RAPPORTS POLONAIS

PRÉSENTÉS
AU XVII^e CONGRÈS INTERNATIONAL
DE DROIT COMPARÉ

Utrecht, 16–22 juillet 2006

WYDAWNICTWO UNIWERSYTETU ŁÓDZKIEGO • ŁÓDŹ 2006

RAPPORTS POLONAIS

PRÉSENTÉS
AU XVII[e] CONGRÈS INTERNATIONAL
DE DROIT COMPARÉ

Utrecht, 16–22 juillet 2006

WYDAWNICTWO UNIWERSYTETU ŁÓDZKIEGO • ŁÓDŹ 2006

REDAKTOR
Biruta Lewaszkiewicz-Petrykowska

REDAKTOR WYDAWNICTWA UŁ
Joanna Balcerak

REDAKTOR TECHNICZNY
Jolanta Kasprzak

SKŁAD KOMPUTEROWY
Małgorzata Boczkowska

KOREKTOR
Bogusława Kwiatkowska

PROJEKT OKŁADKI
Barbara Grzejszczak

© Copyright by Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2006

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
2006

Wydanie I. Nakład 150 egz.
Ark. druk. 15,625. Papier kl. III, 80 g, 70 × 100
Przyjęto do Wydawnictwa UŁ 25.01.2006 r.
Zam. 86/3993/2006. Cena zł 25,–

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

ISBN 83-7171-965-5

TABLE DES MATIÈRES

ABRÉVIATIONS 5

SECTION I

Małgorzata Z. Król, professor of the University of Łódź:
C.1. *Precedent and the law* 7

SECTION II

Andrzej Mączyński, professor of the Jagiellonian University, Vice-President of Tribunal Constitutional:
A.1. *Developments in Polish succession law* 19
Marek Safjan, professeur à l'Université de Varsovie, Président du Tribunal Constitutionnel, **Przemysław Mikłaszewicz,** candidat au doctorat en driot:
A.2. *L'accès à l'information sur l'identité biologique dans les cas de procréation artificielle* 27
Tomasz Pajor, professor of the University of Łódź:
A.5. *Pure Economic Loss. Polish report* 37
Janusz Jankowski, professor of the University of Łódź:
C.2. *Access to justice. Costs and legal aid* 57

SECTION III

Mariola Lemonnier, docteur en droit:
A.1. *Contrôle et responsabilité des agences de « rating »* 69
Wojciech J. Katner, professeur à l' Université de Łódź:
A.3. *La concurrence deloyale et la protection du consommateur dans le réseau informatique* 91
Beata Gadek, doctor of Law
B. *Sending unsolicited commercial communications on the Internet. The case of the Polish 2002 law on rendering services on-line.* 113
Zbigniew Hajn, professor of the University of Łódź:
C. *Representation of employees in collective bargaining within the firm in Poland* 123

SECTION IV

Marcin Narożnik, doctoral candidate:
A. *Report on characteristic of participation of the Republic of Poland in international administration in crisis areas* 143

Miroslaw Wyrzykowski, professeur à l' Université de Varsovie, juge au Tribunal Constitutionnel, **Ewa Popławska**, docteur en droit:
B.2. *Le référendum constitutionnel en Pologne* 167
Zbigniew Kmieciak, professor of the University of Łódź:
D.3. *The rulemaking powers of independent administrative agencies in Poland* . . 189
Wlodzimierz Nykiel, professor of the University of Łódź, **Ziemowit Kukulski,** doctor of Law
E. *Restricting in the legislative power to taxes* 199

SECTION V

Witold Kulesza, professor of the University of Łódź:
A.2. *Euthanasia. Polish National Report* 217
Maria Rogacka-Rzewnicka, docteur en droit:
B. *La négociation des aveux dans le procès pénal polonais (Les procédures consensuelles et les procédures simplifiées)* 227

ABRÉVIATIONS

C.civ.	– Code civil
C.f.t.	– Code de la famille et de la tutelle
C.p.	– Code pénal
C.p.c.	– Code de procédure civile
C.p.p.	– Code de procédure pénale
C.p.p.p.	– Code polonais de procédure pénale
CS	– Cour Suprême
J. des L.	– Journal des Lois (Dziennik Ustaw)
J.O.	– Journal Officiel (Monitor Polski)
OSN	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego (Recueil des arrêts de la Cour Suprême)
OSNAS	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Ubezpieczeń Społecznych (Recueil des arrêts de la Cour Suprême. Chambre des Assurances Sociales)
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna (Recueil des arrêts de la Cour Suprême. Chambre Civile)
OSNKW	
OSNT	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy (Recueil des arrêts de la Cour Suprême. Chambre du Travail)
OSP	– Orzecznictwo Sądów Polskich (Recueil des arrêts des tribunaux polonais)
OSPiKA	– Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych (Recueil des arrêts des tribunaux polonais et des comissions d'arbitrage)
OTK ZU	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego (Recueil des arrêts du Tribunal constitutionnel

C.C.P.	– Code of Civil Procedure
Civ.C.	– Civil Code
F.C.C.	– Family and Custody Code
J. of L.	– Journal of Laws (Dziennik Ustaw)
M.C.	– Maritime Code
L.C.	– Labour Code
O.J.	– Officiel Journal (Monitor Polski)
P.C.	– Penal Code
P.P.C.	– Penal Procedure Code
SC	– Supreme Court
TUA	– Trade Union Act

Małgorzata Z. Król
Professor of the University of Łódź

PRECEDENT AND THE LAW

I. INTRODUCTION

1. The concept of law. Law making and the judicial application of law

Any discussion of precedent and the law presupposes a number of basic assumptions with respect to both concepts. As a matter of fact, any such discussion involves a fundamental debate on the concept of law as well as decision on where the line between law making and the judicial application of law should be drawn. Clearly, such debate has been going on for a long time and has involved a number of strands, many of which are irrelevant here. A point that cannot be skipped, however, is a definition of the concept of law that will be adopted here. I take law to refer to the set of **general** and **abstract** norms of conduct laid down by competent authorities.[1] General and abstract norms addressed to classes of people described in general terms (citizen, spouse, student, tenant, anybody who kills someone, anybody over 18 years of age, etc.) define specific types of behaviour (e.g. one should pay taxes, one must not steal, etc.).[2] Thus law consist solely of **repeatable, abstract and general patterns of desirable behaviour**.

On the question of the distinction between law making and the judical application of law, there exist a variety of views in legal theory and philosophy. In its normative aspect, the relationship is determined by the regulations in force (see below).

For the sake of our discussion, it can be assumed that judicial application of law refers to the taking of individual decisions with respect to concrete legal subjects based on proclaimed norms. In such cases, adjudication by

[1] See W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa* [Theory of state and law], Warszawa 1986, p. 267f; A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziembiński, *Zarys teorii państwa i prawa* [Outline theory of state and law], Warszawa 1992, p. 94f.

[2] See W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *op. cit.*, p. 347; J. Wróblewski, "Normy generalne a normy indywidualne" [General norms and particular norms], *Zeszyty Naukowe UŁ* 1962, v. 23.

the courts is the administration of justice. On the other hand, adjudication based on unproclaimed norms is law making.[3]

2. The concept of precedent

While this too is a controversial concept, it will suffice here to assume that precedent is the first judicial decision of given type in a case of a specific kind, a decision which then becomes binding on equal or lower rank courts. Precedent then constitutes an individual, concrete decision referring to a particular individual in his or her concrete legal situation. A court judgement initiating subsequent decisions is a *leading case*. In this kind of system the law consists of court judgements – case law. Being derived from the courts, it is *judge made law*.

2.1. The constituents of precedent

It is conventionally recognized that precedent involves a unique **factual plane** which is individual and concrete (*obiter dicta*) and a **normative** plane, which is general and abstract (*ratio decidendi*). Noteworthy is the purely factual character of *obiter dicta* and the normative character of *ratio decidendi*. The distinction is however conventional as the naming of a fact involves its normative qualification.[4]

2.2. The binding force of precedent

On the normative plane a precedent is binding and subject to the doctrine of **stare decisis et quieta non movere** whereby the courts are required to stand by or adhere to decided cases and not to alter the existing state of affairs.[5] The doctrine is fundamental to the precedent system through its **validation** and systemic (**inclusive**) functions.

It is generally accepted – at least in positivist approaches – that judicial decisions should not be arbitrary in their descriptive or postulative aspects. On the contrary, its validity should derive from general, abstract rules (*ratio decidendi*) of the given legal system. Subject to debate may only be whether the judgement was correctly derived from the relevant *ratio* in the formal

[3] See J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa* [Judicial application of law], Warszawa 1988, p. 398.

[4] *Ibidem*, p. 171.

[5] See J. Jabłońska-Bonca, *Wprowadzenie do prawa* [An Introduction to Law], Warszawa 2004, p. 72.

sense or whether the judgement and the *ratio* are substantially adequate. Thus, *ratio decidendi* is binding by virtue of *stare decisis* and constitutes the ground for the binding force of the judgement. The systemic function of *stare decisis*, on the other hand, is inclusive by its nature, whereby a general rule (*ratio decidendi*) is included in the system, or its place in the legal system is confirmed. The systemic function is inseparatable from the validation aspect of *stare decisis* doctrine, as described above. It is the basis for the binding force of the general role if the rule is part of the legal system, i.e. if it meets the criteria required by the system. These may be descriptive or evaluating, with the latter including the value of justice. A legal system is expected to possess at least a modicum of 'decency' or morality, including the expectation of it being just. The same applies to court decisions. Adjudication can be considered just only if similar cases are decided in similar ways. This is possible only if general and abstract legal norms are used which guarantee derivation of similar particular concrete norms to deal with similar cases. In this way the *stare decisis* doctrine is *par excellence* systemic. It requires that a norm be established and applied as binding. It may thus be concluded that the precedent system, just as the statutory system, is a set of general and abstract norms, though the level of generality is an open question.

The assumption of the binding force of abstract and general legal norm as the basis for court decisions is of special importance to legal positivists. Having to decide a case in the absence of a general rule to constitute the basis for such a decision is a dramatic situation for a legal positivist regardless of the type of law he or she is operating in. Such a person is then forced to **create** a general rule to deal with the particular case in hand. The positivist ideals will however be saved if the general rule thus created **is recognised as legal, as if it were part of the system.** In such a case the rule is positivized by the judge.[6]

2.3. Kinds of precedent

A variety of precedent types have been described in the literature.[7] Among these the so-called legislative and non-legislative precedent types merit attention. To explain what is involved let us first consider the following distinctions:

[6] See M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa* [An introduction to philosophy of law], Zakamycze 2000, p. 182f, p. 203f.

[7] See J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki 1983, pp. 157–180; L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa* [Problems of the theory of law], Zakamycze 2001, p. 301f.

From the institutional point of view there are:

– formal precedents, in the strict sense, which constitute sources of law and legal institutions, and

– informal, or *quasi*-precedents, which are not legal institutions but nevertheless function as precedents and exert a factual – though not institutional – influence on other judicial decisions.

From the substantive point of view, a distinction can be made between

(a) constitutive, law-making precedents which create new legal norms, and

(b) regulative precedents, which establish a new meaning of legal rule already in the system or redefine its scope.

Just as formal and informal precedents can have constitutive or regulative character, so constitutive or regulative precedents can be formal or informal.

To arrive at – and pronounce – a decision, a judge creates and makes unequivocal a legal norm which constitutes the general basis for that decision (legal norms as distinct from legal prescriptions).[8] To this end he or she has to interpret existing legal rules if they happen not to be clear enough relative to the case in hand. Use is also made in this process of inferential rules, viz. *per analogiam*, *a fortiori*, *a contrario*, etc. That legal rules may require interpretation is related to the mature of language, with its inherent ambiguities, fuzziness, and open-endedness. The use of inferential rules is made necessary by the incompleteness, inconsistencies, and axiological conflicts in the legal system.[9]

In this way legal regulations as formulated by the legislature are operationally adjusted to suit they requirements of a particular case. Formally, the linguistic and logical operations are undertaken to serve the administration of justice. Nevertheless, judicial interpretation and inferencing may affect the content of existing legal norms and a judicial decision based on a legal norm interpreted or inferred in a novel way will itself be a precedent. Such a precedent may be said to be constitutive-regulative or operative and it is logical and linguistic by nature. Moreover, it is thus secondary to language, irreducible and, consequently, inescapably present in any legal system. Regardless of the ideological assumptions behind the given legal system, precedents of this kind shape the laws and affect their application.

[8] „Przepis to najmniejsza jednostka systematyzacyjna aktu prawnego, norma prawna zaś to reguła zachowania skonstruowana z elementów zawartych w przepisach prawnych według określonego wzoru" ["Regulation is the smallest unit of a legal act, while a legal norm is a rule of conduct constructed of components of legal regulations in accordance with a certain standard"] – see W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *op. cit.*, p. 341 f.

[9] See Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa* [Basic issues in legal theory], Warszawa 1980, p. 110f, p. 299f; S. Lewandowski i in., *Logika dla prawników* [Logic for lawyers], Warszawa 2002, p. 247f.

However, when the extent of normative novelty exceeds a certain critical point, such operational adjustment may be perceived as law making on the part of the court. For the judicial application of law the moot point here is the definition of normative novelty,[10] an issue hotly debated in Poland in connection with the so-called directives for the administration of justice, issued in Poland by the Supreme Court up to 1989[11] and intended to ensure uniformity of court rulings. The chief objection was that the directives restricted the judges' independence, the constitutional principle being that judges are only bound by the constitution and acts of parliament. Moreover, the directives were a manifestation – and an instrument – of the Supreme Court's (unconstitutional) legislative activity. The political transformation of 1989 and the widespread criticism of the directives resulted in their repeal. Yet the persuasive effect of higher-level court rulings on lower courts remains an open question. The position of such courts, the experience of the judges sitting on them, and the respect they enjoy combine to put them in a position of authority and influence over the lower levels of the administration of justice. Not without an influence on this state of affairs are questions of professional pragmatism on the part of judges. To have a successful career it may seem sensible not to split hours or belabour the obvious or, above all, not to question the authority of the Supreme Court. The novelty of normative substance is the basis for distinguishing between constitutive and regulative precedents. It also determines the paradigms of the work of the courts and parliament as organs of state. It is nevertheless a controversial concept, and one that is very difficult to apply in practice. Any attempt to define precisely the scope of constitutive and regulative precedents in terms of the existing regulations and current practice is bound to fail.

There is no question that our understanding of the two concepts is conventional, as are the criteria in terms of which we evaluate the extent of normative novelty of a precedent. It is thus possible to adopt a convention on the basis of which the typological characteristics of constitutive and regulative precedent can be established producing a continuum along which more or less regulative and more or less constitutive precedents can be placed. At one end of the continuum we will have regulative precedent, and at the other – constitutive precedent, especially one that establishes a new legal rule. Constitutive precedents result from legal institutions making up

[10] See M. Zirk-Sadowski, *Problem nowości normatywnej* [The question of new normative substance], *Studia Prawno-Ekonomiczne* 1979, v. XXII, pp. 47–62.

[11] See e.g. A. Stelmachowski, "Prawotwórcza rola sądów" [The law-making role of courts], *Państwo i Prawo* [The State and the Law] 1967, v. 4–5; M. Zirk-Sadowski, "Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza" [The lawmaking rule of the courts], *Państwo i Prawo*, [The State and the Law] 1980, v. 6.

the system, i.e. they derive from the law itself. Regulative precedents, on the other hand, always have their origin in the properties of language, i.e. they exist at the level of language, not legal institutions.

3.4. Normative basis of adjudication (legal norm)

Legal theory has proposed two useful concepts in terms of which it is possible to show the relationship between judicial decisions and general legal rules that lie at the basis of that decision. They are the normative basis for a judgement and legal norm. The former, employed mainly in the context of the precedent system, refers above all to *ratio decidendi*, the latter – being part of the statutory system – makes it possible to distinguish between legal regulations (prescriptions), expressed in legal language and legal norms, expressed in juristic language. A reconstructed normative basis (legal norm) is the source of a judicial decision.

Most generally speaking, the idea of law requires that – regardless of the type of legal system – every judicial decision find its normative basis in the existing laws. This normative basis is a set of rules which, taken together fully and adequately justify the court decision in terms of its substance as well as the requirements of the legal process. In other words it involves competence and procedural rules as well as general rules of court proceedings, which define admissible norms of conduct. We find it explicitly expressed in the statements justifying court decisions.

Formally, in the precedent system the normative basis is reconstructed from precedents which the court recognises as binding in the form of *ratio decidendi*; in the statutory system it is reconstructed from existing laws in the form of legal norms inferred from legal regulations and made unambiguous. The concept of the normative basis for adjudication, similarly as that of the legal norm, makes it clear that in adjudicatory practice a judge makes attempt to link his or her decision to general rule derived from precedent or statutory law. From that point of view systems of laws appear to be similar. Moreover, in reconstructing a legal norm, the courts often take into account precedent arguments, above all those related to regulative precedents.[12]

4. Sources of law

From the point of view of the sources of law two model types of legal system are distinguished, viz. precedent and statutory. The advantages and disadvantages of both are well known but it would be difficult within legal

[12] See L. Leszczyński, *op. cit.*, p. 303; J. Wróblewski, *Meaning...*

theory to tell which is superior – they are both well grounded in history and tradition. Yet – relative to the time and place of its applicability – either may be evaluated from the point of view of its adequacy to the requirements it was meant to meet. Possibly, at some future point, a mixed system will develop, combining the merits of both. It is best if legal institutions come into being naturally and spontaneously as need for them arises. What is important from the point of view of society is that laws be applied in keeping with the standards adopted.

5. Legal culture

There are fundamental differences between legal systems due, among others, to their different sources. The question is whether, and how, this affects legal culture and legal communication. Legal culture comprises the entire set of ideals and values attributed to law and related to the legal order. It also includes the ideology behind the judicial application of law as well as the principles and ethical norms of the legal profession. Legal culture shapes the knowledge and skills of legal professionals, the understanding of legal phenomena and of existing legal regulations, methods and techniques of legal analysis, legal systems and legal interpretation, and influences the accepted inferential rules. Recognition of the relevance of all of these components of legal culture and of the skills required for exercising and cultivating them led to the emergence of a separate legal profession. This profession came into existence early on in the history of legal thinking and legal institutions and has developed independently of the prevailing type of legal system. For all the differences between legal systems, law professionals share a universal legal culture superimposed on regional or systemic cultures, and grounded in universal ideas and assumptions about law and legal order. These include, among others, myths related to law, which are in no way reflected in social or legal reality, and which are also universal.[13] Taken together, all these elements make possible unimpeded communication in the lawyers' universe.[14] The possibility of communication and cooperation within legal culture is well illustrated within comparative legal studies; legal discourse forms a platform of understanding, defines the terms of the debate, and identifies the *loci communae* independent of the legal system.

[13] On legal myths – see J. Jabłońska-Bonca, *Prawo w kręgu mitów* [Law and myth], Gdańsk 1995.

[14] See M. Zirk-Sadowski, "Kultura i rzeczywistość prawna" [Culture and legal reality], in: *Przystąpienie czy integracja? Polska droga do Unii Europejskiej* [Accession or integration? The Polish road to the European Union], Warszawa 1998, pp. 195–236; also M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze* [Law and participation in culture], Łódź 1998, p. 108f.

6. The point of the debate

A system of laws has been defined above as a set of general and abstract norms derived either from precedent or legislative *fiat*. This is however not enough for law to come into being. What is indispensable, in both cases, is the judges' legal-cultural activity[15] – partly creative, partly recreative – grounded in the legal-cultural tradition to which numerous generations of law practitioners have contributed.[16] An essential part here are the various judges' intellectual abilities and moral stature, regardless of the type of system they operate in.

II. PRECEDENT IN THE POLISH LEGAL SYSTEM – NORMATIVE ASPECTS

The Polish legal system is of the statutory kind which means that law making and the judicial application of law are clearly separated. This corresponds to the division of powers between legislative, executive and judicial authorities, where none can replace or substitute for another, and the rule of law (*Rechtsstadt*) means that this principle be strictly observed.

According to Art. 175 of Polish Republic's Constitution, the administration of justice resides with the Supreme Court, common courts, administrative tribunals and military tribunals. Art. 87, in turn, makes it clear that the sources of Polish law are the Constitution, statutes, ratified international agreements, and regulation, while Art. 178 Sec. 1 states that in the discharge of their duties the judges are independent and **subject only to the constitution and statuses** (emphasis mine, MZK). This means that in ideological and constitutional terms Polish courts are instruments of the administration of justice which is based on laws laid down by the legislature (Sejm and Senat, the lower and higher houses of the Polish parliament) and are not intended to create laws. This principle is confirmed by the law on the structure of the common courts of July 27, 2001 (J. of L. No. 98, item 1070).

A special role in the Polish system is played by the highest level courts. The Supreme Court supervises common courts as regards the conformity of their adjudication with the law and promotes uniformity of adjudication. Whenever this is relevant, the Supreme Court resolves legal questions. If its resolution becomes a legal principle, it remains in force with respect to that court until the resolution is replaced by another one. Thus, the general principle – in force since 1989 – whereby lower courts should not be subject

[15] See M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie...*, pp. 57–81.

[16] See R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie* [Polish translation of Taking Laws Seriously], Warszawa 1998.

to any directives concerning the administration of justice or judicial practice was intended to safeguard the "purity" of the constitutional separation of powers in Poland. It follows from the above that precedent is not part of the Polish legal system.

III. JUDICIAL APPLICATION OF LAW IN POLAND

Contrary to the letter of the Polish constitution and of the existing laws, precedent – above all – regulative precedent does play an important role and numerous references to that effect can be found in the official statements of motives substantiating judicial decisions. Specifically reference is commonly made to precedent, to previous judgement or ruling, to widely held opinion, to recommended interpretation, to Supreme Court adjudication and professional literature. Numerous examples can be found in the relevant official publications, viz. CZP, CRN, OSNC. Also the Supreme Court, in the official statements justifying its decisions or rulings, commonly takes recourse to accepted line of adjudication, i.e. precedent, in its argumentation. Again numerous examples of this can be found in the collections of documents published under the names of CKN, CZP, and OSNC.

To sum up,

1. The courts resort either to established line of adjudication, to received practice, or to recommended interpretation of legal norms, and whatever problems arise are interpretive. In this way the courts in effect respect the constitutional paradigm of the separation of powers.

2. Regardless of the actual form of the justifying statements in the judgments there is the question of the new normative substance of judicial decisions that rely on interpretation. In each and every case this is a debatable point in both semantic and strictly legal sense.

IV. PRECEDENT IN THE POLISH LEGAL DOCTRINE

Polish law being of the statutory kind,[17] it is hardly surprising that legal theorists pay little attention to precedent and its role in the system of law. Nevertheless, the question is not entirely neglected in the doctrine as testified by references to – above all – current adjudication. This can be seen in the basic law textbooks. For example, in Radwański's civil law text that has

[17] See e.g. W. Czachurski, *Zobowiązania. Zarys wykładu* [Obligations. Lecture notes], Warszawa 2004, 9th ed., Ch I/2.

gone through numerous revisions we find "Democratic state is based on the idea of separation of powers which disallows lawmaking by the courts",[18] which statement is followed by "Not being an independent source of law the courts – through their interpretive activities and, above all, inferencing (whereby norms are inferred from other norms) as well as by recognising custom – may effect the way legal norms are established, if only by making them more precise or specific. This is equivalent to according the judicature a measure of law making powers. Such a subsidiary rule of the courts in the Polish system is however inherently intertwined with the judicial application of law."[19] In another civil law text (by Ewa Łętowska, a recognised expert) there is a chapter on the functional aspect of the sources of law where we read that those include the usual rules of social intercourse, custom, social conventions as well as earlier adjudication. The author then goes on to stress that "adjudicating by the courts is not the same as law making – it is judicial application of law in specific situations. When it comes to the interpretation of general, often fuzzy concepts or regulations related to rules of social intercourse, the courts enjoy much more interpretive freedom then in the case of 'normal' legal rules. In that respect the courts are involved in law making ... Functionally speaking, adjudication by the courts can and does involve a creative aspect relative to the legal system. For all their protestations to the contrary, the courts do contribute to law making.[20] At the same time legal theorists make frequent references to adjudicatory practices when discussing legal institutions, though they hardly ever use the word 'precedent'.[21] While constitutional writings do not consider the functional or factual effects of precedent by definition, Polish legal theory has recently shown increasing interest in it, the most likely reason being Poland's accession to the EU and the need for the legal profession to become familiar with EU law and the laws of other member states.

[18] Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna* [Civil law – General part], 6th ed., Warszawa 2003, p. 42.

[19] *Ibidem.*

[20] E. Łętowska, *Podstawy prawa cywilnego* [Basic civil law], Warszawa 1993, pp. 54–55.

[21] See e.g. A. Szpunar, *Komentarz prawa wekslowego i prawa czekowego* [Commentary to law of exchange and cheque law], Warszawa 1994, p. 8; M. Pyziak-Szafnicka, *Uznanie długu* [Acceptance of debt], Warszawa 1996, p. 111f; M. Pyziak-Szafnicka, *Potrącenie w prawie cywilnym* [Deduction of debt in civil law], Zakamycze 2002, p. 26f; J. Jankowski, *Przebieg postępowania egzekucyjnego, upadłościowego i układowego. Struktura postępowań w ujęciu dynamicznym* [The course of execution, bankruptcy and court agreement proceedings. A dynamic approach to the procedure], Zakamycze 1999, p. 23f; A. Kidyba, *Atypowe spółki handlowe* [Athypical commercial companies], Zakamycze 2001, p. 18f; A. Mariański, *Prawa i obowiązki następców prawnych w prawie podatkowym* [Rights and duties of legal successors in tax law], Warszawa 2001, p. 47f.

In Poland's communist past (before 1989) the accepted view was that law making was the exclusive prerogative of the parliament ". . . being in a sense a representation of the electorate's socio-political opinions. The objective was to make sure that the norms (abstract and general) thus enacted be of the highest rank. Law making by any other organ would thus violate the ideological principles."[22]

One may think that the inflexible stance characteristic of communist Poland was rooted in the ideology of the day. After all the representation of the nation that the parliament (sejm) was involved carefully selected individuals who were thus given powers to make the laws. Still, another relevant factor in the Polish context was the legal positivism that dominated both in legal theory and in judicial practice.

The post 1989 transformation has brought with it, among others, demystification and demythologisation of the processes of law making and application. A growing volume of writing takes a fresh look at the question of precedent and the law making aspect of adjudication.[23]

VI. SUMMARY

The Polish legal system being of the statutory kind by definition, there is no room in it for precedent. The task of the courts, as prescribed in the country constitution, is the administration of justice basing on the legal norms laid down by the Polish parliament. However, the laws – all laws – are a product of language, with all that involves, including ambiguity and fuzziness and, for that reason, they usually have to be made more precise. The judicial application of law consists in deriving a particular, concrete norm from the norm that is general and abstract. In performing such an operation a judge interprets general norms relying, in addition, on a variety of inferential rules. Moreover, in this process he or she makes use of precedent, drawing inspiration from decisions or arguments employed in other similar cases.

A particular concrete norm arrived at in this way has a normative-linguistic basis. In this sense it is possible to regard statutory law, including Polish law, as involving the precedent principle. In the present discussion such precedent is referred to as 'regulative'. It can be found in all types of legal system if only because it is a consequence of the nature and language

[22] J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, p. 399.

[23] See e.g. L. Leszczyński, *op. cit.*, Chapt. 7; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian* [Major issues in contemporary philosophy of law. Law in the process of transformation], Warszawa 2000, p. 211f.

in general and legal language in particular, as well as the legal system as such, which means that the precedent is a universal immanent property of law. On the other hand, it is the criterion of normative novelty that decides – in each case – whether we are dealing with regulative or law making precedent. In the Polish system a judical decision that is recognised as a law making precedent is generally regarded as being *contra legem*. In the Polish legal writing the law making aspect of court practices is only beginning to be accepted as such. Yet the way the issue is perceived by the legal profession and the society at large will depend on the methodological awereness on the part on the legal theorists and on the terminological conventions they adopt. To the extent that we recognise judicial law making as part pf the statutory system we are dealing with 'positivisation' of the rules of the judicature. In this sense judges can be said to participate in law making through precedent setting.

Andrzej Mączyński
Professor of the Jagiellonian University

DEVELOPMENTS IN POLISH SUCCESSION LAW

I

The primary source of Polish succession law is the Civil Code (*kodeks cywilny* – k.c.) – the statute of 23rd April 1964, in force since 1st January 1965. The provisions on succession law are enclosed in the Book 4 of the Code, entitled "Inheritances". The Book is divided into ten Titles and in its original shape comprised Art. from 922 to 1088, some of which were divided into two or three paragraphs. As a result of subsequent changes in the legislation the overall number of articles in the Book 4 is now lesser.

Provisions located outside Book 4 of the Code and outside the Code itself complete the whole of the material succession law. These are the provisions to which the Code refers, e.g. the regulation of the co-ownership and distribution of the inheritance is not complete and makes a reference to the provisions on co-ownership and dissolution of the co-ownership, situated in Book 2 of the Civil Code (Art. 1035 k.c.). The provisions on a testament in a notarial form refer to the relevant provisions on notarial services. The provisions on intestate succession demand the application of provisions of the Family and Guardianship Code of 1964 (*Kodeks rodzinny i opiekuńczy* – k.r.o.) defining marriage and kinship, due to the fact that is the spouse and next of kin, who may be intestate successors. The legal position of the executor of the will is to a defined extent regulated by the provisions on mandate (Art. 989 k.c) etc.

It is significant that the application of the succession law provisions is excluded with regard to some property rights, for the reason that after the death of the bearer, those rights pass on other persons, regardless of them being successors or not. The regulation of living premises lease might serve as an example. Certain provisions provide for the application of a specific mode of succession depending on the will of the right holder, who may through a separate legal transaction appoint persons acquiring the right. Such possibility is envisaged e.g. with regard to insurance contract and bank accounts.

The intertemporary provisions of succession law were contained in a separate statute of 23rd April 1964, entitled "Provisions introducing the

Civil Code". Some of the statutes amending the Civil Code have their own intertemporary regulations, some not, in which case the norms of the provisions introducing the Civil Code are to be applied adequately.

The procedural provisions on succession law are encompassed in the Code of Civil Procedure of 17th November 1964 (*Kodeks postępowania cywilnego* – k.p.c.), in force since 1st January 1965. The most significant are the provisions on the acquisition of an inheritance and on the distribution of an inheritance. The Code regulates as well the question of the domestic jurisdiction in succession matters as well as the effectiveness of foreign courts' decisions in Poland.

The inheritance tax is regulated in the statute of 28thJuly 1983, amended a number of times since.

II

The Civil Code was adopted under the Constitution of Polish People's Republic of 1952, inspired by the USSR Constitution of 1935. The 1952 Constitution guaranteed the protection of succession of the so-called 'personal property of the citizens', which was understood as all the objects of personal use. The succession of other items was not covered by the guarantee, to the contrary – the Constitution announced the "limitation, displacement and liquidation of the social classes living from the exploitation of workers and peasants." The Constitution allowed for the succession of land, building and other means of production owned by peasants and craftsmen only within a defined scope. The original assumption of the legislation was to gradually nationalize of all item, which ere not object of personal use, land in particular. Only in 1983 a provision was added to the Constitution that guaranteed the durability of individual family farms owned by working peasants.

The succession law provisions, included in the first nine titles of Book 4 of the Civil Code, were not formulated by the model of the then Soviet regulation, but based on the rules similar to those adopted in the succession law decree of 8th October 1946, binding since 1st January 1947 until the entry in force of the Civil Code. The decree was prepared on the framework of pre-war drafts of Polish succession law; it provided for an almost unlimited freedom of testating, ensured for the surviving spouse the position of a statutory heir and allowed for the succession of children born out of wedlock and persons adopted by the decedent. There were suggestions in the fifties to limit the freedom of testating and cut down the number of statutory heirs, but they were not put into practice.

The most meaningful novelty in the Civil Code was the introduction of specific provisions concerning the succession of farms into the last Title of the Book Four. Those provisions went far in creating exceptions in comparison to the general rules of succession, described in the precedent nine Titles. Their primary version was a mere repetition of the provisions included in the statute of 29th June 1963 with the main objective to exclude non-farmers from the succession and limit the fragmentation of the grounds, at the same time preventing the creation of too spacious farms. A vast proportion of the provisions had a retroactive effect.

In the period before the political breakthrough of 1989 only a couple of provisions (concerning succession of farms) from the entirety of succession law were amended, alleviating to some extent the rigorous primary regulation. On the other hand, the requirements bound with farm succession were in 1973 were expanded on the succession of forests.

The amendment to the Constitution, introduced in December 1989 – that is after the landmark appointment of a first government with a non-communist Prime Minister in the postwar Poland – abolished the above mentioned provisions, differentiating the regulation of succession depending on the object of succession. A general rule that the Republic of Poland protects rights of succession was introduced instead.

III

Chapter 1 of the presently binding Constitution of 2nd April 1997, defining the basic rules of the political system in the country, guarantees of the protection of succession in Art. 21, as well as ensures a 'right of succession' to everyone o the basis of section 1 of Art. 46 located in Chapter 2 regulating rights, freedoms and obligations of persons and citizens. There is as well a constitutional provision in Art. 23 according to which the state agricultural system is based on a family farm, with an explicit reservation that either the freedom of economic activities or property or succession rights cannot be infringed by the provision.

The practical relevance of the constitutional regulation of succession matters is illustrated by the fact that the respective provisions already formed the basis for Constitutional Tribunal jurisprudence on a couple of occasions. The Tribunal derived e.g. a prohibition of differentiation of the legal position of successors on the basis of them being statutory or testamentary.

IV

Since the entry in force of the Civil Code, there were more than 300 amendments passed with regard to its provisions. The majority thereof were introduced after 1989. They consist in abolition of provisions rooted in the former political system, as well as in introduction of new regulations, mostly inspired by Community law. Book 4 of the Civil Code, however, and more precisely its nine Titles, was only slightly and in no significant manner transformed until December 2005. Most of the amendments were aimed at adjustment of Civil Code provisions to the contents of other regulations – newly introduced or amended. The following changes belonged to the major amendments.

Title I, which encompasses the general rules of succession, was replenished with a provision considering the succession by a foundation, established by the decedent in the testament (Art. 927 § 3 k.c.). The change resulted from the return to the Polish legal system of the institution of a foundation and the possibility of creating a foundation in a testament. The present contents of the provision stem from 1996, changed in the order to adjust it to amended provisions on establishing and registering foundations.

A couple of amendments were introduced into the statutory succession model stipulated in Title II. At first, in 1995, parallel to the amendment of the Family and Guardianship Code, the rules on succession by a child of one of the spouses, adopted by the other spouse (Art. 936 § 3 k.c.) were specified. In 1999, introduction of the institution of separation into the Polish legal system was accompanied by the introduction of a provision according to which a separated spouse is excluded from among statutory successors (Art. 935^1 k.c.). The provision is in itself redundant, since the exclusion results directly from the regulation of separation, which states that separation brings about the same effects as divorce, unless otherwise stipulated by the law (Art. 64^1 k.r.o.). Additionally, the possibility of excluding a spouse from the succession in a situation when the decedent filed a motion for granting a divorce by fault of the other spouse was broadened by cases, where the decedent filed a motion for separation (Art. 940 k.c.).

The most meaningful amendment of statutory succession was made in 2003 and considered Art. 935 § 3, referring to a situation in which there is no spouse or next of kin, who might inherit as statutory successors. The primary version of the regulation provided for the State treasure inheriting as a statutory successor. Presently, it is the community, in which the decedent resided at the moment of death, which is appointed as statutory successor, the State treasure can be appointed as such only if the place of residence of

decedent in the moment of death is unknown or is abroad. The change, returning to the regulation of 1946 decree on succession law, was a response to doctrine exhortations. Neither the community nor the State treasure can reject the inheritance received by statutory succession (Art. 1023 § 1 k.c.).

The provisions on testament, comprised in Title III, were amended in 1996 and then in 2002 with regard to the form of allograph testament (Art. 951 k.c.) in that the enumeration of public servants, who participate in drafting such a testament, was adjusted to the new structure of the local government. The regulation of notarial form of a testament (Art. 950 k.c.) was also changed, due to the fact that in 1991 new regulation on notarial activities was adopted and private notary offices were introduced instead of the public ones. The new regulation of notary activities caused as well a change in the provisions on the form of declaration of acceptance or rejection (Art. 1018 § 3 k.c.) and in the provisions of civil procedure in succession matters. Among the provisions of Title III on legacy the requirement of State agency's consent on accepting the legacy by a non-state legal person (Art. 1013 k.c.) was abolished.

In Title IV regarding legitimate portion of an inheritance a provision referring to assessing the value of a donation was changed, due to the previous modifications in the relevant jurisprudence, which reflected the inflation existing in Poland in the late eighties. A similar change was introduced in the same time and with the same motivation to the provisions on distribution of an inheritance, in Title X (Art. 1042 § 2 k.c.).

Up to now, no changes have been introduced in the provisions on ascertainment of the acquisition of inheritance and the protection of successors (Title VI), liability for inheritance debts (Title VII) and provisions on contracts regarding the inheritance i.e. the possibility of repudiation of the inheritance by a successor and alienation of the inheritance (Title IX). With regard to the regulation of responsibility for inheritance debts, it should be mentioned that the jurisprudence is of the opinion that the principle of unlimited liability for inheritance debts (when the successor made no declaration of accepting the inheritance *cum beneficio inventarii*) can be bounded, should the principles of community life demand so.

As it can be seen from this short review, the changed in the "universal" succession law, encompassed in Titles I–IX of Book 4 of the Civil Code did not have a fundamental character. Quite opposite is the situation of the specific provisions concerning the succession of farms (Title X). The change carried out in 1990 totally eliminated nationalization elements therefrom. The requirements posed to the statutory successors inheriting a farm. Those provisions lost their binding force with the judgment of the Constitutional Tribunal of 31st January 2001 with regard to inheritance from decedents, who died after that date. Within this case The Tribunal examined as well

the conformity with the Constitution of the former version of those provisions, which were still applied in cases of inheritance from decedents, who died, when those provisions were in force. The Constitutional Tribunal considered that the provisions should be further applied; the position was fully approved by the doctrine. The specific provisions on the distribution of inheritance, which includes a farm, were not questioned.

V

As far as the provisions of succession law placed outside Book 4 of the Civil Code are concerned, it is worth to mention the changes in provisions regulating the effects of tenant's death. According to those provisions, after the death of a tenant of the living premises, his close persons, residing together with the tenant at the moment of his death, enter *ex lege* in the relation of tenancy of the premises. The subsequent changes in the regulation were aimed at limiting the circle of those persons.

Some other provisions concerning succession of living premises in buildings owned by residential communities were also abolished as a result of judgments of the Constitutional Tribunal.

VI

The drafts of proposed amendments in the succession law are prepared by the Codification Commission of Civil Law, operating by the Minister of Justice since the end of 1996. The amendment of the statutory succession by the local community was drafted by the Commission. Since then, no further drafts were put forward. The question of reform of succession law is not a matter of public debate in the doctrine. There are sporadic proposals concerning e.g. extension of the statutory successors circle by introducing the decedent's grandparents therein; limitation the share of the surviving spouse inheriting as a statutory successor in concurrence with the children and extension of the share when the spouse inherits in concurrence with the decedent's further relatives; limitation of the persons entitled to the legitimate portion; change in the rules of liability for inheritance debts and adoption of the liability *pro viribus patrimonii* as a rule) and finally extension of the testator's freedom with regard to the distribution of the inheritance, so that the testator might decide on the destination of specific objects belonging to the inheritance.

VII

The collision norms of the international succession law are gathered in the statute of 12th November 1965 – Private international law (*Prawo prywatne międzynarodowe* – p.p.m.), which entered into force on 1st July 1966. The main principle is the application of the law of a country of citizenship of the decedent in the moment of his death (Art. 34 p.p.m.). At the same time the validity of legal acts *mortis causa* is to be estimated according to the law of a country of citizenship of the decedent in the moment of performing the respective act (Art. 35 p.p.m.). The same regulation was envisaged in the former Polish statute on private international law of 2ed August 1926. It could be therefore said, that the mentioned rules remain in force since almost 80 years and the practice of their application do not justify the necessity of their amendment. They are widely accepted by the doctrine, however lately there have been opinions uttered that a possibility of limited choice of law should be allowed in succession matters. Since 1969 Poland is a party to the Convention of 5th October 1061 on the Conflict of Laws Relating to the Forms of Testamentary Dispositions.

During the period when the provisions limiting succession of farms were in force, the jurisprudence was of the opinion that those provisions should be applied with regard to all farms situated in Poland. The view was supported by the majority of the doctrine. After the judgments of the Constitutional Tribunal derogating the respective provisions, the problem ceased to exist.

To complete the picture it should be added that Art. 4 p.p.m. obliges to take into account the remittal or transmission made in the provisions of law of nationality (*lex patriae*). Should therefore the law of the country of citizenship of the decedent submit succession of a immovable property to the law of the country, where the immovable property is situated, and the succession of the movable property – to the law of the country of residence of the decedent, legal provisions of those countries would be applied by the Polish court (unless the immovable property is situated abroad, as Polish court has no jurisdiction with regard to such properties due to Art. 1102 § 2 k.p.c.)

Some of the bilateral international conventions, to which Poland is a party, include regulations different from those adopted in the statute. They envisage that succession of an immovable property is submitted to the law of a party to the convention, on which territory the property is located.

To sum up the presented information regarding changes in Polish succession law it should be stated that the system change, which resulted in the increase of the material status of the citizens (or at least a part of them),

added to the practical significance of succession law, still the changes thereof – apart from those resulting from above described Constitutional Tribunal jurisprudence – concerned only matters of no major significance. As far as the future perspective of international unification of succession law, it seems it is most probable in the area of national jurisdiction regulation as well as recognition and enforcement of foreign decisions or provisions regulating conflicts of law. On the other hand in the present situation no unification seems probable with regard to the material succession law.

(*Translation: Jadwiga Mączyńska*)

Marek Safjan
Professeur à l'Université de Varsovie

Przemysław Mikłaszewicz
Candidat au doctorat en droit

L'ACCÈS À L'INFORMATION SUR L'IDENTITÉ BIOLOGIQUE DANS LE CAS DE PROCRÉATION ARTIFICIELLE*

Les méthodes de procréation artificielle suscitent une discussion animée en Pologne depuis longtemps[1]. Dans la pratique médicale, les plus nombreux sont les cas d'insémination artificielle, tant homologique qu'hétérologique, avec utilisation de la semence du donneur tiers. Depuis le milieu des années quatre-vingt, on utilise également la méthode *in vitro* et la presse la plus récente donne les preuves de la pratique de substitution de la mère, service offert aux couples stériles notamment.

Toutefois, le système juridique polonais ne contient pas de règles directes concernant cette matière et qui permettraient de résoudre les questions de la légalité de différentes méthodes de procréation artificielle, de la filiation ou de la responsabilité civile du personnel médical. En outre, ce qui est plus important, le problème des divergences entre la « vérité biologique » de la filiation de l'enfant et son état civil reconnu juridiquement mérite, avec toute sa complexité et son intensité,

* Cet article a été rédigé sur la base du texte suivant, dont il constitue une toute nouvelle version actualisée et étendue : M. Safjan, « Le droit de l'enfant à l'identité biologique au regard du problème de la protection de l'anonymat du donneur de semence en cas d'insémination artificielle hétérologique », dans : *9ème Congrès mondial de droit médical. Rapports*, vol. II, Gent 1991, p. 741 et s.

[1] Cf. M. Nestorowicz, « Problem uregulowań prawnych sztucznej prokreacji i inżynierii genetycznej » [Le problème de la réglementation juridique de la procréation et de l'ingérence génétique], dans : M. Filar (dir.), *Prawo i medycyna u progu XXI wieku*, Toruń 1987; Z. Radwański, « La filiation et la médecine moderne », dans : *Rapports polonais présentés au Douzième Congrès de droit comparé*, Varsovie 1981; M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji* [Le droit face à l'ingérence dans la nature de la procréation humaine], Warszawa 1990; M. Safjan, « Prawne problemy relacji filiacyjnych oraz dostępu do informacji o dawcy lub dawczyni komórek rozrodczych » [Les problèmes juridiques de la filiation et de l'accès à l'information sur le donneur des cellules reproductrices], dans : W. Lang (dir.), *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2000; M. Gałązka, *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej* [Le droit pénal face à la procréation artificielle], Lublin 2005.

un traitement spécial quant aux techniques modernes de la procréation artificielle. Ensuite, indépendamment de la solution des problèmes susvisés, l'intérêt de l'enfant à connaître l'identité de ses parents biologiques devrait constituer l'objet des considérations du législateur. **Pourtant, le droit polonais ne donne pas d'indications claires, cohérentes ni précises quant à la portée de cet intérêt. C'est particulièrement visible dans la procédure qui ignore ladite perspective de l'enfant.**

Certes, les solutions juridiques en matière de la filiation et de l'accès à l'information sur l'origine biologique sont déterminées également par le rôle des actes d'état civil[2]. En effet, en fonction du registre ces actes sont destinés à révéler les faits créateurs de l'état civil d'un homme au cours du temps. Par conséquent, la fonction de ces actes ne se limite pas à la détermination de l'état civil dans un moment donné avec effets *pro futuro*. Or, l'état civil est un bien inhérent à chaque être humain et il change au cours du temps suite aux évènements divers. L'information inscrite à l'acte d'état civil appartient à la sphère de la vie privée du parent mais également à celle de l'enfant. **Il s'ensuit que la révélation complète des faits ayant incidence sur l'état civil constitue la mise en œuvre du droit subjectif à l'information sur l'état civil et son évolution**. Il n'empêche, toutefois, que l'inscription incluse à l'acte d'état civil, vu le principe de sécurité juridique, puisse contredire la vérité biologique (génétique) afin de stabiliser les liens existant au sein de la famille. **En l'occurrence, il appartient au législateur de décider comment concilier, dans le cas d'ingérence fondamentale à l'état civil qu'est l'adoption plénière ou la procréation artificielle, la stabilité et sécurité d'une part et le droit de l'enfant à l'information sur son origine biologique (génétique) de l'autre.**

Par ailleurs, le débat sur ce sujet a été ravivé suite à la ratification par la Pologne de la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989, dont l'article 7 oblige à respecter, autant que possible, le droit de chaque enfant de connaître ses parents biologiques. En tout état de cause, l'analyse de la portée de cette disposition en droit polonais doit tenir compte du fait que la Pologne a ratifié la Convention sous réserve que le droit de l'enfant adopté de connaître ses parents naturels soit limité par les décisions judiciaires autorisant les parents adoptifs à garder l'origine de l'enfant secrète. Cependant, cette réserve ne devrait pas être étendue aux méthodes de procréation artificielle qui ni actuellement, ni au moment de la ratification, n'étaient réglées en droit polonais[3].

[2] Cf. sur ce sujet l'arrêt de la Cour constitutionnelle polonaise du 12 novembre 2002, n° du rôle SK 40/01, OTK ZU n° 2002/6/A/81.

[3] Cf. dans ce sens M. Działyńska, « Pochodzenie dziecka. Ustalenie macierzyństwa i ojcostwa » [Filitaion de l'enfant. Établissement de la maternité et de la paternité], dans : T. Smyczyński (dir.), *Konwencja o prawach dziecka. Wybrane zagadnienia prawne i socjalne*, Polski Komitet UNICEF 1994, p. 64.

I. LE SECRET DE L'ADOPTION ET LA RECHERCHE DE L'IDENTITÉ BIOLOGIQUE

S'agissant des rapports adoptifs, les réformes successives du droit de la famille et les modifications parallèles du droit des actes d'état civil étaient incitées dans une grande mesure par le postulat, avancé toujours avec fermeté, de la protection du secret de l'adoption et, par conséquent, de l'effacement de la filiation authentique de l'enfant, tant à l'égard de l'enfant qu'à d'autres personnes.

À la lumière de la législation en vigueur, la protection du secret de l'adoption, qui se traduit par l'élimination de « l'état civil naturel » de l'enfant, apparaît comme la plus complète dans les cas de l'adoption plénière anonyme (les parents donnent leur consentement à l'adoption sans indiquer l'adoptant) qui est du reste la plus fréquente dans la pratique. En l'occurrence, la loi interdit expressément le recours en établissement de l'origine de l'enfant adopté de cette manière (article 124[1] du C.f.t.[4]). Ensuite, la loi relative aux actes d'état civil[5] prévoit, dans son article 48 al. 1er, le dressement d'un tout nouvel acte de naissance de l'enfant où les adoptants figurent comme père et mère. Dans le passé, suite à l'adoption plénière anonyme, l'acte de naissance précédent était rayé et, par conséquent, il ne pouvait pas être révélé. Toutefois, dès 1995, l'information sur le dressement d'un nouvel acte est ajoutée à l'ancien acte de naissance qui est préservé. L'ancien acte reste secret et aucune copie d'un tel acte ne peut pas être livrée, sauf à la demande expresse d'une juridiction qui en a besoin dans une affaire donnée. Lorsque l'adopté devient majeur, il peut demander l'accès à l'ancien acte de naissance dans les actes d'état civil. Indépendamment de ce qui précède, un enfant adopté de cette manière perd définitivement son ancien état civil, car il s'agit d'une adoption irrévocable (article 125[1] C.f.t.).

Cependant, même si l'on suppose qu'il est opportun de respecter le principe du secret de l'adoption, la valeur qu'il présente dans le contexte des dispositions en vigueur n'est pas un bien « en lui-même ». Les préférences qu'on lui accorde par rapport aux intérêts qui entrent en jeu n'ont d'importance qu'à l'égard du système des relations déterminées entre l'adopté et les adoptants, que le législateur trouve optimal du point de vue de la protection de l'intérêt de l'enfant et de la famille qui l'adopte. Aussi, lorsque ces relations ne correspondent pas au modèle – ce qui se traduirait par la révélation du fait

[4] Loi du 25 février 1964 – Kodeks rodzinny i opiekuńczy [Code de la famille et de la tutelle], J.O. N° 9, point 59, avec les modifications ultérieures.

[5] Loi du 29 septembre 1986 – Prawo o aktach stanu cywilnego [Loi relative aux actes d'état civil], J.O. de 2004, N° 161, point 1688.

de « l'adoption » devant l'enfant adopté, l'intérêt susvisé de l'enfant reste-t-il encore pertinent ? Dans le cas pareil, il est difficile d'indiquer d'autres valeurs et intérêts protégés qui pourraient être atteints par le fait de rendre accessible à l'enfant adopté l'information sur son origine biologique authentique. Notre système juridique reconnaît la protection de la valeur que représente pour l'individu la connaissance de son origine biologique – un bien inhérent à la personnalité. Une interprétation souple des dispositions de la loi relative aux actes d'état civil, et des dispositions fondamentales du Code civil[6] en matière de la protection des biens de la personnalité, devrait donc permettre à l'enfant de satisfaire sa volonté de connaître la vérité. Néanmoins, la jurisprudence polonaise ne donne pas d'exemples d'une interprétation pareille qui, par conséquent, ne constitue aujourd'hui qu'une valeur théorique.

En même temps, il n'est pas douteux que la révélation de l'information sur l'origine authentique ne restituerait pas à l'enfant son « état civil naturel » ni ne produirait aucun autre effet. Cela signifie que la voie de recours en établissement des droits de l'état resterait toujours fermée dans le cas de l'adoption plénière anonyme. Il semble qu'elle ne pourrait pas non plus donner à l'adopté le droit à révéler « à l'extérieur » les informations reçues, car il sera tenu à respecter le secret de l'adoption à l'égard d'autres personnes. Or, il faut accepter le fait que le secret de l'adoption appartienne également à la shpère de la vie privée des parents adoptifs. Les adoptants conservent en effet le droit à la protection de ce secret en tant qu'un droit inhérent à leur personnalité. Mais c'est ici que se manifesterait avec éclat la différence entre le droit à l'établissement de l'état civil et le droit personnel à l'identité biologique.

II. LE DROIT À L'IDENTITE GÉNÉTIQUE FACE AUX MÉTHODES DE L'INSÉMINATION ARTIFICIELLE

Les réflexions sur le secret de l'adoption peuvent être traitées comme un point de référence aux problèmes qui surgissent à propos de la procréation artificielle en relation avec l'intérêt personnel de l'enfant de connaître son identité génétique. Les dilemmes de fond découlant de la « fiction » de l'état civil se ressemblent en effet sensiblement dans ces cas. Toutefois, du point de vue formel, les différences sont assez sérieuses. L'enfant conçu à l'issue de l'insémination artificielle possède toujours, dès le début, un seul état civil qui, à la lumière du droit, est précisément son « état civil naturel ». Par conséquent, le « droit » à l'identité génétique ne peut pas, contrairement à l'adoption, se réaliser par la révélation des informations contenues dans l'acte de naissance primitif définissant l'état civil « naturel » de l'enfant.

[6] Loi du 23 avril 1964 – Kodeks cywilny [Code civil], J.O. N° 16, point 93, avec les modifications ultérieures.

Tout d'abord, il nous semble important de souligner que l'insémination artificielle hétérologique s'opère en application du principe de l'anonymat absolu du donneur du matériau génétique. En même temps, la jurisprudence polonaise[7] a affirmé qu'en cas de l'insémination artificielle hétérologique avec le consentement de l'époux, l'action en désaveu de paternité que celui-ci aurait intentée constitue un abus de droit (étant contraire aux règles de vie en société), et ne jouit pas de protection légale. De toute façon, la doctrine est d'avis que lors même que le désaveu de paternité de l'époux de la mère aurait gain de cause, la recherche de la paternité du donneur du matériau génétique ne serait pas admissible. Premièrement, parce que l'anonymat du donneur est protégé par les règles générales du secret médical. Deuxièmement, parce que l'absence de rapports sexuels entre la mère de l'enfant et le donneur de semence exclut, d'après notre droit, la possibilité même de présumer la paternité[8]. On souligne que le rapport juridique de paternité ne peut pas être établi, dans de tels cas, exclusivement sur la base purement biologique. **L'idée même de l'insémination artificielle hétérologique exclut la création de toute relation familiale entre l'enfant et son père génétique.**

Dans ce contexte, il y a lieu de signaler que les auteurs polonais, malgré leur concordance de points de vue sur l'inadmissibilité de la recherche de paternité du côté du donneur de semence, sont essentiellement divisés en ce qui concerne le bien-fondé de l'anonymat du donneur du matériau génétique à l'égard de l'enfant qui veut connaître son identité biologique[9]. Le problème est considéré avant tout sous l'angle de futures solutions juridiques dans cette matière (en voie de préparation).

Or, comme il ressort de certaines tendances dans les législations étrangères, au moins deux raisons majeures militent contre la protection de l'anonymat du donneur à l'égard de l'enfant.

Premièrement, sans tenir compte de la solution de la question de paternité sur le plan de la filiation, il faut prendre en considération l'intérêt personnel de l'enfant qui voudrait connaître l'identité de son père biologique. Peut-être, son intérêt prévaut-il même sur celui du donneur à conserver un anonymat absolu. **Il s'agirait donc d'un « droit » spécifique de l'enfant à connaître son origine biologique, à être informé sur les circonstances de sa conception et de sa naissance, à savoir à qui il dont son « image génétique ».**

[7] Résolution de sept juges de la Cour suprême du 27 octobre 1983, n° du rôle III CZP 35/83, OSNC 1984/6/86.

[8] Article 85 du C.f.t. prévoit la présomption de paternité de celui qui a eu un rapport sexuel avec la mère de l'enfant dans les délais strictement indiqués.

[9] Cf. L. Stecki, J. Winiarz, J. Gajda, « Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego » [Le droit de l'enfant de connaître son origine génétique], dans : *Państwo i Prawo*, n° 1/1990.

En deuxième lieu, il n'est pas possible de négliger les éléments plus prosaïques déterminés par des prémisses pragmatiques de nature médicale. Laissant de côté certains arguments, avancés parfois, évoquant le risque de mariage entre des personnes proches (le risque qui demeure statistiquement minimal), il convient d'attirer l'attention aux situations plus probables. **En effet, l'information sur les parents biologiques, sur l'histoire de la santé de la famille, sur les affections génétiques, peut parfois être indispensable à un juste diagnostic et à une thérapeutique efficace.** Il s'agirait aussi de la situation où, pour sauver la vie de l'enfant, il faut procéder à une transplantation d'organes ou de tissus, dont les chances de réussite augmentent notablement quand le donneur et le preneur ont un génotype analogue.

Certes, la procréation artificielle constitue une ingérence dans le processus biologique naturel et soulève, dans le débat public, les réserves de nature morale notamment en raison de son caractère dépersonnalisé qui est lié à l'anonymat du donneur. La faculté de lever cet anonymat serait, sans doute, un facteur limitant la fréquence de l'utilisation dans la procréation artificielle du matériau génétique provenant du donneur. En outre, l'utilisation des méthodes de procréation artificielle présuppose la formation des liens familiaux à la base des critères de liens émotionnels et sociaux au lieu de liens biologiques. En conséquence, le retour à la vérité biologique serait, dans le cadre de cette conception, une discordance et pourrait menacer de rupture de la structure de la famille fondée sur la fiction concernant l'origine biologique. Cependant, les partisans de la procréation artificielle font précisément référence à ce modèle de la famille en rappelant qu'il est accepté en particulier dans les cas de l'adoption[10]. Ainsi, la procréation artificielle créerait des liens même plus puissants et plus authentiques que dans le cas de l'adoption.

Sans doute, une telle approche pourrait constituer dans l'avenir une barrière à l'abolissement du principe de l'anonymat absolu du donneur du matériau génétique, principe actuellement reconnu certainement *de facto*, sinon *de iure*, dans le cadre de la procréation artificielle. De l'autre côté, les arguments, du reste non seulement moraux, en faveur du respect de droit de l'enfant à son identité biologique, semblent également essentiels. La mise en accord des opinions divergentes est une tâche difficile, d'autant plus qu'en principe on voit ici une interdépendance spécifique des opinions précitées. L'opposition par rapport aux méthodes de procréation artificielle, en particulier à l'insémination hétérologique, se manifeste souvent dans l'opinion favorable à l'abolition de l'anonymat, tandis que l'acceptation de ces méthodes favorise, en règle générale, le maintien de l'anonymat du donneur.

[10] Cf. Z. Radwański, « Artificial Insemination and In Vitro Fertilization », dans: *Medicine, Ethics and Law: Canadian and Polish Perspectives*, Centre de Bioéthique IRCM, 1991.

En même temps il faut se rendre compte que d'éventuelles solutions en cette matière doivent prendre en considération l'ensemble des problèmes liés à la mise en œuvre du droit de l'individu à son identité biologique. **L'abolition, à l'égard de l'enfant, de l'anonymat du donneur de matériau génétique, doit être corrélée avec les solutions juridiques en matière de l'adoption.**

Les problèmes plus compliqués peuvent apparaître dans le cas de la filiation créée à la base de la procréation avec la participation de la mère par substitution. En l'occurrence, nous sommes confrontés à une situation où la femme qui a donné naissance à un enfant, ainsi que la femme qui a donné son ovule, peuvent être considérées somme « mères biologiques ». Face à la silence du droit polonais qui ne définie pas la notion de maternité, évidente jusqu'à récent, toutes les approches peuvent être prises en considération, au moins sur le plan théorique. D'ailleurs, les cas de la maternité par substitution méritent, à part les problèmes moraux, une analyse approfondie qui ne fait pas l'objet de la dissertation présente. Il suffit de signaler que toute analogie par rapport à la paternité est dangereuse, car les deux « mères » : mère génétique, ainsi que mère biologique, participent dans l'acte de la création de la vie nouvelle[11].

III. LES FONDEMENTS JURIDIQUES DE LA RECHERCHE DE L'IDENTITÉ BIOLOGIQUE

Il est difficile de trouver en droit polonais un fondement à la construction d'un droit personnel subjectif à la connaissance de son origine biologique, ce qui n'équivaut pas automatiquement à accorder une préférence absolue aux valeurs qu'implique notamment l'anonymat du donneur de la semence. Le conflit des valeurs en cette matière n'est pas définitivement réglé en droit polonais.

À la première vue, il semble que, en principe, le droit de rechercher l'identité biologique ne peut pas se réaliser *lege lata* que par l'action en établissement de la filiation dans les limites légales qui restreignent, en conséquence, la protection des valeurs qui entrent en jeu ici. Néanmoins, il est caractéristique que ce soit justement l'intérêt personnel non patrimonial qui avance au premier plan lorsque sont indiquées les personnes ayant le droit de former le recours en établissement de la filiation. L'état civil naturel de la personne, confirmé par les actes de l'état civil, est également un bien spécifique inhérent à la personnalité. En ce qui concerne certaines formes de l'adoption, en particulier l'adoption *minus plena* où cet état naturel gagne

[11] Cf. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...* [Le droit face à l'ingérence...], p. 311.

en autonomie en raison, en quelque sorte, de la possession d'un « double » état civil, il convient de souligner qu'à part la possibilité d'initier le recours en désaveu de l'état civil naturel[12] on peut également invoquer cet état comme un bien personnel particulier, par exemple dans un procès portant sur la violation de ce bien, intenté en vertu de l'article 24 du C.civ. La protection basée sur cette disposition, par exemple en cas d'informations mettant en cause la crédibilité des données contenues dans les actes d'état civil et laissant supposer une autre filiation, pourrait se référer à la violation des biens inhérents à la personnalité tels que la bonne renommée, l'honneur ou la sphère irréductible d'intimité. Cependant, ce dernier recours ne peut pas se substituer aux voies particulières de l'établissement de l'état civil. Il semble donc hors de doute que les recours susvisés sont déterminés par la valeur que présente, pour chaque individu, la connaissance de son identité biologique.

L'autre question est celle de savoir si l'on peut reconnaître l'existence d'un droit personnel autonome à l'identité biologique dont la mise en œuvre impliquerait l'accès à l'information sur l'origine biologique authentique et se déroulerait indépendamment du droit à l'établissement des droits subjectifs de l'état civil.

Or, il semble qu'une telle construction générale, applicable à toutes les situations qui entrent en jeu, susciterait nécessairement des doutes en créant une sorte de fondement concurrentiel par rapport aux règles légales de la filiation. Par exemple, elle mettrait en cause les conditions et les délais précis prescrits pour les recours en matière de l'état civil. La reconnaissance aussi vaste du droit à l'identité biologique exigerait un fondement juridique exprès, une sorte de norme supérieure. Ce serait notamment douteux dans le cas où la possibilité d'appliquer les règles légales concernant les recours de l'état civil est ouverte, car en droit polonais ces règles tendent principalement à l'établissement de l'état biologique authentique.

En revanche, le problème de la réalisation du droit subjectif à l'identité biologique, entendu comme un droit personnel distinct, peut apparaître avec toute son acuité lorsqu'on est en présence d'une fiction présupposée de l'origine de l'enfant, à savoir quand les droits de l'état attribués à une personne sont détachés, par principe, des rapports biologiques, et qu'en même temps la possibilité de restituer la concordance de l'état civil avec l'état réel de choses est bloquée. Dans ce cas seulement, on pourrait théoriquement considérer l'intérêt et le droit d'une personne déterminée de révéler son identité biologique, cependant sous la réserve que sa réalisation ne mettrait pas en

[12] Cf. E. Holewińska-Łapińska, dans : T. Smyczyński (dir.), *System prawa prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze* [Le système de droit privé. Le droit de la famille et de la tutelle], vol. 12, Warszawa 2003, p. 597.

cause « la fiction » des droits de l'état civil attribués à cette personne. La révélation de l'identité biologique n'aurait donc pas d'incidence sur les rapports juridiques créés par cette fiction.

Il semble qu'en vertu de la *lex lata* seul le cas de l'adoption – et en principe uniquement de l'*adoptio plenissima* – correspondent aux prémisses précitées. Quant à la fiction aprioritique de l'état civil attribué à l'enfant, des tendances semblables apparaissent en relation avec les méthodes de la procréation artificielle, bien qu'elles n'aient pas été confirmées, jusque-là, dans les règles juridiques expresses.

En tout état de cause, les considérations susvisées ne peuvent pas négliger le rôle des dispositions pertinentes de la Constitution polonaise en vertu de laquelle la République de Pologne garantie la protection des droits de l'enfant (article 72, alinéa 1er, première phrase). Ainsi, comme l'a souligné la Cour constitutionnelle en interprétant les instruments internationaux, dans son arrêt du 28 avril 2003[13], **le droit à connaître ses racines biologiques constitue un droit personnel spécifique de portée constitutionnelle**. Cette référence nous invite à invoquer également l'idée exprimée par la Cour européenne des Droits de l'Homme qui mérite une attention particulière, bien qu'elle soit toujours énoncée dans le contexte spécifique de l'affaire en cause. Selon cette idée, « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité »[14].

[13] N° du rôle K 18/02, OTK ZU n° 2003/4A/32.

[14] Arrêt de la CEDH du 7 février 2002 dans l'affaire *Mikulić c. Croatie*, n° du rôle 53176/99, § 54. La Cour a cité son arrêt du 7 juillet 1989 redu dans l'affaire *Gaskin c. Royaume-Uni*. Cf. également l'arrêt récent du 12 janvier 2006 dans l'affaire *Mizzi c. Malte*, n° du rôle 26111/02, § 90.

Tomasz Pajor
Professor of the University of Łódź

PURE ECONOMIC LOSS
POLISH REPORT

I. INTRODUCTION

1) Pure economic loss, i.e. an exclusively financial damage, arising extracontractually, without any previous harm to the person or property of the plaintiff, is not distinguished as a separate notion in the Polish legal writings. If it is referred to by the scholars, which usually happens in a comparative context, pure economic loss is discussed as a specific problem appearing in certain foreign private law systems.[1]

Obviously this does not mean that particular issues related to the notion of pure economic loss are not considered and resolved on the grounds of Polish law. In principle, these issues primarily concern uncertainties regarding the delimitation of boundaries of delictual liability in its personal aspect as well as its relation to contractual liability. Presenting these issues in greater details requires defining the normative background against which they arise.

2) Polish private law recognises two liability régimes as sources for the obligation to redress damages. Where the damage results from violation of a previously existing obligation, Art. 471 *et seq.* of the Civ.C. apply, establishing the régime referred to as "contractual".[2] Where the creation of an obligation to redress damage is linked by statute to the very fact of causing damage in particular circumstances, such instances make up a régime of liability for unlawful acts, known as "delictual" (Art. 415 *et seq.* Civ.C.). In such instances the liability is not dependent on the previous existence of any relationship of obligation between the liable and injured persons.

---

[1] B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, "La responsabilité pour les dommages purement économiques", [in:] *Rapport polonais présentés au XV^ème^ Congrès international de droit comparé*, Łódź 1998, p. 45 *et seq.*; idem, "Zasada pełnego odszkodowania (mity i rzeczywistość)" [The principle of full compensation for damage (myths and reality)], in: *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana* [Legal essays in honour of Professor M. Pazdan], Kraków 2005, pp. 1074–1075.

[2] One must note that the term is too limited, since liability based on Art. 471 and subseq. cover also violations of obligation relationship arising *ex lege*.

Both régimes differ in their normative framework on numerous essential issues, such as the premises and scope of liability, burden of proof, and statutory limitation period. Those differences are leveled out by common provisions on the attribution of damages and forms of redressing damage (Art. 361–363 Civ.C.), as well as the possibility of concurrence of both régimes of liability (Art. 443 of the Civ.C.).

3) Contractual liability for damage incurred from the breach of an obligation is based on the presumption that the causes for the breach burden the debtor (Art. 471 of the Civ.C.). Except where provided for otherwise by statute or legal act, the debtor is liable for his/her own actions under the principle of fault (Art. 472 Civ.C.) and for the actions of persons helping him/her in performance – under the principle of risk (Art. 474 Civ.C.).

4) Within the delictual régime liability can be based on the principle of fault, risk, or equity. Equity is a source of liability only in exceptional cases, in a few instances clearly provided for in a statute (e.g. Art. 428, 431 § 2 Civ.C.). The principle of risk is no longer of an extraordinary nature. Due to its broad and still expanding scope of application it is normally perceived of as a principle of delictual liability equivalent to the principle of fault.[3]

The principle of fault maintains its fundamental relevance not only due to its historical precedence, but also by reason of the fact that it is expressed in the general clause of liability for one's own fault (Art. 415 Civ.C.), modeled on the pattern of Article 1382 of the French Civ.C. This regulation is supplemented by Article 430 Civ.C. providing for vicarious liability of the superior for the faulty behaviour of the subordinate (a person under supervision and control).

5) During almost 70 years of practical application, the regulation referred to above has met with the approbation of the legal scholars and courts.[4] It is stressed that Art. 415 Civ.C. encompasses a flexible formula allowing for accommodation to new needs and efficiently eliminates the risk of legal lacunae in delictual protection. At the same time the wide scope of the provision allows for avoiding disputes, frequently fruitless ones, regarding the qualification of particular instances of causing damages. Such disputes are characteristic for legal systems unfamiliar with the general clause of liability under the principle of fault (e.g. German law, common law).

[3] See e.g. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna* [Obligations – general part] 6th Edition, Warszawa 2005, p. 83.

[4] Nearly identical regulation existed in this respect already under the Code of Obligations of 1933 (in Art. 134 and 145) that remained in force until 1th January 1965 when the present Civil Code of 1964 entered into force.

On the other hand the general wording of Art. 415 Civ.C. is susceptible to lead, if improperly applied, to an excessive broadening of liability. In order to avoid that risk, the legislator has attempted to determine more precisely the premises which have to be met so that the obligation to redress damage, provided for in the aforementioned provision, will arise. Thus their diligent interpretation seems to be necessary. Apart from that, certain further limitations on liability, deriving from other provisions of the Code, should be taken into account.

The premises for liability under Art. 415 Civ.C. encompass the damage, faulty behaviour, and the causal link between them.

6) As far as the damage is concerned, the Civil Code contains no statutory definition thereof. It is accepted in the legal writings that the damage consists of injuring legally protected values and interests. At the same time no hierarchy of legally protected interests is introduced. As a result, in principle every material damage is subject to compensation, including pure economic loss. This is derived from the principle of full compensation expressed in Art. 361 § 2 Civ.C. This provision provides that redress of damage covers two situations: (a) the losses incurred by the injured person, and (b) the benefits which that person could have obtained had he/she not suffered the damage. It is assumed that the second position, *lucrum cessans*, encompasses also loss of opportunity only if the realisation thereof was highly probable.[5] It should be highlighted that the aforementioned principle has various exceptions. For example, damage consisting of loss of benefits gained in an illegal or dishonest manner (*lucrum illicitum vel inhonestum*) is not subject to redress. Immaterial damage may be redressed by pecuniary means only where it is so provided in a statute (Art. 445, 448 Civ.C.).

7) Fault as the premise of liability under Art. 415 Civ.C. is defined in the majority of legal treatises as a negative assessment of the behaviour of the person causing the damage.[6] This personal charge can be raised only against a perpetrator to whom the fault can be ascribed having regard for his/her age (Art. 426 Civ.C.) and mental or physical condition (Art. 425 Civ.C.), providing that his/her behaviour was unlawful and he/she was acting in a intentional or negligent manner. The establishment of the

[5] See A. Szpunar, *Odpowiedzialność za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i osobie* [Liability for material damage. Damage to property or person], Bydgoszcz 1998, pp. 46–47; see also: judgement of the Supreme Court of 16th November 1962 (*Państwo i Prawo* 1964, issue 7, p. 165, with the commentary by W. Siedlecki), where the Court recognised the liability of the solicitor in cases where his negligence led to the fact that defaulted judgement became binding.

[6] See e.g. W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu* [Obligations. An outline of lecture], 9th Edition, Warszawa 2004, pp. 210–211.

unlawfulness of a perpetrator's behaviour is of particular relevance for the delimitation of contractual and delictual liability. Speaking in broad terms, a perpetrator can be held liable under Art. 415 Civ.C. where he/she violated common duties incumbent on him/her independently of the existence of any contractual relationship (delictual unlawfulness). Where such a violation of duties was simultaneously a breach of contractual obligations binding upon the perpetrator (contractual unlawfulness), a concurrence of liability and effects defined in Art. 443 Civ.C. may occur (the choice of claims is up to the injured party).

8) The third and the last premise of liability pursuant to Art. 415 Civ.C. is the existence of a causal link between the faulty behaviour of the perpetrator and the damage. This element is defined in greater detail in Art. 361 § 1 Civ.C.: "A person obliged to render compensation is liable only for the normal consequences of the act or omission from which the damage resulted." It is worth noting that the criterion regarding the normal character of consequences, stated in the provision, is a useful instrument in the selection of damages eligible for redress and it allows for keeping the liability within reasonable limits. From that point of view it constitutes an important supplement (and, simultaneously, a limitation) of the general clause of Art. 415 Civ.C.

9) As it was already mentioned, defining the boundaries of the discussed liability is done not only through interpretation of its premises. Other regulations also ought to be taken into account to that end, in particular – Art. 446 Civ.C. According to this provision if, as a result of bodily harm or causing a disturbance of health, the injured person dies, certain persons, normally related to the deceased, are entitled to claim compensation for their own losses. Legal scholarship and the case law perceive this norm as an exception that proves the rule that only the person directly injured, i.e. the one whom the action (or event) resulting in liability[7] has been directed against, is entitled to claim compensation. It is to be understood essentially as the exclusion of claims of the persons injured indirectly only, *par ricochet*,

[7] See: A. Szpunar, *Wynagrodzenie szkody wynikłej wskutek śmierci osoby bliskiej* [Redress of the damage caused by death of the related person], Bydgoszcz 2000, pp. 58–61; Z. Radwański, A. Olejniczak, *op. cit.*, p. 245; Z. Masłowski, in: *Kodeks cywilny. Komentarz* [Civil Code. Commentary], Vol. 2, *Zobowiązania* [Obligations], Warszawa 1972, p. 1110; in this way: the judgements of the Supreme Court: of 28th December 1972, OSPiKA 1974, item 7; of 13th October 1987, OSNC 1989, item 142 with approving comments from R. Kasprzyk, OSPiKA 1989, item 146 and critical from L. Stecki, *Nowe Prawo* 1990, No. 4–6, p. 225 *et seq.* More recently M. Safjan published his critical comment on that principle "Problematyka tzw. bezprawności względnej oraz związku przyczynowego na tle odpowiedzialności za niezgodne z prawem akty normatywne" [Problems of the so called relative unlawfulness and causality in cases of the liability for the normative acts which are incompatible with law], in: *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana* [*Legal essays...*], pp. 1327–1329.

even where their damage remains in a normal causal link with the delictual event.

10) Still another limitation to the scope of liability is advocated by the proponents of the theory of relative unlawfulness.[8] They assume that liability shall cover only such persons, values, and interests whose protection was the purpose of the norm infringed. However, this theory does not have a statutory basis in Polish law and is not generally approved.[9] Its application poses a number of difficulties, since it requires establishing what aims are served by the norm infringed, which is frequently vague. As a result, the risk arises of limiting the scope of compensatory protection by arbitrary interpretation. For these reasons the determination of purpose of the norm infringed should not be treated as an autonomous criterion for defining the limits of liability. However, such criterion can be applied as a subsidiary aid when establishing whether a normal causal link exists between the infringement and the damage.

II. ANALYSIS OF THE CASES

Case 1

While maneuvering his mechanical excavator, an employee of the Holly road works company cut the cable belonging to the public utility which delivers electricity to the Black factory. The unexpected black-out causes the loss of two days of production. Black has to lay off a number of workers hired on a day-to-day basis. These workers are now claiming compensation from the Holly road works company for the loss of two days' pay.

I. The basis of the claims of the Black factory itself, as well as its employees, against the road works company could be Art. 430 Civ.C. It seems very likely though that neither the factory nor (even more) its employees will obtain compensation from the Holly Company, since their losses result from the injury incurred by the electric power station (public utility) and consequently, they are only indirectly injured persons.

[8] See: A. Szpunar, comments on the judgement of the Supreme Court of 3rd March 1958, OSPiKA 1959, item 197; idem, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za funkcjonariuszy* [Liability of the State Treasury for state functionaries], Warszawa 1985, pp. 136–138; R. Kasprzyk, "Bezprawność względna" [The relative unlawfulness], *Studia Prawnicze*, Vol. 3, p. 149 *et seq.*

[9] Critically on that concept: T. Pajor, "L'influence du Code civil français sur d'autres législations – Le droit de la responsabilité", [in:] *Le Code civil et l'Europe – influences et modernité*, Strasbourg 2004, pp. 36–37; extensively and critically on the issue: M. Safjan, *op. cit.*, p. 1321 *et seq.*

II. If one assumes that the employee of the Holly Company operated the excavator without due diligence, the Company shall then be liable for damage caused by the fault of its subordinate (employee) while performing the acts entrusted to him/her pursuant to Art. 430 Civ.C. This provision establishes liability based on the principle of risk. The Company is liable regardless of its own fault and cannot invoke any exonerating circumstances. Its liability is exclusive because the employee who caused the damage to a third party by unintentional fault is not liable to such party (Art. 120 of the L.C. in the light of interpretation well established in the case law).

The liability of the Holly Company under Art. 430 Civ.C. concerns the public utility only, since it is the sole subject, which the faulty behaviour of the perpetrator was directed against. The damage of the Black factory resulted from the injury suffered by the electric power station being thus unable to perform its obligation in accordance with its contract to supply electricity. As an indirectly injured contractor the Black factory has no delictual claim against the Holly Company.[10]

The contractual claim of the Black factory against the electric power station is also not likely to be successful since the latter would exonerate itself proving that it is not liable for the cause of non-performance.

The workers employed by the Black factory on the basis of daily contracts is even less covered by delictual protection for the aforementioned event. Leaving aside the issue of the admissibility of such employment under Polish labor law, one should stress that such employees could only be considered third in line among those injured by the negligence of the employee of the Holly Company. The direct cause of their damage was the decision taken by the Black factory not to employ them during the black-out. Since that decision was probably not inevitable (employees could be entrusted with other tasks) one may ask whether the normal causal link was not interrupted in relation to the discussed delictual event (damaging the cable). One may also ask whether persons employed on a daily basis must not take into consideration possible interruptions of employment for various reasons.

III. As it appears from the above, neither the Black factory nor its employees could expect, in the discussed case, compensatory protection under Polish law. Such a result does not raise essential objections since the rules determining it are well substantiated. It is emphasised in the legal literature that the attribution of delictual claims to all those injured, including those indirectly injured (*par ricochet*), would amount to an excessive broadening of the scope of liability, of which the considered case is a good example. Even minor negligence while performing road works would burden the entrepreneur with a potentially

[10] See the writings and jurisprudence cited in footnote 7.

major risk of liability, the scope of which could not possibly be estimated or limited in advance. Therefore covering it by insurance would be either impossible or very costly. This would lead to a considerable restriction of the pursuit of useful economic activity.

In these circumstances, it would undoubtedly be a better solution to leave the risk of an accidental (from the point of view of the supplier) black-out to the receivers, who are in a position to reduce it relatively easily by assuring an alternative source of supply or by insurance, or they may decide to bear it as a typical – and normally marginal – risk of day-to-day operation.

Case 2

Thomas is pivot in the All-Stars basketball team. A few days before the end of the championship, Thomas is hit by a car and unable to play for three months. In the absence of its best player, the team (until then at the top of the league standings) drops to fourth place. This results in considerable losses for the team owners. Can the All-Stars recover against the car driver?

I. It is beyond doubt that the team owners cannot, as indirectly injured, claim recovery of losses incurred as a result of the player's absence during the championship, even though it is a consequence of the bodily harm suffered by such player as a result of the car accident.

II. In instances involving personal injury – the situation of persons indirectly damaged is regulated by Art. 446 Civ.C., which determines who and under what conditions is entitled to recovery of one's own losses resulting from the death of the directly injured person. Only those persons related to the deceased and those who incurred the costs of medical treatment and funeral are enumerated in the above-mentioned provision. Those having rights towards the deceased under a contractual relationship are not so entitled. Since the enumeration contained in Art. 446 Civ.C. is a closed one, the sports team owners are not in a position to claim their own damages incurred in relation to the bodily harm of the player. The person liable for the car accident under delictual liability is, both on grounds of principle of fault (Art. 415 Civ.C.) or risk (Art. 436 Civ.C.), obliged to redress the damage of the person whose legal interests were directly injured by such accident, whereas he/she is not obliged towards those persons whose losses are only a consequence of the injury suffered by the directly injured person.

However, even if the Polish law admitted in the case at hand a claim by someone indirectly damaged, it appears highly doubtful whether the sports team owners would be able to prove the existence of a normal causal link between the absence of their best player and the drop in

the team's performance in the championship and the financial losses resulting therefrom. It seems hardly possible to prove that the absence of a given player in the championship, even the best one, always increases the possibility of a drop of such team in the rankings. An increase of the probability of occurrence of a particular consequence each time is treated in the Polish legal scholarship as a principal criterion for the existence of a normal causal link within the meaning Art. 361 § 1 Civ.C.[11]

Furthermore, the claim of the team owners would concern lost benefits (*lucrum cessans*), as to which it is stressed that they are to be recovered only where the probability of gaining them is sufficiently high, i.e. bordering certainty.[12] The nature of sports events is such that one may do nothing more than evaluate the loss of a chance to achieve (maintain) the first score in the championship. What is at stake here is the loss of chance in sports, which cannot be assumed to be bordering certainty.[13]

Case 3

A cattle raiser allowed an infected animal to escape from his premises. The escape of the infected animal obliged the authorities to close the cattle and meat market for ten days. The cattle raiser is being sued by:
(a) other cattle raisers who for ten days have not been able to sell their cattle;
(b) the market traders who have lost their supplies; and
(c) the butchers who during this time have not been able to conduct their business.

I. It appears that none of the persons named above is, under Polish law, entitled to claim recovery of the damages incurred by them against the raiser of the infected animal. His negligent conduct was not directed against the legal interests of any of them, and the damages described do not belong to normal consequences of negligence of this type.

[11] See: A. Koch, *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym* [Causal link as the basis of the liability for damage in civil law], Warszawa 1975, p. 135 *et seq.*

[12] See: W. Czachórski, *op. cit.*, pp. 102–103. For example, the judgement of the Supreme Court of 3rd October 1979 (OSN 1980, item 184) states: „Although assessing the damage being the lost benefits is of hypothetical nature, neevertheless such damage must be proved by the injured person with such sufficient probability, that, in the light of life experience, it is possible to assume that such a loss of benefits actually took place."

[13] Part of the Polish legal scholarship assumes, that – by contrast to the *lucrum cessans* – loss of a chance (possible loss) is not eligible to recovery – see: W. Czachórski, *op. cit.*, p. 103. More favourably to the injured person, although under the condition of high level of probability – A. Szpunar, *Odszkodowanie...* [Compensation...], pp. 46–47 and the case law cited therein.

II. If the liability of the negligent cattle raiser was well-founded, it would be based solely on of Art. 415 Civ.C., whereas the application of Art. 431 Civ.C. would be excluded. The latter provision states that a person raising or employing an animal is liable for the damage caused by the latter under the principle of fault in supervision. However, the present case does not concern the damage caused "by the animal", but rather the negligent behaviour of the raiser who is obliged under law to undertake specific safety measures in case of suspicion of an animal's contagious disease.[14]

Should one assume that the raiser committed negligence in the performance of his duties, meaning that the premise of fault of Art. 415 Civ.C. is met, doubts arise as to another premise of liability – the existence of a normal causal link within the meaning of Art. 361 § 1 Civ.C. between the fault in behaviour and the pure economic losses incurred by other raisers, market traders and butchers. Their claims should be dismissed as unfounded since the negligence in supervision over an infected animal does not cause, in the normal course of events, damages of such type (their probability is not increased every single time as a consequence of this type of carelessness). However, the assessment would be different in this respect if the case concerned the damage resulting from infecting other animal.

The defendant would also raise objections by pointing out the interruption of a causal link by the action of local authorities, who decided to temporarily close the market. Losses on the part of the plaintiffs undoubtedly belong to the normal consequences of such a decision, whereas the decision itself, probably taken after considering a number of various circumstances, only in certain instances may be considered a normal consequence of this kind of negligence of the defendant.

Furthermore, one should note that the evidence, which the plaintiffs are burdened with, establishing of the fact that they incurred pure economic losses could be difficult to produce in these circumstances. If the interruption in the functioning of the market was relatively short, the loss of benefits from trading would also probably be temporary and small-scale and thus could be compensated for by natural intensification of income following the removal of the obstacle.

III. As can be noticed, refusal to recognize the claims of the injured persons in the present case is based on an interpretation of the notion of normal causal link in the light of Art. 361 Civ.C. As with any other vague legal term, the notion of normality of consequences is open to differing

[14] That being the case the Law of 11th March 2004 on the protection of animals and combating contagious diseases of animals (O.J. No. 69, item 625) imposes a number of duties on the possessor of an animal, including the duty to "leave the animal on the spot where it stays and not to lead other animals near it" (Art. 42 § 1(2) of the Law).

interpretations and does not provide for full predictability in court rulings. However, in light of the discussed circumstances of this case, the results of an opposite direction of interpretation would be unacceptable. The application of rules on civil liability must not lead to burdening a perpetrator who commits incidental negligence with various perturbations in the economic life of the whole region. And after all – why just the region? In another situation it could be the whole country – there are virtually no clear limitations and this at least proves the indispensability of introducing reasonable limitations in the scope of liability provided for in the general clause of Art. 415 Civ.C. One of the instruments serving that aim is the notion of normality of consequences under Art. 361 Civ.C.

Case 4

A collision prevented a passenger liner from sailing for a month. The Shipwreck Company, which had leased the ship, was forced to cancel two cruises in the Caribbean. Shipwreck sued those responsible for the collision, claiming compensation for its expenses uselessly incurred prior to the collision, and for its loss of earnings due to cancellation of the two cruises.

I. Probably the Shipwreck Company would obtain, from the person liable for collision of the liner, compensation for benefits lost as a consequence of cancellation of the two cruises. Nonetheless, the liability of such person does not cover the previously incurred expenses which turned out to be useless following the collision of the liner.

II. Liability for damages resulting from the collision of ships is regulated by the provisions of Art. 257 et seq. of the Maritime Code of 18th September 2001 (O.J. No. 138, item 1545). It is based on a concept of fault of the ship (Art. 258 M.C.). The loss of benefits from cruises planned in the near future constitutes the *lucrum cessans* and is – in principle – eligible for recovery, since the probability of gaining benefits was very likely because the cruises were booked.

It is more problematic though, whether the lessee of the damaged liner can claim the recovery of damages or whether it should rather be the owner? The latter is obviously directly injured by the considered event, whereas the rights of the lessee in relation to the object of lease are mainly effective against the other party to the contract, i.e. the lessor (being normally the owner). One can draw the conclusion that the lessee should claim his/her damage from the lessor (owner), and the owner in turn from the person liable for collision of the liner. This line of reasoning however raises two essential obstacles. Firstly – the lessee may not be compensated

by the lessor, where the latter exonerates himself/herself by proving that he/she is not liable for the collision versus the lessee, neither contractually nor on any other grounds. Secondly – the lessor (owner) can be confronted with an objection, raised in the lawsuit against the person liable for collision of the liner, that the compensation sought concerns damage not incurred by him/her, since it was the lessee who organised cruises and not the lessor.

The perpetrator of damage would thus avoid liability when the rights to claim damages and the damage incurred are split between different persons.

In these circumstances one should assume that the liability for collision of the liner also covers damages incurred by its lessees. In fact the faulty action of the perpetrator, being directed against a certain thing (a liner) not only infringes on the absolute rights to such thing, like ownership rights, but also relative rights, which persons entitled to use the thing under a contract are equipped with. It also infringes the dependent possession of the liner exercised by the lessee.[15] Thus, the lessee of the liner can be considered directly injured and claim damages incurred thereby as a result of the collision, if only the premises of liability, defined by law, are met. In any case such liability cannot be excluded by the simple objection that the plaintiff is not an owner of the liner where he/she exploits it under a contract with the permission of the owner, and claims recovery of damage that could also be incurred by the owner.

The assessment of claims of Shipwreck Company is different as regards the compensation of previously incurred expenses that proved useless following the collision. Contrary to the first impression, this is not a question of lack of a causal link with the collision. Art. 361 § 1 Civ.C. states that (normal) effects of the act or omission from which the damage resulted are subject to recovery, and expenses incurred previously, prior to such act, do not seem to fit such a definition. Nonetheless the causal link can be understood broader if the law so provides. It is sufficient that the event resulting in liability alters the assessment of economic utility of the expense previously incurred. In such circumstances one may assume that the expense turned into a damage as a result of the event. The Civil Code introduces liability for this kind of damage in a number of occasions (e.g. in Art. 103 § 3 Civ.C., 387 § 2 Civ.C., 390 § 1 Civ.C., second sentence of 566 § 1 Civ.C.). It is referred to as liability arising from protection of the reliance interest or (following the German pattern) within the negative contractual interest.

Damages of such kind are eligible for recovery where the specific provision so provides. It is for this reason that an injured person, claiming

[15] Although under Polish law, the possession is not considered a subjective right, yet merely an actual control over a thing, nonetheless such actual control is under an *erga omnes* protection of law, in certain circumstances invokable by the possessor, also against the owner of the thing (see: Art. 344 Civ.C.).

damages under general principles, cannot, in the absence of statutory entitlement, claim recovery for damage resulting from lost confidence.

Finally, claiming simultaneous recovery of different types of damages would frequently be unacceptable also from the economic point of view. The injured person cannot demand the recovery of expenses incurred for achieving an expected income (investment) and, at the same time, the full income itself, since that would be more favorable then in the event the damage had not occurred.

Case 5

A man was seriously injured and confined to bed for two months, during which time he was entirely unable to look after himself. His wife, who owns and runs a small shop, was forced to close her business while she looked after her husband. She is now suing the perpetrator of the accident for loss of earnings during the period of her enforced idleness.

I. It is unquestionable that the person entitled to claim the redress of damages incurred from bodily harm or disturbance of health is only the husband, as the one directly injured. He can also claim expenses incurred, within the limits of justified need, by other persons in relation to his illness (e.g. family members, acquaintances etc.). The wife could seek recovery of costs of medical treatment of the husband, incurred by her, only in the event of his death (Art. 446 § 1 Civ.C.). That being the case, the court could award her an adequate indemnity, provided she suffered a considerable deterioration of her living standard (Art. 446 § 3 Civ.C.).

II. Pursuant to Art. 444 § 1 Civ.C., in case of bodily harm or disturbance of health the redress of the damage covers all costs resulting therefrom. Thus the injured husband can claim from the person liable for accident a compensation covering costs of necessary care during the time of his illness. The aforementioned provision also provides that upon the demand of the injured person the person obliged to redress the damage shall put up in advance a sum necessary to cover the cost of treatment, and if the injured person became permanently disabled also the sum necessary to cover the costs of his training for another occupation. As a consequence, the damage can be regarded as arising already when the need arises to incur costs related to the illness, and not when such a cost is actually incurred. This means that covering the costs of treatment and care by members of the family of the injured person does not deprive the latter of the possibility to claim the damage as his or her's own. It is of no relevance whether the former, while providing treatment or help acts in altruistic

motivation or whether he/she is statutorily obliged to mutual help as a result of the marital relationship.[16]

However, the claim of the injured person should remain within the limits of reasonable needs, in the present case probably not exceeding the costs of professional nursing treatment pending recovery from illness. Therefore the amount of revenue lost by the wife due to closing her shop is of no importance.[17]

In accordance with the Polish law a spouse cannot claim compensation for his/her own pain and suffering arising from the accident and illness of a spouse.

Case 6

Donna audits the accounts of Caterpillar, Inc. inaccurately. Paul relies on these published accounts to launch a take-over bid. This is successful but Paul then discovers that the accounts overestimated the value of the company and that the price Paul paid per share was twice its actual value.

I. Donna can be held liable in tort if, while drafting inaccurate opinion, she violated obligation binding upon her regardless of existence of any contractual relation between her and Paul. Should such a violation happened to exist, Donna's liability should be reduced adequately to the level of Paul's contributory negligence.

II. If Donna audited the accounts of Caterpillar, Inc. in the performance of an employment relationship with the Company, she can be held liable only to the Company for undue performance of her duties as an employee. If the Company provided Paul with an inaccurate opinion while negotiating the takeover bid, it could be liable to Paul under Art. 416 or 430 Civ.C. (*culpa in contrahendo*).

If the circumstances of the case prove that Donna and the Company concluded a contract for the benefit of Paul as a third party (Art. 393 Civ.C.), Donna could be held liable to the latter on the grounds of such contract.

In the light of the description of the case presented hereabove it appears though that Donna drafted the opinion on the books of the Company acting as a professional auditor. Persons acting in this profession have a statutory duty to draft opinions conforming to facts and violation of the duty is

[16] See Art. 23 of the Family and Custody Code; also the judgment of the Supreme Court of 4th March 1969, OSNCP 1969, item 229.

[17] Cf. a nearly identical case decided by the judgment of the Supreme Court of 4th October 1973, OSNCP 1974, item 147.

subject to criminal sanction, even if committed unintentionally.[18] In these circumstances it can be concluded that Donna violated the professional duty binding upon her under statute and independent from any contractual relation.[19] It suffices to assume that the professional negligence of Donna was also directed against the potential acquirer of the Company, especially taking into account the foreseeable (and in certain instances – statutorily compulsory) publication of the opinion. Thus the delictual claim of Paul would be well founded. It is indispensable though that he prove the existence of a normal causal link between the damage incurred by him and the professional negligence of Donna. This may not be easy since an acquirer of a company is often driven by different motivations and it may turn out that he would have taken a given decision regardless of the content of the auditor's opinion.

In any case the court should take into consideration that Paul substantially contributed towards the damage if he took an important economic decision basing it exclusively on the Donna's opinion, without exploring the financial condition of the Company according to other accessible sources of information. Pursuant to Art. 362 Civ.C. the obligation to redress the damage should be reduced adequately to circumstances, in particular – to the level of fault of both parties.

Case 7

Dieter, the owner of a small business, has a long-standing agreement with First National Bank. One day, Credit Inc., a credit rating institute, receives an anonymous phone call that Dieter's business is about to go Bankrupt. Credit, Inc. makes no further inquiry and thus does not learn that the allegation is totally unfounded. Instead, Credit Inc. calls First National Bank and reports the information. First National Bank immediately cancels all of Dieter's loans. As a result, Dieter suffers economic damages. He now sues Credit Inc. to recover his loss.

I. Dieter's claim against Credit Inc. for recovering an economic damage should be admitted on the grounds of Art. 430 Civ.C. (Art. 120 L.C.). A contractual claim against the Bank might also possibly be well founded.

[18] See Art. 78 of the Law of 29th September 1994 on accountancy (unified text in: O.J. 2002, No. 76, item 694).

[19] See: B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, "Nowe tendencje w zakresie cywilnej odpowiedzialności zawodowej" [New currents in the field of the civil liability of professionals], [in:] *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu* [Essays on Polish and European private law offered to Professor J. Skąpski], Kraków 1994, pp. 186, 188–189.

II. Credit Inc. institute, as a professional economic operator, should not have relied solely on an anonymous telephone call. It should have inquired whether the information on the immediate bankruptcy of the enterprise operated by Dieter was true, before it forwarded it to the Bank. Undoubtedly the institute's staff committed negligence, perhaps even gross negligence, and in transmitting false information about Dieter they infringed upon his good reputation, being a personal interest protected *erga omnes* (see Art. 23–24 Civ.C.).

There exists a causal link between the Dieter's damage and the gross negligence of the Credit Inc. staff, since the reaction of a Bank to information about a client's immediate bankruptcy remains within the limits of normal consequences (Art. 361 § 1 Civ.C.). Thus, the premises are found, in accordance with Art. 430 Civ.C. (Art. 120 of the L.C.), for the Institute's liability for the damage inflicted by the fault of its subordinates (employees).

Notwithstanding that, the liability of the Bank to Dieter as a party to the loan contract could also be considered. Indeed the Bank had probably no reason not to believe in information forwarded by a professional institute (only if the former was unaware of the way in which it was learned). It did not have to undertake inquiry on its own. However, it seems that before the cancellation of loans it was obligated to refer to the client and enable him to provide an explanation. If it did not do so, it would be liable for non-observance of the duty of co-operation in contractual relation, on the grounds of Art. 471 in conjunction with Art. 354 § 2 Civ.C. Both the institute and the Bank would be liable in solidum for Dieter's damage.

Case 8

Nicholas was driving an Alfa Romeo GT automobile rented to him by RAC when he was involved in a head-on collision with another automobile. The engine of the rented vehicle intruded into the passenger compartment causing severe and permanent injuries. Following the collision, RAC took possession of the wrecked automobile and informed Nicholas that the car would be held for sixty days awaiting his inspection. Prior to that time, however, a RAC employee severed the front of the car and removed the engine. The severing of the car made it impossible to determine within a reasonable degree of certainty whether or not the vehicle had design, manufacturing and/or maintenance defects which proximately caused Nicholas' injuries.

I. Nicholas has a claim in tort against RAC for redress of the damage resulting from the fault of the defendant (Art. 415 or 416 Civ.C.).

II. Where a thing leased is destroyed due to circumstances for which the lessor is not liable, he/she is not obliged to restore it to its former state (Art. 662 § 3 Civ.C.). In this situation the car rental contract came to an end.[20] However, since the contract was binding upon the parties for a certain period, such circumstance must be taken into account while establishing the general duty of co-operation binding upon them.[21] Therefore it must be concluded that RAC should have enabled its former contractor to inspect the wreck in order to establish the influence of the technical condition of the vehicle and its possible defects on the car crash. That duty was not questioned by RAC, which arises from the information forwarded to Nicholas that he had 60 days to inspect the car. It ought to be noted that this information created, on the part of Nicholas, a state of legitimate reliance as regards the possibility of inspection and the time he has at his disposal to do it. The fact that RAC allowed violation of that duty amounts to a delictual fault sometimes referred to as *culpa post factum perfectum*.

Case 9

Mr Smith became an employee of ALPHA, as an account manager, having previously been employed by OMEGA and, while so employed, was a member of their occupational pension scheme. He was told by ALPHA that he was eligible to join the ALPHA occupational pension scheme. As an employee, he would, unless he wished to opt out, be automatically joined to the scheme and deductions will be taken from his first salary payment. Before making up his mind, Mr Smith contacts an Insurance Broker. Based upon a careless reading of the materials provided, the Broker vaunts the economic virtues and performances of OMEGA Pension Fund ("OPF") and suggests that Mr Smith should opt out of the ALPHA scheme and join the OPF scheme, which he in fact did.
On Mr Smith's death, Mrs Smith, his widow, finds out that payments from OPF are 100,000 Euro less than what she would have received from ALPHA. Mrs Smith sues the Broker.

I. The effects of the claim of Mrs. Smith against the Broker cannot be foreseen with absolute certainty. It appears though that her claim under Art. 415 Civ.C. should be considered well founded.

[20] See Art. 495 Civ.C.

[21] Cf. on this issue – T. Pajor, "Zakres stosowania odpowiedzialności kontraktowej w razie wyrządzenia szkody przed zawarciem lub po wykonaniu umowy" [The scope of application of the contractual liability in case of causing damage before formation or after performance of a contract], *Studia Prawno-Ekonomiczne* 1983, Vol. XXXI, p. 49 *et seq.*

II. The Broker can be contractually liable for negligence committed while providing advice, yet the contract was between him and Mr. Smith. Nonetheless it is Mrs. Smith who is damaged, claiming recovery of her own losses. Basing her claim on contractual grounds would require her to prove that the contract of Mr. Smith with the Broker was entered into for the benefit of the wife as the third party, who thus acquired her own claim for performance (Art. 393 Civ.C.). Such evidence cannot be produced because Mr. Smith requested the Broker for advice for himself and not for his wife. It should be stressed that Polish law does not allow a contract for a third party only with protective effects with protective effect, therefore it is not possible to extend contractual compensatory protection to the persons related in this way or another to the party to the contract.[22] Mrs. Smith can only raise a claim in tort under Art. 415 Civ.C.

In raising this claim the plaintiff must prove that the defendant, acting intentionally or negligently, violated a general duty binding upon him/her extra-contractually. In the present case it appears that such evidence would be possible to produce, since the duties of the Broker are regulated in the statute and therefore bind persons acting in this profession regardless of the contract.[23] Thus it can be supposed that in providing Mr. Smith with poor advice, Broker violated both his contractual and statutory duties. By reason of the specific object of his advice, Broker must have been aware that its content is likely to have an essential influence not only on the interests of Mr. Smith, but also on the members of his family. Therefore it can be admitted that negligence in providing advice was directed also against Mrs. Smith.

As for the establishment of the causal link, it seems undisputed that the damage claimed by her remains within normal consequences of such negligence and, at the same time, that it does not constitute a result of the damage incurred by other person. This means that Mrs. Smith can be considered a person directly injured by the professional negligence of the Broker, which substantiates his liability to her pursuant to Art. 415 Civ.C..

III. FINAL REMARKS

1) As it appears from the foregoing Polish law, although starting from the general notion of damage (Art. 361 § 2 Civ.C.) and encompassing the

[22] German law permits that by accepting the construction of *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* (§§ 311 III 1, 241 II BGB).

[23] The legal status of the brokers is regulated (in Art. 20 *et seq.*) of the Law of 22nd May 2003 on insurance brokerage (O.J. No. 124, item 1154). On the issue of professional liability – see article by B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, cited in footnote 19.

general clause of delictual liability for any culpable behaviour (Art. 415 Civ.C.), nevertheless does not allow the unlimited imposition of a compensatory obligation. To the contrary, one can clearly notice the tendency to maintain a proper equilibrium between the protection of the injured person and the freedom of individuals, in particular as regards the pursuit of economic or professional activities.[24] While enacting and applying the law on civil liability the Polish legislator and courts employ different mechanisms which provide for keeping the compensatory obligation within reasonable limits.

2) The notion of a normal casual link, based on the objective probability of occurrence of the consequences triggered by the injuring event (Art. 361 § 1 Civ.C.), is of particular relevance in this respect. This instrument of selection allows for reducing the risk of liability, especially in cases of an "avalanche" of claims, where, in certain circumstances, single and minor negligence results in an unlimited number of injurious consequences which are likely to overload the perpetrator with an unbearable burden (see: case 3).

3) This instrument does not always turn out to be sufficient though, in particular where pure economic loss occurs in relation to which the causal link is more difficult to track down and control, since the former is not associated with a physical infringement of the legal interests of the injured person. Therefore the risk of immoderate extension of liability emerges, through covering thereby the damages of such type as those suffered by subsequent persons as a result of initial damage caused to the person directly injured by the delictual event (see: cases 1, 2, 4 and 5). Reduction of that risk is supported by the principle according to which only the person whom the delictual event was directed against can raise the delictual claim. The majority of the legal scholarship and the case law recognize this principle, deriving it usually from Art. 446 Civ.C. It should be observed though that it derives equally, if not above all, from certain general assumptions signified by the distinction of two régimes of civil liability. Rejection of the aforementioned principle not only would lead to the imposition of an unbearable and, most frequently, unforeseeable burden on the person delictually liable, but it would also provide for an extension of delictual protection to interests which are contractual by their nature, rooted in the fact that the directly injured person remained in contractual relations with other persons. It should be clear that the protection of these kinds of interests and expectations, based on the binding contract, is assumed to be subject to contractual liability and only exceptionally can be realized within the framework of delictual liability.

[24] Art. 20 and 22 of the Constitution protects the freedom of establishment as one of the fundamental principles of the Polish legal and economic system.

4) It ought to be noted that the principle referred to above is not of an absolute character and has certain exceptions. As was already discussed, they may result from a statute (Art. 446 Civ.C.). Moreover, a person who suffers pure economic loss as a result of damage caused by a delict incurred by another subject may, in certain circumstances, be considered directly injured, i.e. the person against whom the delictual event (behaviour) was directed.

Such direction of the event can be a consequence of various circumstances. It may result from the intent of the perpetrator causing the damage intentionally, i.e. he/she wants to cause it or accepts its occurence. This kind of delictual interference in contractual relations often constitutes an act of illicit competition[25] and provides grounds for liability even in the absence of normal causal link.

Directing the delictual event on a certain person or persons can also be the result of factual circumstances other than mental processes of the perpetrator, e.g. it may result from the exercise by a given person of dependent possession of a thing damaged or destroyed in a delictual event (see case 4) or from situations of the actual proximity of a given person to such an event (e.g. certain nervous shock cases).[26]

5) The instances whereby a pure economic loss occurs are not limited to circumstances in which the delictual interference into contractual (or other relative) relations of the injured person takes place. Another group of cases relates to – as a matter of fact – an opposite type of interference: the existence of a contract influences the content and form of delictual duties. For example, case 8 concerns the violation of a general duty of cooperation with the party to a contractual relation which has already come to an end. If it happened to be the case that the car rental contract had not existed, the aforementioned duty of cooperation neither would have materialised as to its content, nor directed as for the subject (the former lessee). Similarly – in case 9: if the contract with the Broker had not been formed, there would have been no materialisation of the content and directing the violated duty against the wife of the creditor. Also in case 6, the delictual liability of the auditor to the acquirer of the company is related to her improper drafting of the opinion.

In all these cases the recognition of liability for pure economic loss constitutes a derivation of delictual consequences from the existence of a contractual relation. Delimitation of the boundaries of these consequences

[25] See Art. 12 of the Law of 12th April 1993 on combating illicit competition (unified text in O.J. 2003, No. 153, item 1503).

[26] See the judgment of the Supreme Court of 25th April 1961 (OSPiKA 1962, item 200) – the Court recognized in this decision compensation for damage to health as a result of nervous shock experienced by a schoolgirl who witnessed a car accident in which her two friends accompanying her home from school were killed.

requires, above all, an analysis of the duties violated by the perpetrator. If they are of a general nature, independent from the contract, and their violation is associated with an awareness on the part of the perpetrator that it is likely to cause damage to certain person or persons, the liability can turn out to be substantiated.

6) Applying the aforementioned instruments of causal selection and the selection of persons entitled to claim redress for damage *ex delicto*, one can attempt to achieve coherent solutions and strike a proper balance between different relevant interests, while establishing liability for pure economic loss.

Janusz Jankowski
Professor of the University of Łódź

ACCESS TO JUSTICE. COSTS AND LEGAL AID

We shall start by outlining the scope of report. The notion of "access to justice," widely used in literature all over the world,[1] means access to jurisdiction. This concept seems to be broader than the phrase "right to a court hearing" appearing in numerous publications of the Polish doctrine.[2] However, in jurisdiction both the aforementioned terms are often used as synonyms.[3] The right to a court hearing is one of the fundamental human rights and one of primary guarantees of the rule of law. In the currently binding Polish Constitution of 1997, the right to a court hearing is stated

[1] Cf. e.g. M. Cappelletti, *Access to Justice* (1978); L. Nader, H. Todd, *The Disputing Process: Law in ten Societies* (1978); L. Nader, *Little injustices* (1980); L. Nader, *No Access to Law. Alternatives to the Judicial System* (1980); J. Ebbesson, *Access to Justice in Environmental Matters in the EU* (2002); D. Rhode, *Access to Justice* (2004).

[2] Cf. e.g. Z. Czeszejko-Sochacki, Konstytucyjna zasada prawa do sądu a standardy europejskie [Constitutional Principle of Access to Justice and European Standards], in: *Prawo i prawnicy w okresie przemian ustrojowych. Zagadnienia wybrane*, [Law & Lawyers in the Period of System Transformation – Selected Issues], Poznań 1992; see also: "Prawo do sądu w świetle Konstytucji RP (ogólna charakterystyka)" [Access to Justice and the Constitution of the Republic of Poland], Państwo i Prawo [The State and the Law] 1997, No. 11–12; L. Garlicki, "Prawo do sądu (rozważania *de lege fundamentale ferenda*)" [Access to Justice (de lege fundamentale ferenda reflections)], *Annales UMCS*, Sectio G, Lublin 1990; J. Gołaczyński, A. Krzywonos, "Prawo do sądu" [Access to Justice], in: *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP* [*Civil Rights & Liberties in the Constitution of the Republic of Poland*], ed. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002; H. Mądrzak, "Prawo do sądu jako gwarancja ochrony praw człowieka (studium na tle polskiego prawa konstytucyjnego, prawa cywilnego materialnego i procesowego)" [Access to Justice as a Guarantee of Human Rights (a study of the Polish Constitutional and the Substantive & Process Civil Law], in: *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona* [Fundamental Rights And Their Judicial Protection], ed. L. Wiśniewski, Warszawa 1997; H. Pietrzkowski, "Prawo do sądu (wybrane zagadnienia)" [Access to Justice (selected issues)], PS 1999, No. 11–12; S. Pilipiec, "Teoretyczne aspekty zasady prawa do sądu" [Theoretical Aspects of Access to Justice], *Annales UMCS*, Sectio G, Lublin 2000; P. Pogonowski, *Realizacja prawa do sądu w postępowaniu cywilnym* [*Access to Justice in Civil Proceedings*], Warsaw 2005; A. Zieliński, "Prawo do sądu a struktura sądownictwa" [Access to Justice and the Judiciary Structure], Państwo i Prawo [The State and the Law] 2003, No. 4.

[3] E.g. the statement of reasons of 7 Supreme Court judges' resolution of 21.9.2000, III CZP 14/00 (OSNC 2001/2).

expressis verbis in Art. 45 sec. 1 and in Art. 77 sec. 2. The constitutional right to a court hearing consists, in particular, of the following:

1) right of access to court, i.e. right of initiating a procedure before the court – a body distinguished by specific characteristics (competent, impartial and independent);

2) right to a fair, just and transparent trial;

3) right to a judgement, i.e. right to obtain a binding court decision in a given case.[4]

The broad nature of access to justice (access to a court hearing) is narrowed in the title of this study to the issues of the influence of the costs of proceedings and legal aid on this access. These issues will be the subject of our considerations.

Pursuant to Art. 45 of the Constitution of the Republic of Poland, everyone has the right to a court hearing. According to Art. 77 sec. 2 of the Constitution, statutes cannot bar recourse by any person to the courts in pursuit of claims alleging infringement of freedoms and rights. Notwithstanding these assurances contained in the highest legal act, it has been pointed out by the judicature that until recently there were no coherent and systemic regulation concerning the manner of proper implementation of these obligations and guidelines into court proceedings.[5] At present, these shortcomings are gradually and partially removed, which will be discussed later. This constitutes the fulfilment of Recommendation No. R (93) of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on effective access to the law and to justice for the very poor (adopted on 8 January 1993 at the 484th meeting of the Ministers' Deputies). In Section 1c it is recommended that the Member States facilitate access to the law for such persons ("the right to the protection by the law"), among others, via defraying the cost of legal advice for the very poor through legal aid, while in Section 3c – that they facilitate effective access to the courts for the very poor by recognising the right to be assisted by an appropriate counsel, as far as possible of one's choice, who will receive adequate remuneration. Paragraphs 6 and 7 of the Explanatory Memorandum to the Recommendation point out that legal advice and legal aid systems perform a vital function in respect of the effective enjoyment of rights and the right of access to the system of justice for all members of the public, not only the very poor. The document also states that these problems "are not only a matter of social justice or national policy, but also fall within the sphere of human rights and fundamental freedoms."

[4] From the statement of reasons to the judgment by the Constitutional tribunal of June 9, 1998, K. 28/97, OTK ZU 1998/4 item 50.

[5] *Ibidem.*

According to § 9 of the Memorandum, legal aid should be very broad in scope. It should cover not only legal aid in the sense of complete or partial exemption from payment of the cost of court proceedings and the assistance of a lawyer at little or no cost, but also any free legal assistance provided in the form of information, advice, mediation, etc., whether as part of judicial or quasi-judicial proceedings. The Steering Committee for Human Rights (CDDH) is of the opinion that the right to choose one's own counsel by the very poor must be exercised freely.

I shall start discussing the issues of access to justice from the point of view of the influence of the costs of proceedings and legal aid on this access from outlining the issue of the costs; then I shall proceed to the problem of legal aid.

The costs of civil proceedings include the following: court fees incurred by the parties to the proceedings in favour of the State Treasury, costs related to legal representation and costs related to the activity of participants in the proceedings.[6]

The problems of court fees have been recently regulated entirely anew under the Act of July 28, 2005 on court costs in civil cases.[7]

Court costs include fees and expenses (Art. 2 of the Act on court costs in civil cases). Fees are paid for writs submitted to the court, and particularly an action, an appeal, a plaint, a cassation appeal, a bankruptcy petition and others (Art. 3 of the Act). There are some ways of determining the amount of fee in a given case:

1) In cases involving property rights, the amount of fee is conditional upon the value of object of litigation and amounts to 5% of the value (proportional fee). The costs of proceedings are lowered in this case, as previously the fee (called the filing fee) amounted to 8% of the value of object of litigation. If a writ is filed in a case involving estate where it is impossible to determine the value of object of litigation at the moment of initiating it, the presiding judge establishes an interim fee of PLN 30 to 1000.

2) In cases not involving estate and in some estate cases indicated in the Act, a fixed fee is charged which cannot be lower than PLN 30 and higher than PLN 5000; e.g. for a divorce petition – PLN 600, for a petition for dissolution of company or expulsion of shareholder – PLN 2000, an action involving environment protection – PLN 100. Introducing fixed fees on a wider scale is more favourable since *per saldo* they are lower than the proportional ones.

3) If applicable legislation does not provide any proportional, fixed or interim fee, a basic fee of PLN 30 is charged. The basic fee is also charged

[6] W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie* [An overview of the Civil Proceedings], 8th issue, Warszawa 2005, p. 90.

[7] J. of L. No. 167, item 1398. Effective from March 2, 2006.

on writs (e.g. action, appeal, plaint, cassation) filed by the party exempted from court costs by the court.

4) A clerical fee is charged on issuing, on the basis of files, a copy, an excerpt, an extract, a certificate or any other document.

An applicable fee is charged in total (e.g. for an action or a petition instituting non-litigious procedure, an appeal), in half (e.g. for an appeal against a default judgement), in one fourth (e.g. for a petition to obtain a court order) or in one fifth (e.g. for a plaint).

Expenses include, among others, the travelling costs of the party exempted from court costs, a reimbursement of costs of travel and accommodation as well as witnesses' lost earnings or incomes, remuneration for experts, translators and trustees, costs of advertisements and others.

Under Art. 6 of the Act on court costs, mediation costs do not constitute expenses. This is clearly supposed to motivate the parties to use the institution of mediation newly introduced to the C.C.P. If statutory provisions specify the obligation of acting and *ex officio* performing an act associated with expenses, the court orders the performance of this act, and the amount of money required to cover it is temporarily paid by the State Treasury. In its final ruling in the proceedings, the court rules on the interim expenses incurred by the State Treasury, applying the principles concerning the reimbursement of the costs of proceedings.

Bailiffs charge collection fees which are specified in the Act on court bailiffs and law enforcement.

Attempting to assess concisely the modified regulations of the Act on court costs in civil cases, we could point to the following:

– the primary objective aiming at a reduction of the costs incurred by the parties has been implemented, which reflects the belief that too much fiscalism is not conducive to the efficiency of the system of justice. The aforementioned implementation is expressed in the reduction of proportional fees from 8% to 5% in cases concerning property rights and in the broad introduction of fixed fees in cases not concerning property as well as in some estate cases, which may be more advantageous than proportional fees.

– the changes can lead to improvement of proceedings, which is reflected in the simplification of the system of fees. This consists in wide application of fixed fees which do not require any arithmetical calculations and which can be paid in a simplest way, by sticking a court fee stamp on a writ being lodged with the court. It will also be possible to pay such fees to the court's bank account. Another improvement is that, besides the court, also a competent court official (in Poland referred to as *referendarz sądowy*) is authorized to decide on the amount of fees, reimbursement of fees, exemption from fees as well as on remission of fees, arranging instalments for payment and respite for payment of court dues (to be continued further in the text).[8]

– the implemented changes can also lead to acceleration of proceedings, since professional expert agents, e.g. attorneys-at-law, legal counsels or patent attorneys have been assigned the task to establish the amount of fixed fee and to calculate proportional fees on their own. The C.C.P. (Art. 130[2]) introduces a disciplinary provision requiring a return of writ which was submitted without the payment of such fee by an expert agent where no prior demand to pay is provided for.

As far as the already effective regulations concerning legal aid in civil procedure are concerned, they are contained in the Code of Civil Procedure and in the Act on court costs in civil cases. Legal aid consists in the first place of exemption from court costs and appointment of an attorney-at-law or a legal counsel.[9]

The issue of exemption from court costs, regulated so far by the C.C.P., has been transferred to the Act on court costs in civil cases. Exemption from court costs, i.e. court fees and expenses influences the functions of these costs to a significant degree. These functions can be determined as the ones referring to the proceedings as such and the ones influencing the decisions of the subjects concerned in respect of initiating proceedings and performing further activities. Another function, i.e. the social function, signifies the influence exerted on life in society both in its positive sense (e.g. counteracting litigiousness and persecuting the opponent) and its negative sense (e.g. hindering access to justice). The fiscal function in turn, fulfilled primarily by court costs, consists in that the fact of such costs being covered by a participant in the proceedings compensates for the expenses incurred by the State Treasury for the maintenance and operation of the institutions and agencies of justice.[10]

Exemption from court costs can have its source in a statutory provision or in a judicial decision. It can be total or partial and its nature can be subjective, objective or combined.

Under the Act, the following, among others, are entirely exempted from court costs: the party seeking establishment of paternity or maternity and related claims, the party pursuing maintenance claims and the respondent in proceedings for a reduction of maintenance amount, the party petitioning for the recognition of contractual terms as inadmissible, an employee filing an action or a party lodging an appeal with the labour and social insurance court, a prosecutor, the Ombudsman, the Children's Ombudsman, the

[8] P. Pogonowski, *op. cit.*, p. 50 i n.

[9] See the statement of reasons of 7 Supreme Court judges' resolution of 21.9.2000, III CZP 14/00 (OSNC 2001/2).

[10] W. Broniewicz, *op. cit.*, p. 92.

Consumer Ombudsman, a labour inspector as well as trade unions in cases falling within labour law.

The party entirely exempted from court costs does not pay court fees or incur expenses which temporarily burden the State Treasury (Art. 100 sec. 1 of the Act).

Under the Act, partial exemption from court costs refers only to fees. The State Treasury enjoys the right to such exemption (subjective exemption – Art. 94 of the Act). However, in some cases fees are not charged, for example, on: a petition for securing the claim submitted in the writ instituting proceedings, for the acceptance of declaration of paternity, for giving a family name to a child, for child adoption, for taking away a person subject to parental authority or a person in custody (Art. 95 of the Act – objective exemption). Combined (subjective-objective) exemption takes place in the case of a minor being exempted from fees for a petition, appeal and plaint in cases involving minors (Art. 95 sec. 3 of the Act).

An individual who has made a declaration of not being able to incur the burden of court costs without detriment to his/her maintenance as well as that of his/her family may request exemption from court costs by the court (Art. 102 of the Act).

The court may exempt a party from court costs entirely or in part. A party granted full exemption from court costs is obliged to pay a basic fee charged on all writs subject to a fee unless a special regulation provides otherwise (Art. 100 of the Act). The court can also exempt a party from court costs in part if such party is able to incur only some of theses costs (Art. 101 of the Act).

An application for exemption from court costs should be accompanied by a statement containing the details of family status, property, incomes and sources of maintenance of the person applying for exemption from costs. The statement is drawn up according to an established pattern. If the statement has not been submitted or does not contain all necessary information, Art. 130 of the C.C.P. is applied under which the presiding judge demands that the applicant complete the documents within a fixed time under pain of returning the application in the case of failure to comply with the demand (Art. 102 of the Act).

The court may have the following pledge given by a person applying for exemption from costs: "Fully aware of the meaning of my words and legal responsibility, I declare that the statement which I submitted of my family status, property, incomes and sources of maintenance is true and reliable." Before hearing the pledge, the person applying for exemption from court costs must be instructed about the content of the statutory provision which states that a party exempted from court costs on the basis of intentional statement of untrue circumstances shall be sentenced to a fine of up to

PLN 1000 by the court and the exemption shall be withdrawn. Regardless of the obligation to pay the fine, such party shall pay all required fees and cover all expenses charged (Art. 111 of the Act).

The court may also exempt from court costs a legal person or an organizational unit not being a legal person upon which legal capacity is conferred by statute, if such person has duly demonstrated the fact of not having sufficient means to pay them (Art. 103 of the Act).

Non-governmental organizations – not involved in business activities – can be granted by the court exemption from court costs in cases related to their social, scientific, educational, cultural, charitable, mutual-aid activity as well as that associated with consumer protection, environment protection and social welfare. Granting exemption from court costs, the court takes into consideration in the first place the statutory objectives of a given organization and the possibilities as well as needs of the implementation of these objectives through civil procedure (Art. 104).

An application for exemption from court costs must be submitted in writing or orally to be recorded in the court where the action is to be instituted or is already pending. The submission of a petition to be recorded by the court does not repeal the obligation of drawing up the statement of family status, property, incomes and sources of maintenance of the person applying for exemption from costs according to an established pattern (Art. 105 sec. 1).

The court may order applicable investigation if on the basis of the facts of the case or statements made by the opposing party it comes to doubt the truthfulness of the financial status of the party requesting exemption from court costs or enjoying it.

The court refuses to exempt a party from court costs if the groundlessness of the claim asserted or defence of rights is obvious (Art. 109 of the Act).

Activities related to exempting from court costs provided for in the Act can be performed not only by the court but also by a court official (*referendarz sądowy*) (Art. 118 of the Act).

It is worth remarking that the Act on court costs in civil cases also contains provisions regulating opportunities of remission of fees, arranging instalments for payment and respite for payment of court dues (Art. 119–125 of the Act).

It must be stressed that exemption from court costs does not exempt a party from the obligation of reimbursement of costs of proceedings to the opposing party (Art. 108 of the Act), as discussed below.

As mentioned earlier, the costs of civil proceedings consist, besides court costs, of costs related to representation and costs related to the activity of a participant in proceedings.

The former include remuneration for and expenses of representation, e.g. an attorney-at-law, a legal counsel or a patent attorney, or the costs of travel to court and an equivalent of the lost earnings of a proxy who is not a professional agent (e.g. a spouse, a parent or a descendant appointed as a proxy by a participant in the proceedings). Lawyers' and counsels' fees are specified in the regulations of the Minister of Justice issued under the Act – The Law on the Bar and the Act on legal counsels.[11]

The costs related to the activity of a participant in proceedings, in turn, include the costs of appearing in person before the court, and in particular such person's travelling costs and an equivalent of lost earning (Art. 98 § 2 and § 3 of the Code of Civil Procedure).

As already mentioned, legal aid consists, besides exemption from court costs, of appointment of an attorney-at-law or a legal counsel. Now we shall discuss the latter issue in more detail.

The Act on court costs in civil cases introduced the Chapter "*Ex officio* Legal Aid" into the code of civil procedure (Art. 117–124 of the Code). These regulations specify that the party to proceedings who is exempted entirely or in part from court costs under the Act or on the basis of a court's decision can submit a petition for the appointment of a lawyer (so-called public attorney at law) or a legal counsel.

If such petition is submitted by a party enjoying statutory exemption from court costs, such party shall demonstrate in a statement containing the details of family status, property, incomes and sources of maintenance that he/she is not able, without detriment to his/her maintenance as well as that of his/her family, to incur the burden of the costs of remuneration for an attorney at law or a legal counsel. The petition should be submitted to the court where the action is to be instituted or is already pending. A party having residence outside the jurisdiction of such court can submit the petition to the local court competent for such person's place of residence which court shall send the petition to the court concerned.

The court shall accept such petition if it considers the participation of attorney at law or a counsel necessary. The court addresses the competent District Bar Council or the District Council of the Chamber of Legal Counsels for appointing an attorney at law or a legal counsel.

The court withdraws the appointment of an attorney or a counsel if it turns out that the circumstances on the basis of which the aid was granted did not exist or ceased to exist.

[11] Regulations of the Minister of Justice of September 28, 2002: on lawyers' fees and incurring by the State Treasury the costs of unpaid legal aid given ex officio and on legal counsels' fees and incurring by the State Treasury the costs of legal aid given by legal counsels appointed ex officio (J. of L. No. 163, items 1348 and 1349).

The problem of reimbursement of the costs of trial is regulated in the C.C.P. Its provisions regulate the issues of who should reimburse the costs of trial and in what amount. There are certain principles ruling in this area. The primary principle is that of responsibility for the result of litigation according to which the party losing should reimburse the costs incurred by the party winning. This principle has some exceptions. And thus, following the principle of proportional cost distribution, being an adjustment of the principle of responsibility for the result of litigation to a situation in which either of the parties has lost and has won in part, either party has to reimburse the costs to an extent corresponding to the degree of losing the case. In a situation where either party has partly lost and would be obliged to reimburse costs in the same amount to the opponent, the principle of mutual cancelling of costs is applied. This principle is also applicable when parties settle the matter by conciliation, unless they decide otherwise. In justified cases the losing party is obliged to reimburse only part of the costs to the opponent (the principle of rightness). The principle of fault, on the other hand, means that regardless of the result of trial, a party or another participant in the proceedings should reimburse the costs which arose through their fault or misconduct.

The question of to what amount the costs are reimbursable is governed by the principle of necessary costs according to which such reimbursement refers only to costs necessary for the purposeful asserting of one's rights and purposeful defence. The necessary costs of litigation conducted by a party in person or by a proxy who is not an attorney or legal counsel include the costs which they incurred, costs of travel to court and an equivalent of earnings lost as a result of appearance at court. The necessary costs of litigation also include the costs of mediation undertaken because the court has ruled this manner of settling the case.

Moreover, the necessary costs of litigation of the party represented by an attorney, a counsel or a patent attorney include remuneration for one legal agent, court costs and the costs of the court-ordered personal appearance of the party in court.

If a party wants to recover the costs of litigation, such party should, under pain of expiry of claim for cost recovery, submit the list of costs or an application for granting them in accordance with regulations before the hearing preceding the final ruling in the proceedings at this level is closed. The court rules *ex officio* only on the costs owed to a party acting without an expert professional agent (attorney, legal counsel).

It is worth noticing the simplification and improvement of procedure of ordering litigation cost recovery thanks to introducing the possibility that the court decides only about the principles according to which the parties cover the costs, leaving their precise calculation to a competent court official

(similarly as this body has been licensed to perform activities associated with cost exemption, as mentioned earlier).

The issue of legal aid is also strictly related to the problem of obligatory assistance of attorney or legal counsel. This obligation means that a party must be represented by an attorney or a legal counsel in certain litigation activities since the participation of the party alone in these activities would have no legal effect. This entails increased costs of proceedings but the obligation is intended to ensure an adequate factual level of problems submitted to the Supreme Court for judgement. In accordance with the recently amended regulations (Art. 87^1 of the C.C.P.) in proceedings before the Supreme Court the representation of the parties by attorneys or legal counsels is obligatory. It means that, for example, a cassation appeal must be drawn up and lodged by an expert agent. The described obligation does not hold for parties having deep legal knowledge, e.g. judges, attorneys, notaries and prosecutors as well as professors of legal sciences.

As far as legal aid is concerned, preparatory works are underway to introduce the target system of providing legal aid to the poor free of charge. The draft act of March 2005 on access to unpaid legal aid granted by the State to natural persons,[12] prepared by the Ministry of Justice was sent, among others, to the Ombudsman, the National Council of Judicature, the Supreme Court, the Administrative Supreme Court, the General Bar Council, the National Council of Legal Counsels and non-government organizations acting for access to legal information and aid for citizens, for consultation and opinion. The draft assumed that the new system would be launched on May 30, 2006, while the whole system would start working as from the beginning of 2009. However, the draft did not lead to adoption of the act in the 4th term of the Polish Parliament (the Seym) (2001–2005) and, as the term is finished, it may be resumed by the Seym of 5th term.

In the area of facilitating access to justice in cross-border cases, in turn, the Act of December 17, 2004 on right to aid in civil cases conducted in the Member States of the European Union[13] is applicable. The Act is the implementation of Council Directive 2003/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes,[14] which obligated the Member States to do it by November 30, 2004. (Member States shall bring into force the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with this Directive no later than 30 November 2004). The Act specifies the principles, conditions and manner of providing right to legal

[12] Seym document No. 3838.
[13] J. of L. 2005, No. 10, item 67. The Act became effective on February 1, 2005.
[14] O.J. L.2003.26.41.

aid in civil cases which are to be initiated or are conducted in Poland to natural persons having their place of permanent residence or ordinary residence in another Member State of the European Union, and the principles, conditions and manner of providing right to legal aid in civil cases which are to be initiated or are conducted in another Member State of the European Union to natural persons having their place of permanent residence or ordinary residence the Republic of Poland.

If an applicant having the place of permanent residence or ordinary residence in another Member State applies for the right to aid in proceedings which are to be initiated or are conducted in Poland, this right shall include: exemption from court costs, appointment of attorney or legal counsel – if possible, speaking a language known to the applicant – in order to provide such person with legal aid, and notably give the applicant necessary legal advice and represent him/her before the court, as well as payment by the State Treasury of the applicant's necessary travelling costs associated with his/her court-ordered personal appearance if the applicant cannot be heard otherwise.

The right to aid may be full or partial. The full right to aid includes complete exemption from court costs, appointment of attorney or legal counsel and covering of necessary expenses. The right to aid may be granted to the applicant at his/her request lodged before the initiation of proceedings or in the course of proceedings. Such application is free of court fees and it must be submitted in writing in Polish or English. In this procedure any applications and means of appeal are free of charge.

On the other hand, applicants having their place of permanent residence or ordinary residence the Republic of Poland, applying for the right to aid in proceedings which are to be initiated or are conducted in another Member State must submit a proper application on an official form in English and in the language required by the legislation of the Member State to which the application is to be sent via the district court competent for such person's place of permanent or ordinary residence in the Republic of Poland. The court forwards the application for granting the right to aid to a competent organ of another Member State within 15 days of the day of filing the properly completed application in the language required by the legislation of the Member State to which the application is sent, accompanied by documents stating the reasons for the request translated into this language. In this procedure any applications and means of appeal are free of charge.

This necessarily brief presentation of the issue of legal aid would be incomplete without mentioning the so-called law clinics. In Poland there is a countrywide network of law clinics. The clinics are mainly conducted by law and administration faculties of universities; furthermore, some private colleges which have their law faculties also run such clinics. The network

now consists of nineteen co-operating clinics operating all over the country. Their activity is primarily funded by universities and colleges and, in addition, they are supported by the Foundation of University Law Clinics which publishes manuals, organizes training courses, conferences and congresses of representatives of clinics. Polish law clinics co-operate with the Ombudsman.

Each clinic gives, on the average, 600–800 legal consultations a year. This is most often counselling in the field of civil law (family law, law of succession) and co-operative law. There also appear criminal cases as well as those of foreign refugees. Legal advice is given on a free of charge basis and only to the poor. Their financial status is established exclusively on the basis of a statement made by a client who at the same time declares that his/her case is not conducted by an attorney or a legal counsel. Students provide counselling in the form of written legal opinions and accompanying oral explanations. Prior to giving any opinion, however simple it may be, the student-counsel must submit it to the tutor (member of scientific and teaching staff) for approval.

Mariola Lemonnier
Docteur en droit

CONTRÔLE ET RESPONSABILITÉ DES AGENCES DE « RATING »

I. PRINCIPE ET FONCTIONNEMENT DU RATING EN POLOGNE

Il existe beaucoup de définitions de rating ainsi que d'agences de rating. Le rating est en général un processus de standardisation du risque d'investissement dans l'emprunt de capitaux, qui aboutit à l'attribution de la crédibilité financière. Il constitue une mesure comparable qui détermine un risque relatif de non-acquittement de ses obligations par les émetteurs d'emprunt, il est une mesure relative du risque d'investissement. Le rating est une condition importante lors de la prise de décisions d'investissement, il permet de réduire le nombre de fausses décisions financières. Un des avantages incontestables du système d'évaluation et de classification du risque est de prendre en compte tous les éléments essentiels du risque pour une seule codification internationale en lettres et en chiffres.

1. Rating en Pologne

Le rating est relativement récent en Pologne, mais il prend de plus en plus importance, notamment au niveau de l'activité économique. D'une part, le rating est une forme de protection d'un investisseur mais de l'autre, il n'est pas une garantie que ce dernier ne subira pas de pertes.

L'histoire du rating en Pologne commence en 1995 quand l'Etat polonais a reçu son premier rating. L'Etat polonais s'est vu attribuer Baa3 par l'agence Moody's, BB (positive) par Standard & Poor's et BB+ par l'agence IBCA[1].

Les banques étaient les premiers acteurs économiques qui ont reçu les ratings en Pologne, ensuite c'étaient les grands opérateurs du marché, y compris les sociétés controlées par l'Etat. Par ailleurs, le rating a embrassé quelques villes menant une politique d'investissement active, villes qui comptent plus de 500 000 habitants. Pourtant, c'est le secteur bancaire auquel les services de rating s'appliquent le plus souvent.

[1] D. Dziawgo, *Credit-rating. Ryzyko i obligacje na międzynarodowym rynku finansowym* [Rating-crédit. Le risque et les obligations sur le marché financier international], Warszawa 1998.

2. Procédure de rating

Le processus d'attribution d'une note est une démarche à long terme qui se déroule en plusieurs étapes.

La première étape comporte une demande de rating, des entretiens initiaux des parties en vue de discuter une procédure de rating, une collecte des données de base financières et économiques de l'entité notée ainsi qu'une analyse des données financières et économiques de celle-ci. Ensuite, les analystes des agences de rating viennent visiter l'entreprise notée, l'agence établit son rapport, la commission de rating tient une réunion et attribue une note, le rating est publié et la note attribuée[2].

Le choix d'une agence de rating parmi les autres peut s'appuyer sur les méthodes de travail utilisées par cette agence et les critères d'évaluation appliqués.

2.1. Calendrier des travaux relatifs à l'établissement du rapport de rating sur l'exemple d'une ville

En général, les préparatifs au rating d'une ville prennent quelques mois[3].

Pour se voir attribuer une note, il faut que les élus et la municipalité en partagent une opinion positive, puisque de nombreuses questions doivent être soumises au vote. La municipalité établit et le conseil municipal vote le budget qui doit prendre en compte les frais, liés à l'obtention d'une évaluation qualificative de crédit en tant qu'un des postes de dépenses de la ville. Un des membres de la municipalité ou une personne nommée par la municipalité est responsable des travaux de rating et désigne un groupe de travail. Ce groupe se compose d'au moins deux personnes chargées de la coordination et de l'organisation du travail ainsi que d'un conseiller juridique. Un groupe ainsi constitué aura pour mission d'organiser une procédure de passation du marché public en matière d'attribution d'une note, d'assurer le contact direct et la coopération avec les représentants d'une agence de rating et les autres employés engagés dans le processus de préparation du rating, de mener les négociations relatives au contenu du contrat avec une agence, de surveiller la rédaction et la conclusion du contrat, de

[2] J. Onoszko, «Zarys historii wybranych rynków krótkoterminowych papierów dłużnych» [Précis de l' histoire du développement des marchés sélectionnés des titres de créance à court terme], *Bank i Kredyt* [Banque et Crédit], février 2004, p. 11.

[3] K. Surówka, «Finanse samorządu terytorialnego w teorii i praktyce» [Les finances de la collectivité territoriale en théorie et en pratique], *Cahiers Scientifiques*, *Monographies* n° 138, Kraków 1999.

suivre l'établissement du rapport de rating, de consulter et de préparer un calendrier de visite des analystes de l'agence, de surveiller le déroulement d'une visite des analystes, de préparer une conférence de presse, si elle est prévue par la municipalité, et de surveiller le travail des traducteurs.

Les agences de rating interviennent conformément aux règles du marché libre, c'est-à-dire aux règles commerciales, et l'attribution d'une note de classification constitue une prestation de service. Par conséquent, la sollicitation de rating par une ville nécessite une procédure qui serait conforme à la loi sur les marchés publics.

Le choix d'une procédure adéquate en matière de passation du marché public et l'établissement du cahier des charges doivent en effet aboutir à sélectionner une agence de rating[4] qui correspondrait le mieux aux préférences du demandeur de rating. Les critères pariculièrement pris en compte sont les suivants : prix de l'attribution d'une note et du suivi du rating au cours de l'année suivante, délai de réalisation du rapport, fiabilité d'une agence et son expérience, formes de promotion appliquées par une agence[5].

Une décision relative au lancement d'une procédure en matière de rating doit être prise sous forme d'une résolution de la municipalité. Vu le caractère spécifique de ce marché et la participation des soumissionnaires étrangers, il est particulièrement important qu'un conseiller juridique y prenne part pour veiller au déroulement des procédures relatives à la sélection d'une agence de rating en conformité avec la loi sur les marchés publics. Cette période dure de 6 à 8 semaines, en fonction du type de procédure appliquée.

Après la sélection d'une agence de rating au cours de la procédure de passation des marchés publics, l'agence désigne une équipe d'analystes ayant une expérience professionnelle adéquate. La teneur et les clauses du contrat sont négociés avec un analyste en chef représentant l'agence lors de la conclusion du contrat.

Les agences soumettent d'habitude aux entreprises des contrats-type qui souvent ne sont pas admis dans la législation polonaise. La participation des juristes est donc primordiale lors de la détermination de la teneur définitive du contrat en question.

2.2. Caractéristique des contrats de rating

Dans chaque ville soumise au rating, les conditions du contrat sont négociées d'une manière individuelle, puisque le contrat de rating n'est pas un contrat nommé.

[4] J. des O. 98.119 avec les modifications ultérieures.

[5] U. Ziarko, «Rynek obligacji komunalnych» [Le marché des obligations communales en Pologne], *Przegląd Komunalny* 2000, n° 10.

Les contrats nommés sont les contrats réglés par les dispositions prévues par la loi qui définissent les contrats en question en déterminant leurs éléments constitutifs et leur nomination. L'acceptation d'un type déterminé de contrat nommé facilite la conclusion ainsi que la rédaction du texte de celui-ci et permet de se référer à un tel type de contrat sans recours à des conventions détaillées[6].

Les dispositions relatives aux contrats de mandat peuvent éventuellemnt être appliquées pour les contrats de rating. Il serait également possible de rédiger un tel contrat sous forme d'un contrat de mandat, mais du point de vue de la fiscalité cela constituerait un remplacement assez coûteux de l'impôt d'une dizaine pour cent au 2% de la valeur d'une prestation. En prenant en considération cet impôt et la spécificité de ce contrat par rapport aux autres contrats ainsi que la prestation de services de conseil et d'évaluation, il conviendrait de le traiter en tant que contrat innommé.

Le principe de la liberté de contracter permet de conclure des contrats pour lesquels n'existent pas de prescriptions légales spécifiques. La généralisation des contrats innommés dans la circulation économique est soumise à l'examen particulièrement détaillé de l'administration fiscale, puisqu'il s'agit des sommes importantes de l'impôt sur le revenu payé par les personnes morales. La généralisation d'un tel type de contrats dans la circulation mène à la création de certains types de contrats innommés qui reçoivent ensuite un nom spécifique dans la circulation économique. Quand ces contrats prennent une importance économique, le législateur incorpore en général l'acquis de la pratique contractuelle au système juridique[7].

Si nous admettons qu'un contrat de services de rating est un contrat standardisé, il nous faut dire qu'aucun des actes normatifs ne regle les contrats de ce genre. Sans doute, il est possible d'y appliquer éventuellement les dispositions relatives au contrat de mandat, pourtant cela dépend de la volonté des parties si ce sera un contrat de mandat nommé ou un contrat *sui generis*. Par ailleurs, le contenu et l'étendue des obligations des parties sont différents. On peut distinguer le rating ponctuel et un contrat de services de rating permanents. En outre, dans les secteurs particuliers il y a des ratings spécifiques comme il a été souligné dans un rapport portant sur les établissements financiers : ratings de transaction et ratings de solvabilité générale.

[6] J. Rajski, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym* [Droit des contrats dans la circulation économique], Warszawa 1994, p. 25.

[7] S. Włodyka, «Umowy gospodarcze (handlowe) i ich charakterystyka» [Les contrats économiques (commerciaux) et leur caractéristique], dans : Prawo umów w obrocie gospodarczym [Droit des contrats dans la circulation économique], ouvrage collectif sous la direction de S. Włodyka, Kraków 1993.

Contrairement à l'audit en Pologne, il n'existe pas de sources de droit spécifiques, relatives au rating. L'audit interne et externe s'appuie sur des prescriptions légales publiées à la base de la législation des finances publiques[8].

Le contrat de rating base sur les relations juridiques de droit civil, mais pour les entités des collectivités territoriales, la procédure touche en partie aux relations juridiques de droit administratif.

Dans tous les cas, d'une part les agences ont stipulé la confidentialité du contrat et de l'autre, il est sans doute possible d'en dégager de nombreux éléments nécessaires tels que : détermination des parties au contrat, date de conclusion et durée du contrat, objet du contrat qui est une prestation d'établissement du rapport de rating à la base de l'ensemble des informations requises, rémunération (commission) de l'agence quel que soit le résultat du rapport, droits et obligations des parties contractuelles, loi compétente.

Il est important de déterminer l'objet du contrat, puisque le rating doit s'effectuer à partir d'un modèle présenté par une agence et conformément à la méthodologie de celui-ci. Il convient de souligner que ce contrat est un contrat des moyens. Le résultat de l'étude de rating, à moins que les parties n'en conviennent autrement, est soumis à la protection du droit de la propriété intellectuelle, tandis que le rapport même est protégé par le principe de la liberté d'expression. Ce principe peut cependant être modifié par les parties bien que – comme il a été déjà mentionné – le résultat de l'étude au départ ne soit pas imposé. Par contre, la publication de celui-ci pose parfois des problèmes.

Le contrat peut être conclu pour la durée d'une année et il aura alors pour objet de faire le rating unique, valide au cours de l'année ; chaque contrat suivant nécessitera une nouvelle conclusion précédée d'une procédure éventuelle de passation du marché. Dans ces conditions, il est possible d'avoir le prix du rapport stable par l'intermédiaire d'une déclaration d'intention. Ce contrat peut être aussi un contrat pluriannuel. Le cas échéant, il porterait sur les services fournis pendant la période de la validité du contrat et la révision du rating dans chacune des périodes stipulées dans le contrat.

La ville peut être garantie dans le contrat le droit de recours en ce qui concerne le rapport en cas de survenance des événements ayant l'impact sur le rating, ainsi que le droit de blocage de sa publication si le rapport se relève défavorable pour la ville.

Dans le contrat, les agences de rating se réservent souvent le droit d'évaluation de la dette émise par la ville durant la période de la validité du rating ainsi que le droit de modification du rating pendant la période de la

[8] Ministère des Finances, *Standardy audytu wewnętrznego w jednostkach sektora finansów publicznych* [Standards de l'audit interne dans les unités du secteur des finances publics], Warszawa 2003.

durée du contrat, en cas de survenance des circonstances (favorables ou défavorables) pour la ville et ayant l'impact sur la note.

Une autre clause du contrat est celle de confidentialité portant sur toutes les informations et données transmises à l'agence ainsi que sur les accords réalisés en commun.

Une fois le contrat ainsi rédigé, il est transmis au conseiller juridique auprès de la municipalité qui donne son opinion. Ledit contrat est souvent fait en deux langues : polonais et anglais. Le temps moyen nécessaire pour les négociations du contrat est de 2 à 3 semaines.

Le travail sur le rapport comporte la collecte des informations et des données pertinentes sur l'entreprise notée, qui permettent d'effectuer des études et analyses fiables et exhaustives. L'agence fournit d'abord une liste des informations nécessaires qui est d'habitude présentée au demandeur de rating lors de la négociation du contrat. Cela peut constituer une source potentielle de malentendus entre les parties, car les critères de sélection de l'information et la métodologie de réalisation des études doivent constituer la matière conventionnelle, contractuelle et non seulement un matériau technique à consulter. En général, les agences de rating ne négocient pas de critères-type de rating, mais cela n'est pas exclu. Le rating qui n'est pas conforme aux méthodes préalablement fixées signifie la responsabilité de mauvaise l'exécution du contrat par l'agence.

De manière générale, les dossiers contenant l'information nécessaire sont publiés et rendus publics dans les matériaux de l'agence, néanmoins ils peuvent être à l'origine des conflits, surtout quand le marché des services de rating est très concurrentiel et la situation de l'entité notée est critique sur le marché financier[9].

La ville prépare l'ensemble des données à partir d'une liste des renseignements nécessaires pour établir le rapport. Il est important que le contrat détermine lesquelles de ces informations seront transmises sous forme écrite à l'agence au début du processus de rating, et lesquelles d'entre elles peuvent être fournies sous forme orale ou écrite aux analystes au cours de la visite.

L'étape de collecte et de préparation des matériaux pour l'agence nécessite la mobilisation du personnel et des moyens. Une partie de ces matériaux est dérivée des documents standard et une autre partie nécessite leur collecte auprès de différents services de la mairie et des unités organisationnelles municipales, ainsi que leur rédaction sous forme adéquate. Les autres informations sont à obtenir auprès des unités externes, telles que l'office des statistiques, les entreprises privées et les autres offices d'administration. Les matériaux fournis par l'entité peuvent être vérifiés par les analystes, mais ils ne doivent pas sortir du cadre de l'information généralement accessible.

[9] *Rating & Rynek* [Rating & Marché], 15.03.1999.

Le document préparé est présenté aux analystes. Pour toutes les villes soumises au rating les documents étaient établies en anglais et en polonais.

En cas de villes, les agences de rating se limitent en général aux matériaux fournis par la ville, mais elles tiennent en même temps leur propre base de données et collectent leur propre documentation analytique, notamment en ce qui concerne les questions relatives à la situation économique, sociale et politique ainsi que l'état de la législation.

Les documents prévus pour les analystes sont remis dix jours avant la date de leur visite à la mairie et transmis successivement de telle manière qu'ils puissent prendre connaissance de leur contenu avant la visite. Tous les documents sont envoyés en version anglaise. Le temps nécessaire à l'établissement du rapport dépend de l'accès à l'information, mais il n'est pas plus court que 3 semaines.

Après l'étude préliminaire des matériaux remis l'équipe d'analystes prépare et transmet l'ensemble des questions à compléter. Sur la base de cet ensemble il est établi un calendrier de la visite des analystes. Elle dure environ deux jours.

Les matériaux supplémentaires sont présentés au cours de cette visite qui permet aussi de promouvoir la ville et les entreprises. Or, cette visite est précédée souvent des réunions avec les autorités municipales, les entreprises-clé de la région etc.

C'est un genre de présentation qui s'ajoute aux réponses données aux questions des analystes.

Le programme de la visite doit être envoyé avant la visite planifiée pour que les analystes puissent éventuellement d'y apporter leurs modifications.

L'équipe d'analystes qui préparent le rapport travaille sur la documentation réunie et leur rapport vient à l'appui de la prise de décision sur l'attribution d'une note de solvabilité déterminée. Certaines agences préparent un large rapport qui est présenté aux autorités municipales afin de corriger les erreurs de fond, d'y ajouter les faits importants ou bien de supprimer les données considérées dans le rapport comme confidentielles. C'est après avoir pris en considération ces remarques que la note définitive est élaborée. Les autres agences préparent le rapport définitif avec le rating.

La publication du rapport dépend de ce quelle est la note relevée de ce travail. Si la ville n'est pas d'accord avec le rating, une procédure de recours est engagée. Certaines agences prévoient les frais supplémentaires dans le cas où la ville n'exprime pas son consentement pour la publication de son rating.

Si la note est acceptée, elle est communiquée au public. La note est publiée avec sa justification, souvent dans les périodiques professionnelles. L'agence est également chargée d'une promotion de cette note.

L'information demandée par l'agence peut être répartie en blocs thématiques qui sont les suivants : système de gestion, démographie et économie locale, exécution du budget et la politique financière.

3. Information et accès à l'information

Le cadre réglementaire en matière de droit à l'information est contenu dans quelques 140 lois.

Les questions relatives à l'accès à l'information, qui constitue un secret d'État ou un secret professionnel, sont régies par la loi du 22 janvier 1999 sur la protection de l'information confidentielle[10].

Le législateur polonais a introduit le principe selon lequel l'accès au secret est donné à une personne qui garantit de le garder.

De même, la loi sur la protection de l'information confidentielle définit différentes catégories de documents et de matériaux qui sont l'objet du secret professionnel ou celui d'État[11].

Parmi d'autres régulations relatives à l'accès à l'information, il convient d'énumérer : loi sur l'accès à l'information publique du 6 septembre 2001, loi sur la communication de l'information commerciale du 14 février 2003, loi sur la protection des données personnelles du 29 août 1997.

D'autres catégories de l'information protégée dans l'activité des entités notées sont les suivantes : secret professionnel, secret commercial, bancaire, de courtage, statistique, fiscal, de contrôle d'État, d'invention, d'auteur, d'avocat, de notaire, des livres comptables, des journalistes etc. Chacun de ces secrets est régi par les dispositions spécifiques et il faut les respecter lors de l'obtention de l'information.

Les secrets protégés par la loi constituent un autre genre de secret : secret de la procédure administrative et pénale, de la collecte, du traitement et de la communication de l'information pénale, des données de l'office de l'état civil, de la correspondance, de la sécurité sociale, de l'assurance patrimoniale et privée, des archives etc. Pour les entreprises comme les agences de rating, qui concourent à conclure les contrats liés à l'accès à l'information constituant un secret d'État, il est obligatoire d'être titulaire d'un certificat de sécurité industrielle pour qu'elles puissent fournir leurs services.

La loi sur la protection de l'information confidentielle a constitué, en vertu du décret du Premier ministre du 25 février 1999, le Comité de

[10] J. des O. n° 11 pos. 95 avec les modifications ultérieures.

[11] I. Ruszczyk, *Instrukcja ochrony informacji niejawnych* [Instruction de la protection de l'information confidentielle], Gdańsk 2000; A. Pawłowska, *Zasoby informacyjne w administracji publicznej w Polsce – problemy zarządzania* [Ressources d' information dans l' administration publique en Pologne – problèmes de gestion], Lublin 2002.

Protection de l'Information confidentielle. Le Comité fournit les services de consultation et de conseil dans le domaine de la politique de la protection de l'information confidentielle.

Les dispositions sur la protection de la libre concurrence concernent aussi le non-respect du secret de l'entreprise par la divulgation des informations techniques, technologiques, commerciales ou organisationnelles de l'entreprise pour lesquelles l'entrepreneur a pris des mesures pour les maintenir confidentielles[12].

Afin de protéger les secrets de l'entreprise il faut les préciser ainsi que prendre des mesures en vue de mettre l'information en sécurité. Celui qui malgré l'engagement de confidentialité envers l'employeur divulgue cependant à l'autrui l'information confidentielle de l'entreprise ou en bénéficie, porte un préjudice important à l'entrepreneur et encourt une peine d'emprisonnement jusqu'à 2 ans.

Les droits à l'information sont bien évidemment visés aux art. 51, 54, 61 et 74 de la Constitution polonaise.

De manière générale, le chapitre XXXIII du C.p. traite de la responsabilité pénale pour les délits contre la protection de l'information.

Dès le début des années 90, on note l'augmentation continue du nombre de demandes concernant l'accès aux données adressées aux différents offices et unités organisationnelles.

L'obligation de communication est à la charge de l'administration publique et des entités qui exécutent les missions publiques en vertu de la loi du 6 septembre 2001 sur l'accès à l'information publique. Cette obligation se rapporte aussi aux entrepreneurs, acteurs économiques qui ne sont pas considérés comme faisant partie du secteur des finances publics et qui ne fonctionnent pas en vue de réaliser des bénéfices en vertu du droit de presse. Tant les personnes recherchant l'information que les organes, les unités et les personnes auxquels l'information est demandée, doivent noter que l'accès à l'information publique n'est pas illimité. Les restrictions sont imposées par la loi sur la protection de l'information confidentielle ainsi qu'en raison du droit privé d'une personne physique ou du secret d'un entrepreneur.

Conformément aux termes du C.p., qui divulgue volontairement ou en dépit des dispositions de la loi bénéficie de l'information constituant un secret d'État, est soumis à une peine d'emprisonnement de trois mois à cinq ans. Qui commet un acte involontairement et en relation avec l'exercice d'une fonction publique est aussi passible d'une peine.

[12] W. Gasparski, *Uczciwość w świecie finansów* [Honnêteté dans le monde financier], Warszawa 2004.

Ensuite, aux termes de l'art. 266 du C.p. : qui en dépit des dispositions de la loi ou de l'engagement de confidentialité divulgue ou bénéficie du secret qu'il a connu en relation avec son travail ou sa fonction, activité publique, sociale, commerciale et scientifique, est passible d'une peine de limitation ou privation de la liberté jusqu'à 2 ans. Cependant la poursuite en justice n'a lieu que sur la demande du lésé qui dans le présent exemple est un demandeur de notification.

Dans certains cas les lois spécifiques règlent la responsabilité pénale de la violation du secret. Ainsi, par exemple la violation du secret statistique est menacée d'une peine d'emprisonnement jusqu'à 3 ans, la divulgation du secret fiscal par une personne tenue à le respecter est menacée d'une peine d'emprisonnement jusqu'à 5 ans. Pourtant, il arrive souvent que les lois fixant un secret introduisent les dérogations. Ou bien dans la même loi il y a des dispositions concernant l'accès à l'information qui est protégée comme secrète. Cela ne se rapporte cependant pas aux études ni aux analyses de rating régies par le droit commun.

La responsabilité des agences de rating est le plus souvent la responsabilité conventionnelle découlant du contrat des moyens qui est un contrat de rating. Les conditions de la responsabilité conventionnelle d'après les règles générales sont les suivantes : engagement contractuel valide, violation du contrat, préjudice causé au créancier, c'est-à-dire à l'entreprise soumise au rating, faute du débiteur qui est le plus souvent une agence de rating et relation de cause à effet entre la violation du contrat et un préjudice causé. Si le contrat ne stipule pas d'une autre façon une augmention du niveau de dilligence de l'agence de rating, il est requis en ce qui concerne la responsabilité contractuelle qu'un débiteur respecte la due dilligence dans son comportement, compte tenu du caractère professionnel de l'activité d'une agence de rating.

II. CHAMPS D'APPLICATION DE RATING

Le rating peut se rapporter aux autres sujets qui sont bénéficiaires du crédit, tels que États, administration locale, collectivités territoriales, établissements financiers, entreprises, fonds de placement etc.

1. Rating des autres entités des collectivités territoriales

La première ville classée a été, en juin 1997, Łódź, deux mois plus tard Cracovie. Wrocław et Szczecin ont reçu leurs ratings dans l'année suivante, 1998, Gdańsk et Bydgoszcz en 2000. Toutes les villes ont bénéficié du

rating effectué par l' agence Standards & Poor's. Szczecin a reçu le rating supplémentaire en devise étrangère effectué par l'agence Fitch et en 2001 Moody's a fait le rating de la ville Poznań[13].

Les premiers ratings de grandes villes se situaient au niveau satisfaisant dans la catégorie d'investissement ce qui signifiait la bonne capacité à rembourser leurs dettes à long terme. Pourtant, le résultat a été influencé par le rating reçu par la Pologne qui correspondait à BBB – dans les années 1997–1998. En devise étrangère, les villes ont été classées avec BBB – avec une prévision positive pour Cracovie, Wrocław et Szczecin ainsi qu'une stable pour Łódź. En devise locale, Cracovie, Wrocław et Szczecin ont reçu les ratings plus élevés dans le cadre de la même catégorie, soit BBB+, toutes avec les prévisions stables.

En 1999, le rating de l'État a été augmenté par l'agence Standard & Poor's et Fitch IBCA jusqu'au niveau BBB+ et par l'agence Moody's jusqu'au niveau Baa1. Cela a fait augmenter les notes pour les villes polonaises. Au début de l'année 2002, les notes les plus élevées ont été attribuées à Poznań : Baa1, et à Cracovie : BBB+. Les trois villes suivantes, Gdańsk, Szczecin et Wrocław, ont reçu le rating BBB, par contre Bydgoszcz et Łódź BBB-.

Parmi les villes plus petites, le rating a été attribué à Tychy, Ostrów Wielkopolski, Żory et Plock. Le rating a été effectué par Środkowoeuropejskie Centrum Ratingu i Analiz S.A. [le Centre de rating et d'étude de l'Europe centrale S.A.], prédécesseur de l'agence Fitch Polska S.A. Le meilleur rating a été attribué à Tychy, correpondant à AA de l'évaluation à long terme. Fitch Polska a confirmé ce haut rating en 2002.

Parmi les causes spécifiques à l'origine de l'intérêt porté au rating par les collectivités territoriales il convient de mentionner leurs besoins de réalisation des projets d'infrastructure. Il est rare que le rating soit demandé par le gouvernement en vue de faire la réglementation du système bancaire, des restrictions d'exposition du secteur public, de la sécurité de l'investissement dans les valeurs d'État etc.

En ce qui concerne les collectivités territoriales, une des agences attend les réponses aux questions suivantes : volume des transferts financiers et leur participation dans les produits d'exploitation d'une collectivité, destination des transferts et possibilités d'utiliser les fonds d'exploitation ou fonds pour le remboursement de la dette. Quelles sont les sources de recettes propres dont disposent les collectivités ? Les autres questions portent sur la flexibilité de la collectivité dans le domaine de son influence sur les avantages fiscaux du budget dans l'entourage variable. Quel est le risque juridique et politique dans le système national de la répartition de revenus et quelles

[13] U. Ziarko, *op. cit.*

sont les orientations de l'évolution de ce système ? En fonction de ce quelle est la structure institutionnelle et quel est son impact sur les dépenses d'exploitation d'une collectivité, les informations relatives au volume et au type de dépenses en gestion des collectivités (santé, éducation, transport) sont nécessaires, indiquant aussi des quels droits et quelles taxes perçus par les entités de la collectivité territoriale sont-elles financées.

Une autre question se pose si la collectivité est capable d'adopter d'une manière effective les dépenses à l'entourage économique en évolution, quelles sont les tendances socio-économiques qui pourraient avoir l'impact sur le niveau de la demande des services publics.

L'analyse de rating prend en compte les facteurs quantitatifs et qualitatifs. Les facteurs qualitatifs ont plus d'importance et comportent les éléments de la structure institutionnelle ainsi que les facteurs politiques accompagnant les rapports entre les différents niveaux de gestion.

En ce qui concerne les informations quantitatives l'agence procède à une modélisation financière pour analyser des tendances et prognostics des finances publics ainsi qu'un niveau d'endettement de la collectivité.

L'étude de la structure institutionnelle est pour l'agence un élément préalable fondamental et indispensable du rating. L'agence dispose d'une description de la structure de gestion et des types de services fournis par la collectivité qui est préparée au relèvement d'une note portant sur le degré d'autonomie, les besoins en capitaux et les autres critères d'évaluation de solvabilité.

L'analyse de la structure de gestion devrait faire ressortir si l'entité peut avoir le rating au niveau national ou pas. L'information importante est aussi si les institutions centrales lui fournissent leur garantie ou bien si elles ont un programme de soutien.

L'agence analyse le tissu économique de l'entité et son potentiel ainsi que la capacité de rester stable. Il est très utile de faire cette étude à partir de l'économie de la région ou du pays.

Aussi, la position stratégique de l'émetteur d'emprunt est soumise à l'évaluation : s'agit-il de la capitale du pays ou bien du centre de services ou financier régional ? L'estimation porte également sur l'accès aux ressources naturelles de l'importance nationale, l'accessibilité des services de télécommunication modernes, le système de transport, l'approvisionnement en énergie électrique, les services de distribution d'eau et d'assainissement etc.

Les tendances démographiques constituent un élément aussi important du rating. L'évaluation concerne le régime de retraite, l'endettement des hôpitaux, la contractation des emprunts pour financer les investissements de capitaux.

Parmi d'autres éléments, il convient d'énumérer les facteurs opérationnels, la solvabilité de l'émetteur, la diversification de ses recettes, la capacité

d'équilibrer les opérations financières, la gestion des liquidités, l'actualisation de projets relatifs aux investissements financiers et de capitaux.

L'analyse financière part de l'étude du rapport financier de l'émetteur. Le bilan démontre les disponibilités, les emprunts ainsi que l'actif et le passif. L'absence d'une telle information peut faire baisser le rating et les agences préfèrent les rapports qui sont préalablement soumis à l'audit international indépendant. Il faut dire qu'en pratique beaucoup de collectivités ne remettent pas de tel rapport.

Néanmoins, on utilise le plus souvent les données budgétaires bien qu'on sache généralement quelle est la qualité de ce genre d'information.

La pratique de gestion est importante pour planifier de bonnes actions dans le domaine de l'emprunt ; car quelle que soit la gestion, bonne ou mauvaise, elle porte l'impact sur les opérations financières.

L'analyse financière porte sur les sources de financement, les tendances des dépenses, les résultats d'exploitation et bien sûr la solvabilité. La structure du flux des recettes employées pour financement des services de base des collectivités est étudiée.

Les tendances financières analysées par les agences doivent porter sur une période d'au moins cinq ans et couvrir un plein cycle économique. L'agence étudie les données relatives aux recettes comme compétences statutaires, formules d'allocation, estimation du patrimoine, taux d'impôt selon l'approche historique, fréquence de la perception de l'impôt, limites, procédures d'introduction de nouveaux taux d'impôt ainsi qu'elle examine la hausse des recettes et des dépenses par rapport au taux d'inflation.

2. Rating des institutions financières et des transactions financières

Les institutions financières, dont les banques, sont vivement interessées par l'attribution du rating. Une demande d'emprunt par entreprise est suivie par une demande de la banque de rapport financier et d'autres informations. La banque tient également un entretien avec la direction de l'entreprise. L'agence de rating intervient de la même manière. Néanmoins, elle n'est pas une cellule de la banque ni de l'entreprise, mais un acteur indépendant qui est rémunéré par une entreprise notée. Les agences examinent donc l'opportunité de l'émission d'emprunt, analysent les perspectives et les prognotics pour la période de circulation d'une émission ainsi que la qualité des administrateurs[14].

Le rating de crédit est aussi effectuée pour les personnes physiques, ce qui permet aux banques de prendre une décision sur l'octroi du crédit. Le rating de risque est effectué à partir des moyens financiers disponibles et de

[14] *Ibidem.*

l'historique de crédit. Elle porte sur l'état de compte, l'historique de remboursement, le nombre de cartes bancaires disponibles et d'autres informations que la banque juge utiles et qui peuvent avoir l'impact sur la capacité d'emprunter.

La nouvelle Convention sur les capitaux et les directives sur l'adéquation des fonds propres ne consacrent pas beaucoup de place au rating. Elles indiquent seulement les exigences minimales en laissant le reste à la gestion bancaire nationale.

Les modèles de rating et de score servant de base à l'évaluation de risque du client sont utilisés dans le secteur bancaire.

Les modèles de rating relatifs aux transactions bancaires sont un phénomène relativement récent, mais l'existance du score uniforme pour l'ensemble du portefeuille de crédits n'est pas requise. C'est le schéma-modèle qui permet de positionner toutes les transactions du portefeuille.

Le fonctionnement d'un tel modèle de rating est soumis à la validation régulière portant sur la vérification de la capacité prédictionnelle du modèle et de ses éléments constitutifs, la vérification de l'efficacité du modèle pour tous les compartiments du portefeuille pour lequel ce modèle est utilisé. L'attribution du rating de transaction est soumise aux procédures adéquates et elle est un processus plus automatisé par rapport à l'évaluation du risque de défaut du client et à son rating. Ce processus termine par attribuer à une transaction de crédit une classe de rating. La révision du rating doit avoir lieu au moins une fois par an. La qualité des données qui servent de base à l'évaluation et aux paramètres joue ici un rôle considérable.

En cas de données incomplètes, déformées ou non actuelles, la banque doit prendre une position conservatrice justifiée. Un grand nombre de renseignements impose la nécessité de disposer des bases de données adéquates comportant entre autres les informations sur les évenements de non-acquittement de ses obligations, l'information sur la récupération de crédit réalisée, l'information sur le processus de restructuration/recouvrement. Il est particulièrement difficile d'obtenir les données relatives aux pertes économiques de crédit, vu la globalisation financière ainsi que le temps que les banques mettent pour recouvrer leurs créances. Il faut souligner que la plupart des banques ne disposaient pas dans le passé des bases de données pour construire le rating des transaction.

La banque doit assurer la transparence et l'accessibilité de données réunies dans les bases de remboursement/perte de crédit aux corps de surveillance pour contrôler le système de rating, à l'auditeur interne et à l'inspecteur bancaire. Chaque élément du système de rating doit être justifié. Les règles fixées par NUK et CAD 3 imposent aux banques l'obligation d'utiliser le système de rating dans la prise de décision de

l'octroi du crédit, la maîtrise du risque, l'allocation interne des capitaux et « corporate governance ».

Les agences de rating des crédits n'accordent aucune garantie en ce qui concerne la conformité des ratings attribués. Les enquêtes confirment que les obligations estimées plus bas ne sont pas achetées plus souvent que les obligations evaluées plus haut[15].

Dans les régulations légales, la référence est faite aux ratings donnés aux émissions en tant que mesure de sécurité du placement dans les titres de créance.

Le réglementation bancaire en Pologne se rapporte aux ratings de la fiabilité financière attribués par les plus grandes agences de rating : Moody's Investor Service et Standard & Poors. En vertu du décret du Président de la NBP (banque centrale), les banques en Pologne peuvent investir dans les valeurs étrangères émises par le Trésor public, la banque centrale, les institutions gouvernementales des pays adhérant à l'OCDE, chargées de risque au niveau de Aaa/AAA à Baa3/BBB pour les titres à long terme.

3. Rating des compagnies d'assurance

Le rating des assurances consiste en l'évaluation des établissements d'assurance et de leurs produits. En particulier, le rating des assurances porte sur la capacité de l'établissement de payer les dommages-intérêts et des prestations dans les délais et conformément aux conditions contractuelles. Du point de vue du type d'évaluation, le rating des assurances peut avoir une forme d'une évaluation du pouvoir financier absolu des entreprises ou du pouvoir financier relatif par rapport aux différents acteurs du marché de nature semblable. Un tel rating porte notamment sur la structure de l'activité menée parce qu'il est impossible de comparer le volume ou la conformité des capitaux propres des entreprises qui ont dans leurs portefeuilles des produits de différents délais de paiement des dommages-intérêts ou bien dont la variabilité et la prévisibilité du niveau d'occurence des dommages sont différentes[16].

Ce sont les ratings absolus qui sont le plus souvent applicables aux assurances.

Compte tenu du type d'information, nous pouvons distinguer le rating sollicité et le rating dite de qualification. Pour le premier rating, on utilise les données internes aux entreprises et les données rendues publiques. En ce qui concerne le rating de qualification, l'agence s'appuie sur les données

[15] W. Lipka, *Polskie instytucje finansowe w świetle ratingów* [Institutions financières polonaises à la lumière de du rating], Poznań, le 29 septembre 1999, dossier de conférence.
[16] W. Jaworski, *Rating ubezpieczeniowy* [Rating des assurances], Poznań 2002.

accessibles au public. Dans ce cas-là, le rating ne comporte pas d'évaluation qualitative et il emploie un petit nombre de modèles pour noter une entreprise.

La méthodologie d'évaluation des systèmes de rating employée en Pologne pour le rating sollicité ne diffère pas des méthodes traditionnelles appliquées aux assurances par les plus importants systèmes de rating internationaux.

La méthodologie de rating des compagnies d'assurance est bien semblable et elle se distingue par les indices, les critères et les méthodes d'évaluation. La perception de l'impact de ces indices sur la solidité financière des compagnies d'assurance est aussi différente.

Le rating comporte quelques niveaux : à partir du niveau général jusqu'à l'analyse de l'entourage du pays comme dans d'autres genres de rating.

Nous pouvons également grouper les ratings des assurances par objet de rating, type d'évaluation, période d'évaluation et type d'objet de rating dans les assurances. Comme dans d'autres secteurs soumis au rating, on prend en considération la conformité, l'exactitude, l'actualité du rating, l'indépendance de l'agence de rating et la compréhension du processus de rating.

L'acceptation du processus de rating est essentielle pour réaliser l'objectif du rating et c'est pourquoi elle en est une condition fondamentale.

Un large cercle des clients, dont le rôle est important dans un secteur ou sur un marché, témoigne de l'acceptation et de la reconnaissance de la fiabilité de rating.

En cas des compagnies d'assurance le rating peut avoir l'impact indirect sur les frais de financement ainsi que sur les résultats de l'activité d'assurance.

Sans acceptation du rating par les clients des services d'assurance et des investisseurs, le rating serait sans grande valeur et deviendrait une information ordinaire de moindre utilité. Par conséquent, les exigences relatives au processus de rating sont classées selon l'impact sur l'acceptation du rating par les acteurs du marché d'assurances.

La confiance envers l'agence a une importance primordiale, car l'établissement d'assurance attache de l'importance à ce que les données internes soient maintenues entièrement confidentielles. Le produit de rating est de nature immatérielle et la qualité de l'évaluation est appréciée et vérifiée par le marché après le relèvement de la note.

Selon les économistes, ce sont la confiance et le comportement des destinataires de rating qui comptent ; on entend même une opinion répétée qu'il n'est pas important si le rating est bien fait ou pas. L'opinion sur le marché est essentielle. Il est nécessaire de connaître le rating en tant que méthode ainsi que de vérifier la conformité aux exigences adéquates en ce qui concerne le processus de rating, le résultat de rating et l'agence de rating.

L'acceptation et la confiance accordée à l'agence permettent d'avoir l'accès aux données ce qui fait augmenter l'exactitude des données et de l'évaluation.

Il convient en particulier d'expliquer un phénomène de publication uniquement de bons résultats de rating. Cette particularité du marché résulte du fait que d'abord ce sont les compagnies, qui ont une bonne santé financière et une position forte sur le marché et pour lesquelles il y a de petites conséquences d'arrêt du premier rating, se soumettent en premier au rating.

La première étape de se faire reconnaître sur le marché est un processus à long terme et une nouvelle agence de rating qui entre sur le marché des assurances en Pologne doit disposer de moyens financiers importants.

Les menaces pour le rating sont d'une part le rating inadéquat ou d'autre part le fait que le manque de conscience des destinataires du rating peut mener à la prise de mauvaises décisions sur base de ces notes.

Dans le secteur d'assurance, les informations doivent concerner en général trois niveaux : entourage macroéconomique, données de l'entreprise et qualité des services fournis (la distribution et les services mêmes).

Les données doivent être saisies du point de vue de la quantification qualitative et quantitative ainsi que de la période : les données relatives au passé et à l'avenir.

Le nombre d'informations doit être limité et les données sont sélectionnées selon leur utilité pour l'évaluation. Le volume de celles-ci n'est pas important, par contre c'est leur représentativité qui compte. Parmi les données externes à la compagnie, on étudie les données, les publications et les rapports de la Commission de Surveillance des Assurances et des Fonds de retraite, de la Chambre Polonaise des Assurances et du Bureau Central des Statistiques. Les sources d'information sont aussi les rapports financiers de la compagnie d'assurance, y compris les rapports d'audit, les brochures d'émission et les rapports annuels ou périodiques des sociétés d'assurance publiques. On prend également en considération les documents de l'offre de la compagnie, les articles de presse, les opinions et les expertises des intermédiaires d'assurance et des courtiers. Il n'est pas possible d'utiliser les données journalistiques en tant qu'une seule source de données non confirmée.

III. AGENCES DE RATING

1. Caractéristique générale

Les agences de rating effectuent la classification qualitative des engagements financiers d'un acteur économique soumis au rating. Elles analysent la solidité de l'entreprise dans l'acquittement de ses obligations dans le passé ainsi que les prognostics financiers pour l'avenir, y compris la détermination de tous les risques.

Les agences sont des entreprises de conseil d'investissement qui sont les acteurs économiques indépendants. Elles se financent de deux sources : rémunération au titre des études spécialisées du marché financier et rémunération pour la réalisation de l'évaluation de crédit des acteurs économiques. Cette dernière source constitue 80% des revenus de l'agence. Le revèlement d'une note n'est pas pourtant un service de bon marché, car le rating pour l'émission des valeurs nationales effectué par une agence en Pologne coûte environ 50 000 zlotys et le rating international pour l'émission des valeurs étrangères s'élève à 30 000 euros au minimum.

La première institution de rating en Pologne était CERA S.A., fondée en octobre 1995. CERA a débuté en janvier 1997 et elle a été créée par l'Association des Banques Polonaises et US AID. Le premier rating a été effectué en octobre 1997 et en janvier 1998, il a été préparé une première étude sectorielle sur les finances des communes. En décembre 1998, Thomson Financial Bank Watch est devenu l'actionnaire stratégique et en décembre 2000 Fitch a pris 52,5 % du capital[17].

En novembre 2001, le nom de la société change en Fitch Polska et en janvier 2002 le nouvel acteur Fitch Polska est inscrit au registre.

Chaque année l'agence Fitch prépare beaucoup de ratings nationaux et internationaux pour les villes comme Kielce, Koszalin et Ostrów Wielkopolski en 2005 et de ratings internationaux pour BRE Bank, Bank PEKAO S.A., PKN Orlen ou pour la Pologne en général.

La concurrence sur le marché de rating n'est pas encore bien développée en Pologne. Il manque des agences dédiées aux acteurs plus petits. Les principaux clients de ces services sont le secteur financier et de plus en plus la bourse des titres et des valeurs mobilières. Les petites et moyennes entreprises ont un accès limité au rating en raison du coût élevé de ce service.

1.2. Conditions posées aux agences

Les conditions que les agences doivent remplir sont l'objectivité et la compétence ce qui signifient le traitement égal de tous les acteurs économiques soumis au rating et la résistance à la pression exercée par les entités analysées dans la situation où elles voudraient traiter le rating comme un moyen de confirmation publique de leur valeur.

[17] Aujourd'hui les actionnaires de Fitch Polska sont : Fitch Ratings – 98,61,%, Agencja Rozwoju Przemysłu [Agence de Développement de l'Industrie] – 0,37%, Fundusz Górnośląski [Fonds de Haute-Silésie] – 0,37%, Computerland – 0,3%, Bank Rozwoju Przemysłu [Banque de la Protection de l' Environnement] – 0,1%, Kredytserwis – 0,1%, Giełda Papierów Wartościowych [Bourse des Titres et Valeurs Mobilières] – 0,09%, Maison de Courtage Penetrator – 0,05% ; www. fitchpolska.com.pl/historia.

La fiabilité et la crédibilité sont un autre critère qui repose sur les critères d'évaluation fixes, la constance des critères d'évaluation au sein d'une branche et au cours de la même période.

Le professionnalisme de l'agence doit s'appuyer sur les connaissances professionnelles des analystes et sur la conformité des données utilisées. La déontologie et la discrétion des salariés de l'agence doivent faire distinguer cette agence parmi les autres institutions qui s'occuppent de l'étude du marché financier.

Compte tenu du fait que les agences ont l'accès illimité aux décisions de la direction des entreprises, aux systèmes de reporting internes et aux informations concernant les plans stratégiques, la confidentialité doit être traitée par l'agence d'une manière exceptionnelle.

L'indépendance de l'agence doit être assurée par son status juridique garantissant l'indépendance et la résistance à l'influence exercée par le marché, les concurrents, les organes d'État, les associations, les lobbies sectoriels ou bien l'entité notée. Une autre méthode pour assurer son impartialité est de percevoir des commissions au titre de le rating avant le lancement des études. Cela constitue bien sûr une garantie de paiement, mais en même temps peut engendrer des différends entre l'agence et une entreprise notée.

Le rating inadéquat peut entraîner la perte du marché pour l'agence. Bien que les agences ne supportent pas en effet la responsabilité su rating inadéquat, elles donnent beaucoup de soins pour réaliser des services offerts. Les éléments, tels que : expertise des analystes, respect des restrictions de *insider trading* et prevention des conflits d'intérêts jouent un rôle incontestable.

1.3. Fiabilité du rating

Le rating a pour but avant tout de fournir les informations aux prêteurs intéressés, investisseurs et fonctionnaires de surveillance sur le risque de non-acquittement des obligations prises au titre de l'investissement dans un instrument financier comme les actions, les obligations et d'autres valeurs. Ce sont les informations clés, puisqu'elles évaluent le risque ce qui se traduit en dégré de sûreté de remboursement de l'investissement. Cependant, on prend en compte notamment l'intérêt d'une entreprise notée et non celui des tiers, qui à partir des résultats de rating peuvent attendre de différentes réactions du marché. Seulement dans le cas où les personnes comme investisseurs prennent une décision financière erronée (par exemple en matière d'ouverture du capital) et en plus ils justifieront et présenteront les conditions pour engager la responsabilité de l'agence de rating, ils peuvent bénéficier des dispositions générales relatives à la protection des tiers dans les rapports d'engagement.

Beaucoup d'éléments pris en compte dans le rating ne sont pas mesurables, mais les agences utilisent des arguments selon lesquels leur incorporation est nécessaire. Ainsi, elles imposent souvent des critères d'évaluation en y incorporant les éléments qui ne sont ni nécessaires ni importants pour l'évaluation dans un secteur donné. Le subjectivisme de l'évaluation est inévitable et contraire à l'objectif du rating qui est de fournir aux clients une information objective. Le subjectivisme mène en effet à la non-compréhension et à l'absence de transparence des ratings, à la probabilité plus grande de commetre des erreurs, à la dépendance du rating de l'expertise de l'équipe d'analystes et à la partialité éventuelle.

Le subjectivisme dans l'évaluation porte sur la sélection des indices et leur pondération. En cas de rating des assurances, il s'agira de la détermination quelle entreprise sera en condition menacée et, par conséquent, de la détermination des indices et pondérations critiques pour une telle situation. L'évaluation des perspectives du développement peut également poser des problèmes. Les prognostics estimés ne sont pas toujours de bonne qualité et en cas de manque de clarté les agences ont des possibilités de manoeuvre limitées pour les vérifier. L'évaluation de l'état véritable des prognostics peut être donc subjective, car elle se fonde sur la confiance de la direction en ce qui concerne par exemple les plans de restructuration.

De même, la non-homogéneité des critères d'évaluation pose un autre problème. Cela signifie qu'un acteur économique peut être évalué différemment par les différentes agences de rating, ce qui résulte de différentes méthodes d'évaluation et de la différente pondération de différents critères ainsi que de l'utilisation large des facteurs qualitatifs et leur impact sur l'évaluation. Cette différence des ratings témoigne de l'objectivisme limité et de ce que l'évaluation du pouvoir de l'acteur n'est pas équivalente. En Pologne ce phénomène ne pose pas encore de problèmes, car – comme il a été démontré précédemment – la plupart des entités notées obtiennent des résultats comparables. Cela résulte de la structure d'oligopole du secteur des agences de rating en Pologne.

On peut voir une grande différence entre le rating sillicité et le rating de qualification. Dans le secteur des assurances, la plupart des entreprises ont une note basse, pourtant, il n'est pas possible d'en conclure que le rating de qualification donne les meilleurs prognostics en dépit des arguments relatifs à l'attribution préalable de le rating négative aux entreprises d'assurances en condition menacée.

La particularité du rating est aussi soumise à la critique, car l'évaluation s'appuie sur le processus et les modèles standardisés. Il n'est pas certain que ce modèle prenne en compte d'une manière optimale la spécificité des besoins de communication des destinataires du rating. Le système de rating permet d'effectuer en partie le contrôle sur les tentatives de manipulation de la note par l'agence même. Pourtant, on ne peut pas attendre que les agences dévoilent tous les critères d'évaluation et leur pondération, ce qui a lieu le plus souvent au cours d'une réunion du commité des analystes. La divulgation des critères pourrait conduire aux discussions infinies sur la régularité de l'approche retenue par l'agence. Le processus d'attribution d'une note est automatisé et, par conséquent, il peut arriver que l'approche ne soit pas individualisée.

La position des grandes agences de rating en Pologne n'est pas menacée, car la concurrence n'apparaît que dans le cas d'évaluations spécifiques et de niche qui font l'objet du rating régional.

Le défaut du rating est une grande influence des éléments subjectifs dans l'attribution d'une note. Un autre défaut concerne le maintien de son actualité qui est très important pour la qualité du rating. La fréquence du rating, l'accès à l'information ou le nombre d'analystes décident de la qualité du rating sur le marché.

Les ratings ne réagissent pas toujours vite aux changements. Si l'évaluation prévoit la simulation des scénarios les plus pessimistes, elle comprend l'étendue de résistance d'une entreprise aux changements défavorables de son entourage. Le rating est baissé un peu avant ou aprés la survenance de l'événement défavorable, mais en cas d'événements extraordinaires cela ne peut constituer une repproche, car à la date de l'attribution du rating cette entreprise se trouvait dans la situation justifiant une bonne note.

Par contre, si l'agence ne prend pas en considération les changements défavorables de nature évolutive, cela peut servir de base à une analyse non professionelle, car la société en effet n'a pas d'ennuis financiers d'un jour à l'autre. Ainsi, l'agence est responsable de ne pas avoir observé la due dilligence dans l'accomplissement de ses obligations et sa responsabilité entre alors en jeu.

Le contrôle des agences de rating ne découle pas des sources de droit spécifiques, mais il appartient aux organes qui exercent la surveillance des secteurs analysés. Cela concerne les assurances, les banques, les finances, les collectivités territoriales ou bien la bourse des titres et des valuers mobilières pour les sociétés publiques. Le législateur polonais n'harmonise pas le droit en matiére d'activité de rating bien que la situation soit différente par rapport à l'audit. En cas de sociétés publiques on peut égalements observer que l'intérêt que la bourse porte à la réglementation du rating p.ex. corporate governance est important et que les réglamentations internes dans ce domaine auront lieu dans peu de temps[18].

[18] P. Tamkiewicz, B. Lepczyński, M. Dzierżanowski, *Rating nadzoru korporacyjnego w spółkch gieldowych* [Rating de la corporate governance dans les sociétés de bourse], Gdańsk 2001, p. 16.

Les procédures de contrôle ne sont pas spécifiques pour les agences de rating comme pour les autres sociétés de services, hors les acteurs du marché financier réglementé.

La structure du marché financier polonais est assez spécifique. D'une part, les plus grandes agences de rating ont été créées en Pologne et interviennent sur le marché polonais. Les conflits d'intérêts entre les agences ainsi qu'entre les investisseurs, les acteurs notés et les concurrents ne sont pas essentiels.

Par contre, il y n'a pas en Pologne d'agences de rating locales malgré que les arguments pour leur création soient forts . La création des agences régionales plus petites peut avoir pour effet le développement de la concurrence sur le marché des services de rating qui n'est pas suffisament concurrentiel. La création d'une agence de rating polonaise qui avait peu de clients et n'a pas introduit de ratings dans de nouveaux secteurs de l'économie a causé entre autres sa reprise par un des leaders mondiaux.

Par contre, on aperçoit la hausse du nombre des ratings de consommation ou d'investissement s'appuyant sur les données généralement accessibles et publiées dans la presse professionnelle. Ce n'est après la dissémination de ce type de rating et la création du marché concurrentiel de ces services qu'on peut s'attendre à voir apparaître des agences de rating régionales ou nationales.

Wojciech J. Katner
Professeur à l'Université de Łódź

LA CONCURRENCE DÉLOYALE ET LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR DANS LE RÉSEAU INFORMATIQUE

I. L'INTRODUCTION

Dans une économie de marché l'existence d'une concurrence entre les entrepreneurs actifs sur le marché est une évidence. Si, en plus, c'est un marché où l'offre prévaut sur la demande et il faut donc solliciter l'acquéreur, consommateur surtout, c'est qu'une concurrence entre les marchandises et les services offerts à la vente y est d'autant plus présente.

Dans les pays à économie de marché s'observent des procédés de plus en plus raffinés, mis en oeuvre par les vendeurs, ayant pour but de pénetrer dans la poche des prospects. En dehors d'une amélioration constante des produits nous y voyons aussi de procédés marketing parmi lesquels se trouve avant tout une publicité efficace qui n'est pas pourtant tojours honnête. Dans des pays comme la Pologne qui, au début des années 90 du XX^{e} siècle, a rejoint avec les pays voisins de l'Europe centrale et orientale, la sphère de l'économie libérale, après une absence de plusieurs décennies il est relativement facile d'acquérir une clientèle sensible encore au charme d'une abondance de marchandises sur les rayons des magasins. Pour bien comprendre ce phénomène, il aurait fallu vivre personnellement la situation de deux générations des gens baignés dans une réalité d'un régime dit socialiste et de son économie centralement dirigée, d'une économie des pénuries permanentes, des queues omniprésentes faites pour avoir des biens d'usage quotidien, universellement inaccessibles. C'est pourquoi la perception de la présence et du poids économique d'une concurrence loyale en nouveaux pays-membres, depuis le 1 mai 2004, de l'Union européenne dont la Pologne, sera encore pendant plusieurs années différente de celle qu'en ont les sociétés occidentales. Avant cette date, la Pologne a réalisé une grande oeuvre d'avoir transformé son économie et d'harmoniser sa législation au système du droit européen.

Il reste cependant qu'une économie de marché, et une législation appréciée reposant sur les systèmes d'autres pays européens (un code d'obligations de 1933, un code commercial de 1934, le droit de faillites de 1934, le droit de la lutte contre une concurrence déloyale de 1926, le droit d'auteur de 1926 entre autres), faisaient une partie remarquable de tradition

d'Etat en Pologne d'avant-guerre. D'autre part, le fait de construire, après 1945, une économie se basant sur une utopie idéologique avait détruit cet acquis au point qu'il faudrait aujourd'hui connaître de nouveau les secrets de la lutte contre les actes de concurrence déloyale et comprendre que le phénomène d'une concurrence n'est pas seulement normale dans une économie libérale, mais qu'il y est également très souhaitable. La lutte contre une concurence déloyale dans une économie de marché qui se construit encore est très difficile parce que de difficultés économique, une tendance à une monopolisation, un chomage considérable et d'autres phénomènes de ce genre à caractère macroéconomiques montrent la force d'un capitalisme dit sauvage observables dans la pratique polonaise. Les dispositions visant à mettre en place une concurrence loyale en droit public ou combattant les actes d'une concurrence déloyale dans les relations entre les entrepreneurs et entre ceux-ci et consommateurs se fraient un chemin à travers de la pratique économique et la jurisprudence. Cette jurisprudence, absente pendant des années, devient de plus en plus riche et évolue en permanence.

Les remarques ci-dessus sont indispensables pour me permettre d'expliquer qu'il n'est pas facile de répondre dans ce rapport à des questions posées pour la conférence d'Utrecht par le rapporteur général, professeur Georges Decocq de l'Université Paris XII. A la base d'un bref questionnaire soumis on s'attend à avoir une position des rapporteurs nationaux en matière d'évolution du droit de la protection de la concurrence et de la lutte contre une concurrence déloyale, à commencer par une définition, des sources, et, ensuite, des conditions de fond requises pour appliquer une protection contre une concurrence déloyale d'un point de vue légal (la présence nécessaire d'une concurrence) et jurisprudentiel (les cas). Puis, on s'attend à une réponse à la question portant sur les effets des pratiques d'une concurrence déloyale du point de vue de sanctions ou de réparations, sur des conditions de fond de la culpabilité et de la plasticité en ce domaine et, enfin, à une considération sur des rapports entre une concurrence déloyale et une mondialisation due à l'avénement d'une économie informatisée (le commerce électronique, *commerce-e*), ce qui renvoie à un élément d'extranéité (Internet) dans une démarche malhonête (devant quelle jurdidiction et selon les règles de quel droit le litige serait-il tranché?). Une question est posée si une évolution de la protection légale vers des règles universelles, telles que la *lex mercatoria* et les principes d'Unidroit en commerce international n'est-elle pas envisageable.

Je vais tenter de dissiper des doutes apparus au fil de ma présentation de l'état du droit polonais de la concurrence ou dans ses conclusions. Une difficulté supplémentaire au cours de son élaboration a paru du fait d'une autre disposition d'accents dans le rapport national souhaitée par le rapporteur général eu égard au thème initialement proposé par les fondateurs de

la conférence qui l'ont formulé pour les rapporteurs nationaux comme suit : *La protection des cyber consommateurs et la concurrence loyale (pratique de la concurrence deloyale) et commerce-e.*

II. LA NOTION ET LES SOURCES DU DROIT DE LA CONCURRENCE DELOYALE EN DROIT POLONAIS

L'admission de la concurrence dans la circulation économique fait partie des principes de l'économie de marché et elle est particulièrement mise en relief dans le système économique et juridique de l'Union européenne. Cela trouve son expression en interdiction d'une aide publique à des entrepreneurs ayant pour effet que certains d'entre eux soient préférés par rapport à d'autres exerçant les mêmes activités sur le marché. Cette matière est régie par le droit public qui s'oppose à toute manifestation d'une monopolisation. La base juridique en est la **loi du 15 décembre 2000 sur la protection de la concurrence et des consommateurs (texte intégral, J. des L. de 2003 nº 86, texte nº 804 modif.)**.

La loi de 2000/2003 interdit des ententes, soit principalement des contrats entre les entrepreneurs ainsi que leurs résolutions dont l'objectif ou l'effet est d'éliminer, de limiter ou de violer de manière significative la concurrence sur le marché[1]. En particulier, il s'agit de pratiques visant à :

– fixer des prix et d'autres conditions d'achat ou de vente des marchandises,
– limiter ou contrôler une production ou la vente,
– partager un marché d'écoulement ou d'acquisition,
– appliquer dans des contrats similaires avec des tiers des conditions contractuelles pénibles ou disparates entraînant pour eux une différenciation des conditions de concurrence,
– faire dépendre la conclusion d'un contrat de l'acceptation ou de la réalisation par l'autre partie d'une prestation restant sans rapport avec l'objet de ce contrat (une vente dite liée),
– limiter l'accès au marché ou éliminer du marché les entrepreneurs non concernés par une entente,
– se mettre d'accord par les entrepreneurs participant à un appel d'offres, sur les conditions de la présentation de leurs offres concernant en particulier l'étendue des travaux ou des prix (le complot sur les prix).

Reste sans importance si l'objectif de la violation de la concurrence est réalisé, s'il ne l'est pas, ni si telle était l'intention de une entente conclue[2].

[1] La législation antimonopole n'a pas pour l'objectif de protéger un entrepreneur individuel, arr. du Tribunal antimonopole du 21.11.2002, XVII Ama 2/01, *Wokanda* 2003, nº 5, texte nº 50.

[2] Plus amplement: K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne* [Le droit public des affaires], Warszawa 2005, p. 344 et suiv.

Il apparaît une notion générale des pratiques limitant la concurrence. Elle n'a pas de contenu normatif, mais elle est comme une sorte de terme collectif désignant tous les phénomènes flétris par la loi de 2000. Les pratiques déformant, ou susceptibles de déformer, la concurrence à l'avenir sont considérés comme pratiques limitant la concurrence[3].

Une interdiction absolue concerne un abus d'une position dominante par l'entrepreneur[4]. Celle-ci est entendue comme une position qui lui permet de prévenir une concurrence efficace par voie de se créer une possibilité d'action largement indépendante de concurrents, contractants et consommateurs. La position d'un entrepreneur est supposée dominante lorsque sa part du marché dépasse 40% (art. 4 point 9 de la loi). Il s'agit alors des situations où un entrepreneur soit impose des conditions contractuelles pénibles lui procurant des profit non fondés, soit des prix malhonêtes, excessivement supérieurs ou considérablement inférieurs, soit il limite la production ou la vente, soit il crée des conditions pénibles pour toute contestation de la part des consommateurs[5]. On distingue aussi un autre type d'entrepreneur dominant, celui qui est capable, en disposant par exemple d'une majorité à l'assemblée générale ou au directoire d'un autre entrepreneur (un entrepreneur dépendant), d'influer sur la composition de son directoire ou de ses organes de surveillance ou d'exercer une influence décisive sur ses activités (art. 4.3); ce sont des dispositions similaires à celles qui viennent d'être intégrées au code de sociétés commerciales de 2000.

Une réglementation à part entière régit l'interdiction de violer les intérêts collectifs des consommateurs; elle suit par ailleurs la directive n° 27 de 1998 de l'Union européenne. Conformément à l'annexe à cette directive, l'objet de la protection contre une violation des intérêts collectifs des consommateurs comporte, entre autres, une publicité malhonête et trompeuse, des stipulations malhonêtes dans des contrats conclus avec des consommateurs, une atteinte portée à l'obligation d'établir un contrat par écrit et de remettre au consommateur un exemplaire de ce contrat, celle portée à l'obligation d'informer le consommateur par écrit sur ses droits et sur la personne de l'entrepreneur (concernant les contrats conclus à distance et en dehors du local de l'entrepreneur.

[3] Plus amplement: T. Skoczny, *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję* [L'interdiction des ententes limitant la concurrence] Warszawa 2003.

[4] Le refus de conclure un contrat de fourniture des marchandises est considéré comme une manifestation d'un abus de la position dominante dans le cas où il a un caractère discriminatoire, ansi: arr. du Tribunal antimonopole du 10.12.2001, XVII Ama 3/01, *Wokanda* 2004, n° 6, texte n° 13.

[5] Toutefois, dans la mesure où l'entrepreneur, fournisseur de l'énergie, applique un tarif approuvé, il n'est pas en position dominante, voir: arr. du Tribunal antimonopole du 20.5.2000, XVII Ama 93/01, Lex n° 55953; arr. du Tribunal antimonopole du 17.4.2002, XVI Ama 81/01, Lex n° 75223.

La réalisation des droits du consommateur liés à la loi de 2000 se fait à l'aide d'un organe d'Etat, le Président de l'Office de protection de la concurrence et des consommateurs. Outre les domaines indiqués de la concurrence, il est également obligé d'empêcher une concentration excessive des entrepreneurs, de leurs capitaux, patrimoines et capacités économiques qui leur permettent d'exercer une pression déterminante sur d'autres entrepreneurs du point de vue des règles de la concurrence.

En droit privé, c'est la **loi du 16 avril 1993 sur la poursuite de la concurrence déloyale** qui sert la protection de la concurrence (texte intégral J. des L. de 2003, n° 153, texte 1503 modif.). Elle fait poursuivre les manifestations d'un comportement déloyal des acteurs du marché entre eux et tente à assurer la transparence des rapports sur celui-ci.

Conformément à l'art. 3 de la loi de 1993/2003 un acte de concurrence déloyale c'est toute action contradictoire à la loi ou aux bons usages qui menace ou fait violer l'intérêt d'un autre entrepreneur ou d'un client. Cette formulation désigne une telle violation de la loi dont les règles éthiques, les principes de loyauté etc., qui donne un avantage concurrentiel sur d'autres entrepreneurs, par exemple lorsqu'on ne paie pas des prestations publiques requises ou l'on annonce une basse qualité des prestations du concurrent en vue de reprendre sa clientèle[6]. La soi-disant transparence du comportement de l'entrepreneur sur le marché est troublée par une absence d'honnêteté, par une fraude, une publicité mensongère, désignation trompeuse des marchandises, par réalisation des profits du fait de se déguiser en d'autres entrepreneurs (p.ex. grâce à une falisification des marques commerciales, à l'espionnage industriel, à l'exploitation des secrets d'un autre entrepreneur, etc.).

La loi énumère les actes de concurrence déloyale, mais ce catalogue n'est pas clos et comporte des situations les plus fréquentes dans la vie des affaires, à savoir :

- le fait d'induire en erreur par une désignation impropre de l'entreprise,
- une marque d'origine fausse ou frauduleuse des marchandises ou des services,
- une désignation trompeuse des marchandises ou des services,
- une atteinte au secret commercial,
- persuasion visant une dissolution ou une inexécution d'un contrat,
- un trucage des produits,
- une inculpation ou éloges malhonêtes,
- un empêchement fait à l'accès au marché,
- une publicité malhonnête ou interdite,

[6] Conformément à l'avis de Cour d'appel à Gdańsk (arr. du 12.7.1994, I Cr 477/94, OSA 1994, n° 10, texte n° 57), la loi de 1926 visait une situation où les deux entreprises devaient être des enterprises concurrentielles; la loi de 1993 vise le cas où une entreprise viole l'intéret d'une autre enterprise par son action blâmable.

– une corruption d'une personne exerçant des fonctions publiques,
– une organisation de ventes dites massives,
– un exercice ou une organisation de l'exploitation commerciale en système de consortium.

La loi précise en détail le sens juridique de chacune des formes de concurrence déloyale ci-dessus (art. 5–17e).

En dehors de règles légales, les **principes d'un comportement loyal des participants en circulation commerciale, d'honnêteté commerciale et de bonne foi** en circulation civile ont une importance notables pour la protection contre les phénomènes d'une concurrence déloyale. Ce sont des clauses générales qui constituent les sources du droit dans la mesure où les dispositions légales s'en rapportent. Parmi celles-ci la plus importante en droit civil soit celle de l'**art. 5 du C.civ.** comportant une interdiction générale d'abus de droit. Partant d'une théorie interne d'un abus de droit, cette disposition statue qu'il « est interdit d'exercer son droit lorsque cet exercice soit contradictoire à l'objectif socio-économique de ce droit ou à des règles de la vie en société; une telle action ou son abandon par l'ayant droit n'est pas considérée comme l'exercice du droit et ne bénéficie pas d'une protection ». La notion de vie en société mentionnée répond à la clause de bonnes moeurs dans la loi de 1993/2000 (art. 31).

Un **usage**, et l'**usage commercial** surtout, essentiel en activité économique de l'entrepreneur, a une importance normative pareille. L'usage n'est pas une source du droit selon le droit polonais à moins qu'une disposition légale fait appel à des usages, et celui qui y a un intérêt juridique sait prouver qu'il existe un usage pour un comportement précis.

Le poids de la **jurisprudence** est très grand. Elle ne constitue pas une source du droit, mais elle exerce une influence notable sur le comportement des sujets compte tenu des considérations antérieures sur des cas similaires. Bien que les Tribunaux et les Cours, la Cour suprême y inclue, n'émettent pas des arrêtés devenus obligatoires par la suite (les **précédents**), une position établie de la jurisprudence, les **arrêtés de la Cour suprême** avant tout, est toujours prise en compte et considérée dans les motifs des décisions ultérieures, ainsi qu'elle est universellement commentée par la doctrine (les **gloses**).

III. LES NOTIONS DE CONSOMMATEUR ET DE CIRCULATION EN CONSOMMATION ET LA NOTION DE CIRCULATION COMMERCIALE

Une définition obligatoire du consommateur se trouve en C.civ. L'art. 22^1 C.civ., à l'instar de la directive N° 13 de 1993, dispose qu'« un consommateur est une personne physique exécutant un acte juridique qui n'est pas lié directement à son activité économique ou professionnelle ».

Il faut admettre cette définition, présente en nombre des pays de l'Union européenne, quoique je la trouve personnellement par trop étroite là où elle identifie consommateur à une personne physique: une personne morale qui n'exerce pas d'activité économique sur le marché, une association ou une fondation par exemple, peut avoir sur le marché une position aussi faible qu'une personne physique qui n'est pas entrepreneur.

Pour une protection correcte du consommateur, il est important de définir une circulation en consommation et séparer celle-ci de la circulation commerciale. Le consommateur exige un traitement particulier et des dispositions protégeant ses intérêts dans sa relation avec l'entrepreneur. S'il est vrai que l'art. 22^1 C.civ. ne fais pas qualifier de façon particulière le contractant d'une personne physique concluant un contrat qui n'est pas lié (directement) à son activité économique ou professionnelle, mais le bon sens impose que ce partenaire soit un entrepreneur (le **rapport B2C**). Il est difficile d'imaginer qu'il faudrait construire des mesures de protection particulière pour les rapports du consommateur avec d'autres sujets, et une distinction faite pour des relations entre consommateurs eux-mêmes (le rapport C2C) qu'on rencontre parfois dans la littérature, est totalement vicieuse. Je trouve que de telles relations juridiques n'existent pas du tout; qui devrait-on alors protéger contre qui: un consommateur contre un autre consommateur[7] ?

Or, une circulation économique *sensu stricte* comporterait de relations entre deux (ou plusieurs) entrepreneurs, et celle *sensu largo* serait celle entre un entrepreneur et un sujet de droit dont le statut juridique est indifférent, pourvu qu'il soit admissible en vertu des dispositions légales (p.ex. un contrat de vente entre un entrepreneur et une fondation).

IV. LA DÉFINITION DE L'ACTE DE CONCURRENCE DELOYALE

Conformément à la loi de 1993 sur la lutte contre la concurrence déloyale, une protection légale dépend de l'apparition d'un **acte de concurrence déloyale**. Il est défini soit juridiquement dans les dispositions successives de la loi, soit, à défaut d'une telle définition, on a recours à une clause générale contenue à l'art. 3[8]. Celle-ci dispose qu'un acte de concurrence

[7] Voir: W. J. Katner, dans: *System prawa prywatnego* [Le système du droit privé], t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa* [Le droit des obligations – partie détaillée], réd. J. Rajski, Warszawa 2004, p. 14–16; faute à J. Golaczynski, *Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym* [Les contrats électroniques dans la circulation économique], Warszawa 2005, p. 11.

[8] Conformément à l'arr. Cour d'appel à Łódź du 31.7.1995 (I ACr 308/95, OSA 1995, n° 7–8, texte no 52), dans le cas où un acte ne s'insère pas dans le catalogue visé par la loi, il

déloyale a lieu dans le cas d'une action de l'entrepreneur contradictoire à la loi, c'est-à-dire lorsqu'il viole des obligations ou interdictions revelant des dispositions du droit civil, pénal, administratif ou autre, comportant de telles dispositions, ou dans le cas où ses comportements contredisent les bons usages dont le sens juridique a été préalablement défini et lesquels renferment une menace ou portent une atteinte à des intérêts économiques ou juridiques d'un autre entrepreneur ou d'un client de cet entrepreneur[9].

S'agissant des conditions de fond pour des actes particuliers de concurrence déloyale on peut indiquer, à titre d'exemple, une **désignation de l'entreprise qui soit susceptible d'induire en erreur quant à son identité**[10], et cela par un usage fait de sa dénomination, de son sigle ou d'un autre symbole caractéristique utilisé antérieurement de façon légale par une autre entreprise (art. 5 de la loi)[11]. En déterminant donc si un comportement de l'entrepreneur constitue un acte de concurrence déloyale, il faut étudier des possibilité d'induire en erreur s'agissant de l'identité de l'entreprise (entrepreneur)[12]. Un tel acte devient davantage évident lorsqu'il s'agit de désigner des marchandises ou des services avec une marque d'origine fausse ou frauduleuse, indiquant un pays, une région, une localité de leur origine, avant tout dans le cas où des particularités spéciales d'une marchandise ou d'un service y sont associées, p.ex. une qualité, un goût, une apparence (art. 8 et 9)[13].

faut le considérer du point de vue de l'art. 3 et de ses conditions de fond. Conformément à cet arrêté, ces conditions ne sont pas remplies s'agissant d'une concurrence au niveau de prix et de qualité entre les entrepreneurs en transports publics desservant les mêmes itinéraires et en mêmes parties de la journée.

[9] Voir: U. Prominska, dans: *Prawo cywilne i handlowe w zarysie* [Précis du droit civil et commercial], réd. W. J. Katner, Zakamycze 2004, p. 491.

[10] Selon l'arr. CS / Cour suprême, CS dans la suite – N.D.T./ du 13.11.1997 r. (I CKN 710/97, OSNC 1998, n° 4, texte n° 69) la loi protège l'entrepreneur et non son entreprise. Or, le fait de se servir d'une désignation de fantaisie supplémentaire dans le cas des dénominations similaires n'équivaut pas à une induction en erreur (les gloses de M. Kępiński, OSP 1999, n° 7–8, texte no 112 ainsi que W. Włodarczyk, *Przegląd Sądowy* 1999, n° 1, p. 109).

[11] Conformément à l'arr. CS du 7.12.1999 (I CRN 126/98, OSNC 2000, n° 4, texte n° 70) la loi protège aussi les noms des entrepreneurs qui ne sont pas polonais; une désignation du producteur exclut une erreur quant à son identié (arr. CS du 11.7.2002, I CKN 1319/00, OSNC 2003, n° 5, texte n° 73, les gloses approuvant de M. Kępiński, OSP 2003, n° 4, texte n° 54); la protection de la désignation est liée à son utilisation antérieure par rapport au concurrent (arr. Cour d'appel à Łódź du 24.2.1999, I ACa 811/98, OSA 2002, n° 4, texte n° 31 avec les gloses de B. Klera; pareil CS du 22.9.1997, III CKN 139/97, Lex n° 50623).

[12] P.ex. une autorisation pour utiliser un nom apparenté fait lier (arr. CS du 9.5.1998, II CKN 734/97, OSNC 1999, n° 2, texte n° 25).

[13] Un arr. CS, remontant encore en 1937, était connu (II C 1335/37, OSNC 1938, n° 8, texte n° 373 avec les gloses de P. Wróblewski et F. Zoll, OSP 1938, n° 1, texte n° 15), selon celui-ci, l'utilisation du nom *Helvetia* désigant autrement la *Suisse* peut constituer un acte de concurrence déloyale.

Une dénonciation ou un usage impropre d'un secret d'entreprise constitue un acte de concurrence déloyale particulièrement flagrante. La loi définit ce secret comme comportant des informations techniques, technologiques, organisationnelles qui ne sont pas rendues publiques, et comme d'autres informations ayant une valeur économique à l'égard desquelles l'entrepreneur à pris de précautions indispensables pour les maintenir confidentielles (art. 11.4)[14]. La transmission, la dénonciation ou l'usage d'un secret d'entreprise ou l'achat de celui-ci d'une personne inautorisée constituent un acte de concurrence déloyale dans le cas où l'un de ces comportements menace ou porte l'atteinte à l'intérêt de l'entrepreneur (art.11.1), sauf des exceptions visées par la loi (art. 11.2 et 11.3)[15].

L'objectif d'avoir un profit ou de faire un dommage doit être visé en cas d'une diffusion des informations fausses ou trompeuses sur son propre entrepreneur (entreprise) ou sur un autre, spécialement lorsqu'il s'agit des dirigeants, des marchandises produites ou des services prestés, des prix pratiqués, de la situation économique, des qualifications des salariés, de fausses homologations, des résultats impropres des recherches, etc. (art. 14). Un acte de concurrence déloyale en publicité c'est avant tout une publicité contradictoire aux dispositions légales, aux bonnes moeurs ou portant l'atteinte à la dignité de l'homme[16], celle trompeuse et capable de ce fait influer sur sa décision, celle jouant sur les préjugés ou sur la naïvété des enfants, ingérant en vie intime, ainsi qu'une publicité dite comparative lorsqu'elle contredit les bonnes moeurs (art. 16)[17]. S'agissant de cette dernière, la loi indique des circonstances où une contradiction entre cette publicité et les bonnes moeurs fait défaut, p.ex. lorsqu'elle ne discrédite pas de marchandises ou de services d'un concurrent ou lorsqu'elle n'entraîne pas de

[14] Conformément à l'arr. CS du 3.10. 2000 (I CKN 304/00, OSNC 2001, n° 4, texte n° 59), dans le cas où l'entrepreneur n'a pas fait de démarches pour sauvegarder la confidentialité, une violation du secret d'entreprise n'a pas lieu.

[15] Conformément à l'arr. CS du 5.9.2001 (I CKN 1159/00, OSNC 2002, n° 5, texte n° 67) dans le cas où l'on peut obtenir une information de façon ordinaire et par une voie licite, la dénonciation d'une telle information n'est pas un acte de concurrence déloyale.

[16] Une publicité positive encourage et non décourage une concurrence par une mise en cause de l'honêteté et de la qualité; la tâche de la publicité n'est pas de combattre une concurrence déloyale (ainsi Cour d'appel à Varsovie du 15.5.1998, I ACa 367/98, *Apelacja Warszawska* 1999, n° 3, texte n° 22). Eluder l'interdiction de la publicité sous la couverture d'une publicité licite contredit les bonnes moeurs (arr. CS du 26.9.2002, III CKN 213/01, Lex n° 7524).

[17] Conformément à l'arr. Cour d'appel à Gdańsk du 6.11.1996 (I ACr 839/96, OSA 1997, n° 10, texte n° 57), la production d'une conviction sur des faits inexistants ce qui provoque l'impression d' une fraude, est une publicité malhonête.

qui pro quo sur le marché entre celui qui fait la publicité et son concurrent (art. 16.3)[18].

La législation polonaise, depuis peu de temps, considère comme un acte de concurrence déloyale la production d'une conviction chez le consommateur qu'il est gagnant en loterie de promotion (art. 17b), ainsi que l'organisation des **ventes massives, dite pyramidales** aussi, consistant à proposer un avantage à l'achat des marchandises ou services exigeant en contrepartie la persuasion d'autres personnes pour faire la/les même/s transaction/s avec des avantages étant fonction du nombre de personnes persuadées par la suite et qui adhèrent au système à leur tour (art. 17c). Il en va ainsi pour l'exercice d'une activité économique consistant à la gestion d'un patrimoine s'accumulant au sein d'un groupe à participation des consommateurs, et créé en vue de financer l'achat des droits, biens meubles, immeubles ou services pour le compte des participants, ainsi que l'organisation d'un groupe à participation des consommateurs (un **système de consortium** dit courrament **vente à l'argentine**) pour financer des achats précis (art. 17e).

Nous voyons sur les exemples donnés d'une concurrence déloyale que chacun des cas a ses propres conditions de fond, juridiques et de fait, qui permettent de qualifier des comportements précis en catégorie des actes de concurrence déloyale. Le législateur se contente tantôt de n'indiquer qu'une contradiction avec une réglementation, tantôt il fait appel à une compréhension plus large d'un ordre juridique en demandant qu'une contradiction avec les bonnes moeurs se produit. L'intentionalité de l'action de l'auteur portant une atteinte n'est pas exigible, bien qu'en majorité des cas ce soit au moins le *dolus eventualis* pris comme forme d'une faute intentionnelle.

En aucun des cas l'apparition d'un dommage n'est pas exigé. Une atteinte aux intérêts d'un entrepreneur, et même seule une menace pour eux est capable d'entraîner un dommage. Or, ce sera l'effet d'un acte de concurrence déloyale et non une condition nécessaire pour reconnaître un acte comme tel. Cela concerne également le droit public se rapportant à la violation de la concurrence. Reconnaissons toutefois que la jurisprudence qui s'est formée à la base d'une législation combattant la violation de la concurrence et les actes de concurrence déloyale, concerne, la plupart du temps, la situation où un dommage suit comme l'effet de cette violation. Répetons: l'apparition d'un dommage n'est pas indispensable pour appliquer les moyens de protection contre les actes d'une concurrence déloyale ou contre la violation de la concurrence.

[18] En cette matière, la CS dans son arr. du 14.1.1997 (I CKN 52/96, OSNC 1997, n° 6-7, texte n° 78) constate qu'une diffusion de l'information qu'on est un distributeur exclusif n'est pas une publicité, ce n'est donc pas un acte de concurence déloyale, en particulier comme une publicité trompeuse (les gloses critiques de R. Stefanicki, *Rejent* 1999, n° 1, p. 157; M. Walasik, *Przegląd Prawa Handlowego* 2002, n° 6, p. 46.

V. LES EFFETS DE LA VIOLATION DE LA CONCURRENCE ET DE L'APPARITION DES ACTES DE CONCURRENCE DELOYALE

Conformément à la loi de 2000/2003 sur la protection de la concurrence et des consommateurs, les ententes limitant la concurrence et les actes juridiques étant une manifestation d'un abus de la position dominante **sont nulles** ***ex lege***, sous réserve toutefois que les conditions de fond indiquées ci-devant soient remplies. Ceci découle d'une interdiction légale de leur mise en oeuvre. L'effet de nullité résulte du contenu de l'art. 58 du C.civ. qui s'applique à l'ensemble des actes juridiques (spécialement donc à tout contrat) contradictoires à la loi et qui est une disposition de base en droit civil qui prévoit dans ces cas (une contradiction avec la loi ou aux règles de la vie en société dont les bonnes moeurs sont l'une des formes) une nullité absolue *ex tunc*[19].

Le Président de l'Office de protection de la concurrence et des consommateurs qui est un organe central de l'administration économique gouvernementale protegeant la concurrence sur le terrain du droit public, ne constate pas la nullité des pratiques limitant la concurrence, mais il ne fait qu'un constat si les entrepreneurs appliquent-ils, ou si n'appliquent-ils pas, de pratiques limitant la concurrence, et il applique des sanctions administratives. C'est un tribunal civil, agissant en vertu de l'art. 189 du C.p.c., qui est compétent pour arrêter, suite à une action intentée par l'entrepreneur ayant un intérêt juridique (dont les intérêts sont violés), qu'un rapport juridique précis (p.ex. une entente limitant la concurrence) est nul et reste sans effet juridique[20].

En revanche, le Président de l'Office de protection de la concurrence et des consommateurs est compétent pour délivrer une décision relative à des **pratiques portant l'atteinte aux intérêts collectifs des consommateurs**. Une décision du Président établissant qu'une pratique donnée porte l'atteinte à ces intérêts, contient également une **obligation de refuser** à l'appliquer, y compris une définition des mesures pour éliminer les effets persistants de cette atteinte, assurant la réalisation de l'obligation, en particulier par voie d'obliger l'entrepreneur de faire une déclaration dont le contenu et la forme sont donnés dans la décision; celle-ci seule peut faire l'objet d'une publicité aux frais de l'entrepreneur (art. 23c).

Une **procédure antimonopole** (art. 44) est la plus importante et la plus connue qui soit d'entre les actions relatives aux pratiques limitant la con-

[19] Voir: K. Strzyczkowski, *op. cit.*, p. 362.

[20] Conformément à l' arr. du Tribunal antimonopole du 27.3.1996 r. (XVII Amr 5/96, *Wokanda* 1997, n° 6, texte n° 53) celui qui fait des actes de concurrence déloyale ne peut pas faire appel à ces actes.

currence, à la concentration des entrepreneurs, ainsi que parmi les actions sur les pratiques violant les intérêts collectifs des consommateurs. Cette procédure, lorsque des pratiques monopolistes sont constatées, a pour conséquence une décision du Président de l'Office de protection de la concurrence et des consommateurs qui ordonne de **refuser à violer** l'interdiction d'appliquer une pratique anticoncurrentielle, soit sans une sanction pécuniaire, soit assortie d'une telle sanction dans le cas où les conditions de fond légales soient remplies. Le **montant de la pénalité** peut atteindre, dans le cas de violation des interdicitions visées à l'art. 5 et 8 de la loi (l'interdiction des ententes limitant la concurrence et celle d'abuser d'une position dominante), jusqu'à **l'équivalent de 5 millions d'euros en zlotys polonais** (art. 101.2). Il est de règle que des pénalités infereieures sont appliqués. Les décisions du Président de l'Office sont soumis au contrôle judiciaire.

Les conséquences d'une violation des dispositions sur la lutte contre une concurrence déloyale se présentent autrement. La loi de 1993/2003 prévoit une responsabilité civile (art. 18–22) et une responsabilité pénale (art. 23–27). La **responsabilité pénale** se réduit à une typologisation d'actes particuliers d'une concurrence déloyale en délits soumis, le cas échéant, à la peine de privation de la liberté, à celle de limitation de la liberté ou à l'amende. Ces délits sont poursuivis, quant au principe, soit sur demande de la victime ou d'une organisation de consommateurs, soit sur celle du Président de l'Office de protection de la concurrence et des consommateurs lorsqu'ils menacent ou portent l'atteinte aux intérêts des consommateurs.

Sur le terrain de la **responsabilité civile**, dans le cas où un entrepreneur commet un acte de concurrence déloyale, l'entrepreneur dont l'intérêt soit menacé ou violé, a droit de revendiquer:

– un abandon des pratiques illicites,

– une élimination des effets des pratiques illicites,

– une seule ou plusieurs déclarations ayant un contenu et une forme appropriés,

– une réparation d'un dommage fait, conformément aux règles générales du droit civil,

– une remise des profits réalisés sans le bien-fondé, conformément aux dispositions du C.civ. sur un enrichissement non fondé,

– une adjudication d'une somme pécuniaire convenable pour une oeuvre sociale précise liées à la promotion de la culture polonaise ou à la protection du patrimoine national dans le cas où l'acte de concurrence déloyale était fautif.

Sur demande de l'ayant droit, le Tribunal peut décider également du sort des produits, de leurs emballages, des matériaux publicitaires et d'autres objets liés directement à l'acte de concurrence déloyale commis; en particulier, il s'agit de sa décision sur leur destruction ou sur leur affectation au dédommagement.

Dans le cas d'une accusation portant sur un acte de concurrence déloyale consistant à induire l'acheteur en erreur (art. 18a), compte tenu des difficultés avec des preuves, le législateur a fait charger le défendeur de prouver la véracité de marques ou d'informations mises sur les emballages ou celle des expressions utilisées dans la publicité.

Une protection est prévue également pour une personne à laquelle on reproche injustement, et cela de façon évidente, d'avoir commis un acte de concurrence déloyale. Dans ce cas, la personne mise en cause a droit de demander qu'on ordonne au demandeur de faire une déclaration appropriée, ainsi que de réparer le dommage fait suite à une action en justice intentée sans le bien-fondé.

Une responsabilité réparatrice indiquée, tant dans le cas d'un acte de concurrence déloyale commis que dans celui d'une action en vue d'une protection, privée de façon évidente de bien-fondé, repose sur les dispositions sur la responsabilité *ex delicto* et *ex lege* que l'apparition d'un dommage patrimonial soit prouvée coonformément aux règles générales du droit civil (art. 415 et suiv. C.civ.). Cette responsabilité repose, quant au principe, sur la **faute de l'auteur**, il faut donc prouver que son action était une action délibérée (*dolus directus*, *dolus eventualis*) ou non délibérée (une insouciance ou une négligence sous forme d'absence d'une due diligence). Entre un comportement fautif de la personne qui en est responsible et un dommage une relation de cause à effet doit se produire, consistant en une suite normale à une action ou à un abandon de celle-ci d'où un dommage s'ensuivit (art. 361 § 1 C.civ.).

VI. L'IMPORTANCE DU *COMMERCE-E* POUR L'ECONOMIE POLONAISE CONTEMPORAINE POUR LA CIRCULATION ENTRE LES ENTREPRENEURS ET LEURS RAPPORTS AVEC LES CONSOMMATEURS DANS LES CONDITIONS D'UNE MONDIALISATION ACCRUE

1. L'harmonisation de la législation polonaise avec la législation de l'Union européenne

Il est universellement connu qu'une mondialisation accrue de l'économie globale est liée à une expansion de l'Internet permettant une communication entre entrepreneurs eux-mêmes et avec des consommateurs, une communication à de grandes distances, indifférente tant au pays d'où vient une offre qu'au pays où elle est acceptée en vue de la conclusion d'un contrat[21]. Une

[21] Cf.: H. Bunz, A. Kuklinski, *Globalization, Experiences and Prospects*, Warsaw 2001; D. V. Gibson, Ch. Stolp, P. Conceicao, M. V. Heitor, *Systems and Policies for the Global Learning Economy*, Westport–London 2003.

économie électronique (le *commerce-e*) est devenue universelle et transfrontalière, en imposant aux contractants une standarisation des conditions contractuelles, une homogénisation des modalités de réalisation des contrats, des paiements pour les marchandises ou les services fournis, etc. Une protection juridique efficace des consommateurs contre des entrepreneurs malhonêtes qui offrent à distance, quelquefois frauduleusement, des prestations très avantageuses (p.ex. ceux originaires de pays exotiques), se servant des passe-partout Internet[22].

Sauf les réglementations universelles telles que, p.ex.: la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale des produits (en vigueur en Pologne depuis 1997), les conventions d'Ottawa Unidroit sur le crédit bail de 1988 et sur le factoring internationaux de 1988 (la Pologne n'y a pas adhéré, mais elle les respecte), les actes prépondérant sont des actes juridiques de l'Union européenne. Elles concernent la Pologne depuis la conclusion du Traité d'adhésion en 1991 (en vigueur depuis le 1.2.1994) et ils nous lient dans leur ensemble depuis le 1 mai 2004, c'est-à-dire depuis le jour où la Pologne est devenue membre intégral de l'Union européenne.

En matière de *commerce-e*, la Pologne a préparé une législation conforme aux directives européenne dans tous les domaines requis jusqu'alors. Il faut alors mentionner: a) la loi du 18 septembre 2001 sur la signature électronique (J. des L. n° 130, texte n° 1450 modif.), à l'instar de Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures[23], b) la loi du 12 septembre 2002 sur les outils de paiement électroniques (J. des L. n° 169, texte n° 1385 modif.), c) la loi du 5 juillet 2002 sur la protection de certains services prestés par voie électronique, basés ou consistant en un accès conditionnel (J. des L. n° 126, texte n° 1068 modif.), d) la loi du 18 juillet 2002 sur la prestation des services par voie électronique (J. des L. n° 144, texte n° 1204), ayant pour base Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ("Directive on electronic commerce").

[22] Voir: J. Ożegalska, «Nowe formy nieuczciwej konkurencji w Internecie» [Les nouvelles formes de concurrence déloyale sur l'internet], *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 2000, n° 5; B. Gadek, «Wprowadzanie w błąd wyszukiwarek internetowych w świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji» [L'induction en erreur des passé-partout internet à la lumière de la loi sur la poursuite de la concurrence déloyale], *Przegląd Prawa Handlowego* 2005, n° 8, p. 47 et suiv.

[23] Traduction polonaise de F. Wejman, «Przekład „Dyrektywy o wspólnotowej infrastrukturze podpisów elektronicznych"» [Traduction de la Directive sur l'infrastructure communautaire pour des signatures électroniques], *Transformacje Prawa Prywatnego* 2000, n° 1-2, p. 187–207.

Les réglementations européennes ont ses équivalents ou sont précédés par les règles mondiales, p.ex. une résolution de la l'Assemblée générale de l'Organisation des nations unies du 16 décembre 1996 n° 51/162: Uncitral Model Law on Electronic Commerce ou une déclaration de la Conférence des Ministres de l'OECD „Declaration on Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce", convoquée à Ottawa en 1998 sous le nom: „A Borderless Word: Realising the Potential of Global Electronic Commerce". Maintes initiatives semblables ont vue le jour sur le forum européen et extra-européen, celles américaines et la loi Clinton de 2000 y inclues.

2. La protection du consommateur polonais contre les procédés malhonêtes des entrepreneurs polonais et étrangers utilisant l'Internet

La protection des consommateur *liée* au *commerce-e* et à l'*utilisation* de l'Internet se rencontre dans la législation polonaise nouvelle ci-dessus et dans des modifications des lois en vigueur jusqu'alors, du Code civil en particulier, ainsi que dans des lois où les questions ayant trait à l'Internet ne font qu'une partie d'autres matières. Il n'est pas possible dans le cadre d'un rapport de présenter tous les instruments juridiques de la protection du consommateur, je ne vais signaler donc que les plus importants d'entre eux.

Dans un amendement de 2001 du C.civ., on a formulé de nouveau une notion de déclaration de volonté. Il résulte de l'art. 60 de ce C.civ. qu'il s'agit de la volonté d'une personne exécutant un acte juridique qui peut s'exprimer de façon suffisante, dont par une **manifestation de cette volonté par voie électronique**. Ajouté à l'art. 61 § 2 (en 2003) il dispose qu'une déclaration de volonté exprimée sous forme électronique est faite à une autre personne du moment où elle est introduite à un moyen de communication électronique de sorte que cette personne puisse prendre connaissance de son contenu. C'est une application à la forme électronique de la théorie de remise permettant de connaître le contenu de la déclaration de volonté, admis en droit polonais, trouvant son expression à l'art. 61 § 1 C.civ. concernant l'ensemble des déclarations faites selon les modalités traditionnelles.

Pour des raisons pratiques, la conclusion d'un contrat par l'intermédiaire d'une offre et de son acceptation, universellement connue, mérite une attention particulière. L'art. 66 § 1 C.civ. exprime un principe qu'une offre est une déclaration de volonté unilatérale faite à une autre partie en vue de la conclusion d'un contrat, déterminant ses stipulations essentielles. Une présentation d'une offre fait que l'offrant est liée par cette déclaration durant un temps précisé à l'art. 66 § 2 C.civ. En droit polonais, lorsque les

conditions juridiques sont remplies, le dépôt d'une offre a pour effet qu'une réponse du destinataire qui l'approuve entraîne la conclusion d'un contrat (le principe du caractère consensuel des actes juridiques).

Dans le cas où une **offre est déposée sous forme électronique**, elle ne lie l'offrant que dans les cas où sont remplies des conditions de fond supplémentaires, introduites par un amendement du C.civ. de 2003, en particulier lorsque le destinataire de l'offre confirme sans délai sa réception (art. 66^1 § 1 C.civ.). L'entrepreneur a en plus plusieurs obligations à l'égard des consommateurs, comme le devoir de les informer de façon univoque et intelligible (art. 66^1 § 2 C.civ.): a) sur des procédés techniques, composants de la conclusion du contrat, b) sur les effets juridiques d'une confirmation de l'autre partie qu'elle a bien reçu son offre, c) sur les principes et procédés de maintenance, de sauvegarde et de mise à disposition des actes liés à la conclusion du contrat et accomplis par l'autre partie qui sont applicables chez l'entrepreneur, d) sur les méthodes et moyens techniques servant à détecter et à rectifier les erreurs commises dans les données introduites qu'il est obligé de rendre accessibles à l'autre partie, e) sur les langues pouvant être des langues de contrat, f) sur les codes éthiques qu'il applique et sur leur accessibilité sous forme électronique. Les conditions susvisées doivent être remplies également lorsqu'un entrepreneur invite le contractant à commencer une négociation, à présenter ses propres offres ou à conclure un contrat d'une autre manière (art. 66^1 § 3 C.civ.). Ceci est applicable par exemple dans le cas des enchères sur l'internet, et les exogences légales générales le sont p.ex. pour des achats pratiqués de plus en plus dans les magasins sur l'internet.

Une autre disposition importante du point de vue d'une protection du consommateur dans le domaine du *commerce-e* est l'applicabilité d'une **signature électronique**. Cette signature est possible depuis 2002 grâce à l'implementation en droit polonais des règles de base de la directive de l'UE de 1999 sur la signature électronique faite par la loi susmentionnée de 2001 sur la signature électronique. Cette loi prévoit une signature électronique ordinaire, une signature certaine et une signature qualifiée. J'en passe sur des détails du sens de ces notions qui ne s'éloignent généralement pas du sens d'une signature certaine dans les législations européennes et celles des pays disposant d'une réglementation concernant la signature électronique. Ce qui est important pour ces remarques, c'est une possibilité d'appliquer cette signature dans la pratique de la circulation. Dans le cas où les contractants se servent de l'internet, ils peuvent appliquer une signature électronique qui leur plaît, prévue par la loi, basée sur l'infrastructure d'une clé publique et privée, techniquement neutre.

La situation où les dispositions légales exigent, par exemple, une forme écrite pour la validité d'un acte juridique demande une meilleure approximation. Ce n'est pas une pratique constante parce que le droit polonais est très tolérant et se contente de toute forme pour une immense majorité des actes juridiques, acceptant leur validité aussi lorsqu'ils sont accomplis oralement. Cependant, dans les rapports entre les entrepreneurs, compte tenu aussi d'un besoin d'avoir une preuve de la conclusion d'un contrat, et de la présentation de telles preuves aux administrations d'impôts, la forme écrite est de règle. Or, dans le cas où une disposition légale ou les parties au contrat prévoient une forme écrite d'un acte juridique, elle peut revêtir également une forme électronique. Conformément à l'art. 78 § 2 C.civ. une déclaration de volonté faite sous forme électronique et munie d'une signature électronique certaine vérifiée à l'aide d'un certificat qualifié valable équivaut à une déclaration de volonté faite par écrit. Un trait essentiel d'une signature électronique certaine est qu'elle fait identifier le signataire avec l'auteur de la déclaration de volonté et l'impossibilité de modifier le contenu de la déclaration déposée par voie électronique dans un laps du temps séparant son dépôt de son arrivée à l'appareil électronique du destinataire.

Dans la discussion qui a suivi l'introduction de l'art. 78 § 2 C.civ. suscité s'était produit un litige portant sur la question comment considérer la forme électronique de la déclaration de volonté: est-elle une nouvelle forme spéciale d'un acte juridique, autre qu'une forme écrite ou n'est-elle qu'une forme de déclaration qui sauvegarde la valeur de la forme requise d'un acte juridique, la condition d'écriture étant donc remplie? Je me prononce résolument en faveur de la position qui ne considère pas une déclaration électronique comme une nouvelle forme spéciale de l'acte juridique[24]. Dans le cas où une déclaration écrite est exigée et une signature

[24] Pareil: W. Kocot, *Charakter prawny podpisu elektronicznego* [La nature juridique de la signature électronique], PPH 2002, n° 4; le même, *Wpływ Internetu na prawo umów* [L'influence de l'internet sur le droit des contrats], Warszawa 2004; E. Wyrozumska, *Elektroniczne oświadczenie woli w ustawie o podpisie elektronicznym i po nowelizacji kodeksu cywilnego* [La declaration de volonté électronique dans la loi sur la signature électronique et après l'amendement du code civil], PPH 2003, n° 8; W. Dubis, *Prawne i ekonomiczne aspekty...* [Les aspects juridiques et économiques...], p. 227–228; antérieurement A. Stosio, *Umowy zawierane przez Internet* [Les contrats conclus sur l'internet], Warszawa 2002, p. 127 et suiv.; avis contraires: Z. Radwański, «Uwagi ogólne o zakresie stosowania formy elektronicznej w prawie cywilnym» [Les remarques générales sur l'étendue d'application de la forme électronique en droit civil], *Rozprawy prawnicze, Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, dans: réd. M. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar, Zakamycze 2005, p. 1291; antérieurement le même, *System prawa prywatnego* [Le système du droit privé], Warszawa 2004, t. 2, supplément; pareil: M. Butkiewicz, *Wpływ ustawy o podpisie elektronicznym na formę czynności prawnych* [L'influence de la loi sur la signature électronique sur la forme des actes juridiques], PPH 2003, n° 4; M. Świerczyński, dans: *Prawo Internetu* [Le droit de l'internet], réd. P. Podrecki, Warszawa 2004, p. 94; dernièrement: J. Gołaczyński, *Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym* [Les contrats électroniques dans la circulation économique], Warszawa 2005, p. 17.

électronique apposée conformément à l'art. 78 § 2 C.civ. est son équivalent, cela ne fait apparaître aucune nouvelle forme de cette déclaration[25]. Dans le cas où il serait possible, à l'avenir, de signer électroniquement un acte notarié, celui-ci resterait un acte notarié avec cette seule différence qu'une signature personnelle serait une signature électronique.

Les lois données au début de ce paragraphe et relatives aux activités du *commerce-e* comportent tout un ensemble de reglementations reposant sur les standards européens qui protègent les consommateurs lors des actes juridiques qu'ils exécutent, p.ex. en matière de services faits par voie électronique en domaine de la réception des programmes télévisés, de services financiers (carte de paiement, carte de crédit, argent électronique se développant peu à peu). Des mesures spéciales protègent le consommateur dans le cas d'**achat des marchandises ou services par voie électronique**, se faisant à distance (la loi du 2 mars 2000 sur la protection de certains droits des consommateurs et sur la responsabilité pour un dommage fait par un produit dangereux (J. des L. nº 22, texte nº 271). Un rôle qui ne saurait pas être surapprécié jouent les dispositions sur les **clauses abusives** dans les contrats avec les consommateurs, introduites dans notre code civil en 2000 à l'instar de la directive européenne no 13 de 1993 (art. 385^1–385^3 C.civ.). Les dispositions du code comportent 23 clauses abusives lesquelles, apparaissant dans un contrat sans un accord individuel préalable du client, ne le lient pas lorsqu'elles déterminent ses droits de façon contradictoire aux bonnes moeurs, en violant de façon flagrante ses intérêts. Une évaluation de la conformité aux bonnes moeurs est faite eu égard au contenu des clauses, aux circonstances de la conclusion du contrat et à d'autres contrats restant en rapport avec le contrat comportant les clauses faisant l'objet de cette évaluation (art. 385^5 C.civ.)[26].

Est controversée la promulgation des dispositions spéciales concernant la **vente à la consommation** en application de la directive no 44 du 25 mai 1999 du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la vente et de la garantie sur les biens de consommation. La loi du 27 juillet 2002 sur les conditions spéciales de la vente à la consommation et sur la modification du C.civ. (J. des L. nº 141, texte nº 1176) comportent les

[25] Plus amplement: W. J. Katner, «Podpis elektroniczny w prawie europejskim i polskim na tle uwag do procesu harmonizowania obu tych systemów prawnych» [La signature électronique en droit européen et polonais en contexte des remarques sur le processus d' harmonisation de ces deux systèmes juridiques], dans: *Księga pamiątkowa Profesora Jerzego Rajskiego*, Warszawa 2006 (sous les presses).

[26] Avec plus de précisions: E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich* [Le droit des contrats à la consommation], Warszawa 2002, p. 328 et suiv.; *Nieuczciwe klauzule w prawie umów konsumenckich* [Les clauses abusives dans le droit des contrats à la consommation], réd. E. Łętowska, K. Osajda, Warszawa 2004.

dispositions sur la responsabilité de l'entrepreneur qui vend un bien meuble à une personne physique qui l'achète dans un but non lié à son activité professionnelle ou économique (marchandise de consommation) dans le cas où ce bien, au moment où il est délivré, est non conforme au contrat. Les dispositions de la loi remplacent les règles du C.civ. sur la garantie pour des vices de la chose vendue et sur la garantie de qualité en vigueur jusqu'alors. Il n'est pas possible dans le cadre de ces remarques de les présenter avec plus de précisions. La question essentielle est qu'à l'avis de la jurisprudence et d'une partie considérable de la doctrine une loi devant favoriser le consommateur comporte des solutions juridiques moins avantageuses pour celui-ci que celles prévues dans le C.civ. Il en résulte donc que cette adaptation du droit polonais aux règles de l'Union européenne s'est avérée une adaptation manquée[27].

Une question ayant un poids important dans le *commerce-e* est de **fixer un droit applicable** pour les obligations contractuelles en cas de la conclusion des contrats transfrontaliers. Lorsque les rapports B2C interviennent, le consommateur peut être ressortissant polonais et l'entrepreneur peut habiter ou avoir son local à l'étranger. Une situation inverse peut se produire également, ainsi que celle où le contrat est conclu à l'étranger, il est exécuté à l'étranger et l'objet de la prestation est situé à l'étranger.

Dans le cas où les deux parties ne choisissent pas un droit applicable au contrat qui les unit, c'est alors que les règles de collision interviennent; s'agissant de la vente, elles se trouvent dans la loi du 12 novembre 1965 Le Droit international privé (J. des L. nº 46, texte nº 290 modif.)[28]. L'art.27 § 3 de ce droit, indiquant le droit de l'Etat où l'entrepreneur a son local, est le plus important. Il est de règle que cette solution n'est pas avantageuse pour le consommateur et alors, s'il n'avait pas de liaison entre le droit applicable au local de l'entrepreneur, il faudrait chercher une joint au travers de *lex loci contractus* (art. 29). C'est pourquoi il est important de trancher en quel endroit le contrat est-il conclu, quoiqu'il soit communément admis que c'est

[27] Plus amplement: M. Pecyna, *Ustawa o sprzedaży konsumenckiej, komentarz* [La loi sur la vente à la consommation, commentaire], Zakamycze 2004; W. J. Katner, *O rękojmi i gwarancji w kodeksie cywilnym i w ustawie o sprzedaży konsumenckiej – słów kilka* [Quelques mots sur la garantie dans le code civil et dans la loi sur la vente à la consommation], dans: *Prawo prywatne czasu przemian* [Le droit privé en temps de transformation], *Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi S. Soltysińskiemu*, Poznań 2005, p. 143 et suiv.; le même: *Prawo umów handlowych* [Le droit des contrats commerciaux], réd. S. Włodyka, Warszawa 2006, p. 1022 et suiv.

[28] S'agissant des contrats relatifs à la prestation des services touristiques, c'est l'art. 11b de la loi du 29 août 1997 sur les services touristiques (texte intégral J. des L. 2001, nº 55, texte no. 578 modif.); sur le contrat *timesharing* – voir l' art. 9 et 10 de la loi du 13 juillet 2000 sur la protection des acquéreurs du droit d' usage sur un bâtiment ou sur un local d'habitat à durée déterminée chaque année (J. des L. nº 74, texte nº 855).

le local du vendeur (art. 27 § 1 point 1). Ceci sera également applicable aux contrats conclus par voie électronique. Conformément aux dispositions en vigueur, et à proprement parler, seulement lorsqu'un contrat aboutit par l'internet grâce au dépôt de la déclaration de volonté sous forme électronique par l'envoi et la remise sur l'unité centrale du destinataire à laquelle est fournie la déclaration de volonté, que la localisation de celle-ci, et non la localisation du local ou du lieu de résidence de la partie contractante, sera lieu de conclusion du contrat[29].

La convention de Rome du 19 juin 1980 sur le droit applicable en rapports d'obligaion contractuels essaie de venir en aide dans de cas douteux; elle fait rapporter le droit applicable au droit de l'Etat avec lequel un contrat donné est le plus étroitement lié. Toutefois, dans ce cas-là, compte tenu de prestations non pécuniaires du vendeur, dominant par ailleurs dans le contrat par rapport à une seule prestation pécuniaire (le prix payé) de l'acheteur, le droit applicable serait plutôt le droit de l'Etat où se trouve le local de l'entrepreneur. C'est pourquoi sont bien fondés des postulats visant une acceptation de telles règlementation dans le domaine des contrats électroniques (dans le cyber espace) qui visent à retenir comme droit applicable celui du domicile du consommateur et non celui applicable pour le local de l'entrepreneur (le vendeur des marchandises ou services)[30].

A un choix du droit matériel n'est pas associée une juridiction compétente laquelle, selon les règles générales et sauf une autre décision des parties, est celle du domicile (du local) du défendeur. L'action en exécution du contrat, ainsi qu'en dédomagement en raison de son inexécution ou de son exécution impropre, peut être introduite devant une juridiction du lieu de son exécution, mais en cas de doutes cela doit être constaté, les documents concernés à l'appui (art. 27 § 1 et art. 34 du C.p.c.).

3. La possibilité d'application des règles Unidroit dans la protection des consommateurs

C'est naturel de tendre à se servir de règles plus générales que les dispositions d'un code pour protéger des consommateurs ayant subi un préjudice suite à la conclusion des contrats avec les entrepreneurs par voie électronique. Les difficultés pour obtenir une protection satisfaisante que j'essaie de montrer font penser à un cadre de protection en circulation économique aussi général que la *lex mercatoria* ou, à l'époque contemporaine, les *Principes pour les contrats commerciaux internationaux* de 1994,

[29] Plus amplement sur des situations envisageables: J. Gołaczyński, *Umowy elektroniczne...* [Les contrats électroniques...], p. 240 et autres.

[30] Voir: *ibidem*, p. 242–243.

sortis à l'issue des travaux d'Unidroit. Ces principes peuvent-ils s'avérer effectivement utiles, ou est-il raisonnable de faire construire des réglementations similaires ne visant qu'un *commerce-e*, que des parties des contrats en circulation électronique et, en particulier, qu'une protection efficace des consommateurs? Les Principes d'Unidroit, on le sait, ne sont pas conçus pour les rapports juridiques avec les consommateurs.

Je suis personnellement un partisan prudent d'un chemin suivant dans les rapports internationaux: on ne devrait pas tendre à des reglementations par trop détaillées ou à imposer des procédés à suivre dans les rapports contractuels, surtout lorsqu'ils concernent des traditions juridiques différentes ou une circulation aussi difficile pour définir qu'une circulation virtuelle dans le cyber espace. Les expériences de l'Union européenne ne sont pas des meilleures parce qu'elle fait réduire progressivement une grande liberté des législations nationales en réglementation des rapports contractuels. Les dispositions communes devraient donc porter sur des situations juridiques nécessaires, en laissant subsister cette liberté et en proposant des règles plus générales du comportant dans les limites d'un comportement honnête, loyal, conforme aux règles de l'équité et aux bons usages, bref, à ce qu'on appelle, avec un mot juste commun, un comportement équitable. Allant dans ce sens, les Principes d'Unidroit peuvent être utiles pour des rapports juridques qui se créent dans le cyber espace du fait de l'apparition des déclarations de volonté qui y circulent et de la conclusion des contrats dans celui-ci. Il en va pareil pour les Principes du droit européen des contrats et pour les projets du Code civil européen en leurs parties respectives consacrées à des règles (clauses) générales. Notamment, il s'agit de faire référence aux principes de la bonne foi et du comportement régulier (*fair dealing*), de faire remplacer par une partie au contrat un prix déraisonnable (*manifesty unreassonable*) par un prix raisonnable, l'abstraction faite d'une stipulation du contrat en la matière, de ramener un dédommagement excessivement élevé en cas d'une inéxecution ou d'une exécution malpropre de l'obligation à un volume raisonnable, une application auxiliaire des Principes lorsque les parties se sont mises d'accord de soumettre leur contrat aux règles du droit dites générales (*general principles of law*), à la *lex mercatoria* ou aux usages admis dans le commerce international (*usages and customs of international trade*), etc[31].

[31] Voir: J. Rajski, «Zasady międzynarodowych kontraktów handlowych UNIDROIT» [Les principes des contrats commerciaux internationaux], *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1996, n° 2; M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe* [Le droit international privé], Warszawa 1995.

Beata Gadek
Doctor of Law

SENDING UNSOLICITED COMMERCIAL COMMUNICATIONS ON THE INTERNET

The case of the Polish 2002 law on rendering services on-line

I

With the advent of the Internet new possibilities for entrepreneurs have sprung up. An increasingly popular form of reaching potential customers is sending commercial content by email. This is commonly known as *spam*.[1] It is a rather ambiguous phenomenon. Its evident drawbacks include flooding the recipient's mailbox and, consequently, having to sort one's mail. On the other hand, this form of communication enables cheap and effective dissemination of information about goods and services.

The conflict between the recipients, that is mailbox users, and entrepreneurs who aim at offering their products with the help of the Internet is apparent. It is a tall order to resolve this variance. Contemporary legal systems deploy different solutions. In literature, there are two opposing stances, viz. *opt-out* and *opt-in*. The Polish legislator has almost unequivocally banned sending unsolicited commercial content on the Internet, thus favouring the latter. This regulation pays heed to EU directives that aim at arranging and organizing on-line commercial contacts. As a consequence, on July 18th, 2002 the law on rendering services on-line was enacted.[2] Quite understandably, this paper cannot possibly account for the entire range of issues that the act in question covers. Therefore the discussion in hand is limited only to those provisions that concern the ban on sending unsolicited commercial content. It appears paramount to define the scope of the ban. The next question we are going to raise is when sending such information amounts to unfair competition, according to Polish regulations. It has to be said in advance that it is currently difficult to investigate the state of Polish

[1] See P. Waglowski, "Spam w formie nie zamówionych informacji handlowych jako delikt nieuczciwej konkurencji" [Spamming – unsolicited commercial content as a misdemeanour against competition], in: *Problemy informatyki w zarządzaniu* [Information Technology Issues in Management], ed. A. Tubielewicz, Gdańsk 2003, pp. 83–108 for a well-exemplified discussion on the development of spam.

[2] J. of L., 18.07.2002; J. of L., 10.03.2003, No. 144, item 1204

law. There are discrepancies, and no court cases to date regarding the area in question. Thus the present study aims at presenting the state of the art as regards Polish legislation, as well as indicating areas of potential disagreements and discrepancies in the future.

II

The starting point for our discussion will be Art. 10 point 1 of the law on rendering services on-line (henceforth referred to as l.r.s.o). According to this regulation, "it is forbidden to send unsolicited commercial content addressed at a defined recipient using electronic means, in particular electronic mail." Point 3 of the regulation in question qualifies such action as an act of unfair competition, pursuant to the law on eliminating unfair competition dated April 16th, 1993 (henceforth referred to as l.e.u.c).[3] Moreover, dispatching unsolicited commercial information is punishable by law. Art. 24 of l.r.s.o has it that the sender of unsolicited commercial content by electronic means shall be fined. The rigorous consequences raise the question of the scope of the ban that Art. 10 mentions. Clearly, the law does not prohibit the use of electronic mail, but limits the prohibition to a certain kind of information. Thus the ban is restricted to commercial information directed at a defined recipient. While this definition appears clear, in practice it may generate doubt. In actual life, "commercial information" and "defined recipient" can be ambiguous. This may lead to a diversification in the scope of illegal activities. The term "defined recipient" merits clarification from two angles. Firstly, "defined" requires explanation. Secondly, there is the question of who the "recipient" is. "Defined" implies that the recipient needs to be made concrete. In other words, certain characteristics have to be delineated that will differentiate that person from others. This individualisation should be done as the information is being sent. Only then does the ban specified in Art. 10 apply. To reiterate, the regulation in question aims at preventing such negative behaviour as pestering, excessive intrusion into one's privacy or hindering the use of electronic mail. This undesirable situation will only occur when advertising is geared at a clearly defined subject. It is the nature of the unwanted behaviour that determines the meaning of "defined recipient." Obviously, the scope of Art. 10 is limited to dispatching commercial information to a recipient who is clearly defined from the outset.

The addressee should be individualised as the information is being sent, not after the event. As it is, the individualising feature is the email address.

[3] Act of 16.04.1993 r., unified text of 2003, No. 53, item 1503.

This leads to the conclusion that if an advert is addressed at the general public, even if the recipient should be specified afterwards, the legal norm in question does not apply. Therefore the ban does not concern placing adverts on one's website or sending it to discussion groups.[4]

The next step is to determine who exactly is meant by "recipient." It seems feasible to list two options here and assume that by introducing the ban on unsolicited commercial information the legislator aims at protecting:

1) every recipient, regardless of their status, or

2) exclusively consumers, thereby removing commercial relations between entrepreneurs from the scope of Art. 10.

The first option appears erroneous.[5] In my belief, it is only consumers who can benefit from the ban in question. This assumption can be borne out by the following argumentation: the term "recipient" alone cannot determine the group of people protected against unwanted commercial information. Outside Art. 10, the other provisions of the law under scrutiny here also fail to provide clues. Although Art. 2 of the law specifies the basic terminology, it does not include the expression "a defined recipient of unsolicited information." This means that our analysis has to tackle the rationale behind the regulation. Its aim has already been discussed. To reiterate, protection against entrepreneurs' excessive intrusion into consumers' privacy has been given priority. The chosen solutions cater for strengthening the consumer's role in relations under civil law, a concept that has been present in Europe for years. Naturally, this argumentation is not justified when it comes to commercial relations between entrepreneurs. In this particular case the status of economic partners can be assumed to be even. Thus the legislator needs not interfere and strive to strike a balance between the individual parties. Similarly, the frequent argument for the protection of privacy, here concerning professionals, is this case irrelevant. The professional character of activity curtails privacy to a necessary minimum. The only case for arguing whether entrepreneurs should also be protected against a flood of unwanted information is the possibility of uncontrolled overuse of the mailbox. However, there is an obvious difference between "flooding" one's mailbox and sending short advertisements every now and then. The former is a despicable activity, the latter – not necessarily so. Far from being harmful for companies, this phenomenon is actually helpful in furnishing them with information. In the light of the above, one has to disagree with the assumption that Art. 10 of l.r.s.o places an unconditional ban on sending unsolicited commercial information to entrepreneurs. This does not preclude a discussion on whether the current state of affairs does not mean

[4] See: D. Kasprzycki, in: *Prawo Internetu* [Internet Law], ed. P. Podrecki, Warszawa 2004, p. 507.

[5] D. Kasprzycki, *op. cit.*, p. 507–508 seems to be of a different opinion.

infringement of other acts, notably l.e.u.c. In practice, different situations may apply. A distinction has to be made between "flooding" a competitor with unwanted ads and the odd (and relevant) commercial communication. The latter should be disapproved of. If it leads to harassing the competitor, a charge of unfair competition may be considered. The law on eliminating unfair competition of 1993 places at the disposal of the aggrieved party an entire range of protective measures, including a claim to stop the illegal activity and to compensate for the loss caused by it. Sending relevant commercial content under justifiable circumstances is a different matter altogether, even if it should result in strengthening one's position on the market. It seems that such behaviour on the part of the entrepreneur seeking contact with another professional should be allowed. On balance, I am of the opinion that Art. 10 of l.r.s.o prohibits sending commercial content only to consumers. If the recipient of an unwanted email is an entrepreneur, this should be subject to the law on eliminating unfair competition rather than on rendering services on-line.

III

Let us now go on to discuss what is meant by "unsolicited commercial information." Firstly, we have to consider the question of when the content of a message is actually commercial information. Then we will proceed to a discussion of the circumstances that make it "unsolicited".

The meaning of "commercial information" is explicated already in the act under scrutiny here. According to p. 2 Art. 2. commercial information is "any information that is directly or indirectly meant to promote goods, services or goodwill of an entrepreneur or an employee (whose right to work depends on meeting requirements specified in the relevant regulations), to the exclusion of information enabling electronic communication with someone and information about goods and services that is not aimed at achieving a desired commercial effect, specifically one that is not paid for or that does not bring benefit from producers, sellers and service-providers."

The above-mentioned text indicates that the Polish legislator provides a particularly wide scope of forbidden information. It should be noted that the scope includes information that is only indirectly aimed at promoting the sender's commercial activity. This may mean that the scope may be extended to include all types of commercial information, regardless of its content. To exemplify: how should we treat a letter that is neutral in content, but whose address contains the name of the company? A question arises here: is this not a case of endorsement by promoting the company's

logo? By extension, does this kind of communication not run counter to the legislator's intention as demonstrated in Art. 10 of l.r.s.o? Having said this, let us go on to discuss more detailed issues pertaining to the sense of the expression "unsolicited commercial information." The first issue is that of acceptance of sending commercial content by electronic mail, that is communicating to the other party the willingness to make a deal. Incidentally, in the Polish legal system the offerer is bound by his or her offer.[6] It appears that this specific character of the information that constitutes an offer is relevant to our discussion.

The act on rendering services on-line does not offer a point-blank solution as regards this particular issue. Therefore we have to turn to the very expression "commercial information." I am of the opinion that it refers to discourse that aims at informing customers about the profile of one's activity, the services and commodities offered etc., but without explicit verbalisation of the willingness to make a deal or an agreement. The sole purpose of this discourse is informational, and they have no legal or civic effects. Thus acts that are binding for the sender, in particular offers, are outside the scope of Art. 10 of the act on rendering services on-line.

All this may mean that one should not attach great importance to the wording. However, that our reasoning may be correct is borne out also by other arguments. The offer, understood as the way of making a deal, is a very significant economic tool in the hands of entrepreneurs. Were making offers to be banned, it would mean curtailment of economic freedom and liberty to enter into agreements. This is always of some significance as far as economic and social relations are concerned. Such a ban would have to be explicitly justified and formulated in a relevant law. It seems unacceptable to assume that such a ban exists. This reasoning is also borne out by Art. 66 of the Civ.C. There we learn that it is allowed to make an offer by electronic mail and that such an electronic offer is binding as long as the other party acknowledges receipt.

It is worth noting here that the question of whether offers can be emailed is also raised in another legal regulation. Art. 6 p. 3 of the law on protecting certain consumer rights[7] says that: "Using a telephone, videophone, facsimile, electronic mail, automatic paging device or any other means of electronic communication in order to make an offer for a deal is only allowed with the consumer's prior consent." The expression "to make an offer for a deal" brings to mind, on the one hand, the offer as specified in Art. 66 of the Civ.C., and on the other, merely an invitation to negotiate,

[6] In accordance with Art. 66 of the Civ.C. § 1 declaring the willingless to make a deal constitutes an offer, as long as relevant provisions of the agreement are specified.

[7] Art. 6 p. 3 of the law on protecting certain consumer rights and liability for loss due to using a dangerous product was amended in Art. 27 of the law on rendering services on-line (J. of L., No. 22, item 271).

which, if it is not an offer, is not legally binding according to Art. 71 of the Civ.C.[8] Does this mean that the legislator intends to introduce a ban on sending offers on-line, in accordance with Art. 6 of the law on protecting certain consumer rights which mentions making offers for a deal? Given the wording of the regulation, no point-blank answer can be given here. There have been approaches to the effect that this norm should also apply to information that has the features of an offer.[9] The result is that entrepreneurs shy away from emailing offers to consumers for fear of breaking the law.

Our discussion of Art. 10 of l.r.s.e. would be incomplete without accounting for the adjective "unsolicited", pertaining to commercial information. There is no explicit legislation regarding that issue. Point 2 Art. 10, however, specifies when commercial information is "solicited." This happens when the recipient "expresses his consent to receive such information, particularly by making his address available." This leads us to the conclusion that information is unsolicited when the recipient has not consented to receive it. It does not seem necessary for the addressee to always explicitly declare his willingness to accept a letter. However, this raises certain doubts. I am of the opinion that the consent does not necessarily have to be made explicit. Behaviour that clearly indicates the addressee's willingness should suffice. An instance of such behaviour, indicative of the recipient's consent, is quoted in the relevant legislation; this instance is making your address available, in whatever form, for example by placing it on your own website.[10]

There are different approaches to the problem, though. D. Kasprzycki, for instance, opines that the consent „should be granted clearly and explicitly".[11] This conclusion, in Kasprzycki's opinion, stems directly from Art. 4 p. 1 of the l.r.s.e. The regulation in question has it that if the law requires that the recipient's consent be given, his consent shall not be assumed or deduced from a declaration of willingness pertaining to another matter. A comprehensive discussion of this opinion is outside the scope of this paper. Let us just remark here that there is a difference between assumed or deduced acceptance and cases where willingness is expressed, albeit unclearly, so interpretative rules have to be employed in order to establish what was meant. Assumption, by definition, leads to a sort of fallacy, whereby a situation is conjectured to have happened, without necessarily having happened in real life. The other scenario has it that a declaration has been made, even though its sense is unclear and has to be explicated.

[8] According to Art. 71 Civ.C. commercial advertisements, price lists and other messages with or without a specified addressee are in the case of doubts interpreted not as offers, but as invitations to make a deal.

[9] See D. Kasprzycki, *op. cit.*, p. 504.

[10] *Ibidem*, p. 506 seems to be of a different opinion.

[11] *Ibidem.*

IV

Art. 10 p. 3 of the law on rendering services on-line has it that sending unsolicited commercial content constitutes a breach of the principle of unfair competition. This regulation raises the question of the conditions that have to be met in order to accept responsibility for such action. Some doubts arise here, viz. whether the very fact of sending commercial content suffices to accuse an entrepreneur of having committed an act of unfair competition, or whether all the conditions listed in Art. 3 and 16 p. 1 item 5 of the l.e.u.f. have to be met.

Two stands seem to be feasible here. It seems justifiable to conclude that the intention of the legislator as expressed in Art. 10 of the l.r.s.o:

1. arbitrarily classifies an act as going against the rules of fair competition as such[12] or

2. merely constitutes a clue for the court of law to the effect that sending unsolicited commercial content may (or may not) be an instance of disloyal competition. The final judgement ought to be made in accordance with the criteria listed in the l.e.u.c of 1993. It should not fail to take into account the aim of the regulation as specified in Art. 1 and responsibility premises as indicated in Art. 3 and 16 thereof.

The issue under scrutiny here is subject to several interpretations. Clearly, a literal interpretation of the regulations contained in the l.r.s.e. will not yield the expected result. It is so as on the one hand Art. 10 of the l.r.s.e. is affirmative (the action described in p. 1, that is sending unsolicited commercial content addressed at a defined recipient by electronic means constitutes an act of unfair competition). On the other hand, though, the legislator expressly suggests recourse to the law on eliminating unfair competition, by making direct references to this very regulation. Point 2 Art. 10 says that the behaviour under analysis is an example of unfair competition as defined in the l.e.u.c. of April 16th, 1993. Thus the wording of the law signifies that a charge of unfair competition requires that conditions specified in the l.e.u.c. have to be met. There are other arguments for the correctness of this assumption. Unarguably, the l.e.u.c. is aimed at fighting economic disloyalty, understood not in an abstract way, but as behaviour running counter to good practice that impinges on economic relations. Whether we can speak of disloyalty in a given case or not, can only be determined by legal regulations on eradicating unfair competition. According to these, a charge of disloyal competition entails the following (see Art. 3 of the l.e.u.c.):

[12] See e.g. P. Waglowski, *op. cit.*, as well as X. Konarski, in: *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną* [On the law on rendering services on-line – a commentary], Warszawa 2002, p. 119.

1. the accusation should pertain to an act of competition,
2. the act in question ought to constitute a breach of the law or good practice,
3. it results in a threat or harm to another entrepreneur or customer.

Quito importantly, Art. 16 of the l.e.u.c. deems an advertisement dishonest if it interferes in one's privacy to a considerable extent, especially if the technical means of transferring information are abused.

The conditions that result from the regulations cited here are also binding in the case of assessing an act described in Art. 10 of the l.r.s.o. When (if at all) is sending unsolicited commercial information an instance of unfair competition? Let us make a few general remarks before this question is answered. Drawing a line between what is allowed and what is not in trying to reach a customer invariably requires that the interests of all the parties are considered.[13] Let us point to the most important circumstances that need to be taken into consideration.

The right to freely use advertising measures is a function of the widely accepted principle of freedom of competition. The latter can only be curtailed in justifiable circumstances. One has to make allowances for advertising measures captivating the recipients' attention, as they are meant to do so; advertising is about constant influence on the customer. An entrepreneur will be expansive, as his (or her) purpose is to sell his wares, mindless of the fact that oftentimes the recipients of advertising slogans have no desire to buy the particular thing. The advertiser strives to develop the wish to obtain a commodity or a service in his customers. A viable conclusion is that pestering one's customers is part and parcel of market economy. "Pestering" in itself, therefore, can hardy be deemed dishonest. It can only become dishonest when accompanied by additional elements, which brings about a different assessment of the state of affairs, showing it in a new light. An example is the risk of an error due to an advertisement. Unarguably, the principle of free economic activity is in such a case inferior to the necessity of protecting customers rights. The legislator also outlaws significant intrusion into privacy (Art. 16 of the l.e.u.c.) with a view to protecting one's mental balance against unlawful pestering. Naturally, though, the limits of privacy have to be reasonably delineated. For this reason, "significant" intrusion into privacy has been outlawed. This makes the argumentation of overuse of the recipient's equipment, advocated by proponents of the ban, erroneous. In actual life, it is sporadic for the mailbox to become "full" with communications. Moreover, specialized

[13] For a more thorough discussion, see B. Gadek, in: *Generalna klauzula odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji* [General Provision on Responsibility for an Unfair Competition Act], Zakamycze 2003, p. 127 passim.

software can help prevent any unwanted intrusion. The argument of wasting one's time having to sort one's mail also falls short of being convincing, as the same is true of advertisements sent by ordinary mail, which are not banned. Similarly, captivating the recipient's attention is not always present. While it is apparent in the case of on-the-phone advertising, it is absent from adverts sent by email. The recipient is, after all, at liberty to pick the time to read his email, or to ignore it altogether. There is also no direct contact between the sender and the recipient. Thus the key element seems to be the frequency and volume of information sent by electronic mail. I am of the opinion that sending unsolicited commercial content by electronic mail may constitute an act of unfair competition, but not necessarily so. The prerequisite for it to be the case is compliance with the requirements of the l.e.u.c. Let us quote but one example of a justified case of disloyal competition. If the recipient's mailbox is purposefully flooded with commercial content, or if the said content is sent despite the recipient's express disagreement, we are dealing with a case of disloyal competition. A charge of dishonest advertising that interferes with the recipient's privacy as defined by the law can therefore be trumped up.

Let us now sum up the discussion thus far. The Polish legal system has introduced a ban on sending unsolicited commercial information by means of electronic mail. Proponents of the above opine that the law on rendering services on-line pays heed to long-standing arguments for protecting the privacy of mailbox users. However, skeptics will argue that the regulation in hand has not brought about expected results, as its introduction did not eradicate the undesirable phenomenon. As it is, the only novelty is the provenance of the communications; we no longer receive local communications, but foreign ones. The Polish solution is sometimes dismissed as harmful for the local companies, as it deprives them of a tool to reach their customers. What with the dynamics with which the electronic market is developing, this is a relevant claim.

The final problem then is which is the right argumentation? The need to respect privacy is, without a shadow of a doubt, a laudable and beautiful slogan. It must be borne in mind, though, that by protecting one party you inevitably curtail another. Each ban has thus its price, which in our case is limited competitiveness on the part of local companies. I would not go so far as to say that I advocate unlimited freedom of behaviour as regards the issue under scrutiny here. However, when I think of the Internet as a means of transgressing national boundaries, I vouch for a careful and balanced intervention on the part of the legislative authority rather than radical bans that are impossible to fully execute anyway, and as such bring more harm than good.

Zbigniew Hajn
Professor of the University of Łódź

REPRESENTATION OF EMPLOYEES IN COLLECTIVE BARGAINING WITHIN THE FIRM IN POLAND

I. TRADE UNION REPRESENTATION OF EMPLOYEES IN COLLECTIVE BARGAINING WITHIN THE FIRM[1]

1. Notion of collective bargainig

The broad notion of collective bargaining as stated in Art. 2 and 3 of the ILO Promotion of Collective Bargaining Convention, 154/1981 read with Art. 3 of the ILO Workers' Representatives Convention, 135/1971 provide the staring point for further considerations. According to these provisions collective bargaining extends to all negotiations which take place between an employer, a group of employers or one or more employers' organisations, on the one hand, and one or more workers' organisations, or non-union workers' representatives on the other and their objective is (a) to determine working conditions and terms of employment; and/or (b) to regulate relations between employers and workers; and/or (c) to regulate relations between employers or their organisations and a workers' organisation or workers' organisations.

2. Trade union as a traditional form of employees' representation in collective bargaining within the firm

In Poland law traditionally associates the right to collective bargaining with trade unions. We can even speak of an exclusive competence of trade unions in this area. There are just a few cases where this principle is overruled by the principle of primacy of trade unions meaning the ability to conduct non-union negotiations when there is no trade union representation in an undertaking (see point I.3 below).

The right to conduct bargaining in an undertaking is given to the workplace trade union organisation, which, in the light of Polish law, is the

[1] The layout of the paper, its division into paragraphs and their respective titles follow the structure suggested by the general reporter.

only form of trade union activity at this level. Workplace trade union organisation can take two forms: as an element of the trade union or as an independent "company union." There is also another particular type of trade union activity, the so called inter-undertaking trade union organisation. It plays the role of a workplace trade union organisation for employees from several establishments. Provisions on a workplace trade union organisation apply to it (Art. 34 of TUA[2]). The rights of a corporate trade union organisation are available to organisations with the membership of at least 10 people (Art. 25^1 § 1 TUA).

3. Trade union employees' representation and pluralism of unions within the firm: a representative trade union(s) or a common union representation as a party to collective bargaining? conflict or cooperation between trade unions?

In principle, each trade union organisation in an undertaking may conduct collective bargaining with an employer and conclude collective labour agreements or other collective accords. Thus the situation is simple when there is only one trade union in an enterprise. However, in some undertakings, in particular in large ones, there are some or even more of such organisations.[3] Polish law respects the principle of trade unions' pluralism and does not provide for any limitations of their number in an undertaking. We should also add that with respect to collective rights and interests Polish law applies the principle of general representation (Art. 7 § 1 of TUA).

That is why in collective bargaining trade unions represent all the employees irrespective of their membership. When there are more trade union organisations this principle implies obvious complications.

As the first remedy the law suggests seeking a solution to these complications by revoking the principle of cooperation among trade unions. The principle consists in collective representation of employees by all trade unions present in a given undertaking (e.g. Art. 241^{25} of L.C.[4], Art. 30 § 4 TUA). If, however, these trade unions are unable to agree a common position, further negotiations can be conducted by representative organisations. These

[2] Trade Union Act of 23 May 1991 (J.of L. of the Republic of Poland of 2001, No. 79, item 854 with further changes).

[3] More than a half of those employed in firms in which there are trade unions claim that there are at least two trade unions in the firm, see.: Report of January 2005, by CBOS (Public Opinion Research Center), "Compliance with the employees' rights and the 'grey sphere' of employment. Trade unions in companies," p. 1; source: http://www.cbos..pl/SPISKOM.POL/2005/K_003_05.PDF.

[4] Labour Code Act of 26 June 1974 (J. of L. 1998, No. 21, item 94 with further changes).

organisations may conclude a collective agreement binding upon all employees of the undertaking in question. Trade union organisation which has attracted at least 10% of all employees of an enterprise is considered representative. However, if an organisation is a part or a member of a supra-establishment representative organisation with the membership of at least 0.5 m people, it can be considered representative if it joins at least 7% of all employees of the undertaking. If none of the organisations in an undertaking fulfills the above percentage requirements, organisation with the biggest membership shall be considered the representative one (Art. 241^{25a} TUA).

How trade unions cooperation and representativeness are combined depends on the subject matter of the bargaining (type of negotiatied collective agreement). The issue shall be presented in more detail in item I.5.c concerning bargaining procedure.

4. Trade union employees' representation in collective bargaining within the firm and the decrease of unionization

Present system of industrial relations in Poland contains mechanisms weakening the scope of single employer bargaining. One of them is connected with limited presence of trade unions at workplaces. They mainly exist in the public sector and the rate of unionization, in September 2002, amounted to 14% of the workforce.[5]

Such a situation is caused by many factors. Public Opinion Research Center (CBOS) claims the reasons can be divided into three groups. Firstly, the share of industry in total employment decreases and this is the sector where trade unions are relatively strong. At the same time, the share of the service sector, where trade unions are weak, increases. Undertakings are smaller on average and newly established enterprises, in particular the small ones, are not an easy target for employees' organisations. Secondly, there is a direct link between weak trade unions and weak civic society. Poles are not willing to organise themselves, rarely become active members in organisations and do not perceive benefits any membership can bring. Thirdly, some employers create obstacles to trade unions. Authors of the report conclude that in most cases trade unions are absent from undertakings because the latter are too small for trade union organisations to be established.[6] This opinion should be supplemented by the statement that Polish law

[5] Report by CBOS (Social Opinion Research Center) "Opinie o związkach zawodowych" [Opinions on Trade Unions]; Source: http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2002/K_150_02.PDF.

[6] Report of January 2005, by CBOS (Public Opinion Research Center), "Compliance with the employees' rights and the 'grey sphere' of employment. Trade unions in companies," p. 4; source: http://www.cbos..pl/SPISKOM.POL/2005/K_003_05.PDF.

does not facilitate the creation of trade union representation in small firms. As already indicated, Trade Unions Act provides for trade unions' presence in an undertaking only in the form of the so called "workplace trade union organisation" which may act if there are at least 10 members. What is more, extended powers and legal privileges of the unions make the employers act against creating new organizations.[7] Finally, it should be pointed out that unionisation has been limited over the last two years by high unemployment rate (18,7%, March 2003; 18%, February 2006)[8] and other factors like the collapse of traditional branches of industry, spreading of atypical forms of employment and outsourcing, as well as by the employers' "escape from labour law" towards employment based on civil law contracts.[9]

In Poland one can also quite easily notice the so-called 'duality of the labour market,' i.e. the coexistence of substantial segments of labour market covered and not covered by collective agreements.[10] It makes employers escape collective agreements in order to cope with competition on the part of employers free from burdens stemming from collective agreements. As a result, we have stagnation of single-employer bargaining associated with a small number of company collective agreements.[11]

The weakness of multiemployer bargaining is an additional characteristic feature of Polish collective agreements (see: part III below). It is the result

[7] More: M. Pliszkiewicz, J. Wojtyła, "Prawo pracy w praktyce małych i średnich przedsiębiorstw. Szanse i zagrożenia" [Labour Law in Practise 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, pp. 22–23; M. Seweryński, "Problemy statusu prawnego związków zawodowych" [Problems of the Legal Status of Trade Unions], in: *Zbiorowe prawo pracy w społecznej gospodarce rynkowej* [Collective Labour Law in Social Market Economy], ed. G. Goździewicz, Toruń 2000, pp. 125–127; Z. Hajn, "Pozycja prawna pracownika i pracodawcy a funkcje prawa pracy" [Legal Position of an Employee and an Employer and the Role of Labour Law], *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 2000, No. 10, p. 6.

[8] The newest GUS (Central Statistical Office) data shows that there was 16,7% of unemloyment in the end of 2005. The data are unofficial yet; source: *Gazeta Wyborcza* March 24, 2006.

[9] Z. Hajn, "Collective Labour Agreements and Contracts of Employment in Polish Labour Law", in: *Kluwer Law International*, ed. M. Seweryński, The Hague/London/New York 2003, p. 202.

[10] J. H. Goldthorpe, "The End of Convergence: Corporatist and Dualist Tendencies in Modern Societies", in: *Order and Conflict in Contemporary Capitalism*, ed. J. H. Goldthorpe, Oxford 1984, pp. 315–343.

[11] There were: 8 999 company collective labour agreements in 1999, 9 118 in 2000, 9 134 in 2001, 8 683 in 2002, 8 805 in 2003; source: *Sprawozdanie Głównego Inspektora Pracy z działalności Państwowej Inspekcji Pracy w 1999 r.* [The Report of the Chief Labour Inspector on the Activity of State Labour Inspection for 1999], and respectively: for 2000, 2001, 2002 and 2003, Warsaw 2000, 2001, 2002, 2003, 2004.

of insufficient degree to which employers are organized, their reluctance towards branch bargaining, little presence of unions in the private sector, weakness of sectoral structures of the main organisations resulting from the trade union movement model focused on workplace or on the level of a company. We should note, however, that the general scope of collective bargaining exceeds trade unions' membership rate. Studies of 2005 indicated that 39% of employees work in undertakings where there are trade union organisations.[12] Thus we can assume that even if not all of them are covered with collective labour agreements, they are covered with workplace regulations, e.g. work rules and pay regulations which must be adopted in establishments employing at least 20 people. In undertakings, in which there are trade unions these rules have to be consulted with the organisation.

5. Trade union representation of employees in collective bargaining within the firm in the light of national experience: who represents a union, scope and procedure of bargaining

5.1. Who represents a union?

Law does not specify clearly who can conduct collective bargaining on behalf of a trade union in an undertaking. Trade Union Act states only that the statute of the trade union should identify ways and means of its representation, which in my view considers also the representation in collective bargaining. The issue must be decided by trade unions. It is not always regulated in trade union statutes and resolutions. However, even where such regulations exist, the fact that they are not observed does not mean, in the assessment of the Supreme Court, that these agreements are invalid; it only justifies intra-union responsibility of the person who concluded the agreement. Collective agreement can be regarded null and void only if it was concluded by persons not duly authorised to do so.[13] One should also remember that the Supreme Court has been for quite some time upholding the idea that civil law provisions on legal transactions do not apply directly to the representation of parties in collective bargaining and the claim to find a collective labour agreement invalid is based neither on employment relation

[12] Report of January 2005, by CBOS (Public Opinion Research Center), "Compliance with the employees' rights and the 'grey sphere' of employment. Trade unions in companies," p. 1; source: http://www.cbos..pl/SPISKOM.POL/2005/K_003_05.PDF.

[13] Judgement of the Supreme Court of 12 August 2004, III PK 38/04, OSNP 2005, No. 4, item 55.

nor on any other relating to it in the meaning of the Code of Civil Procedure. Thus it does not belong to the realm of civil cases which can be decided by the Labour Court.[14]

5.2. Scope of bargaining

Polish law ensures broad freedom of collective bargaining for the unions and employers. Each employer or employers' organization may enter a collective agreement. An agreement applies by virtue of law to the employees, and if the parties so decide, also to other persons like homeworkers, agents, offer takers, retired employees. The Labour Code provides also for unlimited liberty of shaping the subject of collective agreement negotiations.

Terms of remuneration and other terms and conditions of work may also be decided in internal workplace regulations. The most important are work rules and pay regulations, which are obligatory at workplaces with at least 20 employees unless a collective agreement comprises questions belonging to the subject matter. Work rules defines the employee's and employer's rights and duties connected with keeping the workplace in order including a schedule of the working time. Pay regulation settle terms of remuneration and other payments. In principle, these two regulations may replace a collective labour agreement which is often an attractive prospect for both partners because of an easier way of establishing them and the lack of need to register. In practice, in majority of establishments the said regulations substitute collective labour agreements. As already indicated, an employer is obliged to agree the internal rules with trade unions in the undertaking, provided one exists. Internal regulations laid down by the employer and not agreed with trade unions have no binding force.[15] In practice, it means their content has to be negotiated. Hence the majority view in the doctrine is that they constitute a specific type of a collective agreement. Also other internal rules of an establishment are adopted in a similar way, including, among the others, rules of procedure for awards and bonuses, rules guiding the company Fund of Social Benefits which identify the rules of allocating resources from the fund to specific goals and types of social activity and the terms of benefiting from services financed by the Fund.[16] Also other decisions by employers are negotiated pursuant to law, such as the extension

[14] See e.g. Resolution of 19 February 1992, I PZP 10/92, OSNC 1992 vol. 9, item 155, Resolution No. 7 of the judges of the Supreme Court of 23 May 2001, III ZP 17/00, OSNP 2001, No. 23, item 684.

[15] E.g. judgements of the Supreme Court of 21 March 2001, I PKN 320/00, OSNP 2002, No. 24, item 599 and of 12 February 2004, I PK 349/03, OSNP 2005, No. 1, item 4.

[16] Act of 4 March 1994 on the Workplace Social fund, J. of L. No 70, item 335 with amendements.

of reference periods for working hours (referred to in Art. 129 § 2 and Art. 135 § 2 and 3 L.C.), listing particularly dangerous jobs or jobs entailing substantial physical or mental effort with respect to night work (Art. 151^7 § 4 L.C.). If there is no trade union in an undertaking, these decisions, similarly to the internal regulations, can be adopted by the employer himself or after consulting non-union representatives of employees.

There are also negotiated collective accords other than collective labour agreements. They are sources of labour law if they are based on a statue and regulate the rights and duties of the parties to the employment relationship. They are called 'nominate collective accords.' They include, among others:

– agreements relating to the collective labour agreement (agreement on the iplementation of the collective agreement or of some of its provisions, Art. 241^{27} L.C., agreements to suspend the collective agreement in its entirety or in part, Art. 241^{10} L.C.);

– agreements defining rules of making collective redundancies;[17]

– agreements concerning employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses (Art. 26^1 TUA);

– agreements on suspension of provisions of specific labour law (i.e. provisions of a collective agreement or internal establishment rugulations – Art. 9^1 L.C.);

– agreements on applying less favourable terms of work than those agreed in the contract of employment (Art. 23^{1a} L.C.);

– establishment social security schemes agreements;[18]

– agreements on average monthly increase of remuneration in a given undertaking in a given year.[19]

Other agreements are defined as 'innominate collective accords.' These are not sources of law for employees and employers but only sources of obligations for parties to them.[20] The qualification of particular collective accords, like some agreements terminating a collective dispute or agreements connected with privatisation of enterprises (the so called: social pacts) to one of the groups is very controversial. In general, courts tend to qualify the agreements to the category of the nominate ones.[21] It encourages to

[17] Act of 13 March 2003 on specific rules for terminating employment contracts for reasons not relating to employees, J. of L. No. 90, item 844.

[18] Act of 20 April 2004 on pension schemes for employees, J. of L. 2004, No. 116, item 1207.

[19] Art. 4 § 1–3 of the Act of 16 December 1994 on the negotiated system of deciding increases in average remuneration in firms and amending certain other acts (J. of L. 1995, No. 1, item 2 as amended).

[20] E.g. the judgement of the Supreme Court of 2000, I PKN 541/99.

[21] E.g. the judgement of 1999, I PKN 176/99; the judgement of 17.11.1999, I PKN 364/99.

replace collective labour agreements with less formalized other accords which, however, do not provide the employees with the same guarantees as collective labour agreements. Strong competition between these two groups of acts is visible. Nowadays, collective labour agreements seem to be in defence. The role of collective labour agreements is also limited by circumstantiality, formalism and complexity of laws concerning the agreements. Furthermore, for many employers statutory standards of workers' rights and working conditions are too high to be raised in collective agreements. Research on collective agreements confirm that they concentrate on wage regulation and only rarely do they go beyond statutory standards.

5.3. Procedures of bargaining

(Introduction). In principle law does not regulate collective bargaining procedure, leaving it up to the decision of the parties. Such an approach is consistent with the ILO Convention 154/1981 on the support to collective bargaining, in accordance with which employers' organisations and trade unions should be encouraged to develop their own negotiating procedures. Certain issues pertaining to bargaining have been regulated. Regulations differ depending on the type of bargaining determined in turn by the type of negotiated agreement.

(Collective labour agreements). With respect to collective labour agreements Labour Code states that the employer and each trade union organisation in the firm have the right of initiative to conclude a corporate agreement (Art. 241^{24}). The party making the proposal to conclude the agreement is obliged to notify its initiative to each trade union organisation representing the employees for whom the agreement is supposed to be concluded in order to collectively conduct the bargaining by all trade union organisations (Art. 241^2 § 2). The party authorised to conclude the agreement may not refuse the request to launch the bargaining aimed at: 1) concluding the agreement for employees not covered by it, 2) amending the agreement due to a considerable change of economic or financial standing of employers or the worsening of financial situation of employees, 3) if the request is put forward not earlier than 60 days before the time limit for which the agreement has been concluded expired or after the day when the agreement has been terminated (Art. 241^2 § 3). The legislator identifies certain fundamental principles of the conduct of parties in the course of bargaining. First of all, each party is obliged to conduct bargaining in good faith and respecting justified interests of the other party (Art. 241^3 § 1 L.C.). Furthermore, the employer is obliged to inform trade unions on his economic

standing within the scope of the bargaining and to the extent necessary to conduct negotiations in a responsible manner. On the other hand, trade union representatives are obliged not to reveal the obtained information if it is confidential for the undertaking in question (Art. 241^4 § 1 and 2). The same is true of state or professional secrets (Art. 241^4 § 4). An expert may be appointed upon the request of any of the parties. His duty is to present opinions on matters pertaining to the subject of bargaining. The cost of his expertise is covered by the requesting party unless the parties decide otherwise (Art. 241^4 § 3). Moreover, the Code specifies that parties may decide on the procedure to deal with disputes arising with respect to the subject of bargaining or other disputable issues which may emerge in the course of bargaining. In such cases provisions on solving collective disputes do not apply unless the parties decide to apply them in a specific scope (Art. 241^3 § 2).

Legislation decides upon certain issues dealing with ways and procedures of bargaining conducted with a view to conclude a collective labour agreement if there are more than one trade union organisations in an undertaking. In such cases the bargaining is conducted by a common representation of authorised trade union organisations or they are collectively conducted by these organisations. If, when the bargaining has already started, a new organisation is set up, it has the right to join the bargaining in question. If within the time limit specified by the initiator of bargaining, not shorter however than 30 days upon the initiative, some trade union organisations do not join collective bargaining, the right to conduct them rests with the organisations which have actually joined them. However, under such circumstances at least one representative organisation must participate in order for the bargaining to continue. In principle the agreement is concluded by all the organisations who conducted the bargaining. However, the latter is not an absolute requirement as for the agreement to be effective it is enough to be concluded by all representative organisations. The same principles apply to agreements relating to collective labour agreement. We should also assume that they apply to negotiations leading to the conclusion of the above mentioned agreement on identifying the increase of average monthly remuneration.[22]

(Other collective accords). When negotiating other collective accords trade union organisations in an undertaking should, in accordance with the principle of cooperation, present a common position to the employer. In order to do so, they should have a common representation appointed to

[22] Such an agreement may be concluded by parties authorised to conclude a collective labour agreement.

negotiate the agreement in question and specify how the common position shall be decided and presented to the employer (Art. 30 § 4 TUA). The above applies to all accords, independently of their nature (nominate or innominate). Provisions concerning nominate accords regulate further detailed issues concerning the bargaining, including the possibility to conclude an agreement only by representative organisations together with information and consultation procedures connected with negotiations.

The first issue is subject to the principle of trade union cooperation according to which representative trade unions may not continue negotiations when common position could not be reached by all organisations. However, there is a possibility to diverge in favour of representativeness provided for in provisions on negotiating agreements which define rules of making collective redundancies and agreements on the establishment social insurance scheme.

Regulations concerning information and consultations include provisions on the conclusion of agreements which define the rules of making collective redundancies and agreements concerning employees' rights in the event of the transfer of undertakings.

The Act of 13 March 2003 on specific rules for terminating employment contracts for reasons not relating to employees contains a characteristic provision. The provision states that where it is not possible to agree the content of the agreement defining rules of making collective redundancies, the procedure to be followed is decided by the employer in the rules of procedure and, if possible, taking into account suggestions presented during consultations by trade unions in the undertaking (Art. 3 § 4). This regulation significantly weakens the negotiating power of trade unions. Nevertheless it is justified as making collective redundancy absolutely depenedent upon the ability to conclude an agreement could lead to a situation in which the redundancy in question would never be feasible.

(Internal workplace regulations and other negotiated actions by employers). There are special provisions which regulate negotiating of workplace regulations and other actions by employers which need to be agreed with trade unions if the latter are present in the establishment in question. If within 30 days trade union organisations or representative trade union organisations do not present their commonly agreed positions concerning the adoption and implementation of the internal workplace regulations in the field of remuneration, awards and bonuses, corporate social benefits fund, work rules, the extension of reference periods and the list of particularly dangerous jobs or jobs entailing considerable physical or mental effort with respect to night work, decisions shall be made by the employer after considering the positions of individual trade unions. If there is only one trade union

organisation in an undertaking, rules of procedure for work organisation cannot be adopted without its approval[23] (Art. 77^2 § 4 L.C.). The same is true of the rules of procedure for the company social benefits fund (Art. 8 § 2 of the Act of 4 March 1994 on corporate social benefits fund[24] in relation with Art. 27 § 1 TUA) and negotiated employer's decisions concerning the extenstion of working hours calculation periods and the identification of list of particularly dangerous jobs or jobs entailing considerable physical or mental effort for the purpose of regulating night work.[25] The case of the work rules is a different one. If its content is not agreed with trade union organisation in the undertaking within the time limit identified by the parties, the rules are decided by the employer (Art. 104^2 § 2 L.C.).

(Settlement procedures for collective labour disputes). Negotiations relating to the settlement of collective labour disputes require special attention. We should state clearly that the notion of bargaining includes negotiations leading to the settlement of a collective dispute or to the termination of a strike. It is true of both the negotiations concerning a dispute over a collective labour agreement or any other collective accord which can be considered negotiations *sensu stricto* and negotiations where the link is absent. In accordance with the ILO interpretation, the right to strike may not be restricted to collective disputes linked with the conclusion of collective agreements. Employees should have the right to use this form to express their discontent over a wider range of economic and social issues.[26]

When it comes to the representation of employees' interests in a collective dispute, the rule of exclusive trade union representation applies. In accordance with the rule only a trade union may be a party to a collective dispute. The Collective Disputes Settlement Act[27] does not provide for the concept of representativeness. In an establishment where there are more than one trade union organisations each of them may represent interests subject to the dispute in a collective dispute. However, there is one common trade union representation in a dispute if trade union organisations in the undertaking so decide. Where there is no trade union

[23] See the judgement of the Supreme Court of 12 February 2004, I PK 349/03, OSNP 2005, No. 1, item 4.

[24] J. of L. 1996, No. 70, item 335, as amended.

[25] In this case the list is necessary and the fact that it may not be decided without the consent of a trade union is questionable. The more that the list is drafted in consultation with a physician.

[26] See: B. Gernigon, A. Odero, H. Guido, *Collective Bargaining: ILO standards and the principles of the supervisory bodies*, International Labour Office, Geneva 2000, pp. 59–60 and positions of the Committee of Trade Union Freedom referred to.

[27] Collective Disputes Settlement Act of 23 May 1991 (J. of L. 1991, No. 55, item 236 as amended).

organisation, a collective dispute may be conducted by the trade union organisation which employees have addressed to represent their collective interests (Art. 3). It must be noted, however, that where as a result of a dispute a collective labour agreement or any of the above mentioned nominate accords (including the adoption of corportate rules of procedure) are to be concluded or amended, provisions to be applied are those which identify the representation of parties in negotiations leading to their respective conclusion.

Disputes connected with collective bargaining can be resolved on the basis of procedures agreed between the parties to conflict or by means of procedures laid down by law.

According to the Labour Code in case of tailoring an idividual negotiation procedure concerning collective agreements, legal provisions on collective disputes settlement do not apply, unless the parties decide on their application within a certain scope. These procedures have been established by some collective labour agreements, however, the parties to most of them do not avail themselves of this possibility.[28] Besides, there are procedural regional accords, which cannot be clasified as collective labour agreements like e.g. the agreement concerning rules of conducting negotiations and resolving disputes, concluded in 1996 by trade unions and employers' organizations of the Warsaw region. Disputes connected with negotiations between trade unions and public administration are referred to by the agreement between the Council of Ministers and the National Commission of "Solidarity" Trade Union which concerns the rules of procedure of resolving disputes between public administration and Solidarity 1992.[29]

Legal procedures are of vital importance. The Collective Disputes Settlement Act provides for three procedures: negotiations, mediation and voluntary arbitration. They should be applied in the order mentioned above. A strike started before the end of mediation is illegal. Besides, the act on Tripartite Commission[30] regulates the good will mission.

[28] B. Skulimowska, "Postanowienia obligacyjne układów zbiorowych pracy" [Provisions of collective labour agreements that create obligations], in: *Układy zbiorowe pracy w demokratycznym ustroju pracy*, ed. J. Wratny, IPiSS, Warszawa 1997, pp. 165–168; M. Chomiak, "Regulacja prawna i praktyka rozwiązywania sporów zbiorowych w Polsce" [Legal regulations and practice of dealing with collective disputes in Poland], *Polityka Społeczna* 1999, No. 2, p. 13.

[29] For more see: Z. Hajn, *Conflict resolution mechanisms in Poland, analytical study under the Programme: Conflict resolution mechanisms in the Accession Countries*, organised by European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (unpublished), Dublin 2003.

[30] Tripartite Social and Economic Commission and Provincial Social Dialogue Commissions Act of 6 July 2001 (J. of L. 2001, No. 100, item 1080 as amended).

Negotiations are based on direct talks and compromises between the sides. They start immediately after a dispute is announced. The employer is obliged to enter into negotiations under a penal law sanction and to immediately notify the district labour inspector of a dispute. Negotiations end when an agreement is reached. If there is no agreement the parties should draft a protocol of divergences. The purpose of negotiations, as a statutory method of resolving collective disputes and a stage mandatory preceding mediation, raises some doubts. A collective dispute starts because former negotiations between the parties were unsuccessful. Therefore, the view that this method should be voluntarily used at the parties' discretion at each level of resolving a dispute, is justified.[31]

Mediation starts after the negotiations have finished, if the union's side upholds its demands. Mediation means resolving a dispute with the participation of an independent third party whose role is to make it easier for the parties involved to come to an agreement. The parties should agree on a mediator within 5 days. If they do not, each of the parties may ask the Minister of Labour to appoint a mediator from the list of mediators approved by the Minister upon consultations and in agreement with most representative social partners. According to a settled practice the Minister does not impose a mediator against the will of the parties. A mediator should be a person who guarantees impartiality.[32] If the mediation time prolongs a trade union may organize two-hour warning strike. A mediation procedure ends with signing an agreement or drafting a protocol of divergence.

A mediator is entitled to compensation and the reimbursement of costs the amount of which is fixed with the parties to the dispute. The costs of mediation are shared equally by the parties involved, unless some other sharing arrangement is decided. Exceptionally, the Minister of Labour may cover the costs.

Polish mediation system is of unclear and semi-private nature. For the majority of mediators it is an additional job. The fact that mediator's fee is decided in the form of contract negotiated between the mediator and the parties involved is criticized, as this is a wrong way of beginning the mission. Trade union organizations often have financial problems and hence mediators' services are sometimes financed by the employers, which may question the principle of mediator's independence.

If as a result of mediation no agreement has been reached to resolve the collective dispute, employees have the right to go on strike. However, a trade

[31] B. Cudowski, "Model rozwiązywania sporów zbiorowych" [Model for disputes resolution], in: Goździewicz G. (ed.), *Zbiorowe prawo pracy...*, p. 243.

[32] B. Skulimowska, "Założenia regulacji prawnej służby mediacji" internal report of the Ministry of Economy, Labour and Social Policy, 2003 (unpublished), p. 8.

union may submit a dispute to the arbitration board, which is equal to giving up the strike for the time of arbitration. Arbitration proceedings cannot be started before negotiations and mediation are finished.[33]

An establishment level dispute is tried by social arbitration board at the regional court, while a multiemployer dispute is tried by such a board at the Supreme Court. The board is composed of a chairman who is a professional judge and 6 members, three appointed by each party. The board should try to convince the parties to reach an agreement. If unsuccessful, the Board after trial proceedings gives its ruling. A decision is made by majority voting. It binds both parties unless they decide otherwise before submitting the dispute to arbitration. A binding decision precludes the availability of strike. In practice, the use of arbitration is very rare.[34]

Good will mission was introduced at the beginning of 2003 by the amendment to the Tripartite Commission Act. The provincial social dialogue commission may examine social or economic cases leading to conflicts between employers and employees if it finds them important for social peace to be maintained. The commission may express its opinion on appointing a person with a good will mission from the Minister's of Labour list of mediators. This person helps the parties to the conflict. If the mission fails the parties or the person conducting the mission asks the commission social dialogue for an opinion. State budget covers the fee of the person conducting the mission and all other costs.

Good will mission goes beyond the legal notion of a collective dispute specified in Collective Disputes Settlement Act. It results from the use of the word "conflict" instead of "collective dispute" and a very wide meaning of the expression "social and economic matters causing conflicts between employers and employees." It is the evidence of the legislator's aspiration to create an institution going beyond the limitations of the hitherto existing system of resolving collective disputes and helping to reduce the informal conflicts. Since the method is new, nothing can be said about its efficiency.

In practice, labour inspectors play an important role in reducing the number of collective disputes. The Collective Disputes Settlement Act obliges an employer to notify the dispute to the regional labour inspector who, upon notification, usually instigates an inspection. The controlling inspector does not operate as a mediator but he reports the results of the inspection and in cases where law has been violated by the employer also applies

[33] See: judgement of the Supreme Court of 1997, KAS 3/96.

[34] K. Kloc, *Labour conflicts and strikes in Poland in the 1990s and methods of solving them*, Paper given at the ILO "First Conference of Central nad Eastearn European Labour Mediators and Arbitrators," 14–21 June 2002, Budapest, report (unpublished), p. 12.

sanctions which contributes to the liquidation of some elements of the subject matter of the dispute. There is no official data that could indicate how effective the tool is. It is estimated, however, that out of the dispute-related inspections, it refers to 40% of all union demands and 20–25% of disputes.[35]

II. NON-UNION REPRESENTATION OF EMPLOYEES IN COLLECTIVE BARGAINING WITHIN THE FIRM

1. Non-union representation of employees within the firm: its reasons and forms

Polish law provides for different forms of non-union representation of employees in an undertaking. They include: workers' councils,[36] self-government of the employees of a State undertaking,[37] employees' representatives in company's bodies,[38] employees' representatives in European Works Councils,[39] representatives of employees in undertakings forming a part of a European Company, members of bodies representing company's employees, its Supervisory Board or Administrative Board,[40] employees' representatives for health and safety at work committees[41] and employees' representatives elected *ad hoc* in undertakings where there are no trade unions. Specific types of non-union representation of employees can be found in certain other types of undertakings, e.g. employees' representatives in collective bodies at Universities,[42] crew delegates on sea commercial ships,[43] etc.

[35] K. Kloc, *op. cit.*, p. 10.

[36] Act of 7 April 2006 concerning informing and consulting employees (J. of L. 2006, No. 79, item 550). The Act transposes Directive 2002/14/EC of the European Parliament and the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community.

[37] Act of 25 September 1981 on employees self-government in State owned undertakings (J. of L. 1981, No. 24, item 123 as amended).

[38] Act of 30 August 1996 on commercialisation and privatisation (J. of L. 2002, No. 171, item 1397 as amended). Act of 20 December 1996 on utilities sector (J. of L. 1997, No. 9, item 43 as amended).

[39] European Works Councils Act of 5 April 2002 (J. of L. 2002, No. 62, item 556 as amended).

[40] Act of 4 March 2005 on European Groupings of Economic Interests and on European Company (J. of L. 2005, No. 62, item 551 as amended).

[41] Art. 237^{11a}–237^{13a} L.C.

[42] Act of 27 July 2005 Law on Universities (J. of L. 2005, No. 164, item 1365).

[43] Act of 23 May 1991 on working on sea commercial ships (J. of L. 1991, No. 61, item 258 as amended).

The above mentioned forms of employees' representation have been shaped throughout many years and with a view to achieve various objectives. We should note here that after the transformation in 1989 which gave rise to intensive privatisation and a gradual disappearance of State owned enterprises with employees' self-government, employees of most undertakings were deprived of non-union representation as well as union representation due to more and more limited scope of trade unions' activity. In companies which emerged from former State owned enterprises the employees have only been granted the right to elect a fraction of Supervisory Board members (from 2/5 to more or less 1/3 of all members) and in companies employing more than 500 people they could also elect one member of the Board. Real impetus to the creation of considered forms of employees' representation was given by Poland's accession to the European Union on 1st May 2004 and the need to implement directives on employees' information and consultation.

Employees representatives for issues relating to health and safety at work and those who participate in information and consultation bodies set up as a result of the implementation of the above Directives are appointed by trade unions. If there are no trade unions in an undertaking they can be elected by employees. We should add that the possibility to create Works Councils was given pursuant to the Act of 10 March 2006 and the process has not started yet. Until 23 March 2008 provisions of the Act shall apply to employers with at least 100 employees and as of that date the councils will also be available in enterprises with at least 50 employees.

Employees' representatives elected (possibly appointed) in undertakings are a characteristic form of employees' representation. The reason why this form of representation is recognised is the crisis of trade unions presence in enterprises. Elected representatives have different scope of competence depending on the issue at stake. In some cases, e.g. health and safety at work, at pre-collective redundancy stage they are of information and consulting nature while in others they may be of negotiaton type (see point 3 below).

2. Objective of *non-union representation within* the firm: a partner for information and consultation or also a party to collective bargaining

The above presented forms of non-union representation of employees are supposed to offer counterparts to employers with respect to information and consultation in matters concerning employees. Only employees' self-government bodies in State owned undertakings have further reaching powers. The competence of the General Assembly of Employees includes in particular: the adoption of the statutes of an undertaking, division of profit

allocated to employees, annual assessment of the Works Council and the director, adoption of multiannual plans of the undertaking and giving opinions on all issues concerning the undertaking. The Works Council has the powers to take decisions (co-determination), give opinions and control. The co-determinating powers include: the power to adopt the annual plan, the change of the enterprise line of business, the distribution and the use of funds of the enterprise, giving consent to the transfer of fixed assets of the enterprise, adoption of resolutions on transformation of the enterprise and its becoming a part of a company, etc. The Council has the right to give its opinion in all matters dealing with the undertaking in question and to control its overall activity.

The right to collective bargaining is entrusted only, and in cases defined by regulations, to employees' representatives elected *ad hoc* in undertakings where there are no trade unions.

3. Non-union representation of employees in collective bargaining within the firm in the light of national experience: the form(s) of non-union representation, scope and procedure of bargaining

As it has already been indicated employees' representatives elected *ad hoc* in enterprises are, in cases specified in the regulations, the only non-union form of employees' representation in collective bargaining in enterprises where there are no trade unions. The following situations are covered:

– When financial standing of the employer justifies it, there can be an agreement concluded on the suspension of the provisions of labour law, fully or in part, with respect to rights and obligations of parties to the employment contract. The suspension in question may not cover the acts of law and must be limited to specific labour law (in practice to pay regulations). Agreement is concluded between the employer and the trade union organisation which represents employees. If there are no trade unions in the undertaking in question, the agreement is concluded between the employer and employees' representation in accordance with the procedure adopted for the undertaking. The suspension of the application of labour law provisions may not last longer than 3 years (Art. 9^1 of the L.C.);

– Under the same circumstances as above, employees' representatives may conclude an agreement on the application of less favourable conditions of employment than those resulting from their employment contracts within the scope and time limit specified in the agreement. The agreement may be concluded with an employer to whom the collective labour agreement does not apply or who employs less than 20 people (Art. 23^{1a} § 1 L.C.);

– If there is no trade union organisation in the undertaking, for the purpose of night work the list of particularly dangerous jobs or jobs entailing

considerable physical and mental effort is decided by the employer acting together with employees' representatives elected in accordance with the procedure followed in the undertaking in question and upon consultations with the physician taking care of the employees and taking account of the need to ensure health and safety at work to employees (Art. 151^7 § 1 L.C.);

– If there is no trade union organisation in an undertaking, the employer concludes company pension agreement with employees' representation appointed in accordance with the procedure followed by the employer in question. The authorisation to negotiate with respect to the subject in question expires 24 months after the representation has been appointed or earlier if at least half of its members have ceased to work for the employer or if a trade union organisation is established (Art. 11 § 3–6 of the Act of 20 April 2004 on pension schemes for employees);

– Rules and conditions of the use of services and benefits financed by the corporate social benefits fund are decided by the employer in the rules of procedure. If there is no trade union organisation in the enterprise the employer agrees the rules of procedure with the employee elected by the staff to represent their interests (Art. 8 § 2 of the Act of 4 March 1994 on workplace social benefits fund[44]).

The above mentioned cases of legal authorisation of non-union representatives of employees to conduct collective bargaining highlight the provisional nature of the representation which obviously is there to play the role of an artificial limb until employees' representation question is properly solved for the purpose of collective bargaining where trade unions are absent from an undertaking. Nevertheless, such an arrangement for employees' representation as a party to collective negotiations and a party to collective agreement should be criticised. Doubts relate in particular to the fact that in most cases the procedure for appointing the representatives is referred to as the „appointing following the procedure adopted by the employer'' with no reservation that employees should elect their representation. Provisions do not offer any legal protection to employees who represent the staff. Thus I share the view presented in the doctrine that it is hard to consider such employees' representation a genuine representation of collective rights and interests.[45] We may risk the thesis that due to negotiating weakness of these representatives, the legislator allowed fictious bargaining. Particularly strange is the ability given to these representatives to conclude agreements which deeply interfere with employees' interests, such as agreements to suspend the company internal regulations (mainly pay regulations) or the provisions of employment contracts.

[44] J. of L. 1996, No. 70, item 335 as amended.

[45] J. Stelina, "Charakter prawny porozumienia o stosowaniu mniej korzystnych warunków zatrudnienia" [Legal nature of the agreement to apply less favourable terms of employment], *Państwo i Prawo* 2003, No. 9, p. 76.

III. PROSPECTS FOR EMPLOYEES' REPRESENTATION IN COLLECTIVE BARGAINING WITHIN THE FIRM

1. Importance of a proper employees' representation within the firm in the light of the trend to decentralization of collective bargaining

Decentralisation of collective bargaining in Poland is obvious.[46] Sufices to say that in 2005 there were only 14 national level collective labour agreements with 10 industry-wide ones. Besides there were 123 multi-employer collective agreements concluded by municipalities and communes and covering the non-teaching staff employed in educational establishments (121 agreements) and those employed in public utilities, housing and social welfare sectors (2 agreements).[47]

Under such circumstances the importance of the appropriate shaping of employees' representation in collective bargaining in undertakings is unquestionable.

IV. *OTHER REMARKS OF THE NATIONAL REPORTER CONCERNING* THE SUBJECT OF THE GENERAL REPORT

The above presented legal regulations concerning the representation of employees in collective bargaining in undertakings in Poland call for some summary remarks:

1) For employees' representation in an undertaking the fundamental problem focuses around the inconsistency of the statutory model of the representation imposed upon them with the needs of small and medium sized enterprises. The problem could be solved if trade unions could decide upon the form of representation at the level of an undertaking and by giving up making the presence of trade unions dependent on the number members. In small enterprises in which the threshold of 10 members is in most cases unattainable, trade union delegates would be a more appropriate type of representation.[48] Their capacity to represent employees in collective matters to which the principle of general representation applies should be conditioned by the support of the majority of the staff expressed in a secret ballot.

2) The way unions' representativeness is regulated in an undertaking is inconsistent with the reality of collective employment relations in Poland. The

[46] For reasons see: Z. Hajn, "Collective Labour Agreements...", pp. 191–206 and literature referred to.

[47] Source: information received by the Author from the Ministry of Labour and Social Policy (letter: DDP – I – 4332-38-MK/06 Ref. No. 1169/06 of 22 March 2006).

[48] See: Z. Hajn, *Pozycja prawna pracownika...*, pp. 6–7.

criterion of membership is not good enough. In particular cases organisations with big membership may not be supported by the staff or may represent the interest of a part thereof. The support of the employees seems thus a more appropriate criterion.

3) The use of representativeness in bargaining concerning certain collective matters and not using it in other matters (e.g. in collective labour disputes, in negotiating an agreement concerning employees' rights in the event of transfers of undertakings, agreement on suspension of specific provision of labour law, agreement on deciding average monthly increases in remuneration for a given year) cannot be understood. A uniform concept of representativeness should constantly apply to all cases where the principle of trade unions' cooperation has not resulted in the reaching of agreement among trade unions.

4) The assumption clearly visible in the Polish law that conducting of collective bargaining and solving collective disputes belongs to trade union's prerogatives while workers councils (or other forms of non-union representation) are authorised to act with respect to information and consultation is basically the correct one. The latter type of representation consists in the recognition of interests which combine the workforce and the capital in an undertaking (enterprise) and not the confrontation of interests typical of trade unions.[49] So if there is no trade union representation in an undertaking, it seems not justified to make it possible to a non-union representation to conduct the bargaining. Instead of it the workers councils referred to in the Act of 7 April 2006 on informing and consulting employees. Should be authorised to consult the internal regulations needed for an undertaking to operate (such as work rules or pay regulations). In undertakings not covered by the Act (i.e. employing less than 50 people) the right to consultation should be given to the representative elected following the procedure laid down by the statute who ought to be protected against any harassment on the part of employer.

[49] According to Art. 1 section 2 of the Directive 2002/14/EC of the European Parliament and the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community: "When defining or implementing practical arrangements for information and consultation, the employer and the employees' representatives shall work in a spirit of cooperation and with due regard for their reciprocal rights and obligations, taking into account the interests both of the undertaking or establishment and of the employees."

Marcin Narożnik
Doctoral candidate

REPORT ON CHARACTERISTIC OF PARTICIPATION OF THE REPUBLIC OF POLAND IN INTERNATIONAL ADMINISTRATION IN CRISIS AREAS[1]

I. ANSWERS TO THE QUESTIONS FROM SECTION 1 AND PARTIALLY SECTION 2

Section 1

1. Is your country participating (or has it been participating) in crisis administration; if yes, where?
2. Is there a clear policy or pattern to the participation – close to home, far away, friendly countries, countries where closest allies/other members of your regional organisation are participating?
3. What is the volume of the participation?
4. Through which international organisations is your country participating; the UN, regional organisations, the Red Cross, the international financial institutions, other?
5. How would you comment your country's participation?

Section 2

4. Is the participation civil, military or CIMIC?
5. In which sectors of government/administration does your country engage; military/security, trade/commerce, educational/cultural, other? What are the priorities?
6. Is the participation effected directly through governmental actors or how much is outsourced (to NGOs, private security, export or other organisations/companies etc.)?

Poland has been participating in the so called crisis administration since the beginning of the twentieth century, if the administration of the Free City of Gdansk (Danzig) could be considered as the action of this kind

[1] Report was prepared under the supervision of Professor Anna Wyrozumska, Jean Monnet Chair of European Constitutional Law of the Faculty of Law and Administration, University of Łódź.

(what probably hardly can be done). The Versailles Treaty placed the Free City under the protection of the League of Nations (Art. 102). The detailed status of the City was later on established in the Polish – German Convention signed on the 11th of November 1920 in Paris. The Convention endowed Poland with necessary competence to administer a certain group of the Free City affairs. Under the Convention Poland was authorized to the conduct of the foreign relations of the Free City, concluding international treaties, customs administration, postal service, railways etc.

In the modern sense, Poland's participation in the crises administration has begun in 1953, by the contribution of personnel to a peacekeeping mission in Korea. According to the agreement which was signed on 27 July 1953 at Panmunjom, the Polish military officers joined two international commissions established to supervise compliance with the conditions of the cease-fire agreement: the Neutral National Supervising Commission and the Neutral National Repatriation Commission. More than 1000 Polish officers and NCOs have served in those commissions.[2]

Poland was especially engaged in the following actions taken by United Nations:

1) Missions in Asia

– UNAMIC – United Nations Advance Mission in Cambodia[3] – Poland's contribution has amounted to two officers.[4]

– UNTAC – United Nations Transitional Authority in Cambodia, was a successor of UNAMIC.[5] Polish contingent comprised of a battalion of an engineering and provisions unit to the strength of 709 soldiers. Polish contingent was than exchanged, the total participation amounted to 1270 Polish soldiers. Among the duties of Polish detachment were the supply of water, food and fuel for operational units as well as servicing the main

[2] http://www.wp.mil.pl/start.php?page=1010304001.

[3] It was established as a mission consisting mainly of military liaison officers in order to help the parties of conflict in Cambodia to address and resolve any violations or alleged violations of the ceasefire that came into effect in Cambodia in 1991. UNAMIC was a preparatory mission and was then subsumed by UNTAC.

[4] Characteristics of UN missions come from UN web site – www.un.org and are often quotations from this site. Descriptions of OSCE missions come from OSCE web site – www.osce.org.

[5] This mission lasted since March 1992 till 24 September 1993. UNTAC's mandate included aspects relating to human rights, the organization and conduct of free and fair general elections, military arrangements, civil administration, the maintenance of law and order, the repatriation and resettlement of the Cambodian refugees and displaced persons, and the rehabilitation of essential Cambodian infrastructure during the transitional period, www.gmu.edu/departments/t-po/resource-bk/mission/untac.html.

depot. Polish engineers also repaired roads and bridges.[6] Poland was also engaged, within UNTAC, in Military Liaison Team of 20 military liaison officers formed from contributions offered by 15 nations.

– UNMOT – United Nations Mission of Observers to Tajikistan[7] – Poland's contribution has amounted to 30 persons.[8]

– UNGOMAP – United Nations Good Offices Mission in Afghanistan and Pakistan was established on 15 May 1988[9] – Poland assigned to this mission one military observer.

2) Missions in Africa

– UNTAG – United Nations Transition Assistance Group in Namibia established in accordance with resolution 632 (1989) of 16 February 1989.[10] Poland participated in UNTAG in total quota of 373 soldiers including 20 observers in it.

– UNOMIL – United Nations Observer Mission in Liberia.[11] Poland was represented in this mission by 3 observers.

[6] www.wojsko.pl/obronacgi/dzial._cgi?nd=101&o=1&i=0&j=en.

[7] The Mission was originally established by the United Nations Security Council resolution 968 adopted on 16 December 1994, with a view to assisting the Joint Commission, composed of representatives of the Tajik Government and of the Tajik opposition, to monitor the implementation of the Agreement on a Temporary Ceasefire and the Cessation of Other Hostile Acts on the Tajik-Afghan Border and within the Country. Its task was also to investigate reports of ceasefire violations and report on them to the United Nations and to the Joint Commission, provide its good offices as stipulated in the Agreement; to maintain close contact with the parties to the conflict, as well as close liaison with the Mission of the OSCE and with the Collective Peacekeeping Forces of the Commonwealth of Independent States (CIS) in Tajikistan and with the border forces; provide support for the efforts of the Secretary-General's Special Envoy; and to provide political liaison and coordination services, which could facilitate expeditious humanitarian assistance by the international community (www.un.org/Depts/DPKO/Missions/unmot/UnmotF.html).

[8] www.rezerwa.to2.pl/misje.html; www.skmponz.w.interia.pl/misje.htm.

[9] It's purpose was to assist the Personal Representative of the Secretary-General to lend his good offices to the parties in ensuring the implementation of the Agreements on the Settlement of the Situation Relating to Afghanistan (the Geneva Accords) and in this context to investigate and report possible violations of any of the provisions of the Agreements. The mandate of UNGOMAP included the monitoring of: non-interference and non-intervention by the parties in each other's affairs; the withdrawal of Soviet troops from Afghanistan; the voluntary return of refugees. Having fulfilled its tasks, UNGOMAP ceased operations on 15 March 1990.

[10] UNTAG was established to assist the Special Representative of the Secretary-General to ensure the early independence of Namibia through free and fair elections under the supervision and control of the United Nations. UNTAG was also to help the Special Representative to ensure that: all hostile acts were ended; troops were confined to base, and, in the case of the South Africans, ultimately withdrawn from Namibia; all discriminatory laws were repealed, political prisoners were released, Namibian refugees were permitted to return, intimidation of any kind was prevented, law and order were impartially maintained.

[11] UNOMIL main aim was to work with ECOMOG (The Economic Community of West African States (ECOWAS) Monitoring Group (ECOMOG) in the implementation of the

– UNAVEM II/III – United Nations Angola Verification Mission.[12] Poland's participation in this missions attained 14 observers.
– UNAMIR – United Nations Assistance Mission for Rwanda.[13] Poland send 5 observers to assist in this mission.
MONUA – United Nations Observer Mission in Angola established by Security Council resolution 1118 (1997) of 30 June 1997.[14] Poland's participation in this missions attained 5 observers.

3) Middle East Missions

– UNIKOM – United Nations Iraq-Kuwait Observation Mission.[15] Poland participated in this mission in total amount of 43 observers.

Cotonou Peace Agreement. UNOMIL was the first United Nations peacekeeping mission undertaken in cooperation with a peacekeeping operation already set up by another organization. The military component of UNOMIL was to monitor and verify compliance with the ceasefire, the embargo on delivery of arms and military equipment, as well as the cantonment, disarmament and demobilization of combatants, while the civilian component was to include political, humanitarian, and electoral personnel which observed and verified the election process, from the registration of voters until the voting itself.

[12] While main task of UNAVEM II was to verify the phased and total withdrawal of Cuban troops from Angola in accordance with the timetable agreed between the two Governments UNAVEM III was established to assist the Government of Angola and the Unio Nacional para a Independência Total de Angola (UNITA) in restoring peace and achieving national reconciliation on the basis of the Peace Accords for Angola, signed on 31 May 1991, the Lusaka Protocol signed on 20 November 1994, and relevant Security Council resolutions. Among the main features of UNAVEM III's mandate are: to provide good offices and mediation to the Angolan parties; to monitor and verify the extension of State administration throughout the country and the process of national reconciliation; to supervise, control and verify the disengagement of forces and to monitor the cease-fire; to verify information received from the Government and UNITA regarding their forces, as well as all troop movements; to coordinate, facilitate and support humanitarian activities directly linked to the peace process, as well as participating in mine-clearance activities; to declare formally that all essential requirements for the holding of the second round of presidential elections have been fulfilled, and to support, verify and monitor the electoral process.

[13] It was established by Security Council resolution 872 (1993) of 5 October 1993 to help implement the Arusha Peace Agreement signed by the Rwandese parties on 4 August 1993. UNAMIR's mandate was: to assist in ensuring the security of the capital city of Kigali; monitor the ceasefire agreement, including establishment of an expanded demilitarized zone and demobilization procedures; monitor the security situation during the final period of the transitional Government's mandate leading up to elections; assist with mine-clearance; and assist in the coordination of humanitarian assistance activities in conjunction with relief operations.

[14] It's mandate was to assist the Angolan parties in consolidating peace and national reconciliation, enhancing confidence-building and creating an environment conducive to long-term stability, democratic development and rehabilitation of the country. MONUA took over from the United Nations Verification Mission in Angola III (UNAVEM III).

[15] Mission with the strength of 300 military observers on 9 April was established by Security Council resolution 689 (1991) as an answer to the Security Council resolution 687 (1991) by which Council established, among other things, a demilitarized zone (DMZ) along the boundary between Iraq and Kuwait, to be monitored by a United Nations observer unit,

– UNIIMOG – United Nations Iran-Iraq Military Observer Group.[16] Poland's share in this mission attained 45 observers.
– UNEF II – Second United Nations Emergency Force.[17] The Polish hospital and clinics were responsible for medical care, the logistical unit purified and supplied drinking water to all of the contingents, and engineering sub-detachments were responsible for mine clearance. Participation of The Republic of Poland in this mission between 1973 an 1979 attained 11 699 soldiers.

4) Missions in Europe

– UNPROFOR – United Nations Protection Forces peace operation started in the beginning of 1992, in Croatia and Former Yugoslav Republic of Macedonia.[18] Participation of The Republic of Poland – 3867 soldiers.
– UNCRO – United Nations Confidence Restoration Operation established on 31 March 1995 to replace UNPROFOR in Croatia.[19] Participation of Polish armed forces – 1064 soldiers.

and requested the Secretary-General to submit a plan for the unit's immediate deployment. The Council gave UNIKOM a mandate to monitor the DMZ and the Khawr' Abd Allah waterway between Iraq and Kuwait; to deter violations of the boundary; and to observe any hostile action mounted from the territory of one State against the other.

[16] Mission was established to verify, confirm and supervise the cessation of hostilities and the withdrawal of all forces to the internationally recognized boundaries without delay when in Augus 1988, after almost eight years of war, and following a period of intensive negotiations between the Secretary-General and the two Foreign Ministers, the Islamic Republic of Iran and the Republic of Iraq agreed to a suggestion of the Secretary-General, which combined the coming into force of a ceasefire and the beginning of direct talks between the two Foreign Ministers under the auspices of the Secretary-General.

[17] Established on 25 October 1973 with the mandate tu supervise the implementation of Security Council resolution 340 (1973), which demanded that an immediate and complete ceasefire between Egyptian and Israeli forces be observed and that the parties return to the positions they had occupied at 1650 hours GMT on 22 October 1973.

[18] Its task was to stop the fighting and to provide the conditions for a political settlement of the crisis through negotiations in Yogoslavia. UNPROFOR's mandate was to ensure that the three "United Nations Protected Areas" (UNPAs) in Croatia were demilitarized and that all persons residing in them were protected from fear of armed attack. In the course of 1992, UNPROFOR's mandate was enlarged to include monitoring functions in certain other areas of Croatia ("pink zones"); to enable the Force to control the entry of civilians into the UNPAs and the perform immigration and customs functions at the UNPA borders at international frontiers; and to include monitoring of the demilitarization of the Prevlaka Penisula and to ensure control of the Peruca dam, situated in on of the "pink zones". In addition, UNPROFOR monitored implementation of a cease-fire agreement signed by the Croatian Government and local Serb authorities in March 1994 following a flare-up of fighting in January and September 1993.

[19] The new mandate included inter alia performing the functions envisaged in the cease-fire agreements and its implementation, facilitating implementation of all relevant Security Council resolutions, assisting in controlling, by monitoring and reporting, the crossing of military personnel, equipment, supplies and weapons, over the international borders between Croatia and Bosnia and Herzegovina, and Croatia and the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) at the border crossings, monitoring the demilitarisation of the Prevlaka peninsula.

– UNPREDEP – United Nations Preventive Deployment Force established on 31 March 1995 to replace UNPROFOR in the Former Yugoslav Republic of Macedonia. The mandate of UNPREDEP remained essentially the same: to monitor and report any developments in the border areas which could undermine confidence and stability in the former Yugoslav Republic of Macedonia and threaten its territory. Participation of Poland – 8 observers.
– UNMIBH – United Nations Mission in Bosnia and Herzegovina acting in form of United Nations International Police Task Force (IPTF) and a United Nations civilian office in Bosnia and Herzegovina established on 21 December 1995 by the Security Council Resolution 1035 (1995).[20] Poland's participation – 5 observers.
– UNTAES – United Nations Transitional Authority in Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium.[21] Polish contribution – 10 observers.
– UNPSG – United Nations Civilian Police Support Group in Croatia. Established to continue monitoring the performance of the Croatian police in the Danube region, particularly with respect to the return of displaced persons, for a single nine-month period beginning on 16 January 1998 and ending on 15 October 1998. The Group took over policing tasks from the United Nations Transitional Administration for Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium when that mission's mandate ended. Polish contribution attained 26 police officers.

Currently Poland is participating in the following UN Missions:
1) European Missions
– UNOMIG – United Nations Observer Missions in Georgia.[22] Polish participation – 4 military observers.

[20] The mandate was to contribute to the establishment of the rule of law in Bosnia and Herzegovina by assisting in reforming and restructuring the local police, assessing the functioning of the existing judicial system and monitoring and auditing the performance of the police and others involved in the maintenance of law and order. Poland assigned to this mission 2 observers. UNMOP – United Nations Mission of Observers in Prevlaka, established on 1 February 1996 in accordance with Security Council resolution 11038 (1996). Mission monitored the demilitarization of the Prevlaka peninsula and of the neighbouring areas in Croatia and the Federal Republic of Yugoslavia and held regular meetings with the local authorities in order to strengthen liaison, reduce tensions, improve safety and security and promote confidence between the parties. The Chief Military Observer also maintained contact with the authorities in Zagreb and Belgrade.

[21] Established with military and civilian components to, among other things, supervise and facilitate demilitarization; monitor return of refugees; contribute to the maintenance of peace and security; establish a temporary police force; undertake tasks relating to civil administration and public services; organize elections; and undertake other activities relevant to the Basic Agreement.

[22] Mission was originally established on 24 August 1993 by Security Council resolution 858 (1993) to verify compliance with the 27 July 1993 ceasefire agreement between the Government of Georgia and the Abkhaz authorities in Georgia with special attention to the situation in the city of Sukhumi; to investigate reports of ceasefire violations and to attempt to resolve such incidents with the parties involved; and to report to the Secretary-General on the implementation of its mandate, including, in particular, violations of the ceasefire agreement. UNOMIG's original mandate had been invalidated by the resumed fighting in Abkhazia in September 1993. According to this mandate Mission was to maintain contacts with both sides to the conflict and with Russian military contingent, and to monitor and report on the situation, with particular reference to developments relevant to United Nations efforts to promote a comprehensive political settlement.

– UNMIK – United Nations Interim Administration Mission in Kosovo was born on 10 June 1999 when the Security Council in resolution 1244 authorized the Secretary-General to establish in the war-ravaged province of Kosovo an interim civilian administration led by the United Nations under which its people could progressively enjoy substantial autonomy.[23] Poland's participation: 4 observers and 125 Civilian Police members.

2) Middle East Missions
– UNDOF – Golan Heights – United Nations Disengagement Observer Force.[24] Polish logistical contingent (POLLOG) was previously responsible mainly for water, food and other materials transport as well as for conduct of Sanitary epidemiological laboratory. Since 1993 Polish contingent is responsible for operational tasks and has strength of 347 soldiers.
– UNIFIL – United Nations Interim Force in Lebanon. Polish participation in the UNIFIL peacekeeping operation in Lebanon dates back to June 1992. At first it comprised a medical unit of about 90 persons to which were added later a logistics battalion, an engineer detachment (April 1994) and a maintenance detachment (April 1996).[25] Polish participation – 8912 soldiers.

[23] In particular, resolution 1244 has called upon UNMIK to perform basic civilian administrative functions; promote the establishment of substantial autonomy and self-government in Kosovo; facilitate a political process to determine Kosovo's future status; coordinate humanitarian and disaster relief of all international agencies; support the reconstruction of key infrastructure; maintain civil law and order; promote human rights; and assure the safe and unimpeded return of all refugees and displaced persons to their homes in Kosovo.

[24] It was established by Security Council resolution 350 (1974) of 31 May 1974 to maintain the ceasefire between Israel and Syria, to supervise the disengagement of Israeli and Syrian forces, and to supervise the areas of separation and limitation, as provided in the Agreement on Disengagement.

[25] UNIFIL, which has a strength of 632 troops and civilians, is composed of: a logistics battalion, an engineer detachment, a maintenance detachment, a field hospital, and personnel attached to the UNIFIL headquarters and is responsible for comprehensive logistic support of the UNIFIL peacekeeping forces (a total of 4,500 troops and civilians) and its five operational battalions (from Ghana, Fiji, Finland, Ireland and Nepal), as well as mine clearance and humanitarian assistance for the local population.

3) Missions in Africa
– MINURSO – United Nations Mission for the Referendum in Western Sahara.[26] Polish contribution – 27 persons.
– MONUC – United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo.[27] Poland's participation – 3 observers.

Other UN Missions in Africa to which Poland contributes:
– UNMEE – United Nations Mission in Ethiopia and Eritrea – 12 observers, UNMIS – United Nations Mission in the Sudan, UNOCI – United Nations Operation in Côte d'Ivoire, UNMIL – United Nations Mission in Liberia.

Poland is also actively participating in the Organization for Security and Co-operation in Europe activities:
– OSCE Mission in Estonia – according to the Committee of Senior Officials (CSO) Decision from 13 December 1992, the objective of the Mission was to further promote integration and better understanding between the communities in Estonia.
– OSCE Mission in Latvia – established on 23 September 1993. The mandate of the Mission, consisted of elements directed on citizenship issues and other related matters and be at the disposal of the Latvian Government and authorities for advice on such issues; provide information and advice to institutions, organizations and individuals with an interest in a dialogue on these issues; gather information and report on developments relevant to the

[26] MINURSO was established by Security Council resolution 690 (1991) of 29 April 1991, in accordance with "the settlement proposals", as accepted on 30 August 1988 by Morocco and the Frente Popular para la Liberación de Saguia el-Hamra y de Río de Oro (Frente POLISARIO). MINURSO has been mandated to monitor the ceasefire; verify the reduction of Moroccan troops in the Territory; monitor the confinement of Moroccan and Frente POLISARIO troops to designated locations; take steps with the parties to ensure the release of all Western Saharan political prisoners or detainees; oversee the exchange of prisoners of war (International Committee of the Red Cross); organize and ensure a free and fair referendum and proclaim the results.

[27] According to Security Council resolution 1291 (2000) of 24 February 2000 MONUC's staff may be used in the areas, inter alia, of human rights, humanitarian affairs, public information, child protection, political affairs, medical and administrative support. MONUC, in specially established cooperation with the joint Military Commission (JMC). Its mandate was outlined inter alia as : monitoring the implementation of the Ceasefire Agreement and investigate violations of the ceasefire; on with the headquarters off all the parties military forces; to work with the parties to obtain the release of all prisoners of war, military captives and remains in cooperation with international humanitarian agencies; to supervise and verify the disengagement and redeployment of the parties' forces, to facilitate humanitarian assistance and human rights monitoring, with particular attention to vulnerable groups including women, children and demobilized child soldiers, as MONUC deems within its capabilities and under acceptable security conditions, in close cooperation with other United Nations agencies, related organizations and non-governmental organizations.

full realization of CSCE principles, norms and commitments. Poland's participation – 3 representatives.
– OSCE Mission in Moldova was established on 4 February 1993 and started to work in Moldova's capital Chisinau. The main objectives of the Mission are to assist in negotiating a lasting political settlement of the Transdniestrian conflict, consolidating the independence and sovereignty of the Republic of Moldova, and reaching an understanding on a special status for the Transdniestrian region. According to OSCE web site, mission covers also a broad spectrum of human dimension issues, including human and minority rights, democratization, media freedom and combating human trafficking. Since 1999 the Mission is mandated to facilitate the removal and destruction of Russian ammunition and armament from the region and ensures the transparency of this process.
– OSCE Mission to Georgia according to the original mandate, adopted on 13 December 1992. The objective of the Mission was to promote negotiations between the conflicting parties in Georgia which are aimed at reaching a peaceful political settlement. This mandate was gradually widened in the negotiations between the conflicting parties in Georgia which are aimed at reaching a peaceful political settlement. On 29 March 1994, the above objectives were expanded to include inter alia intensification of discussions with all parties to the conflict, including through the organization of round tables, in order to identify and seek to eliminate sources of tension and extend political reconciliation throughout the area of conflict; in pursuit of the monitoring role concerning the joint peacekeeping forces, establish appropriate forms of contact with the military commanders of the forces within the overall context of the CSCE negotiating efforts, ensure liaison with the United Nations operations in Abkhazia, in order to follow events closely and report regularly to the CSCE, promote respect of human rights and fundamental freedoms and assist in the development of legal and democratic institutions and processes, including providing advice on the elaboration of a new constitution, the implementation of a legislation on citizenship and the establishment of an independent judiciary as well as monitoring elections. Participation of Poland attained 10 representatives.

Poland has also taken part in OSCE Missions in:
- Tajikistan – main task: mediation between government and Muslim resistance,
- Ukraine – mediation concerning Crimea,
- Chechnya – promote respect for human rights and fundamental freedoms, promote the peaceful resolution of the crisis and the stabilization of the situation in the Chechen Republic.
- Bosnia and Herzegovina – assistance in preparation of elections, help for ombudsman.

Participation of Poland in European Union crisis management[28]

European Union Police Mission (EUPM) in Bosnia-Herzegovina launched on 1 January 2003, was first-ever EU civilian crisis management operation under ESDP.[29] Mission was based on a Council Joint Action of 11 March 2002,[30] following the United Nations Security Council's Resolution 1396 of 5 March 2002. Operation took over the United Nations' International Police Task Force (IPTF), which had been in place since December 1995 and its main aim was to establish local law enforcement capabilities that can contribute to the stability of the region. Poland's participation – 12 police officers.

Operation Concordia – The European Union launched a military operation in the Former Yugoslav Republic of Macedonia (FYROM) on 31 March, 2003,[31] based on Council Joint Action 2003/92/CFSP of 27 January 2003 on the European Union military operation in the Former Yugoslav Republic of Macedonia.[32] The operation contributed to the efforts to achieve a peaceful, democratic and prosperous country, as part of a region of stable countries, where an international security presence is no longer needed and to allow the implementation of the August 2001 Ohrid Framework Agreement.[33] Poland's participation – 17 representatives.

EUJUST THEMIS – EU Rule of Law Mission to Georgia.[34] This is the first Rule of Law mission launched by the EU in the context of the European Security and Defence Policy (ESDP) and as such is a significant step forward in the development of the civilian strand of ESDP. EUJUST THEMIS is designed to support the Georgian authorities in addressing urgent challenges in the criminal justice system, assisting the Georgian

[28] Information concerning participation of Poland in EU crisis management come from European Union web site: www.europa.eu.int. Information about contribution in EU missions are based on COSACS Annex III to the biannual report on EU procedures and practices: Personnel involved in Civilian ESDP Operations, www.cosac.org/en/meetings/previous/London2005/oedinary/meetingdocuments/personel/) and on Polish Ministry of National Defence document "Europejska Polityka Bezpieczeństwa i Obrony UE – zaangażowanie Polski" (www.wp.mil.pl/start.php?page=1010600000) and are actual on 31 August 2005.

[29] Giovanni Grevi, Dov Lynch, Antonio Missiroli, ESDP Operations, www.iss-eu.org/esdp/09-dvl-am.pdf.

[30] EC O.J. 13.03.2002, L 70, p. 1–6.

[31] This decision followed a request by President Trajkovski and was based on UN Security Council Resolution 1371. This EU-led operation followed a NATO operation, which ended on 31 March. Initially expected to last for a period of six months, it was agreed by the Council on 21 July to extend it for a brief additional period. This operation was completed on 15 December 2003. The operation made use of NATO assets and capabilities, which was made possible by the completion of work on EU-NATO arrangements.

[32] EC O.J. 11.02.2003, L 34, p. 26–34.

[33] www.ue.eu.int/showPage.asp?id=594&lang=en&mode=g.

[34] Mission based on Council Joint Action 2004/523/CFSP of 28 June 2004, EC O.J. 29.06.2004, L 228, p. 21–24.

government in developing a co-ordinated overall approach to the reform process, in a way that fully complements current EU assistance and other international community activities and bilateral Member State initiatives in the Rule of Law area.[35] Poland's participation – 1 expert.

Operation Althea – The European Union military operation in Bosnia and Herzegovina in the framework of the European Security and Defence Policy, based on Council Joint Action 2004/570/CFSP of 12 July 2004[36] to conduct a military operation in Bosnia and Herzegovina (BiH) in the framework of the European Security and Defence Policy (ESDP).[37] Poland's contribution in this mission attained 275 soldiers.

EU Support to AMIS II – European Union civilian-military supporting action to the African Union mission in the Darfur region of Sudan based on Council Joint Action 2005/557/CFSP of 18 July 2005 on the European Union civilian-military supporting action to the African Union mission in the Darfur region of Sudan.[38] Poland's participation – 1 expert.

Poland participates also in NATO crisis management:

IFOR/SFOR – in 1996 Polish soldiers took part in the Forces Leading to Peace (IFOR) and the Stabilizing Forces (SFOR) in Bosnia and Herzegovina. Polish contingent within SFOR forces consists of two operational companies from the Nordic-Polish Combat Group as well as personnel on various levels of the Group and in Mission Command, which is almost 300 soldiers and civil personnel. Polish sub-units were created on the basis of 16th Airborne Battalion of the 6th Airborne Brigade from Cracow.[39] Deployment of SFOR as part of the Nordic-Polish Brigade (NPBDE) was

[35] http://ue.eu.int/cms3fo/showPage.asp?id=701&lang=en&mode=g.

[36] EC O.J. 28.07.2004, L 252, p. 10–14.

[37] The Operation objectives are: stable, viable, peaceful and multiethnic BiH, co-operating peacefully with its neighbours and irreversibly on track towards EU membership, supporting BiH's progress towards EU integration by its own efforts, by contributing to a safe and secure environment with the objective of signing the Stabilisation and Association Agreement, to ensure a seamless transition from NATO-led SFOR to EU Force (EUFOR) in order to help maintain a secure environment for the implementation of the Dayton/Paris Peace Agreement, as highlighted in the Mission Implementation Plan (MIP), and the strengthening of local capacity building through support of the BiH authorities in implementing the conditions in the SAP feasibility study, to make sure that the SAP and the implementation of the MIP reinforce one another. Source: www.europa.eu.int.

[38] EC O.J. 20.07.2005, L 188, p. 46–51. On 28 May 2004 the African Union (AU) decided to deploy a monitoring mission in Darfur to observe compliance with the N'djamena Humanitarian Ceasefire Agreement of 8 April 2004 (AMIS) and on 20 October 2004 the African Union Peace and Security Council decided to enhance AMIS and to include in its mandate assistance to the process of confidence building and to the protection of civilians and humanitarian operations, and observance of compliance with all agreements signed between the parties since the N'djamena Humanitarian Ceasefire Agreement (AMIS II).

[39] Polish Soldiers in Nato Peaceeking Missions www.wp.mil.pl – an official site of The Ministry of National Defence of The Republic of Poland.

preceded by the participation of a Polish contingent in IFOR (Implementation Force). The duties of the Polish battalion (POLBN) comprise ensuring the safety of personnel, supervising the battalion's area of responsibility, primarily in the zone of separation, counteracting any infringements of the Dayton peace accords, enforcing freedom of movement, inspecting the declared area of deployment of military forces and weapons and military equipment storage sites, and liasing with the Civil-Military Co-operation Centre (CIMIC).[40] Polish contribution to IFOR achieved 931 soldiers, and to SFOR 3260 soldiers.[41]

AFOR – in 1999 Polish soldiers completed the humanitarian mission on the territory of Albania within the multinational NATO forces (AFOR). The contingent was made up of 140 soldiers from the 21st Podhale Rifle Brigade from Rzeszow as well as personnel of the Force's Command. Its main duty was the defence of the NATO Forces headquarters in Albania and protecting humanitarian convoys.

KFOR – the participation of the Polish Military Unit in the International Force in Kosovo has been the next major experience for the Polish Armed Forces. It provided an opportunity to enhance the compatibility of another unit of the Polish Armed Forces with NATO allied armies in the field of command and control procedures, improvement of linguistic skills and direct co-operation in a battlefield environment. The mandatory tasks of KFOR comprise monitoring, verifying and, if necessary, enforcing compliance by the warring parties with the provisions of the Military-Technical Agreement, supporting activities related to providing humanitarian aid to the local population, maintaining and, if necessary, enforcing public order, and supporting the activities of the local administration. These tasks are performed by: supervision of border checkpoints; reconnaissance of roads and sites of permanent checkpoints, day and night-time patrols, particularly in built-up areas; maintaining permanent checkpoints on roads and border crossings and in towns, bomb disposal; and the sweeping by sappers of buildings designated for the accommodation of troops.[42]

In addition KFOR has also provided, in a manner that does not collide with the performance of its mandatory tasks, assistance to the activities in its area of operational responsibility of Polish non-governmental organisations, such as Polish Humanitarian Action or Caritas Polska, and established very close co-operation with them. Practice has confirmed that direct

[40] See: F. Kochanowski, *Participation of the Polish Armed Forces in Peacekeeping Missions in the Nineties*, source: www.sprawymiedzynarodowe.pl/yearbook/2000/franciszek_kochanowski_participation_of_the_polish_armed_forces.html.

[41] See as a source for this information "Polacy w służbie pokoju 1953–2003," www.unic.un.org.pl/misjepokojowe/plwstep.php.

[42] See: F. Kochanowski, *op. cit.*

distribution of humanitarian aid to the warring Albanian and Serb communities by Polish soldiers makes it easier to carry out operational tasks and defuse the fairly frequent flare-ups of tensions and conflict situations.[43]

Poland is also actively cooperating, within Nato structures, with its neighbours, in form of establishment of Polish-Ukrainian (POLUKRBAT) and Polish-Lithuanian (LITPOLBAT) Peace Force Batalions. Legal basis for its creation was given in Agreement signed on 15th June 1993 between the Ministry of National Defence of Republic of Poland and the Ministry of National Protection of the Lithuanian Republic concerning the establishment of mutual military cooperation (LITPOLBAT) and Agreement between the Republic of Poland and Ukraine concerning establishment of a joint unit for participation in international peace-keeping and humanitarian operations under the auspices of international organizations signed on 26th November 1997 (POLUKRBAT). On 31st of December 1998 LITPOLBAT reached the readiness to do tasks in peace-keeping missions, and on 14th April 1999 it has been given the banner from Polish and Lithuanian Presidents. Nearly 800 soldiers serve in the battalion (435 Polish and 351 Lithuanian). The key staff positions will be taken up by rotation. POLUKRBAT was used in operation in Kosovo, and it consists of 545 Polish and 267 Ukrainian soldiers. For the duration of the Kosovo mission a platoon of Lithuanian soldiers was also incorporated into the battalion. Its tasks include ensuring security of the population inhabiting in the subordinate area as well members of humanitarian organizations, cooperation with the Supreme Commissioner for Refugees, providing protection of major facilities, border crossings, roads, bridges, viaducts and continuous patrols over the subordinate area.

Following Polish units have been set aside to NATO:

Land Forces:

- 10th Armoured Cavalry Brigade named after General of the service St. Maczek from Swietoszowo,
- 10th Logistical Brigade from Opole,
- 4th Anti-aircraft Regiment from Czerwiensk,
- 16th Airborne Battalion from Krakow,
- 18thh Airborne Battalion from Bielsko-Biała, Two Helicopter aerial fleets from the 66th Helicopter Wing from Glinik near Tomaszów Mazowiecki, two squadrons from the 7th Lublin Uhlans Unit from Tomaszow Mazowiecki.

Polish navy:

- the submarine ORP "Orzeł" from the 3rd Flotilla of Ships from Gdynia,
- the corvette ORP "Kaszub" from the 3rd Flotilla of Ships from Gdynia,

[43] *Ibidem.*

– three rocket-carriers from the 3rd Flotilla of Ships from Gdynia,
– the mine-transporter from the 8th Flotilla for the Defence of the Coast from Swinoujscie,
– the minesweeper ORP "Mewa" from the 9th Flotilla for the Defence of the Coast from Hel,
– the salvage ship ORP "Piast" from the 3rd Flotilla of ships from Gdynia.

Air-force and air defences:
– 1st Tactical Air Force Squadron from Minsk Mazowiecki,
– 7th Tactical Air Force Squadron from Powidz,
– 40th Tactical Air Force Squadron from Swidwin.

*

In the light of this brief presentation of Poland's participation in international administration in crisis areas, it must first be noticed that its scope is rather broad, both geographically and quantitatively. Poland takes part mainly in crisis management missions initiated by the largest and most prominent international organisations dealing with these tasks, such as UN, OSCE and NATO, to which it is a member. The purposes of the actions taken under auspices of UN and OSCE are principally and particularly to promote peace and security, protect human rights, introduce the rule of law and enhance good governance, all these being a direct consequence of the specificity, aims and procedures of the said organisations. Many of these objectives are also shared by the NATO missions, however, while UN and OSCE act generally where the civilian assets are to be used, NATO engages normally in missions of military nature.

In reference to Poland's activity in crisis management it is difficult though to indicate any clear policy. Polish Security Strategy, described in section 3, is not clear, coherent or precise enough. It seems impossible to point out world regions, types of States or other key factors predetermining the decisions on undertaking the crisis management missions.

As it was shown above, the volume of participation of the Republic of Poland in crisis management missions varies from several representatives to contingents composed of even 11.699 soldiers, police officers and civil servants, like in the case of the UNEF II mission.

Summing up, Poland has participated actively for more than 50 years in missions directed at, inter alia, crisis management ends. In vast majority, these actions are taken within missions of international organisations, to which Poland is a member. Poland is mostly involved in missions with military and security related aspects, yet issues of civilian nature like engineering or water or food supply often belong to its tasks.

On the other hand, the NATO missions with Poland's participation are strictly military ones, even though the protection of security, good governance and human rights equally belong to their objectives.

It must be stressed that the Polish NGOs are also involved in crisis management, though it is very hard to track down their activities since they are most often provided with assistance from military troops, under whose protection the humanitarian help within the threatened territories is delivered.

II. ANSWERS TO THE QUESTIONS FROM SECTION 2[44]

1. Is there any new legislation enacted to enable your country's participation? On which topic? Why?

2. Are there new institutional arrangements in your country to facilitate the participation?

3. What are the legal implications of the new arrangements and of the participation? Is there a debate about participation and its legitimacy/justifications?

7. What are the legal precepts for the financing of international administration in crisis areas?

Polish legislation does not address the issue of international crisis management directly. Specific matters thereof are regulated in separate acts: Act on Polish Armed Forces, Act on Police, Act on Customs, Act on Fire Service or Act on Civil Servants.

Polish armed forces

Use of the Polish armed forces outside the territory of the State is regulated in the Act of 17th December 1998 on the principles of the use and stay of the Polish armed forces abroad.[45] The act distinguishes between the notions of "use" and "stay" of armed forces.

Pursuant to Article 2 of the Act the "use" of the Polish armed forces means sending military unit abroad for the participation in:
– military conflict or reinforcement of the power of the allied State or States,
– peace-keeping missions,
– protection against acts of terrorism or their results,

while the "stay" of the Polish armed forces abroad means their use for:

[44] Part of this section was prepared by Tomasz Ostropolski and Michał Martela, doctoral candidates at Chair of European Institutional Law, University of Łódź to whom i would like to thank.

[45] J. of L. 1998, No. 1117, item 162.

– military training or exercises,
– rescue, search or humanitarian missions with exclusion of rescue missions under the provisions on sea rescue,
– representation purposes.

The consequence of such a distinction is that powers to make decisions on "use" or "stay" are delegated to different bodies. While a decision on the "use" of armed forces abroad is taken by the President of the Republic of Poland on the request from the Council of Ministers or the Prime Minister (Art. 3 of the Act), the power to make a decision on "stay" is vested in the government or the minister for defence (Art. 4 of the Act).

Other provisions of the Act address the issue of concent of the decision sending forces (Art. 5), composition of a unit (Art. 6) liability (Art. 7).

Polish Parliament (the lower chamber – Sejm) is currently proceeding on the two amendments to the procedure. Both bills may be considered an answer to the controversial decision of the President to send Polish troops to Iraq to support the US-led intervention in that State. The drafts include additional conditions under which such decisions are to be made. According to one of the proposals, us of armed forces is to be dependent upon previous request from the United Nations, NATO or a member state of the UN and possible only following the consent from the Sejm.

The alternative draft allows for sending the troops only for conciliation purposes under the auspices of the UN or to carry out military NATO missions.

Proponents of the amendments highlight the need of coordination of actions taken by the Polish forces and those of UN or NATO. Consequelly, the Polish troops could be sent abroad exclusively to participate in UN or NATO operations.

Civil servants and experts

The development of the EU capacities in crisis management has a clear impact on elaborating a new approach of Poland to its role in this respect. It has been claimed that Poland, an ex-totalitarian State which has successfully undergone the major reform of its State infrastructure, has a particular potential to assist other countries in meeting the needs thereof. Against this background, the political ambitions to provide the quantitative and qualitative contribution, must have been put into practice, i.e. means for concrete actions.

Nevertheless the key constraint against performing the newly envisaged tasks was again the lack of proper legislative and administrative framework indispensable for the deployment of qualified missions' personnel. Even though in certain instances Poland did send the representatives to crisis management missions, this was not carried out on the basis of coherent legislative infrastructure, but rather by applying analogous provisions relating

either to ordinary delegations or to diplomatic service. This obviously did not take into account the peculiar characteristics of the (civilian) crisis management missions. The major limitations thus brought concerned:
– sending the civil servants (issues like: consent from the employer, remuneration and related benefits, additional insurance, guaranteeing return to previous or equivalent post),
– lack of possibility to send experts from non-governmental institutions,
– obstacles while sending experts of specific professions, e.g. judges or prosecutors.

Having recognized vital limiting factors in the actual capacity to send experts to crisis management missions, adoption of a number of legislative changes appeared necessary with a view to ensuring a suitable framework for Polish participation in civilian missions. It was agreed, during the internal consultations carried out in summer 2004, that a horizontal legislative measure is needed to regulate comprehensively the legal situation of experts from public administration as well as the issue of financing the missions. This is conceived a long-term task preceded by the adoption of certain sector regulations, concerning specific professions e.g. judges or prosecutors.

Need of solving the problems shortly described above constituted the rationale of drafting new legislation.

The lack of proper legislative framework on sending civil servants and experts from outside public administration was recognised, during internal consultations, as one of principal factors limiting Poland's ability to deliver the required number of qualified and trained experts. There are no legal grounds to send persons not employed in the Polish public administration nor rules governing delegation of employees of administration are uniform or coherent.

As an outcome of the internal above mentioned internal consultations, the Ministry of Foreign Affairs in cooperation with the Ministry of Home Affairs and Administration and other bodies concerned with the issue in question are supposed to propose a draft uniform law providing for rules on:
– delegating civil servants and employees of public administration to a civil crisis administration,
– legal aspects of covering the costs of their participation in missions from the resources of an earmarked budgetary reserve,
– delegating experts from outside the public administration, financing thereof and assuring administrative control over their performance.

The task has not been accomplished yet, partly as a result of the principle of discontinuation of legislative process initiated during one chambers' terms of office by the Parliament of the next term.

The rules on deployment of experts from uniformed services is regulated in sector laws applying thereto, which is mainly the case of the Police and the State Fire Brigade.

The Department of Human Rights of the Ministry of Foreign Affairs intends and has undertaken to create a database of experts of various specialisation, eligible and agreeing to participate in administrative missions in crisis areas. Personal data of those experts are forwarded by other organs of public administration, in particular by the Ministry of Home Affairs and Administration and the Ministry of Justice. The database is supplemented with data of experts from outside the public administration, essentially NGOs and academics.

Police officers

Rules on sending the Police officers to crisis areas are covered by the Act of 6th April 1990 on Police.[46] The Police officers can be delegated to carry out their duties abroad, is such delegation is aimed at cooperation with other State's Police unit or international organisations established under a treaty or other specific law or in to the end of performing obligations deriving from international treaties, and solely (Art. 145a of the Act on Police):

- to peace-keeping missions,
- for the prevention against acts of terrorism or their effects,
- to rescue, search or humanitarian missions,
- to Police training or exercises,
- for representative purposes.

The Act provides for delegation of experts not being the Police officers, however only on the basis of the work contracts.

Decisions on the establishment or liquidation of a Police contingent can be made independently by the Council of Ministers, the Minister of Home Affairs or the Chief Commander of Police (Art. 145b of the Act on Police).

Customs service

Till now the Customs Service has been unable to participate in any aspect of international crisis management, due to lack of legal grounds therefore. However, in August 2005, the provisions enabling such participation entered into force. According to the new Chapter 14 of the Act on Customs Service,[47] it is possible to appoint officers to carry out their duties abroad for the purposes of (new Art. 147c of the Act on Customs Service):

- organisation of and control over cross-border traffic,
- organisation of State's border protection,
- securing safety of international communication,
- training end exercises of customs services,
- official representation.

[46] J. of L. 2002, No. 7, item 58.
[47] J. of L. 2002, No. 1399, item 171.

Decisions on the establishment or liquidation of the Customs Service contingent can be made independently by the Minister of Home Affairs or the Chief Commander of Customs Service (Art. 147d of the Act on Customs Service).

The Act provides for the possibility of employing experts being neither officers nor civilian employees of Customs Service, to carry out the mission, and regulates other specific aspects of the Customs Service's involvement in missions abroad.

Fire Service

Officers of the State Fire Brigade are quite often sent abroad to crisis areas touched by various natural or environmental disasters in rescue of humanitarian missions, however till now it was only admissible under an international treaty binding upon Poland.

Beginning from 1th July 2005, the date of entry into force of the new provisions on delegation of fire officers abroad, pursuant to new Art. 49b of the Act on State Fire Brigade,[48] firemen can be sent abroad also in rescue groups, humanitarian missions, for training or exercises. New provisions equally deal with other issues, such as content of decision on delegation of forces (Art. 49b–c), rules on criminal and disciplinary liability (Art. 49d), firemen's remuneration and equipment (Art. 49e) or a composition of a unit (Art. 6).

Judges and prosecutors

Involvement of judges and prosecutors became increasingly important in the context of the so-called rule of law missions, which tend to be a vital component of the whole crisis management, being labeled it "priority area". Such missions are in charge of strengthening local institutions through advising, training and monitoring, or mandated to temporarily perform executive functions with the aim of bringing the local system up to international standards.

Poland was repeatedly called upon to contribute its personnel to such missions. However, the national law currently in force imposed essential constraints on execution of duties reaching beyond the traditional scope of functions of judges and prosecutors. In accordance with relevant provisions (Art. 98 of the Act of 27th July 2001 on Common Courts,[49] Art. 65a of the Act of 20th June 1985 on Prosecution Service,[50] respectively), a judge or a prosecutor appointed to perform functions within the State of local government organs, diplomatic or consular service or organs of international organisations established by treaties concluded by the Republic of Poland,

[48] J. of L. 2002, No. 1230, item 147.
[49] J. of L. 2002, No. 1070, item 98.
[50] J. of L. 2002, No 206, item 21.

are obliged to relinquish their posts. If an interval in executing functions does not exceed nine years, a judge or a prosecutor is statutorily entitled to return to a previous post. The limitation of nine years does not apply however to instances where the function is performed in international judicial organs.

Thus the mentioned provision do not cover the participation in international missions. As a matter of fact, it is the State who delegates an official and bears a social and financial burden being its contribution to the attainment of objectives of an international mission. Moreover, judges and prosecutors would be reluctant to relinquish their posts if this would have been the precondition of their eligibility for the mission.

The need to eliminate those obstacles has become even more pressing taking into consideration a growing number of international law-based obligations to be performed by the Polish judges and prosecutors, e.g. to designate a member to Eurojust, or a prospective appointment of a prosecutor to an EU joint investigation team.

As amendment is currently being introduced to the Act on Common Courts and the Act on Prosecutions Service, pursuant to which a judge or a prosecutor, respectively, subject to their consent, might be appointed to perform duties within the framework of an international organisation or an international team established on grounds of a treaty ratified by Poland. Such appointment is to be determined for a specific period, not exceeding four years. A delegated official will retain a right to a basic remuneration eligible on a post of a judge or a prosecutor.

In addition to that, a judge or a prosecutor is to have a right to obtain necessary benefits, in particular a reimbursement of travel expenses, medical treatment, per diems and other benefits compensating major inconveniences resulting from a deployment off a permanent place of work and life. This part the provisions is based on the analogous regulations pertaining to the diplomatic service.

The bill aims at ensuring the representation of the Polish judges and prosecutors on all echelons of international and EU policy-making, which might enhance and bring the value added to the national participation in the international administration in crisis areas.

Is the participation effected directly through governmental actors or how much is outsourced (to NGOs, private security, export or other organisations/companies etc.)?

There is so far no legal possibility of delegating persons not employed in the Polish public administration. In the planned regulation there should be a possibility of delegating experts employed by NGOs or private companies within Polish crisis management missions.

Legal precepts for the financing of international administration in crisis areas

Provisions concerning financing of international administration in crisis areas are included in each act giving legal basis for actions taken by each of mentioned services.

Under the Act of 6 April 1990 on Police, the Act of 24 August 1991 on State Fire Brigade and Act of 12 October 1990 on Customs Service all costs resulting form deployment of Police's, Fire Brigade's forces or officers of customs service in crisis areas are covered by the state budget, the part on internal affairs.

Costs of delegation of soldiers are to be provided by budget of Ministry of National Defence or Ministry of Interior and Administration of the Republic of Poland, or by the government in other cases.

In cases not set out in detailed regulations costs of sending experts to crisis areas are to be beard by an employer (mostly an entity of public administration from its own budget).

*

In conclusion, it must be noticed, that Poland has not created any specific legal mechanism, which may be used solely for participation in international crisis management.

Use of individual services outside the country borders is regulated in several separate acts, which however, do not directly identify a crisis management missions as an aim of sending Polish forces or services abroad.

There is a visible lack of coordination between tasks performed under different regulations. There is no organ indicated as a coordinating body in a case e.g. armed forces, civil servants, judges or police are send abroad to perform the same mission.

However, given a number of actions in which Polish forces and services took part and wide geographical range of their missions, the lack of a complex regulation has not the effectiveness of the Polish participation in the international administration in crisis areas.

III. ANSWERS TO THE QUESTIONS FROM SECTION 3: DEBATE CONCERNING INTERNATIONAL ADMINISTRATION IN CRISIS AREAS

Neither Polish legal scientists nor practitioners lead the debate which sole and direct subject is international administration in crisis areas. Any opinions carrying this question are expressed occasionally during disputes concerning issues of security, military interventions or international obligations of the Republic of Poland.

Consequently also a question of good governance in international administration was not a subject of consideration.

The most of the public sees Polish engagement in such actions as obvious and there is no special need for their justification. It concerns first of all crises caused by natural or environmental disasters. In some more difficult cases however, there was a public and parliamentary debate on Polish involvement.

Provisions of Polish domestic law as well as obligations imposed by treaties provide sufficient legitimacy for the government to take a decision on such an involvement. The legal aspects of such decisions have so far not been put under question. The matter broadly discussed is usually the question of financing of some long-term missions in areas touched by political crises.

Somehow different issue seems to be the Polish participation in Iraq war (we leave this issue aside). The basis of the decision by which the President of the Republic of Poland decided to send Polish soldiers to Iraq were disputable, but the decision was viewed as political one and vital for Poland and the world peace, as well as the future cooperation with the USA.[51]

It must however be noticed, that due to the dispute on Polish participation in Irag war, the Act on principles of use and stay of Polish Armed Forces outside Poland was amended to exclude unilateral action not connected with Polish membership in international organizations.

The political basis of the Polish involvement in international crisis management could be found in "The National Security Strategy of the Republic of Poland" of 2003. It seems that the strategy is in some way the result of the political debate mentioned above.

According to this document Poland will support the United Nations operations aimed at solving regional conflicts and will, in particular, offer its civilian, military and police personnel trained for the UN peacekeeping and stabilization missions, thereby adding to the abundant traditions of Poland's peacekeeping role. As a sole legal basis of this kind of participation Strategy points out Art. 5 of the North Atlantic Treaty.

Document declares that Poland together with the NATO Allies, will participate in combating the threats of international terrorism and other threats of the new type and also will engage in support for the Alliance's selective engagement in out-of-area stabilization missions. NATO also needs

[51] The military intervention in Iraq was justified inter alia by Iraq's violation of international obligations, the use of preventive self-defence, necessary measure against terrorism, fight against non democratic dictatorship and the protection of human rights. These basis were criticised eg. by W. Czapliński, "Interwencja w Iraku z punktu widzenia prawa międzynarodowego" [Intervention in Iraq from the Point of Views of Internaional Law], *Państwo i Prawo* 2004, No. 1, p. 18.

to develop capabilities in regard to crisis response, civil emergency planning, prevention and combating of the consequences of "asymmetric attacks" and the nature of new risks necessitates cooperation between the armed forces and civilian structures within the scope of response to non-military threats, as well as in rescue and antiterrorist operations in the homeland and outside its borders.

The Strategy notices the responsibility vested in civil defence crisis management, special services, police, border guard, fire fighter service, rescue units and other specialized agencies, inspection bodies and services.

The Security Strategy refers also to the role of armed forces, pointing out that its conventional static form designed for territorial defence will be gradually phased out in favour of advanced, mobile, highly specialized units to come up with and maintain an expeditionary force capability for crisis-response and peacekeeping operations in and out of Poland, conducted under the aegis of the NATO, the EU and the United Nations. The nature of new risks necessitates the cooperation between the armed forces and civilian structures within the scope of response to non-military threats, as well as in rescue and antiterrorist operations in the homeland and outside its borders.

Generally, it must be noticed that international administration of crisis areas is viewed as legitimate in Poland what directly results from Poland's long term engagement in this kind of activity, as well as from political documents and opinions of doctrine. In other words, Poland's participation in these missions is perceived as needed and its legal basis is mainly deduced from provisions of the treaties to which Poland is a party.

As international administration of crisis areas was not a subject of the wide debate it is also impossible to point out that Poland is advocating any strictly defined model of international administration or a system of checks and balances.

Mirosław Wyrzykowski
Professeur à l'Université de Varsovie

Ewa Popławska
Docteur en droit

LE RÉFÉRENDUM CONSTITUTIONNEL EN POLOGNE

I. LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES ET L'ADOPTION DE LA CONSTITUTION DE LA RÉPUBLIQUE DE POLOGNE DANS LES ANNÉES 1992–1997

1.1. La loi constitutionnelle du 23 avril 1992 relative au mode de préparation et d'adoption de la Constitution de la République de Pologne

La loi constitutionnelle du 23 avril 1992 relative au mode de préparation et d'adoption de la Constitution de la République de Pologne (ci-après loi constitutionnelle) a introduit le mécanisme d'élaboration et d'approbation de la nouvelle constitution polonaise. Il a été convenu que la Constitution serait rédigée et acceptée par l'Assemblée Nationale, puis soumise à référendum national (constitutionnel). L'Assemblée Nationale est l'organe constitutionnel composé de la Diète et du Sénat[1].

Dans ce but, la Diète a mis en place la Commission constitutionnelle de l'Assemblée Nationale composée de 46 députés et 10 sénateurs. Cette Commission a préparé le projet de Constitution, qui, après des modifications essentielles entre la 2ème et la 3ème lecture, a été adopté par l'Assemblée Nationale le 2 avril 1997.

La loi constitutionnelle suppose que le référendum constitutionnel aura un caractère approbatif. Il est en effet supposé que le Parlement élu en 1993 est un organe élu, à côté des fonctions parlementaires classiques, afin de voter la nouvelle Constitution. Le référendum devait être ainsi la confirmation des travaux parlementaires, et donc la délivrance de l'approbation populaire, ayant la plus haute valeur dans le mécanisme démocratique, de la régularité du résultat du processus de création de la Constitution.

Le mode référendaire d'approbation de la Constitution a une justification historico-juridique. Le processus de création de la Constitution fut en effet le plus long parmi ceux des Etats d'Europe centrale et orientale. Les travaux

[1] L'équivalent du Congrès en droit constitutionel français.

parlementaires durèrent trois législatures de 1990 à 1997, conduits par des compositions politiques différentes, élues selon des lois électorales différentes et se heurtant à la barrière de la majorité qualifiée des 2/3 des voix exigée pour voter la Constitution au Parlement.

1.2. Les principes de la loi constitutionnelle de 1992

La loi constitutionnelle de 1992 posait quelques principes. Avant tout, elle définissait le caractère obligatoire du référendum comme condition essentielle du processus de création de la Constitution. Le droit de participer au référendum était défini comme droit subjectif du citoyen, reconnu à chaque citoyen titulaire du droit électoral actif à la Diète. Le choix proposé aux citoyens était un choix binaire : ou se prononcer pour la Constitution soumise à référendum ou se prononcer contre. La loi n'introduisait, ce qui allait se montrer d'une grande importance par la suite, pour le caractère approbatoire du référendum, aucun seuil de participation. Conformément à l'alinéa 1 de l'article 11 de la loi, la Constitution est adoptée par référendum si la majorité des votants (électeurs prenant effectivement part au vote) se prononce pour. De plus, la loi définit les éléments de la procédure d'organisation du référendum (dont les délais), ainsi que la signature et la promulgation de la Constitution adoptée par référendum.

1.3. L'objet du référendum

La première controverse de la dernière étape du processus de création de la Constitution concerna l'objet du référendum. La controverse trouvait sa source dans le fait que plusieurs projets constitutionnels, soumis selon des modes différents, étaient l'objet des travaux constitutionnels. Un de ces modes, l'initiative populaire, avait abouti au dépôt d'un projet dit « citoyen », préparé et soutenu par l'opposition extra-parlementaire, dont notamment le syndicat professionnel Solidarité, ainsi que par l'Eglise Catholique de façon claire même si discrète. Le projet de Solidarité, soumis aux débats de la Commission constitutionnelle en 1994, n'était qu'un des projets objets des travaux de la Commission. Il s'agissait d'un projet qui, eu égard à la composition des forces politiques dans la Commission, ne reçut pas le moindre soutien et en conséquence la version du projet constitutionnel soumise à l'Assemblée Nationale en 2ème lecture ne prenait quasiment pas en compte ses propositions.

L'idée s'est faite jour de modifier la loi sur le mode d'élaboration et d'adoption de la Constitution afin de permettre la soumission au référendum de deux projets de Constitution : un projet parlementaire, celui de la Commission constitutionnelle et un projet d'initiative populaire, celui de

Solidarité. Cette proposition fut rejetée. Tout d'abord, il était signalé que le projet de Solidarité avait été l'un des nombreux autres projets objets des travaux de la Commission, traités de façon égale lors du façonnage législatif du projet. De plus, il était souligné que le but du référendum de ratification est d'obtenir l'avis de la majorité des citoyens sur le projet auparavant soumis aux travaux parlementaires constitutionnels du corps représentatif. Le lien fonctionnel entre l'étape de l'élaboration par la Commission constitutionnelle et de l'adoption par l'Assemblée Nationale, ayant la légitimité politique appropriée à ce type d'activités, devait être par la suite confirmé – comme légitimité politique renforcée – dans le référendum constitutionnel. Le résultat positif du référendum devait être aussi une sorte de « quittus » du caractère acceptable des activités de l'Assemblée Nationale comme constituant. Il était également souligné que le fait de distinguer un des nombreux projets étant au fondement des travaux constitutionnels violerait le principe de l'égal traitement de tous les projets admis aux travaux constitutionnels. La circonstance que ce projet justement était proposé dans le cadre de l'initiative populaire peut être traitée comme l'expression de la création des mécanismes ouvrant au maximum les travaux constitutionnels sur les projets élaborés et émis de diverses façons (partis politiques, projets personnels, projets populaires, etc.) mais pas comme circonstance qui devrait décider de la modification de l'essence du référendum constitutionnel. Les expériences négatives des travaux constitutionnels sur ladite Petite Constitution de 1992 (empressement, approximation, absence de participation d'experts, et au résultat incohrences et erreurs législatives) ordonnaient une particulière prudence dans la prise de décision relative au vote du projet, qui n'était pas l'objet de travaux législatifs laborieux. Les arguments avancés, autant à caractère constructifs, que pragmatiques, l'emportaient pour le choix d'une solution négative relative de la possibilité d'une modification de la loi de 1992 de telle façon que l'objet du référendum devienne deux projets de Constitution. Enfin, il faut signaler comme une évidence de la perspective de l'effet final la circonstance que tout le processus de création de la Constitution était un processus laborieux de négociation et de compromis. La conception de ne pas proposer deux projets de Constitution concurrents avait à son fondement l'hypothèse d'obtenir pour la Constitution le soutien le plus grand possible au moment du vote. Le vote sur un projet est toujours chargé d'un certain risque de création de divisions sociales. Il créé aussi une surface de discussion publique autour de problèmes contenus dans des solutions constitutionnelles concrètes, envers lesquelles on peut élever un litige et autour desquelles on peut construire la compréhension du régime politique choisi. Un tel modèle n'empêche cependant pas le risque de dispersion de l'objet de la décision politique et d'inpossibilité de conduite du débat public cesse d'être possible car il concerne une matière trop

différenciée pour qu'il soit possible de conserver les conditions de rationnalité d'un tel débat[2].

1.4. Quorum « qualifié » des électeurs prenant part au référendum comme condition de son caractère impératif

La seconde controverse concerna le défaut – rappelé supra – de quorum « qualifié » des électeurs prenant part au référendum comme condition de son caractère impératif. Il est intéressant que dans les travaux sur la loi, la question ne fut pas l'objet de discussion. En effet, le consensus régnait sur l'essence du référendum d'approbation, et ainsi que sur la possibilité de reconnaissance du modèle le plus simple (défaut de condition pour le quorum) comme correspondant le plus au but de ce type de référendum. En Faveur d'un tel modèle a été avancé l'argument selon lequel le référendum constitutionnel doit avoir un caractère approbatif des précédents travaux de l'Assemblée Nationale. Cela signifiait que dans le processus de création de la Constitution l'utilisation des formes de la démocratie représentative (parlementaire) ainsi que de la démocratie directe devaient être expressément mentionnées, avec une certaine préférence – assez traditionnelle pour les conditions du système constitutionnel polonais – pour la démocratie représentative. L'obtention de l'acceptation préalable du projet de Constitution dans le processus conduit par l'Assemblée Nationale provoque que, pour conserver une correction optimale du caractère démocratique et légitime du processus de création de la Constitution, les conditions d'efficacité (dans le sens – caractère impératif) du référendum d'approbation peuvent être moins rigoureuses que dans la situation où il n'y aurait pas de travaux parlementaires antérieurs concluent par l'adoption de l'acte final de ces travaux.

L'exigence catégorique de révision de la loi constitutionnelle est apparue au cours de la dernière étape des travaux de la Commission constitutionnelle, quand il s'est avéré qu'il existe une grande probabilité pour que ces travaux aboutissent, et dans la situation où le projet final de Constitution ne correspondait pas – par son fondement axiologique ainsi que son modèle d'organisation et de fonctionnement de l'Etat – à l'opposition non parlementaire et à l'Eglise Catholique. Cette exigence concernait la modification de la règle de l'alinéa 1 de l'article 11 de la loi de 1992 posant que l'adoption par référendum de la Constitution intervient lorsque la majorité des personnes prenant part au scrutin se prononce pour elle. Le but de

[2] Z. Jarosz, « Prawne problemy referendum konstytucyjnego » dans: *Referendum konstytucyjne w Polsce* [Les problemems juridiques liés au référendum constitutionnel], réd. M. Staszewski, PAN ISP, 1997, p. 45 et s.

l'opposition non-parlementaire était d'introduire – comme condition d'adoption de la Constitution – la participation au scrutin d'au moins 50% des électeurs inscrits. L'intention d'une telle modification était de nature politique. N'ayant pas la possibilité d'influer sur le contenu de la Constitution au cours des travaux de l'Assemblée Nationale cette opposition décida d'empêcher l'approbation de la Constitution par référendum constitutionnel. La logique politique de cette argumentation était la suivante. Tout d'abord, l'activisme politique de la société était au début des années 90 (et l'est toujours) assez modéré. L'expérience des élections parlementaires montrait qu'après 1990 seulement une fois (en 1993) le taux de participation avait dépassé 50% des électeurs inscrits (52,08%). Aux élections locales de 1990, le taux de participation était de 42,3%, et en 1994 – encore moins, car seulement 33,8%[3]. Cela pouvait signifier que la probabilité ne serait pas grande que dans le référendum constitutionnel la participation serait supérieure aux élections parlementaires. Le défaut de participation supérieur à 50% des électeurs signifierait le rejet de la Constitution. Deuxièmement, les auteurs de la demande de modification de l'exigence de quorum comme condition d'adoption de la Constitution comptaient sur la possibilité de voir se scinder politiquement en deux parties l'électorat, et précisément en une partie qui soutient traditionnellement les partis de droite et en une grande partie de l'électorat indécis ou ne prenant pas part au référendum constitutionnel. Il faut rappeler que le référendum eu, lieu en fin de législature, dont la majorité était de gauche et les sondages d'opinion publique montraient une très grande probabilité de changement des humeurs politiques au profit de la droite. Enfin, l'argument socio-technique. Il est nettement plus facile d'inciter un électorat peu actif à l'être encore moins, plutôt que de mobiliser la partie indécise de l'électorat à prendre part au référendum. L'appel au boycott aurait pu apporter le résultat espéré (les électeurs restent à la maison), et ainsi la non obtention des 50% du quorum comme postulat de la condition d'adoption de la Constitution. D'autant plus qu'au cours de la campagne référendaire furent utilisés des arguments qui pouvaient effectivement rebuter à participer à l'acte de vote (l'émotivité des arguments, la présentation intentionnellement fausse du contenu des normes constitutionnelles, l'abus d'utilisation de l'argument *par pro toto*, etc.). De plus, il était avancé que seuls les citoyens conscients et actifs devraient décider de la question fondamentale de l'organisation constitutionnelle (le « constituant réel », comme il fut souligné dans la discussion parlementaire), et non les absents, observateurs passifs de la vie publique, dont l'absence lors du vote pourrait décider du résultat du référendum.

[3] Aux élection présidentielles le taux était plus élevé, ainsi en 1990, 60,63% d'électeurs avaient pris part au scrutin au 1er tour, et au 2ème tour – 53,40%. Aux élections présidentielles de 1995, au 1er tour 64,70% de votants, au 2ème tour – 68,23%.

Les intentions politiques des adversaires de la Constitution, postulant l'introduction du quorum comme condition d'adoption de la Constitution, auraient eu – selon eux – le soutien des normes constitutionnelles en vigueur relatives au référendum. Rappelons que la règle d'absence de quorum était contenue dans la loi constitutionnelle de 1992. Cependant, en 1995 le Parlement avait voté une loi sur le référendum, dans laquelle était rappelé à l'alinéa 1 de l'article 13 la règle établie par la loi constitutionnelle, alors que celle contenue dans ladite Petite Constitution (1992) disposait à l'alinéa 3 de l'article 19 que le résultat du référendum est obligatoire si y a pris part plus de la moitié des électeurs inscrits. Les partisans de la révision de la loi constitutionnelle avançaient que le vote de la loi sur le référendum de 1995 avait modifié l'ordre juridique de telle façon que la présente loi de 1995, interprétée en conformité avec la « Petite Constitution », devrait s'appliquer au référendum constitutionnel, ce qui signifierait l'acceptation du principe selon lequel le résultat du référendum est obligatoire si plus de la moitié des électeurs inscrits y ont pris part. Cette argumentation s'appuyait sur l'opinion que la loi sur le référendum (tout comme la loi constitutionnelle) règle non pas la question du quorum exigé pour l'adoption de la Constitution c'est-à-dire la reconnaissance des résultats du référendum comme obligatoires, mais uniquement « les principes d'établissement des résultats du vote ».

D'autres arguments ont prévalu[4], indiquant la spécificité du référendum constitutionnel comme référendum de ratification du résultat d'une procédure complexe, pensée et difficile (entre autres la majorité qualifiée des deux tiers des voix au Parlement pour l'adoption de la Constitution) de préparation de la Constitution par l'Assemblée Nationale, puis de laisser « le sort de la Constitution entre les mains d'une minorité relativement peu nombreuse, qui aurait écouté l'appel au boycottage du référendum »[5] et enfin l'argument de la nécessité d'une solution obligatoire et non facultative en cas de référendum relatif justement à la Constitution[6].

1.5. Le résultat du référendum constitutionnel du 25 mai 1997

A la lumière des arguments présentés, les résultats du référendum constitutionnel du 25 mai 1997 sont caractéristiques. Ont pris part au référendum 42,86% des électeurs inscrits. Pour l'adoption de la Constitution se sont prononcés 51,80% des votants – contre 48,20%. Du point de vue de la

[4] Z. Jarosz, *op. cit.*, p. 50.

[5] W. Osiatyński, « Czyja konstytucja? » [La constitution à qui?], *Gazeta Wyborcza*, 14 février 1997.

[6] Z. Jarosz, *op. cit.*, p. 51.

faible participation au référendum ainsi que de la mince avance des partisans de l'adoption de la Constitution, on peut conclure à une faible légitimité de la nouvelle Constitution, la constitution ayant été approuvée seulement par 22,59% de l'électorat, 19,67% s'étant prononcé contre[7].

1.6. La validité du référendum constitutionnel – la décision de la Cour Suprême

Le conflit politique sur la conformité à la Constitution de ces dispositions qui ne contenaient pas d'exigences de quorum de participation des électeurs inscrits comme condition du caractère obligatoire du résultat du référendum fut transporté sur le terrain judiciaire, ce qui aboutit à la décision de la Cour Suprême sur la validité du référendum du 25 mai 1997. La Cour Suprême est compétente, sur le fondement des dispositions de la loi de 1995 relative au référendum, pour statuer sur la validité du référendum. Un total de 433 recours électoraux furent déposés, dont 167 furent examinés au fond, contestant la validité du référendum constitutionnel. Dans 64 cas, la Cour Suprême a conclu que les moyens fondés sur la violation du droit relatif au référendum étaient fondés. Dans 34 cas, les moyens invoqués ont été reconnus comme pouvant avoir une portée sur le résultat du référendum ; parmi eux le juge a estimé que 28 pouvaient avoir une influence sur le résultat et que dans 6 d'entre eux – avaient eu une influence sur le résultat[8]. Cela amena à la nécessité de corriger la publication des résultats du vote au référendum par la Commission nationale électorale, sans que le résultat final soit modifié – le référendum fut reconnu dans son intégralité valide et eu égard au fait qu'une majorité d'électeurs y avait pris part, la Constitution fut adoptée.

La Cour Suprême dans ses conclusions, dont plus de la moitié se compose d'interprétations des dispositions constitutionnelles, ainsi que législatives, relatives au caractère des genres particuliers de référendum prévus dans ces dispositions, a confirmé que les recours qui invoquaient la condition de dépassement d'un seuil de participation électorale (plus de la moitié des électeurs inscrits) étaient infondés[9].

[7] S. Gebethner, « Referendum konstytucyjne – uwikłania społeczne i prawnoustrojowe » [Le référendum constitutionnel – empêtrement social et institutionnel], dans: *Referendum konstytucyjne...* [Le référendum constitutionnel...], p. 124.

[8] Décision de la Cour Suprême du 15 juillet 1997 sur la validité du référendum constitutionnel du 25 mai 1997, sygn. III SW 435/97, J. des L. no. 79, poz. 490, 1997.

[9] J. Repel, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 15 lipca 1997 r. w sprawie ważności referendum konstytucyjnego przeprowadzonego w dniu 25 maja 1997 r.* [Opinion sur la décision de la Coursuprême en date du 15 juillet 1997 relative à la validité du référendum constitutionnel du 25 mai 1997], sygn. akt III SW 435/97, „Przegląd Sejmowy" 1/1998, p. 198.

Une intéressante construction, du point de vue du mécanisme de création de la Constitution, était contenue dans l'amendement de la loi sur le mode de préparation et d'adoption de la Constitution. L'amendement, adopté en 1994, prévoyait la possibilité d'organiser un référendum partiel. La possibilité juridique, mais pas l'obligation, fut créée de soumettre au vote référendaire les principes sur lesquels devrait s'appuyer la nouvelle Constitution. Au nombre de ces principes, on comptait le système parlementaire (choix entre parlement monocaméral et bicaméral), le champ des pouvoirs propres du Président ou encore le caractère normatif des droits économiques, sociaux et culturels. Cette idée était fortement soutenue par les partis de gauche. La modification de la loi sur le mode de préparation et d'adoption de la Constitution était pratiquement réalisée, mais le référendum partiel, relatif aux principes constitutionnels, ne fut jamais organisé.

II. LA PROBLÉMATIQUE DU RÉFÉRENDUM CONSTITUTIONNEL DANS LES TRAVAUX SUR LA CONSTITUTION

2.1. Les projets de Constitution – le référendum constitutionnel

De nombreux projets de Constitution furent proposés au cours des huit années de travaux et d'adoption de la nouvelle Constitution. La majorité d'entre eux comprenait des propositions relatives tant à l'institution du référendum national qu'à la question plus particulière du référendum constitutionnel. En abordant le problème de façon synthétique on peut noter les traits caractéristiques des solutions proposées.

Tout d'abord, si le projet de Constitution contenait des dispositions relatives au référendum national, dont l'objet devait porter sur des questions d'une particulière importance nationale, dans le même temps celles relatives à la révision de la constitution ne figuraient pas dans le champ d'un tel référendum. La révision de la Constitution reposait sur d'autres dispositions (projet du président de la République – L. Walesa ; projet de l'Alliance de la Gauche Démocratique – SLD). Le système proposé dans le projet du Président Walesa prévoyait que le projet de loi de révision de la Constitution pouvait être soumis à référendum. Les entités suivantes devaient être habilitées à pouvoir demander à ce que la Constitution soit soumise à référendum : le Président, un tiers du nombre constitutionnel des députés et sénateurs ou 500.000 électeurs à la Diète. La proposition devait être présentée au Conseil des ministres dans le délai de 30 jours à compter du vote du projet de loi sur la révision de la Constitution, et le Conseil des ministres devait être compétent pour organiser le référendum. L'entrée en vigueur de la Constitution devait être liée à la signature de la loi sur la révision de la

Constitution par le Président, et cette action administrative ne pouvait être réalisée que si la majorité des participants au référendum s'était déclarée pour la loi sur la révision de la Constitution (art. 129 du projet).

Un autre modèle de référendum constitutionnel était proposé par le parti politique Alliance de la Gauche Démocratique. Le coeur de la solution proposée tenait en la possibilité donnée au Président d'organiser un référendum national sur le rejet de la loi relative à la révision de la Constitution. Si cette loi n'était pas rejetée par la voie du référendum, par là même le Président se trouvait obligé de promulguer sans délai – après la publication des résultats du référendum – la loi dans sa version votée par la Diète (le projet de ce parti ne prévoyait pas l'existence du Sénat comme deuxième chambre du Parlement). A côté du Président, qui devait disposer de l'initiative de soumission de la loi de révision de la Constitution au référendum et de son organisation, le projet accordait à un minimum de 115 députés (sur 460 siégeant dans cette assemblée) ou à 500 000 écteurs sous forme de pétition, le droit de demander l'organisation d'un référendum national pour le rejet de la loi de révision de la Constitution. L'initiative présidentielle, des députés ou des citoyens devait être déposée dans le délai de 3 mois à compter du vote de la loi sur la révision de la Constitution. Cette loi, votée par la Diète, devait être reconnue comme rejetée si plus de la moitié des électeurs inscrits se prononçait en faveur de son retrait (art. 156 du projet).

La soumission du projet de Constitution à un référendum obligatoire était prévue dans un projet de Constitution : celui proposé par le parti politique Confédération de la Pologne Indépendante – KPN. La promulgation de la Constitution par le Président devait, selon ce projet, suivre directement le vote approuvant la Constitution si celui-ci l'avait été à la majorité absolue des votants. Le référendum devait avoir lieu dans un délai compris entre 6 et 14 mois à compter du vote par la Diète de la version finale du projet de Constitution (ce délai devait être raccourci en cas de modification de la Constitution dans certaines catégories d'affaires ; les entités autorisées à soumettre une demande d'organisation de ce genre de référendum devaient être : le Président, la Diète ou le Sénat (art. 122 et 123 du projet).

Deux projets (proposés par le parti paysan Parti Populaire Polonais – PSL et le parti libéral Union de la Liberté – UW) prévoyaient la possibilité de soumettre à référendum la loi sur la révision de la Constitution sur demande de 500 000 élcteurs. Conformément à la proposition du parti paysan, la condition pour que le Président puisse promulguer la loi soumise à référendum était que ce dernier soit approuvé par la majorité des citoyens y prenant part. Le parti libéral renvoyait aux dispositions organisant le mode d'organisation du référendum constitutionnel.

L'évolution de la problématique du référendum constitutionnel dans les travaux de la Commission constitutionnelle de l'Assemblée Nationale fut intéressante. Un projet unifié de Constitution proposé le 26 janvier 1996 par la Commission constitutionnelle prévoyait le modèle de référendum constitutionnel de rejet. Il s'agissait d'un modèle basé pour une large part sur le projet de l'Alliance de la Gauche Démocratique, qui avait le plus de députés et sénateurs dans la législature en cours lors de la dernière phase des travaux constitutionnels. Ce modèle supposait que le Président organiserait le référendum sur la loi de révision de la Constitution, si la demande de rejet de la loi était signée par au moins 500 000 citoyens électeurs. La loi serait rejetée si au moins la moitié des électeurs prenait part au vote. Trois éléments de cette proposition sont caractéristiques. Le premier est la limitation de l'initiative du référendum uniquement à l'option populaire. Le second est le caractère « négatif » du but du référendum, à savoir le rejet de la Constitution votée par l'Assemblée Nationale. Le troisième élément est le seuil élevé pour le rejet, c'est-à-dire au moins la moitié des électeurs. Prenant en compte le niveau relativement bas de l'activité civique, tel qu'exprimé par le faible taux de participation électorale, le critère retenu pour rejeter la loi de révision de la Constitution donnait un caractère très illusoire à cette possibilité de rejet du projet. A cette étape des travaux constitutionnels, l'intention des auteurs du projet semblait claire – la révision de la Constitution doit être votée par l'Assemblée Nationale et à cette étape, en pratique, devrait prendre fin la procédure de révision. Il est ici intéressant de présenter l'analogie entre les intentions et l'argumentation de la conception qui vient d'être présentée, et ceux s'opposant au relèvement du seuil du caractère obligatoire du résultat du référendum de ratification de la constitution (en mai 1997) par l'exigence d'une participation d'au moins 50% des électeurs inscrits. Autant dans le projet de Constitution du 26 janvier 1996 analysé le but était de ne pas permettre la céation des conditions d'un éventuel rejet du projet de révision de la Constitution par référendum constitutionnel, autant l'opposition au relèvement du seuil du caractère obligatoire du référendum constitutionnel avait pour but de conduire à l'approbation de la Constitution adoptée par l'Assemblée Nationale.

2.2. Les travaux de la Commission constitutionnelle

Dans la période comprise entre janvier 1996 et janvier 1997 ont conduit à la modification de la réglementation d'origine de la problématique du référendum constitutionnel relatif à la révision de la Constitution. Le projet final de Constitution préparé comme un effet de la première étape des travaux de la Commission constitutionnelle (du 16 janvier 1997) contenait les propositions qui étaient présentées par l'Assemblée Nationale comme objet de la seconde lecture du projet de Constitution. Les modifications

furent les suivantes. La conception d'un référendum ratificatif fut acceptée ; ce qui signifait que la Commission constitutionnelle avait rejeté l'idée d'un référendum de rejet. L'objet du référendum d'approbation de la Constitution pouvait concerner les modifications relatives aux dispositions contenues dans trois des chapitres de la Constitution : le chapitre I « De la République », définissant les principes d'organisation du régime constitutionnel, le chapitre II « Libertés, droits et obligations de l'Homme et du citoyen » et le chapitre XI « Révision de la Constitution ». Le projet soumis en seconde lecture prévoyait de plus que les personnes habilitées à demander au Président de la Diète l'organisation d'un référendum seraient celles qui peuvent présenter un projet de loi de révision de la Constitution, et donc le Président de la République, le Sénat ou un cinquième des députés. Les délais fixés pour la procédure référendaire étaient très courts : le vote référendaire devait avoir lieu après 45 jours à compter du jour du vote de la loi de révision de la Constitution par le Sénat, pour annoncer la demande d'organisation d'un référendum de ratification, et dans les 60 jours à compter du jour du dépôt de la demande d'organisation du référendum. Enfin, le principe a été posé de l'acceptation de la révision de la Constitution si la majorité des votants s'est prononcée pour ; les auteurs du projet n'avaient pas introduit de quorum de participation comme condition du caractère obligatoire du référendum.

Tous ces principes relatifs à la révision constitutionnelle (référendum constitutionnel) furent adoptés sans modification lors de la seconde lecture de la Constitution le 22 mars 1997 et confirmés en troisième lecture le 2 avril 1997, et enfin approuvés par référendum le 25 mai 1997.

III. LE RÉFÉRENDUM CONSTITUTIONNEL DANS LA CONSTITUTION DE 1997

3.1. L'objet du référendum à la lumière de la Constitution de 1997

L'objet du référendum constitutionnel prévu à l'article 235 de la Constitution est l'expression par les votants de leur accord à l'adoption de la révision de la Constitution. Plus précisément l'alinéa 1 de l'article 73 de la loi en date du 14 mars 2003 sur le référendum national[10] dispose : « La question soumise à référendum commence par ces mots : "Es-tu pour l'adoption de la révision de la Constitution de la République de Pologne du 2 avril 1997, réalisée par la loi ... (titre de la loi) ?" ».

[10] J. des L. 2003, no 57, poz. 507.

Cela signifie que le vote populaire concerne uniquement les révisions préalablement votées par les deux chambres sous la forme d'une loi de révision constitutionnelle et ne peut concerner parallèlement d'autres questions également prévues dans la Constitution comme pouvant faire l'objet d'un référendum – sur des « questions d'une particulière importance pour l'Etat » (art. 125, al. 1 de la Constitution) ou pour « émettre son accord à la ratification d'un traité international, sur le fondement duquel la République de Pologne transfert à une organisation internationale des compétences de puissance publique dans certains domaines » (art. 90, al. 3 de la Constitution).

Quelqu'il puisse correspondre au critère « question d'une particulière importance pour l'Etat » de révision constitutionnelle, le référendum constitutionnel de confirmation est une institution distincte de celle prévue à l'article 125 de la Constitution et d'autres règles lui sont applicables, et en particulier l'absence d'exigence de participation d'une majorité d'électeurs inscrits pour la reconnaissance de sa validité, comme le prévoit la Constitution en comparaison avec le référendum national « ordinaire ».

Selon l'alinéa 6 de l'article 235 de la Constitution, le référendum de confirmation de la loi de révision de la Constitution peut être engagé uniquement lorsque les modifications concernent les dispositions contenues dans ses chapitres I, II et XII, et sont ainsi relatifs à la problématique des principes fondamentaux constitutionnels, des libertés, droits et obligations de l'individu et aux moyens de leur protection, ainsi qu'au mode de révision de la Constitution. Les auteurs de la Constitution avaient sans aucun doute ici à l'idée l'obtention par le souverain-nation de la possibilité d'exprimer son accord aux modifications dans des domaines de droit constitutionnel matériel, constituant l'essence du régime politique de l'Etat, des relations Etat-citoyen ainsi que la relative rigidité de la loi fondamentale. De cette façon la légitimité de la loi fondamentale s'en trouve réhaussée, ce qui est la conséquence logique de son mode d'adoption choisi en 1992 – à savoir justement la voie référendaire.

La séparation du mode d'amendement des dispositions des chapitres I, II et XII est la manifestation de la hiérarchisation des possibilités de modification de la Constitution par le constitutant[11]. La modification – dite « qualifiée » – de certains fragments de la Constitution, distingués eu égard à leur contenu, a pour but d'élever le niveau de leur protection contre des modifications empressées n'ayant pas l'aval de la volonté du souverain. Dans la Constitution, il n'est prévu *expressis verbis* aucune norme immuable,

[11] W. Sokolewicz, » O gradacji zmian konstytucji » [Sur la gradation des modifications constitutionnelles] dans: *Konstytucja, wybory, parlament. Studia ofiarowane Zdzisławowi Jaroszowi* [La Constitution, les élections, le Parlament. Etudes en l'honneur de Zdzisław Jarosz], réd. L. Garlicki, Varsovie 2000, pp. 187–190.

mais un tel statut pourrait être éventuellement reconnu aux principes d'inviolabilité (également à l'égard des constituants – remarque de l'auteur) et d'inaliénabilité de la dignité humaine comme source des droits et libertés de l'individu, étant placée sous la protection obligatoire des pouvoirs publics (art. 30 de la Constitution).

La distinction – voulue par le constituant – des chapitres I, II et XII, pour leur accorder une protection plus forte contre les modifications éventuelles, exige à voir en eux le pilier du régime politique de l'Etat. Cela ne change pas le fait que l'application du critère de l'insertion – ou non – de différentes dispositions dans les chapitres I, II, XII, est assez mécanique et ne reflète pas complètement leur signification du point de vue du régime. Le mode qualifié de révision n'est pas non plus prévu pour le Préambule de la Constitution, bien que son contenu soit d'une réelle importance quant à l'axiologie de l'Etat polonais et de ses principes, sur lesquels se base son fonctionnement, dont certains principes, que l'on ne retrouve pas dans les parties suivantes de la loi fondamentale (entre autres le principe de coopération des pouvoirs ou le principe de subsidiarité). Comme on peut le supposer cela résulte du caractère douteux de la force obligatoire du Préambule de la Constitution. La doctrine est en la matière divisée, le point de vue dominant accordant normativité aux fragments du Préambule comprenant une « charge normative », mais le Tribunal Constitutionnel a reconnu que « [...] certaines valeurs clairement énoncées dans le Préambule de la Constitution de 1997 constituent des critères d'appréciation de toutes les activités des pouvoirs publics, dont le législateur [...] »[12].

La Constitution prévoit encore une procédure distincte, relative aux dispositions des chapitres I, II, XII. Au terme de l'alinéa 5 de l'article 235, le vote par la Diète d'une loi les modifiant ne peut avoir lieu qu'après un délai de soixante jours suivant la première lecture du projet de loi, ce qui oblige à une réflexion plus profonde sur la révision envisagée.

Il ne fait aucun doute que faceà l'absence de dispositions spéciales sur le mode d'une révision complète de la Constitution, pour une telle révision s'appliqueront les dispositions prévues à l'article 235, dont celles du référendum constitutionnel.

Comme il résulte des dispositions de l'alinéa 1 de l'article 73 précité de la loi sur le référendum national, la question référendaire concerne toute la loi de révision de la Constitution, et donc pas seulement la modification des dispositions contenues dans les chapitres I, II et XII, mais également de toutes celles introduites auparavant. Les sujets titulaires du droit d'initiative en matière de référendum constitutionnel ont la possibilité d'initier un référendum approbatif, dans la mesure où une des dispositions objet de la

[12] K. 34/97, OTK ZU no. 4 (19)/1998, poz. 49, p. 290.

révision appartient à un des chapitres énumérés par l'article 235. Comme l'a justement remarqué Wojciech Sokolewicz, c'est la raison pour laquelle la limitation de la matière constitutionnelle comme objet éventuel d'un référendum ratificatif peut être reconnu comme relative et ne s'écartant pas trop, comme cela a pu sembler, de la tradition signalée des solutions dans la loi constitutionnelle du 23 avril 1992, conformément à laquelle toute la Constitution était soumise à approbation par référendum[13].

3.2. Les sujets titulaires du droit d'initiative pour le référendum constitutionnel à la lumière de la Constitution de 1997

Le cercle des sujets titulaires du droit d'exiger du Président de la Diète la conduite d'un référendum facultatif de ratification dans le délai de 45 jours à compter du jour du vote de la loi de révision de la Constitution par le Sénat a été fixé de façon identique à celui de ceux qui sont titutlaires du droit d'initiative en matière de révision de la loi fondamentale. L'article 235 alinéa 1 énumère ici un groupe d'au moins 1/5 du nombre légal des députés (c'est-à-dire 92), le Sénat et le Président de la République. Cela résulte de la position générale du constituant de donner à ceux-ci et pas à d'autres la possibilité de prendre part à la révision de la Constitution. Cette composition correspond à celle des entités participant au processus législatif ordinaire, sans toutefois le Conseil des ministres (art. 118, al. 1 de la Constitution) et le groupe d'au-moins 100 000 citoyens, titulaires du droit électoral à la Diète (art. 118, al. 2 de la Constitution). Il faut ici entre parenthèse signaler qu'à l'égard du refus d'accorder aux citoyens le droit d'initiative constitutionnelle, la possibilité de faire dépendre la révision de la Constitution d'une approbation par le peuple souverain est particulièrement une bonne solution[14]. De plus, le nombre minimal de députés exigé est plus élevé que dans le cas des lois ordinaires : l'article 118 ne précise pas le nombre minimal de députés soutenant l'initiative législative, le règlement de la Diète[15] parle cependant de 15.

Plus restreint que dans le cas du pouvoir législatif, le nombre des entités disposant du pouvoir constituant découle du caractère particulier de ce droit, précisément lié à l'exercice par la nation du pouvoir suprême par l'établissement ou la correction des principes juridiques du régime politique

[13] W. Sokolewicz, commentaire de l'art. 235, dans: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* [La Constitution de la République de Pologne. Commentaire], réd. L. Garlicki, t. II, Varsovie 2001, p. 60.

[14] M. Laskowska, W. Sokolewicz, « Procedura zmian Konstytucji RP na tle porównawczym » [La procédure de révision de la Constitution de la République de Pologne. Approche comparatiste], *Studia Prawnicze* 2002, no. 2 (152), p. 53.

[15] J.O. 2002, no. 23, poz. 398.

de l'Etat, et dans le cas des demandeurs d'un référendum approbatif – de la vérification des modifications prises sous forme législative de la loi fondamentale par le souverain. Il est significatif que par l'omission du Conseil des ministres ainsi que par la force des choses d'une partie relativement peu importante du corps social, les auteurs de la Constitution de 1997 aient confié les pouvoirs constituants à la Diète (et plus précisément à une part significative de sa composition) et au Sénat comme organe, par lequel la nation exerce son pouvoir suprême (art. 4 al. 2 de la Constitution), ainsi qu'au Président de la République comme « représentant suprême de la République de Pologne et garant de la continuité des pouvoirs publics » (art. 126 al. 1 de la Constitution).

L'identité du champ des entités titulaires de ce droit dans les deux cas susvisés ne signifie dans aucun cas que seules les entités qui initient la révision constitutionnelle peuvent exiger l'organisation d'un référendum approbatif. Cela se déduit avant tout de la rédaction des alinéas 1 et 6 de l'article 235 de la Constitution, mais également du *ratio legis* de cette disposition.

La demande d'organisation d'un référendum approbatif peut être adressée au Président de la Diète par décision du Président de la République. Cette décision n'est pas soumise au contreseing du Président du Conseil des ministres, malgré qu'elle ne figure pas *expressis verbis* dans le catalogue des exceptions au principe du contreseing des actes présidentiels de l'article 144 al. 3 de la Constitution. Cela résulte de deux conditions : premièrement, à ce catalogue appartiennent généralement les pouvoirs d'initiative législative du Président (sans distinction pour la loi de révision de la Constitution), et la compétence mentionnée est sa conséquence et son accomplissement. Deuxièmement, exiger le contreseing de la possibilité pour le Président de demander la conduite d'un référendum approbatif serait une exception à l'intention claire du constituant que le Conseil des ministres ne participe pas au processus de révision de la Constitution, ce qui s'exprime dans le refus de lui accorder le droit d'inititative dans ce domaine précis contrairement à la procédure législative ordinaire. Il n'y a pas d'obstacle constitutionnel pour que la demande d'organisation d'un référendum soit faite par un Président de la République qui a pris ses fonctions juste après le commencement de ladite procédure constituante.

Le droit du Président d'introduire une demande d'organisation d'un référendum approbatif peut être rattaché à sa fonction de gardien de la Constitution (art. 126, al. 2 de la Constitution), lorsque la soumettant au jugement du souverain, il assure la légitimité des modifications introduites, ce qui renforce leur respect futur.

Une autre entité disposant de cette attribution est le Sénat, dont la demande doit résulter d'une résolution votée à la majorité simple des voix.

A la différence du cas du groupe de députés, ici, l'initiative, tant pour la révision de la Constitution (tout comme pour les lois ordinaires – art. 118, al. 1 de la Constitution), que pour l'organisation d'un référendum, est attribuée à l'ensemble de la Chambre. En application du règlement du Sénat[16], la procédure de relative à l'initiative législative, à l'instar de la procédure relative aux résolutions en matière de révision constitutionnelle, n'est pas séparée, et donc les principes généraux s'appliquent ici. Ces derniers prévoient le vote par le Sénat à la majorité simple des voix en présence d'au moins la moitié du nombre légal des sénateurs. La résolution est votée suite à une demande écrite conformément à la procédure en cours au Sénat, demande qui doit être déposée par une commission sénatoriale ou au moins 10 sénateurs.

Est également habilité à demander l'organisation d'un référendum approbatif un groupe d'au moins 92 députés, sans exigence particulière de composition, et notamment sans lien avec la composition du groupe de députés ayant initié une demande de révision de la Constitution. Comme il a été rappelé plus haut, c'est un seuil très élevé en comparaison des exigences dans les autres domaines comme par exemple pour l'initiative législative ordinaire (près de six fois plus), pour le vote de défiance à l'égard du Conseil des ministres (au moins 46 députés) ou d'un de ses membres (au moins 69 députés). La solution adoptée est la manifestation de l'aspiration à assurer tant aux projets parlementaires de révision de la loi fondamentale, qu'aux demandes d'organisation d'un référendum approbatif, un soutien parlementaire plus fort, et par là même social.

Le caractère du référendum approbatif de la loi de révision de la Constitution est facultatif, ce qu'il faut souligner de toute force. Autrement dit, les entités habilitées peuvent, mais ne doivent pas demander au Président de la Diète son organisation, mais ce dernier est obligé de le mettre en place dans le délai de 60 jours à compter du dépôt de la demande.

La formule choisie du caractère facultatif du référendum constitutionnel signifie que l'on s'écarte du modèle de la procédure constituante, prévue dans la loi du 25 avril 1992, qui faisait de l'approbation par référendum national une condition absolue de l'entrée en vigueur de la Constitution. La ratification obligatoire par la nation de la loi fondamentale actuellement en vigueur était à ce point justifiée que la Constitution était la première, depuis que la Pologne avait retrouvé sa souveraineté nationale, régulation complète du régime politique et constitutionnel de l'Etat, et donc sa signification historique était particulière, tout autant qu'était nécessaire sa légitimité démocratique. De plus, le référendum du 23 avril 1997 avait par principe

[16] J.O. 2000 no. 8, poz. 170.

un caratère éducatif, car il servait à la prise de connaissance par les électeurs du contenu de la Constitution afin qu'ils prennent une décision consciente sur la signification de leur régime politique et constitutionnel.

Les auteurs de la Constitution, ce qui ne peut soulever l'étonnement à la lumière du long et laborieux processus de préparation, pariait sur sa réelle stabilité, et donc prirent en compte avant tout les révisions futures comme ayant un caractère correctif, même dans les chapitres sus-mentionnés, et non comme des modifications fondamentales du régime. D'où ils ont estimé comme suffisant le référendum facultatif, n'ayant de réelles conséquences que lorsque le contenu de la loi de révision de la Constitution, adoptée par la Diète à la majorité qualifiée des 2/3 des voix en présence d'au moins la moitié des députés ainsi que par le Sénat à la majorité absolue des voix en présence d'au moins la moitié des sénateurs, éveille le doute d'une des entités habilitées.

La Constitution du 2 avril 1997 n'a pas été à ce jour révisée. Toutefois, il semble très probable que sa révision future soit soumise à référendum, puisque pour son initiative suffit un groupe de 92 députés, et qu'avec une grande dose de certitude on peut prévoir que l'opposition parlementaire comprenant au moins autant de députés voudra soumettre les révisions de la loi fondamentale à la nation souveraine.

3.3. L'absence d'exigence d'un taux de participation pour la validité du référendum constitutionnel à la lumière de la Constitution de 1997 – ratio legis

L'approbation des modifications de la loi de révision de la Constitution est acquise si, par référendum, la majorité des votants se prononce pour (art. 235, al. 6 de la Constitution). C'est par ce même mode que la Constitution du 2 avril 1997 a été approuvée, ce qui explique seulement dans une faible mesure l'emploi de cette procédure assez rarement utilisée aujourd'hui.

C'est de plus une solution différente de celle prise dans le cas du référendum national « dans les affaires d'une particulière importance pour l'Etat » (art. 125, al. 3 de la Constitution), ainsi que dans le cas particulier du référendum relatif à la ratification du traité d'adhésion à une organisation supranationale (art. 90, al. 3 de la Constitution), où le résultat est obligatoire uniquement si plus de la moitié des électeurs inscrits prennent part au scrutin.

Le renoncement à l'exigence de taux de participation pour le référendum approbatif de révision de la Constitution semble avoir sa source dans le caractère différent du référendum constitutionnel sus-mentionné. Il est

seulement (ou bien – tant !) l'étape finale d'une longue et complexe procédure parlementaire de révision de la Constitution, terminée par une approbation de la loi sous forme de vote à la majorité qualifiée dans les deux chambres, créant la présomption d'avoir obtenu un compromis socio-politique relativement large envers le nouveau contenu de la loi fondamentale. Dans cette situation la mise en place également dans le référendum d'une difficulté supplémentaire sous la forme de l'exigence d'un seuil de participation supérieur à la moitié des électeurs inscrits signifierait la multiplication au-delà de la mesure ordinaire d'obstacles sur la voie de l'adoption de la révision.

L'argument, émis par Zdzisław Jarosz, selon lequel le référendum constitutionnel doit aboutir à une solution obligatoire et ne peut en aucun cas avoir uniquement un caractère consultatif, est encore plus convaincant. L'acceptation de l'hypothèse de l'exigence d'un taux de participation à caractère juridiquement sans conséquences sur le résultat de ce référendum (du fait de l'absence de taux de participation) signifierait que la loi de révision de la Constitution n'a été par référendum – et cela sans égard au caractère positif ou négatif du résultat – ni approuvée, ni rejetée, ce qui témoignerait du défaut fondamental de construction de cette solution, pouvant conduire à une situation juridique sans sortie[17].

Une opinion se fait jour dans la doctrine de droit constitutionnel selon laquelle le constituant aurait reconnu refuser de « poser des conditions à la nation souveraine », l'obliger à prendre part dans le vote, même indirectement, prenant le risque de non validité des modifications introduites par le parlement[18].

La solution adoptée, ne liant pas le caractère obligatoire du référendum approbatif à la participation, permet d'échapper au préjugé de fait sur le sort de la révision de la loi fondamentale par une partie – en réalité conséquente – de l'électorat, ayant un rapport passif envers les affaires de l'Etat ou réceptif au défi du boycott électoral[19]. Les remarques précédentes sot à tel point justes et réalistes que la participation au référendum d'approbation de la Constitution aujourd'hui en vigueur, du 25 mai 1997 a obtenu le résultat de seulement 42,86% d'électeurs inscrits ayant votés et cela malgré une propagande de mobilisation de l'électorat tant des partisans que des adversaires à la loi fondamentale.

[17] Z. Jarosz, « Prawne problemy referendum konstytucyjnego » [Les problemem juridiques du référendum constitutionnel] dans: *Referendum konstytucyjne w Polsce* [Le référendum constitutionnel en Pologne], réd. M. T. Staszewski, Warszawa 1997, pp. 50–52.

[18] J. Wawrzyniak, « Aksjologia referendum konstytucyjnego » [L'axiologie du référendum constitutionnel], dans: *Referendum konstytucyjne...* [Le référendum constitutionnel...], pp. 196–198.

[19] W. Osiatyński, « Czyja Konstytucja? », *Gazeta Wyborcza*, 14 février 1997.

3.4. Le problème du contrôle de constitutionnalité de la loi de révision constitutionnelle adoptée par référendum

Après l'achèvement de la procédure référendaire, tout comme en cas de non soumission à référendum de la loi de révision de la Constitution, le Président de la Diète soumet la loi votée au Président de la République pour promulgation. Ce dernier la signe dans le délai de 21 jours à compter de sa réception et la fait publier au Journal des Lois de la République de Pologne (art. 235, al. 7 de la Constitution).

Il pouvait sembler que la spécificité de la procédure constituante prive le Président de la possibilité d'utiliser les prérogatives dont il dispose pour les lois ordinaires, tant sur le plan du fond, que du droit. Il ne fait aucun doute que le Président ne peut pas avant de signer la loi utiliser son droit de transmission à la Diète de laloi avec une demande motivée de nouvelle lecture (art. 122, al. 5 de la Constitution). Ce droit lui est ouvert pour les lois ordinaires, si tant est qu'il n'a pas précédemment déjà saisi le Tribunal Constitutionnel sur la conformité de la loi à la Constitution. Le veto présidentiel peut être vaincu par un nouveau vote sur la loi de la Diète a la majorité des 3/5 des voix des députés présents représentant au moins la moitié du nombre légal des députés. Le Président est alors obligé de promulguer la loi dans le délai de 7 jours ; il ne dispose plus du droit de saisir le Tribunale Constitutionnel.

Le retrait du droit de veto du Président à l'égard de la loi de révision de la Constitution résulte non seulement de la rédaction claire desdites dispositions, mais aussi des différences entre la procédure législative et la procédure constituante. A l'égard de l'accord obligatoire du Sénat, et aussi – le cas échéant – de la nation s'exprimant par référendum, pour l'adoption de la loi de révision de la Constitution, il serait inimaginable de limiter à la Diète du champ des entités pouvant s'opposer au veto présidentiel. Par ailleurs, la volonté de la nation, exprimée par référendum, serait soumise au bon vouloir d'une des chambres parlementaires, ce qui est contraire à la logique du système[20]. De plus, un argument purement mathématique ne laisse ici aucun doute : autant pour les lois ordinaires mises en question par le Président la Diète peut les voter de nouveau à une majorité des 3/5ème, autant en cas de loi de révision constitutionnelle la majorité exigée des deux tiers est plus élevée que celle prévue à l'art. 122, al. 5 de la Constitution.

Il faut différemment percevoir l'application des prérogatives présidentielles relatives à la siaisne du Tribunal Constitutionnel en contrôle de constitutionnalité de la loi de révision de la Constitution. Autant la mise en question par le chef de l'Etat de la conformité du contenu de la révision au texte

[20] W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 235* [Commentaire de l'article 235], p. 69–70.

original de la loi fondamentale serait contraire à la logique, autant la compétence constitutionnelle du Président de veiller au respect de la Constitution (art. 126, al. 2 de la Constitution) lui interdit de signer toute loi qui constituerait une violation des dispositions soit procédurales, soit de compétences. Si la loi de révision de la Constitution, également approuvée par référendum, était adoptée selon un mode non conforme (par exemple une loi modifiant le chapitre I de la Constitution qui serait adoptée avant les 60 jours de réflexion prévus après la première lecture), ou en violation des règles de compétence des organes (par exemple une loi adoptée à l'initiative du Conseil des ministres), le Président non seulement pourrait, mais devrait en saisir le Tribunal Constitutionnel.

En cas d'approbation défectueuse de la loi par référendum il n'existe pas de fondement pour reconnaître la validité des erreurs procédurales ou de compétence commises par la volonté de la nation souveraine, la priorité devant être donnée dans ce cas non à la légitimité démocratique des modifications, mais au respect du principe de l'Etat de droit. Cela est d'autant plus justifié que ne peuvent être mis en cause par un recours que la conformité à la loi fondamentale de la procédure d'organisation du référendum et non le contenu même des modifications apportées à la Constitution.

Comme le remarque fort justement Wojciech Sokolewicz, n'est autorisé que le contrôle préventif de constitutionnalité de la loi de révision de la Constitution, qui ne peut être introduit que par le Président avant sa promulgation, et qu'avec l'entrée en vigueur les modifications se trouvent incorporées au texte de la Constitution et échappent à toute forme de contrôle de constitutionnalité ultérieur[21].

La compétence du Tribunal Constitutionnel pour connaître d'une demande du Président de la République de contrôle de constitutionnalité préventif de la loi de révision de la Constitution ne soulève pas de grandes interrogations, à l'exception toutefois, que ce contrôle puisse concerner uniquement ladite constitutionnalité interne, et donc la validité de son adoption d'un point de vue procédural et de compétence[22]. Cela est confirmé par l'énoncé de l'article 42 de la loi sur ; le Tribunal Constitutionnel du 1er août 1997[23], qui prévoit l'extension du critère de contrôle procédural par le Tribunal de « lois » (comme auparavant, dans la loi sur le Tribunal Constitutionnel du 29 avril 1985[24]) à « droit ».

[21] *Ibidem*, p. 72.

[22] K. Wojtyczek, « Czy Trybunał Konstytucyjny może badać zgodność ustawy konstytucyjnej z Konstytucją? » [Le Tribunal Constitutionnel peut-il contrôler la conformité d'une loi constitutionnelle à la Constitution ?] dans: *Zagadnienia współczesnego prawa konstytucyjnego* [Problemem contemporains de droit constitutionnel], réd. A. Pułło, Gdańsk 1993, pp. 122–123.

[23] J. des L., 1997, no. 102, poz. 643.

[24] J. des L., 1985, no. 109, poz. 470.

Comme il le semble, il n'y a pas de fondement pour apprécier la compétence du Tribunal Constitutionnel dans le domaine du contrôle de constitutionnalité préventif de la loi de révision de la Constitution si cette loi a fait l'objet d'un référendum approbatif. Le critère de la procédure particulière, prévue par la Constitution, d'adoption de cette loi, ne peut être un critère pour la traiter différemment en l'excluant du contrôle de constitutionnalité à la Constitution.

Zbigniew Kmieciak
Professor of the University of Łódź

THE RULEMAKING POWERS OF INDEPENDENT ADMINISTRATIVE AGENCIES IN POLAND

I

In the course of political transformation that took place in Poland in the nineties many agencies were established which may be defined as independent administrative agencies. Some of them are comparable to the French *Autorités (Administratives) Indépendantes* and the British QUANGOS (Quasi Autonomous Non-Governmental Organisations). However some of these agencies were established as a result of completely original conceptions. Self-government (municipal) appeal boards are especially an example of such agencies. They perform a review of individual administrative acts (decisions) made by agencies of the local self-government (municipal authorities).

The principal characteristics of independent administrative agencies are:

1) their capacity as state organs which lie outside the hierarchical review or the supervision of the central administration, are only subject to judicial review of legality, and lack a legal personality;

2) the personal and functional independence of their members on the model of judges;

3) their wide decision-making (chiefly concerned with regulation and sanctions) competences, with the regulation of vital and sensitive areas of political, economic, and social life in general as their object.[1]

Agencies presented in this analysis comply with these criteria in point 4 and 5 in principle.

II

The Polish independent administrative agencies are with one proviso the central organs of the state. They usually perform adjudicative functions. It

[1] See, for example N. D. Koulouris, "The Independent Administrative Authorities" in: *Public Administration in Greece*, ed. by E. P. Spiliotopoulos and A. Makrydemetres, Athens–Komotini 2001, pp. 95–96, and foreign literature quoted by him (French, British and American).

means that these agencies are entitled to issue individual administrative acts creating a legal situation of an individual.

The establishment of 49 self-government appeal boards in 1994 was an original achievement and they performed exclusively administrative jurisdiction understood in this way.[2] Appeals and complains are submitted to these agencies to carry out a review of individual administrative acts which are issued by organs of the local self-government. Thus they perform the second-instance jurisdiction. The self-government appeal boards are the organs of the local level.[3] These organs are compared with the English administrative tribunals.[4] However their status is still unclear and their future is uncertain.[5]

The idea has been presented recently – following the solutions accepted in Australia – to entrust them with responsibilities of the general tribunals.[6] If this demand can be achieved the self-government appeal boards will be dealing with appeals and complaints and partly cases settled by territorial organs of government administration.

The independent administrative agencies include such organs as:
- the General Inspector for Protection of Personal Data;[7]
- the Securities Commission,[8]
- the Commission for Bank-Supervision;[9]

[2] The Act of 12 October 1994 on self-government appeal boards, J. of L. 2002, No 79, item 856, with subsequent changes.

[3] See: Z. Kmieciak, *Ustawa o samorządowych kolegiach odwoławczych z komentarzem oraz akty wykonawcze* [The Act on Self-Government Appeal Boards with the Commentary and the Acts of Delegated Law], Warszawa 1995; Cz. Martysz, *Właściwość organów samorządu terytorialnego w postępowaniu administracyjnym* [The Competence of Local-Government Organs in Administrative Procedure], Katowice 2000, pp. 197–213, and A. Korzeniowska, *Postępowanie przed samorządowym kolegium odwoławczym* [The Proceeding before the Self-Government Appeal Board], Zakamycze 2002.

[4] A. Carroll, *Constitutional and Administrative Law*, Longman 2002, pp. 495–502.

[5] See: J. Borkowski, "Samorządowe kolegia odwoławcze" [The Self-Government Appeal Boards], in: *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Profesora Antoniego Agopszowicza* [The Lawyer Disertations. Roll of Honour of Professor Antoni Agopszowicz], ed. R. Miłosz, *Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego* [The Disertations of Silesian University] 2000, No. 1870, pp. 17–26, and Z. Kmieciak, "Koncepcja niezależnego organu kontroli w postępowaniu administracyjnym" [The Conception of the Independent Review Organ in Administrative Procedure], *Państwo i Prawo* [The State and the Law] 2001, No. 10, pp. 31–37.

[6] See especially H. Katzen, R. Douglas, *Administrative Law*, Butterworths 1999, p. 13 and following, and S. Streets, *Administrative Law*, Butterworths 2000, pp. 101–105.

[7] The Act of 29 August 1997 on protection of personal data, J. of L. 2002, No. 101, item 926, with subsequent changes.

[8] The Act of 21 August 1997 – Law on Public Trading in Securities, J. of L. 2002, No. 49, item 444, with subsequent changes.

[9] The Act of 29 August 1997 – Banking Law, J. of L. 2002, No. 72, item 665, with subsequent changes.

- the Council for Monetary Policy;[10]
- the National Council of Radio Broadcasting and Television.[11]

Only two of these organs have genuine rulemaking powers. Such a narrow definition of the rulemaking powers of independent administrative agencies was connected with the fact of establishing the rule of the closed system of the sources of law by the Constitution of the Republic of Poland of 2nd April 1997 (hereinafter – the Constitution RP).[12]

III

According to the Art. 87 of the Constitution RP, the sources of universally binding law in the Republic Poland shall be:
- the Constitution
- statutes (acts)
- ratified international agreements and
- ordinances (regulations).

Enactments of local law issued by the operation of organs shall be a source of universally binding law of the Republic of Poland in the territory of the organ issuing such enactments. The Constitution shall be supreme law of the Republic of Poland. The provisions of the Constitution shall apply directly, unless the Constitution provides otherwise (Art. 8 of the Constitution RP). The parliament is the organ that is entitled to pass laws, including the Constitution and changes to laws. The parliament consists of two chambers: the Polish Diet and the Senate. In accordance with the Art. 91 of the Constitution RP, after promulgation thereof in the Journal of Laws of the Republic of Poland, 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.

An international agreement ratified upon prior consent granted by the statute shall have precedence over statutes if such an agreement cannot be reconciled with the provisions of such statutes. If an agreement, ratified by the Republic of Poland, establishing an international organisation so provides, the laws established by it shall be applied directly and have precedence in the event of a conflict of laws.

[10] The Act of 29 August 1997 – Banking Law and the Act of 29 August 1997 on National Bank of Poland, J. of L. 2005, No. 1, item 2.

[11] The Act of 29 December 1992 on radiophone and television, J. of L. 2004, No. 253, item 2531, with subsequent changes.

[12] J .of L. 1997, No. 78, item 483.

The Article 92 of the Constitution RP states that ordinances shall be issued on the basis of specific authorization contained in and for the purpose of the implementation of statutes by the organs specified in the Constitution. The authorization shall specify the organ appropriate to issue an ordinance and the scope of matters to be regulated as well as guidelines concerning the provisions of such act. The organ authorized to issue a regulation shall not delegate its competence to another organ. On the basis of and within limits specified by statute, organs of local self-government and territorial organs of government administration shall enact local legal enactments applicable to their territorially defined areas of operation. The principles of and procedures for enacting local legal enactments shall be specified by statute (Art. 94 of the Constitution RP).

Other general acts – resolutions of the Council of Ministers and orders of the Prime Minister and the ministers shall be of an internal character and shall bind only those organizational units subordinated to the organ which issues such an act. Orders shall only be issued on the basis of statute. They shall not serve as the basis for decisions regarding citizens, legal persons and other subjects. Resolutions and orders shall be subject to scrutiny regarding their compliance with universally binding law (Art. 93 of the Constitution RP).

The conception of the closed catalogue of the sources of law has given rise to serious doubts and met criticism of the science of law from the start. It has been shown in numerous publications that the Constitution RP is internally inconsistent. On the one hand this act defines various tasks and duties of public authorities but on the other hand it deprives these organs of the legal means of their implementations. The essence of the problem lies in the fact that part of public tasks cannot be performed differently but only in the form of acts that constitute universally binding law. M. Kulesza stated even that the present constitutional formula "is based on a false (incorrect) methodological assumption." He advanced a thesis that Art. 87–94 of the Constitution RP were contrary to the political decisions of this law (referring to the system of public authorities) and they would cause great difficulties in the "future governmental practice."[13] These words happened to be true in a short time. The Constitutional Tribunal settled doubts that had appeared in that matter for many times and with different success. It seems that they will never get a final and adjudication. It is obvious that that it is impossible to reconcile the constitutional concept of the sources of law and set requirements to the subjects realizing public tasks. It can be presented as a dilemma (state of constant tension) among rulemaking forms and public tasks.

[13] M. Kulesza, "Źródła prawa" i przepisy administracyjne w świetle nowej konstytucji ["The Sources of Law" and Administrative Regulations in the New Constitution], *Państwo i Prawo* [The State and the Law] 1998, No. 2, p. 12 and following.

IV

One of the independent administrative agencies which has been entitled by the regulations of the Constitution RP to perform rulemaking functions is the National Council of Radio Broadcasting and Television. Similar to the Supreme Chamber of Control and the Commissioner for Citizens' Rights, this agency is defined as an organ of state control and for the defence of rights. According to the Art. 123 of the Constitution RP, the National Council of Radio Broadcasting and Television shall safeguard the freedom of speech, the right to information as well as safeguard the public interest regarding radio broadcasting and television. The Council shall issue ordinances and in individual cases adopt resolutions. The members of the National Council of Radio Broadcasting and Television shall be appointed by the President of the Republic and by two chambers of the parliament (the Polish Diet and the Senate).

A member of the Council shall not belong to a political party, a trade union or perform public activities incompatible with the dignity of his/her function (Art. 215 of the Constitution RP). In accordance with the Art. 215 of the Constitution RP, the principles for and mode of work of the National Council of Radio Broadcasting and Television, its organisation and detailed principles for appointing its members shall be specified by statute. These problems are presented in provisions of the Act of 29 December 1992 on radio broadcasting and television.

As it is said in literature the French agency – Conseil Superieur de L'Audiovisuel has been the model for the National Council of Radio Broadcasting and Television. Five members make up the Council. They are not obliged to possess any special qualities except the fact that they should have knowledge and experience in the field of mass-media. Members of the National Council of Radio Broadcasting and Television perform their duties in the period of six years. It should be underlined that the first case of dismissing a member and a president as well of this agency by the President – Lech Wałesa caused a stormy political and lawful discussion in Poland as regards the prerogatives of the head of State. The Act of 29 December 1992 on radio broadcasting and television guarantees independence to the members of the agency. They can be dismissed only is strictly defined situations. The members of the council as persons filling the highest state posts bear constitutional liabilities before the Tribunal of State.

As it has been said above the rulemaking function of the National Council of Radio Broadcasting and Television is performed through making

ordinances.[14] This agency makes ordinances in situations strictly indicated by the Act of 29 December 1992 on radio broadcasting and television and by other acts. If the act does not give such power the Council performs its tasks by adopting a resolution. Making ordinances by the National Council of Radio Broadcasting and Television is treated as a sign of control in the sphere of freedom of the radio and television. The concept of 'ordinance' of the Council is close to the French definition *la réglement* (*réglement d'administration publique*).[15] The theory of control activities has not been developed in a wider way in Poland.

The subject of ordinances of the Council are the following:

1) rules of spreading programmes that could threaten the psychic, emotional physical development of children and youth;

2) rules of adverting activity;

3) rules of sponsoring specified programmes;

4) ways of recording and storing programmes, advertisements and other transmissions by senders;

5) lists of important social events, besides these specified in the act regarded as important by other European countries, and the rules of exclusive rights to television transmissions of such events.

The big number and detail of statutory ordinances given to the agency can be worth underlining. In the scope of performing rulemaking functions the National Council of Radio Broadcasting and Television has the position of the ministry in fact. This agency uses the competences relating to the delegating law establishing general binding rules of conduct. The characteristic feature of rule making activity of the Council, that causes less controversy than issuing radio and television licences or allowing frequencies

[14] See: J. Sobczak, *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz* [The Act on Radiophone and Television. The Commentary], Poznań 1994, p. 51 and M. Zdyb, "Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji" [The National Council of Radio Broadcasting and Television], in: *Prawo administracyjne ustrojowe. Podmioty administracji publicznej* [The Administrative Structural Law. The Subjects of the Public Administration], ed. J. Stelmasik, J. Szreniawski, Bydgoszcz–Lublin 2002, p. 155. As regards the status of Council of the radio Broadcasting and Television this agency is placed outside the system of administrative machinery from the organization level. The Council includes the activity of performance and administration in relation to the functions. Taking into account the aspect of competence this agency is regarded as "the organ of national administration but not governmental" – see: J. Jagielski, "Administracja centralna" [The Central Administration], in: *Prawo administracyjne* [The Administrative Structural Law], ed. M. Wierzbowski, Warszawa 2003, p. 181.

[15] See: J. C. Douence, *Recherches sur le pouvoir réglamentaire de l'administration*, Paris 1968, p. 95; M. Hecquard-Theron, *Essai sur la notion réglamentation*, Paris 1977, p. 78; J. M. Rainaud, *La distinction de l'acte réglamentaire et de l'acte individuel*, Paris 1966, p. 24 and A. Szpor, *Akt reglamentacyjny jako instrument działania administracji we Francji* [The Regulating Act as an Instrument of Activity of Administration in France], Warszawa 2003, pp. 38–59.

for broadcasting, is considerable case law of many provisions. For instance it has been reserved, in the ordinance of 6 July 2000 on sponsoring programmes and other broadcasts,[16] how many times and for how long can a sponsor of the programme or a broadcast act. According to the § 2 of this ordinance, the one time sponsor can be emitted not longer than 8 seconds, in case of two sponsors it is 15 seconds and in other cases – 25 seconds. It cannot be presented, except some cases, in the time of the programme.

There have been some demands for a time being to take the rulemaking powers away from the Council. Such ideas are justified with a necessity to observe the rule formulated in the Art. 87 of the Constitution RP.

In 2006 the competences of the Council were extended by granting it control over jurnalist ethics. The Constitutional Tribunal considered this change not to be in accerdance with the Constitution.

V

The other agency belonging to the said independent administrative agencies performing a rulemaking function is the Council for Monetary Policy. Contrary to the organ presented in point IV, this agency is not constitutionally bounded to use this form of activity. The provisions of the Art. 227 § 2, 5 and 6 of the Constitution RP declares the status, panel and tasks of the Council. This agency is one of the organs of the National Bank of Poland. The Council for Monetary Policy shall be composed of the President of the National Bank of Poland, who shall preside over it, as well as persons distinguished by their knowledge of financial matters – appointed in equal numbers by the President of the Republic, the Polish Diet and the Senate for a period of 6 years. The agency shall annually formulate aims of monetary policy and present them to the Polish Diet at the same time as the submission of the Council of Ministers' Draft Budget. Within 5 months following the end of the fiscal year, the Council for Monetary Policy shall submit to the Polish Diet a report on the achievement of the purposes of monetary policy.

Besides the said tasks the Council determines the following:

1) the amount of interest rate of the National Bank of Poland;

2) rules and rates of reserve compulsory for banks;

3) the top level of obligations resulting from loans and foreign credits incurred by the National Bank of Poland;

4) operations of open market.

The rulemaking activity of the Council for Monetary Policy is explained by the concept of "issuance of internal acts." The Constitutional Tribunal accepted this way of argumentation in its decisions. In the decision of

[16] J. of L. 2000, No. 65, item 785.

28 June 2000, K 25/99[17] the Tribunal stated that the regulation authorising the Council to issue internal acts on the basis and limits specified in the Art. 93 of the Constitution RP was in conformity with other constitutional resolutions. Earlier in the decision of 1 December 1998, K 21/98,[18] the Tribunal stated that all acts having internal character must be included in the model specified in the Article 93 of the Constitution RP. In this way, without taking into consideration the real binding force of the regulations of the Council they were packed in the conception of internal acts. This point was rightfully criticised. In the opinion of M. Zdyb the conception of the source of laws shall be helpful to create public order. But according to the Constitution this is an artificial concept, that does not take into account the realities and needs to perform public tasks. He and other authors as well assume that the Council for Monetary Policy performs the rule making function strictly in the internal sphere.[19] M. Zdyb claims that performance of this function has its separate, specified foundation in the Art. 227 of the Constitution RP.[20]

The substantive aspect (functionality and rightness) of the activity of the Council is a subject of various disputes and doubts. It is even under strong pressure from politicians, government and business groups.

VI

The deliberations presented above can lead to conclusions:

1) In Poland there are some organs of the central level which displey qualities of independent administrative agencies.

2) The Constitution RP does not know the principle (definition) of QUANGOS. This Act mentions of two agencies – typical QUANGOS: the National Council of Radio Broadcasting and Television and the Council for Monetary Policy.

3) The said organs perform public tasks in different forms mainly they hold administrative jurisdiction – issue concessions, make reviews of individual administrative acts as appellate body and perform a controlling function that is connecting with imposing administrative sanctions.

4) Only few independent administrative agencies have rulemaking powers.

5) The rulemaking function has been only given to the National Council of the Radio Broadcasting and Television by the Constitution RP.

[17] OTK 2000, No. 5, item 141.

[18] OTK ZU 1998, No. 7, item 116.

[19] See: M. Zdyb, "Rada Polityki Pieniężnej" [The Council for Monetary Policy], in: *Prawo administracyjne ustrojowe...* [The Administrative Structural Law], pp. 64–69 and appointed representatives of the science of law by it.

[20] *Ibidem*, p. 68.

6) On the grounds of the existing rule of the closed system of the sources of law (Art. 87 of the Constitution RP), it has been accepted in the decisions of the Constitutional Tribunal and courts that the rulemaking activity of other agencies (especially the Council for Monetary Policy) agrees with the form specified in the Art. 93 of the Constitution RP (concept of "internal acts").

7) The activity of some independent administrative agencies is involved politically and interferes with vital and sensitive areas of social life, and against group and individual interests and it happens to be the subjects of controversy and disputes.

8) It is estimated that the existing law has given sufficient guarantees of independence for the members of these organs.

9) There has not been any tendencies in Poland to compare independent administrative agencies as the Fourth Power,[21] however in scientific literature it is admitted that it seems quite difficult to present an explicit definition for this type of organs.

10) The phenomenon of QUANGOS appeared only recently. That is linked to a special political and institutional event (transformation of the political system in Poland).

11) There is no deepen analysis of the phenomenon such as independent administrative agencies in Poland – it can be said that theory does not keep up with practice.

12) This status quo depends on tradition to a large extend, on the fact that the concept resembling a French doctrine *le réglement* has not been created. The concept of "general administrative act" is being used but the following divisions are always taken into consideration:

a) normative – non-normative acts,

b) creation – application and observance of law.

13) The rulemaking power of the National Council of Radio Broadcasting and Television is subject to review by in front of the Constitutional Tribunal (the abstract control). It is possible for the application of the ordinances to be reviewed in individual cases by the regulations (ordinances) in special cases in front of the administrative court (the concrete control).

14) The QUANGOS prepare annual reports about own activity.[22]

[21] See, for example, interesting remarks of N. D. Koulouris, *op. cit.*, pp. 115–117 and scientific literature quoted by him. The author considers the problem in the context of Montesquieu's theory of the separation of powers.

[22] See: W. Chróścielewski, *Akt administracyjny generalny* [The General Administrative Act], Łódź 1994.

Włodzimierz Nykiel
Professor of the University of Łódź

Ziemowit Kukulski
Doctor of Law

RESTRICTING THE LEGISLATIVE POWER TO TAXES (POLAND)

I

The Constitution of the Republic of Poland of 2nd April 1997 contains many norms which can be characterised as constitutional principles; it contains also an extensive catalogue of fundamental citizen's and human rights and freedoms. The most important constitutional principles having great impact on the process of enactment and application of tax law are: principle of democratic state of law (Art. 2), principle of law-abidingness by public authority organs (Art. 7), principle of superiority of the Constitution as the source of law (Art. 8 sec. 1), principle of direct application of the constitutional provisions, unless the Constitution provides otherwise (Art. 8 sec. 2), principle of freedom of economic activity and of private ownership (Art. 20), principle of protection of ownership and the right of succession (Art. 21).

The catalogue of basic citizen's and human rights and freedoms includes also: the right to equal treatment by public authorities and prohibition of discrimination for any reason whatsoever (Art. 32), the right to a fair and public hearing of the case, without undue delay, before a competent, impartial and independent court (Art. 45), the right to ownership, other property rights and the right of succession (Art. 64).

The catalogue of citizen's obligations and duties is rather limited compared to the catalogue of citizen's and human rights and freedoms. According to the Constitution the citizen's obligations and duties include: loyalty to the Homeland (Art. 82), duty to observe the law of the Republic of Poland (Art. 83), obligation to comply with responsibilities and public duties, including payment of taxes, as specified by statute (Art. 84), duty of every Polish citizen to defend the Homeland (Art. 85) and duty to care for the quality of the environment and responsibility for causing its degradation (Art. 86).

Among citizen's obligations the one to comply with public duties, including payments of taxes, as specified by a statue is of fundamental importance. The Constitution introduces in Art. 84 the principle of *nullum tributum sine lege* – which means that only legislative power has the authority to impose taxes and other public duties. This rule is a safeguard of statutory character of tax and has a great influence on the process of interpretation of tax law. The rule contained in Art. 84 is further elaborated in Art. 217, which is located in the chapter on Public finances. It stipulates two conditions for the imposition of taxes – the condition regarding the form – tax law (statute) and the condition regarding the substance of a tax law. According to the latter, the elements of the construction of a tax such as the specification of those subject to tax, object of tax and rates, as well as principles for granting tax relief and exemptions along with categories of exempted taxpayers, must be by specified by statue.

The Constitution contains the whole chapter entitled "Courts and Tribunals". According to article 10, the system of government in Poland is based on the separation of and balance between the legislative, executive and judicial powers. Legislative power is vested in the Sejm and the Senate, executive power is vested in the President of the Republic of Poland and the Council of Ministers, and the judicial power is vested in courts and tribunals. Courts and tribunals constitute a separate power and are independent of other branches of power. As a rule, courts implement the administration of justice concerning all individual cases (Art. 175 sec. 1 of the Constitution). The Constitution states that juridical power is implemented by the Supreme Court, the common courts, administrative courts and military courts. Separate segment of juridical power consists of Constitutional Tribunal and Tribunal of State.

Administrative courts perform to the extent specified by a statute, control over the performance of public, including fiscal, administration. Such control is extended also to judgments on conformity of regulations issued by organs of local government and normative acts issued by territorial organs of government administration, with statutes. Moreover, administrative courts arbitrate also litigation of competence between units of self-governing local government and self-governing revocatory bodies (*samorządowe kolegia odwoławcze*) and between those organs and organs of local government administration.

The two stages of administrative court procedure were introduced in Poland by the Law on the Organization of Administrative Courts of 25th of July 2002 (J. of L. 2002, No. 153, item 1269). According to this statute the system of administrative courts consists of Supreme Administrative Court and voivodship administrative courts (wojewódzkie sądy administracyjne). Voivodship administrative courts – as courts of the 1st instance – implement

the administration of justice concerning all matters reserved statutorily to these courts, especially litigations between taxpayers and tax authorities. The Supreme Administrative Court supervises the activity and judgments of voivodship administrative courts and is competent as the court of 2nd instance to hear appeals against decisions of these courts, adopts resolutions interpreting legal questions and performs other activities specified in other statutes.

The Constitutional Tribunal is an independent constitutionally recognized State organ. According to Art. 188 of the Constitution, The Constitutional Tribunal is competent in the following matters:

1. the compatibility of statutes and international agreements with the Constitution;
2. the compatibility of a statute with ratified international agreements whose ratification required prior consent granted in the form of a statute;
3. the compatibility of legal provisions issued by central State organs with the Constitution, ratified international agreements and statutes;
4. the compatibility with the Constitution of the purposes or activities of political parties;
5. complaints concerning infringements of the Constitution.

The most important area of the Constitutional Tribunal's activity is the control of conformity of statutes, ratified international agreements and rulings issued by central State organs with the Constitution. This control is made in two stages: before a legal act enters into force (preliminary control) and after a legal act enters into force (*a posteriori*, *ex post control*).

The preliminary control of norms is performed during the process of enactment (during the process of ratification of international agreements). The Constitution gives the right to approach the Tribunal only to the President of the Republic and restrict this right only to statutes already adopted by the Parliament and submitted to the President for signature, as well as to international agreements submitted to the President for ratification.

Every statute ratified by the Parliament is presented to the President of the Republic of Poland, who may refer the bill back to the Parliament for its reconsideration within 21 days (or within 7 days if the bill is being ratified under the urgent procedure). Such a presidential veto may be rejected by the Parliament via a 3/5 majority. The President may also turn to the Constitutional Tribunal alleging that the bill does not comply with the Constitution. It is possible to challenge the constitutionality of the entire statute or individual provisions therein.

Judgements of the Constitutional Tribunal are final and of universally binding application. If the Tribunal holds that a statute is in conformity with the Constitution, the President has to sign it. If the Tribunal holds

that a statute is not in conformity with the Constitution, then the President cannot sign such a statute. A statute which was found by the Constitutional Tribunal not to be in conformity with the Constitution cannot become effective.

The a posteriori control of conformity of laws with the Constitution can be performed at several levels. The first level concerns the control of conformity of norms with the supreme law among the sources of law in Poland – i.e. Constitution. Further level concerns the conformity of norms with ratified international agreements, the following one – conformity of regulations issued by organs of the State with statutes.

The right of initiating proceedings after a statute enters into force is vested in a fairly wide group of entities. Nearly all constitutionally recognized State organs have this right: the President, the Marshals of the Parliament and the Senate, the Prime Minister, the First President of the Supreme Court, the President of the Supreme Administrative Court, the Prosecutor General (this function is performed by the Minister of Justice), the President of the Supreme Chamber of Control and the Ombudsman. The right of initiative is also vested in a group of 50 deputies in the Parliament or 30 senators, which gives Parliamentary opposition access to the Tribunal (Art. 191 sec. 1 sub-sec. 1 of the Constitution). In tax matters the organ which very often initiates the procedure of reviewing the conformity of tax regulations with the Constitution is Ombudsman. All organs mentioned above can challenge the conformity with the Constitution of all the normative acts, irrespective of whether such acts concern the scope of the applicant's activity or not.

Another form of protection of fundamental rights and freedoms is provided through the so-called "questions of law" addressed to the Constitutional Tribual by the courts. Any court may refer a question of law to the Constitutional Tribunal as to the conformity of a normative act with the Constitution, ratified international agreement or statute, if the answer to this question determines an issue currently pending before such court (Art. 193 of the Constitution). The right to submit a question of law is vested in all courts: courts of first instance, courts of appeal, universal courts, military courts, administrative courts, and the Supreme Court.

Common constitutional complaint to the Constitutional Tribunal is another form of protection of fundamental rights and freedoms. This complaint can be based only on unconstitutionality of an act of law on the basis of which a judgement has been issued which infringes constitutional freedoms or rights of the plaintiff and against which there is no appeal (Art. 79 of the Constitution). For more about constitutional complaint – see section 3 of the present paper.

Another important issue is the question of the effects of the Tribunal's judgments. According to Art. 190 sec. 1 of the Constitution judgments of the Constitutional Tribunal are of universally binding application and are final. The judgments of all decisions concerning the review of norms are subject to immediate publication in the official journal in which the said acts were published. The decision comes into force on the date of publication, i.e. the normative act forfeits its binding force thereupon. The decision on non-conformity therefore has an *erga omnes* effect by abolishing the normative act; this also means that the normative act – albeit defective – is nevertheless in force until publication.

II

The catalogue of sources of universally binding law in Poland is exhaustive. According to Art. 87 sec. 1 of the Constitution, the sources consist of: the Constitution, statutes, ratified international agreements and regulations. Acts of local law issued by local organs and binding within the territory of their competence are also a source of law. The right of legislative initiative belongs to a group of deputies, to the Senate, to the President of the Republic, to the Council of Ministers and a group of at least 100.000 citizens having the right to vote in elections to the Parliament. The Council of Ministers (the government) is the body which uses the most its legislative initiative in tax matters.

According to the Constitution nobody besides legislative power is entitled to impose taxes.

Organs of executive power (the Government, the Prime Minister, ministers) are entitled to issue regulations on the basis of specific authorization contained in, and for the purpose of implementation of, statutes. For such regulations to be in conformity with the Constitution, a tax statute must specify the organ competent to issue a regulation, the scope of matters to be regulated as well as the guidelines concerning the provisions of such an act. An organ authorized to issue a regulation cannot delegate its competence to another organ. Regulations issued in tax matters cannot modify the statutes, in particular, they cannot extend tax obligation on objects or subjects, which or who are not taxed according to the statute.

The Constitution regulates also the question of taxing power of self-government units of local community. According to the Constitution, Poland is a unitary state. The territorial system of the Republic of Poland is based on the decentralization of public power and existence of self-governing communities. The taxing power granted to self-governing communities is very restricted. According to Art. 168 of the Constitution, self-governing

units of local government have a right to set the level of local taxes and charges to the extent established by statute.

Taking as the criterion the budget to which revenues from taxes come in, all taxes in Poland shall be divided into state taxes and local (communal) taxes. The State taxes are: personal income tax, corporate income tax, tax on goods and services (the Polish version of value added tax), excise duty and game tax. The local (communal) taxes and duties include: real property tax, agricultural tax, forestry tax, inheritance and gifts tax, tax on civil law transactions, tax on means of transport, tax on possession of dogs and the so-called "tax card", which is a lump sum tax due on the income from individual's small business activity.

All local taxes mentioned above constitute revenues of communes (gmina) – the basic level of local community (Art. 164 sec. 1). Other units of local government – district and province (voivodship) – do not have their own taxes.

Each unit of local government participates to certain percentage in revenues from personal income tax and corporate income tax, which both are State's taxes (see Table 1 below). The rules governing the allocation of revenues among different levels of local community are contained in the Act of 13th November 2003 on Revenues of the Units of Local Community.

Table 1

Unit of local community	The level of participation in revenues from	
	personal income tax	corporate income tax
Commune (gmina)	39,34%	6,71%
District (powiat)	10,25%	1,40%
Province (województwo)	1,60%	15,90%

Council of commune, which is a legislative organ of that unit of self-governing community, has a right to set the level of local taxes and charges to the extend established by a statute and reliefs and exemptions other than established by a statute. Communes cannot impose new taxes or charges as this would be contrary to the constitutional principle expressed in Art. 84 and 217 that only legislative power can impose taxes and public duties.

Court judgments do not constitute the source of law. Courts in Poland do not therefore participate in the process of tax law enactment. It does not mean however that their judgments, especially judgments of administrative courts, are devoid of importance in tax matters. Court judgments play a very important role in the application of tax law as they contain guidelines as to interpretation of this branch of law. Moreover, the judgments are taken into account in the process of enacting of tax law.

III

Polish Constitution of 1997 has introduced into the legal system a common constitutional complaint. A constitutional complaint might be brought only against a normative act – i.e. a statute, ratified international agreement, regulation. It is not possible to question via constitutional complaint individual decisions of courts or administrative organs.

According to Art. 79 of the Constitution, "everyone" can submit a constitutional complaint provided that his/her "constitutional freedoms or rights" were infringed. This provision sets also conditions of admissibility of such a complaint. Details concerning the procedure for submission of a constitutional complaint are regulated in The Act on the Constitutional Tribunal of 1st August 1997 (J. of L. No. 102, item 643; 2000 No. 48, item 552, No. 53, item 638 and 2001 No. 98, item 1070). This means that the right to a complaint is vested in all those persons who may be the holders of constitutional rights or freedoms. All natural persons – both Polish citizens and foreigners have the right to submit a constitutional complaint.

A constitutional complaint is submitted in case of an infringement of a complainant's constitutional freedoms and rights. This formula encompasses all constitutionally protected rights and freedoms regardless of their nature (the only exception is set in Art. 56 of the Constitution and concerns the right to asylum and refugee's status).

A constitutional complaint may only be submitted in a situation in which the violation of the complainant's constitutional rights and freedoms stems from an individual act of application of law (judicial or administrative decision). The complaint can only be submitted after the complainant had used all available appeal procedures before the universal civil or administrative courts.

The Tribunal's decision issued on the basis of a constitutional complaint has the same effects as a decision issued within the *a posteriori* control procedure. This means that a provision of law which on the basis of a constitutional complaint has been declared incompatible with the Constitution, is devoid of its binding force with an effect *erga omnes*. The annulment of a decision, in the context of which a constitutional complaint was launched, does not occur automatically. Such a decision can be annuled upon a complainant's request submitted to a competent organ. The same opportunities are open to all the other persons, to whom the "nonconforme" provision was applied.

A very important role is played by the Ombudsman who performs an assessment of draft tax regulations, proposes legislative amendments and interpretes tax laws in the light to fundamental citizen's and human rights and freedoms.[1] The Ombudsman can ask the Constitutional Tribunal to

[1] See: K. Kościński, "Rola Rzecznika Praw Obywatelskich w tworzeniu i wykładni prawa podatkowego" [The role of the Ombudsman in the process of creation and interpretation of tax law], *Kwartalnik Prawa Podatkowego* 2004, No. 3, pp. 61–75.

assess the compatibility with the Constitution of the provisions of tax law. It must be noted that the Ombudsman uses this authority very often.

IV

Individuals pay personal income tax at the progressive tax rates (scale), which in the tax year 2005 was as follows:[2]

Table 2

Taxable base in PLN		Amount of tax
over	to	
	37.024	19% minus amount of 530,08 PLN
37.024	74.048	6.504, 48 PLN + 30% excess over 37.024 PLN
74.048		17.611,68 PLN + 40% excess over 74.048 PLN

The amount of tax free income is: 2.790 PLN.

There have been no challenges in Poland of the structure of tax rates of personal income tax on the ground that they are not sufficiently progressive, nor of the tax free amount.

Similarly to most European and Asian countries, also in Poland budgetary tax revenues are based mainly on indirect taxes, especially on tax on goods and services (Polish version of value added tax). The percentage of budgetary revenue from indirect taxes in all tax revenue is indicated in the table below:

Table 3

Revenues form taxes	Total amount	Percentage
I. Indirect taxes	116 980 663	75,32
a. Tax on Goods and Services	73 663 419	47,43
b. Excise duty	42 414 088	27,31
c. Gambling tax	903 156	0,58
II. Direct taxes	38 305 256	24,66
a. Personal Income Tax	14 690 619	9,46
b. Corporate Income Tax	23 614 637	15,20
Total amount of budgetary revenues from taxes	155 285 919	1

Source: Report on execution of the budget for year 2004 www.mf.gov.pl.

[2] Legal basis: Art. 27 sec. 1 of Personal Income Tax Act, 26 July 1991 (J. of L. 2000, No. 14, item 176 with subsequent amendments).

For years there has been and still is a tendency of prevailing revenues from indirect taxes over revenues from direct taxes. However, it should be noted that in the last two years the revenues from corporate income tax have grown compared to year 2003 by amount of 3 485 802 thousand PLN, despite the reduction of the tax rate of corporate income tax from 27% to 19%.

For the sake of comparison, in the budgetary year 2003 the total budgetary revenue from taxes was 152 110,6 ml PLN, 95 443,3 ml PLN of which (62,74%) was revenue from indirect taxes, revenue from income taxes amounted to 36 782,9 ml PLN, which amounted to 24,15% of the total amount of revenue from taxes.

V

The Constitution sets in Art. 32 the general principle of equality, according to which all persons are equal before the law and have the right to equal treatment by public authorities. This means that no one can be discriminated against in political, social or economic life for any reason whatsoever. In the Constitutional Tribunal's view Art. 32 of the Constitution may constitute an independent basis of review in constitutional complaint proceedings (see The Constitutional Tribunal procedural decision of 24th October 2001, akt SK 10/01).

In Poland the introduction into the tax law of the general principle against circumvention or abuse of law was widely criticised.[3] It was argued that the existence of a norm which has the character of general clause of law implies the possibility of broadening interpretation of tax law (the so-called economic interpretation of tax law). In courts' opinion however, tax provisions should not be interpretated in a broadening way, especially if it could lead to increase in taxpayers tax obligations.[4] Such broadening

[3] B. Brzeziński, "Wykładnia prawa – tzw. obejście ustawy podatkowej. Glosa do wyroku NSA z dnia 31 stycznia 2002 r., I SA/Gd 771/01" [The interpretation of law – and the so-called abuse of tax act. Comment on the Supreme Administrative Court's judgement of 31 January 2002, I SA/Gd 771/01], *Monitor Podatkowy* 2002, No. 6, p. 50; M. Kalinowski, *Granice legalności unikania opodatkowania w polskim systemie podatkowym* [the boundries of legality of the tax avoidance in the Polish tax system], Toruń 2001, pp. 13–22.

[4] See: judgment of Supreme Administrative Court of 15 June 2000, I SA/Gd 606/98, not published; decission of the Constitutional Tribunal dated on 26 April 1994, W 11/93, OTK 1994, No. 1, item 22. See also: L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz* [The interpretation in the courts' judgements. Commentary], Toruń 2002, pp. 239–240, 246–248, 266–268 and I. Lewandowska, "Prawo do legalnego unikania podatku" [The right to legal tax avoidance], *Rzeczpospolita* 12.05.2004, No. 110 (6793), p. C1; T. Dębowska-Romanowska, "The admissibility and conditions for introducing general anti-alouse of law clauses

interpretation violates the principle *in dubio pro tributario* and the principle according to which only the legislative power has a right to impose taxes and other public duties.

On the basis of the general clause against the circumvention of tax law, tax organs may omit the effects of legal actions undertaken by the taxpayer, if they prove that such actions could not result in any profits other than tax reduction, increased loss, increased overpaid tax or tex reimbursement.

The above arguments have been supported by the Constitutional Tribunal in its judgment of 11th May 2004 (K 4/03) in which the general anti-abuse clause (Art. 24b § 1 of the General Tax Law) was found contrary to the principle of trust in democratic state of law (Art. 2 of the Constitution) and to the principle that only legislative power has a right to impose taxes, established in Art. 217 of the Constitution.[5] In the Tribunal's view, the principle of confidence in enacted law does not allow to question any actions of a taxpayer which do not violate law if their purpose is not forbidden by law, as there is no norm in the tax law system according to which it would be forbidden for a taxpayer to minimalise his tax burdens with the use of legal means or according to which a taxpayer would be obliged to act in a manner which would result in the taxation at the highest possible level. This means that as long as a taxpayer's actions do not violate the law they cannot be seen as reprehensible or illegal even if they result in reduction or even total elimination of the tax burden. There is no doubt however that such actions contradict the aims of taxation, and consequently the question of their elimination is still open.[6]

Until 31st December 2003 tax law differentiated the level of tax burden depending on the form of organization in which business activity was carried out by taxpayers. The taxpayers of corporate income tax pay corporate income tax at the rate of 19%. According to Corporate Income Tax Act of 15th February 1992 the taxpayers are: legal persons, entities having no legal personality with exception of companies having no legal entity, however capital companies in organisation are subject to tax, tax capital groups (groups consisting of at least two companies

into a tax system in the light of Article 84 and 217 of the Constitution," in: *Ius et lex. Księga Jubileuszowa ku czci Profesora Andrzeja Kabata,* Olsztyn 2004, p. 102.

[5] See: I. Lewandowska, "Prawo do legalnego unikania podatku" [The right to legal tax avoidance], *Rzeczpospolita* 12.05.2004, No. 110 (6793), p. C1; D. M. Malinowski, *Stosowanie przepisów dotyczących obejścia prawa podatkowego* [The application of the provisions concerning abouse of tax law], *Przegląd Podatkowy* 2005, No. 4, pp. 3–4.

[6] Judgement of the Supreme Administrative Court of 19 March 1997, SA/Ka 3005/95, not published; the same in judgment of 27 January 1997, SA/Ka 2784/95, *Biuletyn Skarbowy* 1998, No. 2, p. 13.

having legal personality, which are connected by capital links and fulfill other statutory conditions), companies with no legal personality having their seat or management board in another country, if according to the law of that country are treated as legal persons and are subject to taxation on totality of their income irrespective of the place where this income comes from.

Taxpayers of personal income tax are taxed at the progressive tax rates (see Table 2 under point IV). As of 1st January 2004 Art. 30c was added in Personal Income Tax Act, according to which income from business activity earned by individuals outside agriculture may be taxed at 19% rate. In this way income from business activity is taxed at the same level notwithstanding the form of organization in which business activity is performed by individuals.

It must be noted that under the Polish tax law, partnerships which are not legal persons are not taxable entities. Only partners in such partnerships are subject to income tax and carrying out of economic activity and gaining income in this way is treated both on the basis of Personal Income Tax Act and Corporate Income Tax Act as one of the sources of income.

Individuals who are taxpayers of personal income tax may choose (the so-called right of option) one of the forms of lump-sum taxation. The taxpayers of corporate income tax do not have such a right. There exist the following forms of lump-sum taxation in Poland: tax on evidenced revenues, the so-called tax card, and tax on clergy's revenues. Individuals who pay personal income tax in the form of lump-sum have a right to resign from this form of taxation and be taxed on the basis of general rules established by Personal Income Tax Act.

VI

Personal Income Tax Act contains provisions referring to family status of taxpayers. Such provisions concern: the joint taxation of spouses and taxation of persons solitarily bringing up children – own as well as adopted ones. Moreover, many tax exemptions and reliefs in Personal Income Tax Act reflect the family status of taxpayers.

According to the Polish Constitution marriage, being a union of man and a woman, as well as the family, motherhood and parenthood is placed under protection and care of the State (Art. 18). Polish law does not recognize other than marriage and family alternative family structures like for example unmarried cohabitation.

As a result, also tax legislation providing joint taxation of spouses is applicable only to marriage within the meaning of Art. 18 of the Constitution. Staying in an unmarried cohabitation does not have effects within the field of tax law. An exception to this rule is provided in Art. 111 § 3 of the General Tax Law. According to this provision a person who stays with a taxpayer in unmarried cohabitation (concubine) is treated as a member of taxpayer's family and is responsible for taxpayer's tax due. This means that in case of permanent cooperation with a taxpayer in his/her business activity, a concubine is responsible solitarily with his/her whole property for taxpayer's tax obligations connected with this activity which emerged within the period of cooperation. The responsibility of concubine is limited to the value of benefits received from taxpayer's activity.

The joint taxation of spouses is regulated in Art. 6 and 6a of the Personal Income Tax Act. As a rule, the incomes of spouses are taxed separately. Spouses may however be taxed jointly on the sum of their income, after a deduction separately from the income of each spouse of expenditures listed in Art. 26 of the Personal Income Tax Act. For spouses in order to be taxed jointly the following conditions must be met:

1) Both spouses must be resident in Poland,
2) They must have been married during the entire tax year,
3) They have to be in a common property marriage,
4) They have to file a joint tax return.

If conditions mentioned above are met, tax is assessed in the name of both spouses and is equal to twice the amount of tax computed with respect to half of the spouses' aggregate income.

The joint taxation of spouses does not apply, where a sponse pays 19% flat-rate tax on income from business activity or lump-sum-fax.

There is a lot of controversy around the impossibility of application of joint taxation of spouses where spouses met conditions mentioned above, but one of them died before filing a joint tax return. The Constitutional Tribunal in its judgment of 4th of May 2004 (K 8/03) found Art. 6 sec. 2 of Personal Income Tax Act incompatible with the constitutional principle of democratic state of law and principle of care and protection by State over marriage and family in that part in which it prohibits the joint taxation of spouses after a death of one of them. As a result of this judgment a new Art. 6a was introduced in the Personal Income Tax Act, according to which spouses in a community of property marriage may opt for joint tax return even if one of them had died before the joined tax return was filed, if:

1) they were married before the beginning of the tax year, and one of them died during the tax year;

2) they were married during the whole tax year, and one of them died after the tax year but before the joint tax return was filed.

Another pro-family provision of Personal Income Tax Act concerns the tax treatment of persons solitarily bringing up juvenile children.

As regards persons who solitarily bring up children, the tax is equal to twice the amount of tax computed with respect to half of the person's income. This method of calculation of tax does not apply, where such a person pays 19% flat-rate tax on income from business activity or her/his income is taxed at flat-rate.

In the Personal Income Tax Act there are exemptions refering to taxpayer's family status, such as the ones concerning several types of social pensions and benefits (funeral dole, benefits for orphans etc.).

Certain reliefs and benefits depending on taxpayer's family status exist also in other taxes, i.e. inheritance and gift tax. Taxpayers of inheritance and gift tax are classified into following three categories, according to the proximity of the relationship between the deceased/donor and the beneficiary/donee. Also rates of this tax depend on under which category the taxpayer falls.

The following categories of taxpayers may be distinguished:

1. Category I: spouses, children (also adopted and stepchildren), sons and daughters-in-law, parents, brothers and sisters;

2. Category II: nieces and nephews, brothers and sisters of parents, children and spouses of other spouse's child, spouses of brothers and sisters and brothers and sisters of spouses, spouses of other descendants,

3. Category III: others.

The tax free amount is the following:

1) 9637 PLN for Category I;
2) 7276 PLN for Category II;
3) 4902 PLN for Category III.

The amount of the tax due depends also on category to which the person acquiring goods or property rights belongs.

Several reliefs in inheritance and gift tax depend on taxpayers' family status like for example relief for received apartments and dwelling houses. Recipients of apartments and dwelling houses are tax expemt up to the value which corresponds to 110 m^2 of the surface of the dwelling, if they:

1. fall under Category I and have received an apartment or a dwelling house as inheritance or gift;

2. fall under Category II and have received an apartment or a dwelling house as inheritance;

3. fall under Category III, have received an apartment or a dwelling house as inheritance and took care of the deceased at least for 2 years on the basis of an agreement signed by such a person and the deceased before an organ of local community.

As indicated above, The Act on Inheritance and Gift Tax provides for many exemptions reflecting the family situation of a taxpayer. These include exemptions of acquisition of the following:

1. farms (subject to certain conditions) received by persons falling under Category I;

2. furniture, clothing, tools, pieces of art, library materials etc. inherited by persons falling under Category I i II, if the deceased was performing artistic, scientific or educational activities,

3. individual small enterprises or parts thereof, inherited by the deceased's spouse or descendants, provided that the recipient will continue the business for at least 5 years from the date of acquisition. If this condition is not fulfilled the tax obligation arises as a result.

VII

The process of imposition of taxes is in Poland centralized. This means that taxes are levied in Poland only by the State and the units of local government *have no right to impose taxes. Their* taxing power is limited only to the extend established by a statute, of some elements of tax and local duty construction such as level of taxes (rates) and exemptions and reliefs other than granted by a statute. While granting other than statutory exemptions, local government cannot introduce a general exemption, concerning all the taxpayers. Such an exemption would mean abolition of tax liability. Self-governing local communities may only introduce exemptions concerning the object of a tax. The above remarks refer only to local communes as to basic units of local government keeping in mind that in Poland these are only communes that have own tax revenues. Other than communes units of local government – districts and provinces (voivodships) do not receive any revenues from taxes, so the question of their taxing power has no practical meaning.

Such a narrow scope of taxing power granted to a commune is determined by the Constitution in Art. 168. According to this provision, a commune is competent to set the level of local taxes and charges to the extend established by a statute.

Within the exercise of its power a commune cannot grant such reliefs and exemptions which would annihilate given tax. Moreover, the provisions of law introducing other than statutory reliefs and exemptions in local taxes and duties cannot be addressed to individual taxpayers, but to generally defined taxpayers. These principles find confirmation in the case law of the

Supreme Administrative Court and of the Supreme Court (see: judgment of Supreme Administrative Court of 23th July 1992, III SA 452/91, POP 1994, No. 4, s. 75; judgement of 4th July 1995, SA/Łd 972/95, not published; judgment of Supreme Court dated on 21st September 1994, III ARN 44/94; judgment of the Supreme Administrative Court of 29th December 1993, III SA 765/93, judgment of the Supreme Administrative Court of 4th July 1995, SA/Łd 972/95 and judgment of the Supreme Administrative Court of 6th June 1993, III SA 680/93, not published).

There are basically no conflicts between the units of local government regarding the taxing power, as the competence to modify the elements of tax and duties construction within the limits set by a statute is granted solely to communes, *that is – to the units of local government of the* same level.

VIII

The Constitutional Tribunal presents in its judgments a view, according to which tax legislation concerning taxes payable in a tax year period must be created in accordance with the principle of non-retroactivity of the tax law (see: the judgment of the Constitutional Tribunal of 29th March 1994, 13/93). According to the constitutional principle of democratic state of law, any amendments to the tax laws containing provisions which enter into force during a tax year but with retroactive effect as from the beginning of a tax year, violate the non-retroactivity principle and the principle of *vacatio legis.*

Tax legislation was challenged before the Constitutional Tribunal on the basis of its retroactivity. In the judgment of the Constitutional Tribunal of 25th of June 2002 (K 45/01, not published) the Tribunal confirmed with reference to tax on goods and services that the Constitution protects the taxpayers vested rights, as in the case of existence of special reliefs granted to protected labor enterprises. The rules according to which the amount of tax refund to protected labor enterprises was calculated were changed before the termination of 3 years period of binding of the decision under which the status of protected labor enterprise was granted to the taxpayers.

In another judgment of 27th February 2002 (K 47/01) the amendment to Personal Income Tax Act and Law on Lump-sum-tax on Several Kinds of Income Received by Individuals was reviewed by the Constitutional Tribunal, as regards the introduction of a taxation of income in cash received by a taxpayer before the 1st of December 2001 on the basis of agreements concluded before this date in cases where such agreements were cancealed for reasons established by law independent from taxpayers' action.

IX

Within the period of 1997–2005 the Constitutional Tribunal reviewed the conformity with the Constitution of numerous provisions of tax legislation.

In the case of personal income tax, the Tribunal found the Art. 27a of the Personal Income Tax Act was not in conformity with the Constitution (judgment of 16th December 1997, K 8/97). The Article introduced limits for deductible expenses in case of repair of apartments and dwelling-houses, changing the existing model of dwelling-houses reliefs. In its judgment of 25th November 1997 (K 26/97) the Constitutional Tribunal reviewed the Act Amending the Personal Income Tax Act of 21st November 1996 which changed 30 days before the end of a tax year 30 provisions of Personal Income Tax Act. In the Constitutional Tribunal's view this amending act was introduced without properly long vacatio *legis period*.

Other Constitutional Tribunal's judgments concerned the abuses of a prohibition on discrimination of the taxpayers of personal income tax. In 2001 the Constitutional Tribunal annuled the provision of Personal Income Tax Act which provided tax exemptions for income from sales of shares in public offer under the condition that they would be sold after 3 years period from the date on which they were introduced into regulated market (judgment of 24th April 2001, K 13/01). In its judgment of 22nd May 2002 (K 06/02) the Constitutional Tribunal found Art. 52b of the Personal Income Tax Act incompatible with the Constitution. The provision in question introduced 2% lump-sum tax on financial means transferred by a taxpayer abroad. The same decision was made with reference to Art. 26 sec. 1 point 8 of the Personal Income Tax Act in 2002. This provision limited taxpayers' right to deduct expenses incurred while acquiring the right of usufruct for building purposes (judgment of 22nd October 2002, SK 39/01). Finally, in its judgment of 20th April 2004 (8/03) the Constitutional Tribunal found that Art. 6 of the Personal Income Tax Act was incompatible with the Constitution in that it limited the right to elect a joint taxation by spouses in case of death of one of the spouses before the joint tax return was filed.

The Constitutional Tribunal examined also the Corporate Income Tax Act. In its judgment of 8th June 1999 (SK 12/98) the provisions of Corporate Income Tax Act were found to be incompatible with the Constitution, according to which companies with shares of foreign capital were deprived of the right to deduct losses.

There is a number of the Constitutional Tribunal's judgments concerning the Act on Tax on Goods and Services and Excise Duties (of 8th January 1993). They concern the following issues: regulations issued by the Minister of Finance for the purpose of implementation of this act which were found incompatible with the Constitution due to exceeding of the Minister's competence (see: judgment of 16th June 1998, U 9/97 and judgment of 27th April 2004, K 24/03); unconstitutionality of rules on tax on goods and services and excise duties rates on specialised journals and of respective regulation issued by the Minister of Finance determining the list of specialist magazines to which the 0% rate was applicable (judgment of 20th June 2002, 22/01); moreover, in its judgments of 8th June 2004 (SK 22/03) and of 11th October 2004 the Tribunal referred to the unconstitutional depriving the taxpayers of their right to deduct an input tax.

The Constitutional Tribunal does not find however incompatible with the Constitution the regulations increasing rates of excise duties on fuels by including in them tax on the means of transport (judgment of 1st September 1998, U 1/98), the tax on goods and services on pawnshop services (judgment of 17th January 2001, K 5/00), reference in the provisions regulating excise duties to statistics issued by Central Statistical Office (judgment of 3rd April 2001, 32/99), levying on taxi-drivers the obligation to possess cash-registers (judgment of 12th July 2005, P 11/03).

The Constitutional Tribunal reviewed also the compatibility with the Constitution of some duties levied by communes such as market duty (judgment of 14th September 2001, SK 16/00), fees for parking on public roads and for passage of oversized vehicles (judgment of 10th December 2002, P 6/02); and conforminy with the Constitution of the obligation to pay radio and television licence fees (judgment of 7th September 2004, SK 30/03).

Moreover, the Constitutional Tribunal found incompatible with the Constitution the Tax Amnesty and Proprietary Declaration Act (judgment of 20th November 2002, K 41/02) and general anti-avoidance clause introduced in General Tax Law (judgment of 11th May 2005, K 4/03).

Witold Kulesza
Professor of the University of Łódź

EUTHANASIA
POLISH NATIONAL REPORT

I

The notion of euthanasia in Poland has not been defined in the statutory law, however, it has been used in legal parlance, for example in the commentaries to a regulation of the Polish P.C. which lays down legal responsibility for homicide committed on request and under the influence of compassion on the part of a perpetrator (Art. 150 § 1 of P.C.) Therefore, "euthanasia" stands for an offence, the victim of which demands to be put to death by a perpetrator. On the other hand, the law obligates the perpetrator, to be guided by compassion towards a person put to death. Polish law does not envisage any circumstance for exclusion of illegality of euthanasia.

Encyclopedias and lexicons provide the definition of the word "euthanasia," which in its Greek etymology stands for a "good death," that is a killing of a human being prompted by compassion towards a suffering and incurable individual. One can differentiate between: active euthanasia (when death is caused by a particular activity), passive euthanasia (when death results from relinquishment of therapy that sustains life), as well as, between voluntary euthanasia (when death is caused by conscious request) and involuntary euthanasia (when an ill person is not able to express such a request, for example because of being unconscious).[1]

Literature points out to a wrong usage of the term "euthanasia" describing Nazi crimes committed on citizens of the occupied Poland by the Third Reich during II World War.[2] It has to be stressed, however, that both the experiences derived from the German occupation, as well as, fate of the mentally ill, have also been referred to in contemporary discussions on the subject of euthanasia.

---

[1] Vide: "Euthanasia" [in:] *Nowa encyklopedia powszechna PWN* [New Common Encyclopedia], Warszawa 1995, p. 301.

[2] L. Gardocki, *Prawo karne* [Criminal Law], Warszawa 2004, p. 223.

German authorities started murders of patients of psychiatric hospitals already in the first weeks of Poland's occupation, in the autumn of 1939. Lists of patients, who were later removed and put to death by shooting at their occiput, were prepared at the hospitals. Mass executions had been performed by special commandos, mostly in the woods, where later corpses were buried in mass graves. Also, the sick, doomed to annihilation, were murdered by fumes of mobile gas chambers, and in the gas chambers of Auschwitz. Participation of medical doctors was eliminated to handing down tranquilizers to those whose names were put on the list of persons destined to be transported.[3] A case is known of putting to death about 500 mentally handicapped children by hospital attendants who intentionally overdosed luminal. A way to kill, was food deprivation, as well.[4]

It has to be stressed that murdering of mentally ill Poles had began and continued at the same period of time when German occupying authorities had been performing actions of physical extermination of Polish intelligence, the leading social class of the Polish nation, who could have originated resistance against the occupier (the so-called "Intelligentzaktion"). The aim of the parallel implementation of both actions was to keep alive those Poles who could perform slave labor without objection under the watchful eye of the occupier.

After the war, in Poland, some organizers and executors of those crimes were convicted, and the crimes themselves were considered to be a form of genocide, despite the fact that the victims had been treated by the German authorities as "worthless of life" (ein unwertiges Leben). The legal grounds

[3] Medical personnel described the behavior of mentally ill destined to be transported from the hospital to the execution site in the following way: "Who can describe this lament at the time of separation of the sick, cry and shouting of despair, and also those humble requests of the most severely sick? One sick woman, usually difficult, suffering from delusions, asked: «Why must I leave? This is not my fault that I am sick». Another sick woman told her sister: «Now I know, I will never come back. But if we must die, it will be easier for to bear us rather than to those who order us to die.»" by A. Gut, "Eutanazja – ukryte ludobójstwo pacjentów szpitali psychiatrycznych w Warthegau i na Pomorzu w latach 1939–1945" [Euthanasia – hidden genocide of psychiatric hospital patients in Warthegau and in the Pomerania region during the period 1939–1945], in: *Materials of the scientific conference "Crimes of XX century medicine. Denial – explanation – education,"* Warszawa 21–22.05.2004, p. 9.

[4] In one of the psychiatric hospitals, where abort 1000 ill individuals were being kept, German authorities intentionally deprived patients of food causing death of about 40–45 persons daily. On the day of final liquidation of the hospital, persons disqualified for transport were placed before a firing squad, and others were driven to KL Auschwitz where they were murdered in gas chambers. Polish employees of the hospital managed to safe only one person who later reached her 80s. Instytut Pamięci Narodowej – Główna Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu w Warszawie [Institut of National Remembrance – Head Commision for the Prosecution of Crimes against Polish Nation in Warsaw], investigation files, sign. Sn 85/03/Zn/Kr.

for conviction of the German perpetrators by Polish courts had been a decree of August 31st, 1994 "on punishment for Fascist-Hitler criminals guilty of homicide and ill-treatment on civil population and prisoners of war...", which Art. 1 has maintained its validity until today. This regulation foresees a life sentence for each and everyone who by accommodating the authority of the German state or its allies "took part" in homicide, that is, not only put the victims to death by using his own hands, but also gave orders, commends and participated in the crime in any other form, for example by making lists of those destined to be shot at, by organizing their transport, or by guarding the execution site to make sure the victims had not run away.

Therefore, historical reasons decided that the notion of "euthanasia" – "good death" – is not used as a statutory term, to describe Nazi crimes committed in Poland, but it is used in contemporary times to describe a form of homicide, subject to milder punishment than a "common homicide." Also, it needs to be stressed that, statements on legal aspects of euthanasia point out to those historical contexts and warn against the affects of exclusions from the principle which make the value of human life a subject for gradation, and that is why, the life of each human being must be strictly protected by law.

II

Applying milder punishment towards "euthanasia homicide" is not justified by legal protection of lesser intensity towards life of an individual put to death, but homicide perpetrator's particular motivating situation.

Regulation described in Art. 150 of the P. C. stands that the one "who kills another man on request and who is guided by mercy" is the subject for imprisonment from 3 months to 5 years. A medical doctor who have caused death of a man, would be guilty not of a crime of "common homicide" (subject to punishment from 8 years of imprisonment to a life sentence) but of "euthanasia homicide" if he acted on request of the person put to death, if at the same time, he was led by compassion. A medical doctor who would put to death an incurable patient on request but not based on mercy, would be charged with a crime of "common homicide." The condition of a perpetrator being prompted by mercy to perform the offence of "euthanasia homicide," was inscribed into the Polish P.C. in 1932. The Polish P.C. differs in this respect from the penal codes of some other European countries which qualify only one condition of milder responsibility for homicide, that is when homicide is committed on request of a victim to deprive him or her of life.

A "request" of the victim of an offence to shorten his or her pain, is understood as something more than a question and should be repetitive in order to have an impact on milder penal responsibility of a medical doctor. Only the person who expresses a thoughtful, firm and clear request may approach a perpetrator to cause death. If a family of a sick came up with a request to a doctor to shorten the sick's suffering and the sick himself or herself had not expressed such a request, or – due to any other reasons – could not express a request, the actions of the doctor would determine common homicide as a crime. Members of the family, on the other hand, would be subject to penal responsibility for instigation to a crime of homicide.

It is significant for legal qualification of an offence of "euthanasia homicide" to know whether a request has been formulated by a person who at the time was over 16 years-old, who had been sound in mind, conscious, not under the influence of any tranquilizers, and who also was not suffering from mental depression. In other words, a person asking the doctor to cause his or her own death, should have full capability to evaluate the meaning of his or her action and its consequences. Such a request, therefore, cannot be formulated by a mentally ill, unsound person, or one having his or her psychological functions unsettled. Change of an act of will and further statement of the sick that he does not request the suffering to be shortened by causing death, excludes the doctor's actions from being qualified in terms of penal responsibility as "euthanasia homicide." If the doctor, despite the withdrawal of the patient's request, did put the patient to death, he or she would be responsible for committing homicide as a crime.

A doctor committing an offence of euthanasia should be guided by a particular motive for killing, that is by mercy towards the victim. Most often, commentaries point out to mercy triggered by incurable, progressing tumorous illness. Another opinion says that compassion may also concern a victim of a crash or a terrorist attack who, for example, lost the limbs and eyesight. Whether "euthanasia homicide" may justify also psychological suffering of the victim (for example, due to handicap, loss of a close person) is debated in the doctrine.[5]

In the period from 1990 to 2004 in Poland, courts have convicted 5 persons guilty of an offence of "euthanasia homicide," sentencing them for 2 years of imprisonment. Statistics do not show, however, whether the convicted were practicing doctors.[6]

[5] A. Marek, *Prawo karne* [Criminal Law], Warszawa 2005, p. 431.

[6] One of the authors states that In Poland, in principle prosecutor offices do not initiate penal proceedings in case of "euthanasia homicide," committed by a medical doctor if his main purpose was not to cause death of a patent but to reduce pain, thought, in effect it caused accelerated death. The author states that "prosecuting bodies are aware of existing social estimates in this matter." This statement has not been, however, backed by research on prosecution's practices. A. Gubiński, *Komentarz do kodeksu etyki lekarskiej* [Commentary to the code of medical ethies], Warszawa 1995, p. 150.

The structure of responsibility for "euthanasia homicide," adopted in the Polish penal law is based on an assumption that a medical doctor is fully aware of the illegality of his own actions, that is, he knows that he is committing an offence. The doctor is at the same time aware that patient's suffering is hard to bear and that by compassion he fulfills his request to shorten the pain by bringing about death of the sick.

Despite the fact that the text of the regulation concerning the responsibility for the "euthanasia homicide" has not been changed since 1932, it needs to be noted that the P.C. of 1997 foresees the possibility of an extraordinary mitigation of punishment by courts, moreover, desisting an infliction of punishment of "euthanasia homicide" perpetrator (Art. 150 § 2). Penal Code regulation stands that courts have such option in questions considered as "extraordinary cases." This regulation does not make it precise, however, what should be understood under the notion of "extraordinary case." Commentaries point out to "extraordinary cases" while talking about particular exacerbation of patient's suffering, its persistency that causes physical and mental degradation of the sick, and also to a particular emotional relationship binding a perpetrator and a victim. Extraordinary case, in which extraordinary commutation of a sentence and waving of an infliction of punishment marks an extreme, abnormal, motivating situation, that influences a perpetrator to kill a suffering human being. It needs to be stressed that a medical doctor is not the only person who could be guilty of "euthanasia homicide" but it could be any person, for example, a close one who wants to shorten the unbearable suffering of the sick, and who bestows love.

It should be noted that the doctrine set up by the P.C. of 1997 which considers an option of extraordinary commutation of a sentence, and moreover, of an infliction of punishment towards a perpetrator of an offence of "euthanasia homicide" could not be interpreted as an opening way for the courts to legalize euthanasia.[7] Possibility of commutation of a sentence, and moreover, of an infliction of punishment are only available to the courts after a trial at bar has been executed and a perpetrator proclaimed guilty of "euthanasia homicide," that is after the acknowledgment that an offence has been committed. While sentencing a medical doctor to be guilty of an offence of "euthanasia homicide" to imprisonment, the court may also forbid him or her to perform the doctor's profession for a period of 10 years.

A dogmatic assumption which justifies penal responsibility of a perpetrator of the "euthanasia homicide" relates to the recognition of human life

[7] *Kodeks karny. Część szczególna* [Criminal code. Particularly part], vol. I, ed. A. Wąsek, Warszawa 2006, p. 272.

as a good of a social value that cannot be in free disposition of an individual human being. From that assumption a statement is made, that a request of a man to deprive him or her of life, cannot be considered justified, even if it derives from an incurable, suffering person, and cannot be considered a circumstance waving illegality of the homicide.

III

The same condition, according to which a man does not have the right to a free disposition of his own life, because as a legal good is of social value, justifies legal responsibility for abetting to suicide. A regulation of the article 151 of the penal code foresees imprisonment from 3 months to 5 years for those "who by instigation or by providing help lead a person to make an attempt on the person's own life."

Based on this regulation, a medical doctor who helps his incurable and suffering patient to commit suicide by providing him with lethal dose of a tranquilizer, is subject to penal responsibility. In the Polish penal code, attempting suicide, is of course not considered an offence. However, verbal inclination to commit suicide, provision of helpful information (providing information on possible ways to commit suicide), and technical support (providing technical means, including chemical means to commit suicide) as well, are forms of offences.[8] Therefore, delivery of special equipment to a sick individual which he or she is to put in motion to cause his or her own death, for example, equipment, which by an intravenous drip will induce to a human body a deadly dose of morphine, constitutes an offence.

Penal responsibility for abating to suicide takes place also when a particular person, who was offered help had not used it in such a sense that he or she did not undertake a suicidal attempt. In such a situation, a perpetrator, who provided help, will not be legally responsible for committing an offence, but will be responsible for punishable attempt, which is impending by punishment of equal value as the execution of an offence.

In the light of the described regulation of Art. 151 of the P.C., also passive assistance by a medical doctor in suicide of his or her incurable patient, constitutes an offence, based on provision of mental abetting to an act of suicide. The regulation of Art. 151 of the P.C. does not foresee

[8] In literature on the subject a postulate was filed to wave penal responsibility from a person providing help to a person committing suicide if such a person was triggered by reasons worthy of consideration. A. Wąsek, *Prawnokarna problematyka samobójstw* [Suicide in penal law], Warszawa 1982, p. 114.

a possibility of extraordinary mitigation of punishment or desisting from an infliction of punishment in any situation.[9]

A doctor, who in relation to his treated patient, has a status of a guarantor, should stop the preparations for suicide undertaken out of patient's initiative. In other words, a doctor has a legal responsibility not to let to a suicidal attempt of his patient. If knowing of preparations of the sick to commit suicide, the doctor had not prevent it, he or she would be legally responsible for the offence of omission as a form of an offence described in Art. 151 of the P.C. If, however, a child or an adult could not estimate the meaning of his or her actions because of his or her psychological condition, the doctor would be legally responsible for homicide committed by omission, if he did not stop the actions of such a person towards committing suicide.

In the last 14 years, courts in Poland sentenced 13 persons with bringing about suicide by prompting or providing help and charged them with the 2 years of imprisonment. Statistics do not show, how many of the convicted were practicing doctors.

IV

The notion of euthanasia is not related to statutory permission for termination of pregnancy if a fetus is seriously handicapped or incurable. Regulation of Art. 152 of the P.C. code foresees a 3 years imprisonment for a perpetrator who "with the consent of the woman, procures an abortion with the infringement of law." An act of January 7, 1993 "on family planning, protection of human fetus and conditions for permissibility of termination of pregnancy," states that termination of pregnancy may be performed by a doctor in case prenatal examinations or other medical premises reveal a high likelihood of serious and irreversible handicap of the fetus or an irreversible illness endangering life. Termination of pregnancy in such situation does not constitute an offence. Such situation is not described as permissible euthanasia performed on a handicapped or sick fetus.

Also, homicide of a seriously deformed newborn committed by the mother right after the birth is not an act of euthanasia. In such situation, the mother bears the responsibility for the offence of infanticide, which is subject to imprisonment from 3 months up to 5 years. The regulation of Art. 149 of the P.C. puts the responsibility on the mother who kills a child

[9] S. Pużyński, "Eutanazja i psychiatria. Legalizacja eutanazji i jej rezultaty" [Euthanasia and psychiatry. Legalization of euthanasia and its results], in: *Materials of the scientific conference "Crimes of XX century medicine. Denial – explanation – education,"* Warsaw, 21–22.05.2004, p. 13.

during birth under the influence of the course of delivery. A strong experience, such as a shock, may be caused by mother's perception that her child is to a large extend deformed. The shock in which a mother kills her own baby justifies her milder legal responsibility, in comparison to a common homicide. Every other person but the mother, who causes death of a handicap, incurable or disformed newborn, including a medical doctor, can be charged with homicide as a crime.

V

Regulations set up in the Code of Medical Ethics correspond with regulations of the penal code by naming euthanasia an offence. The code of ethics in the version proclaimed by the National Congress of Medical Doctors on October 20, 2003, constitutes *expressis verbis* that: "a doctor cannot apply euthanasia or help a sick individual in committing a suicide" (Art. 31). At the same time, the code of ethics points out that in terminal conditions a doctor is not obligated to undertake and conduct reanimation, persistent therapy or use extraordinary means (Art. 32.1). Commentaries stress, however, that discontinuance of persistent therapy cannot aim at premature death of a patient. Another regulation of the code of ethics points out that, a decision to cease reanimation belongs to a doctor and relates to an estimate of chances for treatment (Art. 32.2). If the sick is in the terminal condition, the doctor is obligated to make every effort to provide the sick with humanitarian terminal care and decent conditions to die. Also, the code points out that a doctor should, until the end, soften the pain of a sick who is in terminal condition and should sustain, as far as medical conditions permit, the quality of an ending life (Art. 30).

Medical doctors are responsible for actions contradictory to the principles of medical ethics before medical courts. Professional responsibility of medical doctors is independent from penal responsibility for offences or crimes which, at the same time, constitute a breach of the principles of ethics. A medical court may adjudicate a punishment of admonition, rebuke, and suspend the doctor for a period of 3 years, or permanently remove a doctor from practice.

VI

In the publications on euthanasia issued in Poland, a trustworthy number of euthanasia interventions has not been published. Representatives of medical profession state that there is a high chance that in some clinical conditions, particularly in cases of incurable and suffering persons, activities

undertaken may fall into the term euthanasia, although, they are not named as such. Because such surgeries had been considered to be offences or crimes committed by medical doctors, they were not revealed as concrete examples in public statements on the problem of euthanasia. Study results conducted among medical doctors show that every ten doctor declares his or her readiness to participate in euthanasia, if it was considered to be legal in Poland. Results of the Polish public opinion show that the number of people supporting the legality of euthanasia is increasing. Currently, a number of 37 to 50 percent of respondents support euthanasia.

Consequently, Catholic Church in Poland speaks its mind against legalization of euthanasia and against providing help for a suicide, by taking the position defined in encyclical of John Paul II *Evangelium vitae* of 1995. In 2003, Episcopate of Poland stated in its letter directed not only to the Catholics but to the entire medical society, journalists and educators as well, that "the increase of the number of persons permitting an option of euthanasia constitutes an alarming sign «of the culture of death.»"[10]

Polish professional legal literature reflects opinions on euthanasia formulated and widely analyzed in the literature of other countries. It is pointed out, for example, that an evaluation of attitudes towards euthanasia indicate "worldly fluctuation in this matter."[11] At the same time, in Polish discussions, it is postulated to approach the issue of euthanasia without emotions, ideological prejudices and single-sided views in order to focus the attention of the interested on the real will and interests of the person severely touched by suffering, in a terminal state.[12]

Critical of legalization of euthanasia, representatives of the medical profession, point out that euthanasia is an expression of crisis in contemporary medicine and social policy of developed countries. Medical crisis – as it is pointed out – is the result of helplessness in providing care to those who live longer than ever, thanks to progress in medical knowledge. Wide usage of new effective methods of therapy is not accompanied by adequate development of palliative care and development of patient care in terminal conditions. It is pointed out also, that increasing costs of therapy make it available only to some groups of population, while discriminating the elderly and incurable. Also, euthanasia is noted to be an expression of family crisis, because care of an incurable loved one is a psychological and material "excessive burden." A number of hospices for persons in terminal state has been growing in Poland. It includes hospices set up by social organizations and the Church.

[10] In the said letter published by the Conference of the Episcopate of Poland.

[11] K. Poklewski-Koziełł, "O eutanazji w świetle nowych koncepcji prawniczych" [On euthanasia in the light of new legal concepts], *Państwo i Prawo* 1997, No. 1, p. 55.

[12] K. Poklewski-Koziełł, "Postrzeganie eutanazji – prawnicze – medyczne – etyczne" [Perception of euthanasia – legal – medical – ethical], *Państwo i Prawo* 1998, No. 12. p. 98.

VII

A first project of a legal act on euthanasia in Poland was elaborated in November of 2004 as a copyright project prepared by a member of the Senate – higher chamber of Polish Parliament. The project had not been sent for Parliament's discussion. It provided that a doctor does not bear penal responsibility for euthanasia if he performs euthanasia with adherence to detailed, specified procedure.[13] In the justification of the project, reference was made to legal solutions adopted in Holland and Belgium, and raised an argument that legalization of euthanasia could cause elimination of the number of illegal and secretive practices.

In the end, it needs to be said that for the purpose of this report, the word euthanasia in Poland, constitutes an offence, in the meaning of the penal code,[14] while it is hard to determine a scale of the dark number of these offences, that is numerical data on acts that actually took place and have not been disclosed.

There are no current premises to make predictions whether this state of affairs in the area of law is going to change in the future. To legalize euthanasia would require a previous change in the hierarchy of legal goods based on commonly accepted axiology. It is hard to predict today whether, and if, this hierarchy of legal goods, accepted by the Polish society, will change in such a direction as to justify any decisions of the legislature to exclude penal responsibility of a medical doctor for committing an act of euthanasia.

[13] The author of the project, Maria Szyszkowska, postulates that Polish legislator recognizes, a conscious bringing of the life of a human being to the end, as an act of legalized euthanasia, if the human being is severely ill or touched by unbearable suffering both physical and mental. A doctor would not commit a crime if he caused death based on a written request of a person coming of age and fully sound in mind, informed on his or her health condition and prospects towards supporting his or her life. The doctor's decision to perform euthanasia should be proceeded by a consultation with another doctor and executed no sooner than 4 weeks after the request. The project foresees that a minister of health authorizes 10 medical doctors to perform euthanasia in Poland. The doctor performing euthanasia would be bind to fill out a detailed form registering the act of inducing death of a patient. Specially called for, a national control commission, made up of 7 persons would investigate each registration form and check whether an act of euthanasia was conducted according to the legal act. If the commission stated that the statutory conditions of the act of euthanasia had not been adhered to, it would direct the case to the prosecutor offices, which, in turn, would determine whether the doctor had committed a crime.

[14] One of the authors while speaking during a wide and deep discussion on euthanasia in the doctrine of Polish penal law said that the regulations of Art. 150 and 151 of Polish P.C. "provide radical adversaries of euthanasia with the feeling of psychological comfort"; K. Poklewski-Koziełł, "O eutanazji..." [On euthanasia...], p. 50.

Maria Rogacka-Rzewnicka
Docteur en droit

LA NÉGOCIATION DES AVEUX DANS LE PROCÈS PÉNAL POLONAIS

(Les procédures consensuelles et les procédures simplifiées)

I. L'INTRODUCTION

Dans le procès pénal polonais, il y a peu de temps encore, une vue classique était de rigueur qui considérait comme principe le modèle impératif de la résolution des conflits apparaissant dans la sphère du droit pénal. Bien que présentement le conflit entre la victime et l'accusé soit toujours résolu principalement à l'aide des moyens traditionnels, c'est-à-dire par la voie des actions processuelles formalisées qui se suivent les unes les autres, de plus en plus fréquemment les mesures d'un caractère conciliatoire sont utilisés dans la procédure pénale. Cette tendance est d'un côté le fruit de l'efficacité insuffisante de l'administration de la justice basée sur le modèle traditionnel des procédures longues et compliquées et de l'autre elle est le résultat des grands frais financiers que ce modèle génère.

En Pologne la perception du rôle du procès pénal a commencé à changer vers la fin des années quatre-vingt-dix. Aux côtés des défauts du système judiciaire cités ci-dessus qui ont constitué une impulsion importante aux changements il a été considéré que le but du procès pénal devrait consister non seulement en punition de l'affaire, mais aussi en l'extinction du conflit qui a surgi à la suite de la perpétration du délit. Nous avons commencé à voir la victime et à comprendre que ses intérêts devraient être pris en compte dans la procédure en cours. Une importance de plus en plus croissante a été donnée à la conciliation des parties et à la satisfaction des demandes de la victime y compris à la réparation du tort causé par le délit. Dernièrement un phénomène caractéristique vient de se manifester par la tendance « de civiliser » le procès pénal à l'aide de l'incitation du malfaiteur à réparer le tort causé à la suite du délit et à éliminer le conflit apparu à la suite du délit à l'amiable. Cette nouvelle vue des fins du procès pénal signifie le délaissement de la conception classique du droit pénal qui exprime le principe nullum crimen sine poena. Dans la littérature juridique polonaise

il a été souligné qu'un tel changement de la philosophie de punir crée pour le système judiciaire une chance pour éviter les conflits répétés[1].

L'expression de cette approche nouvelle est visible dans les solutions juridiques adoptées dans la loi du 6 juin 1997 – le C.p. (J.O. nº. 88, art. 553 avec les amendements ultérieurs) et dans la loi du 6 juin 1997 – le C.p.p. (J.O. nº. 89, art. 555 avec les amendements ultérieurs).

Il faut noter que la procédure pénale polonaise applique divers modes de la procédure de poursuite des délits et diverses procédures pour leur examen ce qui dépend avant tout du type du délit.

Le système juridique polonais s'appuie traditionnellement sur le principe du légalisme qui est exprimé dans l'art. 10 du C.p.p. Conformément à cette disposition « L'organe désigné pour poursuivre les délits a l'obligation d'initier et de mener la procédure préparatoire et l'accusateur publique a aussi l'obligation de présenter l'accusation et de soutenir l'accusation de l'acte poursuivi d'office (§ 1). A l'exception des cas définis dans la loi ou dans le droit international personne ne peut être libérée de la responsabilité pour le délit commis (§ 2) ». Dans la littérature juridique polonaise l'opinion suivante prédomine, à savoir que le principe du légalisme concerne les délits poursuivis d'office. Cette catégorie couvre le plus grand groupe des délits quant au nombre des délits commis. Les délits qui portent l'atteinte la plus sérieuse aux intérêts et au bien publiques ou individuels sont poursuivis d'office.

Une catégorie à part dans le droit polonais est constituée par les actes poursuivis à la demande de la victime. Cette procédure est appropriée pour les délits tels que par exemple le viol (art. 205 du C.p.), la dérobade devant l'obligation de payer la pension alimentaire (art. 209 § 2 du C.p.), dommages causés aux biens (art. 288 § 4 du C.p.), fraude au détriment de la personne la plus proche (art. 286 § 4 du C.p.). Conformément à l'art. 12 § 1 du C.p.p. dans les affaires concernant les délits poursuivis à la demande de la victime à partir du moment de la présentation de la demande la procédure se déroule d'office selon les principes appliqués en cas des délits poursuivis selon le mode de plainte publique. L'obligation de poursuite s'étend à tous les auteurs du délit bien que la demande ne les indique pas par leurs noms. La demande peut être retirée par la victime à ceci près que dans la procédure préparatoire le consentement du procureur est requis et dans la procédure judiciaire au plus tard jusqu'au commencement du procès (la lecture de l'acte d'accusation) le consentement du tribunal est requis. La possibilité du retrait de la demande a été exclue dans les cas de viol. Conformément à l'art. 12 § 3 du C.p.p., dernière phrase, la demande qui a été retirée une fois de manière valable ne peut pas être présentée une deuxième fois.

[1] S. Waltoś, « Nouvelles institutions dans le Code de procédure pénale de 1997 », *L'Etat et le Droit* 1997, nº 8, p. 27.

Le troisième mode de procédure de poursuite qui existe dans le droit polonais est la poursuite sur la base de l'accusation privée. Ce mode est appliqué dans les affaires concernant des petites contraventions qui lèsent seulement des intérêts individuels des victimes. Sur la base de l'accusation privée les délits suivants sont entre autres poursuivis : la diffamation (art. 212 § 4 du C.p.), lésion corporelle involontaire d'un caractère léger (art. 157 § 4 en relation avec § 3 du C.p.), l'insulte et l'affront (art. 216 § 5 du C.p.), l'atteinte à l'inviolabilité du corps (art. 217 § 3 du C.p.), dérobade devant l'obligation de publier une rectification ou une réponse ou leur publication contrairement aux conditions définies dans la loi quand la victime est une personne physique (art. 46 alinéa 2 de la loi – droit sur la presse). Conformément à l'art. 59 alinéa 1 du C.p.p. la victime en qualité de l'accusateur privé peut demander et supporter l'accusation de perpétration de délits poursuivis sur la base de l'accusation privée. Il faut souligner que sur la base de l'art. 60 § 1 du C.p.p. dans les affaires concernant les délits poursuivis sur la base de l'accusation privée le procureur initie la procédure ou se joint à une procédure déjà initiée si l'intérêt social l'exige. L'égard pour l'intérêt social – conformément au principe du légalisme – signifie le devoir de l'ingérence du procureur dans une procédure ayant la nature de plainte privée au moyen de son initiation ou de l'adhésion à une procédure initiée préalablement par la victime. Dans un tel cas le procès se déroule d'office et l'accusateur privé devient l'accusateur auxiliaire agissant aux côtés de l'accusateur public. Les dispositions du C.p.p. ne précisent pas les cas qui en tant que cas entrant dans le cadre de la notion de « l'intérêt public » justifient l'inclusion du procureur dans une affaire mineure par hypothèse. Il est présupposé dans la littérature juridique et dans la jurisprudence qu'il s'agît des situations dans lesquelles la victime est une personne âgée, sans défense et que l'acte de l'auteur a une implication sociale. A chaque fois une approche individuelle est exigée dans l'évaluation de la légitimité de l'entrée du procureur dans la procédure ayant la nature d'une plainte privée.

II. L'ORGANISATION DE LA PROCÉDURE DANS LES AFFAIRES PÉNALES CONCERNANT DES DÉLITS GRAVES

L'affectation dans le C.p. des délits particuliers aux modes définis de poursuite a des implications directes dans la différentiation des principes et des conditions de la conduite de la procédure pénale. Une différentiation plus poussée des procédures a lieu dans le cadre de la poursuite d'office et elle est étroitement liée à la gravité (au type) de l'acte soumis à la poursuite selon ce mode de procédure. Au commencement j'aimerais présenter les

solutions les plus importantes qui se rapportent au mode de poursuite dans les affaires ayant la nature de plainte privée. La procédure dans les affaires sujettes à ce mode de poursuite, c'est à dire dans le cas de délits les plus insignifiants, est initiée sur la base de l'acte d'accusation présenté par la victime. La loi ne formule pas d'exigences particulières pour l'acte d'accusation privé. Il suffit que cet acte privé indique la personne de l'accusé, l'acte dont il est accusé et les preuves pour soutenir l'accusation (art. 487 du C.p.c.) et qu'il corresponde aux exigences formelles définies à l'art. 119 du C.p.p. formulées pour toute pièce du procès. Un tel acte d'accusation peut être présenté directement au tribunal ayant compétence locale pour le lieu du délit soit oralement soit sous la forme d'une plainte écrite ou à la Police qui transmet ensuite l'affaire au tribunal compétent (art. 488 § 1 du C.p.p.). La plainte – indépendamment du moyen par lequel cette plainte arrive au tribunal – exige le lancement de la procédure. Le tribunal ne peut pas refuser de commencer la procédure étant donné que cette décision est réservée uniquement dans la procédure préparatoire. Cependant dans les affaires ayant la nature de plainte privée la phase de la procédure préparatoire n'existe pas. Une telle procédure est engagée par le seul fait que la victime ait porté plainte. Cependant cette procédure peut être terminée pour des raisons ayant la nature d'obstacles processuels généraux dans le droit polonais. Des tels obstacles incluent par exemple la prescription de la punissabilité de la poursuite[2], l'immunité dévolue à l'accusé qui n'a pas été levée, l'infime nocivité sociale de l'acte, la déposition de la plainte par une personne qui n'est pas la victime. Le non-lieu de la procédure peut apparaître tant durant la phase avant l'audience qu'au cours de l'audience. Comme il a été déjà dit auparavant l'étape de la procédure préparatoire n'apparaît pas dans la procédure ayant la nature de plainte privée, néanmoins le tribunal peut ordonner à la Police de procéder à des actions définies auxquelles des dispositions appropriées, à savoir les dispositions sur l'enquête dans une étendue indispensable dans les affaires urgentes (art. 488 § 2 du C.p.c.), s'appliquent. La présence des moyens juridiques conciliatoires est caractéristique dans les affaires basées sur l'accusation privée. L'audience est précédée par une réunion conciliatoire ayant pour but de terminer à l'amiable une affaire pénale et le non-lieu de la procédure (art. 492 § 1 du C.p.p.). Les parties peuvent passer un compromis dont l'objet consiste en réclamations qui existent en relation avec l'accusation. Le déroulement de la procédure conciliatoire et les arrangements qui sont faits durant cette phase sont documentés par un procès-verbal. Le compromis passé constitue un

[2] Conformément à l' art. 101 § 2 du C.p. la punissabilité d'un délit poursuivi sur la base d'une accusation privée cesse au moment de l'écoulement d'un année comptée à partir du moment où la victime a appris l'identité de l'auteur du délit, pas plus tard cependant qu'au moment de l'écoulement de trois ans depuis sa perpétration.

titre exécutoire qui après l'attribution de la clause exécutoire par le tribunal devient l'objet de l'exécution. Conformément au nouvel état juridique l'affaire peut être envoyée non pas à la réunion conciliatoire, mais à la procédure de médiation. A la demande des parties ou d'office, mais après avoir obtenu l'acceptation des parties, le tribunal peut leur fixer un délai approprié pour mener les négociations. La procédure de médiation se déroule devant une institution ou devant une personne digne de confiance et elle se termine par la présentation d'un rapport sur son déroulement et sur ses résultats au tribunal (art. 23a en relation avec l'art. 489 § 2 du C.p.p.). La conciliation qui mène au non-lieu de la procédure doit avoir lieu en fin de compte devant le tribunal. De même tous les arrangements relatifs aux conditions du compromis, qui inclut l'accord sur la réparation du tort ou sur une autre compensation des pertes causées par le délit, doivent être mis par écrit devant le tribunal sous la forme d'un procès-verbal. Seulement dans ce cas-là ils constituent la base de l'exécution. L'impossibilité d'arriver à la réconciliation des parties soit au cours de la réunion conciliatoire, soit dans le cadre de la réunion de médiation fait que l'affaire est renvoyée en audience. A cette étape la conciliation est aussi le moyen préféré par le législateur de terminer l'affaire (art. 499 du C.p.p.) et si la conciliation des parties a lieu, la procédure pénale cesse.

La manière de procéder durant l'audience n'est pas particulièrement formalisée. Quant au principe les affaires basées sur l'accusation privée sont examinés par le tribunal consistant d'un juge à l'exception des affaires portant sur la diffamation (art. 212 du C.p.) pour lesquelles la composition du tribunal de trois personnes (un juge et deux assesseurs) est de rigueur. La participation de l'accusé à l'audience n'est pas obligatoire. En cas de non-comparution injustifiée de l'accusé le tribunal peut prononcer le jugement par contumace. Dans la procédure ayant la nature de plainte privée il n'y a comme dans la procédure ayant la nature de plainte publique ni phases définies de l'audience ni formalisme tellement caractéristique de ce mode de procédure.

En marge il vaut la peine de mentionner une institution nouvelle dans le droit polonais, à savoir celle de l'accusation réciproque. Son essence consiste en droit de l'accusé de présenter jusqu'au moment du commencement de la procédure judiciaire pendant l'audience principale un acte d'accusation réciproque contre l'accusateur privé d'un acte lui aussi poursuivi sur la base de l'accusation privée et qui reste en rapport avec l'acte dont cet accusé est accusé. Dans un tel cas les deux affaires sont examinées ensemble au cours d'une même procédure (art. 497 § 1 du C.p.p.). L'accusation réciproque n'est cependent pas admissible si le procureur en raison de l'intérêt social important a initié une procédure ou s'est joint à une procédure commencée antérieurement sur la base de l'accusation privée.

En tenant compte de que l'étendue des affaires examinées selon le mode de procédure ayant la nature de plainte privée est petite et en tenant compte aussi d'une tendance perceptible à limiter ce mode de procédure en raison du transfert de certains délits pour les poursuivre selon d'autres modes de procédure[3] il faut constater que ce type de procédure a une importance marginale dans le procès pénal polonais.

Dans les affaires portant sur des délits poursuivis d'office l'organisation de la procédure pénale dépend généralement de la gravité de l'acte faisant objet de l'examen, mais d'autres facteurs définis dans la loi influent aussi sur le mode de procédure. Le mode de procéder à l'étape de la procédure préparatoire est décidé par la réponse à la question si la forme appropriée de conduire la procédure préparatoire est celle de l'enquête ou celle de l'instruction. Cette qualification décide ensuite du mode approprié pour examiner l'affaire devant le tribunal. A cette étape l'affaire peut être examinée selon le mode ordinaire, selon le mode simplifié ou selon le mode d'injonction. Ces modes sont appropriés d'une manière adéquate pour les actes constituant des délits, c'est-à-dire des crimes ou des contraventions[4].

Les actes inclus dans la catégorie des contraventions sont examinés selon une procédure spéciale définie dans le C.p.p. dans les affaires portant sur les contraventions. Conformément à l'art. 1 § 1 du C.p.p. dans les affaires portant sur les contraventions seulement celui qui commet un acte socialement nocif interdit par la loi en vigueur au moment de sa perpétration sous peine d'arrestation, de limitation de la liberté, d'amende jusqu'au montant de 5000 PLN (1250 euros environ) ou de réprimande est assujetti à la responsabilité.

Dans le droit polonais la procédure préparatoire dans les affaires portant sur les délits est menée sous la forme de l'enquête ou de l'investigation.

Conformément à l'art. 309 du C.p.p. l'enquête est obligatoire en cas de :

1) crimes ;

2) contraventions quand le suspect est un juge, un procureur, un fonctionnaire de Police, de l'Agence de la Sécurité Interne ou de l'Agence des Services Secrets et de Renseignement ;

[3] De la catégorie de la nature de la plainte privée le C.p. de 1997 a éliminé des délits qui avaient été soumis à ce mode de procédure dans le C.p. de 1969, tels que la violation de la paix du foyer qui est maintenant poursuivie par une plainte publique (art. 193 du C.p.) et la violation du secret de la correspondance qui est présentement transférée à la poursuite à la demande (art. 267 du C.p.).

[4] Conformément à l'art. 7 du C.p. un crime est un acte défendu qui est passible de peine de privation de liberté pour une période de temps qui n'est pas plus courte que trois ans ou d'une peine plus sévère (§ 2), une contravention est un acte défendu passible d'une amende dépassant trente taux journaliers, d'une peine de limitation de liberté ou d'une peine de privation de liberté qui dépasse un mois (§ 3).

3) contraventions quand le suspect est un fonctionnaire de la Garde des Frontières, de la Gendarmerie Militaire, des organes financiers d'investigation ou des organes supérieurs des organes financiers d'investigation en ce qui concerne les affaires appartenant au champs de compétence de ces organes ou en ce qui concerne les contraventions commises par ces fonctionnaires en relation avec l'exercice de leurs fonctions officielles ;

4) contraventions par rapport auxquelles l'investigation n'est pas menée ;

5) contraventions par rapport auxquelles l'investigation est menée si le procureur le décide en raison de l'importance ou de la complexité de l'affaire.

Par contre l'investigation est menée conformément à l'art. 325b § 1 du C.p.p. dans les affaires concernant les délits qui entrent dans la compétence du tribunal de district et :

1) qui sont passibles d'une peine qui ne dépasse pas cinq ans de privation de liberté avec la réserve qu'en cas de délit contre les biens seulement si la valeur de l'objet du délit ou du dommage causé ou du dommage qui menace ne dépasse pas 50 000 PLN (c'est-à-dire environ 12 500 euros) ;

2) qui sont prévus à l'art. 159 du C.p. (bagarre ainsi que coups et blessures) et à l'art. 262 § 2 du C.p. (vol sur un cadavre, sur une tombe ou sur autre lieu du repos du défunt) ;

3) qui sont prévus à l'art. 279 § 1 du C.p. (vol avec effraction), à l'art. 286 § 1 et § 2 du C.p. (fraude, le fait de forcer quelqu'un à payer une rançon) et à l'art. 289 § 2 du C.p. (vol d'un véhicule d'une valeur considérable afin de l'utiliser pendant peu de temps combiné avec le forcement des serrures de sécurité ou avec l'abandon du véhicule dans un état endommagé) si la valeur de l'objet du délit ou du dommage causé ou du dommage qui menace ne dépasse pas 50 000 PLN (c'est-à-dire environ 12 500 euros).

Il faut ajouter que parmi les affaires portant sur les délits mentionnés à l'art. 325b § 1 point 1 du C.p.p. l'investigation n'est pas réalisée en cas de délits énumératifs mentionnés à l'art. 325b § 2 du C.p.p., il s'agît entre autres de la mort occasionnée involontairement (art. 155 du C.p.), d'une lésion corporelle causée à un enfant conçu (art. 157a § 1 du C.p.), de la provocation involontaire du danger public (art. 165 § 2 du C.p.).

L'initiation de la procédure pénale sous une des formes mentionnées ci-dessus a lieu s'il existe un soupçon justifié de la perpétration du délit. En pratique il arrive assez fréquemment que l'organe des poursuites au moment d'obtenir l'information sur la perpétration d'un délit (le plus souvent à la suite de la notification par la victime) ne dispose pas de certitude suffisante quant à l'existence d'une base pour pouvoir ouvrir la procédure. Dans cette situation il est possible d'effectuer ce qu'on appelle des actions de vérification (art. 307 du C.p.c.) qui cependant ne constituent pas une forme de procédure préparatoire. Les actions de vérification sont effectuées en général par la

Police et elles consistent en conversations, en questions sur la notification du délit, en observations, etc. Elles n'ont pas de caractère d'actions processuelles et de même les preuves qu'elles permettent d'obtenir ne sont pas introduites directement dans le procès en raison du manque de force probante dans la procédure pénale. Ainsi dans le droit polonais les actions effectuées avant l'ouverture formelle de la procédure n'ont pas de valeur processuelle à l'exception de la notification du délit et de l'interrogatoire en qualité de témoin de la personne qui notifie et d'un procès-verbal qui est dressé pour décrire ces actions. Cependant en général les actions de vérification avant l'ouverture du procès bien qu'elles n'aient pas de caractère processuel sont prévues par le C.p.p.p. Dans ce sens il n'est pas possible de dire que ce sont des actions informelles. Il faut les différencier des actions opérationnelles réalisées par la Police, c'est-à-dire de la surveillance des milieux criminels, des confidents de la Police, de l'achat contrôlé, etc. qui servent à démonter les groupes criminels afin d'ouvrir une procédure pénale contre leurs membres.

Dans le droit polonais l'obligation de prouver la culpabilité de l'auteur du délit est celle de l'accusateur. En fonction du mode de procédure l'accusateur est soit l'accusateur publique, soit l'accusateur privé. Le droit d'accuser est assigné aussi à l'accusateur auxiliaire qui agit aux côtés ou à la place du procureur de la République. Dans le premier cas il est défini dans la doctrine par la désignation de l'accusateur auxiliaire secondaire et dans le second cas il est désigné comme l'accusateur auxiliaire subsidiaire. Dans les deux cas ce sujet est la victime. Cet accusateur peut faire une déclaration qu'il agira dans le procès aux côtés de l'accusateur publique et qu'en cette qualité il supportera l'accusation principale. Il a le statut de partie dans le procès et le droit qui y est associé à la participation active à la procédure qui consiste en droit de participer à toutes les actions, de présenter des motions demandant l'admission des preuves, de poser des questions à l'accusé, de déposer des plaintes contre les décisions judiciaires, etc. Le C.p.p. de 1997 a introduit une nouvelle institution dans le droit polonais sous la forme de l'accusateur auxiliaire subsidiaire. La victime du délit poursuivi sur la base d'une accusation publique peut arriver elle-même à faire initier la procédure devant le tribunal dans une situation dans laquelle le procureur refuse d'ouvrir la procédure ou fait cesser la procédure dans sa phase préparatoire. Jusqu'au moment de l'entrée en vigueur du C.p.p. 1997, c'est-à-dire jusqu'au 1 septembre 1998, la victime n'avait pas de possibilité de contrarier les décisions malgré sa conviction personnelle que ces décisions enfreignaient ses droits. La possibilité de pouvoir soumettre un acte d'accusation privé dans une affaire poursuivie d'office dans une situation dans laquelle le procureur est passif est cependant entourée par des exigences sérieuses. En relation avec l'art. 55 § 1 et avec l'art. 306 du

C.p.p. la victime a l'obligation de soumettre une plainte contre la décision procédurale du procureur sur le refus ou sur le non-lieu de la procédure au procureur supérieur. Si le procureur supérieur ne trouve pas de fondements pour son annulation en considérant que la décision du procureur subordonné est justifiée, il a l'obligation de transmettre l'affaire au tribunal. Si le tribunal considère le bien fondé de la plainte de la victime, il annule les décisions de ces deux procureurs et il renvoie l'affaire au procureur pour qu'il l'examine de nouveau. Le procureur peut se prononcer en faveur de l'opinion du tribunal, mais il peut également ne pas être d'accord avec cette opinion et il peut refuser une deuxième fois l'ouverture de la procédure ou la faire cesser une deuxième fois. La victime a de nouveau le droit de porter plainte contre une telle décision au procureur supérieur. Si le procureur supérieur de nouveau ne se prononce pas en faveur du point de vue de la victime, ce n'est qu'à ce moment-là que le droit de la victime de pouvoir présenter son propre acte d'accusation au tribunal apparaît. Une exigence additionnelle consiste en ce que cet acte d'accusation doit être formulé et signé par un avocat, puisque cette action est couverte par ce qu'on appelle « l'obligation de la représentation par l'avocat ». La complexité de cette procédure fait qu'en pratique les cas de la soumission d'actes d'accusation privés dans les affaires initiées d'office sont très rares, mais le trait positif de cette solution consiste en possibilité de pouvoir parier à l'opportunisme du procureur. Bien que formellement le principe du légalisme soit en vigueur en Pologne, une des prémisses du refus d'ouvrir la procédure ou du non-lieu de la procédure, à savoir la nocivité sociale insignifiante a les traits d'une évaluation, ce qui fait qu'elle peut devenir la base d'un opportunisme qui se place en dehors de la loi. Pour cette raison l'existence en Pologne de la plainte subsidiaire est d'un côté un moyen pour parier à l'opportunisme des procureurs et d'un autre côté elle constitue une forme d'appréciation du rôle de la victime dans le procès pénal. Il y a encore peu de temps la victime ne se trouvait pas dans la zone de l'intérêt du législateur. Présentement cette attitude a changé de manière importante. La victime a obtenu une position égale en importance à celle de l'accusé. La victime a aussi des vastes possibilités de récompense du dommage et du tort causés par le délit. Le changement de cette attitude est devenu la cause directe du développement des moyens consensuels pour terminer la procédure pénale.

Indépendamment du fait si la victime apparaît en qualité de l'accusateur auxiliaire secondaire ou de l'accusateur auxiliaire subsidiaire, la victime n'est pas chargée de l'obligation de mener l'enquête formelle. Elle apparaît dans ce rôle devant le tribunal et tous les droits et devoirs qui y sont liés se rapportent à l'étape de la procédure juridique. La victime possède sa pleine indépendance puisqu'elle apparaît dans la procédure judiciaire comme une partie processuelle indépendante.

III. LA RECONNAISSANCE DE LA CULPABILITÉ

Dans le droit polonais l'aveu de sa culpabilité par l'accusé est traité formellement comme toute autre preuve. L'organe processuel a l'obligation d'établir si l'aveu de la culpabilité peut être confirmé par d'autres preuves produites. En aucun cas l'aveu de la culpabilité n'est pas une prémisse indépendante de l'application des institutions juridiques précises. L'application de certaines mesures dépend de la détermination du fait si les circonstances de l'acte n'éveillent pas de doutes. Cette exigence – aux côtés d'autres exigences indiquées dans les dispositions – constitue par exemple le fondement pour l'application du non-lieu conditionnel de la procédure (art. 66 du C.p.), pour la condamnation sans tenir d'audience (art. 335 du C.p.p.), de la auto-soumission volontaire de l'auteur à la prise de responsabilité (art. 387 du C.p.p.), de la condamnation par un jugement sous forme d'injonction (art. 500 § 3 du C.p.p.). Dans la littérature juridique il est reconnu, ce qui sera encore discuté plus loin, que la condition de l'établissement du fait que les circonstances de l'acte n'éveillent pas de doutes consiste tant en l'aveu de l'accusé de sa culpabilité qu'en manque de cet aveu. La reconnaissance de sa culpabilité peut résulter de l'état de dépression de l'accusé, du souhait de terminer le procès ou des raisons irrationnelles diverses. D'un autre côté le manque de l'aveu peut être le résultat de la ligne de défense adoptée. Ainsi tant l'aveu de la culpabilité lui-même que le refus de l'aveu constituent une circonstance ayant la nature de preuve qui est confrontée aux autres preuves. L'accusé a le droit d'avouer sa culpabilité, mais comme il a été souligné plus haut l'aveu est une des preuves qui est soumise à une évaluation libre au même titre que les autres preuves. Sur la base de l'art. 60 § 3 du C.p. le tribunal applique une atténuation exceptionnelle de la peine et il peut même suspendre de manière conditionnelle son exécution à l'égard de l'auteur qui a coopéré avec d'autres personnes dans la perpétration du délit s'il révèle les informations relatives aux personnes ayant participé à la perpétration du délit ainsi que les circonstances pertinentes de sa perpétration à l'organe des poursuites des délits.

Facultativement le tribunal peut appliquer ces mesures si l'auteur du délit, indépendamment et en plus des explications données dans son cas, devant l'organe des poursuites pénales révèle et présente les circonstances pertinentes du délit passible d'une peine de privation de liberté de plus de cinq ans qui jusqu'à ce moment-là étaient inconnues à cet organe (art. 60 § 3 du C.p.). Dans la littérature juridique les doutes sont éveillés par le problème de l'admissibilité de l'application de l'institution des accords pénaux processuels dans une situation dans laquelle l'accusé n'avoue pas sa culpabilité. Certains auteurs contestent cette possibilité[5]. Les autres par contre l'admettent[6]. En ce qui me concerne je pense que le défaut des régulations tant de l'art. 335 comme de l'art. 387 du C.p.c. consiste en manque d'une disposition expresse sur la nécessité de que l'accusé avoue sa culpabilité.

En plus l'aveu, si son authenticité n'éveille pas de doutes, peut être considéré comme une circonstance qui influence la sévérité de la peine. L'aveu de la culpabilité peut être un élément de l'évaluation du comportement de l'auteur du délit après la perpétration du délit ce qui cause une sévérité moindre de la peine ou un traitement plus indulgent par une autre mesure.

Comme il a été dit préalablement les formes de procédure préparatoire consistent en enquête et en investigation. En plus du critère présenté plus haut qui détermine le choix d'une de ces formes-là pour les affaires, l'élément qui les différencie est constitué par les entités autorisées à agir dans chacune de ces formes de procédure.

Conformément à l'art. 298 du C.p.p. la procédure préparatoire est dirigée par un procureur et dans l'étendue prévue par la loi par la Police. Dans les cas prévus dans la loi les compétences de la Police sont attribuées aussi à d'autres organes (p.ex. à la Garde des Frontières, à l'Agence de la Sécurité Intérieure et aux organes financiers de décision).

Le procureur mène toujours l'enquête dans les cas définis à l'art. 309 points 2 et 3 du C.p.p., c'est-à-dire les cas qui concernent les contraventions quand le suspect est un juge, un procureur, un fonctionnaire de la Police, un fonctionnaire de l'Agence de la Sécurité Intérieure ou de l'Agence des Services Secrets et de Renseignement, un fonctionnaire de la Garde des Frontières, un fonctionnaire de la Gendarmerie Militaire, un fonctionnaire des organes financiers d'investigation. Le procureur peut ouvrir une enquête dans toute affaire et à l'exception des affaires dans lesquelles en raison des suspects le procureur doit personnellement mener la procédure préparatoire, il peut transmettre la procédure à la Police. Dans ce domaine le principe suivant est en vigueur : la Police mène l'enquête si l'enquête n'est pas menée par le procureur. Selon les solutions juridiques les plus récentes la

[5] E. Kruk, *L'institution de la condamnation sans tenir d'audience*, dans: S. Stachowiak (rédacteur) *Le procès pénal contemporain polonais. Le livre offert au professeur Tadeusz Nowak*, réd. S. Stachowiak, Poznań 2002, p. 282; A. Zachuta, « Le procès pénal raccourci », *Palestra* 2000, n° 7–8, art. 65; R. Kmiecik, « Sur le jugement sans audience et sur les autres institutions pénales processuelles », *Le Parquet* 2000, n° 3, p. 15).

[6] T. Kozioł, « Le principe in dubbio pro reo par opposition au manque des doutes sur les circonstances de la perpétration du délit en tant que prémisse du non-lieu de la procédure pénale », *Przegląd Sądowy* [La revue des tribunaux] 2002, n° 11–12, p. 159; P. Rogoziński, « L'acceptation volontaire par l'accusé de la responsabilité pénale », *L'Etat et le Droit* 2000, n° 9, p. 55; similairement la Cour Suprême dans sa résolution en date du 29 janvier 1971, publication OSNKW 1971, n° 31, art. 33).

Police a le droit de mener les enquêtes à l'exception des cas indiqués à l'art. 309 points 2 et 3 du C.p.p. Le procureur peut cependant faire la réserve qu'il effectuera personnellement des actions précisées de l'enquête menée par la Police.

L'organe principal qui mène l'investigation est la Police. Comme il a été dit plus haut les compétences de la Police dans les cas prévus dans la loi appartiennent à la Garde des Frontières et à l'Agence de la Sécurité Intérieure. D'autres entités disposent de leurs compétences sur la base de l'Arrêté du Ministre de la Justice du 13 juin 2003 (ce sont p.ex. les organes de l'Inspection Commerciale, de l'Inspection Sanitaire de l'Etat, les bureaux fiscaux) ou sur la base des lois particulières (comme par exemple La Garde Forestière des Forêts de l'Etat, les organes des parcs nationaux).

Dans la procédure préparatoire le suspect dispose de multiples droits, y compris du droit à la défense. Dans le cadre de ce droit il peut se comporter passivement, silencieusement durant tout le procès. Avant le premier interrogatoire il faut instruire le suspect de ses droits, à savoir du droit à donner des explications, du droit du refus d'explications ou du droit du refus de réponse aux questions, du droit de présenter des demandes d'effectuer des actions qui appartiennent à l'enquête ou à l'investigation, du droit d'utiliser l'assistance du défenseur, du droit de pouvoir prendre connaissance des matériaux de la procédure à sa fin et d'autres droits. Conformément à l'art. 301 du C.p.p. il faut interroger le suspect quand il l'exige avec la participation du défenseur nommé dont la non-comparution n'empêche pas l'interrogatoire.

Dans le cas où l'organe des poursuites aurait négligé l'obligation d'informer le suspect des droits dont il est investi, il est inadmissible d'en faire découler des effets négatifs quelconques pour le suspect. Il vaut la peine d'ajouter que l'instruction sur ses droits est donnée au suspect par écrit ce dont il accuse la réception aussi par écrit (art. 300 phrase 2 du C.p.p.).

La participation du défenseur à l'interrogatoire du suspect n'est pas obligatoire. Pour cette raison si le défenseur ne vient pas à l'interrogatoire après notification préalable de la date de l'interrogatoire, cette action peut se dérouler et elle garde son plein effet.

Comme il a été déjà dit l'aveu constitue une des preuves. Le droit polonais n'exige pas que l'aveu soit fait en présence de l'avocat.

Aussi il n'existe pas de possibilité juridique d'obtenir par force l'aveu au moyen de proposer la libération de l'emprisonnement et l'allégement de la peine, etc. Conformément à l'art. 171 § 5 du C.p.p. il est inadmissible d'influer sur la teneur des déclarations de la personne interrogée et d'appliquer l'hypnose ou des substances chimiques ou des techniques qui influencent les processus psychiques de la personne interrogée ou qui ont pour but de contrôler les réactions inconscientes de l'organisme en relation avec l'interrogatoire.

Conformément à l'art. 322 § 1 du C.p.p. si la procédure n'a pas fourni de fondements pour présenter l'acte d'accusation au tribunal, l'enquête cesse. L'évaluation du bien fondé de la présentation de l'acte d'accusation appartient en fin de compte au procureur, parce que l'acte d'accusation dressé par la Police dans le cadre de l'investigation exige l'approbation du procureur. C'est aussi le procureur qui présente toujours l'acte d'accusation au tribunal. A l'étape de la présentation de l'accusation au tribunal le procureur est seul autorisé à faire l'évaluation finale des fondements pour effectuer cette action. Après l'arrivée au tribunal l'acte d'accusation est examiné non seulement du point de vue formel, mais aussi du point de vue du bien fondé de sa substance. Avant l'audience le tribunal peut renvoyer l'acte d'accusation au procureur en raison des défauts formels, le tribunal peut aussi faire cesser la procédure en raison du manque évident des fondements réels de l'accusation ou en raison de l'apparition d'obstacles processuels mentionnés à l'art. 17 § 1 point 2–11 du C.p.p. (p.ex. la prescription, la mort de l'accusé, l'abolition, la non-passibilité de peine).

La victime, conformément à l'art. 316 § 1 du C.p.p., a le droit de participer aux actions de l'enquête qui ne pourront pas être répétées pendant l'audience à moins que le danger de la perte ou de la déformation de la preuve en cas de délai n'apparaisse. A la demande de l'accusé il faut aussi l'admettre à participer à d'autres actions de l'enquête, mais dans des cas particulièrement justifiés le procureur peut refuser l'admission de l'accusé à participer à une telle action en raison de l'intérêt important de l'enquête (art. 317 § 1 et § 2 du C.p.p.). Dans la procédure préparatoire l'organe qui mène la procédure décide de l'admission à la participation de la victime à ses actions. En principe la victime ne participe pas à la phase qui précède directement la présentation de l'acte d'accusation au tribunal.

Après la présentation de l'acte d'accusation au tribunal, mais avant l'audience, à l'étape de la préparation pour l'audience principale le fait si la victime se soit décidée à comparaître en qualité de partie à la procédure judiciaire (c'est-à-dire comme accusateur auxiliaire ou comme partie civile) ou si la victime se soit décidée à comparaître dans le procès seulement comme victime, décide du statut processuel de la victime. Dans le premier cas la victime a le droit à la participation à la réunion du tribunal avant l'audience durant laquelle le problème de l'application des mesures de sûreté, du non-lieu conditionnel de la procédure, de la condamnation avant la tenue de l'audience, du non-lieu de la procédure sur la base de l'art. 17 § 1 points 2–11 du C.p.p. en raison du manque évident des fondements de l'accusation et de la prise de la décision sur la détention préventive ou d'une autre mesure de coercition seront examinés. Par contre si la victime ne veut pas comparaître dans le procès comme son participant actif en qualité de partie, la victime a seulement le droit de participer à la réunion avant l'audience en ce qui concerne le problème du non-lieu conditionnel de la procédure.

La victime n'a pas de possibilité de mettre en doute l'acte d'accusation présenté comme un acte incomplet ou inadéquat par rapport à la situation apparue. Dans la procédure devant le tribunal la victime a une telle possibilité, mais seulement dans le cas où elle comparaît en qualité d'accusateur auxiliaire ou en qualité de partie civile. En ce cas-là la victime a le droit d'initiative en matière de preuves, de se prononcer sur toute matière et de porter plainte contre les décisions judiciaires, elle peut mettre en doute l'accusation formulée par le procureur.

La victime peut présenter sa propre accusation seulement dans la situation décrite ci-dessus sur la base de l'art. 55 en relation avec l'art. 306 du C.p.p.

Malgré l'importance dominante du principe du légalisme, des institutions d'une nature opportuniste apparaissent dans le procès pénal polonais. Les dérogations suivantes au principe du légalisme existent[7] :

1) le non-lieu absorptif (conformément à l'art. 11 du C.p.p. la procédure concernant une contravention passible de peine de privation de liberté jusqu'à cinq ans peut être annulée si la décision judiciaire à l'égard de l'accusé serait évidemment sans but en raison du type et de la sévérité de la peine décidée, qui a la force de la chose jugée, pour un autre délit et si l'intérêt de la victime ne s'y oppose pas) ;

2) la constatation de l'insignifiance de la nocivité sociale de l'acte (art. 1 § 2 du C.p.) ;

3) l'institution du non-lieu conditionnel de la procédure (art. 66–68 du C.p.) ;

4) l'institution du témoin principal prévue dans la loi du 26 juin 1997 (J.O. n° 114, art. 738 avec amendements) ;

5) les immunités des personnes qui font partie des représentations diplomatiques et des postes consulaires (art. 578 et 579 du C.p.p.) ;

6 l'immunité matérielle à laquelle les députés au Parlement ont droit dans le domaine de l'activité relative à l'exercice du mandat de député ou de sénateur (art. 105 et 108 de la Constitution de la République de Pologne) ;

7) le refus d'ouvrir une procédure ou le non-lieu d'une procédure contre un mineur décidé par un juge pour la famille quand la décision judiciaire sur les mesures éducatives ou correctionnelles est sans but, en particulier en raison des mesures déjà décidées dans une autre affaire.

[7] J. Grajewski, L. Paprzycki, M. Płachta, *Le Code de Procédure Pénale. Commentaires de la maison d' éditions Zakamycze*, vol. 1, Cracovie 2003, p. 59. Il faut remarquer que dans la littérature juridique il n'existe pas d'unanimité sur la considération de certaines institutions comme des exceptions au principe du légalisme. Voir S. Waltoś, *Le Procès Pénal. L'esquisse du système*, Varsovie 2002; T. Grzegorczyk, *Le Code de Procédure Pénale. Commentaires de la maison d'éditions Zakamycze*, vol. 1, Cracovie 2003, p. 58.

Conformément au principe du légalisme qui prédomine en Pologne l'organe créé pour poursuivre les délits est obligé d'ouvrir et de mener la procédure préparatoire et l'accusateur publique est aussi obligé à présenter et à supporter l'acte d'accusation d'un acte poursuivi d'office (art. 10 § 1 du C.p.p.). Dans le droit polonais le principe accusatoire est en vigueur ce qui signifie que l'ouverture de la procédure judiciaire a lieu à la demande d'un accusateur compétent ou d'une autre entité compétente. Malgré la présentation de l'acte d'accusation, l'accusateur peut renoncer à l'accusation en cas par exemple de la considération que les preuves de la culpabilité ne sont pas suffisantes. Il faut souligner cependant que conformément à l'art. 14 § 2 du C.p.p. le renoncement de l'accusateur public à l'accusation ne lie pas le tribunal. Il s'agit de la décision souveraine de l'entité qui présente l'accusation et personne ne peut la bloquer. En parallèle à cela le statut processuel de la victime ne change pas. La victime en agissant en tant que partie ou seulement comme victime garde tous les droits définis dans le Code. Dans le droit polonais différemment du système du common law, le tribunal est chargé de l'obligation de prouver au sens matériel. Malgré le renoncement du procureur à l'accusation le tribunal a l'obligation de continuer le procès. Il peut faire cesser le procès, mais il peut aussi malgré le manque de la participation active de l'accusateur prononcer un jugement de condamnation.

IV. L'ORGANISATION DE LA PROCÉDURE PÉNALE EN CAS DES PETITS DÉLITS

Dans les affaires qui concernent des délits plus petits qui entrent dans le cadre de la compétence des tribunaux de district qui sont les tribunaux du niveau le plus bas dans la hiérarchie de notre administration de la justice, la forme appropriée de la procédure préparatoire consiste en investigation. L'investigation diffère considérablement par le niveau du formalisme de l'enquête. La majorité des décisions prises au cours de l'investigation n'exige pas de justification présentement. La Police n'a pas d'obligation de notifier le procureur de l'ouverture de l'investigation. Les compétences de surveillance du procureur ont été limitées, l'investigation enregistrée a été introduite qui permet d'annuler la procédure et d'inscrire l'affaire dans le registre, si les données obtenues au cours des actions effectuées dans le cadre de l'investigation dans une étendue indispensable ou dans le cadre de l'investigation menée pendant la période d'au moins cinq jours ne constituent pas de bases suffisantes pour découvrir l'auteur du délit par la voie des actions processuelles suivantes (art. 325f § 1 du C.p.p.). Dans les affaires dans lesquelles l'investigation est menée, le mode judiciaire approprié consiste en procédure

par un juge et deux assesseurs. La non-comparution des parties, y compris de l'accusateur, n'est pas un obstacle à l'examen de l'affaire.

Dans le cas cependant où l'accusé justifie son absence à l'audience et s'il demande ajournement de l'audience il est impossible de procéder en l'absence de l'accusé (art. 480 du C.p.p.).

V. LES MÉCANISMES INFORMELS POUR ÉVITER UN PROCÈS COMPLET

Dans le droit polonais il n'y a pas de possibilités réglées en dehors de la loi pour éviter un procès complet. Il existe des critères rigides pour la qualification des délits qui ensuite déterminent la forme selon laquelle la procédure préparatoire sera menée ainsi que le mode de procédure devant le tribunal. Ainsi il n'existe pas de possibilité légale permettant qu'un crime sérieux soit examiné selon le mode de procédure appropriée pour des délits moins graves ou qu'un procureur qualifie un acte sur une autre base juridique plus indulgente afin d'éviter un procès complet. Le tribunal peut considérer que la qualification juridique de l'acte adoptée par le procureur n'est pas appropriée. Le tribunal a l'obligation d'examiner d'office la justesse de la qualification de l'acte adoptée dans l'acte d'accusation. Conformément à l'art. 399 du C.p.p. si au cours de l'audience il s'avère que sans sortir du cadre de l'accusation il est possible de qualifier l'acte selon une autre disposition juridique, le tribunal en avertira les parties présentes à l'audience. S'il s'avérait cependant que l'acte ne constitue pas un délit, mais une contravention, la révélation de ce fait après la lecture de l'acte d'accusation pendant l'audience ne conduit pas au renvoi de l'affaire au tribunal approprié. Dans cette solution il s'agit de faire en sorte de ne pas causer la prescription de la punissabilité à la suite du renvoi de l'affaire qui est déjà passée à une étape avancée de son examen. Ce risque n'existe pas dans le cas du renvoi à l'étape précoce de la procédure. La prescription de la punissabilité des contraventions s'élève dans notre droit à un an compté à partir de la perpétration de la contravention et quand une procédure pénale a été ouverte ce délai est prolongé de deux ans comptés à partir de la perpétration du délit.

En Pologne la procédure du « plea bargaining[8] » connue dans le système anglo-saxon n'est pas en vigueur. Cependant il est possible de parler de

[8] In literature on the subject a postulate was filed to wave penal responsibility from a person providing help to a person committing suicide if such a person was triggered by reasons worthy of consideration. A. Wąsek, *Prawnokarna problematyka samobójstw* [Suicide in penal law], Warszawa 1982, p. 114.

certaines manifestations qu'elle trouve dans la procédure pénale polonaise. Les institutions juridiques introduites en 1997 en utilisant les expériences des pays occidentaux tendent à accélérer considérablement le procès et à raccourcir son déroulement[9].

Elles comprennent en particulier :
- la prise des décisions sans audience,
- le non-lieu « absorptif »,
- la possibilité de pouvoir envoyer l'affaire sur la voie de la médiation,
- l'auto-soumission volontaire à la peine.

Aussi d'autres institutions pénales processuelles s'appuient sur un type particulier d'accords, à savoir :

– le sauf-conduit – où en échange d'être laissé en liberté jusqu'au moment de la fin valable de la procédure, l'accusé qui séjourne à l'étranger s'engage à comparaître à la sommation des organes processuels et à ne pas mettre la procédure en difficulté (art. 281 du C.p.p.) ;

– le quasi sauf-conduit – où les parties de l'accord, à savoir le tribunal et le témoin qui n'est pas un citoyen polonais, conviennent qu'en échange de la comparution à la sommation du tribunal le témoin ne sera pas poursuivi, ne sera pas arrêté en relation avec le délit perpétré qui fait l'objet de la procédure ou en relation avec un délit perpétré avant le passage de la frontière polonaise (art. 589 du C.p.p.) ;

– le cautionnement en biens – c'est un contrat conclu entre l'accusé et les organes processuels en vertu duquel en échange du dépôt du cautionnement en biens l'accusé restera en liberté jusqu'au moment de la fin du procès (art. 266 du C.p.p.) ;

– le cautionnement social et le cautionnement d'une personne digne de confiance – les parties de l'accord sont les organes processuels et un tiers qui garantit personnellement que l'accusé ne rendra pas la procédure difficile (art. 271 et 272 du C.p.p.).

Des fois dans la littérature juridique[10] il existe la distinction de ce qu'on appelle les accords informels qui bien qu'ils ne soient pas prévus explicitement par le droit sont utilisés dans le processus de l'application des certaines mesures juridiques.

En pratique les institutions utilisées le plus fréquemment quand l'accusé a la possibilité de déclarer un comportement déterminé sont les suivantes et c'est cette circonstance qui peut décider de leur application in concreto :

[9] S. Waltoś, « Projet du Code de la Procédure Pénale à la lumière des tendances du développement de la procédure pénale en Europe », dans: *Les problèmes de la réforme du droit pénal*, réd. T. Bojarski, E. Skrętowicz, Lublin 1993, p. 249.

[10] S. Waltoś, « Les accords dans le procès pénal polonais de lege lata et de lege ferenda (tentatives de l'évaluation d'admissibilité) », *L'Etat et le Droit* 1992, N° 7, p. 41.

– le non-lieu conditionnel de la procédure – le procureur au lieu de l'acte d'accusation peut faire la demande de l'application de cette mesure au tribunal dans le cas où les prémisses définies à l'art. 66 du C.p. sont remplies (le délit est passible d'une peine ne dépassant pas trois ans de privation de liberté et la culpabilité et la nocivité sociale de l'acte ne sont pas importants. Les circonstances de sa perpétration n'éveillent pas de doutes. L'attitude de l'auteur du délit qui n'a pas été puni pour un délit intentionnel, ses caractéristiques, les conditions personnelles et le mode de vie jusqu'à ce moment-là justifient la supposition que malgré le non-lieu de la procédure l'accusé respectera l'ordre juridique et en particulier qu'il ne commettra pas de délit.) L'objet des négociations peut consister en plus de cela en obligations imposées à l'accusé, en manière de surveiller, etc. ;

– la suspension conditionnelle de l'exécution de la peine de privation de liberté – similairement qu'en cas de non-lieu conditionnel de la procédure avec l'accomplissement des prémisses qui découlent de l'art. 69 du C.p. il est possible de passer un accord avec l'accusé sur le délai de l'essai, pour lequel l'exécution de la peine doit être suspendue, sur la manière de surveiller et sur les obligations imposées à l'accusé ;

– La peine de privation de liberté – les organes processuels peuvent convenir avec l'accusé des conditions de surveillance policière, de l'obligation de travail à des fins sociales – de sa quantité, de son lieu et de sa nature (art. 34 du C.p.) ;

– L'atténuation extraordinaire de la peine – les dispositions prévoient un accord entre l'auteur du délit et la victime quant au moyen de la réparation du dommage causé par le délit qui est la prémisse de l'application de cette institution. Sur la base de l'art. 60 du C.p. le procureur peut assurer l'accusé qu'il présentera une demande d'atténuation extraordinaire de la peine si l'accusé donne des informations, inconnues aux organes des poursuites, au sujet du délit. Cette procédure peut trouver son application à l'égard des délits passibles d'une peine de privation de liberté de plus de cinq ans.

Il faut souligner le fait que les organes processuels sur la base des institutions mentionnées ci-dessus n'ont pas d'obligation de négocier avec l'accusé. Cependant ils peuvent tenir compte dans la prise des décisions du point de vue de l'accusé. Le nom qui est parfois utilisé pour désigner ces mesures, à savoir « les accords informels » n'est pas entièrement adéquat[11] étant donné que la possibilité de les appliquer s'appuie sur l'existence d'un certain « jeu » dans la prise des décisions. Il est considéré que la légalité de la conclusion des accords dans le cadre de ces mesures est douteuse d'où il faudrait les inclure dans « la zone floue du droit »[12].

[11] W. Daszkiewicz, « L'auto-soumission à la peine (de lege ferenda) », *L'Etat et le Droit* 1993, n° 5, p. 15.

[12] *Ibidem.*

Les institutions du droit polonais dont l'essence consiste en manière consensuelle de terminer l'affaire pénale sur la base de la possibilité de l'application des accords processuels sont ce que l'on appelle « la condamnation sans tenir d'audience » et « l'acceptation volontaire de la responsabilité ». La disposition de l'article 335 du C.p.p. prévoit la possibilité pour le procureur de placer une demande de prononcer le jugement de condamnation et de décider la peine convenue avec l'accusé ou la mesure pénale pour une contravention passible d'une peine ne dépassant pas dix ans de privation de liberté sans tenir d'audience dans l'acte d'accusation si les circonstances de la perpétration du délit n'éveillent pas de doutes et si l'attitude de l'accusé indique que les objectifs de la procédure seront atteints.

Les opinions en matière de l'objet des accords passés entre l'organe processuel et l'accusé ne sont pas homogènes. Certains considèrent que leur objet peut comprendre non seulement le problème de la responsabilité de l'accusé, mais aussi la qualification juridique de l'acte[13].

D'un autre côté T. Grzegorczyk[14] considère que l'objet des accords et des négociations entre l'accusé et le procureur consiste exclusivement en l'étendue de la responsabilité.

En proposant la sévérité de la peine ou de la mesure pénale le procureur devrait avoir les directives générales pour la détermination de la peine qui sont définies à l'art. 53 du C.p. présentes à l'esprit[15].

Paradoxalement il a été observé que les peines infligées à l'accusé dans le cadre de la procédure de l'art. 335 du C.p.p. non seulement ne sont pas plus indulgentes que les peines pour ces mêmes délits décidées au cours d'une procédure ordinaire, mais pour certains types des délits (comme par exemple le non-paiement de pensions alimentaires) elles sont même plus

[13] D. Wysocki, « L'institution de « l'accord » dans la procédure pénale », *L'Etat et le Droit* 2000, n° 10, p. 92. B. Myrna, « Condamnation sans audience (art. 334 du Code de Procédure Pénale) ou sans la conduite de la procédure de la preuve (art. 387 du Code de la Procédure Pénale). Similitudes et Différences », dans: *Nouvelle Codification du Droit Pénal*, vol. VIII, réd. L. Bogunia, Wrocław 2001, p. 208; K. Kurowska, « Les modes consensuels de terminer une procédure pénale à la lumière des principes processuels choisis », *Studia Iuridica* 2001, n° 39, p. 146; S. Waltoś, « Nouvelles institutions dans le Code de Procédure Pénale de 1997 », *L'Etat et le Droit* 1997, n° 8, p. 30.

[14] T. Grzegorczyk, « Sur certaines simplifications de la procédure pénale dans le Nouveau Code de Procédure Pénale », *La Revue des Tribunaux*, n° 7, p. 9; de même R. Stefański, « La demande du procureur de condamner l' accusé sans audience », *Parquet et Droit* 1998, n° 2, p. 48. Cet auteur se réfère à l'argument que la qualification de l'acte dépend des faits objectifs, donc il n'y a pas de place pour passer des accords en cette matière.

[15] Dans le jugement du 17 mai 2000 (n° du dossier V KKN 145/2000) publié dans *Le Parquet et le Droit* 2001, n° 1, art. 14, la Cour Suprême a constaté « que le droit du procureur à demander des peines et des mesures pénales tout en ignorant les principes de leur décision qui sont définis dans le droit matériel, ne peut découler de la teneur de l'art. 335 § 1 qui constitue une disposition du droit processuel ».

sévères. Cette pratique déforme sans le moindre doute le but de cette institution. L'avantage qui découle de son application pour les autorités judiciaires devrait être contrebalancé par l'avantage pour l'accusé sans le consentement duquel ses conséquences positives n'auraient pas pu apparaître. Cette procédure garantit le respect des principes principaux du procès pénal, à savoir du droit à la défense, la présomption de l'innocence, le caractère direct.

Une mesure d'une nature juridique similaire à la condamnation sans tenir d'audience consiste en l'acceptation volontaire de la responsabilité. Conformément à l'art. 387 § 1 du C.p.p. « jusqu'au moment de la fin du premier interrogatoire de tous les accusés au cours de l'audience principale, l'accusé à qui une contravention est reprochée, peut faire une demande de prononcer un jugement de condamnation et de lui infliger un peine définie ou une mesure pénale sans mener la procédure de la preuve ».

La condition de l'application de cette procédure est que les circonstances de la perpétration du délit n'éveillent pas de doutes et que les buts de la procédure soient atteints en dépit du manque d'audience en sa totalité.

La demande de prononcer le jugement de condamnation doit obtenir l'acceptation du procureur et de la victime. En pratique la procédure fondée sur la disposition de l'art. 387 du C.p.p. est plus fréquemment rencontrée que la procédure réglée à l'art. 335 du C.p.p.

VI. LA PROCÉDURE D'INJONCTION

La procédure d'injonction dans le procès pénal polonais est un mode de procédure dans lequel le tribunal statue sans tenir d'audience sur la base des matériaux réunis au cours de la procédure préparatoire. L'application de ce mode de procédure est décidée par le tribunal, le procureur peut seulement demander que l'affaire soit destinée à l'examen selon ce mode de procédure. Les prémisses de l'examen de l'affaire au cours de la procédure d'injonction conformément à l'art. 500 du C.p.p. sont les suivantes :

1) reconnaissance sur la base du corps des preuves rassemblée au cours de la procédure préparatoire que la tenue de l'audeince n'est pas nécessaire ;

2) l'existence des doutes quant aux circonstances de l'acte, y comparis quant à la perpétration du délit par l'accusé et à la culpabilité de l'accusé ;

3) la reconnaissance que la peine de limitation de la liberté ou l'amende sera une réaction suffisante à l'acte de l'accusé.

Dans la procédure ouverte sur la base de l'art. 500 du C.p.p. une peine de limitation de la liberté ou l'amende jusgu'au montant de 200 000 PLN (approximativement 50 000 euros) peut seulement être décidée. Les parties

ne prennent pas part à cette procédure. L'accusateur et l'accusé ont le droit d'opposition au jegement d'injonction dont la présentation a un effet de cassation et fait que le jugement perd sa force et une nouvelle precédure est menée selon le mode ordinaire de procédure. Le mode de la procédure d'injonction est exclu par rapport à une personne privée de liberté dans l'affaire donnée ou dans une autre affaire, dans les affaires initiées sur la base de l'accusation privée quand des circonstances qui justifient la participation obligatoire du défenseur et qui sont mentionnées à l'art. 79 du C.p.p. (la minorité de l'auteur du délit, déficience complète du sens de la vue, de l'ouïe et de la parole et des doutes quant à l'état sain de l'esprit de l'auteur du délit) apparaissent. En pratique ce mode de procédure n'est pas particulièrement répendau en dépit du fait qu'une chance pour une administration rapide de la justice soit créée dont l'incommodité est modérée pour l'auteur du délit.

VII. LA RÉPARATION DU TORT EN TANT QUE PRÉMISSE D'UN TRAITEMENT PLUS INDULGENT DE L'ACCUSÉ

La réparation par l'accusé du tort ou du dommage causé par le délit compte parmi les prémisses de l'application de certaines institutions processuelles. L'atténuation extraordinaire de la peine (art. 60 § 1 point 1 du C.p. « si la victime s'est réconciliée avec l'auteur du délit, si le tort a été réparé ou si la victime et l'auteur du délit ont convenu de la manière de réparer le tort ») appartient à ces institutions-là.

Dans le cadre de l'application de la suspension conditionnelle de l'exécution de la peine le tribunal peut obliger le condamné à réparer le tort en totalité ou en partie à moins que le tribunal n'ait décidé préalablement sur la base de l'art. 39 du C.p. l'obligation de la réparation du tort ou la donation d'une prestation en argent.

En plus aux côtés de la peine principale ou selon un principe indépendant le tribunal peut à titre de mesure pénale décider l'obligation de réparer le tort infligé par le délit. Sur la base de l'art. 46 du C.p. le tribunal a l'obligation de décider l'obligation de réparer le tort infligé par le délit en cas de condamnation pour le crime d'avoir causé la mort, un dommage sévère à la santé, des troubles du fonctionnement d'un organe du corps ou le trouble de la santé ou pour un délit contre la sécurité dans la circulation routière ou pour un délit contre l'environnement naturel, contre les biens ou contre les transactions et les rapports économiques si une telle demande est faite par la victime. En plus la victime a la possibilité de présenter un acte d'introduction d'instance sur la base du droit civil dans le procès pénal

si le tort découle directement du délit perpétré (art. 62 du C.p.p.). Comme il a été déjà remarqué les dispositions du droit polonais protègent suffisamment les intérêts de la victime et la possibilité de faire valoir des prétentions civiles en rapport avec le délit perpétré.

VIII. LES PROCÉDURES DONT LE CONTENU CONSISTE EN RÉCONCILIATION ENTRE LA VICTIME ET L'AUTEUR DU DÉLIT

L'aspiration à la réconciliation entre la victime et l'auteur du délit est expressément présente dans les dispositions du droit polonais en ce qui concerne tant les affaires poursuivies d'office que les affaires poursuivies sur la base de l'accusation privée. Dans le premier cas les auteurs des délits peuvent compter avec un traitement plus indulgent dans le cadre des mesures présentées plus haut et dans le second cas ils peuvent compter avec le non-lieu de la procédure pénale (art. 492 du C.p.p.). C'est avec l'idée de faciliter la réalisation de cet objectif que l'institution de la médiation a été introduite dans le droit polonais. Conformément à l'art. 23a du C.p.p. le tribunal, et dans la procédure préparatoire le procureur, peut sur l'initiative de la victime et avec l'accord de l'accusé envoyer l'affaire à une institution ou à une personne digne de confiance afin de mener la procédure de médiation entre la victime et l'accusé.

La médiation joue un rôle auxiliaire par rapport au procès pénal. Elle a lieu en dehors du tribunal avec la participation d'un médiateur professionnel. Les actions de la procédure de médiation n'ont pas de valeur processuelle même si à leur suite la réconciliation de la victime avec l'accusé a lieu. La base pour envoyer une affaire en médiation consiste en manque de mise en question par l'accusé de sa participation au délit et de son rôle dans le délit. La procédure de médiation qui ne devrait pas durer plus d'un mois se termine par la préparation d'un rapport. Conformément à l'art. 53 § 3 du C.p. « en infligeant la peine le tribunal prend aussi en considération les résultats positifs de la médiation réalisée entre la victime et l'auteur ». En cas de la conclusion du compromis ce compromis constitue une annexe au rapport.

La procédure de médiation peut aussi être ouverte au lieu de tenir l'audience de réconciliation dans le cadre de la procédure basée sur l'accusation privée. Cette procédure est semblable à celle qui existe dans la procédure ordinaire à cette différence près que s'il découle du rapport que les parties veulent se réconcilier, le tribunal devrait fixer une réunion. Dans le procès-verbal de cette réunion le tribunal inclura cette réconciliation et ensuite le tribunal annulera la procédure. Dans les affaires initiées sur la base de l'accusation privée la médiation peut aussi avoir lieu au cours de l'audience.

C'est principalement l'attitude tant de la victime que de l'accusé qui décide du résultat de la médiation. Ces parties ont une influence décisive sur le résultat de la médiation. Aux côtés du médiateur qui est un tiers, les organes processuels ne participent pas à cette procédure. La médiation est vraiment plus populaire dans les affaires civiles que dans les affaires pénales. Au cours des huit ans de l'existence de cette mesure pour les affaires pénales c'est seulement dans environ huit mille cas qu'une affaire a été renvoyée en médiation. Il faut ajouter que dans approximativement 60% des cas la médiation se termine par un compromis entre la victime et l'accusé. Ce résultat de la médiation est comparable avec celui des pays étrangers dans lesquels cette mesure existe. Parfois cette mesure est sous-estimée par les tribunaux et par les procureurs en dépit du fait qu'elle permet de terminer l'affaire portant sur des délits moins importants, à savoir vols à l'étalage, appropriation des biens, non-paiements de pensions alimentaires, maltraitement de la famille, efficacement et avec peu de frais.

IX. LA RÉCAPITULATION

Les procédures consensuelles qui apparaissent dans le droit polonais sont mises en pratique de plus en plus souvent par les organes processuels. Il est possible d'observer une tendance croissante à les appliquer dans les affaires pénales quoique cette fréquence ne soit pas toujours satisfaisante. Dans notre droit pénal les mesures appliquées dans certains pays européens afin de raccourcir et d'accélérer la procédure dont l'origine est très visiblement anglaise ou américaine (par exemple les institutions connues du droit français sous la forme de composition pénale ou de la comparution sur reconnaissance préalable de la culpabilité) ne sont pas encore apparues. Il est impossible cependant d'exclure la transplantation de ces mesures qui changent la philosophie traditionnelle de l'approche de l'exercice de l'administration de la justice. Une position centrale dans la réalisation des tâches des autorités judiciaires est occupée de plus en plus souvent par le procureur et non pas par le tribunal. Il est possible de remarquer l'attachement des théoriciens du droit et des praticiens aux méthodes traditionnelles de résolution des affaires pénales. Pour cette raison il faut penser que le changement de ce modèle en dépit la tentation d'introduire des solutions qui raccourcissent et qui accélèrent la procédure pénale constitue une perspective assez éloignée et difficilement imaginable.