobilières ou des titres valeurs.

2. Lorsque les biens fongibles ou un ensemble de choses sont l'objet du transfert, le débiteur est obligé de les énumérer ou de les marquer d'un signe distinctif.

On pourrait déduire que le législateur, prévoyant dans l'art. 101 du Droit bancaire uniquement la garantie sur des biens mobiliers et des titres, tranche le litige doctrinal en faveur des opinions traditionnelles, interdisant ces opérations sur les immeubles. Bien sûr, l'art. 101 n'interdit pas le transfert fiduciaire des immeubles de manière directe, mais – la loi ayant

⁵⁵ En ce sens se sont prononcés: J. Skąpski, A. Szpunar, les oeuvres précitées, J. Ignatowicz, *Droit des biens*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1994, p. 241.

⁵⁶ Ce sont les arguments répétés le plus souvent, par ex. M. Strus, *Deux méthodes de sûreté fiduciaire*, «Palestra» 1992, n° 11/12; R. Rynkowski, *L'admissibilité d'aliénation fiduciaire des immeubles*, PPH 1995, n° 6.

été votée au moment d'une vive discussion doctrinale – l'intention du législateur semblait être bien lisible⁵⁷. Pourtant une telle opinion n'est pas généralement admise. Surtout elle n'est pas partagée par la Cour Suprême qui, dans son arrêt du 29 mai 2000⁵⁸, a changé son avis exprimé en 1964 et s'est prononcée pour l'admissibilité de l'aliénation des immeubles à titre de garantie. Il faut souligner que l'arrêt a été publié avec un commentaire critique⁵⁹ et que deux autres commentaires, pleins d'enthousiasme, sont apparus très vite⁶⁰.

Pour terminer, on peut constater que le rôle de l'art. 101 du Droit bancaire n'est sans aucun doute pas révolutionnaire; le fardeau de déterminer l'étendue de l'aliénation fiduciaire en tant que sûreté de créance, ainsi que des droits et des obligations des parties en cours de contrat, pèse toujours sur les tribunaux et sur la doctrine.

⁵⁷ J'ai présenté une telle opinion dans l'article *La fiducie...*

⁵⁸ OSP 2001, pos. 26.

⁵⁹ Il s'agit d'une glose de F. Zoll, publiée dans OSP 2001, pos. 26.

⁶⁰ Il s'agit des gloses de S. Rudnicki, PS 2001, n° 6, p. 119 et de J. Gołaczyński, OSP 2001, pos. 69.

SECTION II. B.

Tomasz Pajor
Professor of the University of Łódź

Civil Liability of Organizers of International Sports Events

PART I

1. Until relatively recently, sports activities created little interest to civil liability experts, and indeed operated on the fringes of the law itself. Sport was seen primarily as a voluntary recreational activity undertaken by individuals for their own personal physical, intellectual, and sometimes spiritual development and no need was seen for legal regulation. Even in the event of organized rivalry, it was deemed to be sufficient to establish the rules of the game, which were not considered to be part of the binding legal system.

In the last several decades, however, significant and sweeping changes have taken place in connection with the contemporary nature of sport and the fact that it is the direct or indirect cause of more and more injuries and damages. Both in order to avoid such injuries as well as to provide compensation in the event they occur it is becoming increasingly necessary to apply legal norms, not only taken from the area of civil law but from administrative and criminal law, labor law, and social security law. In addition controversies involving sport may contain difficult procedural and conflict of laws issues.

2. The reasons for the rapid increase in sports-related injuries are many. In the first place the number of participants in recreational sports in many fields – such as skiing for example – has exponentially increased, which in and of itself increases the probabilities of injuries. In addition there has been a dramatic rise in the both the number of spectator sports and the numbers of spectators. As a corollary more and larger stadiums, domes, and sporting halls are being built wherein many thousands of spectators

are moving around and often actively engaged in "rooting" for ever larger numbers of players. Once again it is only natural that the very act of gathering so many people in one place and providing thrilling and emotional entertainment, usually of an adversarial nature, will increase the chances of public disturbances and acts of hooliganism and/or crowd panics, which in turn can be the cause of serious injuries and damages.

Another indirect cause of the vast increase in potential civil liability is the mass media nature of contemporary sports. Through television, radio, the press, and most recently the internet every sporting event, even local events, can now be transmitted to the entire world and be the subject of instant commentary. As a result one may speak of the modern phenomenon of *telespectators*, whose existence (and pocketbooks) give rise to the creation of ever more spectacular sporting events, often at the cost of true sporting values. Combat sports (some real and some staged) gain in popularity as do high-risk sports such as moto-races. As they become more widespread it is only natural that accidents will also increase.

The mass media nature of contemporary sports is in turn inextricably involved with its increasing professionalization and commercialization. Today participation in professional sports, organization of professional sporting events, and their public transmission can all be sources of substantial financial gain. Success in sports, sometimes even of a one-time nature, can turn professional athletes into public personas and highly marketable commodities. The nature of battling for high stakes often makes athletes (and their trainers, managers, agents, promoters, and team owners) willing to do "whatever it takes to win", even if it means taking illegal enhancer drugs or committing an intentional foul with the intent of causing injury.

3. Another related factor is the increasing internationalization of sports competitions. In nearly every area of sports a multi-level organizational structure has been created with local clubs existing at the grass roots level organized into regional associations which in turn belong to national organizations which participate in international federations. This is most visible in the organization of the international Olympic games, which are based on a network of national committees. In addition, more and more international sporting events are being organized – matches, cups, tournaments, championships, races – often containing complicated qualifying procedures.

The international dimension of sports events may arise in the person of the organizer if the event is organized by an international federation, the composition of the participants, or in the persons of fans who come from various countries. In addition television transmission assures a wide, international audience.

When sporting events take on an international character containing "foreign elements" peculiar factual and legal problems are more likely to

arise. International teams face each other, not knowing each others' language and sometimes not even the language of some of their teammates, often in a foreign and sometimes hostile environment. International spectators are also frequently in a foreign environment where they may not know the language and customs and are usually unfamiliar with their surrounding environment. In many cases the participants and especially the spectators meet in an environment charged with a spirit of international confrontation, often specially "pre-heated" by mass-media commentators in order to generate interest. The risk of injury and especially the possibility of public disturbance is significantly increased in such an atmosphere.

Peculiar legal problems, in turn, arise in connection with the necessity to take into account the norms of private international law. When a controversy involves a foreign element, in the first place the jurisdiction of the adjudicating body and the applicable law for resolving the controversy must be discerned. An additional complication may result from the special legal status of international sports' federations and the difficulties involved in the enforcement of foreign judgments, whether court or arbitration.

4. From the foregoing it should be obvious that questions of civil liability which arise in the context of international sporting events deserve closer examination and attention. In the first instance the question of injuries which occur in the course of an event comes to mind. These involve injuries to the person, and may take the form of bodily injury, disturbance of health, or even death. Instances of property damage (usually to the sports stadium, hall, or premises) are not, however, infrequent. While the injured party is usually a participant or spectator, instances occur of injury to trainers or managers, judges or referees, and even outside third parties.

The injuries may be caused by either participants or spectators. In the case of former, it may be the result of a foul (in some cases intentional) or a fight. Spectators may be the cause of an unintentional injury (for example carelessly running in front of a bicyclist), or of an injury arising from an intentional act (for example throwing a firecracker or other object onto the playing field). A particular case of the latter is aggressive group behavior. Hooliganism excesses may, from the legal point of view, be divided into concerted acts (inflicting injury by common design), and spontaneous group acts (engaging in parallel behavior without common design). Although rarer, it is not unheard of for personal injury to be inflicted by a trainer, coach, manager, or other person accompanying a team.

Liability for injuries and damages arise out of the course of a sporting event may fall on various persons or legal entities. Obviously the person or persons who directly cause the injury can be held liable. In addition

persons who are responsible for supervising or controlling the behavior of the actor(s) may also be subject to vicarious liability. In some cases other persons not directly related to the event can be held liable (for example producers of defective sporting equipment or the owner of a sports facility).

5. Despite all the foregoing, the person or legal entity against whom claims for damages will most commonly be made is the organizer of a sporting event. It is not unreasonable to say that the organizer is usually the central figure involved in liability claims. The organizer is charged with providing adequate security for the event and is primarily responsible for injuries which may arise during the course of the event.

For this reason the remainder of this work will focus on the civil liability of the organizer of a sporting event where a foreign element is involved. This report will present the current state of Polish law and the legal solutions it imposes in those instances where an international sporting event organizer is charged with civil liability for injuries which arise in the course of such event. The problem will be looked at in turn from the point of view of conflicts of laws as well as substantive law.

PART II

1. A conflicts of laws analysis of the civil liability of organizers of international sporting events must begin with the question of jurisdiction. Under what circumstances do Polish courts have jurisdiction to try cases involving the civil liability of organizers of international sporting events? This question must be resolved taking into account the norms of the Polish Code of Civil Procedure (PCCP)¹ as well as the provisions of international agreements, in particular those emanating from the Lugano Convention of 1988.

2. According to Art. 1103 of the PCCP the scope of jurisdiction of Polish courts to try cases or controversies is relatively broad. This article sets forth a number of connecting factors and provides that a finding that even one of them exists is sufficient to vest the Polish court with jurisdiction.

In the first place Art. 1103 expresses the traditional principle of *actor sequitur forum rei*. According to this principle, a Polish court has jurisdiction over the person in the event that an organizer is present in, domiciled, or has its seat in Poland at the time of service of the complaint. In relation to the connecting factors mentioned above, it is assumed that their deter-

¹ Act of Nov. 17, 1964, (Dz.U. No. 43, pos. 296, with subsequent amendments).

mination is to be made in accordance with Polish law as the law of the forum (*lex fori*).²

From par. 2 of Art. 1103 of the PCCP one can conclude that Polish courts have jurisdiction in cases where the defendant organizer of an international sporting event has either property or property rights in Poland.

Paragraph 3 of Art. 1103 of the PCCP lists those obligations which give rise to jurisdiction in the event they either were created in or are to be performed in Poland. These connecting factors are not related to the person, place, or status of the defendant. The place where the obligation of defendant arises or is to be performed shall be determined according to the nature of the obligation. In the case of liability for a contractual obligation, determination of the aforementioned places is to be made according to the law applicable to the contract. If Polish law is applicable, these are defined by Art. 70, par. 2 and Art. 454 of the PCC.

In the event the obligation is based on tort, determination of the place where the tort occurred is made by the law of the forum. If the tort consists of a combination of acts which occurred in various countries, one may draw the inference from prevailing Polish legal doctrine and court decisions relating to the choice of applicable tort law that the plaintiff may choose the law most favorable to him.³ Thus Polish courts would seem to have jurisdiction in the event Poland was either the place where the wrong was committed or the place where the harm was suffered.

It should be noted that the jurisdiction of Polish courts may also be influenced by the expressed intent of the parties. Article 1104 of the PCCP lists situations and conditions whereby the parties themselves can conclude prorogation agreements in property matters conferring jurisdiction over

² The term "present in" is understood to encompass any physical presence, even temporary, which would enable the service of a complaint on the defendant. The nature of "domicile" is more complicated. In light of the fact that neither the PCCP nor the Act of Nov. 12, 1965 concerning Private International Law (Dz.U. No. 46, pos. 290, together with subsequent amendments, hereinafter cited as PIL) define this concept, it becomes necessary to apply the provisions of the Polish Civil Code (Act of April 23, 1964, Dz.U. No. 16, pos. 93, together with subsequent amendments, cited hereinafter as the PCC). Art. 25 of the PCC defines the domicile of a physical person as the place where the person resides with the intent of permanent residency. Thus the concept of "domicile" adds to the objective element of residence (*corpus*) the subjective element of "intent to permanently reside" (*animus manendi*). In accordance with the prevailing views intent is determined on the basis of an examination into the external, surrounding facts.

The place where the "seat" of a legal entity is located is also based on the provisions of the Civil Code, where Art. 41 indicates that it is the place where the managing organ of the entity involved carries out its activities. In this case, therefore, the decisive issue is whether the managing organ of a defendant legal entity in fact carries out its activities in Poland.

³ See Part II, Pt. 9 of the within report for more on this issue.

certain matters on Polish courts. Article 1105 of the PCCP provides, on the other hand, the conditions pursuant to which parties can conclude derogation agreements excluding Polish courts from jurisdiction in certain matters and conferring jurisdiction on other national courts or foreign arbitration tribunals.

3. In connection with the foregoing it should be pointed out that as a matter of principle general courts of law have jurisdiction over controversies involving compensation or damages for wrongful injury arising from sporting events. Gone are the days when such cases or controversies were deemed to be of an autonomous nature and were to be resolved internally within sports organizations. The commercialization of sport, taken together with the increasing universal recognition of the right to have a claim heard by a neutral tribunal, have led to the contemporary view that ordinary national courts have jurisdiction over nearly all sporting controversies. The few charter exceptions which are recognized, primarily those granting relevant sports associations the right to impose internal disciplinary procedures and establish rules of conduct, in no way preclude ordinary national courts from taking jurisdiction over civil liability claims.⁴

No one questions, however, the right of parties to agree to have their cases resolved by arbitration courts. The general tendency to reduce the role of ordinary national courts via agreed-upon alternative dispute resolution

⁴ Article 37, par. 1 of the Polish Act of Jan. 18, 1996 regarding physical culture (Dz.U. No. 25, pos. 113, together with subsequent amendments – hereinafter cited as APC) provides that controversies relating to the violation of sporting association regulations, playing rules, technical rules, or disciplinary rules will be resolved in accordance with the provisions of the charter statute of the sporting association. In light of this provision ordinary national courts seem to be deprived of jurisdiction in these matters. This in no way however deprives ordinary national courts of full civil law jurisdiction, as for example in the case where the stated reasons for a disciplinary ruling were deemed to give rise to a defamation action by a sport's referee in the Polish Supreme Court ruling of Oct. 19, 2000 (OSP 2001/572 – opinion of A. Szpunar; „Przegląd Sądowy” [Court Review] 2002, No. 2, pp. 112 and following – opinion of M. Kolasiński). In addition, serious doubts have been raised recently as to the compatibility of Art. 37, par. 1 of the APC with Art. 45, par. 1 and Art. 77, par. 2 of the Polish Constitution of 1997 (constitutional right to have a case heard by a neutral tribunal) – see A. Wasilewski, *Prawo do sądu w sprawach dyscyplinarnych*, „Przegląd Sądowy” [Court Review] 2001, No. 9, p. 15 and following.

It would seem that the question of delimitation of the jurisdiction of ordinary national courts regarding review of decisions taken by a sporting association in relation to its members should, as a question of autonomy of associations, be governed by its personal law (i.e., as a rule by the law of the country where the association has its seat; see Art. 9, par. 2 of the PIL). It seems inappropriate however to characterize the question as a purely procedural one. German law seems to adopt this reasoning as well. (See J. Adolphsen, *Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Verfahren gegen nationale und internationale Sportverbände*, IPRax 2000, No. 2, p. 83 and the cases and literature cited therein.

procedures is also visible in the area of sports.⁵ Indeed the Art. 40 of the Polish Act on Physical Culture created a Sports' Arbitration Tribunal as a permanent arbitration court as an arm of the Polish Olympic Committee, and Art. 38 and 39 of the Act permit sporting associations to create permanent arbitration courts which would have jurisdiction over property disputes arising from sporting activities. The future will determine whether the legal framework created for the development of sporting association arbitration tribunals in Poland will be fleshed out in practice.⁶ As regards international relations, however, one must look to the provisions of Art. 1105, par. 2 of the PCCP. These provisions state that parties to a dispute involving property rights (with the exception of alimony and labor disputes) may agree in writing to exclude a Polish national court from hearing the controversy in favor of a foreign arbitration tribunal so long as one of the parties is domiciled in, has its seat in, or conducts business in the foreign jurisdiction and so long as the agreement to submit the controversy to the foreign arbitration tribunal is legally recognized by the law of the foreign state.

4. According to Art. 1096 of the PCCP the aforementioned rules regarding jurisdiction will not be applied in the event that Poland is party to an international treaty which provides otherwise. Undoubtedly the most important such binding treaty is the Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters signed in Lugano on August 16, 1988 (hereinafter sometimes referred to as the LC), which is binding on Poland, the 15 member states of the European Union, and Iceland, Norway, and Switzerland.⁷ The LC introduces the principle that persons or legal entities having domicile or a seat in the territory of the signatory states are subject to the jurisdiction of that state, regardless of their citizenship or nationality (Art. 2 and Art. 53, par. 1 of the LC).⁸

⁵ See A. Wach, *Alternatywne formy rozwiązywania sporów sportowych* [Alternative methods of resolving sports' disputes], „Przegląd Sądowy” [Court Review], 2000, No. 5, p. 60 and following.

⁶ At present the effects of the solutions proposed in the Act are modest – see A. Wach, *op. cit.*, at p. 91.

⁷ The Lugano Convention (published in Dz.U. 2000, No. 10, pos. 132) has been in effect in Poland since Feb. 1, 2000. It provides that the provisions of the Convention are not applicable to (among others) arbitration courts. This excludes not only controversies submitted to arbitration from its provisions, but also matters in national courts which involve arbitration judgments (for example complaints to dismiss arbitration judgments). The Lugano Convention is based on the convention signed in Brussels in 1968 among the then member states of the European Communities (since March 1, 2002 replaced by Council Regulation No. 44/2001 of 22 December 2000). Protocol No. 2 of the Lugano Convention provides that its provisions should be applied and interpreted taking into account court decisions issued in the national courts as well those of the European Court of Justice concerning the Brussels Convention of 1968.

⁸ The determination of whether one is domiciled in a particular state is made applying the law of the state in question. (Art. 52 of the LC).

Derogation of this principle is allowed by the Convention only in limited cases (see Art. 3). As regards the matter under discussion it should be noted that Art. 5, point 1 of the Convention introduces the concept, in matters relating to a contract, of special jurisdiction of the courts of the place of performance of the obligation in question.⁹ In addition Art. 5 point 3 confers special jurisdiction, in matters relating to torts, on the courts where the place of the harmful event occurred.¹⁰ Based on these provisions one may conclude that the organizer of a sporting event may be subject to the jurisdiction of the courts where the organizer is domiciled or has its seat, as well as in the courts of the state where the sporting event took place. Jurisdiction over the organizer by other courts would be an exceptional occurrence. Thus based on the LC Polish courts would have jurisdiction mainly over controversies where either the organizer is domiciled or has its seat in Poland or when the sporting event from which the injury arose took place in Poland.¹¹ In the latter instance the jurisdiction of the Polish courts would be indicated by the place of performance of a contract or the place where a harmful act occurred, depending on whether the organizer's liability is contractual or tortious.

5. It can be seen that the provisions of the Lugano Convention do not grant jurisdiction to Polish courts in those cases where the organizer of a sporting event is only physically present in Poland or has property in Poland, nor in those cases where the contract obligation, the breach of which gave rise to the harm, arose in Poland. Thus the wide-ranging jurisdiction granted to the Polish courts by Art. 1103 of the PCCP is restricted by the LC vis a vis organizers who are domiciled or have their seats in LC signatory states. The actual effect of this diminution in jurisdiction should not be overestimated, however. If one considers that the vast majority of sporting events take place in the country where the organizer is either domiciled or has its seat, then the courts of that country will be the natural forum for controversies over the organizer's liability for

⁹ According to the European Court of Justice's interpretation of the Brussels Convention, determination of the place where a contract is to be performed is made applying the law applicable to the contract.

¹⁰ In the event of a tort connected with more than one jurisdiction the place of the harmful event is understood as either the place where the defendant acted or the place where the plaintiff suffered harm. See the opinion of the European Court of Justice of Nov. 30, 1976 in the case of *Bier v. Mines de Potasse d'Alsace* (ECR 1976, p. 1735), based on Art. 5 point 3 of the Brussels Convention of 1968.

¹¹ According to the Art. 14 of the LC Polish courts may also have jurisdiction in cases where a consumer domiciled in Poland suffered harm as the result of a breach of a consumer contract, so long as the provisions of Art. 13 of the LC are fulfilled. In practice this would relate only to relations directly between the event organizer and the spectators, which would be rare.

harm resulting from the event. In practice thus, Polish courts will have jurisdiction over cases concerning an organizer's liability for damages arising from sporting events which take place in Poland. This is true both according to the Lugano Convention and the provisions of the PCCP.

6. Once the jurisdiction of the Polish courts is established, there arises the question of the law to be applied to the controversy over the organizer's liability. Polish courts will look to the provisions of the Polish Private International Law (PIL), unless an international treaty to which Poland is a signatory state provides otherwise. In order to determine which conflict of laws rule is to be applied to find the applicable law, one must first classify the claim. Inasmuch as Polish law does not provide which law is to be applied in making such a classification, the question is open and left to the court. According to prevailing Polish legal doctrine, the classification of a legal issue should be made on the basis of the private international law of the forum, interpreting the substantive law categories set forth in conflict of laws rules in a functional manner. By this it is meant that the categories should be understood more broadly than they are in the substantive law of the forum state, in accordance with the aim of private international law to resolve conflicts arising between the laws of various legal systems.¹²

7. In light of the above it is important to note at the outset that Polish private international law, similar to that of many other systems, provides two separate conflict of laws rules for obligations. Applicable law for contractual obligations is set forth in Art. 25-29 of the PIL. According to Art. 30 these provisions shall apply *mutatis mutandis* to obligations arising from unilateral acts. In the case of obligations which do not arise from an act in law but rather from statutory provisions (primarily torts in this case), the applicable law is to be determined by applying the provisions of Art. 31 of the PIL. This distinction according to the source of the obligation corresponds to the dualistic system of liability in the Polish Civil Code. According to Art. 471 and following of the PCC so-called "contractual liability" arises when an injured party and liable party were linked, at the time of the harm, by an existing obligation (in most cases - contractual) and the harm is the result of a breach of that obligation. Tort liability on the other hand, which is based on Art. 415 and following of the PCC, arises in cases where the injured party and liable party had no pre-existing obligation (or where the harm did not result from the breach of such an obligation), and only because the harm is done does the law create an obligation to redress it. While these two distinct systems of civil liability differ in several important aspects (for example in allocation of the burden

¹² See M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe* [Private International Law], 7th Ed., Warsaw 2001, p. 56.

of proof, the types of damages permissible, and length of statutes of limitations), they also share a number of features in common (Art. 361-363 relating to causation, contributory negligence or fault, and redress of damages). In addition, in situations where the liability may be based on either contract or tort, Art. 443 of the PCC allows the plaintiff to choose between an action *ex contractu* or *ex delicto* (in the absence of contractual or statutory restrictions).

Based on the above one may conclude that Polish law allows damage claims to be classified, depending on the circumstances, as either arising from contract or tort.

8. Let us first consider the effect of classification of an action against a sporting event organizer as one arising from contract. In this case the claim for damages is based on an allegation that the organizer breached a contractual obligation with the injured party. The organizer's obligation may arise from various types of contract, especially those imposing on the organizer an obligation to provide the aggrieved party with safe and secure conditions within which to participate in the event.

As between the organizer and the spectators, the organizer may be deemed to have a contractual duty to provide the spectators with access to a safe stadium.¹³ In Polish law this type of contract is designated as an innominate contract, similar to that set forth in Art. 627 and following of the PCC for so-called "contracts for a specific work."¹⁴

In relation to the organizer the participant may be bound by an employment contract or a contract for the performance of sport services. As regards the latter, the provisions of Art. 750 of the PCC regarding mandate contracts are correspondingly applied. Similar contracts may be binding between the organizer and managers, coaches, referees, and other persons connected with the event.

In all these cases the law applicable to the contract also determines the liability for its breach and for the damages resulting there from. The law applicable to the contract is, in the first place, the law chosen by the parties. (See Art. 25, par. 1 of the PIL and Art. 32 of the PIL for employment contracts). If the parties have not agreed upon the applicable law the contract shall be governed by the law of the state where the parties are domiciled or have their seats on the date of the contract (Art. 26 of the PIL). In the case of an employment contract in order to establish the common personal law of the parties it is necessary to take in consideration the seat of the employer enterprise where the work was, is, or will be performed (Art. 32, par. 2 of the PIL).

¹³ For more on this issue see Part III, point 2 of this report.

¹⁴ A characteristic feature of this type of contract is that the desired final result is described, while the specific means for attaining it are left to the party who promises the same.

In the event however that the parties do not choose the system of applicable law and share no common law of the person, Polish PIL prescribes that for specified types of contracts the applicable law is that of the place of domicile or seat of the party obliged to render the non-pecuniary performance (Art. 27, par. 1, 2 of the PIL). It should be noted, however, that in the event the party obliged to render such a "characteristic performance" concludes the contract within the scope of the activity of his or her enterprise, then the applicable law is that of the seat of the enterprise (Art. 27, par. 3 of PIL).

Thus in accordance with Art. 27 in the event of a claim for damages by a spectator against an organizer of a sporting event the applicable law is that of the country of domicile or seat of the organizer (or of his or her enterprise), as he or she was obliged under the contract to render the characteristic performance. In the event of a claim by a participant, trainer, referee, or other person connected with the event against an organizer the applicable law, however, is that of the domicile or seat of such person or entity (as they were obliged under the contract to render the characteristic, non-pecuniary performance). If however the claim of the participant, trainer, or other person connected with the event arising from an employment contract, then the applicable law is that of the country where the employment was, is, or is to be carried out (Art. 33, par. 2 of the PIL). If a claim for damages is made by a participant whose relation to the organizer, a sporting organization, is based only on membership, then the applicable law would seem to be the law of the person of the organizer as a legal entity, which would be that of the seat of its governing board (Art. 9, par. 2 of the PIL).¹⁵

9. If at the time of the act causing injury the organizer and the injured party were not in a contractual relationship, the claim may be classified as a tort claim. This classification can also be applied when the circumstances surrounding the injury create concurrent contractual and tort liability, which in the case of injuries connected with a sporting event cannot be deemed to be an exceptional occurrence. The organizer's obligation to provide a safe and secure environment may arise from its contractual obligations or may be imputed as a result of universally applicable statutory provisions. In this case breach of the contract may be simultaneously a tortious act. According to Polish law this creates a concurrence of the two applicable laws - those for contracts and torts. There are different methods of resolving the conflict which results, but the most common is to choose that law which is most advantageous to the injured party. In

¹⁵ German and Austrian law seems to adopt the same approach. See J. Adolphsen, *op. cit.*, p. 82.

such a case it is up to the injured party (or court) to choose the applicable law. Only in a few exceptional instances which are not worthy of mention here are restrictions placed on this choice.¹⁶

The law applicable to torts is, in the first instance, the common personal law of the parties, and that only in cases where they have both a common citizenship and domicile (Art. 31, par. 2 of PIL). Although this provision on its face applies only to natural persons, according to the court decisions and prevailing legal doctrine it is assumed to be applicable in instances where one of the parties is a legal entity as well, using its seat as the connecting factor in place of citizenship and domicile.¹⁷ In the event of a lack of common personal law, the tortious obligation shall be governed by the law of the state where the event creating the obligation occurred (Art. 31, par. 1 of the PIL). This provision does not make clear, however, where the place of the tort is in the event the various elements of the tort are dispersed in different states.

The majority of proposed solutions favor designating such a tort as multilocal and adopting the principle that the among the local laws concerned the applicable law is that which is most advantageous to the injured party.¹⁸ Many years ago the Polish Supreme Court applied this reasoning and solution in its only decision on the matter.¹⁹

In light of the above one may state that Polish tort law will be applied primarily in those cases where the sporting event giving rise to the injury took place in Poland. In that case Polish law will be applicable either as the common personal law of the parties (the organizer with a seat in Poland and Polish spectators or participants), or as the law of the place of the tort. Foreign tort law would be applied only exceptionally in cases where the actual injury arising from the event occurs in a foreign country or the it is the personal law of both parties (an organizer of an event in Poland has its seat in a foreign state and the injured party is domiciled in the same state). Conversely, Polish tort law would on the same basis only be exceptionally applied in the case of sporting events organized in other countries.

¹⁶ For example the choice of the law applicable to a tort claim would not be allowable where both applicable laws would exclude a tort claim in the event there was a concurrent contract claim. For more on this topic see T. Pajor, *Problem zbiegu odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej w prawie prywatnym międzynarodowym* [The Problem of Concurrent Contract and Tort Liability in Private International Law], "Acta Universitas Lodzensis", Folia Iuridica 1990, No. 44, pp. 110 and following.

¹⁷ Such was the opinion of the court en banc of the Civil Chamber of the Supreme Court in a decision issued on Oct. 5, 1974 – OSN 1975, pos. 72; see also T. Pajor, *Odpowiedzialność deliktowa w prawie prywatnym międzynarodowym* [Tort Liability in Private International Law], Warsaw 1989, at p. 158 and following.

¹⁸ See T. Pajor, *op. cit.*, at p. 195 and following.

¹⁹ See the Supreme Court opinion of Sept. 7, 1936 in Zb. Orz. 1937, p. 782 and following.

10. The conflict of laws aspects of civil liability of organizers of international sports events given above lead to the following conclusions: a) Jurisdiction will be vested in Polish courts and Polish law will be applied in most cases where the sporting event which gives rise to the injury or damage takes place in Poland; b) Polish courts will also usually have jurisdiction in those cases where the organizer of the sporting event is a legal entity which has its seat in Poland, is domiciled in Poland, or conducts business in Poland; c) jurisdiction will rarely be vested in Polish courts nor will Polish law be applied only on the basis of the fact that the injured party is a Polish citizen or is domiciled in Poland.

Part III

1. When a sporting event is of an international nature, claims for damages arising therefrom must first be assessed in the light of conflicts of laws rules. Once a court makes the assessment that it has jurisdiction and determines the proper applicable law the international nature of the event does not necessarily, however, become irrelevant. The international nature of the event may also affect the application of the substantive law proper to the case. This section of the report develops this theme by dealing with the Polish legal norms applied in determining the civil liability of an organizer of a sports event.

2. As stated above, the organizer's liability may be based on contract or tort. Its contract liability arises most often from the fact that a spectator, by purchasing a ticket to the event, is entering into a contractual agreement with the organizer of the event. The contract is characterized under Polish law as "innominate", similar to a so-called "contract for a specific work" as defined in Art. 627 of the PCC (which was described briefly hereinbefore, see footnote 14). It is acknowledged that under such an arrangement the organizer's contractual duties extend not only to the organization of the event and provision of access thereto to the ticket holders, but also to providing them with safe and secure conditions to watch the event and root for the participants.²⁰ In the event a spectator sustains injuries (arising for example from a public disturbance) and can show that the organizer

²⁰ See A. Koch, *Podstawy cywilnoprawnej odpowiedzialności za szkody powstałe w wyniku naruszeń porządku w związku z imprezami sportowymi* [Basis of civil liability for injuries arising from public disturbances occurring in sporting events], [in:] *Naruszenia porządku towarzyszące imprezom sportowym* [Public disturbances in sporting events], A. Szwarc (Ed.), Poznań 1995, p. 137.

failed to provide the appropriate safety and security, he or she will be able to make a claim under Art. 471 and following of the PCC.²¹ Inasmuch as these provisions contain a presumption of fault on the part of the organizer the injured spectator will not be required to prove that the objective lack of a safe and security was due to the organizer's negligence, and the burden of proof will shift to the organizer to show that the public disturbance is the result of circumstances for which the organizer is not liable (e.g. that the damage inflicted arose solely due to the act of the injured person him or herself or of a third party for whom the organizer is not liable).

In determining whether the organizer has met his counter burden of proof one must take into account the provisions of Art. 474 of the PCC. According to this article an organizer cannot escape liability by proving that the injury resulted from the negligence of persons who assist the him in performing his obligations (his employees, for example), or that it was due to the negligence of those to whom he entrusts performance (security guards, for example). The organizer is as responsible for the acts or omissions of such persons as he is for his own acts or omissions. For this reason it would seem that the organizer is liable also even if the injury results from a negligent act of a participant or other person participating in the event (referee or coach, for example), since it may be assumed that these are persons who assist the organizer in the performance of his own obligation to create and offer a sporting event, and thus on the basis of Art. 474 of the PCC the organizer would be equally responsible for their actions or omissions as for his own.²²

It should also be noted that the duty of an organizer of a sporting event to provide a safe and secure environment is not an obligation based on contract alone, but is also imposed statutorily.²³ Thus even if the organizer can exempt himself from contractual liability by a relevant clause in the contract he is not off the hook. Avoiding contractual liability is in any case made all the more difficult by the principle that an organizer cannot escape contractual liability where an injury was caused by intentional fault (Art. 473, par. 2 of the PCC). In addition the spectator may be determined to be a consumer in relation to the organizer and thus subject

²¹ There are differences of opinion regarding the nature of the proof which the claimant must offer to create a claim in this area. A simple showing that an injury occurred at the place and during the time of the sporting event would not seem to be sufficient since the spectator has a considerable degree of freedom of movement during the event. It would seem that they must show that the cause of his or her injury is related to the objective lack of a safe and secure environment. For a different opinion, however, see A. Koch, *op. cit.*, pp. 135-136.

²² See also A. Koch, *op. cit.*, p. 143.

²³ The organizer's statutory obligations are further discussed in par. 4 hereinafter.

to the special protection of consumer protection laws. Art. 385³, point 1 of the PCC seems to indicate that an organizer cannot exempt himself from liability nor limit his liability by inserting a provision on a ticket, for example, which states that the organizer is not responsible for any injuries to the person which might occur during the event. This type of contractual limitation is considered to constitute an unfair contractual term (Art. 385¹, par. 1 of the PCC).

From the above it can be seen that a number of the Code provisions concerning the contractual liability of an organizer are favorable to an injured party, especially those shifting the burden of proof and making organizers responsible for the acts of third persons. It should be noted, however, that the afore-said provisions do not permit pecuniary compensation for pain and suffering.²⁴ Thus a spectator who alleges personal injury and wants to claim damages for pain and suffering is practically forced to proceed on a tort basis. This is usually possible, however, since the imposition of personal injury is considered to be an tortious act even if imposed within a contractual relationship, and as already stated Art. 443 of the PCC permits concurrent tort and contract liability, in which case the injured party can choose the cause of action (in this case tort) which is more advantageous to him or her.

3. Given the above it should come as no surprise that the majority of damage claims against organizers of sporting events are based on tort. The article most relied upon in seeking damages is Art. 415 of the PCC, which is a general clause imposing liability for negligent or faulty acts which cause harm. In order to state a cause of action under this Article the claimant must show that he or she suffered harm as a result of an organizer's negligence or fault. It should also be noted that in most cases the sports organizer will be a legal entity as opposed to a natural person (a club, sports' organization, international sports' federation, etc). Thus subjective elements of intent and/or mental capability are usually absent in such actions, and they usually focus around trying to show objective circumstances from which an inference may be drawn that the organizer was negligent in failing to provide a safe and secure environment.

4. Assistance in trying to define the organizer's duty to provide a safe and secure environment can be found in several statutes, where the duty is stated, sometimes in clear detail and sometimes in more general terms. Art. 50, point 1 of the Act on Physical Culture is a general provision which states that any legal entity carrying out activities in the area of physical

²⁴ Although this limitation is not directly stated in the Code and is sometimes questioned, it is nevertheless accepted by most legal scholars and is found in the cases as well. See T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania* [Liability for failure to fulfill an obligation], Warsaw 1982, pp. 136-137.

culture is responsible for the conditions of safety, order, and health and hygiene for sporting activities. Art. 53, point 1 of the APC on the other hand deals with specific sports where the risk of injury is high. It enumerates such sports as mountain-climbing, motor races, sailing, deep sea diving, air sports, far-eastern martial arts and fighting matches, kick-boxing, and sports involving shooting. The organizers of such sports and sporting events as well as participants must have appropriate qualifications and conform to the special rules of safety and security which accompany such sporting disciplines. The Council of Ministers is given the authority in Art. 53, point 2 of the APC to issue special regulations governing such sports.²⁵

An organizer of sporting events in Poland is also required to comply with the provisions of the Act of August 22, 1997 concerning Security at Public Events (hereinafter sometimes cited as SPE).²⁶ According to the SPE an organizer of a public event²⁷ has the duty to: a) provide a properly trained security services and information unit in a sufficient number to ensure public order, properly equipped and visibly designated, and under the control of a special security services' manager; b) to provide for on-site medical aid, traffic control and evacuation procedures, and emergency and fire equipment; c) to assure that all persons securing the event have the proper means to maintain contact with each other; d) to check and control entering spectators (including where necessary and appropriate to search their handbags and clothes);²⁸ e) prohibit persons who are subject to court orders banning them from being present at public events²⁹ from the same

²⁵ See for example the Council of Ministers regulation of Sept. 26, 2000 concerning motor racing sports (Dz.U. No. 83, pos. 940). This regulation provides, among other things, that participants must wear helmets, safety suits or special protective clothing, including gloves and boots, which have been specially prepared and approved in accordance with the regulations of the International Automobile Federation (FIA) or the International Motorcycling Federation (FIM) (par. 8-10). It provides that racing participants may only use vehicles where all external rotating parts are covered (par. 11.1) and that motorcycles used in racing must have automatic turn-off devices which will shut off the motor in the event the motorcyclist loses contact with the cycle (par. 11.3). The organizer of the event and/or the technical commissioner may not permit anyone to participate in a motor race if their vehicle does not meet the required standards (par. 12). It stipulates that the organizer is responsible for the safe organization of motor racing events (par. 13).

²⁶ Dz.U. No. 106, pos. 680.

²⁷ Article 3, point 1 of the SPE defines a "public event" as one where the number of persons in a stadium or other outside public premises exceeds 1000, or in the case of a sporting hall or other inside premises where the number exceeds 300. These numbers are automatically reduced to 300 and 200 respectively in the case of public events which are accompanied by high risk (where there is reason to believe acts of violence or aggression may occur).

²⁸ Art. 14, par. 2 of the SPE prohibits the possession of weapons and dangerous items, explosives and combustibles, and alcohol and narcotics at public events.

²⁹ Art. 23 of the SPE requires Heads of Police Departments to create a register of such persons and further requires organizers of sports events to obtain the register with the aim of banning such persons from the event (Art. 12).

and to remove persons who create a public disturbance. In addition the organizer of a public event must obtain administrative permission for the same, and as a condition of obtaining such a license may be required to make an audio and video recording of the event.

The above-mentioned provisions of SPE correspond to a large extent with the international obligations of Poland as a signatory state of the Strasbourg Convention of 1985.³⁰ In Art. 3 of this Convention the contracting states undertake to ensure the formulation and implementation of various measures designed to prevent and control violence and misbehavior by spectators. Articles 4 and 6 of the Convention require the organizer of an international sporting event to consult and cooperate with the appropriate sports organizations and governmental authorities of those countries involved in the event with the aim of securing a safe environment and the smooth operation of the sporting event.

5. These and other laws, executive regulations, and international agreements do not constitute the exclusive criteria for assessing the activities and behavior of organizers of sporting events. In order to obtain a finding of negligence against an organizer his activities and behavior must be assessed against the standard of a "good organizer", which is a person (or institution) who uses appropriate care, takes appropriate preventive measures, and exercises common sense respecting duties arising from sporting rules as well as from common principles of knowledge and experience.

The sporting rules regulate not only the behavior of sports' participants and other persons directly involved in sport activity, but are also of importance in assessing the behavior of organizers of sporting events.³¹ The question of the relationship between the sporting rules governing the event and legal rules of general application naturally arises. The generally accepted view among legal scholars in the area is that while the sporting rules are of a technical nature they serve as a model in the determination of what constitutes legally required "good sportsmanship."³² Legislative

³⁰ This European convention on spectator violence and misbehavior at sports events and in particular at football matches was signed in Strasbourg on August 19, 1985. Its provisions have been binding in Poland since 1995 (Dz.U. 1995, No. 129, pos. 625).

³¹ Rules governing sports matches or games are usually divided into the rules of the match or game itself as well as rules of care, governing the behavior of participants. Each group of rules has different sanctions in the event of their violation. From the point of view of the civil liability of an organizer of a sporting event the latter rules are of particular significance since their aim is to assure a safe and secure environment for the conduct of the game or match.

³² See M. Sośniak, *Prawne znaczenie naruszenia regul sportowych* [The legal significance of violation of sporting rules], "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1962, p. 48; as well as S. Jędruch, *Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną w związku z uprawianiem sportu* [Liability for harm inflicted during sporting events], Warsaw 1972, pp. 115-116.

guidance in this question is also provided by Art. 355, par. 1 of the PCC which defines "due diligence" as that generally required in the relationships of a given kind. Based on the provisions of par. 2 of the same Article it would seem that, in making the determination of the due diligence to be exercised by professional sports participants, they would be held to a higher standard of care than similar participants in the same activities who were not professionals.

It must be emphasized however that in determining the fault of participants of sports events the sporting rules themselves do not constitute the exclusive criteria and that the behavior of the participants must also be examined from the point of view of general requirements of prudence and diligence. In some instances behavior which is not in violation of governing sports' rules may be held to violate standards of care of general applicability. For example, while soccer rules permit an attacker to kick a ball up until the moment that it is in the actual hands of a goaltender, a player who makes a violent kick an instant before the goaltender touches the ball and knows that his kick is likely to inflict bodily harm on the goaltender may be civilly liable for his action according to tort rules of general applicability.³³ An actual decision of the Polish Supreme Court concerning the liability of an organizer of a boxing match, given on July 8, 1968, is particularly illustrative.³⁴ In that case one boxer fatally injured his opponent. In reviewing the circumstances surrounding the match, the court concluded that the physical condition of the boxers, their respective skills and strengths, as well as the reputation of the victor for not always "fighting clean", made the match decidedly lopsided from the start. The court concluded that in choosing opponents to a boxing match the organizer must take into account not only the respective physical skills and strengths of the opponents, but in the event they have a reputation for not "fighting clean" that should be taken into account as well. It should be stressed that the court found the organizer liable based on general principles of due care, even though the standard of care required of him could not be found in specific regulations or applicable sporting rules. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska in her commentary added that the organizer of a fighting event must see to it not only that the rules of the event itself are rigorously applied but also take care to organize the match in such a way as to pit evenly matched opponents against each other.

³³ See S. Jędruch, *op. cit.*, at p. 98.

³⁴ Decision published in OSPIKA 1969, No. 7-8, pos. 163, with a commentary by B. Lewaszkiewicz-Petrykowska.

6. As earlier mentioned, in addition to tort liability for his own fault the organizer of a sporting event may be liable for the acts or omissions of third parties. In the first instance the provisions of Art. 430 of the PCC come into play, saddling the organizer with vicarious liability for the fault of subordinate persons, which would include not only participants but other persons involved in the organization of the match or game as well, as well as a trainer, coach, or sports instructor hired by the organizer.

In addition, based on the principle of *culpa in eligendo* (making a faulty choice) Art. 429 of the PCC also makes the organizer presumptively liable for the acts or omissions of independent third parties hired by the organizer (for example judges), even though they are not directly under the organizer's supervision and are not required to comply with his orders. The organizer can defend himself against such a claim, however, by proving either that his choice was justified or that he entrusted an activity to a professionally qualified third person engaged in such activities. Because the latter defense is usually easy to prove, in practice the provisions of Art. 429 rarely provide injured parties with a platform upon which to make a claim.

Another instance of tort liability, regulated in Art. 427 of the PCC, can be applied to the organization of youth sporting events. Based on the principle of *culpa in custodiendo* (faulty supervision) there is a presumption of liability against an organizer in the event of injuries caused by participants under the age of 13, while in the case of injuries caused by participants between the ages of 13-18 it must be proved, according to Art. 415 of the PCC, that the organizer in fact neglected to exercise proper supervision.

Based on the same principle of *culpa in custodiendo* Art. 431 of the PCC creates a presumption of liability against an organizer for the injuries caused by animals which he keeps or uses in connection with the organization of a sporting event (for example horse racing).

7. While the liability of an organizer of a sporting event may be established applying standards of due care alone, they are not without defenses to the establishment of such liability. Under certain circumstances the injured party may be deemed to have contributed to their own injury by either assumption of the risk or consent to the action. This is especially true in the event of injuries to the participants themselves, and this issue has been taken into consideration for centuries in terms of legal doctrine. In the Middle Ages the principle of *causa ludi* was deemed to make participants liable for their own injuries sustained in the course of games, recreational activities, and sports.³⁵ Today the most common rationale for

³⁵ See M. Sośniak, *Z zagadnień odpowiedzialności odszkodowawczej związanej ze sportem* [Issues of civil liability connected with sports], "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1966, No. 1, p. 64.

shifting liability for injury to the participant him or herself is the doctrine of consent to the action.³⁶

It should be pointed out, however, that this defense is available only in narrowly drawn circumstances. The injured party's consent only extends to foreseeable actions involving risk of harm to goods and interests the party can legally disposed. For the most part this means consent to allow another participant to touch the body and to a limited intent consent to the infliction of physical or mental harm. This consent is usually deemed to exclude liability for actions which normally occur in the course of the event when it is carried out according to commonly agreed-upon rules. In addition the consent must be expressed prior to the commencement of the event, must be voluntary and informed, and it must be capable of being withdrawn at any moment.

Similar principles govern application of the doctrine of assumption of the risk, where the participant must knowingly and voluntarily agree to submit him or herself to the risk of a given type of injury.³⁷ This is a particular type of consent given by a participant to the possibility that their rights may be violated (and not consent to the actual violation itself). In sports it most commonly comes into play when participants are attempting to set new records or accomplish extraordinary feats (such as scaling mountain peaks). Assumption of limited risks by participants does not free the organizer, however, from his duty to see that all reasonable and proper measures are taken to guard against foreseeable risks, minimize the possibilities of occurrence of the same, and/or to mitigate their effects (including the obligation to properly insure participants). In the event an organizer neglects the aforementioned duties he will not be able to rely upon the doctrine of assumption of the risk to relieve himself of liability.

8. In addition to the above it should be noted that in some instances the organizer of a sporting event is saddled with strict liability (independent of fault). Art. 19 of the SPE provides that an organizer of a non-gratuitous event is liable for the actual cost of injuries and damages sustained by police, firefighters, or health services officials injured in the course of

³⁶ Other rationales are also given for shifting liability to participants, such as the theory of governmental permission and superior social interest. Undoubtedly the most commonly applied rationale however is that given in this text. See S. Jędruch, *op. cit.*, at p. 37 and following. This same issue arises in the context of criminal liability, see A. Szwarc, *Zgoda pokrzywdzonego jako podstawa wyłączenia odpowiedzialności karnej za wypadki sportowe* [Consent by an injured party as a basis for excluding an actor from criminal liability for sports' injuries], Poznań 1975, at p. 21 and following.

³⁷ See A. Szpunar, *Wina poszkodowanego w prawie cywilnym* [Fault of the injury victim in civil law], Warsaw 1971, p. 81 and following.

performance of their duties during the course of the event. Since this provision makes no mention of any circumstances whereby an organizer can avoid such liability, it must be assumed to be a type of strict liability. It would seem that the purpose of the Article is the prevention of injury to and redistribution of the risk of injury to the organizer vis a vis the administrative services in charge of maintaining public health and order, having the aim of trying to avoid situations which might bring about such injury. An additional aim might be to ensure that taxpayers are not be burdened with the costs of maintaining public order at stadiums in non-gratuitous events by shifting the burden for such costs to the organizer, who in turn will usually pass them along to end-user by adding the cost to ticket prices.

Some provisions of the Polish Civil Code impose other types of strict liability on the organizer. Art. 436, for example, provides that in the event the organizer is the possessor, autonomous or dependent, of a motor vehicle which causes damage he is liable therefore unless he can prove that the damage was due to *force majeure*, or solely to a fault of the injured party, or of a third party for whom the organizer is not responsible. It should be noted that the provisions of Art. 436 do not preclude an injured party from bringing the same claim under the general negligence statute of Art. 415, but inasmuch as Art. 436 does not require that the organizer's fault be proved it is generally in the interests of the injured party to proceed under Art. 436 where possible.³⁸

Art. 434 also provides for strict liability on the part of the organizer of a sporting event in the event of injury sustained by the collapse or the detachment of part of a stadium or sport's hall of which the organizer is the autonomous possessor. In such a case the organizer can avoid liability only if he can prove that the injury was not caused by a failure to maintain the building or a defect in its construction.

In exceptional cases an organizer of a sporting event may also be liable on the basis of equitable principles. For example, where a damage was caused by an animal which the organizer keeps or uses in an event and the presumption of fault in supervision was overturned (Art. 431, par. 2 of the PCC).

9. In the conclusory paragraph of this report it should be noted that Art. 20 of the SPE requires the organizers of non-gratuitous public events to take out general civil liability insurance policies to cover injuries which may occur at such events. Thus persons injured in at a sporting event

³⁸ Although in the case of motor sports the special regulations regarding the organizer's liability make it easier to prove their fault in any case — see footnote 25.

can bring a claim not only against the organizer but against the insurer of the event as well.³⁹ In the event the injured party is a participant, they can also usually bring a sporting accident insurance claim against an insurance company, since Art. 52 of the Act of Physical Culture requires that a sports' club or organization must carry such insurance on behalf of its members or representatives.

³⁹ Art. 8, point 4 of the Act on Insurance of July 28, 1990 (integrated text at Dz.U. 1996, No. 11, pos. 62, together with subsequent amendments) makes provision for an injured party to bring a direct claim against a liable insurer. See *Ubezpieczenia w sporcie* [Insurance in Sports], A. Wąsiewicz (Ed.), Poznań 1996.

SECTION II. C.

Janusz Jankowski

Professeur à l'Université de Łódź

La conciliation et la médiation en droit polonais

I. La conciliation

La procédure civile polonaise tend au règlement amiable¹. La preuve en est qu'à l'art. 10 c.p.c.², se trouvant juste au début de notre code de procédure civile dans son Titre préliminaire – Dispositions générales, le législateur dispose: «Dans les affaires où une transaction judiciaire est recevable, le tribunal doit chercher à les résoudre à l'amiable, quel que soit l'état de la procédure».

La transaction a un caractère d'obligation³, mais elle peut concerner tous les rapports juridiques patrimoniaux, et avant tout: les rapports d'obligation, ceux des biens matériels ou ceux découlant du droit de succession ou de la famille. Dans la pratique, la transaction judiciaire intéresse les rapports d'obligation découlant des actes illicites, de la non-exécution d'une obligation ou d'un enrichissement illégitime.

La recevabilité de cette transaction dans un cas concret dépend de ses conditions imposées tant par le droit civil que par le droit de la procédure civile.

¹ J. Lapierre, *Uгода sądowa w polskim procesie cywilnym* [La transaction judiciaire en procès civil polonais], Warszawa 1968, le même: *Pojednanie i ugoda w postępowaniu przed sądem gospodarczym*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci prof. Tomasza Dybowskiego* [La conciliation et le règlement amiable en procédure devant le tribunal de commerce], [dans:] [Livre de mémoire en l'honneur du prof. Tomasz Dybowski], «Studia Iuridica», t. 21, Warszawa 1994, p. 91.

² Les nos des dispositions légales évoquées dans la suite de ce paragraphe (I) sans note explicative précisant l'acte se rapportent tous au Code de procédure civile polonais (c.p.c.), la loi du 17 novembre 1964 modifiée.

³ A. Szpunar, *Z problematyki ugody w prawie cywilnym* [De la problématique de la transaction en droit civil], «Przegląd Sądowy» 1995, n° 9.

La législation polonaise impose une distinction entre les cas où le but de la procédure de conciliation est de faire aboutir au règlement amiable, conformément aux dispositions du droit civil (art. 917-918 c.civ.) et les cas qui ne visent qu'une réconciliation des parties du litige.

1. Le règlement amiable peut être conclu:

- a) avant l'introduction de l'action, c'est-à-dire avant d'intenter un procès, conformément à la procédure dite de conciliation (art. 184-186),
- b) après l'introduction de l'action, c'est-à-dire au cours du procès, lors de l'audience⁴.

Ad a) Avant d'introduire une action en justice, on peut convoquer la partie adverse à une tentative de conciliation. Cette convocation est déposée au tribunal local⁵ de compétence générale du domicile de l'adversaire, sans prendre en compte la compétence matérielle. La convocation doit comporter une description sommaire de l'affaire. Le tribunal notifie cette convocation à l'adversaire, accompagnée de sa propre citation pour l'audience de conciliation. Celle-ci se fait en présence d'un seul juge. Un procès-verbal est dressé de cette séance; si une transaction judiciaire est conclue au cours de celle-ci, son contenu fait partie de ce procès-verbal. Les parties signent la transaction judiciaire; si sa signature s'avère impossible, c'est le tribunal qui le constate. Le tribunal reconnaît la transaction impossible dans les cas suivants: soit son contenu n'est pas conforme à la loi, soit elle n'est pas conforme aux règles de la vie en société, soit elle viole manifestement l'intérêt légitime des ayants droit. En cas où celui qui convoque ne comparaît pas à l'audience, le tribunal l'obligera, sur demande de son adversaire, à rembourser les frais entraînés par la tentative de conciliation. Par contre, si l'adversaire ne comparaît pas devant le tribunal, celui qui appelle (le demandeur) peut demander d'obliger son adversaire (le défendeur) de rembourser ces dépenses pendant l'action en justice qu'il intente. Le tribunal tiendra compte de cette demande dans son arrêt qui clôture la procédure.

Ad b) Au cours du procès, le tribunal et son président à tout moment et surtout au cours de l'audience, doivent tendre à régler l'affaire à l'amiable (art. 10, 223)⁶. S'agissant d'une procédure relative aux prétentions des

⁴ W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie* [Précis de la procédure civile], Warszawa 1999, p. 213.

⁵ Dans le système polonais, les tribunaux de deux rangs différents statuent en premier ressort: tribunaux locaux et tribunaux régionaux.

⁶ «Le président est tenu de saisir toute opportunité pour inciter les parties à une conciliation, surtout à la première séance, après les exposés préliminaires des positions respectives des parties. Le procès-verbal de l'audience doit comporter les stipulations générales de la transaction conclue devant le tribunal, confirmées par les signatures des parties. Le cas échéant, le tribunal constate au procès-verbal que les parties ne sont pas en état de signer».

travailleurs, ce devoir s'étend également sur la séance d'éclaircissement dont le but est, entre autres, d'éliminer les défauts formels des pièces de procédure, de préciser les circonstances litigieuses, quelles sont les preuves à administrer, de persuader les parties de s'entendre et de conclure une transaction judiciaire (art. 468 § 2).

Le tribunal reconnaît la transaction irrecevable si les circonstances de l'affaire montrent qu'elle n'est pas conforme à la loi ou aux règles de la vie en société, ou qu'elle vise à éluder la loi. Dans les affaires liées à l'activité économique, le tribunal de commerce agira de même si la protection de l'environnement l'exige ou celle de la protection de la qualité requise d'une production (art. 479¹³ § 2). Tous les actes entrepris en vue de se soustraire à l'effet de l'opposition du tribunal, même s'ils s'accomplissent en dehors du tribunal, sont nuls.

Il est impossible de conclure une transaction en affaires relevant de la sécurité sociale (art. 477¹²).

Au cas où les parties concluent une transaction judiciaire, il devient inutile que le tribunal prononce un jugement; il arrête alors sur l'extinction de l'instance (art. 355 § 1).

2. En matière de droit du travail, le salarié peut poursuivre ses prétentions devant le tribunal, c'est-à-dire introduire une action ou déposer une requête à la commission de conciliation (une espèce d'équivalent polonais au Conseil de prud'hommes français - N.D.A.) pour faire appliquer une procédure de conciliation, si une telle commission est créée dans son entreprise (art. 242-261 c.trav.). Le but de la procédure de conciliation est de faire aboutir à une transaction entre le travailleur et l'employeur. Si la conciliation n'aboutit pas, la procédure de conciliation est terminée. Dans ce cas, elle prend fin de plein droit dans un délai de 14 jours à compter du dépôt de la requête s'agissant d'affaires relatives à la résiliation, à l'expiration ou à l'établissement du rapport de travail, et dans un délai de 30 jours à compter de la même date en toute autre affaire (art. 251 § 3 c.trav.).

Au cas où la procédure devant la commission de conciliation échoue, cette dernière transmet, sur demande du travailleur et sans délai, le dossier de son affaire au tribunal de travail. Dans ce cas, la requête du travailleur pour régler son affaire par la commission remplace la demande initiale. Cela n'empêche que le travailleur puisse, au lieu de passer par la commission, déposer directement sa demande initiale au tribunal, conformément aux règles générales.

3. Les parties peuvent aussi conclure une transaction judiciaire devant l'arbitrage. Dans les limites de leur capacité de s'obliger elles-mêmes, les parties peuvent soumettre à l'arbitrage la solution des litiges en droits patrimoniaux, ceux sur les aliments et ceux de travail exceptés (art. 697

§ 1). Le contrat de soumission du litige à la décision de l'arbitrage (la clause compromissoire) doit être fait par écrit et signé par les deux parties. La clause doit préciser l'objet du litige où le rapport juridique qui l'a fait naître soit celui pouvant provoquer le litige. La clause peut également désigner les arbitres et leur président (le surarbitre) ou le nombre d'arbitres et le mode de désignation, tant des arbitres que du surarbitre. Une transaction conclue devant l'arbitrage, du moment où un tribunal de droit commun compétent constate sa force exécutoire, a la même force légale qu'une transaction conclue devant un tel tribunal (art. 711 § 2).

La transaction conclue devant un tribunal de droit commun, devant une commission de conciliation ou devant l'arbitrage – à l'issue des procédures décrites ci-dessus – constitue un titre d'exécution (art. 777 § 1 points 1, 2 et 3). Ce titre d'exécution devient titre exécutoire du moment où le tribunal lui confère la formule exécutoire. Autrement dit, il donne une base pour une exécution forcée judiciaire (art. 776) et on peut réaliser l'exécution de la prestation à laquelle la partie concernée s'est obligée. Par contre si une demande initiale est déposée dans l'affaire réglée à l'amiable, le défendeur a droit à l'exception du règlement amiable conclu (*exceptio rei transactae*) qui entraîne le rejet de la demande.

Il faut souligner que les procédures de conciliation décrites, étant des voies menant à la conclusion d'une transaction judiciaire en procès civil, en procédure devant une commission de conciliation en matière de droit du travail ou devant l'arbitrage, sont de nature facultative et leur mise en oeuvre ne dépend que de la volonté et de l'initiative des parties du litige.

4. Cependant, la procédure civile polonaise connaît aussi la notion d'audience de conciliation qui est obligatoire pour chaque affaire de divorce ou de séparation (le même devoir est prévu à l'art. 1107 du nouveau c.p.c. français). Ces affaires sont exemples des cas où la procédure de conciliation n'aboutit pas à une transaction judiciaire (par ailleurs, elle ne peut pas y aboutir du fait de la nature de ces affaires qui empêche leur règlement amiable).

En cas de ces affaires, le président, avant de fixer la date de la première audience, c'est-à-dire avant de remettre la notification de la demande au défendeur, cite les parties à comparaître en personne au tribunal à l'audience de conciliation qu'il confie à un juge de son choix. En matière de la procédure de conciliation, ce juge a les droits du président et du tribunal (art. 436 § 1 et 3). Si la comparution de l'une des parties rencontre des obstacles difficiles à surmonter, le tribunal, agissant sur demande de la partie adverse, peut renoncer à l'audience de conciliation (art. 437). Pendant la séance de conciliation, le juge persuade les parties de se concilier, compte tenu du bien des enfants et de l'importance sociale de la durée du mariage.

Le juge peut ajourner la séance. Si la conciliation réussit, le juge décide de l'extinction de la procédure. Dans le cas contraire, le juge constate que la conciliation n'a pas abouti. Si l'audience de conciliation n'est pas fixée pour cause de renonciation à cette mesure, ou la conciliation n'a pas abouti, le président fixe la date de l'audience (art. 438).

La procédure de conciliation est également prévue dans d'autres actes juridiques de la législation polonaise.

5. La loi du 8 octobre 1982 sur les organisations sociales et professionnelles des agriculteurs⁷ précise dans son art. 4 les tâches et les compétences de ces organisations. Les organes de l'administration d'État et des collectivités territoriales sont tenus de coopérer avec les organisations des agriculteurs susmentionnées. Il en découle qu'ils sont obligés de prendre immédiatement, dans un délai inférieur à un mois au plus tard, une position vis-à-vis d'opinions, demandes, postulats ou revendications présentés par l'organisation des agriculteurs dans les matières qui révèlent des compétences de l'organisation concernée. Si la position de ces organes ne convient pas à l'organisation des agriculteurs, elle peut former une opposition auprès d'un organe supérieur; cette opposition devant être considérée dans le délai d'un mois (art. 6 de la loi citée).

Si la procédure décrite n'apporte pas de solution à l'affaire concernée par l'opposition, chacune des parties a le droit de demander d'introduire une procédure de conciliation qui est menée par une commission créée exprès pour ce faire, se composant de 6 membres, désignés en nombre égal par chaque partie. La solution du litige en cette procédure doit survenir en sept jours, lorsqu'il s'agit d'une seule organisation des agriculteurs, et en dix jours en cas d'un litige sortant du cadre d'une seule organisation. La solution du litige se fait par voie d'un accord qui lie les parties. En cas de l'échec, la commission dresse un procès-verbal des divergences qui précise les positions respectives des parties (art. 7 de la loi citée).

Si le litige n'est pas résolu à l'issue de cette procédure, les parties sont tenues de le soumettre à un collège d'arbitrage⁸ statuant auprès du tribunal qui tient le registre où est inscrite l'organisation des agriculteurs prépondérante dans le litige (art. 8 de la loi citée). Enfin, si le compromis reste toujours irréalisable et la matière de l'affaire a trait à des droits et des intérêts importants des agriculteurs, leur organisation peut avoir recours à une mesure exceptionnelle pour supporter ses revendications, à savoir à une action de protestation (art. 9 de la loi citée).

⁷ J. des L. n° 32, texte n° 217 modif.

⁸ Arrêté du Conseil des Ministres du 16 août 1991 relatif à la procédure devant le conseil d'arbitrage, J. des L. n° 73, texte n° 324.

6. La procédure pénale polonaise⁹ distingue les affaires poursuivies d'office des affaires fondées sur une accusation privée. En ce dernier cas la victime, ou les personnes qui peuvent agir en substitution, est qualifiée comme accusateur (art. 49, ainsi que 51 § 2 et l'art. 52 c.p.pén.)¹⁰. Notre code pénal¹¹ compte parmi les délits poursuivis sur l'accusation privée: la lésion corporelle légère entraînant une altération des organes du corps ou un trouble de la santé pour une période qui n'est pas supérieure à 7 jours (art. 157 § 4 c.p.pén.), la diffamation (art. 212 § 4 c.p.pén.), l'outrage (art. 216 § 5 c.p.pén.) ainsi que la violation de l'intégrité corporelle (art. 217 § 3 c.p.pén.). La procédure en affaires sur l'accusation privée est une procédure simplifiée. L'audience de fond est précédée d'une audience de conciliation obligatoire qui est menée par un juge. Cependant, une alternative est prévue en cette occurrence. A savoir, sur la demande ou sur le consentement des parties, le tribunal peut, au lieu d'une audience de conciliation, fixer un délai convenable pour procéder à une procédure de médiation (art. 489 c.p.pén., v. Médiation ci-dessous).

La séance de conciliation commence par un appel adressé aux parties de se concilier. Le procès-verbal doit tenir compte des positions des parties à l'égard de cet appel et les résultats de la séance tenue; si la conciliation aboutit, le procès-verbal est signé par le juge et aussi par les parties et non-lieu de la procédure est prononcée. L'absence non justifiée de l'accusateur privé et de son mandataire est considérée comme désistement de l'accusation et la procédure est annulée. En cas de l'absence de l'accusé, l'affaire est à considérer au cours de l'audience de fond (art. 491-492 c.p.pén.).

II. La médiation

La médiation est un mode de régler le litige qui fait aboutir à conclure un accord, sous l'autorité d'un tiers qui est médiateur. Dans les cas où le conflit entre les parties ne peut pas être réglé par voie de négociation directe, à cause d'excès d'émotions, de faible communication, de manque de confiance ou de complexité du problème, les parties peuvent faire appel à l'assistance d'un médiateur. Sa tâche est d'aider les parties, en respectant les règles de neutralité et d'impartialité, à conclure un accord réaliste,

⁹ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz* [Code de procédure pénale. Commentaire], Krakow 1998.

¹⁰ Code de procédure pénale - loi du 6 juin 1997, J. des L. n° 89, texte n° 555 modif.

¹¹ Code pénal - loi du 6 juin 1997, J. des L. n° 88, texte n° 553 modif.

satisfaisant les deux parties. La médiation est définie comme un mode de régler les litiges, alternatif par rapport à l'instance judiciaire¹². La procédure de médiation est prévue dans quelques actes juridiques du système de droit polonais.

La loi du 23 mai 1991 sur le règlement des litiges collectifs¹³ est le premier de ces actes. Le litige collectif est un litige entre les travailleurs et l'employeur, ou les employeurs, portant sur les conditions de travail, les salaires ou les prestations sociales, ainsi que sur les droits et libertés syndicaux des travailleurs ou d'autres groupes (art. 1 de la loi citée). Le litige collectif est une catégorie à part entière par rapport au litige individuel. Un critère de distinction de base est la présence d'une collectivité, tant des sujets que de l'objet du litige¹⁴.

Le litige collectif commence par une intervention officielle du syndicat qui représente les intérêts des travailleurs, cette intervention étant adressée à l'employeur et précisant les revendications conformément à l'art. 1 (art. 7 de la loi citée). L'employeur commence sans délai la négociation pour résoudre le litige par voie d'un accord, en notifiant le fait du litige à l'inspecteur local du travail compétent. La négociation constitue le premier mode (la première phase) de régler un litige collectif. La négociation est terminée lorsque les parties signent, soit un accord, soit, en cas d'échec de la négociation, un procès-verbal des divergences précisant les positions respectives des parties (art. 9 de la loi citée).

Si la partie qui a commencé le litige continue à soutenir ses revendications, ce litige se déroule ensuite avec la participation d'une personne qui donne une garantie d'impartialité, d'un médiateur (art. 10 de la loi citée). La médiation, tout comme la négociation, est obligatoire en ce sens que l'on ne peut pas légalement proclamer une grève sans passer par ce stade. Le médiateur est désigné d'un commun accord par les parties du litige. Il peut être choisi entre les personnes agréées (inscrites sur une liste des médiateurs) par le Ministre du Travail et de la Politique Sociale. Si les parties ne se mettent pas d'accord sur la personne du médiateur dans le courant de 5 jours, la procédure continue avec la participation d'un médiateur que le Ministre désigne, sur demande de l'une des parties, d'entre les médiateurs agréés. Le médiateur qui intervient dans le litige ne représente ni l'Etat, ni l'intérêt général, ni l'intérêt d'une partie quelconque. Son devoir est d'être garant d'un règlement du litige collectif; d'une solution qui serait juste et qui contribuerait à sauvegarder la paix sociale dans l'entreprise. La loi n'impose aucune contrainte quant aux compétences professionnelles du

¹² R. Świeżak, *Idea mediacji* [L'idée de médiation], «Jurysta» 1998, n° 3-4, p. 30 et suiv.

¹³ J. des L., n° 55, texte n° 236 modif.

¹⁴ H. Lewandowski [dans un ouvrage collectif:] *Prawo pracy* [Le droit du travail], Warszawa.

médiateur¹⁵. Néanmoins, elle prévoit le droit du médiateur au congé de son travail habituel dont la durée est égale à la durée de la médiation, une rémunération du médiateur et les règles de remboursement des frais de la procédure de la médiation (art. 11¹ de la loi citée). La rémunération due au médiateur et le remboursement de ses frais de déplacement et d'hébergement sont déterminés dans un contrat conclu par le médiateur et les parties du litige. Cependant, cette rémunération ne saurait pas être inférieure à la rémunération fixée par le règlement du Ministre du Travail et de la Politique Sociale du 17 décembre 1997 relatif aux conditions de rémunération des médiateurs agréés par le Ministre du Travail et de la Politique Sociale¹⁶.

En cas où une évaluation du déroulement de la procédure de médiation justifie la conclusion qu'elle ne règlera pas le litige avant la date annoncée de la grève, l'organisation qui a commencé le litige a droit d'organiser une grève d'avertissement, une seule fois et d'une durée qui ne dépasse pas 2 heures.

La médiation est terminée quand les parties signent un accord, et, sinon, quand elles dressent un procès-verbal des divergences précisant les positions des parties. Ces actes ont lieu en présence du médiateur. L'échec d'une procédure de médiation ayant pour but de régler un litige collectif donne le droit à une grève (art. 14-15 de la loi citée).

Le sujet qui dirige le litige collectif dans l'intérêt des travailleurs, a droit, sans que le droit à la grève soit appliqué, d'essayer de le régler, en le soumettant à la décision d'un collège d'arbitrage (v. la note 8 ci-dessus) auprès du tribunal régional¹⁷ où il y a un tribunal de travail et de sécurité sociale (art. 16 de la loi citée).

Notre nouvelle législation pénale (v. les notes 10 et 11) introduit deux institutions qui jouent un seul et même rôle: faire aboutir au règlement amiable du conflit entre la victime et l'auteur de l'infraction. Ce sont: la médiation et l'entente. La médiation implique un intermédiaire, il est donc nécessaire qu'un tiers intervenant entre les parties du conflit y prenne part. Cette personne a la qualité du médiateur dont le but est de faire en sorte que les parties du litige s'entendent. Cet objectif, faire aboutir à un accord entre les parties, distingue le médiateur d'un arbitre ou d'un amiable compositeur parce que la tâche de ces derniers est de résoudre un litige entre les parties, c'est-à-dire les remplacer dans la prise de décision quant aux modalités selon lesquelles le litige doit être réglé. Quant à la médiation et à l'entente, elles visent un compromis entre les parties. Cependant, si en

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ J. des L. n° 160, texte n° 1092.

¹⁷ Voir la note 5.

cas d'une entente, les parties peuvent réussir un compromis toutes seules, en cas d'une médiation, ce processus est supporté par un tiers¹⁸.

Le poids de la médiation et de l'entente des parties sont définis à l'art. 53 § 3 c.pén. Cette prescription comporte les directives quant au montant de la peine. En appliquant une peine, le tribunal tient compte, entre autres, de résultats positifs d'une médiation faite entre la victime et l'auteur d'infraction ou d'une entente entre eux réalisée en procédure se déroulant devant le tribunal ou, au cours d'une procédure d'instruction, devant le procureur. Un résultat positif d'une médiation ou d'une entente entre les parties, consistant en réconciliation entre la victime et l'auteur, soit en un accord quant à la façon dont le dommage peut être réparé, est une condition de fond pour que le tribunal puisse appliquer deux institutions: atténuation extraordinaire de la peine (art. 60 § 2 point 1 c.pén.) ou non-lieu conditionnel de la procédure (art. 66 § 3 c.pén.).

S'agissant des affaires poursuivies sur une accusation publique (quant aux affaires fondées sur une accusation privée – v. paragraphe I, Conciliation, point 6), le code de procédure pénale prévoit à l'art. 320 l'institution de médiation en procès pénal. La médiation a alors un caractère facultatif et elle désigne une communication entre le suspect et la victime, en dehors de la procédure pénale. Cette communication intervient au cours d'une procédure d'instruction; elle est dirigée par un troisième sujet et liée à l'intention de l'accusateur de faire une demande bien concrète. L'intervention en vue du non-lieu conditionnel de la procédure (art. 336 c.p.pén.) en est un exemple dans la mesure où si une entente a lieu, il est possible d'appliquer ce non-lieu aux délits assortis d'une peine de privation de liberté pour moins que 5 ans (normalement, pour moins que 3 ans, art. 66 § 2 et 3 c.pén.). D'autres exemples: une requête postulant la condamnation de l'accusé sans audience et de lui infliger une peine en appliquant son atténuation extraordinaire, une requête visant à une renonciation à infliger la peine ou au sursis à l'exécution de la peine (art. 335 c.p.pén.)¹⁹. La médiation ne peut se produire que sur l'initiative du procureur ou du tribunal, les deux parties y consentant, ou sur l'initiative des parties elles-mêmes (art. 320 § 1 c.p.pén.). Le consentement des parties doit apparaître dans un procès-verbal s'il est donné oralement, ou il doit être établi par écrit. La décision de soumettre l'affaire au médiateur est prise toujours sous forme d'arrêt, soit par le procureur au cours de la procédure d'instruction, soit par le juge. L'arrêt doit préciser les délais pour la médiation.

¹⁸ E. Bienkowska, *Mediacja i porozumienie się oskarżonego z pokrzywdzonym w nowej kodyfikacji karnej* [La médiation et l'entente entre l'accusé et la victime en nouvelle codification pénale], «Jurysta» 1998, n° 1, p. 3.

¹⁹ T. Grzegorzczak, *op. cit.*, p. 627-629, 666.

Dans son règlement du 14 août 1998, le Ministre de la Justice précise les exigences à l'égard des institutions et des personnes qui ont droit de faire une médiation, l'étendue et les conditions de la disponibilité du dossier de l'affaire pour elles, ainsi que les règles et les modalités de l'établissement du rapport final sur le déroulement et sur les effets de la procédure de médiation²⁰. Il s'agit dans cet acte des institutions dont les tâches statutaires concernent: la resocialisation, protection de l'intérêt social, protection d'un intérêt personnel important, ainsi que la protection de la liberté et des droits de l'homme. En cas d'une institution, la procédure de médiation est réalisée en son nom par son représentant muni d'un pouvoir écrit. On peut également confier une médiation à une personne digne de confiance qui a une nationalité polonaise et qui jouit de tous les droits civils et civiques, qui a 26 ans révolus, n'a pas été condamnée pour un délit et qui possède une expérience de vie appropriée et de compétences requises pour régler les conflits, particulièrement dans les domaines de la psychologie, pédagogie, sociologie, resocialisation ou de droit. La cour d'appel tient une liste des institutions et des personnes dignes de confiance, autorisées à faire une procédure de médiation (médiateurs). Le président du tribunal fait inscrire à cette liste l'institution ou la personne qui se déclare prête à réaliser une procédure de médiation. Le médiateur ne peut pas être une personne professionnellement active en métier de: magistrat, procureur (stagiaires y compris), ainsi que toute autre personne employée au tribunal, au parquet ou en d'autres institutions qui poursuivent et pénalisent les délits: avocat, conseiller juridique, notaire et stagiaires, fonctionnaires du service pénitentiaire, ainsi qu'assesseur judiciaire. Une fois la procédure terminée, le médiateur dresse un rapport écrit dont le point essentiel est de préciser si un règlement amiable a été conclu ou non.

Si au cours de l'instruction, seule une médiation puisse intervenir, c'est qu'en phase de la procédure judiciaire, au stade du contrôle préalable de l'acte d'accusation, le tribunal peut avoir recours, pour les mêmes motifs, soit à la médiation (art. 339 § 4 c.p.pén.), soit à l'entente des parties (art. 341 § 3 c.p.pén.). Toutefois, au cours du procès lui-même et de la prononciation du jugement, le tribunal ne peut s'appuyer que sur l'entente des parties (art. 414 § 4 et 5 c.p.pén.).

La loi du 26 octobre 1982 sur la procédure applicable aux affaires des mineurs²¹ règle les mesures pour prévenir et combattre la démoralisation des personnes qui n'ont pas de 18 ans révolus, la procédure dans les affaires concernant les actes punissables par rapport aux personnes qui ont fait un tel acte ayant entre 13 ans révolus et avant 17 ans révolus, l'application

²⁰ J. des L. n° 111, texte n° 701.

²¹ J. des L. n° 35, texte n° 228 modif.

des mesures d'éducation ou de coercition aux personnes concernées par ces mesures, mais pour une durée qui n'est pas supérieure à leur 21 ans révolus (art. 1 § 1 de la loi citée). A chaque stade de la procédure, le tribunal de la famille peut, sur l'initiative du mineur ou de la victime, transmettre l'affaire à une institution ou à une personne digne de confiance pour mettre en oeuvre une procédure de médiation. Le Ministre de la Justice a reçu le mandat pour déterminer, par voie d'un règlement, les règles et modalités précises du déroulement de la médiation, les contraintes imposées aux institutions et aux personnes autorisées à faire une médiation, la façon de répertorier ces organismes et personnes, ainsi que les formations pour médiateurs, l'étendue et les conditions de la disponibilité du dossier de l'affaire, la forme et le contenu du rapport sur le déroulement et sur les résultats de la procédure de médiation, tout en gardant en vue le rôle éducatif de la procédure de médiation, l'intérêt de la victime, bon gré et confidentialité de la médiation, ainsi que le professionnalisme et l'impartialité du médiateur (art. 3a de la loi citée, annexé le 29 janvier 2001)²². En réalisant ce mandat, le Ministre a publié le règlement du 18 mai 2001 sur la procédure de médiation se rapportant aux mineurs²³. Les principes, le mode de réalisation de la médiation ainsi que les exigences vis-à-vis des médiateurs et la procédure de médiation, sont similaires aux dispositions du Ministre mentionnées ci-dessus.

La loi du 13 octobre 1995 - Droit de chasse²⁴, décrit la procédure en matière de dommages dits de chasse. Ce sont les dommages, faits en cultures et produits agricoles par les sangliers, cerfs, daims et biches, ainsi que les dommages faits au cours de la chasse (art. 46 de la loi citée). En cas où un litige survient entre le propriétaire ou possesseur d'un terrain et son teneur en bail ou administrateur d'un district de chasse à propos du montant de récompense pour les dommages de chasse, les parties peuvent s'adresser à l'organe de la commune compétent, eu égard du lieu du dommage et l'inviter à médier en vue d'un règlement amiable du litige (art. 47 al. 2 de la loi citée). L'intention du législateur en cette occurrence est de réduire le nombre d'affaires adressées au tribunal et d'accélérer les règlements des litiges. La précision fait pourtant défaut dans cet acte, tant s'agissant de la procédure de médiation elle-même, que d'effets produits par la transaction conclue. Comme ce n'est pas une transaction judiciaire, elle n'a pas de valeur d'un titre d'exécution. Or, en cas d'une inexécution de ses dispositions, il est nécessaire d'introduire une demande initiale en justice.

²² J. des L. de 2000, n° 92, texte n° 1010.

²³ J. des L. de 2001, n° 56, texte n° 591.

²⁴ J. des L. n° 147, texte n° 713.

SECTION III. A. 1.

Mariola Lemonnier

Docteur en droit

Règles contraignantes et règles dispositives dans le droit des sociétés en Pologne

Le droit commercial polonais est entré en XXI^{ème} siècle avec une grande réforme de droit des sociétés.

Le code commercial de 1934 a été remplacé par le code des sociétés commerciales applicable à partir de l'an 2001. Le nouveau code a introduit les nouvelles formes des sociétés comme la société professionnelle des partenaires uniquement pour la profession libérale et la société en commandite par actions, les deux jusqu'à lors inexistantes en droit polonais.

Parmi les sociétés commerciales polonaises nous trouvons actuellement la société en nom collectif, société en comandite simple et en comandite par actions, société à responsabilité limitée et la société par actions. En dehors du code des sociétés est resté la société civile régie par le code civil polonais.

Le nouveau code est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001¹. Certaines mesures du nouveau code, surtout celles concernant l'inscription du capital, ne seront qu'exigées durant 5 ans à partir de la date d'entrée en vigueur. Le Trésor d'Etat en tant que l'investisseur est resté privilégié jusqu'au 31 décembre 2004².

1. Le droit commercial – lex specialis par rapport au code civil. La division qui ne sépare pas

La discussion sur l'autonomie du droit commercial par rapport au droit civil a été résolue pour le moment en faveur de la conception de l'union

¹ Dz.U. 2000, n° 94, pos. 1037.

² L'art. 625 § 1 du code des sociétés commerciales.

des deux³. Le nouveau code des sociétés commerciales en matière des accords de sociétés est lié avec le code civil. L'article 2 du code des sociétés précise que si la nature de la société commerciale permet, les normes du code civil sont applicables aux sociétés commerciales en l'occurrence.

Bien que la conception contractuelle de la société reste encore appelée dans l'article 3 du code des sociétés, la société commerciale est plus qu'un contrat, une institution.

La société par actions peut être créée par une ou plusieurs personnes. En revanche une société unipersonnelle à responsabilité limitée ne peut pas créer de société unipersonnelle par actions⁴.

Le capital social minimum est fixé à 500 000 zloty, la valeur nominale de l'action est minimum de 1 zloty⁵.

2. Les diverses formes des sociétés par actions

La société par actions est une société des capitaux, dont il s'agit d'un placement financier à risque limité.

La société par actions peut fonctionner soit sous forme de la société privée (société fermée) soit la société publique – avec appel public à l'épargne.

La société privée est caractérisée par un nombre restreint des actionnaires, les actions exclusivement nominatives et souvent difficilement négociables, la participation active des actionnaires dans la gestion de la société. En outre, le statut prévoit pour une telle société un fort contrôle de la part des actionnaires.

Les règles des sociétés avec appel public à l'épargne sont dans la plupart des cas des règles contraignantes souvent sanctionnées pénalement.

Par exemple l'appel public à l'épargne sans visa de la Commission des Bourses et des Valeurs (CBV) est puni de paiement d'une amende de 1 mln des zlotys et/ou de deux ans d'emprisonnement⁶.

³ J. Frąckowiak, *O konieczności dalszych zmian prawa cywilnego szczególnie w odniesieniu do podmiotów i umów w obrocie gospodarczym*, PPH 1999, n° 3; K. Kruczałak, *Prawo handlowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1997; J. Okolski (red.), *Prawo handlowe*, Warszawa 1999; J. Okolski, W. Opalski, *Reforma kodeksu cywilnego a prawo handlowe*, «Studia Iuridica» 1994, XXI; M. Safjan, *Umowy nienazwane z obrotem gospodarczym jako najwyższa kategoria czynności handlowych*, PPH 1998, n° 2.

⁴ L'art. 301 § 1 du code des sociétés commerciales.

⁵ L'art. 308 § 1 et 2 du code des sociétés commerciales.

⁶ L'art. 165 de la loi sur le marché public des valeurs mobilières, Dz.U. 118 de 1997, avec amendements ultérieurs.

Comme dans les autres pays l'admission à la cote officielle est soumise aux règles contraignantes.

Parmi ces règles l'entrée des sociétés sur le marché public exige l'établissement de plusieurs documents (financiers, légaux, d'information). Seulement après avoir suivi la procédure devant la CBV, la société peut devenir une société du marché public. L'entrée sur le marché secondaire exige aussi l'obtention de l'accord, en dehors d'autres démarches formelles, l'accord du Conseil Boursier de Surveillance.

L'entrée sur les trois segments du marché public impose les conditions différentes. Par exemple le capital social pour les sociétés au premier marché s'élève à 7 mln zlotys, au deuxième 3 mln zlotys. Le troisième segment est un marché libre. En outre la valeur des actions introduites sur le premier marché doit être plus importante que 4 mln zlotys et la valeur comptable de la société doit être aussi importante⁷.

Parmi d'autres la société qui demande l'admission de ses titres au marché public prend l'engagement sur la publicité des informations sur elle et les normes qui couvrent cette obligation sont impératives sans doute.

Le règlement du fonctionnement de la cote officielle relève du droit administratif dont les organes d'administration jouent le pouvoir le plus contraignant.

Les exigences de procédure et des frais à l'égard de sociétés cotées sont une des raisons qui poussent certaines sociétés à se retirer du marché officiel.

Lorsqu'une société décide de sauvegarder l'aspect de la société privée et en même temps être cotée sur le marché public ceci est possible et la doctrine considère une telle société comme une société privée cotée⁸.

La liberté de choix de la forme des sociétés se trouve restreinte lorsqu'il s'agit de l'activité bancaire, compagnies d'assurances dont le statut est différent. La forme obligatoire des sociétés touche aussi l'audiovisuel public, les fonds nationaux d'investissement, communication téléphonique, l'organisation du sport professionnel (sans toutefois des associations sportives), la gestion des ports fluviaux ayant intérêt national. Les intermédiaires financiers sur le marché public, la bourse, la société de compensation des valeurs mobilières ou les sociétés de gestion des fonds de retraite doivent se revêtir de la société par actions. Certaines contraintes peuvent être allégées mais elles dépendent de la qualification de l'activité mais certainement elles doivent être prévues par la loi. L'exemple constituent les banques lesquelles peuvent en dehors de la S.A. se munir de la forme d'une coopérative ou d'une société étatique.

⁷ Le Règlement de la Bourse des Valeurs § 4.

⁸ A. Szajkowski, *Prawo spółek handlowych*, Warszawa 1995, p. 322; A. W. Wiśniewski, *Prawo spółek. Podręcznik praktyczny*, vol. 3, *Spółka akcyjna*, Warszawa 1993, p. 31.

Généralement lorsqu'une règle touche une activité quasi monopolisée ou protégée par l'état une telle activité ne connaît pas de forme alternative d'existence.

Certaines limites d'activité sont présentées dans la loi sur l'activité économique⁹. Bien que le nombre d'activités réglementées ait été réduit il reste néanmoins huit activités dont l'exercice exige une licence.

La diminution des activités réglementées n'exclue pas de possibilité de demander un accord à l'administration.

Les autres limitations relèvent des régulations contre la concurrence déloyale¹⁰, les régulations sur les entreprises étatiques¹¹, l'emploi à la fonction publique¹², fonction des collectivités locales¹³, protection contre la monopolisation du marché¹⁴, ou les limitations liées à la profession libérale¹⁵.

3. Le fonctionnement de la société anonyme est réglé par les dispositions impératives. Les limites de la liberté en matière de droit des sociétés

L'autonomie des parties se trouve réduite non seulement par le domaine propre des règles du droit positif mais aussi les bonnes moeurs et la nature de la société.

Les normes dispositives ne peuvent pas expressément ou indirectement limiter l'autonomie de la volonté des parties, les actionnaires en l'occurrence.

Les limites de la liberté des actionnaires-fondateurs sont basées sur les relations primordiales liant les parties-fondateurs. Ces limites de la liberté contractuelle dans la création d'une S.A. ne sont pas contradictoires avec l'art. 353¹ du code civil polonais. Dans cet article est exprimé le principe de liberté dans la création des relations entre les parties, sauf lorsque le contenu et l'objet des accords ne peuvent être contradictoires aux relations juridiques, contre la loi et les règles de cohabitation sociale.

⁹ Dz.U. 1999, n° 101, pos. 1178.

¹⁰ Dz.U. 1993, n° 47, pos. 211, avec amendements ultérieurs.

¹¹ Dz.U. 1991, n° 18, pos. 80, avec amendements ultérieurs.

¹² Dz.U. 1997, n° 106, pos. 679, avec amendements ultérieurs.

¹³ Dz.U. 1996, n° 13, pos. 74, avec amendements ultérieurs; Dz.U. 1998, n° 91, pos. 576 et 578.

¹⁴ Dz.U. 1997, n° 49, pos. 318, avec amendements ultérieurs.

¹⁵ Par ex. *Ustawa o Sądzie Najwyższym*, Dz.U. 1994, n° 13, pos. 48, avec amendements ultérieurs; loi *Prawo ustroju sądów powszechnych*, Dz.U. 1994, n° 7, pos. 25, avec amendements ultérieurs; loi *Prawo o adwokaturze*, Dz.U. n° 16, pos. 124, avec amendements ultérieurs.

La doctrine sur la liberté en matière de droit des sociétés est partagée. Selon certains auteurs la liberté ne s'arrête pas seulement là où la loi le permet expressément¹⁶. Une autre partie de la doctrine pense que la liberté contractuelle en matière des sociétés par actions s'arrête au moment quand la loi l'interdit¹⁷. Bien dans cette conception le statut s'avère la source de la loi pour les parties. Cette conception est toutefois critiquée car les raisons économiques vont prévaloir et sont souvent exigeantes ainsi elles poussent les parties à une telle régulation.

Le nouveau code des sociétés assouplit certaines règles notamment quand à l'enregistrement des sociétés. Le juge au registre de commerce ne peut pas rejeter la demande d'enregistrement de la société (art. 317 § 2) à cause de manquements insignifiants lesquels ne sont pas contraires à l'intérêt de la société ou l'intérêt public et en plus les frais de réparation d'une telle non conformité seraient incomparativement importantes.

En outre, la limitation de la liberté contractuelle pétrifie la pratique de création des statuts. Une limitation trop importante fraine l'innovation tellement importante pour les sociétés des capitaux. Priver des sociétés de cette liberté les expose aux inégalités dans la concurrence mondiale ou les effets de la globalisation du marché.

La liberté contractuelle conditionnée par le législateur et son accord seraient trop limitée. La position du législateur polonais devient dans le nouveau code, assez souple surtout par rapport à l'ancien code de commerce.

4. L'ordre public

L'ordre public dans sa conception large englobe les règles impératives (*ius cogens*). La présence d'une clause contraire à une telle règle d'ordre public est sanctionnée mais en tout cas il est impossible de s'en prévaloir.

La définition de l'ordre public est néanmoins vague car les contours exacts de l'ordre public ne sont jamais certains, sa teneur est changeante et seulement les grands axes de l'ordre public sont immuables.

Il convient seulement mentionner qu'en matière de sociétés par actions l'ordre public de protection protège les actionnaires minoritaires, protège les actionnaires dans les mêmes circonstances.

L'ordre public de direction touche les intérêts collectifs, la confiance dans la création de la société dans la bonne et due forme.

¹⁶ A. Kidyba, J. Mojak, R. Skubisz, *Prawo spółek. Zarys*, Warszawa 1999, p. 154.

¹⁷ S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz*, vol. 2, Warszawa 1999, p. 19.

Les mesures administratives qui touchent tant la loi de finances, droit du travail et de la sécurité sociale s'appliquent à toutes les sociétés par actions.

Les principes considérés dans la société par actions s'appliquent à la souscription du capital qui doit être effective, réelle. La protection des intérêts justifiés des créanciers doit être respectée. Le principe de la non responsabilité personnelle des actionnaires reste gardé. Les actionnaires doivent apporter réellement une valeur au patrimoine de la société.

Le conflit entre la liberté de contracter et l'associé faible qui n'a pas droit de contracter reste néanmoins non résolu en droit positif.

Le conflit entre les intérêts du directoire et les intérêts des actionnaires doit se négocier au fil de l'existence de la société. Le modèle de la société avec les fonctions adaptées à la vie financière reste encore à élaborer en pratique.

5. L'accord sur la création des sociétés

Le nouveau code des sociétés définit l'accord de la société dans l'article 3. Conformément à cet article la société est un accord dans lequel les actionnaires et les associés sont obligés de réaliser leur objectif commun à travers la constitution des apports et si l'accord ou le statut le prévoit, à travers leur collaboration de la façon prévue.

L'affectio societatis suppose que les associés collaborent de façon prévue ainsi que dans l'intérêt communs des associés.

5.1. Le caractère contractuel de l'accord de constitution de la société par actions

L'accord de constitution de la société par actions doit-il être considéré comme un contrat du droit civil? Cette question a été l'objet de nombreuses discussions.

Les questions non résolues définitivement concernent la qualification juridique du statut ou alors le caractère de l'accord de constitution de la société anonyme (est un accord sur l'organisation, l'accord complexe etc.).

La qualification de l'accord constitutif de la S.A. met en péril l'application du code civil à l'accord. Il s'agit dans cette situation des normes du code civil telles que l'art. 59, 70, 76, 103, 357¹, 387, 391, 393, 473, 483, 494 du code des sociétés.

L'application du code civil ne donne toutefois pas de réponse est-ce qu'avec le moment de la constitution de la société, l'accord de constitution

n'est plus obligatoire ou alors il est transformé dans une autre relation juridique entre les associés. L'article 3 du code des sociétés donne un argument supplémentaire à ceux qui soulignent que l'organisation telle que la S.A. est l'accord introduit dans le statut.

La construction de l'accord de société est spécifique. L'accord est différent d'un simple contrat en droit civil dans la mesure où son changement n'exige pas de consentement unanime des contractants, surtout des actionnaires qui n'ont pas été d'accord avec le changement. Malgré leur désaccord le nouvel accord lie les actionnaires. D'autre part les actionnaires qui achètent les actions au marché secondaire ne déclarent pas leur accord avec les stipulations du statut (comme pour les fondateurs de la société).

Le lien avec le contractuel assure au mieux la protection des intérêts des investisseurs et soutient la sécurité du marché.

En plus, le changement du contenu de l'accord de la société avec la majorité des voies des associés est accepté pour les sociétés n'ayant pas de personnalité juridique dont le caractère contractuel n'évoque pas d'hésitations.

L'accès à l'accord de société par achat des actions rappelle l'accord d'adhésion connu en droit des contrats.

Les différents concepts de société montrent une richesse des points de vue. La société n'est seulement pas située entre le contrat et l'institution. Elle est aussi une entreprise, l'institution du point de vue du droit administratif. La société est aussi un placement pour l'investisseur. Chacune de ces catégories peut être vérifiée et connaît les limites. La S.A. est aussi l'institution c.à.d. l'organisme crée et fonctionnant selon une constitution légale (règles impératives) dotée de la personnalité morale après l'accomplissement des formalités comme l'immatriculation au registre de commerce et registre national de commerce (ce dernier à partir de 1.01.2001). La société par actions est structurée par la loi, les organes de la société sont fixés par la loi.

Des procédures de gestion, décisions sont établies par la loi. La société garde un aspect contractuel même après l'immatriculation. Certainne liberté dans le contenu du statut est marquée par exemple dans la possibilité des accords extracontractuels.

La durée de l'application des règles contractuelles est aussi importante. Elles sont applicables après l'acquisition de la personnalité morale d'une S.A. Sinon, il est impossible d'appliquer les pénalités aux associés à cause de non accomplissement de leur obligations par exemple de libérer les apports soit la non exécution d'obligations non pécuniaires incombant sur ces associés.

D'autre part, la théorie contractuelle d'une S.A. est confirmée par les possibilités d'introduire dans le statut des clauses compromissaires. Une telle clause après l'immatriculation serait contraire à la loi si on n'accepte pas

de la conception contractuelle de l'accord de la société. L'accord de société a pour objectif de créer une organisation dotée de la personnalité juridique. S.A. en tant qu'une organisation n'est pas créée par transformation de l'accord contractuel en personnalité morale.

S.A. est constitué comme la conséquence du choix des organes. L'organisation de la société est soutenue par les comités de l'entreprise, des employés, l'organigramme de l'entreprise.

L'accord de société a pour l'objectif de créer une organisation dotée de la personnalité juridique. La S.A. n'est pas créée de la transformation de l'accord contractuel en personne morale.

La constitution d'une S.A. par un accord n'est pas complète car l'accord sert seulement de base à la création d'une certaine organisation d'une personne morale. La conception contractuelle en elle-même n'aurait pas suffi à la caractéristique d'une S.A. Il lui faut ajouter l'aspect de la société en tant que l'entreprise, institution, personne morale, placement, lieu de travail, organisation et enfin le contribuable, tenant la comptabilité correcte.

5.2. L'accord de la création de la société anonyme

L'accord constitutif de la société est composé du statut et de l'accord des associés sur le contenu du statut et l'attribution des actions présente certains traits d'un accord multilatéral. L'accord sur la création de la société doit être établi sous forme notariée. Après le fondement d'un accord de société, une société en organisation est créée (une société créée de fait en droit français). Statut est la plus importante partie de l'accord constitutif de la société. Tout seul est considéré comme un accord d'organisation (*Organisationsvertrag*)¹⁸. Certains auteurs en Pologne préconisent que le statut est proche au contrat du droit civil¹⁹.

Selon S. Namitkiewicz le statut est l'ensemble des règles dont doit se guider la société mais selon cet auteur le statut n'a pas de valeur de la loi positive entre les associés²⁰.

A. W. Wiśniewski trouve que le statut n'a véritablement pas de caractère d'un contrat. A partir de sa force obligatoire il constitue une partie de l'accord en société, indépendamment du fait qu'il y a un accord de création de société ou seulement plusieurs offres et acceptations²¹. Sans hésitations le statut est obligatoire à partir de la création de l'accord de société – des

¹⁸ *Ibidem*, p. 63.

¹⁹ S. Janczewski, *Prawo handlowe, wekslowe i czekowe*, Warszawa 1974, pp. 190, 198–199.

²⁰ J. Namitkiewicz, *Podręcznik prawa handlowego*, Warszawa 1922.

²¹ A. W. Wiśniewski, *op. cit.*, p. 36.

actes de volonté présentés par les associés c.à.d. l'art. 313 § 1–4 du code des sociétés.

Selon S. Soltysński – le statut constitue un accord de l'organisation d'une société, il prépare la création d'un accord de société selon la création complexe par plusieurs actes de volonté²². Le statut ne commence pas à lier les parties qu'après l'immatriculation de la société. Bien que selon certains auteurs le statut commence sa force obligatoire à partir de la signature par les associés²³.

Après l'immatriculation de la société, les fondateurs sont obligés de respecter les stipulations du statut, bien que le statut peut être changé avec le consentement des associés. Les actionnaires contrairement aux fondateurs ne sont pas obligés de présenter leur accord avec les stipulations du statut.

6. Le contenu du statut

Les statuts doivent être établis par écrit, et contenir un minimum de mentions (objet, dénomination etc.). Le statut doit être signé par le notaire (statut notarié).

Le statut contient obligatoirement la dénomination sociale, l'objet social, la durée pour laquelle la société a été constituée (si cette durée n'est pas indéterminée), le montant du capital social et les sommes versées avant l'enregistrement pour la couverture du capital social²⁴.

En outre, selon l'art. 304 du code des sociétés, le statut doit contenir la valeur nominale des actions avec mention si elles sont au porteur ou nominatives. Le statut bien évidemment doit contenir le nombre d'actions avec les droits liés aux actions, les noms et prénoms soit la dénomination sociale des fondateurs.

Parmi les mentions obligatoires du statut il y a aussi le nombre des membres des personnes ayant droit de nommer les organes de la société.

Les fondateurs doivent aussi préciser le montant des frais liés à la création de la société jusqu'au jour de la constitution de la société. Lorsque la société veut publier ses données officielles en dehors du Bulletin des Annonces Juridiques et Commerciales elle doit aussi l'indiquer dans le statut.

En conséquence de la non opposabilité à la société, le statut doit contenir les informations suivantes: le nombre et genre des participations

²² *Kodeks spółek handlowych, z wprowadzeniem S. Soltysńskiego*, Instytut Rozwoju Biznesu, Centrum Prywatyzacji, Warszawa 2000.

²³ A. W. Wiśniewski, *op. cit.*

²⁴ L'art. 304 du code des sociétés commerciales.

aux bénéfices soit les participations au partage du patrimoine de la société en l'occurrence lors de sa liquidation. Les autres mentions obligatoires de même valeur sont les suivantes: les obligations personnelles non pécuniaires incombant sur les associés, les conditions de l'amortissement des actions, les clauses d'inaliénabilité, les droits personnels attribués aux associés.

La liberté statutaire des associés est expressément introduite dans la nouvelle loi (l'art. 304 § 3 du code). Selon cette stipulation le statut peut être réglé différemment lorsque la loi le permet.

Le statut peut aussi contenir les stipulations supplémentaires à condition que ces stipulations ne soient pas contraires avec la nature de la société ou avec les bonnes mœurs. Ainsi la loi prévoit déjà une régulation complète du contenu du statut.

Les règles du fonctionnement des S.A. ont le caractère contraignant, supplétif ou semiimpératif lorsque les normes indiquent seulement le minimum des contraintes. A cause de l'intérêt public et la protection des intérêts des actionnaires, les régulations du code des sociétés et les autres lois qui concernent la société par actions ont souvent le caractère des normes semiimpératives.

En toute évidence, la création de la société est soumise aux règles à caractère impératif.

Dans cette optique l'avis d'insertion dans le Journal d'Annonces Légales et Commerciales est aussi obligatoire tout comme l'immatriculation au registre des sociétés commerciales et au registre national.

L'effet d'immatriculation constitue l'acquisition de la personnalité morale à dater de l'inscription. Le registre central a été introduit au droit polonais à partir du 1.01.2001. Il remplit deux fonctions. La première est d'informer, la deuxième de légaliser les activités commerciales ou autres. Tout le monde a droit d'accès au registre. Autrement dit le droit d'accès à l'égard des sociétés commerciales est illimité.

Les données dans le registre n'ont pas à être supprimées et les exceptions peuvent seulement relever de la loi. Pour le moment seulement les sociétés créées à partir du 1.01.2001 sont obligatoirement inscrites au registre central.

Les autres obligations incombant sur les sociétés concernent l'enregistrement à la recette des impôts. Cette obligation formelle doit être effectuée de suite après la création de la société. L'inscription constitue le choix de la forme d'imposition de la société par le contribuable.

Sept jours après l'immatriculation de la société, elle doit être immatriculée à la sécurité sociale, surtout quand il s'agit des personnes employées par la société. Sur la base de la loi sur les statistiques publiques du 29.06.1995 la société doit avoir le numéro d'identification statistique, nécessaire à l'identification de l'objet d'activité incluse dans le statut et ensuite l'imposition par la TVA en conséquence.

Les conditions présentées plus haut sont contraignantes à cause de leur caractère *sine qua non* pour l'existence de la société. Certaines mesures proposent un choix, mais ce choix concerne la forme et non le contenu.

Le statut s'interprète quand à son contenu, de la même façon à tout moment. Si son interprétation aurait été différente selon le moment de la vie de la société, les intérêts des associés fondateurs et des associés-actionnaires aurait été probablement moins défendus. Les obligations, les droits des actionnaires lesquels ne sont pas inclus dans le statut relèvent en dehors du statut aussi des lois, des règles coutumières.

7. Les accords extrastatutaires

Souvent avant la création de la société par action, les actionnaires fondateurs et/ou les personnes tierces signent les contrats sur la façon de coordonner les relations entre eux.

7.1. Le contenu de l'accord extrastatutaire

L'accord extrastatutaire peut concerner le contenu du futur statut, la composition du conseil de surveillance, le règlement des différends entre les associés, l'obligation d'augmentation du capital social dans l'avenir.

Souvent les accords extrastatutaires précèdent les opérations des fusions ou d'acquisition, soit la transformation de la société.

Parmi les accords extrastatutaires sont interdits les accords concernant la façon de voter pour ou contre le conseil de surveillance.

Les accords de ce genre doivent se conformer à la loi, aux règles de cohabitation sociale, à la nature de la société. Ces accords ne peuvent servir aux opérations de contourner les règles impératives (art. 58 du code civil polonais). Ceci concerne également l'act lui-même ainsi que le but de l'act.

Les associés sont libres d'introduire les différents droits et obligations à respecter. Les obligations pécuniaires des actionnaires sont seulement liées surtout aux paiement des actions. Les obligations personnelles peuvent être liées aux actionnaires nominatifs. Dans ce cas il s'agit des obligations non pécuniaires répétitives à l'égard de la société. Une autre obligation pécuniaire p.ex. de rendre les sommes, peut être prévue dans le statut lorsque l'associé a obtenu les sommes non dues de la part de la société (par ex. les actions irrégulièrement acquises)²⁵.

²⁵ M. Allerhand, *Kodeks handlowy. Komentarz*, vol. 3, *Spółka akcyjna*, Bielsko-Biała, d'après éd.: Lwów 1935.

Une autre obligation cette fois non prévue par le code est l'obligation de participer à l'augmentation du capital après l'accord de l'assemblée des actionnaires. Lesdites sommes reviennent aux associés soit plus tard couvrant les pertes de la société.

Le code prévoit une large liste des droits des associés. Parmi ces droits il y a les droits patrimoniaux et les autres (non matériels). En plus des droits à la dividende. Les droits patrimoniaux constituent droits aux dividendes (même prioritaires) et les droits au remboursement de l'apport au cas de la liquidation d'une société (droit au partage du patrimoine), droit préférentiel de souscription, droit d'aliéner les actions.

Parmi les droits extrapatrimoniaux nous trouvons le droit de vote²⁶. Les actions à vote plural sont attribuées aux actions nominatives (seulement à vote double avec certaines exceptions touchant l'Etat en tant que l'investisseur). Il existent aussi les actions à dividende prioritaire sans droit de vote.

Le nouveau code restreint les priorités à la dividende et aux droits de vote. La même loi prévoit aussi les nouveaux droits personnels à caractère patrimonial soit extrapatrimonial par ex. le droit de nommer les membres des organes de la société. Ces droits ne peuvent pas être plus importants que les priorités ordinaires attribuées aux actionnaires.

Les clauses d'inaliénabilité des actions nominatives doivent être mentionnées dans le contrat. Mais la rédaction du code des sociétés laisse un doute sur l'interprétation dédites clauses à savoir est-ce que l'interdiction pure sans exceptions d'inaliénabilité des actions pour un ou deux ans constitue la pratique interdite de l'exclusion d'aliénabilité. Elle peut alors constituer une clause licite de limitation de la négociabilité des actions²⁷.

Le législateur polonais depuis l'entrée du système du libre marché, est influencé par les tendances, d'un côté d'introduire les nouvelles lois sur la liberté. Il doit diminuer les méthodes administratives dans les relations commerciales au profit des régulations civiles. De l'autre côté l'économie trop laissée aux règles du marché peut devenir chaotique. Les nouvelles économies libres doivent libérer les relations commerciales pour régler les relations restant l'héritage de l'administration étatique.

Quand aux sociétés par actions le résultat mène actuellement à l'élaboration du code de déontologie des actionnaires tant pour le marché public que pour le marché privé. Le besoin d'une telle régulation de valeur plutôt coutumière manifeste les différences entre les représentants de la pratique,

²⁶ I. Weiss, *Prawa wspólników spółki z o.o. i akcjonariuszy spółki akcyjnej*, «Prawo spółek» 1997, n° 10, p. 2.

²⁷ A. Kidyba, J. Mojak, R. Skubisz, *op. cit.*, p. 219.

de l'administration, de la bourse etc. Ceci montre une diversité et la liberté des pratiques laissées par le législateur aux associés. La culture sociétaire exige non seulement un débat sur «corporate governance» mais aussi les écrits et la création des organes adéquates quand au respect de ces règles.

Le nouveau code des sociétés est une législation moderne. Tout n'est pas contraignant, les bons moeurs et la loyauté professionnelle s'avèrent très importantes. Elles augmentent dans son ensemble la valeur de la société. La similitude et l'absence des règles dispositives en matière des sociétés laisserait la concurrence jouer sur l'obscurité des différences. Une base commune, transparente des sociétés par actions permet à la concurrence de jouer sur le pied d'égalité.

SECTION III. A. 2.

Urszula Promińska

Professeur à l'Université de Łódź

Restrictions et contrôle de la concurrence en vue d'une d'harmonisation internationale

I. Problèmes généraux

1. Les bases juridiques du système économique en Pologne sont comprises dans la Constitution de la République de Pologne¹. Conformément à l'art. 20 de la Constitution, le système économique de la République de Pologne est basé sur l'économie de marché sociale, fondée sur la liberté d'activité économique, la propriété privée et solidarité, dialogue et coopération des partenaires sociaux. C'est une économie de marché où le principe de la liberté d'activité économique est le plus important. Conformément à l'art. 22 de la Constitution, les restrictions de cette liberté ne sont possibles qu'en forme d'une loi et eu égard à l'intérêt public important.

Selon l'art. 5 de la loi Droit de l'activité économique qui comporte la confirmation du principe de la liberté d'activité économique et sa concrétisation, chacun est libre d'entreprendre et réaliser une activité économique, à droits égaux et dans les conditions prévues par la loi². Vu l'objet et le but du rapport, il faut attacher une grande importance à la réglementation des principes sur lesquels est fondée l'activité économique. Ce sont: a) liberté d'activité économique, b) égalité des droits d'entrepreneurs, c) respect des conditions définies par la loi, d) concurrence honnête, respect des bonnes mœurs et de l'intérêt des consommateurs.

¹ Votée par l'Assemblée Nationale le 2 avril 1997, approuvée par le Peuple en référendum le 25 mai 1997, signée par le Président le 16 juillet 1997, mise en vigueur le 17 octobre 1997. J.O. de 1997, n° 78, position 483.

² Loi du 19 novembre 1999, J.O. de 1999, n° 101, pos. 1178.

Par principe, chaque sujet de droit peut entreprendre et réaliser une activité économique dans le domaine et à l'échelle dont il décide tout seul. Le principe de la liberté d'activité économique n'a pas de caractère absolu. L'article 22 précité de la Constitution présente les bases pour la restreindre. Cette restriction ne peut être introduite qu'en forme d'une loi et dans le cas où c'est justifié par un intérêt public important (sécurité publique, protection de la vie et de la santé, protection de la propriété et d'autres droits patrimoniaux, protection de la concurrence ou des droits de consommateurs). Les restrictions de la liberté d'activité dans les domaines définis seront l'objet d'analyse du point I 1 du rapport.

L'entreprise et la réalisation de l'activité économique se fait à droits égaux. Le principe de l'égalité a deux aspects: intérieur et extérieur. Le premier signifie que les entrepreneurs polonais sont égaux dans le choix de la forme juridique et d'organisation de leur entreprise, dans les obligations juridiques à caractère administratif, obligations d'assurance, capacité de crédit, capacité de s'obliger par la lettre de change, capacité de faillite, capacité de passer un accord ainsi que dans le domaine des impôts. Il faut y ajouter l'égalité des entrepreneurs sans égard à la forme de propriété (privée, étatique ou communale). L'aspect extérieur se manifeste par trois principes d'entreprendre et réaliser l'activité par les personnes étrangères: 1) les citoyens des pays étrangers ayant obtenu l'autorisation de s'installer en Pologne profitent des mêmes droits que les citoyens polonais, 2) les personnes étrangères étant domiciliées ou ayant siège à l'étranger, ont – sur la base du principe de réciprocité assurée par les conventions internationales – les mêmes droits que les entrepreneurs installés en Pologne, 3) faute de convention assurant la réciprocité, les personnes étrangères peuvent entreprendre et réaliser une activité en forme de société anonyme, société à responsabilité limitée, société en commandite simple ou société en commandite par actions.

Le fait d'entreprendre et réaliser une activité économique exige que les conditions déterminées par les dispositions légales soient observées. La plus importante est celle de se faire inscrire dans le registre des entrepreneurs qui fait partie du Registre Judiciaire National. D'autres concernent la protection de la vie et de la santé humaines, la protection de l'environnement, l'obligation d'avoir les qualifications professionnelles convenables ainsi que les conditions particulières, si elles sont liées à l'obtention d'une concession ou un agrément pour exercer une activité économique déterminée.

2. Le système économique est fondé sur le principe de la liberté d'activité économique et de la propriété privée, ce qui signifie que la concurrence est le principe fondamental de l'organisation du marché. L'État, en tant que l'institution extérieure par rapport à l'économie du marché, influe sur les processus économiques, si c'est nécessaire pour

réaliser les objectifs sociaux liés aux processus économiques. On peut admettre, en généralisant un peu, que les restrictions de la liberté d'activité économique concernent plutôt le marché monétaire, de capitaux et de travail que le marché des marchandises. Sous réserve dont nous parlons dans le point II du rapport, le marché des entreprises est un marché concurrentiel.

Le contrôle du respect des dispositions du droit de la concurrence par les entrepreneurs revient aux compétences légales du Président de l'Office de Protection de la Concurrence et des Consommateurs qui prend aussi des décisions pour prévenir les pratiques illégales ayant pour but de restreindre la concurrence et des décisions concernant la concentration. Les tribunaux de droit commun statuent dans les affaires de la concurrence déloyale. Certaines attributions sont aussi afférentes aux organisations régionales et nationales dont le but statuaire est de protéger les intérêts des consommateurs ainsi que celles dont le but statuaire est de protéger les intérêts des entrepreneurs.

3. La Pologne est membre de WTO et est associée à la Communauté Européenne et ses États membres par une union. En plus, elle a conclu les conventions sur la création de zone de commerce libre avec: les Républiques Tchèque, de Hongrie et de Slovaquie (CEFTA), la Norvège, la Suède et l'Islande (EFTA) ainsi qu'avec la Lithuanie, la Lettonie, l'Estonie, la Turquie et Israël. Cela influe évidemment sur le système économique.

4. La part du secteur public dans le Produit National Brut est de 25%.

II. Interventionnisme de l'État

1. Les restrictions dans l'activité économique ont des formes différentes. En premier lieu, il faut mentionner les types d'activité économique qui appartiennent au monopole de l'État. Deuxièmement: les types d'activité dont l'entreprise et la réalisation exige une concession ou un agrément.

L'abandon du monopole de l'État a commencé en Pologne en 1988. La privatisation et commercialisation des entreprises d'État dans les années 1990-2000 a abouti à la situation où le monopole juridique de l'État est maintenu dans les domaines suivants: jeux de loterie, services de télécommunication internationaux, aéroports et, en partie, services de la poste.

La réglementation de l'activité économique est basée sur deux formes juridiques: concession et agrément.

La concession est requise pour pouvoir exécuter une activité économique dans le domaine de: a) recherche et reconnaissance des gisements de minerais, dégagement des minerais, stockage de substances sans réservoirs

et stockage des déchets, b) production et commerce d'explosifs, armes et munition ainsi que de matériel et technologie à destination militaire ou policière, c) production, transformation, stockage, expédition, distribution et commerce des combustibles et énergie, d) protection des personnes et des biens, e) transport aérien et prestation d'autres services aériens, f) construction et exploitation des autoroutes payantes, g) gestion des lignes ferroviaires et réalisation du transport ferroviaire, h) distribution des émissions radiophoniques et télévisées.

L'introduction d'autres concessions dans l'activité économique ne peut avoir lieu que dans le cas où c'est important pour la sécurité de l'État ou des citoyens ou eu égard à un intérêt public important. Ce n'est admissible que dans le cas où cette activité ne peut être pas exécutée librement ou sur agrément. En plus, cela nécessite un changement de loi.

L'étendue et les modalités de réalisation d'une activité économique soumise à une concession sont définies par les dispositions légales particulières, concernant ce type d'activité.

Les concessions sont accordées pour une durée déterminée: de deux à cinquante ans.

Dans le cas où l'organe accordant la concession prévoit d'accorder un nombre déterminé de concessions, il est obligé d'annoncer la possibilité de l'obtenir dans le Journal Officiel Judiciaire et Économique et dans un quotidien à portée nationale. Dans la situation où plusieurs entrepreneurs aspirent à la concession, on mène une seule procédure et dans son cadre est menée une procédure administrative.

Accord d'une concession, refus de celle-ci, changement et retrait de celle-ci revient au ministre propre au domaine de l'activité économique concernée par cette concession et s'effectue par voie administrative. La décision est attaquant. L'organe accordant la décision exerce envers l'entrepreneur à qui il a accordé la concession, le contrôle en ce qui concerne: la conformité de l'activité exécutée à la concession accordée, le respect des conditions de l'activité concessionnée, la défense ou la sécurité de l'État, la protection de la sécurité et des biens personnels des citoyens ou un autre intérêt public important. Le retrait de concession ne peut avoir lieu que dans les cas énumérés. L'accord de la concession ou son changement nécessite le paiement d'un droit de timbre.

D'autres types d'activité économique peuvent être exercés sur agrément. Contrairement au cas de la concession, le Droit de l'activité économique ne contient pas le catalogue des domaines qui nécessitent un agrément. L'art. 27 de la loi susmentionnée renvoie aux dispositions des lois particulières. Les types d'activités dont l'exercice exige un agrément sont plus nombreux que ceux qui exigent une concession, bien que leur nombre ait diminué après l'entrée en vigueur du Droit de l'activité économique. À titre d'exemple,

nous pouvons indiquer l'activité de: production, épurement, dénaturation et déshydratation de l'alcool à partir d'un autre produit, production et versement des vodkas, production des produits de tabac, services de détectives, services de courrier ainsi que services de poste à caractère commun, c'est-à-dire le transport et la fourniture des lettres et lettres de valeur à plus de 2000 gramma du poids dans le circuit national et international, services de télécommunication hormi les communications internationales, production des produits pharmaceutiques et matériaux médicaux, gestion des pharmacies à accès libre, des magasins pharmaceutiques en gros, des dépôts de douane.

Les lois qui réglementent ces types d'activité déterminent les conditions indispensables à son exercice, les modalités d'accorder un agrément, du refus d'agrément et du retrait d'agrément ainsi que l'organe chargé de prendre des décisions dans ce domaine. Celui qui satisfait les conditions requises pour exercer cette activité a le droit de demander un agrément et l'organe décisif, après avoir constaté que les conditions sont satisfaites, prend une décision.

Contrairement à la concession, dont l'accord a un caractère discrétionnaire, l'agrément n'a pas ce caractère. Il est accordé par principe pour une durée illimitée. Il n'est accordé pour une durée limitée que dans le cas où l'entrepreneur le demande ou bien dans le cas des dispositions contraires. Les décisions sont attaquant d'après les règles générales. L'organe qui accorde l'agrément est autorisé à contrôler l'activité économique en ce qui concerne le respect des conditions de son exercice exigées par la loi. L'agrément nécessite le paiement d'un droit de timbre.

2. La propriété privée considérée comme base du système entraîne la commercialisation et la privatisation des entreprises d'État. Pourtant, les entreprises d'État ou les sociétés avec la participation du Trésor d'État sont traitées selon les mêmes principes que les entreprises ayant une autre forme d'activité. Comme nous l'avons déjà mentionné dans le point 1.1 du rapport, l'entreprise et l'exercice d'une activité économique sont basés sur le principe de l'égalité. Ce principe est valable aussi dans la concurrence. Les entreprises qui disposent des biens d'État ne sont en aucune sorte privilégiées ni discriminées dans l'accès au marché par rapport aux autres entreprises.

3. Les problèmes de l'aide de l'État sont réglementés par la loi sur les conditions d'admissibilité et de surveillance de l'aide publique aux entreprises³.

Cette aide peut être accordée à chaque entreprise dans le sens du Droit de l'activité économique, entreprise privée ou d'État. L'aide à partir des moyens publics est inadmissible sauf si elle est conforme aux conditions définies par la loi et ratifiées dans les conventions internationales qui

³ Loi du 30 juin 2000, J.O. de 2000, n° 60, pos. 704.

règlementent les modalités d'accorder de l'aide et dont la République de Pologne est partie.

Conformément à l'art. 4 de la loi susmentionnée, l'aide publique aux entreprises consiste à fournir, directement ou indirectement, par les organes qui accordent de l'aide – les avantages financiers à certaines entreprises ce qui les privilégie par rapport aux concurrents. Cette aide peut consister à faire en faveur de ces entreprises ou à leur place des dépenses à partir des moyens publics ou à faire diminuer les charges que ces entreprises doivent au secteur des finances publiques.

La loi réglemente trois types d'aide: régionale (à condition que l'activité soit exercée sur un territoire déterminé), sectorielle (à condition d'exercer une activité économique déterminée) et horizontale (qui soutient certains objectifs quels que soient le type et le lieu de l'activité exercée, par ex. maintien du taux d'emploi, développement des petites et moyennes entreprises, actions de l'entreprise pour la protection de l'environnement).

Les formes de l'aide sont les suivantes: a) dotations ou allègements fiscaux, b) apport du capital aux entreprises dans les situations ou conditions qui diffèrent des pratiques d'investissement normales utilisées par les investisseurs privés dans l'économie de marché, d) cautionnements ou garanties des obligations accordées dans les conditions beaucoup plus favorables que celles proposées sur le marché, e) abandon de l'établissement d'obligation de l'impôt ou du prélèvement de l'impôt, sursis au paiement de l'impôt, division de l'impôt ou de l'arriéré d'impôt en échéances et de sa remise, f) remise, sursis ou division en échéances des charges autres que les impôts et qui constituent les moyens publics au sens de la loi sur les finances publiques et l'abandon de leur établissement ou prélèvement, g) vente ou transfert des biens d'État ou communaux dans les conditions plus favorables que celles offertes sur le marché.

Pourtant, une aide qui pourrait essentiellement limiter ou défigurer la concurrence ou bien rendre impossible ou essentiellement empêcher la formation de la concurrence, est inadmissible. Elle peut être apportée uniquement dans le cas où: a) limitation, défiguration, impossibilité ou empêchement essentiel de la formation de la concurrence sont limités dans le temps, b) cette aide est un instrument de politique régionale envers les territoires où le taux du produit national brut sur habitant est inférieur à 75% du taux moyen du produit national brut sur habitant dans les Communautés Européennes prises comme un ensemble, pour trois dernières années, ou concerne les entreprises qui demandent une restructuration (c'est-à-dire celles qui perdent la capacité de concurrence sur le marché ce qui s'exprime par la baisse du chiffre d'affaires, capacité de production excessive, augmentation des stocks, baisse de rendement ou hausse de pertes, hausse de dettes et absence de possibilité d'obtenir des crédits

bancaires, cautionnements ou garanties). Les conditions mentionnées aux a) et b) doivent être remplies conjointement. En évaluant les cas précis, il faut prendre en compte l'étendue et la fréquence de l'aide obtenue par les entreprises à différents titres.

La surveillance sur les décisions de l'aide fournie et le monitoring sont dévolus au Président de l'Office de la Protection de la Concurrence et des Consommateurs.

III. Pratiques de restriction de la concurrence. Notions générales

1. Le droit polonais de la concurrence a pour but d'assurer, d'un côté: la rivalité sur le marché, de l'autre: l'honnêteté de son fonctionnement. Deux lois constituent la base normative du droit de la concurrence: celle sur la protection de la concurrence et des consommateurs⁴ et celle de la lutte contre la concurrence déloyale⁵. Pour présenter les relations entre ces deux lois, il faut les comparer du point de vue de: but, objet de réglementation, intérêts protégés et procédure.

Le but de la loi sur la protection de la concurrence et des consommateurs est d'assurer le développement et la protection de la concurrence en tant que mécanisme essentiel de l'économie de marché. La loi fixe les règles et les modalités de prévenir les effets des pratiques qui restreignent la concurrence et des concentrations anticoncurrentielles des entreprises et leurs unions. C'est pour cela que la loi, en protégeant l'intérêt des entreprises et des consommateurs, agit en premier lieu dans l'intérêt public. L'infraction à cet intérêt a lieu au cas où les effets des pratiques contraires à la loi touchent ou peuvent toucher un cercle plus large de participants du marché. Lorsque les normes comprises dans la loi sont enfreintes, un mécanisme de procédure administrative est ouvert. Le respect des dispositions de cette loi est surveillé par un organe central d'administration gouvernementale spécialement formé: Président de l'Office de la Protection de la Concurrence et des Consommateurs qui peut ouvrir d'office la procédure. Le Président agit sous le contrôle du Tribunal Antimonopoliste. Pour les raisons présentées ci-dessus, la loi sur la protection de la concurrence et des consommateurs appartient au domaine du droit public.

⁴ Loi du 15 décembre 2000, J.O. de 2000, n° 122, pos. 1319.

⁵ Loi du 16 avril 1993, J.O. de 1993, n° 47, pos. 211.

Le but de la loi sur la lutte avec la concurrence déloyale est en revanche d'assurer l'honnêteté dans la concurrence, donc d'assurer que les entreprises et autres participants du marché respectent les règles de jeu dans l'activité économique. Il s'agit d'éliminer les pratiques illégales dans l'activité économique qui, en abusant de la concurrence, mènent à sa déformation et falsification. L'art. 1 de la loi statue que la lutte contre la concurrence déloyale est un intérêt public, d'entreprises et consommateurs, mais cette protection profite surtout aux intérêts individuels, surtout ceux des entreprises. Les prétentions à la protection contre les actes ayant les qualités de concurrence déloyale sont élevées par les intéressés (entreprises, organisations agrégées de consommateurs et producteurs) par voie de procédure judiciaire. L'ouverture de la procédure se fait donc uniquement par suite de la demande de l'intéressé. En conséquence, la loi sur la lutte contre la concurrence déloyale fait partie du droit privé.

En concluant, les deux lois concernées réglementent les domaines différents. Elles ont pourtant des caractéristiques semblables. Premièrement, elles s'opposent aux actions des entreprises. Deuxièmement, bien que les accents soient mis sur les problèmes différents dans les deux lois, la protection de la libre concurrence ainsi que la lutte contre la concurrence déloyale ont un intérêt public, celui des entrepreneurs et des consommateurs. Troisièmement, bien qu'elles concernent les domaines différents, certains actes de la concurrence déloyale peuvent en même temps constituer les pratiques défendues par la loi sur la protection de la concurrence et des consommateurs, p.ex. dumping, boycott, discrimination.

2. Les réglementations de la loi sur la protection de la concurrence et des consommateurs sont basées sur l'interdiction de certaines pratiques qui restreignent la concurrence.

Les pratiques visées par la loi peuvent consister en a) ententes qui restreignent la concurrence (pratiques de groupe) et b) abus de la position dominante (pratiques individuelles).

Pour ce qui est des pratiques de groupe, la loi n'interdit que ce type d'ententes dont le but ou l'effet est d'éliminer, limiter ou enfreindre par d'autres moyens la concurrence sur le marché propre. Par une «entente» nous comprenons un contrat passé entre les entrepreneurs, les unions d'entrepreneurs et entre les entrepreneurs et leurs unions, ou certaines dispositions de ces contrats, accords effectués en forme quelconque par deux ou plusieurs entrepreneurs ou leurs unions ainsi que les résolutions ou autres actes des unions d'entrepreneurs ou leurs organes statutaires. Le «marché propre» c'est un marché de marchandises qui, vu leur destination, prix, caractéristiques sont considérés par les acheteurs comme des substituts et sur lequel existent les conditions de concurrence pareilles.

L'art. 5 de la loi comprend à titre d'exemple la liste des ententes relativement interdites qui restreignent la concurrence et qui peuvent prendre la forme d'ententes horizontales ou verticales. Elles seront l'objet du p. IV. 1 et 2 du rapport.

Un autre type de pratiques qui restreignent la concurrence consiste à abuser de sa position dominante. Cela signifie que le fait d'arriver à une position dominante ou de l'occuper n'est pas interdit. Un état de fait concret peut être considéré comme une pratique de restriction de la concurrence, si on démontre qu'un entrepreneur ou plusieurs d'entre eux abusent de leur situation dominante.

L'art. 8 contient à titre d'exemple une liste de comportements qui sont considérés comme abus de sa situation dominante. Le point IV.3 du rapport les caractérise de plus près.

L'infraction à l'interdiction des pratiques qui restreignent la concurrence (ententes et abus de position dominante) doit être constatée par le Président de l'Office en procédure administrative.

Si le Président constate l'infraction à l'interdiction, il prend la décision de déclarer la pratique comme celle qui restreint la concurrence, et ordonne de l'abandonner.

Si le Président ne constate pas l'infraction aux interdictions comprises dans la loi, il déclare de ne pas avoir constaté de pratique de restriction de la concurrence.

La loi admet aussi la possibilité de l'absence de décision que la pratique ait été jugée comme celle qui restreint la concurrence dans la situation où le comportement de marché d'un entrepreneur ou d'une union d'entrepreneurs a cessé d'enfreindre les interdictions légales, et notamment à cause d'une diminution durable de leur participation sur le marché. Dans ce cas, le Président de l'Office prend la décision qui juge la pratique comme celle qui restreint la concurrence et qui en constate l'abandon.

Les décisions susmentionnées du Président de l'Office sont susceptibles d'appel en Tribunal Antimonopoliste. La procédure devant le tribunal se fait selon les dispositions du code de la procédure civil concernant la procédure dans les affaires économiques. La décision du tribunal antimonopoliste est susceptible de cassation en Cour Suprême.

Si l'infraction à l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles est incontestable et a lieu dans les affaires de moindre importance pour la concurrence et les consommateurs (l'évaluation revient au Président de l'Office et s'effectue grâce aux informations qui constituent la base de décisions et par rapport à la jurisprudence antérieure dans les affaires antimonopolistes), le Président de l'Office peut demander à l'entrepreneur d'avouer une infraction aux dispositions de la loi et ensuite prendre la décision qui ordonne l'abandon de cette infraction. Les sanctions pécuniaires

ne sont pas alors appliquées. Cette décision n'est pas attaquable. Ces modalités ne sont pas applicables dans le cas d'abus de sa position dominante par un entrepreneur dont la part dans le marché dépasse 80%, envers les cartels de prix ou dans le cas où pendant trois années précédentes, il a été constaté que l'entrepreneur utilisait les pratiques de restriction de la concurrence.

3. Comme nous l'avons vu, la constatation des pratiques de restriction de la concurrence relève au Président de l'Office dans la procédure administrative ou – en instance – dans la procédure judiciaire (Tribunal antimonopoliste et Cour Suprême).

Dans la littérature et la jurisprudence, on se pose la question si la compétence de constater les pratiques qui restreignent la concurrence est aussi attribuée aux tribunaux communs qui décident dans la procédure civile? Deux attitudes se sont formées. Selon la première, «la constatation qu'un contrat est l'émanation d'une telle pratique et, en conséquence, il est nul en entier ou en partie, peut avoir lieu suite à une affaire judiciaire entre les deux parties du contrat»⁶. Selon l'autre qui a plus de partisans, «aucun autre organe que le Président de l'Office, le tribunal antimonopoliste ou Cour Suprême n'a pas la compétence de constater s'il a eu lieu la pratique restreignant la concurrence»⁷. Une déclaration devant le tribunal de droit commun que le contrat est l'émanation d'une telle pratique devrait avoir comme effet de suspendre d'office la procédure car la décision du tribunal dans l'affaire dépend de la décision préalable d'un organe d'administration de l'État. Le caractère préjudiciel de la décision administrative a cette valeur qu'il prévient une éventuelle divergence entre les décisions du Président de l'Office et celles des tribunaux de droit commun.

4. L'infraction à l'interdiction des pratiques de restriction de la concurrence entraîne trois types de sanctions: civiles, administratives et pénales. L'effet civil se manifeste par la nullité en entier ou en partie des ententes reconnues comme restrictives de la concurrence ainsi que des actions juridiques reconnues comme abus de la position dominante. C'est la nullité de plein droit. Les sanctions pénales sont les suivantes: sanctions pécuniaires appliquées envers l'entrepreneur et le dirigeant ou membre de l'organe dirigeant de l'entrepreneur ou de l'union d'entrepreneurs. Les sanctions administratives c'est surtout l'ordre d'abandonner les pratiques.

⁶ Décision de la Cour Suprême du 22 février 1994, I CRN 238/93 OSN 1994, n° 10, pos. 198, S. Gronowski, *Glose à la décision de la Cour Suprême du 27.10.1995*, OSP 1996, n° 6, pos. 112.

⁷ Décision de la Cour Suprême du 27.10.1995, III C2p. 135/95, OSP 1996, n° 6, pos. 112, T. Ławicki dans sa glose critique à la décision du 22.2.1994, PiP 1995, p. 7, et aussi E. Łętowska, *Bases du droit civil*, Warszawa 1993.

D'autres sanctions administratives telles que: ordre de diviser l'entreprise fusionnée, ordre de vendre l'ensemble ou une partie des biens de l'entreprise, ordre de vendre les participations ou actions assurant le contrôle de l'entreprise ou de dissoudre la société sur laquelle les entrepreneurs exercent le contrôle commun, ordre de rappeler de la fonction de membre des organes de gestion ou de contrôle des entreprises participant à la concentration, concernent l'infraction aux dispositions de la loi sur la concentration des entreprises.

5. L'art. 1 par. 2 de la loi sur la protection de la concurrence et des consommateurs prouve de la portée exterritoriale de son action. Cela veut dire que la loi s'applique à tous les entrepreneurs, quel que soit leur lieu d'installation du siège et quel que soit le droit selon lequel ils agissent. Une importance constitutive relève de la question si les effets de leurs comportements apparaissent ou peuvent apparaître sur le territoire polonais. Les effets des pratiques de concentration concurrentielles ou anticoncurrentielles devraient être directes, essentielles et sensibles ainsi que prévisibles et à caractère restreignant la concurrence. La circonstance que le comportement d'un entrepreneur n'est pas reconnu comme pratique restreignant la concurrence dans le sens du droit étranger n'a donc aucune importance. Elle ne fait qu'exempter l'entrepreneur étranger de responsabilité dans son pays. Elle ne l'exempte pas de responsabilité sur la base de la loi polonaise. La loi fait fonder la protection sur le principe de l'effet. Contrairement à la loi abrogée sur la prévention des pratiques monopolistes de 1990, la présente loi ne comporte pas de disposition dite d'empêchement (qui protégeait les entrepreneurs polonais dans les procédures étrangères par le refus d'informations pour les besoins de ces procédures). Cela signifie la pleine utilisation des lois antimonopolistes étrangères envers les entrepreneurs polonais.

IV. Questions particulières

1 et 2. Comme nous l'avons déjà signalé dans le point III.2 du rapport, la loi polonaise ne comporte pas de régulations à part concernant les ententes horizontales et verticales, ni n'établit pas de catalogues à part de ces ententes. Toute pratique de groupe qui restreint la concurrence, qu'elle soit conclue au même échelon ou aux différents échelons d'opérations, est interdite. La construction de l'interdiction et les effets de son infraction pour les deux types d'ententes sont pareilles.

Conformément à l'art. 5 de la loi, sont interdites les ententes qui consistent particulièrement à: a) établir, directement ou indirectement, les prix et d'autres conditions d'achat ou de vente de marchandises – cartel

de prix, b) limiter ou contrôler la production ou l'écoulement et le progrès technique ou investissements, c) diviser les marchés d'achat ou de vente - cartel de division, d) appliquer dans les mêmes contrats avec les tiers les conditions de contrats pénibles ou inégales, ce qui crée pour ces personnes les conditions inégales de concurrence, e) subordonner la conclusion du contrat à l'acceptation ou à la prestation par l'autre partie d'un autre service qui n'a pas de liaison matérielle ou habituelle avec l'objet du contrat, f) limiter l'accès au marché ou éliminer du marché les entrepreneurs ne faisant pas partie à l'entente - entente anticoncurrentielle, g) fixer par les entrepreneurs qui se présentent à un appel d'offres les conditions de présenter les offres, en particulier celles qui concernent l'étendue des travaux ou le prix.

Le caractère d'entente verticale se manifeste surtout dans le cartel de division et l'entente de distribution par laquelle on comprend une entente entre les entrepreneurs qui agissent sur les différents échelons de circulation sur le marché dont le but est l'achat de marchandises en vue de les revendre.

Si de telles ententes ont pour but d'éliminer, restreindre ou enfreindre par un autre moyen la concurrence, elles sont interdites, et si elles sont déjà conclues - elles s'avèrent nulles en entier ou en partie.

L'interdiction des pratiques mentionnées ne concerne pas deux cas.

Premièrement, l'interdiction n'est pas appliquée aux ententes dites «bagatelles». Ce sont les ententes horizontales, conclues entre les concurrents dont la participation conjointe dans le marché pendant une année civile qui précède leur conclusion ne dépasse pas 5%, et les ententes verticales, conclues entre les entrepreneurs qui agissent sur les différents échelons d'opérations, dont la participation conjointe dans le marché pendant une année civile qui précède leur conclusion ne dépasse pas 10%.

Deuxièmement, lorsque l'exemption de l'interdiction est justifiée par la clause de raison. Le Conseil de Ministres peut, par voie d'un arrêté, exempter de l'interdiction de telles ententes qui contribuent à améliorer la production, distribuer les marchandises ou au progrès technique ou économique ou assurent à l'acheteur ou à l'utilisateur un profit convenable. Pourtant, l'exemption dont nous parlons ne peut pas créer pour les entrepreneurs intéressés la possibilité d'éliminer la concurrence sur le marché propre et ne peut pas leur imposer d'autres restrictions que celles qui sont indispensables à atteindre le but. L'arrêté doit fixer les conditions qui doivent être satisfaites pour que l'entente puisse être considérée comme exemptée de l'interdiction, la période de vigueur de l'exemption et les clauses qui ne sont pas considérées comme celles qui pourraient enfreindre l'interdiction générale.

Comme nous pouvons le voir, l'interdiction des ententes qui restreignent la concurrence est relative.

3. Comme nous l'avons mentionné, le fait même d'être arrivé à la position dominante au marché ou de la maintenir n'est pas interdit. L'interdiction concerne seulement les symptômes de l'abus de sa position par un ou plusieurs entrepreneurs. Leurs comportements doivent être la conséquence de cette position et provoquer au moins une menace pour d'autres participants du marché (consommateurs, coopérateurs, concurrents).

L'abus de la position dominante peut prendre en particulier la forme de: a) imposition directe ou indirecte des prix malhonnêtes (beaucoup trop hauts ou trop bas), des délais de paiement éloignés ou d'autres conditions d'achat ou de vente, b) limitation de production, de vente ou de progrès technique au préjudice du coopérateur ou consommateur, c) application dans les mêmes contrats avec les tiers des conditions pénibles ou divergentes ce qui crée pour ces personnes les conditions divergentes de concurrence, d) subordination de la conclusion du contrat à l'acceptation ou réalisation par l'autre partie d'une autre prestation qui n'a pas de rapport matériel ni habituel avec l'objet du contrat, e) empêchement à la formation des conditions indispensables à la création ou au développement de la concurrence, f) imposition par l'entrepreneur des conditions pénibles du contrat qui lui apportent des profits injustifiés, g) création des conditions pénibles pour les consommateurs, lorsqu'ils veulent faire valoir leurs droits.

La position dominante de l'entrepreneur a été définie à l'aide de deux critères: quantitatif et qualitatif. Le critère quantitatif est basé sur la présomption que la participation de l'entrepreneur dans le marché dépasse 40%. Le critère qualitatif est basé sur la prémisse de possibilité que l'entrepreneur agisse en grande partie indépendamment des concurrents, coopérateurs et consommateurs ce qui lui permet efficacement de prévenir la concurrence sur le marché propre. Ces prémisses peuvent ne pas exister conjointement. Il suffit l'existence d'une d'elles.

Le Président de l'Office dans le cadre de la procédure éclaircissante analyse et constate le fait d'occuper par l'entrepreneur d'une position dominante et de son abus. La constatation même que l'entrepreneur occupe une position dominante n'autorise pas encore à appliquer envers lui les interdictions dont nous avons parlé. Dans les modalités présentées il n'est pas permis de lutter contre la position dominante telle quelle, mais contre son abus.

L'interdiction d'abuser de sa position dominante est absolue. Cela ne peut être en aucun cas légalisé. Les actions juridiques étant le symptôme de l'abus de la position dominante sont absolument nulles en vertu de la loi.

Parmi les pratiques qui restreignent la concurrence, les ententes anticoncurrentielles ont la plus grande importance et donc celles qui empêchent aux autres entrepreneurs l'accès au marché, en particulier: vente de marchandises ou services au-dessous des coûts de leur production ou prestation

ou leur revente au-dessous des coûts d'achat en vue d'éliminer d'autres entrepreneurs (dumping), persuader les tiers à refuser de vendre ou acheter aux autres entrepreneurs de marchandises ou services (boycott) ou bien traiter de façon différente, sans raison matérielle, certains clients (discrimination).

Ces pratiques sont soumises au régime de deux lois. D'un côté, elles sont défendues en tant que pratiques (individuelles ou de groupe) restreignant la concurrence et adressées contre les entrepreneurs individuels, leurs groupes ou le grand public. D'autre côté, elles peuvent être considérées comme les actes de la concurrence déloyale qui consistent à entreprendre de façon durable, de longue durée ou répétitive, des actions qui enfreignent les relations honnêtes de la concurrence.

Dumping – en tant que pratique de restriction de la concurrence et acte de la concurrence déloyale, concerne aussi bien la vente avec perte (au-dessous des coûts de production) que les soldes apparentes (on fixe d'abord un prix haut pour qu'il ne soit pas accepté par le marché et ensuite on l'abaisse au-dessous des prix du concurrent). L'abaissement des prix est entrepris dans le but d'éliminer un autre entrepreneur, c'est-à-dire pour prendre sa place sur le marché et en conséquence dans le but de se créer dans l'avenir les conditions qui permettent de dicter aux clients les prix ou autres conditions de contrats. Les intentions du vendeur qui abaisse les prix ne sont pas toujours faciles à déchiffrer. L'évaluation en relève du tribunal dans le cas des affaires de lutte contre la concurrence déloyale et au Président de l'Office dans le cas des affaires de pratiques restreignant la concurrence.

Persuader au boycott est avant tout un acte de concurrence déloyale. Dans une certaine partie, cela peut être pourtant considéré comme pratique de restriction de la concurrence, surtout si les entrepreneurs concluent un accord dans le but de limiter l'accès aux sujets ne faisant pas partie de l'entente.

La discrimination comprise comme le fait d'empêcher les autres à accéder au marché par les divergences non justifiées dans le traitement de certains clients est un acte de concurrence déloyale. En pratique le traitement inégal a deux formes: refus de conclusion d'un nouveau contrat (ou dissolution de l'ancien) et divergences non justifiées de point de vue matériel dans le domaine des prix, rabats ou autres conditions de contrat. La loi sur la protection de la concurrence et des consommateurs lutte aussi avec la discrimination, mais elle ne contient pas seulement un état de fait consacré à la discrimination interdite. Elle s'occupe aussi de certaines pratiques concernant l'abus de la position dominante et des ententes dont le but ou le résultat est l'influence malhonnête sur la formation des prix, utilisation dans les contrats analogues avec les tiers des conditions de contrats pénibles

ou divergentes ce qui provoque pour eux les conditions divergentes de la concurrence ou enfin le fait de faire dépendre, sans justification économique, la conclusion du contrat de l'acceptation ou réalisation par l'autre partie d'une autre prestation qui n'a pas de rapport matériel ni habituel avec l'objet du contrat.

4. La concentration des entrepreneurs constitue un objet autonome de la réglementation de la loi sur la protection de la concurrence et des consommateurs.

Conformément à l'art. 12 de la loi, la concentration des entrepreneurs est soumise au contrôle. L'intention de concentrer doit être déclarée au Président de l'Office, si le chiffre d'affaires conjoint des entreprises participant dans la concentration dans l'année sociale qui précède l'année de notification, est supérieur à 50 000 000 euros.

L'obligation de déclarer concerne l'intention de: a) fusion de deux ou plusieurs entrepreneurs autonomes, b) reprise, par achat ou prise de possession de participations, actions ou autres valeurs mobilières, par achat de l'ensemble ou d'une partie du patrimoine ou par d'autres moyens, du contrôle direct ou indirect sur le total ou une partie d'une ou plusieurs entreprises par l'un ou plusieurs entrepreneurs, c) création par les entrepreneurs d'un sujet économique commun, d) prise de possession ou achat d'actions ou participations d'un autre entrepreneur, ce qui entraîne le droit à au moins 25% de voix à l'assemblée des actionnaires, e) prise par la même personne de fonction du membre de l'organe de gestion ou de contrôle chez un contractant.

La loi énumère six cas de concentration, dont l'intention n'exige pas de déclaration (art. 13).

Le Président de l'Office, par sa décision, exprime son accord à la concentration au cas où elle n'entraînera pas la création ou le renforcement de la position dominante sur le marché et, ce qui en résulte, la concurrence sur le marché ne sera pas essentiellement limitée.

Le président de l'Office peut faire dépendre l'accord à la concentration de certaines conditions. Dans ce but, il peut par une décision imposer à un entrepreneur ou plusieurs entrepreneurs qui ont l'intention de concentrer une obligation ou accepter leur engagement en particulier de: vendre la totalité ou une partie du patrimoine d'un ou plusieurs entrepreneurs, renoncer au contrôle sur un entrepreneur ou plusieurs entrepreneurs qui ne participent pas directement à la concentration, accorder une licence de droits exclusifs au concurrent. La décision qui impose les conditions mentionnées détermine aussi le délai de les réaliser et engage les entrepreneurs à informer de leur réalisation.

Le Président de l'Office prend la décision d'interdire la concentration, si elle entraîne la création ou le renforcement de la position dominante sur le marché et, ce qui en résulte, la concurrence est essentiellement limitée.

Pourtant, quoique la concentration envisagée entraîne la création ou le renforcement et la limitation essentielle de la concurrence, le Président de l'Office peut donner son accord à la concentration, si le renoncement à son interdiction est justifié, surtout si cela contribue au développement économique ou au progrès technique ou peut avoir une influence positive sur l'économie nationale.

La procédure liée à la déclaration de l'intention de concentrer est un type de procédure sur demande. En fonction du type de concentration, la déclaration de l'intention de concentrer est faite ou bien communément par les entrepreneurs qui fusionnent ou qui créent une nouvelle entreprise, ou bien par l'entrepreneur qui prend le contrôle.

La déclaration doit être faite dans les huit jours qui suivent le moment de conclure le contrat ou d'une autre action, sur la base de laquelle cette concentration doit avoir lieu. La procédure dans l'affaire doit être terminée au plus tard deux mois après l'engagement de la procédure, sauf dans le cas de l'intention d'acheter des actions admises à la circulation publique; dans cette situation la procédure devrait être terminée au plus tard dans les quinze jours.

Les entrepreneurs dont l'intention de concentrer est soumise à une déclaration, sont obligés à s'abstenir de concentrer jusqu'au moment de la prise de décision ou après les délais mentionnés.

L'action juridique sur la base de laquelle la concentration doit s'effectuer, peut être faite à condition que la décision sur l'accord soit prise ou que le délai de cette prise de décision ait échoué. La concentration des entrepreneurs doit être divulguée dans le Registre Judiciaire National et publiée dans le Journal Officiel Judiciaire et Économique.

Le Président de l'Office peut abroger la décision sur l'accord à la concentration dans deux cas: a) si les informations transmises par les entrepreneurs et sur lesquelles la décision était basée, se sont avérées fausses, b) si les entrepreneurs n'ont pas réalisées les conditions qui leur étaient imposées.

Si, dans ces cas, la concentration a eu lieu, et le rétablissement de la concurrence sur le marché n'est pas possible par un autre moyen, le Président de l'Office peut, par une décision, ordonner: division de l'entreprise fusionnée selon les modalités déterminées, vente des participations ou actions assurant le contrôle sur un autre entrepreneur ou dissolution de la société sur laquelle on avait le contrôle, destituer de ses fonctions le membre des organes de gestion ou de contrôle des entrepreneurs participant à la concentration. Cette décision peut être prise aussi, lorsque l'intention de concentrer n'a pas été déclarée malgré l'obligation.

Les décisions ne peuvent pas être prises après 5 ans qui suivent la concentration.

V. Harmonisation future

Il est peu probable que les États à différent niveau de développement économique, technologique et technique puissent accepter les règles uniformes du droit de la concurrence. C'est d'autant plus difficile que les réglementations différentes dans les systèmes juridiques nationaux se maintiennent en ce qui concerne le droit matériel et la procédure.

Les actions dans deux domaines paraissent possibles. Le premier concerne l'harmonisation des législations nationales dans le cadre des règles fondamentales de la protection contre les pratiques dont le résultat peut être l'exclusion, la limitation essentielle ou la défiguration de la concurrence, des modalités de constater de telles pratiques et des résultats de celles-ci. L'autre concerne l'unification du droit de la concurrence dans le cadre du contrôle de concentration des entreprises à l'échelle mondiale.

Les instruments internationaux contre les restrictions de la concurrence ne devraient concerner que les pratiques à portée internationale et dont les effets peuvent être particulièrement poignants. Cela concerne surtout les ententes qui empêchent l'accès au marché.

La réponse à la question concernant l'utilité de création de l'Agence Internationale de la Protection de la Concurrence dépend de l'évaluation de l'activité antérieure de la Commission.

SECTION III. A. 3.

Wojciech J. Katner

Professor of the University of Łódź

Rights of Minority Shareholders in Capital Companies in Poland

I. Introduction. The Legal Framework

1. Polish commercial regulations have an established tradition. The Commercial Code of 1934, based on the German concept of mercantile law, remained in force with respect to companies until the end of 2000. However, due to the social and economic system (the socialist system), the role of commercial companies was practically insignificant. After the Second World War, state-owned enterprises prevailed. Only in the mid-1980s, in the new economic system, and especially since 1990, the company law was revived, with the emergence of hundreds thousand of new commercial companies. Two types of capital companies gained special significance for economic relations, i.e. the limited liability company and the joint stock company. Accordingly, the provisions of the Commercial Code became applicable again. These provisions were supplemented by the provisions of the Act on Public Trading in Securities still being in force (at present it is the Act of 1997)¹ and the Act on Accounting of 1994.² However, one should bear in mind that in the Polish legal system a vital role is played by judicial decisions and the legal doctrine. Although they have no law-making status *sensu stricto* (they do not constitute law), they play by no means a trivial role in the interpretation of statutory provisions and the practice of their implementation.

2. At the beginning of 2001 the Act of 15 September 2000 – the Commercial Companies Code³ (hereinafter referred to as CCC) entered into

¹ Act of 21 August 1995, Dz.U. No. 118, item 754, as amended.

² Act of 29 September 1994, Dz.U. No. 121, item 591.

³ Act of 15 September 2000, Dz.U. No. 94, item 1037.

force. The main purpose of the Act is to launch modern regulations in the area of commercial law, being conducive to entrepreneurship development and hence acceleration of the process of transformation of the economy towards a social market economy. The freedom of undertaking and conducting business activity is guaranteed under Article 20 of the Constitution of the Republic of Poland, whereby the economy is based on the principle of freedom of business activity, private ownership, and solidarity, dialogue and co-operation between social partners.⁴

Amendments to the Polish company law were also caused by the pending preparations for Poland's accession to the European Union, and thus an incorporation of the provisions of the European Directives into the Polish Commercial Companies Code.

However, the new 2000 Code has taken over many provisions from the widely praised 1934 Commercial Code, at the same time continuing and developing the abundance of the Polish legal thought. Amendments with respect to the previous Code are intended in the first place at increasing the freedom of establishment and operation of companies and increasing the rights of shareholders through liberalisation of a number of the existing rules, enhancing the reliability of economic relations at the same time. In addition, the modern economy requires a new regulation of the company law, after nearly seventy years when the Code was in force in an almost unchanged form.

II. The rule of Equal Treatment of Partners (Shareholders)

1. The rule of equal treatment of partners (shareholders) is one of the major rules of operation of capital companies. It directly draws on Article 42 of the Second Commission Directive No. 77/91/EEC of 13 December 1976 regarding the company law and has been incorporated in the general part of the Code, in its Article 20. The provision stipulates that "partners or shareholders in a capital company shall be treated on equal basis under the same circumstances."

There is no controversy that this legal norm is clearly addressed to a company acting as a legal entity via its bodies.⁵ However, it is not completely clear whether shareholders of a company are excluded from the

⁴ The Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, Dz.U. No. 78, item 483.
⁵ S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz* [Commentary on the Commercial Code], Warsaw, 1996, Vol. 2, p. 276.

class of addressees of this norm. An inclusion of shareholders into the class of addressees of the norm would mean that only part of shareholders of a company are required to treat the rest on equal basis under the same circumstances. Here, one cannot consider shareholders' behaviour consisting in actions taken within the shareholders' meeting being the body of a company, e.g. passing a resolution. Pursuant to Article 38 of the Civil Code, such actions are directly attributed to the company as a legal entity.

2. The only actions that could provide for the applicability of Article 20 of CCC to shareholders entail the disposal of shares (e.g., corporate control transactions). It is hard to imagine that, pursuant to the rule of equal treatment, a shareholders intending to acquire a controlling interest would have to buy shares from each shareholder on a pro rata basis. The foregoing interpretation is not only supported by the freedom of contract (Article 353¹ of the Civil Code)⁶ but first of all by Article 337 § 1 of CCC providing for the transferability of shares. This interpretation also results from the functional rules of interpretation.⁷

The fundamental values that may be attributed to the legislator, in addition to the economic effectiveness of the organisational structure of a company, is also the economic effectiveness of the capital market as corporate control transactions are conducive for the capital market and for the whole economy as they lead to the enhanced effectiveness of managing the capital of joint stock companies. Therefore, the unequal treatment of shareholders is permitted in the case of control transactions as increasing the welfare of all without harm to anyone (Pareto's rule of effectiveness).⁸

Accordingly, it is possible to say that the joint stock company is the only addressee of the rule of equal treatment of shareholders. This rule protects shareholders against any interference with their rights through actions of a company's bodies.

3. The question arises whether the rule of equal treatment also applies to shareholders in circumstances when they approach a company as third parties, e.g., as parties to a legal relationship based on a contract. Can this rule be a basis for protecting the rights of minority shareholders in the situation of the so-called "latent distribution of profit?" The latter is understood as an abusive action of a majority shareholder controlling a company. In most cases for tax purposes, it may cause the transfer of profit generated by a company in the form of overestimated payments to

⁶ The parties to a contract may arrange the legal relationship as they deem proper on the condition that the contents or the purpose of that contract are not contrary to the nature of the relationship, with statutory law, or with the principles of community law.

⁷ S. Sołtysiński, et al., *op. cit.*, p. 276.

⁸ T. Sójka, *Zasada równego traktowania akcjonariuszy* [Rule of Equal Treatment of Shareholders], RPEiS 2000, No. 4, p. 39.

itself, i.e., to itself vis-à-vis a company. It will always be a material violation of the rights of minority shareholders as a result of violation of Articles 344 and 346 of CCC⁹ prohibiting charging interest and returning dues to shareholders during the term of a company.

If a company was required to treat equally the shareholders when they approach it as third parties, the results would be contradictory not only to the construction of shareholder's rights but also the axiological motives of the lawmaker. Therefore, it is possible to say that the scope of application of the rule of equal treatment of shareholders was limited to the category of internal (corporate) legal relations between a company and its shareholders. Hence, a company is not required to provide equal treatment to shareholders that approach it as third parties, to the extent of purely contractual legal relations.¹⁰

III. Majority Rule and Protection of the Rights of Minority Holders

1. The direct axiological justification for the existence of the rules of equal treatment of shareholders is the need of adequate protection of minority shareholders.¹¹ The latter, in turn, is a consequence of a threat posed to minority shareholders by another rule – the standard and fundamental rule of modern company law, namely the majority rule.¹² It is a specific guarantee for the economic efficiency of capital companies.

The significance of that rule is *in principio* rooted in Article 3 of CCC whereby "In an agreement for a commercial company, the partners or shareholders undertake to pursue a common goal by making contributions and, where so provided in the articles or the statutes of the company, by other joint action." The need of fiduciary duty results from the essence of any company. At the same time, the praxiological rationale attributable to the lawmaker indicates that the mechanism of collective decision making is one of basic conditions for effective pursuance of a goal within such

⁹ Article 344, § 1. During the term of the company, payments towards the shares may not be returned to the shareholder in full or in part, except in the cases stipulated in this Division. Article 346. The shareholders may not charge interest on the contributions made and on the shares which they possess.

¹⁰ K. J. Kmieciak, M. Parszewski, *Odpowiedzialność spółek, wspólników i zarządów* [Responsibility of Companies, Shareholders and Management Boards], Szczecin 1991, p. 85.

¹¹ T. Sójka, *op. cit.*, p. 37, quoting U. Hüffer, *Aktiengesetz*, München 1997.

¹² A. W. Wiśniewski, *Glosa do wyroku SN z dnia 20.8.1996* [Gloss to the Supreme Court's Verdict of 20.8.1996] III CZP 67/96, "Glosa" 1997, No. 7.

organisational structures as a joint stock company in particular, as this mechanism reduces differences, if any, in the ways of pursuing a common goal.

The same assumptions provide that passing resolutions by the specified majority of votes is the most common arrangement in that area. Also, we should assume that upon accession to a company, shareholders agree on such a decision making mechanism.¹³

2. On the other hand, it is obvious that a completely unlimited rule of majority, although it provides for a clearly less expensive mechanism of making decisions in companies than for example the rule of unanimity, might lead to violation of interest of minority shareholders. They would be unacceptable in view of axiological assumptions accepted in our legal culture. For that reason, modern systems of joint stock company regulations (including the Polish one) provide for a number of provisions with the aim of protecting reasonable interest of minority shareholders.¹⁴

In addition to general limitations on the power of majority shareholders in a company by its goal defined in the agreement which delineates the permitted use of that power within the organisation by the majority holders, the legislator provides for a number of rules governing the rights of minority shareholders. They are intended to prevent the abuse by majority (*abus de majorité*).

3. There are several ways to define the majority. Most frequently, the "majority" in a capital company is identified with the capital prevalence. It results from the essence of a capital company where the rights of shareholders are directly linked to the size of contribution made by them. Sometimes, shareholders receive equal voting rights irrespectively of participation in the capital of a company. In such a situation, the "majority" will simply mean the majority of votes of shareholders. The "majority" can be also understood as the majority of votes at the shareholders' meeting which does not have to mean capital prevalence or the majority of votes of shareholders, as it can be due to the existence of shares with voting preferences.

We should say that the influence of a shareholder on the activity of a company is usually assessed in terms of its shareholding in the company's share capital. Derogation from that rule permitted by the Polish commercial regulations may consist in attaching special privileges to specified shares.

¹³ S. Sołtysiński, et al., *op. cit.*, p. 737.

¹⁴ The Polish literature on the rights of minority shareholders is very modest and those issues were almost absent in handbooks. However, this issue is more and more emphasized in the foreign doctrine and practice. It was noted by J. Weiss, *Prawo mniejszości w spółkach kapitałowych* [Right of Minority Shareholder in Capital Companies], PPH 1995, No. 10, p. 105; the author quotes H. Wieddemann, *Gesellschaftsrecht*, Bd. 1, *Grundlagen*, München 1980.

4. The Commercial Companies Code provides for three levels of protection of minorities in capital companies, depending on the scope and intensity of the means of external interventions into corporate relations. The means of protection provided by the Code strongly depend on the type of rights and obligations of shareholders affected by violation. The rights of shareholders can be divided into financial and corporate ones. Financial rights are first of all the right to participate in profit made by a company, namely in dividend, attached to a share.

In the Polish law, there are three definitions of the minority: 1) it is a minority of generality (one person/ group of persons vis-à-vis a large number of people), 2) aforesaid privileges granted to some shareholders and also the grant of personal privileges, and 3) percentage needed to exercise certain powers available to the minority, with specified minimum with respect to shares: 1/10, 1/5.

The protection of the rights of the minority is understood as legal instruments that guarantee the fulfilment of the rights of shareholders in spite of the opposite opinion and legal action of the majority. In the Polish legal system, the protection of the rights of the minority can be discussed in a narrow and broad meaning. In the narrow one, this protection is understood as acting against certain resolutions (decisions) of the company's governing bodies (management board, supervisory board) dominated by the votes of majority holders, even by founders of a company.¹⁵ On the other hand, in the other broader meaning, the protection is provided by ensuring to all shareholders the right to decide jointly on the goings of a company. It results from the exercise of individual corporate rights of shareholders.¹⁶

We should opt for a compromise in protection of the rights of the minority, namely that individual powers of shareholders cannot paralyse the operations of a company, especially considering the large capital involvement of individual shareholders. On the other hand, the latter cannot ignore the interest of minority shareholders, often quite numerous so-called petty money-grubbers. Hence, the legislation in force provides for the means of protections linked to the size of interest, shareholdings in particular, and various individual (personal) rights. They also provide for action for annulment of resolutions adopted by the majority of capital, including contravention of the bylaws or good practices and prevention of harm to interest of shareholders. That purpose is served by the following

¹⁵ Fulfillment of the powers of majority and minority shareholders depends on the concentration of capital, in particular in case of holding companies and subsidiary (daughter companies), J. Weiss, *op. cit.*

¹⁶ In particular T. Komosa, J. Modrzejewski, *Sposoby ochrony praw mniejszości w spółkach kapitałowych* [Methods of Protecting the Rights of Minorities in Capital Companies], PUG 1991, No. 11-12.

items discussed later on: unanimous adoption of decisions, limited right of veto and the right to information. First of all, we will analyse the disputable issued of the so-called golden share.

IV. The Golden Share

1. The regulations do not contain a definition of the term "golden share." The term concerned entails privileges that are completely independent of the majority, such as: the right to appoint members of the management board or supervisory board of a company, the right to more votes at the general meeting of shareholders, the right of veto with respect to making decision at the general meeting.

Within the framework of Polish law, the problem arises whether this so-called golden share is permitted as the Commercial Companies Code (likewise the Commercial Code of 1934) does not provide for a closed list of privileges attached to shares. Hence, in theory, there exists a possibility of creating new privileges to be attached to even one share, commonly referred to as the "golden" share.

The legal basis for attempted use of construction of the so-called golden share is Article 351 § 1 and § 2 of CCC. Pursuant to them, a company may issue shares with special rights attached to them, in particular concerning the right to vote at the general meeting of shareholders, the right to dividend or participation in the division of assets in case of liquidation of a company. The listing of rights that may be attached to a share is open. Accordingly, founders of a joint stock company may define in the bylaws other rights than those listed in Article 351 § 2 of CCC. It is noteworthy that the autonomy of founders of a company is limited, in that case, by good practices, nature of the joint stock company and imperative regulations. It is provided in Article 304 § 4 of CCC whereby the statutes of a company may include additional provisions, unless it follows from the law that the law provides a comprehensive regime or such additional provisions of the bylaws are contrary to the nature of the joint stock company or good practices.

2. The "golden share" giving to its holder the right of veto on matters specified in the statutes is clearly excluded. Such a conclusion follows from Articles 352 of CCC saying that no more than two votes can be attached to a single share. The foregoing provision defines the limit on privileges that may be attached to shares with respect to voting at the general meeting. The right of veto applies to voting at the general meeting and is a more far-reaching privilege than attaching two votes to a single share.

This reasoning leads to a conclusion that attaching the right of veto to a share is inconsistent with the said provision. In such circumstances, there are grounds for nullity of such a provision of the bylaws under Article 58 § 1 of the Civil Code.

A. Szumański is right when writing that the excessively general understanding of the veto right would create the "golden share" under Article 354 § 1 of CCC and that share would undermine the principles of the reform of companies law by rights entailing significant privileges attached to shares and personal rights of shareholders.¹⁷

3. The acceptance of the "golden share" is a derogation from the principle of majority rule and equality of shareholders and hence is a material modification of a typical model of a joint stock company. Article 354 § 1 of CCC forms the grounds for granting specified rights to an individually named shareholder. Personal rights may include the right to appoint or dismiss members of the management board, the supervisory board or the right to receive specified performance from the company.¹⁸

The regulations providing for this special right of shareholders are too weak to provide for the right of "golden share" in the statutes of a company. It would require explicit statutory regulation. And hence it does not exist, then, bearing in mind the consequence of granting special privileges to a shareholder, we should consider that the construction of "golden share" is not approved in the Commercial Companies Code.

The above view can be also supported by Article 625 of CCC allowing for voting privileges in the statutes of a company. It is only possible in case of companies (established after 31 December 2000 and before Poland is admitted to the European Union) having the State Treasury as a shareholder.

V. Supervision in a Capital Company and the Rights of Minority

1. Capital companies (limited liability companies and joint stock companies) have legal personality. Hence, they act through their bodies (aforesaid Article 38 of the Civil Code). In a joint stock company, such supervisory body is the supervisory board.

¹⁷ A. Szumański, *Złota akcja w prawie polskim* [Golden Share in Polish Legislation], PPH 1998, No. 12; M. Stępień, *Nie pozwalają nie pozwalać* [They prohibit veto] "Rzeczpospolita" 12.12.2000.

¹⁸ P. Wszelaki, *Kodeks spółek handlowy. Złota akcja* [Commercial Companies Code. Golden Share], "Rzeczpospolita" of 28.11.2000.

The powers of the supervisory board include not only the permanent supervision over the activities of the company (Article 383 § 1 of CCC) but also the appointment and dismissal of members of the management board of the company (Article 368 § 4 of CCC) and suspending them from their duties and also delegating members of the supervisory board so that they temporarily perform the duties of members of the management board (Article 383 § 1 of CCC). In practice, in large joint stock companies, owners, i.e., shareholders, are not able to influence the activities of the company in a direct way, which enhances the importance of the supervisory board as the emanation of shareholders.

The basic method of electing the supervisory board of a joint stock company is defined in Article 385 § 1 of CCC, whereby it is appointed by the general meeting. As a rule, the resolution of the general meeting concerning the appointment of the supervisory board is passed by the absolute majority of votes (Article 414 of CCC). The above construction is compatible with the purely capital nature of a joint stock company.¹⁹

The method of appointment of the supervisory board described above may be, however, a threat to the interest of minority shareholders. Considering that shareholders, unlike members of a limited liability company, have no right of personal control over activities of the company, depriving them of the influence on elections to the board can be particularly painful to them.

2. The protection of interest of minority shareholders is furthered by the possibility to elect members of the supervisory board by voting in separate groups. That procedure is provided for premature expiration of mandates of the existing members of the supervisory board. The election by groups can take place on request of shareholders representing one fifth of the share capital (Article 385 § 3 of CCC).²⁰ The right to file such a request is even available when the bylaws does not provide for election of the supervisory board by voting in separate groups.²¹

The essence of that procedure is appointing members of the supervisory board by groups of shareholders representing adequate portions of shares in a company. The number of shares required to form a group is the result of dividing the total number of shares by the number of members of the supervisory board. Accordingly, if the share capital of a company is divided into 10,000 shares and its supervisory board consists of five members, the

¹⁹ J. Frąckowiak, A. Kidyba, K. Kruczałak, W. Pyziół, J. Weiss, *Kodeks handlowy, Komentarz* [Commercial Code, Commentary], Warsaw 1999, p. 534.

²⁰ K. Kruczałak, *Wybór rady nadzorczej i komisji rewizyjnej grupami* [Election of Supervisory Board and Audit Commission by Group Voting], "Prawo Spółek" 1998, No. 9.

²¹ Verdict of the Supreme Court of 24.9.1998 I CKN 517/98, OSNC 1999, item 57.

joint action of shareholders representing 2,000 shares is required to create a group authorised to elect one member to the supervisory board.²²

Article 385 § 4 of CCC eliminates the existing doubts as to whether the voting in groups is excluded when a candidate to the supervisory board was nominated by a public administration agency, and then the general meeting of shareholders of a company elected the person concerned: (if the supervisory board comprises a person appointed by a body specified in a different law, only the remaining members of the supervisory board may be elected in groups). Shareholders representing one fifth of the share capital of a company may submit a request for appointment of a new board by voting in separate groups even if the existing supervisory board comprises a person nominated by a body outside the company by virtue of a different law (e.g., by the general meeting of employees under Article 12 § 4 of the Act on Commercialisation and Privatisation of State-owned Enterprises). In such a case, the only member of the supervisory board who is not dismissed is that directly appointed by the general meeting of employees.

3. The new Code also clarifies the prior doubts as to a situation when the number of groups created by shareholders in order to appoint the supervisory board is smaller than the number of members that should be elected. Under Article 385 § 6 of CCC the positions on the supervisory board not filled by the appropriate group of shareholders shall be filled by a vote held with the participation of all shareholders whose votes were not cast in the election of the members of the supervisory board elected by a vote in separate groups. On the other hand, pursuant to Article 385 § 9 of CCC, each share (excluding non-voting shares) shall carry only one vote, without privileges or limitations.²³

Article 379 of CCC, concerning the election of the supervisory board by voting in separate groups, is more precise than the corresponding provision of the 1934 Commercial Code. Nevertheless, the regulations of the new code fail to eliminate all doubts related to the said procedure. The following issues escape unanimous resolution: Which body is authorised to fill a vacancy on the supervisory board if one of its members, elected by a separate group of shareholders, resigns from the office? May the

²² The procedure for appointment of members to the supervisory board by voting in separate groups set forth in CCC strongly differs from the regulations of the 1934 Commercial Code which prevented such a procedure if at least one member of the existing supervisory board was nominated by a state or local authority (Article 379 § 3). Under the aforesaid regulation, the said right of minority was excluded if a member of the existing supervisory board was directly nominated by a public administration agency.

²³ B. Mamica, *Organy nadzoru a prawa mniejszości w spółce akcyjnej* [Supervisory Bodies and Rights of Minority in Joint Stock Company], "Prawo Spółek" 1998, No. 12.

supervisory board elected by separate groups of shareholders be then removed in accordance with the ordinary procedure? Does a shareholder eligible under the statutes to appoint a member of the supervisory board, forfeit this right in the event of election of the board by voting in separate groups? The foregoing doubts arise out of the fact that the election by voting in separate groups is a special method within the framework accepted in the commercial law. Therefore, it seems that such doubts can only be cleared by statutory regulations.

VI. Protection of Financial Entitlements of Minority Shareholders

The financial entitlements of shareholders include, most of all:

- A. Right to dividend, that is to share in profits of a company,
- B. Right to a portion of a company's assets remaining after liquidation of a company.

A. Right to Dividend

1. This entitlement is regulated by CCC in a way partially differing from regulations of the 1934 Commercial Code. First of all, it limits the amounts and defines the sources of fund designated for payment of dividend, defines the eligible persons and allows for payment of advance on the anticipated dividend. Within the limits set out by CCC, the bylaws may provide for other rules of profit distribution than those laid down in the Code (Article 191 § 3 and Article 347 § 3).

Article 191 § 1 and Article 347 § 1 of CCC provide for the general rule whereby shareholders are entitled to participate in profit shown in the financial report (audited by expert auditor in case of a joint stock company) which has been designated by the shareholders' meeting (general meeting) for distribution among shareholders.²⁴ Likewise in the 1934 Commercial Code, the right to profit depends on the shareholders' meeting (general meeting) passing a resolution on its distribution.²⁵

²⁴ Verdict of the Administrative Court for Poznań of 18.01.1996, I ACr 591/95, OSA 1998, item 2.

²⁵ A. Szumański, *Zakres prawa wspólnika spółki kapitałowej do udziału w zysku* [Entitlement of a Shareholder in a Capital Company to Participation in Profit], "Prawo Spółek" 1997, No. 6.

2. The Commercial Companies Code enacts a rule whereby the profit is distributed in proportion to the number of shares held. When the shares are not fully paid up, the profit is distributed *pro rata* to payments made on shares. Articles 192 and 348 § 1 of CCC provide that the amounts distributable among the shareholders may not exceed the profits for the previous financial year, to the extent specified in detail in the regulations. Since the Code requires to specify the source of the amounts designed for payment of dividend, it would be justified to establish appropriate special-purpose funds and make allocations to them so as to enable payment of dividend from them during the next financial year of companies.

The Commercial Companies Code clearly defines the group of persons entitled to dividend for a given financial year. They include shareholders who held shares on the day of passing the resolution on profit distribution. The statutes may authorise the shareholders' meeting (general meeting) to set the reference date for drawing up a list of shareholders entitled to dividend for a given financial year (dividend day). It is stipulated that the dividend day shall not be fixed later than within two months of the day of passing the resolution on the distribution of profit among shareholders.²⁶

3. The possibility to pay out interim dividend on account of expected profit is a novelty. Such option may turn out to be dangerous for a company, although it certainly contributes to the increased attractiveness of equity securities.²⁷ The bylaws may authorise the management board to pay to partners an advance on dividends expected at the end of financial year, provided that the company has sufficient funds for such payment. The payment of interim dividend requires the consent of the supervisory board (Article 194 and Article 349 § 1 of CCC).

Article 195 § 1 and Article 349 § 2 further specify that the company may payment the advance on the expected dividend if its financial statement for the previous financial year shows profits. The advance may amount to no more than a half of the profits earned from the end of the prior financial year, to the extent specified in detail in those regulations.²⁸ In case of a joint stock company, pursuant to Article 349 § 3 of CCC, the provisions regarding the dividend as such accordingly apply to the advance on dividends.

4. Pursuant to Articles 196 and 353 of CCC, shares which are preferred with respect to dividend may not entitle the rightholder to dividends that exceed by more than a half the dividends designated to be paid out to the

²⁶ J. Jacyszyn, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, *Kodeks handlowy, Komentarz* [Commercial Code. Commentary], Warsaw 2001, p. 448.

²⁷ S. Sołtysiński, et al., *op. cit.*, p. 371.

²⁸ In case of a joint stock company, the financial statement must be audited by an expert auditor.

shareholders entitled under non-preferred shares. Shares with the above preferences do not enjoy the priority in satisfaction over the remaining shares. Those regulations do not apply to non-voting shares, which are preferred with respect to dividend, that is shares without voting rights. It means that non-voting shares may be preferred with respect to dividend without limitation and may enjoy the priority in satisfaction over the remaining shares. A shareholder entitled under a non-voting share who was not paid out the dividends in full or in part during a given financial year, is entitled to a balance out of profit in the following years. This right may be exercised not later than during three consecutive financial years and further provided that such option is contemplated in the statutes.²⁹

During liquidation of a company, no profits, even partial profits, may be paid to shareholders prior to repayment of all debts of a company (Article 462 § 2 of CCC).³⁰

B. Right to a Portion of Assets Remaining after Liquidation of a Company

The category of financial rights also include a shareholder's entitled to a part of assets remaining after liquidation of a company which, after the creditors were satisfied or secured, are divided among shareholders *pro rata* to their shareholdings or payments made towards the share capital. In the division of assets, preferred shares enjoy a priority right to the extent of amounts paid for each of them. Then, ordinary shares are paid in the same manner. Any surplus assets are divided in accordance with general regulations among all shares (Articles 286 and 474 of CCC).

VII. Protection of Corporate Rights of Minority Shareholders

1. The corporate rights are closely related to the status of a shareholder in a company. Such rights include:

A. Right of shareholders to participate in the meeting (general meeting of shareholders),

²⁹ The privileges attached to shares pursuant to the above regulations do not apply to advances on dividends (Article 353 § 5 of CCC).

³⁰ A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych; Objaśnienia* [Commercial Companies Code; Explanations], Zakamycze 2001, p. 738.

- B. Right to vote at the meeting,
- C. Right to sue resolutions of the meeting, and
- D. Right of individual control.

Another classification is into absolute rights that cannot be taken away from any shareholder by means of any legal action and relative rights that may be subject of far-reaching modifications in a company or even excluded by the provisions of the deed or the articles of association.³¹

The absolute rights enjoy direct and effective protection under CCC as any action taken in contravention of such a right is *ex lege* null and void. Therefore, it is impossible, for example, to deprive a shareholder of the entire voting right at the meeting.³²

It is noteworthy that the group of absolute rights includes corporate rights only. The financial rights discussed earlier may be subject to various limitations or even exclusion.

2. Furthermore, the Code contains a number of institutions intended to protect the interest of an individual shareholder irrespective of the number of votes at the meeting held by it. An example of that may be the requirement of unanimity on certain matters whereby each shareholder may easily block action of even overwhelming majority of shareholders if, in the judgement of that shareholder, such action might endanger its interest in a company. Article 239 § 1 and Article 404 § 1 of CCC provide that no resolution may be adopted on matters that are not included in the agenda unless the entire share capital is represented and none of those present objects to the adoption of that resolution. Similar arrangements are provided for in Article 240 and Article 405 § 1 of CCC regarding the option to convene the meeting without observance of the convocation procedure provided as required by regulations when none objects to it on the individual basis.

3. Protection of the minority is also ensured by the provisions of Article 246 § 3 and Article 415 § 3 of CCC. They provide that resolutions on amendments to the statutes, providing for an increase in the performance of shareholders or limitation of rights granted personally to individual shareholders require the consent of all shareholders affected thereby; the

³¹ A. Szumański, *Prawo Spółek, System Prawa Gospodarczego Prywatnego* [Companies Law; System of Private Business Law], Kraków 1995, p. 466.

³² Article 242 § 1. Each share of an equal nominal value shall carry one vote, unless the articles of association provide otherwise. § 2. Unless the articles of association provide otherwise, every PLN 100 of the nominal value of a share of unequal value shall carry one vote; and Article 411 § 1. One share shall carry one vote at the general meeting. The statutes may limit the voting right of a shareholder holding more than one fifth of the total number of votes in a company subject to Article 351 § 2, Article 353 § 3 and Article 354 § 2. The voting right shall arise as of the date of full payment for shares, unless the statutes provide otherwise.

foregoing rule cannot be waived by the statutes. The increase in performance may entail more obligations, for example by introducing recurrent non-pecuniary performances (Article 176 § 1 of CCC) and the limitation of rights may be some obligatory omission like mission of competitive activity by a shareholder. As a rule, it applies to members of the management board in capital companies and, further, members of the supervisory board in a joint stock company delegated to perform acts of supervision on an individual basis (Article 390 § 3 and Article 380 § 1 and 2 of CCC).

The above arrangements are based on a derogation from the rule whereby resolutions adopted by the majority of shareholders are binding on all even those who voted against a motion concerned. The resolutions referred to in Article 246 § 3 and Article 415 § 3 of CCC, although passed by the required majority, are not binding prior to their approval of the legal situation created thereby by shareholders.³³ Those regulations are the proof for extensive protection of each shareholder as the lack of content given before, during or after adoption of a resolution and also the proceeding *per facta concludentia* leads in the "suspension" of a resolution. A refusal of consent results in the nullity of a resolution with respect to those who refused their consent.

4. In addition, the Code provides for such means of protection of the minority, whose use is linked to some specified voting power at the disposal of a shareholder (shareholders). Such arrangements are provided in the regulations granting the right to request that the extraordinary general meeting to be convened by the minority representing at least one tenth of the capital. It should be stressed here that the Code explicitly provides for granting that right in the statutes to the minority representing less than one tenth of the capital which may result in a situation where that right would be available to a shareholder holding one share irrespective of the minimal portion of capital represented thereby. Under Article 236 and Article 400 of CCC, the shareholder or shareholders representing at least one tenth of the share capital may request that the extraordinary general meeting to be convened, as well as that certain matters be placed on the agenda of the next general meeting. Such a request should be submitted to the management board in writing not later than one month prior to the proposed date of the general meeting. The statutes may grant such rights to shareholders representing less than one tenth of the share capital.³⁴

If the management board is slow with the foregoing, the meeting is convened with the approval of the registration court: first, it summons the

³³ K. Mielcarek, T. Mogielnicki, *Podwyższenie kapitału zakładowego spółki z o.o. bez zmiany umowy spółki* [Increasing the Share Capital of a Limited Liability Company without Amendment to the Deed of Association], "Prawo Spółek" 2001, No. 6.

³⁴ J. Weiss, *op. cit.*, p. 105.

management board to make a representation, then it authorises the shareholders who submitted that request to convene the extraordinary general meeting. The court also designates the chairman of the meeting (Articles 237 and 401 of CCC).

5. The majority of at least 1/10 of the capital is also required to submit the request that:

- the registration court, having summoned the management board to make a representation, appoint a party authorised to audit financial statements for the purpose of examining the accounts and operations of the company (Article 223 of CCC);

- at the general meeting, the attendance list be checked by a commission appointed for that purpose and consisting of at least three members; the requesting shareholders have the right to elect one member of the commission (Article 410 § 2 of CCC); and

- the registration court be able to appoint liquidators designating one or two liquidators (Article 463 § 2 of CCC).

6. At times, the protection of minority holders entails the increased ability to block acts that the majority would like to take to further their interest. Hence the requirement of a qualified majority for adopting resolutions on certain crucial matters for the company and its shareholders. Under Articles 245 and 414 of CCC, resolutions of shareholders shall be passed by the absolute majority of votes. However, lawful resolutions may sometimes be passed by the majority of 2/3 or even 3/4 of votes cast.

The majority of 2/3 of votes is required for:

- resolutions on amendments to the deed of association, dissolution of a company or transfer of the enterprise or its organised part (Article 246 § 1 of CCC);

- contracts for acquisition for the company of any property for a price exceeding one tenth of the paid in share capital from the founder or the shareholder, or from the dependent company or co-operative of the founder or the shareholder, concluded before the second anniversary of the registration of the company (Article 394 § 1 of CCC);

- adjournment of the sittings of the general meeting (Article 408 § 2 of CCC);

- resolution on changing the objects of the company without the buyout if it is so provided in the statutes and further provided that it is adopted in the presence of persons representing at least one half of the share capital (Article 417 § 4 of CCC);

- resolution of the general meeting of each of the merging public companies, unless the statutes of such companies provide for stricter requirements (Article 506 § 2 of CCC); and

- resolution on dividing a public company unless its statutes provide for stricter requirements (Article 541 § 3 of CCC).

7. The majority of 3/4 is required to:

- pass resolutions on the issue of bonds;

- amend the statutes;

- transfer the enterprise; and

- merger and dissolution of a joint stock company (Article 415 of CCC).

Similarly, such a majority is required by the general meeting of each of the companies in order to adopt a resolution on their merger (Article 506 of CCC). It is also needed to adopt a resolution on a substantial change in the objects of a limited liability company unless the deed of association provides for stricter requirements (Article 246 § 1 of CCC). Also, passing a resolution on division of a company requires a resolution of the general meeting of the company to be divided and each of the acquiring companies; such a resolution must be adopted by the majority of three fourths of votes representing at least half of the share capital, unless the deed of association or the bylaws provide for stricter requirements (Article 541 § 1 of CCC). The same requirements apply when dividing a company by the formation of a new company (Article 541 § 2 of CCC) and in the case of merger of capital companies (Article 522 § 2 of CCC). The aforesaid requirements must be also satisfied for the validity of a resolution on amending the bylaws so that the management board is authorised to increase the share capital within the limits of the authorised capital (Article 445 § 1 of CCC). The majority of three fourths of votes is required (in addition to other requirements) to transform a capital company into another capital company (Article 577 § 1 Point 1 of CCC).

VIII. Certain Special and Important Means of Protecting the Rights of Minority Shareholders

1. The means of protecting the interest of minority shareholders may be also classified as offensive and defensive ones.³⁵ All of the means described so far belong to the latter group as the activity of the exposed shareholders was limited to preventing the adverse to them proceedings by the majority. On the other hand, the most important offensive means include the challenging of resolutions by action brought for their annulment by the court (Articles 249 and 422 of CCC) and for declaration of

³⁵ T. Komosa, J. Modrzejewski, *op. cit.*; A. Szumański, *Prawa spółek...*, p. 529.

invalidity (Article 425 of CCC), as well as the right of each shareholder in a limited liability company (it applies to limited liability companies only) to request that a company be dissolved by the court if the objects of that company became impossible to be achieved or if there exist other significant reasons resulting from relations within a company (Article 271 Point 1 of CCC).

The Commercial Companies Code, applicable from 2001 onwards, expanded the possibility of forced removal of a shareholder, a shareholder in a joint stock company in particular, from a company. It provided for the compulsory redemption of shares in a limited liability company (Article 199 of CCC) and the forced redemption of shares in a joint stock company (Article 359 of CCC), and also the forced buyout of shares (Article 418 of CCC). They provide the basis for removing shareholders from a company, even against their will. The forced removal of such persons from a company may take place without the need to take legal action.³⁶

A. Challenging Resolutions of the General Meeting

1. The right to bring action against resolutions of the general meeting is one of the most important absolute instruments of minority protection. Article 249 of CCC (regarding a limited liability company) and Articles 422 and 425 of CCC (concerning a joint stock company) provide that the formal nature of violation of the requirements set forth in those articles was taken as the criterion to sue. A contradiction of the general meeting's resolution with the law justifies an action brought for declaration of invalidity of that resolution.³⁷ Article 425 of CCC exclusively refers to resolutions that are contrary to absolutely binding legal norms and the "law" should be understood not only as CCC but also each law in force on the day when the challenged resolution was adopted, and also regulations issued on the basis of and in enforcement of that law (Articles 87 § 1, 88 § 1 and 92 of the Polish Constitution) and also ratified international treaties (Articles 87 § 1, 88 § 3 and 91 of the Polish Constitution).³⁸

Article 425 of CCC authorises the same persons to bring an action for declaration of invalidity of the general meeting's resolution, as authorised

³⁶ M. Michalski, *Umorzenie definitywne akcji w świetle przepisów Kodeksu handlowego oraz ustawy o publicznym obrocie papierami wartościowymi* [Final Redemption under Provisions of the Commercial Code and the Act on Public Trading in Securities], "Prawo Spółek" 1999 No. 10.

³⁷ A. Szumański, *System prawa...*, p. 538.

³⁸ J. Jacyszyn, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, *Kodeks handlowy. Komentarz* [Commercial Code. Commentary], Warsaw 2001, p. 520.

by Article 422 of CCC (ability to annul resolutions of the general meeting), however to the exclusion of Article 189 of the Code of Civil Procedure, that is excluding the option to apply to the court, at the same time, for determination of existence or non-existence of a legal relation or a right, provided that the applicant has a legal interest in it.³⁹

2. The inconsistency with the bylaws or good practices, injurious to the company's interest or intended to harm a shareholder, justifies an action brought for annulment of a resolution. The possibility to annul or declare invalidity of resolutions of the general meeting is a derogation from the rule of the reliability of law and hence, although that arrangement was provided by the legislator, it is strictly limited in time. An action for annulment of a resolution of the general meeting should be brought within one month after receiving a notice of that resolution, and not later than within six months after adoption of that resolution (Article 424 § 1 of CCC). The right to bring such action expires at the end of six months of the date on which the entitled party learnt of the resolution, however not later than after two years of the adoption of the resolution concerned (Article 425 § 2 of CCC).

3. The Commercial Companies Code also provides for the means of preventing the events of abuse, that occur in practice, of the right to sue resolutions. The challenge of a resolution of the general meeting will not, in fact, halt the proceedings for registration of that resolution (first sentence in Article 423 § 1 of CCC), e.g., registration of a resolution to amend the bylaws and to increase the share capital. However, the registration court may suspend the registration proceedings (second sentence in Article 423 § 1 of CCC). Where a clearly unfounded action was brought before the court, it may adjudicate from the company an amount up to ten times the court costs, irrespective of damages, if an, to be sought in accordance with the general rules (Article 423 § 2 of CCC).

B. Forced Redemption of Shares

1. Pursuant to Articles 199 and 359 of CCC, shares may be redeemed if the deed of association (bylaws) so provide. In addition, in the case of a limited liability company, a share may be only redeemed following the registration of a company. Shares may be redeemed with the consent of a shareholder by way of their acquisition by a company (voluntary redemption) or without its consent (forced redemption).

³⁹ *Ibidem*, also see: verdict of the Administrative Court for Warsaw of 17.12.1998, I ACa 996/98, "Prawo Gospodarcze" 2000, No. 1.

The terms and procedures for the forced redemption should be laid down in the deed of association (bylaws). Therefore, forced redemption of a share whereby shares are taken away of a shareholder against its will may only take place if the deed of association or the bylaws clearly provide so. They should also provide for the redemption procedure and basis thereof. In the absence of such provisions in the deed of association (bylaws), such redemption is impossible. Therefore, when such provisions are absent from the bylaws, redemption, if any, first requires a change in the contents thereof by a duly justified resolution of shareholders.⁴⁰

It should be emphasised that amendments to the bylaws providing for a forced redemption of shares may not concern shares that were subscribed prior to its registration (Article 359 § 5 of CCC). It provides for an additional protection of the rights of those shareholders who were members of the company before the amendment of the bylaws providing for the redemption of shares.

2. The redemption of shares is effected by adoption of a resolution by the general meeting. Such a resolution should include, without limitation, the legal basis for redemption, i.e., refer to the provisions of the law and the deed of association (bylaws) providing for redemption, and specify the amount of payment due to a shareholder for redeemed shares, and also specify the procedure for reduction of the share capital. It seems that such a resolution should also specify the date of payment for redeemed shares. A resolution on share redemption should be published in "Monitor Sądowy i Gospodarczy" [Court and Business Monitor] and, possibly, in other newspaper named in the bylaws for publication of communications by the company.

3. It should be stressed that, as a rule, any redemption of shares requires reduction of the share capital. A resolution to reduce the share capital should be adopted at the same meeting where the resolution to redeem shares was passed. The detailed procedure for reduction of the share capital due to the redemption of shares is laid down in Article 360 § 2-4 of CCC.⁴¹

The bylaws may also provide that the shares are redeemed after the triggering event occurs, without adoption of a resolution by the general meeting. In such a case, the redemption is in a way automatic and takes

⁴⁰ L. Knurnowska, *Przymusowe umorzenie udziałów lub akcji w spółkach kapitałowych* [Forced Redemption of Shares in Capital Companies], "Prawo Spółek" 2001, No. 4.

⁴¹ The bylaws may also provide that the company issues registered shares or bearer shares or utility certificates without a specified nominal value in exchange for shares. Unless they provide otherwise, they shall also participate on equal terms with the shares in dividends and in the balance of assets of the company over and above the nominal value of shares (Article 361 of CCC).

place upon occurrence of the triggering event specified in the bylaws. The provisions on forced redemption apply then which entails, among other things, the duty to pay remuneration to a shareholder of shares to be redeemed. In addition, after occurrence of that event, the management board should immediately adopt a resolution to reduce the company's share capital.

As regards limited liability companies, the Commercial Companies Code provides for the redemption of shares out of net profit without simultaneous reduction of the share capital (Article 199 § 6 of CCC). It is based on the rule of steady share capital and hence does not require the so-called convocation procedure, as the interest of the company's creditors are not adversely affected thereby.⁴² In connection with the redemption of shares out of net profit, the aggregate nominal value of all remaining shares is reduced and drops below the amount of share capital. Therefore, it is permitted but not necessary for the shareholders to pass a resolution to amend the deed of association and to match the existing shares to the unchanged amount of the share capital.⁴³

C. Force Buyout of Shares

1. The Commercial Companies Code launched a completely new legal arrangement providing for the attainment of similar objectives as the forced redemption of shares (Article 418 of CCC).⁴⁴ It is the forced buyout of shares representing less than 5 percent of the share capital. Such a buyout requires the votes of no more than five shareholders holding jointly at least 90 percent of the capital. This construction is called "the squeeze out" and enables the elimination of minority shareholders without their consent.

It will apply if lawful proceedings of minority shareholders (e.g., challenging resolutions, enforcing the right to information) hinders operation of the company and management of its affairs and becomes burdensome on the majority. "The squeezing out" exists in the law system of such countries as The Netherlands, Belgium and France, where it is mainly used to transform open companies into closed – family companies. The use of forced buyout does not depend on any additional requirements other than the required percentage of shares and the adoption of resolution by the majority of nine tenths of votes cast. This instrument does not have to be provided in the bylaws or justified by any important circumstances.

⁴² L. Knurnowska, *op. cit.*

⁴³ Resolution of the Supreme Court of 9.04.1997, III CZP 15/97, OSNC 1997, item 74.

⁴⁴ A. Szumański, *Prymat kapitału nad osobą* [Prevalence of Capital over a Person], "Rzeczpospolita" of 14.02.2001.

2. The resolutions on forced buyout should identify the shares affected thereby and the shareholders who undertake to buy them. It should also identify shares designed for particular buyers. The resolution is adopted in an open and registered voting, however any privileges with respect to the number of votes per share are excluded: each share carries one vote without any privileges or limitations. The regulations do not call for any justification of such a resolution and hence the intentions of initiators will be difficult to prove if any eliminated shareholder tried to challenge a resolution.

The efficiency of the "squeeze out" resolution depends on the buyout of minority shareholdings in accordance with the rules laid down in CCC. The forced buyout is regulated by the provision concerning the buyout of shares of those shareholders who voted against a change in the objects of the company. The "squeezed out" shareholders are required to submit their shares or evidence of their submission with a notary within two days, in the office of the management board, for their use by the company. For those, who were absent from the general meeting, the deadline expires within one month after publication of the resolution. If the "squeezed out" shareholder fails to submit shares within the required time limit, the management board will annul them in accordance with the procedure laid down in Article 358 of CCC and then issue new share documents bearing the same issue number. Within four weeks after the date of the resolution on annulment of shares, the management board communicates the listing of share documents that were redeemed. The costs of document exchange is borne by the company. Persons named in the resolution as share buyers should pay amounts due for the buyout price into the bank account of the company. They have three weeks to do so after the communication of price by the management board. The price may also be communicated at the general meeting.

3. The regulations also strive to secure the financial interest of shareholders eliminated from the company in accordance with the above-mentioned procedure. Under Article 417 § 2 in connection with the second sentence of Article 418 § 3 of CCC, an independent expert auditor is retained to appraise the shares. If such an expert is not applied at the same general meeting, the management board requests the registration court to appoint it. Hence the guarantee of obtaining the market price for such shares. In addition, the first sentence of Article 418 § 3 of CCC provides that the share documents may be released to buyers after the full buyout price was paid meaning, in light of Article 417 § 2 of CCC, the aggregate price of all shares to be bought out. Furthermore, the buyers of shares assume a joint and several liability for the payment of the price.

4. In order to use the buyout option, a substantial consolidation of shares is required – five holders must have 90 percent of shares. It may

be done by contrived means, e.g., by selling shares among shareholders subject to the right of repurchase or pre-emption right (CCC provides for such an option in Article 338 § 2).

The regulations do not impose any restrictions on the multiple exercise of the right of forced buyout if the requirements of Article 417 of CCC are fulfilled. Hence, majority shareholders can in a way agree on the gradual buyout of smaller stakes. The use of buyout is too resolutions seems possible. Nevertheless, we cannot exclude some attempts to challenge such sales by "the squeezed out" shareholders as avoidance of law. The court rulings on that matter is difficult to predict, and we should hope for the common sense of courts in the judgement of the aforesaid regulations.

5. Serious concerns should be voiced as to the construction of forced buyout as such, in particular the ease of getting rid of unwanted shareholders off the company. It should be borne in mind that the principles of merchant fairness and loyalty also apply in capital transactions, likewise the rights of minority shareholders. Hence, the construction of "squeezing out" as such causes many doubts.

A. Niedzielska presents a different view; in her opinion the regulation referred to in Article 418 of CCC do not violate the equality of shareholders provided for in Article 20 of CCC. In case of a joint stock company, the capital prevails over the personal element. It secures the rights of majority holders who risk substantial amount of capital. Shareholders with a negligible financial holdings should not destabilise the operations of a company.⁴⁵ Such arguments should be taken into account, too.

C. Right to Information

1. The right of shareholders to have adequate information about the company tends to gain on importance and affects the fulfilment of other entitlements (financial and corporate). It was noted in the European Union legislation in the Council Directive of 12 December 1998.⁴⁶ In the new Code, the individual right of shareholders to information is guaranteed by Articles 428 and 429. Pursuant to those Articles, during the sitting of the general meeting, the management board is required to provide a shareholder, at his request, with information concerning the company, wherever required

⁴⁵ A. Niedzielska, *Wyciśnięcie czyli eliminacja mniejszościowych akcjonariuszy* [Squeezing out, i.e., the Elimination of Minority Shareholders], "Rzeczpospolita" of 11.05.2001; A. Szumanski, *Prymat...*

⁴⁶ Directive No. 88/627/EEC, O.J. 1998, No. 348, item 62, regarding the announcement of acquisition or disposal of a substantial block of shares of a listed company.

to do so in order to consider a matters included in the agenda (Article 428 § 1 of CCC).

The management board may provide a shareholder with information concerning the company outside the general meeting. Such information, together with the date on which it was provided and the person, to whom it was provided, should be disclosed by the management board in writing in the materials submitted to the next general meeting. Such materials do not have to include information disclosed to the public and provided during the general meeting (Article 428 § 4 of CCC). In a situation where this could be injurious to the company or to its affiliate or to a dependant company or co-operative, in particular due to the disclosure of technical, commercial or organisational secrets of the enterprise, or could expose a member of the management board to criminal, civil or administrative liability, the management board should refuse to provide information (Article 428 § 2 of CCC).

A shareholder who has been refused the requested information during the sitting of the general meeting and who raised an objection recorded in the minutes, may apply to the registration court, requesting that the management board be obligated to provide such information. It may also apply to the registration court requesting that the company be obligated to communicate the information disclosed to another shareholder outside the general meeting (Article 422 § 1 and 2 of CCC).

In the case of shareholders of limited liability companies, their right to information is limited.⁴⁷ Nevertheless, there are several differences between Article 21 of CCC and its former wording (Article 209 of the Commercial Code of 1934). It broadened the use of the right of individual control by a shareholder in a situation when it was not able or could not exercise that right. In its full exercise, a shareholder may exercise the right of individual control together with a person authorised by it (expert auditor, financial adviser, etc.). However, it may not transfer the right to carry out individual control onto other persons without its participation.

2. The Act on Public Trading in Securities⁴⁸ (hereinafter referred to as APTS) plays an important role in that area as it refers to joint stock companies traded on the stock exchange. It is also the enforcement of the aforesaid 1988 directive of the European Union. The limitation of the accumulation of excessive decision-making powers in one hand are intended to protect both a company affected by a given transaction and its remaining shareholders who tend to hold a small percentage of the total number of

⁴⁷ The minimum right of a shareholder is guaranteed by Article 188 § 2 of CCC whereby each shareholder may inspect the share register.

⁴⁸ Act of 21 August 1997, Dz.U. No. 118, item 754, as amended.

votes. A shareholder holding the statutory 5, 10, 25 or 33 or 50% of votes at the general meeting is actually able to influence the operations and investment decisions of the company. In addition, the accumulation of shares by one party may indicate preparations to the so-called hostile take-over. Still, the company to be taken over is able to defend and protect itself against such situations.

There are several components of the defence system.⁴⁹ One of them are amendment to the company's bylaws increasing the obligations related to the trading in shares and providing for some additional powers to the shareholders. It entails, for example, preferred shares or granting rights to the existing shareholders; enables them to acquire additional shares on a preferential terms in specified circumstances (e.g., impact of a proposal to acquire 15% of shares). On the other hand, preferred shares may entitle to more votes in case of a take-over proposal.

It is also possible to make relevant changes in assets and liabilities, resulting in a material decline in attractiveness of the company when the hostile take-over was proposed. In this way, it is possible to buy out own shares on a relatively preferential terms which leads to a significant outflow of funds from the company, a growth in the share price and, at the same time, when money is borrowed finance the needed buyout of shares, a growth in the level of indebtedness of the company. The take-over is also discouraged by the issue of own debt instruments (bonds, commercial paper, etc.) and the duty of their immediately redemption in case of a changed in the shareholding structure.

The protection of shareholders holding less shares than the percentages specified above, mostly consists in providing them with information about transactions that could affect their position in the company and foreseeable fluctuations of prices of securities held by them. Being informed of the accumulation of substantial stakes in the hands of a single party enables the shareholders to make investment decision on the basis of true, reliable and objective information.⁵⁰

3. Under Article 147 of APTS, the notification obligation arises when, as a result of acquisition of shares in a public company, an entity obtains or exceeds 5 or 10% of the total number of votes at the general meeting, however provided that the shares held by a subsidiary are understood are held by the parent company (Article 147 § 1 Item 1 in connection with § 4 of APTS). The duty to notify also arises when, as a result of sale of shares, the investor previously holding 5 or 10% of votes at the general meeting

⁴⁹ A. Kowalski, *Presja na niezależność* [Pressure for Independence], "Gazeta Prawna" of 18-19.12.2000, No. 123.

⁵⁰ L. Lipiec, *Ochrona mniejszości w spółce akcyjnej* [Protection of Minority in a Joint Stock Company], "Gazeta Prawna" of 22-23.12.2000, No. 112.

became the holder of shares ensuring no more than, respectively, 5 or 10% of votes (Article 147 § 1 Item 2 of APTS). Accordingly in a situation, when the investor previously holding at least 10% of votes at the general meeting acquired or sold the number of shares whereby its holding was altered by at least 2% of votes (Article 147 § 2 of APTS), is obligated to notify thereof. The notification should specify the number of shares currently held, their percentage in the share capital, the number of votes derived from such shares and their percentage share in the total number of votes at the general meeting of shareholders (Article 147 § 3 of APTS). Within four days after registration of the relevant transaction in the securities account as a result of acquisition or transfer of shares (or other securities), the entity who changed its legal status vis-à-vis the company is required to notify the Securities and Exchanges Commission (SEC) to that effect, as the authority exercising direct supervision over the compliance of functioning of the capital market. It is also required to notify the Office for the Protection of Competition and Consumers (OPCC) as the anti-monopoly authority. The company's notification of attaining the statutory limit of votes at the general meeting results from the duty, unconnected with the obligation of an investor, assumed by the company to notify SEC and OPCC of transactions altering the substantial holdings of shares (Article 148 of APTS).

The Act provides for stricter requirements on investors who intend to acquire shares in a public company whereby it obtains or exceeds 23, 33 and 50% of the total number of votes at the general meeting. Such a party is not only required to notify SEC of its intention to do so, but also to obtain a consent for such acquisition (Article 149 § 1 and 2 of APTS).⁵¹ The acquisition of depository receipts, the so-called ADRs and GDRs, does not require such consent (Article 149 § 5 of APTS). The Commission issues an administrative decision within 14 days after receiving the notification. The consent may only be refused, if the acquisition of shares would lead to a violation of the provisions of that Act or could threaten an important interest of the state or the national economy (Article 149 § 2 Item 2 of APTS).

Although none of the addressees of such notification is not empowered to raise objections as to the acquisition or disposal of securities (with the exception of Article 149 § 2 Item 2 of APTS), a failure to notify may lead to sanctions provided for in Articles 156 and 167 and 168a of APTS.

4. If the investor became the holder of a substantial shareholding but failed to notify the relevant authorities and the company to that effect,

⁵¹ G. Domański, L. Stępień, *W kwestii "zgłoszenia zamiaru" nabycia znacznego pakietu akcji* [Regarding the "Notification of Intention" to Acquire a Substantial Shareholding], "Prawo Papierów Wartościowych" 2000, No. 2.

any exercise of voting rights under such shares is null and void, and any resolutions passed with the participation of such a shareholder must be annulled. The pain of invalidity may only be applied when the shares in a company were acquired in excess of the statutory limit, nevertheless it does not apply either to a disposal of shares and leaving the group of holders of substantial shareholdings, or in case of the company's failure to satisfy the notification obligation.

Irrespective of the invalidity of the exercise of voting rights, the failure to meet the obligation to notify leads to penal liability (Articles 167 and 168 of APTS). The penal liability under Article 167 of APTS applies to both the investor who made a transaction entailing a duty to notify (Article 147 § 1 and 4 of APTS) and the company who received information to that effect from the investor (Article 148 of APTS). The failure to notify of an intention to acquire and the failure to obtain the consent on the acquisition of shares entitling to 25, 33 or 50% of the total number of votes at the general meeting, is penalised under Article 168a of APTS. The fine for either offence may be up to one million PLN.

IX. Summary

1. The protection of the rights of minority shareholders entails that the individual powers of shareholders cannot paralyse the operations of a company, especially considering the large capital involvement of individual shareholders. On the other hand, the latter cannot ignore the interest of minority shareholders. Hence, the legislation in force provides for the means of protections linked to the size of interest, shareholdings in particular, and various individual (personal) rights.

2. As the new Commercial Companies Code has been in force for a short period of time, the future court rulings relying, hopefully, on the common sense, will determine the extent of protection of minority shareholders in light of the nature, type and objects of a capital company.

3. The protection of minority shareholders, especially in the new Commercial Companies Code, seems reasonably balanced vis-à-vis the interest of majority shareholders.

Naturally, in large joint stock companies dominated by major shareholders on the capital market, the position of minority shareholders is still rather protected in theory ("on paper"). The enforcement of powers in court is still time-consuming, burdensome and expensive. Hence, the social belief in the need for actual protection of the rights of minority shareholders in capital companies will remain for many years to come.

SECTION III. B. 1.

Janusz Barta, Ryszard Markiewicz

Professeurs à l'Institut de l'Activité Inventive
et de la Protection de la Propriété Intellectuelle

L'Internet et les droits d'auteur en Pologne

I. Remarques générales

Notre rapport présente les questions juridiques essentielles qui apparaissent en droit polonais¹ s'agissant d'exploitation des oeuvres et des objets des droits voisins dans le réseau informatique. Nous abordons ici, entre autres, les problèmes relatifs: au contenu des droits d'auteur et des droits voisins, à l'usage public et privé licite (admis), à la responsabilité des personnes qui prennent part à l'exploitation des biens protégés. Les remarques qui s'imposent ici concernent: a) l'absence d'une réglementation correcte, surtout celle relative à la protection des objets des droits voisins, b) la nature spécifique d'application des dispositions sur l'usage admis dans le cadre du réseau informatique, c) de difficultés en définition des règles du comportement de l'utilisateur du réseau qui soit conforme au droit d'auteur et tenant compte des droits d'auteur, d) une protection excessive contre l'élimination des protections des oeuvres contre l'accès.

II. L'exploitation des oeuvres dans le réseau informatique

A. L'accessibilité des oeuvres

Le contenu du droit d'auteur est conçu de façon très large, l'art. 17 du droit d'auteur le désignant comme le «droit exclusif d'utiliser l'oeuvre sur tous les domaines de son exploitation». Il est hors de doute que les cas

¹ La loi du 4 février 1994 sur le droit d'auteur et sur les droits voisins, modifiée ultérieurement; le texte intégral: J. des Lois de 2000, n° 80, texte n° 904. Cette loi est désignée par l'abréviation «dr.aut.» dans la suite.

suivants constituent un empiètement sur un domaine sujet au monopole de l'auteur: une digitalisation de l'oeuvre², son enregistrement à la mémoire de l'ordinateur, ainsi que sa diffusion dans le réseau informatique (selon la convention OMPI de 1996 sur les droits d'auteur: la «mise de l'oeuvre à la disposition du public en sorte que les individus puissent y accéder en temps et en lieu voulus»).

A la base de l'art. 17 et de l'art. 50 dr.aut. pris ensemble, on pourrait discuter sur l'attribution de la divulgation de l'oeuvre dans le réseau informatique à l'un des domaines d'exploitation visés à l'art. 50 dr.aut. Notre avis est qu'une telle attribution n'est pas autorisée. Les motifs font défaut pour compter l'exploitation en question parmi les domaines d'exploitation, même ceux *prima facie*, les plus proches; à savoir, l'exécution ou la reproduction devant un public (art. 50 point 5 dr. aut.). L'absence de possibilité de subsumer n'a pas quand même d'importance pratique en situation où l'énumération des domaines d'exploitation donnée par l'art. 50 n'est qu'exemplaire, et non exhaustive³.

Soulignons ici: on ne saurait pas considérer l'incessibilité de l'oeuvre en réseau informatique comme l'introduction de l'oeuvre en circulation au sens de l'art. 51 dr.aut. Cette forme d'exploitation est en effet inséparablement liée au transfert de la propriété d'un exemplaire de l'oeuvre. Cependant, l'exploitation de l'oeuvre dans le réseau ne permettant de parler que de sa multiplication (en serveurs, en mémoires des ordinateurs), parler d'une circulation d'exemplaires en ce cas serait non fondé. Cet état des choses est déterminant pour constater que l'accessibilité de l'oeuvre dans le réseau n'aboutit pas à épuiser le droit (cf. art. 51 al. 2 et 3 dr.aut.). Cette solution peut paraître controversée dans la mesure où souvent, un caractère commercial de l'exploitation de l'oeuvre dans l'Internet équivaut à la mise d'un

² Cependant, il n'est pas possible, à la lumière du droit, considérer le résultat d'une «transformation digitale» comme une oeuvre élaborée (l'oeuvre dérivée) par rapport à l'oeuvre soumise à ce procédé. Une oeuvre dérivée élaborée (par ex. traduction d'une oeuvre littéraire, arrangement d'une oeuvre musicale, etc.) ne devient objet à part entière du droit d'auteur (une élaboration aboutissant à l'oeuvre dérivée) que parce qu'elle ajoute de ses «propres» caractéristiques nouvelles aux traits créateurs repris, originaux de l'oeuvre initiale. Une telle situation ne se produit pas en digitalisation. Le fait de mettre une oeuvre en format digital implique certaines compétences et savoir-faire, mais il n'y change rien. Même s'il y a plusieurs possibilités de ranger et coller de fichiers dans lesquels on a mis l'oeuvre, nous n'allons pas, en règle générale, parler d'un travail créateur qui aboutit à la création d'une autre oeuvre. Nous ne parlerons alors que d'un service spécifique qui consiste à appliquer de procédés formalisés permettant une digitalisation.

³ S'agissant des oeuvres, l'absence de ce domaine d'exploitation, qui n'est pas explicitement visé, peut avoir un certain poids lors d'une interprétation des contrats d'auteur, compte tenu d'une «diffusion publique», dont l'exploitation de l'oeuvre dans le réseau. Pour ce qui est d'effets sensibles de cette non distinction dans les dispositions concernant les droits voisins, v. la fin du paragraphe IV.

exemplaire en circulation. Alors, une question s'impose si l'on ne devrait pas appliquer, aux «exemplaires» spécifiques obtenus grâce à l'accessibilité de l'oeuvre dans le réseau, une construction analogue à l'introduction des exemplaires matériels en circulation.

B. L'exploitation de l'oeuvre par le fournisseur du contenu

Tout au cours du processus qui aboutit à l'accessibilité de l'oeuvre dans le réseau, celui qui fournit un matériau accessible dans le réseau, joue un rôle prépondérant. La littérature le désigne souvent comme fournisseur du contenu (*content provider*). C'est lui qui est d'habitude sujet des droits à ce matériau; c'est lui qui est responsable de la violation du droit, y compris du droit d'auteur, entraînée par la divulgation de ce matériau.

Nul doute que le fournisseur du contenu en réseau répond de l'infraction des droits d'auteur selon le régime général.

Les controverses et les doutes qui apparaissent en la matière concernent l'évaluation des renvois (*linking*). Il s'agit ici d'une hyperconnexion, c'est-à-dire de renvois directs à d'autres pages (à l'aide de *links* – les «fils», selon une libre traduction), faits par le prestataire du service ou par celui qui dispose de sa propre page WWW. Il paraît que cette hyperconnexion, en tant que telle, ne viole pas le droit d'auteur. Ce n'est ni le fournisseur, ni celui qui dispose de la page WWW qui se branche à la page WWW indiquée par le «fil», mais l'utilisateur final. Toutefois, cela suggère, en passant, la question s'il n'est pas possible de considérer une telle action comme une instigation ou une incitation à la violation du droit d'auteur. Si la forme considérée d'exploitation de la page WWW par l'utilisateur final est traitée comme licite⁴, et s'il est impossible de voir dans le renvoi une violation des biens de la «personne indiquée» ou un autre acte illégal, c'est que l'on ne saurait non plus mettre en cause les actes du fournisseur facilitant ce comportement.

Pourtant, la situation où l'on renvoie ainsi à une partie de la page WWW d'un autre et où le «cadre» du destinataire est remplacé par celui du fournisseur du service permet de voir en ce procédé, en fonction de circonstances bien concrètes, de différentes formes d'infraction du droit d'auteur. A savoir: une violation des biens personnels de l'auteur en cas où l'on donne un faux auteur de l'oeuvre ou lorsqu'on modifie (déforme) l'oeuvre, une violation aux droits d'auteur patrimoniaux par la diffusion

⁴ On peut y voir avant tout une licence présumée: la personne qui rend accessibles ses matériaux sur les pages WWW, à défaut de réserves exprimées autrement, autorise sans doute les utilisateurs finaux d'exploiter ces matériaux. Cf. pour cette question notre paragraphe C dans la suite.

(la coparticipation en diffusion) de l'oeuvre dérivée sans consentement préalable de l'ayant droit à l'oeuvre primaire. Or, la thèse selon laquelle la page WWW à laquelle renvoie le fournisseur constitue dans son ensemble une oeuvre nous ne paraît pas mal fondée. Et alors, l'élimination d'un «cadre» original constitue une violation de l'intégralité de cette oeuvre, et parfois même, en fin des comptes, elle décide de la création d'une oeuvre dérivée.

De problèmes spécifiques liés à la responsabilité pour les renvois apparaissent également s'agissant du contenu de la page à laquelle renvoie un «fil», lorsque celui-ci contredit la loi en vigueur. Par exemple, en cas où sur une page donnée WWW se trouvent les oeuvres ou les objets des droits voisins, qui y sont mis illégalement⁵. Nous sommes convaincus que, compte tenu de la législation polonaise en vigueur, celui qui dispose de la page «de renvoi» WWW, n'est responsable d'une violation du droit d'auteur que du moment où il est conscient que le contenu de la page à laquelle il renvoie porte atteinte aux droits d'auteur d'un tiers. En cette occurrence, la non élimination du renvoi peut entraîner une responsabilité, en particulier, pour l'acte réalisé sous forme dite «de complicité»⁷.

C. L'exploitation de l'oeuvre par l'utilisateur final

Un contenu large des droits d'auteur, défini par l'art. 17 dr.aut., ainsi que les exigences particulières, restrictives, concernant la conclusion des contrats d'auteur font naître des problèmes si l'on veut déterminer les

⁵ On peut réaliser un renvoi d'une page WWW donnée de façon durable à l'aide d'un ensemble des renvois, sélectionnés le plus souvent en fonction du sujet ou suite à l'utilisation d'un système de recherche (comme par ex. Netscape), lequel, en mettant en oeuvre un programme convenable «passe en revue» toutes les adresses disponibles en fonction de la tâche qui est imposée par l'utilisateur final.

⁶ Ce dernier temps, cela revêt une importance particulière en rapport avec la diffusion des enregistrements en format MP3, ainsi qu'à la diffusion dans le réseau de messages qui violent le droit au respect de la vie privée ou les biens personnels des personnes physiques ou morales, ainsi qu'en relation avec une propagation de la pornographie.

⁷ L'art. 21 al. 2 de la Directive 2000/31/EC du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 sur le commerce électronique annonce que dans le courant de deux ans à compter de la date de son vote on étudiera le besoin de régler l'étendue de la responsabilité des fournisseurs des systèmes de recherche et de ceux de renvois (hyperlinks providers). En ce contexte, il faudrait mentionner que Digital Millennium Copyright Act américain exclut la responsabilité du fournisseur des systèmes de recherche pour la violation du droit d'auteur liée au renvoi appliqué à des pages «illégalles» sous réserve qu'il remplisse trois conditions suivantes réunies cumulativement: a) le manque de conscience quant à l'illégalité de la page à laquelle il renvoie; b) la non réception d'avantages directs, de quelque nature qu'ils soient, à titre de renvoi aux pages où se trouvent les matériaux illicites, c) l'élimination de matériaux illégaux ou l'empêchement d'accès à ces pages du moment de la réception d'une notification requise.

compétences de l'utilisateur final s'agissant du fait d'utiliser les oeuvres «se trouvant dans le réseau». La question qui apparaît alors est de savoir si une exploitation de ces oeuvres consistant en leur reproduction et leur présentation temporaires sur l'écran est-elle admissible, au delà des limites de l'usage légal licite, à défaut d'une autorisation expresse de l'ayant droit.

Si l'on tient compte des buts du droit d'auteur et du postulat de rationalité de l'interprétation, on pourrait défendre la thèse qu'une prise de connaissance de l'oeuvre en tant que telle ne viole pas des droits patrimoniaux d'auteur. Par conséquent donc, le fait de passer en revue les oeuvres disponibles dans le réseau (*browsing*) qui consiste en leur apparition sur l'écran, lié à leur enregistrement temporaire en mémoire opérationnelle de l'ordinateur, ne peut pas être considérée comme une violation du droit exclusif. Cela n'empêche que l'on soit obligé de suivre une solution différente admise en nouvelles conventions OMPI de 1996, qui est aussi généralement reprise par l'interprétation des lois d'auteur étrangères, conformément à laquelle, le seul fait de prendre connaissance d'une oeuvre par l'intermédiaire du réseau informatique⁸ constitue quand bien même une empiètement sur le droit d'auteur parce qu'il s'agit là d'une forme d'exploitation de l'oeuvre. Il semble que cette interprétation se voie indirectement confirmée par les dispositions suivantes: art. 24 al. 2 dr.aut. (introduisant une sorte de «droit d'écouter»⁹), art. 28 point 2 dr.aut. (autorisant la disponibilité des livres dans les bibliothèques), ainsi que l'art. 27 dr.aut. (autorisant les organismes scientifiques et d'éducation à utiliser les oeuvres publiées¹⁰)¹¹. Restons toutefois conscients que ce raisonnement

⁸ Aussi en cas où cet acte n'est pas considéré comme une multiplication de l'oeuvre compte tenu de la «création» d'une copie temporaire en mémoire RAM de l'ordinateur.

⁹ Cette disposition statuant que les détenteurs d'installations servant à la réception du son, ou du son et de l'image, peuvent recevoir les oeuvres émises à l'aide de ces installations, même si les installations soient placées dans un lieu généralement accessible... Ainsi, on peut argumenter que la seule réception des oeuvres émises intervient en droits exclusifs.

¹⁰ Remarquons ici que la partie suscitée de la disposition ne concerne pas la reproduction parce que cette disposition prévoit ailleurs qu'il est possible de faire des exemplaires de fragments d'une oeuvre publiée.

¹¹ Cette approche, étant donné la forme catégorique des dispositions relatives aux contrats d'auteur, l'accent mis sur l'exigence d'une énumération expresse des domaines d'exploitation (art. 41 al. 2 dr.aut.) ainsi que la limitation de l'épuisement droit ne portant qu'à la mise en circulation ultérieure d'un exemplaire de l'oeuvre, ferait naître le problème d'avoir une licence pour lire un livre acheté. En faisant une analyse badine de ce problème, David Nimmer, dans l'introduction à son article publié dans l'un des périodiques juridiques, a mis une licence autorisant les acheteurs de la copie de cette revue à lire gratuitement son article en tout lieu et en tout temps, sous réserve que ces acheteurs soient hommes; il y a ajouté que cette licence n'est transmissible qu'avec un exemplaire de la revue (cf.: D. Nimmer, *Brains and other Paraphernalia of the Digital Age*, «Harvard Journal of Law and Technology» 1996, vol. 10, n° 1, p. 1).

met en cause le paradigme du droit d'auteur que ce droit n'est pas en principe restrictif à l'égard de la réception, telle quelle, d'une oeuvre (du fait de la lire, l'écouter, la regarder).

Si l'on admet qu'à la lumière de la législation polonaise, «capturer» une oeuvre du réseau informatique (*downloading*) et la multiplier temporairement pour en prendre connaissance est une intervention en droit d'auteur, c'est qu'il faudrait, pour considérer légitime l'exploitation des oeuvres en Internet par l'utilisateur final, chercher à justifier ce comportement:

– soit dans le cadre des licences légales existant¹²,

– soit dans une autorisation présumée de l'ayant droit qui introduit l'oeuvre dans le réseau informatique.

Dans ce second cas, il faudrait reconstruire l'acte juridique unilatéral, alors l'acte non soumis au régime prévu pour les contrats d'auteur (par ex. s'agissant d'une détermination expresse des domaines d'exploitation, art. 41 al. 2 dr.aut.). En même temps, une question apparaît sur l'efficacité des interdictions de l'ayant droit (aussi dans le cas où il n'applique pas de mesures de sécurité protégeant contre l'accès aux oeuvres), s'agissant de la génération par l'utilisateur final des exemplaires des oeuvres disponibles dans le réseau ou même d'une simple prise de connaissance du contenu de ces oeuvres. Les réserves de ce type (mises par ex. sur la page WWW) seraient efficaces, formellement au moins, pour l'exploitation faite par l'utilisateur final au delà des limites fixées par l'usage public et privé admis.

Cette conséquence irrationnelle (impossible à faire respecter) du fait d'avoir admis pour le cas considéré une licence unilatérale montre soit qu'elle est vicieuse, soit qu'il est nécessaire de conclure que la disponibilité d'une oeuvre dans un réseau ouvert, non munie de mesures techniques contre l'accès illégal, exclut toute possibilité de pouvoir limiter la prise de connaissance d'une oeuvre disponible par les utilisateurs finaux, au delà des limites d'une exploitation licite y compris¹³. Si l'on rejette la conception d'une licence obligatoire présumée pour les textes disponibles, sans qu'ils soient protégés contre un accès illicite dans un réseau informatique ouvert, on encourage encore à appliquer, en défendant les intérêts bien fondés des utilisateurs, le concept d'exception d'abus d'un droit subjectif à celui qui revendique ses prétentions. Le controverse entraîné par l'acceptation de l'exception d'abus d'un droit subjectif découle avant tout de ce qu'elle aboutirait à la création d'une nouvelle forme de licence légale par la magistrature.

Nous pensons que *de lege ferenda* il serait motivé d'accepter en ce domaine une forme nouvelle d'un usage public licite et gratuit.

¹² Cf. paragraphe E ci-après pour cette question.

¹³ D'autres positions naissent quand même eu égard à la multiplication matérielle ou d'une diffusion de l'oeuvre «reçue» par l'intermédiaire de l'Internet.

D. L'exploitation de l'oeuvre par les prestataires des services d'information

En considérant la question de l'exploitation des oeuvres dans le réseau informatique, il est facile de remarquer qu'entre l'auteur d'une telle oeuvre et celui qui l'introduit dans le réseau, d'une part, et son récepteur (usager) d'autre part, il y a des sujets intermédiaires dont le rôle est d'assurer l'accès au réseau et de fournir différents services. En littérature juridique on les évoque avant tout en contexte de la responsabilité à titre de la violation du droit, dont le droit d'auteur.

Aussi souligne-t-on que le fournisseur de l'accès au réseau (*access provider*) qui ne permet que d'utiliser le matériel et l'infrastructure indispensables n'assume pas du tout la responsabilité pour la violation des droits d'auteur, pourvu qu'il ne multiplie pas les oeuvres protégées. Cette position est admise, entre autres, par les Déclarations dites Convenues, en interprétation de l'art. 8 de la Convention OMPI sur les Droits d'Auteur de 1996. En législation polonaise actuelle, pour motiver la responsabilité des fournisseurs de l'accès au réseau on n'a que l'art. 422 c.civ. qui pourrait éventuellement être évoqué. Notamment, nous pensons ici à la responsabilité de l'auteur indirect qui, soit persuade (instigateur), soit aide (complice) l'auteur direct¹⁴. La complicité consiste tant en une action commune, qu'en fait de livrer matériel ou matières nécessaires pour réaliser l'atteinte au droit¹⁵. Remarquons ici que la responsabilité visée à l'art. 422 c.civ. est définie autrement par rapport à la responsabilité admise en droit d'auteur et visant l'auteur direct, responsable indépendamment de sa faute subjective. L'instigateur et le complice, même s'ils incitent ou aident aux actes violant le droit d'auteur, n'en seront responsables que si leur action est intentionnelle, et le complice doit être conscient qu'il coopère avec l'auteur. Il semble que la faute intentionnelle, conformément au code civil, peut apparaître aussi sous forme d'une intention dite éventuelle.

Nul doute non plus qu'un fournisseur actif des services, c'est-à-dire le fournisseur qui exerce une influence sur le contenu du message dans le réseau est responsable selon le régime général.

¹⁴ Cf. W. Czachorski, dans: (red.) Z. Radwański, *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań – Część ogólna* [Système du droit civil. Le droit d'obligations – Partie générale], Warszawa 1981, p. 550 et suiv.

¹⁵ Le concept de complicité pourrait être utilisé en Pologne aussi en considération du cas d'une affaire «type NAPSTER». Rappelons que le litige porte sur une diffusion gratuite faite, par la société NAPSTER, du programme qui permet un libre échange réciproque rapide des fichiers musicaux MP3 entre les usagers finaux; la mise en oeuvre du système de recherche et de la transmission des fichiers se faisant sans participation de NAPSTER. Notre opinion est que les démarches des utilisateurs finaux dans la mesure où elles concernent l'ouverture à d'autres intéressés d'un accès à leurs propres collections musicales constituent une exploitation illégitime de l'oeuvre. La responsabilité de NAPSTER serait alors à considérer à la lumière de l'art. 422 c.civ. (la complicité).

Il en est autrement pour la responsabilité des fournisseurs des services réseau (d'Internet).

L'activité des fournisseurs de services dits passifs (*service provider*) impliquant une multiplication des oeuvres impose de problèmes particulièrement délicats en droit d'auteur polonais en vigueur. Il s'agit ici, par ex. des personnes qui soit permettent, soit optimisent la transmission dans le réseau des matériaux fournis par le fournisseur du contenu, soit qui les consignent sur commande. Celui qui fournit de tels services n'est objectivement capable ni de jeter un coup-d'oeil, ni de vérifier de matériaux diffusés ou stockés. Cette circonstance, ainsi que le fait qu'il existe une responsabilité indépendante de la faute subjective feraient toujours «injustement» impliquer, à défaut de réglementation spéciale, la responsabilité des prestataires susmentionnés à titre de violation du droit d'auteur. Dans les pays de l'Union européenne (cf. Directive 2000/31/EC du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services en société de l'information, et notamment au commerce électronique au sein du marché intérieur (la directive dite de commerce électronique), on a admis une solution consistant à introduire, en simplifiant les choses, les oasis dites de sécurité. Or, le prestataire des services, *service provider*, n'est responsable qu'en cas où il n'empêche pas à des utilisateurs d'accéder à un matériau mis dans le réseau qu'il contrôle, lequel matériau viole probablement la loi. En Pologne, avant de reprendre ces règles, il ne faut pas exclure la responsabilité pour la violation du droit d'auteur selon le régime général en cas d'une forme «passive» d'activité liée à la mise à disposition des oeuvres. Il est toutefois possible que, le cas échéant, le fournisseur-défendeur peut opposer l'exception d'abus du droit.

E. L'usage licite

La liberté d'exploiter en l'Internet des oeuvres protégées comporte les deux aspects suivants. Premièrement, il est possible d'évoquer l'institution d'usage licite qui est prévue par le droit d'auteur. Deuxièmement, la disponibilité de l'oeuvre en réseau informatique, «oeuvre»-t-elle une opportunité pour une exploitation secondaire de l'oeuvre dans le cadre de l'usage licite (dans le réseau et au delà de celui-ci)?

Les dispositions polonaises instituant les licences légales sont conçues de façon techniquement neutre. On le voit sur l'exemple du droit d'utiliser l'oeuvre (cf. par ex. l'art. 23 du droit d'auteur) du droit de citer les fragments d'une oeuvre (art. 29 dr.aut.) ou de celui de divulguer l'oeuvre (cf. art. 25 dr.aut.). A théoriquement parler, on pourrait mettre en cause

l'admissibilité d'évoquer ces formes d'exploitation licite publique qui donnent droit de divulguer une oeuvre en argumentant qu'il s'agit ici par principe d'un comportement actif et qu'une disponibilité passive de l'oeuvre du fait de son introduction dans le réseau n'est pas une «divulgaration». Il semble néanmoins qu'une telle reproche ne soit pas très pertinente. Les arguments fonctionnelles et la parémie «si à quelqu'un est permis plus, c'est aussi moins» [Cui licet quod est plus, licet utique quod estimus]. Ajoutons encore que la mise de l'oeuvre dans le réseau informatique en sorte que les individus y aient l'accès en lieu et en temps voulus, est considérée comme une forme de mise à disposition de l'oeuvre au public de l'oeuvre (cf.: par ex. Traité OMPI sur les droits d'auteur de 1996).

Il n'y a non plus, à notre avis, d'aucuns motifs rationnels pour ne pas tenir compte, en considération de l'exploitation faite à l'aide de la technologie informatique, de l'institution d'usage licite privé (art. 23 dr.aut.) en sa forme actuelle.

Lors d'une analyse des formes de l'usage licite public, il faut avant tout étudier lesquelles de ces formes concernent également une exploitation de l'oeuvre dans le réseau informatique. Il paraît qu'une réponse positive concerne: la presse diffusée en Internet (art. 25 dr.aut.), les comptes rendus des événements actuels (art. 26 dr.aut.), les citations et les anthologies (art. 29 dr.aut.), la reproduction des oeuvres artistiques dans les dictionnaires présents dans le réseau (art. 33, al. 3 dr.aut.). En cas des licences légales pour: institutions scientifiques (art. 27 dr.aut.), bibliothèques, archives, écoles (art. 28 dr.aut.), centres d'information et de documentation scientifique et technique (art. 30 dr.aut.), il est discutable si les droits visés par ces dispositions comportent aussi l'introduction des oeuvres en réseaux informatiques ouverts globaux.

Étant donné le contenu de l'art. 35 dr.aut. (qui dispose qu'un usage licite ne peut porter l'atteinte ni à l'exploitation normale de l'oeuvre, ni aux intérêts légitimes du créateur), on pourrait mettre en cause l'admissibilité du recours aux licences considérées en cas du réseau informatique. Et là, non seulement une interprétation linguistique, mais aussi l'intérêt social lié à la disponibilité de l'information vient à rencontre d'une telle approche. Il se peut qu'une bonne solution consiste à abandonner la recherche des règlements généraux sur les formes particulières de licences légales au profit des évaluations de formes concrètes d'exploitation de l'oeuvre dans les réseaux informatiques. Par ex., une transmission de l'oeuvre par l'Internet à une personne désignée, ou une mise à disposition de cette oeuvre à un groupe de personnes désigné d'avance, peuvent se justifier avec une licence légale. Mais la situation est différente si un centre d'informations introduit ses ressources dans l'Internet en sorte que leur contenu soit disponible

à tout moment pour tous les intéressés qui peuvent «capter» d'oeuvres de ces ressources à leurs propres ordinateurs dans les limites imposées par l'art. 30 dr.aut.; notre approche serait alors de dire que cette démarche, bien qu'elle remplisse les conditions de fond de l'art. 30 dr.aut. est en fait illicite à la lumière de l'art. 35 dr.aut. suscité. Or, nous y avons à faire à une exploitation qui facilite sensiblement l'accès aux ressources des centres d'informations en entraînant, selon toute vraisemblance, un élargissement remarquable de l'exploitation des oeuvres à la base de la licence en question (aux dépens d'autres formes d'exploitation).

L'application des limites légales du droit d'auteur en réseau informatique impose la question de savoir si leur exclusion efficace est possible dans les contrats concernant la mise à disposition des oeuvres. Il semble que le droit polonais admette la nullité de telles clauses en cas où les restrictions portent sur ce domaine d'activité de l'utilisateur qui peut être classé parmi les droits fondamentaux de l'homme. Il s'agit ici, par ex. du droit de citer, d'exploiter pour l'usage personnel, de faire une réimpression de presse. Un constat éventuel sur la nullité d'une clause donnée s'appuiera sur l'art. 58 c.civ. et la non conformité à la loi de ce type de dispositions reposerait sur l'art. 54 de la Constitution qui garantit la liberté d'expression, ainsi que de recevoir et de propager des informations.

Pour ce qui concerne la deuxième question, à savoir si l'introduction de l'oeuvre dans l'Internet remplit la condition de diffusion de l'oeuvre, qui fait dépendre l'admissibilité d'utiliser de licences légales, notre avis est que le droit polonais autorise une réponse positive à cette question. L'accessibilité de l'oeuvre mise dans le réseau, pourvu qu'elle soit de nature générale (sans *password* ou d'autres mesures de sécurité), est un «accès public»; on peut donc parler dans ces cas d'une «mise à la disposition publique» au sens de l'art. 6 al. 3 dr.aut. Cette interprétation a trait tant à une mise à disposition gratuite des oeuvres en Internet qu'à leur diffusion en vertu des licences payantes (services achetés, etc.). Une autre interprétation est applicable aux cas de ces licences légales qui imposent comme condition la réalisation d'une forme qualifiée de diffusion, à savoir: une publication antérieure de l'oeuvre. La mise à disposition de l'oeuvre au moyen de l'Internet ne permet pas d'utiliser ces licences parce que la disposition de l'art. 6 point 1 dr.aut. fait expressément lier la publication avec la mise d'«exemplaires» à la disposition du public. Même si l'on peut s'y opposer en argumentant qu'une «publication électronique» dans l'Internet est équivalente à la «publication (matérielle) traditionnelle», la rédaction claire de la disposition susmentionnée, ainsi que le fait qu'elle justifie une limitation du contenu du droit d'auteur (lorsqu'une publication préalable est une condition de fond pour une licence) impose une précaution à l'égard de cette interprétation extensive.

III. Les nouvelles formes de la protection des biens immatériels dans le réseau informatique

A. La protection contre l'accès à l'oeuvre

Conformément à la tendance actuelle où la protection des droits à la propriété intellectuelle va croissante, ainsi que pour réaliser les exigences imposées en nouvelles conventions OMPI (auxquelles conventions la Pologne veut adhérer) l'amendement de notre droit d'auteur prévoit (à l'art. 79 dr.aut.) que les dispositions relatives à la protection des droits d'auteur sont applicables à l'élimination, au contournement des mesures techniques contre l'accès illicite, contre la multiplication ou la diffusion de l'oeuvre, en cas où ces démarches visent une exploitation illégale de l'oeuvre. Cela élargit considérablement la protection des droits d'auteur sans que les libertés d'exploitation admises par la loi soient atteintes. Ainsi, lorsqu'une copie du film enregistré sur une cassette est protégée, la levée de cette protection n'entraînera une responsabilité civile pour la violation des droits d'auteur qu'en cas où l'exploitation suivante de l'enregistrement (par ex. sa multiplication) est légalement licite (par ex. réalisée dans le cadre de l'usage licite privé).

Cependant, la disposition pénale (art. 118¹ dr.aut.) relative à l'interdiction de la production, de la mise en circulation, de la possession ou de l'exploitation du matériel destiné soit à l'élimination ou au contournement des mesures techniques de protection des oeuvres (empêchant de les reproduire, de les enregistrer, de les multiplier), soit à la réception frauduleuse des programmes destinés à un public restreint qui n'y a l'accès qu'après avoir payé le prestataire, mérite une évaluation négative du fait de sa non harmonisation avec la partie civile de la loi. Cette disposition, à notre avis, peut constituer une barrière dangereuse empêchant l'accès de la société à l'information. En fait, elle met en place une responsabilité pénale pour les démarches qui ne violent pas de biens patrimoniaux de l'auteur et, en plus, sa rédaction est incompréhensible. Elle interdit même de posséder et consigner le matériel qui peut servir, soit au contournement illicite des protections contre une reproduction, soit à la réception frauduleuse des émissions. Toutefois, ce ne sont pas les caractéristiques du matériel qui permettent d'établir si une démarche est licite ou si elle est illicite, mais ce sont les circonstances liées au comportement de l'auteur dans un cas concret (par ex. s'il était autorisé à utiliser l'oeuvre, par ex. dans le cadre d'un usage licite privé). Or, du point de vue du fabricant de ce matériel (permettant par ex. de contourner les mesures techniques contre la duplication des oeuvres se trouvant sur un CD ou diffusées dans un réseau informatique), cette disposition peut être considérée:

a) soit comme autorisant une telle production (ses acheteurs ne doivent utiliser ce matériel que pour accéder aux oeuvres dans le cadre d'une exploitation personnelle licite ou d'autres licences légales),

b) soit comme interdisant une telle production (parce que ce matériel peut être toujours utilisé pour une démarche illicite).

Le détenteur d'un tel matériel n'a devant lui qu'une alternative identique. En cas où l'on admet cette deuxième interprétation, l'usage licite, privé et public, se voit fondamentalement limité. C'est parce qu'elle enlève toute importance réelle à la réglementation sur l'usage licite, du fait d'interdire à l'intéressé d'acheter les outils permettant de connaître l'oeuvre ou de la copier. En plus, il serait difficile d'expliquer comment ce même intéressé puisse-t-il constater qu'il s'agit d'une oeuvre protégée, avant que celle-ci ne soit décodée. Ainsi, paradoxalement, une telle réglementation permettra-t-elle de monopoliser les produits incorporels se trouvant dans une zone généralement accessible.

Il en résulte une opposition marquée contre une interprétation allant en cette direction, compte tenu de ses effets au niveau de l'accès de la société à l'information. Avant que la disposition infortunée de l'art. 118¹ dr.aut. ne soit modifiée, il faudrait, peut-être, l'interpréter en sorte qu'elle ne concerne que ce type de matériel que l'on ne peut utiliser que pour une élimination illicite des mesures techniques de protection; cette interprétation viserait alors tant une élimination «en masse» (s'effectuant en même temps sur plusieurs exemplaires) qu'une élimination «définitive» en ce sens qu'après l'application de cette dernière, l'oeuvre qui est initialement «protégée» dans l'Internet, deviendrait «désarmée» après la mise en oeuvre d'un matériel donné et accessible à tous les autres usagers. Cette interprétation élimine une contradiction interne, signalée ci-dessus, de la disposition en question. On peut lui reprocher néanmoins qu'elle introduit une protection contre la fabrication (possession, stockage, exploitation) du matériel qui n'est pas encore très répandu.

B. La protection contre l'élimination des informations identifiant l'oeuvre

La disposition de l'art. 79 al. 4 dr.aut. renforce encore la protection du droit d'auteur (en ces cas également où il est borné au droit à la rémunération) en sorte qu'elle interdise d'éliminer ou de modifier les informations, liées à l'oeuvre ou divulguées avec celle-ci (il s'agit avant tout de l'exploitation dans le réseau informatique) qui permettent d'identifier l'oeuvre, l'auteur, sujet des droits d'auteur sur l'oeuvre ou lesquelles déterminent les conditions

d'exploitation de l'oeuvre¹⁶. La disposition précitée décide de l'illégalité de ces démarches et des responsabilités qui en découlent, ainsi que de la responsabilité pour une diffusion frauduleuse de l'oeuvre avec des informations modifiées ou éliminées.

IV. L'exploitation des objets des droits voisins dans le réseau informatique

Nos considérations qui précèdent, relatives à la protection des droits d'auteur dans le réseau informatique, concernent largement la protection des droits voisins dans cet environnement. Toutefois, il faudrait attirer encore l'attention à certains problèmes et différences en réglementation.

Les doutes substantiels apparaissent à cause de la rédaction de la disposition précisant le contenu des droits voisins (art. 86 al. 2 point 4 dr.aut. et art. 94 al. 3 dr.aut.). A savoir, le législateur a utilisé le terme de «reproduction publique» et non l'expression «communication pour le public» (message public, *communication to the public*). Même si l'on adopte une très large compréhension de la notion, présente en conventions internationales, *communication to the public*, elle n'est peut que difficilement s'identifier à la notion utilisée par la loi polonaise «reproduction publique» qui ne comporte en elle ni la réception des oeuvres émises à la radio ou à la télévision¹⁷, ni, non plus, l'exploitation d'une oeuvre dans le réseau informatique. L'origine de ce problème remonte à une traduction officielle peu fortunée de la convention de Rome de 1961 sur la protection des artistes exécutants, producteurs des phonogrammes et des stations de radio et de télévision¹⁸, laquelle traduction *communication to the public* traduit comme «reproduction publique». En cette occurrence, pour rendre le droit polonais conforme à la convention de Rome (cf.: art. 7 et art. 13 de cette

¹⁶ C'est une approche plus large que celle présente dans les conventions, préparées en 1996, de l'Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI), consacrées au droit d'auteur et aux droits des artistes exécutants et producteurs des phonogrammes, parce qu'elle ne se borne pas à l'information électronique utilisée pour l'exercice de la gestion des droits d'auteur.

¹⁷ Cette position est prise par ex. par prof. Elżbieta Traple au Commentaire au droit d'auteur, à l'art. 50 dr. aut. [cf.: p. 253-254] où l'on a utilisé aussi le terme de «reproduction publique». Cette interprétation est partagée aussi par prof. M. Czajkowska-Dąbrowska [*ibid.*, p. 404].

¹⁸ Cf.: J. des Lois de 1997, n° 125, texte n° 800. Un problème analogue d'une traduction fautive apparaît en cas de la Convention de Berne, mais il n'a pas d'importance pratique, compte tenu d'une approche particulièrement large du contenu des droits d'auteur patrimoniaux.

Convention) et aux directives des Communautés européennes (cf. l'art. 8 de la directive relative à la location et au prêt), il faut, soit admettre que le terme «reproduction publique» désigne aussi «divulcation publique» (message public) des oeuvres et des objets des droits voisins émis, soit modifier la terminologie appliquée dans la loi. Nous nous prononçons pour cette deuxième solution. Remarquons: à défaut de cette modification, les droits des émetteurs à leurs propres émissions soient sensiblement bornés. Il s'agit ici de permettre les licences payantes pour ce type d'exploitation, conformément aux conditions qui font dépasser les droits statués à l'art. 24 al. 2 dr.aut.

Cela n'empêche, qu'une interprétation se prononçant en faveur de l'identité des notions «reproduction publique» et «divulcation publique» en droit polonais ne semble pas définitivement exclue (bien que nous ne l'acceptons pas). Elle serait alors soutenue par l'ordre légal d'appliquer convenablement toutes les limitations imposées par l'art. 24 dr.aut. à l'usage des objets des droits voisins (cf.: art. 100 dr.aut.); cependant, la licence légale de l'art. 24 al. 2 dr.aut. (relative à la réception licite des oeuvres émises par le matériel se trouvant en espaces publics) ne pourrait être appliquée pour borner le contenu des droits voisins qu'en cas de l'adoption comme hypothèse «de départ» que ce contenu s'étend sur la «communication pour le public» (diffusion publique; *communication to the public*). Notons que le rejet de cette interprétation ne fait pas priver de «sujets étrangers» des droits voisins, originaires des pays appartenant à la Convention de Rome, de leur droit de demander la protection dans le cadre de *communication to the public* (soit en domaine de l'accessibilité dans le réseau, si l'on admet que ce procédé est l'une des formes de *communication to the public*). Cela résulte d'un minimum de protection conventionnelle garantie.

A présent, en Pologne, il n'y a qu'une seule fondation pour construire une protection des phonogrammes, des prestations artistiques, ainsi que des émissions dans le réseau informatique: il faudrait évoquer la protection contre une «multiplication par un procédé défini», expressément prévue par le droit d'auteur polonais. Mais cette protection est visiblement plus étroite car, d'une part, elle fait défaut s'agissant des démarches des utilisateurs du réseau qui ne multiplient pas l'oeuvre; d'autre part, s'agissant de l'incertitude liée aux controverses quant à la qualification comme multiplication des enregistrements temporaires (*copies*) apparaissant lors qu'on se sert du réseau informatique.

Soulignons en fin que la protection de l'art. 79 al. 3 et 4 dr.aut. (relative à la protection contre l'accès aux oeuvres et contre l'élimination des informations identifiant l'oeuvre) n'est pas applicable aux droits voisins. Cet état des choses n'est pas conforme aux dispositions de la convention OMPI de 1996 relative aux exécutions artistiques et aux phonogrammes, à laquelle la Pologne veut adhérer.

V. Les remarques de lege ferenda

Les postulats à l'intention du législateur polonais qui suivent se bornent à caractériser les axes et les principes à suivre pour modifier les dispositions actuelles du droit d'auteur, ne tenant compte que de nouvelles formes d'exploitation des biens protégés au sein d'une société dite informationnelle.

Des modifications appropriées doivent porter en premier lieu sur un renforcement de la protection des objets des droits voisins (prestations artistiques, phonogrammes et émissions). Il s'agit avant tout d'élargir carrément et expressément cette protection sur l'exploitation faite dans le réseau informatique.

Il est nécessaire d'étendre sur le domaine des droits voisins la protection contre l'élimination de mesures techniques qui «bloquent» l'accès aux biens protégés, ainsi que contre l'élimination des informations d'identification. En même temps, conformément aux exigences généralement admises (de nouvelles conventions OMPI y comprises) il faudrait borner cette protection aux cas où ces informations servent au ménagement électronique des droits d'auteur ou voisins.

Nul doute qu'il faut intégrer au système droit polonais *sui generis* la protection des bases de données, conforme aux solutions admises en Union européenne (Directive 96/9 du 11 mars 1996).

A la lumière de la critique faite ci-dessus, il paraît utile de modifier la disposition de l'art. 118¹ dr.aut. statuant sur une protection pénale en sorte que son contenu réponde à la protection juridique civile prévue à l'art. 79 al. 3 dr.aut. En même temps, il faudrait, dans une autre loi, mettre en place une protection contre une production illégale (possession, diffusion) des objets destinés à faire franchir les barrières protégeant les services reposant sur un accès dit conditionnel, conformément à la Directive 98/84/EC du 20 novembre 1998.

Par contre, la question de la responsabilité des fournisseurs des prestations en réseau informatique (*access and service providers*) à titre de violation des droits d'auteur ne mérite pas de réglementation à part entière (de secteur) dans les dispositions de la loi sur le droit d'auteur. Conformément à la solution admise en Communautés européennes, il faudrait plutôt admettre une approche consistant à la mise en place d'une réglementation générale (horizontale) qui déterminerait les conditions d'exclusion de responsabilité de ces sujets, d'une façon homogène dans les cadres respectifs de différents domaines du droit.

Dans un second temps, il faudrait également tenir compte d'un amendement de la loi polonaise sur le droit d'auteur et sur les droits voisins, eu égard à l'implémentation des solutions qui se sont trouvées dans la plus récente Directive relative à certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins en société de l'information. Un renforcement net de la position du sujet des droits d'auteur que cette Directive propose peut imposer une nécessité de limiter l'étendue de l'usage licite ainsi que, éventuellement, de modifier les dispositions concernant la conclusion et l'interprétation des contrats d'auteur.

SECTION III. C.

Zbigniew Hajn

Professor of the University of Łódź

Collective Labour Agreements and Contracts of Employment in Polish Labour Law

General description of collective agreements as a source of labour law

The regulation of working conditions by means of collective labour agreements has had a long tradition in Poland reaching the beginning of the previous century. A relatively long collective agreement practice evolved *de facto* and was only partially supported by legal provisions. A generally binding legal regulation of this matter took place in the Code of Obligations of 1934 and in the Collective Labour Agreements Act of 1937. The latter Act introduced legal regulations that until now have been presumed as standard in democratic and market societies. After the 2nd World War, due to the fact that the communist regime took over the power, collective agreements as a source of labour relations lost their natural grounds such as social democratic system, market economy, private ownership and freedom of association. Nevertheless, collective agreements have survived that period as a legal institution having a real practical importance. During all that time the collective agreements did not however have an autonomous character and were applied only within a limited and strictly defined scope. The preconditions for playing an appropriate role by collective agreements in regulation of employment conditions can only be traced back to 1989 when "the Round Table" agreements took place. The agreements led to a peaceful renunciation of the power by the communists, capitalist transformation of the economy, introduction of democratic rules of organisation

of the society as well as to a restoration of full trade union freedom.¹ Provisions on collective labour agreements have been also adapted to new circumstances by way of consecutive amendments.

Nowadays, the regulation of working conditions by way of collective agreements has solid legal grounds. First of all the new Constitution of 1997, recognizes *expressis verbis* the freedom to conclude collective labour agreements as well as other trade union freedoms. The Constitution also guarantees the respect of private ownership and the freedom of economic activity. It also recognizes the social market economy, based on the freedom of economic activity, private ownership, and solidarity, dialogue and cooperation between social partners as the basis for economic system of the Republic of Poland. These provisions are of great practical importance. For example in a decision of 7 December 1999² the Supreme Court stated that the Labour Code provisions limiting the subject scope of collective labour agreements were inconsistent with the Constitution, as well as with the Convention No. 87 of 1948 of the International Labour Organisation on Freedom of Association, and therefore not binding. This led to a repeal of the questioned provisions.

As far as the ordinary legislation is concerned it is Section XI of the Labour Code³ that contains basic provisions concerning collective agreements. The Section XI's new content was laid down in 1994 and then substantially amended in 2000.⁴ The main purpose of the regulation was to establish collective agreements as a main source of regulation of employment relationships. Such a legislator's intention is visible in the Labour Code, as well as in other statutes and the Government's activities. For many reasons, to which we shall come back later, this intention has not been so far implemented.

Collective labour agreements are numbered among specific sources of labour law i.e. legal provisions which are created autonomously by social partners, or exceptionally by the employer alone, and that are, yet, binding

¹ See: J. Wratny, *Zakres przedmiotowy układów zbiorowych pracy w świetle przepisów prawa pracy* [The Subject Matter of Collective Labour Agreements in the Light of Labour Law Provisions], [in:] J. Wratny et. al., *Układy zbiorowe w demokratycznym ustroju pracy* [Collective Agreements in Democratic Labour System], Warsaw 1997, p. 15-27; M. Seweryński, *Polish Labour Law from Communism to Democracy*, Warsaw 1999, p. 122-163.

² I PKN 438/99, OSNAP [The Supreme Court Judgements. Administrative and Labour Chamber] 2000, No. 12, item 475.

³ Labour Code – the Act of 26 June 1974, a unified text: *Dziennik Ustaw* [Journal of Law] of 1998, No. 21, item 93 with subsequent amendments.

⁴ Acts: of 29 November 1994 on the amendment of the Act – Labour Code (Journal of Law, No. 113, item 547 with subsequent amendments) and of 21 September 2000 on the amendment of the Act – Labour Code and on the amendment of certain other Acts (Journal of Law, No. 107, item 1127), in force since 1 January 2001.

in the same way as legal acts issued by the State authorities. According to labour law legal acts of this type constitute sources of law to the extent to which they determine rights and obligations of the parties to an employment relationship. A collective agreement is therefore a source of law only in its normative part, the provisions of which shape the content of contracts of employment. Such provisions concern the remuneration for work, working hours, holidays and work leaves, health and safety at work, job security and others. Contractual provisions, defining obligations for parties of the agreement, have no such character. Provisions belonging to the "third part of a collective agreement," in which parties can regulate matters that are not regulated by statutory provisions in an unconditionally binding way, are not reckoned among the sources of the law either. In practice these are the social obligations of the employer towards the staff of an establishment.

The Polish law distinguishes two types of collective agreements: multi-establishment agreements and single-establishment agreements. The first ones are concluded by multi-establishment trade unions' organisations and respective employers' organisations. They may cover employees on the basis of a sector, profession, region or any other criterium. Single-establishment agreements are concluded by a given employer with a workplace organisation operating in the employer's establishment and cover workers employed in a given establishment. A multi-establishment trade union cannot become a party to a single-establishment agreement as only the workplace trade union organisation has the legal capacity in this respect, regardless of whether this is an independent establishment trade union or only a unit of a trade union of a higher rank.⁵ An agreement, or strictly speaking its normative part, comes into force upon entry into a register. It is the Minister of Labour who enters multi-establishment agreements into a register. Single-establishment agreements are registered by the appropriate district labour inspector.

The relationship between the statutory law i.e. statutes or ordinances and a collective agreement is ruled by "the principle of workers' advantage." According to this principle the provisions of an agreement cannot be less advantageous for employees than statutory provisions. It follows from it that collective agreements may provide more advantageous conditions for contracts of employment than the ones laid down by statutory law. This principle gives employees the guarantee that minimum standards provided for in statutes cannot be worsened by collective bargaining.

⁵ This solution is criticized; see: Z. Hajn, *Nowa regulacja prawna zdolności układowej związków zawodowych* [New Legal Regulation of the Trade Union's Capacity to Conclude Collective Agreements], "Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2001, No. 4, p. 9-10.

Legal mechanism for regulating the content of employment relationship by means of a collective labour agreement

As indicated above collective labour agreements in their normative part are considered to be a source of law and not a source of obligations as defined by civil law. Therefore the mechanism for shaping the content of an employment relationship by an agreement has a normative character. Respective changes in the content of an employment relationship take place by virtue of law, according to "the principle of legal automatism." This rule works automatically only one way. The day the agreement enters into force its normative provisions replace only those conditions of work and pay of employees covered by it, that are less advantageous for them than the respective provisions of the agreement. In other words only those provisions of the agreement which are more advantageous than the previous conditions of employment enter automatically into the content of the employment relationship. Such a direction of changes stems from the fundamental principle of labour law defined as "the principle of discrimination in favor of an employee." In accordance with this principle terms of employment contracts that are less advantageous for employees than labour law provisions are void by virtue of law and they are replaced by respective legal provisions. This direction of the automatism has a dynamic character. It appears every time when the relationship between the agreement and the contract of employment changes. Therefore every change of the agreement, which is more advantageous for an employee than existing contract of employment, changes the content of the employment relationship. In turn during the period of validity of the agreement, the change in the content of the contract of employment is effective and alternates the terms of employment only when it does not worsen the employee's situation, as compared to standards set up by the collective agreement. The said legal automatism does not apply to collective agreement's provisions which are less advantageous for the employee as compared to the conditions hitherto existing. The entry into force of such provisions does not entail an automatic change of the employment contract conditions. The employer may however adapt the contracts' content to the provisions of such an agreement by way of the so called "cancellation notice of the employment contract terms." This notice changes the content of the contract of employment once the period of notice of termination has expired.

A particular character of the collective labour agreement as the source of law is also visible in the prolongation of its application in case of termination of agreement. In such a case, until the new agreement enters

into force, the provisions of the previous agreement (the terminated one) are applied, unless the parties to the agreement have set up another final date of its application. Expiration of such a date does not entail an automatic change to the content of contracts of employment formed by the terminated agreement. The conditions of these contracts are valid until they are amended by way of a cancellation notice of the employment contract terms. A similar situation occurs when the employer is replaced in consequence of the transfer of undertaking. Then the new employer is bound by the normative provisions of the agreement concluded for the transferred establishment for a year since the date of a take-over. The employer (transferee) may of course apply more advantageous conditions. On the other hand the introduction of less advantageous conditions is possible once the above mentioned period has expired. In order to do so the employer has to make use of the cancellation notice of employment contract terms for each employee. This procedure extends the period of the agreement's effectiveness to the end of the period of notice.

Factors determining the role of collective labour agreements as a means of shaping the content of employment contracts

The role of collective labour agreements in shaping the content of contracts of employment depends, on the one hand, on the legal determination of the scope of their application for the regulation of working conditions, what is strictly connected with the autonomy of the parties and, on the other hand, on the broader legal and factual context in which the collective bargaining takes place.

Under the Labour Code the parties have a large autonomy to define the scope for the agreement's application. Every employer can conclude an agreement which will be binding for him as a single-establishment agreement or he can be bound by a multi-establishment agreement concluded by the employer's organisation of which he is a member. The agreement is applied by virtue of law to all workers employed by the employer covered by the agreement, unless the parties decide otherwise. Collective agreements do not apply to employees belonging to the state corps of civil service nor to those who are employed by certain state and local authorities on the grounds of nomination, appointment or election, as well as to judges or prosecutors. In collective matters Polish law adopts "the principle of general representation by a trade union." Therefore the employees who are not members of a trade union bound by a collective agreement are also covered by it. It

is not allowed to apply differentiation clauses, according to which the agreement's provisions apply only to members of the trade union or grant them better conditions.

A collective agreement may cover not only workers but also persons working on a basis of civil law contracts, i.e. home workers, agents, mandataries and others, as well as pensioners and retired persons. However these persons are bound by the agreement only when the parties have clearly decided so. In consequence the way of their inclusion to the individual scope of the agreement is grounded on the assumption opposite to the one adopted to employees. In practice the possibility to regulate by way of collective agreements the work outside the employment relationship is hardly ever used. This issue is usually present in collective agreements in provisions limiting the employment on a basis of civil law contracts in order to protect the employees' interests.⁶

In practice collective agreements exceed the above said statutory individual scope of their application. According to a long tradition many of them cover also employees' family members, granting the latter rights in case of the employee's death, such as the right to a supplementary funeral benefit, to an allowance or a right to be employed in the enterprise of the deceased.⁷

After the 2000 amendment, which took into account the standpoint of the Supreme Court expressed in the above mentioned judgment of 7 December 1999, the Labour Code guarantees a very wide freedom as regards the subject-matter of collective bargaining. There is only one clear ban in the sphere. The single-establishment collective agreement may not regulate the remuneration of persons managing the enterprise on behalf of the employer. Therefore the main limitation of the parties' freedom to bargain the agreement's content results from the above mentioned principle of workers' advantage. Besides, according to a traditional and still prevailing opinion, a collective agreement cannot regulate matters in the field of the employment relationship regulated by unconditionally binding provisions (*iuris cogentis*) of labour law statutes, such as prescriptions of workers' claims by lapse of time. Some authors present however a different opinion.⁸

A particular expression of the autonomy of parties is the possibility to deviate from the principle of workers' advantage and to establish certain

⁶ J. Wratny, *Postanowienia pozapłacowe (warunki pracy) układów zbiorowych pracy* [Provisions of Collective Labour Agreements on Matters Not Related to Pay], [in:] J. Wratny, et. al., *Układy...*, p. 108-109.

⁷ See: M. Świącicki, *Prawo pracy* [Labour Law], Warsaw 1969, p. 159; J. Wratny, *Postanowienia...*, p. 124.

⁸ Eg. B. Wagner, *Układ zbiorowy pracy a umowa o pracę* [A Collective Labour Agreement and A Contract of Employment], "Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 1995, No. 3, p. 3.

employment conditions below statutory standards. The reasons for such a regulation are seen in some exceptional situations when, for example, difficult situation of a given enterprise may cause a loss of jobs. It is claimed that such a solution may be better for employees' interests than following exactly the letter of law. In principle such a deregulation of labour law is not allowed in Poland. The currently accessible departures from statutory standards are of little practical importance.⁹ In the situation of the enterprise's financial crisis it is merely possible to suspend the application of the collective agreement temporarily. This cannot however lead to the establishment of working conditions that would be less advantageous than those granted by the statute. A more daring permission for deregulation through collective labour agreements is postulated in legal writing.¹⁰ This issue is of great importance, as part of statutory standards of employees' rights has been established on a level that does not correspond to the present economic situation of Poland. It hinders the activity of small and medium size enterprises and sometimes even threatens their existence, as well as slows down the creation of new jobs.

The restrictions on the freedom of parties to a collective agreement, stemming from the prohibition of covering matters regulated by unconditionally binding provisions of labour law, is of little importance in the main fields of employment, which come within general labour law. In these domains statutory provisions defining rights and obligations of parties to the employment relationship are usually unconditionally binding in part. It means that deviations may occur only in favour of employees. A strict statutory regulation by means of unconditionally binding provisions, excluding any departure from them in collective agreements and in contracts of employment, applies, to a large extent, to state and local authorities' employees and, to some extent, to the education sector and enterprises of particular importance such as: Polish State Railways, Polish Post, Polish Telecommunication, State Forests.¹¹

⁹ Nowadays, the most important example of deregulation constitutes the possibility to depart from the creation of the enterprise welfare benefits fund; see article 4 of the Act of 4 March 1994 on the enterprise social benefits fund, Journal of Law of 1996, No. 70, item 335 with subsequent amendments.

¹⁰ See e.g.: M. Pliszkiewicz, J. Wojtyła, *Prawo pracy w praktyce małych i średnich przedsiębiorstw. Szanse i zagrożenia* [Labour Law in Practice of Small and Medium Size Enterprises. Opportunities and Threats] [in:] Conference Materials of XI Congress of Labour Law and Social Security Law Chairs and Departments, Wisła 21-22 June 1999, Katowice 1999, p. 20.

¹¹ More: H. Lewandowski, *Stosowanie układów zbiorowych pracy do pracowników objętych pragmatykami pracowniczymi* [Application of Collective Labour Agreements to Civil Service Employees], "Praca i Zabezpieczenia Społeczne" 1998, No. 11.

Further restrictions concern the freedom of wage bargaining. They result from provisions introducing mechanisms of limitation of wage increase, mainly by fixing average rates of the increase in a given year by the Tripartite Committee for Social and Economical Affairs.¹² For the private sector these rates are only non binding recommendations. In state enterprises and companies the management may be sanctioned in exceptional situations if the rates are exceeded. These restrictions have real importance in the state budget sector. The limits do not infringe the principle of free and voluntary negotiation, as they do not exceed the restrictions on the freedom of bargaining which may be imposed in the interest of national economy.¹³

Another factor that influences the role of collective agreements as a means of shaping the content of employment contracts is the possibility of their extension beyond the scope provided for by the parties. According to Polish law the application of the whole or a part of a multi-establishment agreement may be extended on employees not covered by any multi-establishment agreement, employed by an employer conducting the same or similar economic activity to the activity of employers covered by the agreement. The Minister of Labour, acting upon the request both of an employers' organisation and a multi-establishment trade union organisation, that concluded the agreement, has the right to extend the agreement by way of a regulation. *Ratio legis* of the extension lies on the one hand in a need for a guarantee of similar employment conditions for employees, who are performing the same or a similar work, and on the other hand in reducing competition by labour costs. The extension is limited by conditions precisely indicated in the Labour Code. The Minister can extend the agreement if an important social interest dictates the decision. Before the Minister extends the agreement he/she consults the employer who is to be covered by it or the employers' organisation indicated by him, as well as the union organisation operating in his establishment and the Committee for Collective Labour Agreements.¹⁴ The extension is valid until the employer is covered by another multi-establishment agreement. The above mentioned regulation has not been applied in practice so far. It has been in force since 1 January 2001. Previous provisions regulating this matter were based

¹² See: The Act of 16 December 1994 on the System of Fixing the Increase of Average Remunerations in Enterprises by Way of Negotiations and on the Amendment of Certain Statutes (Journal of Law of 1995, No. 1, item 2 with amendments and the Act of 23 December 1999 on Fixing Remunerations in the State Budget Sector and on the Amendment of Certain Statutes (Journal of Law No. 110, item 1255 with amendments).

¹³ See: *International Labour Office*, Freedom of Association and Collective Bargaining, General Survey by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 4b), Geneva 1994, paragraphs 260-264.

¹⁴ This is a tripartite committee operating on a governmental level.

on different and practically useless foundations and therefore remained a dead letter of law.

The relation between collective labour agreements of different levels, and the relation between collective labour agreements and other specific sources of labour law, as well as the importance of these relations for the regulation of terms of employment contracts require a separate comment. This issue is complex and controversial, and therefore it is only possible to discuss it briefly.

There is only one provision of the Labour Code which applies to the relations between multi- and single-establishment collective labour agreements. Under this provision the stipulations of a single-establishment collective agreement cannot be less advantageous for employees than those of a multi-establishment collective agreement. Thus, the principle of workers' advantage is applied in this respect. The same relation occurs between multi- or single-establishment agreement and establishment internal regulations. The latter cannot contain provisions that are less advantageous for employees than a collective agreement.¹⁵ Works' rules and pay regulations that are obligatory in establishments employing at least 5 workers are of the highest importance. The first one defines the rights and obligations of employees and of the employer as regards the establishment's internal order, among other things a timetable of working hours. The second one establishes the terms of remuneration. It is worth notice that the two acts can replace the basic content of a collective labour agreement. Even though the Labour Code favours collective agreements by stating that the introduction of internal regulations is not obligatory when their subject matter is regulated by a collective agreement, in practice works' rules and establishment's, pay regulations substitute collective agreements in a majority workplaces.¹⁶ To some extent it results from endeavours of employers, who have much more discretion in instituting the said internal regulations than in negotiating a collective agreement. Another reason is that their introduction is easier and less formalised, what is often attractive for both partners.

The above described relation between collective agreements and other specific sources of labour law warrants the statement that their influence

¹⁵ More: Z. Hajn, *Wpływ ponadzakładowego układu zbiorowego pracy na treść zakładowych źródeł prawa pracy* [The Impact of a Multi-Establishment Collective Labour Agreement on the Content of Establishment Sources of Labour Law], [in:] *Prawo pracy. Zabezpieczenia społeczne (z aktualnych zagadnień)* [Labour law. Social Security (Current Issues)], B. M. Ćwiertniak (ed.), Opole 2001, p. 261-270.

¹⁶ Works' rules are also usually enacted in establishments covered by collective agreements. It is understandable taking into account the provisions concern detailed issues of everyday shopfloor order. It can be observed the phenomenon of temporary unofficial suspension of collective agreements due to financial difficulties of an enterprise. For such a time informal internal regulations or instructions are being established, often with the participation of trade unions. See: *The Report of the Chief Labour Inspector on the Activity of State Labour Inspection for 2000*, Warsaw 2001, p. 228.

on the content of the contracts of employment may be seen in many possible situations. In theory it is possible to set up the terms and conditions of employment only by means of a collective labour agreement, either single or multi-establishment, or by both of them simultaneously. In practice the two agreements, and more often a single-establishment agreement alone, coexist with works' rules. The majority of establishments is however not covered by any collective agreement. The terms and conditions of employment are then determined only by the establishment internal regulations. In the smallest establishments (up to 4 employees) the working conditions are usually determined solely in contracts of employment.

The most of controversy surrounding the borderline between collective agreements and other specific sources of labour law focuses on collective accords other than collective labour agreements. Under a not very precise provision of the Labour Code such accords become sources of labour law if they are based on a statute and if they regulate the content of the employment relationship. They are then called "nominate collective accords." Their rank is equal to that of a collective agreement. Also the legal mechanism by means of which they influence the content of contracts of employment is, regardless of some ambiguities, similar to that of collective agreements. Other collective accords are defined as "innominate collective accords." They are not sources of the law neither for employees nor for employers, but only sources of obligations for their parties. They may influence the content of contracts of employment only *via* contract law mechanisms, in particular by way of contract for performance to the benefit of a third party (*pactum in favorem tertii*).¹⁷ The crucial point of the discussion about the accords is, whether their recognition as sources of the law requires special and clear statutory authorization to conclude an accord of a given type, or whether a general reference to it, made by the statute, is sufficient. The Supreme Court attitude to this question is not uniform. In some decisions the Court recognized so called "welfare packages," i.e. accords on social matters connected with restructuring and privatisation of public enterprises, as sources of labour law.¹⁸ In other cases the Court denied such a character of the accords.¹⁹ Similar divergence of opinions

¹⁷ See: Decision of the Supreme Court of 24.11.1993, I PZP 46/93 OSNCP *The Supreme Court Judgements. The Civil and Labour Chamber* 1994, No. 4, item 131; judgment of the Supreme Court of 2000.02.17., I PKN 541/99, "Wokanda" 2000, No. 11, item 29.

¹⁸ E.g. judgment of 28.07.1999, I PKN 176/99, *The Supreme Court Judgements. Administrative and Labour Chamber* 2000, No. 21, item 788, judgment of 17.11.1999, I PKN 364/99, *The Supreme Court Judgements. Administrative and Labour Chamber* 2001, No. 7, item 219.

¹⁹ E.g. judgment of 23.02.1999, I PKN 588/98, *The Supreme Court Judgements. Administrative and Labour Chamber* 2000, No. 8, item 298; Judgment of the Supreme Court of 2000.02.17. I PKN 541/99, "Wokanda" 2000, No. 11, item 29.

occurs in case of accords on settlement in collective disputes. They are also present in the law doctrine.²⁰ A liberal line of part of the judiciary and jurisprudence corresponds to the general tendency to attribute a binding character to accords concluded with employees. Yet, in my opinion, in discussed cases this liberal attitude goes too far. It encourages the unions to replace collective labour agreements with other ones, which may be easy to conclude and less formalised, but that do not give employees the same guarantees as collective agreements do.²¹ In any case such accords diminish the potential scope of application of collective labour agreements.

The above presented remarks justify the opinion, that in the competition between collective agreements and other specific sources of labour law the former seem to be in defensive.

As it was indicated above, the scope of regulating working conditions by means of collective agreements also depends on a broader, legal and factual, context in which the bargaining takes place. The "density" and character of the statutory regulation of working conditions have essential importance in this respect. A substantial part of statutory provisions are still directed on regulation of employment in large "socialist" enterprises. It should be noticed however that for the time being the small and medium size enterprises make 97% of the total number and employ more than 61% of all employees with a growing tendency. Most of them are small employers, among them more than 90% employ no more than 5 workers. The statutory standards of performances and benefits for employees as well as the level of protection of working conditions are most often too high for the group of employers to be raised in collective agreements. Many important statutory norms are also too detailed and stiff. It leaves little room for bargaining. Needless to say that this reduces the possibility of playing a regulatory role by the agreements, which consists in raising statutory standards, as well as so called "promoting role" consisting in introducing new legal solutions. The regulation of working hours can be an example. The presented above observations have been confirmed in research on collective agreements. The conducted research has proved that

²⁰ See e.g.: G. Goździewicz, *Charakter porozumień zbiorowych w prawie pracy* [The Nature of Collective Accords in Labour Law], "Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 1998, No. 3; B. Cudowski, *Charakter prawny porozumień zbiorowych* [A Legal Nature of Collective Agreements], "Państwo i Prawo" 1998, No. 8; M. Seweryński, *Porozumienia zbiorowe w prawie pracy* [Collective Accords in Labour Law], [in:] L. Florek (ed.), *Źródła prawa pracy* [Sources of Labour Law], Warsaw 2000, p. 103 and next.

²¹ More: Z. Hajn, *Rola organizacji pracodawców w tworzeniu prawa pracy* [The Role of Employers' Organisations in Creation of Labour Law], [in:] L. Florek (ed.), *op. cit.*, p. 47-51.

the agreements exceed statutory minimum standards only to a small extent and restrict their subject-matter mainly to wages.²²

The characteristic feature of Polish collective labour relations is weakness of multi-establishment bargaining. According to data received from the Ministry of Labour in March 2000 there were 10 925 single-establishment agreements and 111 multi-establishment ones concluded. The number 111 does not give a true picture of the situation. 95 from among had been concluded in the budgetary sector for very few employees (e.g. for employees of cultural institutions functioning in a given commune). Only 16 were national level agreements with 12 industry-wide ones.²³ Insufficient growth of employers' organisations, present in Poland since the beginning of 1990s after more than 50-years lasting absence under the communist regime, as well as their predominantly territorial structures, are seen as reasons of the situation.²⁴ Another reason, not infrequently raised in debates on the subject, is the reluctance of employers to industry-wide bargaining, interpreted often as grounded on differences among enterprises, which make difficult to agree standards accepted by a majority of employers. There are, however, other obstacles to the development of multi-establishment bargaining. One of them is the weakness of the unions' branch organisations. It is connected with principally region and establishment-level organisational structure of Solidarity ("Solidarność"), maintained, among other things, due to a political engagement of this union, and also with the loose structure of the All-Polish Trade Union Agreement ("Ogólnopolskie Porozumienie Związków Zawodowych"), which is a combination of establishment and company-level unions. Another barrier is a small presence of trade unions in the private sector of economy where unions operate mainly in big enterprises established as an outcome of privatization of state-owned enterprises. The next difficulty in multi-establishment bargaining is the model of trade union movement based on establishment or company trade unions. In great measure this model may be attributed to the legislator's decision of linking a majority of trade union powers to the workplace organisations without the possibility to exercise them, directly or through trade unions' delegates, by a higher

²² J. Wratny, *Uwagi końcowe* [Final Remarks], [in:] J. Wratny et. al., *Układy...*, p. 178; *The Report*, op. cit., p. 223. On the page 224 the report read: "A vast majority of establishment collective labour agreements notified for registration did not contain provisions substantially diverging – to employees' advantage – from generally binding labour law provisions."

²³ The conclusion regarding a weak position of multi-establishment bargaining is also confirmed by other data. For example in 2000, only 3 out of 546 employers, inspected by the State Labour Inspection, covered by single-establishment agreements were at the same time covered by a multi-establishment agreement; see: *The Report...*, op. cit., p. 227.

²⁴ E.g. K. Rączka, *Pracodawcy a nowy model ustroju pracy w Polsce* [Employers and the New Labour System in Poland], [in:] M. Matey (ed.), *Nowy ład pracy w Polsce i w Europie* [A New Order of Labour in Poland and Europe], Warsaw 1997, p. 96–97.

level organisations. It forces unions to place their organisations in establishments. It also encourages employees to create establishment or company trade unions, limiting their activity to one establishment or enterprise. Similarly the employers, due to extensive statutory competencies of workplace organisations and sometimes also by the number of organisations acting in the establishment, concentrate on relations with that union structure. The presented above structure of trade union movement reduces the room for multi-establishment collective bargaining as well as, by nature, prefers the shop floor or company level bargaining.

The existing system contains however a mechanism of weakening the dynamics of workplace bargaining too. An establishment union organisation, as a sole form of a trade union activity exercising statutory powers and privileges in the workplace, is not well fitted to small enterprises. It has formalised structure, obligatory organs, prescribed procedure of its creation as well as it requires in practice certain minimum number of members. For that reason the presence of trade unions is generally confined to big enterprises. For the extensive statutory powers and privileges of establishment union organisations the employers are significantly burdened by them. It increases their reluctance towards trade unions being, at the same time, one of the reasons for anti-union action.²⁵ It is also worth noticing that the described system of bargaining has clear characteristics of the so-called "duality of the labour market," that is the coexistence of substantial segments of labour market covered and not covered by collective agreements.²⁶ Under these circumstances employers bound by agreements tend to free themselves from additional costs, caused by union activity, and obligations flowing from agreements in order to come up to competitors who do not bear the ballast. The interplay of this factors results in stagnation of workplace bargaining.²⁷

Finally, it ought to be pointed out that the role of collective labour agreements on both, single-establishment and multi-establishment, levels is

²⁵ More: M. Pliszkiewicz, J. Wojtyła, op. cit., p. 22–23; M. Seweryński, *Problemy statusu prawnego związków zawodowych* (Problems of the Legal Status of Trade Unions), [in:] G. Goździewicz (ed.), *Zbiorowe prawo pracy w społecznej gospodarce rynkowej* [Collective Labour Law in Social Market Economy], Toruń 2000, p. 125–127; Z. Hajn, *Pozycja prawna pracownika i pracodawcy a funkcje prawa pracy* [Legal Position of an Employee and an Employer and the Functions of Labour Law], "Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2000, Mo. 10, p. 6.

²⁶ J. H. Goldthorpe, (1984) *The End of Convergence: Corporatist and Dualist Tendencies in Modern Societies*, [in:] J. H. Goldthorpe (ed.), *Order and Conflict in Contemporary Capitalism*, Oxford 1984, p. 315–343.

²⁷ In the report of the State Labor Inspector it is underlined that a majority of establishment agreements were concluded in order to replace the previous ones, and only some them were concluded for employees who had not been covered by an agreement so far; see: *The Report*, op. cit., p. 225.

limited by a decreasing trade union membership. In 2000 it amounted to about 18% out of a total number of workers. The position of trade unions is weakened by a high unemployment rate, which reached 18% in 2001. There are other, known problems and challenges for trade unions that contribute to the said state of affairs. They consist among others in: a growing predominance of workers employed in small and medium size enterprises in a total number of employees; a dwindling of the natural union membership base in traditional branches of industry; a growing proportion of workers employed in service sectors and in new industries employing high qualified specialists; expansion of atypical employment and outsourcing,²⁸ the "escape from labour law" to civil law based employment; increasing difficulties with identification of real employers owing, in particular, to unclear location of power centers in complex company structures as well as a growing role of supranational corporations in the labour market. The trade unions' strong involvement in politics is a separate reason that weakens the role of collective bargaining in regulation of employment relationships. The two major umbrella organisations are engaged in interparty conflicts. Until quite lately not infrequently – prominent union officials were directly or indirectly in political authority. In this state of affairs, putting aside objectively negative impact of that political involvement on the union ability to protect workers' interests, the low social opinion about the "political class" transfers quite naturally to trade unions.

Perspectives for regulating the content of employment contracts by means of collective agreements

At present, as it follows from the above observations, the visible prevalence of individual contracting between parties to the contract of employment, based on statutory provisions, over a collective regulation of terms and conditions of employment is characteristic for Poland. The single-establishment collective agreements dominate decisively in the segment of employment relations covered by collective bargaining. The main subject-matter of collective agreements are remunerations. The regulatory and promoting roles of the agreements are of little importance. The reasons for such a state of affairs are heterogenous, consisting of complex coincidence of different legal and extra-legal conditions.

²⁸ Negative consequences of outsourcing for trade union recruitment is being increased by lack of a suitable legal regulation protecting outside workers.

It is not easy to foresee the further evolution of regulation of terms and conditions of employment by means of collective agreements. As regards the political system there are no obstacles to development of collective bargaining in Poland nowadays. The workers and employers enjoy a full trade union and economic freedom, as well as observance of private ownership and democracy. According to declarations of the Government, trade unions and employers' organisations they recognize development of collective agreements as an essential element of the Polish labour system. These declarations have been confirmed in legislative and factual actions undertaken by the institutions. It is important to underline this willingness of the main actors to support collective bargaining as, in the light of comprehensive research on this issue, the legal and institutional arrangements influence significantly the scope of collective agreements' coverage.²⁹

This research proves that multi-establishment bargaining has decisive importance for enlarging the scope of regulation of employment conditions by way of collective agreements.³⁰ There are substantial reserves in this respect in Poland. They consist in reinforcing conditions propitious for multi-establishment bargaining. The bright points in these sphere are, in particular: visible development of employers' organisations' structures, the trade unions' awareness of the necessity to reinforce their branch structures, progressing discussion about rationalization of trade union privileges as well as of adjusting union workplace structures to the new needs. Recently there have also been visible efforts, backed by concrete institutional solutions, aiming at tracing a clear demarcation line between trade union and political activities. These positive tendencies may be conducive to future development of collective labour agreements.

As is well known an effective method of enlarging collective agreements' coverage, and subsequently, strengthening employers' organisations and trade unions, are procedures of extension of collective agreements.³¹ In Poland they have been dead so far owing to newness of these solutions in post-war Polish law, as well as due to weaknesses of legal regulations applying to them. The improvement of this instrument and its active employment may be contributive to a change of the unsatisfactory situation.

Another direction of enlargement of the role of collective labour agreements is development of multi-level bargaining. In this system single-establishment bargaining concentrates on substantive issues while multi-establishment bargaining focuses on formulating guidelines for the workplace

²⁹ See for details: F. Traxler, *Collective Bargaining in the OECD: Developments, Preconditions and Effects*, *European Journal of Industrial Relations*, Vol. 4, No. 2, p. 207–226.

³⁰ In 1990 the coverage rate in countries operating with predominantly multi-employer bargaining was 78% as against 31% in those with mainly single-employer.

³¹ More: F. Traxler, *op. cit.*, p. 212 and next.

bargaining. Taking into account the strong position of single-establishment bargaining this direction of evolution of Polish bargaining system seems to be quite possible. Certainly this does not exclude the coexistence of this kind of articulated multi-level bargaining with "traditional" multi-establishment agreements. The success of the said direction of development of collective bargaining system requires, on the one hand, strengthening employers' organisations and multi-establishment union organisations, and on the other hand, the extension of union presence on establishment and company levels.

Other possibilities for collective agreements may be seen in undertaking by trade unions a task of more active defence of atypical employees as well as persons performing work outside the employment relationship, like agents, mandataries and others working in dependence on an orderer. At present these persons are marginal in the union activity. Nevertheless, rapid enlargement of the categories of workers rises a question of adapting appropriate strategy for attracting them to union ranks as well as for effective defending their interests. This strategy should also include collective bargaining for their working conditions. As it has already been indicated the possibilities for covering them by collective agreements, created by the Labour Code, has not been exercised yet. Also problems of atypical employment have attracted a little attention at the bargaining table.³² Discovery by the unions of atypical employees, workers employed under civil law contracts as well as self-employed persons seems to be necessary. There are many indications that the tendency to relocation of "typical employees" to the above said groups of workers is constant.

Not insignificant, for the role of collective labour agreements in shaping terms of employment contracts, will also be further evolution of the relationship between collective labour agreements and other specific sources of labour law. The amelioration of status of collective agreements needs more precise regulation by the law the conditions for recognition of other collective accords as sources of labour law as well as laying down more rigorous prerequisites for their substitution with the establishment internal regulations, especially with pay regulations. There is no justification for a too easy, and caused to some extent by unconcern of the legislator, replacement of collective agreements with other accords and establishment internal regulations. They limit the application of collective agreements and make chaos in the regulation of working conditions. Elimination of the incorrectness may be helpful to the increase of the scope of application of collective agreements.

A few comments requires the problem of Poland's integration with the European Community and its influence on regulation of employment

³² See: J. Wratny, *Postanowienia...*, p. 108-109.

relations through collective agreements. After accession the regulatory role of collective labour agreements might be strengthened by European law. Some directives indicate the agreements as a means of regulation of detailed matters mentioned in the instruments.³³ Article 137 § 4 of the Treaty establishing the European Community makes it possible to implement directives via collective agreements. Article 139 § 4 gives ground for concluding collective agreements on European level. These new roles of collective agreements ought to be taken into consideration by the Polish legislator and social partners in view of Poland's accession to the Community. At the same time the economic and social aspects of the European integration create new challenges for trade unions and employers. In particular intensifying transnational relations between companies and branches of economy may raise the need for coordination of the policy of collective agreement bargaining exceeding the present, national borders.

The above remarks show that there are considerable chances for further development of collective labour agreements in Poland. This gives ground for a careful optimism for the future. In this respect much depends on conscious and well directed activities of the Government, as well as of social partners, recognizing the role of agreements as an instrument of protection of workers' and employers' interests, the measure of keeping social peace and an important element of social and economic policy of the State. However it is not possible to plan and foresee everything in this sphere. For the multiplicity and diversity of elements influencing collective agreements their future as a source of regulation of terms and conditions of employment remains to a large extent unknown.

³³ Among others Directive 93/104/EC of 23 November 1993 concerning certain aspects of the organisation of working time, O.J. No. L 307/1993.

SECTION IV. A. 2.

Anna Wyrozumska
Professor of the University of Łódź

Constitution, International Treaties and Contracts National Report – Poland

I. Constitution

1. General remarks

There were several constitutions in the Polish history, the Constitution of 1791, 1921 1935 and 1952. The Constitution of 1952 contained regulations characteristic for the socio-political relationships and ideological foundations of the communist period in Poland. Various amendments to the Constitution did not change its character. A break-through constituted the amending act of 29 September 1989. It introduced into the Constitution new fundamental concepts as the rule of law (Article 1), sovereignty of the People (Article 2), political pluralism and freedom of creation and functioning of political parties (Article 4), protection of ownership and freedom to pursue economic activity (Article 6). In 1992 the so-called Small Constitution had been adopted (Constitutional Act, passed on 17 October 1992, on the Mutual Relations between the Legislative and Executive Institutions of the Republic of Poland and on Local Self-government) and remained in force until 16 November 1997, i.e. the date when the current Constitution, passed on 2 April 1997, entered into force.

None of the former Constitutions contained a provision on its direct applicability.¹ The lack of it did not keep the academics or the judiciary

¹ The doctrine of the Polish constitutional law understands this notion meaning the application of the constitution as a basis for the decision taken by the State organ e.g. the court (also together with statutes) or as an interpretative guideline for statutes. Indirect

from formulating the thesis of direct applicability at least of some of the constitutional provisions. However, they concerned rather the application of the Constitution in relations between State organs or between individual and the State but not in horizontal relations (individual versus individual).

The first to apply constitutional provisions more or less directly was the Chief Administrative Court (founded in 1980) and then the Supreme Court. The jurisprudence of these Courts could not further develop because of structural drawbacks of the Constitution of 1952 – its provisions were too general, susceptible of various interpretations and of a programmatic character. In 1985 the Constitutional Tribunal was founded. For the first time in Polish history the control of constitutionality of statutes and other normative acts was possible.

2. Direct applicability of the Constitution of 1997

The Constitution of 1997 contains a broad catalogue of rights and freedoms of the individual, inspired by fundamental acts of international law, among others the International Covenants on Human Rights of 1966 and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950. The Constitution distinguishes:

1) personal rights and freedoms (Articles 38–56), including the right to life, the right to inviolability and security of person (i.e. the prohibition of scientific experiments without voluntary consent, the prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment), the right to fair trial, the right to privacy, the freedom of religion, the freedom of opinion and expression;

2) political rights and freedoms (Articles 57–63) e.g. freedom of peaceful assembly, freedom of association;

3) social, economic and cultural rights and freedoms (Articles 64–76), among others the right to property, the right to pursue economic activity, labour rights, the right to social security, protection of health, education etc.

application of the constitution is, according to this view, the application through the statute which was adopted for the purpose of implementation of the constitution (actually in this case it is not the constitution which is applied but the statute itself). The Author of the present Report is of the opinion that the above mentioned differentiation is misleading and incoherent, and differs from the concept used in relation to international agreements. That is why the Report adopts the unanimous concept – and uses the term “direct application” of the constitution narrowly as referring to truly direct effect of the constitution where the constitution itself is a sole ground for decision or is co-applied with statutes; indirect application means application for interpretation of a norm.

Several provisions have been devoted to the definition of the obligations of the individual towards the State.

The Constitution contains Article 8 para 2, which states clearly that “the provisions of the Constitution shall apply directly, unless the Constitution provides otherwise.” The thesis that the Constitution does not have a normative character as well as the thesis that its provisions are addressed only to the legislative or other State organs, in the sense that they determine only the scope of their competence, have been decidedly ruled out.²

Article 8 para 2 encompasses the whole scope of the constitutional provisions, the freedoms, rights and obligations of the human and citizen included in the second chapter of the Constitution being only a part of them. For this chapter, however, Article 8 para 2 has the most significant meaning. The principle of direct application of constitutional norms is not unlimited. Article 8 para 2 clearly points out possible exceptions: “The provisions of the Constitution shall apply directly, unless the Constitution provides otherwise.” In this context Article 81 of the Constitution is worth attention. It specifies that rights defined in Articles 65 para 4 and 5, 66, 69, 71 and 74–76³ can be invoked only within limits set by statutes. It is understood that the rights contained in these provisions may therefore be not applied directly. The determination whether the constitutional norm is directly applicable and contains sufficiently clear and precise norms (does not have only programmatic character), is left to interpretation.

The Constitution does not provide an answer to the question whether constitutional rights and freedoms define also the sphere of relations between individuals themselves and can be invoked by individual against the other individual (are horizontally applicable). The doctrine does not give a clear answer either. The few authors who tackled the issue are divided into two groups – one supports the categorical opinion that “the Constitution of the Republic of Poland belongs to the number of constitutional acts of democratic States which do not recognise horizontal applicability of rights and freedoms,”⁴ the other follows the opposite view.

² On direct application of the Constitution of 1997 cf. W. Skrzydło, *Konstytucja RP – komentarz*, Kraków 2000, p. 19 ff.; Z. Witkowski (ed.), *Prawo konstytucyjne*, Toruń 1998, p. 114; W. Sanetra, *Konstytucyjna ochrona wolności i praw pracowniczych*, “Przegląd Sądowy” 1998, No. 5, p. 15 ff.; K. Działocha, *Zasada bezpośredniego stosowania konstytucji w dziedzinie wolności i praw obywateli*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 1998, p. 31 ff.

³ The rights enumerated in these provisions concern a minimum level of remuneration for work, right to employment, occupational advice and training, the right to safe and hygienic conditions of work, aid to disabled persons, the right of family and maternity, to special assistance from public authorities etc.

⁴ B. Banaszak, *Prawo Konstytucyjne*, Warszawa 1999, p. 389.

To the latter belongs P. Sarnecki⁵ who points out that certain rights are applicable in horizontal relations and protect the individual from interference on the part of the other persons, as for example the prohibition of torture or cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment or prohibition of application of corporal punishment. However, "the effect of human rights on horizontal relations has many specific aspects. Since they are implemented by the means of civil and criminal regulations, under normal circumstances there is no need to invoke the provisions of the Constitution in relations between individuals. Only in unusual situations when statutes do not provide the appropriate level of protection the need to apply constitutional provisions directly may arise."⁶ L. Garlicki states in turn that "the concept of horizontal applicability of constitutional rights and freedoms of the individual has not so far won a broad acceptance in the Polish jurisprudence." He thinks, however, that both the new Constitution (with the general principle of direct applicability of its provisions) and foreign experience in that matter will allow for it in the near future.⁷

3. Constitutional norms potentially applicable to private conduct

Only few constitutional norms may be applied to private conduct. The most obvious seems the right to ownership, other property rights and the right of succession (Article 64)⁸ and the principle of equality and anti-discrimination provisions contained in Article 32 para 2⁹ and Article 33.¹⁰ One can quote as well Article 59 providing for the right of trade unions

⁵ P. Sarnecki (ed.), *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 1999, pp. 45-46, similarly, A. Łabno, in the opinion on B. Banaszak, *Prawo Konstytucyjne*, Warszawa 1999, "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1999, No. 3/4, p. 281.

⁶ P. Sarnecki (ed.), *op. cit.*

⁷ *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 1999, pp. 102-103. Similarly, J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2001, p. 185 ff.; P. Sarnecki (ed.) *op. cit.*, pp. 45-46. M. Przysucha, *Bezpośrednie stosowanie konstytucji. Najszybsza droga do państwa prawa*, "Jurysta" 2000, No. 7/8, p. 11 ff.

⁸ Article 64: "1. Everyone shall have the right to ownership, other property rights and the right of succession. 2. Everyone, on an equal basis, shall receive legal protection regarding ownership, other property rights and the right of succession. 3. The right of ownership may only be limited by means of a statute and only to the extent that it does not violate the substance of such right."

⁹ Article 32 para 2: "No one shall be discriminated against in political, social or economic life for any reason whatsoever."

¹⁰ Article 33: "1. Men and women shall have equal rights in family, political, social and economic life in the Republic of Poland. 2. Men and women shall have equal rights, in particular, regarding education, employment and promotion, and shall have the right to equal compensation for work of similar value [...]."

and employers and their organisations to bargain, particularly for the purpose of resolving collective disputes, and to conclude collective labour agreements and other arrangements. The other provisions that may find application in horizontal relations concern the prohibition of scientific experimentation, including medical experimentation, without one's voluntary consent (Article 39), prohibition of torture or cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment (Article 40), application of corporal punishment. It is difficult now to foresee how they will be understood or used in the future, they may need specific penalisation.

At this stage of horizontal application of the Constitution in Poland it is quite impossible to identify more precisely the substance and scope of the above mentioned norms. It also cannot be excluded that some other norms may find application to horizontal relations.

4. Enforcement mechanisms

Constitutional rights and freedoms enjoy primary protection in the law making process (statutes have to comply with the Constitution). It has to be noted that almost all constitutional rights were complemented by statutory law.¹¹ The consequence is that the Constitution is more often used together with the statutes (either directly or indirectly).¹²

In the light of Article 8, there is no doubt that the provisions of the Constitution have to be interpreted in two ways. Every provision regulating a certain right or freedom must be, on one hand, seen as containing guidelines for the State organs, and reflecting values that has to be respected by them. On the other hand, it provides the individual with a right, which can be invoked before any State organ.¹³ This right can be understood either as a "freedom", which creates an obligation on the part

¹¹ The Constitution of 1997 obliged in Article 236 para 1 the Council of Ministers, within a period of 2 years from the day on which the Constitution entered into force, to present to the Sejm all drafts of statutes necessary for the implementation of the Constitution.

¹² For D. Dudek (*Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, zagadnienia podstawowe, wybór treści*, Lublin 2001, p. 22 ff.) applying only constitutional provisions as a basis for a ruling, seems to be practically unlikely, bearing in mind that the level of detail of ordinary statutes (especially codes) is higher than the one in the Constitution; see also E. Łętowska, *Co to znaczy "bezpośrednie stosowanie konstytucji"*, *Rzeczpospolita* of 13 August 1996, p. 5. A. Strzeżembski, [in:] A. Abramczyk, *Pod ochroną trzeciej władzy*, "Prawo i Życie" of 28 June 1997, p. 3.

¹³ The obligation to observe rights of individuals is addressed in the first place to public authorities - to State organs and to local self-government. Some of these rights because of its nature can only be invoked in vertical relations (individual - State), e.g. the right to petition, the right to social security.

of public authorities to restrain themselves from any action that would impede or make impossible the enjoyment of that freedom, or as a "right" that binds the public authorities to take actions to ensure the execution of that right. In both cases the individual,¹⁴ to whom the right is addressed, is equipped with legal means that will allow him to secure the observance of the particular right by public authorities – first of all the access to courts.

The natural consequence of the direct application of the Constitution is then the direct effect; individual can invoke the Constitution before the common court.¹⁵ The individual can raise his claims against the State or against the other individual. The mechanism is strengthened by Article 45 of the Constitution providing for the right to court, Article 77 para 2 ("Statutes shall not bar the recourse by any person to the courts in pursuit of claims alleging infringement of freedoms or rights") and Article 78 – the right to appeal (however, exceptions are allowed).

Many court cases in which the application of the Constitution is involved are the cases in which the constitutionality of normative act is questioned. It can be done by individual himself or by the court that has to base its judgement on law.¹⁶ In this context Article 193 of the Constitution is worth mentioning. According to this provision any court may refer a question of law to the Constitutional Tribunal as to the conformity of a normative act to the Constitution, ratified international agreements or statute, if the answer to such question of law will determine an issue currently before such court. The character of the court competence stemming from this provision was the substance of a long debate.

The question concerned the possible behaviour of the judge of the common court confronted with the issue of unconstitutionality of the normative acts; if the judge has no doubts as to unconstitutionality of an act, is he obliged to refer the question to the Constitutional Tribunal? At the beginning the answer was not obvious. Different standings were taken by the Constitutional Tribunal and the common courts. Some of the judges of the Tribunal stressed that the common judge should suspend proceedings

¹⁴ Individual means foreigner as well. Some rights are addressed exclusively to citizens – e.g. the right to social security. There is no doubt that certain rights, e.g. the right to own property, the freedom of economic activity, appertain not only to natural persons but also to economic entities which consist of these natural persons. At the same time it is not argued that only a natural person can be entitled to some other rights and freedoms (e.g. the right to life). (The Constitutional Tribunal e.g. held that the legal person may lodge the constitutional complaint on the basis of Article 79 of the Constitution for the protection of its constitutional rights and freedoms, see judgement Ts 9/98 of 6 April 1998).

¹⁵ See W. Sanetra, *op. cit.*, p. 15 ff.; P. Winczorek, *Komentarz do konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2000, p. 20.

¹⁶ According to Article 178 para 1 of the Constitution "judges, within the exercise of their office, shall be independent and subject only to the Constitution and statutes."

and ask the Tribunal – the sole competent body to determine the issue of unconstitutionality. According to one opinion, "Article 8 cannot be understood as allowing the judge who noticed the conflict between statute and the Constitution to ignore the statutory provision and base its decision directly on the Constitution, because it would lead to chaos. The judge is bound by the Constitution but also by the statute and unless the statute is in a specific procedure disqualified and excluded from the legal system, it cannot be not taken into account by the judge."¹⁷

The judges of the common courts were of a different view.¹⁸ The Supreme Court had the occasion to formulate its opinion in the decision of 26 May 1998¹⁹ in connection to election complaints. The Court emphasised "independence" of the common court and held that if the judge discovers the conflict between the statute and the Constitution, he has to base its decision directly on the Constitution. But this does not mean that he has to refer the question to the Constitutional Tribunal, he may do so in case of doubts. The competence of the Constitutional Tribunal to adjudicate on the conformity of statutes and international agreements to the Constitution is not infringed.²⁰ The decisions of the Tribunal and the courts and their effects are different. The Tribunal adjudicates on law and is able to annul the statutory provision, its judgement is final and binding erga omnes.²¹ On the other hand, the common court settles individual social relation, its finding on the non-conformity of statutes to the Constitution is not binding for other courts dealing with similar cases. However, the courts may share the same opinion.

The same token is reflected in the ruling of the Supreme Court of 3 December 1998.²² The Supreme Court, while answering the question referred to it by the lower court, acknowledged that the regulation which had to be applied in the present case was unconstitutional and held that in a situation like this, when the court finds the norm unconstitutional, it has to ignore it. Similar opinion was expressed by the Supreme Court (different panel of judges) in the judgement of 26 September 2000²³ and

¹⁷ See opinion of the former President of the Constitutional Tribunal A. Zoll, A. Abramczyk, *Pod ochroną trzeciej władzy*, "Prawo i Życie" of 28 June 1997, p. 12. Similarly, L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, cz. I, Warszawa 1997, pp. 56–57; A. Maczyński, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez sądy*, "Państwo i Prawo" 2000, No. 5, p. 9.

¹⁸ Eg. D. Czajka, *Czy sędziowie mogą stosować konstytucję?*, "Gazeta Sądowa" 1999, No. 3, p. 3; W. Siugiewicz, *Konstytucyjne aspekty funkcjonowania orzecznictwa sądów powszechnych*, "Przegląd Sądowy" 2000, No. 2, pp. 32–34.

¹⁹ III SW 1/98, similarly, judgement of 19 April 2000, II CKN 272/ 2000 not published.

²⁰ Article 188 para 1 of the Constitution.

²¹ Article 190 of the Constitution.

²² III CZP 38/98.

²³ III CKN 1089/00.

also by the Chief Administrative Court in the judgement of 4 December 2000 r.²⁴ The latter noticed that its jurisdiction in the framework of the direct application of the Constitution includes the possibility not to apply the statutory provision in *concreto*. In such a case the court is obliged to apply the norm higher in the hierarchy of sources of law.

Facing these decisions the Constitutional Tribunal seems to ease its standing. In the judgement of 22 March 2000, answering the legal question referred to it,²⁵ the Tribunal observed that Article 8 of the Constitution on direct application of the Constitution does not impede the application of the Constitution by common courts. However, the courts should use this tool only when it is necessary and possible, and with due care. Direct application of the Constitution cannot lead to neglecting statutory norms in force and cannot be understood as a power to decide the case on the basis of the Constitution instead of the statute. Furthermore, the Tribunal admitted that the common judge has no obligation but rather discretionary power to refer the question of constitutionality of normative acts to the Tribunal.

At this moment the issue seems settled.

Two additional mechanisms may serve the individual to enforce constitutional rights:

1) constitutional complaint – according to Article 79 para 1 of the Constitution “everyone whose constitutional freedoms or rights have been infringed, shall have the right to appeal to the Constitutional Tribunal for its judgement on the conformity to the Constitution of a statute or another normative act upon which basis a court or organ of public administration has made a final decision on his freedoms or rights or on his obligations specified in the Constitution.” (The issue may be dealt by the Constitutional Tribunal in different procedures as well. The application can be lodged by the President of the Republic, the Marshal of the Sejm, the Marshal of the Senate, the Prime Minister, 50 Deputies, 30 Senators, the First President of the Supreme Court, the President of the Chief Administrative Court, the Public Prosecutor-General, the President of the Supreme Chamber of Control and the Commissioner for Citizens’ Rights, the National Council of the Judiciary, the constitutive organs of units of local self-government, the national organs of trade unions as well as the national authorities of employers’ organisations and occupational organisations; churches and religious organisations (Article 191));

2) complaint to Ombudsman – according to Article 80 of the Constitution “everyone shall have the right to apply to the Commissioner for Citizens’

²⁴ V S.A. 613/00.

²⁵ P. 12/98; similarly, judgement SK 15/00 of 21 May 2001.

Rights for assistance in protection of his freedoms or rights infringed by organs of public authority.” The Ombudsman may act as well on his own initiative or on the initiative of the other institutions. His inquiries may lead him to direct the matter to the institution concerned (also the court, he can intervene in different forms and stages in the court proceedings), including the Constitutional Tribunal.

In the case of some constitutional rights the specific mechanisms may exist, e.g. labour rights protected by the State Labour Inspection. Protection given by the Inspection to constitutional labour rights and freedoms has constitutional dimension (Article 24 of the Constitution obliges the State to exercise supervision over the conditions of work).²⁶

Constitutional rights and freedoms may be also protected by international mechanisms. The most important ones are the mechanisms provided for by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 and the International Covenant on Human Rights of 1966 (foreseen in the Optional Protocol). It is obvious that in the above mentioned international procedures the claim is addressed against the State and not against a private party.

5. Application of the Constitution to private conduct by courts

The substantial question, therefore, is whether the courts nowadays apply the Constitution in private law relations, i. e. in relations between individuals but also in the relations between an individual and the State when the State does not exercise its public power but acts in the scope of private law (civil law, labour law etc). There are not many judgements in this field since the application of the Constitution has no long tradition. The Constitution is rarely invoked by the parties; more often it is the court referring to it on its own competence. In most cases the constitutional norm is used as a guideline, indirectly, for the purpose to interpret the inferior norm.

For illustration one can quote the ruling of 12 January 1999²⁷ in the case brought by Franciszka and Kazimierz H. against Edward H. for termination of the contract of transfer of the farm by parents to their son. The Supreme Court recognised that the action was justified in the light of

²⁶ See W. Sanetra, *Konstytucyjna ochrona wolności i praw pracowniczych*, “Przegląd Sądowy” 1998, No. 5, pp. 22–23; *Ochrona praw pracowniczych*, [in:] H. Lewandowski (ed.), *Polskie prawo pracy w okresie transformacji w oświetleniu prawa wspólnotowego*, Warszawa 1997, p. 124 ff.

²⁷ I CKN 971/97.

the conduct of the son. The son showed disregard towards the hardship of his parents-within a few years sold the livestock, stopped cultivating the soil and started to sell it out and squandered the obtained significant financial means – leading to bankruptcy of the farm. The Court held that his behaviour was incompatible with the principles of community life. The reference to these principles could be found in several statutes e.g. the Act on social security of farmers which had to be applied in this case. To define the meaning of the principles of community life the Supreme Court referred to Article 2 of the Constitution declaring that “the Republic of Poland shall be a democratic state ruled by law and implementing the principles of social justice.” Thus referring to the principles of community life means, according to the Court, referring to the idea of justice in law and to the universal values in the culture of our society (principles of ethic and fair conduct). The same reasoning was used in a similar case brought by Edward S. against Bogdan S., of 14 October 1998.²⁸ After considering the interest of successor in the light of the principles of community life the Supreme Court dismissed the case.

An example of the decision to which the court applied the Constitution directly in the meaning of this Report (although together with statutory norms), is, as it seems, the judgement of the Supreme Court of 18 September 1998.²⁹ The applicants Teresa and Zygmunt B. requested the Court to establish the servitude of necessary access through the neighbouring property situated in P. owned by Elżbieta A.S. The lower court established the easement but the court of appeal dismissed the request. The Supreme Court shared the opinion of the court of appeal. It observed that the purpose of the easement of necessary access is to serve the function of the ownership of a real estate, especially its usage. However, in such cases there is a conflict between two competing rights and, as a result, the property rights of a neighbour are to be limited. Therefore, the evaluation of admissibility of the establishment of such easement has to be very careful. In the circumstances of the present case, the Court found justifiable to protect rather the right of the neighbour. In doing so it referred *inter alia* to Article 21 para 1 of the Constitution (“The Republic of Poland shall protect ownership”) and to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (Article 1 of Protocol No. 1).

“Since property is subject to legal protection equal to everybody (Article 64 para 2 of the Constitution) – continued the Court – in the case of the lack of access to a part of real estate resulting from the owner’s autonomous act of will, he may not, on the basis of this, request interference in

²⁸ II CKN 928/97.

²⁹ III CKN 609/97.

somebody else’s property right, claiming priority of protection of his right. The equality of the legal protection of the property rights of the neighbouring estates results in the fact that the applicants may seek a way of improving the functionality of their property by the contract, on the other hand, inadequate access to the public road caused by erection of a building covering the whole width of the property does not justify the request to establish the easement of necessary access by the court.”

In its judgement of 17 October 1997,³⁰ in the case brought by Katarzyna K. with participation of Jerzy K. concerning division of the gained property of spouses, the Supreme Court reversed the judgement of the court of appeal. The reason was that the court of appeal did not take into account the amended provisions of Article 218 para 4 of the Co-operative Societies Act which constituted a violation of Article 316 para 1 of the Code of Civil Procedure (“a court of appeal shall decide on the basis of law in force at the closure of the hearing of an action.”) The Court further added that it violated the constitutional principle of protection of property rights (Article 64 of the Constitution) as well as the interest of the Republic of Poland, what, in the opinion of the Court, makes it possible to allow the cassation, despite it being brought after expiry of the term provided for in the Code of Civil Procedure.

Apart from the legal protection of property rights, the Constitution is also applied in the labour law cases. A special example may be the jurisprudence developed with regard to the right to equal treatment and the principle of non-discrimination, even before the adoption of the Constitution of 1997. For example, in the ruling of 13 November 1990,³¹ the Supreme Court held that an employee has, in the period of notice, the same rights as the other employees of the company including the right to remuneration in a specified amount. Consequently, if all employees were granted rise in wages and the applicant was ignored only because of his period of notice, it should be treated as the violation of law. In the judgement of 7 January 1997³² the Supreme Court stated *inter alia* that in case of division of the bonus from the “put-aside” profit worked out in yearly account periods, an employee who reliably performed his tasks in those periods may not be deprived of a share in this remuneration; while according to the view uttered in the judgement of 23 October 1996,³³ the omitting an ex-employee while granting benefits, which is a component of the remuneration for work, in the period of his employment, violates the rules of remuneration for performed work, remuneration according to

³⁰ III CKU 47/97.

³¹ IPR 352/90.

³² I PKN 53/96.

³³ PRN 94/96.

quantity and quality of work and equal treatment of the employees (respectively Articles 80, 78, 11³⁴ of the Labour Code). In the ruling of 13 February 1997,³⁵ the Supreme Court held that physicians couldn't be discriminated by alignment of turn of duty. In all these judgements one of the basis was, in fact, the respect for the constitutional right to equal treatment; however, it was not explicitly stated in every case.

The Constitution was invoked in regard to labour relations in the judgement of the Supreme Court of 7 December 1999³⁶ concerning the action for reinstatement which was brought by Ryszard J. against Manufacturer of Transport Equipment "PZL-Ś." S.A. The Supreme Court held that the provisions of the collective labour agreement³⁷ regulating the rules of special protection of employees against the termination of employment, are valid, although contrary to Article 240 para 3 subpara 1 of the Labour Code which excluded the modification of protective statutory norms through the collective agreement. Deciding on the effectiveness of the provision contained in the collective agreement, the Supreme Court referred to the general provision of Article 59 para 2 of the Constitution which provides for the trade unions as well as for employees and their organisations the right to bargain, particularly for the purpose of resolving collective disputes, and to conclude collective labour agreements and other arrangements.

Exercise of this right – the Court stated – which belongs to the category of "freedoms, rights and duties of man and citizen" may be limited only by statute and only when it is "necessary in a democratic state of law for the protection of its security or public order, or to protect the natural environment, health or public morals, or the freedoms and rights of other persons" (Article 31 para 3 of the Constitution). Thereto, pursuant to Article 59 para 4 of the Constitution, the limitations are allowed only to the extent that is admissible on the basis of the international agreement to which Poland is a party. Then the Court referred to the ILO Convention No. 87 on the freedom of trade unions and protection of trade union's rights of 1948 and found that the derogations under the Labour Code are contrary to the said Convention.

Consequently, the Court held that the provision of the Labour Code was contrary to the Constitution and the provisions of the ratified convention.

³⁴ Article 11 is a collateral norm to Articles 32 and 33 of the Constitution, it was introduced to the Labour Code in 1996. The level of generality of the provisions of the Constitution and of the Labour Code regulating the question of equal treatment and prohibition of discrimination is similar.

³⁵ I PKN 5/9.

³⁶ N I PKN 438/99.

³⁷ We left aside the question of a legal character of a collective agreement (whether private or public law act) and rather concentrated on the nature of relations to which it is applied.

Therefore, the parties to the collective agreement were entitled to agree that the employer is not allowed to terminate employment contract for the reason of an employee's incapacity to work resulting from professional disease if the employee's state of health, confirmed by a physician's certificate, enables him to work at a different post.

6. Application of the Constitution to private conduct and Constitutional Tribunal

As mentioned above, the jurisprudence of the Constitutional Tribunal, especially in the sphere of constitutional complaints, may to – certain extent – evidence the application of the Constitution to private law relations. The private law character of the relations provides only a "deep" background for the case, since the essence of the constitutional jurisdiction lies in deciding on the conformity of internal law to the Constitution. Consequently, if the compliance with the Constitution of e.g. the statutory provision is questioned, it is not the conformity to the Constitution of the conduct of other individual, but of the State organ – the legislator – that is called into question. Therefore, the Constitution is invoked against the State and not against a private party.

The illustration of these issues may be the constitutional complaint of the Proexport Ltd.³⁸ The complaining company maintained that the provision of the Act on the Administration of Agricultural Estates Owned by the State's Treasury of 1991, permitting the limitation of the execution of claims from the Agricultural Property Agency of the State Treasury (State's legal person) when the limitation is not allowed in a case of private enterprise, is contrary to the principle of non-discrimination (Article 32 of the Constitution). The Constitutional Tribunal did not share this opinion. He found the limitation of responsibility justified in the light of the principle of proportionality and the principle of social justice. Important is that the Tribunal confirmed that the non-discrimination principle is equally applied to natural and legal persons, therein to State's legal persons. The Tribunal noticed the difference in terms used in the constitutional provisions; while the previous Constitutions referred the non-discrimination provision to "citizens" only, the Constitution of 1997 uses broader terms – "everybody", "no one."

Anna W. brought the constitutional complaint against provisions of the Co-operative Societies Act of 1982³⁹ which, according to her opinion, infringed i.a. her constitutional rights – the principle of protection of

³⁸ Judgement of 24 February 1999, TK 4/98.

³⁹ Judgement of 21 May 2001, SK 15/00.

ownership and the right of succession enshrined in Article 64 and derived as well from Article 21 para 1.⁴⁰ Indeed, the Tribunal found the provision in question, depriving the successor of the co-operative tenants' housing rights only by reason of a failure to comply with the time limit, as contrary to Article 21 para 1. The Tribunal saw the constitutional provision as the clear obligation towards the State – to enact the law that could comply with the will of the decedent and would not impede the succession.⁴¹

The Constitutional Tribunal is also competent to give rulings on questions of law submitted by the common courts with regard to cases pending before these courts. An example of this kind of decision is the judgement of the Tribunal of 17 May 1999⁴² concerning question of law submitted by two different common courts on matters of, i.a. compatibility with the anti-discrimination clause of the provisions of two Regulations of 1974 and of 1992 concerning some of the duties and rights of persons employed in the public health service, including principles of remuneration for work. Under the Regulations the person on medical duty was not paid for overtime. The Tribunal found no infringement of Article 32 para 2 of the Constitution and referred to its earlier judgements,⁴³ where it stated that "differentiation of the employee's rights and duties according to the character of employment and the nature of work is a characteristic feature of labour law. The invoked constitutional norm [i.e. Article 32] grants protection against discrimination which can be recognised on the basis of generally accepted standards, however, cannot be interpreted as a prohibition of differentiation between the situation of different social and professional groups, if such differentiation is subject to a justified discussion within the democratic society." According to the Court, medical duties have some specific features that the legislator could take into account while setting out the admissible time and the rules for remuneration of such duty.

The constitutional rights and freedoms operating in horizontal relations may also be protected by the Commissioner for Citizens' Rights who has the competence to apply to the Constitutional Tribunal in cases concerning the question of constitutionality of any normative act. In the judgement of 3 October 2000⁴⁴ the Tribunal found Article 62 of the Act of 1994 on Lease of Locals and Lease Allowances, to the extent the provision excluded the possibility of valorisation of rent bail, incompatible with Article 64 para 1 in connection with Articles 31 para 3 and 64 para 2 of the Constitution. The lack of valorisation caused a situation when in case of termination of

⁴⁰ "The Republic of Poland shall protect ownership and the right of succession."

⁴¹ Similarly, judgement of 25 February 1999, K 23/98.

⁴² P 6/98.

⁴³ E.g. U. 6/96 of 26 November 1997.

⁴⁴ TK K 33/99.

lease, the tenant received only a symbolic amount of money. The regulation adopted by the legislator obviously led, according to the Tribunal, to infringement of the tenants' rights, as they were to bear all the consequences of depreciation of currency (inflation). The Tribunal held this also contrary to the private law principle of equality of the parties of legal relations (the legislator did not take into account the profits that the lessors could gain using funds coming from the rent bails).

II. International treaties

1. General remarks

Direct applicability of international treaties in the Polish legal order actually started only in the 80-ies. During the interwar period the system of introduction of treaties into the domestic law was based on the dualistic approach; a treaty ratified with the prior consent of the parliament and published in an official journal was transformed into domestic law, became a statute and was functioning as a statute, with all the consequences of such transformation (so under the Constitution of 1921, of 1935, until 1952). The transformation into domestic law excludes – at least in theory – the direct application of a treaty. The Constitution of 1952 did not contain any provision on effect of treaties in internal legal order. For many years the treaties were applied almost solely through transposing acts of internal law or owing to express provisions referring to international treaties contained in some acts. In the 60-ies, however, the doctrine presented the opinion that the silence of the Constitution may be read as acquiescing the application of treaties *ex proprio vigore* providing that the treaty was ratified and promulgated.

The concept was taken up by the judiciary but applied rarely, depending on actual political needs. When it was politically inconvenient the courts rejected any effects of treaties. In such cases they used to refer to Article 62 of the Constitution of 1952 which read that the judge was independent and subject only to the Constitution and statutes (which obviously meant not treaties). Actually, the first judgement in which the court applied the above mentioned doctrine and based the *ratio decidendi* on an international agreement was the judgement of the Supreme Court on the registration of the Independent Trade Union Solidarity (NSZZ Solidarność) of 10 November 1980. Unquestionably, the Court recognised the rights of the employees to establish trade unions arising from the ILO Convention No. 87 and No. 98.

The Court stated that a group of employees could rely on the provisions of the convention as a basis for a claim to positive action on the part of the State. However, a few years later – in 1987, in a similar case on registration of an independent trade union – the Supreme Court changed its opinion (undoubtedly because of political reasons) and rejected the direct effect of the ILO Convention No. 87 and of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966.⁴⁵

The essential change took place in Poland after the turn of 1989. Since then direct application of ratified and published treaties in principle had not been called into question. It was closely connected both to the change of the political system and to the amendment of the Constitution of 1952 which provided for the prior consent of the parliament for ratification of the most important categories of treaties (in this way the constitutional novel of 1989 and so-called Small Constitution of 1992). The accession of the Republic of Poland to the European Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 (ECHR) was also of great importance. All remaining doubts were additionally dispelled by the Constitution of 1997.⁴⁶

According to Article 9 of the Constitution of 1997 "the Republic of Poland shall respect international law binding upon it." This provision is seen as a directive for the organs of the State. Thus, it is the obligation of the government, the parliament, the judiciary and other State organs to observe treaties to which Poland is the party while applying law or lawmaking. The obligation to assure the conformity of domestic law to international treaties follows as well from Article 188 of the Constitution, as the Constitutional Tribunal has been conferred on the competence to adjudicate on matters of the conformity of statutes to ratified international agreements whose ratification required prior consent of the parliament and the conformity of legal provisions issued by the central State organs to ratified international agreements. In relation to non-ratified treaties, i.e. treaties concluded by acceptance, approval etc., the obligation to implement the treaty in domestic law is similarly imposed on every organ of the State but it is rather limited to transposition.

By virtue of Article 87 of the Constitution of 1997 the ratified treaties became the sources of Polish universally binding law. The Constitution incorporated them into the Polish legal order. They operate in the same way as the Constitution, statute and regulation and have their specified position in this system.

⁴⁵ The decision of the Supreme Court SN I PRZ 8/87 of 25 August 1987.

⁴⁶ See A. Wasilkowski, *International Law and International Relations in the New Polish Constitution of 2 April 1997*, "Polish Yearbook of International Law" 1997–1998, No. 23, p. 7 ff.

According to Article 91 para 1 of the Constitution "after promulgation thereof in the Journal of Laws of the Republic of Poland "Dziennik Ustaw," a ratified international agreement shall constitute part of the domestic legal order and shall be applied directly, unless its application depends on the enactment of a statute." Article 91 para 1 sets out three prerequisites for direct applicability of international agreements. The treaty has to be:

1. ratified (i.e. the consent of the Republic of Poland to be bound by the treaty must be expressed by the President; for ratification of several categories of international agreements the President has to obtain prior consent expressed by a statute, which requires the consent of both chambers of the Parliament – the Sejm (lower chamber) and the Senate (higher chamber); the categories of agreements which require such statutory authorisation are listed in Article 89 para 1 of the Constitution;⁴⁷ other agreements, which do not require ratification are concluded by the Government),

2. promulgated in the "Dziennik Ustaw,"

3. suitable for direct application (i.e. its enforcement does not require enactment of a statute).

The effectiveness of ratified treaties in relation to other sources of law depends upon the mode of their ratification. On the basis of Article 91 para 2 and Article 188 point 1 it is indisputable that in case of a conflict with statutory law the treaty ratified with a prior consent expressed by statute prevails upon statutory law, however, not upon the Constitution. It seems indisputable as well that a treaty ratified without statutory authorisation in case of conflict takes precedence over regulations (Article 188 para 3). Yet, the practice has not answered the question whether the treaty ratified without the consent of the parliament is equal with the statute.

2. Direct and indirect applicability

The doctrine has, since long, pointed out the necessity to apply international agreements in the domestic legal order and distinguished between the direct and indirect (i.e. for the purpose of interpretation of domestic

⁴⁷ Article 89 para 1: "Ratification of an international agreement by the Republic of Poland, as well as denunciation thereof, shall require prior consent granted by statute – if such agreement concerns:

- 1) peace, alliances, political or military treaties;
- 2) freedoms, rights or obligations of citizens, as specified in the Constitution;
- 3) the Republic of Poland's membership in an international organisation;
- 4) considerable financial responsibilities imposed on the State;
- 5) matters regulated by statute or those in respect of which the Constitution requires the form of a statute."

law) application of treaties. It also formulated the indispensable criteria for direct application of treaties; only treaties containing provisions having self-executing character may be applied in this way (the provision must, first of all, contain a clear and precise norm establishing a right or an obligation).

Direct application of treaties – ratified, published in the "Dziennik Ustaw" and containing self-executing provisions – is unanimously understood as the direct effect of the treaty provisions. Consequently, the individual may rely upon such provisions and invoke them against the State before any organs of the State, i.e. in vertical relations. The court thus may base its judgement directly on such treaty (*ratio decidendi*). Such need arises in situations of legal lacuna in the system of national law, when the matter in question is regulated exclusively or in a large part only by international law or when there is a conflict between a domestic and international norm that cannot be eliminated through interpretation of national law. However, it means that a treaty may not be applied when it comes out that the scope of the rights guaranteed by a treaty is narrower than the scope of such rights in domestic law. In the Polish practice, there are already many examples of direct application of international treaties by the courts.⁴⁸ The most frequently invoked international agreements are the treaties concerning the protection of human rights.

Up till now the jurisprudence concentrated mostly on application of treaties in vertical relations. However, the application of treaties in horizontal relations – individual versus individual – does not seem to give rise to any fundamental doubts, especially when one considers that the Constitution stipulates *expressis verbis* that a ratified treaty is a source of internal law. Therefore, if the treaty fulfils the formal and material criteria mentioned above, regulates specified relations of private-law nature, then it shall be directly applied to these relations.

3. Enforcement mechanisms

The rights and duties of individuals set out in international agreements, just like constitutional rights and freedoms, enjoy – primarily – legislative protection (a statute should comply with a treaty ratified with the prior consent

⁴⁸ See eg. W. Czapliński, *International law and Polish Domestic Law*, [in:] R. Mülerson, M. Fitzmaurice, M. Andenas (eds.), *Constitutional Reform and International Law in Central and Eastern Europe*, Kluwer 1998; W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1999, p. 385 ff.; W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Sędzia krajowy wobec prawa międzynarodowego*, Warszawa 2001, p. 105 ff.; R. Kwiecień, *Miejsce umów międzynarodowych w porządku prawnym państwa polskiego*, Warszawa 2000; M. Masternak-Kubiak, *Umowa międzynarodowa w prawie konstytucyjnym*, Warszawa 1997; J. Łętowski, *Sądownictwo polskie a koncepcja praw człowieka*, [in:] *Prawa Człowieka – wymiar sprawiedliwości*, edited by the Centre for Europe, University of Warsaw, 1995, p. 30 ff.

granted by statute, a regulation should comply with a ratified treaty, etc.). This kind of protection is particularly important when a treaty in question is not suitable for direct application; not only when the provisions of a treaty are not of a self-executing character but also in a case of non-ratified treaties, i.e. treaties concluded by approval of the Council of Ministers. Approved treaties are not sources of universally binding law, so their effectiveness in the Polish legal order depends on transposition (implementing statute or regulation is necessary; sometimes the reference to this kind of treaties in domestic statute – express provision allowing for application of such treaty).

Since the ratified treaties are directly applicable the individual may invoke them before the common court – against the State or against individual. It is worth to notice, by the way, that this right is not questioned, although Article 178 of the Constitution points out that the judges are subject to the Constitution and statutes and does not mention international treaties.

Similarly to the constitutional rights and freedoms, the individual may claim the rights granted by a treaty by means of constitutional complaint. In this procedure the treaty is invoked not against an individual as such but against the State (although reasons for the complaint may have origin in a private-law act/relation). The constitutional complaint is restricted within narrow limits (see I (4)); it must charge a statute or regulation with incompatibility with ratified treaty – and at the same time – with infringement of constitutional rights and freedoms. The individual, therefore, may not in this way claim the application of the treaty to his case, or complain of e.g. non-application or improper application of treaty provisions by a court etc.

These questions were explained in two judgements of the Constitutional Tribunal. In the judgement of 8 June 1999,⁴⁹ the Tribunal held that the compliance of the legal act in question with the Constitution (and not with any other normative act) is the only subject of the constitutional complaint. The Tribunal examined whether it was possible to find any other link to international agreements to make the constitutional complaint possible. The claimant – a private company – argued that the failure of the common court to apply a treaty while deciding on the case infringed Article 9 of the Constitution (cited above) and other constitutional provisions concerning the position of treaties within the system of sources of law and the procedures for ratification and publication of treaties (Articles 89, 91 and 241). The Tribunal stressed that these provisions imposed obligations on the specified organs of the State but did not create any constitutional rights

⁴⁹ SK 12/98.

or freedoms for the citizens. It is then excluded that the subjects enjoying the right of complaint to the Constitutional Tribunal on the basis of Article 79 para 1, could use this legal measure in order to control how the organs of the State fulfil their constitutional obligations.

The Tribunal repeated and developed this thesis in the judgement of 10 July 2000.⁵⁰ It examined whether infringement of Article 7 of ECHR guaranteeing that a heavier penalty shall not be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed – and Article 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 – stipulating that in case of change of legislation the regulation more favourable for the perpetrator should apply – could constitute the basis for a constitutional complaint. The Tribunal observed that it might be proper to accept the idea that the term “constitutional freedoms or rights” used in Article 79 para 1 of the Constitution, referred also to the human and citizen’s rights provided for in the fundamental acts of international law such as the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 or ECHR. However, the individual could base his constitutional complaint on these acts only when he is able to invoke collateral constitutional right. The wording of Article 79 para 1 does not justify control of legality of a normative act on the basis of a norm of international law which is not enshrined in the Constitution.

Consequently, in a constitutional complaint a treaty has to be invoked together with the Constitution. This obviously might limit the scope of treaties able to be used like that. However, a case concerning the protection of rights of individual set out in a treaty (incompatibility of the statute with the treaty, etc.) may be brought before the Constitutional Tribunal also through the other procedures, and if so the link between the treaty provision and the constitutional norm is not required. These procedures are not instituted by individuals and are addressed against acts or omissions of the public authorities (see I (4)). Similarly, in the case of international procedures accepted by Poland, a complaint brought by an individual within the system of e.g. ECHR or the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, is a complaint against the State.

4. Application of treaties to private conduct by courts

The practice of the application of treaties in horizontal relations is not broad. Most frequently a treaty is invoked against the State. However, it is worth to notice that in the 80-ies when, due to political reasons, the

⁵⁰ SK 21/99.

direct applicability of treaties was questioned, the effect of a treaty in horizontal relations was recognised in some of the judgements, e.g. in the judgement of the Supreme Court of 14 June 1988. The case concerned protection of the trademark of the company “INTERAGRA” established in Paris. This trademark was then registered for the Polish enterprise in Poznań. The French company sought protection on the basis of Article 8 of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property of 1883, revised in Stockholm in 1967. The Supreme Court held that since the provision in question regulates the rights and duties of the subjects entering into private-law relations, it is suitable for direct application in internal law since the day of entry into force of the Convention towards Poland.⁵¹ Similarly, the Supreme Court in the judgement of 28 June 1989⁵² held that the international agreements concerning private law and family relations might constitute the basis for the court’s decision equally with the provisions of domestic law. Reasons for this may follow from the fact that, although at that time the Constitution contained no provision on the position of treaties within the domestic law, many statutes referred (as they still do nowadays) to international agreements. The International Private Law Act of 1965 (still in force) which in Article 1 para 2 provides that the provisions of the Act shall not apply if a treaty to which Poland is a party provides otherwise, may serve as a good example.

One of the treaties that are frequently applied is the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 1980. E.g. in the judgement of 18 November 1999⁵³ in case brought by Andreas P. against Urszula C. for return of a child on the basis of the above-mentioned Convention, the Supreme Court repealed the decisions of the lower courts and ordered Urszula C. to return the child back to his father. The Court referred to Article 12 of the Convention and agreed that in principle separation from the mother could not impede the return of the child illegally kidnapped to the State of his habitual residence.

If the system of national law has no lacuna or there is no obvious conflict between the international and the domestic norm, a treaty does not need to be applied directly. It is then sufficient to assure the compliance of the domestic law with a treaty through interpretation of existing domestic norm. This is the case of indirect applicability of international agreements. For indirect application of a treaty it does not matter neither the kind of procedure in which the treaty was concluded (questions of ratification, approval, publication, etc.) nor the nature of the provision of

⁵¹ II CR 367/87.

⁵² II CR 200/89.

⁵³ I CKN 992/99, similarly, II CKN 855/97 of 16 January 1998.

the treaty (whether self-executing or not). Undoubtedly, it is a very common way to apply treaties, in particular these concerning the protection of human rights.

An example of indirect application of a treaty in horizontal relations is the judgement of the Supreme Court of 13 November 1997. The action was brought by partners of non-commercial partnership against Jacek L. who exercised economic activity under a brand name "A..." and concerned the right to a word-graphic trade mark containing the word "A...".⁵⁴ The Court gave the interpretation of Article 5 of the Act of 1993 against Unfair Competition in the light i.a. of Article 8 of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property of 1883, revised in Stockholm in 1967. The Court referred also to the Europe Agreement establishing an association between the Republic of Poland and the European Communities, in particular to its Article 66 para 1 imposing on Poland the obligation not only to improve the protection of intellectual, industrial and commercial property rights but also to respect the obligations arising from other treaties, concluded earlier. The Court argued: "Nowadays it is impossible to accept that the adoption of the name (with unreasonable addition S.C.) by the plaintiffs, which actually has been used for many years as a trade mark by another firm – very well known and respected in the world market (and since the 80-ies in the Polish market), German company A. [...] is the legal use of the trade mark in the meaning of the Act against Unfair Competition." Further the Court held that: "by using this name the plaintiffs infringed the protection which Poland is obliged to guarantee for foreign trade marks and offended the good commercial customs (Article 3 para 1 of the Act)." This clearly suggests that, in opinion of the Court (we leave aside the question whether the reasoning is correct), the individual is bound by a treaty concluded by the State.

In most cases, the treaties are invoked by private parties in order to prove the existence of a conflict between the treaty and the statute which applies to the private-law relation in question. In such cases the constitutional collateral norm is frequently invoked (thus, reference to the treaty may have sometimes subsidiary character) and the action becomes in fact an action against the legislator. On the other hand, the courts are *ex officio* obliged to ensure the effectiveness of a treaty – even when the individual does not rely on the treaty provisions, the court can refer to a treaty in a particular case (in this sense the private-law relations are subject to international agreements).

In the case mentioned below the Supreme Court examined the compatibility of the statute with the treaty. It referred to the treaty to confirm

⁵⁴ I CKN 710/97.

the legality of the State activity as the legislator. Unlike in case of judicial review of constitutionality of the statutory law (see I (4)), the competence of the common courts to exercise such control in relation to compatibility of statutory law with treaties has, in principle, never been questioned. Therefore, the court, finding incompatibility of a statute with a ratified treaty, could just apply the treaty. It has, as it seems, historical explanation. The treaties were not subject to the review of the Constitutional Tribunal. Until 1997 the Constitution lacked a provision analogous to the present Article 188. Also, the Act on the Constitutional Tribunal of 1985 provided neither for the control of compatibility of statutes with international treaties, nor the control of compatibility of treaties with the Constitution. Up to 1990s, the Constitutional Tribunal rejected all attempts to extend the scope of its competence upon the international instruments.⁵⁵ The application of international agreements was the "natural" domain of the common courts. When they started to refer to international treaties more often after 1989, the Constitutional Tribunal began to take a different view on its own role and started to refer to the treaties as well.⁵⁶ Up till 1997 if it took international agreements into account, it considered this as an element of the rule of law principle embodied in Article 1 of the Constitution.⁵⁷

Nevertheless, let us return to the practice of the common courts. This is an example of a case where the court – according to the claims of the plaintiffs – examined the compatibility of a statute with a treaty, however, did not find any incompatibility. Anna Z. brought an action for annulment of resolutions of the commissionary board established for the joint-stock bank company, adopted on questions which were reserved by the statutory law for the general meeting of shareholders. The Court, while examining whether it was admissible to base the action against the decisions of the board on the Commercial Code, examined i.a. whether the level of protection

⁵⁵ See e.g. the judgements of 10 June 1987, case P/87, p. 16; and of 30 November 1988, case K 1/88.

⁵⁶ The Tribunal implicitly recognised the treaty as a source of law. On 30 November 1994 the Constitutional Tribunal answered positively the question posed by the ombudsman, whether the statute authorising the President to ratify an international agreement was subject to control from the point of view of its conformity with the constitution. The statute is inferior to the Constitution in the hierarchy of sources of law, so it should conform with the latter. It was then presumed that by control of the ratification law the treaty itself can be controlled as well.

⁵⁷ On the analysis of the jurisprudence of the Constitutional Tribunal cf. J. Oniszczyk, *Umowy międzynarodowe w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, "Państwo i Prawo" 1995, No. 7/14, p. 50 ff.; A. Stańczyk, *Umowy międzynarodowe a wewnętrzny porządek prawny w świetle doktryny i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, [in:] *Studia i Materiały*, edited by the Office of Constitutional Tribunal, Warszawa 1995, Vol. I, p. 159 ff.

granted the shareholders by the Code's provisions, fulfils the requirements set in Article 2, 21, 64 para 2, 77 para 2 and 78 of the Constitution and in Article 1 of the Protocol No 1 to ECHR and also in Article 6 of this Convention. The Supreme Court had no doubts that the answer should be positive. Otherwise – as follows from the judgement – the Commercial Code would have to be interpreted in the light of the principles of the Constitution and ECHR.

By this occasion the Court examined the compatibility of Article 105 of the Banking Act of 1989 with Article 64 of the Constitution which, according to the Court, guarantees the protection of property rights including the rights of shareholders. The Court noticed that, as it followed from Article 31 para 3 of the Constitution, the constitutional protection of rights was not absolute. This provision expresses the principle of proportionality (earlier derived from the general principle of the rule of law), i.e. the prohibition of excessive interference of the State in the sphere of rights and freedoms of the individual. Also Article 1 of the Protocol No 1 to ECHR indicates that the State-Party has not been deprived of the right to enact the law necessary to ensure the exercise of individual property rights in accordance with the public interest. Therefore, the provision of Article 105 which provides for the commissionary board the competence to pass resolutions encroaching on the rights of shareholders, remains in conformity with Article 31 para 3 of the Constitution and with Article 1 of the Protocol No. 1 to ECHR. This regulation, in due form, balanced the competing values: on one hand, the rights of the shareholders and on the other hand, the stability of the financial system and social peace – conditions for State security and public order – and the rights of the holders of bank accounts.

We mentioned above that a treaty norm might be also applied subsidiarily together with a collateral constitutional norm (frequent in relation to the prohibition of discrimination). It was so in e.g. two cases cited above (see I (5)). In the ruling of 18 September 1998⁵⁸ (concerning the establishment of necessary access road) the Supreme Court referred to Article 21 para 1 of the Constitution and to ECHR.

In the judgement of 7 December 1999,⁵⁹ concerning the request for reinstatement order, the Supreme Court held that Article 240 para 3 point 1 of the Labour Code is incompatible not only with Article 59 of the Constitution but also with the provisions of the ILO Convention No. 87 of 1948. According to the Convention, the domestic legislation should not infringe the guarantees provided for by the Convention or be applied as

⁵⁸ III CKN 609/97.

⁵⁹ N I PKN 438/99.

to infringe them (Article 8 para 2). The Court stressed that a statute could not restrict the autonomy of will of the parties to a collective labour agreement if an international agreement did not allow such restriction.

5. Application of treaties to private conduct and Constitutional Tribunal

The jurisdiction of the Constitutional Tribunal is – because of its nature – limited to examining the compatibility of statutes and other normative acts with ratified treaties (we leave aside the review of constitutionality of treaties). Therefore we can, only with certain approximation, use its practice for illustration of the application of the international agreements in the sphere of private law.⁶⁰ There is, e.g. a vast jurisprudence of the Tribunal concerning the application of the principle of non-discrimination to the labour relations or access to education, derived as well from international agreements. Already, in the judgement of 3 August 1987⁶¹ concerning the compatibility of the orders of the Minister of Health and Social Security of 1985 setting out the limits for admission of women and men to medical studies with the Constitution, the Tribunal while stating that the provisions of the orders were incompatible with the constitutional principle of equality and of equal rights for women, pointed out that the acts in question were also incompatible with Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 and Article 10 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. The Tribunal applied these treaties for interpretation of existing internal law.

In this context, the judgement of the Constitutional Tribunal of 29 September 1997⁶² seems interesting (request lodged by the Commissioner for Citizens' Rights). The Tribunal held that Article 44 para 2 point 1 of the Act of 1996 on the Civil Service was incompatible with the Constitution to the extent that it constituted the basis for termination of an employment with a female civil service officer, without her consent, earlier than termination with a male civil service officer. It is significant that for the interpretation of the meaning of the constitutional provision on equal rights for women and men the Tribunal carefully analysed the International Covenant on

⁶⁰ Eg. in the year 2000 the Constitutional Tribunal referred to international treaties in 10 cases. Only two of these cases could be classified as dealing with private law relations. The first dealt with the protection of property – Protocol 1 to ECHR (decision of 12 January 2000, P. 11/98); the second – termination of the employment of the governmental administration employees without the consultation with trade unions – Article 11 of the ILO Convention No 87 (decision of 13 March 2000, K. 1/99).

⁶¹ P 2/87.

⁶² TK K 15/97.

Economic, Social and Cultural Rights of 1966, ECHR, the European Social Charter and the UN Convention of 1979 on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. This judgement indicates that the Tribunal applies international law indirectly and that such indirect application may, as well, ensure full effectiveness of international law.

In the above case we treated the relations between the employer and the civil service officer as horizontal. Similarly, if relations between the patient and the physician – therein in relation to sick leaves – can be considered as “private-law,” we may then point out the judgement of the Constitutional Tribunal of 1998. In this case, already under the Constitution of 1997, the Tribunal recognised the provision of the Regulation of the Minister of Health and Social Security on certification of temporary inability to work, which obliged the physician to put the statistic number of the disease in the certificate, incompatible with the Constitution (Article 31 para 3, 47, 51 para 1, 2 and 5) as well as with Article 8 of ECHR and Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966. The Tribunal clearly based its decision (*ratio decidendi*) on international treaties.

III. Final Conclusion

Though, in the case of Poland, only a short period can be taken into account, and the practice is not vast, it shows that the Constitution of 1997 and international treaties are both applied in vertical as in horizontal relations. However, for the Constitution – it is rather the modest beginning of this practice. National courts when called upon to enforce private acts, inquire into the conformity of those acts with – first of all – statutes, and then principles of either constitutional or international law. This short practice makes it impossible to give a detailed list or a scope of these principles. The problem that might need clarification in the nearest future is whether rights of individuals may also be implied from the obligations of the State.

In comparison to statutes, the application of the Constitution or international treaties to private conduct, has some specific features due, on one hand, to the nature of these acts, in many cases their general character, on the other hand, the private nature of the relations in question. The awareness of the possibility of the direct application of the Constitution and of the international obligations taken by Poland is not deep enough, therefore the application of the Constitution and treaties depends rather on the judges of the common courts.

SECTION IV. B. 3.

Andrzej Mączyński

Professeur à l'Université Jagellonien de Cracovie,
Vice-Président du Tribunal Constitutionnel

Qualité pour agir devant le tribunal constitutionnel d'après le droit constitutionnel polonais

1. En abordant la problématique de la juridiction constitutionnelle en Pologne, rappelons que déjà la première (votée en 1921) des deux Constitutions qui étaient en vigueur en Pologne dans l'entre-deux-guerres comportait une disposition (art. 38), selon laquelle aucune loi ne pouvait être non conforme aux dispositions constitutionnelles. Notre Constitution suivante (de 1935) non seulement maintenait cette réglementation, mais elle l'élargissait également sur d'autres actes législatifs (art. 49, al. 2). En même temps, les deux Constitutions comprenaient les dispositions interdisant aux cours de droit commun d'examiner la validité des lois (et d'autres actes législatifs) régulièrement publiées, toutefois aucune d'elles ne prévoyait la mise en place d'un organe particulier autorisé à examiner la conformité des lois à la Constitution. Et cela bien que la création d'un tel organe ait été postulé à plusieurs reprises, tant en période de la préparation de la première Constitution que plus tard, à la charnière des années 20 et 30. De projets des dispositions appropriées étaient non seulement préparés, mais aussi présentés au Parlement. Leur vote n'a pas abouti.

Il est évident que l'organe de ce type n'a pas été prévu dans la Constitution de la République Populaire de Pologne de 1952. Cet état des choses découlait tant des raisons idéologiques (le dogme sur le rôle directeur du parti communiste) que des hypothèses admises sous leur influence par le droit constitutionnel de l'époque (le rejet du principe de séparation des pouvoirs au profit de la règle que la Diète est l'organe supérieur du pouvoir de l'État). Néanmoins, en période de la validité de cette Constitution, on admettait qu'une cour était en droit de refuser de faire appliquer une disposition d'un acte normatif du rang inférieur à la loi si elle n'était pas conforme à la loi. Cette possibilité reposait sur la disposition constitutionnelle

concernant l'une des garanties traditionnelles de l'indépendance du juge, à savoir: «des juges ne sont soumis qu'aux lois». Le rôle pratique de cette réglementation a bien crû en 1980 avec le retour de l'institution de juridiction administrative.

Face à ces hypothèses, c'était une sorte de paradoxe de voir qu'encore sous le régime totalitaire, on a introduit (la loi du 26 mars 1982 sur la modification de la Constitution) dans la Constitution de 1952, toujours en vigueur, une disposition sur l'existence du Tribunal Constitutionnel (désigné par l'abréviation TC ci-après) en tant qu'organe qui devait se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois et d'autres actes normatifs des organes centraux et suprêmes des pouvoirs d'État. Cette disposition s'est finalement trouvée au titre IV de la Constitution, précédant directement de dispositions, promulguées en même temps, sur le Tribunal d'État et de celles, introduites en 1957, sur la Chambre Suprême de Contrôle, c'est-à-dire avant le titre concernant les dispositions sur les tribunaux et sur le parquet. Cette disposition statuait que les arrêts du TC concernant la non conformité des lois à la Constitution sont encore examinés par la Diète tandis que les arrêts du TC prononçant la non conformité à la Constitution ou aux lois des actes normatifs autres que les lois sont définitifs. L'entrée en vigueur de cet amendement ne voulait pas dire que le TC avait été constitué. Cette disposition n'annonçait en fait que la promulgation d'une loi sur les compétences, le régime et la procédure du TC. La Constitution à elle seule ne se bornait qu'à statuer que les membres du TC (la Constitution ne les appelait pas «juges») sont désignés par la Diète d'entre les personnes remarquables de par leur érudition juridique, qu'ils sont indépendants et qu'ils ne sont soumis qu'à la Constitution.

De rudes litiges sur la forme et les tâches du TC se déroulant dans le milieu des décideurs à l'époque, bien au delà de l'entrée en vigueur de l'amendement constitutionnel susmentionné, ont fait qu'il fallait attendre plus de trois ans, jusqu'au 29 avril 1985, à la promulgation de la loi annoncée. Par contre, le premier arrêt où le TC a constaté la non conformité d'un arrêté du Conseil des Ministres à une loi à la base de laquelle il était promulgué, ne s'est fait pas du tout attendre. Même après la publication de son texte intégral en 1991, la loi sur le TC était encore plusieurs fois modifiée, surtout après le tournant politique de 1989. La jurisprudence du TC a joué un rôle important en application de cette loi dans la mesure où elle renforçait, graduellement mais de façon conséquente, la position de cet organe au sein du régime nouveau. Par contre, la disposition constitutionnelle concernant le TC n'a subi qu'une seule modification. A savoir, la loi du 7 avril 1989 a transmis au TC la compétence, ne revenant par le passé qu'au Conseil d'État, d'interpréter les lois, cette interprétation

ayant la qualité d'être généralement obligatoire. Cet élargissement des compétences du TC était lié à une liquidation simultanée du Conseil d'État, une sorte de tête de l'État collégial et au retour à l'institution de Président de la République existant en Pologne avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1952. Les bases constitutionnelles de l'institution du TC ainsi définies n'ont pas été modifiées par la Constitution dite «petite» votée le 17 octobre 1992 ne comportant que des dispositions relatives aux pouvoirs législatif, exécutif et aux collectivités territoriales. Les dispositions anciennes concernant le TC sont restées valables jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution actuelle, votée par l'Assemblée Nationale le 2 avril 1997 et qui est entrée en vigueur le 17 octobre 1997. La nouvelle loi sur le TC, abolissant la loi ancienne, est entrée en vigueur le même jour. A noter, la compétence de la Diète de rejeter l'arrêt du TC prononçant la non conformité d'une loi à la Constitution n'a disparu qu'après les deux premières années de la validité de la nouvelle Constitution, même si cette compétence y avait été réduite par rapport à l'époque antérieure. La persistance d'une telle réglementation faisait qu'en domaine de la non conformité des lois à la Constitution, le TC n'était pas en fait un organe décideur parce que son arrêt sur la non conformité n'était qu'une sorte de requête adressée à la Diète et visant à faire abroger une loi. On pouvait qualifier la compétence du TC en la matière comme une initiative législative négative. L'acceptation de son arrêt par la Diète n'entraînait non plus la disparition automatique de la force obligatoire d'une disposition concernée; pour ce faire, il fallait qu'elle soit abrogée ou modifiée par voie législative. En ce domaine, le TC a fait (par voie d'une interprétation obligatoire de la loi) un constat ayant une importance pratique considérable: en cas où la Diète manifeste un comportement passif, une disposition légale reconnue non conforme à la Constitution par le TC perd sa force obligatoire du moment de la publication de son arrêt par le Président du TC au Journal des Lois. Le TC a établi de la même façon que le droit qu'a la Diète de rejeter son arrêt, disparaît en cas des lois dont la conformité à la Constitution fait l'objet d'un examen préventif.

2. La Constitution actuellement en vigueur dispose dans son art. 10 que le régime de la République de Pologne repose sur la séparation des pouvoirs en pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. L'exercice du pouvoir législatif est confié à la Diète et au Sénat, le pouvoir exécutif revient au Président de la République et au Conseil des Ministres et celui judiciaire appartient aux tribunaux et aux cours. Les dispositions relatives aux organes exécutant le pouvoir judiciaire sont réunies au titre VIII de la Constitution. Celui-ci présente d'abord des dispositions générales statuant que les tribunaux et cours constituent un pouvoir autonome et indépendant

d'autres pouvoirs et qu'ils prononcent leurs arrêts au nom de la République de Pologne. Ensuite viennent les dispositions sur tribunaux et cours (Suprême de droit commun, administratives et militaires), celles relatives au TC (art. 188-197) et au Tribunal d'État. Il en résulte, vu le nombre d'articles, que l'étendue des questions régies directement par la Constitution actuelle est infiniment plus large que leur étendue ancienne, et il faut encore tenir compte d'autres dispositions concernant le TC qui apparaissent en d'autres titres de la Constitution. Il s'agit, par ex.: de la disposition régissant l'institution de plainte constitutionnelle, mise au titre relatif aux droits et libertés de l'homme et du citoyen, ce qui peut s'expliquer par le fait que la plainte constitutionnelle est l'une des mesures servant à la sauvegarde de ces droits. L'art. 197 de la Constitution prévoit que l'organisation du TC, ainsi que la procédure devant celui-ci seront déterminées par une loi particulière. Cette matière est régie par la loi précitée du 1 août 1997. Au cours de quatre années de sa validité, il n'y avait que quatre petits amendements de ses dispositions (en vertu de: la loi du 12 mai 2000 sur la modification de la loi sur le Défenseur des droits civiques; la loi sur la modification du Code de procédure civile et sur la modification de certaines autres lois; la loi du 9 juin 2000 sur la modification de la loi sur le TC et de la loi - Droit du régime des cours de droit commun et de certaines autres lois; la loi du 27 juillet 2001 - Droit sur le régime du cours de droit commun), dont les dispositions concernant l'institution de plainte constitutionnelle et de question juridique. Bien que la loi en question soit promulguée sur une annonce expresse faite dans la Constitution, son rang reste le même que celui d'autres lois, le système constitutionnel polonais ne connaissant pas l'hierarchisation des lois. En quelques endroits cette loi implique une application appropriée d'autres lois, à savoir, le code de procédure civile, le code de procédure pénale et le droit du régime des tribunaux de droit commun. L'art. 79 susmentionné de la Constitution renvoie également à la réglementation légale en matière du dépôt de la plainte constitutionnelle et cette réglementation s'est trouvée dans la loi sur le TC.

La fonction fondamentale du TC est de contrôler la conformité des dispositions juridiques à des dispositions d'un rang supérieur dans le système juridique hiérarchisé. Ce contrôle est exercé par une activité jurisprudentielle consistant à prononcer les arrêts et les jugements constatant l'existence d'une relation de conformité ou de non-conformité entre une disposition contrôlée et une disposition servant de référence (modèle, critère) pour ce contrôle. Suite à l'arrêt sur la non conformité, la disposition contrôlée perd sa force obligatoire, cette perte prenant l'effet le jour de la publication de l'arrêt du TC dans un organe de promulgation approprié, ou à une date postérieure déterminée par le TC. (art. 190 al. 3 de la Constitution). Un

trait caractéristique de l'activité jurisprudentielle du TC est qu'elle n'est mise en oeuvre que sur l'initiative d'un sujet compétent, externe par rapport au TC. Sous le régime juridique ancien, le TC pouvait également agir d'office, mais il ne le faisait pas en pratique.

L'art. 188 point 1-3 de la Constitution parle expressément du contrôle de la conformité des lois et des traités internationaux à la Constitution, du contrôle de la conformité des lois à des traités internationaux ratifiés, dont la ratification exige l'autorisation préalable exprimée par une loi (cette exigence concerne les traités internationaux ayant trait aux matières visées par l'art. 89 al. 1 de la Constitution) et du contrôle de la conformité des dispositions juridiques, promulguées par des organes centraux de l'État, à la Constitution, aux traités internationaux ratifiés et aux lois. Il s'agit de toutes les dispositions, l'abstraction faite de la date de leur promulgation, pourvu qu'elles soient en vigueur en date de l'arrêt du TC. A la lumière de la jurisprudence bien constante, cette exigence est remplie aussi en cas où malgré, son abrogation formelle, une disposition reste applicable (par ex. en vertu d'une norme intertemporelle pertinente dans la mesure où elle implique une évaluation juridique des événements survenus avant son abrogation). En plus, l'art. 39, al. 3 de la loi sur le TC, ajouté par la loi du 9 juin 2002, admet que celui-ci se prononce sur les dispositions qui ne sont plus en vigueur, en cas où cette prononciation est indispensable pour protéger les droits et les libertés constitutionnels.

Selon la Constitution entrent également dans le champs de compétences du TC:

- statuer sur la conformité à la Constitution des objectifs ou des activités des partis politiques (art. 188, point 4),
- trancher le conflit de compétence entre les organes centraux constitutionnels de l'État (art. 189),
- décider s'il existe un empêchement intérimaire dans l'exercice de ses fonctions par le Président de la République et de confier provisoirement au Président de la Diète (Maréchal selon la terminologie constitutionnelle polonaise) l'exercice des tâches du Président de la République (art. 131, al. 1 phrases 2 et 3).

Conformément à l'art. 4 al. 2 de loi, le TC peut présenter à d'organes statuant le droit d'observation sur les défauts et lacunes constatés dans la loi, dont l'élimination est indispensable pour garantir une cohérence du système juridique.

Par contre, le TC polonais n'a droit de se prononcer ni sur la validité des élections et des référendums (c'est une compétence revenant à la Cour suprême), ni sur la responsabilité constitutionnelle (c'est une compétence du Tribunal d'État). Il ne se prononce non plus sur l'incapacité du Président de la République d'exercer son office pour cause de l'état de sa santé parce

que cette compétence est réservée à l'Assemblée Nationale. Le droit constitutionnel actuellement en vigueur ne connaît pas d'institution d'une interprétation généralement obligatoire des lois, cette compétence revenant au TC dans les années 1989-1997. La liquidation de cette institution n'a pas pourtant privé le TC d'opportunité de prononcer les jugements dits d'interprétation constatant qu'une interprétation définie d'une dispositions donnée est conforme (ou non conforme) à la Constitution.

3. Le sujet autorisé peut saisir le TC par trois voies, à savoir: une requête, une question juridique ou une plainte constitutionnelle. La liste des sujets compétents pour déposer une requête est donnée dans la Constitution elle-même. Cette liste est différenciée en fonction de la matière concernée; en cas du contrôle de la conformité à la Constitution des règles juridiques, des objectifs ou des activités d'un parti politique les sujets autorisés sont différents qu'en cas de la solution d'un conflit de compétence ou du constat sur l'empêchement du Président de la République dans l'exercice de ses fonctions. La Constitution précise également qui et en quelle circonstance peut poser au TC une question juridique ou porter une plainte constitutionnelle, lesquelles ont un poids égal à une requête pour mettre en oeuvre le contrôle des règles juridiques par le TC.

L'abstraction faite de nature de l'acte (la requête, la question juridique ou la plainte constitutionnelle) qui initie la procédure du contrôle par le TC, elle se déroule en principe de la même façon, et l'effet d'un arrêt émis par le TC reste identique. La pratique connaît des cas des délibérés où sont considérés conjointement soit plusieurs requêtes, plusieurs questions juridiques et plusieurs plaintes constitutionnelles, soit une plainte et une question juridique à la fois.

Comme indiqué ci-dessus, le droit de mettre en oeuvre le contrôle des règles juridiques découle directement de la Constitution. Le catalogue des sujets autorisés à adresser les requêtes est large. Il comprend tant des organes de l'État que ceux de certaines associations à caractère bénévole.

4. La liste des sujets autorisés à déposer une requête est ouverte par le Président de la République de Pologne. Les dispositions qui le concernent se trouvent au titre V (art. 126-145 de la Constitution). Parmi les tâches fondamentales du Président, la Constitution indique, et cela en premier chef, «veiller au respect de la Constitution». Les requêtes du Président adressées au TC sont exemptes de contre-signature (art. 144 al. 2 et 3 point 9). Seul le Président est autorisé à mettre en oeuvre non seulement un contrôle consécutif, mais aussi celui préventif de la constitutionnalité des actes normatifs. Cette dernière possibilité concerne les lois et les traités internationaux, restant en un rapport très étroit à la participation du

Président à la procédure législative et à sa compétence de ratifier les traités internationaux.

A savoir, avant de signer la loi, que le Président de la Diète soumet au Président après le vote de celle-ci, le Président a droit de saisir le TC pour «cause de la conformité de la loi à la Constitution». Il résulte des dispositions des lois sur le TC qu'une telle requête, tout comme d'autres requêtes, doit comporter une/des reproche/s justifiée/s sur la contradiction à la Constitution. Cette requête est examinée par le TC selon la procédure normale. Une exception ne concerne que la requête relative à la loi budgétaire ou à la loi de budget provisoire – le délai légal pour considérer celle-ci est de 2 mois à compter de la date du dépôt de la requête (art. 224 al. 2 de la Constitution), la Constitution ne précisant pas d'ailleurs l'effet du non respect de ce délai. En cas où la conformité est constatée, le Président signe la loi et il ne peut pas donc avoir recours à son droit de la renvoyer à la Diète pour que celle-ci la vote de nouveau. Soulignons que dans le cas où le Président use de ce droit, un contrôle préventif d'une loi donnée (après qu'elle est votée de nouveau) est exclu. En cas où une non conformité de la loi à la Constitution est constatée, le Président refuse de la signer ce qui termine la procédure législative. Il est encore admissible que la loi est signée, les dispositions reconnues non conformes à la Constitution par le TC exceptées. Pourtant, seul le cas où le TC décide que les dispositions contestées ne sont pas inséparablement liées au texte de toute la loi autorise cette solution. D'habitude, en cas où le TC se prononce dans cette procédure sur la non conformité de certaines dispositions seulement d'une loi, son arrêt statue positivement ou négativement sur cette matière.

Le Président peut adresser au TC sa requête qui met en oeuvre un contrôle préventif de la conformité d'un traité international à la Constitution, avant que ce traité ne soit ratifié (art. 133 al. 2 de la Constitution). Les dispositions constitutionnelles polonaises connaissent deux procédures de ratification: elle se fait soit conformément à une autorisation préalable exprimée par une loi, soit sans un tel mandat. Dans les deux cas, c'est le Président de la République qui est compétent pour faire la ratification.

La requête en vue d'effectuer un contrôle préventif d'une loi ou d'un traité international est examinée par le TC en corps statuant complet. Cette exigence peut être justifiée par une difficulté particulière qu'impose une évaluation des dispositions qui n'ont jamais été appliquées. La même raison justifie la thèse que dans le cadre d'un contrôle préventif, une présomption de conformité d'une loi à la Constitution est particulièrement forte. Notons toutefois, l'arrêt sur leur conformité n'exclut pas à priori un nouveau contrôle de ces mêmes dispositions après leur entrée en vigueur.

Le Président peut également adresser au TC des requêtes concernant les lois déjà en vigueur, ou autres actes normatifs, mais en pratique il ne le fait pas.

5. Tous les autres sujets ne peuvent qu'initier un contrôle consécutif. Un acte normatif (ou une disposition particulière de celui-ci) qui a été déjà promulgué peut faire l'objet de ce contrôle, même s'il n'a pas encore acquis la force obligatoire (il s'agit des cas où le TC est saisi en période précédant la date de l'entrée en vigueur d'une disposition donnée).

Certains organes unipersonnels visés aux dispositions de la Constitution ont la qualité pour agir devant le TC mettant en oeuvre un tel contrôle. Conformément à l'art. 191 al. 1 point 1 de la Constitution, sont munis de cette qualité:

- le Président de la Diète,
- le Président du Sénat,
- le Président du Conseil des Ministres,
- le Premier Président de la Cour Suprême,
- le Président de la Haute Cour Administrative,
- le Président de la Chambre Suprême du Contrôle,
- le Défenseur des droits civiques.

La pratique montre que le Défenseur des droits civiques utilise très souvent ce pouvoir. Ce n'est pas étonnant dans la mesure où la tâche de cet organe est de sauvegarder les droits et les libertés de l'homme et du citoyen visées à la Constitution et en d'autres actes normatifs (art. 208, al. 1). Les requêtes sont signées soit par le Défenseur des droits civiques (désigné par l'abréviation DDC ci-après), soit par son adjoint (la nomination de ce dernier étant régie non par la Constitution, mais par les dispositions de la loi sur le DDC).

Une particularité apparaît à l'art. 191 al. 1 point 1 de la Constitution où la qualité en question est attribuée à l'organe dont l'activité et la procédure de sa nomination sont déterminées hors la Constitution. Il s'agit en occurrence du Procureur de la République. Conformément à la loi du 20 juin 1985 sur le Parquet, c'est le Ministre de la Justice qui remplit ses fonctions. Nous pouvons voir en cette disposition soit un reliquat d'une ancienne position idéologique du Parquet, constitutionnellement déterminée, soit une amorce de la formation d'une position spécifique du Ministre de la Justice. A noter que, conformément à la loi sur le TC, le Procureur de la République participe à chaque procédure se déroulant devant le TC.

6. La Constitution attribue les compétences en question à de groupes suffisamment nombreux de membres de chacune de deux organes du pouvoir législatif, c'est-à-dire de la Diète (460 députés) et du Sénat (100 sénateurs). Conformément à l'art. 191 al. 1 point 1, leurs nombres nécessaires sont respectivement: 50 députés et 30 sénateurs. L'attribution d'une telle possibilité aux parlementaires repose sur une tendance visant à permettre aux représentants de l'opposition parlementaire d'initier le contrôle des

règles juridiques. Notons encore que le seuil numérique requis du groupe parlementaire ayant la qualité pour agir devant le TC est élevé, supérieur à celui indispensable pour mettre en oeuvre l'initiative législative (15 députés au moins et 10 sénateurs). Comme la qualité de saisir le TC et de supporter la requête appartient à des personnes concrètes, il est admis que la perte du mandat parlementaire (suite à l'expiration du mandat en particulier), cause que le TC prononce le non lieu de la procédure mise en oeuvre par cette requête. Jusqu'alors les députés faisaient l'usage de ce droit beaucoup plus fréquemment que les sénateurs.

7. Le Conseil National de Magistrature est l'organe collégial constitutionnel autorisé à saisir le TC avec ses requêtes (art. 191 al. 1 point 2 de la Constitution). Ses tâches et la procédure de sa nomination sont définies par l'art. 186 et 187 de la Constitution. Le Conseil National de Magistrature n'a la qualité d'agir devant le TC et de lui soumettre ses requêtes que s'agissant des actes normatifs relatifs à l'autonomie des tribunaux et à l'indépendance des juges. La nature de sa compétence est donc bornée par rapport à celle des organes présentés ci-dessus. Cette limitation reste en un rapport étroit à l'étendue de ses tâches cernée par la Constitution. Nous pouvons dire que son droit de saisir le TC n'est pas sa compétence à part entière, mais un outil qui permet une réalisation intégrale et efficace de ses tâches constitutionnelles. Le fait d'insérer à l'art. 186 al. 2 une mention sur la conformité à la Constitution (exclusivement), suggère que le domaine d'autonomie des tribunaux et d'indépendance des juges doit être nécessairement régi par une loi.

Une limitation pareille est valable pour les autres sujets visés à l'art. 191 al. 1 de la Constitution. Chacun de ces sujets ne peut mettre en cause, dans sa requête adressée au TC, que ces actes normatifs (les dispositions) qui ont trait, suivant la rédaction de la Constitution, aux affaires relevant du domaine de son activité. La jurisprudence du TC entend cette condition de fond de façon stricte parce qu'elle admet que l'objectif de cette réglementation est de donner à de sujets définis un outil supplémentaire pour leur faciliter l'exercice de leurs fonctions de base et non de leur imposer une tâche supplémentaire consistant à mettre en oeuvre un contrôle des règles juridiques. Or, une requête adressée au TC ne peut concerner que le domaine propre à l'activité d'un sujet donné. Il ne s'agit pas de toutes les dispositions qui sont applicables ni de celles qui ont été réellement appliquées eu égard à un sujet donné. En fait, il ne s'agit que de celles qui concernent les tâches spécifiques de ce sujet, déterminées soit par la Constitution, soit par une loi, soit enfin, de la façon auxiliaire, par ses statuts fondés sur l'une ou sur l'autre.

En ce contexte, la doctrine distingue des sujets qui ont la qualité (légitimation ou capacité) spéciale, limitée, individuelle ou conditionnelle pour agir avec devant le TC.

La procédure du délibéré sur les requêtes déposées par les sujets visés à l'art. 191 al. 1 point 3-5 présente une certaine particularité. Elle repose sur une instruction préliminaire, suivant immédiatement le dépôt de la requête au TC, au cours duquel le juge vérifie si la requête remplit les conditions légales, dont si elle est rédigée par un sujet ayant la qualité requise. En cas où des défauts constatés sont éliminables, le juge demande au requérant de la corriger dans un délai donné. Cette phase de la procédure est terminée au moment où le juge rend la décision soit de continuer la procédure ou soit de refuser donner suite. Cette dernière décision peut faire l'objet de la plainte en annulation qui est examinée par le corps de trois juges lesquels, en fonction de leur évaluation du bien-fondé des reproches contenues dans la plainte, peuvent admettre la plainte ou ne pas l'accepter. Le refus de donner suite à la requête peut être justifié par son mal-fondé évident.

8. En dehors des sujets qui disposent de la qualité d'agir devant le TC, visés nominativement à l'art. 191 al. 1, la Constitution énumère aussi, dans le même article, al. 1 point 3-5 des sujets autorisés à agir devant le TC qui sont définis en fonction de leur nature. Le premier groupe est constitué d'«autorités délibérantes des collectivités territoriales» (par ex. le conseil municipal ou le conseil communal). Conformément à l'art. 16 de la Constitution, l'ensemble des habitants d'un territoire constituant unité du partage administratif de l'État représente une collectivité autogérée.

Une collectivité territoriale participe à l'exercice du pouvoir public en accomplissant, en son propre nom et sous sa propre responsabilité, cette partie de tâches publiques qui ne sont pas réservées, en vertu de la Constitution ou de la loi, à d'autres autorités publiques. Les collectivités territoriales accomplissent leurs tâches par l'intermédiaire d'autorités délibérantes et ceux exécutives (art. 169 al. 1). Les autorités délibérantes ont un caractère collégial ce qui fait qu'une démarche en vue de saisir le TC doit être précédée d'une résolution appropriée d'une autorité donnée. À la lumière de la réglementation légale en vigueur, ces autorités sont les suivantes: le Conseil communal (ou municipal), le Conseil du poviât et le Conseil de voïvodie. En pratique, ces organes, surtout les organes des unités de base, saisissent souvent l'opportunité qui leur est accordée. Pour être tout à fait exact, soulignons que le sujet réellement muni de compétence en question n'est pas, contrairement au texte de la loi, l'autorité elle-même, mais unité de la collectivité territoriale agissant par l'intermédiaire de cette autorité. Cette observation concerne également des sujets traités plus loin.

9. Le deuxième des groupes considérés est constitué d'organes des syndicats (de travailleurs et patronaux) du niveau national, de pouvoirs

nationaux des organisations professionnelles. L'explication de ces notions n'est pas difficile. La Constitution en parle tant en rapport avec une garantie de la liberté de création et d'activité de ces associations (art. 12, art. 59 al. 1 et al. 4 où cette liberté particulière est un élément de la liberté générale de s'associer garantie par l'art. 58) qu'en relation avec leurs tâches. À la lumière de ces dispositions, on admet qu'un syndicat de travailleurs est une association des personnes physiques et un syndicat d'employeurs est une association des personnes (physiques ou morales) qui embauchent les travailleurs. Ces associations exercent leurs activités conformément aux lois, à savoir la loi du 23 mai 1991 sur les syndicats de travailleurs et, promulguée à la même date, la loi sur les syndicats d'employeurs. Le constat ci-dessus ne dissipe pas tous les doutes liés à la définition du syndicat de travailleurs et de celui d'employeurs au sens de l'art. 191 al. 1 point 4 de la Constitution parce que les lois susmentionnées statuent qu'il est possible de créer encore d'autres organisations, soit celles qui font associer non les travailleurs ou les employeurs, mais les syndicats et organisations patronaux, soit celles qui agissent comme les structures internes de ceux-ci. La Constitution fait comprendre que le droit de saisir le TC ne revient qu'à des syndicats du niveau national, ceux donc dont le territoire d'activité s'étend (peut s'étendre) sur tout le territoire national.

De problèmes plus sérieux apparaissent lorsqu'on aborde la notion d'organisation professionnelle. Ils apparaissent du fait que, d'une part, la Constitution ne se sert nulle part de cette notion et, d'autre part, qu'une loi sur les organisations professionnelles (similaire aux lois sur les syndicats susmentionnées) fait également défaut. La Constitution ne parle que d'«organisations sociales et professionnelles d'agriculteurs» et d'«organisations autogérées, représentants des personnes exécutant les professions de confiance publique». La jurisprudence du TC ne permet pas d'intégrer à la notion utilisée à l'art. 191 al. 1 point 4 de la Constitution ni le premier, ni le deuxième des termes ci-dessus. Elle ne comporte que les organisations associant des personnes physiques de la même profession, en vue de la protection de leurs droits et intérêts liés spécifiquement à l'exercice de cette profession.

En pratique, le TC est saisi par tous les trois types d'associations, c'est-à-dire: les syndicats de travailleurs, ceux d'employeurs et les organisations professionnelles.

10. Le troisième des groupes des sujets visés à l'art. 191 al. 1 point 5 de la Constitution ce sont les églises et autres associations cultuelles. Ces organismes apparaissent également à l'art. 25 de la Constitution. La liberté de leur création et de leur activité est l'une des manifestations de la liberté de conscience et de culte garantie par l'art. 53 de la Constitution. En

Pologne, la nature des dispositions légales en vigueur concernant les organisations cultuelles est différenciée. Les dispositions de la loi du 17 mai 1989 sur les garanties de la liberté de conscience et de culte, amendées à plusieurs reprises, sont d'une portée générale. L'art. 11 al. 3 de cette loi dispose que les églises et les associations cultuelles ont droit de saisir le TC selon les règles et selon la procédure définies par les dispositions sur le TC. Les relations entre l'État et certaines églises et associations cultuelles sont régies par d'autres lois, conformément aux accords conclus par le Conseil des Ministres avec les représentants mandatés d'une église ou d'une association cultuelle donnée. Les lois promulguées jusqu'alors en la matière concernent plusieurs églises chrétiennes présentes en Pologne et une association cultuelle des communautés juives. Le rapport entre l'État et l'Église catholique est réglementé par le concordat conclu avec le Saint-Siège, ainsi que par une loi promulguée encore avant la conclusion de celui-ci. Même si l'art. 191 al. point 5 de la Constitution ne l'exige pas explicitement, il faudrait admettre que le droit considéré ne peut être utilisé que par une association cultuelle à un «statut juridique régulier», ce qui veut dire qu'en cas d'une association cultuelle dont la position juridique n'est pas réglementée par une loi particulière, cette association doit être inscrite au registre des églises et d'autres associations cultuelles, tenu conformément à la loi susmentionnée sur les garanties de la liberté de conscience et de culte.

11. Poser la question juridique (art. 193 de la Constitution) constitue une autre démarche afin d'initier une procédure de contrôle des règles juridiques par le TC. Toute juridiction est compétente de poser une question juridique. On entend par là le corps statuant sur l'affaire en procédure se déroulant devant une cour de droit commun, une cour militaire, une cour administrative ou devant la Cour suprême. La conformité d'une disposition applicable dans une affaire donnée, à la Constitution, à un traité international ratifié ou à une loi, peut faire l'objet de cette question. La saisie du TC par voie de question juridique dépend dans quelle mesure la solution de l'affaire dépend-t-elle de la réponse à la question posée. Cette condition implique donc qu'il existe une relation pertinente entre une disposition donnée et l'affaire considérée par un tribunal concerné. Or, la conviction prise par le corps statuant concerné sur la non conformité d'une disposition juridique applicable à la Constitution, à un traité international ratifié ou à une loi, constitue les motifs pour poser une question juridique. Conformément à la loi sur le TC, la question juridique doit, tout comme la requête, présenter des motifs justifiant la non conformité d'une disposition donnée à la disposition concrète de la Constitution, d'un traité international ratifié ou d'une loi. La question juridique ne peut pas

intervenir en dehors d'une procédure se déroulant devant un tribunal donné; ce tribunal peut la poser à chaque phase de la procédure jusqu'au moment où il prononce un jugement clôturant la procédure à l'instance donnée. Une partie à la procédure peut demander à la cour concernée de saisir le TC et lui poser une question juridique, mais celle-ci ne pas liée par cette demande. La présentation d'une question juridique doit normalement s'accompagner d'une suspension de la procédure en affaire jusqu'à ce que le TC n'apporte pas sa solution. La loi sur le TC passe ce sujet sous silence, parce qu'en fait il s'agit des problèmes qui doivent être réglés par des dispositions régissant la procédure dans des affaires d'un type donné. Sauf cour, au sens constitutionnel de ce terme, aucun organe ne peut saisir le TC pour lui poser une question juridique. Il paraît que le Tribunal d'État, malgré une dénomination différente, peut être considéré comme une cour au sens constitutionnel.

La fonction de la question juridique est la même que celle de la requête adressée au TC par l'un des sujets visés à l'art. 191 al. 1 de la Constitution. Le contrôle exercé suivant ce mode est appelé parfois «contrôle concret» (en opposition au «contrôle abstrait» mis en oeuvre par la requête). L'avantage de ce mode est non seulement de priver une disposition non conforme à une disposition d'un rang supérieur de sa force obligatoire, mais qu'il prévient également son application dans une affaire considérée.

Conformément à la jurisprudence bien constante du TC, une cour de droit commun n'a pas droit, à lui seul, de refuser d'appliquer une disposition de la loi qu'il considère non conforme à la Constitution. Or, en cas où la constitutionnalité de la disposition suscite de réserves du corps statuant, il est tenu de saisir le TC et de lui adresser une question juridique. Il est intéressant de constater qu'on rencontre des opinions contraires dans la jurisprudence de la Cour suprême. Quoi qu'il en soit, le nombre des questions juridiques posées par les tribunaux de droit commun et par la Haute Cour administrative va régulièrement croissant.

12. Le troisième instrument susceptible de mettre en oeuvre le contrôle des règles juridiques c'est la plainte constitutionnelle visée à l'art. 79 de la Constitution. Conformément à la systématique admise en celle-ci, la plainte est l'une des mesures de protection des droits et des libertés de l'homme et du citoyen. Cette mesure peut être utilisée par «chacun» qui est sujet de l'une des libertés ou de l'un des droits prévus par la Constitution. Toute personne, indépendamment de sa nationalité (les dispositions constitutionnelles ne se rapportant aux libertés et aux droits que des ressortissants polonais y sont peu nombreuses), peut être sujet de ces droits et libertés. Conformément à la jurisprudence du TC, le mot «chacun» utilisé à l'art. 79 de la Constitution comprend aussi des sujets qui ne sont pas des personnes

physiques, en particulier les personnes morales de droit privé. Les droits et libertés qui peuvent être protégés par voie de plainte constitutionnelle sont régis par les dispositions de la Constitution intégrées avant tout, mais pas seulement, à son titre II. Il est exclu d'user la plainte constitutionnelle afin de protéger le droit d'asile et le droit à obtenir un statut de réfugié (art. 79 al. 2 en rapport à l'art. 56 de la Constitution). Les doutes de la doctrine, quant au manque de possibilité de recourir à la plainte constitutionnelle pour protéger ces droits et libertés économiques, sociaux et culturels qui, selon l'art. 81 de la Constitution, «ne peuvent être poursuivis que dans les limites définies par la loi», n'ont pas été partagés par le TC. Selon l'avis de celui-ci, il faut distinguer deux notions, à savoir: la notion de «poursuivre un droit par l'ayant droit» de celle d'«initier le contrôle de la conformité de la disposition légale régissant ce droit à une disposition constitutionnelle concernée». La plainte constitutionnelle n'est pas admissible en cas d'une violation d'une disposition de la Constitution qui n'est pas déterminante pour un droit ou une liberté subjectif/ve. La personne qui saisit le TC doit démontrer qu'un droit ou qu'une liberté du rang constitutionnel lui revenant est violé/e. Il s'agit là d'une violation qualifiée, faite par une décision définitive, délivrée dans l'affaire du plaignant par un tribunal ou par une administration publique. Des droits, libertés ou devoirs constitutionnels du plaignant doivent nécessairement faire l'objet de cette décision. Pour cette raison, la jurisprudence du TC n'admet pas de plaintes constitutionnelles reposant sur la seule reproche que le principe d'égalité est violé, sous réserve que cette violation ne concerne pas le domaine des droits et libertés constitutionnels du demandeur. L'exigence que la solution soit «définitive» veut dire que la décision qui la comporte ne peut plus être abrogée par voie d'une procédure normale et que le plaignant a épuisé toutes les mesures juridiques qui lui sont accessibles (art. 46 al. 1 de la loi sur le TC, dans sa rédaction modifiée par la loi du 9 juin 2000, parle de l'«épuisement des voies de droit, dans la mesure où celles-ci sont prévues»). La plainte constitutionnelle ne vise pas pourtant la décision telle quelle, mais une disposition juridique à la base de laquelle cette première est émise. En cas où le TC prononce un arrêt tenant compte de la plainte constitutionnelle, cette disposition perd sa force obligatoire ce qui permet au plaignant de faire reprendre son affaire par l'organe qui a définitivement statué dans celle-ci. Toute personne dont l'affaire a été également jugée/décidée à la base de la disposition reconnue non conforme à la Constitution a la même possibilité. Comme la réglementation constitutionnelle des effets de l'arrêt du TC est uniforme et indépendante de la cause mettant en oeuvre la procédure à l'issue de laquelle cet arrêt est prononcé (l'art. 190 al. 4 de la Constitution), les effets de celui-ci en cas de la plainte sont les mêmes qu'en tout le cas où le TC est saisi. Les conditions de reprise de l'affaire sont définies par les dispositions concernant des procédures particulières.

Il résulte de ces considérations, reposant sur la rédaction de l'art. 79 de la Constitution, que le contrôle des règles juridiques réalisé en procédure intentée suite à une plainte constitutionnelle a une portée plus réduite qu'un contrôle mis en oeuvre par le dépôt d'une requête ou d'une question juridique. Le TC ne peut vérifier que la conformité d'une disposition contestée à une disposition de la Constitution (une disposition d'un traité international ou celle d'une loi est donc exclue) et, en plus, à celle uniquement régissant un droit ou une liberté subjectif/ve du plaignant. La fonction de la plainte constitutionnelle est de sauvegarder les droits et libertés constitutionnels de l'individu, cette protection se traduisant par l'élimination du système juridique de dispositions dont le contenu est non conforme à la Constitution et qui provoquent par cela une violation de ces droits ou libertés. C'est pourquoi, il paraît que la terminologie utilisée par la Constitution n'est pas tout à fait adéquate et que le terme de «plainte relative aux droits fondamentaux», s'inspirant de la terminologie allemande (*Grundrechtsbeschwerde*), aurait été mieux à sa place.

Conformément à l'art. 79 de la Constitution, une plainte constitutionnelle peut être déposée «selon les règles définies par la loi». Les dispositions de la loi sur le TC en vigueur prévoient encore d'autres conditions qu'une plainte constitutionnelle doit remplir. Avant tout, elle doit être déposée avant l'expiration d'un délai à compter de la réception de la notification de la décision définitive (par ex. un arrêt de la cour et une décision administrative). Ce délai est de trois (deux par le passé) mois. Une copie de cette décision doit être jointe à la plainte. Une autre limitation consiste en rédaction obligatoire de la plainte par l'avocat ou par le conseiller juridique (à moins que le plaignant ne soit juge, procureur, notaire, professeur ou docteur habilité en sciences juridiques). Les dispositions sur les droits à payer, modestes par ailleurs, sont abrogées. En prononçant un arrêt qui tient compte de la plainte constitutionnelle, le TC oblige par l'organe qui a délivré l'acte normatif mis en cause de rembourser au plaignant les frais de procédure devant le TC. Dans de cas particuliers, ce remboursement peut être accordé même en cas où la plainte constitutionnelle n'est pas prise en compte.

La plainte constitutionnelle déposée au TC est soumise à l'instruction préliminaire, analogue à celle appliquée en cas des requêtes déposées par les sujets visés à l'art. 191 al. 1 point 3-5 de la Constitution. Le TC notifie au DDC qu'il donne suite à la plainte; celui-ci peut déclarer sa participation dans cette procédure dans le courant de 60 jours à compter de la date de la réception de cette notification. A la lumière de la jurisprudence, cette participation ne donne pas au DDC les droits qu'il a normalement lorsqu'il intervient en plaignant. En tant qu'un sujet impliqué dans la procédure, le DDC ne peut pas élargir des reproches

contenues dans la plainte constitutionnelle en postulant l'examen d'autres dispositions de la loi qui ne sont pas indiquées par le plaignant. Le TC accepte par contre si le DDC, en indiquant d'autres dispositions de la Constitution, fait élargir les critères de son contrôle.

Une autre particularité procédurale caractéristique pour la procédure mise en oeuvre par une plainte constitutionnelle réside en fait qu'au moment où tous les participants à la procédure sont d'accord que la disposition mise en cause n'est pas conforme à la Constitution, le TC peut prononcer un jugement définitif en séance en chambre du conseil et non en audience.

Le contrôle de la constitutionnalité des dispositions du droit réalisé en procédure intentée par une plainte est un contrôle consécutif; il est aussi concret et non abstrait, de même que le contrôle réalisé suite à une question juridique. Par contre, si le fait de poser une question juridique doit prévenir le prononcé d'un arrêt reposant sur une disposition non conforme à la Constitution. C'est la promulgation d'un arrêt reposant sur la disposition contestée qui est une condition de fond déterminante pour le dépôt d'une plainte constitutionnelle. Il en résulte qu'il est facile de comprendre la présence dans la loi sur le TC d'une disposition qui permet au TC de rendre une décision incidente qui suspend ou arrête l'exécution de l'arrêt dans l'affaire concernée en cas où l'exécution de cet arrêt risque de produire des effets irréversibles, impliquant soit un grave préjudice du plaignant, soit un important intérêt public ou un intérêt important du plaignant l'exige.

13. Jusqu'ici nous avons parlé de la procédure relative au contrôle des règles juridiques. S'agissant d'autres procédures se déroulant devant le TC, à savoir: la procédure dont l'objet est d'examiner la conformité à la Constitution des objectifs ou des activités d'un parti politique ou le conflit de compétence entre les organes de l'État constitutionnels centraux, ou bien le constat sur l'empêchement temporaire du Président de la République dans l'exercice de ses fonctions, la règle obligatoire est que chacune de ces procédures peut être intentée sur la requête d'un sujet compétent, expressément indiqué.

Sont autorisés à déposer la requête initiant la procédure concernant la conformité à la Constitution des objectifs ou des activités du parti politique les sujets visés à l'art. 191 al. 1 point 1 de la Constitution, soit le Président de la République, le Président de la Diète, le Président du Sénat, le Président du Conseil des Ministres, 50 députés, 30 sénateurs, le Premier Président de la Cour Suprême, le Président de la Haute Cour Administrative, le Procureur de la République, le Président de la Chambre Suprême du Contrôle, le Défenseur des droits civiques; s'agissant de la procédure en cas du conflit de compétence, les mêmes sujets ont la qualité d'agir devant

le TC, les groupes de députés et de sénateurs et le DDC exceptés (art. 192 de la Constitution); le mandat pour intervenir avec une requête relative au constat du TC sur l'empêchement temporaire d'exercer ses fonctions par le Président de la République n'appartient qu'au Président de la Diète (art. 131 al. 1 phrase 2 de la Constitution). Il en résulte qu'une procédure pour trancher un conflit de compétence ne peut pas être intentée par les organes en conflit.

Une voie particulière est prévue pour mettre en oeuvre une procédure visant la conformité à la Constitution des objectifs et des activités d'un parti politique. Elle est régie par les articles 14 et 21 de la loi sur les partis politiques, amendée plusieurs fois. Ces dispositions autorisent la cour chargée de tenir un registre national des partis politiques (la cour régionale à Varsovie) à saisir le TC avec une requête relative à la vérification de la conformité des objectifs ou des principes d'activité d'un parti politique au cours de la procédure d'inscription de ce parti au registre ou après la réception d'une information que les statuts du parti sont modifiés de sorte qu'ils ne soient plus conformes aux principes de la démocratie. Le TC a admis que la force obligatoire des dispositions légales susvisées est maintenue même après l'entrée en vigueur de la Constitution, bien que celle-ci ne prévoise pas une telle réglementation. Il en résulterait que la liste des sujets autorisés à initier une procédure devant le TC et visée aux dispositions de la Constitution n'est pas close et qu'elle peut être élargie par voie de dispositions légales.

14. La notion de qualité pour agir devant le TC afin d'initier la procédure n'est pas identifiable à la notion de droit de participer à la procédure déjà intentée. Ainsi, le Procureur de la République participe-t-il à chaque procédure devant le TC. L'organe qui a émis l'acte juridique mis en cause participe à la procédure de contrôle des règles juridiques. En cas d'une loi, ce n'est qu'une seule de deux chambres législatives qui y prend part, à savoir la Diète; en cas d'un traité international le Président de la République et le Ministre des Affaires étrangères qui sont concernés, et si ce traité international est ratifié en vertu d'un mandat préalable donné par une loi, la Diète y participe aussi. Nous avons déjà parlé de la participation facultative du DDC en procédure liée à la plainte constitutionnelle.

La procédure relative au constat sur la conformité à la Constitution des objectifs ou des activités d'un parti politique implique la présence de son organe statuaire (autorisé à le représenter).

En cas d'un conflit de compétence, les organes en conflit y participent.

S'agissant de la procédure relative au constat sur l'impossibilité temporaire du Président de la République d'exercer ses fonctions, elle suppose la présence du Président de la Diète, du Premier Président de la Cour suprême

et du Procureur de la République. Ils sont tenus, tout comme le Président de la Diète qui est plaignant en l'occurrence, d'être personnellement présents à l'audience.

La loi sur le TC admet également la convocation à la procédure devant le TC d'autres organes et organisations que ceux susmentionnés, en cas où leur participation dans la procédure est indispensable. Cette participation est décidée par le juge-président du corps statuant sur cette affaire.

15. La représentation des participants à la procédure devant le TC constitue une question à part entière. La loi sur le TC prévoit ici que le participant à la procédure agit personnellement (ce qui concerne les organes unipersonnels) ou par son représentant muni de pouvoir. La loi explique ensuite que le représentant du Président de la Diète, ou d'un groupe de députés, est désigné par ceux-ci (cette réglementation s'applique également au Séant). Les requérants, outre leurs représentants munis de pouvoir, peuvent désigner, eux à leur tour, des mandataires en nombre de trois maximum. La représentation d'autres organes de l'État ou des collectivités territoriales, ainsi que des personnes morales, est régie par les dispositions qui les concernent. Seule la personne qui remplit les exigences requises pour un mandataire au procès peut être mandataire du participant à la procédure devant le TC. La plainte constitutionnelle, ainsi qu'un recours en annulation de la décision de refus de donner suite à celle-ci, doivent être rédigées par un avocat ou par un conseil juridique, mais ils ne sont pas obligés de représenter le plaignant à l'audience.

SECTION IV. C. 3.

Marek Safjan

President of the Constitutional Tribunal,
Professor of the University of Warsaw

Applicability of Human Rights to Private Corporations

1. Introductory remarks

Traditionally the constitutional rights and liberties were referred to the human being. This is a consequence of historical conditions, the development of the very idea of so called fundamental rights dating back to the 18-th century until the time of the American Declaration of Independence, or the Declaration of Human Rights in France. The guarantees of constitutional law are focused on the individual and his relations with the state, the scope of human freedom, and the limits of interference of public authorities in the sphere of the individuals' liberty. It is of course easy to indicate constitutional regulations, which by their very nature have always referred to different organizations and associations – let us for instance note the guarantees granted to the freedom of association in trade unions, professional and self-governing organizations, associations, political parties or religious organizations present in very many constitutions. The principle in all these cases is to realize the classical fundamental political rights, also based on strong historical traditions, of every member of the civil society in every state – after all the freedom of conscience and confession is clearly translated into the freedom of functioning of the churches and religious communities, the voting rights and the freedom of convictions are expressed as the rights to establish political parties, or associations, *etc.* This relationship is so obvious, that it is not worthwhile discussing it further, as according to my understanding the subject of the problem raised in this paper concerns the possibility of applying those constitutional stands, which are neither directly addressed to any particular category of subjects other than physical persons, nor even indirectly do they constitute any simple translation of the political rights of the individual into any specific organizational forms. Indeed, the question is, whether the rights and liberties

that by their very intention and in accordance with their historical origins are conceived as determining the position of the individual – of the human in relation to the state, society at large and to other individual human beings, may, at least in some situations, be referred to the legal persons operating in the sphere of private law, above all in the economic sphere. To what extent is the legal personality – as a category strongly linked to the concept of civil law – able to justify the expansion of public law guarantees (and therefore those, which exist on the basis of constitutional law), and referring them to legal persons?

One may of course, indicate that within the scope of the so called fundamental rights there are rights and freedoms, as to which there can be no doubt that they exclusively refer to the human being. In the Polish constitution (similarly as in many other constitutions), the constitutional guarantees comprise such values as the inalienable and inherent dignity of every person, the right to live and the prohibition of torture, the protection of physical integrity, personal inviolability, the presumption of innocence in penal procedure, the protection of marriage and the family, equal access to medical services, *etc.* In this area of constitutional guarantees the ground is very secure – there can be no doubt as to the addressees of the binding legal regulations, which by their very nature do not comprise any legal persons. We shall therefore not discuss this any further.

There is no doubt, however, that there are also constitutional guarantees, which may comprise all the participants in legal relations – and therefore, apart from physical persons, also legal persons. Such rights include the principle of the equal treatment of entities, the right of ownership, together with the regulations concerning possible justifications for allowable expropriation, the freedom of business activity, the right to fair trial in court, together with the principle of at least two levels of judiciary procedural instances, the right to compensation in case of actions by the public authorities being contrary to the law, and also the right of access to public information, or the freedom of expression combined with the constitutional prohibition of press censorship. There are no drawbacks preventing the consistent application of the proportionality principle to legal persons, the latter defining the scope of admissible interference by public authorities in the sphere of constitutionally guaranteed rights and liberties, including the prohibition of such interferences, which would lead to the infringement of the very essence of the law and of freedom.

Greater difficulties, regarding this study, must be generated by the laws, which conceptually may be referred to a broader range of addressees, including legal persons – but traditionally hitherto attached in practice to physical persons. Let us note, in particular, the right to the protection of privacy and of the good name, and secrecy of communications.

Still the basic argument remains. What theoretical premises may favour the recognition – in principle – of the possibility to construct constitutional protection of rights related with the appearance of legal persons in legal relations?

And so the basic argument seems pertinent, that constitutional guarantees granted to legal persons are the derivative of the guarantees granted to physical persons. Regardless of the variety of justifications concerning the functioning of legal entities and the explanation of the essence of this construction (fiction theory, interest theory, theory on the real existence of a legal person, *etc.*), there can be no doubts as to the relation between the functioning of the legal person and the quest for the right form of legal activity of the human being or of a social group. And even more, the existence of legal entities is a necessary element of contemporary social and economic structures, of course when the notion of necessity is attached to the quest for the most effective, transparent and adequate legal forms to conduct specific activities.

In particular, this concerns commercial companies, the most characteristic category of entities present in business relations. It may indeed be claimed that the very nature of contemporary commercial relations is based on the existence of that particular category of legal persons. And so the suggestion that the constitutional guarantees of property protection, economic freedom, the prohibition of interference not supported by any constitutional values, *etc.*, do not apply to legal persons, would have to contradict the general meaning of such guarantees and undermine the essential significance of the constitutional rights.

Neither does it seem reasonable to maintain the position, according to which the protection of the legal persons according to the constitutional standards would not be provided directly, but only indirectly by way of protecting individual physical persons forming the legal entity. Such a conceptual construction would be extremely artificial, and furthermore – let us clearly emphasise this – very insecure in terms of its actual outcome. Let us review a simple example: if a certain legal regulation would block operations of commercial companies in a given area of business, this would not be equivalent to limiting liberty of activities of the particular individuals concerned. To the contrary, the motive for such protection could for example consist of the protection of physical persons undertaking a specified type of business activity. The interests of these persons need not at all be identical with the interests of the persons forming a legal entity – a company incorporated according to the commercial law, and sometimes may even contradict it. The exclusion of the legal person from the group of addressees of the constitutional norm would seriously distort the evaluation of such

a legal regulatory solution and would lead to a strongly preferential treatment of physical persons undertaking particular business activities outside the framework of a commercial law company. There is no point to discuss this further.

Let us therefore conclude, that the application of constitutional standards to legal persons ought to be conceived as the direct coverage by the constitutional guarantee of the legal person as such, and not as an indirect effect, i.e. becoming realized by reverting to the interests of physical persons constituting legal entity. The axiological justification of this or other approach to the extensive nature of the constitutional guarantees is a separate issue. The constitutional protection of legal persons is always granted, owing to the specific interests of the persons that operate any business or social activity in that legal form. These interests undergo a particular sublimation, however – the interests of a physical person, e.g. an equity partner of a trading company are not directly and automatically equal to the interests of that given company, which have to be dealt with autonomously, and not as a simple and mechanically compiled sum of the interests of individual partners (shareholders).

Let us summarise:

Firstly, the application of constitutional standards in relation to legal persons, if it is to be a case, should always be referred directly to the legal person, and not indirectly – via the interests of the physical person.

Secondly, in consequence, the autonomous rights and interests represented by legal persons, who are subject to constitutional protection, are not a simple reflection of the interests of the individuals forming the legal person.

2. General comments on the position of legal persons in the Polish legal system. The notion of the legal person – in the constitutional and the private law perspective

The Polish legal system is based on the normative concept of legal persons, according to which the category of legal persons comprises only those organizational entities, which have been denoted as constituting legal persons directly by the legal regulations. Otherwise than in some legal systems, to consider a certain organizational structure a legal person, it is insufficient to fulfil certain generally defined conditions (and so normative features common to all legal persons, thus necessary material-legal conditions of functioning in legal relations), but conditions for a given organizational

unit to be included in the given class of legal persons specified normatively, must be met. This stipulation is confirmed by Art. 33 of the Civil Code [CC], which says that the State Treasury and organizational units are legal persons, which have been granted legal status by specific provisions of law. Regulations contained in the Code alone do not state, which categories of legal persons exist, but only make reference to the respective specific regulations, which may be found, in particular, in the following acts: the Commercial Companies' Code, the Act on state owned enterprises, the Act on associations, trade unions and the acts concerning the different professional corporate bodies (e.g. lawyers, medical doctors, legal counsellors, *etc.*), the Act on territorial self-government, the Act on the Church and religious associations, *etc.*

The regulations of the Civil Code, do however, define the essential structural elements of a legal person, common to all legal persons, and so the principle of obtaining legal status at the instance of registration (Art. 37 CC), the actions of a legal person being performed through its authorities (Art. 38); the establishment of guardianship over a legal person, unable to conduct own business for lack of competent organs for this purpose (Art. 42); the seat of the legal person, being the locality where its managing organ has its headquarters (Art. 41).

Particular emphasis should be given to the private law protecting personal goods and chattels of legal persons, to which provisions on the protection of personal immaterial goods of physical persons (Art. 43 CC) apply respectively. (For example: the protection the company's goodwill). And yet, the concept of protecting personal goods, constituting intangible values connected with the existence of any subject, on the grounds of the Polish civil law finds regulatory support in the broadly conceived and generally formulated provision of Art. 23, the content of which is worth quoting here. Substantially this provision reflects within the framework of private law, the protection of the rights and liberties guaranteed directly in the Constitution itself (personal goods of an individual, in particular such as good health, freedom, honour, freedom of conscience, family name or pseudonym, image, secrecy of correspondence, inviolability of the home, scientific, artistic, inventive or rational creative output, remain under the protection of civil law, regardless of the protection provided by any other regulations).

With reference made to regulations of the Polish Civil Code, comprising the essence of the legal person's construction, a more general comment comes to mind. There appears to be a clear tendency to grant the legal person a universal status – and thus to provide it with such attributes and capacity to act in legal relations, which in principle allows to equalize, in the sphere of legal relations, the subjective position of the physical person

with that of the legal person (hence, not without justified reasons, one can discuss the dichotomised conceptual treatment of persons in private law). This leads to important consequences: firstly, the application scope of code regulations is determined by the universal concept of the "subject", being the basic term in private law, covering both physical persons and legal persons (Art. 1 CC states directly that: the present Code regulates the civil legal relations between physical persons and legal persons); secondly, it is not necessary – separately with regard to every private law norm – to determine, what is the subjective scope of application of the given norm, as it is the principle that the subject, being a physical person or a legal person is the addressee of every private law norm. In consequence, the subjective limitation of any sphere of relations will always require explicit normative regulation, and not otherwise.

The above concise comments concerning the status of the legal person in private law, or in the given legal system in general are in my belief very significant for the interpretations applied on the level of constitutional law.

Firstly, without losing sight of the autonomy of the constitutional constructions and notions, the significance of regulations contained in the Constitution cannot be interpreted and assessed without taking into account their normative context, historical traditions and the semantics formed in the framework of particular legal language notions in the given legal regime. This also seems to concern the subjective scope of addressees of the legal norm establishing and determining the contents of the different particular subjective rights. The interpretative presumption seems to favour the determining of common and consistent structural elements based on specific systemic solutions. Therefore, if for e.g. the ownership title is always related with a physical person or a legal person in the historical perspective of private law, there are no justified reasons to grant the constitutional guarantees of that law exclusively to physical persons.

Secondly, the universal conceptual treatment of the subjective capacity of the legal person adopted in private law – is in itself a strong argument favouring attributing the status of a person to legal persons in the context of constitutional regulations, at least in relation to those constitutional standards, which will find their application in the area delimited by private law for the activities of legal persons. Otherwise the legal system would suffer from an incomprehensible rift; the fiction of equal subjective capacity of physical and legal persons in private law would be essentially discordant, a contradiction impossible to reconcile, in the form of lacking such equality at the level of regulations of a hierarchically higher order.

3. Subjective capacity on the basis of private law and on the basis of constitutional law

The picture presented above becomes somewhat complicated for two reasons.

Firstly, already at the level of acts of parliament, besides the physical and legal persons, the category of quasi-subjects appears, which not being legal persons, have legal capacity, with which they are fitted by the respective legal norm.

Secondly, at the level of constitutional regulations, a question may arise, namely the autonomous existence of certain organizational structures, which not being subjects under private law, still enjoy the capacity to act as a representation of specified group interests, recognized by public law.

As to the first issue, the category of partnerships should be emphasised. According to the new Polish Commercial Companies' Code these entities have legal capacity within certain limits (registered partnership, professional partnership, limited partnership, limited joint-stock partnership), not being legal persons at the same time (as this attribute is reserved to capital based commercial companies – limited liability companies, joint stock companies). Therefore a question arises, whether the legal capacity separated from the attribute of legal personality, determining the legal position of the subject in the area of private law, enabling its appearance in civil law relations as a subject of rights and obligations¹ – has any significance in the constitutional order?

This is a controversial issue. Differently than in the case of legal persons, we are dealing here with the clear tendency of the legislator to join the feature of the capacity to acquire rights and to incur obligations with the sphere of precisely defined interests. These mainly express proprietary interests of physical persons forming the given type of partnership, rather than autonomous interests of the partnership as such. Legal capacity (and the respective judicial capacity) must therefore be mainly considered as an instrument for protecting partners, and not as a separate legal substance. Such form of activity in legal relations as presented by the quasi-subject without legal status, by its very nature is connected with a certain "legal disability", which causes that applying the principle of equal treatment in the sphere of specific fields of business operation to quasi-subjects and other legal persons would be inconsistent. After all, this simplified form of establishing such partnerships, the simplicity of their internal organization

¹ Art. 8 CCC: "A partnership may acquire rights in its own name, including the right of ownership of real estate and other rights in rem, incur obligations, sue and be sued".

enforces *per se* certain limitations (in comparison to capital based companies), constituting a particular counter-balance to the ease of applying this legal form.

Approaching this issue with caution, it can be presumed that to the extent of protecting rights of partners by way of protecting the rights of the partnership itself (e.g. only the partnership can legitimately act toward the satisfaction of claims to specified economic rights), it is sensible to assume that it will be possible to relate the constitutional guarantees concerning these rights to the partnership itself, being the formal carrier of these rights in legal relations. But then it is also necessary to consequently assume, that differently than in the case of legal persons, the quasi-subjective capacity does not provide constitutional protection of those rights, which are simultaneously placed on the side of the partners themselves and can be effectively protected by their own particular instruments of legal protection.

Yet another category may consist of legal entities recognised in public law and allowed to operate, the activity of which constitutes a form realizing constitutionally warranted liberties (freedom of association, trade union liberties, freedom of activities of political parties). An opinion may be expressed that regardless of the attribute of legal personality, these entities enjoy direct constitutional protection, and in that sense they may be legitimately entitled to enjoy, on their own behalf, the respective legal instruments of protection (for example, a political party, which is not registered in the appropriate register, may file a constitutional complaint on the grounds of constitutional barriers blocking the registration of that party). Otherwise, as clearly seen, the constitutionally warranted liberty of political parties would be of a purely formal, unsubstantiated nature.

With reference to the above discussion, the following conclusions may be formulated.

Firstly, the subjective scope of the constitutionally guaranteed rights and liberties comprises, apart from physical persons, also other kinds of diverse categories of subjects – legal persons, “quasi-subjects” equipped with legal capacity, and finally specific legal entities – the very existence of which is a direct realization of the constitutional guarantees.

Secondly, the reference scope of constitutional standards with regard to these subject categories will depend on the kind of rights and interests subject to protection – it will therefore be most extensive in relation to legal persons, less extensive in relation to quasi-subjects equipped with legal capacity, and least extensive in relation to legal entities protected only within the scope of specific interests connected with their public activity.

The considerations presented above will be directly referred to specific categories of legal persons, but formulated comments concerning the existence of a broader scope of subjects granted protection with regard to constitutional standards, should be born in mind.

4. Legal persons protection instruments with reference to the binding constitutional standards

The fact, that constitutional standards may also be applied to still other subjects – other than physical persons is worth considering. The issue is not to resolve a purely abstract problem, or to conduct empty intellectual speculations, but to make sure that real legal instruments may be applied for the protection of the constitutionally guaranteed rights of those entities, which are not physical persons.

On the grounds of the Polish law, the proposition that constitutional standards may apply to legal entities other than physical persons, may be of direct significance for the interpretation and application of the law, and for its controlling in terms of compliance with the Constitution.

Firstly, the legal regulations concerning legal persons should be applied in light of the constitutional perspective. This implies an absolute requirement to always seek such orientation of the interpretation, which allows considering the consistency of the meaning of the legal norm with the constitution. In the case of existence of two or more acceptable meanings of a given provision on the grounds of the adopted rules of semantic, logical and functional interpretation, priority should always be given to the interpretation that is closest to the constitutional norm.

Secondly, legal solutions that infringe the constitutionally guaranteed rights and freedoms of legal persons may be deleted from the legal order owing to their incompatibility with the constitution. Such provisions may be eliminated from the legal system in effect of a constitutional court judgment, which will investigate the case under the procedure of a general motion filed by a strictly defined circle of subjects, in the form of a legal question submitted by the court resolving the case, or in the form of an individual constitutional complaint.

5. The Polish model of the constitutional complaint and the protection of constitutional rights of legal persons. The procedural model of protection

The implementation, by the new Polish Constitution of April 2, 1997, of the institution of the constitutional complaint was of substantial significance for the final shaping of means of legal protection of constitutional standards. Indeed, there can be no doubt that constitutional guarantees become a true

element of the legal reality determining the status of the participant in legal relations, only if they can constitute independent basis of appeal by way of applied procedural measures. The right to court action, which is the most typical manifestation of the instrument belonging to the category of procedural protection of the subject concerned, does not generally constitute an effective instrument in continental legal systems, for removing a legal regulation contradictory to the constitution from the legal order. The courts are bound by the law in force and cannot independently decide on the inconsistency of the regulation with norms of a higher order and thus refuse to apply it. Should only constitutional doubts arise, a respective question may be submitted to the Constitutional Tribunal (Art. 193 of the Constitution). The provision of law being inconsistent with the constitution may be only eliminated in effect of a special control procedure, which is ensured by the existence of constitutional judicature. And so, the right to submit a constitutional complaint is in a sense a special right to a court trial – to be applied to the law as such.

A legal person may be independently legitimised to submit an individual constitutional complaint following the procedure according to Art. 79 of the Constitution in the case of violation of constitutionally guaranteed rights. In the Polish model of the constitutional complaint there is a procedure controlling the constitutionality of the provision of law, and not the application of the act of law. The complaint is opened only after the exhaustion of the so-called legal course, after the final ruling on the case is made in court (e.g. judgement on the last resort appeal, or the final ruling of the Supreme Court or the Supreme Administrative Court).

The view allowing legal persons to file a constitutional complaint may already be regarded as permanently established in the doctrine and case law of the Constitutional Tribunal.² According to that view, the notion of "everyone" applied in Art. 79 section 1 of the Constitution covers with its scope also other subjects than physical persons.³

Three arguments quoted in Polish legal writings⁴ support this proposition.

The first one is a direct consequence of the opinion, that legal persons may be subjects to constitutionally warranted rights. So, if the subject of

² See: J. Trzcinski, *Zakres podmiotowy i podstawa skargi konstytucyjnej*, [in:] *Skarga konstytucyjna* [Subject scope and basis of constitutional complaint], [in:] [Constitutional complaint] (collective work ed. by J. Trzcinski), Warszawa 2000, p. 48 and the following.

³ See also: L. Garlicki, *Trybunał Konstytucyjny w projekcie Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego* [Constitutional Tribunal as a project of the Constitutional Commission of the National Assembly], P & P 1996, No. 2, p. 13; Z. Czeszejko-Sochacki, *Skarga Konstytucyjna w prawie polskim* [Constitutional Complaint in Polish law], "Przegląd Sądowy" 1998, No. 1, p. 40.

⁴ This argumentation is summarised and discussed above all in the work by J. Trzcinski, quoted above.

the constitutional complaint is connected with the protection of such rights and addresses the need to eliminate provisions of the law that are contradicting the contents of constitutional guarantees, such an objective should logically and functionally not be solely limited to those rights, to which physical persons are entitled.

The second argument refers to the systematic order of constitutional regulations and the need for uniform interpretation of particular notions in the act (the notion of "everyone" appears in many constitutional norms containing guarantees for the means of protecting rights and liberties,⁵ which will be applied in relation to legal persons; so that there are no grounds for narrowing the scope of that notion on the grounds of Art. 79, which determines the prerequisites for a constitutional complaint).

The third argument pertinently points out, that the constitutional complaint fits in with the broadly conceived right to court judgement – that is a particular, qualified (according to the object and procedure) entitlement to court trial, which in this narrower precise sense is guaranteed by Art. 45 of the Constitution. On the basis of the second provision there is no doubt that the notion of "everyone" covers a broader range of subjects, not only comprising physical persons. There is no reason to define the subjective scope of the constitutional complaint in any different way.

The judicial decisions of the Constitutional Tribunal rightly stress that the instrument of protecting rights and liberties being the constitutional complaint is available to a legal person, when the correspondence occurs between the nature of the subject concerned and the kind of law to which that subject refers, and so when the infringed constitutional right belongs to the category of rights, subject of which is the complaining legal person.⁶

At this point it is necessary to stress that the legitimacy of filing a constitutional complaint by a legal person is essentially equivalent to recognising that there are categories of subjective constitutional rights attributed to legal persons. It should be noted, however, that apart from the constitutional complaint it is possible for particular legal persons (and

⁵ See e.g.: Art. 77, section 1: "Each person has the right to compensation for damages, caused to him in contravention of the law by the action of an organ of public authority"; Art. 78: "Either party has the right to appeal against the rulings and decisions issued in the first instance."

⁶ See: Ruling of the Constitutional Tribunal dated 8 June 1999, SK 12/98, OTK ZU 1999, No. 5, item 96. This position is also upheld by the doctrine, see: B. Banaszak, J. Boć, M. Jabłoński, *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz Komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku* [Constitutions of the Republic of Poland and Commentary to the Constitution], J. Boć (Ed.), p. 143; see also the decision of the Constitutional Tribunal dated 6 April 1998, Ts 9/98, in which it is stated that the right to file a constitutional complaint is allowed to legal persons to the extent, to which they can be the subject of the law specified in the constitution.

also other institutions and organizations remuneratively listed in Art. 191 of the Constitution)⁷ to file a petition to review the constitutional compliance of a law, which is not attached to the protection of proprietary subjective rights of that category of legal persons, but to the protection of the general public interest and the interest of a group, i.e. of larger groups of persons, which are represented by that type of subjects in various fields of public, economic, self-government, social activity. I shall not elaborate on this issue any further, as the question raised in the title of this paper is connected with the issue of protection of own subjective rights of legal persons, and not with the issue of representing collective interests or general interests by different kinds of organizations and institutions.

6. The constitutional complaint by legal persons in the practice of jurisprudence by the Constitutional Tribunal

Here the practice concerned with the functioning of the institution of the constitutional complaint is very interesting. Since the initial years of functioning of the constitutional complaint, the Tribunal allowed for complaints to be filed by legal persons. Cases filed by legal persons were highly differentiated both in subjective and objective terms. In most of these cases no final substantive ruling was reached, as they contained formal faults. It is significant, however, that the refusal to take action with respect to such constitutional complaints occurred for reasons other than the lack of valid legitimacy for filing the complaint or the lack of ability for the given legal entity to refer to a specific subjective right. It is therefore worth indicating, if only as a matter of exemplification, what constitutional rights have been quoted by legal subjects in order to initiate the proceedings at the Constitutional Tribunal. They concerned, among other things, violations of the principles of the democratic state legal order and social justice (complaint by a limited liability company – Ts 9/98,⁸ joint stock company – Ts 128/99), equal treatment principles (complaint by a limited liability company – Ts 16/99; Farmers' Trade Union – Ts 13/99; limited liability company – Ts 197/00), the right to fair trial in court (complaint by

⁷ Art. 191 mentions the National Judiciary Council, organs constituting territorial autonomy units, all-Polish trade union organisations, all-Polish employer and trade authorities, churches and religious unions. Here reference is made to the legitimacy to start the procedure in the Constitutional Tribunal in the scope of so called controlling abstract law constitutionalism in comparison to regulations connected with the activity scope of the given entity.

⁸ Numbers designate cases being subject to procedure.

a limited liability company – Ts9/98, limited liability company – Ts 16/99; housing cooperative – Ts 166/98; the editorial board of the press Bulletin of the Students of the Technical University – Ts 7/99), principles of liberty of business activities (complaint by a cooperative of the disabled – Ts 37/98; joint stock company – Ts 53/01, limited liability company – Ts 85/00; cooperative – Ts 136/00; complaint by a limited liability company television broadcasting station – SK16/98; brokerage house – SK 16/99), principles of proportionality in relation to limitations of constitutionally guaranteed rights and liberties (complaint by a limited liability company – Ts 38/00, limited liability company – Ts 85/00) the freedom to gather and distribute information – Art. 54 and to obtain information concerning activities of organs of public authorities – Art. 61 (editorial board of the Students' Bulletin – Ts 169/99), the right to compensation for losses incurred due to unlawful actions of public authorities (complaint by a limited liability company – Ts 102/98, housing cooperative – Ts 166/98; foundation – Ts 47/01), protection of property (complaint by a joint stock company Ts 128/99; national investment fund – Ts 19/00), the right to demand from the state that tax obligation should be determined exclusively by way of acts of parliament – Art. 217 (complaint by a joint stock company – Ts 7/01; limited liability company – SK 18/98).

A characteristic feature, significant in light of conducted deliberations concerns the possibility of a constitutional complaint being raised by a legal person performing defined tasks in the public sphere, and strictly speaking in the broadly conceived public governance. Can this kind of subject be recognized as a carrier of own interest, different from the general public interest – which would justify the capacity to construct its own subjective constitutional right? In the jurisprudence of the Polish constitutional court a restrictive position has been developed concerning this issue clearly limiting the possibility of opposing the State – on the part of own interests of a unit performing functions. In the area of "public services", even if that particular entity might possess legal status and the related economic autonomy with its separate assets. Characteristic for this trend in the law case decisions is the ruling of 6 February 2001 (Ts 148/00), in which the Tribunal refused to consider the constitutional complaint filed by an Independent Public Health Service Centre, stressing that one cannot disregard the function fulfilled by the constitutional complaint in the system of means of protecting rights and liberties. This stems from the fact that "the setter of the system", when introducing the catalogue of rights and liberties and means of their protection in the constitution, assumed that the basic function of such rights is the protective function. And thus it follows, that the constitutional rights is the individual against the excessive interference of the organs of public authorities, and oblige such

organs to undertake actions warranting their implementation. And so it follows, that the subjects that realize the functions of public authority cannot file constitutional complaints, as they are themselves not the addressees of the rights stemming from the different particular constitutional rights, but the addressees of the duties and obligations connected with the realization of the rights of other subjects. It should also be stressed that the expansion of the subjective scope of the constitutional rights to include the above indicated persons would have led to the confusion of the subjects that interfere with these rights, with those bearing such rights".⁹

At the same time it should be noted that the aspect of active legitimacy of having the capacity to file a constitutional complaint does not cover the same scope as the range of subjects disposing of legal status. On the one side it is narrower, taking into account the exclusion of the persons exercising the functions of public authority, even if they possessed legal status, on the other hand it is broader – as it comprises subjects not having legal status, but organisationally separate and being the addressees of particular rights and obligations in the administrative domain, representing a specific type of interests, linked with constitutional rights (e.g. the editorial board of a periodical magazine, which indicates lack of court procedure necessary to revoke an administrative decision concerning that periodical, as in case Ts 7/99). **This provides evidence of the autonomous notion of subjective capacity on constitutional grounds, which does not fully correspond with the notional structures applied in other domains of the law.**

At the same time it should be noted that among the subjects that are not physical persons and yet request the protection of their constitutional rights, business entities predominate, most frequently consisting of commercial law companies, what should be understandable. **Thus problems of the rights related with the protection of economic interests of such subjects are clearly dominant.**

7. Selected problems concerning the application of some constitutional standards to legal persons

Some issues on constitutional jurisprudence related with the protection of the rights of legal persons will be further presented. Owing to the clear domination of the problems concerning the principle of equality, protection

⁹ However, it is difficult to regard the issue of legitimacy of legal persons exercising public functions as definitely resolved, e.g. in one of the rulings concerning the constitutional complaint by a Municipal Office the Tribunal did not question the legitimate capacity of the plaintiff but denied to proceed with the case for other formal reasons, Ts. 47/00.

of property ownership, the principle of economic liberty, comments below will be limited to those constitutional guarantees. In the further part (item 8) of this paper I shall be referring to those rights and liberties, which may potentially be considered as basis for the control of the constitutional nature of the provisions of the law.

7.1. The principle of equality (Art. 32 of the Constitution) is in the category of constitutional regulations, most widely applied

The judicial decisions of the Polish constitutional court have frequently favoured the application of the law to equal treatment with regard to legal persons. It is worth noting here, that this matter has undergone a certain evolution. Only the implementation of the new Constitution of April 2, 1997, comprising a universal and most broadly conceived formula for the definition of the principle of equality, has definitely decided in favour of referring it to legal persons.¹⁰ Decisive significance rests undoubtedly with the wording of Art. 32 of the constitution, comprising the most ample definition of the beneficiary of the right to equal treatment ("All"), and at the same time the most ample definition of the scope of the prohibition of discrimination (no one).¹¹ Therefore, there is no doubt that the legal persons are within the range of the impact of the principle of equality (see, e.g., the characteristic ruling of the Constitutional Tribunal of 24.II.1999 SK 4/98, OTK ZU 1999, No. 2, item 24).

In accordance with the established line of judicial decisions of the Constitutional Tribunal, equality does not imply lack of any differentiation of the legal situation, if only it finds sufficient constitutional justification. And so firstly, in accordance with the established line of judicial decisions of the Constitutional Tribunal, the principle of equal treatment applies to subjects belonging to the same group of subjects distinguished according to a legally relevant feature significant in light of the content and purpose of the given regulation. Secondly, reference to the given feature providing the relevant criterion of the differentiation should find its justification in the principle of just treatment (Art. 2 of the Constitution).

¹⁰ The previous wording of the constitutional provisions clearly delineated the subjective range of the principle of equality limiting it to the "citizens." (Art. 67, section 2 of previously prevailing constitutional provisions).

¹¹ It is worth quoting here Art. 32 of the Constitution: "section 1: Everyone is equal before the law. Everyone has the right to equal treatment by the public authorities, section 2: Nobody should be discriminated in political, social or economic life, for any reason whatsoever."

With reference to the above, a question concerning the differentiation of the legal status of legal persons in the private and the public sector, operating in some regulatory areas, frequently arises in the jurisprudence practice. These questions have been present in the context of the progressing profound changes of property ownership relations occurring in Poland, especially in connection with the enfranchisement of legal persons, managing land allocated to the state property sector. The question was raised, i.e., whether the general principle based on regulations adopted by acts of parliament (compare, in particular, Art. 88 a section 2 of the Act of April 29, 1985 on land management and property expropriation, Official Journal - Dz.U. of 1991, No. 30, item 127 with subsequent amendments), anticipating that any legal person can address the State Treasury or local municipality to establish perpetual usufruct (an entitlement very close to the ownership title) on state or local community (*gmina*) land, provided conditions determined by the law are observed (particularly the time-scope of land use) - remains in accordance with the principle of social justice. Should a commercial law company, for example, or the sole owner company (allowed under the Polish law) be considered in an identical manner, as legal persons expressing group or common interests of the society when certain preferences of ownership transformations are concerned. This issue is of course of a more general nature, as it concerns the basic issue of the analysed problem area, whether the nature of the legal, economic, social interests represented by the legal person, is significant for defining the scope of constitutional standards. To what extent can the protection of interests of physical persons related with the activities of a given legal person determine the intensity of constitutional protection, considering at the same time - as noted above - that the interests of physical persons cannot be automatically equalized with the interests of the legal person bringing physical persons together in order to accomplish a determined objective?

In the above indicated case the respective ruling was adopted (of January 9, 1996 r. K. 18/95, OTK ZU 1996, No. 1, item 1), in which the Constitutional Tribunal, considering different interests between legal persons representing the broader group interests (in particular the housing co-operatives), and the purely private interest decided that the above differentiation must be taken into account in the sphere of solutions creating some privileges of the legal persons at the expense of public assets (as in this particular case). Of course, this cannot be generalised: in fact this issue concerned the equality with respect to a particular privilege, which consisted of the attribution of the preferential claim with regard to the establishment of strong material entitlement to state property (or municipal property) - and therefore at the intersection between the public sector and the private one. It is worth noting, however, that in the context of assessment performed

from the point of view of equal treatment of persons - it is justified to refer to the purpose and the substance of the activities of legal persons, including also the sphere of interests represented by them. Let us quote the characteristic stipulation contained in the justification of the ruling from year 1996: "the category of 'other legal persons' is very differentiated in terms of the manner of establishment and organizational form, the purposes, the scope of activities, the relations between the private interest and the public interest, etc. Within the bounds of this category one could find legal persons to some extent similar to legal persons based on the law on cooperatives - the 'enfranchisement' of which on the same principles would perhaps be justified and would be contained within the legislator's liberty in enacting the law [...] yet justice requires the equal treatment of equivalent subjects, i.e. ones that are essentially similar in terms of a certain relevant characteristic feature, but on the other hand it does not allow equal treatment of subjects that are unequal, in particular when their equal treatment would lead to unjustified obtaining of privileges by some of them, at the expense of the interests that merit protection, and in this case - the economic interests of the municipalities [*gmina*]."

7.2. Protection of property

The above comments lead to the question, whether from the point of view of certain constitutional guarantees the position of the legal person is by its very nature dependent on the property sector to which such a person belongs. This is a derivative of a more general problem, i.e. whether with respect to subjects representing public property it is possible to speak of their protection and constitutional guarantees, if certain manifestations of the activity of the State itself are concerned here. In my opinion this issue is dependent on further assessment criteria.

In the case of legal persons, which are, as it were, permanently attached to the public (state) sector by their legal form and the statutorily defined function, one ought to advocate the proposition that in principle within its dominium the state enjoys far reaching liberty, and the interests of such persons cannot by their nature be opposed to the state, which governs the activities of such subjects (e.g. the state may enact shifts between the components of the property that belongs to it - through the appropriate legal regulations, without being exposed to the accusations of infringing constitutionally guaranteed property rights). The situation is different, however, in the case of legal persons, which belong to the public sector in terms of ownership, but at the same time are "clothed" in such legal form,

that the features of these entities bear private characteristics and may at any time lose their state "equipment" in the form of e.g. state owned capital. This concerns for example the commercialised state enterprises, which have benefited from legally guaranteed autonomy. The Constitutional Tribunal has dealt with these problems in the ruling of November 22, 1995, K.19/95 (OTK ZU 1995, part II, item 35).

The protection of property and of equal protection of economic rights (Art. 64 section 1 and section 2) has relatively frequently constituted the subject of the Constitutional Tribunal's judgements concerning cases of legal persons. These problems have appeared in various forms, usually in connection with other constitutional principles, e.g. the principle of the democratic state ruled by the law (Art. 2 of the constitution), economic liberty, the imperative to determine tax obligations exclusively by way of acts of parliament, *etc.*¹² In the context of the past rulings one may speak of specific features of the approach to the constitutional guarantees concerning property with regard to the subject consisting of a legal person – only in relation to certain categories of legal persons, above all subjects economically managing broadly conceived public property (state owned, municipal), or also the property of the respective organizations themselves – legal persons geared to the satisfaction of specific group needs, and not to achieving profits by purely commercial business activity (e.g. in the case of housing cooperatives). In the private property sector the differences in the intensity of capturing ownership guarantees – in comparison with physical persons are not of a significant nature.

It is characteristic that in relation to municipal property – represented by a statutorily determined number of legal persons constituting territorial self-government units, the Constitutional Tribunal has adopted the position that the function and purpose of such property must be taken into account when any limitations of property title for the benefit of other persons or organizations are assessed. The interference with the sphere of such property, even if it is dictated by significant arguments linked with the transformation of the ownership system in Poland, must take into account the fact that the municipalities perform their tasks linked with the interests of the entire local community, and the municipal property provides the basis for the independence of local self-government (see the ruling of the Constitutional Tribunal concerning the protection of ownership at the local community level of the municipality e.g. of 20 February 2002, K.39/00). The processes of privatisation and restitution of private property in Poland (similarly as

¹² Compare e.g. the ruling dated 24 X 2000, SK 7/00 concerning the protection of the expectation of the ownership title, which was not granted to the complaining cooperative as the result of failure to act on the part of an organ of state administration. (OTK ZU 2000, No. 7, item 256).

in other post-communist countries) must by their very nature lead to collision of interests between legal persons representing the state owned and municipal property sector. Constitutional jurisprudence consistently represents the position that the ownership rights of these legal persons (this concerns in particular the so called municipal legal persons) are subject to constitutional protection, although it cannot imply any final petrification of ownership relations, which are still undergoing rather essential changes. The creation of the basis for market economy, based on private property is after all clearly situated among the most important principles of the political system in the Constitution of the Republic of Poland. Resolution of this problem therefore, requires the balancing of instructions stemming from the previously indicated norm of Art. 20 of the Constitution¹³ and of Art. 165 of the Constitution, guaranteeing the respect of ownership by the units of territorial self-government.¹⁴ It is also stressed, i.e. in constitutional jurisprudence, that the intensity of the guarantees of communal ownership grows and turns into the borderline date, being year 1989 – determining the beginning of changes of the legal system in the Republic of Poland (see the ruling of TK of 20 February 2002, K.39/00).

In case of cooperatives – a large group of legal persons, which till recently (and certainly before 1989) predominated in the housing sector – a collision, based on the new constitutional regulations has appeared, where the individual interests of the members of cooperatives seeking to transform their titles to their residential premises (hitherto existing as so called limited property rights) into regular ownership is in opposition to property rights of the cooperative itself. This problem is of a more general nature, as it boils down to the extent to which the collective interest of the group represented by the corporate type of the legal person becomes autonomous in relation to the individual interests of individual members. Is it possible to sensibly oppose the two categories of interests? The constitutional jurisprudence in this field seems to leave no doubts, the interests of the group cannot be regarded as identical with the interests of individual members of the cooperative, and in consequence the rights represented by the cooperative are also protected with respect to members of the cooperative. Legal regulation depriving the cooperatives of ownership of their property (provisions allowing the acquisition of cooperative premises for a symbolic price, not linked in any way with the market value of the housing premises), came to be regarded as leading to the expropriation of

¹³ Wording of Art. 20 of the Constitution: "Social market economy based on economical freedom, ownership right and solidarity, dialogue and co-operation of social partners constitutes the principles of the economical system of the Republic of Poland."

¹⁴ Wording of Art. 165, section 1 of the Constitution: "Territorial autonomy entities have a legal status. They are entitled to ownership right and other wealth rights."

the cooperative with infringement of Art. 21 of the Constitution¹⁵ as well as of Art. 64 section 3 (prohibition to infringe upon the essence of ownership). The realization of the otherwise essential purpose of these regulations, which is to propagate ownership, cannot be conducted in contradiction with the principles determining the constitutional protection of the ownership of legal persons.¹⁶

7.3. The principle of liberty of business activity

In several judicial decisions concerning the principle of liberty of business activity the Tribunal has raised the issues concerning the scope and the understanding of that guarantee. Economic liberty is a value strongly protected by the Constitution, what is confirmed by the placing of relevant provisions among the most important principles of the political system, concerning the social market economy (Art. 20)¹⁷ and the scope of acceptable limitations of the freedom of economic activity (Art. 22).¹⁸ At the same time, economic liberty constitutes a principle, which by its very nature is focused on the protection of legal persons, especially commercial companies most strongly bound by economic turnover. The constitutional jurisprudence univocally assumes this position, and this is confirmed in a number of rulings (see e.g. decision of the Constitutional Tribunal of 30 January 2001, K.17/00, OTK ZU 2001, No. 1, item 4). With regard to the discussed problems it is interesting whether the understanding of economic liberty in relation to legal persons may involve the appearance of any particular elements (in comparison to physical persons). The first issue is, whether the freedom to conduct business implies only the necessity in the legal system to have rules determining the "field, area of liberty" (and therefore concerning the object of the business activity as such), or also freedom concerning organizational-legal forms of the undertaken activities; secondly, in what way is the constitutional principle of economic freedom applied with regard to legal persons in different legal disciplines?

Each of these issues would require a separate profound analysis, but in this paper only certain problems may be emphasised.

¹⁵ Wording of Art. 21, section 2 of the Constitution is as follows: "Expropriation is allowed only when is performed for public purposes and with just damages."

¹⁶ See ruling of TK of 29 May 2001, K.5/01 (OTK ZU 2001, No. 4, item 87).

¹⁷ Art. 20: "Social market economy based on economical freedom, ownership right and solidarity, dialogue and co-operation of social partners constitutes the principles of the economical system of the Republic of Poland."

¹⁸ Art. 22: "Limitation of the freedom of economic activity is permissible only by way of an act of parliament and only for important reasons of public interest."

With regard to the first issue it should be noted that in principle the constitutionally conceived economic freedom cannot be interpreted as limiting the legislator in determining legal and organizational forms, in which legal persons may operate. It is up to the sovereign decision of the legislator to define forms of operations for the legal persons. It is up to the sovereign decision of the legislator to determine what are the types of legal persons, which enjoy the attributes of legal capacity, what are the necessary prerequisites to obtain legal status. Theoretically at least, it can be assumed, that the far reaching rigorism of legislation related with the creation of the legal person and combined with the exclusive operation in a given business area of that category of legal persons, could be regarded as infringement of economic liberty. The limits in this case are not clearly defined. There are no doubts that increasingly numerous and increasingly rigorous demands of the modern economy related with the allowance of participation in the respective turnover of entities which are not legal persons (concerning after all not just the organisational-legal and structural forms alone of the physical persons, but also of many further formal prerequisites for the participation of the legal person in the legal economic relations, e.g. financial reporting, supervision exerted by the court of registration, public announcements in the special economic Official Journal, the reasons for erasing the legal person from the business register, the filing of insolvency or finally the obtaining of qualifications to become a publicly listed company)¹⁹ – may already provide the grounds for assessing whether the principle of economic liberty has not been subjected, with respect to a given category of legal persons, to far reaching restrictions, which extend beyond the limits of the justified public interest, what is mentioned in Art. 23 of the Constitution.²⁰

As to the second issue, it is worth noting that the principles of economic freedom in the Polish legal system are increasingly strongly subordinated not only to the constitutional guarantees, but also to the norms to which Poland is committed on account of international agreements (ratified upon prior consent granted by statute) – they occupy in the legal system a hierarchically much higher position than so called ordinary legislations, and are applied as a priority (see in particular Art. 91 section 2

¹⁹ With reference to these issues compare the numerous regulations contained, i.e., in the Commercial Companies Code, in the Act on the business register, the law on public trading in securities (especially when requirements which must be met in relation to so called commercial companies, are concerned), the act on the law of business activities, etc.

²⁰ See E. Bieniek-Koronkiewicz, *Działalność gospodarcza i przedsiębiorcza na gruncie nowej ustawy o działalności gospodarczej* [Economic and Company Activity on the Basis of the New Act about Economic Activity], PPH 2000, No. 4, p. 16 and others; R. Kaszubski, A. Koniewicz, *Zasada działalności gospodarczej w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* [Principles of Economic Activity in light of the Constitution of the Republic of Poland, Glosa 2000, No. 7, p. 5–9.

of the Constitution). This mainly concerns the so-called Europe Agreement on the association of Poland with the European Union.²¹ Most of the regulations related with business turnover and the economic liberty are – in the perspective of the close integration of Poland with the Union – subordinated to the principles of law common to all, and the process of harmonizing Polish law with the European law has already been completed in many areas, this mainly refers to law on commercial companies, trading companies, the right to compete in the capital market, competition law, the capitalist market, the banking sector).²²

The constitutional principle of economic liberty clearly implies not only the creating of legal conditions for the free development of business activities and the prohibition of interference with the sphere of these relations beyond the need arising from the overwhelming public interest, but also the prohibition of limiting the range of subjects, which may conduct any given type of activity. On the grounds of civil and commercial law, the implementation of these constitutional principles may be found in many normative areas. Key significance rests undoubtedly with the principle of freedom of contracts, covering both the free choice of the counter-party, as well as above all, the shaping of the content of the contract (Art. 353/1/CC). It should also be noted at this point, that this principle is not subject to any diminution in relations between legal persons (both in terms of subjective configurations and of their contents). Basic significance in this domain rests also with the regulations contained in the act on preventing unfair competition in the antimonopoly law, which prohibits dishonest economic practices and counteracts taking advantage of the dominant position by any specific subject or determined subjects. It should be stressed that the constitutional regulations may exert a significant impact here and limit in consequence the arbitrariness of the legislator. Contractual liberty is limited e.g., by legislative prohibitions (so called *ius cogens* provisions), but the scope of such prohibitions should be subjected to independent and autonomous constitutional control in following the principle expressed in Art. 20 of the Constitution. The same applies to the rules determining the dominant position in the economy and the sanctions against the abuse of the monopolistic position. An interesting problem remains here as to what extent certain regulations concerning the exclusivity of given operations in some economic areas by certain categories of legal persons defined by the law, can be reconciled with the principle of economic freedom. This concerns the capital market, for example (e.g. the necessary intermediation in stock market transactions by stock brokers' houses; or the exclusivity of transacting certain

²¹ See: Dz.U. of 1994, No. 11, item 38 with later amendments.

²² See: *Prawo wspólnot europejskich a prawo polskie. Prawo gospodarcze* [European Community Law and Polish Law. Commercial Law], M. Safjan (Ed.), Oficyna Naukowa, Warszawa 2002.

operations on the market by specialised financial institutions, banks, mutual trust funds, publicly listed companies, etc.). In most general terms one can note that the scope of that type of subjective restrictions should always be very well justified by the category of the public interest – according to the univocally sounding constitutional norm of Art. 22 of the Constitution. There are no doubts, however, that the implementation of the postulate of legal security requiring the conducting of certain types of operations by specialist legal persons (e.g. banks or brokerage houses) provides a good exemplification of the subjective restrictions justified by the public interest (which indeed fully correspond with the standards adopted on the grounds of European law). The principle of economic liberty must also be subject to confrontation with other constitutional values, justifying the interference and imposing limitations of economic activity. A good example is provided by the consumer protection law, which for professional entities being legal persons, imposes significant limitations in order to protect the weaker party (compare here Art. 385 and what follows of the CC, the act on consumer protection, etc.). The solutions adopted in this area indicate the constitutional imperative to protect the consumer (Art. 76 of the Constitution), as well as very elaborated regulations of the Community law.

There are also no doubts that the regulations in the field of tax law and public contributions may affect the scope of economic freedom realized in the legal system.²³ The constitutional case law assessed this issue, among others, with reference to the constitutional complaint filed by the Polish Employer Confederation, demanding the recognition of the obligation to incur additional costs of benefits by the employer on behalf of the employees (in the form of payment of insurance premiums) resulting from the change of the social care system, as being unconstitutional. The ruling of the Constitutional Tribunal on this issue K.17/00 (OTK of 39 January 2001, K.17/00, OTK ZU 2001, No. 1, item 4) indicates clearly the necessity to balance the interests of economic entities and the workers in compliance with the demands of social solidarity and the model of the social market economics (Art. 20 of the Constitution).

8. Other subjective constitutional rights of legal persons

The subject matter of the protection of constitutionally warranted rights and liberties, taken up in the present paper in a very selective manner, in relation to legal persons, may probably be exemplified by numerous

²³ A characteristic ruling concerned the issue of applying tax exemptions with respect to companies with foreign capital in the case SK 12/98 (OTK of 8 June 1999, OTK ZU 1999, No. 5, item 96).

examples concerning the application of these standards, e.g. with respect to political parties, churches and denominational associations, trade unions, etc.²⁴ In the context of the subjectively broadly conceived scope of constitutional guarantees there is no reason to doubt the application to legal persons of the guaranteed right of access to courts and fair trial, the right to proper compensation resulting from illegal activities of the public authorities, access to information or the freedom of expression.

In conclusion of these deliberations it is still worth focusing on the issue as to what extent the clearly visible tendency to expand the scope of constitutional protection of legal persons might lead to the coverage by such protection of other constitutional rights traditionally attached to physical persons. This question concerns i.e. the scope of application of Art. 47 of the Constitution, which guarantees to everyone the right to legal protection of privacy, family life, honour and good name, as well as to decide about his own personal life. The structure of this subjective right in terms of its contents, as well as the history of its development within the legal system, seem to indicate rather convincingly that the rights and interests of physical persons are exclusively contained in the orbit of constitutional guarantees. The indicated provision constitutes a clear proclamation of the autonomy of the individual and of the freedom from interference in his personal life by the public authorities. On the other hand, however, when assessing the extent of applying Art. 47 of the Constitution, one cannot disregard the tendencies existing in other domains of law – at the level of ordinary legislation, which after all seems to increasingly strongly protect the sphere of interests of legal persons connected with moral rights. This is expressed by many regulations referring to the protection of broadly conceived industrial property (protection of the firm, of the company name, of rights arising from the registration of trade marks, know-how, patents and inventions, etc.). The general idea of norm of Art. 43 CC, foreseeing for the protection of moral rights of legal persons by respective provisions covering the protection of personal goods of physical persons cannot be omitted.

It seems that at least some elements contained in Art. 47 referring to the mode of conception and protection of intangible interests of legal persons established permanently in our legal culture, e.g. those related with the good name or goodwill, the trading secrets or the particular information

²⁴ See e.g. the rulings of the Constitutional Tribunal of 8 March 2000, Pp 1/99 regarding compliance with the Constitution of activity principles of political parties (OTK ZU 2000, No. 2, item 58); of 5 May 1998, K.35/97, regarding religious marriages and the right to include marks for religion classes on school certificates (OTK ZU 1998, No. 3, item 32); of 24 October 2000, K.12/00, case submitted by the All-Polish Trade Union of Physicians, referring to medical emergency services (OTK ZU 2000, No. 7, item 255).

related autonomy of the legal person (values undoubtedly remaining under the protection of the law), could indeed justify the coverage of legal persons by the above indicated constitutional guarantee within the scope adapted to the specific characteristics determined by the essence of the legal person. This problem, however, has not yet been the object of constitutional judicial decision and it certainly requires further refined analysis and discussion in terms of the applicable doctrine.

9. Conclusions

The presented analysis seems to univocally confirm the general proposition that legal persons belong to the range of entities remaining within the scope of constitutional guarantees. When assessing the scope and intensity of these guarantees it will be always required, however, to consider the specific form of interests represented by these entities. It should be noted, that the constitutional protection of legal persons leads to the more profound protection of the rights of physical persons – but is manifested in different areas and legal forms.

SECTION IV. D. 3.

Zbigniew Kmiecik

Professor of the University of Łódź

Encroachment of Criminal Law in Polish Administrative Law (The Conception of Administrative Sanction)

I

The distinctive feature of the systems of continental law is the acceptance of explicit separateness of civil, penal and administrative law. Each of these branches has its own method and subject of regulation. However, the last one has not been codified yet mainly due to its extension, multilayers and variability of regulation. The remark does not apply to the administrative proceedings, which have been subjected to codification in many countries, and in Poland as well.

It is generally indicated that the administrative law is a young branch. It is still searching for new solutions that is means to fulfil aims of public authority.¹ The new phenomenon has been observed recently that is constructions appearing on the basis of the criminal law are adopted for the needs of administrative law. The following considerations study the basis aspects of this phenomenon against the background of the Polish law.

II

The relations of administrative law with the criminal law are clearly seen in the conception of administrative sanctions. We can separate the

¹ The wider analysis of the dependence is included in work by R. Bettini, *Il circolo vizioso legislativo*, Milano 1983, p. 137 and following.

double kind of legal rules – being sanctioned and sanctioning norms. The last ones can be applied when the existing orders and bans (the patterns of behaviour defined by law) are violated. The norms mentioned above (the sanctioning norms) have an instrumental role because they have to influence the motivation of the addressees of the first kind of legal rules. The essence of sanctioning activities, regulated also by the administrative law is repression. The meaning of establishing a given sanction is to create a danger of disorder – in other words making an announcement of drawing negative conclusions in relation to persons violating the binding orders and bans. The legal sanction is not identical with the state coercion, however this coercion prejudices the reality and strength of the sanction.²

The correct functioning of administrative law needs – that is obvious – the group of fairly effective sanctions. The conditions of effective administrative sanctions are:

- 1) creating a specified disorder for the person violating the law (producing unfavourable consequences),
- 2) commensurability of the sanction in relation to its character and importance of the violation of the law,
- 3) inevitability of applying the sanction.

The science of administrative law says that inevitability of applying the sanction affects the behaviour of the addressees of all legal norms.³ The thesis that this factor determines the behaviour of people was proved by the theorists of penal law. Summarizing up it should be stressed that administrative law consists not only of orders and bans but of rights as well. Taking that fact into consideration, the role of the properly constructed sanction should be noticed. The social order would be threatened without it and the state would not perform its functions in this situation.

² J. Filipek, *Sankcja prawna w prawie administracyjnym* [Legal Sanction in Administrative Law], "Państwo i Prawo" [State and Law] 1963, No. 12, p. 873 and following.

³ Z. Kmiecik, *Skuteczność regulacji administracyjnoprawnej* [Effectiveness of Legal Administrative Regulation], Łódź 1994, p. 87. Compare also interesting works about the aims of the tax-sanctions and the circumstances in which they may be imposed – R. K. Gordon, *Law of Tax Administration and Procedure*, [in:] V. Thuronyi, (ed.) *Tax Law Design and Drafting*, Vol. 1, Washington 1996, pp. 117–118; E. Pechler, *Fiscal Administrative Sanctions*, [in:] *Taxpayer Protection in the European Union*, D. Albregtse, H. van Arendonk, (eds.), the Hague–London–Boston 1998, p. 75 and following and H. Dzwonkowski, *Konstytucyjność sankcji podatkowych* [Constitutionality of the Tax-Sanctions], "Monitor Podatkowy" [Monitor of Taxation] 1999, No. 3, p. 22 and following.

III

Various types of sanctions secure the realization of orders and bans according to the administrative law. The following sanctions can be enumerated:

- 1) enforcement sanctions (measures taken in order to perform compulsory duties in relation to the legal regulations or individual adjudications),
- 2) sanctions imposed by the individual administrative act, which specifies the legal position of the addressee – such as applying financial penalty or withdrawing the appointed powers by the administrative authorities,
- 3) sanctions which cause the loss of binding force by the individual administrative act connected with an incident for example: the addressee does not undertake a desired action or he/she ceases to perform it,
- 4) sanctions according to the regulations of penal law which are connected with the rules of administrative law; these sanctions can have a preventive influence by introducing the threat of penal repression and finding the responsibility of an individual and proving of his guilt.⁴

It seems to be sometimes difficult to determine the nature of the legal sanction. The matter can be illustrated with the doubts accompanied by the interpretation of regulations on the responsibility to breach the budget discipline. The Supreme Administrative Court in the judgment on 28 September 1994, III SA 56–57/94⁵ stated that the decisions of the verdict committee in that matter are administrative decisions and they are subject to review in the administrative court. The other panel of judges undelined the genetic connection of proceeding in these cases with the criminal proceedings. The sentencing in these cases was dependent on the type and degree of guilt and the results of breaching the budget discipline. Taking into account this construction and the nature of procedural solutions the court asked: have another way of proceeding in the case of budget transgressions been appointed? In the answer to that inquiry the panel of 7 judges of the Supreme Administrative Court in its verdict on 17 June 1997, FPS 1/97⁶ stated: the analysed proceeding is, the faith of the legislator, "the specific proceeding about a normalized, separate procedure with specified proceedings connections with the procedure about the cases of transgressions." Taking into consideration the features of this kind of

⁴ Z. Kmiecik, *Ogólne zasady prawa i postępowania administracyjnego* [The General Principles of Administrative Law and Proceeding], Warszawa 2000, p. 123.

⁵ "Orzecznictwo Sądów Polskich" [The Judgments of the Polish Courts] 1995, No. 4, item 90; with Z. Kmiecik's gloss in: "Orzecznictwo Sądów Polskich" [The Judgments of the Polish Courts] 1995, No. 7–8, item 158.

⁶ "Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego" [The Judgments of the Supreme Administrative Court] 1997, No. 4, item 146.

judgments the court declared that they were "the special type of administrative decisions." The Supreme Administrative Court quoted Recommendation No. R (91) 1 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on Administrative Sanctions adopted on 13 February 1991. In accordance with the Recommendation an act imposing an administrative sanction shall be subject to control of legality by independent and impartial court. The considerations of the court prove the necessity to correct, according to imperfections and incorrectness of the legal regulation by interpretation of law. The given example reveals the deficiency of created typologies concerning sanctions that correlate with orders and bans of administrative law. Some of these sanctions do not follow the traditional classification and show specific features characteristic of institutions in other branches of law.⁷ The difficulties to classify legally sanctions put into practice by administrative authorities are also revealed by experiences of other European countries and case-law of the European Court of Human Rights. The good examples are the judgments of this court in cases: *Bendenoun v. France* on 24 February 1994⁸ and *Air Canada v. United Kingdom* on 5 May 1995.⁹

IV

The attempt to specify a definition of an administrative sanction was taken in Recommendation quoted in point III of this study. This Recommendation applies to administrative acts which impose a penalty on persons on account of conduct contrary to the applicable rules, be it a fine or any punitive measure, whether pecuniary or not (acts, whose principle aim is of a punitive nature). These penalties are hereinafter referred to as administrative sanctions (administrative sanctions *sensu stricto*). Under the Recommendation, the term "administrative act" has the same meaning as in the previous Recommendations of the Committee of Ministers.¹⁰ This definition

⁷ Z. Kmiecik, *Charakter prawny orzeczeń w sprawach o naruszenie dyscypliny budżetowej a koncepcja sankcji administracyjnej* [Legal Nature of Decisions in Cases of Budgetary Discipline Violation Vis-a-vis Concept of Administrative Sanction], "Glosa" [Gloss] 1997, No. 1, p. 1 and following.

⁸ ECHR, Series A, No. 284, as well as in: *Principles of Administrative Law Concerning the Relations Between Administrative Authorities and Private Persons*, Strasbourg 1996, p. 104.

⁹ ECHR, Series A, No. 316, as well as in: *Principles of Administrative...*, p. 114.

¹⁰ See, in particular, Resolution (77) 31 on the Protection of the Individual in Relation to the Acts of Administrative Authorities adopted on 28 September 1977, Recommendation No. R (80) 2 concerning the Exercise of Discretionary Powers by Administrative Authorities adopted on 11 March 1980 and Recommendation No. R (89) 8 on Provisional Court Protection in Administrative Matters adopted on 13 September 1989.

which concerns measures or decision "taken in the exercise of public authority," covers not only the acts of administrative authorities but also measures taken by other persons, public or private undertakings or individuals in the exercise of public authority prerogatives conferred upon them.¹¹ The following are not considered to be administrative sanctions:

- 1) measures which administrative authorities are obliged to take as a result of criminal proceedings,
- 2) disciplinary sanctions.

Administrative sanctions may take many forms. It is difficult to give an exhaustive list. The typical administrative sanctions are fines or higher charges, confiscation of goods, closure of an undertaking, a ban on practising an activity and suspension or withdrawal of licences, permits or authorisations necessary to the conduct of a business, industry or occupation.

In Poland, similar to other European countries, the administrative authorities have been endowed with powers to apply various administrative sanctions (administrative sanctions *sensu stricto*). This applies particularly to such area as social security, taxation, environmental protection, town planning, insurance, public health, securities, etc. This situation is compounded by decriminalisation processes, which tend to transfer punishment of number of offences from the criminal to the administrative sphere. The Recommendation No. R /91/ 1 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on Administrative Sanctions adopted on 13 February 1991 clearly presents this process stating that: "administrative authorities enjoy considerable powers of sanction as a result of the growth of the administrative state as well as a result of a marked tendency towards decriminalisation." The same Recommendation also adds that "it is desirable, from the point of view of protection of the individual, to contain the proliferation of administrative sanctions by submitting them to a set of principles."

V

It should be underlined that the legislator gives some freedom of imposing sanctions to the administrative authorities and introduces penalties that represent a high level of complaint. They sometimes seem to be much more painful than penalties imposed at the criminal proceedings. Such solutions can be presented on the bases of normalization in Polish laws:

¹¹ Explanatory Memorandum to Recommendation No. R (91) 1 of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Sanction, [in:] *Principles of Administrative...*, p. 313.

of 28 July 1990 on insurance,¹² and of 21 August 1997 – The Right of public trading in securities.¹³

The first law anticipates that if the insurance company does not fulfil recommendations imposed by the administrative authority, conducts the activity of the insurance company with the violation of law or statutes, and rejects to present explanation and information concerning the company and its financial economy, it is possible to:

- 1) impose a pecuniary penalty on the board of the company and its authorized clerks in the amount of 3-month gross salary of a given person,
- 2) impose a pecuniary penalty on the company in the amount of 0.5% gross contribution collected in the previous year.

The serious penalties can be also imposed on subjects conducting broker's activity. The law allows to impose penalties on physical subjects in the amount of twenty times greater overage salary in the sphere of industries.

The other law states that if the broker's office violates the law, does not fulfil the conditions and terms inumerated in the certificate or infringers the permit, does not comply with the fair code of the turnover or violates an interest of an applicant the Securities Commission can make a decision to:

- 1) withdraw the permit or limit the scope of lawful acts,
- 2) impose a pecuniary penalty to 500.000 PLN (about 120.000 USD),
- 3) apply sanctions as stated in the points presented above.

The Securities Commission issues its decision after the trial. The decision can be binding immediately and it must be declared in public. Similar penalties can be imposed on issuers of securities (the subjects introducing securities to the public turnover) who do not perform duties based on the legal regulations or who perform these duties improperly.

VI

The margin of decision determined by the analysed regulations is the implication of applying the construction of administrative discretion¹⁴ and

¹² Dz.U. [J. of L.] 1996, No. 11, item 62, with subsequent changes.

¹³ Dz.U. [J. of L.] 1997, No. 118, item 754, with subsequent changes.

¹⁴ The term "administrative discretion" ("discretionary power") means a power which leaves an administrative authority some degree of latitude as regards the decision to be taken enabling it to choose from among several legally admissible decisions the one which it finds to be the most appropriate – see, in particular, M. Mincer, *Uznanie administracyjne* [Administrative Discretion], Toruń 1984, p. 63 and following and D. J. Galligan, *Discretionary Powers*, Oxford 1986, p. 6 and following.

so-called "undetermined legal concepts"¹⁵ by the legislator. It seems to be questionable, judging on the given situation, if a subject does not follow the rules of fair turnover or if he improperly performs his duties. The judicial review of the correctness of the decision to impose a penalty according to the law tries to check if the competent administrative authority did not transgress the limits of administrative discretion or cause an administrative misbehaviour by imposing too severe penalty, if it interpreted the legal concept properly and studied the individual side of the case, and if it violated the rules of the administrative proceeding. Evaluations in that sphere seem to be less measurable than the review of other administrative decisions, including so-called "bounded decisions."

Another serious problem – noticable in other countries – is imposing secretive forms of administrative sanctions. The situation can be presented in the explanation to the judgment of the Constitutional Tribunal on 29 April 1998, K. 17/98.¹⁶ The Constitutional Tribunal declared about the incorrectness of the article 27 point 5, 6 and 8 the law of 8 January 1993 on tax of goods and services and excise tax with the principle of democratic law-abiding state (article 2 the Constitution of the Republic of Poland). In the quoted situation the same person was imposed an administrative sanction for the act in the form of additional tax obligation and the person was also called to responsibility of committing a fiscal petty offence (penal responsibility).¹⁷ According to the Constitutional Tribunal "the additional tax obligation" understood by means of the regulations of law that were questioned, represented a tax only in its nominal value. In reality it was an administrative sanction. One of the experienced judges of the Supreme Administrative Court stated that such a settlement is "a real fear for the taxpayers and a nightmare not only for the tax authorities, but for the adjudging panels of the Supreme Administrative Court."¹⁸

In the verdict presented above the Constitutional Tribunal declared that according to the principle of democratic law-abiding state it is inconsistent

¹⁵ Legal concepts within this category are not defined in detail by the legislator himself but have nevertheless an objective meaning which the administrative authority should identify in individual cases – see, in particular, M. Mincer, *op. cit.*, pp. 55–62, otherwise A. Sethy, *Ermessen und unbestimmte Gesetzbegriffe, Eine theoretische Untersuchung der Abgrenzung im Verwaltungsrecht*, Wien 1973, p. 12 and following, 68 and following.

¹⁶ "Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego" [The Judgments of the Constitutional Tribunal] 1998, No. 3, item 30, with J. Oniszczyk's comment in "Glosa" [Gloss] 1998, No. 6, pp. 17–19.

¹⁷ Dz.U. [J. of L.] 1993, No. 11, item 50, with subsequent changes.

¹⁸ See G. Borkowski, *Nie ma sankcji bez "szacunku"* [No Sanction without "Assessing"], "Glosa" [Gloss] 1999, No. 4, p. 18.

with the law to punish a person twice for the same act. In the other judgment the Constitutional Tribunal expressed a more general opinion that should be approved unquestionably. It states that the condition to impose an administrative penalty should be "an element of a subjective offence." The one who is accused should be given the right of protection and possibility to show that the default of duties was caused by circumstances he could not be responsible for – the judgment on 1 March 1994, U. 7/93.¹⁹

VII

It seems obvious in relation to the above presented arguments that the use of administrative sanctions must correspond with the guarantees and protection of the individual. The material and procedural guarantees of that protection are defined in the Recommendation No. R (91) 1 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on Administrative Sanctions adopted on 13 February 1991. According to the Recommendation:

- 1) The applicable administrative sanctions and circumstances in which they may be imposed shall be laid down by law;
- 2) No administrative sanction may be imposed on account of an act which, at the time when it was committed, did not constitute conduct contrary to the applicable rules. Where a less onerous sanction was in force at the time when the act was committed, a more severe sanction subsequently introduced may not be imposed; the entry into force, after the act, of less repressive provisions should be to the advantage of the person on whom the administrative authority is considering imposing a sanction;
- 3) A person may not be administratively penalised twice for the same act, on the basis of the same rule of law or of rules protecting the same social interest; when the same act gives rise to action by two or more administrative authorities, on the basis of rules of law protecting distinct social interests, each of those authorities shall take into account any sanction previously imposed for the same act;
- 4) Any action by administrative authorities against conduct contrary to the applicable rules shall be taken within a reasonable time; when administrative authorities have set in motion a procedure capable of resulting in the imposition of an administrative sanction, they shall act with reasonable speed in the circumstances;

¹⁹ "Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego" [The Judgments of the Constitutional Tribunal] 1994, part I, item 5.

- 5) Any procedure capable of resulting in the imposition of an administrative sanction which has been instituted in respect of a person shall give rise to a decision which terminates the proceedings;
- 6) In addition to the principles of fair administrative procedure governing administrative acts as set out in Resolution (77) 31 of the Committee of Ministers on the Protection of the Individual in Relation to the Acts of Administrative Authorities adopted on 28 September 1977, the following five principles shall apply specifically to the taking of administrative sanctions:
 - a) Any person faced with an administrative sanction shall be informed of the charge against him,
 - b) He shall be given sufficient time to prepare his case, taking into account the complexity of the matter as well as severity of the sanctions which could be imposed upon him,
 - c) He or his representative shall be informed of the nature of the evidence against him,
 - d) He shall have the opportunity to be heard before any decision is taken,
 - e) An administrative act imposing a sanction shall contain the reasons on which it is based;
- 7) The onus of proof shall be on the administrative authority;
- 8) An act imposing an administrative sanction shall be subject, as a minimum requirement, to control of legality by an independent and impartial court established by law.

Under the Recommendation, subject to the consent of the person concerned and in accordance with the law, the procedural principles in point 6 may be dispensed with in case of minor importance, which are liable to limited pecuniary penalties. However, if the person concerned objects to the proposed sanction, all the procedural guarantees shall apply.

In the Explanatory Memorandum to the Recommendation it is underlined that the significance of the last norm tends to eliminate the state of legal uncertainty. The document says that when there is no act to end the proceeding till the lapse of limitation period, the legal position of the subject who is charged with the breach of the law, would not be defined. Considering such an act it is important to verify the attitude of the administrative authority while the appropriate proceeding is carried on.

It should be pointed out that much more detailed comment is provided to the rule presented in point 3 by the European Committee on Legal Co-operation – Project Group on Administrative Law (*ne bis in idem*). According to the comment the generally respected rule of penal law is taken in the sphere of administrative law. It is binding character does not exclude the possibility to classify an act as a behaviour justifying the application of various sanctions by the competent authorities, as the European Committee on Legal Co-operation states. The compliance with

the rule encounters difficulties in the situation when the given act is the subject of penal and administrative responsibility. It should be remembered when the discussed problem is being solved to quote the essence of article 4 of Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms²⁰ in the opinion of the European Committee on Legal Co-operation. This article strictly bans double punishment of one act, albeit on the basis of rules of law protecting distinct social interests. The article 4 mentioned above reforms to criminal proceedings. It is construed as applying to a large extent to proceedings of penal character before administrative authorities.²¹ The competitive aspect of the mentioned types of sanction (penal and administrative) constitutes as essential element of the policy of law. The reasonable legislator has to be conscious about the limits concerning sanctions and the need to impose the legal repression gradually.

VIII

Polish courts make reference in their judgments to analysed principles of the Recommendation No. R (91) 1 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on Administrative Sanctions adopted on 13 February 1991, but their reference is not always so direct. Besides those presented in point III of the judgments of the Supreme Administrative Court, the judgment on 18 July 2000, I SA/Kr 2246/98²² should be quoted. The court declared that even though the rule of the act regulating the use of administrative penalties does not create a typical norm of penal law, its proper application must correspond with the general rules of penal law as well as a rule of penal adequacy and thus the imposed penalty and its size can be accepted as fair and reasonable in the light of all circumstances.

The courts often try to specify the contents and functions of the rules to apply penalties by administrative authorities and thus makes it possible to correct errors of substantive and procedural regulations. In the opinion of theorists the shaping of administrative sanctions by the legislator takes place in rather free and accidental way, with some harm for the individual as regards the protection of his rights and interest.

²⁰ Strasbourg, 22 November 1984, "European Treaty Series" No. 117.

²¹ See *Principles of Administrative...*, pp. 23-24.

²² Unpublished.

The process of integration of Poland with the European structures is being promoted at present and it has been postulated to create general forms in order to apply administrative sanctions. It has been suggested to include the rules of application for administrative sanctions into the Administrative Procedure Code.²³ The aim of this procedure would be to keep a uniform construction of administrative sanctions (coherence of regulation), to define the sphere of application of sanctions and specify the guarantees of the protection of the individual in the cases when the sanctions are imposed. It seems to be unquestionable that the realisation of such a project would be an important occasion to adopt many principles of criminal law and proceeding for the need of administrative law.

²³ See Z. Kmiecik, *Europejskie standardy prawa i postępowania administracyjnego a ustalenia orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego* [European Standards of Administrative Law and Proceeding Vis-a-vis settlements of the Supreme Administrative Court], "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" [Legal, Economic and Sociological Movement] 1998, No. 1, p. 60.

SECTION IV. E.

Włodzimierz Nykiel

Professor of the University of Łódź

Budgetary Decentralization: Balance of Interests and Contradictions

1. The notions of budgetary federalism or fiscal federalism¹, as indicated by their very name, refer in the first place to federal countries. However, given the character and the scope of the problems connected with these notions, they can be also of great use in the analysis of the situation of unitary countries² such as Poland.

In Poland since 1950 till 1990 the local government practically did not function. According to the Act of 1950 on the Local Organs of State, based on the Soviet Union's solutions, people's councils constituted local organs of State in gminas, cities, units bigger than cities, in powiats and in voivodships. Sub-central authorities acted simply as agents of the central government.

The situation changed greatly as a result of reactivation of the local government,³ which took place in 1990. Initially, the local government was restored only at the level of gmina (the lowest level). Since 1999 the local government functions also at the level of powiat and voivodship. Today Poland, the territory of which is 312 685 square kilometres big and the population of which amounts to 38,6 million inhabitants (data of 2000), is divided into 16 voivodships, 373 powiats (here included 65 cities with powiat status) and 2489 gminas (the average number of inhabitants in one gmina is about 15 525). For the sake of comparison it could be useful to

¹ The topic of the general report to be presented during the XVIth Congress of the International Academy of Comparative Law is "Budgetary Federalism."

² *Fiscal Federalism and State Local Finance, The Scandinavian Perspective*, J. Rattsö, E. Elgar (eds.), Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA) 1998; K. Messere, *Tax Policy in OECD Countries, Choices and Conflicts*, IBFD Publications BV, Amsterdam 1993, p. 187 and subsequent.

³ The exact translation of the Polish term ["samorząd terytorialny"] used with reference to the local government would be "the territorial self-government".

look at the number of municipalities and average population per municipality in some European countries.⁴

Country	Number of municipalities	Average population per municipality
France	36 559	1 600
Germany	16 121	5 000
Italy	8 104	7 000
Spain	8 082	4 800
Sweden	286	30 900

According to the Polish Constitution the territorial regime of the Polish Republic provides decentralisation of public authority (Article 15) and the local government performs public duties not reserved for other public authorities (Article 163). The units of the local government are provided with legal personality, with their own property and their independence is protected by the courts (Article 165). Every unit of the local government has its budget.⁵

As is well known, the basic prerequisite for the proper performance of duties of the local government is providing it with the necessary financial means. Legal solutions concerning the revenue determine in fact the scope and the possibilities to act of the local authorities. That is why the Constitution establishes the principle of adequacy, according to which the units of the local government have guaranteed share in the public revenue appropriately to duties entrusted to them (Article 167, paragraph 1) and any changes in the scope of the duties and competences of these units are followed by the relevant changes in the distribution of the public revenue (Article 167, paragraph 4).⁶

2. The distribution of the revenue among different levels of the budgetary system can be done in several ways.⁷ Theoretically speaking, such a distribution can result from granting the units of every level the competence to determine their own revenue. According to this solution, the units of every level decide about their revenue conformably to their needs. For quite

⁴ Data as reported by: *Local Finance in the Fifteen Countries of the European Union*, DEXIA, Brussels-Paris 1997, p. 29.

⁵ T. Dębowska-Romanowska, *System prawny finansów lokalnych*, [in:] *Samorząd terytorialny. Zagadnienia prawne i administracyjne*, Warszawa 1998; E. Kornberger-Sokołowska, *Decentralizacja finansów publicznych a samodzielność finansowa jednostek samorządu terytorialnego*, LIBER, Warszawa 2001.

⁶ B. Brzeziński, T. Dębowska-Romanowska, M. Kalinowski, W. Wójciszewicz, *Prawo finansowe*, C. H. Beck, Warszawa 2000, p. 161.

⁷ W. Nykiel, *Rola dochodów w równoważeniu budżetów lokalnych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1993, p. 21 and subsequent.

obvious reasons, such a solution, analysed sometimes in the literature, does not occur in practice in any country. As a rule, local bodies have very limited competences as to their revenue, and the most important powers in this respect belong to the central level.

The basic method of distribution of the revenue is the distribution of the sources between the different levels of the budgetary economy. The result of such a distribution is the allocation of the given revenue sources to the certain level. Such a distribution of revenue is widely practiced, but it is never applied as the only way of the division of the means.

Another solution is the division of the means from one source. The revenue originating from one source may be allocated to two or more levels of budgetary economy. The division of the revenue originating from one source can be done in the framework of several legal constructions. The simplest division is based on the mechanism in which the revenue from the given source is allocated to the given budget and constitutes its own revenue, but a part of this revenue, determined by the law, is transferred to the budget of another level. Another way to divide revenue from one source can be tax constructions accompanied by additional taxes, surcharges and so on.

The ways of division of the revenue described above do not suffice to ensure that the means are adequate to duties which the local government should perform. That is why in addition to these ways of division of the revenue, the transfers of means between the budgets of different levels are applied. The means allocated by the higher level to the lower level are described as subventions or grants. They can serve different purposes. First of all, they may constitute a tool to balance the subsidized budget. Moreover, they may be used in order to offset the differences in the revenue potential and the possibilities to fulfill the needs, that occur between different areas. Furthermore, subventions or grants can be used for the accomplishment of specific tasks.

A very important role in the financial management of different levels is played by the borrowings. On one hand, they increase financial possibilities, but on the other hand they entail several risks due to which legislators sometimes limit the possibilities to use them.

3. The issues of revenue and expenditure of the State budget and of the budgets of the local government as well as the problems of public debt, occurring among other things due to the necessity to cover budgetary deficit, are in Poland subject to many laws. The most important of them are the following: the Constitution, the Public Finance Act, the Law on the Local Government Revenue during the period 1999–2002, the Law on the Local Government in Gminas, the Law on the Local Government in Powiats, the Law on the Local Government in Voivodships, yearly budgetary acts.

3.1. In chapter II of the Polish Constitution of 1997, concerning human and citizen's rights and duties, there is a provision according to which "everybody is obliged to incur public burdens and duties, including taxes determined by the law" (Article 84). This rule was further elaborated in Article 217 included in chapter X concerning public finance. As stated in this Article, "levying taxes, other public charges, determining taxpayers, subject of taxation, tax rates, the rules of granting reliefs and remissions, determining the categories of exempt persons shall be done by the act of law." Therefore, in Poland, levying taxes and other public charges lies within the competence of the parliament and the principle *nullum tributum sine lege* has been expressly stated in the Constitution. It follows from the above mentioned provisions that the local government has no competence to levy taxes or other public charges. However, it must be emphasized that according to Article 168 of the Constitution it has the right to determine the burden of the local taxes and charges to the extent indicated by the law (on the basis of the relevant legal provisions, the councils of gminas, to the extent determined by the act of law, determine the rates of the tax on real estate, tax on the means of transport, tax on the possessing of dogs, they also influence the determination of the tax rates of the agricultural tax). The solutions concerning the competence of the local bodies in the area of taxation in practice constitute a very important tool of the local financial policy as they render the tax system more flexible. At the same time, these competences do not disturb the fiscal policy of the State and do not threaten the consistence of the tax system as, firstly, still the most important taxes from the fiscal point of view are State taxes and, secondly, because the local bodies have only limited (by the act of law) influence on the amount of the local taxes.

In Poland the following taxes constitute the revenue of the State budget:

- tax on goods and services (this is the Polish variant of value added tax),
- excise duty,
- personal income tax,
- corporate income tax,
- tax on games.

The units of the local government have their shares in personal income tax (gmina 27,6%, powiat 1%, voivodship 1,5%) and in corporate income tax (gmina 5%, voivodship 0,5%).

The following taxes constitute gmina's revenue:

- tax on immovable property,
- agricultural tax,
- forestry tax,

- tax on inheritance and gifts,
 - tax on means of transport,
 - tax on civil law acts,
 - tax on possession of dogs,
 - lump sum tax on persons performing economic activity.
- No tax is wholly allocated to powiat or voivodship.

Moreover, the following constitute, among other things, the revenue of the units of local government: fees and charges, revenue of different budgetary units, incomes from property, interests from financial means on bank accounts, interests and dividends from capital brought to companies, revenue from financial penalties and fines and so on.

Taxes by level of government (1997)

	Supra-national	Federal or central government	State or Länder government	Local government	Social security funds
Federal countries					
Germany	0.6	29.0	21.5	7.3	41.6
United States		44.1	19.3	12.3	24.2
Unitary countries					
France	0.3	47.4	-	10.4	41.9
Italy	0.3	60.4	-	5.8	33.5
Poland		58.8	-	9.1	32.1
Spain	0.4	48.8	-	16.1	34.6
Sweden	1.4	46.2	-	30.5	21.9

Source: OECD Revenue Statistics 1965/1998, Paris 1999, p. 21.

3.2. According to Article 167 paragraph 2 of the Constitution revenue of the local government includes apart from its own revenue also general subventions and purpose grants from the State budget. Specific rules as to granting of subventions and grants to the units of the local government are regulated in the Public Finance Act and in the Law on the Revenue of Local Government during the period 1999-2002.⁸ The exact amounts of subventions and grants to the units of local government are determined in the yearly budgetary acts.

⁸ A. Borodo, *Samorząd terytorialny, system prawnofinansowy*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2000, p. 141 and subsequent.

General subventions can be characterized by the fact that it is up to the unit of the local government that receives them, to decide how to use them. The amount of subventions is calculated in such a way that, to a certain extent, they perform compensatory functions (this is the case of the units of local government with low tax revenue per inhabitant), as the size of the population and the expenditure needs in education and on roads are taken into account. Determination of the general amount of the subventions and its division among the units of the local government is based on objective criteria. It should be emphasized that gminas with higher tax revenue per inhabitant do compensatory payments that increase the amount of general subvention in the State budget.

The legal construction of purpose grants is different. The purpose of the purpose grant, differently than in case of general subventions, is determined by the subject allocating the subvention. Such a legal construction on one hand allows to match the means with the tasks realized by local organs, and on the other hand ensures the influence of the subject allocating the grant on the functioning of the unit receiving it.

Revenue of local budgets
(2000)

Specification	Total (in mln zł)	Gminas (in mln zł)	Cities with powiat status (in mln zł)	Powiats (in mln zł)	Voivodships (in mln zł)
Revenue					
Total	72 609,5 100%	34 583,8 100%	21 766,4 100%	12 554,7 100%	3 704,6 100%
Own revenue	29 552,0 41%	17 569,8 51%	10 417,4 48%	975,3 7%	589,5 16%
Purpose grants from State budget	15 526,4 21%	4 151,4 12%	4 356,5 20%	5 486,6 44%	1 531,9 41%
General sub- sides from State budget	25 858,0 36%	11 669,3 34%	6 799,7 31%	5 988,6 48%	1 400,4 38%
Other	1 673,1 2%	1 193,3 3%	192,8 1%	104,2 1%	182,8 5%

Source: *Rocznik statystyczny GUS 2001*, GUS, Warszawa 2001, pp. 501, 502.

3.3. The Constitution forbids to raise loans, give guarantees or pledges which would result in the public debt exceeding 3/5 (60%) of the one year's gross domestic product (Article 216 paragraph 5). Minister of Finance

controls the application of this provision in practice. In the Public Finance Act, the State public debt is defined as indebtedness of the units of public finance sector (units of both central and local government) assessed after the elimination of the finance flows between the units of this sector.

State public debt includes primarily liabilities based on emitted securities and raised credits and loans.

Minister of Finance establishes the strategy of managing the State public debt and the debt of State treasury. He is also entitled to carry out financial operations connected with raising and paying liabilities. Minister of Finance enters into the financial engagements on behalf of the State Treasury. He does it in particular by emitting securities and raising credits and loans on both internal and foreign market. Credits and loans may be raised by the State Treasury in order to finance the needs connected with the budgetary deficit, payments of liabilities and to finance the loans granted by the State Treasury. The amount of raised credits and loans cannot exceed the limit of increase of indebtedness indicated in the budget act.

The Public Finance Act allows also the units of local government to raise credits and loans and to emit securities. So far the securities emitted by gminas were bonds. The amount of raised credits and loans and liabilities from emitted securities cannot exceed the amount indicated in the budget of the unit of local government. It must be however emphasized that in case the unit of local government intends to raise credit or a loan or intends to emit securities, the regional account chamber (the body entrusted with the supervision and control of the financial economy of the units of local government) issues an opinion on the possibilities of repayment of such a credit or a loan or repurchase of securities.

The Public Finance Act contains also quantity restrictions referring to the debt of the unit of the local government. The total amount of this debt at the end of budgetary year cannot exceed 60% of the revenue of this unit in that budgetary year. The total amount of instalments of credits and loans due in the given year and of the possible payments on the basis of guarantees given by the units of local government together with the relevant interests and discounts and due in that year repurchase of securities emitted by the unit of local government, cannot exceed 15% of planned for this budgetary year revenue of this unit of local government.

In order to keep the State public debt within the limits indicated in the Constitution, the Public Finance Act foresees the application of the caution procedure or the sanitation procedure in case where the relation of the total State public debt, increased by the amount of payments on the basis of guarantees and pledges, to the gross domestic product will be too high.

State public debt
(as of 31.12.2000)

Specification	In mln zł	
Total	280 473.8	100%
Debt of the central government sector	271 096.7	97%
Debt of the local government sector	9 377.1	3%

Source: *Rocznik statystyczny GUS 2001*, GUS, Warszawa 2001, p. 499.

4.1. Divergence of interests of central and local government in many cases and, at the same time, the necessity to cooperate, result in the need of organisational form for such a cooperation and presentation of these interests. In order to solve the problems resulting from the relations between central and local government the Joined Commission of Central and Local Government was created. The Commission's tasks include the formulation of the common standpoint of the central and local government in cases important from the point of view of State interests and the duties of local government. The Commission, among other things, produces an assessment of the functioning of the local government, initiates preparation of some laws concerning local government, issues the opinions on the drafts of laws and other legal acts, governmental programs and other documents concerning local government. The functioning of the Joined Commission of Central and Local Government is well estimated by both the representatives of central and the representatives of local government. It should be however emphasized that its functioning illustrates not only cooperation between central and local government, but also conflicts, particularly on the grounds of finance.

4.2. According to Article 226 paragraph 1 of the Constitution, the Council of Ministers presents to the lower chamber of the Polish parliament and the Highest Chamber of Control a report on the execution of the budgetary act within 5 months from the closing of the budgetary year. The following documents are enclosed to this report: the general information on the execution of the budgets of the local government, a report on revenue and expenditure connected with the performance of duties of the governmental administration entrusted to the units of local government and other duties entrusted to the units of local government by the acts of law. The lower chamber of the parliament examines the report on the implementation of the budgetary act and after receiving the opinion of the Highest Chamber of Control, within 90 days from the presentation of the report, it issues the vote of acceptance of accounts or refuses to accept the accounts (Article 226 paragraph 2).

According to the Public Finance Act, the board (executive body) of the unit of the local government presents to the deliberative assembly (the

council of gmina, the council of powiat, the council of voivodship) a yearly report on the execution of the budget of the unit of the local government, which contains the statement of revenue and expenditures resulting from the closure of the accounts of the budgets of the units of the local government, until the 31st of March of the following year, in detail no lesser than in the budgetary resolution, and sends it to the Regional Chamber of Account (the body of supervision and control of the financial management of the units of local government). The deliberative assembly examines the report on the execution of the budget and after receiving the opinion of the Regional Chamber of Account it issues the vote of acceptance of accounts or refuses to accept the accounts.

4.3. Currently in Poland one can notice several occurrences in the area of local finance raising concern. First of all, it is indicated that the own revenue of the units of local government are by far too low, especially at the level of powiat and voivodship (the basic level – gmina is well provided with the own revenue). In this context the structure of the revenue of especially powiats and voivodships is assessed as improper. This is due to several factors – firstly, as indicated above, there are too little own revenue and too many transfers from the State budget. Secondly, among the transfers, purpose grants play far too important role. Therefore it is said that the decentralisation of tasks was not accompanied by decentralisation of revenue. Sometimes it is said that financial difficulties of the central government have been transferred to the local government level. Another symptom of difficulties is the growing number of the deficit budgets of the local government. Moreover, the tendency to limit the investment expenditures can be noticed.⁹

However, there is no doubt that since the reintroduction of the local government in Poland in 1990, the efficiency of the financial management has increased greatly, which is proven by the economic data and is quite apparent also to the tourists travelling in Poland. Moreover, it must be stressed that due to granting the local bodies the competences to decide the amount of local taxes, to decide to raise credits, loans and emit securities, the members of local community, that is – taxpayers, see clearly the dependence of the scope and quality of the performance of the local government's duties, upon the fiscal charges. The result is obviously the use of electoral instruments to execute the liabilities of local bodies towards the local communities.

⁹ E. Ruśkowski, *Czy kryzys finansów lokalnych w Polsce?* [in:] *Księga jubileuszowa Profesora Marka Mazurkiewicza, R. Mastalskiego (red.), Studia z dziedziny prawa finansowego, prawa konstytucyjnego i ochrony środowiska*, Oficyna Wydawnicza UNIMEX, Wrocław 2001, p. 170 and subsequent.

After 1990 the process of privatisation of communal enterprises has started in Poland as well as the process of privatisation of gmina's public duties. These processes were on one hand the result of decentralization and on the other hand, they supported decentralization. It is however estimated that still the local government performs its functions without using the possibilities connected with the functioning of non-governmental organisations and other subjects such as corporations.¹⁰

Until 1989 Poland had centrally controlled, practically closed, economy. Thanks to political and economic changes, and most importantly – to introduction of market economy and issuing of the laws on foreign investments, the foreign companies invested in Poland above 43 milliard US \$ until 2000. For many gminas and cities it meant new profits and new duties. Currently however, due to the relatively small scale of such processes, one cannot say that globalization has a great impact on the situation of the local government in Poland. Democratic accountability to the electors for the performance of duties providing for the needs of local communities is not influenced by the presence of the foreign corporations.

4.4. The desired direction of changes for the coming years consists in the financial strenghtening of the local government, which means the realization of the constitutional principle of adequacy of financial means to performed duties, and in the strenghtening of the independance of the local government in this respect. It should be done by increasing the means allocated to the local government (which may turn out difficult given the state of the public finance in Poland) and by the enlargement of the scope of own revenue, the change in the proportion between the subventions and the purpose grants consisting in the reduction of purpose grants. Undoubtedly the tax on immovable property, which is the most important of the local taxes, should be subject to reform (the new concept of this tax has already been created). The taxable base in this tax should be the value and not, as it is today, the area of the land or buildings.

¹⁰ L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjnoprawne*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2000 p. 128.

SECTION V. A. 1.

Witold Kulesza
Professor of the University of Łódź

Fighting International and National Corruption by Means of Criminal Law

I. Notion of corruption

The notion of corruption is nonexistent as a law-term in the Polish legal parlance. In other words, Polish penal code does not use "corruption" as a legal term. However, in the criminological sense, the notion of corruption does encompass the crimes of active and passive bribery, as well as, other offences. While assuming the meaning of the term "corruption" as "an abuse of power for private gain" we must keep in mind that such definition comprises not only an abuse of an office – an abuse of authority by a functionary for material gains, but also such crimes as embezzlement, stealing of public property, fraud, illegal political contributions, and abuse of confidence.

As a subject of legal reflection, the crime of bribery, both active and passive, requires to be looked at in relation to other crimes that may be committed as an outcome of the mechanism of bribery, or when the mechanism of bribery serves to avoid the penal responsibility for the crimes already committed. It needs to be pointed out that Polish penal law also encompasses the crime of the so-called "paid backing" that puts the legal responsibility on a private person who makes a reference to his or her influence in public institutions for material gains. Also, the legalization of profits derived from corruption may take the form of money laundering. Therefore, obviously, a single act of bribery is often functionally tied to more than one crime. And because of that, I think, the subject for discussion here should be formulated as: "Corruption: bribery, and the accompanying and resulting criminality."

II. Recent significant bribery cases

A majority of legal proceedings in passive bribery cases pertain to the so-called lower rank officials such as, for example, customs officers. Those perpetrators are sentenced for imprisonment often accompanied by suppression of their rights to hold a public function in the future. In some rare cases, the charge of passive bribery is posed against high public functionaries. Such charge has been posed, for example, against a president of a city who accepted a bribe in exchange for rendering it possible to build a large supermarket in the city district. Also, a legal proceeding is conducted in a case of a high public official of the Ministry of National Defense who supposedly requested a bribe in relation to adjudication by tender for the purchase of weapons. Recently, a legal proceeding against judges and prosecutors suspected of accepting bribes has also been started.

III. Bribery of public officials

1. Protected legal interests

In Polish penal code, the title of the section referring to the crime of bribery points out to the legal protective measures in cases of "crimes against the activities of the national institutions and territorial government."

Commentaries on the regulations governing passive bribery, point out to an official – the perpetrator of the crime – who impairs the public trust towards national and local institutions, particularly the citizens' trust that these institutions are driven exclusively by the legal code while making their decisions. It is also said that passive bribery aims against a presumption of unbiased public officials whose disinterestedness constitutes the basic condition for proper functioning of national institutions and the institutions of self-government.¹

¹ Law students who attend the lectures on penal code given by the author of this report point out to the subject of legal protection the right of the citizens to the fair treatment by both governmental institutions and self-government, the same right which is broken when a public official takes a bribe in favor of treating favorably the person who gives the bribe. Students also point out to the subject of legal protection the equality of chances of all the citizens in relation to one's own professional careers and private life that can be undermined by corruption in both national institutions and the institutions of self-government.

2. Definition of bribery

In the Polish penal code, the crime of passive bribery is described as the receipt of benefits either in the form of property or personal favor, or only a promise of such benefit related to the public function carried by a perpetrator.

The relationship between a post carried and the benefit, or a promise of the benefit, received (or a demand to receive one) takes place when it:

- is related to a concrete activity being in the sphere of competence of a public official,

- concerns the status of a public official himself/herself, in such a sense that the bribe is to influence his or her favorable attitude and not necessarily a decision in a given case.

In the first meaning, the relationship between the receipt of a bribe and the public function takes place regardless of whether acts of the public official or a decision is of substantial or formal character or whether it is made by the perpetrator on his or her own and whether it can be reversed in the due course. While determining the relationship between the sphere of competence of a public official and the receipt of a bribe, it does not matter whether the benefit was received before or after a certain act related to the case took place.

3. Various forms of bribery

The basic form of the crime of bribery is the acceptance of a material benefit, a personal favor, or a promise of such benefits by a public official. The demand of a benefit by a public official is also punishable. Basic forms of bribery are liable to a sentence lasting from 6 months up to 8 years of imprisonment (Art. 228, § 1 PC).

An even more severe sentence, up to 10 years of imprisonment, may be given to a public official who accepts a property benefit as a form of compensation for breaking certain laws, and who conditions his or her performance of his or her official duties on the receipt of material benefits (Art. 228, § 3 and 4 PC).

Moreover, a higher sentence of 2 years up to 12 years of imprisonment may be given to a public official who accepts material gains of considerable value (approximately 33,000 USD) or a promise of such bribe of the same value (Art. 228, § 5 PC).

The Penal Code also considers an event of "lesser value," which is a term understood most often as an acceptance of no great benefit (Art. 228, § 2 PC).

4. Definition of a bribe

Definition of a bribe encompasses both material and private benefits. The Polish penal code considers material benefits as benefits to the perpetrator, another private or legal person, and an organizational unit not having a legal status, or a criminal organization.

Under the term of material benefit, both an increase of assets and a decrease of liabilities are considered.

A material benefit may also take a form of a decrease in spending by a public official due to free services provided free-of-charge.

Some commentaries say that a material gain may be constituted by a lawn to a public official if the interest on it is lower than the one on the market.

A personal advantage is not expressed in financial terms and is expressed by general betterment of the living conditions of a public official, including his or her professional situation. It is pointed out also that a personal benefit may take a form of sexual services provided to a public official. Practice of fighting bribery shows that charges for acceptance of a personal benefit alone happen very rarely.

The presentation of items which symbolic value is greater than the material value to a public official is not considered to be a bribe. A symbolic gift, presented customarily, particularly when it is given in an official manner, is not considered to be a bribe (flowers, a painting painted by the giver, a book, or a single cigar).

4a. Bribes and political donations

The act of 1997 on political parties requires the sources of financing of political parties to be open. At the same time, the act says that property of political parties may be accumulated from membership dues and contributions. The act also lays down a condition that only naturalized persons may give money to political parties. A political party may not accept money from foreigners living either in Poland or abroad. The deposits over a period of one year may not exceed the amount 15 times higher than the lowest monthly income (that is about 2.500 USD). Such deposits may not be made in cash but by a check, a money transfer or by a bankcard. After the parliamentary campaign is over, according to the act of 2001 "Electoral Law to Sejm and Senat," the parties participating in the elections have the legal responsibility to present a report on their financial sources of their election campaign. In the event when a political party refuses to provide such a report or when a National Electoral Commission rejects it, a party

loses the right to receive financial donations from the national budget as the act foresees such a donation to be paid for each parliamentary mandate of a deputy or a senator.

A bribe, that is a subject to a legal sentence, may take a form of a material benefit extended to a member of a political party who has become a member of the parliament in the outcome of elections. The acceptance of material benefits by a member of the parliament along with the infringement of the political parties act is considered to be an act of bribery also when the contributions were assigned to a political party's activity.²

5. Scope of public officials and related persons to be punished

The penal code contains a legal definition of the term "a public official" (Art. 115, § 13 PC) that encompasses: the president, members of the parliament, councilors, judges, jurors, prosecutors, notary publics, employees of government administration, employees of governmental agencies and territorial self-government, employees of the governmental inspection institutions, policemen,³ prison service, soldiers, and also the persons holding management positions in other national institutions.

6. Conducts to be punished

In the meaning of the penal code, the following behaviors of a public official constitute a crime of passive bribery:

- acceptance of property or personal benefit,
- acceptance of a promise of a property or personal benefit,
- demand of property or personal benefit,

² Presently, a criminal case is being conducted on donations made by private individuals on behalf of a political party that took part in the most recent political campaign of 2001 because of untrue personal data of its alleged contributors.

³ The presidential project to amend the penal code widens the category of persons who would take the penal responsibility for passive bribery considering that a public office is held by each person employed at an institution that has public funds at its disposal, and also other persons whose powers and responsibilities in terms of their public activity are encompassed by the act (journalists). The presidential project also considers to make it punishable, as an act of bribery, the acceptance of property benefits by a person whose powers and responsibilities are or have been recognized by international agreements that are binding to Poland.

- acceptance of property or personal benefit or a promise of such in connection with breaking the law by the perpetrator,
- conditioning of a certain official duty on the receipt of a property benefit by a public official.

A person who is not a public official, and who accepts property benefits in collaboration and together with a public official, may also be responsible for the crime of bribery (a co-perpetrator), persuades a public official to accept a bribe (abettor), or eases out to accept a bribe by a public official (helper). The collaborating person only takes the penal responsibility for those forms of participation provided the person knew he or she collaborated with a public official. In relation to such a person who is not a public official but who consciously participates in the crime of bribery along with a public official while committing the crime of passive bribery, the court may apply an exceptional commutation of the sentence.

7. Mental elements

The crime of bribery is an intended crime. A public official has to be aware that he or she is accepting a property or private benefit, or a promise of such benefit because of his or her official position. It is also taken for a fact that the crime of bribery may be committed by a public functionary either with a direct intention (*dolus directus*) or a possible intention (*dolus eventualis*).

8. Active bribery

A crime committed by providing a material or personal benefit to a person who holds a public office constitutes active bribery. A promise to provide such a benefit to a public official is also considered a crime. The act of providing a passive bribe is sentenced by imprisonment from 6 months to 8 years long. A more severe punishment, up to 10 years long is given to an individual who commits active bribery in order to convince a public official to break his or her professional duty or which "compensates" a public official for breaking the law. An even more severe sentence of 2 years up to 12 years of imprisonments can be given to a perpetrator guilty of active bribery, if the bribe is of considerable value (about 33 thousand USD). Similarly as in the case of passive bribery, appropriate activities of public officials and disinterestedness of public functionaries, are considered to be the protected legal interest, and the necessary condition for the functioning of state and social institutions.

IV. Corruption other than bribery of public officials

1. Bribery in the private sector

In Poland, bribery in the private sector is punishable only on a limited scale. A perpetrator, whose responsibility derives from the law or an agreement to administer property matters or economic activities of a private or a legal person, and who does considerable wrongdoings by abuse of powers or negligence of responsibilities (Art. 296 PC) must take penal responsibility. Such crime has been named an "abuse of confidence" and can be sentenced by imprisonment for up to 8 years if the perpetrator abuses his or her powers or does not fulfill his or her responsibilities with harm of a private person to achieve material gain, such as a bribe.

This type of a crime has been described in a separate chapter of the penal code entitled "Crimes against economic turnover." Appropriate use of one's powers and responsibilities by those who represent material interests of private and legal persons constitute the welfare under protection.

2. Trading in influence

A perpetrator, regardless of being an employee of a public institution, who makes a reference to his or her influences at state or self-government institutions, and who undertakes upon himself or herself to mediate in a case, in exchange for a property benefit or a promise of such, commits the crime described as a paid backing. Only the person who accepted a property benefit or a promise of such commits the crime of paid backing. The person, who offered such a benefit or a promise of a benefit, is not subject to legal responsibility. Punishment of paid backing is justified by the need to safeguard citizens' trust towards state and self-government institutions that is endangered by suspicions of bias and bad influence on solving the matters. Polish penal code provides protection against paid backing only in case of Polish institutions. Reference to one's influence in international organizations or an institution of another country does not constitute a crime of paid backing.

3. Bribery of voters in elections

Electoral law in case of parliamentary elections prohibits monetary compensation in exchange for collection of signatures or for signing of party nominations that list candidates to the parliament, including both deputies and

senators. Payment for collection of signatures of candidate lists, collection of candidate lists or signing of such lists is subject to a fine of about USD 2,200.

4. Corruption and other crimes

In Poland, corruption is partially connected with the process of economic transformation, which began in the beginning of the 1990s and is grounded in the process of privatization of public enterprises. During the process of privatization, appropriations of public funds, as well as, theft have taken place. The corrupting mechanism has also been active while competing for commissions to conduct jobs and financial services out of public money. Despite of the introduction of 1995 act on public commissions which regulates the procedures of adjudication by tender to perform jobs, services and purchases made out of public funds, corruption has not been prevented but in turn the act has caused violations of its regulations that constitute the basis for adjudication by tender.

The mechanism of corruption is also related to the centralization of state authority and transfer of competences and responsibilities by the central government to the local self-government. Corruption of the members of local authorities is, among other things, related to the power of the local authorities to administer public property.

Corruption is also related to crimes in the customs sector. Customs crimes are based on customs avoidance on the goods imported to Poland. At the same time, in Poland the public discourse related to the subject of corruption stresses out strong personal relations of politicians, members of state and local authorities with the economic sector that create the grounds both for bribery as well as for illegal political contributions.

V. Sanctions and related measures

1. Sanctions

The crime of passive bribery is subject to imprisonment from 6 months up to 12 years (see point III.2). The crime of active bribery is subject to imprisonment (see point III.3). The same is true of the crime of passive bribery (see point III.8). In cases of crimes of active and passive bribery of a lesser

scale, the perpetrators are subject to up to 2 years of imprisonment. The court may conditionally suspend the execution of the sentence that does not exceed 2 years. The trial period lasts for 5 years. While sentencing a perpetrators of bribery, the court may adjudicate to leave an office or to seize the practice of one's profession if the court recognizes that further occupation of an office or practice of one's profession endanger the welfare under legal protection.

The court may also adjudicate to seize one's economic activity. If the court gives to the perpetrator of bribery a sentence of 3 years of imprisonment or longer while acknowledging that the crime has been committed out of the motives which deserve to be particularly condemned, the court may take away one's public rights which equals to, among other things, the loss of the right to be employed in the legal sector, and in both national and self-government institutions.

2. Corporate responsibility

In the Polish law the legal persons whose employees have committed bribery are not subject to penal accountability. Polish penal law does not talk about the responsibility of legal persons in this sphere.

3. Confiscation

The court adjudicates the loss of items originating directly from the crime. This relates also to the crime of bribery.

The court may also adjudicate the loss of a material gain, even when obtained indirectly, from the crime of bribery or an equivalent of such gain. In such a case, the ownership of the material gain or its equivalent is taken over by the National Treasury.

4. Freezing of proceeds

In the preliminary procedures the prosecutor similarly as in its judicial proceedings the court may issue a decision on the property protection guarantee. Such protection takes place by taking over one's movables, liabilities and other property rights and by instituting of the ban on disposition of the real estate.

5. Money laundering

Money laundering has been recognized as a crime in Poland since 1994. This crime is subject to a sentence of up to 8 years of imprisonment. The crime of money laundering takes place when one accepts, handles over and takes out of the country: money, securities, movables or real estate that come from the benefits of a crime, including the crime of bribery. The abetting in money laundering is also punishable by law.

VI. Laws and measures to facilitate the investigation and prosecution of corruption

1. The burden of proof in cases of passive and active bribery lies in the hands of the public prosecutor. At the motion filed by the prosecutor against the perpetrator of both passive and active bribery, the court may, extraordinarily, soften the punishment, or even suspend its execution if independently of the statements deposited in one's case, one discloses to the prosecutor unknown circumstances of another crime that may be punishable by imprisonment up to 5 years long (Art. 60, § 4 PC).

2. Limitation of bank secrecy. The banking act of 1997 makes the requirement to disclose the banking secret.

3. Regulation in commercial transactions. According to the Polish law all economic transactions must be conducted via bank accounts of the companies participating in the transactions. This regulation aims at easing out the control of money transfer. Each person who makes a cash operation of the value over 3,000 Euro must be identified by a bank official.

4. In Poland, an organization named Transparence International conducts research on corruption. The results of the research are published in the media and at most times generate wide interest of the public opinion.

5. Both the court and the prosecutor in the preliminary legal procedures may grant the witness of corruption, and a witness of other crime, the status of a witness *in cognito*. Such status is given to the witness when there exists a justifiable fear for the witness's life, health, liberties or property or those of the witness's relative.

6. The police has the right to collect the evidence of both passive and active crime by the execution of operational activities, while accepting or making an offer of a bribe. While executing the operational activities, the police may be authorized by the Ministry of the Interior to illegally inspect lodgings in order to ascertain the identity of the perpetrators of the crimes

even before the initiation of the penal procedures. The police also have the right to obtain secret information pertaining to the crime of bribery. It also has the right to collect, verify and process it. The State Security Office is authorized to conduct the operational activities, while accepting or making an offer of a material benefit in order to obtain a proof that the crime has been committed in cases when bribery endangers the state security or its economic bases. With the court's agreement, the police may censor the correspondence, check the content of parcels, and use the wire-tapping in order to prevent or disclose a crime, or to determine the perpetrators and the evidence.

VII. Offences having international features and the question of international cooperation

1. Bribery of foreign officials

Based on the act of 2000 that made amendments to the penal code, the persons who hold public functions in other countries or in international organizations are subject to the same sentencing for the crimes of passive bribery as a Polish functionary. Also the perpetrators who commit active bribery while presenting a functionary of a foreign country or an international organization with a bribe, are subject to the same sentencing as those designed for corruption of Polish officials.

International character of the crime of illegal profit making, that also takes place in Poland, constitutes the justification for such a solution. That is the reason why both passive and active bribery committed by public officials employed by foreign governments or by international organizations, are punishable by law. On the other hand, Polish regulations do not encompass the amenability to punishment in the private sector that takes place beyond the Polish territory.

2. Jurisdiction or scope of application of national criminal law

According to the Polish law, the perpetrators of corruption take responsibility provided the crime was committed on the territory of Poland. Also, Polish citizens are responsible for the crimes committed abroad. In cases when a crime was committed by a Polish public official on duty

outside of the Polish territory and in relation to the person's public duty, the existence of an appropriate legal act in effect at the place where the crime was committed does not constitute the condition for legal responsibility. Otherwise, the condition for the amenability to punishment for a crime, including the crime of corruption, is that the act is punishable by law in the country where it was committed.

If a foreigner committed a crime outside of his or her territory, he or she may be convicted of a crime in Poland provided the crime was committed against the Polish national interest, against a Polish citizen, a Polish legal person or against another Polish organizational unit. The Polish penal code is also applied to foreign nationals staying on the Polish territory who have not been released to another country, and who have committed crimes punishable by more than two-year imprisonment based on the Polish law.

The Polish penal code also foresees the application of the Polish law on the basis of the so-called absolute protection. That means that despite of the regulations valid at the place where a crime was committed, the Polish law is applied to both a Polish citizen as well as to a foreign national who committed crimes against Polish national security, against essential economic interests or against Polish institutions.

Polish penal code is also applied to both a Polish citizen and to a foreign national who committed crimes outside of the territory of Poland in cases when Poland is bound to persecution based on international agreements and if the perpetrators have not been released to another country. It needs to be acknowledged that the development of the universal jurisprudence is the right way to fight the crimes of corruption.

3. International Criminal Court

It would be a good solution to make the International Criminal Court take over bribery and crimes of corruption under its jurisdiction.

4. Mutual assistance in criminal matters

Corruption that manifests itself by offers of bribes for public officials by representatives of foreign companies has been taking place during the last 10 years. This phenomenon is related to the creation of the free market economy and privatization of national enterprises in Poland. Practical difficulties in terms of international cooperation in prosecution of those types of crimes have not been noted.

The scale of the crimes of bribery committed by Polish citizens outside of Poland is not known. Moreover, major difficulties in terms of international cooperation aiming at prosecution of this category of crimes have not been noted. In other words, such cases have been very rare and therefore not sufficient to formulate a real assessment of the capacity for international cooperation in this regard.

5. Repatriation of assets

Repatriation of assets from corruption offences to the countries of origin should be the result of the convictions of perpetrators who committed the crimes of corruption of international dimension. Such a solution also has a preventive meaning.

6. International and regional conventions

Poland is a signatory of the following conventions:

- OECD Convention on Fighting Bribery ratified in 1999;
- the UN Convention Against Organized International Crime ratified in 2000;
- Statue of the International Criminal Tribunal ratified in 2001;
- the European Council's convention on corruption that is presently at its latest stage of the ratification process. The appropriate conclusions have been filed with the Ministry of Foreign Affairs.

7. Proposals to elaborate a new UN Convention Against Corruption

In order to introduce new means to fight the crimes of corruption, including the institution of the main witness, a new UN convention against corruption seems to be needed.

VIII. Prevention of corruption

In Poland the preventive measures against corruption are the following:

- the requirement to file an annual statement on one's material status by public officials, including judges and prosecutors (that are published);

- the requirement to file annual statements of one's material status by the members of the Parliament published in the press;
- suppression of any economic activity and a ban to hold positions at the company boards of directors by the members of the Parliament.

IX. Proposals to combat corruption

Polish public opinion has high hopes in terms of efficient battle against corruption that might be brought about by a new act on the access to public information that is to be voted by the Polish Parliament. This act would make it possible for journalists to reveal all the circumstances and motives of the decision making process made by public functionaries. Therefore, this act provides the grounds for social control over actions of state officials, including judges.

As far as solutions related to the Polish penal law, it seems necessary to introduce two basic changes:

- the penal law should guarantee legal immunity to a perpetrator of active bribery who presented a bribe upon a request made by a public official and who notified a prosecutor about the fact;
- the penal law should also determine legal immunity to a public official who is presented with a bribe (that he has not requested) in order to deliver to a prosecutor an immediate proof of active bribery.

Generally speaking, the corruption phenomenon in all its forms should be considered endangering to the basis of a democratic country based on the letter of law.

SECTION V. B.

Andrzej Murzynowski, Maria Rogacka-Rzewnicka
Professeur à l'Université de Varsovie, Enseignante à l'Université de Varsovie

L'opportunité des poursuites et ses limites

I. Le rôle prépondérant du principe de légalité en procès pénal polonais

Le principe de légalité joue un rôle primordial en procès pénal polonais. L'art. 10 § 1 du code de procédure pénale polonais de 1997 l'exprime ainsi: «L'organe dont la tâche est de poursuivre les délits est obligé d'intenter et de mener une procédure préparatoire et l'accusateur public est tenu de présenter et de supporter l'accusation pour un acte poursuivi d'office». Le procureur avant tout, et les organes de police sont cet organe visé par la loi. Ces derniers peuvent, sous la surveillance du procureur, intenter et mener l'instruction en affaires de moindre importance; en affaires majeures, ils ne participent qu'à l'instruction conduite par le procureur. S'agissant des affaires de moindre importance, considérés par les tribunaux locaux selon un mode simplifié, ce sont encore les organes de l'administration d'État qui peuvent intervenir aussi en tant qu'accusateur public, soit en lieu et place du procureur, soit aux côtés de celui-ci. Tant la théorie que la pratique admettent que le principe de légalité est aussi obligatoire pour les tribunaux, lesquels après le dépôt d'un acte d'accusation, ou d'une requête visant le prononcé du non-lieu conditionnel de la procédure pénale, doivent clôturer une affaire concernée par la prononciation d'un arrêt pertinent qui décide quant à la responsabilité pénale de l'auteur du crime, sauf les conditions de fond formelles négatives pour un procès pénal (la prescription de la peine, *res iudicata*, le manque de caractère d'un individu permettant de le juger par un tribunal pénal, etc.).

Le Code considère l'opportunité des poursuites comme une exception du principe de légalité et la rédaction de l'art. 10 § 2 du C.p.pén. le précise ainsi: «Sauf les cas visés par la loi ou par le droit international, personne ne peut être exempté de responsabilité pénale pour un délit commis».

Le respect du principe de légalité est fortement enraciné en théorie du procès pénal. On indique deux motifs principaux pour lesquels il doit être respecté. Premièrement, il exprime l'idée de l'égalité en traitement des auteurs des délits laquelle doit, par ailleurs, dominer le système judiciaire d'un pays démocratique. Deuxièmement, ce principe découle logiquement d'une juste position de la doctrine du droit pénal selon laquelle on n'a pas besoin de tendre à faire infliger aux auteurs des délits de peines excessivement sévères pour combattre la délinquance; il faut, par contre, s'efforcer de faire en sorte que le fait de commission d'un délit ne passe pas impuni étant chaque fois réprimé par une réaction adéquate des organes judiciaires de justice.

Remarquons toutefois que selon une position généralement admise en doctrine polonaise actuelle le principe de légalité est entendu autrement que la théorie classique du droit pénal ne l'entendait par le passé, à savoir: conformément au principe *nullum crimen sine poena*. Il résulte de cette approche modifiée que le tribunal doit prononcer un arrêt qui constate qu'un délit concret est commis par l'auteur, mais compte tenu de certaines circonstances spécifiques de l'affaire, ou d'un poids mineur de l'acte, soit il renonce à lui infliger une peine, soit il se borne à n'appliquer que de mesures pénales précises, soit il décide du non-lieu conditionnel de la procédure pénale en imposant les charges de probations à l'auteur de l'acte.

Par exemple, le tribunal peut renoncer à infliger une peine au cas où l'auteur de l'acte: dépasse les limites des nécessités de la légitime défense (art. 25 § 2 c.pén.) ou celles de l'action en état de nécessité (art. 26 § 3 c.pén.); prive l'homme de vie sur sa demande ou sous l'influence de la compassion pour lui (art. 150 § 2 c.pén.); porte l'atteinte à l'inviolabilité de l'intégrité corporelle d'un fonctionnaire pour cause d'un comportement incorrecte de celui-ci (art. 222 § 2 c.pén.), dépose un faux témoignage, présente une fausse expertise ou une fausse traduction assermentée concernant les circonstances n'étant pas susceptibles d'influencer sur la décision en affaire ou s'il rectifie ceux-ci avant que l'affaire ne soit tranchée (art. 233 § 5 c.pén.), a rendu une procédure pénale plus difficile ou l'a faite échouer en prêtant ainsi son aide à l'un de ses proches pour lui permettre d'éviter une responsabilité pénale ou lorsqu'il a agi par la crainte d'une responsabilité pénale qui menace lui-même ou ses proches (art. 239 § 3 c.pén.).

Le tribunal peut procéder, en situations spéciales, à une atténuation extraordinaire de la peine prévue par la loi, renoncer à l'infliger et se borner à prononcer à l'égard de l'auteur d'un délit de moindre importance l'une des mesures pénales d'entre celles qui sont visées à l'art. 39 points 1-8 (art. 60 § 7 c.pén.). On trouve parmi ces mesures: interdiction d'occuper certains postes, la profession ou l'activité économique; interdiction de conduire de véhicules, confiscation des objets provenant directement d'un délit ou lesquels soit ont servi, soit ont été destinés à commettre un délit;

obligation de réparer des dommages faits par un délit, indemnité prononçable, soit sous forme d'une somme d'argent destinée à la victime, soit, en cas des types concrets de délits, à un but non lucratif lié à la protection de la santé ou de l'environnement; prestation pécuniaire pour une oeuvre sociale définie dont le montant prononcé est sensiblement moins grand que celui d'une indemnité autorisé par la loi; divulgation publique du jugement.

Le tribunal peut conditionnellement prononcer le non-lieu de la procédure en cas où la faute de l'accusé et la nocivité sociale de son acte ne sont pas significatifs, les circonstances de sa commission ne suscitent pas de doutes, l'auteur n'a pas été jusqu'alors condamné pour un délit intentionnel et on a tout lieu, à juste titre, d'attendre que, malgré le non-lieu prononcé, il mènera une vie conforme aux lois et régulière sans commettre plus de délit.

Le tribunal peut prononcer un tel arrêt à l'égard des auteurs des délits menacés par une peine inférieure à 3 ans de la privation de liberté. En cas où l'auteur répare les dommages qu'il a faits à la victime ou s'est mis d'accord avec elle sur les modalités de leur réparation, le tribunal est en droit de procéder de même en cas des délits menacés par une peine inférieure à 5 ans de privation de liberté (art. 66 c.pén.). Le non-lieu conditionnel de la procédure est valable pour un délai d'épreuve qui est de 1 an à 2 ans à compter de la date où l'arrêt devient définitif. En prononçant le non-lieu conditionnel de la procédure, le tribunal non seulement oblige l'accusé de réparer, intégralement ou partiellement, les dommages faits; il peut lui imposer également les autres obligations de probations (demander pardon à la victime, exécuter l'obligation qu'il a de subvenir aux frais de subsistance d'une autre personne, refuser de consommer de l'alcool en excès ou d'utiliser les stupéfiants, assurer des prestations pécuniaires pour une oeuvre sociale concrète, imposer l'interdiction de conduire de véhicules pendant une période inférieure à 2 ans). Le tribunal reprend une procédure conditionnellement classée en cas où l'auteur de l'infraction a commis un délit intentionnel au cours du délai d'épreuve, et il est en droit de la reprendre également aux cas où: il a violé, d'une autre façon flagrante de l'ordre juridique; il contourne l'exécution des obligations de probations, ou il n'a pas réalisé la transaction conclue avec la victime (art. 68 c.pén.). Seul le tribunal peut prononcer le non-lieu conditionnel de la procédure (en séance où la participation des parties est admise ou en audience); le procureur par contre peut intervenir auprès du tribunal avec une requête visant ce non-lieu qu'il dépose, une fois la procédure préparatoire terminée, en lieu et place d'un acte d'accusation (art. 336 c.p.pén.). Ces dernières années, le non-lieu conditionnel de la procédure représente 3% environ du nombre général des procédures judiciaires¹.

¹ Dans les années 1998-2000, cette mesure est appliquée en 70.385 affaires, respectivement: 1998 - 21.492; 1999 - 25.494; 2000 - 23.399.

II. L'étendue de la présence de l'opportunité en tant qu'une exception au principe de légalité

1. Certains auteurs voient une influence de l'opportunité des poursuites pour délits en rédaction de l'art. 17 § 1 point 3 c.p.pén.

Cet article dispose qu'en cas où la nocivité sociale d'un acte illicite est mineure / négligeable, on n'engage pas de procédure pénale et que le non-lieu d'une procédure déjà engagée est prononcé. Le cas échéant, le procureur déjà est tenu de procéder au non-lieu de la procédure pénale (ou de refuser de l'intenter) au cours de la procédure préparatoire; en cas où ce non-lieu n'intervient qu'après le dépôt de l'acte d'accusation, c'est le tribunal qui le fait. A présent, la majorité des théoriciens sont convaincue que ce n'est pas en fait une manifestation de l'opportunité des poursuites, c'est-à-dire une dérogation à d'exigences imposées par le principe de légalité, mais que c'est plutôt une conséquence d'avoir adopté une définition matérielle et formelle du délit en dispositions du code pénal. Or, conformément à l'ancien principe romain: *de minimis non curat praetor*, le législateur admet à l'art. 1 § 2 du c.p.pén. qu'en cas d'une nocivité sociale insignifiante minime d'un acte qui est illicite à la lumière du droit pénal, cet acte n'est pas considéré comme un délit. Dans le cas où un tel acte est constaté au cours d'une procédure pénale, il faut alors prononcer son non-lieu à défaut de condition de fond matérielle pour les poursuites, sachant que seule une exception de commission de délit peut l'être. Bien évidemment, cela n'exclut pas la responsabilité de l'auteur dans le cadre d'une procédure d'un autre type, par ex: une procédure civile, disciplinaire ou administrative.

Cependant, les procureurs peuvent abuser de cette disposition, et ils en ont abusés parfois, pour prendre de décisions opportunes sur le non-lieu d'une procédure préparatoire en affaires où un acte épuisait tous les traits formels et matériels du délit. Il faudrait donc tenir compte de telles manifestations de l'opportunité au parquet (présentes en pratique et aperçues par la doctrine), ainsi qu'essayer de l'empêcher. Les auteurs du Code de procédure pénale de 1997 l'ont vue et nous en reparlerons dans la suite de notre rapport.

2. Nul doute que le contenu de l'art. 11 c.p.pén. est une dérogation au principe de légalité pour le compte de l'opportunité. Cette disposition permet au tribunal, et au procureur au cours d'une procédure préparatoire, de décider du non-lieu classer d'une procédure pénale relative au délit menacée par une peine de privation de liberté inférieure à 5 ans: «[...] en cas où le prononcé de peine à l'égard de l'accusé serait, à l'évidence, non fondé, compte tenu du type et du montant d'une autre peine ayant force de chose jugée pour un autre délit et l'intérêt de la victime ne s'y oppose

pas». En cas où la peine pour un délit de moindre importance n'a pas encore été définitivement prononcée, la procédure pénale pour un délit mineur peut être suspendue; avant l'échéance de 3 mois, à compter de la date où l'arrêt relatif au délit majeur a acquis la force de chose jugée, il faut soit procéder au non-lieu de la procédure suspendue, soit la reprendre et la poursuivre.

L'opportunité des poursuites qui s'y manifeste trouve sa justification pratique en manque de motifs pour mener tout le procès pénal pour un délit mineur menacé par une peine qui rentrerait entièrement dans le montant de la peine prononcée pour un autre délit majeur, lors de l'application d'une peine accumulative, connue de la législation polonaise, dans ses limites admissibles maximales visées à l'art. 86 et l'art. 88 c.p.pén. C'est une institution juridique tout à fait nouvelle introduite au code de procédure pénale de 1997 dont l'application pratique reste encore faible à présent.

3. La loi du 25 juin 1997 sur le témoin principal (*king's witness*) (J. des Lois n° 14, texte 1083, modif. J. des Lois n° 50 de 2001, texte n° 40) qui reste en vigueur, une fois de plus prorogée, jusqu'au 1 septembre 2006, permet une certaine opportunité en pratique du parquet. A savoir, son article 9 dispose que l'auteur n'est pas soumis à la peine pour avoir pris part en délits visés à l'art. 1 de cette loi (ce sont des délits majeurs sélectivement retenus), s'il les a dénoncés en intervenant en tant que témoin principal à une instance pénale en cours. Le suspect peut obtenir le statut du témoin principal en cas où ses explications (déposées de bon gré) transmises à l'organe chargé de procédure préparatoire comportent des informations susceptibles de contribuer à communiquer les circonstances d'un délit, à dévoiler les coauteurs de l'infraction, à révéler d'autres délits ou à les prévenir et en cas où il s'oblige à déposer les témoignages complets en instance devant le tribunal. Par contre, ce statut n'est pas disponible pour le suspect qui: en participant à un délit visé par une loi donnée, soit s'est efforcé de commettre un homicide, ou l'a commis ou encore a coparticipé en sa commission; soit persuadait une autre personne à commettre un délit soumis au régime d'une loi donnée; soit créait un groupe organisé ou une association criminels ou les dirigeait (art. 4). Le tribunal décide d'accorder le statut du témoin principal, sur la requête du procureur.

Le droit au privilège de l'impunité est refusé au témoin principal qui, au cours de la procédure: a déposé une contrevérité ou a caché une vérité ayant trait à des circonstances substantielles de l'affaire, ou a refusé de déposer ses témoignages devant le tribunal, a commis un nouveau délit en agissant au sein d'un groupe organisé ou association criminels. En plus, la loi prévoit qu'il est possible, dans le délai d'un an à dater du jour où le non-lieu a acquis la force de la chose jugée, de reprendre une procédure

pénale à l'égard du témoin principal, s'il ne respecte pas les conditions visées à l'art. 11 de la loi. L'institution de témoin principal est déjà mise en pratique, de façon efficace parfois, dans les affaires concernant des délits dangereux commis par des groupes organisés.

III. Les poursuites pour délits faites sur l'accusation privée, ainsi qu'à la plainte de la victime

Le système du droit pénal polonais admet comme principe que les délits sont poursuivis d'office prédomine en; ils sont donc poursuivis sur l'accusation publique, quels que soient la volonté et le comportement de la personne ayant subi un préjudice (de la victime). C'est une majorité significative des délits et au fond le principe de légalité doit s'y appliquer.

Il existe deux groupes de délits qui sont poursuivis en fonction de la volonté de la victime qui peut y intervenir en degré différencié d'où une application restreinte du principe de légalité. Ce sont les délits poursuivis sur l'accusation privée de la victime, ainsi que ceux qui sont poursuivies sur l'accusation publique, sous condition toutefois que la victime dépose une requête à des organes processuels compétents².

En instances introduites par une accusation privée, la victime peut déposer au tribunal son propre acte d'accusation, mais ce n'est pas obligatoire. L'accusation privée ne fait poursuivre que certains délits mineurs, dont l'importance n'exige pas en fait l'intervention d'office de l'accusateur public devant le tribunal. Ce sont les délits suivants: la lésion corporelle légère, la diffamation, l'atteinte à l'intégrité corporelle, l'outrage (l'art. 157 § 4 en rapport avec §§ 2 et 3, art. 212, art. 216, art. 217 c.pén.), ainsi que le fait de se soustraire au devoir imposé de publier une rectification ou une réponse, prévues par le droit de presse, ou leur publication qui ne respecte pas les conditions définie par la loi lorsque la victime est une personne physique, ainsi qu'une contravention aux droits d'auteur statues par la loi sur le droit d'auteur.

L'accusateur privé peut disposer librement de sa plainte tout au cours de la procédure pénale et il peut désister de son accusation jusqu'au moment de sa fin définitive en sorte que le tribunal se voie alors contraint à prononcer son non-lieu. Cependant, du moment où l'acte d'accusation est lu en audience au tribunal du premier ressort (exception de commission

² Les affaires qui sont poursuivies sur l'accusation privée constituent environ 3% du nombre général des affaires.

d'un délit devient alors publique), le non-lieu de la procédure exige également un consentement de l'accusé. Cet état des choses mis à part, avant de fixer une date de l'audience au tribunal dans ce type d'affaires pénales, le juge doit procéder à une procédure de médiation entre l'accusateur privé et l'accusé; en cas du résultat positif de celle-ci, le non-lieu de la procédure est également prononcé (art. 489 c.p.pén.).

Pourtant, ces affaires ne se trouvent pas tout à fait exclues du champ de compétences du procureur en tant qu'accusateur qui peut, lui-même, soit intenter une procédure pénale, soit intervenir en une procédure déjà engagée suite au dépôt d'une plainte par accusateur privé, en cas où il constate que l'intérêt social l'exige (art. 60 c.p.pén.). Dès lors la procédure pénale se déroule d'office et la victime ne peut y participer qu'en qualité d'un accusateur subsidiaire à côté du procureur, sans avoir droit de faire décider du non-lieu de la procédure par le désistement de son accusation. L'intervention du procureur en poursuites pour ce type de délits, une action d'office donc, est plutôt exceptionnelle en pratique. On ne peut y voir que certains éléments de l'action du principe de légalité qui s'expriment en limitation de l'arbitraire de la décision du procureur qui doit la faire reposer sur les critères objectifs et lisibles d'une défense de l'intérêt social; celui-ci pouvant être lié par ex. à la nécessité de défendre les droits violés des personnes intimidées ou désarmées qui ont peur d'intervenir en accusant les auteurs des délits, à la fréquence des délits commis souvent par les mêmes auteurs et relevant du régime de l'accusation privée.

Le groupe de délits qui ne sont poursuivis qu'à la plainte de la victime est bien plus nombreux; il y en a plus qu'une vingtaine au Code pénal. Parmi ceux-ci, nous trouvons aussi des délits majeurs comme, par ex. un viol. On y compte aussi, entre autres, certains délits sexuels (commis avec l'emploi de la force, l'usage fait de l'état de manque de moyens de défense de la victime ou de son rapport de dépendance à l'égard de l'auteur, art. 205 en rapport avec les art. 197-199 c.p.pén.); certains délits faits au préjudice des proches (une lésion corporelle pas trop grave, les vols, l'appropriation, les escroqueries, la prise d'un véhicule en vue de l'usage de courte durée (art. 157 § 5, 177 § 3, 192, 278, 279, 284, 286, 289 c.p.pén.); ainsi que plusieurs autres délits, dont, entre autres: fait d'exposer au risque de contagion avec le virus du SIDA, avec une maladie vénérienne ou avec une autre grave maladie contagieuse, fait d'opérer un traitement médical sans consentement préalable du patient, fait de se soustraire obstinément à payer les aliments, la violation du secret de la correspondance, la destruction ou l'endommagement de la chose d'autrui (art. 161, 192, 209, 267, 288 § 4 c.p.pén.).

Les motifs pour lesquels on engage, ou non, des poursuites d'office pour délits énumérés ci-dessus sont différenciés en fonction de la volonté de leurs

victimes. La plupart du temps, il s'agit de respecter la volonté des victimes en cas où une procédure pénale, le fait de l'intenter et de la mener, peut les exposer à de nouvelles expériences psychiques douloureuses (le cas des délits sexuels) ou lorsqu'elle porte l'atteinte à leurs liens familiaux (le cas des délits au préjudice des proches. En plus, en majorité des cas des délits sexuels, une procédure pénale menée contre la volonté de la victime fait qu'elle s'avère peu efficace dans la mesure où le succès de cette procédure dépend du dépôt des témoignages à charge par la victime qui s'y soustrairait normalement.

Du moment où la requête relative à la poursuite est déposée, le procureur est tenu alors de mener la procédure conformément au principe de légalité. La victime peut encore retirer sa requête, sur le consentement du procureur au cours de la procédure préparatoire ou, plus tard, sur celui du tribunal, en tout cas avant que la lecture de l'acte d'accusation à la première audience soit faite devant le tribunal de première instance (art. 12 § 3 c.p.pén.) ce qui aboutit au non-lieu de la procédure. Le retrait de la requête est pourtant impossible en cas du viol. Le cas échéant, le législateur voulait protéger les victimes contre les pressions, difficiles à dévoiler, les contraignant à retirer les requêtes déjà déposées. Certes, on peut voir certains éléments d'opportunité en consentement, donné par le procureur ou par le tribunal, pour retirer la requête relative aux poursuites pour ce groupe des délits. Toutefois, les décisions prises en ce type d'affaires ne doivent pas autoriser un laisser-aller, au contraire, elles doivent reposer sur les motifs pertinents.

IV. Le principe de légalité et la question de l'immunité

Les limitations de la possibilité des poursuites des auteurs des délits peuvent découler aussi des immunités processuelles qui reviennent à certaines personnes exerçant d'importantes fonctions d'État et qui, pour cette raison, ne peuvent être exposées ni à des accusations tendancieuses, ni à faire encourir une responsabilité pénale sans motifs. C'est pourquoi, afin de pouvoir poursuivre de telles personnes, il faut d'abord obtenir une autorisation d'un pouvoir compétent visé par la loi auquel il faut la demander (art. 13 c.p.pén.). Les titulaires de cette immunité sont: membres du Parlement, c'est-à-dire les députés de la Diète et les sénateurs (art. 105 al. et l'art. 108 de la Constitution); les juges de tous les tribunaux (art. 181 de la Constitution), les juges du Tribunal constitutionnel (art. 196 de la Constitution) ainsi que les membres du Tribunal d'État (art. 200 de la Constitution); les procureurs (art. 54 de la loi sur le Parquet), Porte-parole des droits civiques

(art. 211 de la Constitution); Président de la Chambre suprême de contrôle (art. 206 de la Constitution); Présidents adjoints et Directeur général de la Chambre suprême de contrôle, ainsi que les fonctionnaires de cet organe surveillant ou exécutant les opérations de contrôle s'agissant des actes commis au cours de l'exercice de leur fonction (art. 18 de la loi sur la Chambre suprême de contrôle); Inspecteur national chargé de la protection des données personnelles (art. 11 de la loi sur la protection des données personnelles).

Les autorisations permettant de faire encourir à ces personnes une responsabilité pénale sont délivrées par: la Diète ou le Sénat quant aux députés et sénateurs; leurs tribunaux internes disciplinaires à l'égard des juges des tribunaux de droit commun, des tribunaux militaires, de la Cour suprême, de la Cour suprême d'administration; leurs assemblée générales respectives vis-à-vis des juges du Tribunal constitutionnel et des membres du Tribunal d'État; la Commission disciplinaire interne en ce qui concerne les procureurs; la Diète vis-à-vis du Défenseur des Droits Civiques (l'Ombudsman), Président de la Chambre suprême de contrôle et de l'Inspecteur national de la Protection des données personnelles; le collège de la Chambre suprême de contrôle lorsqu'il s'agit des fonctionnaires de cette Chambre.

L'accusateur (qu'il soit public ou privé) est compétent de demander une autorisation requise à un organe compétent pour les poursuites de toutes ces personnes. Conformément au principe de légalité, le procureur est obligé de demander cette autorisation en cas des délits poursuivis d'office. Lorsque l'autorisation lui est refusée, il n'a droit ni d'intenter, ni de mener une procédure pénale; l'immunité non levée constitue une condition de fond négative pour le procès pénal. Il en résulte que nous pouvons y voir une limitation imposée à l'application du principe de légalité au profit de l'opportunité des poursuites pour délits. Toutefois, les théoriciens indiquent à juste titre que le principe de légalité doit avoir une force obligatoire aussi pour les organes susceptibles de délivrer les autorisations pour les poursuites des personnes protégées par une immunité en cas où l'on a tout lieu de les soupçonner avoir commis un délit. Or, l'immunité dont elles sont titulaires n'est pas une espèce de privilège d'impunité, mais une assurance contre la possibilité de les chicaner en rapport avec l'exercice de leurs fonctions. Cependant, la pratique montre qu'un tel comportement des organes qui délivrent les autorisations pour poursuivre les personnes protégées par une immunité n'est pas toujours respecté. Cette remarque concerne avant tout les décisions prises en cette matière par les organes du Parlement. Il en résulte les postulats de plus en plus fréquents visant à limiter l'étendue de l'immunité des députés et des sénateurs, ainsi que les revendications relatives à l'augmentation de l'efficacité des tribunaux disciplinaires qui autorisent les poursuites des juges suspects de la corruption.

V. La légalité et l'opportunité des poursuites et la médiation en procès pénal

En considérant la matière de la légalité et de l'opportunité des poursuites des auteurs des délits, il faut remarquer l'institution de médiation, introduite au procès pénal par le Code de 1997. Conformément à l'art. 320 c.p.pén., le procureur est en droit, sur l'initiative des parties ou sur sa propre initiative après leur consentement préalable, mettre l'affaire en voie de médiation entre l'auteur et la victime du délit en cas où son résultat peut déboucher à une requête appropriée. Cette requête peut avoir pour objet: un non-lieu conditionnel de la procédure pénale, une prononciation d'un jugement considérablement adouci sans passer par l'audience, c'est-à-dire ce jugement est prononcé à la séance du tribunal où ne sont admises que les parties, leurs défenseurs et fondés de pouvoir, l'intervention au cours de l'audience en vue d'une suspension conditionnelle de la peine prononcée, etc. Au cours de la procédure devant le tribunal, celui-ci peut mettre l'affaire en voie de médiation.

Des sujets spéciaux, qui ne sont pas organes processuels, ont droit de mener la médiation. Nous y comptons: a) certaines institutions, lesquelles conformément à leurs tâches statutaires, ont déclaré qu'elles sont prêtes de réaliser une procédure de médiation et lesquelles, de ce fait, sont inscrites sur une liste tenue aux Cours d'appel; b) personnes dignes de confiance, remplissant certaines conditions formelles (citoyenneté polonaise, 26 ans révolus, non condamnées pour délit), ayant une expérience de la vie et connaissances suffisantes pour résoudre des conflits et qui sont également inscrites sur une liste des médiateurs individuels tenue aux Cours d'appel; c) institutions et personnes dignes de confiance qui n'ont déclaré leur volonté de faire une médiation que dans une affaire concrète.

Un résultat positif de la médiation qui fait aboutir à la conclusion d'une transaction entre l'accusé et la victime, ainsi qu'à la réalisation de ses conditions ne termine pas pourtant de procédure pénale qui ne peut être clôturée que par le tribunal qui tient proprement compte de ce résultat dans son arrêt relatif au constat sur le délit commis et sur ses effets juridiques. Conformément à ce que nous avons signalé ci-dessus, la médiation ainsi conçue reste en accord avec le principe de légalité parce qu'elle favorise une plus grande rationalité de la politique pénale en le liant au devoir de réparer les effets de délits imposé à leurs auteurs.

L'institution de médiation n'est pas encore largement exploitée en pratique. Plusieurs causes sont à l'origine de cet état des choses, en particulier: un certain conservatisme des praticiens (juges et procureurs) à l'égard de cette nouvelle institution, ainsi qu'un nombre restreint des médiateurs correctement formés et compétents. Un autre obstacle de son

exploitation en phase de la procédure préparatoire est que les procureurs sont privés de droit de décider eux-mêmes du non-lieu d'une procédure pénale, bien que le résultat final de la médiation soit positive. Ils ne peuvent le faire qu'en cas où ils constatent, en sortant d'une certaine manière du cadre des limites imposées par une interprétation grammaticale des disposition du droit pénal, que l'acte de la personne suspecte d'un délit ne présente qu'une nocivité sociale insignifiante, qu'il n'est pas donc délit; ceci limite très fortement la possibilité de clôturer une affaire à la phase d'une procédure préparatoire. Le cas échéant, le procureur est tenu, presque toujours, de mettre l'affaire à l'instance avec son acte d'accusation ou avec sa requête relative au non-lieu conditionnel de la procédure, et cela malgré un résultat positif de la médiation. Une telle solution ne réduit pas le volume du travail du procureur, elle ne raccourcit non plus le déroulement de la procédure pénale, elle ne décharge pas, enfin, les tribunaux qui restent contraints de considérer des affaires pénales d'un poids mineur qui sont en fait déjà résolues à l'amiable entre les parties.

En voici des raisons pour lesquelles on avance maintenant les postulats législatifs qui tendent à donner aux procureurs le droit de décider du non-lieu de la procédure en cas où l'auteur et la victime d'un délit concluent une transaction et ses conditions sont entièrement remplies par le prévenu au cours de la procédure préparatoire, sans qu'il soit nécessaire de mettre l'affaire à l'instance. Évidemment, cela constituerait une sorte de dérogation eu égard au principe de légalité au profit de l'opportunité du procureur, cette cession étant quand même modérée et rationnelle de par sa nature. Le fait d'avoir commis un délit n'en restera pas négligé, sans faire réagir les organes tenus de poursuivre son auteur car la décision du procureur qui décide du non-lieu d'une procédure, et de renoncer ainsi à d'introduire son accusation au tribunal, reposerait sur le constat que le prévenu a déjà supporté, en degré suffisant, les effets de son acte, en réparant de bon gré le mal qu'il a fait à la victime. De telles décisions du procureur seraient prises sans porter l'atteinte au droit au jugement, tant de l'auteur que de la victime du délit, satisfaits tous les deux d'une transaction et de sa réalisation.

VI. L'opportunité des poursuites pour délits en pratique des organes processuels

Indépendamment des réglementations présentées ci-dessus, on ne saurait pas ignorer une forte présence de l'opportunité des poursuites en pratique des organes processuels. Un grand nombre des non-lieux des procédures

préparatoire, ainsi que de données statistiques, peu satisfaisantes, relatives au niveau de révélation des auteurs des délits faisant l'objet de ces procédures en témoignent. A l'origine de cet état des choses on trouve surtout de compétences insuffisantes, ainsi que l'activité peu énergique en révélation des délits et de leurs auteurs de la part d'une partie des fonctionnaires des organes de la police. Cela se traduit en pratique d'une partie de ces organes consistant à ne pas réagir rapidement à la dénonciation sur délits commis, ou même à refuser de recevoir de telles dénonciations s'agissant des délits relativement mineurs et où la victime ne sait pas désigner une personne suspecte d'avoir commis l'acte déclaré. Il en résulte un trop grand nombre d'affaires qui débouchent à une renonciation aux poursuites ou au non-lieu de la procédure d'instruction préparatoire à défaut de révélation des auteurs des délits ou à défaut de preuves à charge suffisantes pour déposer un acte d'accusation contre des personnes suspectes de les avoir commis. En outre, la pratique processuelle permet de réduire, par dessus de mesure, l'évaluation de la nocivité sociale de l'acte commis par l'auteur et de classer une procédure préparatoire pour cause que les conditions de fond d'un délit ne sont pas épuisées (voir *supra*).

Le législateur a pris en compte la possibilité que de telles manifestations de l'opportunité de la part des organes de poursuites et du Parquet peuvent apparaître en donnant à des personnes ayant subi des préjudices du fait d'un délit commis un droit procédural de s'y opposer. Ces personnes peuvent maintenant porter une plainte au tribunal relative à la décision du procureur renonçant à des poursuites ou sur le non-lieu d'une procédure pénale; en cas où la plainte est prise en compte, le tribunal lève la décision du procureur en précisant, en fonction du besoin, les circonstances qu'il faudrait éclairer ou les actes à faire et ses précisions lient le procureur. En cas où le procureur continue à ne pas trouver de base pour déposer un acte d'accusation et il redécide du non-lieu de la procédure ou de refuser à l'ouvrir, sa décision devant cette fois être maintenue en vigueur par un procureur supérieur, la victime peut déposer au tribunal son propre acte d'accusation, sous réserve que celui-ci soit fait et signé par l'avocat (art. 330 en rapport avec l'art. 55 c.p.pén.). En notre doctrine, on considère cette réglementation, à juste titre, comme une garantie remarquable pour que les procureurs respectent en pratique la règle de la légalité des poursuites pour délits, même si nous remarquons, en passant, que l'action de cette réglementation n'est pas encore largement visible.

La pratique consistant en non réception des dénonciations sur les délits commis par des organes des poursuites constitue un problème. Même s'il est difficile de cerner avec précision la portée de ce phénomène, mais on

admet néanmoins qu'il n'est pas rare. L'effet direct en est que le nombre des délits est sensiblement réduit par rapport à la réalité. En Pologne, contrairement à l'usage en d'autres États, en particulier États-Unis, Grande Bretagne, Allemagne, l'examen des victimes des délits, est encore d'une faible importance bien qu'il permette d'évaluer tant le niveau de délinquance non déclarée aux organes des poursuites que le niveau de délinquance enregistrée. Néanmoins, il en résulte que l'indice de délits non déclarés varie fortement en fonction du type d'acte criminel. A savoir, il est d'environ 80% en cas des délits sexuels, de 60% en cas de brigandage, moins de 10% en cas de vol de la voiture. Par rapport à d'autres pays européens, la Pologne a l'un des indices supérieurs des délits non déclarés aux organes des poursuites. Presque 2/3 des victimes ne déclarent pas le fait qu'un délit est commis. Le manque de foi en efficacité de l'action de la police est l'une des causes déclarées de cet état des choses. Un indice élevé de délits non déclarés veut dire non seulement que les données statistiques sur le niveau réel de délinquance en Pologne sont peu crédibles, mais aussi que l'on n'a pas d'information complète au sujet des comportements empreints d'opportunité dans l'activité de la police et du Parquet.

A commencer de la moitié des années 90 du siècle passé, l'indice de révélation des délits se maintient au niveau d'environ 55% et il varie en fonction des types particuliers de délits. En cas d'homicides, l'indice de révélation dépasse 80%; en celui de brigandages il est d'env. 40%; de vol, il est d'env. 20%. S'agissant des auteurs dont l'identité est inconnue au moment où le délit est déclaré, il est actuellement moindre que 25%, et en grandes villes, il est encore nettement inférieur. En général, ces dernières années, plus de 55% des procédures pénales engagées se terminaient par l'arrêt du non-lieu pour cause de la non-révélation des auteurs et env. 23% à peine aboutissaient au dépôt des actes d'accusation. Tous les autres motifs du non-lieu de la procédure confondus constituent en tout moins que 10% des affaires tranchées par an. Dans ce groupe, le non-lieu de procédure pour cause d'une faible nocivité sociale est prononcé en 0,4% des cas. Presque 10% des affaires connaissent le refus d'intenter une procédure pénale. (Voir le tableau des données statistiques ci-joint. Sources: les données provenant du Quartier général de la Police, du Ministère de la Justice, de l'Institut de Justice).

Pourtant, le milieu des fonctionnaires du Parquet postule, ces postulats méritant notre attention, d'élargir la possibilité d'appliquer l'opportunité en la matière de décisions relatives au non-lieu de procédure préparatoire à de très nombreux cas parfois d'affaires pénales relativement peu importantes. Ces postulats concernent, par ex. des délits d'une petite contrebande des marchandises pratiquée par une partie des habitants et amplement présents

sur des terrains frontaliers, ainsi que la possession illicite de petites quantités de la drogue pour l'usage personnel. C'est en ce type d'affaires précisément que l'on peut avoir besoin de faire sélectivement appel aux dispositions du Code pénal sur une faible nocivité sociale des actes commis, quoique cet appel, eu égard à l'observation du principe de légalité en procès pénal relatif aux délits, ne soit pas une solution tout-à-fait correcte. Les auteurs de ce rapport ont l'impression qu'une meilleure solution de ce problème consisterait à replacer certaines violations mineures du droit très fréquentes de la catégorie des délits à la catégorie des contraventions, c'est-à-dire les classer parmi les actes qui ne sont menacés que par une amende dont le montant n'est pas trop élevé, imposée à l'issue d'une procédure simplifiée applicable en affaires relatives aux contraventions, ou même enfin d'une procédure par mandats.

VII. Remarques finales

En guise de conclusion pour nos considérations qui précèdent, nous exprimons notre conviction que le principe de légalité admis au Code de procédure pénal doit conserver son poids dominant en tant qu'une base d'un système de lutte, légitime et efficace, contre la délinquance. Par ailleurs, son respect ne doit pas s'identifier à la nécessité d'infliger toujours une peine criminelle pour tout délit, mais il peut parfois s'exprimer en réaction au fait de sa commission sous forme d'application des mesures de probation ou de mesures pénales liées avant tout à l'obligation imposée à l'auteur de l'acte de réparer le dommage et le préjudice fait à la victime. L'admission, en certaines limites, d'éléments de l'opportunité des poursuites pour délits doit s'insérer dans un cadre restreint dont la portée pratiquement applicable on doit toujours savoir rationnellement justifier. S'agissant du respect du principe de légalité, il ne doit pas empêcher de conserver de certains délits spécifiques poursuivis sur l'accusation privée ou à la requête de la victime, c'est-à-dire, au fond, en fonction de la volonté et du comportement de la victime d'un délit, dont la position en types particuliers d'affaires pénales est à respecter.

Procédure préparatoire

Année	Es général arrangés	Acte d'accusation	Causes du non-lieu						
			Causes d'exclusion de la poursuite	Absence de fondements de l'accusation	Impossibilité de découvrir des auteurs	La nocivité sociale insignifiante	Absence du caractère criminel	Irresponsabilité 31 § 1 art. c.pén.	Non-lieu conditionnel
1997	998.917	262.617 26,3%	5.364 0,5%	1.152 0,1%	467.374 46,8%	4.122 0,4%	165.416 16,6	1.516 0,2%	8.299 0,8%
1998	1.033.223	252.405 24,4%	6.661 0,6%	1.096 0,1%	539.972 52,3%	4.410 0,4%	183.373 17,7%	32.856 3,2%	6.095 0,6%
1999	1.094.086	234.202 21,4%	8.196 0,7%	1.195 0,1%	626.020 57,2%	3.741 0,3%	181.396 16,6%	1.004 0,1%	1.853 0,2%
2000	1.189.655	258.526 21,7%	9.439 0,8%	1.340 0,1%	673.603 56,6%	3.002 0,3%	202.222 17,0%	1.209 0,1%	1.858 0,2%

Bibliographie

- Cieślak J., *Polska procedura karna* [La procédure pénale polonaise], Warszawa 1984, pp. 291-296.
- Czapska J., *Tendencje oportunistyczne w pracy polskiej policji* [Les tendances opportunes en travail de la police polonaise], [dans:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności* [Les règles du procès pénal face aux défis de l'époque contemporaine], Warszawa 2000, pp. 474-484.
- Grzegorzczak T., Tylman J., *Polskie postępowanie karne* [La procédure pénale polonaise], Warszawa 1998, pp. 111-123.
- Mierzejewski P., *Legalizm i oportunizm w polskim procesie karnym* [La légalité et l'opportunité en procès pénal polonais], «Wojskowy Przegląd Prawniczy» 1991, n° 3-4.
- Murzynowski A., *Istota i zasady procesu karnego* [L'essentiel et les règles du procès pénal], Warszawa 1994, pp. 147-165.
- Stefański R. A., *Umorzenie «absorpcyjne» postępowania odstępstwem od zasady legalizmu* [Le non-lieu d'absorption de la procédure en tant qu'abandon du principe de légalité], [dans:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności* [Les règles du procès pénal face aux défis de l'époque contemporaine], Warszawa 2000, pp. 497-510.
- Tylman J., *Problemy legalizmu i oportunizmu procesowego w nowych kodeksach karnych* [Les problèmes de la légalité et de l'opportunité processuelles en nouveaux codes pénaux], «Zeszyty Naukowe UŁ» 1971, n° 77.
- Tylman J., *Zasada legalizmu w procesie karnym* [Le principe de légalité en procès pénal], Warszawa 1965.
- Waltoś S., *Proces karny. Zarys systemu* [Le procès pénal. Aperçu du système], Warszawa 1998, pp. 285-294.

SECTION VI.

Wojciech J. Kocot

Doctor of Law

Regulating the Electronic Commerce

I. Validity and security of electronic commercial transactions

The rapid development of new forms of communication over a distance by means of electronic media in domestic and international trade arises some legal interpretation dilemmas. The dynamic spread of electronic services via Internet in both business to business and business to consumers transactions carries the need for reconstruction of the present legal framework and opens new planes of understanding traditional civil law institutions. Fresh notions like "Internet," "electronic commerce," "electronic contract or documents," "digital signatures" are not embraced by existing legal rules bringing about their consistent and constant changes. The modified legal framework for electronic communications in Poland is being strongly influenced by recent developments at EU level. Our plans to join European Union in 2004 incline Polish Government to support the adoption of uniform rules regulating validity and security of electronic commercial transactions.

Taking into account the freedom of contract rule, the parties may, *de lege lata*, stipulate in a contract that a specified act in law between them is to be concluded or performed by electronic means of communication. Then such act in law (contract as well) will be regarded as binding and enforceable unless the special form is stipulated in the statutory law for its validity. Nonetheless such solution is temporary and inadequate for large-scale and global commerce.

It is beyond doubt that the proper and safe development of electronic commerce is mainly dependant on the creation of the appropriate legal infrastructure. It is only the question whether such infrastructure ought to be developed on national or international level. Is there any need for either creation of new norms for electronic commerce or rather the application

of existing principles, procedures or legal rules by way of interpretation, including the use of functional equivalents? It is still the troublesome dilemma whether the certain legal regulations (reg. for example electronic signatures) should be technologically neutral or consist in specific and strict technical solutions.

The Polish legislator faced the above problems while it has been working recently on new act regulating electronic signatures and amending the Polish Civil Code (PCC) as far as the definitions of declaration of intent (Art. 60) and written form (Art. 78) are concerned. The Electronic Signature Act (the Act) of the 18th of September, 2001 is to come into force after 9 months counting from the date of its official publication in the Journal of Law (at the date of preparation of the Report the Act has not been published yet). The Act enters into force in the middle of August 2002.

The Polish legislator adopted a light regulatory approach in dealing with electronic signatures while aiming to be as "technology-neutral" as possible so that it does not become outdated by future technological progress. Despite the fact that the Act does not become law it has already raised much criticism among doctrine representatives, informatics experts and entrepreneurs. The Act is said to restrict economic activity referring to electronic signatures rather than regulates electronic signatures. Unfortunately some of this criticism is justified. The Act introduces four kinds of certification-service-providers (CSPs) and a very complicated structure of electronic signatures types resulting from the use of secure and unsecured signature-creation-devices. So it is highly unlikely that the signatory or any person the certification service is rendered to will be able to recognize easily the significance of the used certificate. The registration procedure of Qualified CPSs (QCPSs) is far too complicated and red-tapey. The registration must be preceded by the inspection. There are no transparent statutory criteria of the inspection. Instead of some competent and politically independent council, the Minister of Economics (or the National Bank of Poland – the NBP – in case of the banking market) will be empowered to inspect, to register or to refuse to register CPS as QCSP. The Minister may also, on shallow grounds, deprive each QCSP of its right to provide certification services and withdraw its name from the Register. The registration is *in principio* voluntary but the Act is constructed in such a way that the provision of services related to electronic signatures by unqualified providers would seem to be economically pointless and very risky from the legal point of view. Only the registration may guarantee that the documents in electronic form certified by CPS' are credible and worth of being evidence for the courts.

The Act requires the participation of the reliable third person (CSP) in the course of each electronic transaction if parties wish their e-contract to have the same legal status as a paper one. This requirement is vital when

a contracting party is eager to make offers (*ad incertas personas*) to the unknown group of addressees (by rendering its public cryptographic key accessible via Internet, on www. pages or on an electronic domain names directory e.g.). In such case the attestation of its e-signature by a CSP is self understood. On the other hand, when contracting parties are in permanent economic contacts with each other such formality seems to be superfluous and may disturb their businesses.

The Act transposes into Polish law certain provisions of two EU Directives: 1999/93/EC as of the 13th of Dec. 1999 on a Community Framework for Electronic Signatures and 2000/31/EC as of the 8th of June 2000 on Certain Legal Aspects of Electronic Commerce In the Internal Market and also implements the legal solutions and criteria resulting from the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce of 1996.

The Act specifies the rules for relevant and permanent protection of electronic data throughout its attachment or logical association with an electronic signature, the transparent norms referring to the application of reliable identification methods of data originator and authentication procedures. As a result the Act seems to be the basic legal environment for promotion of electronic commercial transactions and creation of relevant security system that supports the development of electronic market in Poland.

The subjective scope of the Act is broad. Both business and consumers might be the recipients of services related to electronic signatures. Additionally, consumers are subject to separate protection regime that is treated in the second part of the Report. The avoidance of creation of new norms and the appliance of existing principles, legal rules and procedures was the leading idea followed by the legislator while working on the electronic commerce regulations. The Act refers to all kinds of online ("click-wrap" or "click-through" agreements as well) and offline e-transactions.

First of all it should be noticed that the intention of a person performing an act of law may be expressed by any behaviour of that person which manifests that intention sufficiently also by the disclosure of that intention in any electronic form (declaration of intent). The reading of the amended Art. 60 of PCC is clear. The declaration of intent (as well as contract) expressed through any electronic medium (carrier) or in the form of data message should be recognized as a binding, valid and enforceable act of law. The Act ensures that the legal requirements applicable to the contractual process neither prevent the effective use of electronic contracts nor result in such contracts being deprived of legal effect and validity on account of their having been made electronically.

The second problem that required positive statutory solution was the determination of legal character of electronic documents or data message including at least one declaration of intent as far as the observance of the

written form requirement is concerned, disregarding the fact that the regular written form was stipulated for the validity of the act of law or for evidence reasons only. The legislator came to the conclusion that there was no need for creation of new, specific form of an act of law while it is communicated electronically. The main aim was to vest in electronic document the normative features of the material form of declaration of intent by statutory assurance that such declaration expressed by electronic means shall have the same legal effect and status as writing in paper form.

The amended Art. 78 of PCC deals with electronic documents and deems them as having the same legal status as writing in paper form (with a manual signature) giving computerized signatures the same legal effect as regular penned signatures. Therefore, a contract that must or should be in writing can either be a paper ("hard") document or an electronic one.

Accordingly with Art. 78 § 2 of PCC, the declaration of intent manifested in the shape of electronic data is equivalent to regular written form if it is associated with a secure electronic signature verified by valid and qualified certificate. It is important to emphasize that PCC tightly specifies what features should be fulfilled by the electronic document to be considered as regular written form. Unlike, for example, Uniform Electronic Transaction Act (UETA), the PCC stipulates certain conditions that must be met by any symbol, sound or process associated with an individual seeking to sign an electronic communication to be equal to manual signature. It must be secure and verified by valid certificate issued by qualified certification-service-provider (QCSP). It is beyond doubt that at present the digital signature based on the cryptographic key infrastructure is the only method which meets the statutory requirements of secure electronic signature verified by valid and qualified certificate. The biometrical (anthropometric) techniques are still at their early stages of development.

PCC recognizes four types of written form of declaration of intent: common written form with manual signature, with authenticated date or signature and the form of notarial deed. Electronic data attached to or logically associated with the secure electronic signature can be deemed as having the same legal status only as a common written form. There were proposals to extend validity of the electronic form on all kinds of traditional paper forms (especially those with the authenticated signature) apart from notarial deeds, but they met with strong opposition and had been withdrawn. As a result certain group of commercial contracts which in order to be valid, are required to be registered with a public authority or need the involvement of a notary (real property transfers, purchase of shares, purchase or lease of an enterprise, Articles of Association, etc.), contracts governed by family law or law of succession are excluded from the scope of the Act (see also Art. 9.2 of 2000/31/EC Directive). The idea of electronic notarial deed revived after general

parliamentary elections in the Autumn 2001. The preparatory works on the topic are continuing, following the legal scheme already introduced in French law.

The Act provides in Art. 7 that electronic signature may be time-stamped. The time-stamping by a QCSP have the same legal effect as an authentication of the date.

Art. 4 of the Act deals with the recognition of certificates issued by certification-service providers established and rendering their services outwith Poland. Certificates issued by such providers are accepted only if they acquired accreditation in Poland or the reciprocal international agreement so provides. The Act is silent as far as the accreditation procedure is concerned. As a result the acquisition of accreditation is unavailable in Poland so far.

The certificates issued and enforceable or recognized in one of EU Member States will be recognized automatically by Polish authorities when Poland becomes a member of The European Communities (art. 59 item 1 of the Act).

Art. 3 of the Act provides the list of legal definitions of notions quoted in the Act such as:

- "secure electronic signature" means data in electronic form which are attached to or logically associated with other electronic data which serve as a method of signatory's identification and meet the following requirements: (a) they are uniquely linked to the signatory; (b) they are created using means that are under exclusive control of the signatory, serving for setting electronic signature; (c) they are linked to the data to which they relate in such a manner that any subsequent change of the data is detectable;
- "certificate" means electronic attestation which links signature-verification data to the signatory and enables its identification;
- "qualified certificate" means a certificate that meets the requirements laid down in the Act, issued by a certification-service-provider entered into the Register of qualified certification-service-providers;
- "secure-signature-creation device" means a signature-creation device that meets the requirements laid down in the Act;
- "secure-signature-verification device" means a signature-verification device that meets the requirements laid down in the Act;
- "certifying attestation" means an electronic attestation which links authentication-verification data to the certification-service-provider or the Minister of Economics and enable their identification;
- "electronic authentication" means data in electronic form which are attached to or logically associated with other electronic data which serve as a method of identification of a certification-service-provider or authorities that issued certification-attestation and meet the following requirements: (a)

they are created using means that are under exclusive control of the electronic-authentication provider; (b) any subsequent change of that data is detectable;

- "certification policy" means certain solutions, including technical and organizing ones indicating scope, manner and security conditions of the creation and use of certificates;

- "time-stamping" means a service consisting in attachment of electronic time indication of that service to or logical association with electronic data associated with e-signature or e-attestation and confirmation of so created data by a provider rendering that service.

Art. 5-8 of the Act deal with the legal status of electronic signature.

Art. 5 expressly gives the electronic data the same legal effect as a regular written document unless such data are not attached or logically associated with secure electronic signature verified by valid (not void or suspended), qualified certificate. In accordance to art. 6 there are two important interpretation rules. The secure e-signature verified by valid-qualified certificate is assumed to be linked with a person specified in the certificate as a signatory and also is considered to be implemented by a secure-signature-creation device being under exclusive control of a signatory. Art. 7 introduces another presumption of law. The electronic signature that was time-stamped by a QCSP is considered to be attached or logically associated with electronic document not later than at the moment of rendering the time-stamping service.

Art. 8 provides the rule similar to the fundamental non-discrimination principle embodied in Art. 5 of UNCITRAL Model Law and Art. 9.1 of 2000/31/EC Directive. The document signed electronically shall not be denied legal validity and effectiveness solely on the grounds that:

- it is in electronic form or
- verifying data are not linked with qualified certificate or
- it was not signed by means of a secure-signature-creation device.

As opposed to the Second Part of the Act that regards the validity and the enforceability of documents signed electronically, the Third, Fourth and the Fifth Part refer mainly to the security of electronic transactions and the protection of certification-service-recipients (signatories). The Third Part of the Act (Art. 9-13) deals in particular with QCSPs' duties and civil liability. The Fourth Part specifies the rules of the provision of certification services (Art. 14-20) and the Fifth Part addresses the issue of the validity of certificates (Art. 21-22).

The provision of certification services does not require any permits or concessions. Public authorities and the National Bank of Poland shall render certification services only for their own use or other public authorities. The scope of QCSPs' duties is broad and its main task is to ensure the security of electronic commercial transactions that the QCSP takes part in.

The infringement of statutory duties by a QCSP is in majority considered as a crime (Art. 45-53). In accordance to Art. 10, the QCSPs is obliged, among others, to:

- assure the technical and organizational abilities for quick and unfailing issuing, suspension and cancellation of certificates or time-stamps;
- detect the identity of a person applying for a certificate;
- inform a certification-service-recipient before entering into an agreement about receipt and use of a certificate and certain limitations resulting from its use;

- enter into a contract of insurance from civil liability for any damages caused to any certification-service-recipients;

- make admissible to certification-service-recipients the complete list of secure-signature-verification and creation devices and technical conditions such devices shall comply with;

- publish the data enabling verification of the authenticity and the validity of certificates or other data attested electronically and to assure to all the recipients the full access to that data free of charge.

A person that intends to be the CSP's employee shall have the full capacity to perform acts in law, be never sentenced for committing a crime against documents, economic trade, money or securities or treasury crimes and also it shall have full command over technical knowledge and skills as far as the methods of creation of certificates and other associated services are concerned.

Art. 11 provides that CSPs issuing qualified certificates is liable for any damage caused to a recipient of certification services, resulting from the non-performance or improper performance of its obligations in the scope of the rendered service unless such non-performance or improper performance were due to circumstances for which the CSP is not liable or could not prevent acting diligently. The CSP is free from any liability if the certificate has been used beyond its scope specified in the certification policy acknowledged in the certificate or any damage resulting from the false information given by a certification-service-recipient. The CSP as a guarantor of certificates issued by a CSP recognized within EU countries is liable for damages caused by use of the guaranteed certificate unless it has been used beyond its scope.

Art. 12 addresses the issue of the protection of information connected with the provision of certification services. Such information is strictly confidential and the CSPs are obliged to protect it and keep it secret unless its reveal is required by the court, the attorney general or the Minister of Economics. Art. 13, following Art. 10 of the UNCITRAL Model Law, imposes on CSPs the obligation of retention of electronic data and documents connected directly with the rendered certification services in a secure manner. In case of QCSPs the storage of documents and data shall last

twenty years. If the QCSP ceases to exist or finishes certification activity all data and documents stored by it are taken for further retention by the Ministry of Economics or by another QCSP appointed by the Minister.

Before rendering certification services, CSP shall conclude a contract for such services with their recipients. The contract is stipulated to be performed in a written form under the pain of nullity (Art. 16). Due to Art. 14, the CSP is obliged to give in writing the broad, transparent and commonly understandable precontractual information about exact certification use conditions, settlement of disputes and complains, the range and restrictions imposed on a certificate, legal effects of electronic signatures verified by such certificate. The recipient is also entitled to be duly acknowledged about the system of voluntary registration. If the contract is formed with a consumer online, the relevant provisions of the Act of the 2nd of March 2000 (referred to in the second Part of the Report) should be applied. The CSP may demand confirmation that the above information has been passed on to the recipient.

Each certification-service-recipient should be aware of the character of the used certificate. As a result it has to be informed whether an electronic signature verified by such certificate has the same legal status as a manual one. In this case it is enough to let it know that the certificate was issued by a QCSP.

For security reasons, each CSP has a right to require from the recipient the notarial confirmation of its identity. The certification-service-recipients are obliged to keep the electronic signature's data in a proper and safe manner and to protect them from the use of unauthorized third persons (Art. 15).

Each QCSP shall produce a certification policy scheme. The Act precisely specifies the scope of such scheme and addresses issues that must be mentioned and explained therein (Art. 17). The Act is also very strict as far as the description of the secure-signature-creation device is concerned (Art. 18). The Government has been authorized in the Act to issue the detailed executory regulations regarding the certain technical conditions that secure-signature-creation and verification-devices are supposed to meet.

Art. 20 deals with the data which each qualified certificate is to consist of. The qualified certificate shall specify: its number, the information that it is a qualified certificate issued due to the certification policy scheme, the information about the QCSP that issued that certificate, the name of the state where the QCSP has a registered seat and a position number in the Register of QCSPs. Another information that is to be associated with the certificate regards among others to: the first and second name (nick name as well) of the recipient; the specification of the beginning and the end of certificate's validity; the electronic-signature-verifying data; the limitations and restrictions linked

with the certificate (for example the upper limit of each or total transaction's value); the electronic authentication identifying the QCSP or other pieces of information if required by a certification-service-recipient.

The Certificate is valid during the time it has been issued for. As an instance, accordingly with Art. 21 of the Act the CSP is obliged to render null the certificate if it has been issued upon false or out-of-date data; the recipient did not comply with security rules of proper e-signature-data retention or the CSP that issued the certificate quits the provision of certification services and it is not replaced by another CSP. In case of reasonable suspicions that there are grounds for invalidation of the certificate the CSP has to suspend it without delay. The certification-service-recipient shall be duly informed about the fact of both invalidation and suspension procedures. The CSP shall make public the list of certificates that has been rendered null or suspended.

The Sixth Part of the Act (Art. 23-29) deals with the registration and attestation of qualified certification-service-providers and the Seventh Part specifies the provisions regarding the supervisory powers of the Minister of Economics over all QCSPs (Art. 30-44).

In principle the Act empowers the Minister of Economics to keep the Register and to make administrative decisions allowing or refuse the enter into the Register. In accordance to Art. 23.3, the provision of certification services by the QCSPs requires not only the completion of the registration procedure but also the acquisition of the certifying attestation used for verification of the electronic authentication identifying each QCSP. The list of certifying attestations issued by the Minister shall be published.

The Act provides the appointment of the root CSP (RCSP). The Minister might authorize the RCSP, chosen in public tender, to create and issue of certifying attestations and publication of the list of them (the root-certification-services). The QCSPs are the main recipients of the root-certification-services. The RCSP shall fulfil all statutory requirements regarding a QCSP but it is not allowed to render certification services while doing the RCSP's business.

The National Bank of Poland or an entity dependant on the NBP shall be authorized by the Minister upon the NBP's request to render the root-certification-services. Having in mind the independence of the NBP guaranteed by the Constitution, the Minister is not entitled to check whether the national bank or its entity fulfil the requirements laid down in the Act. The Minister is not also able to withdraw its authorization even if the entity does not meet the security or other statutory demands. During parliamentary discussions, the position of the NBP amounted to a big controversy. The Parliamentary banking lobby insisted on strengthening the position of the National Bank by giving it the right to render the root-

certification-services out of the banking system as well. As a result the NBP or its entity are entitled to provide root-certification-service to non-banking recipients.

The CSP which is going or already provides the certification services has a right to be registered as a QCSP only upon its application. The Act precisely specifies what sort of data and information ought to be revealed in the application (Art. 24). The reading of the application for the registration and the mode of creation and issue of certifying attestations shall be determined by the Minister in its inferior acts of legislation.

As mentioned above, the registration, although voluntary, is not automatic and free from any formalities. Firstly, each CSP is obliged to pay an application fee. Secondly, Art. 25 provides that the Minister of Economics may register the applicant only if the inspection of such applicant is completed. The registration is successful if the inspection's results confirms that the applicant has the relevant technical and substantial abilities of a QCSP and meets requirements laid down in the Act. Otherwise the registration is refused. In the course of inspection, the Minister shall pay much attention on the financial situation of the applicant, its technical and organizational abilities for duly protection of rights and interests of the certification-service-recipients and provided security systems controlling the database and the creation of certificates. The applicant shall also fulfil all its duties specified in the Third Part of the Act before filing in its application. Unfortunately the Act does not provide transparent and detailed instruction how such inspection ought to take place.

If the QCSP ceases to provide certification or other services connected with e-signatures, the Minister cancels the registration upon the notification of the QCSP delivered within seven days from the change of circumstances. In the case of the declaration of its bankruptcy or dissolution, the QCSP is erased from the Register *ex lege*.

The Minister of Economics exercises quite tough supervisory powers over all QCSPs and RCSPs apart from the NBP and those dependant on the NBP. The unqualified CSPs which were not registered are beyond the control of the Ministry. These powers seem to be overwhelming and met with strong criticism. It is entirely true that the Minister should have as much power as it is necessary for relevant protection of entrepreneurs and consumers and the assurance of the security of electronic transactions but might not disturb their development. It should be also noticed that the Minister holds the political post and its independence from some economic lobbies might be doubtful. That is why the idea of an independent council consisting of lawyers and experts on informatics which would replace the Minister in supervisory functions was worth of support but eventually failed during the Parliamentary discussions.

Apart from its main supervisory functions, mentioned above, like the registration procedure or the issue and annulment of certifying attestations, the Minister is equipped with other prerogatives that may enable him to influence and regulate electronic trade. The Minister is authorized to control the activities of CSPs and their fulfillment of requirements laid down in the Act and impose some administrative penalties on CSPs that do not follow these requirements. The scope and criteria of such controlling powers are not provided in the Act. Such statutory position should be negatively estimated. It is not a good practice when the same authorities exercise both executive and so strong supervisory powers. Having in mind the effectiveness of protection of certification-service-recipients and the introduction of the workable and safe system securing electronic transactions, the supervisory powers should be separated and vested in a collegiate body of independent experts.

The presented Act is a milestone in building up the modern, effective and secure legal system for vast majority of electronic communications. The Act does have many weaknesses. Nevertheless as a whole, it should be estimated positively. Its provisions ensure the security of electronic transactions providing progressive measures that can be used to authenticate electronic communications. The Act introduces the comprehensive regulation of national Public Key Infrastructures providing legal advantage for electronic signatures issued under such regulation. There are still some issues regarding electronic commerce that have been waiting for statutory regulation in Poland such as: the formation of contract by electronic means, the time and place of conclusion of electronic contract, the modification of offer and acceptance procedure by the implementation of provisions proposed in 2000/31/EC Directive. In May 2002 there was the first reading in Parliament of the draft Law on Provision of Services Communicated Electronically which is based mainly on 2000/31/EC Directive. The proposed Act is supposed to harmonize also the provisions on protection of personal data and protection of consumers operating via Internet or other networks.

II. Protection of consumers entering into online transactions

The problems of creating a coherent and rational regime of protection of non-professional participants in trading remain still a topical issue. The contracts concluded over a distance (*inter absentes*) give rise to numerous risks that may interfere the relevant balance of mutual performances within each contractual relationship. The risk of unsettling the contract balance and of consumer being unable to decide on his consumption is, in par-

ticular, increased by lack of simultaneous presence of both parties during the contract preparation using various communication media, including, above all, Internet used by the parties on-line. Considerably limited possibility for a consumer to get acquainted with the terms of the deal, type of goods or service quality, problems with identifying the offeror and the place of his business (which is of significance even for vindication of contract liability), as well as the consumer's limited possibilities of controlling the distance-communication media, are merely some of the risks to be pointed out.

Such risks are to be much reduced or prevented by the provisions of the Polish Act of 2 March 2000 on protection of certain consumer rights and liability for damage made by a dangerous product (Dz.U. [Dziennik Ustaw – Polish Journal of Laws] No. 22 item 271), hereinafter referred to as "the Act." The Act came to force on 1 July 2000. The Act comprises, inter alia, an independent regulation (non-incorporated in the Civil Code) on special procedure of concluding consumer contracts outside the commercial premises (Art. 1–5) and over a distance (Art. 6–17).

The Act is the implementation of the concepts of the European Union laws and brings significant changes in the Polish consumer law. In particular, the following Directives are meant here: 85/374/EEC on Liability for a Defective Product; 85/577/EEC on Consumer Protection in Contracts Concluded Outside Commercial Premises; 93/13/EEC on Abusive Clauses in Contracts Concluded with Consumers; 97/7/EC on Consumer Protection in Contracts Concluded Over a Distance.

Within the scope of this Report, comprising the issues of consumer protection in the process of concluding e-contracts, attention will be focused mainly on the legal solutions concerning the contracts concluded by consumers over a distance. Other regulations applying in Poland to the protection of consumers, though undoubtedly of significant meaning, are not directly related with the issues of e-commerce and concern also the conventional methods of trade. Just as in the case of the issues discussed in the first part of the Report, in the creation of consumer regulations the principle of reducing the new statutory provisions to the indispensable minimum was also recognized and strongly supported. As far as possible, the online consumers operating within electronic trade should have similar protection to consumers entering into traditional face-to-face transactions.

The special legal regime of consumer protection in contracts concluded over a distance has been based on legislation suggested in the Directive of the European Parliament and European Council No. 97/7/EC of 20 May 1997 on Consumer Protection in Contracts Concluded Over a Distance.

The Polish legislator has adopted the European concept of consumer protection. The concept consists in the restoration and maintenance of the

consumer capability to make unaided decision on his consumption through his better knowledge and the professional's obligation to provide the consumer with comprehensive commercial information. In Poland a consumer is protected not because of being misrepresented but because of being deprived of the freedom of evaluation and choice. In the Polish law, following the example of the European Community law, there should be created a model of a conscious and critical consumer, capable of full enjoyment of the chances created by education and consumer-addressed commercial information. And it is a matter of no importance whether a consumer is an active or passive participant in e-transactions.

The Act contains a casuistic regulation of the information issue, not providing discretion of interpretation to contract practice and judicial decisions. This is of significance in view of the fact that in the conditions of market economy being created in Poland from the very foundations, the discretion of interpretation would be utilized, as a rule, at the consumer's cost, by a entrepreneur whose economic position is much stronger. On the other hand, claiming protection at court is of little effect with the present rate of arbitrating in Poland and still little understanding of consumer interests at the Polish Courts. The problem is particularly evident in e-commerce, since the majority of judges are still of the opinion that e-transactions are the sphere reserved for entrepreneurs and consumers who are well prepared and have the knowledge sufficient to take the risk of participation in e-commerce and, therefore, do not require any special protection.

In view of a model of a conscious consumer, the provisions of the act on contracts concluded over a distance are reduced to a minimum, and the parties may not exclude or limit their application under an agreement (Art. 17 of the Act). The Act puts an entrepreneur under a specific precontractual obligation to provide a consumer with comprehensive, precise, transparent, legible, and intelligible information on the provisions of the contract to be concluded.

In a similar manner, the autonomy of choice by the contracting parties of the foreign law has been limited (Art. 25 and further articles of the Polish Act of Private International Law) by a provision that Art. 6–16 of the Act shall be applied also in the event of choosing such law (e.g. law of a foreign seller, supplier, or order-accepting party).

The durability of contractual relationship was made dependent on the entrepreneur's written confirmation of most of the information provided to the consumer at the latest on the day of fulfilling the obligation. The Act provides also for the consumer's full option to avoid of the contract within a definite time (cooling off period, *tempus ad deliberandum*).

The notion of "concluding a contract over a distance" used in the Act, in its wide meaning, includes not only the conclusion of a contract through

Internet, both offline and online, in a less or more automated manner by using WWW sides, e-mail, or Electronic Data Interchange (EDI), enabling automatic (using special software) generation of statements of intent by a computer, without a participation of man. This applies also the traditional methods of direct communication over a distance, such as, among others, concluding a contract based on a catalogue, model, order form addressed to the particular recipient or not, a serial letter (advertising leaflet), press advertisement with an order form included, or an ordinary exchange of offers by telephone, telefax, radio, TV (where the most popular form of so-called tele-shopping, telemarketing, or teletext). Among the media of direct communication over a distance, the Act also refers to automatic calling devices (e.g., a popular pager), videophone, and videotext.

The development of videophony depends on the introduction into the Polish market of the new generation (third after the analogue systems and GSM) of Universal Mobile Telecommunications System (UMTS). The new system will permit a rapid Internet access (up to 2 MB per s) and shopping, complicated bank operations, and other complex services.

All preparatory activities resulting in formation of contract need not to be made over a distance. For the Act to apply, the use by the parties of means of direct communication over a distance merely for the act of concluding the contract would be sufficient. Under Art. 1.6 of the Act, contracts concluded over a distance are those concluded with a consumer without the simultaneous presence of both parties, using the means of communication over a distance, if the consumer's contracting party is an entrepreneur who has organized his business in such manner.

The notion of a "simultaneous presence of both parties" should be conventionally interpreted. It applies to the circumstances in which both contracting parties submit offers or invitation to negotiations in the presence of the other party, remaining in direct physical contact (*inter praesentes*).

The legislator also requires the consumer's contracting party to be an entrepreneur who uses, in a standard manner, the means of direct communication over a distance and makes those the basis of his business. Therefore, acting over a distance should be an immanent feature of business organization. Within the meaning of Art. 6 of the Act, a contract over a distance would not be a contract concluded, e.g., via electronic means, if such procedure is extraordinary and not typical for the particular entrepreneur's business.

The application of the Act on contracts concluded over a distance is possible when one of the parties to the contract is a consumer and the other is an entrepreneur. In Art. 384.3 of the Polish Civil Code a consumer is defined as a person who concludes a contract with an entrepreneur for the purpose that is not directly related to business activity.

The creation of an universal definition of the notion of a consumer causes discussion in Polish and international doctrine. Its definition in the Code is wider than that adopted in the European Union Directives (cf., e.g., Art. 2 of the Directives 85/577 and 97/7) and rather corresponds with the regulations applied in the domestic laws of certain Union member-countries (e.g., Spain or France). A consumer may be both a natural person and legal person. In the doctrine of the EU member-countries and in the European Community law the issue of a consumer is treated in a rather narrow manner, with the scope of protection being limited only to individuals. The Codification Commission on Civil Law affiliated by the Ministry of Justice has proposed lately to narrow the definition of consumer to natural persons only following the recommendations made by the European Commission.

The Civil Code specifies an objective criterion of the purpose of concluding a contract by a person being a consumer. At the same time, such criterion is formulated in a negative and, in principle, a unilateral manner (i.e. it concerns the evaluation of the conduct of the party who claims to have concluded a contract as a consumer). In consequence, the statement that a party purporting to be a consumer acts in commercial purposes excludes a possibility of such party's enjoyment of special protection regime. The burden of proof lies with the entrepreneur, since it is him who attributes legal effects to the fact that the other party to the contract is not a consumer.

The economic nature of the purpose should be identified with any professional activity in manufacturing, building construction, trading, services or other commercial activity. Moreover, the "economic" ties between the purpose of the concluded contract and general economic activity of one of its parties should be analyzed.

Thus, significant circumstances that aid in determination of a possible relationship between economic activity and the purpose of concluding a contract are, e.g., the quantity and type of goods purchased; the address at which the goods or services are to be delivered or rendered; the hitherto contract practice and type of previous transactions. The point here is to ascribe to the contract the purpose related to the activity carried out by the party claiming to be a consumer.

The legislator has provided an additional limiting factor in the form of a "direct" relationship between the contract purpose and economic activity. As a consequence, the notion of a consumer may be extended, and as consumer transactions there may be deemed also the contracts concluded by a consumer not to fulfil typically private, domestic, or family needs but to make certain economic investments (bank and trust fund deposits, purchase of shares, bonds, apartments for lease, etc.) Likewise, this category will also include the

transactions made by professional subjects when one of the contracting parties does not have knowledge or experience and is thus exposed to the transaction risk to the same extent as a typical consumer (e.g. the purchase of a computer system and software for the company of lawyers rendering legal services, "purchase" of medical services by an employer for his employees).

The scope and type of contracts for which the application of the Act is excluded is similar to the catalogue adopted in Art. 3 of the Directive 97/7. The exclusions are, as a rule, a result of doubts appearing in the jurisprudence as regards the legal nature of certain transactions, as well as low risk for the consumers' economic interests.

The group of the contracts excluded from the operation of the Act comprises, i.a., the contracts concluded using vending machines or other machines placed in trading premises (location of a vending machine, cash dispenser, parking meter in a public place and the sale carried out until the goods (tickets, bank notes, etc.) placed in the machine are exhausted). The machine referred to herein may not be identified with a computer, which operates on the basis of a particular program (e.g. in EDI system), as such machine is of much simpler technical design and is easier to operate.

Since the initiative of concluding a contract usually originates from an entrepreneur, Art. 6.3 of the Act prevents such entrepreneur from using a videophone, fax, e-mail, automatic calling device, and telephone to offer the concluding of a contract without a consumer's prior consent (*opt in*). Similar solutions are applied by Article 10 of the Directive 97/7 but its subject scope is less restricted and applies only to fax and automatic telephone receiving machines operating without the participation of man. Such limitation means, e.g., that no offers sent to an e-mail address without a consumer's prior consent have any legal consequences.

The communication techniques enumerated in Art. 6.3 have one common feature. Their application is only at the entrepreneur's option, so it may be surprising to a consumer and may violate his privacy, hence the absolute requirement to obtain a consumer's prior consent to communicate with him while using one of the techniques referred to above.

Such consent may be just one-time or multiple. An entrepreneur must obtain such consent prior to providing the consumer with the specific information on the transaction proposed. The necessity to obtain such consent results in the entrepreneur's obligation to notify a consumer of a commercial nature of the initiated communication (contact, conversation), in such manner so that the consumer himself may decide whether he wishes to continue or terminate such communication (cf. section 12 of the Preamble and Art. 4.3 of the Directive 97/7).

The proposal of formation of contract, submitted over a distance in the form of an offer, invitation to deal or submit offers, or to undertake negotiations, should inform, in an explicit and legible manner, of the offering party's intent to conclude a contract (Art. 6.2).

Such may be any proposal containing a legible and explicit information on the offering party's intent, either in the form of an offer or a non-firm invitation to submit offers, orders, or to undertake negotiations. The Act stipulates that the information contained in such proposal must be explicit and given in a legible manner. It means that a consumer should immediately become aware of the intentions of his proponent and of what he can expect after concluding such contract with him over a distance.

A consumer must be aware that he should accept, without undue delay, a firm proposal of concluding a contract. Otherwise, according to the general principles of contract formation, adopted in the Polish Civil Code, such offer expires. A simple confirmation of the proposal receipt (e.g. of an order form – *accusé de réception de la commande*) or a confirmation of message delivery by e-mail may not be interpreted as the offer acceptance.

If an entrepreneur makes a proposal to conclude a contract over a distance and, not waiting for the consumer's reply (order), provides the performance, he always acts at his own risk (*inertia selling* – Art. 15). Even when under previous contracts the consumer accepted the goods he had not ordered and paid the price, he will not be under obligation to do so at any following transaction, and the related costs, risk of loss, damage or deficit of the goods shall be borne by the entrepreneur. In such circumstances the contract practice established between the parties may not be referred to.

As an entrepreneur, usually as the first one, expresses his intent to conclude a contract over a distance, Art. 9 of the Act (following Art. 4 of the Directive 97/7) put him under a very substantial obligation to inform the consumer in advance of the content of the proposed contract.

In contract practice, the prior information referred to in Art. 9 is, as a rule, provided at the time when a consumer is proposed to conclude a contract. The delivery of such "package" (proposal plus information) at the particular consumer's address (residence or e-mail address) should be always treated as submission of an offer. Such package (proposal plus information) offered to general public (*ad incertas personas*), e.g., on the radio, TV, teletext or press advertisements, at WWW sides or automatically e-mailed, will not be deemed an offer but merely as an invitation to deal or to start negotiations or submit offers.

A consumer should be particularly cautious in the event of firm proposals of concluding a contract over a distance. Any hasty decision may result in the acceptance of an offer and the conclusion of contract over

a distance. That is one of the reasons why the position of a consumer in a contract is made stronger by granting him the statutory right of avoidance.

The information to be presented to a consumer, at the latest upon submitting a proposal to conclude a contract, should determine:

- the identity of the consumer's contracting party (full name and surname or firm, place of residence, registered office);
- the characteristics of the authority that registered the entrepreneur's economic activity (entry in the register kept by municipal authorities, entry in the court register) and the entrepreneur's registration number;
- significant features of the performance and its subject;
- price or remuneration, including all its components, and, in particular, customs duties and taxes (the price may be determined by specifying the basis of its determination);
- terms of the price or remuneration payment (cash, check, credit card, bank transfer, etc.);
- cost and date and manner of delivery;
- the right to avoid of contract within 10 days, specifying the exceptions referred to in Art. 10.3 of the Act;
- the costs of communicating over a distance, if such are calculated otherwise than based on standard rates (the notion of "standard" rates has not been clearly defined. It seems that the "standard" rates are, above all, the rates commonly used and known to the majority of consumers);
- the time limit within which the offer or information on the price or remuneration is binding (the period during which the offering party is bound by his offer and, thus, will not be able to prevent its acceptance by a consumer);
- minimum period within which a contract of continuous or periodical performance is to be concluded (a contract of continuous or periodical performance may be concluded for a definite or indefinite term - Art. 8.1 of the Act. Therefore, the specification of the minimum term does not seem necessary, if a contract is to be concluded for an indefinite term);
- place and manner of making complaints (a contract should stipulate such place and manner of submitting complaints so as not to cause unreasonable problems or cost for a consumer - Article 11.2 of the Act);
- the right of termination of a contract for continuous or periodical performance (Under Art. 8.3, if a contract is to be concluded for an indefinite term, each of the parties may terminate it with one month's notice, unless a shorter period of notice is provided for in the contract. Such shorter period of notice should be notified to the consumer prior to concluding the contract).

Information of the contract content provided using the techniques of communication over a distance should be explicit, legible and easy to read

(Art. 9.2). Its phrasing, terms, and wording should be construed according to the interpretation applied under the identical circumstances by an average and reasonable consumer.

A entrepreneur should use the Polish language. Such solution is not only a consequence of the distinct specification of the characteristics of information ("legible and easy to read)." Under Art. 1 and, especially, Art. 8 of the Act of 7 October 1999 on the Polish language (Dz.U. [Dziennik Ustaw, Polish Journal of Laws] No. 90, item 999), not only the contract but also the precontractual information and proposal of concluding a contract should be made in the Polish language. Information in a foreign language must be accompanied by its Polish language version.

In the event of certain transactions, a entrepreneur is not obliged to provide precontractual information to a consumer. Such exemption applies to the sale of food articles periodically delivered by the entrepreneur to the consumer's place of residence or work, as well as to the performance, within a precisely defined period, of services in the scope of accommodation, transport, entertainment, catering (Art. 16.2 of the Act). This issue is solved in a similar manner in Art. 3.2 of the Directive 97/7.

A consumer may not avoid of the contracts whose object of performance is the goods or services referred to above. Such solution follows from the legislator's exclusion of the provisions on the time of avoidance in Art. 10 of the Act. A similar but more definite and explicit solution is provided in Art. 3.2 of the Directive 97/7.

The right of avoidance unlimited in time would not be exercisable. This would not be a limitation of but a complete departure from the principle of *pacta servanda sunt*. In the event of the contracts referred to in Art. 16.2, it is not necessary to provide a consumer with an unconditional period of consideration (*tempus ad deliberandum*) to protect him against surprising proposals made over a distance.

An entrepreneur is obliged to confirm in writing the information provided earlier, at the latest upon the commencement of performing the obligation (Art. 9.3). Such confirmation is to be made in a simple written form, also in e-form with e-signature, as already discussed in the first part of this Report.

If a contract is concluded, failure to make such written confirmation results in further impairment of the legal bond between a consumer and entrepreneur and the extension of the ten-days' period in which the consumer may avoid of the contract to 3 months (Art. 10.2). That period starts on the date of issuing a thing, and when the contract applies to rendering a service - on the date of concluding the contract. A entrepreneur may reinstate the ten-days' period only by serving a consumer the written confirmation of the information provided. In such circumstances, the time

period is shortened to the regular term of ten days from the date when the consumer received the confirmation.

An entrepreneur is exempt from the obligation to confirm in writing the information provided earlier if the subject of performance is a one-time service, rendered using the means of communication over a distance, for which the bill (invoice) is issued by an operator that makes available at least one of the means of communication over a distance, available to a consumer and entrepreneur (Art. 9.4). These include, in particular, the online transactions made within active access of both contracting parties to the entire resources of tele-information technology network, provided for a fee by a server or Internet portal operator.

The right of consumer to avoid of a contract concluded over a distance is of constitutive nature. Under Art. 7.3 of the Act, in the event of avoidance a contract is deemed non-concluded and the consumer is released of any obligations. Avoidance may be made within 10 days from the date of issuing a thing or from the date of concluding a contract for rendering service (Directive 97/7 stipulates a shorter period of 7 days). Reservation of any compensation for loss of contract is not allowed. A consumer is not obliged to specify the reason of his decision (Art. 7.1). On the other hand, if an entrepreneur, with the consumer's consent, commences the fulfillment of the obligation before the lapse of the ten-days' period, the consumer shall not be entitled to avoid of the contract. In such event, however, the contracting parties may reserve the consumer's contractual right of avoidance (Art. 10.3.1).

The object of the parties' performance is to be returned by a consumer in unchanged condition, unless the change was necessary within the limits of ordinary management. If a consumer made any pre-payment, statutory interest (at present 30% p.a.) will accrue thereon from the date of making the pre-payment. If, due to the nature of the performance made, its return in kind is impossible, an entrepreneur may in exchange demand remuneration only based on the Civil Code provisions on unjustified enrichment.

It should be pointed out that a contract concluded over a distance may not oblige a consumer to give consideration (pay the price or remuneration) before the performance is received (Art. 11.1). Reservation of such obligation, under Art. 17, will be void.

If a consumer avoids of a contract, an entrepreneur shall be obliged to confirm, in writing, the return of its performance (Art. 13.1). Though the Act does not contain an express provision in that respect, the written confirmation of the return of the performance concerns the performance fulfilled by the entrepreneur in execution of a contract concluded over a distance.

Article 10.3 of the Act specifies the types of contract which a consumer may not avoid of, unless the contracting parties are entitled to a contractual right of avoidance. Such contracts include, i.a., the contracts concerning

audio or visual recordings or computer programmes recorded on electronic means after a consumer has removed their original package.

The Act provides for a limitation of the consumer's liability in transactions made over a distance, wherein the payment is made with a payment card (cash card or credit card). Pursuant to Art. 14 of the Act, a consumer may demand the cancellation, at the entrepreneur's expense, of the payment made with a card in the event when the card is improperly used in execution of a contract concluded over a distance. The issue here is the right to demand the annulment, by the issuing-bank and owner of the card, of one of the performances (payment of price or remuneration) and not the entire contract. Nevertheless, the annulment of payment made with a payment card may in certain circumstances (especially after the lapse of the time limit for the avoidance) result in consumer's simultaneous evasion of the legal consequences of the declaration of intent made to the entrepreneur.

The consumer's demand of annulment of payment by a card is binding to the card owner (bank), which means that the payment should be immediately annulled at the entrepreneur's expense and risk. The payment annulment results in the reinstatement of money at the bank account to the condition as before the payment.

The above limitation does not exclude the consumer's right to claim damages.

Unless agreed otherwise between the parties, an entrepreneur should perform a contract concluded over a distance at the latest within thirty days after the date of the consumer's declaration of intent on concluding the contract (Art. 12.1 of the Act). The maximum thirty days' period commences to run upon the consumer's acceptance of the offer or submission of an order (Art. 70 § 1 of the Civil Code). In the latter case, the consumer's order should be deemed an offer made to an entrepreneur, based on the information included in an invitation to submit offers or orders. Upon confirming in writing the information provided before the concluding of a contract (Art. 9.3), an entrepreneur at the same time confirms also the order acceptance and, thus, the concluding of a contract. On the other hand, a separate declaration on the offer acceptance is required in the event of concluding online contracts.

The entrepreneur's acceptance of an offer may take place by proceeding to the contract execution. However, an entrepreneur is obliged to notify a consumer that he proceeds to the contract execution, unless he is expressly released of that obligation. That is the common practice both in consumer and professional trading.

Pursuant to Art. 12.2 of the Act, when an entrepreneur is unable to make performance due to the object of such performance not being available, such entrepreneur should immediately, but not later than within

thirty days of concluding a contract, notify the consumer thereof and return any and all money received from him. In the event when performance cannot be made, a contract is not deemed invalid *ex lege*. For the obligation to expire, an act of due diligence is required from the entrepreneur, consisting in notifying the consumer, at the latest within 30 days of concluding the contract, of the object of performance not being available. Such notification may be made in any form.

On the other hand, in the event of temporary inability to provide the performance with the characteristics as ordered by a consumer, the parties may reserve the entrepreneur's right to be released from the obligation by providing a substitute performance (Art. 12.3). A substitute performance should be equivalent, in terms of quality and purpose, to the performance ordered by the consumer and should be provided at the same price or remuneration.

While providing a substitute performance, an entrepreneur is obliged to inform a consumer in writing of his right to refuse such performance and avoid of the contract, returning the thing at the entrepreneur's expense. The Act does not provide any sanctions for the entrepreneur's failure to fulfil the above obligation.

The Act of 2 March 2000, providing for an important part of consumer law, has become a foundation of a consistent system of protection of consumer rights, the right to protection of health, life, and safety, freedom of choice, and transparency of the transactions made with the participation of consumers, the right to comprehensive information and education of consumers. The establishment of transparent and effective consumer law is of particular importance for harmonious development of electronic commerce in Poland and formation of broad and unbarred international relations. The Polish law seems to eliminate numerous risks and uncertainties faced mainly by online consumers. It also protects consumers against peculiar features of e-commerce such as: the lack of the entrepreneur's address, his location or the place of business, anonymity of entrepreneur and unavailability of guaranteed repairs and services for the purchased goods. The consumer protection in electronic commerce strongly reflects the legal protection available to consumers operating in more traditional forms of trade. The protection of consumers entering into online transactions is going to be strengthened by the present harmonization of Polish consumers law and introduction of Law on Provision of Services Communicated Electronically accordingly with EU Directives.

Unfortunately, a weak point of the Polish legal system, being still at the stage of deep transformation, is the absence of wider and more stable cooperation between organizations of entrepreneurs and consumers. In Poland there is still no system of private arbitration, optional to the state system, to

settle the matters in the scope of protection of consumer rights. Thus there is lack of practical means of redress for disputes over contracts which the consumers are the party of. The amendments to the provisions of civil procedure have, so far, involved merely the introduction of court supervision, rather abstract, of contract forms, and allowing the consumer organizations to bring an action in the name and on behalf of consumers or to enter into the proceedings already pending as their participants or as *amici curiae*. The active capacity of such organizations to appear before court is, as a rule, of derivative nature, and in exceptional cases, is their own right under substantive law. The creation of a parallel structure of consumer arbitration would considerably facilitate and simplify the vindication and redress of claims and would permit to bring *ex ante* and *pro publico bono* actions in the name and on behalf of all the consumers and not just the individuals already injured.

After a relatively short period of the Act being in force, its operation and application in the Polish contractual practice and jurisdiction can hardly be evaluated. Consistent, effective and modern consumer law is only just now being created in our country. Nevertheless, the present development of consumer protection law in the European Union is a good example to be followed by Poland, a country soon to enjoy full rights of a EU member.

Abréviations

CBV	– Commission des Bourses et des Valeurs
C.civ.; c.c.	– Code civil
C.com.	– Code de commerce
C.p.	– Code pénal
C.p.c.	– Code de procédure civile
C.p.p.	– Code de procédure pénale
dr.aut.	– Droit d'auteur
J. des L.	– Journal des Lois
J.O.	– Journal Officiel (Monitor Polski)
OMPI	– Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
TC	– Tribunal Constitutionnel
MP	– Monitor Polski (Journal officiel)
OSA	– Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych (Recueil des arrêts des cours d'appel)
OSN	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego (Recueil des arrêts de la Cour Suprême)
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna (Recueil des arrêts de la Cour Suprême. Chambre Civile)
OSNCP	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna oraz Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (Recueil des arrêts de la Cour Suprême. Chambre Civile et Chambre du Travail et des Assurances Sociales)
OSPika	– Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych (Recueil des arrêts des tribunaux polonais et des commissions d'arbitrage)
OTK	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego (Recueil des arrêts du Tribunal Constitutionnel)
OSP	– Orzecznictwo Sądów Polskich (Jurisprudence des tribunaux polonais)
PiP	– Państwo i Prawo (L'Etat et le Droit)
PPH	– Przegląd Prawa Handlowego (Revue de Droit Commercial)
PS	– Przegląd Sądowy (Revue de tribunaux)

PUG	– Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego (Revue de législation économique)
RPEiS	– Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny (Revue juridique, économique et sociologique)
TK	– Trybunał Konstytucyjny (Tribunal Constitutionnel)
A.P.C.	– Administrative Procedure Code
APTS	– The Act on Public Trading in Securities
C.C.P.	– Code of Civil Procedure
C.C.	– Civil Code
C.C.C.	– Commercial Companies' Code
Com.C.	– Commercial Code
EDI	– Electronic Data Interchange
J. of L.	– Journal of Laws (Dziennik Ustaw)
L.C.	– Labour Code
NBP	– The National Bank of Poland
O.J.	– Official Journal
OPCC	– The Office for the Protection of Competition and Consumers
P.C.	– Penal Code
P.C.C.	– Polish Civil Code
P.C.C.P.	– Polish Code of Civil Procedure
P.I.L.	– Private International Law
P.P.C.	– Penal Procedure Code
SEC	– The Securities and Exchanges Commission
UMTS	– Universal Mobile Telecommunications System