

WAR WSP
DYNŃ ÓLN
SKI• ICY•

ROCZNIK 2016



**WAR WSP
DYN' ÓLN
SKI+ ICY•**

ROCZNIK 2016

Nakład:

1100 egzemplarzy

Wydawca:

WiW Services Sp. z o.o.

Redakcja:

Justyna Zandberg-Malec

Produkcja:

Agata Kryger

Projekt graficzny:

Magda Wiśniewska i Bazyl Krasulak

Skład i druk:

Drukarnia Piotra Włodarskiego

© Copyright by Wardyński i Wspólnicy sp.k., 2016



Słowo wstępne

Cyberprzestępczość – problem już nie tylko wirtualny
Krzysztof Wojdyło, Janusz Tomczak

Restrukturyzacja po nowemu
Michał Barłowski

Przyczyny przewlekłości postępowania sądowego
z perspektywy pełnomocnika
dr Marcin Lemkowski

Ochrona interesów klientów firm inwestycyjnych
Danuta Pajewska, Marcin Pietkiewicz

Jak legalnie sprowadzić do Polski nieujawnione oszczędności
zgromadzone za granicą
Dariusz Wasylkowski, Wojciech Marszałkowski

Prawo karne – reforma w toku?
Janusz Tomczak

Pułapki użytkowania wieczystego
Stefan Jacyno

Odbiór obiektu nie musi oznaczać zakończenia
prac budowlanych
Hanna Drynkorn, Mirella Lechna

Zmiany rozstrzygania sporów przed sądem polubownym
Monika Hartung

Nowa broń w rękach UOKiK
Sabina Famirska

Mienie służbowe, a może prywatne?
Katarzyna Żukowska, Agnieszka Lisiecka

Przełomowe zmiany w orzecznictwie w sprawach
tzw. opłat półkowych
Jan Markiewicz

Czy w 2016 r. polskie dachy pokryją się
panelami fotowoltaicznymi?
Radosław Wasiak, Weronika Pelc

Fundusz inwestycyjny zamknięty – wciąż skuteczne narzędzie
optymalizacji podatkowej
Joanna Prokurat

Zagraniczna płaca minimalna dla polskiego pracownika
Magdalena Świtajska, Agnieszka Lisiecka

Kiedy przepakowanie leków jest legalne?
Katarzyna Pikora

Zielone światło dla powoływania członków zarządu
z mocą wsteczną?
Maciej Szewczyk, Izabela Zielińska-Barłózek, Anna Dąbrowska

5 Źródła finansowania działalności spółek kapitałowych
przez wspólników
Kinga Ziemnicka 58

7 Nowe prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe
a dokumentacja finansowania
10 Łukasz Szegda, Artur Bednarski 61

Czym transakcje w energetyce różnią się od innych?
Marek Dolatowski, Weronika Pelc 64

13 Czy inwestor i dawny właściciel nieruchomości
mogą się dogadać?
16 Krzysztof Wiktor, Radosław Wiśniewski 67

Sportowiec przedsiębiorcą
Kazimierz Romaniec 70

19 Co Ty wiesz o TTIP?
Agnieszka Kraińska 73

22 Biznes. Prawo. Sustainability
Dominik Wałkowski, Izabela Zielińska-Barłózek 76

25 FIDIC a realizacja inwestycji w Polsce
Mirella Lechna, Hanna Drynkorn 79

28 (Nie)umyślne wyłudzenie pomocy publicznej
Joanna Prokurat, Wojciech Marszałkowski 82

31 Przymusowe rozwiązanie spółki kapitałowej
Piotr Wcisło 85

34 Wiedza konsumenta – nakłady producenta. Jak rozkłada akcenty
prawo żywnościowe?
dr Ewa Butkiewicz 89

37 Teoria ekwiwalentów – niezmiennie aktualna
Włodzimierz Szoszek, Norbert Walasek 92

40 Outsourcing jako transgraniczne przejście zakładu pracy
lub jego części
dr Szymon Kubiak, Wojciech Kuzmienko 95

43 Nowa era ochrony danych osobowych
Sylvia Paszek, Agnieszka Szydlik, Katarzyna Żukowska 98

O kancelarii 101

Szanowni Państwo,

podstawowym zadaniem prawnika jest dbałość o rządy prawa w wymiarze makro i mikro. Liczą się nie tylko przepisy, ale też kultura prawna.

U podstaw funkcjonowania państwa prawa leży właściwe określenie praw podmiotowych wynikających z obowiązującego porządku prawnego. Umiejętne identyfikowanie uprawnień przynależnych osobom i podmiotom gospodarczym pozwala na formułowanie żądań ochrony tych praw. Nie byłoby państwa prawa, gdyby nie pojawiały się żądania ochrony uprawnień wtedy, gdy są one naruszane. Państwo prawa jest mechanizmem dynamicznym. Kolejne rządy opracowują, a parlamenty uchwalają coraz to nowe programy ekonomiczne i polityczne. Zmieniające się warunki mogą utrudniać właściwe określanie wspomnianych uprawnień.

Nie będzie to możliwe bez współdziałania uczestników rynku z praktykami prawa. Publikacje takie jak nasza mają na celu przyczynianie się do takiego współdziałania. Chcemy dzielić się wiedzą w imię dobrze pojętego wspólnego interesu. Piszemy o zmianach w prawie, zagrożeniach, jakie one powodują, oraz o zmianach w orzecznictwie sądów. Staramy się zapewniać wiarygodne drogowskazy mające pomóc w znalezieniu rozwiązań.

Tomasz Wardyński

Cyberprzestępczość – problem już nie tylko wirtualny



Krzysztof Wojdyło

Janusz Tomczak

Kilka lat temu konferencje poświęcone cyberprzestępczości przypominały akademickie dyskusje o problemie, który wprawdzie teoretycznie istnieje, ale w praktyce niewiele osób ma z nim do czynienia. Taka percepcja cyberprzestępczości uległa jednak znaczącej przemianie. Patrząc z perspektywy naszych doświadczeń z ostatnich kilku miesięcy, możemy zaryzykować twierdzenie, że cyberprzestępczość to w tej chwili najbardziej palący problem, z którym musi się zmierzyć wymiar sprawiedliwości.

Jak to działa?

Do niedawna jedną z charakterystycznych cech cyberprzestępczości była trudność w zdefiniowaniu szkody. Pokrzywdzeni nie byli zwykle zainteresowani dochodzeniem swych praw, gdyż nie widzieli możliwości czy to przywrócenia stanu sprzed naruszenia, czy to uzyskania rekompensaty.

Tymczasem cyberprzestępstwa, z którymi ostatnio mamy najczęściej do czynienia, określane fachowo jako *business email compromise*, prowadzą do wielkich strat finansowych. Cyberprzestępcy monitorują, a następnie przechwytyują korespondencję mailową między aktualnymi lub potencjalnymi kontrahentami, w której strony omawiają szczegóły handlowe dostawy określonego towaru, w tym szczegóły dotyczące płatności. W którymś momencie strony przekazują sobie informację na temat rachunku bankowego, na który ma zostać dokonana zapłata ceny. W tym właśnie momencie cyberprzestępcy, podszywając się pod jedną z korespondujących stron, ingerują w korespondencję i podstawiają inne numery rachunków bankowych. Niestety w wielu przypadkach dochodzi do przelania środków na podstępnie wskazany rachunek, a kwoty przelewów sięgają równowartości od kilkudziesięciu tysięcy do kilku milionów dolarów.

Przestępstwa, o których piszemy, są niekiedy bardzo wyrafinowane i niewątpliwie bardzo starannie przygotowane. Mielśmy do czynienia ze sprawami, w których przestępcy podszywali się pod jedną z korespondujących stron nie w jednym, lecz w wielu mailach, robiąc to na tyle profesjonalnie, że nie wzbudzali żadnych podejrzeń drugiej strony. Tego rodzaju przestępstwa nie znają granic państwowych. Pokrzywdzeni w sprawach, z którymi mamy do czynienia, pochodzą z bardzo różnych miejsc świata.

Skala problemu

Aby uzmysłowić sobie skalę problemu, warto odwiedzić jedną ze stron internetowych, które starają się prowadzić statystyki dotyczące cyberprzestępstw. Na potrzeby pisania tego tekstu odwiedziliśmy stronę kaspersky-cyberstat.com. Zgodnie z prezentowanymi na niej danymi w dniu, w którym pisaliśmy ten tekst, do godziny 14.00 doszło na całym świecie do ponad 17 milionów cyberataków.

Wyzwania dla prawa

Oczywiście w wielu przypadkach zawodzi człowiek – nie dość dokładnie śledzi korespondencję, łatwo ulega umiejętnie stosowanej perswazji, bezkrytycznie odnosi się do informacji niezgodnych z doświadczeniem życiowym (dlatego kontrahent z Jemenu korzysta z rachunku w polskim banku?).

Ale z drugiej strony jeszcze nigdy środki komunikacji elektronicznej nie umożliwiały tak szybkiego przepływu informacji i dysponowania pieniędzmi ponad granicami państw, dając przestępcom okazję do błyskawicznego, destrukcyjnego działania.

Cyberprzestępczość stwarza nieznane do tej pory wyzwania dla skutecznej egzekucji prawa. Kluczową rolę odgrywają tu dwie specyficzne cechy tego rodzaju przestępczości, tj. anonimowość przestępców i międzynarodowy charakter przestępstw.

Anonimowość przejawia się przede wszystkim w trudności z identyfikacją faktycznych inicjatorów i sprawców cyberprzestępstw. Przestępstwa bardzo często dokonywane są z wykorzystaniem narzędzi maskujących adresy IP lub botnetów, a do przestępczych czynności służą zainfekowane urządzenia należące do przypadkowych osób. Dotarcie do osób pośredniczących w przekazywaniu środków pieniężnych pochodzących z cyfrowych kradzieży jest stosunkowo proste. W zdecydowanej większości przypadków są to jednak osoby, które również nie znają inicjatorów przestępstw, ponieważ miały z nimi albo anonimowy kontakt internetowy, albo kontakt, który odbywał się za pomocą szeregu pośredników.

Ustalenie tożsamości sprawców wymaga bardzo skomplikowanych czynności dowodowych. Należy przeanalizować wiele nośników danych, uzyskać informacje od dostawców usług telekomunikacyjnych (przede wszystkim w zakresie adresów IP), uzyskać dane od dostawców usług internetowych (np. administratorów poczty). Czynności dowodowe wymagają zaangażowania wysoko wykwalifikowanych specjalistów. Są również znacznie bardziej czasochłonne i kosztowne niż w przypadku tradycyjnych form popełniania przestępstw. Stopień komplikacji czynności dowodowych jest przy tym najczęściej niezależny od wartości szkody wyrządzonej danym przestępstwem. Również w przypadku kradzieży stosunkowo drobnych kwot ustalenie sprawców wymaga podjęcia bardzo wielu skomplikowanych czynności.

Trudności w walce z cyberprzestępstwami potęguje dodatkowo ich międzynarodowy charakter. Dane niezbędne do ustalenia sprawców przestępstwa są przechowywane na nośnikach znajdujących się w bardzo wielu jurysdykcjach. Komputer ofiary może znajdować się w Polsce, komputer, który stał się narzędziem przestępstwa, znajduje się w Nigerii, administratorem poczty jest firma amerykańska, a rachunek, na który ostatecznie trafiły skradzione pieniądze, znajduje się w banku rosyjskim. To jeden z prostszych i raczej teoretyczny stan faktyczny. Zwykle sytuacja jest znacznie bardziej skomplikowana. Dokonanie czynności dowodowych

przy tak skomplikowanych stanach faktycznych wymaga współpracy z organami ścigania w wielu krajach oraz korzystania z różnych form międzynarodowej pomocy prawnej, co w przypadku wielu jurysdykcji nie jest zadaniem łatwym.

W efekcie liczba cyberprzestępstw dramatycznie rośnie i będzie rosła nadal, o ile nie dojdzie do fundamentalnych zmian w zasadach walki z tymi przestępstwami. Nie mamy dostępu do wiarygodnych i kompleksowych danych dotyczących wykrywalności tych przestępstw, ale z naszych doświadczeń wynika, że jest ona minimalna. Taki stan rzeczy będzie wywoływał po stronie użytkowników internetu rosnące poczucie bezsilności oraz anarchii, które w efekcie może nawet doprowadzić do masowej rezygnacji z wykorzystywania rozwiązań opartych na nowych technologiach.

Wyraźnie widoczna jest dysproporcja między czasem reakcji organów ochrony prawnej (miesiące, niekiedy lata) a czasem działania sprawców, którzy na przygotowanie działań potrzebują kilku miesięcy, zaś na ich przeprowadzenie – zaledwie godzin lub dni.

Z punktu widzenia pokrzywdzonych kluczowa jest próba naprawienia szkód wyrządzonych przestępstwem. W naszej praktyce widzimy tendencję, że jeśli uda się odzyskać utracone na skutek oszustwa środki (np. wskutek tego, że bank zablokuje je na rachunku), to zarówno pokrzywdzony, jak i organy ścigania tracą zainteresowanie sprawą ze względów pragmatycznych. Zdają sobie sprawę, że realne możliwości ustalenia sprawcy i pociągnięcia go do odpowiedzialności (co wymaga zgromadzenia dowodów w kilku jurysdykcjach) są znikome.

Świadczy to o bezsilności wobec zjawiska, co potencjalnie jest niezwykle groźne choćby z uwagi na powszechnie wiadomy fakt, że środki pochodzące z cyberprzestępczości stanowią jedno ze źródeł finansowania terroryzmu.

Odpowiedź

Udzielenie skutecznej odpowiedzi na zagrożenia związane z cyberprzestępczością jest bardzo trudne, wymaga bowiem daleko posuniętej redefinicji tradycyjnego podejścia do walki z przestępczością.

Już w tej chwili walka z cyberprzestępczością przybiera bardzo niestandardowe formy, co samo w sobie zaczyna być coraz większym wyzwaniem dla systemu prawa. W walkę z cyberprzestępczością coraz częściej zaangażowany jest sektor prywatny, co zapewne jest reakcją na bezsilność organów ochrony prawnej. Najwięksi prywatni dostawcy usług internetowych dysponują niekiedy

znacznie skuteczniejszymi narzędziami do walki z cyberprzestępczością niż rządy niejednego państwa. Mają bowiem dostęp do informacji oraz narzędzi, które umożliwiają np. podejmowanie szeregu skutecznych działań prewencyjnych (np. blokowanie domen internetowych rozsyłających złośliwe oprogramowanie czy monitorowanie zainfekowanych adresów IP w czasie rzeczywistym). Problem polega na tym, że nie ma jasnych reguł dotyczących działań podejmowanych przez sektor prywatny w walce z cyberprzestępczością. Stwarza to ryzyko, że działania te zaczną bardziej przypominać samosąd niż reakcję organów posiadających demokratyczną legitymację do walki z przestępczością. Niewykluczone jednak, że to jedyny skuteczny model walki z negatywnymi zjawiskami w cyberprzestrzeni, a system prawny powinien się do tego dostosować.

Zwiększenie skuteczności państwa w walce z cyberprzestępczością będzie najprawdopodobniej oznaczało modyfikację wielu praw i wolności, do których zdążyliśmy się już przyzwyczaić w cyberprzestrzeni. Wiele wskazuje na to, że w najbliższym czasie możemy spodziewać się inicjatyw ustawodawczych, które zwiększą uprawnienia organów państwa do monitorowania ruchu w internecie. Już dzisiaj rozważa się wprowadzenie rozwiązań prawnych, które będą skutkowały kontrolą państwa nad używaniem rozwiązań pozwalających szyfrować przekaz telekomunikacyjny.

Docelowo konieczne będzie zapewne również stworzenie zupełnie nowych instrumentów skutecznej współpracy międzynarodowej w zakresie cyberprzestępczości. Obecne instrumenty są niewydolne, co w praktyce skutkuje tym, że kluczowe dla postępowań karnych informacje zdobywa się z pominięciem oficjalnych kanałów przepływu informacji. Taki stan rzeczy godzi w podstawowe założenia systemu prawnego.

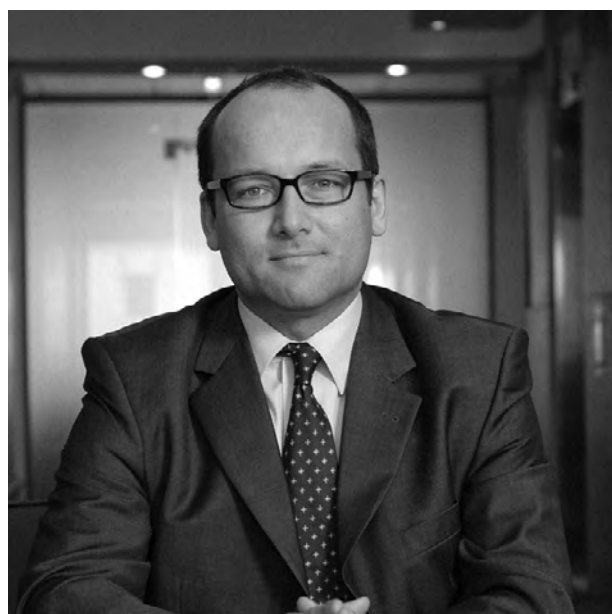
Obserwujemy dopiero początek debaty nad nowymi instrumentami walki z cyberprzestępczością. Mamy do czynienia ze zjawiskiem nowym i do tej pory nieznanym. Należy się więc liczyć z niestandardowymi odpowiedziami na zaistniałe zagrożenia. Bez stworzenia skutecznych metod walki z negatywnymi zjawiskami w cyberprzestrzeni nowe technologie mogą bardzo szybko stracić społeczne zaufanie. Stwierdzenie, że prawo nie nadąża za codziennością, jest w tych okolicznościach eufemizmem.

Krzysztof Wojdyło, adwokat, partner odpowiedzialny za praktykę prawa nowych technologii

Janusz Tomczak, adwokat, partner odpowiedzialny za praktykę prawa karnego

Restrukturyzacja po nowemu

Po nieudanej – z punktu widzenia praktycznej przydatności przepisów – próbie wprowadzenia procedury prewencyjnej, tj. postępowania naprawczego, od 1 stycznia 2016 r. obowiązuje nowe prawo restrukturyzacyjne oraz zmienione prawo upadłościowe. Mamy tu do czynienia zarówno z zupełnie nowymi przepisami, jak i z ewolucją przepisów istniejących, uwzględniającą doświadczenia wyniesione z 12-letniego stosowania prawa upadłościowego i naprawczego.



Michał Barłowski

Początek 2016 r. to nowy etap w ewolucji polskich przepisów regulujących kwestie związane z niewypłacalnością dłużnika. Słowo „związane” ma tutaj duże znaczenie, gdyż chodzi o przepisy regulujące zbiorowe zachowania wierzycieli wobec dłużnika i *vice versa*, gdy nie jest on albo nie będzie on w stanie wykonywać swoich zobowiązań na czas bądź w całości. Znakomita większość państw Unii Europejskiej wprowadziła do swoich porządków prawnych przepisy regulujące postępowania mające zapobiegać przymusowemu postępowaniu likwidacyjnemu (w Polsce – upadłości likwidacyjnej), utożsamianemu ze stanem niewypłacalności.

Nowe prawo restrukturyzacyjne

Dokonując przeglądu prawa restrukturyzacyjnego, czyli czterech postępowań: o zatwierdzenie układu, przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego i postępowania sanacyjnego, warto zwrócić uwagę na pierwsze i ostatnie z nich, które nie miały swoich odpowiedników w stanie prawnym obowiązującym do 31 grudnia 2015 r.

Niewątpliwie nowe przepisy powinny ułatwić życie przedsiębiorcom (możliwość wyboru procedury w zależności od sytuacji gospodarczej przedsiębiorstwa, uproszczenie i skrócenie czasu trwania postępowania). Mają też one zapobiec ostateczności, czyli przeprowadzeniu postępowania likwidacyjnego – nazywanego obecnie upadłością, z pominięciem zwrotu „likwidacyjną”.

Warto odnieść się do kilku kwestii związanych z wyżej wskazanymi procedurami.

Postępowanie o zatwierdzenie układu. Zawieszenie egzekucji a umowy typu *standstill*

To postępowanie restrukturyzacyjne jest najprostsze i ma być najszybsze – sąd wydaje postanowienie o zatwierdzeniu układu w ciągu dwóch tygodni od złożenia wniosku. Dłużnik samodzielnie zbiera głosy za układem, doradca restrukturyzacyjny (z zawodu syndyk) na jego zlecenie przygotowuje projekt układu, po czym układ zostaje przyjęty przez wierzycieli (musi go poprzeć większość uprawnionych do głosowania mających co najmniej 2/3 sumy wierzytelności uprawnionych do głosowania) i zatwierdzony przez sąd.

Dłużnik może skorzystać z tego postępowania, jeśli wierzytelności sporne nie przekraczają 15% wszystkich wierzytelności uczestniczących w układzie. Jeśli wierzytelności spornych jest więcej, konieczne jest ustalenie listy (spisu) wierzytelności z uwzględnieniem prawa do złożenia sprzeciwu, co uniemożliwia szybkie zawarcie układu i zastosowanie tej procedury.

Przyjęty układ nie musi wiązać wszystkich wierzycieli. Może dotyczyć tylko niektórych z nich wskazanych

rodzajowo (np. banków) i wiązać tych wierzycieli, którzy biorą w nim udział (tzw. układ częściowy).

Na korzyść postępowania o zatwierdzenie układu przemawia jego odformalizowanie i ograniczenie części sądowej do złożenia wniosku z układem i jego ewentualnego zatwierdzenia. Głosy zebrane w sprawie układu zachowują ważność przez trzy miesiące, a brak sformalizowanej procedury ich zbierania umożliwia dłużnikowi zorientowanie się już na wczesnym etapie, tj. przed złożeniem projektu układu, czy ma on szansę na przyjęcie.

Procedura ta nie rozwiązuje jednak jednego z podstawowych problemów, z którymi boryka się dłużnik (jak i wierzyciele, którzy chcą go ratować), tj. nie zawiesza prawa do prowadzenia egzekucji singularnej przez wierzyciela układowego i nie zapobiega sytuacji, w której egzekucja z majątku dłużnika przez jednego z wierzycieli (zgodnie z zasadą „kto pierwszy do majątku dłużnika, ten lepszy”) niweluje wszelkie szanse na zawarcie układu.

Ustawodawca nie przewidział dla tego postępowania (ani *ex lege*, ani na wniosek dłużnika, ani też według uznania sądu z urzędu) możliwości zawieszenia egzekucji, tak jak to reguluje np. amerykański Chapter 11, z jednoczesnym umożliwieniem wyboru wierzytelności, które mogą być zaspokajane przymusowo. Transparentne prowadzenie przez dłużnika negocjacji z wieloma wierzycielami stanowi dla niego duży wysiłek organizacyjny, a utrzymanie właściwych relacji z wierzycielami staje się co najmniej tak ważne jak dbałość o stan przedsiębiorstwa dłużnika. Zawieszenie nawet na krótki okres prawa do egzekucji niewątpliwie ułatwiłoby negocjacje.

W polskich realiach zawieszenie egzekucji mogłoby być możliwe np. na wniosek dłużnika poparty przez określoną większość wierzycieli uczestniczących w układzie po to, aby uchronić zainteresowanych przed widmem upadłości (likwidacyjnej). Z tych też względów rozwijająca się praktyka zawierania umów m.in. zamrażających na krótkie okresy prawa wierzycieli (tzw. *standstill*) pozostanie elementem koniecznym poprzedzającym zawarcie układu w ramach tego postępowania.

Kontrowersyjne z praktycznego punktu widzenia może okazać się zastosowanie tej procedury do dłużników będących w stanie niewypłacalności, co dopuszcza ustawa. Nowa definicja niewypłacalności w części dotyczącej naruszenia płynności przyjmuje domniemanie, że dłużnik jest niewypłacalny m.in. jeżeli nie zaspokaja swoich bieżących zobowiązań przez trzy miesiące. Ustawodawcy chodzi bowiem o to (podobnie jak to miało miejsce w prawie upadłościowym z 1934 r.), żeby o stanie niewypłacalności świadczyła dopiero trwała, obiektywna i nieprzemijająca niemożność zaspokaja-

nia zobowiązań pieniężnych przez dłużnika. Zawarcie umowy typu *standstill*, na podstawie której grupa wierzycieli (przeważnie finansowych) godzi się m.in. na nieegzekwowanie swoich praw w drodze egzekucji singularnej (niestanowiącej odroczenia terminu płatności), nie zmienia sytuacji dłużnika, jeżeli chodzi o obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Umowę *standstill* zawiera się nie po to, aby następnego dnia reprezentant upadłego złożył wniosek o ogłoszenie upadłości, a zwolnienie go z ryzyka osobistej odpowiedzialności następuje dopiero z chwilą zatwierdzenia układu w postępowaniu o zatwierdzenie układu.

Dla reprezentanta dłużnika nierozwiązany pozostaje zatem dylemat, czy złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości o czasie, czy też zaryzykować i rozpocząć postępowanie o zatwierdzenie układu. Sukces restrukturyzacji uzależniony jest więc m.in. od jego „apetytu na ryzyko”.

Dyskusyjny może być również brak możliwości zmuszenia dłużnika do otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego w trzech z czterech procedur restrukturyzacyjnych w sytuacji, gdy dłużnik jest już niewypłacalny. Ekonomiczne podejście do kwestii praw wierzycieli (traktowanych *en bloc*), polegające na tym, że w przypadku zaistnienia stanu niewypłacalności dłużnika wierzyciele stają się ekonomicznymi właścicielami jego majątku, nie znajduje odzwierciedlenia w prawie restrukturyzacyjnym. Niewypłacalność oznacza brak możliwości zaspokojenia każdego wierzyciela w całości. Wierzyciele doznają uszczuplenia swoich praw nie tylko dlatego, że nie zostają zaspokojeni w całości, w miejscu i czasie uzgodnionym (naruszenie zasady *pacta sunt servanda*), lecz nie są w stanie nawet w sposób gremialny wymusić otwarcia najprostszej i najmniej problematycznej dla dłużnika procedury restrukturyzacji, która dałaby szansę na zawarcie układu. W tym kontekście pamiętać należy, że głównym celem wszystkich procedur restrukturyzacyjnych jest zapobieżenie upadłości dłużnika.

Warto wskazać, że wierzycielom przysługuje prawo złożenia wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego najbliższego upadłości, tj. postępowania sanacyjnego.

Postępowanie sanacyjne a doświadczenia postępowań układowych

Postępowanie sanacyjne jest najbardziej skomplikowanym i najdłużej trwającym postępowaniem restrukturyzacyjnym. Jest ostatnią szansą dla dłużnika przed otwarciem procedury likwidacyjnej (upadłością). Postępowanie to ma mieć zastosowanie do dłużników niewypłacalnych, ale rokujących przywrócenie wypła-

calności. Stąd przepisy przewidują dwa etapy postępowania: sanację, czyli uzdrowienie gospodarki przedsiębiorstwa dłużnika, w czym ma pomóc pozbawienie dłużnika z mocy prawa możliwości zarządzania przedsiębiorstwem (pozbawienie prawa *debtor in possession*), a następnie procedurę prowadzącą do zawarcia układu. W tym przypadku, inaczej niż w przypadku postępowania o zatwierdzenie układu i przyspieszonego postępowania układowego (a tak samo jak w przypadku postępowania układowego), warunkiem otwarcia postępowania jest sporność ponad 15% wierzytelności uczestniczących w układzie.

Dłużnik posiadający zgodę wierzycieli mających ponad 30% sumy wierzytelności może wnioskować o powołanie lub zmianę przez sąd zarządcy, który będzie zarządzał przedsiębiorstwem w celu jego uzdrowienia. Może o to wnioskować również rada wierzycieli. Zarządca będzie miał prawo do odstąpienia od umów, które uznaje za niekorzystne dla dłużnika. Wobec pozyskania nowych uprawnień aktywni wierzyciele winni mieć realny wpływ na to, co się dzieje z majątkiem dłużnika.

Czas pokaże, jak ta koncepcja zadziała się w praktyce, tj. m.in. czy zarządca będzie rzeczywiście współpracował z radą wierzycieli. Odnosząc się do złych doświadczeń przy stosowaniu prawa upadłościowego w opcji układowej, można przytoczyć przykłady, w których zarządca współpracował z upadłym w większym stopniu niż z radą wierzycieli, brak współpracy uniemożliwiało osiąganie kolejnych etapów postępowania, a współpraca rady wierzycieli z sędzią komisarzem była iluzoryczna, jeżeli nie generowała konfliktów sama w sobie. Powyższe sytuacje nie prowadziły do zaspokojenia wierzycieli „w jak najwyższym stopniu”, gdyż działania sanacyjne podejmowane przez zarządcę albo zarząd własny upadłego pod (słabym i niestałym) nadzorem nadzorcy sądowego prowadziły do erozji wartości przedsiębiorstwa zamiast do (co najmniej) jej utrzymania.

Mając na uwadze, że punktem wyjścia w postępowaniu sanacyjnym jest stan przedsiębiorstwa dłużnika, który może nie dawać dużych szans na zawarcie układu, aktywna rola wierzycieli działających poprzez radę wierzycieli i zatrudnienie profesjonalnego zarządcy stanowi właściwe instrumentarium do uzdrowienia niewypłacalnego przedsiębiorcy.

Michał Bartłowski, radca prawny, starszy doradca, praktyka restrukturyzacji i upadłości

Przyczyny przewlekłości postępowania sądowego z perspektywy pełnomocnika



dr Marcin Lemkowski

Postępowania sądowe w Polsce toczą się bardzo długo. Rzadko która sprawa zostaje osądzona szybciej niż w ciągu trzech lat. To oznacza, że przedsiębiorcy, decydując się na prowadzenie sporu sądowego, najczęściej muszą odłożyć na dłuższy czas plany związane z jego przedmiotem, w oczekiwaniu na rozstrzygnięcie. Warto pokusić się o próbę ustalenia, co stanowi przyczyny przewlekłości postępowania.

Liczba sędziów

W dyskusjach nad sądownictwem często pada argument, że w porównaniu do innych krajów europejskich w Polsce pracuje stosunkowo dużo sędziów, dlatego nie trzeba zwiększać ich liczby. Czy na pewno?

O ile badania porównawcze w zakresie rozwiązań prawnych funkcjonujących w innych systemach prawnych są na pewno bardzo pożyteczne, o tyle odwoływanie się do statystyk na potwierdzenie opinii, że sędziów w Polsce na tle innych państw jest za dużo, nie przekonuje. Aby porównanie takie było zasadne, należałoby się porównywać z krajem zbliżonym do Polski, jeśli chodzi o rozwój społeczno-gospodarczy.

Polska pod tym względem jest krajem wyjątkowym. Terytorialnie oraz pod kątem liczby mieszkańców jesteśmy dużym europejskim państwem, nieporównywalnym do wielu mniejszych krajów. Nasze centralnoeuropejskie położenie, związany z tym ruch tranzytowy, dostęp do morza i wiele innych czynników powoduje znaczną liczbę sporów sądowych, których może nie być w innych krajach.

Najważniejsze jest jednak to, że Polska poczynając od transformacji bardzo intensywnie się rozwija. Nadrabia zaległości infrastrukturalne z poprzedniego systemu społeczno-gospodarczego. Nadużyciem byłoby niepoparte badaniami stwierdzenie, że każda duża inwestycja infrastrukturalna w Polsce trafia na wokandę sądową, ale bez wątplenia o wielu z nich sądy słyszą. Autostrady, linie kolejowe, dworce, stadiony, stocznie, parki wiatrowe – o to wszystko się sędzimy. I są to spory często poważne, doniosłe, nie tylko dlatego, że dotyczą wielomilionowych kwot, ale też dlatego, że wyznaczają pewne zasady gospodarcze. Na przykład piętnują karanie ogromnymi karami umownymi za mało doniosłe przewinienia.

W każdej firmie, w której brakuje rąk do pracy, zatrudnia się nowych pracowników. Jeśli zatem spraw jest za dużo i sędziowie są przepracowani, przytłoczeni liczbą zadań, powinno się szerzej otworzyć wrota tego zawodu. Wszyscy na tym skorzystamy. To, że za jakiś czas sędziów może być zbyt dużo, jest problemem przyszłości. Można oczywiście pomyśleć nad jego rozwiązaniem już dzisiaj, ale nie powinno to być hamulcem w podjęciu decyzji o zwiększeniu liczby sędziów, zwłaszcza w wydziałach gospodarczych dużych miast.

Pójdziemy do sądu

Na to nakłada się dodatkowo mentalność polskich przedsiębiorców. Odeszły bezpowrotnie czasy, w których hasło „pójdziemy do sądu” robiło na kimkolwiek wrażenie. Przedsiębiorcy przyzwyczaili się do tego, że droga sądowa, nazywana często „drogą przez mękę”, stała się codziennością ich życia gospodarczego. Wiedzą,

że postępowanie sądowe jest kosztowne, długotrwałe i nieprzewidywalne. A mimo to decydują się na przedstawianie swoich racji w sądzie. Dlaczego?

Przeważnie dlatego, że nie mają innego wyjścia, gdyż ewentualna ugoda jest zbyt odległa, a pozycje stron za bardzo się rozmiągają. Gdyby jednak po sześciu latach procesu w pierwszej instancji spytać strony, czy z uzyskaną wiedzą o kosztach i czasochłonności procesu ponownie by go zainicjowały, zapewne często odpowiedź brzmiałaby: nie.

Niewątpliwie jednak polska mentalność, nieustępliwość, walka o przeforsowanie własnego zdania nie przyczynia się do zmniejszenia liczby spraw. Dlatego jest ich tak wiele i muszą trwać tak długo.

Drobne sprawy

Sędziowie często muszą wydawać wiele rozmaitych postanowień w sprawie, uzasadnianych nieraz na kilku stronach, dotyczących zupełnie drobnych kwestii z perspektywy głównego nurtu procesu. Klasyczny w tym względzie przykład stanowi zasądzenie biegłemu tłumaczowi kilkudziesięciu złotych wynagrodzenia w zaskarżalnym postanowieniu. Czy istotnie zasądzenie tego wynagrodzenia wymaga wyjaśniania – i to biegłemu, a więc komuś, kto powinien znać swoje uprawnienia – dlaczego taką kwotę mu zasądzono? W zupełności wystarczyłoby, aby uzasadnienie było sporządzane na wniosek. Takich przykładów jest oczywiście więcej.

W tym zakresie sędziowie powinni być wyręczani przez osoby pomagające im przy orzekaniu. Takie obowiązki powinni przejmować referendarze sądowi i asystenci sędziów, co oczywiście oznacza, że osoby takie także powinny być zatrudniane.

Nie mam sali

Jedną z częstszych odpowiedzi, jakie słyszy pełnomocnik wnioskujący o odroczenie rozprawy na czas krótszy niż trzy czy sześć miesięcy, brzmi: „Nie mam wcześniej sali, panie mecenasie”.

W Polsce budowane są nowe budynki sądów. Jako przykład może posłużyć budowa nowego gmachu Sądu Okręgowego w Poznaniu, oddanego do użytku w 2015 r. Projekt ten pochłonął ponad 100 mln złotych i są to na pewno dobrze wydane pieniądze, gdyż możemy domniemywać, że w Poznaniu wytłumaczenie w rodzaju „nie mam sali” odejdzie w nieznane. Ale inne miasta Polski zapewne będą musiały poczekać na kolejne inwestycje w infrastrukturę wymiaru sprawiedliwości.

Za rzadkie terminy

Kolejną przyczyną długotrwałości postępowań sądowych jest to, że terminy rozpraw wyznaczane są co

kilka miesięcy, a w wielu przypadkach pomiędzy terminami upływa rok albo i dwa. Jest tak dlatego, że sądy często na rozprawie odraczają ją „na termin z urzędu”, chcąc podjąć jakąś decyzję na posiedzeniu niejawnym albo wysyłając akta do biegłego. Tylko że takie odroczenie oznacza ogromne ryzyko odroczenia sprawy na nie wiadomo jak długo.

Niezależnie od tego sądy mogłyby wyznaczać kilka terminów rozpraw w jednym tygodniu, albo przynajmniej tydzień po tygodniu. Wszyscy tracą na tym, że w sprawie przesłuchiwana jest jedna osoba co kilka miesięcy, w związku z czym same dowody osobowe prowadzone są przez dwa czy trzy lata.

Zła procedura

Do przewlekłości postępowania przyczyniają się również same strony i ich pełnomocnicy – choć trzeba przyznać, że są do tego zmuszane przez ustawodawcę procesowego. Nakładając na stronę powinność powołania wszystkich twierdzeń i dowodów już w pozwie i odpowiedzi na pozew, zmusza się ją do przyjmowania zachowawczego i nadmiernie rozbudowanego stanowiska procesowego. W konsekwencji pozew zamiast pięciu stron liczy ich 50, a zamiast dwóch ważnych dowodów powoływane są 22, w obawie przed tym, że później sąd nie pozwoliłby dołączyć ich do sprawy. Czy to rzeczywiście prowadzi do przyspieszenia osądzenia sprawy, bo taki był cel tych zmian, zapoczątkowanych już prekluzją z postępowania gospodarczego?

Niekoniecznie. Poważni pełnomocnicy nie zostawiliby na sam koniec postępowania „asów z rękawa”, nowych twierdzeń czy dowodów, które mogłyby spowodować konieczność ich przeprowadzenia na późniejszym etapie sprawy. A jeśli nawet, to na pewno nie działałoby się tak w każdej sprawie. A dzisiaj w każdej sprawie trzeba powołać dowody na wyrost, o których wszyscy wiedzą, że są niepotrzebne, a przynajmniej nie są pierwszoplanowe. Dlatego akta sprawy liczą tysiące stron, a sprawy ciągną się latami.

Biegli

Mimo że zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka za przewlekłość postępowania wywołaną opieszałością biegłego odpowiada również państwo, sądy czują się zwolnione z obowiązku zapobiegania przewlekłości z chwilą, w której sprawa trafia do biegłego. A do biegłych trafia spraw dużo, także z uwagi na to, że strony wnioskuje o dowody z opinii biegłego w obawie o to, że jeśli nie zawnioskuje, to przegrają spór, bo sąd uzna, że w sprawie były wymagane wiadomości specjalne.

Recepta na poprawę? Przede wszystkim należałoby wprowadzić zasadę, że jeśli w sprawie są potrzebne

wiadomości specjalne, to sąd ma obowiązek dopuścić taki dowód z urzędu. Dlaczego? Bo stronie trudno jest często uchwycić granicę pomiędzy wiedzą powszechną a wiedzą specjalną. Jest to kwestia, którą powinien ocenić sam sąd. Zachowawczość współczesnego procesu cywilnego polega na tym, że większość dowodów, także tych o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, powoływana jest mimo braku pełnego przekonania, że taki biegły jest potrzebny.

Poza tym należałoby kompletnie zreformować system biegłych sądowych w Polsce, tak aby przyciągał najlepszych specjalistów. Wiąże się to oczywiście z kosztami, ale te przecież i tak ponoszą strony. Dlaczego zatem, skoro wyrok wydawany jest w imieniu państwa, pomocą przy jego wydaniu nie mają służyć najlepsi z najlepszych? Biegły sądowy powinien być zawodem elitarnym. Dzisiaj z całą pewnością tak nie jest.

Wreszcie sąd powinien prowadzić z biegłym dialog. Nie narzucać mu sporządzenia opinii, jeśli ten od razu oświadcza, że zadaniu nie podoła, z takich czy innych względów. Powinien z nim najpierw ustalić, ile czasu zabierze sporządzenie opinii i ile będzie ona kosztowała. A następnie powinien te ustalenia egzekwować. Jeśli strona spóźni się z pismem w sprawie, może przegrać cały spór. Natomiast jak biegły spóźni się z opinią, konsekwencji nie ma. Od czego są kary umowne, konsekwencje dyscyplinarne i inne narzędzia dyscyplinujące biegłych? Przecież są możliwości prawne, aby – nawet w ramach obecnie obowiązujących przepisów – tak ułożyć współpracę z biegłym, aby przebiegała ona harmonijnie i z poszanowaniem interesów stron, zwłaszcza jeśli chodzi o czas sporządzania opinii.

Wiele innych

Na pewno jest wiele innych przyczyn przewlekłości postępowania sądowego. Te wskazane wyżej mają charakter subiektywny: są zauważalne z perspektywy pełnomocnika strony, który może nie dostrzegać wszystkich okoliczności wpływających na przewlekłość. Być może część zdiagnozowanych przyczyn w rzeczywistości albo nie skutkuje przewlekłością, albo przynajmniej nie ma wpływu decydującego. Pewne jest jedno: z przewlekłością trzeba walczyć, trzeba podejmować działania, aby sprawy w pierwszej instancji były osądzone w rok, a nie w sześć lat. Wymaga to najpierw dyskusji, potem badań empirycznych, dialogu z przedstawicielami wszystkich uczestników postępowań sądowych, następnie opracowania założeń do zmian, ponownej dyskusji i wreszcie stopniowego ich wdrażania.

dr Marcin Lemkowski, adwokat, praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych

Ochrona interesów klientów firm inwestycyjnych



Danuta Pajewska



Marcin Pietkiewicz

Od kilku lat widoczne są działania zwiększające ochronę interesów klientów firm inwestycyjnych. Ich ostatnim przejawem jest wprowadzenie instytucji Rzecznika Finansowego, zobowiązanie instytucji finansowych do terminowego rozpatrywania reklamacji oraz wdrożenie przepisów chroniących klientów instytucji finansowych przed oferowaniem im nieodpowiednich produktów.

Korzystanie z usług finansowych i inwestycyjnych podlega szczególnej ochronie i regulacji ze strony państwa. Ma to swój wyraz nie tylko w sferze licencjonowania i określania warunków prowadzenia działalności finansowej oraz sprawowania nadzoru nad instytucjami finansowymi przez specjalnie do tego powołany organ administracji. Państwo reguluje również sferę relacji umownych pomiędzy instytucją finansową a klientem. Ważne jest bowiem, aby klienci podejmowali decyzje inwestycyjne, rozumiejąc istotę danego produktu i mając świadomość związanych z nim ryzyk oraz aby już po skorzystaniu z usługi ich problemy i wątpliwości były rozpatrywane i wyjaśniane z należytą atencją. W ostatnim czasie kwestie te stały się przedmiotem szczególnej regulacji.

Rozpatrywanie reklamacji klientów

Korzystanie z usług instytucji finansowych nie zawsze odbywa się bez problemów, a tryb rozpatrywania reklamacji przez te instytucje nie zawsze jest efektywny. Do niedawna klient nie mógł szukać wsparcia ze strony zewnętrznych instytucji innych niż sądy i Komisja Nadzoru Finansowego (KNF). Tylko klienci firm ubezpieczeniowych mieli możliwość uzyskania wsparcia od Rzecznika Praw Ubezpieczonych.

W 2015 r. sytuacja ta uległa jednak zmianie. W maju 2015 r. KNF podjęła uchwałę w sprawie wytycznych dotyczących rozpatrywania reklamacji, a w październiku weszła w życie ustawa o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym.

Ustawa dotyczy reklamacji związanych z jakością usług świadczonych przez banki, instytucje płatnicze, domy maklerskie i towarzystwa funduszy inwestycyjnych, SKOK-i oraz instytucje pożyczkowe. Reklamacją są wszelkie zastrzeżenia klienta dotyczące świadczonych mu usług. W przypadku firm ubezpieczeniowych reklamacje może składać także uposażony lub uprawniony do świadczeń z polisy.

Głównym celem regulacji było zmobilizowanie instytucji finansowych do terminowego rozpatrywania reklamacji. Obecnie instytucje finansowe muszą rozpatrzyć reklamację w ciągu 30 dni od jej otrzymania, a w sprawach skomplikowanych – w ciągu 60 dni. W przypadku niedotrzymania tych terminów reklamację uważa się za rozpatrzoną zgodnie z wolą klienta. Dodatkowo nieuwzględnienie reklamacji wymaga przekazania klientowi uzasadnienia faktycznego i prawnego oraz poinformowania o ewentualnej możliwości złożenia odwołania, skorzystania z mediacji, wystąpienia z powództwem do sądu lub wystąpienia z wnioskiem o rozpatrzenie sprawy do Rzecznika Finansowego.

Rzecznik Finansowy to powołana do życia nowa instytucja rządowa, której zadaniem będzie podejmowanie działań w zakresie ochrony interesów klientów, w tym między innymi rozpatrywanie indywidualnych spraw klientów, których reklamacje nie zostały pozytywnie rozpatrzone przez instytucję finansową. Koszty funkcjonowania biura rzecznika ponosić będą same instytucje finansowe. Dotychczas niezadowoleni z usług klienci składali skargi do Komisji Nadzoru Finansowego i Rzecznika Praw Ubezpieczonych (w przypadku klientów firm ubezpieczeniowych). Obecnie podmiotem uprawnionym do rozpatrywania skarg klientów wszystkich instytucji finansowych będzie Rzecznik Finansowy.

Rzecznik dysponuje szeregiem instrumentów ochrony interesów klientów. Między innymi może zwrócić się do instytucji finansowej o ponowne rozpatrzenie sprawy lub do organu nadzoru o zbadanie sprawy. Może też wytaczać powództwo w sprawach o uznanie postanowień stosowanych przez instytucję wzorców umowy za niedozwolone. W związku z tym ostatnim uprawnieniem rzecznik może zażądać od instytucji finansowej wzorców dokumentacji stosowanych w umowach z klientami. Ponadto rzecznik może nałożyć na instytucję finansową naruszającą zasady rozpatrywania reklamacji karę finansową w wysokości do 100 000 zł.

Klienci, za symboliczną opłatą, mogą skorzystać także z możliwości pozasądowego polubownego postępowania przeprowadzonego na ich wniosek przez rzecznika przy obowiązkowym uczestnictwie instytucji finansowej.

Oferowanie usług nieodpowiednich dla klienta

Regulacje mające na celu dostosowanie rodzaju produktu finansowego oferowanego klientowi do jego indywidualnej sytuacji funkcjonują już od dłuższego czasu na rynku polskim, aczkolwiek dotyczą one tylko części tego sektora. Domy maklerskie oraz banki w przypadku niektórych produktów inwestycyjnych od końca 2009 r. mają obowiązek zbadać wiedzę i doświadczenie klientów w zakresie oferowanych im produktów inwestycyjnych. W zależności od dokonanej oceny przedstawionych przez klienta informacji muszą następnie poinformować go o tym, czy dany produkt jest dla niego odpowiedni. W przypadku niektórych usług maklerskich (np. doradztwa inwestycyjnego) dom maklerski powinien wręcz odmówić świadczenia usługi, jeżeli oceni, że jest ona dla klienta nieodpowiednia. Kluczowe jest również wskazanie klientom ryzyk wiążących się z inwestycją w dany instrument finansowy.

W ślad za powyższymi regulacjami w sierpniu 2015 r. zmieniono ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów, wprowadzając przepisy, które mają chronić odbiorców usług finansowych we wszystkich segmentach tego

rynku przed oferowaniem im nieodpowiednich produktów. Praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów będzie również proponowanie nabycia usług finansowych, które nie odpowiadają potrzebom konsumentów, ustalonym z uwzględnieniem dostępnych instytucji informacji w zakresie cech konsumentów, lub proponowanie nabycia tych usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru.

Ustawodawca wyszedł z założenia, że oferowane na rynku produkty inwestycyjne są często skomplikowane, mają różnorodny charakter i wiążą się z różnym poziomem ryzyka, wobec czego instytucje finansowe nie powinny ich oferować bez wcześniejszego ustalenia, czy są one odpowiednie dla klienta z uwzględnieniem jego wieku, znajomości produktu i zamierzonego celu inwestycyjnego.

Aby zapewnić wykonanie powyższego obowiązku, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) będzie miał prawo zobowiązać instytucję finansową do zaniechania określonych działań do czasu wydania ostatecznej decyzji w przedmiocie stosowania praktyk zagrażających zbiorowym interesom konsumentów, a w przypadku niezastosowania się do zakazu nałożyć karę pieniężną w wysokości do 10% rocznego obrotu.

Ustawa wprowadziła nowe możliwości sprawdzania, czy regulacje ochronne są przestrzegane – UOKiK, za zgodą sądu, będzie mógł przeprowadzić kontrolowany zakup

produktu finansowego. UOKiK ma także prawo wstrzymać oferowanie produktu i opublikować ostrzeżenia w publicznym radiu i telewizji w celu dotarcia z ostrzeżeniem co do zakupu danego produktu do jak największej liczby klientów [na ten temat piszemy również w tekście „Nowa broń w rękach UOKiK” na str. 34].

Przedstawione nowe instrumenty ochrony niewątpliwie wzmacniają pozycję klientów wobec instytucji finansowych. Dotychczas zdarzało się, że klient w sporze z instytucją finansową musiał cierpliwie czekać na przedłużające się załatwienie reklamacji lub podlegać ograniczeniom w zakresie dostępu do środków dowodowych takich jak nagrania z treści złożonego zlecenia. Celem nowych rozwiązań jest zmiana tej sytuacji. Ma to nastąpić po pierwsze poprzez zwiększenie świadomości klientów co do ryzyka związanego z produktami finansowymi przed ich zakupem, a po drugie poprzez zmotywowanie instytucji finansowych do poprawy relacji z klientem na etapie, w którym produkt finansowy został już klientowi sprzedany i zaistniała konieczność rozstrzygnięcia wątpliwości lub kwestii spornych. W jakim stopniu to się powiedzie, czas pokaże.

Danuta Pajewska, radca prawny, partner odpowiedzialny za praktykę rynków kapitałowych i instytucji finansowych
Marcin Pietkiewicz, radca prawny, praktyka rynków kapitałowych i instytucji finansowych

Jak legalnie sprowadzić do Polski nieujawnione oszczędności zgromadzone za granicą



Dariusz Wasylkowski

Wojciech Marszałkowski

1 stycznia 2016 r. weszła w życie nowelizacja dotycząca opodatkowania przychodów osób fizycznych nieznajdujących pokrycia w ujawnionych źródłach lub pochodzących ze źródeł nieujawnionych. Prawodawca zdyscyplinowany wyrokami Trybunału Konstytucyjnego ustanowił ramy, które dają względne poczucie pewności co do tego, co się stanie, gdy podatnik ujawni dochody zgromadzone przed laty, a dotychczas przechowywane na zagranicznych rachunkach bankowych.

Zgodnie z niedawnymi wyrokami Trybunału Konstytucyjnego wydanymi 18 lipca 2013 r. (SK 18/09) oraz 29 lipca 2014 r. (P 49/13) stosowana przez administrację podatkową interpretacja przepisów dotyczących opodatkowania przychodów nieznanających pokrycia w ujawnionych źródłach lub pochodzących ze źródeł nieujawnionych stanowiła zaprzeczenie zasady dawności w prawie podatkowym. Praktycznie wyłączała ona możliwość przedawnienia nieopodatkowanych zobowiązań podatkowych i nakładała na podatników rozległe obowiązki w dowodzeniu historycznego stanu faktycznego. Taka praktyka organów została ukrócona przez Trybunał Konstytucyjny, który stwierdził niekonstytucyjność przepisów dotyczących opodatkowania przychodów nieznanających pokrycia w ujawnionych źródłach lub pochodzących ze źródeł nieujawnionych.

Kompleksowa regulacja w miejsce lakonicznych postanowień

Przed wejściem w życie nowelizacji z 16 stycznia 2015 r. regulacja opierała się przede wszystkim na art. 20 ust. 3 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych. Przepis ten określał podstawę opodatkowania jako wydatki poniesione przez podatnika w roku podatkowym oraz wartość zgromadzonego mienia, o ile nie znajdowały one pokrycia w mieniu zgromadzonym przed poniesieniem tych wydatków lub zgromadzeniem mienia, pochodzącym z przychodów uprzednio opodatkowanych lub wolnych od opodatkowania. Drugim kluczowym przepisem był art. 30 ust. 1 pkt 7 tej samej ustawy ustalający stawkę podatku na poziomie 75%.

W następstwie nowelizacji usunięto obydwie przepisy (stawka podatku utrzymała się jednak na dotychczasowym poziomie), zastępując je nowym rozdziałem w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz kilkoma przepisami rozszanymi w tej ustawie oraz w Ordynacji podatkowej. Zgodnie z zaleceniami Trybunału Konstytucyjnego co do kształtu i zawartości nowych przepisów regulacja wzbogaciła się o liczne uszczegółowienia i definicje.

Dobre prawa rodzą się ze złych obyczajów

Nowa regulacja definiuje pojęcia przychodów nieznanających pokrycia w ujawnionych źródłach i przychodów pochodzących ze źródeł nieujawnionych. Pierwsze z nich oznacza przychody ze źródeł wskazanych przez podatnika, ujawnione w nieprawidłowej wysokości (niższej niż rzeczywista). Drugie dotyczy przychodów ze źródeł niewskazanych przez podatnika i nieustalonych przez organ podatkowy lub organ kontroli skarbowej (tożsamość źródła nie jest w ogóle znana organom).

Przychód ustalony zgodnie z ww. definicjami opodatkowany będzie w kwocie stanowiącej różnicę pomię-

dzy wartością wydatków podatnika (rozumianych jako zgromadzone mienie lub poniesione wydatki, gdy nie jest możliwe ustalenie roku podatkowego, w którym zgromadzono środki na te wydatki) a wartością przychodów opodatkowanych i nieopodatkowanych uzyskanych przed poniesieniem tego wydatku.

Rozróżnienie przychodów opodatkowanych i nieopodatkowanych jest istotnym *novum* w porównaniu z dotychczas obowiązującą regulacją. Jak już wspomnieliśmy, „stara” regulacja dzieliła dochody na opodatkowane i wolne od opodatkowania (a nie „nieopodatkowane”). Ta subtelna różnica lingwistyczna niesie za sobą doniosłe konsekwencje podatkowe.

W dotychczasowej praktyce za przychody wolne od opodatkowania organy podatkowe i organy kontroli skarbowej uznawały zazwyczaj jedynie dochody zwolnione od podatku dochodowego. W konsekwencji cały szereg dochodów nieopodatkowanych wchodził do puli dochodów nieznanających pokrycia w ujawnionych źródłach przychodów lub pochodzących ze źródeł nieujawnionych i jako taki podlegał opodatkowaniu.

Pojęcie dochodów nieopodatkowanych mieścić będzie w sobie wartości pozostające w dyspozycji podatnika przed poniesieniem wydatku, których pochodzenie zostało ustalone co do tytułu, kwoty i okresu uzyskania oraz które były (i) wolne od podatku lub zwolnione od opodatkowania albo (ii) nie podlegały w ogóle opodatkowaniu albo (iii) były objęte obowiązkiem podatkowym w zakresie właściwego podatku, jednak zobowiązanie podatkowe nie powstało albo wygasło wskutek zaniechania poboru podatku, umorzenia zaległości podatkowej, zwolnienia z obowiązku zapłaty podatku lub przedawnienia.

Już na pierwszy rzut oka nowy katalog jest zdecydowanie szerszy. Z perspektywy podatników szczególnie istotny jest punkt trzeci, bowiem daje on szansę na ujawnienie zgromadzonych przed laty środków. Działanie takie wymaga jednak podjęcia pewnych aktów staranności.

Pierwszy akt staranności – zgromadzenie materiału dowodowego

W toku postępowania ciężar dowodu będzie spoczywał na podatniku. Trybunał Konstytucyjny uzasadnił to, wskazując, że podatnik – jako podmiot najlepiej orientujący się co do źródeł finansowania czynionych wydatków i gromadzonego mienia – ma w tym zakresie najpełniejszą wiedzę, której zdobycie przez organy podatkowe, bez współpracy podatnika, może okazać się niemożliwe.

Od powyższej zasady obowiązywać będą dwa wyjątki. Po pierwsze, z barków podatnika zdjęto ciężar dowodzenia w zakresie przychodów znanych organowi z urzędu lub możliwych do pozyskania z określonych

źródeł. Po drugie, w przypadku, gdy w toku postępowania podatnik nie udowodni uzyskania przychodów opodatkowanych lub nieopodatkowanych stanowiących pokrycie wydatku, a nastąpiło przedawnienie zobowiązania podatkowego w stosunku do tych przychodów, podatnik może uprawdopodobnić ich uzyskanie.

Jest to istotna zmiana na korzyść podatnika. Dotychczas podatnik powinien był udowodnić, że ze zgromadzonego mienia zostały sfinansowane konkretne wydatki. W nowym stanie prawnym legislator wziął poprawkę na upływ czasu oraz możliwość utraty „twardych” dowodów i złagodził rygor dowodowy w określonych sytuacjach.

Podatnik, który chce wykazać, że określona wartość pozostająca w jego dyspozycji to przychód nieopodatkowany (bo ta część majątku stanowić będzie zazwyczaj przedmiot sporu z organami), musi udowodnić lub ewentualnie uprawdopodobnić trzy zasadnicze elementy: tytuł wzbogacenia, kwotę i okres uzyskania środków.

Zazwyczaj najbardziej przekonującym dla organów środkiem dowodowym są dokumenty potwierdzające np. dokonanie określonej transakcji. Ordynacja podatkowa dopuszcza jednak każdy środek dowodowy, który może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, tj. zeznania świadków, dane statystyczne lub informacje dotyczące wydania paszportów. Wydaje się, że samo twierdzenie podatnika co do źródeł i wartości przychodów nie jest wystarczającym środkiem dowodowym.

Dla porządku dodamy, że jeśli w toku postępowania dowodowego ustalone zostanie źródło pochodzenia nieujawnionych uprzednio przychodów i ich wysokości, przychody te, o ile nie są przedawnione, podlegają opodatkowaniu podatkiem na zasadach właściwych dla danego źródła przychodu.

Drugi akt staranności – korekta

W przypadku ściągnięcia do Polski pieniędzy przechowywanych dotychczas na zagranicznych rachunkach bankowych warto zadbać o skorygowanie deklaracji podatkowych w podatku dochodowym od osób fizycznych, tak by uwzględniły przychody wygenerowane w związku z przechowywaniem środków np. na lokatach. Dokonując korekty, podatnik powinien wziąć pod uwagę cały okres nieprzedawniony, to jest około sześciu lat wstecz. Działanie to może uchronić przed ewentualnymi konsekwencjami karnoskarbowymi.

Szansa na uporządkowanie spraw

Nowelizacja uchwalona w następstwie wyroków Trybunału Konstytucyjnego została okrzyknięta w mediach podatkową abolicją, *quasi*-abolicją i wcale-nie-abolicją.

Nie rozsądzając, który z nagłówków prasowych jest najtrafniejszy, zauważamy, że nowe przepisy dają szansę na wydatkowanie legalnie zarobionych, a nieujawnionych dotychczas środków – bez podatku. Należy jednak pamiętać, że na uniknięcie 75% podatku podatnik może liczyć, o ile dysponuje odpowiednim materiałem dowodowym.

Samo wprowadzenie środków do obrotu w Polsce (np. poprzez ich pierwsze wydatkowanie) organy mogą uznać za przyczynę powstania obowiązku podatkowego z tytułu przychodów nieznajdujących pokrycia w ujawnionych źródłach przychodów lub pochodzących ze źródeł nieujawnionych. Obowiązek podatkowy powstanie z ostatnim dniem roku podatkowego, w którym powstał przychód w kwocie odpowiadającej nadwyżce wydatku nad przychodami opodatkowanymi lub przychodami nieopodatkowanymi. Prawdopodobnie organy w wielu sytuacjach staną na stanowisku, że pierwsze jawne wydatkowanie środków dopiero otwiera pięcioletni okres na wydanie i doręczenie podatnikowi decyzji ustalającej podatek. Decyzja doręczona po tym terminie nie spowoduje powstania zobowiązania podatkowego.

Z tego względu należy liczyć się z koniecznością przeprowadzenia przeciwdowodu w postępowaniu podatkowym lub w toku kontroli podatkowej, w celu wykazania, że źródłem środków są przychody nieopodatkowane (tj. na przykład gdy nie powstało lub przedawniło się zobowiązanie podatkowe). Można się spodziewać, że samo oświadczenie, że dane środki znajdują się na naszym rachunku bankowym od dekady, nie doprowadzi do stwierdzenia, że obowiązek podatkowy powstał właśnie dziesięć lat temu i uległ przedawnieniu.

Jak wskazaliśmy we wstępie, nowe przepisy dają podatnikom względne poczucie przewidywalności odnośnie do finalnego efektu postępowania. Nie powinniśmy jednak spodziewać się, że przepisy interpretowane będą przez organy w sposób szczególnie korzystny dla podatnika. Łaskawsze traktowanie dotyczyć będzie jedynie osób, które posiadają dowody wykazujące m.in. historyczny, legalny tytuł prawny do środków. Z tego względu działania podejmowane przez podatników powinny być przemyślane i dobrze przygotowane od strony dowodowej, a każdy podatnik powinien przechowywać dowody przynajmniej przez sześć lat od pierwszego wydatku dokonanego w sposób ujawniony.

Dariusz Wasylkowski, adwokat, doradca podatkowy, współnik odpowiedzialny za praktykę podatkową

Wojciech Marszałkowski, praktyka podatkowa

Prawo karne – reforma w toku?



Janusz Tomczak

Rok 2015 był ważnym rokiem dla wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych w Polsce. Weszły w życie dwie ustawy nowelizujące Kodeks karny i Kodeks postępowania karnego, których celem była zmiana modelu postępowania i procesu karnego funkcjonującego w Polsce od dziesięcioleci. Ustawy były wynikiem prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, która pracowała nad nimi kilka lat. Po pierwszych miesiącach zamętu można się już zacząć zastanawiać, czy reforma osiągnęła swój cel.

Sprawne postępowanie, większy udział stron

Podstawowym celem zeszłorocznej nowelizacji było usprawnienie i przyspieszenie rozpatrywania spraw karnych, a także odciążenie sędziów od prac biurowatycznych na rzecz wykonywania funkcji orzeczniczej przy jednoczesnym przeniesieniu ciężaru prowadzenia postępowania dowodowego na strony postępowania – oskarżyciela i oskarżonego, a w konsekwencji pełnomocników procesowych.

Ustawodawca rozszerzył katalog instrumentów pozwalających kończyć postępowania karne w drodze porozumień zawieranych między stronami pod nadzorem sądu, wychodząc z pragmatycznego założenia, że wiele kategorii drobniejszych przestępstw nie wymaga prowadzenia procesu sądowego z rozbudowanym postępowaniem dowodowym, a wystarczające jest jedno posiedzenie sądowe. Uelastyczniono system wymiaru kar i ich egzekucji.

W sprawach, w których dochodzi do procesu, pojawił się z kolei obowiązek wyznaczania posiedzeń przygotowawczych, w trakcie których uzgadniane są kwestie dotyczące organizacji, planowania i przebiegu procesu, co miało istotnie usprawnić jego przebieg.

Ustawodawca zmienił też model postępowania odwoławczego, aby ograniczyć możliwość uchylania orzeczeń zapadłych w pierwszej instancji i przekazywania spraw do ponownego rozpoznania. To również miało przyczynić się do przyspieszenia procesów.

Przyjęcie tych założeń miało unowocześnić i usprawnić proces, zbliżając go faktycznie do modelu anglosaskiego, gdzie to strony, a nie sąd, odpowiedzialne są za wynik postępowania dowodowego (pojawiała się możliwość żądania ustanowienia pełnomocnika/obrońcy z urzędu praktycznie na każdym etapie postępowania).

Wyrazem nowego podejścia do roli stron procesowych było przyjęcie zasady, że prawo do obrony jest prawem, a nie obowiązkiem. Dlatego rozluźniono rygory dotyczące uczestnictwa stron w rozprawach i posiedzeniach sądowych.

Wszystko to miało urzeczywistnić zasadę kontradyktoryjności, zgodnie z którą spór stron jest rozstrzygany przez sędziego arbitra kontrolującego przebieg postępowania od strony formalnej, ale nieingerującego w treść wniosków i stanowisk stron.

Polska miała stać się jednym z pierwszych krajów postkomunistycznych i kontynentalnych, w których ten model postępowania został przyjęty.

W założeniach i teorii wszystko wyglądało więc bardzo obiecująco. A jak wyszło w praktyce?

Eksperyment na żywym organizmie

Praktycy prawa doskonale zdają sobie sprawę, że prawo

stosowane w praktyce różni się często znacznie od założeń przyjętych przez ustawodawcę.

Jeszcze przed wejściem w życie znówelizowanych przepisów protest podnieśli przedstawiciele prokuratury. Głośno domagali się oni wydłużenia *vacatio legis*, argumentując, że kierowane przez nich jednostki prokuratury nie są przygotowane organizacyjnie na wprowadzenie tak istotnych zmian. Głowiono się m.in. nad tym, jak zapewnić, aby prokurator, który nadzorował postępowanie przygotowawcze, a następnie sformułował i wniósł do sądu akt oskarżenia, uczestniczył w rozprawach, w których jego oskarżenie było rozpoznawane (do tej pory standardem było, że prokurator obecny na sali rozpraw nie był autorem aktu oskarżenia, w praktyce często nie znał dobrze sprawy i nie był w stanie podnieść argumentów, które były istotne w sprawie z punktu widzenia oskarżenia).

Za opóźnieniem wejścia w życie opowiadali się również sędziowie, którzy wskazywali, że jest to rewolucja, na którą sądy i przedstawiciele stron nie są ani merytorycznie, ani organizacyjnie przygotowani.

Mimo sprzeciwów reforma weszła w życie, a pierwsze miesiące jej funkcjonowania pozwalają dostrzec pewne prawidłowości, które zdają się odbiegać od przyjętych i przedstawionych wyżej założeń.

Istotnie, z wielu sądów w Polsce płyną wieści, że znacznie zmniejszyła się liczba wpływających do nich aktów oskarżenia. Logika procesu obecnie jest taka, że po wniesieniu aktu oskarżenia prokurator musi udowodnić jego tezę, stawiając precyzyjne wnioski dowodowe. Nie robi tego za niego sędzia w imię zasady prawdy materialnej, tak jak to miało miejsce wcześniej. Wymaga to z jednej strony znacznie większej precyzji w formułowaniu zarzutów, z drugiej zaś powoduje ostrożność w kierowaniu spraw do sądu.

Jednak w odczuciu niektórych mniejsza liczba aktów oskarżenia świadczy o niesprawności działania prokuratury, bowiem przecież nie sposób twierdzić, że mniejsza liczba aktów oskarżenia odzwierciedla spadek przestępczości.

Odczuwalny jest nacisk ze strony prokuratorów, żeby załatwiać sprawy w trybach konsensualnych, czyli w drodze porozumienia stron. Pozwala to z jednej strony szybko skończyć sprawę, z drugiej zaś nie naraża na ryzyko przegrania procesu. Trudno jednak oprzeć się wrażeniu, że celem nie jest faktyczne uzyskanie sprawiedliwego rozstrzygnięcia, pojednania stron i uzyskania zadośćuczynienia, tylko poprawa statystyk i zwiększenie liczby zakończonych spraw przy jednoczesnym uniknięciu konieczności skierowania sprawy do sądu z aktem oskarżenia. W dalszym ciągu widać, że prokuratorzy traktują uczestnictwo w rozprawach sądowych jako przykrą konieczność odrywającą ich od codziennej pracy za biurkiem, która zdaje się im istotniejsza i mająca przełożenie na ich awans zawodowy.

Wzrasta też liczba umorzeń postępowań przygotowawczych (śledztw). Słychać głosy, że w ten sposób prokuratura próbuje unikać prowadzenia spraw trudnych, których jednoznaczna ocena nie jest możliwa i wymaga obszernego, a często kosztownego postępowania dowodowego. Decyzje w takich sprawach są zazwyczaj zaskarżane do sądu, co powoduje, że rośnie liczba spraw dotyczących rozpoznania skargi na decyzję prokuratora lub policjanta o umorzeniu postępowania.

Przedwczesne decyzje o umorzeniu postępowania albo odmowie jego wszczęcia prowadzą więc do znacznego opóźnienia prawnokarnej reakcji na zdarzenie, które nosi cechy przestępstwa.

Pojawiają się też informacje, że Policja nie radzi sobie finansowo ze skutkami reformy, gdyż doszły jej dodatkowe obowiązki (dodatkowe doręczenia świadkom, podejrzany), które generują dodatkowe koszty.

Nowy (od października 2015 r.), konserwatywny Minister Sprawiedliwości jednoznacznie negatywnie ocenia reformę, której założenia uznaje za błędne. W chwili kierowania tej publikacji do druku nie podjął jeszcze ostatecznej decyzji, czy potrzebne są zmiany, kolejna nowelizacja, czy może wycofanie się z reformy.

W tych okolicznościach można się zastanawiać, czy ta reforma w ogóle była zasadna.

Pragmatyzm kontra sprawiedliwość

Otóż jak najbardziej słuszne było oczekiwanie, że pierwsza tak znacząca i kompleksowa reforma prawa karnego w XXI wieku dostosuje to prawo w większym stopniu do systemu społeczno-gospodarczego, który funkcjonuje w Polsce od 25 lat.

Wyrazem tego miało być przeniesienie odpowiedzialności za przebieg postępowania dowodowego na strony reprezentowane przez profesjonalistów, którzy z rozumą i w sposób zaplanowany będą podejmować działania w postępowaniu przygotowawczym oraz przed sądem pierwszej instancji, mając świadomość, że ich zaniechania rodzić będą konsekwencje w postępowaniu odwoławczym.

W tym samym celu włączono w proces większą rzeszę specjalistów z różnych dziedzin, dzięki dopuszczeniu dowodzenia przy wykorzystaniu prywatnych opinii biegłych. Widoczne było ożywienie na rynku usług detektywistycznych, informatyki śledczej, usług tzw. *forensic* itp. Z drugiej strony nie ma żadnych regulacji dotyczącej biegłych jako odrębnej grupy, która powinna być rządzona określonymi regułami (ustawa o biegłych sądowych wciąż pozostaje w fazie projektu).

Nowelizacja osiągnęła zakładany skutek w tym sensie, że pojawiło się dużo większe pole do aktywności stron, w szczególności ich profesjonalnych pełnomocników

(obrońców lub pełnomocników pokrzywdzonych). Równocześnie zwiększyła się jednak zawodowa odpowiedzialność tych ostatnich za wynik i los sprawy. Nie mówi się też raczej o tym, że aktywna obrona czy też precyzyjne i wyczerpujące gromadzenie dowodów na poparcie też oskarżenia niesie za sobą dodatkowe, często bardzo znaczące koszty. Ustawodawca przewidział dodatkowe koszty wynikające z rozszerzonego prawa do pomocy prawnej z urzędu, ale budżet nie przewiduje dodatkowych środków na zwrot kosztów faktycznie poniesionych przez stronę.

Jedyną jednoznacznie pozytywnie ocenianą zmianą, oddającą ducha czasów, było wprowadzenie tzw. umorzenia absorbacyjnego, w którym przy pojednaniu pokrzywdzonego i sprawcy, w szczególności w razie naprawienia szkody, możliwe jest całkowite umorzenie postępowania karnego, bez żadnych konsekwencji dla sprawcy. Praktyka pokazuje, że cieszy się ono sporą popularnością i w praktyce daje pokrzywdzonemu szansę na wynegocjowanie dla siebie korzyści czy to w formie odszkodowania, czy też zadośćuczynienia w zamian za skierowanie wniosku o umorzenie sprawy. To praktyczne rozwiązanie faktycznie pozostawia w rękach stron kwestię odpowiedzialności oskarżonego.

Jednak obraz, który wyłania się po sześciu miesiącach obowiązywania nowych przepisów, to przede wszystkim szukanie szybkich i pragmatycznych rozwiązań, które uwolnią organy śledcze od ryzyk, które niesie za sobą kontradyktoryjny proces.

W dalszym ciągu odczuwalna jest atmosfera pracy w warunkach eksperymentu, w którym uczestniczą wszyscy aktorzy procesu wymiaru sprawiedliwości. Widać opór starych rutyniarzy, przyzwyczajonych do zasad funkcjonujących przez dziesięciolecia, którzy są niechętni rozwiązaniom wprowadzonym głównie przez teoretyków prawa. Rację mają ci z nich, którzy mówią, że w zamęcie towarzyszącym wprowadzeniu reformy gubi się istotna wartość – sprawiedliwość.

Ocena skutków wprowadzenia tak głębokiej reformy prawa w kilka miesięcy po jej wejściu w życie jest być może ryzykowna, ale należy się podejmować tego zadania, skoro zaczynają padać stwierdzenia o konieczności jej cofnięcia czy też głębokiej modyfikacji. Jest jednak oczywiste, że rzetelna ocena skutków zmian możliwa będzie dopiero z perspektywy kilku lat, a nie miesięcy.

Obecna sytuacja nie daje niestety obywatelom poczucia zaufania wobec systemu prawa oraz tego, że państwo zapewni sprawny wymiar sprawiedliwości.

Janusz Tomczak, adwokat, partner odpowiedzialny za praktykę prawa karnego

P

ułapki użytkowania wieczystego



Stefan Jacyno

Z gospodarczego punktu widzenia przyjmuje się, że prawo użytkowania wieczystego gruntu jest równie dobre co prawo własności. Przedsiębiorca może wszak korzystając z gruntu wznieść budynki, które staną się jego własnością. Dlatego ceny własności i użytkowania wieczystego na rynku w zasadzie się nie różnią. W rzeczywistości prawo użytkowania wieczystego ma jedynie mylące pozory własności. Co gorsza, można odnieść wrażenie, że funkcjonuje wiele praw, które noszą wspólną nazwę „prawo użytkowania wieczystego”, choć ich treść jest różna.

Prawo użytkowania wieczystego istnieje w naszym systemie prawnym od 1961 r. Zawsze odnosi się ono do gruntu, jest ograniczone w czasie i wiąże się z obowiązkiem ponoszenia rocznych opłat obliczanych jako procent aktualizowanej wartości gruntu (czyli jak podatek katastralny), według stopy 3%, 2%, 1% lub 0,3%. Prawa użytkownika wieczystego zależą jednak także od sposobu, w jaki prawo to zostało ustanowione.

Tylko zgodnie z przeznaczeniem

Użytkownik wieczysty może korzystać z gruntu tylko w zgodzie z przeznaczeniem określonym w umowie. Pierwotnie, w epoce socjalizmu, użytkowanie wieczyste było jedyną drogą oddawania w prywatne ręce państwowych gruntów w zasadzie wyłącznie pod indywidualną lub spółdzielczą zabudowę mieszkaniową, względnie pod niewielkie zakłady rzemieślnicze czy spółdzielcze. Jeżeli teraz ktoś kupi opuszczone budynki produkcyjne na takich gruntach z myślą o wyburzeniach i budowie domów mieszkalnych czy sklepów, może się natknąć na nieprzewidziane trudności. W takich umowach jest wyraźnie podany cel: „zakład produkcyjny” oraz nałożony obowiązek „utrzymywania budynków w należytym stanie” – a więc nie można ich rozebrać bez zmiany umowy! A zmianę umowy właściciele (samorządy albo Skarb Państwa) mogą uzależnić od „dobrowolnej” wpłaty – w Warszawie jest to 12,5% wartości gruntu.

Użytkownik wieczysty musi się liczyć z tym, że właściciel zechce być uczestnikiem postępowania administracyjnego o wydanie pozwolenia na budowę i zechce kontrolować poczynania użytkownika wieczystego. Znane są nam przypadki takich działań podważających np. możliwość wydania pozwolenia na budowę budynku biurowo-mieszkalnego, jeżeli nie odpowiada to literalnie przeznaczeniu określonymu w umowie o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste. Co należy zaliczyć do ciekawostek, Prezydent m.st. Warszawy zaskarża tu decyzje o pozwoleniu na budowę wydane przez... Prezydenta m.st. Warszawy.

Czasem inwestorzy sądzą, że otrzymanie decyzji o warunkach zabudowy na przedsięwzięcie inne niż przewidziane w umowie o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste oznacza jednoczesną automatyczną zmianę przeznaczenia gruntu – bo przecież władza wydała decyzję. Zapomina się jednak, że władza w demokratycznym państwie prawnym jest podzielona, przysługuje w różnym zakresie różnym podmiotom publicznym. Grunty w użytkowaniu wieczystym mogą być więc państwowe, ale plan zagospodarowania przestrzennego czy decyzja o warunkach zabudowy to już kompetencja władz samorządowych. Ponadto zarządzanie gruntami to nie są akty władcze, lecz właścicielskie, więc nawet w stosunku do gruntów gminnych inna jednostka jest

kompetentna w zakresie planowania przestrzennego, a inna w zakresie konkretnego sposobu zagospodarowania. W takiej sytuacji zgoda na zmianę przeznaczenia zależy wyłącznie od właściciela gruntu. Użytkownik wieczysty może tylko o nią prosić i musi się liczyć z tym, że właściciel nie będzie chciał zmienić raz określonego przeznaczenia.

W obrocie powszechnie spotyka się też grunty w użytkowaniu wieczystym ustanowionym z mocy prawa, w drodze uwłaszczenia przedsiębiorstw państwowych na początku transformacji ustrojowej w 1990 r. Te prawa najczęściej nie mają określonego przeznaczenia i są wolne od przedstawionych kłopotów i ograniczeń. Takie grunty najbardziej zbliżone są do własności. Pamiętać jednak należy, że niezabudowany grunt w użytkowaniu wieczystym zawsze podlega prawu pierwokupu gminy, choćby stał się niezabudowany z powodu rozbioru budynków w ramach przygotowania do nowej inwestycji.

Pokusy licytacji

W czasach gospodarki rynkowej jednostki publiczne organizują przetargi, na których można nabyć użytkowanie wieczyste, a zawierana w wyniku przetargu umowa określa dokładnie cel, na jaki jest grunt oddawany, oraz termin zabudowy. Licytacja niesie jednak pokusy, które mogą doprowadzić nieostrożnych inwestorów do ogromnych strat. W przetargu licytuje się wartość gruntu, ale na rzecz właściciela wnosi się jedynie pierwszą opłatę roczną w wysokości od 15% do 25% wylicytowanej ceny i następnie ponosi się roczne opłaty w wysokości 1%, 2% lub 3% (w zależności od przeznaczenia) wartości gruntu w kolejnych latach. Skoro do zapłaty jest tylko 25%, deweloperzy mogą licytować bardzo wysoko, licząc, że szybko dokonają zabudowy i znajdą nabywcę. Jeśli cykl inwestycyjny będzie trwać pięć lat, zapłacą łącznie $25\% + 4 \times 3\% = 37\%$ ceny gruntu, a sprzedadzą go za pełną cenę rynkową, razem z wzniesionymi budynkami. Jeżeli nawet cena gruntu będzie niższa od wylicytowanej, to i tak pozostaje bezpieczny margines zysku. Nierzadko licytanci zaciągają milionowy kredyt zabezpieczony hipoteką na nabytym prawie użytkowania wieczystego. Jeżeli jednak z jakichś względów realizacja zaplanowanej inwestycji będzie się przeciągać, trzeba będzie ponosić dodatkowe karne opłaty za przedłużenie terminu zabudowy (10% ceny), ale i tak od cierpliwości właściciela będzie zależało to, czy i ile razy się zgodzi na przedłużenie terminu. Może się bowiem nie zgodzić i wystąpić do sądu o rozwiązanie użytkowania wieczystego, a wówczas inwestor straci wszystko. Ustawa nie przewiduje zwrotu ani pierwszej opłaty, ani rocznych opłat, ani tym bardziej karnych opłat za przedłużenie terminu. Jeżeli użytkowanie

wieczyste było obciążone hipoteką, wygaśnię i hipoteka, a wtedy wszystko straci także bank finansujący. To nie jest tylko teoria, są takie autentyczne przykłady.

Utrata użytkowania wieczystego

Utracić użytkowanie wieczyste można nie tylko na początku, ale i po upływie okresu, na jaki zostało ustanowione. Niezwykle boleśnie odczuli to mieszkańcy budynków mieszkalnych w Warszawie, którym ustanowiony na 40 lat okres użytkowania wieczystego wygasł w pierwszych latach XXI wieku. Spowodowało to także utratę własności lokali, bo wraz z prawem użytkowania wieczystego wygasa odrębna własność budynków – automatycznie przechodzą one na własność właściciela gruntu. Kodeks cywilny zapewnia w ostatnich pięciu latach użytkowania wieczystego roszczenie o jego przedłużenie na kolejny okres. Odmowa przedłużenia jest dopuszczalna tylko ze względu na ważny interes społeczny. Problem w tym, że mieszkańcy... zapomnieli złożyć wnioski, a termin minął.

Nawet złożenie wniosku w terminie nie musi doprowadzić do pożądanego rezultatu. W głośnej ostatnio sprawie Prezydent Miasta Warszawy odmówił przedłużenia terminu użytkownikowi wieczystemu gruntów klubu sportowego. Użytkownik wieczysty chciał budować biurowce i zaniedbywał obiekty sportowe. Najpierw Prezydent, a potem sądy, łącznie z Sądem Najwyższym, przyjęli, że w tym przypadku odmowa przedłużenia była dopuszczalna ze względu na ważny interes społeczny.

Łączenie i podział działek

Zdarza się, że dla poprawy kształtu działki przeznaczonej pod inwestycję można nabyć od podmiotów publicznych – i to bez przetargu – przylegające grunty, które nie mogą być samodzielnie zagospodarowane. Warto się jednak poważnie zastanowić, jeśli choć jedna z działek jest w użytkowaniu wieczystym. Jeżeli ktoś planuje budowę budynku na kilku działkach i następnie sprzedaż wyodrębnionych lokali, to musi doprowadzić do połączenia wszystkich działek w jednej księdze wieczystej. Nie będzie to możliwe, jeżeli działki mają różny status prawny. Nawet posiadając tytuł prawny do gruntu umożliwiający zabudowę i otrzymawszy bez żadnych zastrzeżeń pozwolenie na budowę, nie da się sprzedawać lokali przed ujednoliceniem stanu prawnego gruntu i to nie na poziomie prawa użytkowania wieczystego, lecz własności. Trzeba doprowadzić do tego, by jednostki państwowe i samorządowe się ze sobą porozumiały w kwestii przekazania praw własności. Nie trzeba dodawać, że to bardzo trudne zadanie.

Najnowsze orzecznictwo wydaje się zmierzać do ograniczenia praw użytkownika wieczystego względem

właściciela. Uchwała Sądu Najwyższego z 13 marca 2015 r. (III CZP 116/14) wprost stwierdza, że użytkownik wieczysty nie może dokonać podziału gruntu oddanego mu w użytkowanie wieczyste. Bardzo trudno pogodzić się z taką linią orzecniczą, sprzeczną z praktyką stosowaną od dziesiątków lat. O ile można doszukiwać się pewnych racji tam, gdzie oddano grunt na konkretny cel i podział mógłby zagrozić realizacji tego celu, to w sytuacji, gdy prawo to pochodzi z uwłaszczenia, już takich argumentów podnieść niepodobna. Wszak uwłaszczenie miało doprowadzić nie do petryfikacji socjalistycznych zakładów pracy w ich granicach gruntowych, lecz wręcz przeciwnie, chodziło o umożliwienie zbycia niepotrzebnych nieruchomości, by wpuścić je w obieg gospodarczy i umożliwić innym osobom ich zagospodarowanie zgodnie z planami zagospodarowania przestrzennego lub wydanymi warunkami zabudowy.

Sprawdzić przed nabyciem

Przed nabyciem prawa użytkowania wieczystego gruntu trzeba więc sprawdzić nie tylko to, kto jest użytkownikiem wieczystym i na jaki okres prawo to zostało ustanowione. Trzeba też zbadać pozostałe prawa i obowiązki stanowiące o istocie tego prawa i przydatności dla ewentualnego nabywcy, takie jak sposób korzystania, terminy zabudowy czy wysokość rocznych opłat. Są one ukryte w treści umowy o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste z ewentualnymi zmianami – aneksami, a nawet w korespondencji między stronami. Wysokość opłat jest bowiem aktualizowana w drodze pisemnych zawiadomień. Wysokość opłaty rocznej może też ustalić sąd wyrokiem, jeśli użytkownik wieczysty nie zgodził się z proponowaną wyceną i zażądał przeprowadzenia postępowania przed Samorządowym Kolegium Odwoławczym i następnie przed sądem powszechnym. Jednak uwaga: jeśli umowę o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste zawarto na podstawie przetargu, wartość gruntu nie może być niższa niż ustalona na tymże przetargu. Ten, kto kupił lokal użytkowy od dewelopera i będzie chciał później wystąpić o obniżenie opłat rocznych, spotka się z odmową – choćby ceny rynkowe spadły o połowę – jeżeli deweloper kupił prawo użytkowania wieczystego na przetargu i ostro licytując, ustalił wysoką cenę (ale sam zapłacił tylko 25% + opłaty roczne do chwili sprzedaży lokalu). W przypadku lokali mieszkalnych na szczęście ograniczenie to obowiązuje tylko przez pierwszych pięć lat.

Stefan Jacyno, adwokat, współnik odpowiedzialny za praktykę nieruchomości i inwestycji budowlanych oraz praktykę reparytacyjną

Odbiór obiektu nie musi oznaczać zakończenia prac budowlanych



Hanna Drynkorn



Mirella Lechna

Kryterium decydującym o gotowości obiektu do odbioru jest możliwość użytkowania go przez inwestora w zamierzonym celu. Takiej ocenie nie przeszkadza stwierdzenie podczas czynności odbiorowych wad powodujących konieczność prowadzenia przez wykonawcę dalszych prac na terenie inwestycji.

Przestawienie przez wykonawcę obiektu do odbioru jest przełomowym momentem w stosunkach między stronami umowy o roboty budowlane z uwagi na skutki, jakie się z nim wiążą. Przejęcie obiektu jest oczekiwane przez obie strony. Dla wykonawcy odbiór stanowi przede wszystkim podstawę do żądania wypłaty wynagrodzenia. Inwestorowi natomiast umożliwia rozpoczęcie użytkowania obiektu. Ponadto z momentem odbioru następuje przejście odpowiedzialności za szkody na terenie budowy na inwestora, a także rozpoczęcie biegu terminu rękojmi za wady. Gdy inwestor niezasadnie odmawia odbioru robót, uchybia swojemu ustawowemu obowiązкови, co prowadzi do powstania zwłoki po jego stronie. W konsekwencji roszczenie wykonawcy i tak staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę odbiór powinien nastąpić (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17 lutego 2000 r., I ACa 1027/99).

Tymczasem jedyną regulacją ustawową odnoszącą się do odbioru (i to wyłącznie w sposób pośredni) jest przepis art. 647 k.c. Zgodnie z tym przepisem przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej. Zobowiązaniu temu odpowiada leżący po stronie inwestora obowiązek dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, a także obowiązek odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Ze względu na doniosłe skutki odbioru kluczowe jest ustalenie, kiedy w świetle przepisów mamy do czynienia ze stanem gotowości obiektu do odbioru. Regulacja ustawowa w tym zakresie okazuje się często niewystarczająca na potrzeby oceny prawidłowości wykonania obiektu przez wykonawcę.

Wskazówki interpretacyjne dotyczące powyższej regulacji można odnaleźć w orzecznictwie sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego. I tak przyjmuje się, że uzasadniać odmowę odbioru mogą jedynie okoliczności, które można zakwalifikować jako niewykonanie zobowiązania, natomiast spełnienie świadczenia w sposób stanowiący jedynie nienależyte wykonanie zobowiązania rodzi obowiązek dokonania odbioru przez inwestora. Jakże stany należy zatem kwalifikować jako niewykonanie, a jakie jako nienależyte wykonanie zobowiązania w ramach realizacji obiektu budowlanego?

Nie każda wada jest istotna

Z niewykonaniem zobowiązania mamy do czynienia wówczas, gdy objęte umową świadczenie nie zostanie w ogóle spełnione albo gdy nie zawiera ono cech konstytutywnych, charakteryzujących dany rodzaj

świadczenia. Na gruncie umowy o roboty budowlane należy przyjąć, że niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza jego normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera mu cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając jego wartość. Takie usterki kwalifikujemy jako istotne. Skoro jednym z kryteriów istotności jest przydatność obiektu do zamierzonego celu, inwestor powinien rozważyć, czy w okolicznościach konkretnej sprawy sama obecność brygad roboczych wykonawcy nie stanowi o braku przydatności obiektu do użytkowania go zgodnie z przeznaczeniem. Co prawda taka postać nieprzydatności do użytkowania nie wynika z technicznej oceny stwierdzonych wad i „niedoróbek”, jednak faktycznie wpływa na to, że inwestor mimo potencjalnej możliwości przejęcia obiektu nie zawsze może prowadzić w nim zamierzoną działalność.

Pozostałe wady – jako nieistotne – świadczą jedynie o nienależytym wykonaniu zobowiązania. Ich wystąpienie nie stanowi przeszkody w użytkowaniu obiektu, a zatem wykonawca ma uprawnienie do żądania odbioru oraz zapłaty wynagrodzenia. Inwestor powinien wówczas zadbać o sporządzenie protokołu odbioru końcowego z zastrzeżeniami wskazującymi wykryte wady i usterki wraz z wyznaczeniem terminu do ich usunięcia przez wykonawcę. Występowanie tego typu wad może także stanowić podstawę do obniżenia wynagrodzenia wykonawcy. Powyższe okoliczności nie stanowią natomiast podstawy odmowy odbioru (por. wyrok Sądu Najwyższego z 26 lutego 1998 r., I CKN 520/97).

W orzecznictwie podkreśla się także, że niedopuszczalne jest nawet umowne uzależnienie wypłaty wynagrodzenia od odbioru bezusterkowego. Wskazuje się, że byłoby to sprzeczne z ustawą oraz zasadami współżycia społecznego, gdyż dawałoby inwestorowi możliwość arbitralnego określenia momentu właściwego dla odbioru obiektu. Zgodnie z powyższym poglądem odbiór robót należy do obowiązków inwestora i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek tych robót (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 24 lutego 2012 r., V ACa 198/12).

Ugruntowane jest zatem stanowisko, że nawet jeśli już w chwili odbioru obiekt jest wadliwy, inwestor jest zmuszony zaakceptować taki stan i wyczekać, aż wykonawca naprawi wady, tolerując jednocześnie jego obecność na terenie obiektu. Wykonawca jest jednak w takim wypadku zwalniany z odpowiedzialności za plac budowy, w związku z czym od tego momentu nie jest obowiązany do utrzymywania ubezpieczenia terenu budowy, tzw. ubezpieczenia CAR. Mimo to wykonaw-

ca nadal przebywa na terenie budowy i prowadzi prace niezbędne do usunięcia wszystkich wad, gdyż zobowiązują go do tego uwagi zawarte w protokole odbioru, stanowiące treść jego nowego zobowiązania.

Dwa reżimy odpowiedzialności

Należy przy tym podkreślić, że ustawodawstwo polskie wyraźnie odróżnia reżim odpowiedzialności za wady znane już przy odbiorze – wynikające z nienależytego wykonania zobowiązania – od reżimu odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady ujawnione po odbiorze, która podlega odrębnej regulacji.

Pierwsza grupa wad – tych, o których mowa w protokole odbioru – to wady jawne. Jawność nie pozbawia ich jednak charakteru wad podlegających naprawieniu w ramach odpowiedzialności wykonawcy za nienależyte wykonanie umowy.

Zasada wyłączenia odpowiedzialności za wady jawne ma zastosowanie jedynie w przypadku tych umów, których przedmiotem jest gotowy już przedmiot – jak umowa sprzedaży. W odniesieniu natomiast do umowy o dzieło czy umowy o roboty budowlane – które ze swej istoty zawierają element twórczy, a ich przedmiot jest zindywidualizowany – ustawodawca przewidział taki tryb czynności odbiorowych, by rozkład ryzyka za ewentualne możliwe do naprawienia błędy w wykonaniu robót nie obciążał nadmiernie wykonawcy. Odpowiedzialność wykonawcy za naprawienie usterek byłaby wyłączona jedynie wówczas, gdyby inwestor, mając świadomość wady, przyjął wykonany obiekt bez zastrzeżeń. Natomiast zamieszczenie przy protokole odbioru listy wad powoduje, że odbiór dochodzi do skutku, lecz nie jest równoznaczny z zakończeniem realizacji umowy przez wykonawcę.

W przeciwnym razie odbiór obiektu zawsze musiałby być uzależniony od braku jakichkolwiek wad. To natomiast mogłoby spowodować, że gotowy do użytkowania budynek nie byłby eksploatowany z uwagi na nawet niewielkie niedociągnięcia, które wymagałyby dodatkowej pracy. Gdyby bowiem w takiej sytuacji inwestor dokonał

odbioru, działałby na swoją niekorzyść, ponieważ pozbawiłby się możliwości dochodzenia od wykonawcy naprawienia wad stwierdzonych podczas odbioru.

W przypadku zatem umowy o roboty budowlane ustawodawca, zobowiązując inwestora do odbioru obiektu jedynie – jak wskazuje orzecznictwo – zasadniczo zgodnego ze zobowiązaniem wykonawcy, doprowadził do wyłączenia ogólnej zasady, że naprawienie wad jawnych w momencie odbioru nie leży w sferze odpowiedzialności wykonawcy.

Druga grupa wad – podlegających naprawieniu na zasadach przewidzianych w ramach rękojmi – to takie wady, które ujawnią się po dokonaniu odbioru, w terminie określonym ustawowo lub umownie. Obecnie, po nowelizacji Kodeksu cywilnego, która weszła w życie 24 grudnia 2014 r., ustawowy termin rękojmi za wady w odniesieniu do obiektów budowlanych wynosi pięć lat. Termin ten może być dowolnie modyfikowany przez strony umowy na mocy przepisu art. 558 k.c., który stanowi, że strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć.

Mając na uwadze powyższe reguły, inwestor powinien odebrać obiekt, gdy nadaje się on do użytkowania mimo występowania wad. Dokonanie odbioru z zastrzeżeniami zabezpiecza interesy obu stron umowy. Oznacza bowiem spełnienie ustawowego obowiązku przez inwestora (tj. nie prowadzi do powstania zwłoki po jego stronie) oraz rodzi uprawnienie wykonawcy do otrzymania wynagrodzenia. Jednocześnie jednak odbiór obiektu nie zwalnia wykonawcy od zobowiązań związanych z realizacją umowy, gdyż jego zadaniem jest przeprowadzenie prac służących doprowadzeniu do stanu należytego wykonania umowy.

Hanna Drynkorn, praktyka transportu, infrastruktury, zamówień publicznych i PPP

Mirella Lechna, radca prawny, współnik odpowiedzialny za praktykę transportu, infrastruktury, zamówień publicznych i PPP

Zmiany rozstrzygania sporów przed sądem polubownym

Z początkiem roku weszły w życie dwie ustawy istotnie zmieniające polskie prawo arbitrażowe. Pierwsza z nich, z 15 maja 2015 r., dokonała zmiany w zakresie wpływu ogłoszenia postępowania upadłościowego na postępowanie arbitrażowe. Druga, z 10 września 2015 r., ograniczyła postępowania postarbitrażowe przed sądami powszechnymi do jednej instancji. Obie zmiany były postulowane przez środowisko arbitrażowe w Polsce i mają szansę przyczynić się do zwiększenia popularności tego sposobu rozstrzygania sporów.



Monika Hartung

Upadłość a arbitraż

Zgodnie z obowiązującym do końca 2015 r. prawem upadłościowym i naprawczym zapis na sąd polubowny dokonany przez upadłego tracił moc z dniem ogłoszenia upadłości, a toczące się już postępowania ulegały umorzeniu niezależnie od tego, czy chodziło o upadłość z możliwością zawarcia układu, czy też o upadłość likwidacyjną. Przepisy te, krytykowane od początku ich uchwalenia, nie nastroczały trudności interpretacyjnych w odniesieniu do postępowań arbitrażowych toczących się w Polsce. Sprawa komplikowała się jednak w przypadku postępowań toczących się poza Polską w jurysdykcjach, które nie przewidywały upadku zapisu na sąd arbitrażowy w razie ogłoszenia upadłości podmiotu będącego stroną takiego postępowania arbitrażowego.

W znanej sprawie Elektrimu sąd brytyjski uznał, że ogłoszenie upadłości strony postępowania arbitrażowego nie wpływa na możliwość dalszego prowadzenia tego postępowania. W analogicznej sytuacji sąd szwajcarski był innego zdania. Sąd polski, rozstrzygając o wykonalności wyroku sądu arbitrażowego, ostatecznie podzielił pogląd sądu brytyjskiego. W jeszcze innej sprawie sąd polski przyjął, że ogłoszenie upadłości polskiego podmiotu, który uczestniczył w postępowaniu arbitrażowym we Francji, gdzie odbyła się pierwsza ustna rozprawa, nie stanowi przeszkody do kontynuacji tego postępowania i wydania wyroku. W konsekwencji stwierdził wykonalność tego wyroku na terenie Polski.

Powyższe przepisy istotnie osłabiały pewność postępowania arbitrażowego i jego atrakcyjność, szczególnie że w przypadku umorzenia postępowania arbitrażowego powód nie mógł liczyć na zwrot nawet części opłaty arbitrażowej. Nie przekonywało także uzasadnienie wprowadzenia tego rozwiązania do prawa upadłościowego, zgodnie z którym spowodowane ono było potrzebą kontroli nad roszczeniami przeciwko upadłemu, a w konsekwencji rozpoznawania ich w postępowaniu upadłościowym, w którym sądy stosują prawo w interesie wierzycieli masy upadłości. Podważało to w sposób całkowicie nieuprawniony rzetelność i bezstronność rozstrzygnięć arbitrażowych. Podlegają one przecież kontroli w postępowaniach postarbitrażowych, co jest wystarczające dla ochrony podstawowych zasad systemu prawnego, w tym także praw wierzycieli w postępowaniu upadłościowym.

Nowelizacja prawa upadłościowego stanowi, że ogłoszenie upadłości nie spowoduje wygaśnięcia zapisu na arbitraż i nie wpłynie na możliwość rozstrzygania sporów przez sądy arbitrażowe. Strony będą mogły wyjątkowo skorzystać z prawa do odstąpienia od zapisu na arbitraż, ale wyłącznie co do sporów jeszcze niewyszczegółonych w dniu

ogłoszenia upadłości. Z tego uprawnienia będzie mógł też skorzystać syndyk, za zgodą sędziego komisarza, jeżeli dochodzenie roszczenia przed sądem arbitrażowym utrudniałoby likwidację masy upadłości, w szczególności jeśli w masie brakowałoby funduszy na pokrycie kosztów wszczęcia i prowadzenia postępowania arbitrażowego. Redakcja tego przepisu zdaje się wskazywać, że może on dotyczyć sytuacji, w których potencjalnym powodem jest upadły. Pojęcie „utrudnienia likwidacji masy upadłości” jest pojemne, zatem decydujące będzie jego rozumienie przez sądy upadłościowe. Można sobie wyobrazić, że utrudnieniem może okazać się wskazanie w zapisie na arbitraż miejsca postępowania poza granicami Polski, a także długość trwania postępowania arbitrażowego i/lub postępowań postarbitrażowych.

Sytuacja taka rodzi oczywiście niepewność po stronie kontrahenta upadłego, który jednak będzie mógł zażądać od syndyka pisemnej informacji, czy odstępuje od zapisu. Brak odpowiedzi syndyka w terminie 30 dni traktowany będzie jako odstąpienie. Odstąpić od zapisu będzie mógł także kontrahent upadłego w sytuacji, w której syndyk odmówi partycypowania w kosztach postępowania arbitrażowego (jak ma to miejsce np. w sprawach rozpoznawanych według Regulaminu ICC). Wówczas możliwe jest albo odstąpienie od zapisu, albo pokrycie zaliczki w całości przez kontrahenta upadłego. Z perspektywy powoda – kontrahenta upadłego nie jest to rozwiązanie w pełni satysfakcjonujące, ponieważ raczej nie będzie mógł on liczyć na zaspokojenie zasądzonych w postępowaniu roszczeń w całości.

Do postępowań arbitrażowych toczących się w dacie ogłoszenia upadłości zastosowanie znajdą rozwiązania analogiczne jak w postępowaniu przed sądem powszechnym. Postępowanie arbitrażowe dotyczące masy upadłości, masy układowej lub masy sanacyjnej w dacie ogłoszenia upadłości ulegnie zawieszeniu z urzędu. Zasada ta znajdzie zastosowanie także w przypadku ustanowienia zarządcy przymusowego w postępowaniu o ogłoszenie upadłości lub zarządcy tymczasowego w postępowaniu o otwarcie postępowania sanacyjnego, o ile postępowanie arbitrażowe dotyczy majątku objętego zabezpieczeniem.

Podjęcie postępowania arbitrażowego o wierzytelność podlegającą zgłoszeniu do masy nastąpi z urzędu z chwilą ustalenia:

- zarządcy przymusowego w postępowaniu o ogłoszenie upadłości,
- syndyka w przypadku ogłoszenia upadłości lub wszczęcia wtórnego postępowania upadłościowego,
- zarządcy tymczasowego w postanowieniu o otwarciu postępowania sanacyjnego,

- zarządcy w postępowaniu restrukturyzacyjnym.

Należy jednak pamiętać, że podjęcie postępowania arbitrażowego w sprawie wszczętej przed ogłoszeniem upadłości możliwe będzie tylko wówczas, gdy sąd upadłościowy odmówi wciągnięcia tej wierzytelności na listę wierzytelności.

Spłaszczenie modelu postępowań postarbitrażowych

Celem nowelizacji z 10 września 2015 r. jest przyspieszenie postępowań postarbitrażowych zarówno w zakresie skargi o uchylenie wyroku sądu arbitrażowego, jak i odnośnie do uznawania i stwierdzania wykonalności tych wyroków. Chodzi również o wzmocnienie gwarancji niezawisłości arbitrów.

Nowela ogranicza liczbę instancji we wszystkich wyżej wskazanych postępowaniach, przekazując te sprawy kognicji sądów apelacyjnych, oraz skraca do dwóch miesięcy termin na wniesienie skargi o uchylenie wyroku sądu arbitrażowego. Od wyroku wydanego w postępowaniu ze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego przysługuje skarga kasacyjna do Sądu Najwyższego. Skarga kasacyjna przysługuje również od prawomocnego postanowienia sądu apelacyjnego w przedmiocie uznania albo stwierdzenia wykonalności zagranicznego wyroku arbitrażowego. Podobnie jak na gruncie poprzednich przepisów, skarga kasacyjna nie przysługuje na postanowienie o uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności wyroku arbitrażowego wydanego w Polsce. Nie jest to potrzebne, ponieważ w odniesieniu do krajowych wyroków arbitrażowych i tak zasadniczym instrumentem kontroli jest skarga o uchylenie wyroku. Na postanowienie sądu apelacyjnego o uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności wyroku krajowego przysługuje zażalenie do innego składu tego sądu.

Ustawodawca pozostawił bez zmian przepisy dotyczące właściwości miejscowej sądu orzekającego w postępowaniach postarbitrażowych. W tego rodzaju sprawach właściwy jest „sąd apelacyjny, na obszarze którego znajduje się sąd, który byłby właściwy do rozpoznania sprawy, gdyby strony nie dokonały zapisu na sąd polubowny”. W literaturze zwraca się uwagę, że w sprawach postarbitrażowych – zwłaszcza w sprawach ze skargi – właściwy powinien być sąd miejsca, w którym toczyło się postępowanie arbitrażowe. Gwarantowałoby to większą jednolitość orzecznictwa. Ponieważ jednak postępowania arbitrażowe toczą się zwykle w Warszawie, gdzie sądy są najbardziej obciążone, mogłoby to wydłużyć czas uzyskania rozstrzygnięcia.

Pewne wątpliwości budzą przepisy dotyczące procedury rozstrzygania spraw postarbitrażowych. Zgod-

nie z nowelą jeżeli przepisy dotyczące postępowania o uchylenie wyroku sądu arbitrażowego nie stanowią inaczej, do postępowania stosuje się odpowiednio przepisy o apelacji. Wskazuje się, że taka konstrukcja przepisów proceduralnych może skłonić sądy powszechne do większej niż dotychczas kontroli merytorycznej wyroków sądów arbitrażowych. Mając jednak na uwadze dotychczasowe orzecznictwo, wątpliwości te nie wydają się uzasadnione. Sądy powszechne nie wykrczały dotychczas – co do zasady – poza zakres kognicji wyznaczony przesłankami skargi o uchylenie wyroku sądu arbitrażowego.

Dotychczas do skargi o uchylenie wyroku sądu arbitrażowego znajdowały zastosowanie przepisy dotyczące warunków formalnych i treści pozwu, a zatem wymagania konstrukcyjne skargi były mniej sformalizowane, choć pewne ograniczenia wynikały z przepisów już wprost skargi dotyczących. Dlatego nie przypuszczam, aby odpowiednie stosowanie przepisów o postępowaniu apelacyjnym istotnie zmodyfikowało konstrukcję samej skargi lub postępowania służącego jej rozpoznaniu.

Nowela rozstrzyga też wątpliwości dotyczące obowiązku doręczania przeciwnikowi odpisu wniosku wszczynającego postępowanie o uznanie lub stwierdzenie wykonalności krajowego wyroku arbitrażowego. Praktyka w tym zakresie była różna i niekiedy postępowanie delibacyjne przed sądem pierwszej instancji toczyło się bez udziału przeciwnika wniosku, który jako pierwsze pismo w sprawie otrzymywał postanowienie uznające lub stwierdzające wykonalność wyroku sądu arbitrażowego. Obecnie przeciwnik wniosku może w terminie 14 dni od doręczenia wniosku zająć stanowisko w sprawie, co wyklucza możliwość rozstrzygnięcia *ex parte*.

Opisane zmiany stanowią krok we właściwym kierunku, choć ich znaczenie można będzie ocenić dopiero w praktyce. Obecnie trudno przewidzieć, jak często i z jakich przyczyn syndyk będzie odstępował od zapisów na sąd arbitrażowy i jakie przyczyny odstąpienia sąd upadłościowy uzna za uzasadnione. Przekonamy się także, czy spłaszczenie modelu postępowań postarbitrażowych faktycznie przyspieszy rozstrzyganie tych spraw. Pomimo wątpliwości, które zawsze towarzyszą zmianom prawa, należy mieć nadzieję, że zwiększą one atrakcyjność arbitrażu, a Polskę uczynią jeszcze bardziej przyjazną temu sposobowi rozstrzygania sporów.

Monika Hartung, radca prawny, współnik współodpowiedzialny za praktykę postępowań sądowych i arbitrażowych

Nowa broń w rękach UOKiK

Szybsze załatwianie spraw o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, instytucja tajemniczego klienta i możliwość publikowania ostrzeżeń publicznych to nowe instrumenty mające służyć lepszej ochronie interesów konsumentów.



Sabina Famirska

W kwietniu 2016 r. wejdzie w życie nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wyposażająca UOKiK w nowe kompetencje. Niepokój przedsiębiorców mogą budzić nowe rozwiązania prawne mające w założeniu pomóc w zwalczaniu nadużyć polegających na tzw. missellingu oraz całkowita zmiana systemu kontroli wzorców umownych pod kątem stosowania klauzul niedozwolonych (abuzywnych).

Misselling pod lupą UOKiK

Pojęcie missellingu wymaga dłuższego wyjaśnienia. Chodzi o niewłaściwe praktyki związane z oferowaniem produktów lub usług. W ostatnich miesiącach głośno było o problemach konsumentów, którzy zawarli umowy ubezpieczenia na życie i dożycie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym lub tzw. polisolokaty. Konsument ci nie mieli świadomości, jakie ryzyka wiąza się z tymi produktami finansowymi, i twierdzili, że zostały im one przedstawione jako bezpieczne lokaty nieobciążone ryzykiem inwestycyjnym. Tymczasem po pewnym czasie okazało się, że wartość inwestycji uległa znacznemu obniżeniu, a wycofanie środków wiązało się z wysokimi opłatami, niejednokrotnie sięgającymi kilkudziesięciu procent wartości inwestycji. Konsumenti skarżyli się także na kredyty denominowane w walutach obcych (niedostatecznie objaśnione ryzyko walutowe) oraz pożyczki konsumenckie, które oskarżały o niejasną i nadmierną strukturę opłat.

Zasadniczą zmianą w stosunku do stanu obecnego jest zapisanie wprost w ustawie, że takie działania stanowią praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. Umożliwia to UOKiK-owi wydanie decyzji administracyjnej w tym przedmiocie i nałożenie kary pieniężnej. Trzeba jednak odnotować, że definicja ustawowa może budzić pewne wątpliwości interpretacyjne. Zgodnie z ustawą praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów jest „proponowanie konsumentom nabycia usług finansowych, które nie odpowiadają potrzebom tych konsumentów ustalonym z uwzględnieniem dostępnych przedsiębiorcy informacji w zakresie cech tych konsumentów lub proponowanie nabycia tych usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru”. Uczciwość sprzedawcy nie będzie zatem badana pod kątem legalności produktu, ale pod kątem kierowania takiego produktu do właściwej osoby oraz prezentowania go w adekwatny sposób. Produkt może być całkowicie zgodny z prawem (choćby produkty finansowe są często produktami skomplikowanymi), ale może nie odpowiadać rzeczywistym potrzebom adresata.

Powstaje pytanie, czy potrzeby konsumentów, o których tutaj mowa, muszą być ustalone w oparciu o subiektywne czy obiektywne kryteria. Powiedzmy, że konsument chce nabyć ryzykowny produkt finansowy, który

jest skierowany do innej grupy docelowej. Czy sprzedawca powinien zniechęcić go do zakupu takiego produktu, gdyż obiektywnie produkt nie jest dla niego? Niejednokrotnie trudno też będzie ocenić, jaki jest „adekwatny” sposób proponowania mniej skomplikowanych instrumentów finansowych, np. czy właściwym sposobem będzie oferowanie ich przez telefon.

Pewną wskazówką dla instytucji prowadzących działalność maklerską mogą być obowiązujące już regulacje nakazujące tym instytucjom badanie profilu klienta oraz ostrzeganie ich o ryzyku inwestycyjnym (z początkiem 2016 r. weszły w życie podobne przepisy odnoszące się do działalności ubezpieczeniowej).

W każdym razie instytucja finansowa może zawsze się bronić przed zarzutem missellingu poprzez unikanie oferowania ryzykownych produktów niektórym konsumentom oraz poprzez rozbudowany i zrozumiały system informacji o produkcie [na ten temat piszemy również w tekście „Ochrona interesów klientów firm inwestycyjnych” na str. 16].

UOKiK jak agent 007

Ciekawym instrumentem, po który będzie mógł sięgnąć UOKiK, i to nie tylko w walce z missellingiem, jest instytucja tzw. tajemniczego klienta. Wyznaczony pracownik UOKiK będzie mógł dokonać kontrolowanego zakupu, wcielając się w rolę konsumenta zainteresowanego danym produktem. W założeniu ma to służyć walce z różnorodnymi patologiami na rynku konsumenckim. Zgodnie z zapowiedziami UOKiK instrument ten będzie wykorzystywany do oceny zagrożeń występujących nie tylko na rynku finansowym, ale także na rynku usług energetycznych i telekomunikacyjnych oraz tzw. sprzedaży na pokazach, gdzie w większości starsi ludzie są namawiani do kupna rozmaitych produktów domowego użytku o zawyżonej cenie. Ponieważ instrument ten daleko ingeruje w działalność sprzedawców (UOKiK może np. zarejestrować kamerą próbny zakup z ukrycia), będzie on wymagał uprzedniej zgody wydanej przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK). Ujawnienie się pracownika UOKiK wobec sprzedawcy ma następować zaraz po dokonaniu próbnego zakupu.

Ostrzeżenia publiczne

Jedną z bardziej kontrowersyjnych i krytykowanych zmian ustawowych są tzw. ostrzeżenia publiczne. UOKiK będzie mógł publikować w radiu lub telewizji komunikaty dotyczące rozmaitych „zachowań grożących interesom konsumentów”. Instrument ten z pewnością dalece ingeruje w działalność przedsiębiorców, których będą dotyczyły ostrzeżenia, albowiem oznacza ich publiczne napiętnowanie bez możliwości odwołania

się do sądu. Słusznie więc jest krytykowany za swoją inwazyjność i brak kontrolujących mechanizmów odwoławczych.

UOKiK będzie miał też możliwość szybkiego reagowania na niewłaściwe działania sprzedawców produktów konsumenckich poprzez wydanie decyzji tymczasowej zakazującej takich działań. Z pomocą tego środka UOKiK będzie mógł np. zakazać reklamy instrumentu finansowego, jeżeli zauważy, że nie spełnia ona wymogów ustawowych. Decyzja ta będzie obowiązywała do czasu formalnego zakończenia postępowania (a więc w skrajnych przypadkach nawet kilkanaście miesięcy).

UOKiK jak sąd

Inną ważną zmianą ustawową jest zmiana systemu kontroli wzorców umownych pod kątem stosowania klauzul abuzywnych. W obecnym stanie prawnym badanie treści wzorców umownych (regulaminów, ogólnych warunków umownych) stosowanych w obrocie konsumenckim leży w gestii SOKiK. Prezes UOKiK może wnieść powództwo do SOKiK, kwestionując postanowienia zawarte we wzorcu umownym, przy czym jego status nie różni się w zasadniczy sposób od statusu powoda w zwykłym postępowaniu cywilnym. SOKiK po rozpoznaniu powództwa orzeka o niezgodności danej klauzuli umownej z art. 385¹ k.c., co stanowi podstawę wpisania jej do rejestru klauzul niedozwolonych. Dopiero po uzyskaniu prawomocnego orzeczenia sądowego UOKiK nabywa kompetencje do wszczęcia postępowania w sprawie stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, jeżeli inny przedsiębiorca stosuje tożsamą lub podobną klauzulę. Eliminacja niedozwolonego postanowienia umownego jest procesem rozłożonym na lata, albowiem przedsiębiorca do czasu uprawomocnienia się wyroku SOKiK nie ma obowiązku wycofania się z abuzywnej klauzuli.

Po zmianie przepisów to UOKiK w postępowaniu administracyjnym będzie decydować o tym, czy dana klauzula jest klauzulą niedozwoloną czy też nie. Inicjatywa wszczęcia postępowania będzie należeć do organu, przy czym konsument oraz organizacje konsumenckie będą mogli złożyć zawiadomienie dotyczące podejrzenia stosowania klauzuli abuzywnej. W decyzji administracyjnej kończącej postępowanie UOKiK może wskazać przedsiębiorcy, jakie czynności musi podjąć, aby usunąć skutki naruszenia. Może więc nakazać np. aneksowanie umów zawartych już z konsumentami poprzez eliminację lub modyfikację zakwestionowanej klauzuli. Istotną zmianą w stosunku do dotychczasowego modelu jest również to, że w decyzji o uznaniu danej klauzuli za abuzywną UOKiK będzie mógł nałożyć karę pieniężną za stosowanie klauzuli. Wydanie decyzji administracyjnej przez Prezesa UOKiK nie będzie kończyć sprawy –

przedsiębiorcy będzie służyć prawo do złożenia odwołania od decyzji do SOKiK.

Zmiana tego rodzaju może budzić uzasadnione obawy przedsiębiorców rutynowo stosujących wzorce umów. System sądowej kontroli umów dawał możliwość skontrolowania przez niezawisły sąd argumentów Prezesa UOKiK wywiedzionych w pozwie. Obecnie cała władza spoczęła w rękach UOKiK – będzie on pierwszym i najważniejszym recenzentem wzorców umownych. Wprawdzie decyzję wydaną przez UOKiK w tym przedmiocie będzie można zaskarżyć do SOKiK, ale do czasu wydania wyroku (czy szerzej – wyczerpania środków odwoławczych) przedsiębiorca będzie w niepewności co do legalności stosowanych przez siebie klauzul. Fakt, że UOKiK będzie mógł w decyzji kończącej postępowanie nałożyć karę pieniężną, dodatkowo zwiększa represyjność modelu. Można sobie bowiem wyobrazić sytuację, w której przedsiębiorca wycofa daną klauzulę umowną tylko z powodu obawy nałożenia kary i uciążliwości środków odwoławczych, pomimo przekonania o jej legalności.

„Miękkie” środki nadzoru UOKiK

Na koniec trzeba odnotować istotne *novum* w stosunku do stanu obecnego, które w niektórych przypadkach pozwoli uniknąć ww. inwazyjnych działań UOKiK. Obecnie komunikacja na linii UOKiK – przedsiębiorca odbywa się w ramach sformalizowanego postępowania, a brak odpowiedzi ze strony przedsiębiorcy wiąże się z sankcjami pieniężnymi. Teraz UOKiK będzie mógł wystosować do przedsiębiorcy pismo, w którym jeszcze przed wszczęciem postępowania wskaże swoje wątpliwości względem zauważonego zachowania. Przedsiębiorca może przedstawić swoje stanowisko w sprawie, przy czym brak odpowiedzi nie będzie zagrożony karą pieniężną. Instrument ten w założeniu ma umożliwić uniknięcie wszczęcia formalnego postępowania i koncyliacyjne zakończenie sprawy.

Podsumowując, UOKiK ma teraz do dyspozycji cały arsenał środków, za pomocą których może zwalczać patologie na rynku konsumenckim, począwszy od wcielenia się w tajemniczego klienta, poprzez ostrzeżenie publiczne i szybką decyzję tymczasową (np. zakaz emisji reklamy), skończywszy na decyzji administracyjnej z wysoką karą pieniężną. Wypada nam teraz poczekać na efekty regulacji. Czas pokaże, czy instrumenty te rzeczywiście posłużą ochronie interesów konsumentów, czy też w nadmiernym stopniu ograniczą działalność sprzedawców dóbr konsumenckich.

Sabina Famirska, radca prawny, praktyka prawa konkurencji

Mienie służbowe, a może prywatne?



Katarzyna Żukowska

Agnieszka Lisiecka

Czy pracodawca w ramach sprawowania swojej funkcji nadzorczej może mieć dostęp do treści przechowywanych na służbowych komputerach i smartfonach lub przesyłanych za ich pośrednictwem? A może przeglądanie przez pracodawcę takich treści stanowić będzie naruszenie tajemnicy korespondencji pracownika, a także przepisów dotyczących ochrony danych osobowych?

Pracodawca, realizując obowiązek organizacji pracy pracowników, zapewnia pracownikom narzędzia pracy. Obecnie dla wielu osób podstawowymi narzędziami pracy są komputery oraz inne urządzenia wielofunkcyjne służące do przesyłania i przechowywania danych, w tym m.in. smartfony.

Urządzenia takie w większości przypadków stanowią własność pracodawcy. Pracodawca powierza je swoim pracownikom jako narzędzia pracy niezbędne do prawidłowego wykonywania obowiązków służbowych zgodnie z zawartą umową o pracę. Niektórzy pracodawcy przyznają także pracownikom dodatkowe świadczenie ze stosunku pracy w postaci możliwości korzystania z takich urządzeń w celach prywatnych.

W trakcie korzystania z takich urządzeń czy to w celach służbowych, czy to w celach prywatnych dochodzi do przesyłania za ich pośrednictwem szeregu treści zawierających m.in. informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa pracodawcy, a także dane osobowe zarówno osób korespondujących, jak i osób, których dana korespondencja dotyczy. Jeśli pracodawca dopuścił korzystanie z takich urządzeń w celach prywatnych, treści przekazywane za ich pośrednictwem lub zapisywane w ich pamięci mogą potencjalnie zawierać także dane wrażliwe (dotyczące np. stanu zdrowia pracownika lub członków jego rodziny).

Ponieważ treści zapisywane w takich urządzeniach bądź przesyłane za ich pośrednictwem co do zasady zawierają informacje dotyczące działalności pracodawcy, w tym także stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa pracodawcy, należy zakładać, że pracodawca jako rozsądny przedsiębiorca będzie stosował wszelkie niezbędne środki ochrony swojego mienia (w tym także informacji) przed zagrożeniami, uszkodzeniami czy utratą. W rezultacie dane takie mogą zostać zapisane w systemie informatycznym pracodawcy, w tym na serwerach pracodawcy czy też w kopiach bezpieczeństwa (*backup copy*). Co więcej, w związku z przetwarzaniem danych osobowych w systemie informatycznym pracodawcy, pracodawca jako administrator danych ma prawny obowiązek ich zabezpieczenia poprzez zastosowanie środków technicznych i organizacyjnych zapewniających ochronę odpowiednią do zagrożeń i kategorii danych objętych ochroną. Powinien w szczególności zabezpieczyć dane przed ich udostępnieniem osobom nieupoważnionym, zabranieniem przez osobę nieuprawnioną, przetwarzaniem z naruszeniem ustawy oraz zmianą, utratą, uszkodzeniem lub zniszczeniem.

Na tym tle pojawiła się wątpliwość, czy pracodawca w ramach sprawowania swojej funkcji nadzorczej wobec pracowników, stanowiącej jedną z podstawowych cech stosunku pracy, może mieć dostęp do treści przechowy-

wanych lub przesyłanych za pośrednictwem udostępnionych pracownikom urządzeń, a także do monitorowania używania przez pracownika takich urządzeń, czy też przeglądanie przez pracodawcę takich treści stanowić będzie naruszenie tajemnicy korespondencji pracownika, a także przepisów dotyczących ochrony danych osobowych. Zagadnienie to jest tym bardziej istotne, że urządzenia udostępniane pracownikom są narzędziami niezbędnymi do wykonywania przez nich pracy na rzecz pracodawcy i zwykle stanowią własność pracodawcy, zaś treść informacji w nich zapisanych lub przesyłanych za ich pośrednictwem dotyczy obowiązków służbowych pracownika w ramach zatrudnienia u pracodawcy. Ograniczenie prawa dostępu do takich treści w istocie oznacza ograniczenie sprawowania nadzoru nad pracą pracownika.

ETPCz o monitoringu

Przełomowy dla rozstrzygnięcia powyższego zagadnienia był wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 3 kwietnia 2007 r. w sprawie *Copland przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* dotyczącej monitorowania przez przełożonego w miejscu pracy telefonu, poczty elektronicznej i połączeń internetowych Lynette Copland, przy czym monitorowanie użytkowania internetu polegało na analizie odwiedzanych stron, daty i czasu odwiedzin oraz długości ich trwania. Trybunał uznał, że rozmowy telefoniczne z pracy, e-maile i użytkowanie internetu są objęte terminami „życie prywatne” i „tajemnica korespondencji”. Wskazał także, że pracownica nie została nigdy poinformowana, że jej rozmowy, e-maile oraz korzystanie z internetu mogą być monitorowane, a więc miała uzasadnione oczekiwanie zachowania ich prywatności. W ocenie Trybunału w sprawie doszło do ingerencji w prawa zagwarantowane przez Europejską Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, tj. m.in. prawa do poszanowania życia prywatnego i korespondencji. Trybunał zwrócił ponadto uwagę, że pracownik musi mieć świadomość, że jego czynności mogą być monitorowane, a to wymaga stworzenia odpowiedniej procedury oraz zaznajomienia pracownika z trybem postępowania.

NSA o monitoringu

Istota powyższego rozstrzygnięcia ETPCz pozostaje aktualna także na gruncie polskim. W wyroku z 13 lutego 2014 r. (I OSK 2436/12) Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że niepoinformowanie pracownika o istnieniu funkcjonalności systemu informatycznego polegającej na gromadzeniu informacji pomiędzy siecią wewnętrzną a siecią internet powoduje, że pracownik nie ma świadomości, że jest poddawany monitoringowi, przez co monitoring ten nie jest transparentny i narusza prawo do prywatności. Bez znaczenia dla tej oceny było, że praco-

dawca nie stosował tej funkcjonalności w celu kontroli prawidłowości wykonywania obowiązków pracowniczych, a jedynie w celu zabezpieczenia swojego systemu informatycznego i danych w nim przetwarzanych. NSA przywołał art. 23 ust. 1 pkt 5 ustawy o ochronie danych osobowych, zgodnie z którym przetwarzanie danych jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla wypełnienia prawnie usprawiedliwionych celów realizowanych przez administratorów danych albo odbiorców danych, a przetwarzanie nie narusza praw i wolności osoby, której dane dotyczą.

NSA uznał, że wprowadzenie powyższej funkcjonalności spełniało wymóg prawnie usprawiedliwionego celu pracodawcy (jako administratora danych), jednak przetwarzanie tak uzyskanych danych pracownika naruszało jego prawa i wolności. W okolicznościach sprawy oprogramowanie zbierające informacje o połączeniach pomiędzy siecią wewnętrzną pracodawcy a siecią publiczną stanowiło także monitoring pracownika w miejscu pracy, gdyż pozwalało na sprawdzenie wykazów odwiedzanych stron internetowych, czasu zainicjowanych połączeń oraz adresów stron lub plików, z którymi nastąpiło połączenie. Przyjmując, że monitoring systemu informatycznego jest niezbędny dla wypełnienia prawnie usprawiedliwionych celów realizowanych przez pracodawcę jako administratora danych, ww. przepis nie mógł być przesłanką legalnego przetwarzania danych osobowych skarżącego, gdyż przetwarzanie to naruszało prawo do prywatności w sytuacji, kiedy pracownik nie miał świadomości monitoringu użytkownika komputera. NSA podkreślił, że monitoring musi spełniać wymogi zgodności z prawem, usprawiedliwionego celu, proporcjonalności, transparentności oraz uwzględnienia przepisów o ochronie danych osobowych. Wymóg transparentności oznacza, że pracownicy powinni wiedzieć, że są poddawani monitoringowi, i znać zasady jego prowadzenia.

Rada Europy o monitoringu

Podobne stanowisko przedstawiła Rada Europy w wydanych 1 kwietnia 2015 r. zaleceniach na temat ochrony danych osobowych wykorzystywanych dla celów zatrudnienia. Zalecenia nie mają charakteru wiążącego, niemniej mogą być stosowane jako wyraz tzw. „dobrych praktyk”, tym bardziej że wskazane w nich rekomendacje odpowiadają zasadom przetwarzania danych osobowych określonym przepisami prawa polskiego, a także są zgodne z opisanymi rozstrzygnięciami ETPCz i NSA.

W zaleceniach położono nacisk na poszanowanie ludzkiej godności i prywatności, podkreślając, że przetwa-

rzanie danych osobowych powinno odbywać się zgodnie z zasadami zgodności z prawem, usprawiedliwionego celu, transparentności i proporcjonalności.

Zalecenia dopuszczają monitorowanie działań pracowników (przy zachowaniu ww. zasad), wymagają jednak uprzedniego powiadomienia pracowników o monitoringu, a także o wprowadzonych w tym celu technologiach i systemach informacyjnych. Pracownicy powinni zostać poinformowani o kategoriach przetwarzanych danych osobowych, odbiorcach danych, prawie dostępu do danych (możliwości ich zmiany i usunięcia), a także o celu danej operacji oraz o okresach utrwalenia lub przechowywania kopii zapasowej.

Podkreślono, że prywatna komunikacja elektroniczna pracownika, nawet jeżeli prowadzona jest w pracy, nie może podlegać monitorowaniu.

Rada Europy rekomenduje także wprowadzenie procedur uzyskiwania dostępu do korespondencji nieobecnego pracownika, tak aby odbywało się to w jak najmniej inwazyjny sposób, tylko gdy jest to konieczne dla celów zawodowych i po uprzednim poinformowaniu pracownika. Zwrócono również uwagę, że służbowe konta pocztowe powinny być dezaktywowane po odejściu pracowników z pracy. Pracodawca potrzebujący zawartości takiego konta do prowadzenia działalności powinien ją uzyskać jeszcze przed odejściem pracownika, w miarę możliwości w jego obecności.

Ponadto w razie przetwarzania danych pracowników w związku z korzystaniem przez nich ze stron internetowych lub intranetowych preferowane jest stopniowanie środków nadzorczych, tak by w pierwszej kolejności stosować rozwiązania łagodniejsze (np. filtry zapobiegające określonym działaniom). Podobnie należy stopniować monitoring, preferując kontrole niezindywidualizowane i losowe na danych zanonimizowanych lub zagregowanych.

Wynika stąd jednoznacznie, że prawo pracodawcy do dysponowania należącymi do niego urządzeniami, udostępnionymi pracownikom jako narzędzia pracy, może doznać istotnych ograniczeń ze względu na zawartość informacji zapisanych na takich urządzeniach, a to wszystko z uwagi na prawnie chronione dobra osobiste pracownika i jego dane osobowe.

Katarzyna Żukowska, praktyka prawa pracy i praktyka ochrony danych osobowych

Agnieszka Lisiecka, adwokat, współnik odpowiedzialny za praktykę prawa pracy

Przełomowe zmiany w orzecznictwie w sprawach tzw. opłat półkowych

Nowe orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i niektórych sądów powszechnych każą świeżym okiem spojrzeć na tradycyjną wykładnię art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zabraniającego utrudniania dostępu do rynku przez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży.



Jan Markiewicz

Przez prawie dziesięć lat w orzecznictwie obowiązywała niezwykle surowa wobec sieci handlowych wykładnia art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (u.z.n.k.), który głosi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży.

Przyjmowano, że przepis ten po pierwsze zakazuje sieciom handlowym odpłatnego świadczenia na rzecz ich dostawców jakichkolwiek usług innych niż logistyczne (w tym usług reklamowych), a po drugie zakazuje stosowania w relacji z dostawcami rabatów i premii pieniężnych, tj. umownej modyfikacji ceny kupowanych przez sieci towarów.

Wykładnia oderwana od realiów rynkowych

Stanowisko sądów opierało się na szeregu kontrowersyjnych założeń *quasi*-ekonomicznych i *quasi*-normatywnych. Przede wszystkim przyjmowano (choć wcale nie jest to oczywiste na gruncie wspomnianego przepisu), że wynagrodzenie uzyskane przez sieć handlową za rzeczywiście wykonaną, umówioną usługę oraz kwota, o którą wskutek rabatów, premii czy upustów zmodyfikowano cenę nabycia towarów, mogą stanowić „inną niż marża handlowa opłatę za przyjęcie towaru do sprzedaży”. Równocześnie uznawano, że jeżeli umowa z siecią nakłada na sprzedawcę obowiązki dodatkowych świadczeń pieniężnych, należy domniemywać, że w ten sposób uiszczana jest zabroniona opłata. Przyjmowano również, że pobranie przez sieć handlową opłaty od dostawcy zawsze oznacza utrudnienie mu dostępu do rynku i naruszenie dobrych obyczajów handlowych, które to okoliczności nie muszą, a nawet nie mogą być przedmiotem dowodu. Jednocześnie „rynek” i „utrudnianie dostępu do rynku” rozumiano jako „rynek wykreowany pomiędzy stronami transakcji dostawy” i „każde ograniczenie przez sieć rentowności działalności gospodarczej prowadzonej przez dostawcę”. W orzecznictwie przyjęto się wreszcie, że „opłata” uiszczona na rzecz sieci handlowej przez dostawcę nigdy nie jest dla niego ekwiwalentna, jeśli jej wysokość stanowi procent obrotu w równoległych transakcjach kupna-sprzedaży, oraz że nawet rzeczywiście wykonana usługa reklamowa nie stanowi ekwiwalentu wynagrodzenia za jej wykonanie, jeśli w czasie wykonywania usługi sieć handlowa jest już właścicielem określonej partii reklamowanego towaru.

W efekcie, aby wygrać proces przeciw sieci, dostawca musiał jedynie zanegować wartość wykonanych na jego rzecz usług lub też zasadność (i wysokość) udzielonych sieci rabatów. Budziło to i nadal budzi jednogłośnie sprzeciw przedstawicieli doktryny. Przyjęta wykładnia

nie koresponduje bowiem z treścią art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., a przyjęte w orzecznictwie założenia są sprzeczne z tym, na co wskazuje nauka ekonomii i marketingu.

Wskazówki interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego

Przedstawiona wykładnia w przeważającej mierze obowiązuje nadal. Pojawiło się jednak szereg nowych, być może przełomowych orzeczeń, które każą świeżym okiem spojrzeć na dotychczasową praktykę stosowania przez sądy omawianego przepisu.

W pierwszej kolejności należy wskazać wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 16 października 2014 r. (SK 20/12), w którym Trybunał wprawdzie uznał, że art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. nie jest sprzeczny z Konstytucją, poczynił jednak szereg uwag na temat jego prawidłowej wykładni. Trybunał w szczególności wskazał, że oceniając ekwiwalentność świadczenia wzajemnego, sąd powszechny winien uwzględnić wyniki badań i twierdzeń z zakresu nauk ekonomicznych, jako dziedziny właściwej do pełnego opisu stosunków łączących przedsiębiorcę dostarczającego towar i przedsiębiorcę przyjmującego go do sprzedaży (dostawcę i sieć). Uznać należy, że zdaniem Trybunału oceny powyższych okoliczności należy dokonywać przy udziale biegłego.

W dalszej kolejności Trybunał wskazał, że wbrew stanowisku sądów powszechnych (i Sądu Najwyższego) art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. nie tylko nie przesądza kwestii utrudnienia dostawcy dostępu do rynku, ale też nie zawiera domniemania w tym zakresie, co oznacza, że okoliczność ta podlegać musi rzeczywistemu badaniu w postępowaniu dowodowym (stanowisko to zostało potwierdzone postanowieniem Trybunału z 28 lipca 2015 r., SK 22/14, stąd można je uznać za ugruntowane).

Choć z początku wydawało się, że wyrok Trybunału został zignorowany przez sądy powszechne i Sąd Najwyższy, obecnie nasuwają się wnioski wręcz przeciwnie (choć nie można jeszcze mówić o pełnej recepcji poglądów Trybunału). Przede wszystkim należy tu przywołać wyrok Sądu Najwyższego z 17 kwietnia 2015 r. (I CSK 136/14), w którym Sąd Najwyższy zgodził się z Trybunałem co do braku domniemania utrudnienia dostępu do rynku. Pogląd ten nie został jeszcze odzwierciedlony w orzecznictwie sądów apelacyjnych czy okręgowych, ale – wobec kategorycznego stanowiska Sądu Najwyższego – należy się tego spodziewać.

Dopuszczalność dowodu z opinii biegłych z zakresu marketingu

Jeszcze ważniejszym skutkiem wyroku Trybunału jest dopuszczanie w niektórych sprawach na gruncie art. 15

ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. dowodu z opinii biegłych z zakresu marketingu na okoliczność ustalenia roli i wartości usług wykonanych na rzecz powodowego dostawcy (których wykonanie i wartość są kwestionowane w pozwie). Jest to zupełna nowość, bowiem tradycyjnie uznawano, że usługi reklamowe świadczone przez sieci (reklama w gazetkach reklamowych wydawanych przez sieć) nie są i nie mogą być korzystne dla dostawców i tym samym wykonywane na ich rzecz usługowo (za wynagrodzeniem). Co ciekawe, wnioski opinii biegłych są najczęściej zupełnie odmienne.

Powoływani przez sądy biegli są w stanie ustalić, jakie usługi zostały rzeczywiście wykonane przez pozwaną sieć handlową, czy przyniosły korzyść ekonomiczną zamawiającemu oraz jaka była ich rzeczywista wartość. Choć ich opinie mogą również obnażyć nadużycia sieci handlowej (pobieranie opłat za niewykonane usługi), to jednak potwierdzają to, co wydaje się oczywiste: reklama towaru i logo dostawcy w gazetkach reklamowych o nakładzie setek tysięcy egzemplarzy może prowadzić do wzrostu jego obrotów i rozpoznawalności na rynku (czyli może co do zasady stanowić świadczenie wzajemne odpowiadające wynagrodzeniu pobranemu przez sieć).

Dopuszczalność rabatów potransakcyjnych i premii pieniężnych

Kolejnym obszarem, w którym nastąpiły ostatnio istotne zmiany, jest kwestia oceny dopuszczalności stosowania rabatów potransakcyjnych i premii pieniężnych w relacjach sieci handlowych i ich dostawców. Choć nigdy nie kwestionowano wprost dopuszczalności stosowania rabatów (mechanizmów kształtowania ceny), to i tak, z powołaniem się na różne poboczne argumenty, utożsamiano kwoty, o które obniżona została cena, z zakazanymi opłatami za przyjęcie towaru do sprzedaży. Stanowisko to budziło i budzi uzasadnione zastrzeżenia, ponieważ oznacza w istocie uznanie, że art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. pozwala oceniać zasadność poziomu cen, co jest nieuzasadnione jego brzmieniem i celem.

Przełomem w omawianym zakresie był wyrok Sądu Najwyższego z 20 lutego 2014 r. (I CSK 236/13), w którym Sąd Najwyższy nie tylko potwierdził, że rabaty, jako mechanizm kształtowania ceny (a tym samym także marży), nie podlegają dyspozycji art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., ale też uznał, że podobnie jest z wszelkimi mechanizmami, których ekonomiczny wymiar jest podobny. Sąd Najwyższy odnosił się w tym zakresie do premii pieniężnych, które formalnie były ukształtowane jak usługi (dokumentowane nawet fakturami VAT), ale tak naprawdę stanowiły mechanizm zbiorowej korekty faktur sprzedażowych (czego do 2012 r. zakazywały przepisy podatkowe).

Od czasu wydania powołanego wyroku Sąd Najwyższy wypowiadał się jeszcze kilkakrotnie, zajmując jednak rozbieżne stanowiska nie tylko co do kwestii premii pieniężnych, ale i samych rabatów. Powstałej niepewności Sąd Najwyższy nie rozstrzygnął jednoznacznie nawet odpowiadając na proste pytanie prawne skierowane przez Sąd Apelacyjny w Katowicach: „Czy rabat posprzedażowy wypłacany kupującemu przez sprzedawcę w razie osiągnięcia określonej przez strony wielkości sprzedaży stanowi opłatę inną niż marża handlowa, przewidzianą w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.?” (III CZP 73/15). W stanowiącej odpowiedź uchwale z 18 listopada 2015 r. wskazano tylko, że premie pieniężne mogą być uznane za rabaty, a te mogą pozostać poza zakresem dyspozycji omawianego przepisu.

Niezależnie od utrzymujących się rozbieżności, inaczej niż przez wiele ostatnich lat większość sądów powszechnych oddala obecnie powództwa dostawców w zakresie kwot stanowiących obniżenie ceny w drodze rabatu potransakcyjnego.

Przed arbitrażem inaczej niż przed sądem

Od paru lat większość sieci handlowych działających w Polsce zawiera w umowach z dostawcami zapisy na sądy polubowne, stąd obecnie zasadnicza większość nowych spraw na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. toczy się w arbitrażu. Doświadczenie pokazuje, że arbitrzy wykładają ten przepis zupełnie inaczej, niż robiły to tradycyjnie Sąd Najwyższy i sądy powszechne. Można już mówić, że zaczęły funkcjonować w obrocie dwa zupełnie różne nurty wykładni jednego przepisu prawa. Dla przykładu arbitrzy zwykle kładą nacisk na kwestię utrudnienia dostawcom dostępu do rynku, uznając słusznie, że tę okoliczność winien wykazać powód. Poza tym arbitrzy skłonni są kwestionować wiarygodność stanowiska dostawców, którzy przez wiele lat bez zastrzeżeń współpracowali z daną siecią i zamawiali jej usługi, a w pozwie podnoszą, że były one im narzucone, a wynagrodzenie za nie jest nienależne. W efekcie sieci handlowe zwykle co najmniej w pewnej części wychodzą zwycięsko z procesów wytaczanych im przez dostawców w arbitrażu.

Omówione orzeczenia, choć niektóre przełomowe, pozostawiają wiele otwartych pytań. Z pewnością także ten rok wiele zmieni w tradycyjnym rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. W szczególności nie wiadomo, jak na orzecznictwo wpłyną wyroki zapadłe na podstawie opinii biegłych i czy zdanie o zasadności ich powoływania w pierwszej instancji podzielią sądy apelacyjne i Sąd Najwyższy.

Jan Markiewicz, adwokat, praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych

Czy w 2016 r. polskie dachy pokryją się panelami fotowoltaicznymi?



Radosław Wasiak

Weronika Pelc

Do niedawna użytkownik paneli fotowoltaicznych, który chciał odsprzedać niewykorzystane nadwyżki energii, musiał zarejestrować indywidualną działalność gospodarczą. Znacznie zmniejszało to albo wręcz wykluczało opłacalność takiej działalności. Nowe przepisy ułatwiają życie prosumenom i sprawiają, że energetyka prosumencka jest dziś ciekawą alternatywą.

Korzyści z własnych źródeł energii

Dziś trudno sobie jeszcze wyobrazić, aby własna instalacja fotowoltaiczna całkowicie wyeliminowała konieczność zakupu energii elektrycznej z sieci. Czas wytwarzania energii elektrycznej z promieniowania słonecznego jest w oczywisty sposób ograniczony czasem nasłonecznienia. Brak jest też tanich i efektywnych sposobów magazynowania większej ilości energii elektrycznej pochodzącej ze źródeł odnawialnych zainstalowanych przez indywidualnych wytwórców produkujących ją głównie z przeznaczeniem na własne potrzeby (tzw. prosumentów).

Niemniej jednak własne źródło może stanowić istotne uzupełnienie dla energii sieciowej, zapewniając dostęp do prądu w chwilach przerw w dostawie, które w Polsce należą do najdłuższych w Europie. Zgodnie z danymi Urzędu Regulacji Energetyki średni czas nieplanowanych przerw w dostawie prądu na odbiorcę wynosi 273 minuty rocznie i odbiega od średniej europejskiej, która wynosi od 50 do 150 minut. Rozkład tych przerw jest różny dla różnych obszarów kraju – najczęściej dotyczą one obszary wiejskie i słabo zurbanizowane.

Dodatkowo własne źródła energii mogą ograniczyć koszty związane z jej zakupem z sieci. Korzyści te mogą wzrosnąć pod warunkiem przyjęcia korzystnego systemu, w oparciu o który nadwyżki energii wytworzonej przez prosumentów będą odsprzedawane do przedsiębiorstw energetycznych.

Ułatwienia prawne przy realizacji instalacji fotowoltaicznych

Obowiązujące w Polsce przepisy prawne regulujące zasady realizacji inwestycji polegających na montażu paneli fotowoltaicznych ulegały w ostatnich latach licznym przeobrażeniom. Uchwalona została m.in. ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (ustawa o OZE). Uprościła ona i odformalizowała procedury prawne, których standardowo należy dopełnić przed rozpoczęciem realizacji inwestycji w najmniejsze instalacje odnawialnych źródeł energii.

Wcześniej brak przepisów dotyczących mikroinstalacji odnawialnych źródeł energii skutkował niejasnościami i rozbieżnościami interpretacyjnymi w zakresie pozwoleń koniecznych na ich budowę, instalację i eksploatację. Dodatkowo osoby zainteresowane wytwarzaniem energii elektrycznej na własne potrzeby, które jednocześnie chciały odsprzedawać jej niewykorzystane nadwyżki, musiały zarejestrować indywidualną działalność gospodarczą. Obecnie większość z istniejących wcześniej utrudnień została wyeliminowana, a przepisy w tym zakresie wyraźnie zliberalizowano.

W pierwszym rzędzie dopuszczono możliwość odsprzedawania energii elektrycznej wytworzonej w mikroinstalacji i wprowadzonej do sieci energetycznej przez osoby fizyczne bez konieczności rejestrowania działalności gospodarczej. Poprzednie przepisy uznawały działalność polegającą na produkcji i sprzedaży energii elektrycznej za działalność gospodarczą niezależnie od jej skali oraz rodzaju źródła, w jakim energia powstawała. Odsprzedaż nadwyżek niewykorzystanej energii wiązała się więc z koniecznością zarejestrowania się jako przedsiębiorca oraz uiszczania podatków i dodatkowych składek na ubezpieczenia społeczne. W ogólnym bilansie skutkowało to co najmniej znaczącym wydłużeniem okresu zwrotu z inwestycji w panele fotowoltaiczne, a w wielu wypadkach ich całkowitą nieopłacalnością.

Obecnie osoby chcące korzystać z własnych paneli fotowoltaicznych nie muszą rejestrować takiej działalności w żadnym rejestrze (wymóg taki dotyczy wyłącznie instalacji o mocy od 40 kW do 200 kW). Są też zwolnione z obowiązku posiadania koncesji, który dotyczy wyłącznie największych instalacji OZE o mocy przekraczającej 200 kW. Obowiązki prosumentów ograniczone zostały do poinformowania przedsiębiorstwa energetycznego, do którego sieci ich mikroinstalacje są przyłączone, o dacie rozpoczęcia, wstrzymania lub zaprzestania wytwarzania energii, ewentualnych modyfikacjach, jakim instalacja miałaby podlegać, oraz o ilości energii wytworzonej i sprzedanej do sieci.

Kolejnym ułatwieniem dla prosumentów jest możliwość przyłączenia instalacji fotowoltaicznej do sieci w oparciu o już istniejące przyłącza. Prosumenci co do zasady są jednocześnie odbiorcami energii elektrycznej, którą pobierają za pośrednictwem wcześniej istniejących przyłączy. Przyłączenie do sieci paneli fotowoltaicznych nie wymaga zakładania odrębnego przyłącza, a co za tym idzie uzyskiwania osobnych warunków technicznych i zawierania osobnej umowy o przyłączenie. Wystarczy zgłosić zakładowi energetycznemu zamiar przyłączenia mikroinstalacji do sieci. Właściwe układy zabezpieczające oraz układy pomiarowo-rozliczeniowe zostaną wówczas zainstalowane na koszt zakładu energetycznego. Taką uproszczoną procedurą przyłączenia instalacji fotowoltaicznej do sieci mogą być objęte wyłącznie te źródła, których moc nie przekracza mocy już istniejącego przyłącza. W innym przypadku konieczne będzie ustalenie warunków przyłączenia na nowo oraz zawarcie odrębnej umowy o przyłączenie do sieci. Nawet wtedy jednak prosumenci nie zostaną obciążeni kosztami realizacji takiego przyłącza, które co do zasady równają się pełnym nakładom poniesionym przez zakład energetyczny.

Przed przystąpieniem do instalacji paneli fotowoltaicznych prosumenci co do zasady nie muszą uzyskiwać żadnych pozwoleń administracyjnych. Zgodnie z właściwymi przepisami Prawa budowlanego montaż urządzeń fotowoltaicznych o zainstalowanej mocy elektrycznej do 40 kW zwolniony jest z obowiązku uzyskiwania pozwolenia na budowę. Nie wymaga również wcześniejszego zgłoszenia właściwym organom administracji budowlanej. Także użytkowanie już zrealizowanych mikroźródeł może rozpocząć się bez konieczności uzyskiwania odrębnych pozwoleń.

System wsparcia dla mikroinstalacji

Od 1 lipca 2016 r. wchodzi w życie nowy system wsparcia dla podmiotów, które będą wytwarzać energię elektryczną w nowo budowanych mikroinstalacjach OZE o mocy do 10 kW. Polega on na możliwości uzyskania stałej, gwarantowanej ceny za wytworzoną i wprowadzoną do sieci elektroenergetycznej energię.

Cena ta, określona w ustawie o OZE, jest znacznie wyższa od ceny rynkowej i wynosi 0,75 zł za 1 kWh energii wyprodukowanej w nowo budowanej mikroinstalacji OZE o mocy do 3 kW, przy czym dotyczy to energii wytworzonej w instalacji wykorzystującej hydroenergię, energię promieniowania słonecznego lub energię wiatru na lądzie. Ceny za 1 kWh energii elektrycznej wyprodukowanej w mikroinstalacji o mocy od 3 kW do 10 kW wahają się w zależności od rodzaju instalacji od 0,45 zł (instalacje bazujące na biogazie ze składowisk odpadów) poprzez 0,65 zł (fotowoltaika) do 0,70 zł (instalacje bazujące na biogazie rolniczym). Oznacza to, że przy zakładanej wydajności instalacji fotowoltaicznej na poziomie 950 kWh/kW/rok instalacja o mocy 10 kW może przynieść maksymalny roczny przychód w kwocie 6 175 zł.

Ustawa o OZE nie stanowi wyrażnie, czy podane ceny zawierają VAT czy też nie. Ponieważ jednak inne ceny podane w ustawie o OZE nie zawierają VAT, należy przyjąć, że nie zawierają go również te ceny.

Z cen gwarantowanych mogą korzystać zarówno osoby fizyczne nieprowadzące działalności gospodarczej (prosumenci), jak i przedsiębiorcy. Rozliczenie za wyprodukowaną i wprowadzoną do sieci elektroenergetycznej energię z tzw. sprzedawcą zobowiązanym następuje na podstawie umowy sprzedaży energii elektrycznej zawartej pomiędzy wytwórcą energii w mikroinstalacji a sprzedawcą.

Sprzedawca zobowiązany to przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się sprzedażą energii elektrycznej,

o największym wolumenie sprzedaży w okresie od dnia 1 stycznia do dnia 31 sierpnia danego roku odbiorcom końcowym przyłączonym do sieci dystrybucyjnej na obszarze działania operatora danej sieci. Upraszczając, jest to najpopularniejsze przedsiębiorstwo energetyczne w danym rejonie. Ma ono obowiązek zawarcia umowy sprzedaży energii elektrycznej z posiadaczem mikroinstalacji na warunkach określonych w ustawie o OZE. Należy jednak zwrócić uwagę, że ustawa o OZE nakazuje sprzedawcy zobowiązanemu rozliczyć się z tytułu różnicy pomiędzy ilością energii pobranej z sieci a ilością energii elektrycznej wprowadzonej do sieci w danym półroczu na podstawie odczytów urządzeń pomiarowo-rozliczeniowych. Nie można zatem oczekiwać, że zakupiona zostanie każda kWh wyprodukowana w mikroinstalacji, ponieważ sprzedawca zobowiązany nie płaci za energię niewprowadzoną do sieci i zużytą na własne potrzeby oraz pomniejsza kwotę o wartość energii elektrycznej pobranej z sieci.

Należy także pamiętać, że pobrana z sieci energia elektryczna obciążona jest kosztami jej przesłania sieciami elektroenergetycznymi, a zatem pobrana energia jest zawsze droższa. Stąd przy standardowym zużyciu energii na potrzeby gospodarstwa domowego i zainstalowaniu najmniejszej mikroinstalacji rozliczenie ze sprzedawcą zobowiązanym pozwoli obniżyć rachunki za energię elektryczną, ale najprawdopodobniej nie przełoży się na uzyskiwanie z tego tytułu bezpośrednich przychodów. Kalkulując opłacalność, należy uwzględnić koszt zakupu i montażu instalacji. Według dostępnych na rynku analiz okres zwrotu inwestycji w mikroinstalację fotowoltaiczną jest długi, a ewentualne zyski mniej atrakcyjne dla posiadacza domu jednorodzinnego niż inwestycje na rynku finansowym.

Postęp technologiczny w zakresie wydajności instalacji OZE oraz technik magazynowania energii z jednej strony oraz koszty modernizacji i rozbudowy sieci elektroenergetycznych i wielkich elektrowni z drugiej strony powodują, że energetyka prosumencka pozostaje ciekawą alternatywą. Dlatego nawet w umiarkowanie słonecznej Polsce prędzej lub później duża część dachów pokryje się instalacjami fotowoltaicznymi. Opisane regulacje to pierwszy krok w tym kierunku.

Radosław Wasiak, adwokat, praktyka doradztwa dla sektora energii

Weronika Pelc, radca prawny, współnik odpowiedzialny za praktykę doradztwa dla sektora energii

Fundusz inwestycyjny zamknięty – wciąż skuteczne narzędzie optymalizacji podatkowej

Kryzys finansowy motywuje do poszukiwania oszczędności w każdym obszarze, w tym podatkowym. Szukając sposobów na ograniczenie zobowiązań podatkowych, przedsiębiorcy oraz inwestorzy rejestrują działalność w jurysdykcjach oferujących korzystne reżimy podatkowe, korzystają z ulg i odliczeń podatkowych albo decydują się na działalność w specjalnej strefie ekonomicznej. Wymierną korzyść podatkową wciąż mogą też przynieść struktury z udziałem funduszu inwestycyjnego zamkniętego.



Joanna Prokurat

Fundusz inwestycyjny zamknięty

Fundusz inwestycyjny zamknięty (FIZ) jest podmiotem inwestycyjnym powoływanym i funkcjonującym w oparciu o normy ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych. Wyłącznym celem FIZ jest inwestowanie środków pieniężnych zebranych w drodze publicznego lub niepublicznego proponowania nabycia certyfikatów inwestycyjnych w krajowe lub zagraniczne papiery wartościowe w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi. FIZ może również pod pewnymi warunkami dokonywać inwestycji w nieruchomości. FIZ jest tworzony przez towarzystwo funduszy inwestycyjnych, które nim zarządza i reprezentuje go na zewnątrz.

Z podatkowego punktu widzenia kluczową cechą FIZ, stanowiącą o jego efektywności podatkowej, jest podmiotowe zwolnienie FIZ z podatku dochodowego od osób prawnych na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych. Oznacza to, że FIZ w żadnej sytuacji nie jest podatnikiem polskiego podatku dochodowego od osób prawnych.

Struktury wygasają...

FIZ, obok spółki komandytowo-akcyjnej, był kluczowym elementem jednego z najciekawszych i najskuteczniejszych podatkowych modeli optymalizacyjnych. Do końca 2013 r. spółka komandytowo-akcyjna była transparentna podatkowo, a jej dochody podlegały opodatkowaniu na poziomie wspólników (dodatkowo dochody akcjonariusza podlegały opodatkowaniu dopiero w momencie podjęcia uchwały o wypłacie dywidendy). FIZ mógł zainwestować w akcje wyemitowane przez taką spółkę. W ramach takiej struktury podatku dochodowego od osób prawnych nie płaciła nie tylko spółka, ale również FIZ jako zwolniony z tego podatku. Na dodatek obciążenia podatkowe na poziomie bieżącej działalności operacyjnej były minimalizowane do wysokości zobowiązania z tytułu podatku dochodowego od osób prawnych po stronie komplementariusza (które zazwyczaj były minimalne ze względu na standardowo niewielki udział komplementariusza w zysku spółki). Jednak nowelizacja ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, która od 1 stycznia 2014 r. wprowadziła opodatkowanie spółek komandytowo-akcyjnych, wyeliminowała tę strukturę z praktyki.

...zmieniają się...

Przejęciowo modele planowania podatkowego kontynuowały powyższy schemat, wykorzystując założone wcześniej spółki komandytowo-akcyjne z przedłużonym rokiem podatkowym (nawet do końca października 2015 r.) umieszczone w strukturach FIZ. Prze-

kształcenie dotychczasowych spółek komandytowo-akcyjnych w spółki jawne albo komandytowe (o ile stało się to do momentu ostatecznego nabycia przez spółkę komandytowo-akcyjną statusu podatnika podatku dochodowego od osób prawnych) pozwalało dalej korzystać z neutralności podatkowej, jaką dawała spółka komandytowo-akcyjna.

...pojawiają się nowe

Rolę transparentnej podatkowo spółki komandytowo-akcyjnej mogą przejmować transparentne podatkowo podmioty zarejestrowane w innych jurysdykcjach, emitujące papiery wartościowe w rozumieniu ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, które mogą być przedmiotem inwestycji FIZ.

Przykładem takiej spółki jest luksemburska *Société en Commandite Spéciale* (SCSp). SCSp jest spółką nieposiadającą osobowości prawnej, tworzoną na czas określony albo nieokreślony przez co najmniej dwóch wspólników: *associé commandité* o charakterze komplementariusza, nieograniczenie odpowiedzialnego solidarnie ze spółką za jej zobowiązania, oraz *associé commanditaire* odpowiadającego akcjonariuszowi/komandytariuszowi. Wspólnikami w SCSp mogą być polskie podmioty. Aby wyeliminować ryzyko powstania polskiego zakładu SCSp, komplementariusz tej spółki powinien być rezydentem podatkowym Luksemburga.

Wkłady wspólników do SCSp mogą przyjąć postać pieniężną, aportu lub usług świadczonych przez wspólnika na rzecz spółki. Charakter prawa związanego z uczestnictwem w SCSp może zostać sformułowany jako papier wartościowy, dzięki czemu wspólnikiem SCSp może być FIZ. Co równie istotne, SCSp jest transparentna podatkowo, jeżeli tylko jej komplementariusz ma nie więcej niż 5% udziałów w tej spółce, a jej działalność nie jest ograniczona do zarządzania majątkiem prywatnym. SCSp może być z powodzeniem wykorzystywana do przedsięwzięć dotyczących nieruchomości lub obrotu aktywami finansowymi.

Powiedzmy, że spółka jest właścicielem nieruchomości przeznaczonej do zbycia. Wykorzystanie struktury z udziałem FIZ i SCSp pozwala na nieopodatkowanie przychodów ze sprzedaży nieruchomości. Przykładowa struktura powinna obejmować spółkę-właściciela nieruchomości w formie transparentnej podatkowo spółki osobowej (co może wymagać uprzedniego przekształcenia spółki kapitałowej, gdy właścicielem nieruchomości jest taka spółka), której wspólnikiem jest SCSp, a jej wspólnikami są polski FIZ i luksemburska *Société à responsabilité limitée* (SARL). W ten sposób dochód ze zbycia nieruchomości nie będzie podlegał podatkowi dochodowemu od osób prawnych ani na poziomie

transparentnych podatkowo polskiej spółki osobowej oraz SCSp, ani na poziomie FIZ zwolnionego z tego podatku. Oprócz minimalnego podatku w Luksemburgu na poziomie SARL opodatkowaniu będzie podlegać dopiero ewentualna dystrybucja zysków z FIZ, o ile struktura nie zostanie rozszerzona o podmioty z innych jurysdykcji, co może umożliwić również optymalny podatkowo transfer zysków ze zbycia nieruchomości.

Inne sposoby wykorzystania FIZ

Ponieważ FIZ jest zwolniony z podatku dochodowego od osób prawnych, umożliwia on również optymalizację podatkową sprzedaży aktywów wniesionych bezpośrednio do funduszu, np. nieruchomości, udziałów lub papierów wartościowych.

FIZ, w umiejętnie zaprojektowanej strukturze, może być również wykorzystany jako wehikuł korporacyjny do zarządzania majątkiem składającym się z różnych klas aktywów (w tym akcji, udziałów, nieruchomości czy praw własności intelektualnej). Właściciel takiej struktury ma przy tym możliwość sprawowania jednolitego nadzoru nad różnymi biznesami, w oparciu o transparentne i konserwatywne zasady wynikające z prawnego charakteru FIZ.

Zaangażowanie niezależnych instytucji, które wzajemnie się rozliczają z podejmowanych czynności (towarzystwo funduszy inwestycyjnych, audytor, bank – depozytariusz), w połączeniu z nadzorem Komisji Nadzoru Finansowego powoduje również, że FIZ może być efektywnym narzędziem do przekazania majątku spadkobiercom, szczególnie jeśli nie mają oni doświadczenia w zarządzaniu.

FIZ stanowi również interesującą konstrukcję umożliwiającą oszczędności podatkowe na gruncie innych podatków. Przykładowo zaangażowanie FIZ w niepodlegającą podatkowi od towarów i usług transakcję zbycia wierzytelności lub ich pakietów, ukształtowaną

w ramach sekurytyzacji lub subpartycypacji, pozwala na uniknięcie podatku od czynności cywilnoprawnych. W przeciwnym wypadku nabywca wierzytelności stanowiących prawa majątkowe zobowiązany jest do zapłaty podatku PCC w wysokości 1% wartości rynkowej tych wierzytelności.

Warto także wspomnieć o pozapodatkowych korzyściach z wykorzystania FIZ. Restrykcyjne zasady nadzoru nad działalnością i finansami FIZ sprawiają, że są one wiarygodnym i pożądanym partnerem dla inwestorów, w tym instytucji finansowych, dzięki czemu łatwiejsze jest pozyskanie kredytu lub finansowania w innej formie. Certyfikaty inwestycyjne mogą być także przedmiotem zastawu.

Koszty

Optymalizacja podatkowa w oparciu o FIZ ma również pewne mankamenty.

Przed wszystkim inwestycje FIZ podlegają obowiązkowej dywersyfikacji, tj. FIZ nie powinien inwestować więcej niż 20% swoich aktywów w ten sam instrument finansowy emitowany przez jeden podmiot. Wymóg dywersyfikacji powinien być spełniony maksymalnie w ciągu trzech lat funkcjonowania FIZ. Przy odpowiedniej strukturyzacji wymogi dywersyfikacyjne udaje się spełnić w przypadku większości działalności.

Rozważania dotyczące powołania struktury z udziałem FIZ powinny uwzględniać również koszty powołania i funkcjonowania samego FIZ, jak i pozostałych podmiotów zaangażowanych w wybraną strukturę.

Rekomendowane jest również bieżące monitorowanie prawa podatkowego (w tym umów o unikaniu podwójnego opodatkowania) i jego wykładni.

Joanna Prokurat, doradca podatkowy, praktyka podatkowa

Zagraniczna płaca minimalna dla polskiego pracownika



Magdalena Świtajska

Agnieszka Lisiecka

W związku z rosnącą popularnością delegowania polskich pracowników do innych państw UE oraz zatrudniania pracowników wykonujących pracę w takich państwach przez polskich pracodawców pracodawcy ci coraz częściej stają przed problemem stosowania obcych przepisów o płacy minimalnej.

Wiele wątpliwości i wiele przepisów

Institucja oddelegowania nie została wystarczająco uregulowana w prawie polskim. Co więcej, najczęściej implikuje ona konieczność zastosowania przepisów państwa obcego. W efekcie jej zastosowanie powoduje liczne wątpliwości. Podstawowe pytanie brzmi, prawo jakiego państwa należy stosować. Odpowiedzi na nie należy poszukiwać w przepisach:

- rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych („Rzym I”),
- dyrektywy 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 16 grudnia 1996 r. dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług,
- dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/67/UE z 15 maja 2014 r. w sprawie egzekwowania dyrektywy 96/71/WE,
- rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1215/2012 z 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych.

Częste lub długotrwałe delegacje a przepisy ochronne

Co do zasady pracodawca i pracownik mogą wybrać prawo właściwe dla łączącego ich stosunku pracy. Zgodnie z art. 8 ust. 1 rozporządzenia Rzym I wybór taki nie wyłącza jednak stosowania przepisów przyznających pracownikowi ochronę (przepisów ochronnych), które miałyby zastosowanie, gdyby wyboru prawa nie dokonano, a których umowne wyłączenie nie jest możliwe. Chodzi tu o przepisy prawa państwa, w którym lub z którego pracownik zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu umowy (przy czym tymczasowego zatrudnienia w innym państwie nie uważa się za zmianę państwa, w którym praca jest zazwyczaj świadczona). Jeśli nie można ustalić w ten sposób prawa właściwego, umowa podlega prawu państwa, w którym znajduje się podmiot, za pośrednictwem którego zatrudniono pracownika. Jeżeli jednak umowa wykazuje ściślejszy związek z innym państwem, właściwe jest prawo tego innego państwa.

Zakres przepisów przyznających pracownikom ochronę nie jest tożsamy z pojęciem przepisów wymuszających swoje zastosowanie w rozumieniu dyrektywy 96/71/WE (do których należą m.in. przepisy o minimalnym wynagrodzeniu). Jest od niego szerszy i obejmuje wszystkie przepisy, które zmierzają do ochrony praw pracownika względem pracodawcy i mają charakter obligatoryjny w porządku krajowym (taki charakter w prawie polskim ma np. większość przepisów Kodeksu pracy – odstępstwa od nich są dopuszczalne tylko na korzyść pracownika).

Oznacza to w praktyce, że jeśli pracownik zatrudniony przez pracodawcę z siedzibą w Polsce ma w umowie o pracę wskazane jako miejsce pracy inne państwo UE (albo, bez takiego wskazania, zazwyczaj świadczy pracę na terytorium tego państwa UE, np. w związku z częstymi delegacjami), art. 8 ust. 1 rozporządzenia Rzym I daje podstawę do stosowania wobec tego pracownika obcych przepisów ochronnych, w tym o płacy minimalnej – bez względu na to, czy w umowie wskazano jako prawo właściwe prawo polskie czy też nie. Pracownik taki może zatem wystąpić przeciwko swojemu pracodawcy z roszczeniem o zapłatę wynagrodzenia za czas pracy w innym państwie UE zgodnie z tamtejszą stawką minimalną, jeśli wypłacono mu wynagrodzenie niższe. Powództwo takie może wytoczyć zarówno przed sąd polski, jak i przed sąd obcy, m.in. w państwie, w którym zazwyczaj świadczy pracę lub w którym ostatnio zazwyczaj świadczył pracę.

Krótkie i incydentalne delegacje a przepisy wymuszające

Co jednak w przypadku, gdy pracownik zatrudniony przez pracodawcę z siedzibą w Polsce nie świadczy pracy „zazwyczaj” na terytorium innego państwa UE, tylko świadczy ją najczęściej na terytorium Polski lub innego państwa, a jego pobyty na terytorium obcego państwa mają charakter krótkotrwały i incydentalny?

W takiej sytuacji niewątpliwie zastosowanie do pracownika będą miały przepisy prawa polskiego, nawet jeśli strony w umowie o pracę nie dokonały wyboru tego prawa. Art. 8 rozporządzenia Rzym I nie będzie wówczas dawał podstawy do stosowania do warunków pracy pracownika obcych przepisów przyznających pracownikowi ochronę, w tym przepisów o płacy minimalnej.

Przepisy art. 9 rozporządzenia Rzym I przewidują jednak dalszą modyfikację zasad dotyczących prawa właściwego dla stosunku pracy. Zgodnie z tą regulacją przepisy wymuszające swoje zastosowanie znajdują zastosowanie do objętych nimi stanów faktycznych, bez względu na to, jakie prawo jest właściwe dla umowy zgodnie z rozporządzeniem. Jeżeli zatem zaistnieje stan faktyczny, dla którego prawo danego państwa przewiduje zastosowanie swoich przepisów jako wymuszających zastosowanie, przepisy te powinny być zastosowane.

W motywach rozporządzenia Rzym I (motyw nr 34) czytamy, że przez przepisy wymuszające swoje zastosowanie rozumiane są m.in. przepisy państwa, do którego pracownik jest delegowany, zgodnie z dyrektywą 96/71/WE. Na podstawie tej dyrektywy doszło bowiem do harmonizacji praw państw członkowskich w ten sposób, że nadano charakter norm wymuszających swoje zastosowanie krajowym przepisom prawa pracy dotyczącym warunków zatrudnienia wymienio-

nych w art. 3 ust. 1 dyrektywy (m.in. chodzi o przepisy dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę) w przypadkach delegowania pracowników na terytoria państw członkowskich w rozumieniu tej dyrektywy. W konsekwencji przepisy wymuszające swoje zastosowanie (w tym także obce przepisy regulujące płacę minimalną, jeśli takie zostały przyjęte) stosuje się do pracowników delegowanych na terytorium innych państw UE w rozumieniu dyrektywy 96/71/WE.

Istotne jest zatem rozumienie delegowania na gruncie dyrektywy 96/71/WE i dyrektywy 2014/67/UE. Z delegowaniem zgodnie z tymi regulacjami możemy mieć do czynienia zasadniczo w poniższych sytuacjach:

- gdy pracownik jest kierowany na terytorium państwa członkowskiego w ramach umowy zawartej między pracodawcą krajowym a odbiorcą usług działającym w tym państwie członkowskim,
- gdy pracownik jest kierowany na terytorium państwa członkowskiego do zakładu lub przedsiębiorstwa w ramach grupy,
- gdy pracownik jest kierowany na terytorium państwa członkowskiego przez agencję pracy tymczasowej lub agencję wynajmującą personel (ta sytuacja nie ma jednak praktycznego znaczenia w zakresie objętym niniejszym artykułem).

Omówione przepisy pozwalają zatem przyjąć, że jeśli praca pracownika zatrudnionego przez pracodawcę z siedzibą w Polsce wykonywana na terytorium innego państwa UE polega wyłącznie na przejeżdżaniu przez to terytorium, bez wykonywania tam czynności na rzecz odbiorcy usług czy w zakładzie lub przedsiębiorstwie w ramach grupy, praca taka nie jest delegowaniem w rozumieniu dyrektywy 96/71/WE i dyrektywy 2014/67/UE. W konsekwencji, w związku z brakiem tej przesłanki stanu faktycznego, nie mają do takiej pracy zastosowania przepisy wymuszające swoje zastosowanie, obowiązujące w państwie, w którym praca jest wykonywana. Pracownik taki nie może zatem wystąpić przeciwko swojemu pracodawcy z roszczeniem o zapłatę wynagrodzenia za czas pracy w innym państwie w wysokości płacy minimalnej, jeśli wypłacono mu wynagrodzenie niższe. Nie będzie także podstaw, by pracownik wystąpił z takim roszczeniem przed sąd obcy, ponieważ nie będą zachodziły okoliczności uzasadniające właściwość tego sądu.

Nieco inaczej przedstawia się sytuacja pracownika zatrudnionego przez pracodawcę z siedzibą w Polsce,

wykonywającego pracę na terytorium innego państwa UE w zakładzie lub przedsiębiorstwie w ramach grupy albo w ramach umowy zawartej przez pracodawcę z odbiorcą usług w tym państwie, choćby czynności te miały charakter krótkotrwały i incydentalny. Powołane dyrektywy jako delegowanie pozwalają traktować, co do zasady, każde wykonywanie pracy przez pracownika na terytorium innego państwa członkowskiego, jeżeli tylko mieści się w jednej z trzech wymienionych kategorii, bez względu na okres delegowania. W sytuacjach takiego wykonywania pracy na terytorium innego państwa UE będzie zatem istniała podstawa do stosowania obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie, regulujących m.in. wysokość płacy minimalnej.

Pracownik taki będzie mógł wystąpić (przede wszystkim przed sąd polski) przeciwko swojemu pracodawcy z roszczeniem o zapłatę wynagrodzenia za czas pracy w innym państwie w wysokości stawki minimalnej przewidzianej przez przepisy wymuszające swoje zastosowanie w tym państwie, w przypadkach, gdy wypłacono mu wynagrodzenie niższe. Sąd polski będzie wówczas mógł (choć nie będzie musiał), zgodnie z art. 9 ust. 3 rozporządzenia Rzym I, przyznać skuteczność obcym przepisom o płacy minimalnej, jako wymuszającym swoje zastosowanie, uwzględniając ich charakter i cel oraz skutki ich zastosowania lub niezastosowania. Zgodnie bowiem z powołanym przepisem sąd orzekający może przyznać skuteczność obcym przepisom wymuszającym swoje zastosowanie – obowiązującym w państwie, w którym ma nastąpić lub nastąpiło wykonanie zobowiązań wynikających z umowy – w zakresie, w jakim te przepisy powodują, że wykonanie umowy jest niezgodne z tym prawem. Rozważając przyznanie skuteczności obcym przepisom wymuszającym swoje zastosowanie, sąd uwzględnia ich charakter i cel oraz skutki ich zastosowania lub niezastosowania.

Pracownik będzie mógł wystąpić o zapłatę wskazanego świadczenia także przed sąd obcy, ale tylko jeśli będą zachodziły podstawy do uznania, że pracownik ten na terenie innego państwa zazwyczaj świadczy lub ostatnio zazwyczaj świadczył pracę. Sąd innego państwa, jeśli będzie właściwy, będzie miał wówczas obowiązek zastosować swoje przepisy o płacy minimalnej.

Magdalena Świtajka, adwokat, praktyka prawa pracy

Agnieszka Lisiecka, adwokat, współnik odpowiedzialny za praktykę prawa pracy

Kiedy przepakowanie leków jest legalne?

Leki pochodzące z tzw. importu równoległego często wymagają przepakowania, tak by opakowanie i znajdujące się na nim informacje spełniały wymogi obowiązujące w kraju importu. Przepakowanie leku rodzi jednak ryzyka prawne związane głównie z możliwością naruszenia praw ochronnych na znak towarowy.



Katarzyna Pikora

Leki pochodzące z importu równoległego to leki sprowadzane z innego kraju na podstawie zezwolenia na import równoległy uzyskanego przez podmiot inny niż producent. Importowane leki są zasadniczo tożsame z lekami dopuszczonymi już do obrotu w kraju importu i oferowanymi przez producenta.

Często bywa jednak konieczne ich przepakowanie w związku z różnicą pomiędzy regulacjami prawnymi obowiązującymi w państwie, z którego lek jest importowany, i w państwie, do którego jest importowany. Takie różnice dotyczą głównie wielkości opakowania leku czy języka zastosowanego na ulotce. Importer równoległy musi dostosować produkt, w tym jego opakowanie, do regulacji obowiązujących w kraju importu. Zwykle sprowadza się to do umieszczenia leku w nowym opakowaniu, na którym znajdują się wymagane informacje w języku kraju docelowego, albo do umieszczenia na dotychczasowym opakowaniu nowej etykiety.

Przepakowanie leku rodzi ryzyko prawne głównie związane z możliwością naruszenia praw ochronnych na znak towarowy. Ingerencja w wygląd opakowania często pociąga za sobą konieczność ponownego nałożenia na nie znaku towarowego, który przecież nie należy do importera, tylko do producenta leku. Tymczasem to właściciel znaku towarowego jest wyłącznie uprawniony do umieszczania znaku na towarze i jego opakowaniu oraz wprowadzania go do obrotu. Tym samym właściciel znaku może zakazać takich działań wszelkim osobom trzecim.

Przesłanki BMS

Przepakowanie leków i ich przywóz do innego państwa członkowskiego może więc być źródłem roszczeń producenta leku z tytułu naruszenia jego praw do znaku towarowego. Przepakowanie będzie jednak legalne, jeżeli importer spełni określone warunki. Trybunał Sprawiedliwości UE sprecyzował pięć przesłanek, które importer równoległy musi spełnić łącznie, przepakowując lek, w orzeczeniu z 1996 r. dotyczącym sprawy Bristol-Myers Squibb (stąd nazwa „przesłanki BMS”).

Import równoległy leku jest legalny, jeżeli:

- ewentualny zakaz importu równoległego przepakowanego leku w oparciu o przysługujące prawa do znaku towarowego przyczyniałby się do sztucznego podziału/rozdzielenia rynków państw członkowskich

Sprzeciw uprawnionego do znaku towarowego wobec przepakowania i importu równoległego leku nie będzie skuteczny, jeżeli przyczyni się do sztucznego podziału rynku. Taka sytuacja wystąpi, jeżeli uprawniony ze znaku towarowego wprowadził ten sam produkt leczniczy w różnych krajach

członkowskich w różnych opakowaniach, w tym w opakowaniach o różnych rozmiarach, zaś produkt, który w danym opakowaniu został wprowadzony w jednym kraju, nie może w takim samym opakowaniu zostać wprowadzony w kraju importu. Zakaz stosowania danego rozmiaru opakowania w kraju importu może wynikać np. z obowiązujących tam przepisów, krajowej praktyki czy zasad ubezpieczenia zdrowotnego uzależniających zwrot kosztów medycznych od wielkości opakowania produktu leczniczego. W takiej sytuacji sprzeciw uprawnionego do znaku towarowego wobec przepakowania prowadziłby do sztucznego podziału rynku.

Uprawniony ze znaku nie może też sprzeciwić się importowi przepakowanego leku, jeżeli takie przepakowanie było konieczne dla wprowadzenia produktu do obrotu w danym państwie. Przepakowanie nie jest konieczne, jeżeli wystarczy dołączyć do oryginalnego opakowania nową etykietę czy ulotkę z informacją w języku kraju importu. Jednak nałożenie nowej etykiety na dotychczasowe opakowanie nie wystarczy, jeżeli istnieje silny opór istotnej części konsumentów wobec leku ze zmienioną etykietą, a to utrudnia efektywny dostęp do określonego rynku lub jego części. Wówczas przepakowanie leku będzie obiektywnie konieczne.

- **przepakowanie nie powoduje naruszenia oryginalnego stanu produktu znajdującego się wewnątrz opakowania**

Naruszenie nie nastąpi, jeżeli produkt sprowadzony jest umieszczony przez producenta w podwójnym opakowaniu, a importer wymieni tylko zewnętrzne opakowanie, albo gdy przepakowanie będzie się odbywało pod nadzorem odpowiednich władz w celu zagwarantowania nienaruszonego stanu produktu. Ponadto przyklejenie nowych etykiet na buteleczki, fiolki, ampułki lub inhalatory nie narusza oryginalnego stanu produktu wewnątrz opakowania.

Pośrednie naruszenie stanu produktu wystąpi, gdy nowe zewnętrzne lub wewnętrzne opakowanie leku lub ulotka będą pomijać pewne ważne informacje lub będą zawierać niedokładne informacje dotyczące charakteru, składu, skutków, dawkowania lub przechowywania produktu. Zasadniczo importer jest uprawniony do zamieszczenia dodatkowych informacji na przepakowanym produkcie, nie mogą one być jednak sprzeczne z informacjami zamieszczonymi przez producenta na opakowaniu w kraju, z którego produkt jest sprowadzany. Poza tym naruszenie stanu produktu wystąpi, jeżeli

li importer doda dodatkowy przyrząd do przyjmowania lub dozowania produktu, który nie będzie zgodny z metodą używania lub dawkowania zaprojektowaną przez producenta.

- **na opakowaniu znajduje się wyraźna informacja, kto przepakował produkt i kto jest jego producentem**

Taka informacja ma wykluczyć wprowadzenie użytkowników końcowych w błąd co do osoby dokonującej przepakowania. Jednak nie musi to być przedsiębiorstwo, które na zlecenie faktycznie przepakowało lek i które posiada pozwolenie na przepakowanie, lecz przedsiębiorstwo, które zleciło je i bierze za nie odpowiedzialność.

- **nowe opakowanie swoim wyglądem nie narusza renomy znaku towarowego na nim umieszczonego**

O naruszeniu renomy w szczególności może świadczyć niska jakość opakowania, jego wadliwość lub niestaranność. Podczas ustalania, czy doszło do naruszenia renomy, należy wziąć pod uwagę charakter produktu i rynek, na który jest on przeznaczony, jak również odbiorców. Wymagania, jakie powinno spełniać nowe opakowanie, w dużej mierze zależą od tego, czy produkt jest sprzedawany do szpitali czy za pośrednictwem farmaceutów końcowym odbiorcom. Dla szpitali i farmaceutów wygląd zewnętrzny produktu zwykle ma niewielkie znaczenie. Jednak dla konsumentów opakowanie jest nośnikiem informacji o jakości produktu, nawet jeżeli lek jest na receptę i został im wydany za pośrednictwem farmaceuty czy lekarza. Naruszenie lub zagrożenie renomy znaku towarowego przepakowanych leków może odnosić się nawet do znaków towarowych dotąd nieużywanych w kraju przywozu przez uprawnionego producenta.

- **importer zawiadamia uprawnionego do znaku towarowego o zamiarze sprzedaży przepakowanych leków, zanim do niej przystąpi, oraz – na żądanie uprawnionego ze znaku – dostarcza próbkę produktu**

Ostatnim warunkiem legalnego przepakowania leku jest poinformowanie przez importera właściciela znaku towarowego o zamiarze sprzedaży przepakowanego leku. Uprawniony ze znaku może zażądać przedstawienia mu próbki przepako-

wanego leku w celu sprawdzenia, czy przepakowanie nie narusza oryginalnego stanu produktu znajdującego się wewnątrz opakowania albo czy samo opakowanie nie narusza renomy znaku towarowego, który się na nim znajduje.

Łączne spełnienie wszystkich powyższych przesłanek powoduje, że uprawniony ze znaku towarowego nałożonego na produkt sprowadzony nie może skutecznie zakazać importerowi obrotu przepakowanym produktem, gdyż import taki jest wtedy legalny.

Wady i zalety importu równoległego

Komentatorzy, w tym Komisja Europejska, wskazują na liczne zalety importu równoległego leków. Podkreśla się, że handel równoległy obniża ponoszone przez konsumentów i podatników koszty leków. Z uwagi bowiem na różnice między cenami na poszczególnych rynkach opłaca się kupić produkt w kraju, w którym cena jest niska, i sprzedać w kraju, w którym cena jest wysoka, jednak za cenę niższą od tam obowiązujących. Napływ tańszych towarów wywiera nacisk na ceny w droższych regionach, co prowadzi do obniżenia cen dla klientów – służby zdrowia i podatników w kraju importującym.

Jednocześnie import równoległy bywa niekorzystny dla firm farmaceutycznych, gdyż zakłóca dystrybucję ich produktów w poszczególnych państwach. Dlatego producenci leków próbują zwalczać import równoległy, powołując się najczęściej na prawo do znaków towarowych. Uprawnieni ze znaku towarowego wykazują, że przepakowanie produktu jest niezgodne z prawem, ponieważ narusza renomę ich znaku towarowego, bądź też nastąpiła niedopuszczalna ingerencja w oryginalny stan produktu.

Gdy importer zamienia znak towarowy, to jest na importowany lek nakłada znak, pod którym lek ten znany jest w kraju importu, lecz inny niż widniejący na sprowadzanym leku, uprawnieni ze znaku starają się wykazać, że przepakowanie z taką zamianą znaków nie jest uzasadnione. Istnieją zatem sposoby zwalczania importu równoległego, choć to niełatwe i nie zawsze skuteczne zadanie.

Katarzyna Pikora, radca prawny, praktyka własności intelektualnej

Zielone światło dla powoływania członków zarządu z mocą wsteczną?

Zdaniem Sądu Najwyższego można przyjąć, że mandat członków zarządu uległ odnowieniu mocą dorozumianej decyzji wspólników. Dowolne stosowanie takiej praktyki może jednak zagrażać bezpieczeństwu obrotu. Jeśli wspólnicy zaczną manipulować składem zarządu spółki, nie będzie można z całą pewnością ustalić, kto właściwie miał mandat do dokonania określonej czynności prawnej i jakie są skutki prawne jej dokonania.



Maciej Szewczyk



Izabela Zielińska-Bartołek



Anna Dąbrowska

Zdarza się, że czy to wskutek powołania członków zarządu spółki z o.o. na wieloletnią kadencję, czy to w wyniku powołania części zarządu w trakcie trwania kadencji jego pozostałych członków, wspólnicy spółki nie dopełniają obowiązku odnowienia mandatów członków zarządu.

Dochodzi wówczas do sytuacji, w której spółka zostaje pozbawiona organu uprawnionego do jej reprezentacji (lub powstaje tzw. organ kadłubowy składający się z mniejszej liczby członków niż przewidziana w ustawie lub umowie czy statucie spółki).

Ma to daleko idące konsekwencje, bowiem, jak stanowi Kodeks cywilny, osoba prawna działa przez swoje organy (art. 38 k.c.), a w przypadku spółki kapitałowej przede wszystkim przez zarząd, który prowadzi jej sprawy i ją reprezentuje (art. 201 § 1 k.s.h.).

Brak organu, w tym jego nieprawidłowy skład osobowy, odbiera spółce możliwość prowadzenia jej spraw, co może w dłuższej perspektywie skutkować ustanowieniem przez sąd rejestrowy kuratora dla spółki (art. 42 § 1 k.c.).

Jest to jedna z najczęstszych nieprawidłowości identyfikowanych w toku badania prawnego, a tym samym jedno z powszechniejszych ryzyk w ramach transakcji fuzji i przejęć.

Szkodliwe powoływanie po fakcie

Za szczególnie szkodliwą uznać należy spotykaną niekiedy praktykę dokonywania następnych zmian uchwał zwyczajnych zgromadzeń wspólników polegającą na dodaniu do nich postanowień o powołaniu członków zarządu na kolejną kadencję (np. w 2014 r. podejmowana jest uchwała w sprawie zmiany uchwały podjętej w 2013 r.). Koncepcja, że zarząd może być powołany na okres wsteczny, jest nie do zaakceptowania na gruncie kodeksowej zasady kadencyjności tego organu oraz przepisów przewidujących wygaśnięcie mandatu z upływem kadencji.

Dopuszczenie tego rodzaju praktyk naruszałoby zasadę pewności obrotu, gdyż wspólnicy mogliby praktycznie dowolnie manipulować składem zarządu. W efekcie nie można by z całą pewnością ustalić katalogu osób, które w chwili dokonania danej czynności prawnej bez wątpienia posiadały mandat do jej dokonania w charakterze piastuna organu spółki.

Tymczasem za sprawą wyroku Sądu Najwyższego z 4 marca 2015 r. (IV CSK 340/14) została uchylona furtka do legitymizacji podobnych praktyk.

Sąd Najwyższy dopuszcza powołanie „w sposób dorozumiany”

Ustalony przez Sąd Najwyższy stan faktyczny był nastę-

pujący. Umowa spółki z o.o. nie zawierała postanowień co do długości kadencji zarządu, a tym samym zgodnie z art. 202 § 1 k.s.h. kadencja członków tego organu powinna trwać jeden rok (a ściślej biorąc, powinna wygasać z dniem odbycia zgromadzenia wspólników zatwierdzającego sprawozdanie finansowe spółki za ostatni pełny rok obrotowy pełnienia funkcji przez danego członka zarządu). Odbywające się w kolejnych latach zwyczajne zgromadzenia wspólników spółki podejmowały wyłącznie uchwały w sprawie zatwierdzenia sprawozdań z działalności zarządu i sprawozdań finansowych, podziału zysku lub pokrycia strat oraz udzielenia absolutorium członkom zarządu.

Ponieważ spółka funkcjonowała w tym okresie na rynku, a członkowie jej zarządu niezmiennie figurowali w rejestrze przedsiębiorców i zgromadzenie wspólników cyklicznie udzielało im absolutorium, Sąd Najwyższy uznał, że brak jest przeszkód do stwierdzenia, że byli oni powoływani w formie uchwał podejmowanych *per facta concludentia* z uwagi na „dorozumianą wolę wspólników utrzymywania składu zarządu w jego pierwotnym składzie i odnawiania mu mandatu”.

Jednocześnie sąd przypominał, że o prawnej skuteczności podjęcia uchwały nie decyduje fakt jej odpowiedniego zaprotokołowania i podpisania, lecz „rzeczywiście oddane głosy”, a tym samym niedopełnienie wymogu utrwalenia treści uchwały nie powoduje jej nieważności.

Przywołana argumentacja Sądu Najwyższego wymaga krytycznego komentarza z przyczyn, które zostaną pokrótce scharakteryzowane poniżej.

Oświadczenie woli musi być ujawnione w sposób dostateczny

Kodeks spółek handlowych nie zawiera przepisów dotyczących sposobu podejmowania uchwał zgromadzenia wspólników spółki z o.o. (i odpowiednio uchwał wspólników podejmowanych poza zgromadzeniami). Nieliczne wyjątki dotyczą wymaganej formy utrwalenia konkretnych uchwał (np. uchwał dotyczących zmiany umowy spółki z o.o.) czy też obowiązku zachowania szczególnej formy głosowania, takiej jak głosowanie tajne (w przypadku tzw. uchwał podejmowanych w sprawach osobowych). Wymóg wpisywania podjętych uchwał do księgi protokołów oraz wymóg ich podpisywania, o których mowa w art. 248 k.s.h., mają jedynie charakter porządkowy, a ich ewentualne niedochowanie nie wpływa, jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w komentowanym wyroku, na ważność podjętych uchwał.

W tej sytuacji do podejmowania uchwał zastosowanie mają ogólne normy dotyczące składania oświadczeń woli, a w szczególności dyspozycja przepisu art. 60 k.c.,

zgodnie z którą oświadczenie woli może być, co do zasady, wyrażone przez każde zachowanie się składającej je osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny.

W nauce prawa przyjmuje się, że oświadczenie woli może być także – pod warunkiem spełnienia kodeksowych wymogów co do jego „ujawnienia” w sposób „dostateczny” – złożone w sposób dorozumiany (konkludentny). Odpowiednio też w pewnych okolicznościach można przyjąć, że dopuszczalne jest podejmowanie w ten sposób uchwał przez organ przedstawicielski spółki. I tak na przykład ustanowienie uchwałą zgromadzenia wspólników pełnomocnika do zawarcia w imieniu spółki umowy z członkiem zarządu (zgodnie z art. 210 k.s.h.) na ogół realizować będzie ewentualny obowiązek wyrażenia zgody na zawarcie takiej umowy (np. w sytuacji, gdy umowa spółki wprowadza wymóg jej udzielenia).

Wydaje się jednak, że powołanie członka organu spółki (zarówno po raz pierwszy, jak i na kolejne kadencje) nie mieści się w katalogu przypadków, w których uchwała zgromadzenia wspólników może zostać podjęta w sposób dorozumiany.

Potencjalne źródło nadużyć

Po pierwsze, zgodnie z art. 247 § 2 k.s.h., przy wyborach członków organów spółki zarządza się głosowanie tajne. Taki tryb głosowania, ze swej istoty, ma uniemożliwiać zidentyfikowanie tego, w jaki sposób głosowali poszczególni wspólnicy. Konkludentne podjęcie uchwały w sprawie powołania członków zarządu nie czyni zadość obowiązkowi zapewnienia tajności (wszak z definicji dorozumianego charakteru decyzji w tym przedmiocie wynika akceptacja dla niej ze strony wszystkich wspólników).

Po drugie, fakt powołania w sposób dorozumiany wydaje się nie do pogodzenia z zawartą w przywołanym już art. 60 k.c. dyspozycją, by oświadczenie woli zostało ujawnione w dostateczny sposób. Skoro konsekwencją powołania członka zarządu jest udzielenie mu mandatu do pełnienia funkcji, to dopiero w efekcie podjęcia uchwały w tej sprawie osoba, której uchwała dotyczy, może mieć pewność, że istotnie mandat otrzymała i może wykonywać wynikające z tego faktu obowiązki. W przeciwnym wypadku, tj. w braku dostatecznie ujawnionej woli wspólników, osoba, która w danym okresie pełniła obowiązki przynależne członkowi zarządu, mogłaby pozostawać w niepewności co do tego, czy jej dorozumiane powołanie faktycznie nastąpiło (tj. czy udzielenie w poprzednim roku absolutorium zawierało w sobie decyzję o odnowieniu mandatu czy nie). W takiej sytuacji zarówno sam zainteresowany członek

zarządu, jak i spółka czy osoby trzecie dokonujące ze spółką czynności dopiero następnie (i to w najlepszym przypadku) dowiadywaliby się o tym, w jakim charakterze „członek zarządu” działał (czy jako piastun organu, czy jako pełnomocnik, czy też jako pełnomocnik rzekomy – tzw. *falsus procurator*).

Po trzecie wreszcie, wspomniana niepewność co do tego, czy powołanie faktycznie nastąpiło – utrzymująca się przez cały okres dorozumianej kadencji członka zarządu – stanowić by mogła dogodnie narzędzie do nadużyć i manipulacji. Stosownie do interesów wspólników i zależnie od tego, co wydarzyło się w mijającym roku (lub wręcz w okresie domniemanej kadencji zarządu), możliwe byłoby wówczas wsteczne potwierdzanie (lub nie) mandatu poszczególnych członków zarządu.

Rozwiązanie być może zasadne w konkretnej sprawie nie powinno być traktowane jako nowa zasada

Z powyższych względów uznanie dopuszczalności dorozumianego powoływania członków zarządu spółki z o.o. jest zagadnieniem wysoce wątpliwym. O ile z pozostałymi przytoczonymi wyżej argumentami można zapewne, z uwagi na skąpą regulację kodeksową, polemizować, nierozwiązywalnym problemem pozostaje to, że oświadczenie woli organu co do dorozumianego powołania członka zarządu, jako nieuzewnętrznione w żaden sposób, pozostaje w swoistej próżni do chwili jego pośredniego uzewnętrznienia lub potwierdzenia. Nie ma bowiem pewności, czy zwyczajne zgromadzenie wspólników podejmie uchwałę po zakończeniu kolejnego roku obrotowego w sprawie absolutorium z pełnionej funkcji. Nie wiadomo też, czy z ogółu okoliczności faktycznych da się, w razie wątpliwości, wyinterpretować dorozumianą zgodę wspólników na pełnienie funkcji przez członka zarządu.

Z punktu widzenia zapewnienia bezpieczeństwa obrotu (który to cel, jak zostało jasno wyartykułowane w uzasadnieniu, przyświecał Sądowi Najwyższemu) wątpliwe wydaje się szersze akceptowanie takich rozwiązań, które mogą znaleźć uzasadnienie wyłącznie w konkretnych (indywidualnych) okolicznościach sprawy.

Maciej Szewczyk, radca prawny, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

Izabela Zielińska-Bartołek, radca prawny, wspólnik odpowiedzialny za praktykę transakcji i prawa korporacyjnego

Anna Dąbrowska, radca prawny, partner w praktyce transakcji i prawa korporacyjnego

Źródła finansowania działalności spółek kapitałowych przez wspólników



Kinga Ziemnicka

Przed podjęciem decyzji dotyczącej finansowania spółki wspólnicy powinni rozważyć różne możliwości prawne, uwzględniając korzyści, jakie uzyskają w zamian, oraz warunki zwrotu zainwestowanych środków.

Kapitały własne a kapitały obce

Rozpoczynając działalność gospodarczą w formie spółki kapitałowej, założyciele (a potem wspólnicy) mogą wybrać sposób finansowania spółki. Wybór ten zależy nie tylko od potrzeb finansowych związanych z prowadzoną działalnością, ale jest też elementem budowania optymalnej struktury kapitału uwzględniającej interesy wspólników. Zasadniczo działalność spółki może być finansowana z dwóch źródeł: z kapitałów własnych lub z kapitałów obcych. Taka struktura finansowania spółki jest odzwierciedlana w bilansie po stronie pasywów, gdzie znajdują się kapitały własne oraz zobowiązania.

Kapitał własny odpowiada wartości aktywów netto spółki, stanowiąc różnicę między wartością bilansową aktywów brutto, czyli sumą wszystkich aktywów spółki, a wysokością jej zobowiązań. Zarazem kapitał własny odzwierciedla równowartość aktywów, których źródłem finansowania są środki wniesione do spółki przez wspólników (na poczet kapitałów) oraz środki wypracowane przez samą spółkę, w ramach prowadzonej działalności gospodarczej (zyski). Ewentualne darowizny wspólników na rzecz spółki stanowią natomiast jej przychód, wpływając na wynik finansowy w roku obrotowym, w którym zostały dokonane, a w konsekwencji pośrednio poprzez zysk lub zmniejszenie straty na wysokość kapitałów własnych spółki.

Kapitały obce obrazują zobowiązania spółki wobec osób trzecich, w szczególności z tytułu zaciągniętych kredytów, pożyczek, otrzymanych dostaw z odroczonym terminem płatności, a ponadto zobowiązania publicznoprawne, zobowiązania wobec pracowników itp. Odzwierciedlają one również zobowiązania wobec wspólników spółki, jeżeli te wynikają ze stosunku prawnego innego niż stosunek spółki, na przykład z tytułu udzielonej spółce pożyczki.

Finansowanie spółki poprzez kapitał zakładowy

Kapitał zakładowy stanowi podstawę, w oparciu o którą kreowane są uprawnienia korporacyjne wspólników, uzależnione od ilości praw udziałowych posiadanych w tym kapitale. Ustawodawca wprowadził ustawowe minimum wysokości tego kapitału (5 000 zł w spółce z o.o. oraz 100 000 zł w spółce akcyjnej), pozostawiając wspólnikom relatywnie dużą swobodę w kształtowaniu jego wysokości. W toku działalności spółki może nastąpić podwyższenie kapitału zakładowego, które zazwyczaj ma na celu dofinansowanie spółki przez wspólników lub nowych inwestorów, co może być także powiązane z restrukturyzacją zadłużenia spółki, poprzez konwersję wierzytelności, przysługujących jej wspólnikom (akcjonariuszom) lub wierzycielom, na udziały albo akcje w tym kapitale.

Wniesienie środków do kapitału zakładowego może łączyć się również z podwyższeniem kapitału zapasowego, do którego należy przelewać nadwyżki (agio) osiągnięte na skutek objęcia udziałów albo akcji powyżej ich wartości nominalnej (art. 154 § 3 k.s.h., art. 396 § 2 k.s.h.). Celem utworzenia kapitału zapasowego może być m.in. zgromadzenie środków potrzebnych do pokrycia ewentualnych strat spółki lub też realizacja inwestycji. W praktyce utworzenie w spółce kapitału zapasowego często jest rezultatem optymalizacji podatkowej związanej z kształtowaniem struktury kapitałowej spółki. Problem, jaki może powstać dla wspólników w związku z finansowaniem spółki poprzez wniesienie wkładów na poczet pokrycia udziałów albo akcji w kapitale zakładowym oraz agio, wiąże się z zasadami ich wycofywania ze spółki w drodze umorzenia udziałów. Jeżeli bowiem w spółce nie ma zysku pozwalającego na sfinansowanie należnego wspólnikowi wynagrodzenia, konieczne jest przeprowadzenie postępowania konwokacyjnego, dającego wierzycielom możliwość zgłoszenia: w spółce z o.o. sprzeciwu (art. 264 § 1 k.s.h.), a w spółce akcyjnej – roszczeń wobec spółki (art. 456 § 1 k.s.h.) w terminie trzech miesięcy, licząc od dnia ogłoszenia o uchwalonym obniżeniu kapitału zakładowego. Wierzyciele, którzy w terminie zgłosili sprzeciw (albo roszczenia), powinni co do zasady być przez spółkę zaspokojeni lub zabezpieczeni. Natomiast umorzenie udziałów z czystego zysku w spółce z o.o. nie wymaga obniżenia kapitału zakładowego. W spółce akcyjnej zaś umorzenie udziałów zawsze wiąże się z obniżeniem kapitału zakładowego, jeżeli jednak następuje ono z kwoty, która może być przeznaczona do podziału pomiędzy akcjonariuszy (zgodnie z art. 348 § 1 k.s.h.), wówczas nie ma obowiązku przeprowadzenia postępowania konwokacyjnego.

Z powyższej analizy wynika, że jeśli w spółce nie ma zysku, wycofanie środków zgromadzonych w kapitale zakładowym czy też wpłaconych do spółki z tytułu agio może napotkać na przeszkody ze strony wierzycieli spółki.

Zaletą jednak tej formy finansowania spółki przez jej wspólników czy też akcjonariuszy jest możliwość uzyskania praw korporacyjnych, wyznaczających ich pozycję w spółce, jak na przykład prawo do dywidendy lub prawo głosów na zgromadzeniach wspólników (walnych zgromadzeniach).

Dopłaty jako zwiększenie kapitałów własnych

Umowa spółki albo statut mogą przewidywać utworzenie w spółce kapitału zapasowego lub kapitałów rezerwowych na pokrycie szczególnych strat lub wydatków. Kapitały rezerwowe mogą być tworzone z zysku netto, ale źródłem ich powstania mogą być także m.in. dopłaty wnoszone przez wspólników w spółce z o.o.

W przeciwieństwie do pożyczki udzielonej przez wspólnika na rzecz spółki, która jest zapisywana w pasywach bilansu po stronie zobowiązań, dopłaty stanowią kapitał własny spółki. Warto również zwrócić uwagę, że wspólnikom, którzy wnieśli do spółki dopłaty, nie przysługuje roszczenie o ich zwrot, dopóki nie zostanie podjęta uchwała zgromadzenia wspólników o zwrocie dopłat. Jednocześnie jednak zwrot dopłat jest dużo łatwiejszy niż obniżenie kapitału zakładowego, gdyż nie mają tu zastosowania przepisy dotyczące postępowania konwoacyjnego.

Podstawę ograniczeń w zakresie zwrotu dopłat w spółce z o.o. stanowi art. 189 § 2 k.s.h., zgodnie z którym wspólnicy nie mogą otrzymywać z jakiegokolwiek tytułu wypłat z majątku spółki potrzebnego do pełnego pokrycia kapitału zakładowego. Zatem zwrot dopłat jest uzależniony od aktualnej sytuacji finansowej spółki. W spółce akcyjnej dopłaty mają odmienny charakter niż w spółce z o.o., gdyż mogą być wnoszone tylko w zamian za przyznanie akcjonariuszom szczególnych uprawnień zarówno inkorporowanych w akcjach (art. 396 § 3 k.s.h.), jak i przyznanych osobiście indywidualnemu akcjonariuszowi (art. 354 § 2 i 3 k.s.h. w związku z art. 396 § 3 k.s.h.). Dopłaty te wpływają do kapitału zapasowego (a zatem nie do rezerwowego), o ile nie będą użyte na wyrównanie nadzwyczajnych odpisów lub strat.

Zysk osiągnięty przez spółkę

Jednym ze źródeł finansowania działalności spółki jest wypracowany przez spółkę zysk, który na mocy uchwały wspólników albo akcjonariuszy może zostać przeniesiony do kapitału zapasowego lub rezerwowego zamiast zostać przeznaczony na wypłatę dywidendy. W spółce akcyjnej jest to częściowo obowiązkowe, gdyż zgodnie z art. 396 § 1 k.s.h. należy utworzyć kapitał zapasowy na pokrycie straty, do którego przelewa się co najmniej 8% zysku za dany rok obrotowy, dopóki kapitał ten nie osiągnie co najmniej równowartości jednej trzeciej kapitału zakładowego.

Wspólnicy spółki z o.o. mają swobodę decyzji w zakresie pozostawienia zysku w spółce i przeniesienia go do kapitału zapasowego lub rezerwowego. Często decydują się na to, chcąc uniknąć relatywnie wysokich kosztów pozyskania kredytów bankowych.

Warto również zaznaczyć, że wspólnicy albo akcjonariusze mogą na mocy uchwały podjętej na zwykajnym zgromadzeniu odzyskać zysk ulokowany w kapitale zapasowym lub rezerwowym w poprzednich latach

obrotowych w ramach podziału dywidendy w kolejnych latach (z wyłączeniem wspomnianego przypadku, w którym przepisy nakazują pozostawienie części zysku w kapitale zapasowym spółki akcyjnej), zakładając, że sytuacja finansowa spółki na to pozwala.

Pożyczki udzielone spółce

Pożyczki udzielane spółce przez wspólników (akcjonariuszy), podobnie jak kredyty udzielane przez banki, nie stanowią kapitału własnego spółki, lecz jej zobowiązania. Zaliczają się one zatem do zewnętrznych źródeł finansowania aktywów spółki. W tym przypadku to strony określają w umowie zasady zwrotu pożyczki na rzecz wspólnika, a w braku stosownych postanowień rozstrzygają o tym przepisy prawa. W sytuacji jednak, gdy majątek spółki z o.o. nie jest wystarczający do pełnego pokrycia kapitału zakładowego, wspólnicy nie mogą otrzymywać wypłat z jakiegokolwiek tytułu (art. 189 § 2 k.s.h.). Należy zarazem zwrócić uwagę, że pożyczka od wspólnika poprawia wprawdzie płynność finansową spółki, ale nie przyczynia się do zwiększenia jej kapitałów własnych.

Warto wspomnieć, że w wyniku nowelizacji prawa upadłościowego, która weszła w życie 1 stycznia 2016 r., pożyczki udzielone przez wspólników spółce kapitałowej w okresie pięciu lat przed ogłoszeniem upadłości będą mogły być dochodzone wraz z odsetkami w postępowaniu upadłościowym, ale w odrębnej, czwartej kategorii zaspokojenia (art. 342 ust. 1 Prawa upadłościowego).

Poza wymienionymi powyżej ograniczeniami zaletą pożyczek jest stosunkowo prosty mechanizm wycofania środków zainwestowanych w spółce. Wspólnik czy też akcjonariusz może ponadto otrzymywać odsetki od udzielonych pożyczek, co jest niemożliwe w przypadku inwestycji w kapitał własny spółki.

Podsumowanie

Z powyższej analizy wynika, że finansowanie spółek kapitałowych może przybrać różne formy, które wiążą się z określonymi skutkami prawnymi, a w szczególności z ograniczeniami w zakresie odzyskania zainwestowanych środków. Dlatego wspólnicy przed podjęciem decyzji dotyczącej finansowania spółki powinni rozważyć różne możliwości, uwzględniając spodziewane korzyści, warunki zwrotu zainwestowanych środków oraz optymalizację podatkową.

Kinga Ziemnicka, radca prawny, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

Nowe prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe a dokumentacja finansowania



Łukasz Szegda

Artur Bednarski

Z początkiem roku weszły w życie bardzo istotne zmiany do prawa upadłościowego, a także zupełnie nowe prawo restrukturyzacyjne. Te nowe regulacje mają znaczenie nie tylko dla podmiotów niewypłacalnych lub zagrożonych upadłością i ich wierzycieli, ale również dla podmiotów udzielających i poszukujących finansowania. Wpływają bowiem na ich prawa i przygotowywaną dokumentację finansowania.

Zmiana definicji niewypłacalności

Zmianie uległa kluczowa dla całego prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego definicja niewypłacalności, zarówno w ujęciu płynnościowym, jak i bilansowym.

Niewypłacalność płynnościowa to stan, w którym dłużnik nie tyle nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań (jak to określała dotychczasowa regulacja), ile utracił zdolność ich wykonywania, co się wiąże z finansową oceną kondycji dłużnika. Wprowadzono domniemanie, zgodnie z którym utrata takiej zdolności występuje, jeśli opóźnienie w wykonywaniu zobowiązań pieniężnych przekroczyło trzy miesiące.

Z kolei niewypłacalność w ujęciu bilansowym powstaje wówczas, gdy zobowiązania pieniężne przekraczają wartość majątku spółki, a stan ten utrzymuje się przez ponad 24 miesiące. Przepisy dodatkowo precyzują, że do zobowiązań pieniężnych uwzględnianych przy ocenie niewypłacalności nie wlicza się:

- zobowiązań przyszłych, w tym zobowiązań pod warunkiem zawieszającym,
- zobowiązań wobec wspólnika albo akcjonariusza z tytułu pożyczki lub innej czynności prawnej o podobnych skutkach.

Wprowadzono domniemanie, że zobowiązania pieniężne dłużnika przekraczają wartość jego majątku, jeżeli zgodnie z bilansem jego zobowiązania, z wyłączeniem rezerw na zobowiązania oraz zobowiązań wobec jednostek powiązanych, przekraczają wartość jego aktywów, a stan ten utrzymuje się przez ponad 24 miesiące.

Zmiany w sposobie rozumienia niewypłacalności powinny znaleźć odzwierciedlenie w umowie kredytowej, szczególnie zgodnej ze standardem *Loan Market Association* (LMA), a konkretnie w zapisie dotyczącym przypadku naruszenia umowy kredytowej opisującym stan niewypłacalności.

Dostosowania wymagała będzie również stosowana szczególnie w transgranicznych transakcjach finansowania klauzula ograniczająca wysokość poręczeń lub gwarancji pod prawem obcym udzielanych przez polskie podmioty na zabezpieczenie takiego finansowania (tzw. *guarantee limitation language*). Z uwagi na jednoznaczne wyłączenie z testu niewypłacalności bilansowej zobowiązań przyszłych i warunkowych można by uznać, że odpadł powód, dla którego w dotychczasowej praktyce stosowano klauzulę ograniczającą wysokość poręczenia lub gwarancji z odwołaniem do testu niewypłacalności bilansowej. Poczekamy, czy interpretacje potwierdzą takie rozumienie, ale aktualnie wydaje się, że z uwagi na niejasności interpretacyjne (w szczególności niepewność, czy rzeczywiście wyłączone są z tego testu zobowiązania z poręczeń) ograniczenie to powinno być nadal stosowane po 1 stycznia 2016 r., choć w dostosowanej treści.

Wniosek o ogłoszenie upadłości i wniosek o wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego jako podstawa wypowiedzenia umowy kredytu

Dotychczas dokumentacja kredytowa zwykle uprawniała kredytodawcę do wypowiedzenia umowy kredytu w związku z niewypłacalnością i upadłością kredytobiorcy. Wprawdzie przepisy ograniczały skuteczność klauzul zastrzegających zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego na wypadek ogłoszenia upadłości, jednak w dokumentacji kredytowej często wprowadzano postanowienia umożliwiające wypowiedzanie umów w związku ze złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości. Nowe przepisy negatywnie oceniają taką praktykę.

Rozszerzono zakres zastosowania przepisu uniemożliwiającego wprowadzanie postanowień umownych umożliwiających zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły, na wypadek ogłoszenia upadłości. Objęto nim bowiem wyraźnie nie tylko samo ogłoszenie upadłości, ale również złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, złożenie wniosku o wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego albo samo wszczęcie takiego postępowania.

Ma to wpływ na możliwość wypowiedzania przez banki umów kredytowych. Podkreśla to jednoznacznie zmiana wprowadzona do prawa bankowego, zgodnie z którą dotychczasowe uprawnienia przysługujące bankowi (do obniżenia kwoty przyznanego kredytu albo wypowiedzenia umowy kredytu) w przypadku niedotrzymania przez kredytobiorcę warunków udzielenia kredytu albo w przypadku utraty przez kredytobiorcę zdolności kredytowej pozostają, ale z zastrzeżeniem „o ile prawo restrukturyzacyjne nie stanowi inaczej”.

Wierzyciele, którzy chcą zachować w tym zakresie możliwość wypowiedzenia dokumentacji finansowania w związku z restrukturyzacją, powinni skoncentrować się na ewentualnych zdarzeniach zachodzących na przedpolu złożenia wniosku o wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego (np. zającie przesłanek do wszczęcia takich postępowań).

Wzmocnienie statusu zastawu finansowego

Na uwagę zasługuje wyraźne wzmocnienie statusu zastawu finansowego i innego rodzaju zabezpieczeń finansowych. Zgodnie ze zmienionym prawem upadłościowym takich zabezpieczeń nie będzie można kwestionować na podstawie przepisów umożliwiających zaskarżanie czynności prawnych lub określających bezskuteczność czynności prawnych dokonanych przez upadłego w określonym czasie przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości.

Dla odmiany inne zabezpieczenia będą mogły być kwestionowane jako bezskuteczne w przypadku, gdy zostały ustanowione na zabezpieczenie długu niewymagalnego w ciągu sześciu (a nie jak poprzednio – dwóch) miesięcy przed dniem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

Nowe zalety zastawu rejestrowego

Zmienione prawo upadłościowe umożliwia dołączenie do

wniosku o ogłoszenie upadłości wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży przedsiębiorstwa dłużnika lub jego znacznej części. Dla większej ochrony wierzycieli, na rzecz których został ustanowiony zastaw rejestrowy przewidujący możliwość pozasądowego zaspokojenia z przedmiotu zastawu poprzez przejęcie przedmiotu zastawu lub przez jego sprzedaż notarialną, wyłączono możliwość składania takiego wniosku i sprzedaży przedsiębiorstwa upadłego w tym przyspieszonym trybie w stosunku do składników majątkowych objętych takim zastawem rejestrowym. Jest to istotny argument za szerszym niż dotychczas wymaganiem od kredytobiorców zastawu rejestrowego, szczególnie na całości przedsiębiorstwa.

Skuteczność przelewu wierzytelności przyszłej

Dla odmiany w odniesieniu do przelewu wierzytelności przyszłej, w tym przelewu na zabezpieczenie, wskazano wprost, że taki przelew będzie bezskuteczny, jeśli wierzytelność powstanie po ogłoszeniu upadłości. W drodze wyjątku nie będzie się tego stosowało w przypadku, gdy umowa przelewu wierzytelności została zawarta nie później niż sześć miesięcy przed dniem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w formie pisemnej z datą pewną. To z jednej strony potwierdza możliwość przelewu wierzytelności przyszłych powstałych po ogłoszeniu upadłości, a z drugiej strony daje dodatkowy argument do powszechniejszego stosowania formy daty pewnej w przypadku przelewów, nie tylko tych na zabezpieczenie.

Uprzywilejowanie nowego finansowania

Kolejną istotną zmianą w kontekście finansowań jest uprzywilejowanie nowego finansowania udzielanego w toku postępowania upadłościowego. Pożyczki i kredyty udzielane w toku postępowania restrukturyzacyjnego będą miały uprzywilejowaną pozycję w zakresie zaspokajania, w przypadku nieudanej restrukturyzacji i ogłoszenia upadłości. Ustanowione na rzecz tych kredytów i pożyczek zabezpieczenie nie będzie mogło być uznane za bezskuteczne w stosunku do masy upadłości.

Ograniczenia wypowiedzenia umowy kredytu po otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego

Przepisy prawa restrukturyzacyjnego starają się utrwalić stosunki prawne niezbędne do funkcjonowania przedsiębiorstwa dłużnika w okresie trwania postępowań restrukturyzacyjnych. Nowe regulacje ograniczają prawo wypowiedzenia przez drugą stronę umów najmu i dzierżawy lokalu przedsiębiorstwa, umów leasingu, umów ubezpieczeń, rachunku bankowego oraz umowy kredytu.

Kredytodawca nie będzie mógł wypowiedzieć umowy kredytu w zakresie, w jakim kredytobiorcy wypłacono kredyt lub kredytobiorca posiada prawo wypłaty kredytu. Wyjątkiem od powyższej zasady jest niewykonywanie przez kredytobiorcę zobowiązań nieobjętych układem lub inna okoliczność przewidziana w umowie, o ile zaszły one po dniu otwarcia postępowania.

Powyższa regulacja wpływa na sytuację kredytodawców na dwa sposoby. Po pierwsze nie będą oni mogli wypowiedzieć umowy kredytu w odniesieniu do środków, które zostały już wypłacone kredytobiorcy, chociażby ich wierzytelności były zabezpieczone i z tego tytułu nieobjęte układem. Z chwilą otwarcia postępowania następuje bowiem „zawieszenie” wykonywania prawa do wypowiedzenia z powodu naruszeń, których kredytobiorca dopuścił się przed tym dniem.

Po drugie kredytodawcy muszą dalej udostępniać środki kredytobiorcy, pomimo wszczęcia postępowania. Może być to szczególnie niekorzystne dla kredytodawców, którzy będą zmuszeni kredytować podmiot, który w zasadzie mógł już utracić zdolność kredytową.

Aby zabezpieczyć się przed taką sytuacją, kredytodawcy powinni rozważyć odpowiednie zapisy dotyczące warunków zawieszających wypłaty kredytu i dalszych warunków wypłaty, wprowadzających *draw-stop* na przedpolu upadłości lub restrukturyzacji i umożliwiających anulowanie zaangażowania.

Bezskuteczność zabezpieczeń w stosunku do masy sanacyjnej

Nowe prawo restrukturyzacyjne wprowadza możliwość prowadzenia przez dłużnika postępowania sanacyjnego. Spowoduje to bezskuteczność niektórych zabezpieczeń w stosunku do majątku dłużnika (zwanego po wszczęciu postępowania „masą sanacyjną”).

Bezskuteczne będą te zabezpieczenia w stosunku do masy sanacyjnej, które zostały ustanowione w ciągu roku przed dniem złożenia wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego i nie są bezpośrednio związane z otrzymaniem świadczenia przez dłużnika. Wypłata kredytu przez bank będzie świadczeniem w rozumieniu przepisów. Regulacje rodzą jednak pewne wątpliwości w odniesieniu do zabezpieczeń ustanawianych w związku z restrukturyzacją zobowiązań dłużnika. Ustanowienie zabezpieczeń na rzecz wierzycieli grożących wypowiedzeniem umowy kredytu będzie mogło zostać podważone w oparciu o przepisy prawa restrukturyzacyjnego, chyba że strony zapewnią, że dłużnik otrzyma odpowiednie świadczenie.

Podsumowanie

Jak wynika z powyższego podsumowania, nowa regulacja restrukturyzacyjna i upadłościowa ma wpływ na nowe finansowania i ocenę ryzyk w takich transakcjach. Warto o tym pamiętać już na etapie przygotowywania dokumentacji finansowania dla nowych transakcji.

Lukasz Szegda, radca prawny, współnik odpowiedzialny za praktykę bankowości i finansowania projektów

Artur Bednarski, adwokat, praktyka bankowości i finansowania projektów

Czym transakcje w energetyce różnią się od innych?



Marek Dolatowski

Weronika Pelc

Branża energetyczna w Polsce jest w wysokim stopniu regulowana zarówno na poziomie krajowym, jak i Unii Europejskiej. Treść oraz stabilność tych regulacji ma pierwszorzędny wpływ na szanse i zagrożenia dla zysku przedsiębiorstw energetycznych.

Przepisy realizujące rozmaite cele społeczne i polityczne takie jak ochrona klimatu, środowiska, przeciwdziałanie wykluczeniu społecznemu, bezpieczeństwo energetyczne, konkurencyjność gospodarki czy ochrona miejsc pracy bezpośrednio przekładają się na koszty i przychody przedsiębiorstw energetycznych. Zakup udziałów w spółce lub nabycie przedsiębiorstwa oznacza dla stron transakcji potencjalnie duże korzyści, ale także duże ryzyko. Dlatego przy planowaniu i przeprowadzaniu transakcji w energetyce trzeba pamiętać o specyfice tego sektora.

Reglamentacja działalności gospodarczej

Działalność w sektorze energetycznym w znacznym zakresie wymaga koncesji. Z kolei prowadzenie działalności gospodarczej przez małe instalacje OZE to działalność regulowana. Transakcja w sektorze energetycznym wymaga sprawdzenia, czy wszystkie niezbędne zezwolenia zostały uzyskane i czy prowadzona działalność jest z nimi zgodna. Prowadzenie działalności bez koncesji lub bez wpisu do rejestru działalności regulowanej jest wykroczeniem, a naruszenie warunków koncesji grozi wysokimi karami.

W transakcjach na aktywach (jak sprzedaż przedsiębiorstwa) kontrowersje wzbudza możliwość przeniesienia koncesji na inny podmiot. Regulator stoi bowiem na stanowisku, że w takich przypadkach koncesja nie jest automatycznie przejmowana przez podmiot, który nabył aktywa służące do prowadzenia działalności koncesjonowanej.

Polityka cenowa i taryfy

Przy ustalaniu ceny bierze się pod uwagę przede wszystkim przychody i zyski realizowane przez przedsiębiorstwo będące przedmiotem transakcji. Należy jednak pamiętać, że przedsiębiorstwa energetyczne mają ograniczoną swobodę w prowadzeniu polityki cenowej. Część rynku opiera się o taryfy zatwierdzane przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. Dotyczy to rynku usług dystrybucyjnych i przesyłowych. Prezes URE zatwierdza także taryfy dla ciepła i gazu oraz taryfy dotyczące cen energii elektrycznej do najmniejszych odbiorców – w praktyce są to gospodarstwa domowe.

Sposób kształtowania taryf jest szczegółowo uregulowany w przepisach prawa, ale pierwszorzędne znaczenie ma praktyka stosowana przez Prezesa URE. O ile u podstaw konstrukcji taryf leży założenie, że mają one pokrywać uzasadnione koszty przedsiębiorstw, o tyle w praktyce to Prezes URE decyduje, jaki koszt jest uzasadniony, a jaki nie, biorąc pod uwagę ustawową zasadę ochrony odbiorców przed nieuzasadnionym poziomem cen i stawek opłat. Planując transakcję na rynku energetycznym, należy szczegółowo zbadać, jakie są

perspektywy taryfowania dla danego przedsiębiorstwa i czy istnieje szansa, by zostało ono przynajmniej częściowo zwolnione z obowiązku przedstawiania taryf do zatwierdzania. Dodatkowo część przedsiębiorstw podlega tzw. obliwu giełdowemu, czyli muszą one sprzedawać energię w drodze przetargu lub na giełdzie. Obliw giełdowy dotyczy w znacznej części, choć w różnym stopniu, wytwórców energii elektrycznej oraz przedsiębiorstw obrotu gazem.

Kontrola państwa

1 października 2015 r. weszła w życie ustawa o kontroli niektórych inwestycji. Poddaje ona ochronie m.in. podmioty wytwarzające energię elektryczną, zajmujące się dystrybucją gazu ziemnego lub energii elektrycznej lub przesyłaniem paliw gazowych. Ochrona polega na konieczności zawiadomienia organu kontroli o planowanej transakcji w przypadkach określonych w ustawie. Brak zawiadomienia lub przeprowadzenie transakcji mimo sprzeciwu organu kontroli może prowadzić do jej nieważności lub braku możliwości wykonywania głosu z nabytych udziałów lub akcji. Dotychczas nie wydano rozporządzenia wykonawczego do ustawy, które określiłoby listę podmiotów objętych ochroną.

Drugą istotną ustawą jest ustawa o szczególnych uprawnieniach ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w niektórych spółkach kapitałowych lub grupach kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych z dnia 18 marca 2010 r. Przewiduje ona uprawnienia ministra Skarbu Państwa w spółkach lub grupach z wymienionych sektorów, których mienie zostało ujawnione w wykazie infrastruktury krytycznej (sam wykaz nie jest dostępny publicznie – o obecności w wykazie wiedzą jednak zainteresowane spółki). Minister może sprzeciwić się rozporządzeniom składnikami mienia stanowiącymi infrastrukturę krytyczną, a także uchwałą organu spółki dotyczącym m.in. jej rozwiązania, zmiany przeznaczenia lub zaniechania eksploatacji składnika majątku, przeniesienia siedziby za granicę czy zbycia przedsiębiorstwa.

Ostatnią ustawą jest ustawa o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa z dnia 8 sierpnia 1996 r. Przewiduje ona konieczność uzyskania zgody ministra Skarbu Państwa na rozporządzenie przez państwową osobę prawną, którego przedmiot przekracza wartość rynkową 50 000 euro.

Polityka klimatyczna

Konieczność redukcji emisji gazów cieplarnianych wymusi zmiany w *energy mix* Polski w następnych latach. Sektor energetyczny odpowiedzialny jest bowiem za ok. 42% emisji w Polsce. Zmiany w energetyce wydają się

zatem nieuniknione. Dla sektora OZE może to oznaczać szansę na dalszy rozwój. Kosztem energetyki konwencjonalnej może też powstać w Polsce pierwsza elektrownia jądrowa. Z kolei energetyka konwencjonalna będzie zmuszona do znacznych inwestycji w celu redukcji emisji gazów cieplarnianych. Zakładając, że ziszcza się prognozy wzrostu cen uprawnień do emisji (z ponad 8 euro za tonę obecnie do 19 euro w 2020 r.), koszt ich uzyskania w ciągu kilku lat stanie się niebagatelną pozycją w kosztach działalności spółek energetycznych.

Nadzieją na zmniejszenie kosztów związanych z polityką klimatyczną jest utrzymanie bezpłatnych przydziałów uprawnień dla energetyki. Obecne propozycje przewidują jednak możliwość przyznania bezpłatnych uprawnień tylko w liczbie 40% uprawnień, jakie dane państwo członkowskie otrzyma w latach 2021–2030 do sprzedaży na aukcji. Przydział będzie się też wiązał z procedurą przetargową dla projektów inwestycyjnych o łącznej kwocie inwestycji powyżej 10 mln euro (jeśli inwestycja będzie warta mniej, projekty powinny być wybrane na podstawie obiektywnych i przejrzystych kryteriów). Oznacza to, że uzyskanie bezpłatnych uprawnień może okazać się dużo trudniejsze niż obecnie.

Wsparcie OZE i kogeneracji

Systemy wsparcia OZE stanowią istotne źródło dodatkowego przychodu. Dlatego elementem każdej transakcji związanej z aktywami OZE jest sprawdzenie, jak długo dana instalacja OZE może liczyć na wsparcie w postaci świadectw pochodzenia, czy wsparcie przyznano zgodnie z zasadami pomocy publicznej (np. w zakresie potwierdzenia efektu zachęty) oraz czy dokumentacja i pozwolenia wydane dla projektu nie rodzą ryzyka istotnego opóźnienia w realizacji projektu, które z kolei mogłoby uniemożliwić wystartowanie w aukcji lub ukończenie projektu w czasie wymaganym w przepisach po wygraniu aukcji.

Również kogeneracja korzysta z systemu wsparcia w formie certyfikatów przewidzianego do 2018 r. Czy i w jakiej formie zostanie on przedłużony, zależy od decyzji ustawodawcy.

Wsparcie w formie certyfikatów OZE i kogeneracji jest przedmiotem badania Komisji Europejskiej w zakresie zgodności pomocy publicznej z rynkiem wewnętrznym. Potencjalna transakcja powinna wziąć pod uwagę ryzyko zakwestionowania dotychczas przyznanej pomocy w postaci świadectw pochodzenia, a tym samym konieczności jej zwrotu przez podmioty, które ją otrzymały.

Inne narzędzia realizacji celów politycznych w energetyce

Sytuację przedsiębiorstwa energetycznego na rynku określa aktualna polityka państwa. Na rynku gazu zale-

ży ona w znacznym stopniu od regulacji dotyczących obowiązkowych zapasów gazu i od wymagań w zakresie dywersyfikacji dostaw paliwa gazowego, to jest wymogów co do tego, jaka część paliwa może pochodzić z jednego kierunku. Przepisy dotyczące dywersyfikacji miały nie dopuścić do monopolizacji rynku przez gaz rosyjski, jednak ich interpretacja powoduje wiele problemów. Nawet najwięksi gracze na rynku byli karani przez Prezesa URE za naruszenie tych zasad. Obowiązek posiadania określonych w przepisach zapasów gazu jest źródłem istotnych kosztów. Przepisy mające zwiększyć bezpieczeństwo energetyczne w praktyce przez wiele lat ograniczały rozwój rynku ze względu na brak wystarczającej pojemności magazynów gazu i utrudniały wejście nowych graczy na polski rynek. Na sytuację podmiotów na rynku mogą wpływać także nadzwyczajne i jednorazowe regulacje, takie jak wprowadzone przez UE sankcje dotyczące części rosyjskich przedsiębiorstw w związku ze zdarzeniami na Ukrainie.

Wnioski

Mnogość celów politycznych i społecznych realizowanych na rynku energetycznym powoduje, że obowiązujące regulacje często się zmieniają, a interpretacja obowiązujących przepisów może ulec zmianie. Transakcję nabycia przedsiębiorstwa energetycznego powinno zatem poprzedzać szczegółowe badanie wszystkich aspektów regulacyjnych. Planowanie wspólnych przedsięwzięć czy wieloletnich inwestycji i zawieranie wieloletnich kontraktów również wymaga rozumienia uwarunkowań regulacyjnych. I nie chodzi tu jedynie o sprawdzenie zgodności działania przedsiębiorstwa z prawem, ale także o ocenę możliwości dalszego prowadzenia działalności na dotychczasowych zasadach oraz skalę kosztów związanych z koniecznością spełnienia coraz liczniejszych i surowszych norm dotyczących w szczególności ochrony klimatu i środowiska.

Nie dziwi postulat branży, aby raz ustalić politykę energetyczną, a następnie konsekwentnie ją realizować. Ciągłe zmiany priorytetów i promowanie różnych, czasem wzajemnie sprzecznych celów poprzez chaotycznie wprowadzane regulacje kończą się destabilizacją rynku. Dopóki to się nie zmieni, w transakcjach w energetyce wciąż trzeba będzie uwzględniać wyższe niż przeciętne na rynku ryzyko regulacyjne.

Marek Dolatowski, adwokat, praktyka doradztwa dla sektora energii

Weronika Pelc, radca prawny, jest współnikiem odpowiedzialnym za praktykę doradztwa dla sektora energii

Czy inwestor i dawny właściciel nieruchomości mogą się dogadać?



Krzysztof Wiktor

Radosław Wiśniewski

Dawni właściciele nie są wrogami inwestorów i realizowanych przez nich przedsięwzięć. Ich celem jest naprawienie szkody wyrządzonej im przez władzę publiczną. W wielu więc przypadkach można dostrzec wspólne cele i wypracować porozumienie, które zagwarantuje pewność inwestycji w nieruchomości objęte roszczeniami reprywatyzacyjnymi.

Truizmem jest stwierdzenie, że lepiej zawrzeć korzystne dla obu stron porozumienie, niż całymi latami prowadzić spory w toku różnorodnych postępowań administracyjnych, sądowych czy sądownoadministracyjnych. Jeżeli jednak spór toczy się między inwestorem a dawnymi właścicielami (lub ich następcami prawnymi) nieruchomości objętej roszczeniami repriwatyzacyjnymi, przypominanie tej starej prawdy może wywoływać niemałe zdziwienie.

Przyczyną jest specyfika debaty publicznej wokół tzw. polskich spraw repriwatyzacyjnych. Interesy dawnych właścicieli lub ich następców prawnych kategorycznie przeciwstawia się interesom innych grup, takich jak inwestorzy, deweloperzy, lokatorzy kamienic czy instytucje publiczne. W konsekwencji wszelkie sugestie porozumienia z dawnymi właścicielami lub ich następcami prawnymi wydają się brzmieć niczym idealistyczna teoria polubownego załatwiania sporów. Tymczasem nie można zapominać, że głównym sprawcą szkody dawnych właścicieli (lub ich następców prawnych) jest władza publiczna *par excellence*, która w okresie powojennym nie respektowała stanowionego przez siebie prawa lub też wadliwie je stosowała. Taka perspektywa pozwala dostrzec zbieżne cele stanowiące podwaliny ewentualnego porozumienia między dawnymi właścicielami lub ich następcami prawnymi a innymi zainteresowanymi podmiotami.

Zawieraniem takich porozumień powinni być zainteresowani inwestorzy działający na polskim rynku nieruchomości, który w kontekście roszczeń repriwatyzacyjnych uważany jest za rynek wyjątkowo trudny i ryzykowny. Pomimo bowiem rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych chroniącej obrót nieruchomościami w Polsce inwestorzy często angażowani są w wieloletnie i skomplikowane postępowania repriwatyzacyjne. To z kolei utrudnia skuteczne prowadzenie działalności biznesowej na polskim rynku nieruchomości. Dotyczy to zwłaszcza dużych podmiotów gospodarczych, które muszą ujawniać (nawet potencjalne) ryzyka dotyczące poszczególnych inwestycji swoim partnerom biznesowym, innym uczestnikom rynku, kredytodawcom, ubezpieczycielom itd. W gronie takich ryzyk są oczywiście zgłoszenia roszczeń repriwatyzacyjnych. Dlatego też zidentyfikowanie pola do kompromisu z dawnymi właścicielami może być dla inwestorów bardzo opłacalnym rozwiązaniem.

Repriwatyzacja *à la polonaise*

Trwająca od blisko ćwierćwiecza repriwatyzacja odbywa się paradoksalnie w warunkach braku kompleksowego uregulowania kwestii roszczeń repriwatyzacyjnych. Wskutek indolencji rządzących kolejne próby uchwalenia ustawy repriwatyzacyjnej doprowadziły do sytuacji, w której u podstaw repriwatyzacji w Pol-

sce nie leży chęć zadośćuczynienia wszystkim, którym odebrano majątki, lecz kontrolowanie w każdym jednostkowym przypadku legalności ekspropriacji dokonanej przez komunistyczne władze. W konsekwencji nie ma w Polsce jednego sposobu dochodzenia i realizowania roszczeń repriwatyzacyjnych, ponieważ każdy tryb dokonanej ekspropriacji charakteryzuje się różnymi zasadami kontroli jej legalności.

Ekspropriacja w Polsce przebiegała zwykle na podstawie jednego z trzech aktów prawnych: dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy (tzw. dekret Bieruta lub dekret warszawski), dekretu Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 6 września 1944 r. o przeprowadzeniu reformy rolnej (tzw. dekret o reformie rolnej) oraz ustawy z dnia 3 stycznia 1946 r. o przejęciu na własność Państwa podstawowych gałęzi gospodarki narodowej (tzw. ustawa o nacjonalizacji przemysłu).

W przypadku dekretu warszawskiego najpierw bada się, czy złożony wniosek dekretowy został rozpoznany, a w razie jego odmownego załatwienia kontroluje się odmowną decyzję dekretową pod względem jej zgodności z przepisami podówczas obowiązującego prawa. Gdy już dojdzie do wzruszenia odmownej decyzji dekretowej i okaże się, że nie ma możliwości ustanowienia prawa użytkowania do gruntu ze względu na zdarzenia prawne zaistniałe po wydaniu odmownej decyzji dekretowej (brak możliwości zwrotu) albo też jeżeli z tych samych przyczyn nie da się uwzględnić wcześniej nierozpoznanego wniosku dekretowego (brak możliwości zwrotu), wówczas dawni właściciele mogą wystąpić na drogę postępowania cywilnego z roszczeniami odszkodowawczymi.

Co się zaś tyczy majątków ziemskich przejętych w ramach dekretu o reformie rolnej, to wymaganym działaniem jest wystąpienie do właściwego miejscowo wojewody z wnioskiem o stwierdzenie, czy dana nieruchomość podpadała pod przepisy dekretu o reformie rolnej. Ostateczna decyzja stwierdzająca, że w przypadku danej nieruchomości dekret nie znajdował zastosowania, otwiera możliwość wystąpienia do sądu cywilnego z pozwem o zapłatę odszkodowania.

Wreszcie przy nacjonalizacji przemysłu dawni właściciele w toku postępowania nadzorczego podnoszą wady prawne orzeczenia nacjonalizacyjnego, na podstawie którego dane przedsiębiorstwo zostało przejęte. Po wzruszeniu takiego orzeczenia dawni właściciele mogą domagać się naprawienia szkody przed sądem cywilnym.

Zbieżne cele

Głównym celem dawnych właścicieli jest oczywiście naprawienie doznanej szkody. Podstawowym zało-

zeniem naprawienia szkody jest *restitutio in integrum*, czyli przywrócenie stanu pierwotnego, które w sprawach repriwatyzacyjnych najczęściej sprowadzałoby się do zwrotu przejętych nieruchomości. Niemniej jednak duża część dawnych właścicieli, akceptując upływ czasu oraz zaistniały stan prawny i faktyczny, jak również rozumiejąc potrzebę rozwoju i pewności inwestycji realizowanych na danej nieruchomości, nierzadko rezygnuje z ubiegania się o zwrot nieruchomości i decyduje się na dochodzenie odszkodowania pieniężnego od władzy publicznej. Niemniej jednak realizacja takiego założenia wymaga ostatecznego i szybkiego zakończenia stosownych postępowań administracyjnych, niezbędnych do rozpoczęcia cywilnych procesów odszkodowawczych przeciwko władzy publicznej.

Z kolei dla inwestorów najważniejsza jest pewność uzyskanego tytułu prawnego do nieruchomości, który gwarantuje bezpieczeństwo i spokojny przebieg realizowanych inwestycji. Warto tu zaznaczyć, że ów tytuł prawny do nieruchomości często wywodzony jest z przeróżnych zdarzeń prawnych mających miejsce na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat. Takim zdarzeniem najczęściej jest ustanowienie użytkowania wieczystego na rzecz podmiotu publicznego bądź jego uwłaszczenie, a następnie dokonywanie czynności rozporządzających danym prawem do nieruchomości w ramach obrotu. Zatem w interesie inwestorów jest, by żadne z ogniw łańcucha zdarzeń prawnych – z którego wynika tytuł prawny danego inwestora – nie było podważane.

Zakres porozumienia

Warto zauważyć, że w każdym trybie postępowań repriwatyzacyjnych występuje etap postępowania administracyjnego. Szybkie i ostateczne zakończenie takich postępowań jest kluczowe, by dawni właściciele mogli zainicjować cywilne postępowania odszkodowawcze. Tymczasem czynnymi stronami postępowań administracyjnych są zazwyczaj inwestorzy – jako podmioty aktualnie posiadające tytuł prawny do nieruchomości. Mogą oni składać przewidziane w procedurze administracyjnej środki odwoławcze, a w dalszej perspektywie kierować sprawę na drogę postępowania sądowoadmi-

nistracyjnego, co istotnie wydłuża czas etapu postępowania administracyjnego w sprawie repriwatyzacyjnej.

Tak więc dawni właściciele zainteresowani będą uzyskaniem od inwestorów zobowiązania do niewnoszenia środków odwoławczych w toku postępowania administracyjnego i sądowoadministracyjnego od pozytywnej dla dawnych właścicieli decyzji administracyjnej. Dzięki temu dawni właściciele będą mogli sprawnie przejść do wytoczenia powództwa o odszkodowanie od Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego.

Z kolei inwestorzy oczekiwać będą od dawnych właścicieli deklaracji, że rezygnują oni z ubiegania się o zwrot danej nieruchomości i że będą domagać się pieniężnego odszkodowania wyłącznie od Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego. Poza tym – ze względu na to, że tytuł prawny do nieruchomości przysługujący inwestorom wynika z przeróżnych zdarzeń prawnych – w ich interesie będzie również uzyskanie od dawnych właścicieli zobowiązania do nieinicjowania postępowania nadzorczego w stosunku do decyzji administracyjnej będącej pierwotnym źródłem tytułu prawnego inwestorów do nieruchomości, a także do niewszczyniania postępowań cywilnych o ustalenie nieważności czynności prawnych, na podstawie których dochodziło do rozporządzenia tytułem prawnym do nieruchomości przed jego nabyciem przez inwestora.

Warto się porozumiewać

Wynika stąd, że obie strony mogą zrealizować swoje cele przy jednoczesnym poszanowaniu interesów drugiej strony. Skonstatować więc wypada, że możliwe jest zawarcie korzystnego porozumienia pomiędzy inwestorami a dawnymi właścicielami (lub ich następcami prawnymi) nieruchomości objętych roszczeniami repriwatyzacyjnymi. Parafrazując zatem w kontekście repriwatyzacyjnym znane powiedzenie, aż chce się rzec, że warto nie tylko rozmawiać, ale też dążyć do porozumienia.

Krzysztof Wiktor, partner współodpowiedzialny za praktykę repriwatyzacyjną

Radosław Wiśniewski, praktyka repriwatyzacyjna

Sportowiec przedsiębiorcą



Kazimierz Romaniec

Nastąpił przełom w wieloletnim sporze z organami podatkowymi w sprawie opodatkowania przychodów z uprawiania sportu. Przed klubami sportowymi otwiera się możliwość optymalizacji kosztów ich funkcjonowania, a przed zawodowymi sportowcami – możliwość obniżenia dotychczasowych obciążeń podatkowych.

Powiększony skład Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) w uchwale z 22 czerwca 2015 r. (II FPS 1/15), dotyczącej sporu toczzonego przez zawodowego żużlowca z organami podatkowymi, które zakwestionowały jego prawo do zaklasyfikowania osiągniętych przychodów z uprawiania sportu do źródła „działalność gospodarcza” i opodatkowania ich podatkiem liniowym, potwierdził, że jeśli podatnik uzyskuje przychody z uprawiania sportu, spełniając jednocześnie ustawowe przesłanki pozarolniczej działalności gospodarczej, przychody uzyskiwane przez niego w takich okolicznościach należy uznać za przychody z pozarolniczej działalności gospodarczej.

Sportowiec, sędzia sportowy czy trener prowadzący działalność gospodarczą może zatem opodatkować osiągnięte przychody z uprawiania sportu jako przychody z pozarolniczej działalności gospodarczej, co umożliwia zapłatę nie 32%, tylko 19% podatku oraz daje prawo do traktowania kosztów ponoszonych w związku z prowadzoną działalnością jako kosztów uzyskania przychodów. Kluby sportowe będą z kolei mogły obniżyć koszty utrzymania zawodników i trenerów, ponieważ będą oni mogli samodzielnie opłacać składki na podstawowe, obowiązkowe ubezpieczenie społeczne, zwalniając z tego obowiązku klub. Obniżeniu ulegnie także zobowiązanie klubu w zakresie podatku VAT. Kwota naliczonego podatku VAT widniejąca na fakturze wystawionej przez sportowca, jako związana z opodatkowaną działalnością klubu, obniży zobowiązanie podatkowe klubu.

Wcześniejsze rozbieżności w orzecznictwie

Do niedawna istniały wątpliwości, jak zakwalifikować przychody uzyskiwane przez podatnika, jeśli były one jednocześnie wymienione w katalogu przychodów z działalności wykonywanej osobiście oraz stanowiły działalność prowadzoną przez podatnika, a więc spełniały warunki określone w definicji działalności gospodarczej. Problem ten dotyczył zresztą nie tylko sportowców czy sędziów sportowych, ale też m.in. artystów i pełnomocników świadczących obronę z urzędu.

W orzecznictwie sądów administracyjnych przeważało stanowisko, że przychody z tytułu uprawiania sportu należy kwalifikować wyłącznie do przychodów z działalności wykonywanej osobiście, zaś z przychodem z działalności gospodarczej mamy do czynienia w przypadku, kiedy przychód ten nie może zostać zaliczony do innych źródeł przychodów wymienionych w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych. Zatem jeżeli ustawa wymienia przychody z uprawiania sportu jako przychody z działalności wykonywanej osobiście, to nie mogą być one zaliczone do przychodów z pozarolniczej działalności gospodarczej. W sprawie, której dotyczyła uchwała NSA, takie stanowisko zajęły organy

podatkowe obydwu instancji, a następnie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy.

Konkurencyjny pogląd głosił, że w przypadku, gdy dane działanie podatnika przynoszące przychód można zakwalifikować do różnych źródeł przychodów, pierwszorzędne i przesądzające znaczenie ma występowanie cech działalności gospodarczej. Zgodnie z tym poglądem wszystkie przychody uzyskiwane z działań, które wykazują takie cechy, należy zaliczyć do źródła „pozarolnicza działalność gospodarcza”.

Sportowiec jak pełnomocnik z urzędu

Skład siedmiu sędziów NSA odszedł od dotychczasowej linii orzeczniczej. Dostrzegł bowiem argumenty przemawiające za możliwością opodatkowania przychodów profesjonalnych sportowców prowadzących działalność gospodarczą jako przychodów z pozarolniczej działalności gospodarczej. NSA uznał, że istnieją argumenty uprawniające do zastosowania tzw. „dynamicznej wykładni funkcjonalnej” uwzględniającej zmieniającą się rzeczywistość społeczną i gospodarczą. W tym konkretnym przypadku chodziło o zachodzące procesy profesjonalizacji sportu i pojawienie się nowych, nieznanych wcześniej ekonomicznych uwarunkowań towarzyszących zarobkowemu uprawianiu sportu.

Istotnych argumentów w tym zakresie dostarczyła wcześniejsza uchwała NSA z 21 października 2013 r. (II FPS 1/13) podjęta w składzie całej izby finansowej. Sformułowano w niej tezę, że kwalifikacja podatkowa wynagrodzenia z tytułu nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez pełnomocnika ustanowionego z urzędu zależy od formy prawnej, w jakiej pełnomocnik ten wykonuje swój zawód. Jego wynagrodzenie kwalifikuje się do źródła przychodów z pozarolniczej działalności gospodarczej w przypadku, gdy pełnomocnik świadczy pomoc prawną z urzędu, prowadząc działalność zawodową w formie działalności gospodarczej. Gdy czyni to w ramach innych form wykonywania zawodu, wynagrodzenie należy zakwalifikować do źródła przychodów z działalności wykonywanej osobiście.

Powyższa uchwała NSA miała dwie konsekwencje. Pierwszą był wyrok NSA z 29 kwietnia 2014 r. (II FSK 1219/12) w sprawie dotyczącej kwalifikacji do określonego źródła przychodów sędziów z tytułu prowadzenia zawodów sportowych. NSA uznał wówczas za trafne stanowisko sądu pierwszej instancji, że w przypadku, gdy dane działanie przynoszące przychód można zakwalifikować do różnych źródeł przychodów, pierwszorzędne i decydujące znaczenie ma występowanie cech działalności gospodarczej. Drugą konsekwencją uchwały była interpretacja ogólna Ministra Finansów z 22 maja 2014 r., która następnie znalazła odzwierciedlenie

dlenie w indywidualnych interpretacjach podatkowych, wydanych np. przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy oraz Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach.

„Przychód z uprawiania sportu” to nie to samo co „przychód sportowca”

Zgodnie z uzasadnieniem uchwały NSA z 22 czerwca 2015 r. ustawodawca określił przychód uzyskany w wyniku uprawiania sportu jako przychód z uprawiania sportu, a nie jako przychód sportowca. Powiązał zatem opis przychodów z działaniem, z jakiego on wynika, a nie z cechą osoby (podatnika), który przychód osiąga. Sąd podkreślił, że skoro w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych nie zostały zdefiniowane „przychody z uprawiania sportu”, przychodami takimi będą te przychody, które zostaną uzyskane z zajmowania się, poświęcania ćwiczeniom, grom, mającym na celu poprawę sprawności fizycznej. Działalność taka – z uwagi na chęć współzawodnictwa i osiągnięcia dobrych wyników – może mieć charakter zorganizowany i ciągły, jednak nie jest jej immanentną cechą nakierowanie na uzyskanie zysku i uczynienie z niej stałego źródła zarobkowania. Brak tej cechy jednoznacznie odróżnia ją od działalności gospodarczej, którą jest działalność niezależnych sportowców (nie „uprawianie sportu”) biorących udział głównie w zawodach sportowych na żywo przed publicznością. Decydujące znaczenie ma w tym przypadku stwierdzenie, że dochód osiągnął sportowiec, działający w tym charakterze.

Sąd przypomniał, że ustawodawca podatkowy ma dużą swobodę w kształtowaniu obciążeń podatkowych i w granicach zasad konstytucyjnych może dowolnie kształtować zasady systemu podatkowego. Przypisanie przychodu do konkretnego źródła zależy bowiem od cech obiektywnych tego przychodu, a nie od subiektywnego przekonania podatnika. Ponieważ przepisy ustaw podatkowych muszą, zgodnie z konstytucyjnymi zasadami, pozwalać na jednoznaczne rozróżnienie źródeł przychodów, przepisy podatkowe powinny wskazywać na konieczność zaliczenia ich do źródła, które odpowiada wybranej przez podatnika formie działalności.

Dozwolona prawem różnorodność form prawnych działania zawodników (sportowców), wobec braku jednoznacznej odmiennej regulacji podatkowej, wpływa zdaniem sądu na przypisanie uzyskanych przez nich przychodów do różnych źródeł przychodów. Skoro sportowiec może uzyskiwać przychody albo z łączącego go z klubem stosunku pracy, albo z działalności gospo-

darczej, albo z tytułu umowy cywilnoprawnej, zawartej poza prowadzoną działalnością gospodarczą, a także otrzymywać przychody wynikające wyłącznie z faktu uprawiania sportu, to przychody te mogą być przypisane do różnych źródeł przychodów wskazanych przez ustawodawcę. Może to być przychód ze stosunku pracy, gdy wynagrodzenie stanowi świadczenie ze stosunku pracy i nie jest przychodem z uprawiania sportu. Może to być przychód z działalności wykonywanej osobiście, jeśli przychody uzyskane są z uprawiania sportu, rozumianego jako zajmowanie się, oddawanie się ćwiczeniom i grom mającym na celu poprawę kondycji psychofizycznej, bez zamiaru uczynienia z tego zajęcia źródła zarobkowania (nagrody, premie, koszty wyżywienia i zakwaterowania w czasie zawodów i szkoleń, stypendia sportowe). Wreszcie, jeżeli sportowiec świadczy na rzecz klubu usługi sportowe w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, to przychody z tego tytułu nie stanowią przychodów z uprawiania sportu i powinny być zaliczone do przychodów z pozarolniczej działalności gospodarczej.

Skutki uchwały NSA

Uchwała NSA z 22 czerwca 2015 r. ma kluczowe znaczenie dla dopuszczalności opodatkowania osiągniętych przez sportowców przychodów na zasadach właściwych dla działalności gospodarczej (w tym podatkiem liniowym). Wprawdzie uchwała podziela tezy zawarte w interpretacji z 22 maja 2014 r., jednak interpretacje ogólne nie wiążą sądów i trybunałów, lecz dotyczą tylko publicznej administracji finansowej, w tym organów podatkowych wydających interpretacje indywidualne. Jest to szczególnie istotne w opisywanej sytuacji, ponieważ cytowana interpretacja ogólna była sprzeczna z poprzednim wyrokiem NSA z 8 kwietnia 2014 r. (II FSK 1125/12).

Uchwała siedmiu sędziów kładzie zatem kres wątpliwościom w ocenie tego zagadnienia przez sądy administracyjne. Należy jednak podkreślić, że skorzystanie przez podatników ze stworzonej możliwości będzie zależało od konsekwentnego wypełnienia warunków określonych w definicji działalności gospodarczej. Kluczowe znaczenie będzie zatem miało staranne sformułowanie umowy pomiędzy sportowcem a klubem oraz sposób, w jaki sportowiec prowadzi swoją działalność.

Kazimierz Romaniec, radca prawny, praktyka prawa sportowego i praktyka podatkowa

C. Ty wiesz o TTIP?



Agnieszka Kraińska

Umowa o wolnym handlu pomiędzy Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki (*Transatlantic Trade and Investment Partnership* – TTIP) budzi kontrowersje. Dlatego warto przypomnieć, czego dotyczy ta umowa i w jakich ramach Komisja Europejska została upoważniona do jej negocjowania.

W 2013 r. Unia Europejska i Stany Zjednoczone przystąpiły do negocjacji umowy o wolnym handlu, która ma stanowić odpowiedź na wyzwania i zmiany zachodzące w polityce i gospodarce międzynarodowej. Jednym z powodów decyzji o podjęciu dwustronnych negocjacji jest impas w pracach Międzynarodowej Organizacji Handlu (WTO) prowadzonych w ramach trwającej od 2001 r. rundy Doha. Ze względu na brak postępu w ramach WTO, UE wynegocjowała w ostatnich latach dwustronne umowy handlowe z Koreą Południową, Kanadą i Singapurem. Ponieważ UE i USA są najbardziej rozwiniętymi gospodarkami świata, umowa handlowa pomiędzy nimi może stać się wzorcem dla zawieranych później międzynarodowych umów handlowych. Umowa ta oddziaływać będzie również na rynki państw trzecich, w tym na dostosowanie standardów towarów produkowanych poza terytorium UE i USA do wymogów sprzedaży na tym nowym wielkim ujednoliconym rynku. Negocjowane porozumienie wzbudza duże zainteresowanie oraz kontrowersje społeczne w Unii i Ameryce.

Mandat negocjacyjny

W czerwcu 2013 r. przedstawiciele państw członkowskich UE zgromadzeni w Radzie Unii Europejskiej udzielili Komisji Europejskiej upoważnienia do negocjowania umowy o wolnym handlu z USA w określonych przez Radę ramach. Dokument ten (mandat negocjacyjny) wraz z innymi informacjami dotyczącymi negocjacji dostępny jest na stronach internetowych Dyrekcji do spraw Handlu (DG Trade) Komisji Europejskiej.

Mandat negocjacyjny podkreśla, że negocjowana pomiędzy UE i USA umowa musi być zgodna z regułami i obowiązками wynikającymi z członkostwa w WTO. Członkami tej organizacji międzynarodowej są zarówno USA, jak i UE oraz jej państwa członkowskie, przy czym państwa członkowskie UE reprezentowane są w WTO przez UE (przekazanie Unii kompetencji państw członkowskich w dziedzinie polityki handlowej). Prawo WTO zakazuje dyskryminacji partnerów handlowych z innych państw członkowskich na korzyść podmiotów krajowych (klauzula traktowania narodowego) oraz nakazuje równe traktowanie partnerów handlowych ze wszystkich państw członkowskich (zasada najwyższego uprzywilejowania). Wyjątkiem umożliwiającym uprzywilejowane traktowanie grupy państw w ramach WTO jest utworzenie strefy wolnego handlu lub unii celnej, która nie będzie prowadziła do podniesienia cel i tworzenia nowych barier dla członków pozostających poza tą strefą. Z tego wyjątku korzystają UE i USA, negocjując umowę handlową.

W mandacie zaznaczono, że umowa ma być zgodna z dorobkiem prawnym UE (*acquis communautaire*) oraz z międzynarodowymi umowami i standardami chroniącymi środowisko, konsumentów i pracowników, a także nie może prowadzić do obniżenia krajowych reguł ochrony środowiska, prawa pracy, standardów bezpieczeństwa i regulacji pro-

mujących różnorodność kulturową. Umowa powinna być kształtowana z uwzględnieniem interesów małych i średnich przedsiębiorstw.

Struktura porozumienia

Porozumienie podzielone jest na trzy części: pierwsza część dotyczy dostępu do rynku, druga – kwestii regulacyjnych i barier pozataryfowych, a trzecia zawiera reguły ogólne.

• Dostęp do rynku

Pierwsza część umowy ma znosić cła na towary i ujednolicić podejście do reguł pochodzenia. Negocjacje powinny objąć również kwestie dotyczące towarów wrażliwych (takich jak np. produkty rolne) oraz produktów podwójnego zastosowania.

Liberalizacja dotyczyć ma także rynku usług, wraz z opracowaniem ram dla wzajemnego uznawania kwalifikacji zawodowych. Z porozumienia wyłączone są usługi publiczne i usługi audiowizualne.

Umowa ma otworzyć rynki zamówień publicznych na poziomie krajowym, regionalnym i lokalnym.

Każda ze stron umowy powinna zapewnić narodowe traktowanie przedsiębiorstwom drugiej strony.

Zapewniona ma być możliwość powoływania się na odstępstwa dotyczące ochrony interesu publicznego i podstawowych interesów bezpieczeństwa, a także możliwość stosowania środków antydumpingowych i wyrównawczych oraz środków ochronnych.

• Kwestie regulacyjne i pozataryfowe bariery handlowe

Barriere pozataryfowe to np. wymogi sanitarne i fitosanitarne, przepisy i standardy techniczne, konieczność uzyskania certyfikatów i licencji, skomplikowane inspekcje i procedury. Porozumienie ma na celu usunięcie tych barier poprzez wzajemne uznawanie rozwiązań prowadzących do tych samych standardów, ujednolicenie wymogów i współpracę regulacyjną w przyszłości.

Umowa może zawierać szczegółowe postanowienia dotyczące niektórych sektorów (obecnie dyskutowane są rozwiązania dotyczące samochodów, chemikaliów, kosmetyków, farmaceutyków, technologii komunikacyjnych i informacyjnych, przemysłu maszynowego, pestycydów, wyrobów medycznych i tekstyliów).

• Reguły ogólne

Porozumienie powinno obejmować reguły ochrony własności intelektualnej i europejskich oznaczeń geograficznych, postanowienia dotyczące polityki konkurencji, a także energii i surowców, małych i średnich przedsiębiorstw oraz przepływów kapitałowych i płatności. Konieczne jest uproszczenie i modernizacja procedur i dokumentów, współpraca służb celnych oraz przestrzeganie zasady przejrzystości.

Mandat przewiduje również reguły ochrony inwestycji oraz możliwość wprowadzenia instrumentu rozstrzygania spo-

rów inwestor – państwo. Przewidywane jest wprowadzenie rozwiązań dotyczących rozwiązywania sporów między stronami umowy. Ponadto UE i USA powinny mieć możliwość wiążącej interpretacji umowy.

Raz jeszcze zaznaczona została waga zobowiązań stron dotyczących zapewnienia zrównoważonego rozwoju, wysokich standardów w zakresie prawa pracy oraz ochrony środowiska.

Niektóre kontrowersje

• Spory inwestor – państwo

Mechanizm rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem w drodze arbitrażu (ISDS) wzbudza wiele kontrowersji. Komisja Europejska przeprowadziła w 2014 r. konsultacje społeczne dotyczące tego mechanizmu. Wykazały one, że ISDS jest postrzegany przez dużą część respondentów jako nieprzejrzysty mechanizm faworyzujący inwestorów i stanowiący zagrożenie dla finansów państwa.

W odpowiedzi Komisja Europejska przedstawiła w maju 2015 r. propozycje dotyczące ulepszenia systemu rozstrzygania sporów inwestor – państwo, a we wrześniu propozycje postanowień umowy TTIP w tym zakresie.

Projekt postanowień podkreśla prawo państwa do stowarczenia regulacji chroniących interes publiczny. Wprowadzono pięć podstawowych zasad, których państwa muszą przestrzegać w odniesieniu do inwestorów, tj. zakaz wyłączenia bez odszkodowania, prawo transferu środków z inwestycji, uczciwe i równe traktowanie, obowiązek przestrzegania pisemnych zobowiązań umownych wobec inwestora i obowiązek kompensacji niektórych strat poniesionych w wyniku konfliktów zbrojnych lub wojny. Zdefiniowano również pojęcie pośredniego wyłączenia.

Spory miałyby być rozstrzygane przez specjalne sądy – Trybunał Pierwszej Instancji i Trybunał Apelacyjny, a nie, jak dotychczas, przez powoływane *ad hoc* trybunały arbitrażowe. Trybunał Pierwszej Instancji składałby się z piętnastu sędziów, z których pięciu byłoby obywatelami USA, pięciu obywatelami UE, a pięciu obywatelami państw trzecich. Trybunał Apelacyjny składałby się z sześciu sędziów – dwóch obywateli USA, dwóch UE i dwóch obywateli państwa trzeciego. Skład sędziowski w każdej sprawie (jeden sędzia z UE, jeden z USA i jeden z państwa trzeciego, jako przewodniczący) byłby powoływany losowo. Sędziowie obowiązani byłiby do przestrzegania surowych wymogów etycznych, w tym zakazu działania jako doradcy w sporach inwestycyjnych. Dokumenty dotyczące sporu byłyby jawne i dostępne on-line. Wprowadzona zostałaby zasada, że przegrywający ponosi koszty, aby zapobiec wszczynaniu bezpodstawnych postępowań.

Nowy system rozstrzygania sporów miałby dotyczyć wszystkich umów handlowych zawieranych przez UE.

• Standardy bezpieczeństwa żywności, ochrony środowiska i prawa pracy

W dyskusji na temat TTIP podniesione zostały obawy związane z obniżeniem wymogów dotyczących bezpieczeństwa żywności, w tym dotyczące niekontrolowanego dostępu do europejskiego rynku żywności zawierającej GMO. Komisja Europejska, wskazując na mandat negocjacyjny, wyjaśniła, że współpraca regulacyjna oraz wzajemne uznawanie produktów będą możliwe wyłącznie jeżeli w konsekwencji poziom ochrony konsumentów pozostanie niezmieniony lub zostanie podniesiony. Określone prawem UE procedury dotyczące wprowadzania do obrotu produktów GMO nie ulegną zmianie. W odniesieniu do obaw dotyczących standardów ochrony środowiska i prawa pracy Komisja podobnie wskazała, że mandat negocjacyjny zastrzega zachowanie dotychczasowego poziomu ochrony w tych dziedzinach, a państwa członkowskie zachowają prawo do wprowadzania regulacji chroniących interes publiczny.

Co dalej?

Negocjowana pomiędzy UE a USA umowa ma wymiar nie tylko handlowy, ale również strategiczny. Ambicją stron jest stworzenie nowoczesnego porozumienia, które będzie ustanawiało wzorzec światowy. Umowa budzi duże zainteresowanie publiczne i musi spełniać wymogi stawiane przez demokratyczne społeczeństwa po obu stronach Atlantyku, takie jak przestrzeganie zasad ochrony środowiska, bezpieczeństwa żywności i produktów, ochrony pracowników czy odpowiedzialności społecznej przedsiębiorców.

Pomimo krytyki należy stwierdzić, że dostęp do dokumentów i informacji dotyczących umowy oraz negocjacji został zapewniony w sposób nieporównywalny z dotychczasową praktyką. Umowa ta ustanawia nowy standard dotyczący zaangażowania społeczeństwa obywatelskiego i wagi jego głosu w negocjacjach dotyczących porozumienia handlowego.

Jedenasta runda negocjacji zakończyła się w październiku 2015 r., a dwunasta przewidziana jest na luty 2016 r. Komisja Europejska konsultuje się z państwami członkowskimi w sprawie TTIP w ramach Komitetu Polityki Handlowej Rady UE. Zawarcie umowy przez Radę UE będzie wymagało zatwierdzenia przez Parlament Europejski. W USA umowa będzie ratyfikowana przez Kongres. Jeżeli wyne-gocjowane porozumienie będzie zawierało postanowienia przekraczające wyłączne kompetencje UE, umowa będzie musiała być ratyfikowana również przez państwa członkowskie.

Agnieszka Krainśka, radca prawny, praktyka prawa europejskiego

Biznes. Prawo. *Sustainability*



Dominik Wałkowski



Izabela Zielińska-Barłózek

Trwały, zrównoważony rozwój (*sustainable development*) jest jednym z najczęściej używanych wyrażeń w sferze globalnych stosunków społecznych i gospodarczych. Pojawia się niemal w każdym dokumencie kształtującym politykę państwa, podstawowe zasady ochrony środowiska i rozwoju gospodarczego. Coraz częściej stanowi jeden z filarów zarządzania przedsiębiorstwem.

Zrozumieć zrównoważony rozwój

W 1987 r. Światowa Komisja ds. Środowiska i Rozwoju, potocznie zwana Komisją Brundtland, przedstawiła raport zatytułowany „Nasza wspólna przyszłość”. Stwierdziła w nim, że „ludzkość ma zdolność sprawienia, by rozwój był zrównoważony i zaspokajał potrzeby współczesnych pokoleń bez uszczerbku dla możliwości zaspokajania potrzeb przez przyszłe pokolenia”. W ten sposób pojęcie zrównoważonego rozwoju (*sustainable development*) stało się istotnym elementem stanowiącym pomost pomiędzy światową polityką ochrony środowiska a polityką rozwoju gospodarczego. Stało się również nieodłącznym elementem deklaracji politycznych i aktów prawnych.

Pojęcie to jest nie tylko koncepcją teoretyczną, lecz również prawnie sformułowanym obowiązkiem. Przykładowo Deklaracja z Rio de Janeiro z 1992 r. wskazywała, że prawo do rozwoju ma być egzekwowane tak, aby sprawiedliwie uwzględniać rozwojowe i środowiskowe potrzeby obecnych i przyszłych pokoleń. Do osiągnięcia trwałego i zrównoważonego rozwoju konieczne jest, aby ochrona środowiska stanowiła nierozłączną część procesów rozwojowych i nie była rozpatrywana oddzielnie od nich.

Istotą koncepcji zrównoważonego (trwałego) rozwoju nie jest nakładanie na obecne pokolenia prostych, arytmetycznych ograniczeń w celu zapewnienia wystarczającej ilości zasobów naturalnych dla kolejnych pokoleń. Chodzi raczej o takie zarządzanie poszczególnymi sferami działalności człowieka i ich modernizowanie, aby zapewnić harmonię między ingerencją w środowisko a jego zdolnością absorpcji tych negatywnych czynników. W rezultacie istotą zrównoważonego rozwoju jest uwzględnienie tu i teraz potrzeb zarówno obecnych, jak i przyszłych pokoleń, a zatem urzeczywistnienie idei sprawiedliwości międzypokoleniowej. Koncepcja ta wymaga zrozumienia, że na obecnych pokoleniach spoczywają pewne obowiązki, a nie tylko prawo do nieograniczonego korzystania z zasobów naszej planety.

Zrównoważony rozwój nie jest więc jakimś jednym, ściśle określonym stanem. To raczej kierunek, w którym powinny zmierzać rozwój gospodarczy, wykorzystanie surowców, rozwój technologii, badania naukowe itd. – we wspólnym, dobrze pojętym interesie.

Biznes i zrównoważony rozwój

Pojęcia *sustainable development* nie należy kojarzyć wyłącznie z prawem ochrony środowiska. Znamienne jest to, że jedynie część dokumentów prawnych i politycznych, w których występuje to pojęcie, dotyczy bezpośrednio i wyłącznie ochrony środowiska. Często bywa ono istotnym elementem umów, aktów praw-

nych i deklaracji gospodarczych. Same bowiem deklaracje polityczne nie doprowadzą do osiągnięcia zakładanych celów. Konieczny jest aktywny udział wszystkich uczestników życia społecznego, ustawodawcy, konsumentów, a także przedsiębiorców.

Zarządzanie przedsiębiorstwem w oparciu o koncepcję zrównoważonego rozwoju nie jest zatem jedynie pewną mglistą ideą. W pewnym bowiem zakresie jest to obowiązek prawny, który wymaga zapewnienia odpowiednich standardów zarządzania ryzykiem. *Sustainability* w biznesie ma więc wymiar praktyczny. Chodzi o rozpoznawanie zmian w otaczającym świecie, uwarunkowań środowiskowych, dostępności surowców. To wszystko ma służyć odpowiedniemu przygotowaniu przedsiębiorstwa do zmieniających się warunków prowadzenia działalności, a także ułatwiać dostrzeganie nowych tendencji i umożliwiać dynamiczne dostosowywanie się do nich. Koncepcja ta gwarantuje również przetrwanie przedsiębiorstwa, gdyż dzięki wczesnej identyfikacji nowych potrzeb umożliwia odpowiednio wczesną reakcję.

To właśnie koncepcja zrównoważonego rozwoju wymaga od przedsiębiorstw innowacyjności i elastyczności. Sprzyja ona oszczędności i każe zwracać szczególną uwagę na sytuację pracownika. Obejmuje swoim wpływem sferę *corporate governance*, dotyczy etyki biznesu, wzmacnia kulturę organizacyjną. Stanowi pewien dodatkowy wymiar odpowiedzialnego biznesu, opartego na wartościach i zaufaniu.

Biznes, zrównoważony rozwój i prawnicy

Koncepcja zrównoważonego rozwoju ma też oczywiście zastosowanie do prawników. Świadczone w tym duchu doradztwo prawne nie jest tylko mechanicznym wyjaśnianiem przepisów, lecz wszechstronną pomocą we właściwym realizowaniu misji, wartości i celów prowadzenia biznesu. Istotą pracy prawnika jest pomoc prawna, a nie jedynie doradztwo w poszczególnych, oderwanych od siebie sytuacjach. To rozwiązywanie problemów, a nie tylko przedstawianie sposobów uniknięcia odpowiedzialności.

W praktycznym, codziennym wymiarze wymaga to współpracy z organami administracji, inspekcją pracy, ochrony środowiska, a nie jedynie kontestowania rozstrzygnięć podejmowanych przez te instytucje. Istotne znaczenie ma tu otwartość na rozmaite sposoby rozwiązania problemu, bez urzędniczego czy prawniczego formalizmu. Aby osiągnąć założony cel, warto czasem sięgać do rzadko wykorzystywanych i niedocenianych narzędzi prawnych, takich jak np. ugoda w postępowaniu administracyjnym, która może doprowadzić do uproszczenia lub przyspieszenia postępowania.

Doradztwo w duchu *sustainability* jest szczególnie istotne w postępowaniach związanych z oceną oddziaływania na środowisko. Rozważne stosowanie przepisów o udziale społeczeństwa pozwoli zwiększyć społeczną akceptację przedsięwzięcia. Czasami wystarczy bowiem jeden błąd proceduralny, by osłabić zaufanie społeczne i dać istotny kontrargument oponentom przedsięwzięcia. Zasady zrównoważonego rozwoju są szczególnie ważne w przypadku inwestycji w obszarach Natura 2000. Nie można bowiem zapominać, że obszary te nie są strefami wyłączonymi z podejmowania działalności inwestycyjnej i przemysłowej. Odpowiednie zastosowanie przepisów umożliwi realizację takich przedsięwzięć pod warunkiem, że nie będą one znacząco negatywnie oddziaływać na chronione gatunki lub siedliska.

Wreszcie zagadnienia *sustainability* są elementem badania prawnego poprzedzającego transakcje lub wykonywanego w ramach standardowych procedur *compliance*. Ryzyko prawne wynikające z naruszenia przepisów wiąże się nie tylko z ewentualnymi karami wymierzanymi przez urzędników, lecz przede wszystkim pociąga za sobą konsekwencje społeczne i biznesowe. Te zaś skutki mogą być znacznie bardziej dotkliwe dla przedsiębiorcy niż konieczność zapłaty kary. Niezbędne jest zatem, aby i ten wymiar był dostrzegany przez prawników i przedsiębiorców. Audyt prawny nie polega bowiem jedynie na skrupulatnej weryfikacji zgodności z przepisami, lecz także (a może nawet przede wszystkim) na wszechstronnej ocenie ryzyka dokonanej przez zaufanego i doświadczanego doradcę. I nie dotyczy to jedynie ochrony środowiska, lecz również aspektów związanych z ryzykiem korupcji, praniem brudnych

pieniędzy, niewłaściwymi warunkami pracy, roszczeniami lokalnych społeczności wynikającymi z uciążliwości powodowanej przez przedsiębiorcę itp. Nie zawsze dostrzega się to, że te wszystkie sfery są regulowane prawem, nawet jeżeli regulacje nie mają charakteru obligatoryjnego.

Dodatkowo w obrocie funkcjonują niezliczone wytyczne, zalecenia dla przedsiębiorców, które obecnie nie mogą już być ignorowane w biznesie. Należą do nich dokumenty opracowane pod auspicjami ONZ i OECD, np. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Recommendations for Responsible Business Conduct in a Global Context*. W codziennym funkcjonowaniu przedsiębiorców praktycznemu stosowaniu zasad *sustainability* sprzyjają też systemy zarządzania środowiskowego, takie jak ISO 14001 lub system ekzarządzania i audytu EMAS.

Widać więc wyraźnie, że *sustainability* w biznesie ma wymiar praktyczny. Służy osiąganiu celów tu i teraz, a nie stawianiu przed przedsiębiorcami dodatkowych i niejasnych wymagań, w których realizacji trudno dostrzec jakąkolwiek wartość. Przestrzegając zasad *sustainability*, można osiągnąć całkiem wymierne cele biznesowe. Warto o tym pamiętać.

Dominik Wałkowski, adwokat, kieruje praktyką prawa ochrony środowiska

Izabela Zielińska-Bartołek, radca prawny, współnik odpowiedzialny za praktykę transakcji i prawa korporacyjnego oraz praktykę prawa ochrony środowiska

FIDIC a realizacja inwestycji w Polsce



Mirella Lechna

Hanna Drynkorn

Wzory warunków kontraktowych FIDIC niewątpliwie wymagają dostosowania do bezwzględnie obowiązujących polskich regulacji ustawowych. Z drugiej strony jednak wiele rozwiązań przewidzianych w FIDIC uzupełnia przepisy prawa polskiego, porządkując tym samym proces realizacji kontraktu.

FIDIC to zbiór regulacji, ujętych we wzór kontraktu budowlanego, uwzględniających doświadczenia wielu pokoleń inżynierów i prawników przy realizacji skomplikowanych inwestycji. Zawiera on nie tylko elementy niezbędne do ukształtowania stosunku zobowiązaniowego między stronami umowy, ale także katalog dobrych praktyk przygotowany na podstawie długotrwałej obserwacji rynku budowlanego.

Kompleksowe rozwiązanie

FIDIC to rozwiązanie kompleksowe, zawierające regulacje odnoszące się szczegółowo do każdego etapu realizacji inwestycji. Wywodzi się ono bowiem z systemu *common law*, przypisującego uzgodnieniom stron podstawowe znaczenie w kreowaniu treści zobowiązań. Wzór kontraktu FIDIC tworzony był jednak z myślą o jego stosowaniu niezależnie od prawa właściwego dla kontraktu, także w systemie prawa kontynentalnego. Treść standardowych warunków kontraktowych FIDIC wymaga wówczas dostosowania za pomocą warunków szczególnych do przepisów krajowych, czyli w Polsce do przepisów Kodeksu cywilnego, ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawy Prawo budowlane czy ustaw szczególnych, które znajdą zastosowanie przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Postanowienia warunków ogólnych FIDIC – jak każdego innego wzorca umowy – nie wyłączają bowiem stosowania prawa bezwzględnie obowiązującego.

Warunki kontraktowe FIDIC przewidują między innymi rozbudowany system komunikacji, ustalają terminy dla poszczególnych czynności, ustanawiają podstawowe sposoby rozstrzygania sporów na wczesnym etapie, zanim dojdzie do eskalacji konfliktu, i porządkują tryb czynności odbiorowych. Szczegółowo regulują one zatem kwestie uregulowane w polskich przepisach na poziomie ogólnym lub w ogóle nieprzewidziane i pozostawione swobodzie kontraktowej stron.

Istotą FIDIC jest równomierne rozłożenie ryzyk pomiędzy stronami kontraktu, a także przypisanie odpowiedzialności związanej z określonymi wydarzeniami temu uczestnikowi procesu inwestycyjnego, który ma odpowiednie kompetencje i doświadczenie, by zapobiegać ich negatywnym skutkom. Sprzyja to efektywnej realizacji inwestycji oraz jednocześnie interesom wszystkich uczestników, gdyż sfera ich obowiązków w ramach umowy pozostaje wówczas w granicach ryzyka gospodarczego prowadzonej przez nich działalności.

Nieprzypadkowo mowa jest o uczestnikach, a nie tylko o stronach procesu inwestycyjnego. Warunki kontraktowe FIDIC przewidują bowiem udział osób trzecich – ekspertów, których zadaniem jest podejmowanie w toku realizacji kontraktu decyzji w sprawach wymagających specjalistycznej wiedzy z zakresu budownictwa oraz doświadczenia w realizacji inwestycji.

Osobą trzecią o roli decyzyjnej w ramach FIDIC jest przede wszystkim inżynier – niezależny podmiot stojący na straży terminowej i prawidłowej realizacji inwestycji. Eksperta w dziedzinie budownictwa zawiera zazwyczaj w swoim gronie także druga instytucja specyficzna dla FIDIC i nieznana polskiemu prawu – komisja rozjemcza, zwana także w innym oficjalnym tłumaczeniu komisją rozjemstwa w sporach.

Ważna rola inżyniera

W modelowym rozwiązaniu inżynier powinien podejmować szeroki zakres działań związanych zarówno z bieżącym administrowaniem kontraktem oraz rozliczaniem robót, jak i z zapobieganiem sporom, łagodzeniem ich na wczesnym etapie, a także rozstrzyganiem spraw, w których wymiana sprzecznych stanowisk stron nie doprowadziła do konsensusu.

W tym kontekście należy podkreślić, że chociaż inżynier nie jest stroną kontraktu, obie strony, tj. zamawiający i wykonawca, określają w umowie rolę inżyniera poprzez wskazanie obszarów jego działalności, szczegółowych obowiązków, umocowania do działania, a także narzędzi, jakimi dysponuje inżynier w ramach administrowania kontraktem.

Powyższe atrybuty mają umożliwiać inżynierowi także podejmowanie działań w sytuacjach, gdy okoliczności faktyczne realizacji inwestycji odbiegają od tych, które były podstawą ustaleń stron. Przykładem może być zwłoka wykonawcy w wykonywaniu robót, wystąpienie działania siły wyższej, odmienne niż zakładano warunki gruntowe czy inne czynniki niezależne od stron. Wówczas zazwyczaj konieczna jest ocena wpływu wspomnianych sytuacji na tok robót – a każda ze stron widzi to inaczej. Rolą inżyniera jest wtedy zarekomendowanie stronom optymalnego rozwiązania, które pozwoli jak najsprawniej ukończyć prace nad obiektem.

Szczególnie istotnym elementem, którego często nie uwzględnia się w polskiej praktyce stosowania warunków kontraktowych FIDIC, jest odpowiedzialność, jaką inżynier ponosi wobec obu stron kontraktu przy zachowaniu modelowej treści omawianego wzoru. Zgodnie z zapisami FIDIC – które w większości umów zawieranych w Polsce podlegają niestety znacznym modyfikacjom – inżynier przyjmuje na siebie odpowiedzialność za podjęcie prawidłowej decyzji dotyczącej następstw tych okoliczności, których ocena wymaga specjalistycznej wiedzy, a jednocześnie wpływa na czas i koszty realizacji inwestycji, kształtując tym samym sytuację stron kontraktu. Szkoda wyrządzona każdej ze stron poprzez obiektywnie niepoprawne rozstrzygnięcie podlega naprawieniu w ramach roszczeń odszkodowawczych na zasadach ogólnych prawa cywilnego.

Charakterystyczny okres realizacji kontraktu

Należy przy tym wskazać, że okres trwania umowy odnosi się nie tylko do samej realizacji robót (ewentualnie wraz z wcześniejszym wykonaniem projektu budowlanego, jeśli wykorzystywana jest tzw. żółta książka), ale również zobowiązuje wykonawcę do usunięcia wad stwierdzonych w świadectwie przejęcia, którego wystawienie jest utożsamiane zazwyczaj z odbiorem robót. Takie uregulowanie zakresu umowy pozostaje w zgodności z wymogami prawa cywilnego, choć różni się od jego klasycznej konstrukcji.

W polskim ustawodawstwie bowiem wyraźnie zarysowane są dwa reżimy odpowiedzialności za wady przedmiotu umowy. Innym reżimem jest rękojmia za wady ujawnione po odbiorze, a innym – reżim odpowiedzialności za wady jawne już przy odbiorze, których naprawienie regulowane jest przepisami dotyczącymi nienależytego wykonania zobowiązania. Taki podział jednak znajduje odzwierciedlenie w systematyce klauzuli 11 FIDIC, której punkt a) reguluje sposób postępowania z wadami stwierdzonymi w świadectwie przejęcia, zaś w punkcie b) mowa jest także o wadach, które nie były jawne podczas wystawiania świadectwa przejęcia.

Termin wykonywania kontraktu według FIDIC, w porównaniu do klasycznej umowy o roboty budowlane na gruncie prawa polskiego, został zatem przedłużony o okres, w którym wykonawca ma prawo i obowiązek naprawiać usterki stwierdzone na etapie odbioru. Zgodnie z prawem polskim zasady naprawiania wad obiektu regulowane są w ramach ustawowej odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązania, a nie odpowiedzialności umownej – jak to reguluje FIDIC. Zastosowanie reguł FIDIC w tym zakresie jest jednak dopuszczalne w świetle regulacji krajowej.

Czynności odbiorowe

Jedyną regulacją ustawową odnoszącą się do odbioru, i to wyłącznie w sposób pośredni, jest przepis art. 647 k.c., który wskazuje, że skutkiem wykonania zobowiązania przez wykonawcę jest obowiązek inwestora do dokonania odbioru. Jako przesłankę do dokonania odbioru ustawodawca wskazuje tylko stan obiektu: obiekt ma być odebrany wówczas, gdy wykonawca oddaje przewidziany w umowie obiekt, wykonany zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej. Regulacja ta nie zawiera zatem żadnych wytycznych w zakresie czynności odbiorowych, dlatego niezbędne są w tym zakresie ustalenia stron.

FIDIC szczegółowo reguluje procedury odbiorowe. Efekt, jaki prawo polskie wiąże z odbiorem, zgodnie z dominującym poglądem doktryny wywołuje wystawienie świadectwa przejęcia przez inżyniera na gruncie FIDIC. Odbiór obiektu według FIDIC jest zatem

związany nie z czynnością jednej ze stron kontraktu, ale osoby trzeciej, co umożliwia obiektywną ocenę gotowości obiektu do odbioru.

Procedura wystawienia świadectwa przejęcia została uregulowana w klauzuli 10 warunków kontraktowych FIDIC. Warunki ogólne FIDIC przewidują także milczące wystawienie świadectwa przejęcia na wypadek bierności inżyniera.

Na gruncie FIDIC świadectwo przejęcia powinno zostać wystawione, gdy wszelkie prace zostały zasadniczo ukończone (czyli wtedy, gdy na gruncie prawa polskiego powinno dojść do odbioru). Zasadnicze ukończenie prac nie jest jednak wyrażeniem jednoznacznym i – podobnie jak „zgodność ze zobowiązaniem” na gruncie prawa polskiego – sprawia znaczne trudności interpretacyjne, wywołane często rozbieżnymi stanowiskami stron. Do inżyniera należało będzie rozstrzygnięcie, czy niedokończenie pewnych prac lub istnienie drobnych usterek będzie miało „znaczący wpływ” na użytkowanie robót zgodnie z przeznaczeniem.

Zalety stosowania wzorów FIDIC

Coraz częstsze stosowanie warunków kontraktowych FIDIC skutkuje standaryzacją procedur zarządzania inwestycją i jej finansami, a tym samym większą świadomością stron kontraktu co do tego, jak postanowienia danego kontraktu będą funkcjonowały w praktyce.

Dużym atutem stosowania wzoru warunków kontraktowych jest też ich międzynarodowy charakter. Dzięki temu, aby zapoznać się z kontraktem w danej sprawie, wystarczy prześledzić warunki szczególne, które modyfikują ogólne warunki kontraktu, znane w obrocie międzynarodowym. Uniwersalność wzorów warunków kontraktowych zwalnia także strony z konieczności dokonywania każdorazowej analizy potencjalnych ryzyk oraz identyfikacji zagrożeń wdrażanego projektu.

Obszerność wzoru nie powinna zatem zniechęcać potencjalnych użytkowników. Należy ją oceniać pozytywnie – jako naturalną konsekwencję wyczerpującego charakteru zawartych w nim uregulowań.

Wszystkie powyższe elementy powodują, że warto korzystać z FIDIC jako z solidnej podstawy treści umowy o roboty budowlane, która kompleksowo będzie regulowała sposób postępowania wobec rozmaitych zdarzeń, jakie mogą mieć miejsce w toku prac budowlanych.

Mirella Lechna, radca prawny, współnik odpowiedzialny za praktykę transportu, infrastruktury, zamówień publicznych i PPP

Hanna Drynkorn, praktyka transportu, infrastruktury, zamówień publicznych i PPP

(Nie)umyślne wyłudzenie pomocy publicznej



Joanna Prokurat

Wojciech Marszałkowski

Niezaprzeczalne korzyści związane z finansowaniem z funduszy publicznych niekiedy są impulsem do podejmowania działań na granicy prawa lub przekraczających tę granicę. Ich wykrycie może pociągać za sobą konieczność zwrotu otrzymanej pomocy wraz z odsetkami za zwłokę, a także sankcje karne. Uwikłane – zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie – mogą zostać również podmioty niebędące beneficjentami pomocy.

Korzystanie z pomocy publicznej znajduje się pod nadzorem na dwóch płaszczyznach. Z jednej strony Komisja Europejska oraz organy i instytucje lokalne dbają o to, by korzystanie ze wsparcia państwa odbywało się w sposób nienaruszający prawa konkurencji Unii Europejskiej. Z drugiej strony korzystanie ze środków pomocowych jest często równoznaczne z korzystaniem z pieniędzy, które pochodzą z kasy publicznej, a to oznacza konieczność ochrony interesu fiskalnego zarówno państwa, jak i Unii Europejskiej. Poniższe rozważania dotyczą płaszczyzny fiskalnej korzystania z pomocy państwa na tle wybranych przypadków naruszenia prawa pomocy publicznej oraz możliwości zastosowania sankcji wobec beneficjentów pomocy publicznej oraz współpracujących z nimi osób.

Instrumenty ochrony interesów fiskalnych Unii Europejskiej i państwa

Gwarantem ochrony interesu fiskalnego UE jest w szczególności rozporządzenie Rady (WE, EURATOM) nr 2988/95 z dnia 18 grudnia 1995 r. w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich. Wprowadza ono definicję nieprawidłowości, której zaistnienie może być zagrożone sankcjami administracyjnymi, poczynając od nakazania zwrotu części uzyskanej pomocy aż po całkowity zwrot obostrzony obowiązkiem zapłaty kary administracyjnej.

„Nieprawidłowość oznacza jakiekolwiek naruszenie przepisów prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniedbania ze strony podmiotu gospodarczego, które spowodowało lub mogło spowodować szkodę w ogólnym budżecie Wspólnot lub w budżetach, które są zarządzane przez Wspólnoty, albo poprzez zmniejszenie lub utratę przychodów, które pochodzą ze środków własnych pobieranych bezpośrednio w imieniu Wspólnot, albo też w związku z nieuzasadnionym wydatkiem”.

Dzięki abstrakcyjnemu brzmieniu cytowana definicja obejmuje niezmierną ilość stanów faktycznych.

Na gruncie krajowym kwestię zwrotu pomocy publicznej przyznanej niezgodnie z zasadami lub wykorzystanej niezgodnie z przeznaczeniem reguluje w szczególności ustawa z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach pomocy publicznej. Odpowiedzialność karna jest natomiast przedmiotem regulacji ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy, której art. 82 stanowi, że ten „kto naraża finanse publiczne na uszczuplenie poprzez nienależną wypłatę, pobranie lub niezgodnie z przeznaczeniem wykorzystanie dotacji lub subwencji, podlega karze grzywny”. Przepis ten również obejmuje szeroki katalog zdarzeń, co powoduje, że w zasadzie dowolne umyślne naruszenie prawa pomocy publicznej może podlegać sankcji karnej. Jest

nią w szczególności kara grzywny w wymiarze od 185 zł do 37 000 zł w przypadku wykroczenia karnoskarbowego (gdy wartość uszczuplenia wynosi nie więcej niż równowartość pięciokrotności minimalnego miesięcznego wynagrodzenia za pracę) albo nie więcej niż 240 stawek dziennych, gdzie stawka dzienna stanowi od 1/30 minimalnego wynagrodzenia za pracę do 400-krotności tej wartości w przypadku przestępstwa karnoskarbowego. Za przestępstwo, obok kary, sąd może orzec zastosowanie dotkliwego środka karnego, tj. zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej, a w rzadkich przypadkach może także wydać wyrok do publicznej wiadomości.

Szeroki krąg osób odpowiedzialnych

Sprawcą przestępstwa lub wykroczenia dotacyjnego może być osoba, która zajmuje się sprawami gospodarczymi, w szczególności sprawami finansowymi beneficjenta.

Uczestnictwo w przestępczym procederze nie ogranicza się jednak do sprawcy, lecz obejmuje także osoby pośrednio stykające się z pomocą publiczną (pomocników), tj. osoby, które w zamiarze, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, swoim zachowaniem ułatwiają jego popełnienie. Krąg potencjalnych naruszcителей prawa pomocy publicznej obejmuje zatem przykładowo również kontrahentów beneficjentów pomocy publicznej.

Co przyniósł ostatni rok

Różnorodność zagadnień występujących w praktyce stosowania prawa nie ustępuje teorii, na co wskazują m.in. następujące przypadki.

• Przykład nr 1 – Projekt, którego nie było

Jaskrawym przykładem naruszenia zasad pomocy publicznej i wykorzystania funduszy pomocowych niezgodnie z przeznaczeniem jest po prostu brak realizacji projektu objętego dofinansowaniem, w szczególności gdy finansowanie udzielane jest *ex ante*.

Mniej oczywistym przykładem, niemniej z życia wziętym, jest uwikłanie następcy prawnego nieuczciwego beneficjenta pomocy lub następców osób odpowiedzialnych za jego sprawy finansowe (np. członków zarządu) w okresie realizacji lub trwałości projektu. Pomimo że nie podejmowali oni decyzji ani działań zmierzających do naruszenia prawa, które miało miejsce przed ich nastaniem, mogą zostać pociągnięci do odpowiedzialności, jeżeli nie próbowali sanować sytuacji, a przy zachowaniu należytej staranności mogli wiedzieć o naruszeniach. Wiedza taka, obciążająca wskazane osoby, może wynikać chociażby z podlegających akceptacji tych osób sprawozdań finansowych lub deklaracji podatko-

wych beneficjenta zawierających informacje o uzyskaniu dofinansowaniu ze środków pomocy publicznej, raportów z badania *due diligence* itp.

- **Przykład nr 2 – Fundusze, które zachęcają jeszcze bardziej**

W momencie składania wniosku o przyznanie pomocy publicznej przedsiębiorcy generalnie są zobowiązani do wykazania, że przyznanie pomocy publicznej wywołuje efekt zachęty, tj. przedsiębiorca bez pomocy publicznej nie mógłby zrealizować zaplanowanej przez siebie inwestycji lub podjąć określonych działań.

Wykazanie efektu zachęty będzie utrudnione, jeśli nie niemożliwe, na przykład w sytuacji złożenia wniosku o przyznanie pomocy publicznej, gdy inwestycja jest już w toku, a umowy na dostawy towarów lub wykonanie określonych usług, które będą mieścić się w tym projekcie, zostały już w części zawarte. Ponadto wydatki, które stanowić mają koszty kwalifikowane projektu np. z tytułu zawartych umów na dostawy towarów, muszą zostać poniesione w okresie wyznaczonym przepisami lub umową o przyznanie dofinansowania. Oczywiście nie przystaje to do realiów biznesowych, które wielokrotnie wymagają przedsięwzięcia działań jeszcze przed uzyskaniem decyzji organu przyznającego pomoc publiczną. Często już na tym etapie (przyszli) beneficjenci pomocy podejmują współpracę z kontrahentami.

Szukając wyjścia z tej sytuacji, beneficjenci i ich kontrahenci często rozważają pomysł rozwiązania zawartych wcześniej umów i zawarcia nowych na podobnych warunkach, ale z późniejszą datą. Takie działanie może być jednak poczytywane za naruszające przepisy pomocowe i prawo karne skarbowe. W przypadku, gdy kontrahent jest świadomy celu takiego działania beneficjenta i przystępuje do renegotjacji kontraktu, może zostać uznany za pomocnika w dokonaniu czynu zabronionego. Działanie kontrahenta ułatwia bowiem beneficjentowi doprowadzenie państwa do rozporządzenia mieniem wbrew regułom.

- **Przykład nr 3 – Wmanewrowani przez państwo**

Ryzyko i zarzuty naruszenia prawa pomocy publicznej, które mogą skutkować co najmniej obowiązkiem zwrotu otrzymanych funduszy wraz z odsetkami za zwłokę, może przyjść z najmniej oczekiwanej strony, tj. ze strony państwa lub jego organu. Sytuacja taka może mieć miejsce przykładowo, jeśli podmiot udzielający pomo-

cy przez zaniedbanie (np. z braku wiedzy czy wskutek niedostatecznego sprawdzenia) uzna, że dana pomoc przyznana przedsiębiorcy nie stanowi niedozwolonej pomocy publicznej albo że pomoc nie wymaga notyfikacji do Komisji Europejskiej, a późniejsza decyzja Komisji stwierdzi, że jednak przedsiębiorcy temu została udzielona pomoc publiczna lub że pomoc taka wymagała notyfikowania. Przykładem powstających na tym tle wątpliwości może być postępowanie Komisji odnośnie do polskich systemów wsparcia OZE i kogeneracji oraz pomocy przyznanej polskim spółkom energetycznym (sprawy SA.36518 (2013/NN), SA.37345 (2013/N) i SA.37224 (2013/CP)).

Nienależne przysporzenie ze środków publicznych podlega bowiem obowiązkowi zwrotu niezależnie od tego, czy winę za fakt bezprawnego udzielenia pomocy publicznej ponosi podmiot udzielający pomocy, czy beneficjent.

Podsumowanie

Podmioty, które raz zasmakowały pomocy publicznej, chętnie i często umiejętnie sięgają po kolejne środki. Beneficjent jest jedynie ogniwem, za którym stoją dalsze podmioty pośrednio korzystające ze zwiększonej siły nabywczej dotowanego przedsiębiorcy. Otoczenie beneficjenta z jednej strony korzysta z jego wzmocnionej pozycji, lecz jednocześnie jest narażone na ryzyko związane z jego zachowaniem. Beneficjent ponosi zaś ryzyko związane z działaniami organów zaangażowanych w dystrybucję pomocy, które są ogniwem poprzedzającym beneficjenta w łańcuchu dystrybucji środków publicznych.

System naczyń połączonych obejmujący organy, beneficjentów i podmioty z nimi współpracujące powoduje, że zachowania jednego podmiotu podejmowane na którymkolwiek z etapów mogą istotnie rzutować na sytuację pozostałych podmiotów. Powinno to stanowić przestrożę i zachętę do wnikliwej analizy zagadnień związanych z pomocą publiczną nie tylko przez jej beneficjentów.

Joanna Prokurat, doradca podatkowy, praktyka podatkowa i praktyka pomocy publicznej

Wojciech Marszałkowski, praktyka podatkowa i praktyka pomocy publicznej

Prymusowe rozwiązanie spółki kapitałowej

Zawiązanie i rozwiązanie stosunku spółki, jako stosunku cywilnoprawnego i prywatnoprawnego, jest objęte autonomią woli stron. Jednak ze względów uzasadnionych pewnością i bezpieczeństwem obrotu przepisy prawa przewidują szereg regulacji mogących być podstawą przymusowego rozwiązania spółki kapitałowej. Niezależne od woli stron rozwiązanie spółki może być m.in. następstwem sporu korporacyjnego w ramach spółki, niewykonania przez spółkę obowiązków ustawowych lub innego naruszenia prawa.



Piotr Wcisło

Najczęstszym przypadkiem przymusowego rozwiązania spółki kapitałowej jest jej rozwiązanie z mocy samego prawa na skutek ogłoszenia upadłości spółki (do którego nie dochodzi jednak, gdy postępowanie upadłościowe zakończyło się układem lub zostało z innych przyczyn uchylone lub umorzone). Do rozwiązania spółki z powodu ogłoszenia jej upadłości dochodzi z chwilą wykreślenia jej z rejestru na wniosek syndyka.

Przepisy prawa przewidują jednak szereg innych przypadków przymusowego rozwiązania spółki kapitałowej. Istnienie tych regulacji często nie jest powszechnie znane lub oczywiste dla uczestników obrotu, co może mieć poważne następstwa. Na przykład prowadząc spór korporacyjny, wspólnicy nie zawsze zdają sobie sprawę, że jego skutkiem może być rozwiązanie spółki. Poniżej omawiamy istotne przypadki przymusowego rozwiązania spółki kapitałowej przewidziane przepisami prawa.

Rozwiązanie spółki przez sąd rejestrowy w związku z brakiem jej organów

Dla spółki, która z powodu braku organów nie może prowadzić swoich spraw, sąd rejestrowy powołuje kuratora prawa materialnego. Jego zadaniem jest doprowadzenie do powołania organów spółki, a w przypadku niepowodzenia ich powołania – doprowadzenie do likwidacji spółki. Umocowanie kuratora prawa materialnego nie obejmuje dokonywania czynności prawnych lub prowadzenia spraw spółki. Oznacza to, że kurator prawa materialnego w żadnym wypadku nie może zastępować nieobecnego organu.

Organem powołanym do prowadzenia spraw spółek kapitałowych jest zarząd, zatem kurator powinien przede wszystkim doprowadzić do powołania zarządu. Powołanie innych organów, w szczególności rady nadzorczej, może się jednak okazać konieczne, jeżeli zgodnie z zasadami organizacyjnymi danej spółki jej zarząd powołują nie bezpośrednio wspólnicy, tylko inny organ spółki.

Niepowodzenie powołania zarządu spółki jest przyczyną likwidacji spółki, jeżeli obiektywnie oceniając ma ono charakter definitywny i trwały. W takim wypadku sąd rejestrowy orzeka o rozwiązaniu spółki, jednak samo wykreślenie spółki z rejestru, powodujące ustanie jej bytu prawnego, wymaga uprzedniego przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego spółki.

Rozwiązanie spółki kapitałowej przez sąd rejestrowy na skutek istotnych braków stosunku spółki

Ta regulacja ma zastosowanie, gdy spółka została wpisana do rejestru wskutek przeoczenia poważnych braków stosunku spółki. Regulacja ta ma więc charakter wyjątkowy i służy ochronie pewności obrotu w określonych, wyjątkowych przypadkach.

Sąd rejestrowy może orzec o rozwiązaniu spółki kapitałowej, jeżeli:

- nie zawarto umowy spółki,
- określony w umowie albo statucie przedmiot działalności spółki jest sprzeczny z prawem,
- umowa albo statut spółki nie zawiera postanowień dotyczących firmy, przedmiotu działalności spółki, kapitału zakładowego lub wkładów,
- żadna z osób zawierających umowę spółki albo podpisujących statut nie miała zdolności do czynności prawnych w chwili ich dokonywania.

Wpis spółki do rejestru przedsiębiorców ma charakter konstytutywny, a zatem nawet w przypadku wystąpienia poważnych braków stosunku spółki wpisanej do rejestru taka spółka w świetle prawa istnieje. Z tego powodu dla jej rozwiązania konieczne jest odpowiednie orzeczenie sądu rejestrowego, a rozwiązanie spółki nie wpływa na ważność uprzednio dokonanych przez nią czynności prawnych. Z uwagi na ochronę pewności obrotu istnienie istotnych braków stosunku spółki nie może być przyczyną rozwiązania spółki po upływie pięciu lat od chwili jej wpisania do rejestru.

Orzeczenie o rozwiązaniu spółki przez sąd rejestrowy nie powoduje ustania bytu prawnego spółki, a jedynie otwarcie likwidacji spółki. Dopiero po przeprowadzeniu postępowania likwidacyjnego spółka może być wykreślona z rejestru, co ostatecznie kończy byt prawny spółki.

Rozwiązanie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na mocy wyroku sądu

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością może zostać rozwiązana mocą wyroku sądowego wydanego po przeprowadzeniu postępowania z powództwa wspólnika lub organu spółki, jeżeli osiągnięcie celu spółki stało się niemożliwe albo jeżeli zaszły inne ważne przyczyny wywołane stosunkami spółki. Z powództwem o rozwiązanie spółki może wystąpić również umocowany ustawą organ państwowy, jeżeli działalność spółki naruszająca prawo zagraża interesowi publicznemu.

Przyczyną niemożności realizacji celu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, uzasadniającej jej rozwiązanie, może być na przykład:

- cofnięcie koncesji lub zezwolenia wymaganego dla prowadzenia przez spółkę działalności gospodarczej,
- brak wystarczających kapitałów na prowadzenie działalności z jednoczesną obiektywną niemożnością ich pozyskania,
- utrata praw własności intelektualnej niezbędnych do prowadzenia działalności,

- wprowadzenie zaporowych cel realnie uniemożliwiających prowadzenie przez spółkę działalności lub innych trwałych ograniczeń w zakresie importu lub eksportu,
- zmiany prawodawstwa ograniczające możliwości prowadzenia działalności gospodarczej przez spółkę.

Powyższy katalog ma charakter przykładowy i jest otwarty.

Przyjmuje się, że niemożność realizacji celu spółki musi być trwała i definitywna w dającym się przewidzieć horyzoncie czasowym. Rozwiązania spółki przez sąd nie mogą uzasadniać przejściowe trudności gospodarcze spółki, niepowodzenie biznesowe prowadzonej działalności, a nawet długotrwałe ponoszenie strat przez spółkę, jeżeli jej cel obiektywnie może być zrealizowany.

Innym ważnym powodem uzasadniającym rozwiązanie spółki może być przykładowo długotrwałe ograniczanie praw udziałowych wspólników mniejszościowych przez wspólników większościowych, w szczególności poprzez:

- wieloletnie ograniczanie wypłaty dywidendy, zwłaszcza gdy wspólnicy większościowi uzyskują od spółki świadczenia z innego tytułu,
- wielokrotne rozładnianie udziału kapitałowego wspólników mniejszościowych przez uniemożliwienie im objęcia nowych udziałów,
- długotrwałe zobowiązanie wspólników mniejszościowych do dokonywania znaczących dopłat do spółki bez obiektywnej potrzeby,
- całkowite ograniczenie dostępu wspólników mniejszościowych do informacji o sprawach spółki.

Ważną przyczyną rozwiązania spółki może być także całkowity brak zaangażowania większości wspólników w sprawy spółki, długotrwała odmowa uczestnictwa w zgromadzeniach wspólników itd.

Wydanie przez sąd wyroku w przedmiocie rozwiązania spółki powoduje otwarcie jej postępowania likwidacyjnego. Dopiero po jego przeprowadzeniu możliwe jest wykreślenie spółki z rejestru, które zakończy byt prawny spółki.

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością może ponadto ulec przymusowemu rozwiązaniu przez sąd na żądanie uprawnionego organu państwowego, jeżeli działalność spółki naruszająca prawo zagraża interesowi publicznemu. Działalnością naruszającą prawo może być zarówno działalność spółki sprzeczna z normami prawa publicznego, jak i prywatnego.

Rozwiązanie spółki w trybie przepisów ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym

Sąd rejestrowy może rozwiązać spółkę kapitałową bez

przeprowadzania postępowania likwidacyjnego, między innymi jeśli:

- sąd upadłościowy stwierdził, że zachodzi podstawa do rozwiązania spółki bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego lub niemożność prowadzenia postępowania upadłościowego spółki, gdyż jej majątek nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania,
- sąd rejestrowy zdecydował o zaniechaniu prowadzenia wobec spółki tzw. postępowania przymuszającego do wykonania jej obowiązków, z powodu bezcelowości jego prowadzenia,
- mimo dwukrotnego wezwania sądu rejestrowego spółka nie wykonała określonych obowiązków przewidzianych przepisami ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym.

Powyższą regulację wprowadzono w celu eliminacji z obrotu spółek istniejących jedynie formalnie, a faktycznie niefunkcjonujących lub wręcz trwale niezdolnych do funkcjonowania. Dotyczy to jednak tylko sytuacji, gdy stan majątkowy spółki jest taki, że przed jej wykreśleniem z rejestru nie jest potrzebne prowadzenie postępowania likwidacyjnego. W takim wypadku sąd rejestrowy orzeka o rozwiązaniu spółki bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego i zarządza jej wykreślenie z rejestru, co powoduje ustanie jej bytu prawnego.

Sąd rejestrowy może rozwiązać spółkę także w przypadku, gdy przed jej wykreśleniem z rejestru konieczne jest przeprowadzenie postępowania likwidacyjnego zgodnie z przepisami prawa spółek. W takim wypadku przesłanką orzeczenia przez sąd rejestrowy o rozwiązaniu spółki jest niewykonanie przez nią określonego obowiązku ustawowego, jeśli dodatkowo za rozwiązaniem spółki przemawiają ważne powody. Wówczas jednak wykreślenie spółki z rejestru przedsiębiorców, powodujące utratę bytu prawnego przez spółkę, następuje dopiero po zakończeniu postępowania likwidacyjnego spółki.

Jeśli spółka nie wykonała określonego obowiązku ustawowego, pomimo zastosowania przez sąd rejestrowy postępowania przymuszającego, a jednocześnie jest to związane z brakiem organów spółki, sąd rejestrowy może ustanowić dla niej kuratora rejestrowego.

Kurator rejestrowy jest obowiązany do niezwłocznego przeprowadzenia czynności wymaganych dla powołania władz osoby prawnej. Ponadto kurator ma ustawowe umocowanie do podjęcia czynności zmierzających do likwidacji spółki, jeżeli nie dojdzie do powołania jej władz lub powołane władze spółki nie wykonują obowiązków ustawowych. Byt prawny spółki wówczas ustaje dopiero po jej wykreśleniu z rejestru i przeprowadzeniu postępowania likwidacyjnego spółki.

Widać więc, że sytuacji, w których dochodzi do przymusowego rozwiązania spółki kapitałowej, jest całkiem sporo. W niektórych przypadkach takie następstwo naruszeń prawa może nastąpić automatycznie lub przepisy prawa nie przewidują możliwości sanacji. Dlatego warto mieć świadomość istnienia wspomnianych przepisów i dokładać w codziennej prak-

tyce biznesowej staranności koniecznej, by zapewnić spółce niezakłócone i zgodne z prawem funkcjonowanie.

Piotr Wcisło, adwokat, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

Wiedza konsumenta – nakłady producenta. Jak rozkłada akcenty prawo żywnościowe?



dr Ewa Bućkiewicz

Po kryzysach w branży żywnościowej, do których doszło pod koniec XX wieku, ustawodawca unijny zreformował swoją politykę stanowienia prawa żywnościowego. Celem stało się podniesienie poziomu ochrony zdrowia i życia ludzi. Cel ten jest realizowany przez wydawanie rozporządzeń ustanawiających wymagania dotyczące bezpieczeństwa żywności oraz informowania konsumentów. Czy w równym stopniu satysfakcjonuje to producentów co konsumentów?

Cele regulacji dotyczących produkcji i dystrybucji żywności w Unii Europejskiej są jasne: żywność ma być zdrowa i bezpieczna, a jej konsumenci muszą być szczegółowo informowani na temat jej składu i pochodzenia. Realizacja tych celów musi jednak przebiegać z uwzględnieniem potrzeb jednolitego rynku europejskiego, któremu należy zapewnić sprawne, efektywne funkcjonowanie, nieobciążone nadmiernymi obowiązkami administracyjnymi. W idealnym świecie żaden z tych elementów nie powinien przeważać nad drugim.

Powstaje więc pytanie, czy ustawodawcy europejskiemu udało się pogodzić ochronę konsumenta żywności ze stworzeniem sprzyjających warunków funkcjonowania podmiotów na rynku żywnościowym. Czy tworzone przepisy nie są zbyt protekcyjne wobec konsumentów, a niewspółmiernie obciążające dla podmiotów działających w łańcuchu żywności „od pola do stołu”? Spróbujemy odpowiedzieć na te pytania na przykładzie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności (z małymi wyjątkami weszło ono w życie 13 grudnia 2014 r.).

Reforma unijnego prawa żywnościowego

Do końca XX w. regulacje unijne wydawane były prawie wyłącznie w formie dyrektyw, implementowanych następnie do porządków prawnych poszczególnych państw członkowskich. Ta metoda okazała się jednak nie dość skuteczna w ochronie interesu publicznego, takiego jak ochrona konsumentów czy ochrona zdrowia i życia ludzi i zwierząt. Linia orzecznicza Trybunału Europejskiego z drugiej połowy lat osiemdziesiątych i z lat dziewięćdziesiątych była w tej sprawie spójna.

Zmianę przyspieszyły kryzysy w branży żywnościowej, do których doszło w ostatnich latach XX w. Kryzysy te, by przypomnieć tylko chorobę BSE, miały masowy charakter i wykaczały daleko poza obszar jednego kraju czy regionu. W znaczący sposób nadszarpnęło to zaufanie konsumentów do producentów i dystrybutorów żywności. Nakazane zaś działania mające na celu usunięcie skutków kryzysów i zapobieganie im w przyszłości były dla podmiotów z branży niezwykle dotkliwe finansowo.

Dlatego ustawodawca unijny od początku XXI w. reformuje swoją politykę wobec zagadnień żywności, weryfikując i uwspółcześniając obowiązujące przepisy, łącząc je w pakiety i dbając o ich wzajemną spójność. Najistotniejszą różnicą jest jednak wydawanie raczej rozporządzeń niż dyrektyw. Dzięki temu trzon przepisów unijnego prawa żywnościowego znajduje bezpośrednie zastosowanie i jest jednakowy we wszystkich państwach członkowskich, co ma sprzyjać dobremu funkcyjn-

niu rynku wewnętrznego i realizacji zasady swobody obrotu towarów.

Reforma prawa żywnościowego przyniosła już wymierne rezultaty. Komisja zebrała ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego oraz powołała Europejski Urząd do spraw Bezpieczeństwa Żywności. Przyjęła trzy rozporządzenia stanowiące tzw. pakiet higieniczny, wydała kilka rozporządzeń dotyczących skażenia żywności, dodatków do żywności i aromatów, rozporządzenie o etykietowaniu żywności, a nad wieloma innymi regulacjami prowadzi dalsze prace. Liczba narzędzi służących ochronie konsumenta sukcesywnie więc rośnie.

Zmniejszanie obciążeń regulacyjnych

Równoległe jednak rośnie świadomość kosztów związanych z wprowadzanymi regulacjami. Tak zwany raport Mandelkerna z 2001 r. (*Mandelkern Group on Better Regulation*) ujawnił, że przepisów unijnych jest o 40% za dużo, a koszty nakładanych przez nie na przedsiębiorców obowiązków administracyjnych liczone są w miliardach euro. Dlatego w 2007 r. Komisja Europejska rozpoczęła realizację szeroko zakrojonego programu zmniejszania obciążeń administracyjnych związanych z wypełnianiem obowiązków informacyjnych przez przedsiębiorców.

Działania deregulacyjne podjęto w 13 obszarach, w tym w zakresie bezpieczeństwa żywności. Obecnie działania te są prowadzone w ramach programu sprawności i wydajności regulacyjnej (*EU Regulatory Fitness, REFIT*). Kolejne akty unijne, również z zakresu prawa żywnościowego, są poddawane przeglądowi i rewizji w celu uproszczenia i zmniejszenia obciążeń regulacyjnych. Jednym z obszarów poddanych przeglądowi było przekazywanie konsumentom informacji na temat żywności. Zagadnienia z nim związane uporządkowano we wspomnianym już rozporządzeniu nr 1169/2011. Warto na tym przykładzie sprawdzić, czy i w jakim stopniu Komisji udało się ograniczyć obowiązki ciężące na producentach i dostawcach żywności.

Implementacja rozporządzenia nie łączy się z obniżaniem kosztów

Z punktu widzenia kosztów generowanych dla przedsiębiorców rozporządzenia 1169/2011 nie sposób uznać za sukces Komisji. Bezpieczeństwo żywności jest jednym z dwóch obszarów (obok obszaru usług finansowych), w których – zgodnie z raportem Komisji – deregulacja nie tylko nie prowadzi do redukcji kosztów, ale wręcz wymaga poniesienia dodatkowych nakładów przez biznes. Koszty implementacji rozporządzenia 1169/2011 szacuje się na ponad 100 mln euro. Trochę lepiej jest w kwestii racjonalizacji stanowienia prawa. Rozporządzenie stanowi w dużej mierze kompilację przepisów

zawartych poprzednio w dwóch rozporządzeniach i pięciu dyrektywach, a więc stanowi dobry krok w kierunku uproszczenia regulacji oraz zapewnienia jasności i spójności przepisów. Pewne wątpliwości budzi jednak odesłanie do sześciu innych rozporządzeń i dyrektyw przy definiowaniu podstawowych pojęć istotnych dla rozporządzenia. Nie ułatwia to stosowania tego aktu. Co więcej, Komisja na początku 2013 r. wydała wytyczne do rozporządzenia, a więc sama uznała, że nie jest ono tak jasne i czytelne, jak powinno być. W ślad za Komisją przewodnik do rozporządzenia przygotowała także Inspekcja Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych w Polsce. Taki przewodnik to cenna pomoc w stosowaniu przepisów – pod warunkiem, że prezentowana przez krajową inspekcję interpretacja przepisów jest zgodna z intencją ustawodawcy unijnego, aktualna i pozbawiona rutynowego podejścia wynikającego z dotychczasowej praktyki organu kontroli. Polski przewodnik nie w pełni spełnia te założenia.

Skutki dla konsumentów

Rozporządzenie miało zagwarantować konsumentom prawo do rzetelnej informacji oraz zapewnić im podstawę do dokonywania świadomych wyborów dotyczących żywności. Osiągnięcie tego celu będzie jednak wymagało czasu. Poziom percepcji informacji u różnych konsumentów jest różny (warto zauważyć, że rozporządzenie nigdzie nie odwołuje się do „przeciętnego konsumenta”), a wymogi dotyczące informowania na temat żywności są jednolite. Oznacza to, że niektórzy konsumenci będą potrzebowali więcej czasu, aby przyswoić sobie takie informacje i zrobić z nich świadomy użytek przy wyborze żywności. Sam ustawodawca unijny widzi potrzebę akcji edukacyjnych i informacyjnych dla konsumentów, aby lepiej rozumieli prezentowane im informacje.

Rozporządzenie niewątpliwie rozciąga jednak nad konsumentami daleko posuniętą ochronę, jeśli chodzi o nie wprowadzanie w błąd przy przekazywaniu informacji na temat żywności oraz przy reklamie i prezentacji produktów żywnościowych. Organy kontrolne, dysponując rozległą wiedzą praktyczną, skutecznie tropią nierzetelne i wprowadzające w błąd przekazy reklamowe czy niezgodną z przepisami prezentację produktów spożywczych.

Porządkowanie i racjonalizacja przepisów prawa żywnościowego niewątpliwie sprzyja więc podniesieniu wiedzy konsumentów na temat żywności.

Skutki dla producentów i dystrybutorów żywności

Rozporządzenie przewiduje możliwość uaktualnienia wymogów dotyczących informacji na temat żywności, ale zastrzega, że nie powinno dochodzić do tego zbyt często, a obowiązywanie nowych wymogów musi roz-

poczynać się tego samego dnia każdego roku kalendarzowego (1 kwietnia), po stosownym okresie przejściowym. Taki mechanizm daje branży poczucie bezpieczeństwa.

Duże obawy wywołuje za to zasada ponoszenia odpowiedzialności przez wszystkie podmioty działające na rynku spożywczym – począwszy od producenta czy importera produktu na małym sklepikarzu skończywszy. Posypały się już kary na sklepy za nierzetelne informacje na temat żywności, którą sklepy te handlują. Taka zasada odpowiedzialności wymusza wzajemną kontrolę uczestników łańcucha żywnościowego, co obecnie jest odbierane jako obciążenie i obarczanie zbyt dużym ryzykiem poniesienia negatywnych konsekwencji nieprawidłowego postępowania innego podmiotu z tego łańcucha. Do zmiany percepcji tej zasady odpowiedzialności mogą w największym stopniu przyczynić się organy kontrolne, jeśli będą w pierwszym rzędzie dokonywać kontroli u źródła takiej nierzetelnej informacji, tj. u producenta, a dopiero potem stopniowo kontrolować pozostałych uczestników łańcucha dystrybucji żywności.

Założone przez ustawodawcę cele w odniesieniu do rynku wewnętrznego, a mianowicie uproszczenie przepisów, zagwarantowanie pewności prawa i ograniczenie obciążeń administracyjnych, nie zostały – moim zdaniem – zrealizowane w pełni. Osiągnięcie rzeczywiste płynnego funkcjonowania rynku wewnętrznego jest wciąż sprawą przyszłości.

Wnioski

Wysiłki Komisji kierujące uwagę konsumentów na świadomy wybór bezpiecznej żywności na podstawie rzetelnej informacji o niej zasługują na wysoką ocenę. Świadomość konsumentów jednak musi wciąż rosnąć, w miarę jak na rynku pojawiają się nowe produkty spożywcze.

Ciężar edukowania konsumentów spada w dużej części na producentów i dystrybutorów żywności, którzy zobowiązani są do wypełniania drobiazgowych wymogów dotyczących informowania o żywności. Przede wszystkim jednak muszą produkować i dostarczać żywność tak, aby spełniała wymogi bezpieczeństwa, a to jest kosztowny proces. Mimo podjętych przez Komisję działań racjonalizujących regulacje ich efekt nie jest satysfakcjonujący dla branży. Pamiętać jednak należy, że obniżenie wymogów regulacyjnych stwarzałoby wysokie ryzyko zagrożenia życia i zdrowia ludzi na masową skalę, a usuwanie skutków kosztowałoby zapewne więcej, niż wynosi koszt przestrzegania obecnie obowiązujących przepisów.

dr Ewa Butkiewicz, radca prawny, starszy doradca w praktyce life science i postępowań regulacyjnych

T

eoria

ekwiwalentów

– niezmiennie

aktualna



Włodzimierz Szoszuk



Norbert Walasek

Podstawowym zadaniem sądu w postępowaniu o naruszenie patentu jest ustalenie zakresu wyłączności przyznanej przez patent. Jest to zadanie często niełatwe, wywołujące między stronami zaciekle spór. Jedną z najpoważniejszych kontrowersji wzbudza sposób zastosowania w takim przypadku tzw. teorii ekwiwalentów.

Zastrzeżenie patentowe – zakres ochrony

W interesie uprawnionego leży, aby zakres ochrony wynikający z patentu był określany jak najszerszej, zapewniając najszerszy możliwy monopol patentowy. Z drugiej strony należy umożliwić jednoznaczne ustalenie, co znajduje się w granicach monopolu uprawnionego, tak by inni przedsiębiorcy wiedzieli, jakie działanie uznane będzie za naruszenie patentu.

Kluczowe dla ustalenia zakresu ochrony wynalazku są zastrzeżenia patentowe zawarte w dokumencie patentowym. Zgodnie z ustawą Prawo własności przemysłowej określają one zakres przedmiotowy patentu, zaś opis wynalazku i rysunki mogą służyć wykładni tych zastrzeżeń. Przepis wskazuje także, że zastrzeżenie patentowe ma określać zastrzegany wynalazek oraz zakres żądanej ochrony patentowej w sposób zwięzły, lecz jednoznaczny, przez podanie cech technicznych rozwiązania.

Brzmienie powyższych przepisów można by uznać za uzasadnienie dla ściśle literalnego interpretowania zastrzeżeń patentowych. Takie podejście sprawiałoby jednak, że ochrona wynikająca z patentu w wielu wypadkach byłaby iluzoryczna, gdyż każda zmiana w stosunku do chronionego wynalazku, choćby minimalna i bez znaczenia dla danego rozwiązania, wyłączałaby je poza zakres monopolu. Jak wskazuje się w doktrynie prawa, „wąska, dosłowna wykładnia wyłączałaby ze sfery objętej zakresem patentu rozwiązania zawierające elementy funkcjonalnie tożsame z zastrzeżonymi i je zastępujące. Przyjęcie takiej wykładni pozbawiałoby więc patent jego waloru praktycznego i gospodarczego i sprzeniewierzałoby się jego celom i funkcjom jako szczególnej formy ochrony wynalazku” (Barbara Cza-chórska-Jones, „System prawa własności intelektualnej” – tom III „Prawo wynalazcze”, Ossolineum, 1990 r.).

Dlatego w teorii prawa i praktyce sądów dopuszcza się rozszerzenie ochrony poza literalne brzmienie zastrzeżeń na tzw. rozwiązania ekwiwalentne, nazywane również równoważnymi.

Istota teorii ekwiwalentów

Z rozwiązaniem ekwiwalentnym spotykamy się, gdy cecha wyraźnie wskazana w zastrzeżeniach patentowych wynalazku nie jest realizowana dosłownie, ale zastosowane jest rozwiązanie dla tej cechy równoważne. O ekwiwalentności środka technicznego mówi się, gdy środek ten służy osiągnięciu tego samego celu technicznego, spełnia takie same funkcje i prowadzi do uzyskania takiego samego rezultatu technicznego.

Wskazywanym w doktrynie przykładem rozwiązania równoważnego jest zastąpienie przewidzianej w patencie pary diod parami triod i pentod. Triody i pentody to nie to samo co diody, jednak w przypadku sporne-

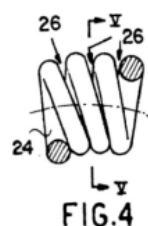
go rozwiązania ustalono, że pełniły w nim w istocie tę samą funkcję co diody, stanowiąc tym samym rozwiązanie ekwiwalentne.

Upraszczając, w przypadku wynalazku będącego konstrukcją wykonaną z elementów drewnianych łączonych za pomocą śrub, gdyby w miejsce śrub zastosować gwoździe, to – zgodnie z literalną interpretacją zastrzeżeń patentowych – rozwiązanie takie nie naruszałoby patentu. Teoria ekwiwalentów pozwala jednak stwierdzić naruszenie pomimo zastąpienia śrub gwoździami. Skutkiem tego nie można opatentować rozwiązania, które od rozwiązania opatentowanego różni się tylko tym, że śruby zastąpiono gwoździami. Z kolei uprawniony z patentu przewidującego użycie śrub będzie mógł, powołując się na przysługujące mu prawo, zabronić wprowadzania na rynek wynalazku zawierającego gwoździe.

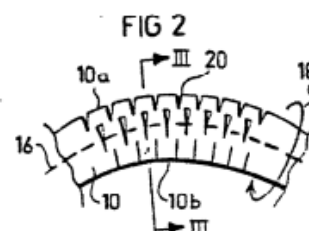
Teoria ekwiwalentów w doktrynie i praktyce orzeczniczej

Samo stosowanie teorii ekwiwalentów nie budzi zastrzeżeń w doktrynie i orzecznictwie większości systemów prawnych. Kontrowersje budzić może natomiast to, na jak daleką swobodę w określeniu zakresu ochrony pozwala teoria ekwiwalentów. W tym względzie rozbieżności są znaczne. Część systemów prawnych i teorii dopuszcza możliwość wyjścia poza dosłowne brzmienie zastrzeżeń tylko wtedy, gdy w treści tych zastrzeżeń istnieją „luzy interpretacyjne”. Inne dopuszczają ochronę istoty pomysłu wynalazczego wyabstrahowanego z dokumentu patentowego, przy uwzględnieniu wkładu wynalazcy do stanu techniki w oderwaniu od brzmienia dokumentu patentowego.

Jednym z najciekawszych przykładów kontrowersji, jakie budzi sposób stosowania teorii ekwiwalentów, jest znana sprawa depilatora Epilady. Dotyczyła ona naruszenia patentu na wynalazek służący do depilacji. Wynalazek przewidywał zastosowanie wygiętej sprężyny (patrz rys. 1), która – wprowadzana w ruch obrotowy – zaciskała się na włosku, wyrывая go. Podobne rozwiązanie zastosowano w depilatorze Smooth & Silky, z tym że zamiast sprężyny użyto wygiętego walca z tworzywa sztucznego z licznymi nacięciami (patrz rys. 2), w które włos wchodził tak jak pomiędzy zwoje sprężyny.



Rys. 1



Rys. 2

Orzeczenia różnych sądów europejskich różniły się. Oceniając sprawę przez pryzmat teorii ekwiwaleńców, sąd niemiecki orzekł o naruszeniu patentu, podczas gdy sąd brytyjski stwierdził, że naruszenie takie nie miało miejsca. Sąd brytyjski, odmawiając ochrony, stwierdził, że pomimo oczywistej zbieżności w funkcji i celu obu rozwiązań z dokumentu patentowego nie wynikało, aby twórca wynalazku rozpatrywał możliwość zastosowania całkowicie innego materiału, a zamiarem jego była ochrona czegokolwiek innego niż sprężyna.

Teoria ekwiwaleńców w Polsce

W Polsce teoria ekwiwaleńców znana jest od dawna. Jakkolwiek nie jest ona uregulowana przepisem, to jednak została wypracowana przez doktrynę i orzecznictwo. Orzecznictwo sądów powszechnych i Sądu Najwyższego w tym przedmiocie jest dość skąpe, ale można tu przytoczyć choćby wyrok Sądu Najwyższego z 3 lutego 1970 r. (II CR 615/69), w którym sąd stwierdził, że „interpretacja oparta o teorię ekwiwaleńców pozostaje w ramach zakreślonych przez zastrzeżenie patentowe – jakkolwiek interpretowane nie tylko w świetle pozostałych elementów dokumentu patentowego (opisu i rysunków), ale z uwzględnieniem wiedzy i doświadczenia znawcy w dniu zgłoszenia wynalazku”. W orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 9 listopada 2012 r. (I ACa 612/12) sąd stwierdził między innymi, że „ekwiwalentne w stosunku do rozwiązania objętego zastrzeżeniami patentowymi jest rozwiązanie, w którym środek techniczny określony w zastrzeżeniach patentowych zastępuje innym, wywołującym jednak powstanie takiego samego (zamierzonego) efektu, jak rozwiązanie zastrzeżone, przy czym dla przeciętnego znawcy zastosowanie tego innego (ekwiwalentnego) środka nie wymaga wkładu twórczego, jest bowiem w istocie urzeczywistnieniem pomysłu zawartego w zastrzeżeniach patentowych”.

Sądy polskie dość jednomyślnie dopuszczają więc stosowanie teorii ekwiwaleńców, choć już z zacytowanych powyżej fragmentów wynika, że dopuszczany sposób jej zastosowania może się różnić.

Argumentów normatywnych przemawiających za dopuszczeniem szerokiego stosowania teorii ekwiwaleńców w Polsce dostarcza także Konwencja o udzielaniu patentów europejskich (tzw. Konwencja Monachijska), do której Polska przystąpiła ze skutkiem od 1 marca 2004 r. Przepis Konwencji odnoszący się do zakresu ochrony wynikającej z patentu europejskiego jest zasadniczo zbieżny z właściwym przepisem polskiej ustawy odnoszącym się do patentów krajowych. Protokół interpretacyjny do tego przepisu daje jednak cenne wytyczne, jak go rozumieć, wskazując wprost na potrzebę powołania się w celu określenia zakresu ochrony przyznanej patentem na wszelkie elementy, które są ekwiwalentne wobec elementów określonych w zastrzeżeniach patentowych.

Podsumowanie

Teoria ekwiwaleńców jest znana w doktrynie i orzecznictwie od wielu lat i potrzeba jej stosowania nie powinna budzić wątpliwości. Brak jednak jednoznacznej regulacji normatywnej powoduje kontrowersje co do zasad jej stosowania. Wypracowane przez doktrynę i orzecznictwo teorie wypełniają tę lukę, wskazując różne możliwe kryteria i sposoby oceny. Zawsze jednak kwestię tę należy analizować indywidualnie, w kontekście całości wynalazku, uwzględniając to, co jest jego istotą, a także jakie znaczenie dla wynalazku ma cecha, do której ekwiwalentność się odnosi. Takie podejście ma zapewnić pewną elastyczność interpretacji formułowanych hermetycznym językiem zastrzeżeń patentowych. Ma dać gwarancje realnej ochrony praw wyłącznych, jednocześnie zachowując umiar, który zapewni innym uczestnikom rynku bezpieczeństwo przed nieuzasadnionym zarzutem naruszenia i zbyt szerokim monopolem patentowym.

Włodzimierz Szoszk, adwokat, współnik odpowiedzialny za praktykę własności intelektualnej

Norbert Walasek, adwokat, praktyka własności intelektualnej

O outsourcing jako transgraniczne przejście zakładu pracy lub jego części



dr Szymon Kubiak

Wojciech Kuzmienko

Popularność outsourcingu ciągle rośnie. Dziś można już mówić nie tylko o miastach, które przyciągają centra outsourcingowe, ale o całych krajach, które oferują konkurencyjne warunki związane z kosztami produkcji i zatrudnienia, stając się swoistym „zapleczem całego świata”. Takie wydzielanie i transgraniczne przekazywanie funkcji wykonywanych dotychczas przez rodzime przedsiębiorstwo w kraju macierzystym (*offshore outsourcing*) rodzi wiele pytań natury prawnej, zwłaszcza w odniesieniu do prawa pracy.

Przejęcie zakładu pracy reguluje dyrektywa 2001/23/WE (*Transfers of Undertakings Directive*), zaimplementowana w polskim prawie przede wszystkim poprzez art. 23¹ Kodeksu pracy (k.p.). Regulacja ta ma doniosłe znaczenie dla przejmującego zakład, który z mocy prawa staje się stroną w dotychczasowych stosunkach pracy. Dyrektywa ma zastosowanie do tych transferów, w których przejmowany zakład znajduje się na terenie Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Precyzuje ona jedynie kraj wyjściowy, nie stanowiąc w żaden sposób o kraju docelowym. Przyjmuje się stąd (choć niejednomyślnie), że obejmuje ona również sytuacje transgraniczne, w których do transferu dochodzi pomiędzy krajem UE/EOG a państwem trzecim.

Kiedy outsourcing jest transferem przedsiębiorstwa

Przejęcie zakładu pracy może nastąpić na różnych podstawach prawnych. Zarówno w polskim, jak i w europejskim orzecznictwie nie budzi najmniejszych wątpliwości, że outsourcing również może być *de facto* takim transferem. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) nakreślił szereg kryteriów, przyjętych obecnie również przez Sąd Najwyższy, na podstawie których dokonuje się oceny, czy w danym stanie faktycznym dochodzi do przejścia zakładu pracy. Pozostają one aktualne także w odniesieniu do outsourcingu i, jak pokazuje praktyka, były już niejednokrotnie w tym kontekście stosowane.

Kluczowym wyrokiem w dorobku TSUE w tym zakresie, chętnie przywoływanym również w polskim orzecznictwie, jest wyrok w sprawie *Spijkers* z 18 marca 1986 r. (24/85). Trybunał ustalił wówczas, że aby mówić o przejściu zakładu pracy lub jego części, należy zbadać cały katalog istotnych okoliczności, takich jak typ przedsiębiorstwa/zakładu, fakt zbycia składników materialnych i niematerialnych, przejęcie większości pracowników, przejęcie klienteli, stopień podobieństwa między działalnością sprzed przejęcia a działalnością po przejęciu oraz ewentualna przerwa w aktywności gospodarczej. Badanie tych kryteriów nazywa się popularnie testem *Spijkers*.

Obecnie można mówić o pełnej zgodności linii orzeczniczej TSUE oraz Sądu Najwyższego, choć przez dłuższy czas występowały na tym gruncie istotne i ryzykowne dla praktyki gospodarczej rozbieżności. Przede wszystkim Sąd Najwyższy nie przywiązywał wystarczającej wagi do kryterium zachowania tożsamości zakładu pracy lub jego części, skupiając się na materialnym aspekcie przejścia zakładu pracy. Uznawano wręcz, że nowy pracodawca nie musi prowadzić podobnej ani nawet zbliżonej działalności. Decydującym czynnikiem było raczej przekazanie składników majątkowych (por. wyrok Sądu Najwyższego z 3 czerwca 1998 r., I PKN 159/98). Podejście

to utrzymało się niestety również po wejściu Polski do Unii Europejskiej: Sąd Najwyższy w wyroku z 5 kwietnia 2007 r. (I PK 323/06) orzekł, że dla zakresu zastosowania normy z art. 23¹ § 1 k.p. obojętny jest przedmiot działalności prowadzonej przez nowego pracodawcę na bazie przejętego majątku.

Po raz pierwszy Sąd Najwyższy odniósł się w pełni do kryteriów z testu *Spijkers* w wyroku z 13 kwietnia 2010 r. (I PK 210/09). Spór toczył się ze skargi radczyni prawnej zwolnionej ze szpitala po tym, jak jego obsługa prawną zajęła się zewnętrzna kancelaria prawna. Wyrok należy uznać za korzystny dla outsourcера (szpitala) oraz dostawcy usług outsourcingowych (zewnętrznej kancelarii), gdyż skarga zwolnionej radczyni prawnej została oddalona.

Sąd odniósł się po kolei do wszystkich kryteriów testu *Spijkers*, po raz pierwszy zwracając uwagę na problem tożsamości typów przedsiębiorstw oraz prowadzonych przez nie działalności. Sąd podkreślił, że szpital oraz kancelaria prawna mają zgoła odmienne zakresy działalności. Zwrócił też uwagę, że obsługa prawna była jedynie ubocznym (pomocniczym) przedmiotem działalności szpitala, zaś kancelaria prawna świadczy usługi prawne również innym podmiotom niż szpital. Nie doszło również do przejęcia klienteli, gdyż kancelaria nie zajęła się wszak obsługą pacjentów.

Omawiany wyrok prowadzi do generalnej konstatacji, że outsourcing w swej podstawowej formie, polegającej na przekazaniu zewnętrznemu dostawcy działalności pomocniczej, relatywnie rzadko stanowi przejście zakładu pracy lub jego części. Sam fakt wydzielania działalności pomocniczej nie wyklucza jednak transferu.

Test *Spijkers* to nie wszystko

Spełnienie kryteriów testu *Spijkers* nie przesądza jeszcze definitywnie, że outsourcing należy uznać za przejście zakładu pracy. Należy wziąć pod uwagę również praktyczne aspekty omawianego przedsięwzięcia, zwłaszcza w kontekście transgranicznym. Pracownicy stojący w obliczu zmiany środowiska kulturowego czy konieczności nauki nowego języka mogą okazać się niechętni do przenosin za granicę (z przyczyn rodzinnych i osobistych). Ponadto sama zmiana realiów prawnych, ekonomicznych i społecznych na tak dużą skalę może wykluczać uznanie, że można mówić o zachowaniu tożsamości działalności i typu przedsiębiorstwa. Nieopłacalne może też być transportowanie składników materialnych na znaczne odległości, gdyż tańsze będzie zapewnienie odpowiedniej infrastruktury przez dostawcę usług outsourcingowych na miejscu.

Z powyższych twierdzeń nie należy jednak wywodzić pochopnych wniosków, jakoby *offshore outsourcing*

nigdy nie mógł stanowić przejścia zakładu pracy. Sąd Apelacyjny Pracy w Hamburgu w sprawie *Englischer Dienst* uznał, że relokacja agencji prasowej z Niemiec do Irlandii stanowi przejście zakładu pracy. Sąd przyznał, że znaczne odległości z reguły przemawiają przeciwko zachowaniu tożsamości przenoszonego przedsiębiorstwa, jednak w przypadku agencji prasowej ważniejszy od jej lokalizacji jest system używany do przetwarzania oraz rozpowszechniania wiadomości, a ten nie jest zależny od realiów środowiskowych.

Tym bardziej za transfer przedsiębiorstwa można uznać relokacje wewnątrz krajowe. Jako przykład można wskazać wyrok TSUE z 7 marca 1996 r. w sprawie *Merckx i Neuhuys* (C-171/94 i C-172/94), w którym uznano, że zmiana terytorialnego zasięgu działalności przedsiębiorstwa na terenie aglomeracji brukselskiej nie wyklucza uznania, że doszło do przejścia zakładu pracy.

Kryteria wymienione w wyroku *Spijkers* nie stanowią oczywiście jedynej słusznej metody oceny przejścia zakładu pracy, na co zwrócił uwagę TSUE w wyroku z 10 grudnia 1998 r. w sprawie *Zieman i Hidalgo* (C-173/96 i C-247/96). Trybunał uznał wówczas, że w sektorach opartych na sile roboczej (*labour-intensive sectors*) sama grupa pracowników może stanowić samodzielną ekonomiczną jednostkę podlegającą przejściu, jeśli jest to zespół osób na stałe zaangażowanych w tę samą działalność i przypisanych do tego samego zadania. Stanowisko to w całości zaaprobował również Sąd Najwyższy w wyroku z 17 maja 2012 r. (I PK 180/11), uznając, że w razie nieprzejścia większości pracowników w takim właśnie sektorze (np. usług z zakresu sprzątnia) nie można mówić o przejściu zakładu pracy.

Z drugiej strony w sektorach nieopartych jedynie na sile roboczej istotne jest przede wszystkim korzystanie z tej samej infrastruktury, choćby przejmujący twierdził, że nie doszło do transferu ze względu na nieprzejście pracowników od poprzedniego pracodawcy – tak rozstrzygnął TSUE w wyroku z 20 listopada 2003 r. w sprawie *Abler* (C-340/01). Uwagi te nie tracą na znaczeniu również w kontekście outsourcingu, który w zależności od typu przejmowanej działalności raz może stanowić transfer przedsiębiorstwa lub jego części, a innym razem nie.

Innym ciekawym zagadnieniem jest możliwość przejścia zakładu pracy między dwoma dostawcami usług outsourcingowych. Z takim problemem zmierzył się TSUE w wyroku z 11 marca 1997 r. w sprawie *Süzen* (C-13/95). Stan faktyczny opierał się na dwóch umowach na usługi z zakresu sprzątnia, które szkoła zawarła najpierw z jedną, a potem drugą spółką. Pracownica zwolniona z pierwszej spółki argumentowała, że

doszło do przejścia zakładu pracy na kolejnego kontrahenta szkoły. TSUE uznał, że brak jakiegokolwiek relacji umownej między spółkami nie wyklucza transferu przedsiębiorstwa, bowiem może on być dwuetapowy, z udziałem pośrednika czy strony trzeciej.

Właściwa przyczyna zwolnienia

Zagadnienie transgranicznego outsourcingu w kontekście przejść zakładów pracy jest o tyle istotne, że zgodnie z art. 23¹ § 6 k.p. przejście zakładu pracy nie może stanowić przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie umowy o pracę. Należy więc zawsze wnikliwie zbadać, czy nie doszło do takiego przejścia. Wszak outsourcing zazwyczaj wiąże się ze zmianami w zatrudnieniu, polegającymi przede wszystkim na redukcji i dokonywaniu wypowiedzeń, które zawsze wymagają podania przyczyny konkretnej, rzeczywistej, prawdziwej i uzasadniającej rozwiązanie stosunku pracy.

Jak wskazał TSUE w wyroku z 15 czerwca 1988 r. w sprawie *Bork International* (101/87), aby określić, czy pracownicy zostali zwolnieni wyłącznie z powodu przejścia zakładu pracy, należy wziąć pod uwagę obiektywne okoliczności, w których doszło do przejścia, a w szczególności datę zwolnienia (czy jest bliska dacie transferu) oraz to, czy pracownicy zostali potem na nowo zatrudnieni u przejmującego zakład. Niekiedy zatem chęć redukcji kosztów oraz skoncentrowania się na głównej działalności przedsiębiorstwa może skutkować dokonaniem przejścia zakładu pracy pod postacią outsourcingu oraz potencjalnie nieprawidłowym dokonaniem wypowiedzeń.

Transgraniczny outsourcing może więc rodzić ważne problemy z zakresu prawa pracy. Znaczne zróżnicowanie orzecznictwa pozwala jedynie zasygnalizować pewne kwestie, gdyż konkretne rozstrzygnięcia zależą będą wyłącznie od danego stanu faktycznego. Decydujący wpływ będzie miało zachowanie tożsamości przejętej jednostki oraz rodzaj prowadzonej działalności.

Osobnym bardzo istotnym zagadnieniem będzie kwestia tzw. wyboru prawa w oparciu o przepisy prawa prywatnego międzynarodowego oraz kwestie ewentualnej konieczności stosowania wypowiedzeń/porozumień zmieniających w zakresie zmiany miejsca wykonywania pracy w związku z transferem – ale to już temat na inny artykuł.

dr Szymon Kubiak, radca prawny, partner, praktyka outsourcingowa i praktyka prawa pracy

Wojciech Kuzmienko, praktyka prawa pracy

Nowa era ochrony danych osobowych

17 grudnia 2015 r. Komisja Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych Parlamentu Europejskiego głosowała nad projektem rozporządzenia o ochronie osób fizycznych w związku z przetwarzaniem ich danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. W wyniku głosowania przyjęto tekst będący wynikiem długoletnich prac legislacyjnych, dyskusji interesariuszy i ważenia priorytetów. Stanowi on punkt wyjścia do dalszych prac legislacyjnych, może zatem podlegać kolejnym modyfikacjom. Na pewno jednak w znacznym stopniu obrazuje on regulacje o ochronie danych osobowych, jakie staną się wkrótce nową rzeczywistością prawną. Szykuje się gruntowna rekonstrukcja systemu.



Sylwia Paszek



Agnieszka Szydlik



Katarzyna Żukowska

Tzw. rozporządzenie o ogólnej ochronie danych osobowych będzie mieć skutek bezpośredni w krajach członkowskich UE; zastąpi ono dyrektywę 95/46 i jej krajowe implementacje (w Polsce: ustawę z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych).

W niniejszym tekście sygnalizujemy wybrane zmiany, jakie zapowiada nowa legislacja.

Zakres stosowania regulacji

Rozporządzenie ma być stosowane do procesów przetwarzania danych osobowych wówczas, gdy przetwarzanie następuje w kontekście działalności administratora lub przetwarzającego dane z siedzibą w UE, niezależnie od tego, czy przetwarzanie ma miejsce w UE. Oznacza to, że w każdym przypadku konieczna będzie analiza okoliczności faktycznych, w jakich administrator przetwarza dane.

Rozporządzenie ma ponadto znaleźć zastosowanie do przetwarzania danych podmiotów z UE przez administratora lub przetwarzającego dane mających siedzibę poza UE, jeżeli procesy przetwarzania mają związek z oferowaniem towarów i usług (także nieodpłatnych) lub też obserwowaniem (monitorowaniem) zachowania podmiotów danych, jeżeli monitoring ten ma miejsce w UE.

Administratorzy i przetwarzający dane

Odmienne niż aktualna ustawa projekt rozporządzenia w znacznym stopniu reguluje wymogi dotyczące podmiotu przetwarzającego dane. Przykładowo zobowiązuje administratora do wyboru takiego podmiotu, który daje wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków oraz procedur technicznych i organizacyjnych, aby przetwarzanie danych odpowiadało wymogom rozporządzenia. Określa także elementy, które powinny zostać ustalone w umowie zawartej pomiędzy administratorem a przetwarzającym dane.

Według projektu administrator danych, jak też przetwarzający dane na zlecenie, mogą (fakultatywnie) ustanowić inspektora danych osobowych (zgodnie z aktualną nomenklaturą ustawową – administratora bezpieczeństwa informacji). Rozporządzenie przewiduje także sytuacje, kiedy powołanie inspektora danych osobowych będzie obligatoryjne (np. w przypadku podmiotów przetwarzających dane o skazaniach). Ponadto nakłada na administratorów i podmioty przetwarzające dane obowiązek dopilnowania, aby inspektor ochrony danych był terminowo i właściwie włączany we wszystkie sprawy dotyczące ochrony danych osobowych. Podobnie jak to zostało uregulowane w ustawie, inspektor ochrony danych ma wykonywać swoje obowiązki niezależnie. Nie powinien też otrzymywać żadnych poleceń dotyczących pełnienia swojej funkcji,

a podlegać ma jedynie kierownictwu administratora lub podmiotu przetwarzającego dane.

Zgłaszanie zdarzenia skutkującego naruszeniem ochrony danych osobowych

Projekt rozporządzenia nakłada na administratora danych nieznaną na gruncie ustawy obowiązek zgłaszania organowi nadzoru (w Polsce – GODO) zaistnienia zdarzenia skutkującego naruszeniem ochrony danych osobowych. Zgłoszenie winno być dokonane bez nieuzasadnionej zwłoki, ale nie później niż w ciągu 72 godzin od zdarzenia. Jeżeli termin ten nie został zachowany, należy wyjaśnić powody opóźnienia. Zawiadomienie ma zawierać co najmniej: opis zdarzenia z określeniem kategorii danych oraz przybliżonej liczby podmiotów danych potencjalnie dotkniętych skutkami zdarzenia, dane kontaktowe inspektora ochrony danych osobowych lub innego podmiotu władnego udzielić szczegółowych informacji o zdarzeniu, a także opis przewidywanych skutków naruszenia oraz środków zaradczych podjętych lub planowanych w celu zminimalizowania lub zniwelowania negatywnych skutków naruszenia. Jeżeli nie można dostarczyć kompletu informacji, należy je uzupełniać w miarę możliwości, jak też dokumentować podjęte działania zaradcze, tak by GODO mógł zweryfikować ich prawdziwość i adekwatność. Analogiczny obowiązek zawiadomienia o zdarzeniu nałożono na przetwarzającego dane, z tym że o naruszeniu zawiadamia on administratora danych.

Administrator danych ma też powiadomić o naruszeniu podmiot, którego dane dotyczą, podając zrozumiały opis zdarzenia i jego potencjalnych skutków oraz wskazując działania zaradcze. Zawiadomienie takie będzie konieczne tylko wtedy, gdy naruszeniu towarzyszy wysokie ryzyko naruszenia praw i wolności podmiotu danych. Administrator będzie zwolniony z dokonania zawiadomienia, jeżeli wdrożył techniczne i organizacyjne środki w celu ochrony danych objętych zdarzeniem, w szczególności mające na celu uczynienie danych nieczytelnymi dla osób trzecich (np. za pomocą szyfrowania), jak też w przypadku, gdy dzięki podjętym przez administratora środkom wyeliminowano ryzyka dla praw i wolności podmiotu danych, oraz w przypadku, gdy zawiadomienie wiązałoby się z nieproporcjonalnym obciążeniem dla administratora (w tym przypadku zawiadomienie należy zastąpić komunikatami podawanymi do publicznej wiadomości lub innymi o podobnym efekcie).

Obowiązki zgłaszania zdarzeń skutkujących naruszeniem ochrony danych są istotną nowością w stosunku do istniejących ram prawnych. Obecnie administratorzy i przetwarzający dane nie muszą ujawniać tego rodzaju zdarzeń. Środki zaradcze, bez rozgłosu, wybierają i implementują samodzielnie, według własnych

możliwości. Ewentualna nieadekwatność lub niekompletność przyjętych rozwiązań może być zidentyfikowana wyłącznie w przypadku kontroli prowadzonej przez GIODO. Planowany model zapewni, że administrator, który dopuścił do zdarzenia skutkującego naruszeniem, będzie realizował działania naprawcze w ścisłym dialogu i pod nadzorem GIODO. Obniżone zostanie zatem ryzyko stosowania środków nieadekwatnych do zdarzenia.

Przekazywanie danych osobowych poza UE/EOG

Utrzymana została konieczność zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony w państwie, do którego przekazywane są dane.

Transfer danych osobowych do krajów trzecich bez dodatkowego zezwolenia GIODO nadal będzie możliwy w sytuacji, gdy strony podpisały standardowe klauzule ochrony danych przyjęte przez Komisję. Zwraca jednak uwagę położenie akcentu na wtórne przekazywanie danych, szczególnie w świetle wyjaśnień Grupy Roboczej Artykułu 29, wykluczających zastosowanie klauzul do dalszych transferów w sytuacji, gdy administrator z EOG zawiera umowę z podmiotem przetwarzającym w EOG, a ten miałby zlecić podprzetwarzanie kontrahentowi z kraju trzeciego.

Projekt zakłada również, że dane będą mogły być przekazywane na podstawie wiążących reguł korporacyjnych, zatwierdzonych kodeksów etyki i na podstawie certyfikacji (art. 38 i 39) bez dodatkowych zezwoleń, jednak jednocześnie zawiera delegację do ustalenia procedur związanych z wymianą informacji między administratorami, przetwarzającymi i organami nadzoru.

Transfer danych na podstawie zgody osoby, której dane dotyczą, jest możliwy, o ile zgoda została udzielona po przedstawieniu informacji o zagrożeniach wynikających z takiego przekazania. Może to oznaczać, że dotychczasowe transfery realizowane na podstawie zgód bez uprzedzenia o braku gwarancji nie będą mogły być kontynuowane.

Nie jest jasne, w jaki sposób Komisja będzie wydawała decyzje o istnieniu odpowiedniego poziomu ochrony w danym państwie trzecim, sektorze lub organizacji międzynarodowej. Samo brzmienie art. 41 jest jasne, jednak w świetle stwierdzenia nieważności decyzji w sprawie Safe Harbour widać, że uzasadniony jest deklarowany przez niektóre organizacje pozarządowe (a nawet narodowe organy ochrony danych) brak zaufania do zasad transferu danych opartych na decyzjach Komisji.

Sankcje za naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych

Obowiązująca ustawa przewiduje sankcje z tytułu naruszenia zasad ochrony danych osobowych (odpowiedzial-

ność wykroczeniowa i karna), jednak ich stosowanie sprowadza się najczęściej do odpowiedzialności za wykroczenie (niezbyt dotkliwej), a niezwykle rzadko odpowiedzialności karnej (ze względu na niską szkodliwość społeczną czynu). Brak zatem proporcjonalnie dotkliwego instrumentu sankcyjnego, który byłby stosowany nawet w przypadku naruszenia o niewielkiej skali.

Tę lukę wypełnią administracyjne kary pieniężne nakładane przez GIODO. Wysokość kar ma uwzględniać m.in. stopień naruszenia, rodzaj naruszonej regulacji, czas trwania i efekty naruszenia, stopień zawinienia naruszydźcy, zakres odpowiedzialności naruszydźcy za zapewnienie właściwych środków organizacyjnych i technicznych, podjęcie działań zaradczych mających ograniczyć lub wyeliminować negatywne skutki naruszenia i współpracę z GIODO w tym zakresie, poprzednie naruszenia oraz sposób, w jaki GIODO powziął wiadomość o naruszeniu.

Maksymalna wysokość kary pieniężnej, w zależności od rodzaju naruszenia, ma wynosić 10 albo 20 milionów euro, a w przypadku przedsiębiorstwa – 2% albo 4% całkowitego rocznego przychodu w poprzednim roku obrotowym. Państwa członkowskie mają przyjąć przepisy wykonawcze dotyczące postępowań kontrolnych oraz procedur nakładania i egzekwowania kar, które mają być proporcjonalne, ale również dolegliwe.

Administratorzy i przetwarzający dane mają też ponosić odpowiedzialność odszkodowawczą (na zasadzie winy) za szkodę wynikłą z przetwarzania danych osobowych niezgodnie z prawem. Każda osoba, która poniosła szkodę materialną lub niematerialną w wyniku przetwarzania danych osobowych z naruszeniem przepisów rozporządzenia, będzie mogła żądać naprawienia tej szkody. Odpowiedzialność administratora ograniczy się do odpowiedzialności za naruszenie przepisów rozporządzenia, natomiast przetwarzającego – do odpowiedzialności za naruszenie przepisów rozporządzenia adresowanych wyraźnie do przetwarzających dane oraz za działanie niezgodne z instrukcjami administratora. Odpowiedzialność administratora i przetwarzającego z tytułu tego samego zdarzenia będzie solidarna względem poszkodowanego, jednak między sobą będą oni mogli się rozliczyć korzystając z prawa regresu.

Sylvia Paszek, radca prawny, praktyka ochrony danych osobowych i praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

Agnieszka Szydlik, adwokat, praktyka ochrony danych osobowych i praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

Katarzyna Żukowska, praktyka prawa pracy i praktyka ochrony danych osobowych

O kancelarii Wardyński i Wspólnicy

Kancelaria Wardyński i Wspólnicy została założona w 1988 roku. Czerpiemy z najlepszych tradycji kancelarii adwokackich w Polsce. Skupiamy się na biznesowych potrzebach naszych klientów, pomagając im znaleźć skuteczne i praktyczne rozwiązanie najtrudniejszych problemów prawnych.

Firma jest szczególnie ceniona przez klientów i konkurencję za swoje usługi w dziedzinie sporów, transakcji, własności intelektualnej, nieruchomości i reprivatyzacji.

Obecnie w firmie jest ponad 100 prawników świadczących obsługę prawną w języku polskim, angielskim, francuskim, niemieckim, hiszpańskim, rosyjskim, czeskim i koreańskim. Nasze biura znajdują się w Warszawie, Krakowie, Poznaniu i Wrocławiu.

Klientom doradzamy w następujących dziedzinach:

bankowość i finansowanie projektów	obsługa klientów z sektora rolnictwa	prawo pracy
<i>compliance</i>	obsługa korporacyjna	prawo sportowe
dochodzenie trudnych wierzytelności	ochrona danych osobowych	prawo upadłościowe
doradztwo dla klientów indywidualnych	ochrona zdrowia	<i>private equity</i>
fuzje i przejęcia	outsourcing	reprivatyzacja
infrastruktura	podatki	restrukturyzacja
instytucje finansowe	pomoc publiczna	rynki kapitałowe
kontrakty w obrocie profesjonalnym	postępowania sądowe i arbitrażowe	sprzedaż detaliczna i sieci sprzedaży
<i>life science</i>	prawo energetyczne	transport
nieruchomości i inwestycje budowlane	prawo europejskie	ubezpieczenia
nowe technologie	prawo karne	usługi płatnicze
	prawo konkurencji	własność intelektualna
	prawo lotnicze	zamówienia publiczne
	prawo ochrony środowiska	i partnerstwo publiczno-prywatne

Dzielimy się wiedzą i doświadczeniem za pośrednictwem portalu dla prawników i przedsiębiorców (www.codozasady.pl), firmowego Rocznika, a także publikacji z serii „Prawo w praktyce”. Jesteśmy też wydawcą pierwszej polskojęzycznej aplikacji o tematyce prawnej na urządzenia mobilne (Wardyński+). Aplikację można pobrać nieodpłatnie w App Store i Google Play.

www.wardynski.com.pl

www.codozasady.pl

Wardyński+



Rocznik 2016

To już szóste wydanie Rocznika naszej kancelarii – publikacji, w której omawiamy aktualne zagadnienia prawne mające przełożenie na działalność gospodarczą.

Piszemy o zmianach w prawie, powodowanych przez nie zagrożeniach oraz o zmianach w orzecznictwie sądów. Staramy się zapewniać wiarygodne drogowskazy mające pomóc w znalezieniu rozwiązań.

Poprzednie wydania Rocznika spotkały się z bardzo życzliwym przyjęciem. Mamy nadzieję, że i tym razem spełnimy Państwa oczekiwania.

Zapraszamy do lektury.