

SYLWIA JAŚKIEWICZ-KAMIŃSKA¹

Odpowiedzialność za ochronę infrastruktury krytycznej – wybrane aspekty

Streszczenie

W artykule zarysowano problematykę ochrony infrastruktury krytycznej na tle wybranych aspektów odpowiedzialności prawnej. Infrastruktura krytyczna stanowi istotny element ciągłości funkcjonowania państwa w wymiarze gospodarczym, społecznym i politycznym. Podstawę odpowiedzialności prawnej za jej ochronę stanowią normy prawa administracyjnego, cywilnego i karnego. Odpowiedzialność ta pozostaje rozproszona pomiędzy podmioty prywatne i publiczne, co stanowi skutek procesów liberalizacji i internacjonalizacji rynków sektorowych (np. tworzenie sieci transeuropejskich). Wyznaczenie jej granic w przypadku pojawienia się lub eskalacji zagrożeń dla funkcjonowania infrastruktury krytycznej na etapie zapobiegania, reagowania i odbudowy może stwarzać problemy natury prawnej. Ochrona infrastruktury krytycznej staje się trudnym do ustalenia mariażem dwóch sfer: *imperium* i *dominium*.

Słowa kluczowe: infrastruktura krytyczna, ochrona infrastruktury krytycznej, zarządzanie kryzysowe, odpowiedzialność za ochronę, odpowiedzialność kompensacyjna, odpowiedzialność prewencyjna

¹ Dr Sylwia Jaśkiewicz-Kamińska – doktor nauk prawnych, adiunkt w Wyższej Szkole Bankowej w Gdańsku, członek Europejskiego Stowarzyszenia Prawa Europejskiego (e-mail: sylwiajk@gmail.com).

SYLWIA JAŚKIEWICZ-KAMIŃSKA

Liability for critical infrastructure protection – selected issues

Abstract

The article is focused on critical infrastructure protection in the field of selected liability issues. Critical infrastructure is significant from the country's integrity and continuity point of view at all levels: economic, social and political. The process of sectoral markets liberalisation and the spread of international connections of these markets (e.g. arising of transeuropean networks) have resulted in shared responsibility on critical infrastructure protection. Protection duties have been divided between private (infrastructure operators) and public authorities. It is seemingly clear which one: the former or the latter bears responsibility for the protection of critical infrastructure during and after its disruption. In fact clarification of this area poses a problem at the level of prevention, preparedness, response, and recovery. The critical infrastructure protection becomes a jigsaw puzzle of *imperium* and *dominium* relations that results in sophisticated picture of responsibility.

Keywords: critical infrastructure, critical infrastructure protection, crisis management, responsibility to protect, liability, preventive responsibility

Zapobieganie występowaniu zakłóceń w funkcjonowaniu infrastruktury krytycznej stanowi wyzwanie dzisiejszych czasów. Z prognoz Światowego Forum Ekonomicznego wynika, że istnieje 10–20% prawdopodobieństwa, iż do 2018 roku poważne zakłócenia informatycznej infrastruktury krytycznej wygenerują globalny koszt ekonomiczny w wysokości około 250 miliardów dolarów². W świetle tych prognoz problematyka odpowiedzialności za ochronę infrastruktury krytycznej wydaje się niezwykle istotna. Jest to jednak problematyka trudna do badania z wielu powodów. Po pierwsze z uwagi na asymetryczny charakter zagrożeń³ dla infrastruktury krytycznej, który przekłada się na utrudnienia w klasyfikacji podejmowanych działań w dziedzinie ochrony (niekiedy trudno jest określić, czy sytuacja wymaga podjęcia przez operatora rutynowych działań ochronnych z zakresu gotowości, czy też wymaga już uruchomienia procedur z udziałem wyspecjalizowanych struktur publicznych – służb, inspekcji i straży oraz odpowiednich organów administracji rządowej bądź samorządowej), po drugie z uwagi na wielość norm stanowiących podstawę obowiązków w dziedzinie ochrony (normy publicznoprawne oraz normy prywatnoprawne), a co za tym idzie, różnorodność podmiotów odpowiedzialnych za ochronę (podmioty publiczne i podmioty prywatne) oraz zakres tej odpowiedzialności na poszczególnych etapach eskalacji zagrożenia (zapobiegania, gotowości, reagowania, odbudowy). Celem artykułu jest wskazanie regulacji prawnych istotnych dla kształtowania obowiązków z zakresu ochrony infrastruktury krytycznej oraz wynikających z nich konsekwencji, a także ukazanie złożoności problematyki odpowiedzialności za ochronę, ze szczególnym uwzględnieniem odpowiedzialności prewencyjnej jako potencjału, zasługującego na wyeksponowanie w prezentowanym tu kontekście ochrony.

Infrastrukturę krytyczną stanowią przede wszystkim systemy sektorów infrastrukturalnych, ich elementy oraz świadczone w ich ramach usługi istotne dla funkcjonowania państwa i społeczeństwa⁴. Identyfikacja pojęcia infrastruktura krytyczna, tego co ją tworzy, a więc obiektów, urządzeń, budynków, budowli itd.

² B. Hämmerli, A. Renda, *Protecting critical infrastructure in the EU*, CEPS Task Force Report, Brussels, 2010, s. 22.

³ Zagrożenia asymetryczne oznaczają zagrożenia antropogeniczne (np. terroryzm, cyberterroryzm, awarie techniczne spowodowane błędem ludzkim) oraz zagrożenia wynikające z działania sił natury (np. klęski żywiołowe, katastrofy wywołane siłami natury).

⁴ Zob. definicję legalną zamieszczoną w ustawie z 26.04.2007 r. o zarządzaniu kryzysowym, tekst jednolity Dz.U. z 2013 r., poz. 1166.

ma niebagatelne znaczenie dla efektywności stosowania przepisów w dziedzinie jej ochrony. Polski prawodawca, w przeciwieństwie do prawodawcy unijnego, stworzył katalog systemów tworzących infrastrukturę krytyczną, wyznaczając dziewięć systemów. Wśród nich znalazły się m.in. systemy energetyczne, paliwowe, teleinformatyczne, transportowe⁵. Nie wykluczyło to pojawienia się pewnych trudności związanych z interpretacją pojęcia infrastruktury krytycznej w oparciu o przepisy ustawy o zarządzaniu kryzysowym. W 2009 roku wątpliwości te próbował rozstrzygnąć Trybunał Konstytucyjny, oceniając zgodność art. 3 pkt. 1 (definicja sytuacji kryzysowej) oraz art. 3 pkt 2 (definicja infrastruktury krytycznej) ustawy z dnia 26.04.2007 r. o zarządzaniu kryzysowym z konstytucyjną zasadą poprawnej legislacji, proporcjonalności i wolności gospodarczej, stwierdził, że „definicja infrastruktury krytycznej oparta jest na pojęciach nie do końca precyzyjnych, ale zawiera terminy dość powszechnie stosowane, które nie wymagają bardziej szczegółowego wyjaśnienia w przepisie sformułowanym wyłącznie na użytek tej ustawy”⁶. W cytowanym orzeczeniu Trybunał podkreślił, że systemy infrastruktury krytycznej można dokładnie określić na podstawie przepisów ustaw odnoszących się do konkretnych sektorów infrastrukturalnych, m.in. odczytując je z treści ustawy Prawo wodne, ustawy Prawo energetyczne itd.

Problematyka ochrony infrastruktury krytycznej wpisuje się w krąg zagadnień z zakresu zarządzania kryzysowego⁷. Z uwagi na występujący tu efekt kaskadowy pojawiających się zakłóceń w funkcjonowaniu infrastruktury oraz możliwy transgraniczny charakter zagrożeń dla infrastruktury problematyka ta pozostaje zarówno przedmiotem rozważań forum regionalnego (np. Unii Europejskiej), jak i międzynarodowego⁸. Przedmiotową ochronę tworzą normy zarządzania kryzysowego w obszarze prewencji, gotowości, reagowania, odbudowy oraz normy bezpieczeństwa sektorowego, obejmując ochronę fizyczną, techniczną, osobową, prawną,

⁵ Por. z definicją infrastruktury krytycznej sformułowaną w dyrektywie Rady 2008/114/WE z 8.12.2008 r. w sprawie rozpoznawania i wyznaczania europejskiej infrastruktury krytycznej oraz oceny potrzeb w zakresie poprawy jej ochrony, Dz. Urz. UE. 2008, L345/75.

⁶ Wyrok TK z dnia 21.04.2009 r., sygn. K50/07, Dz.U. z 2009 r. Nr 65, poz. 533.

⁷ Ochronę infrastruktury krytycznej stanowią „wszelkie działania zmierzające do zapewnienia funkcjonalności, ciągłości działań i integralności IK w celu zapobiegania zagrożeniom, ryzykom lub słabym punktom oraz ograniczenia i neutralizacji ich skutków oraz szybkiego odtworzenia tej infrastruktury na wypadek awarii, ataków oraz innych zdarzeń zakłócających jej prawidłowe funkcjonowanie”. Definicja legalna zamieszczona w ustawie z dnia 26.04.2007 r. o zarządzaniu kryzysowym.

⁸ Zob. S. Jaśkiewicz-Kamińska, *Rola administracji w ochronie infrastruktury krytycznej*, [w:] M. Będziński, J. Zawadzki (red.), *Holistyczna ocena bezpieczeństwa – aspekt współczesny*, Prace Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Gdańsku, 31, Warszawa 2014.

teleinformatyczną, a także plany odtwarzania (będące w istocie planami ciągłości działania)⁹.

W UE debatę na temat konieczności stworzenia systemu ochrony infrastruktury krytycznej otworzyła Zielona Księga w sprawie Europejskiego Programu Ochrony Infrastruktury Krytycznej¹⁰. Autorzy Księgi zainspirowani konsekwencjami wydarzeń z 11.09.2001 roku dostrzegli konieczność wypracowania wzorca ścisłej współpracy sektora publicznego z prywatnym. Na forum UE po raz pierwszy „odwrócono się” od zasady wyłącznej odpowiedzialności za ochronę operatorów sektorów infrastrukturalnych, zmierzając w kierunku rozbudowywania odpowiedzialności podmiotów publicznych w tym obszarze. Wyrazem tej tendencji stały się obowiązki nałożone na państwa członkowskie UE w przepisach dyrektywy Rady z 8.12.2008 roku w sprawie rozpoznawania i wyznaczania europejskiej infrastruktury krytycznej oraz oceny potrzeb w zakresie poprawy jej ochrony¹¹. Prawodawca unijny sformułował w jej treści następujące obowiązki: rozpoznawania i wyznaczania europejskiej infrastruktury krytycznej, tworzenia tzw. punktów kontaktowych ds. ochrony, powołania urzędnika łącznikowego ds. ochrony, tworzenia i aktualizacji planów ochrony oraz monitorowania zagrożeń poprzez tworzenie map zagrożeń dla infrastruktury krytycznej. Powyższe ramy prawne stały się z czasem bodźcem do stworzenia systemów monitoringu zagrożeń (np. Globalnego Monitoringu Środowiska i Bezpieczeństwa – *Global Monitoring for Environment and Security*) oraz systemów wczesnego ostrzegania o zagrożeniach (np. Sieć Ostrzegania o Zagrożeniach dla Infrastruktury Krytycznej – *Critical Infrastructure Warning and Information System*), a także wielu innych inicjatyw w dziedzinie ochrony.

Dla krajowego wymiaru ochrony infrastruktury krytycznej zasadnicze znaczenie ma ustawa o zarządzaniu kryzysowym oraz akty wykonawcze do tej ustawy, w tym zwłaszcza rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie Narodowego Programu Ochrony Infrastruktury Krytycznej (NPOIK)¹². W sposób pośredni do zagadnień ochrony infrastruktury krytycznej nawiązują również przepisy ustawy o ochronie osób i mienia (choćby poprzez obowiązek tworzenia wykazów obszarów, obiektów, urządzeń i transportu podlegających obowiązkowej ochronie). Akty te kształtują m.in. obowiązek przygotowywania i wdrażania planów ochrony

⁹ R. Radziejowski, *Ochrona Infrastruktury Krytycznej. Teoria i praktyka*, Warszawa 2014, s. 98–105.

¹⁰ Zielona Księga w sprawie Europejskiego Programu Ochrony Infrastruktury Krytycznej, COM(2005)576, final, Bruksela, 17.11.2005.

¹¹ Dyrektywa Rady 2008/114/WE z 8.12.2008 r. w sprawie rozpoznawania i wyznaczania europejskiej infrastruktury krytycznej oraz oceny potrzeb w zakresie poprawy jej ochrony, Dz. Urz. UE. 2008, L345/75.

¹² T. Długosz, *Ochrona infrastruktury krytycznej w sektorach energetyki sieciowej*, Warszawa 2015, s. 159–177.

infrastruktury krytycznej, utrzymywania przez operatorów własnych systemów rezerwowych zapewniających bezpieczeństwo i podtrzymujących funkcjonowanie do czasu jej odtworzenia, wymagają, by operatorzy wyznaczali osoby odpowiedzialne za utrzymywanie kontaktów z podmiotami właściwymi w zakresie ochrony infrastruktury krytycznej, a także nakładają na nich obowiązek współpracy z administracją publiczną w sferze ochrony (zwłaszcza przy tworzeniu i aktualizacji NPOIK). W ramach wskazanych regulacji podmioty publiczne z kolei zobowiązane są do zamieszczania i weryfikacji wykazów infrastruktury krytycznej w planach zarządzania kryzysowego, do współpracy z organami i instytucjami unijnymi i międzynarodowymi w tym obszarze, a także do pełnienia kontroli i nadzoru w zakresie bezpieczeństwa infrastruktury w oparciu o szczegółowe regulacje prawa sektorowego. W efekcie, jak dostrzega R. Radziejowski, „administracja publiczna nadzoruje, kontroluje, operatorzy chronią”¹³.

Funkcjonujący model gospodarki ugruntowany wieloletnim procesem liberalizacji w sektorach infrastrukturalnych powoduje, że ciężar odpowiedzialności za ochronę pozostaje przede wszystkim w gestii podmiotów prywatnych. Operatorzy zobowiązani do świadczenia usług publicznych (transportowych, energetycznych, telekomunikacyjnych itd.)¹⁴ będących niegdyś domeną państwa są do odwołania „zleceniobiorcami”¹⁵. Świadczenie tych usług powierzone do realizacji podmiotom prywatnym pozostaje jednak nadal zadaniem publicznym (np. wynikający z przepisów ustaw samorządowych obowiązek zapewniania transportu zbiorowego), za ich ciągłość odpowiadają podmioty publiczne poprzez nadzór i kontrolę. W ten

¹³ R. Radziejowski, op. cit., s.104.

¹⁴ Usługi publiczne (*public services*) autorka utożsamia z usługami powszechnymi (*universal services*) oraz usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym (*services of general economic interest*) – termin, którym posługuje się prawodawca unijny. Por.: W. Hoff, *Prawny model regulacji sektorowej*, Warszawa 2008, s. 121–122; J. Nawrot, *Usługi publiczne w sektorze łączności elektronicznej*, [w:] S. Biernat, S. Dudzik (red.), *Przeptyw osób i świadczenie usług w Unii Europejskiej. Nowe zjawiska i tendencje*, Warszawa 2009, s. 351–352; M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych*, Warszawa 2005, s. 133–152.

¹⁵ Opierając się na ujętych w przepisach prawa obowiązkach, których adresatem jest administracja publiczna, można rekonstruować prawa podmiotowe jednostki. Wykładania rozszerzająca art. 36 Karty Praw Podstawowych (możliwa do zastosowania w przypadku rekonstruowania norm wynikających z praw podmiotowych) prowadzi do wniosku, że możliwe jest formułowanie nowych praw podmiotowych związanych z funkcjonowaniem sektorów infrastrukturalnych, m.in. w postaci prawa dostępu do wody, energii, Internetu (wzorem Szwecji, w której prawo przewiduje prawo do 1 Mbit). Czy można już mówić o nowych prawach podmiotowych, które zbiorczo można by nazwać prawem do bezpiecznej infrastruktury krytycznej? Czy mamy do czynienia zaledwie z prawem *in statu nascendi*? Pomocna przy udzieleniu odpowiedzi na to pytanie wydaje się treść art. 76 Konstytucji RP odczytywanego przy uwzględnieniu Protokołu nr 30 załączonego do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Protokołu w sprawie stosowania karty praw podstawowych Unii Europejskiej do Polski i Zjednoczonego Królestwa w konfrontacji z unijną doktryną Public Service Obligation – PSO).

sposób infrastruktura krytyczna staje się rodzajem dobra publicznego „zawieszono-ego” pomiędzy sferą *imperium* i *dominium*.

Podejmowanie działań z zakresu ochrony infrastruktury krytycznej wymaga posiadania sporych środków finansowych. Operatorzy zorientowani na wypracowywanie zysków niechętnie inwestują w kapitałochłonne środki ochrony, co w efekcie powoduje iluzję ochrony. Wskazane byłoby zatem tworzenie zachęt dla operatorów, w postaci odliczeń podatkowych, dofinansowania itp. Obopólną korzyść mogłaby przynieść również współpraca sektora prywatnego z publicznym np. w dziedzinie szkoleń, poprzez udostępnianie i wymianę doświadczeń, zasobów i środków (np. poprzez udostępnianie strzelnic wojskowych dla celów ćwiczebnych prywatnych formacji ochronnych)¹⁶.

Realizacja zadań z zakresu ochrony infrastruktury krytycznej napotyka na trudności już w pierwszym etapie. Operatorzy miewają problemy z zakwalifikowaniem poszczególnych elementów do wykazów infrastruktury krytycznej. Brak sankcji za ich nieujawnienie lub ich iluzoryczność potęguje nieefektywność wykonywania obowiązków z zakresu ochrony. Problemem okazuje się nie tylko wskazanie podmiotu zobligowanego przepisami prawa do realizacji obowiązków z zakresu ochrony infrastruktury, ale również możliwość ich realizacji (brak odpowiednich zasobów, brak środków na finansowanie działań), kwestie współpracy podmiotów zobowiązanych do ochrony, a niekiedy ich słuszność¹⁷. Dyskusyjne może być również określenie wyraźnych granic i zakresu odpowiedzialności za ochronę podmiotów do tego zobowiązanych w poszczególnych etapach eskalacji zagrożenia lub zdarzenia, w wyniku którego infrastruktura krytyczna została naruszona lub zniszczona. W efekcie pojawiają się pytania: kto, kiedy i w jakim zakresie powinien podjąć działania? Należy zastanowić się, czy normy zarządzania kryzysowego umożliwiają udzielenie odpowiedzi te pytania.

Podstawę odpowiedzialności za ochronę infrastruktury krytycznej mogą stanowić zarówno normy prawne, jak i pozaprawne¹⁸. Pierwsza grupa norm umożliwi dochodzenie roszczeń zarówno w oparciu o przesłanki odpowiedzialności umownej, jak i deliktowej. Druga z kolei może jedynie wzmocnić przesłanki odpowiedzial-

¹⁶ Przykłady takiej współpracy przedstawił J. Raczyński w referacie pt. *Formy współdziałania firm ochrony z państwem w odniesieniu do nowej strategii bezpieczeństwa narodowego* podczas konferencji *Prywatna ochrona bezpieczeństwa*, Akademia Leona Koźmińskiego, 26.11.2015 r., Warszawa.

¹⁷ R. Radziejowski twierdzi, że mnogość aktów prawnych, z których wynika obowiązek sporządzania wykazów obiektów przeznaczonych do objęcia szczególną ochroną prowadzonych przez organy administracji publicznej, powoduje dublowanie tego obowiązku. Zob. R. Radziejowski, op. cit., s. 123.

¹⁸ Za normy pozaprawne można uznać nie tylko tzw. *soft law* (np. standardy Narodowego Programu Ochrony Infrastruktury Krytycznej, *doktryna Responsibility to Protect*), ale również normy czy standardy techniczne (np. standardy ISO).

ności prawnej lub ewentualnie skłonić do określania negatywnych skutków dla podmiotów zobowiązanych do ochrony, lecz bez możliwości ich wyegzekwowania. W ostatnim przypadku negatywną konsekwencją mogą być różne formy napiętnowania społecznego, utrata dobrego wizerunku. Istnieją pewne analogie pomiędzy konstrukcją odpowiedzialności za ochronę infrastruktury krytycznej (OIK) a odpowiedzialnością za ochronę środowiska (OŚ). Podobnie jak w przypadku ochrony środowiska podstawę obowiązków ochrony stanowią zarówno normy prawa cywilnego, jak i administracyjnego oraz karnego. Możliwy jest również zbieg odpowiedzialności prawnej oraz możliwość uruchomienia odpowiedzialności solidarnej podmiotów prywatnych i publicznych. Z uwagi na fakt, że całość rozważań stanowi przedmiot badań dopiero powstającego opracowania monograficznego autorki, celem niniejszego tekstu jest jedynie zarysowanie problematyki odpowiedzialności za ochronę infrastruktury krytycznej oraz zaprezentowanie dwóch wybranych aspektów tej odpowiedzialności.

Orzecznictwo w dziedzinie odpowiedzialności kompensacyjnej za szkody wyrządzone konsumentom spowodowane zakłóceniem lub zniszczeniem infrastruktury krytycznej nie jest bogate. Jednym z interesujących wyroków wydanych przez europejski wymiar sprawiedliwości jest orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-509/11¹⁹. Przedmiotowy wyrok ma znaczenie precedensowe o podobnej sile jak wyroki w sprawie C-70/88²⁰ (wykładnia „kreatywna” TEWG w kontekście odczytywania prerogatyw Parlamentu Europejskiego), czy w sprawie C-168/00²¹ (wykładnia celowościowa pojęcia „szkoda”). W rozpatrywanym wyroku w sprawie C-509/11 Trybunał udzielił odpowiedzi na zadane przez austriacki sąd administracyjny pytanie: „Czy opóźnienie pociągu wynikające z wystąpienia siły wyższej (zamiecie śnieżne) może skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą przewoźnika?”. Trybunał dokonał analizy, zestawiając normy wynikające z przepisów wynikających z Konwencji o międzynarodowym przewozie kolejami z 9.05.1980 r.²² z postanowieniami rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącymi praw i obowiązków

¹⁹ Wyrok TSUE z 26.09.2013 r. w sprawie C-509/11 ÖBB-Personenverkehr AG, Dz. Urz. UE 2013, C 344, dostępny na www.curia.europa.eu.

²⁰ Wyrok ETS z 22.05.1990 r. w sprawie C-70/88 Parlament Europejski vs Rada Wspólnot Europejskich, Zb. Orz. 1990, s. I-2042.

²¹ Wyrok TSUE z 12.03.2002 r. w sprawie C-168/00 Simone Leitner przeciwko TUI Deutschland GmbH & Co. KG, Zb. Orz. 2002, s. I-02631.

²² Konwencja o międzynarodowym przewozie kolejami z 9.05.1980 r. zm. Protokołem wileńskim z 3.06.1999 r., Dz.U. z 2007 r. Nr 100, poz. 674 ze zm.

pasażerów w ruchu kolejowym²³. W opinii Trybunału postanowienia konwencyjne wskazują, że siła wyższa stanowi przesłankę egzonerującą odpowiedzialność przewoźnika, ale „prace przygotowawcze do rozporządzenia nr 1371/2007 bez wątplenia wskazują na to, że zamiarem prawodawcy unijnego było rozciągnięcie obowiązku przyznania odszkodowania na sytuacje, gdy przewoźnicy są zwolnieni z obowiązku naprawienia szkody na mocy przepisów ujednoczonych”²⁴. Wykorzystując wykładnię teleologiczną i systemową, Trybunał uznał, że w kontekście rozpatrywanej sprawy „pasażerowie mają prawo do częściowego zwrotu ceny biletu kolejowego w razie znacznego opóźnienia, nawet gdy opóźnienie spowodowane jest działaniem siły wyższej”. Podkreślił tym samym, że „przedsiębiorstwo kolejowe nie ma prawa zawrzeć w swoich ogólnych warunkach przewozu klauzuli, na mocy której jest ono zwolnione z ciężącego na nim obowiązku przyznania odszkodowania za opóźnienie, jeżeli opóźnienie spowodowane jest działaniem siły wyższej”. W ten sposób TSUE „zalegalizował” instytucję odszkodowania ryczałtowego i dał wyraz konieczności zmiany podejścia do klauzuli siły wyższej jako przesłanki wyłączającej odpowiedzialność odszkodowawczą²⁵.

W obliczu takich precedensów przedsiębiorcy infrastrukturalni coraz częściej zwracają uwagę na odpowiedzialność prewencyjną. Transparent o treści „1\$ przeznaczony na prewencję pozwala zaoszczędzić 4\$ na reagowanie”²⁶ wydaje się najlepszym uzasadnieniem dla propagowania idei prewencji nie tylko w sferze odpowiedzialności pozaprawnej (np. odpowiedzialności społecznej biznesu), ale przede wszystkim w kontekście odpowiedzialności prawnej. Podobnie eksponowana w dorobku naukowym Zdzisława Brodeckiego idea odpowiedzialności opartej na instytucji zwrotu kosztów środków prewencji powinna realnie wpływać na zwiększenie zainteresowania finansowaniem działań zapobiegawczych²⁷.

²³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1371/2007 z dnia 23 października 2007 r. dotyczące praw i obowiązków pasażerów w ruchu kolejowym, Dz. Urz. WE 315/14.

²⁴ Wyrok TSUE z 26.09.2013 r. w sprawie C-509/11 OBB-Personaenverkehr AG, Dz. Urz. UE 2013, C 344, dostępny na www.curia.europa.eu.

²⁵ W doktrynie i orzecznictwie pojawia się coraz więcej głosów na temat konieczności zmiany podejścia do siły wyższej jako przesłanki wyłączającej odpowiedzialność odszkodowawczą. Monitoring i zarządzanie ryzykiem występowania zagrożeń dla infrastruktury staje się standardem działania przedsiębiorcy infrastrukturalnego. W obliczu powszechnej dostępności oraz dokładności technik, metod i systemów przewidywania zjawisk przyrodniczych, takich jak np. Informatyczny System Osłony Kraju (ISOK), a także narzędzi wykorzystywanych do zarządzania ryzykiem, charakter prawny klauzuli siły wyższej powinien ulec zmianie.

²⁶ World Economic Forum, *Building resilience to natural disasters: a framework for private sector engagement*, Geneva, 2008, dostępny na <http://www.preventionweb.net> (11.05.2011).

²⁷ Zob. Z. Brodecki, *The modern law of transboundary harm*, Wrocław 1983, passim; Z. Brodecki, *Compensation for damage to the marine environment of the Baltic Sea area*, Gdańsk 1987, passim.

Jest to bowiem jeden ze skutecznych sposobów transferowania ryzyka w prowadzonej w sektorach infrastrukturalnych działalności gospodarczej.

Instytucja odpowiedzialności prewencyjnej ma znacznie bogatszą tradycję zastosowania w pozostałych krajach UE niż w Polsce, czego dowodem jest orzecznictwo krajowe i europejskie²⁸. W Polsce niewiele jest przykładów praktycznego wykorzystania artykułu 439 k.c. jako podstawy odpowiedzialności, co wynika z powszechnego przekonania o tym, że ma on niewielkie zastosowanie praktyczne. Dzieje się tak m.in. dlatego, że przepis ten zawiera wiele terminów nieostrych. Jak zauważa A. Agopszowicz, „hipoteza z art. 439 k.c. zakłada, że nigdy nie możemy mieć do czynienia ani z sytuacją, kiedy będzie pewne, że szkoda nie powstanie, ani z sytuacją, kiedy będzie pewne, że ona powstanie”²⁹. Z całą pewnością można wyznaczyć trzy sytuacje, gdy odpowiedzialność prewencyjna nie powstanie: po pierwsze, gdy będzie pewne, że szkoda nie wystąpi, po drugie, gdy będzie pewne, że szkoda wystąpi i po trzecie, gdy prawdopodobieństwo pojawienia się szkody będzie nieznaczne. Należy podkreślić, że istnieje silny związek między odpowiedzialnością prewencyjną i kompensacyjną wyrażający się we wspólnej podstawie odpowiedzialności. Norma z art. 439 k.c. musi być interpretowana z uwzględnieniem całego działu k.c., w którym się znajduje. Wykładnia systemowa w połączeniu z funkcjonalną pozwalają prawidłowo odczytać wolę prawodawcy w tej materii. Relacje pomiędzy odpowiedzialnością prewencyjną i kompensacyjną przedstawia tabela 1.

Punktem wyjścia dla rozważań na temat odpowiedzialności prewencyjnej wynikającej z treści art. 439 k.c. są dwa elementy – pojęcie szkody oraz pojęcie bezpośredniego zagrożenia szkodą. Roszczenie prewencyjne, mające charakter samoistny, wykazuje pewne cechy podobieństwa do roszczeń windykacyjnych i negatoryjnych mających na celu przywrócenie stanu sprzed naruszenia. Art. 439 k.c. kształtuje obowiązek zapobieżenia szkodzie, która może obejmować zarówno grożącą stratę (*damnum emergens*), jak i możliwość utraty korzyści (*lucrum cesans*). Obowiązek odwrócenia bezpośredniego zagrożenia szkodą obejmuje jedynie szkodę majątkową i stanowi w istocie dług, który spoczywa na tym podmiocie, którego zachowanie wywołało stan bezpośredniego zagrożenia szkodą.

²⁸ W sprawie C-115/08 mowa jest o roszczeniu prewencyjnym (z art. 364 ust. 2 ABGB) zainicjowanym przez organy samorządowe reprezentujące mieszkańców Kraju Związkowego Górna Austria przeciwko czeskiemu koncernowi energetycznemu ČEZ w przedmiocie zaniechania immisji. Zob. Wyrok TSUE z 27.10.2009 r. w sprawie C-115/08 Land Oberösterreich vs ČEZ, Zb. Orz. 2009, s. I-10265.

²⁹ A. Agopszowicz, *Obowiązek zapobieżenia szkodzie. Podstawa i zakres*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1978, s. 9.

Tabela 1. Relacje pomiędzy odpowiedzialnością prewencyjną i kompensacyjną

Odpowiedzialność kompensacyjna na zasadzie winy	Odpowiedzialność kompensacyjna na zasadzie ryzyka	Odpowiedzialność prewencyjna
Związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy szkodą a działaniem lub zaniechaniem osoby	Związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy szkodą a działaniem lub zaniechaniem osoby	Związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy stanem zagrożenia szkodą a działaniem lub zaniechaniem osoby
Szkoda	Szkoda	Stan bezpośredniego zagrożenia szkodą
Wina	Ryzyko	Wina lub ryzyko

Źródło: P. Chyc, *Responsibility to prevent as a part of the Baltic security*, Working Papers of the Fifth International Congress of Belarusian Studies, Kaunas 2015.

Najwięcej problemów z zastosowaniem art. 439 k.c. przejawia się w kontekście określania stanu bezpośredniego zagrożenia szkodą. W 2014 roku Sąd Najwyższy, rozpatrując wniosek o kasację wyroku sądu apelacyjnego, ustosunkował się do tej „wrażliwej” kwestii, konstatując, że „bezpośredniość zagrożenia szkodą rozumie się nie jako szybkie następstwo czasowe, tylko jako bezpośredniość skutku, jakim jest grożąca szkoda wobec przyczyny, czyli stanu zagrożenia”. Przesądził tym samym o konieczności zapłaty przez pozwanego kwoty 697 079,51 złotych tytułem kosztów poniesionych na wykonanie zabezpieczenia przed wpływami eksploatacji górniczej³⁰.

Art. 439 k.c. może być wykorzystany zarówno przez podmioty prywatne, jak i publiczne. Jak podkreśla A. Agopszowicz, nie jest to jednak jedyny wyraz zamysłu ustawodawcy poddania stosunków prawnych ochronie prewencyjnej i ostatecznie znajduje zastosowanie dopiero wówczas, gdy szczególny reżim odpowiedzialności odszkodowawczej jest niepełny³¹. Na tle prezentowanego wyroku oraz doświadczeń operatorów zagranicznych można jednak twierdzić, że art. 439 k.c. zawiera niewykorzystany dotąd potencjał w sferze dochodzenia roszczeń z tytułu odpowiedzialności za ochronę infrastruktury krytycznej.

³⁰ Wyrok SN z 9.01.2014 r., sygn. akt V CSK 101/13, Dz.U. Nr 163, poz. 981.

³¹ A. Agopszowicz, op. cit., s. 13–26.

Bibliografia

- Agopszowicz A., *Obowiązek zapobieżenia szkodzie. Podstawa i zakres*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1978.
- Brodecki Z., *Compensation for damage to the marine environment of the Baltic Sea area*, Gdańsk 1987.
- Brodecki Z., *The modern law of transboundary harm*, Wrocław 1983.
- Długosz T., *Ochrona infrastruktury krytycznej w sektorach energetyki sieciowej*, Warszawa 2015.
- Hämmerli B., Renda A., *Protecting critical infrastructure in the EU*, CEPS Task Force Report, Brussels 2010.
- Hoff W., *Prawny model regulacji sektorowej*, Warszawa 2008.
- Jaśkiewicz-Kamińska S., *Rola administracji w ochronie infrastruktury krytycznej*, [w:] M. Będziemirowski, J. Zawadzki (red.), *Holistyczna Ocena Bezpieczeństwa – aspekt współczesny*, Prace Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Gdańsku, 31, Warszawa 2014.
- Nawrot J., *Usługi publiczne w sektorze łączności elektronicznej*, [w:] S. Biernat, S. Dudzik (red.), *Przepływ osób i świadczenie usług w Unii Europejskiej. Nowe zjawiska i tendencje*, Warszawa 2009.
- Radziejowski R., *Ochrona Infrastruktury Krytycznej. Teoria i praktyka*, Warszawa 2014.
- Szydło M., *Regulacja sektorów infrastrukturalnych*, Warszawa 2005.