

URSZULA WALCZAK*

UWAGI *DE LEGE LATA* I *DE LEGE FERENDA*
NA TEMAT ZASAD ODPOWIEDZIALNOŚCI
KONTRAKTOWEJ W ŚWIELE ORZECZENIA
EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI
Z 12 MARCA 2002 R. W SPRAWIE
SIMONE LEITNER V. TUI GMBH&CO

I. WSTĘP

Swoista dla języka prawnego indywidualizacja charakteru prawnego poszczególnych instytucji jest początkiem procesu ich różnicowania się, w skrajnych przypadkach — stałej polaryzacji całych systemów prawnych, znajduje wreszcie poparcie w pewnej tradycji orzeczniczej sądów krajowych. Wpływ obcych porządków normatywnych na ten rozwój ma zazwyczaj charakter naturalny, przejęte zaś rozwiązania podlegają dalszym wieloletnim modyfikacjom.

Treść orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczących wykładni przepisów wspólnotowych zachęca z reguły, na skutek nagłej i formalnie wiążącej uniwersalizacji pojęć prawnych, do konstruowania wniosków *de lege ferenda*. Nagła próba nadania pojęciom jednolitych znaczeń leży często w rażącej sprzeczności z rozwiązaniami krajowych porządków prawnych. Nie powinien dziwić fakt, że rozstrzygnięcie konkretnego przypadku bywa niekiedy postulatem do analizy możliwości jego

* Jest studentką V roku prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego. Przygotowuje obecnie pracę magisterską na temat odpowiedzialności kontraktowej za krzywdę i pracuje w ramach sekcji prawa cywilnego Uniwersyteckiej Poradni Prawnej. Zainteresowania naukowe autorki dotyczą przede wszystkim zagadnień prawa cywilnego, prawa własności intelektualnej i prawa gospodarczego.

generalnego uwzględnienia — wobec kontynentalnej niechęci do kazuistyki perspektywa taka jest szczególnie kusząca. Warto nadmienić, że treść i sens orzeczeń z uwagi na ich harmonizującą funkcję wymyka się często ocenom słusznościowym.

II. STAN FAKTYCZNY, RAMY PRAWNE — DYREKTYWA A UREGULOWANIA KRAJOWE

Pytanie sformułowane przez Sąd Krajowy w Linzu, będące przedmiotem dalszych rozważań, zrodziło się w następujących okolicznościach.

Simone Leitner podczas pobytu na zorganizowanych przez TUI wakacjach w Turcji zakaziła się wirusem salmonelli na skutek spożycia serwowanego w hotelu posiłku. Choroba trwała przez cały okres wypoczynku i właśnie utrata przyjemności wypoczynku (wraz z nią pewne koszty związane z koniecznością podjęcia leczenia) skłoniła rodziców poszkodowanej do wystąpienia w jej imieniu z żądaniem odszkodowania z uwzględnieniem dolegliwości o charakterze niemajątkowym. Sąd pierwszej instancji oddalił powództwo w części opiewającej na 12 000 szylingów, które miały rekompensować ową szkodę niemajątkową w postaci utraty oczekiwanej przyjemności wypoczynku (*non-material damage*). Uzasadnieniem rozstrzygnięcia był brak wyraźnej podstawy prawnej tego rodzaju roszczenia w prawie austriackim¹. Wątpliwości sądu drugiej instancji wzbudziła treść art. 5 dyrektywy 90/314, operującego niezdefiniowanym zakresowo pojęciem szkody, co wobec niejednorodnej pojemności normatywnej na gruncie różnych porządków prawnych przysparza trudności interpretacyjne w związku z koniecznością dokonywania jednolitej wykładni. Korzystając z traktatowej kompetencji Trybunału sąd krajowy sformułował zapytanie następującej treści:

„Czy art. 5 dyrektywy 90/314/EEC w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek winien być wykładany w ten sposób, że pojęciem szkody należy obejmować także uszczerbek niemajątkowy w postaci utraty przyjemności wypoczynku?”²

¹ Prawo austriackie przewiduje odpowiedzialność za szkodę niemajątkową jedynie w sytuacji, gdy norma prawa wyraźnie kreuje roszczenie odszkodowawcze (tak jest np. w przypadku zadośćuczynienia pieniężnego za krzywdę — §1325 ABGB — *Schmerzensgeld*), przepisy implementujące dyrektywę 90/314 nie dawały w ocenie sądu podstaw do zasądzenia odszkodowania.

² Polskie prawo cywilne operuje terminem „krzywda”; na potrzeby niniejszych rozważań posłużono się pojęciem: „uszczerbek niemajątkowy” bądź „szkoda niemajątkowa”. Tak: Z. Radwański: *Zobowiązania — część ogólna*, Warszawa 2005; problemy terminologiczne zostały omówione w dalszej części.

III. ROZSTRZYGNIĘCIE TRYBUNAŁU, IMPLEMENTACJE W PAŃSTWACH WSPÓLNOTY

Trybunał opowiedział się zdecydowanie za jak najszerszym rozumieniem pojęcia szkody³ na gruncie dyrektywy 90/314/EEC. Konstatacja, że art. 5 przyznaje konsumentowi prawo do żądania odszkodowania za uszczerbek niematerialny, znalazła również poparcie w opinii rzecznika generalnego A. Tizzano, stanowiskach Komisji i rządu Belgii. Przeciwno takiej interpretacji wypowiedziały się rządy Austrii, Francji i Finlandii. Szczególnie warta uwagi jest obszerna argumentacja rzecznika Tizzano, który podnosi, że kompensacja uszczerbku niemajątkowego jest dominującą tendencją zarówno w systemie *common law*, jak i w kontynentalnych porządkach prawnych (tendencją rzecz jasna, nie zaś regułą, stąd rodzące się wątpliwości na tle ogólnej koncepcji szkody kontraktowej).

Odniesienie się do proponowanych przez państwa członkowskie rozwiązań zdaje się być przekonywające o tyle, iż z punktu widzenia norm wspólnotowych treść i sens niepodzielnego stanowiska są w dużej mierze warunkowane panującym standardem rozwiązań. Choć różnią się one w detalach, ich generalny kierunek jest ten sam. Wart podkreślenia jest również fakt, iż szeroka koncepcja obowiązku odszkodowawczego dłużnika jest powszechna na gruncie regulacji *soft law*⁴.

IV. OCENA I UZASADNIENIE

Propozycję Trybunału w kwestii wykładni art. 5 należy uznać za **prawidłową**.

Uzasadnienie takiego stanowiska znajduje swoje pierwsze źródło w analizie dokonanego procesu interpretacyjnego normy wspólnotowej, który winien przebiegać zgodnie z **zasadą efektywności** — z uwzględnieniem celu regulacji i dążeniem do realnego osiągnięcia jej rezultatu w możliwie najpełniejszym wymiarze. W razie oczywistej sprzeczności uregulowań, sąd krajowy zobowiązany jest odrzucić normę wadliwą, zastępując ją normą wspólnotową (**zasada prymatu**)⁵. Zasadnicze cele dyrektywy zostały jasno wskazane w treści preambuły. Należą do nich:

³ Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł następująco: „Artykuł 5 Dyrektywy 90/314/EEC z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek co do zasady przyznaje konsumentowi prawo do odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy poniesiony na skutek niewykonania bądź niewłaściwego wykonania zobowiązania przez organizatora imprezy turystycznej”. Zob. M. Adamczak–Rebecka: *Zakres pojęcia „szkoda” w prawie wspólnotowym*, Gdańskie Studia Prawnicze 2005, nr 1–2, s. 243.

⁴ Art. 9.501 Principles of European Contract Law i art. 7.4.2 Principles of International Commercial Contracts.

⁵ K. Kowalik–Bańczyk: *Prospółnotowa wykładnia prawa polskiego*, Europejski Przegląd Sądowy 2005, nr 3, s. 49.

- kreowanie wspólnego rynku usług turystycznych, zapewniającego równy dostęp świadczącym we wszystkich państwach członkowskich;
- ochrona konsumenta poprzez umożliwienie czerpania korzyści z porównywalnych warunków zakupu we wszystkich państwach członkowskich.

Założenia powyższe mogą być realizowane również poprzez bardziej rygorystyczne wymogi w stosunku do świadczonych usług, o ile surowsze wymogi są zgodne z prawem pierwotnym (zwłaszcza swobodami traktatowymi) bądź usprawiedliwione wyłączeniami przewidzianymi w traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską lub wypracowanym orzecznictwie⁶.

Sama konstrukcja roszczenia zasługuje na chwilę uwagi. Podstawa prawna ewentualnego żądania ma charakter kontraktowy (zgodnie z tekstem dyrektywy organizator imprezy odpowiada za niewykonanie bądź niewłaściwe wykonanie zobowiązania). Nie znaczy jednak, że w toku wykonywania świadczenia nie dojdzie do zbiegu podstaw odszkodowawczych (deliktowej z kontraktową). Niemal w każdym wypadku szkoda wywołana działaniem bądź zaniechaniem bezpośredniego wykonawcy będzie miała charakter deliktowy (nie jest bowiem związany węzłem obligacyjnym z konsumentem, zaś wykonywane świadczenie jest rezultatem zawarcia przez usługodawcę umowy z organizatorem). Organizator odpowiada nie tylko za szkody kontraktowe, lecz również za te szkody, które powstały na skutek deliktu. Odpowiedzialność taką (opartą na zasadzie ryzyka) może wyłączyć tylko zaistnienie jednej z wymienionych w art. 5 dyrektywy okoliczności egzoneracyjnych.

Konieczne jest w pierwszej kolejności podkreślenie, że w wypadku konfliktu wartości decydujących o swobodnym przepływie towarów i usług z postulatem ochrony konsumenta, priorytet w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości⁷ miała zawsze potrzeba otwartości rynku⁸. W omawianej sprawie niwelowanie wspomnianego konfliktu jest zależne od przyjętego zakresu odpowiedzialności usługodawcy. Minimalny charakter dyrektywy pozwala na korzystniejsze uregulowanie w prawie krajowym, które jednak nie może wpływać na ograniczenie swobód wspólnotowych (w tym wypadku swobody przepływu kapitału i usług). Jeżeli zatem granice przedmiotowe odpowiedzialności nie muszą być jednolite we wszystkich państwach Wspólnoty (przy czym poziom ochrony konsumenta jako cel regulacji jest formalnie wiążący dla państw członkowskich), to ochrona w pełnym zakresie jest właśnie gwarancją równego dostępu do rynku. Przy szerokim ujęciu obowiązku odszkodowawczego problem „nadregulacji” w zasadzie powstać nie może. Oczywiście, w tym miejscu nie można w ogóle mówić o „minimalnym” charakterze dyrektywy.

⁶ B. Kurcz: *Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego*, Zakamycze 2004, s. 115.

⁷ Po raz pierwszy wyrażony w sposób niebudzący wątpliwości w orzeczeniu w sprawie Cassis de Dijon.

⁸ E. Łętowska: *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 13; dalej autorka wskazuje na fakt, że nawet wobec tak klarownego stanowiska ETS, zawsze aktualny był zarzut protekcjonizmu na rzecz konsumenta, skądinąd zupełnie niesłuszny.

Wobec powyższego, wypada położyć dominujący akcent rozważań na poziom realizacji drugiego ze wspomnianych celów dyrektywy.

Węzłowym argumentem przemawiającym za zakresowo najpełniejszą wykładnią pojęcia szkody jest literalna formuła art. 5. Szerokie ujęcie „szkody” wynika z tworzonej przez ustawodawcę europejskiego kategoryzacji problematycznego terminu — art. 5 ust. 2 pkt 2 dyrektywy pozwala państwom członkowskim na ustanowienie normy umożliwiającej umowne limitowanie obowiązku odszkodowawczego, przy czym ograniczenie takie jest wykluczone na wypadek szkody w postaci uszkodzenia ciała. Tworzenie podkategorii w ramach ogólnego pojęcia szkody wskazuje na jej szeroki zakres znaczeniowy. Nie sposób bowiem stwierdzić, które ewentualnie przypadki szkody temu zakresowi nie podlegają i arbitralnie je wyłączyć⁹. Dyrektywa 90/314 abstrahuje od wyliczania tych rodzajów uszczerbków, które podlegają kompensacji (w przeciwieństwie do przywołanej przez Tizzano dyrektywy 85/374 nie wprowadza precyzyjnej definicji szkody). Taki stan nie jest najpewniej przypadkowy, wskazuje zarazem na pewien legislacyjny postęp w zakresie ochrony praw konsumenta. Jednocześnie w wykorzystanej metodzie regulacji ujawnia się pewien celowy zabieg, według Tizzano — nie bez racji, zmierzający do wprowadzenia podstaw szerokiej interpretacji pojęcia szkody. Rzecz jasna, argument taki jest mieczem obosiecznym — istnieje możliwość interpretacji *per analogiam*. W kontekście dokonującego się w prawie europejskim procesu na rzecz konsumenta takie wnioski nie zdaje się być jednak zawodne.

Za literalną wykładnią art. 5 przemawia *primo* potrzeba jednolitej regulacji (można także powiedzieć, że ów językowy argument jest stymulowany funkcją dyrektywy; wynik rozumowania również wtedy pozostaje taki sam). Wobec tego trzeba zdecydowanie odrzucić propozycję interpretacyjną rządów Austrii, Francji, Finlandii i strony pozwanej¹⁰. Argumentacja tychże opierała się na minimalnym charakterze dyrektywy, wobec czego zasada pełnej kompensacji winna być rozumiana jedynie jako możliwość bardziej rygorystycznej regulacji przez prawo państw implementujących. Argument taki należy uznać za nieuzasadniony. Problem zakresu obowiązku odszkodowawczego może i powinien być rozstrzygnięty na gruncie samej dyrektywy, poprzez wykładnię pojęcia szkody. Ustawodawca europejski nie odsyła do krajowych porządków prawnych ani też nie ustanawia jakiegoś minimalnego „pułapu”, gwarantującego w pewnym stopniu rekompensatę. Trudno nawet twierdzić, że pojęcie szkody jako takiej jest w ogóle pojęciem stopniowalnym. Zróżnicowany zakres generalnej odpowiedzialności kontraktowej i wynikająca z niego wieloznaczność terminu „szkoda” (nie więc przez samo odmienne definiowanie, lecz przez istniejące norma-

⁹ Zob. stanowisko strony powodowej.

¹⁰ „Harmonizacja przepisów krajowych polega w przypadku dyrektywy 90/314/EEC na wprowadzeniu minimalnego poziomu ochrony konsumenta. W związku z tym brak wyraźnego instrumentu ochrony skutkuje w przypadku odpowiedzialności za uszczerbek niemajątkowy odesłaniem do uregulowań krajowych”.

tywne ograniczenia obowiązku odszkodowawczego) w poszczególnych systemach prawnych państw członkowskich sprawiają, że odesłanie do przepisów krajowych wręcz uniemożliwia harmonizację porządków normatywnych. Podstawowa funkcja dyrektywy byłaby zatem niemożliwa do zrealizowania. Zdarza się niezwykle często, że niewłaściwa implementacja dyrektyw unijnych wynika z faktu, iż: „terminy równoważne terminom użytym przez dyrektywę w prawie krajowym nie istnieją lub ich równoważność jest tylko pozorna”¹¹. Wieloznaczność pojęć (wielojęzyczności tych samych norm), dynamika prawa wspólnotowego, nadużywanie terminologii ekonomicznej i kompromisowy charakter procesu legislacyjnego (co w przypadku dyrektyw jest szczególnie dostrzegalne)¹² tak dalece rozwarstwiają porządki prawne, że osiągnięcie celu dyrektywy jest w przypadku istniejących różnic normatywnych asumptem do nadawania pojęciom o zastanych znaczeniach znaczeń nowych, zmian zakresu regulacji bądź ograniczaniu marginesu uznania organów stanowiących prawo¹³. W omawianym przypadku Trybunał skorzystał z drugiej możliwości. Dodać należy przede wszystkim, że terminy uniwersalne, wpisane w konkretny porządek prawny, stają się jego elementem nie tylko poprzez fakt obowiązywania, ale również poprzez współobowiązywanie, stąd wykładnia językowa indywidualnych pojęć nie zawsze idzie w parze z oczywistymi rezultatami wykładni systemowej¹⁴.

Secundo, art. 95 TWE odpowiada wprost na pytanie o poziom ochrony konsumenta w procesie harmonizacji. Zgodnie z ust. 3 standard ten ma być „wysoki”. Przyjęcie wąskiej interpretacji art. 5 nie zapewniłoby z pewnością „wysokiego” poziomu ochrony z punktu widzenia porządków, które przewidują ochronę pełniejszą. Ten niezwykle istotny systemowy argument, pominięty w uzasadnieniu, przytoczony został kilkakrotnie przez A. Tizzano w przedłożonej Trybunałowi opinii.

Wreszcie, należy odnieść się do pozanormatywnego znaczenia umowy o imprezę turystyczną, leżącego u podstaw właśnie takiego stosunku ustawodawcy europejskiego do potrzeby szczególnej ochrony uprawnień konsumenta w relacji obligacyjnej. Osiągnięcie korzyści niemajątkowej (przyjemności wypoczynku, relaksacji, zadowolenia, uczucia komfortu) jest zasadniczym motywem pobudzającym konsumenta do korzystania ze świadczeń przedsiębiorców usług turystycznych, niemal zawsze nieprzeciętny standard usług znajduje odzwierciedlenie w ich cenie. Utrata takiej przy-

¹¹ M. Szwarc: *Warunki poprawnej implementacji dyrektyw w porządkach prawnych państw europejskich w świetle prawa europejskiego*, Przegląd Prawa Europejskiego 2001, nr 1, s. 5.

¹² Tak: K. Kowalik-Bañczyk: *Prawo wspólnotowe...*, op. cit.

¹³ S. Biernat: *Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem wspólnotowym (w:) Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, pod red. C. Mika, Toruń 1998. Podobny wniosek można wysnuć na podstawie opinii rzecznika A. Tizzano.

¹⁴ Zob. art. 361 § 2 k.c., gdzie szeroko pojmowanej „szkodzie” nadano zupełnie nowy sens normatywny poprzez ograniczenie obowiązku odszkodowawczego do pewnych tylko jej typów. „Szkoda” inna niż uszczerbek niemajątkowy jest prawnie irrelevantna, prawnie nieistniejąca. Stąd blisko już do uproszczenia: „szkoda jest stratą rzeczywistą lub utraconą korzyścią”.

jemności na skutek zaniedbań organizatora jest często jedynym uszczerbkiem po stronie konsumenta. Brak korzyści niemajątkowej pozbawia świadczenie praktycznego sensu. Odebranie poszkodowanemu możliwości dochodzenia rekompensaty bezsens taki jedynie wzmacnia.

V. PRAWO POLSKIE — OGÓLNE ZASADY ODPOWIEDZIALNOŚCI I SPOSÓB IMPLEMENTACJI

STRATYFIKACJA POJĘCIA SZKODY:

Nie podlega w zasadzie dyskusji twierdzenie, że polski kodeks cywilny (podobnie niegdyś kodeks zobowiązań) posługuje się generalnym pojęciem szkody. Artykuł 361 § 2 wyznacza precyzyjnie zakres obowiązku naprawienia szkody¹⁵, nie definiując jej¹⁶. Ustawodawcy jest obojętne, jakie rodzaje (stąd blisko do konkluzji: w zasadzie wszystkie) uszczerbków nazwiemy szkodą. Normatywnie relewantne pozostają zawsze straty rzeczywiste i utracone korzyści. Utożsamianie szkody z jej majątkowym jedynie aspektem na gruncie art. 471 k.c. jest skrótem myślowym. Można powiedzieć, że dłużnik kontraktowy odpowiadałby za bezwzględnie każdy rodzaj uszczerbku, gdyby nie owo ograniczenie art. 361 k.c. Na tym jednak podział ustawy się nie kończy. Z punktu widzenia dokonywanych rozważań w dalszej kolejności należy skupić się na pojęciu szkody niemajątkowej.

Charakter uszczerbku niemajątkowego innego rodzaju niż krzywda jest w doktrynie w zasadzie pomijany, jednocześnie niezwykle często utożsamiany z samą krzywdą, która, załóżmy, ma znacznie mniejszą pojemność normatywną, gdyż odnosić się powinna jedynie do przypadków art. 445 i 448 k.c.¹⁷, stąd również pojęcie samego zadośćuczynienia jest swoiste dla wymienionych w nich zdarzeń. Nie sposób oprzeć

¹⁵ Zob. także art. 157 k.z.

¹⁶ R. Longchamps de Bérier: „(...) szkodę należy rozumieć potocznie, jako każdy uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, dotyczący osobę bez prawnego usprawiedliwienia”.

¹⁷ Sytuacje, dla których przewidziano zadośćuczynienie, związane są z cierpieniem fizycznym lub psychicznym, uczuciem wstydu czy poniżenia. Termin „krzywda” jest dla nich szczególnie adekwatny, cechuje się bowiem wydzwiękiem pejoratywnym. Brak jednocześnie praktycznego sensu w czynieniu tego rodzaju rozróżnień. Nie podlega jednak wątpliwości, że nie każdy rodzaj szkody niemajątkowej jest krzywdą, biorąc pod uwagę choćby językowy sens słowa („szkoda moralna, wyrządzona niezasłużenie, nieszczęście, niesprawiedliwość, obraza” — *Słownik języka polskiego PWN*). Terminologiczne zamieszanie nie jest rzeczą zupełnie nową — kodeks zobowiązań czynił wyraźną dystynkcję pomiędzy „krzywdą moralną” a „cierpieniem fizycznym” (art. 165 § 1 k.z.), niejednoznacznie wskazując na źródła krzywdy moralnej odmienne od źródeł cierpienia fizycznego. Szkoda niemajątkowa, obejmująca krzywdę, mającą z kolei w swoim zakresie cierpienie fizyczne i krzywdę moralną, to nadal ta sama szkoda niemajątkowa, wciąż poddana rygorowi konieczności istnienia wyraźnych norm ustawowych celem uzyskania kompensacji. Łatwo jednocześnie można wyobrazić sobie sytuację, w której cierpienie fizyczne staje się źródłem krzywdy moralnej i odwrotnie. Czynienie dalej idących dywersyfikacji, wobec różnorodności stanów faktycznych, jest bezcelowe.

się przekonaniu, że ustawodawca krajowy unika nazywania tego rodzaju kompensaty „odszkodowaniem”, rezerwując je, jak widać na przykładzie orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości niestusznie, dla uszczerbków o charakterze majątkowym. Nie są to problemy o naturze wyłącznie terminologicznej, gdyż nadrzędność ogólnego pojęcia szkody, w świetle orzeczenia Leitner, staje się szczególnie aktualna¹⁸. Krzywda (niezależnie od tego, czy ma wymiar materialny — wynika z uszczerbku fizycznego, czy też wyłącznie niematerialny¹⁹) jest terminem normatywnym, szkoda niemajątkowa — wyłącznie doktrynalnym. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest właśnie sytuacja, w której nie każdy jej rodzaj staje się prawnie relevantnym, stąd ustawodawca wprowadza dodatkową podkategorię pojęciową w ramach omawianego zakresu. Nie jest to zabieg szczególnie udany. Wychodząc naprzeciw procesowi rozszerzania obowiązku odszkodowawczego w jego przedmiotowych ramach, za najważniejsze należy uznać posługiwanie się ogólnym pojęciem szkody niemajątkowej²⁰. Nie zmienia to aktualnej wciąż zasady konieczności istnienia wyraźnego zapisu normatywnego celem uzyskania kompensaty, podobny zapis, siłą rzeczy, i tak wskazuje na źródła powstania szkody. Możliwość zasądzenia zadośćuczynienia poddana jest dwóm dodatkowym regułom, warunkującym jego dopuszczalność:

- zadośćuczynienie ma charakter wyłącznie fakultatywny²¹,
- przysługuje jedynie za szkodę powstałą na skutek deliktu²².

Zasadniczy kłopot tkwi jednak nie tyle w kwestii dopuszczalności odszkodowania za szkodę niemajątkową w ogóle, co dopuszczalności kompensacji „utraconego urlopu”, „utraconej przyjemności”, „utraconego komfortu” — szkody niemajątkowej w jej czystej postaci. O ile krzywda stanowi zawsze uszczerbek w sferze dóbr chronionych poszkodowanego (jest kojarzona z pewnego rodzaju ujmą — przechodząc na grunt terminologii określającej szkodę majątkową — jest „niemajątkowym *damnum emergens*”, poszkodowany znajduje się w stanie gorszym niż stan wyjściowy), o tyle szkoda niemajątkowa w postaci na przykład utraty przyjemności wypoczynku *de facto* realną utratą nie jest, ma charakter prospektywny, jest raczej niemajątkowym utraconym zyskiem, nie uzyskaniem stanu, jakiego poszkodowany oczekiwał, biorąc pod uwagę treść określonej umowy. Ten rodzaj uszczerbku nie będzie zwykle skutkiem deliktu strony kontraktu, lecz wyniknie wprost z niewykonania bądź

¹⁸ A. Szpunar: *Odszkodowanie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999, s. 25; Z. Radwański: *Zobowiązania — część ogólna*, *op. cit.*, s. 86.

¹⁹ Szkoda niemajątkowa może (lecz nie jest to zasadą) powstać na skutek naruszenia dobra przestrzennie wymierzonego (np. w wypadku uszkodzenia ciała), stąd błędem jest zamienne używanie pojęcia szkody niematerialnej jako równoważnego. Jednocześnie ETS w analizowanym orzeczeniu posługuje się terminem „non-material damage”. Należy jednak przyjąć, że pojęcia „non-material damage” i „non-pecuniary damage” są w tym przypadku równoznaczne.

²⁰ Tak wcześniej: Z. Radwański: *Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową*, Poznań 1956, s. 3.

²¹ Art. 445 i 448 k.c.: „sąd może przyznać poszkodowanemu odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę”.

²² G. Bieniek, H. Ciepła, S. Dmowski: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2003, s. 428.

niewłaściwego wykonania umowy. Nie jest to oczywiście ani krzywda (wynikła np. z naruszenia czynności ciała czy jego uszkodzenia), ani też naruszenie dobra osobistego. Próba konstruowania pewnego rodzaju dobra osobistego w postaci prawa do niezakłóconego wypoczynku byłaby z pewnością zabiegiem dość brawurowym. Ostatecznie bowiem z tak nakreślonego stanowiska blisko już do twierdzenia o istnieniu dobra osobistego w postaci prawa do uzyskania terminowego i niewadliwego świadczenia (dobro osobiste jest chronione w sposób bezwzględny, roszczenie wynikające z kontraktu — z natury rzeczy zasadniczo jest efektywne jedynie *inter partes*).

Dotychczas żądanie zadośćuczynienia za „utracony wypoczynek” spotykało się ze zdecydowaną dezaprobatą orzecznictwa. Stanowisko takie znajdujemy między innymi w orzeczeniu SN z 25 lutego 1986 r.²³ Sądy nie znajdowały uzasadnienia uwzględniania podobnego żądania w przepisach prawnych, przy czym zapatrywanie takie, ze względu na wyżej nakreślony stan normatywny, było zgoła zasadne.

Wszelkie dyskusje nad trafnością stanowiska Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości skupiają się więc na kwestii pojęciowego zakresu „szkody” na gruncie dyrektywy 90/314. Szeroka interpretacja norm implementujących w zasadzie powoduje zbędnym odwoływanie się do jakichkolwiek regulacji krajowych.

IMPLEMENTACJA

W dalszych rozważaniach konieczna wydaje się analiza funkcjonowania samej dyrektywy w polskim porządku prawnym²⁴ i stosunek owej regulacji do wniosków powziętych przez Trybunał w omawianym orzeczeniu. Truizmem będzie twierdzenie, że w świetle prawa polskiego (z uwagi na wąski zakres kompensaty kontraktowej), podobnie jak w przypadku Austrii, orzeczenie Trybunału ma znaczenie szczególne.

Jak już wspomniano, regulację europejską cechuje szerokie ujęcie kwestii odpowiedzialności, niezależnie od jej źródeł. Konstrukcja art. 11a i 11b jest klarowna — organizator odpowiada za szkodę niezależnie od tego, czy powstała na skutek deliktu czy też wadliwego świadczenia, granice tej odpowiedzialności wyznaczają enumeratywnie określone okoliczności egzoneracyjne. Należy jednocześnie, na przykładzie prawa polskiego, stanowczo odrzucić możliwość ekskulpacji na zasadzie art. 430 k.c. i art. 429 k.c. Podobnie nieaktualne jest stosowanie w takim wypadku art. 474 k.c. (tutaj możliwość ekskulpacji istnieje w przypadku wykazania, że wykonawca bezpośredni nie ponosiłby odpowiedzialności na podstawie art. 471 k.c., gdyby był stroną umowy). Tak szerokie ujęcie odpowiedzialności jest uzasadnione globalnym, całościowym podejściem do kwestii odpowiedzialności przedsiębiorcy turystyczne-

²³ CZP 2/86.

²⁴ Art. 11a i 11b ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych, Dz.U. z 2004 r. Nr 223, poz. 2268.

go. Każda sytuacja zaistniała z jego inicjatywy jest „wykonywaniem zobowiązania”, niezależnie od tego, czy wykonawca usługi (osoba trzecia w omawianym układzie, kontrahent organizatora imprezy) dopuszcza się deliktu czy sam odpowiadałby za wadliwe świadczenie, czy można mu przypisać zawinienie uzasadniające roszczenie z art. 415 k.c. (inaczej jest np. w prawie amerykańskim, gdzie organizator wycieczki nie odpowiada za czyny niedozwolone usługodawców, o ile w sposób wyraźny takiej odpowiedzialności na siebie nie przyjmie²⁵). Prawo austriackie, podobnie jak polski kodeks cywilny, zasadniczo nie wykluczało przyznania powódce odszkodowania za „krzywdę” (ból, cierpienie fizyczne, naruszenie dobra osobistego), gdyż przy opisanej konstrukcji roszczenia dopuszczalne jest zasądzenie kompensaty w takim zakresie, jaki przewiduje także prawo deliktów (ze strony usługodawcy był to ewidentnie czyn niedozwolony, nie zaś naruszenie umowy — jeżeli ustawa dopuszcza zadośćuczynienie, można go żądać także od podmiotu odpowiedzialnego kontraktowo za delikt wykonawcy bezpośredniego). Jak wcześniej przytoczono: „Organizator odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o świadczenie usług turystycznych (...)”²⁶ — niezależnie od deliktowego czy kontraktowego źródła zaistniałej szkody.

Paradoksalnie, ustawodawca polski bardzo ogólnie operuje pojęciem szkody, mówiąc raczej o odpowiedzialności „za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usług turystycznych” przez organizatora. Treść art. 11a i 11b nie jest w żaden sposób sprzeczna z dyrektywą. Wydaje się zatem, że nic nie stoi na przeszkodzie uwzględnianiu każdego rodzaju szkody, także w przypadku zaistnienia po stronie konsumenta wyłącznie uszczerbku o charakterze niemajątkowym. Metoda implementacji budzi jednak pewne wątpliwości w zakresie dopuszczalności umownego ograniczenia odpowiedzialności²⁷.

Podsumowując, należy uznać (biorąc pod uwagę wiążący charakter rozstrzygnięcia sprawy Leitner) regulację zakresu odpowiedzialności organizatora w prawie polskim w istocie za autonomiczną. Za konkluzją taką przemawiają trzy zasadnicze argumenty:

- 1) na gruncie rozwiązań kodeksu cywilnego nie dysponujemy zasadą generalnej odpowiedzialności za szkodę niemajątkową powstałą na skutek niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania — stąd implementacja ma charak-

²⁵ M. Nesterowicz: *Prawo cywilne USA*, Toruń 1999, s. 120.

²⁶ Art. 11a ust. 1 ustawy o usługach turystycznych.

²⁷ Art. 11b ust. 4 mówi o wyłączeniu wszelkich ograniczeń na wypadek zaistnienia „szkody na osobie”. Sama dyrektywa posługuje się węższym terminem: „personal injury”, co w tłumaczeniu należy rozumieć jako „uszkodzenie ciała”. Zgodnie ze stanowiskiem rządu Belgii, „uszkodzenie ciała” ma oznaczać wyłącznie szkodę o charakterze majątkowym. Pomijając rozważania nad zasadnością takiego wniosku, nie sposób oprzeć się twierdzeniu, że „szkoda na osobie” zasadniczo oznacza zarówno majątkowy, jak i niemajątkowy uszczerbek. Wydaje się jednak, iż modyfikacja nie była działaniem zamierzonym — rozszerzenie (i to istotne) normy imperatywnej mogłoby oznaczać nieuzasadnione uprzywilejowanie konsumenta, a w rezultacie — zabieg ograniczający postulowaną w preambule swobodę świadczenia usług.

- ter absolutnie wyjątkowy; nie jest to jedynie zasada wypracowana wieloletnią praktyką²⁸, lecz znajduje ona wyraźne zakotwiczenie normatywne w treści art. 361 i 471 k.c.; dłużnik odpowiada za szkodę wynikłą z niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania; w zakresie obowiązku odszkodowawczego rozumiemy z kolei wyrównanie uszczerbku wyłącznie majątkowego²⁹, czyli: „straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono”, o ile przepis szczególny (jak np. art. 448 k.c.) nie stanowi inaczej (w omawianym przypadku — szerzej);
- 2) implementacja dyrektyw do prawa polskiego, poza obowiązkiem uchwalania ustaw, polega także na interpretacji zgodnej z orzecznictwem Trybunału; za Nesterowiczem: „Polski sędzia, rozpatrując powództwo o zadośćuczynienie za »zmarnowany urlop« podczas wycieczki turystycznej, nie ma lepszych do zastosowania podstaw prawnych niż sędzia austriacki”³⁰; przepis prawa, będący przedmiotem wykładni, ma swoje źródło w prawie europejskim, sędzia powinien odczytywać normę w kontekście kompleksowym³¹, nawet gdyby miało to prowadzić do wniosków sprzecznych z zastanymi zasadami regulacji krajowych i przyjętą praktyką orzecniczą; o ile kwestia ta mogła budzić pewne kontrowersje³² w okresie przedakcesyjnym, dziś nie ulega wątpliwości, że orzeczenie ma wiążący charakter we wszystkich państwach Unii Europejskiej;
 - 3) żadne względy o charakterze językowo–logicznym nie przeciwstawiają się szerokiej wykładni art. 11a, stąd niesłuszne byłoby twierdzenie, że implementacja jest wadliwa, a przepis jako sprzeczny z dyrektywą nie powinien być stosowany³³; idąc dalej — art. 11a jako samodzielna podstawa żądania pozwala na niezależną, szerszą interpretację użytego w nim pojęcia szkody; oparcie roszczenia na art. 471 k.c. prowadziłyby do sytuacji, w której zakres przedmiotowej odpowiedzialności odszkodowawczej byłby szerszy w przypadku kontraktów o imprezę turystyczną (zgodnie z wykładnią ETS), węższy zaś na potrzeby innych stosunków obligacyjnych — jednocześnie sytuacja taka prowadziłyby do akceptowania sprzeczności rozstrzygnięć z treścią art. 361 k.c. w pierwszej sytuacji;

²⁸ Tak jednak: M. Nesterowicz: *Zadośćuczynienie za „zmarnowany urlop” podczas wycieczki turystycznej*, Państwo i Prawo (dalej: PiP) 2002, z. 10, s. 73.

²⁹ G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz..., op. cit.*, s. 69.

³⁰ M. Nesterowicz: *Zadośćuczynienie pieniężne za „zmarnowany urlop” podczas wycieczki turystycznej*, PiP 2002, z. 10, s. 73. Przy czym, wobec nowelizacji implementującej dyrektywę, za nieaktualny należy uznać wniosek autora o konieczności szerszej niż tradycyjna interpretacji art. 471 k.c., gdyż art. 11a ustawy o usługach turystycznych jest samodzielną podstawą roszczenia.

³¹ T.M.J. Möllers: *Wpływ Trybunału Sprawiedliwości na niemieckie prawo cywilne*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1998, z. 4, s. 642.

³² Obowiązek wykładni zgodnej z prawem unijnym spoczywał jednak na polskich organach sądowiczych na mocy układu stowarzyszeniowego z roku 1990.

³³ Wówczas źródłem roszczenia byłby art. 471 k.c., żądanie zadośćuczynienia wymagałoby objęcia szkody niemajątkowej zakresem wspomnianej normy.

odrębnym problemem jest powstała konieczność różnego rozumienia sensu tych samych pojęć, wszak we wszystkich wspomnianych okolicznościach mamy do czynienia ze „szkodą” kontraktową.

VI. POSTULAT ZMIAN, KIERUNKI ROZWIĄZAŃ WZOREM OBCYCH PORZĄDKÓW PRAWNYCH

Wyrok Trybunału nadaje rozważaniom zupełnie inny kierunek i wreszcie — pewne podstawy do formułowania postulatów *de lege ferenda*.

Odpowiedź na pytania: czy rozszerzenie ogólnego kontraktowego obowiązku odszkodowawczego powinno obejmować także uszczerbek niemajątkowy(?) oraz: jakie byłyby praktyczne konsekwencje takiej zmiany(?), wymaga pogłębionej analizy, której materialny wymiar w każdym wypadku wykraczałby poza ramy niniejszego artykułu.

Aktualny stan prawny zdaje się być terminologicznie niejednolity. Jak już wspomniano, na gruncie treści obowiązku odszkodowawczego wynikającego z poszczególnych norm prawnych, literalnie ta sama „szkoda wynikła z niewykonania lub nie należytego wykonania zobowiązania” ma w praktyce zupełnie inny zakres znaczeniowy. Sytuacja taka może być tymczasowo akceptowana — dopóty, dopóki nie dojdzie do powielenia omówionego procesu. Pojawienie się podobnych jak ustawa o usługach turystycznych autonomicznych regulacji pogłębi terminologiczny chaos, zaś owo „ujednocianie” zasad odpowiedzialności w skali europejskiej w poszczególnych sektorach świadczonych usług może prowadzić do swoistej „dekodyfikacji” prawa krajowego. Czy jest wobec niej jakakolwiek alternatywa? W kontekście sprawy Leitner, nasuwają się następujące propozycje rozwiązań:

- rozszerzenie ogólnego obowiązku odszkodowawczego poprzez wprowadzenie zasady kompensaty szkód niemajątkowych;
- uznanie, iż w przypadku niektórych umów zobowiązaniowych „przyjemność” płynąca z prawidłowego wykonania jest gwarantowana odpowiednio wysoką ceną świadczenia.

W tym miejscu wypada zatrzymać się nad krótką analizą obcych porządków prawnych w dyskutowanym zakresie. W europejskich systemach krajowych funkcjonują dwa zasadnicze modele, za pomocą których państwa europejskie próbują uporać się z problemem kontraktowej szkody o charakterze niemajątkowym.

W systemie *common law*, co do zasady naruszenie umowy nie daje podstaw do żądania zadośćuczynienia. Wystąpienie jednakże pewnych szczególnych niedogodności (*inconvenience, anxiety, distress*), które ze względu na treść umowy nie powinny były wystąpić, jest brane przez sądy pod uwagę, w rezultacie czego klient na przy-

kład biura podróży może uzyskać rekompensatę za niemajątkowy uszczerbek bez konieczności występowania z odrębną skargą. Podobnie jak w orzecznictwie francuskim, istnieją tu tendencje do poszerzania zakresu obowiązku odszkodowawczego. Takie podejście do problemu odpowiedzialności kontraktowej nie jest, rzecz jasna, wolne od niedoskonałości. Głosy krytyczne wywołuje przede wszystkim brak jednolitych zasad i chaos interpretacyjny, konieczność „rozciągania” pojęciowego norm i manipulacji³⁴. W związku z trwającym stanem niepewności i niemożnością jednoznacznego określenia normatywnej pojemności pojęć postuluje się wprowadzenie generalnej zasady odpowiedzialności za szkodę o charakterze niemajątkowym.

Ustawodawstwa romańskie (francuskie, hiszpańskie, belgijskie) uzależniają przyznanie odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy od uznania sądu. Doktryna i orzecznictwo wyróżniają kilka rodzajów szkód. Możliwość taka nie wynika jednak wprost z ustawy, jest konsekwencją szerokiej wykładni pojęcia szkody (*dommage*), praktyki orzeczniczej sądów. Szkada niemajątkowa (*dommage moral*) może zatem pociągać za sobą odpowiedzialność odszkodowawczą³⁵. W polskim systemie prawnym szkoda nie jest definiowana, jednak, raz jeszcze należy podkreślić, generalny zakres obowiązku odszkodowawczego (a zatem to, jakie rodzaje szkód należy uwzględnić) jest wąski, wyznaczony treścią art. 361 ust. 2 k.c. Inna niż wynikająca z literalnego brzmienia przepisu interpretacja pojęcia szkody w kontekście odpowiedzialności za jej poszczególne rodzaje zapewne nie zniósłaby krytyki, bowiem pojęcia straty i utraczonych korzyści mogą być rozumiane, choćby ze względów językowych, jedynie w ich majątkowym wymiarze. Wynik taki jest konsekwencją zarówno tradycji interpretacyjnej (orzeczniczej), jak również pewnej cechy systemowej konstrukcji art. 361 („w braku odmiennego przepisu ustawy” — takim przepisem jest m.in. art. 448 k.c.).

Rozszerzenie obowiązku kompensaty musiałyby polegać zatem na:

- 1) rezygnacji z precyzyjnego ujęcia zakresu obowiązku odszkodowawczego (wyznaczenie stosownych granic pozostawione zostałyby zatem praktyce orzeczniczej);
- 2) wprowadzeniu całkowicie nowej normy na wzór art. 448 k.c., odnoszącej się do obowiązków odszkodowawczych dłużnika kontraktowego bądź uzupełnieniu art. 361 ust. 2 również o wypadki powstania szkody niemajątkowej³⁶.

³⁴ R. Holmes: *Mental distress damages for breach of contract*, [http://www.vuw.ac.nz/law/documentation/PDFS%20AND%20ATTACHMENTS/VUWLR%20PDFS/35\(3\)/Holmes.pdf](http://www.vuw.ac.nz/law/documentation/PDFS%20AND%20ATTACHMENTS/VUWLR%20PDFS/35(3)/Holmes.pdf). Autorka zwraca uwagę na fakt, iż szkoda niemajątkowa ma charakter realny, stąd nie powinna być prawnie irrelevantna jedynie ze względu na trudności z jej pieniężnym określeniem. Jednocześnie owe trudności mogą okazać się pozornymi, choćby ze względu na silne przywiązanie *common law* do postrzegania szkody jedynie w jej majątkowym wymiarze.

³⁵ A. Machowska, K. Wojtyczek: *Prawo francuskie*, Zakamycze 2005, s. 200; dalej autorzy podnoszą: „Od wielu lat stałą tendencją orzecznictwa jest pogląd, że odszkodowanie w takich przypadkach ma nie tyle naprawić, co zrekompenzować przynajmniej w części to, czego naprawić się nie da”.

³⁶ W zależności od przyjętej opcji odszkodowanie ma więc charakter bądź zasady, bądź też wyjątku, ograniczonego do pewnego katalogu sytuacji.

Wypada skłonić się raczej w kierunku drugiego z podanych rozstrzygnięć. Kategoryzacja w ramach ogólnego pojęcia szkody i wyodrębnianie w jej ramach uszczerbku majątkowego i niemajątkowego ma sens o tyle, iż tworzy zbiór pełny (nie istnieje uszczerbek niebędący jednocześnie uszczerbkiem majątkowym i niemajątkowym) i wynika z natury rzeczy. Dowolność oceny sądu prowadziłaby po wtóre do sytuacji, w której w pewnych przypadkach pojęcie szkody zyskiwałoby walor jedynie majątkowy, innym razem — obejmowałoby także jej element niemajątkowy. Zupełnie inną natomiast kwestią, wymagającą odrębnego rozważenia, jest problem fakultatywności takiego odszkodowania.

W związku z przytoczoną definicją legalną szkody dość sugestywne wydaje się rozwiązanie podobnego problemu zaproponowane przez orzecznictwo **niemieckie**. Zasądzenie zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową powstałą na skutek wadliwego świadczenia jest możliwe na gruncie prawa niemieckiego tylko w przypadkach określonych wyraźnie w ustawie. Podobnie w Polsce, Austrii, Grecji czy Holandii³⁷. Owo podobieństwo legislacyjne sprawia, że postulowany model jest dla polskiego sądu być może szczególnie kuszący³⁸. Roszczenie odszkodowawcze za „zmarowany urlop” jest traktowane jak roszczenie majątkowe. Poziom, standard świadczonych usług (w konsekwencji — niezapewnienie takiego poziomu) ma znajdować odzwierciedlenie w cenie usługi. Rozwiązanie takie wydaje się efektywne, zwłaszcza w przypadku kontraktów, w których świadczenie ma charakter w przeważającej części niemajątkowy, tzn. strona korzystająca z usługi nie jest stroną przysporzoną (w sensie majątkowym), „przysporzenie” polega właśnie na doświadczeniu przyjemności.

Ostatecznie sądy niemieckie są zmuszone do dosyć karkołomnych kalkulacji matematycznych celem obliczenia należnej poszkodowanemu sumy. Tworzenie fikcyjnych (niewynikających bowiem przecież z naturalnego charakteru uszczerbku) i abstrakcyjnych konstrukcji jest w przypadku systemu prawa niemieckiego uzasadnione szczególnymi trudnościami w dochodzeniu odszkodowania na podstawie deliktowej³⁹. Z punktu widzenia polskiego prawa, które jest bogate o doświadczenia z otwartą regulacją odpowiedzialności za krzywdę (także na gruncie kontraktów, o czym była już zresztą mowa), zabieg taki byłby niewątpliwie krokiem wstecz, na pewno zaś krokiem zupełnie zbytecznym.

Przyglądając się obcym legislacjom, dość łatwo można spostrzec, że rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej powoli staje się regułą. I niewątpliwa jest w tym

³⁷ *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, red. W.V. Horton Rogers, Vienna–New York 2001, s. 246.

³⁸ Por. T. Dybowski: *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, Wrocław–Warszawa 1981, s. 237–238.

³⁹ Prawo niemieckie przewiduje enumeratywny katalog dóbr, których naruszenie może skutkować powstaniem roszczenia o zadośćuczynienie (§ 253 ust. 2 BGB). Tak nieelastyczne ujęcie jest jednocześnie odporne na wszelkie zmiany o charakterze społeczno-gospodarczym, które mogłyby uzasadniać rozszerzenie prawa do kompensaty na kolejne kręgi poszkodowanych. W prawie polskim katalog ten jest otwarty (art. 23 k.c.), choć i tak pozwala na uwzględnienie żądania kompensaty za szkodę niemajątkową w pewnym tylko zakresie.

zasługa orzecznictwa, bowiem to sądy w drodze wykładni próbują nadać pojęciu szkody nowy, pełniejszy i pojemniejszy sens. Drogi ku takiemu rezultatowi są zupełnie inne. Rozwiązania zaś mają charakter incydentalny i konkretny (sąd w indywidualnym przypadku ocenia, czy odszkodowanie przysługuje czy też nie), w sposób wyraźny prawo do kompensaty przyznała w zakresie imprez turystycznych jedynie Dania. Można zastanowić się, czy przyczyna owej prawokształtującej roli sądów jest spowodowana przywiązaniem do obowiązującego prawa, obawą przed skutkami zmian czy też narastającą skłonnością do kazuistyki. Coraz częściej okazuje się, że jesteśmy na taką kazuistykę skazani.

Wreszcie, wyrażono niedawno w doktrynie pogląd, którego autor wskazuje⁴⁰, że możliwość zasądzenia problematycznego odszkodowania daje art. 56 k.c. Z „zasad współżycia społecznego” wynikać może bowiem, że skutkiem zawarcia umowy jest poszerzenie odpowiedzialności strony także na uszczerbek niemajątkowy, zwłaszcza w sytuacji, gdy postanowienie takie nie zostało w żaden sposób zwerbalizowane. Rozwiązanie takie jest jednak dalekie od doskonałości i powinno być traktowane jedynie jako propozycja doraźna.

Przed wszystkim same zasady współżycia społecznego nie powinny być kryterium decydującym o możliwości przyznania odszkodowania. Nie zawsze z punktu widzenia omawianej klauzuli generalnej kompensata szkody niemajątkowej będzie zasadna. Mogą pojawić się jednak inne przyczyny, dla których sąd powinien żądanie takie uwzględnić. Druga uwaga dotyczy samego żądania — brak wyraźnej normy dopuszczającej kompensatę szkody niemajątkowej może prowadzić do sytuacji, w której strona odszkodowania takiego w ogóle nie zażąda. Nawet wówczas, gdy, uwzględniając normy moralne i etyczne przestrzegane w społeczeństwie, sąd byłby skłonny takie roszczenie uwzględnić. Oczywiście, jak wskazuje autor, proponowana koncepcja pozwala na objęcie ochroną interesów niemajątkowych niebędących dobrami osobistymi już *de lege lata*.

Wyrażone dalej stanowisko muszę zakwalifikować raczej jako konserwatywne, choć — być może paradoksalnie — w niniejszej pracy opowiadam się za nowelizacją. Konserwatywne z dwóch zasadniczych przyczyn:

- a) jako że opowiadające się za systematyzującą i porządkującą formą zmian;
- b) jako że opowiadające się przeciwko tworzeniu autonomicznych regulacji na potrzeby pojedynczych stosunków prawnych.

Przy czym konieczność zmiany jest w przeprowadzonych rozważaniach aksjodematem.

⁴⁰ R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie za krzywdę związaną z niewykonaniem zobowiązania*, Przegląd Sądowy 2006, nr 5, s. 36.

VII. KONSEKWENCJE PRAWNE MODYFIKACJI

W związku z proponowanym rozstrzygnięciem — zbliżonym w konsekwencjach do rozwiązań romańskich porządków prawnych — nasuwa się dość zabawny i życiowy przykład — pytanie: czy sąd uwzględni żądanie zadośćuczynienia za krzywdę moralną wywołaną przysłowiowym „włosem w zupie”? Odchodząc do tak konkretnie ujętego problemu, wątpliwości związanych z przewidywanymi negatywnymi konsekwencjami przedmiotowo szerokiego ujęcia obowiązku odszkodowawczego jest co najmniej kilka.

Rzeczywiście, wydaje się, że sugerowane *novum* legislacyjne prowadziłyby do sytuacji, w której o wysokości i dopuszczalności odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy decydowałyby subiektywne (bardzo zróżnicowane w takich samych sytuacjach) odczucia usługobiorców.

Wniosek powyższy jest jedynie pozorny⁴¹.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do problemu związania sądu koniecznością zasądzenia odszkodowania i kryteriów oszacowania jego wysokości. Tu ponownie wypada przywołać zasadę aktualną na gruncie prawa deliktów — zasadę **fakultatywności**. Wysokość sumy odszkodowania warunkują czynniki obiektywne, byłaby zatem najpewniej — „odpowiednia” — wobec: całokształtu okoliczności sprawy, rozmiaru i rodzaju doznanej szkody oraz jej ewentualnych dalszych następstw⁴². Sąd mógłby więc żądanie oddalić w sytuacji, w której doznania estetyczne czy duchowe nie stanowiły funkcjonalnego trzonu czynności wykonawczej będącej treścią świadczenia, inaczej mówiąc — gdy poszkodowany nie miał podstaw twierdzić, że niewłaściwe wykonanie zobowiązania będzie skutkowało krzywdą moralną, gdyż w tego rodzaju stosunkach uszczerbek taki po prostu nie występuje lub ma znaczenie marginalne.

W obecnym systemie można wyznaczyć pewne grupy podmiotowe chronione w odmienny od siebie sposób. Krąg najpełniejszy obejmuje wszystkie podmioty mające zdolność bycia stroną stosunku prawnego (zarówno zobowiązaniowego, jak i stosunku o innym charakterze prawnie relewantnym), dalej — niektóre instytucje są właściwe jedynie dla osób fizycznych (nie tylko poprzez wyraźną regulację ustawową, ale zwykle ze względu na pewne cechy naturalne, jedynie osobom fizycznym właściwe, jak zdolność odczuwania cierpienia czy szczęścia), wreszcie — wykształcony w ostatnich latach, wciąż ewoluujący model konsumenta. Konsument to osoba fizyczna, znajdująca się w niekorzystnym układzie prawnym — jako słaba strona stosunku zobowiązaniowego. Podobnie jak dotychczas osoba fizyczna w prawie de-

⁴¹ *Ibidem*, s. 39. Wcześniejsze obawy, dotyczące np. otwartego katalogu dóbr osobistych czy zadośćuczynienia za krzywdę, nie potwierdziły się, głównie ze względów pozanormatywnych.

⁴² G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 457.

liktów — tak obecnie konsument jest uczestnikiem stosunków, właściwych jedynie grupie, do której należy. Konsumpcja, a raczej jej niemożliwość czy utrudnienie skutkuje uszczerbkiem niemajątkowym. Wydaje się, że nie jest to przypadek właściwy stosunkom profesjonalnym, gdzie sensem gospodarczym świadczenia nigdy nie będą wrażenia, odczucia i doznania⁴³. Wychodząc jednak poza dyskusję toczoną wokół sprawy Leitner, należy zadać pytanie: czy osoba prawna (a jednocześnie także: czy przedsiębiorca będący osobą fizyczną) może być poszkodowanym w niemajątkowym sensie? Pomimo bezwzględного modelu ochrony dóbr osobistych osób prawnych, orzecznictwo jest nieprzychylnie ustosunkowane do faktycznej możliwości zasądzenia na ich rzecz zadośćuczynienia za krzywdę⁴⁴. Kwestia ta zdaje się jednak ponownie otwarta. W pkt 38 opinii rzecznika Tizzano czytamy bowiem: „W kilku przypadkach Sąd Pierwszej Instancji (...) przynajmniej co do zasady uznał odpowiedzialność za szkodę niemajątkową związaną z utratą renomy przedsiębiorstwa i jej wizerunku rynkowego”. Nie możemy wykluczyć zatem i takiego rozstrzygnięcia. Trudno jednocześnie ocenić, czy obowiązek odszkodowawczy w zakresie szkody niemajątkowej powinien dotyczyć jedynie konsumentów (osób fizycznych). Problem naruszenia dóbr osobistych osób prawnych ma zazwyczaj jednak podłoże deliktowe i, przynajmniej na potrzeby niniejszych rozważań, trzeba przyjąć, że materia ta należy raczej do domeny prawa nieuczciwej konkurencji i publicznego prawa gospodarczego.

Dalej: czy skutek nowelizacji groziłby polskiemu sądownictwu nawał pozwów o błahostki, które, chcąc nie chcąc, sądy zmuszone byłyby merytorycznie rozpatrzyć? Wbrew pozorom na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć przecząco. Na przykładzie prawa deliktowego widać wyraźnie, że dochodzenie zadośćuczynienia za krzywdę bardzo często połączone jest z żądaniem kompensaty szkody majątkowej bądź roszczeń określonych w art. 24 k.c. — postępowań zasadniczo nie przybywa, zmienia się natomiast z pewnością ekonomiczny wymiar roszczenia i jego podstawa prawna. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której zaistniała szkoda majątkowa nie wiązała się bądź to z wadliwym świadczeniem, bądź to z jego brakiem. Szkoda niemajątkowa w postaci „utraty przyjemności” ma charakter wtórny, pośredni — nie powstaje bowiem sama z siebie, lecz jest rezultatem faktycznych zaniedbań po stronie świadczącego i niemal zawsze wiąże się z uszczerbkiem majątkowym. Niezależnie od kwestii, czy możliwa jest sytuacja powstania wyłącznie uszczerbku niemajątkowego, w której jakiegokolwiek inne roszczenie, poza żądaniem jej kompensaty, będzie nieaktualne, obserwując kierunek postępu legislacyjnego Wspólnoty nasuwa się dość klarowny wniosek — właśnie tego typu umowy zdają się być pod szczególną

⁴³ Tak m.in. R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 37. Krzywda ma w przypadku obrotu profesjonalnego mieścić się w ramach zwykłego ryzyka gospodarczego. Podobnie kwestia ta wygląda w orzecznictwie sądów angielskich. Przypomnijmy — *common law* dopuszcza możliwość uzyskania świadczenia odszkodowawczego za szkodę niemajątkową, jeżeli podstawowym motywem zawarcia umowy było dostarczenie zadowolenia czy satysfakcji psychicznej.

⁴⁴ Faktycznej jedynie, bowiem możliwość prawną stwarza blankietowy charakter normy art. 43 k.c.

ochroną organów prawodawczych Unii. I, jak dowodzi przykład dyrektywy 90/314, zadekretowane na szczeblu międzynarodowym decyzje legislacyjne są nie do uniknięcia.

Niewątpliwie postulowane zmiany prowadziłyby do wyraźnego pogorszenia sytuacji prawnej drugiej strony. Prawo cywilne nie formuje zasadniczo stosunków obligacyjnych w sposób kategoriowy — nie należy zapominać, że dopuszcza się w szerokim zakresie umowną limitację obowiązku odszkodowawczego. Samą dyrektywę cechuje pod tym względem również elastyczność — umożliwia umowne wyłączenie odpowiedzialności za szkodę niemajątkową⁴⁵. Nic nie stałoby na przeszkodzie generalizacji tego rozwiązania. Dana uczestnikom indywidualnego stosunku prawnego swoboda kontraktowa umożliwia łagodzenie zasad odpowiedzialności (jak choćby zasady winy), a także kwotowego zakresu takiej odpowiedzialności (np. poprzez instytucję kary umownej), w omawianym przypadku — ograniczenie odpowiedzialności wyłącznie do szkód o charakterze majątkowym.

VIII. KORZYŚCI?

Wypada wreszcie zastanowić się, **czy polskie prawo, przy takich jak obecne ramach odpowiedzialności deliktowej, w ogóle potrzebuje zmian generalnych w zakresie zasad odpowiedzialności kontraktowej**, zmian wprowadzanych ze względu na pewną tylko szczególną kategorię kontaktów. Istnieją bowiem typy umów, z treści których nie wynika nawet możliwość „pokrzywdzenia” na skutek niewykonania czy też nienależytego wykonania zobowiązania. Umowa o usługi turystyczne jest typem pod pewnymi względami wyjątkowym, gdyż charakteryzuje się, w przeciwieństwie do umów o pojedyncze świadczenie, szczególnym ryzykiem zaistnienia nieprawidłowości w toku jej wykonywania. Nowoczesne ujęcie usług turystycznych zmierza ku traktowaniu ich w sposób „pakietowy”, jako kompleksowe, jednolite świadczenie⁴⁶. Taki również charakter ma umowa turystyczna w prawie polskim, o czym była już mowa. Dotychczas klient biura podróży, jak również nadal w przypadku innych niż impreza turystyczna kontraktów poszkodowany w możliwości dochodzenia kompensaty uszczerbku niemajątkowego jest „skazany” na zasady kodeksowe — instytucję zadośćuczynienia (art. 448 k.c.), o ile niewykonanie zobowiązania wiązało się z naruszeniem dobra osobistego. Problem z taką kwalifikacją powstaje jednak wówczas, gdy zaistniały przesłanki ekskulpujące drugą stronę (w przypadku biur podróży na podstawie art. 429 k.c.)⁴⁷. Sądy polskie próbowały sobie radzić z takim

⁴⁵ Wspomniany wcześniej art. 5 ust. 2 pkt 4 dyrektywy.

⁴⁶ Tak E. Łętowska: *Europejskie prawo...*, *op. cit.*, s. 329; por. M. Nesterowicz: *Prawo turystyczne*, Warszawa 1993, s. 14.

⁴⁷ M. Nesterowicz: *Odpowiedzialność kontraktowa i deliktowa*, PiP 1999, z. 1, s. 19.

dylematem, stosując, niezbyt poprawnie, koncepcję roszczenia o „mieszanym” charakterze, przyjmując stosowanie na przykład reżimu deliktowego celem uwzględnienia żądania zadośćuczynienia, ale już kontraktowego — celem eliminacji opcji wyłączenia odpowiedzialności za czyny osób trzecich na podstawie art. 429 k.c.⁴⁸ Pomijając problem pozaprawnej słuszności rozwiązania, obecnie, w świetle przedmiotowego wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, stanowisko takie jest na gruncie usług turystycznych błędne, gdyż utraciło walor funkcjonalnej operacji „ostatniej szansy”. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału — odszkodowanie przysługuje na podstawie przepisów inkorporujących art. 5 dyrektywy 90/314.

W kontekście prowadzonych rozważań warto przypomnieć, że odpowiedzialność kontraktową za uszczerbek niemajątkowy przewidywał w pewnym zakresie, na zasadzie odesłania, kodeks zobowiązań (art. 242 k.z.⁴⁹). Nieliczne głosy w doktrynie opowiadały się na tej podstawie za możliwością analogicznego stosowania przepisów o deliktach⁵⁰. Nie wydaje się jednak, by pogląd ten zasługiwał na aprobatę, słuszność należy raczej oddać stanowisku przeciwnemu. Stworzenie autonomicznej regulacji zagadnienia odpowiedzialności kontraktowej, opierającej się na odmiennych zasadach niż reguły kompensaty w przypadku czynów niedozwolonych, świadczy raczej o woli tworzenia norm niezależnych. Nie jest logiczne wnioskowanie o istnieniu norm z ich wyraźnego braku. Nie może być w związku z tym mowy o stosowaniu norm deliktowych *per analogiam*.

Zresztą, nie należy zapominać, że sensem orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Leitner jest wprowadzenie prawnej możliwości uzyskania kompensaty uszczerbku innego typu niż rodzaje szkód wyspecyfikowane w przepisach deliktowych. Jak wyżej stwierdzono, art. 11a i 11b pozwalają także przy wąskim rozumieniu „szkody” na uzyskanie zadośćuczynienia za „krzywdę”, normy te mają bowiem „mieszany” czy też „kompleksowy” charakter. Europejski Trybunał Sprawiedliwości idzie w swoich rozważaniach o krok dalej i umożliwia występowanie z żądaniem odszkodowania za „utrata przyjemności wypoczynku”.

Ostatecznie, wobec zapytania o praktyczną motywację zmiany warto skupić się na ewentualnych korzyściach, będących jej potencjalnymi konsekwencjami.

Wśród nich na plan pierwszy wysuwa się elementarna kwestia ciężaru dowodu. Ułatwienia dowodowe, jakie wiążą się z odpowiedzialnością świadczącego wadliwie, i zasady odpowiedzialności za osoby trzecie mają szczególne znaczenie dla zapobieżenia „rozmywaniu” odpowiedzialności kontraktowej w przypadku tzw. umów

⁴⁸ Tak np. SN w orzeczeniu z 28 marca 1968 r. (I CR 64/68, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1969, nr 4, s. 137).

⁴⁹ Art. 242 k.z.: „Odszkodowanie określa się według postanowień umowy lub szczególnych przepisów ustawy; w braku tychże stosuje się przepisy o naprawieniu szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym”.

⁵⁰ Tak m.in.: J. Rezler, A. Stelmachowski, przychylna opinia M. Nesterowicza.

kompleksowych⁵¹. Poszkodowany unika konieczności występowania z poszczególnymi roszczeniami przeciwko podmiotom świadczącym. Kontrahent odpowiada za wadliwe świadczenie podmiotów, którym zlecił wykonanie umowy w pewnym zakresie nie tylko w przypadku tzw. *culpa in eligendis*. Odpowiedzialność za osoby trzecie wyrażona w art. 474 k.c. jest niczym innym jak odpowiedzialnością na zasadzie szeroko pojętego ryzyka. Rzecz jasna, pociągnięty do odpowiedzialności mógłby dalej dochodzić zwrotnie kosztów, na jakie został narażony przez wadliwe świadczenie bezpośredniego wykonawcy. Komplikacje o charakterze procesowym zostają przerzucone na podmiot profesjonalny. Zabieg taki jest jak najbardziej uzasadniony, choćby ze względu na dyrektywę ponoszenia ryzyka gospodarczego przez przedsiębiorcę w stosunkach jednostronnie profesjonalnych.

Wyrok w sprawie Leitner wyznacza kierunek ochrony słabszego kontrahenta, który może znaleźć odzwierciedlenie także w przyszłych regulacjach konsumencjonalnych, generalizowanie zasad pozwala na uniknięcie wspomnianego już chaosu terminologicznego. Proces rozszerzania odpowiedzialności kontraktowej rozpoczął się wcześniej. Sugerowany zabieg legislacyjny pozwala na wyjście naprzeciw podobnym, jak w przypadku sprawy Leitner, wyzwaniom orzeczniczym. Niewątpliwie istnieją również przypadki regulacji na szczeblu wspólnotowym, w których zasadne ze względu na treść normowanego stosunku stanie się zawężenie zakresu odpowiedzialności za szkodę (i uwzględnianie ponownie jedynie szkód o charakterze np. majątkowym). Przypadki takich regulacji funkcjonują w prawie polskim już teraz (np. w prawie pracy⁵²), stąd to właśnie pozakodeksowe rozszerzanie odpowiedzialności jest rozwiązaniem hybrydalnym. W sytuacji odwrotnej — wydzielania zakresu przedmiotowego ze zbioru pełnego — zdaje się być zabiegiem naturalnym, przynajmniej zaś — zabiegiem, do którego polskie prawo jest „przyzwyczajone”.

IX. PODSUMOWANIE

Orzeczenie w sprawie Leitner jest niewątpliwie przykładem dążenia ku jednolitemu postrzeganiu, a co za tym idzie — również stosowaniu podstawowych instytucji. Charakter prawny dyrektywy 90/314, jako harmonizującej i minimalnej, nie dawał

⁵¹ Chodzi nie tylko o korzystne dla poszkodowanego domniemania prawne, lecz również o zasadę odpowiedzialności za wadliwe świadczenie przez osoby trzecie. Ustawa o usługach turystycznych reguluje tę kwestię podobnie jak art. 474 k.c., czynności osób uczestniczących w wykonywaniu usługi są przypisywane organizatorowi, stąd niezależnie od tego, kto doprowadził do szkody, wszystkich świadczeń kompensujących można dochodzić od jednego podmiotu. Wyjątki od wspomnianej zasady są nieliczne. W przypadku umów turystycznych zwolnienie z odpowiedzialności może nastąpić tylko w sytuacji, gdy wykonujący usługi sam nie odpowiadałby na podstawie art. 11a (w przypadku zaistnienia przynajmniej jednej z okoliczności egzoneracyjnych).

⁵² Art. 115 k.p.: „Pracownik ponosi odpowiedzialność za szkodę w granicach rzeczywistej straty poniesionej przez pracodawcę i tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego wynikła szkoda”.

w opinii rządu Francji podstaw do „ujednoczenia” zasad odpowiedzialności. Okazało się jednak, że o ile „szkoda” ma w większości systemów prawnych bardzo ogólne znaczenie, o tyle ograniczenia zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej nie gwarantują nawet owego postulowanego „minimalnego poziomu ochrony”. Sama dyrektywa bowiem ograniczeń takich nie zawiera.

Idąc dalej — odpowiedź na pytanie o potrzebę znoszenia ograniczeń przedmiotowych wymaga wszechstronnego rozważenia i zapewne nie jest prostym wynikiem przeważającej siły argumentu. Niewątpliwie jednak, biorąc pod rozwagę treść przynajmniej pewnej kategorii umów, gwarantowana aktualnym stanem prawnym ochrona poszkodowanego zdaje się niewystarczająca.