

ALEKSANDER CHŁOPECKI

Zakres, sposób i skutki stosowania „miękkiego prawa” jako alternatywy dla regulacji ustawowych – na przykładzie rynku finansowego

Mechanizmem regulującym stosunki gospodarcze, będącym alternatywą wobec norm prawa pozytywnego, są obecnie różnego rodzaju kodeksy, wytyczne, zalecenia etc. Celem tworzenia tych regulacji jest przede wszystkim standaryzacja funkcjonujących już praktyk rynkowych przy jednoczesnym uniknięciu narzucanych przez ustawodawcę i z reguły mało elastycznych, bezwzględnie obowiązujących regulacji prawnych. W chwili obecnej obserwujemy zatem powstawanie licznych kodeksów dobrych praktyk. Kodeksy te odgrywają rolę regulacji mieszczących się pomiędzy „rynkiem” a „prawem”, gdyż z jednej strony nie pozostawiają ukształtowania dobrych praktyk samemu tylko rynkowi, a z drugiej – nie mają mocy wiążącej, właściwej przepisom ustawowym. Kodeks postępowania (Verhaltenskodex, code of conduct) to umowa lub częściowe zbiór zasad, które stanowią normy postępowania przedsiębiorców i które zostały przez nich dobrowolnie przyjęte. Kodeksy dobrych praktyk znajdują zastosowanie w odniesieniu do jednej lub większej liczby określonych praktyk handlowych lub sektorów działalności gospodarczej. Należy zauważyć, iż dobrowolność tworzenia i przestrzegania pewnych norm postępowania wskazuje, że kodeksy dobrych praktyk są instrumentami o charakterze samoregulacyjnym. Samoregulacja (self-regulatory system) należy do prawa „miękkiego” (soft law). Zarówno bowiem źródło powstania kodeksów postępowania, jak również ich stosowanie i kontrola przestrzegania zawartych w nich norm oparte są na dobrowolnym przyjęciu kodeksu przez sygnatariuszy.

Wprowadzenie

Niniejszy artykuł jest głosem w dyskusji nad rolą tzw. miękkiego prawa i jego źródłami, jak również skutkami społecznymi i prawnymi jego stosowania. Autor wielokrotnie współpracował z twórcami i współtworzył regulacje miękkiego prawa w obszarze rynku finansowego. Obserwacje zawarte w tym artykule są jednak wynikiem osobistych doświadczeń i analiz – z konieczności wyrywkowych. Nie prezentuję zatem swoich stwierdzeń jako wyników analizy empirycznej, lecz jedynie jako pewne hipotezy, czy wręcz tezy do dyskusji. Swoją drogą

empiryczna analiza problematyki poruszanej w tym artykule byłaby wysoce celowa. W dalszym ciągu (poza miejscem poświęconym nomenklaturze i zakresowi działania „miękkiego prawa”), będę stosował określenie „kodeks”, które jednak co do zasady będzie oznaczało wszelkie przejawy miękkiego prawa.

1. Czym jest i w jakich formach funkcjonuje „miękkie prawo”

Oczywiste jest, że „miękkie prawo” nie jest prawem stanowionym (czyli – prawem w ogóle w rozumieniu Konstytucji). Zgodnie z art. 87 Konstytucji źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia. Ponadto zgodnie z ust. 2 tego przepisu źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są w obszarze działania organów, które je ustanowiły, akty prawa miejscowego. Jasne jest, że „miękkie prawo” nie należy do żadnej z tych kategorii, nawet pomimo pewnego podobieństwa do tzw. prawa miejscowego, które jednak jest zawsze wydawane na podstawie prawa stanowionego wyższego rzędu. „Miękkie prawo” nie może być zatem uznane za źródło prawa w rozumieniu przepisów Konstytucji. Za całkowicie wadliwy należałoby wszakże uznać pogląd, iż „miękkie prawo” pozostaje poza polskim i unijnym systemem prawnym. **Jest wręcz przeciwnie. „Miękkie prawo” stanowi element systemu prawnego zarówno w rozumieniu prawa europejskiego, jak i prawa polskiego.** Ta konstatacja zdaje się umykać regulatorom i części środowiska prawniczego. Z czego ona wynika – poniżej.

O „miękkim prawie” mówi „twarde prawo”, tj. Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym¹. Ustawa ta określa, że praktyka rynkowa to działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informacja handlowa, w szczególności reklama i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta. Ustawa ta definiuje również kodeks dobrych praktyk – jako „zbiór zasad postępowania, a w szczególności norm etycznych i zawodowych, przedsiębiorców, którzy zobowiązali się do ich przestrzegania w odniesieniu do jednej lub większej liczby praktyk rynkowych”. W art. 7 ustawa ta stanowi, że nieuczciwymi praktykami rynkowymi w każdych okolicznościach są między innymi następujące praktyki rynkowe wprowadzające w błąd: podawanie przez przedsiębiorcę informacji, że zobowiązał się on do przestrzegania kodeksu dobrych praktyk, jeżeli jest to niezgodne z prawdą, jak również twierdzenie, że kodeks dobrych praktyk został zatwierdzony przez organ publiczny lub inny organ, jeżeli jest to niezgodne z prawdą.

Ustawa dotyczy też kwestii swoistej roli „miękkiego prawa”, o której będzie mowa poniżej. Zgodnie z art. 11 ust. 1 powołanej ustawy nieuczciwą praktyką rynkową jest stosowanie kodeksu dobrych praktyk, którego postanowienia są sprzeczne z prawem. Ponadto zgodnie z ust. 2 ww. przepisu nieuczciwej praktyki rynkowej dopuszcza się twórca kodeksu dobrych praktyk, którego postanowienia są sprzeczne z prawem. Nawiasem mówiąc, regulacja ta stanowi pewne dodatkowe potwierdzenie roli i znaczenia kodeksów dobrych praktyk, które są lub przynajmniej mogą być uznawane *de facto* za przepisy prawa, albowiem funkcjonalnie prawo to w pewnej mierze zastępują lub je poprzedzają.

1. Por. Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, Dz. U.2007.171.1206, z późn. zmianami.

Zgodnie z ust. 3 powołanego przepisu, w razie wątpliwości za twórcę kodeksu dobrych praktyk uważa się każdy podmiot, w szczególności przedsiębiorcę lub związek przedsiębiorców, odpowiedzialny za przygotowanie i wprowadzenie w życie lub nadzór nad przestrzeganiem kodeksu dobrych praktyk.

Powołane regulacje prawa polskiego bez wątpienia wychodzące poza prosty „wzorzec konstytucyjny” nie wzięły się znikąd. Są one implementacją Dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym².

Wyraźne odwołanie się ustawodawcy do „miękkiego prawa” wyklucza uznanie go za element systemowo nierелеwantny. Jednak same regulacje ustawowe (w tym unijne) nie pozwalają na zdefiniowanie, czym w istocie jest „miękkie prawo”. Koncepcji może być kilka. W szczególności zaś [katalog nie jest wyczerpujący] :

- „miękkie prawo” to kodyfikacja zwyczajów gospodarczych w danej sferze obrotu gospodarczego,
- „miękkie prawo” to zobowiązanie (oscylujące między kategorią zobowiązania czysto moralnego a zobowiązania prawnego) profesjonalnych stron obrotu do działania w określony sposób,
- „miękkie prawo” to zbiór postulatów odnoszących się do sposobów działania i interakcji profesjonalistów ze swoimi klientami i między sobą.

Koncepcyjnie „miękkie prawo” może funkcjonować w różnych postaciach – nie tylko tych wymienionych w wyżej wskazanych aktach prawnych. Mogą to być w szczególności wszelkiego rodzaju kodeksy dobrych praktyk, zalecenia, wytyczne, kanony, karty produktu etc.

Dla przykładu wymienić można funkcjonujące na rynku finansowym: Kanon Dobrych Praktyk Rynku Finansowego (stworzony pod auspicjami Komisji Nadzoru Finansowego), Kodeks Dobrej Praktyki Domów Maklerskich, Zasady Dobrych Praktyk Ubezpieczeniowych, Dobre Praktyki Spółek Notowanych na GPW czy Kodeks Dobrych Praktyk Inwestorów Instytucjonalnych³.

Dodać przy tym należy, że w praktyce w systemie prawnym Unii Europejskiej *soft law* odgrywa znaczącą rolę. Poza wspomnianą już Dyrektywą 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącą nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym mówić można np. o regulacjach dotyczących wyłącznie rynku finansowego: Zaleceniu Komisji z dnia 11 października 2007 r. w sprawie elektronicznej sieci urzędowo ustanowionych systemów scentralizowanego gromadzenia informacji regulowanych, o których mowa w dyrektywie 2004/109/WE Parlamentu Europejskiego i Rady⁴, Wytycznych Europejskiego Banku Centralnego z dnia 18 lipca 2012 r. w sprawie TARGET2-Securities⁵, Zaleceniu Komisji Europejskiej z dnia 14 grudnia 2004 r. w sprawie wspierania odpowiedniego systemu wynagrodzeń dyrektorów spółek notowanych na giełdzie⁶, czy Zaleceniu

2. Dz. Urz. UE L 2005.149.22.

3. Dostępne odpowiednio na: <http://www.knf.gov.pl>, www.idm.com.pl, <http://www.piu.org.pl/zasady-dobrych-praktyk>, www.corp-gov.gpw.pl, www.izfa.pl.

4. Zalecenie Komisji Europejskiej z dnia 11 października 2007 r. w sprawie elektronicznej sieci urzędowo ustanowionych systemów scentralizowanego gromadzenia informacji regulowanych, o których mowa w dyrektywie 2004/109/WE Parlamentu Europejskiego i Rady [Dz. Urz. UE L 2007.267.16].

5. Wytyczne Europejskiego Banku Centralnego z dnia 18 lipca 2012 r. w sprawie TARGET2-Securities [Dz. Urz. UE L 2012.215.19].

6. Zalecenie Komisji Europejskiej z dnia 14 grudnia 2004 r. w sprawie wspierania odpowiedniego systemu wynagrodzeń dyrektorów spółek notowanych na giełdzie [Dz. Urz. UE L 2004.385.55].

Komisji Europejskiej z dnia 15 lutego 2005 r. dotyczącym roli dyrektorów niewykonawczych lub będących członkami rady nadzorczej spółek giełdowych i komisji rady (nadzorczej)⁷. To ostatnie zalecenie jest bezpośrednio powołane w tzw. Dobrych Praktykach Spółek Giełdowych (a zatem stanowi właściwie ich treść). W praktyce prawa unijnego wykorzystuje się inne mechanizmy będące czymś pośrednim między „miękkim prawem” a interpretacją prawa obowiązującego, jak Questions and Answers (np. Implementation of the Regulation (EU) No 648/2012 on OTC derivatives, central counterparties and trade repositories (EMIR))⁸, Guidelines and Recommendations czy Opinions.

Podsumowując powyższe rozważania, można powiedzieć, że wbrew potocznym opiniom *soft law* nie jest jedynie elementem dobrowolnej standaryzacji działań podmiotów gospodarczych, lecz również **uznanym elementem systemu prawnego**, i to zarówno w Polsce, jak i w Unii Europejskiej⁹. Pamiętając oczywiście o tym, że wobec konstytucyjnego ograniczenia źródeł prawa w Polsce *soft law*, stanowiąc element systemu prawnego, nie jest formalnym źródłem prawa – prawotwórcza rola *soft law* będzie rozważana w dalszej części tekstu.

2. Wybrane przyczyny stosowania regulacji „miękkiego prawa”

Omówione poniżej przyczyny stosowania „miękkiego prawa” są przedstawione w kolejności, w moim zamyśle, chronologicznej – tj. od swoistej „praprzyczyny” do konsekwencji najbardziej istotnej. Używając języka psychologii, można powiedzieć, że konsekwencją tą jest **środowiskowa internalizacja wartości zawartych w kodeksach etycznych**, czyli proces stopniowego przyswajania i przyjmowania za własne poglądów, postaw, norm i wartości narzucanych z zewnątrz (przez osobę lub grupę społeczną), które początkowo były traktowane jako obce, respektowane, ale nie w pełni akceptowane. Chronologia ta ma oczywiście charakter modelowy i jako taka w praktyce może mieć odmienny przebieg, być pozbawiona pewnych elementów lub wzbogacona o inne.

Pierwszą z przyczyn powstawania „miękkiego prawa” definiuję jako „**potrzebę wizerunkową**”. Kwestie wizerunkowe powstają w wyniku wielu zjawisk – przede wszystkim zewnętrznej krytyki ze strony środowisk konsumenckich i (z reguły jednocześnie) regulatorów (o ile w danej sferze obrotu istnieją). Wywołuje to naturalny „odrzuch obronny”, przy czym jego skuteczne zaistnienie wymaga też pewnej integracji środowiskowej, np. poprzez stowarzyszenia lub izby gospodarcze. Kodyfikacja zasad ma stworzyć w istocie nie tyle zbiór zasad już funkcjonujących, ile pewien model będący kombinacją zasad funkcjonujących w praktyce w pełni, zasad funkcjonujących w praktyce, ale nieuznawanych w pełni przez dane środowisko gospodarcze – wreszcie zasad w niewielkim stopniu uznawanych przez środowisko gospodarcze, ale których powstanie i uznanie wydaje się aksjologicznie celowe z punktu widzenia funkcjonowania tego środowiska.

7. Zalecenie Komisji Europejskiej dnia 15 lutego 2005 r. dotyczące roli dyrektorów niewykonawczych lub będących członkami rady nadzorczej spółek giełdowych i komisji rady (nadzorczej) (Dz. Urz. UE L 2005.52.51).

8. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 648/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie instrumentów pochodnych będących przedmiotem obrotu poza rynkiem regulowanym, kontrahentów centralnych i repozytoriów transakcji (Dz. Urz. UE L 2012.201.1).

9. Por. jednak Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 października 2007 r. (II OSK 1255/07, LEX nr 400453). W wyroku tym sąd stwierdził iż „Europejski Kodeks Dobrej Administracji podobnie jak Karta Podstawowych Praw Unii Europejskiej nie są aktami wiążącymi w Polsce, obecnie mogą być jedynie traktowane jako akty wytyczające pożądane standardy działania administracji”.

Kodyfikacja to zarówno werbalizacja i porządkowanie zasad i norm już funkcjonujących, jak i zawieranie w danej kodyfikacji norm nowych lub niestosowanych w sposób powszechny przez środowisko. Zjawisko tworzenia norm nowych może mieć na celu w szczególności osłabienie krytyki zewnętrznej, zmniejszenie groźby interwencji regulatora, czy też w końcu – uniknięcie interwencji ustawodawcy, która potencjalnie mogłaby być bardziej dotkliwa niż droga „miękkiego prawa”.

Konsekwencją stworzenia „miękkiego prawa” jest z reguły **tworzenie zwyczaju gospodarczego**. Objawia się to pojawianiem się określonych wzorców zachowań np. w relacjach z konsumentami – np. poprzez pojawienie się adekwatnych i odpowiadających na krytykę standardów informacyjnych lub też wpisywanie do umów z klientami odpowiednich postanowień. Pomijając sytuację, gdy niejako gremialnie całe środowisko przyjmuje dany standard zachowania, regułą jest przyjmowanie go początkowo przez określoną grupę podmiotów. W niektórych sytuacjach „premią” i zarazem zachętą do stosowania tych standardów są pozytywne reakcje zewnętrzne, np. regulatorów lub konsumentów, co przyczynia się do upowszechnienia się „opłacalności” danych standardów.

Upowszechnione i stosowane w danym środowisku powszechnie (co oczywiście nie musi oznaczać tzw. 100 proc. powszechności) standardy zaczynają wywierać wpływ na praktykę gospodarczą i stają się jej elementem w sferze prekontraktowej, kontraktowej czy korporacyjnej. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 56 Kodeksu cywilnego czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów. Upowszechnienie standardów może prowadzić do tego, iż stają się one elementem systemu prawnego nie jako przepisy prawa pozytywnego, ale jako element ustalonych zwyczajów. Również element wykonania zobowiązania może podlegać standardom zawartym w „miękkim prawie”. Zgodnie z art. 354 § 1 k.c. dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.

W konsekwencji zaistnienia określonych skodyfikowanych standardów środowiskowych i utrwalenia się poglądu, że stanowią one element zwyczajów gospodarczych, mają one lub mieć mogą **wpływ na praktykę orzeczniczą**. Wprawdzie brak w Polsce prawa precedensowego nieco osłabia konstatację o wpływie orzecznictwa na stosunki gospodarcze, jednak orzecznictwo¹⁰ z reguły

10. Por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 stycznia 2011 r. (I ACa 989/10, LEX nr 898675). Zgodnie z tym wyrokiem 83a ust. 3 ustawy z 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi firma inwestycyjna jest zobowiązana, świadcząc usługę maklerską, brać pod uwagę najlepiej pojęty interes klienta. Zapis ten przemawia za tym, że zobowiązania firmy inwestycyjnej są zobowiązaniami starannego działania, a nie określonego rezultatu. Por. też wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2010 r. (VI SA/Wa 64/10, LEX nr 675920). Zgodnie z tym wyrokiem wykładni klauzuli generalnej – zasad uczciwego obrotu – należy dokonywać nie tylko przy uwzględnieniu kontekstu normatywnego, w którym dane pojęcie występuje, ale również w wymiarze systemowym, biorąc pod uwagę inne klauzule generalne i pojęcia niedookreślone występujące w przepisach ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi. Nie można też pomijać innych ustaw dotyczących rynku finansowego. [...] Należy przy tym podkreślić, że interes klienta jest chroniony jako dobro publiczne [wspólne], a nie dobro indywidualne konkretnego podmiotu. Wątpliwość przypisuje się takim działaniom i intencjom, które są sumienne, rzetelne, nie oszukańcze. Por. też wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2008 r. (II GSK 526/08, LEX nr 522422). Zgodnie z tym wyrokiem zarzut naruszenia zasady uczciwego obrotu, sankcjonowany karą pieniężną, o której mowa w art. 167 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy z 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, powinien być wykazany przez wskazanie istnienia normy postępowania,

stanowi co najmniej istotną wskazówkę co do sposobu rozumowania podmiotów działających na rynku. Pamiętać w szczególności należy, że pojęcia dobrych obyczajów, działania w interesie klienta etc. są istotną składową zwyczajów gospodarczych.

Przyjęcie określonych standardów „miękkiego prawa” może mieć również, i z reguły ma, zarówno **wpływ na stosunki wzajemne** między podmiotami tworzącymi *soft law*, jak i **wpływ na konkurencję i uczciwą reklamę** w danym środowisku gospodarczym. Unifikacja standardów informacyjnych i ich porównywalność z reguły ogranicza wpływ i zakres tworzonej w sposób niestandardowy, a zatem często porównawczej lub wręcz dyskryminacyjnej polityki informacyjnej i reklamowej. Przykładowo – standaryzacja produktowa raczej wyklucza próby przekonywania klientów o nadzwyczajnej wartości produktu reklamowanego i dyskryminacyjną ocenę produktów konkurencji. W efekcie tych zjawisk wzrasta poziom **ochrony konsumentów** (inwestorów etc.).

Definiowanie zwyczajów gospodarczych jest jednoznaczne w większości przypadków z **definiowaniem uczciwych obyczajów** w ogólności i ich **inkorporacją do kultury korporacyjnej**. Wpływ na praktykę korporacyjną polega na tym, że określone sposoby działania stają się naturalnym elementem funkcjonowania korporacji, a nie „wymuszonym” i zadeklarowanym sposobem następczego przystosowywania się korporacji do zewnętrznych reguł zawartych w „miękkim prawie”.

Podsumowując powyższe rozważania, można powiedzieć, że „miękkie prawo” to rodzaj aksjologicznego wsparcia prawa stanowionego, które poprzez etapy swojego powstawania i funkcjonowania przechodzi drogę [a w każdym razie przechodzić może] od nieco wymuszonego efektu wynikającego z potrzeby poprawy i kreacji wizerunku do zinternalizowanych obyczajów korporacyjnych.

3. Problem sposobu poddania się „miękkim prawom”

Istota różnicy między prawem „miękkim” i stanowionym polega między innymi na sposobie poddania się „miękkim prawom”. Pamiętać przy tym musimy, co wskazano już powyżej, że „dobrowolność” poddania się „miękkim prawom” staje się w pewnym momencie jego „internalizacji” pozorna. Gdy pojawia się praktyka orzecznicza uznająca dane standardy za zwyczaje, umowne pole decyzji co do poddania się lub nie danym standardom jest w praktyce zawężone do minimum. Niepoddanie się takim standardom oznacza bowiem konieczność czynnego (np. poprzez klauzule umowne) wyłączenia określonych standardów z treści umowy, co – pomijając negatywny efekt marketingowy – może być uznane za działanie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Niemniej jednak, przynajmniej na wstępnych etapach internalizacji, sposoby poddania się „miękkim prawom” mogą być różne.

Rozpocząć należy od **ogólnej deklaracji** akceptacji „miękkiego prawa” lub jego części poprzez publiczne oświadczenie składane przez podmiot gospodarczy np. na swoich stronach internetowych, w materiałach informacyjnych i reklamowych. Prawna „skuteczność” takiej deklaracji może być oceniana jedynie *ad casum* – tj. poprzez ewentualne przyjęcie przez sąd, iż dana deklaracja

wchodzącej w zakres powyższych zasad, dostatecznie precyzyjnie sformułowanej, spełniającej walor jej znajomości i akceptowalności przez znaczącą większość uczestników publicznego rynku papierów wartościowych. Zasady uczciwego obrotu, o których mowa w powołanej ustawie, należałoby zaliczyć do kategorii norm etyczno-moralnych, a więc nie do norm stanowionego prawa.

cja stanowi odzwierciedlenie zwyczajów gospodarczych lub też, poprzez wykładnię art. 56 k.c., iż umożliwia odczytanie woli stron.

Drugą metodę dla uproszczenia określeń jako **deklarację organizacyjną**. Zaistnieje ona wtedy, gdy dana organizacja przedsiębiorców uzależni przystąpienie do niej (lub dalsze w niej funkcjonowanie) od przyjęcia określonych standardów „miękkiego prawa”¹¹. Wskazać należy, że prawo pozytywne w niektórych przypadkach, w szczególności w przypadku przymusowego samorządu zawodowego (np. adwokaci i radcy prawni), niejako wymusza stosowanie kodeksów etycznych tych organizacji – dla ich członków stają się one równoznaczne z prawem stanowionym. Dyskusja o zgodności tego typu regulacji z art. 56 Konstytucji wykracza poza ramy niniejszego tekstu.

Pewną odmianę deklaracji stosowania „miękkiego prawa” stanowi **zasada „complain or explain”**¹². Oznacza ona w skrócie deklarację stosowania „miękkiego prawa” przy jednoczesnym wyborze tych regulacji, które są niestosowalne lub nieakceptowalne dla danego podmiotu.

Naturalnie **podporządkowanie „miękkiemu prawu” wskutek ustalenia się zwyczajów gospodarczych lub/i linii orzeczniczej, podporządkowywanie się w sposób milczący etc.** nie wymaga żadnych deklaracji.

Tak więc sposób, w jaki dany podmiot poddaje się „miękkiemu prawu”, jest zróżnicowany i może mieć zróżnicowany poziom dobrowolności. Konsekwentna „internalizacja” wymusza wszakże stosowanie „miękkiego prawa”, i to bez konieczności interwencji ustawodawcy.

4. Problem sankcji

Naturalnie to, co w niniejszym tekście określono jako „internalizację” zasad „miękkiego prawa”, nie wyklucza opisanych w pkt 4 metod podporządkowywania się takiemu prawu. Logika tego tekstu nakazuje wszakże rozważyć możliwe konsekwencje braku podporządkowania. Zaczniemy niejako od końca, czyli od poziomu zwyczajów gospodarczych i orzecznictwa, gdzie internalizacja „miękkiego prawa” wiąże się po prostu z sankcjami prawnymi za niepodporządkowanie. Z reguły są to sankcje o charakterze odszkodowawczym. Niepodporządkowanie na wcześniejszych etapach internalizacji może rodzić następujące rodzaje sankcji:

- sankcje moralne i wizerunkowe,
- sankcje organizacyjne,
- sankcje pieniężne.

Dwa ostatnie rodzaje sankcji wiążą się z zaakceptowaniem przez dany podmiot uczestnictwa w danej organizacji zrzeszającej daną grupę przedsiębiorców i podporządkowania się wewnętrznym regułom. Istotne jest również wytworzenie wewnątrzorganizacyjnego mechanizmu oceny zachowania sygnatariuszy danego kodeksu – np. wewnętrznego komitetu¹³. Oczywiście instytucje tworzące organizacje przedsiębiorców i sami przedsiębiorcy nie chcą zbyt ostrych sankcji.

Podsumowując, należy stwierdzić, że „miękkie prawo” jest zauważonym przez ustawodawcę elementem systemu prawnego. Pomimo wskazanych powyżej problemów, jak i „etapowości” jego funkcjonowania, jest również elementem, którego rozwój należy popierać i pobudzać.

11. Por. np. Kodeks Dobrych Praktyk Domów Maklerskich.

12. Por. np. Kodeks Dobrych Praktyk stosowany na GPW.

13. Por. np. Kodeks Dobrych Praktyk Inwestorów Instytucjonalnych.

Wykaz źródeł

- Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, Dz. U. 2007.171.1206, z późn. zmianami
- Zalecenie Komisji Europejskiej z dnia 11 października 2007 r. w sprawie elektronicznej sieci urzędowo ustanowionych systemów scentralizowanego gromadzenia informacji regulowanych, o których mowa w dyrektywie 2004/109/WE Parlamentu Europejskiego i Rady [Dz. Urz. UE L 2007.267.16]
- Wytyczne Europejskiego Banku Centralnego z dnia 18 lipca 2012 r. w sprawie TARGET2-Securities [Dz. Urz. UE L 2012.215.19]
- Zalecenie Komisji Europejskiej z dnia 14 grudnia 2004 r. w sprawie wspierania odpowiedniego systemu wynagrodzeń dyrektorów spółek notowanych na giełdzie [Dz. Urz. UE L 2004.385.55]
- Zalecenie Komisji Europejskiej z dnia 15 lutego 2005 r. dotyczące roli dyrektorów niewykonawczych lub będących członkami rady nadzorczej spółek giełdowych i komisji rady [nadzorczej] [Dz. Urz. UE L 2005.52.51]
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 648/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie instrumentów pochodnych będących przedmiotem obrotu poza rynkiem regulowanym, kontrahentów centralnych i repozytoriów transakcji [Dz. Urz. UE L 2012.201.1]
- Kodeks Dobrych Praktyk Domów Maklerskich – www.idm.com.pl
- Zasady Dobrych Praktyk Ubezpieczeniowych – <http://www.piu.org.pl/zasady-dobrych-praktyk>
- Dobre Praktyki Spółek Notowanych na GPW – www.corp-gov.gpw.pl
- Kodeks Dobrych Praktyk Inwestorów Instytucjonalnych – www.izfa.pl

PROF. DR HAB. ALEKSANDER CHŁOPECKI – Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Kancelaria Dentons.