

**WAR WSP
DYN' ÓLN
SKI+ ICY.**

ROCZNIK 2011

Nakład:

500 egzemplarzy

Wydawca:

Wardyński i Wspólnicy sp.k.

Redakcja:

Beata Niemczuk, Justyna Zandberg-Malec

Produkcja:

Aleksandra Oleśniak

Projekt graficzny:

Magda Wiśniewska i Bazyl Krasulak

Wydanie pierwsze

© Copyright by Wardyński i Wspólnicy sp.k., 2011

Słowo wstępne	5	Kiedy nabywca nieruchomości ponosi odpowiedzialność za zanieczyszczenie	47
Dobrze działający dział <i>compliance</i> umożliwia spokojny sen menadżerom Danuta Pajewska	7	Obowiązkowy donos? Agnieszka Lisiecka	52
Odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o. za zobowiązania spółki Maciej Szewczyk	9	Przejęcie spółki notowanej na Giełdzie Papierów Wartościowych Danuta Pajewska	54
Zasady przeznaczania zysków oraz pokrycia strat w spółkach kapitałowych Kinga Ziemińska	12	Restrukturyzacja a pozwolenia na korzystanie ze środowiska Dominik Wałkowski, Izabela Zielińska-Barłózek	57
Kiedy różne wynagrodzenia nie stanowią dyskryminacji? Agnieszka Lisiecka	17	Droga do ratowania życia Joanna Krakowiak	61
Możliwość odstąpienia przez zamawiającego od umowy o zamówienie publiczne Mirella Lechna	19	Członek zarządu a odpowiedzialność karna skarbową Elżbieta Gózdź, Dariusz Wasylkowski	64
Pojęcie zbioru jako przedmiotu zastawu rejestrowego Patrycja Jacaszek, Marcin Smolarek	21	Badanie prawnego tytułu do udziałów Jarosław Grykiel	67
Inwestor musi znać warunki umowy wykonawcy z podwykonawcą Monika Hartung	24	Nowe zasady wspierania sportu Klaudia Przybyłowicz	69
Polscy dystrybutorzy często bezwiednie naruszają cudze prawa do znaków towarowych Anna Pompe	27	Umowa o korzystanie z gruntu na cele farmy wiatrowej jako umowa dzierżawy Weronika Pelc	71
Rozprawa administracyjna Radosław Teresiak, Dariusz Wasylkowski	29	Zbiór jako oddzielna kategoria juretyczna? Łukasz Szegda, Krzysztof Wojdyło	74
Zasady przyłączenia do sieci elektroenergetycznej Robert Zajdler	32	O kancelarii	81
Kilka uwag o istocie arbitrażu Tomasz Wardyński	35		
„Związek” między oznaczeniami jako przesłanka naruszenia praw do znaku renomowanego Monika Żuraw	38		
Udzielenie zamówienia z wolnej ręki z powodu wyjątkowej sytuacji Anna Prigan	41		
Stowarzyszenia branżowe a prawo ochrony konkurencji Antoni Bolecki	43		

Szanowni Państwo,

Oddajemy w Państwa ręce pierwsze wydanie Rocznika kancelarii Wardyński i Wspólnicy. Jest to zbiór stworzonych przez naszych prawników tekstów będących efektem zarówno naszej codziennej pracy dla klientów, jak i pogłębionego namysłu nad konkretnymi problemami prawnymi.

Znajdą więc w nich Państwo zarówno wyjaśnienia typowych problemów, z którymi stykają się przedsiębiorcy w ramach swojej działalności (różnicowanie wynagrodzeń, odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki, przeznaczanie zysków i pokrycie strat w spółkach kapitałowych), jak i kwestii bardziej specjalistycznych, związanych z poszczególnymi gałęziami gospodarki (dzierżawa gruntu na potrzeby farmy wiatrowej, odpowiedzialność nabywcy nieruchomości za zanieczyszczenie gleby, odstąpienie od umowy o zamówienie publiczne).

Omawiamy też orzecznictwo sądów powszechnych, administracyjnych i unijnych, które naszym zdaniem może mieć znaczący wpływ na przyszłe rozstrzygnięcia w postępowaniach sądowych, czyli także na decyzje gospodarcze (możliwość ustanowienia zastawu rejestrowego na zbiorze, konieczność informowania inwestora o warunkach umowy z podwykonawcą, ryzyko naruszenia prawa ochrony konkurencji przez stowarzyszenia branżowe).

Misją prawnika jest ochrona wartości demokratycznego państwa prawa, a więc także szerzenie wiedzy o prawie. Tą wiedzą chcemy się z Państwem podzielić.

Tomasz Wardyński

Dobrze działający dział *compliance* umożliwia spokojny sen menadżerom

Danuta Pajewska



W wielu firmach powstają działy *compliance*. Czym zajmuje się taki dział?

Danuta Pajewska: Idea *legal compliance* (po polsku: zgodność z prawem) pojawiła się w USA w latach 90. XX w. na fali przestępstw wykrywanych w firmach. Amerykański Sąd Najwyższy uznał wówczas, że każda firma powinna przestrzegać pewnych zasad, które ustrzegą jej organy i pracowników przed odpowiedzialnością, a także ochronią samą firmę przed odpowiedzialnością wobec klientów. Najważniejsze jest przy tym, żeby takie zasady były spójne na wszystkich szczeblach struktury pionowej i poziomej. Każdy musi wiedzieć, co ma robić, jaki ma zakres odpowiedzialności i kompetencje. Zarząd musi tak zorganizować nadzór nad wszystkimi procesami w firmie, by dawały się one kontrolować i zarządzać. Poza tym konieczne są pewne mechanizmy przeglądania procedur oraz identyfikowania i eliminowania ryzyk. Trzeba też uczyć ludzi, że procedury to nie jest widzimisię kierownictwa, tylko metoda porozumiewania się i współdziałania w firmie. Ich

zadaniem jest także eliminacja konsekwencji przypadków, w których zarówno prawo zewnętrzne, jak i wewnętrzne jest niedostatecznie klarowne lub niesprawdzone w praktyce.

Idea *compliance* upowszechniła się poza USA, gdy zaczęły powstawać firmy z wieloma oddziałami, spółkami zależnymi, całe grupy kapitałowe. Procedury stały się niezbędne, żeby takie firmy mogły funkcjonować w jednolity sposób.

W Polsce zasady *compliance* weszły do prawa. Ustawa Prawo bankowe oraz przepisy dotyczące funkcjonowania biur maklerskich czy funduszy inwestycyjnych wymagają, żeby w instytucji finansowej istniał system zarządzania ryzykiem, funkcja inspektora nadzoru (*compliance officer*), „wewnętrznego policjanta”, który bada, czy wszystkie zasady są przestrzegane. Taki człowiek jest też odpowiedzialny za dostosowanie procedur do nowych przepisów. Piony *compliance* powstają zresztą nie tylko w firmach w obszarze usług finansowych. Wiemy z praktyki, że specjalistów ds. zgodności zatrudniają także firmy produkcyjne, farmaceutyczne, producenci

żywności. Wszędzie tam, gdzie jest ryzyko odpowiedzialności, naruszenia pewnych norm, kwestia *compliance* jest szczególnie ważna. Trzeba dbać o to, żeby w firmie wszystko było uporządkowane i uregulowane i żeby były osoby, które to egzekwują i kontrolują. Dobrze działający dział *compliance* umożliwia spokojny sen menadżerom.

Czym grozi brak takich zasad?

Brak zasad może rodzić poważne ryzyko dla firmy. Programy zgodności z prawem pomagają uniknąć narażenia podmiotów na szereg ryzyk: od kształtowania się niekorzystnej opinii na temat ich działalności, przez spadek ceny akcji, nałożenie grzywien i kar, unieważnienie zawartych już umów, cofnięcie pozwoleń na prowadzenie działalności, aż do bankructwa włącznie.

Bardzo ważne jest, aby wewnętrzne regulaminy i procedury spinały firmę regułami działającymi w pionie i w poziomie, tzn. aby zapewnić także wymianę informacji i zasady wspólnego działania jednostek działających na tym samym poziomie, choć podlegających pionowo nadzorowi innej osoby. Przez ich brak pewien bank spowodował szkodę u klienta. W komórce A emitowano firmom papiery dłużne, a w komórce B sprzedawano je inwestorom. Po jakimś czasie komórka A dowiedziała się, że jednemu z emitentów grozi upadłość, ale nie przekazała tej wiedzy komórce B, która kontynuowała sprzedaż. Efektem były roszczenia poszkodowanych. Przyczyną był brak właściwego przepływu informacji.

Jak zapewnić sprawne działanie pionu *compliance*?

W firmach finansowych jest to określone odpowiednimi przepisami. Jest np. bardzo ważne, by specjalista ds. zgodności był odpowiednio usytuowany w hierarchii firmy. Taki człowiek nie może podlegać zbyt wielu osobom, bo podległość służbowa mogłaby wymusić na nim nieingerowanie w pewne obszary działalności firmy.

Ważne jest też, żeby firmy co jakiś czas przeglądały swoje regulacje. Mamy doświadczenie w takich projektach. Okazuje

się podczas takich przeglądów, że na przykład pewne obszary działalności firmy w ogóle nie są pokryte regulacjami, że procedury nie regulują wszystkich aspektów działalności. Z naszych doświadczeń także wynika, że nawet wtedy, gdy pracownicy wiedzą, jak należy postępować, bo taka jest praktyka, to brak odpowiedniego zapisu w regulacjach naraża firmę na ryzyko, że w razie jakichkolwiek nieprawidłowości pracownik będzie się bronił, że nigdzie nie było zapisane, że ma się zachować w określony sposób. Nie będzie wtedy również podstawy, żeby zarzucić mu naruszenie konkretnych zasad i obowiązków, co jest istotne z punktu widzenia odpowiedzialności pracowników.

Jak może przebiegać takie badanie?

W pewnej firmie zarząd zlecił nam zbadanie, czy pracownicy i osoby kierujące poszczególnymi działami orientują się, że w ich działach istnieje ryzyko popełnienia przestępstwa, czy w ogóle myślą w tych kategoriach. Przystępując do badania, najpierw wybraliśmy z katalogu przestępstw te, które mogą dotyczyć danego rodzaju działalności, po czym przedstawiliśmy je naszym rozmówcom. Obawialiśmy się, że pracownicy nie będą chcieli z nami szczerze rozmawiać, żeby nie narażać się na kłopoty w razie wykrycia jakichś luk. Tymczasem ich świadomość i chęć rozmowy była ogromna. Pracownicy dostrzegali obszary ryzyka i widzieli w przeprowadzanym badaniu korzyść w postaci wypracowania odpowiednich środków zaradczych.

Oczywiście nawet najsprawniejszy dział *compliance* nie gwarantuje, że nie dojdzie do żadnych naruszeń. Fakt, że mamy kodeks karny, też nie oznacza, że ludzie nie zabijają i nie kradną. Jednak istnienie spisanych norm pozwala „wymuszać” w organizacji określone zachowania, zapobiegać złym działaniom i podjąć stosowne działania pracownicze i procesowe w przypadku ich wystąpienia. Dzięki funkcjonującemu programowi *compliance* członkowie władz mają narzędzia do kontrolowania firmy i obrony przed zarzutami narażenia jej na odpowiedzialność, bo *compliance* to pomoc w obronie przed cywilną, karną i administracyjną odpowiedzialnością firmy i jej pracowników.

Danuta Pajewska, radca prawny, współnik odpowiedzialny za Zespół Rynków Kapitałowych i Instytucji Finansowych

Odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o. za zobowiązania spółki

Maciej Szewczyk



Członkowie zarządu co do zasady nie ponoszą odpowiedzialności za zobowiązania spółki wobec osób trzecich, ponieważ zarząd zaciąga je nie na własny rachunek, tylko w imieniu spółki. Jednym z wyjątków jest sytuacja, gdy członkowie zarządu sami doprowadzili do stanu, w którym spółka nie jest w stanie wykonać swoich zobowiązań wobec wierzycieli.

Spółki kapitałowe, jako osoby prawne, ponoszą nieograniczoną odpowiedzialność za swoje zobowiązania własnym majątkiem. Jednocześnie wspólnicy (akcjonariusze) co do zasady nie odpowiadają za zobowiązania spółki, a jedynie ponoszą ryzyko w granicach wkładów wniesionych do spółki. Podobnie też, z uwagi na fakt, iż zarząd zaciąga zobowiązania nie na swój rachunek, lecz działając jako organ spółki, członkowie zarządu co do zasady nie ponoszą odpowiedzialności względem osób trzecich.

Ta ostatnia zasada doznaje jednak daleko idącego ograniczenia w szczególności za sprawą przepisu art. 299 Kodeksu spółek handlowych (k.s.h.), który ogranicza wyłączenie odpowiedzialności za zobowiązania spółki z o.o. w przypadku, gdy członkowie jej zarządu sami doprowadzili do powstania stanu, w którym spółka nie jest w stanie wykonać swoich zobowiązań względem osób trzecich (wierzycieli).

Na marginesie należy zaznaczyć, że niezależną podstawę odpowiedzialności członków zarządu (i to zarówno spółek z o.o., jak i spółek akcyjnych) za zobowiązania spółek stanowią przepisy art. 21 ust. 3 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze oraz, w zakresie należności za zobowiązania podatkowe, art. 116 ustawy Ordynacja podatkowa.

Zasada odpowiedzialności na podstawie art. 299 k.s.h.

Zgodnie z omawianym przepisem, jeżeli egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, członkowie zarządu odpowiadają solidarnie za jej zobowiązania.

Odpowiedzialność tę ponoszą wszystkie osoby będące członkami zarządu w okresie istnienia zobowiązania spółki, którego egzekucja przeciwko spółce okazała się później bezskuteczna. Dotyczy to więc również zobowiązań, które w czasie pełnienia funkcji były jeszcze niewymagalne.

Przewidziana w art. 299 § 1 k.s.h. przesłanka odpowiedzialności członka zarządu za zobowiązania spółki w postaci bezskuteczności egzekucji przeciwko spółce oznacza bezskuteczność egzekucji z całego majątku. Należy przy tym zauważyć, że bezskuteczność egzekucji może zostać wykazana za pomocą różnych środków dowodowych i nie jest konieczne jej stwierdzenie w postępowaniu egzekucyjnym. Przyjmuje się przy tym, że nie ma potrzeby kierowania egzekucji do tych składników majątku spółki, z których uzyskanie zaspokojenia jest w danych okolicznościach faktycznych nieprawdopodobne. Na bezskuteczność egzekucji wskazywać może m.in. wydanie postanowienia oddalającego wniosek o ogłoszenie upadłości z uwagi na to, że majątek spółki (dłużnika) nie wystarcza nawet na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego, albo jakiegokolwiek dowód wskazujący, że spółka nie posiada majątku pozwalającego na zaspokojenie wierzyciela. Nie trzeba zatem wykazywać, że wierzyciel wykorzystał wszystkie sposoby

egzekucji; wystarczy wykazać bezskuteczność zaspokojenia przy wykorzystaniu jednego z nich.

Dla oceny zasadności powództwa wierzyciela przeciwko członkowi zarządu spółki, zgodnie z art. 316 k.p.c., istotne znaczenie ma stan majątkowy spółki (dłużnika) istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. Konieczne jest bowiem bezsporne stwierdzenie, że zaspokojenie wierzyciela z majątku spółki jest niemożliwe.

Roszczenia wierzycieli przeciwko członkom zarządu na podstawie art. 299 k.s.h. przedawniają się w terminie określonym w art. 442¹ k.c., tj. z upływem trzech lat od dnia, w którym poszkodowany dowiedział się o szkodzie i o osobie zobowiązanej do jej naprawienia (a więc od chwili, gdy dla wierzyciela stało się jasne, że wyegzekwowanie długu od spółki nie jest możliwe). Termin ten nie może być przy tym dłuższy niż dziesięć lat od dnia, w którym nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę.

Konstrukcja art. 299 k.s.h. wskazuje, że dla zaistnienia odpowiedzialności członka zarządu konieczne jest jedynie wykazanie przez wierzyciela istnienia zobowiązania spółki oraz bezskuteczności egzekucji prowadzonej przeciwko spółce. W konsekwencji to na członkach zarządu spoczywa ciężar wykazania istnienia jednej z trzech przewidzianych w ustawie okoliczności wyłączających ich odpowiedzialność.

Przesłanki uwolnienia się od odpowiedzialności

Po pierwsze, członek zarządu może uwolnić się od odpowiedzialności, jeżeli wykaże, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe. O tym, jaki czas jest „właściwy”, przesądzają okoliczności faktyczne danej sprawy, a nie subiektywne przekonanie członków zarządu. Przyjmuje się, że nie jest to chwila, gdy pasywa spółki przewyższają jej aktywa i tym samym spółka nie posiada już dostatecznych środków na zaspokojenie wierzycieli. Właściwym czasem na zgłoszenie wniosku o upadłość jest moment, gdy członek zarządu wie albo przy dołożeniu należytej staranności powinien wiedzieć, że spółka nie jest już w stanie zaspokoić wszystkich wierzycieli, choć jednocześnie posiada wystarczające środki pozwalające na spełnienie przynajmniej części zobowiązań i pokrycie kosztów postępowania upadłościowego.

Zgodnie z art. 11 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze dłużnika należy uznać za niewypłacalnego, gdy: (i) dłużnik nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych lub gdy (ii) jego zobowiązania przekroczą wartość majątku, i to nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje.

Jednocześnie, na podstawie art. 21 ust. 1 ustawy, dłużnik (spółka) powinien złożyć w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości.

Wydaje się, że zwolnienie członka zarządu z odpowiedzialności

jest zasadne w przypadku, gdy członek zarządu wykaże na podstawie ksiąg handlowych i bilansów spółki, że w czasie, gdy pełnił swoją funkcję, stan interesów spółki nie uzasadniał wniosku o ogłoszenie upadłości. Podobnie wygląda sytuacja członka zarządu, który po objęciu funkcji i ustaleniu, że stan interesów spółki uzasadnia zgłoszenie wniosku o upadłość lub wszczęcie postępowania układowego oraz że czynność taka nie została dokonana, niezwłocznie złoży odpowiedni wniosek. Z obowiązku tego nie zwalnia członka zarządu sama tylko okoliczność, że przesłanki dokonania powyższego powstały przed objęciem przez niego funkcji członka zarządu.

Jednocześnie pozwany członek zarządu nie musi wykazywać, że to on wystąpił z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 299 § 2 k.s.h. okolicznością wyłączającą odpowiedzialność członków zarządu jest sam fakt złożenia wniosku we właściwym czasie. W efekcie członek zarządu może powoływać się na wniosek złożony przez innych członków zarządu, a nawet przez wierzyciela spółki.

Po drugie, członek zarządu może również uwolnić się od odpowiedzialności, jeżeli wykaże, że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło nie z jego winy.

Brak winy członka zarządu może być związany z różnymi okolicznościami. Istotne jest jedynie to, w ich efekcie członek zarządu nie miał możliwości stwierdzenia istnienia podstawy do ogłoszenia upadłości, nawet przy dołożeniu należytej staranności. Nie można bowiem *a priori* wykluczyć, że brak wiedzy o sytuacji finansowej spółki mógł być konsekwencją wewnętrznego podziału zadań pomiędzy poszczególnymi członkami zarządu, gdzie za sprawy finansowe odpowiadał jeden z członków zarządu (np. dyrektor finansowy), a inni członkowie zajmowali się działalnością operacyjną spółki itp. Członek zarządu mógł też nie mieć faktycznego wglądu w stan spraw spółki na skutek dłuższej nieobecności (spowodowanej np. podróżą lub chorobą).

Po trzecie wreszcie, zgodnie z k.s.h. członek zarządu może uwolnić się od omawianej odpowiedzialności, jeżeli wykaże, że pomimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcia postępowania układowego wierzyciel nie poniósł szkody.

Z omawianej regulacji wynika zatem ustawowe domniemanie szkody poniesionej przez wierzyciela w wysokości zobowiązania niewyegzekwowanego wobec spółki. Domniemanie to opiera się na założeniu, zgodnie z którym członkom zarządu powinien być znany na bieżąco stan finansów spółki, a tym samym istnienie (lub brak) możliwości zaspokojenia jej wierzycieli. W konsekwencji to na członkach zarządu spoczywa ciężar przeprowadzenia dowodu przeciwnego, tj. wykazania braku szkody po stronie wierzyciela.

W tym ostatnim przypadku należy przyjąć, że szkoda,

której wyrównania może domagać się wierzyciel spółki od członka zarządu, obejmuje tylko straty spowodowane spóźnionym zgłoszeniem upadłości lub brakiem takiego wniosku. Pojawiają się nawet poglądy, że nie stanowi szkody wierzyciela całość przysługującej mu wobec spółki wierzytelności.

Charakter i zakres odpowiedzialności członka zarządu

Odpowiedzialność członków zarządu na podstawie art. 299 k.s.h. dotyczy wszystkich zobowiązań spółki, tj. zarówno prywatnoprawnych (np. na podstawie umów), jak i publicznoprawnych (np. za zobowiązania podatkowe).

Odpowiedzialność ta ma charakter solidarny, zatem wierzyciel może wystąpić z powództwem przeciwko każdemu z członków zarządu, kilku z nich lub wszystkim naraz.

Zgodnie z dominującym poglądem jest to jednocześnie odpowiedzialność subsydiarna, bowiem wierzyciel spółki nie może pozwać członków zarządu bez uprzedniego pozywania spółki, ani łącznie z pozwaniem spółki. Pojawiają się jednak poglądy wskazujące, że w pewnych wyjątkowych sytuacjach, kiedy okoliczności sprawy w sposób oczywisty

wskazują brak możliwości wyegzekwowania należności od spółki, pozwanie członków zarządu na podstawie art. 299 k.s.h. może, ze względu na ekonomię procesową, nastąpić bez uprzedniego pozwania spółki.

Wnioski

Warto odnotować, że zarysowana w niniejszym artykule instytucja odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki, jakkolwiek obecna w polskim prawie od blisko 80 lat, nadal wywołuje spory w doktrynie i orzecznictwie. Jednocześnie świadomość jej istnienia nie jest powszechna ani wśród osób pełniących funkcje w organach spółek, ani wśród wierzycieli dochodzących zaspokojenia swoich roszczeń.

Obserwowany w ostatnich latach wzrost liczby powództw wytaczanych przez wierzycieli przeciwko członkom zarządów niewypłacalnych spółek wskazuje jednak, że problem odpowiedzialności za długi spółek stopniowo zaczyna być coraz lepiej dostrzegany. Coraz częściej też osoby pełniące funkcje w zarządach podejmują z odpowiednim wyprzedzeniem działania mające na celu uchylenie się od odpowiedzialności za zobowiązania spółek.

Maciej Szweczyk, aplikant radcowski, członek Zespołu Prawa Ochrony Środowiska oraz Grupy Transakcyjnej

Zasady przeznaczania zysków oraz pokrycia strat w spółkach kapitałowych

Kinga Ziemnicka



Sposób podziału zysku lub pokrycia straty jest z jednej strony określany przez przepisy prawa, a z drugiej strony przez umowę spółki lub jej statut. Ograniczenia swobody w tym zakresie mają na celu ochronę samej spółki, ochronę wierzycieli spółki przed nadmiernym wyprowadzaniem środków finansowych, a także ochronę wspólników lub akcjonariuszy mniejszościowych.

Podstawowym źródłem informacji na temat sytuacji finansowej danej jednostki jest sprawozdanie finansowe sporządzane według zasad przewidzianych w ustawie o rachunkowości¹ (u.o.r.) lub też w określonych przypadkach zgodnie z regułami zawartymi w Międzynarodowych Standardach Rachunkowości.

Na podstawie danych wynikających ze sprawozdania finansowego wspólnicy albo akcjonariusze spółki kapitałowej mogą podjąć uchwałę w sprawie podziału

zysku lub pokrycia straty. Zatwierdzenie sprawozdania finansowego oraz sprawozdania z działalności jednostki, jak również podjęcie uchwały w sprawie podziału zysku lub pokrycia straty ma kluczowe znaczenie zarówno dla spółki, jak i dla jej wspólników. Z jednej strony pozwala bowiem na ocenę sytuacji finansowej spółki, jej rezultatów w danym roku obrotowym, oraz w określonych sytuacjach na podjęcie uchwały dotyczącej przyszłości spółki, jej dalszego istnienia czy też potrzeby dofinansowania jej przez wspólników lub pozostawienia wypracowanego zysku w spółce. Z drugiej strony dla wspólników lub akcjonariuszy spółki kwestia podziału zysku albo pokrycia straty ma równie istotne znaczenie, gdyż w zależności od sytuacji pozwala im na uzyskanie korzyści związanych z prawem do dywidendy lub też, w przypadku wystąpienia straty, na podjęcie decyzji, z jakich środków zaistniała strata zostanie pokryta.

W zakresie sposobu podziału zysku lub pokrycia straty

¹ Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tekst jednolity: Dz. U. z 2002 r., Nr 76, poz. 694 z późn. zm.).

wspólnicy oraz akcjonariusze spółek kapitałowych mają możliwość swobody decydowania, w granicach wyznaczonych przez przepisy prawa lub też umowę spółki (w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością) albo statut (w spółce akcyjnej). Dotyczy to w szczególności ograniczeń w zakresie kwot, które mogą być przeznaczone do podziału pomiędzy wspólników albo akcjonariuszy, ograniczeń maksymalnego uprzywilejowania prawa do dywidendy czy też maksymalnych zaliczek na poczet dywidendy.

W obu typach spółek wniosek w sprawie podziału zysku albo pokrycia straty przedstawia zarząd. Jeżeli w danej spółce jest rada nadzorcza, wniosek ten musi być również zbadany przez radę nadzorczą, która przedkłada organowi zatwierdzającemu opinię w tym zakresie. Zgromadzenie wspólników (sp. z o.o.) czy też walne zgromadzenie akcjonariuszy (S.A.) nie jest jednak związane treścią wniosku zarządu ani opinią rady nadzorczej.

Zgodnie z art. 191 § 1 Kodeksu spółek handlowych (k.s.h.) wspólnik spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ma prawo do udziału w zysku wynikającym z rocznego sprawozdania finansowego i przeznaczonym do podziału uchwałą zgromadzenia wspólników, z uwzględnieniem art. 195 § 1 k.s.h. (dotyczącego warunków wypłaty zaliczki na poczet dywidendy). W art. 191 § 2 k.s.h. zastrzeżono, że umowa spółki może przewidywać inny sposób podziału zysku, z uwzględnieniem określonych ograniczeń przewidzianych w przepisach prawa (art. 192-197 k.s.h.).

Jednakże, jak stwierdził Sąd Najwyższy, niedopuszczalne jest zamieszczenie w umowie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością postanowienia wyłączającego zysk spółki od podziału w razie niepodjęcia przez wspólników uchwały o rozporządzeniu nim (art. 191 k.s.h.)². Ma to związek między innymi z tym, że podjęcie przez zgromadzenie wspólników uchwały w sprawie podziału zysku lub o wyłączeniu zysku od podziału stwarza dla wspólnika możliwość zaskarżenia takiej uchwały. Zaniechanie zaś podjęcia tej uchwały możliwość taką wyłącza, co może godzić w interesy wspólnika. Innymi słowy, nie jest dopuszczalne przyjęcie rozwiązania, że brak uchwały oznacza wyłączenie zysku od podziału.

Wspólnicy mogą określić w umowie spółki inne reguły podziału zysku niż wynikające z art. 191 § 3 k.s.h. (zysk dzieli się w stosunku do udziałów), w szczególności przewidując uprzywilejowanie w zakresie dywidendy, jednakże w określonych prawem granicach (art. 196 k.s.h.). Jeżeli natomiast umowa spółki nie zawiera w tym zakresie wyraźnych postanowień bądź też powtarza ustawową regułę z art. 191 § 1 k.s.h., czyli przewiduje, że wspólnicy mają prawo do udziału w zysku przeznaczonym na wypłatę dywidendy uchwałą zgromadzenia wspólników, wówczas do chwili

podjęcia takiej uchwały wspólnicy nie mają roszczenia do spółki o wypłatę im udziału w zysku. Zgromadzenie wspólników władne jest również podjąć uchwałę o wyłączeniu zysku od podziału.

Zgodnie z art. 192 k.s.h. w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością kwota przeznaczona do podziału między wspólników nie może przekraczać zysku za ostatni rok obrotowy, powiększonego o niepodzielone zyski z lat ubiegłych oraz o kwoty przeniesione z utworzonych z zysku kapitałów zapasowych i rezerwowych, które mogą być przeznaczone do podziału. Kwotę tę należy pomniejszyć o niepokryte straty, udziały własne oraz o kwoty, które zgodnie z ustawą lub umową spółki powinny być przekazane z zysku za ostatni rok obrotowy na kapitały zapasowy lub rezerwowe. Wprawdzie art. 192 k.s.h. nie wymienia wprost kwot umieszczonych w bilansie jako „niepodzielony zysk z lat ubiegłych” wśród dodatkowych źródeł dywidendy, to jednak dominujący jest pogląd, że fundusze te mogą powiększać sumę przeznaczoną na wypłatę dywidendy.

Na dywidendę nie może być natomiast przeznaczony w szczególności kapitał zapasowy utworzony z innych środków niż niepodzielone zyski, np. z agio lub z dopłat wniesionych przez wspólników, jak również kapitały (fundusze) rezerwowe, które nie mogą być przeznaczone do podziału z mocy ustawy lub w świetle umowy spółki (uchwały wspólników).

Zyski przeznaczone na dywidendę obliczane według zasad przedstawionych powyżej należy w pierwszym rzędzie pomniejszyć o straty, jakie spółka poniosła w latach poprzednich. Oprócz strat należy uwzględnić udziały własne oraz kwoty, które zgodnie z ustawą lub umową spółki powinny być przekazane z zysku za ostatni rok obrotowy na kapitały zapasowy lub rezerwowe.

Jeżeli na poczet danego roku obrotowego wypłacono zaliczki, kwoty te redukują odpowiednio sumy przeznaczone na dywidendę.

W świetle orzeczenia Sądu Najwyższego³ roszczenie o wypłatę dywidendy, które wspólnik nabywa w następstwie podjęcia uchwały zgromadzenia wspólników o przeznaczeniu zysku spółki do podziału, jest uprawnieniem o charakterze obligacyjnym, które może być przedmiotem cesji, potrącenia, zastawu lub zastawu rejestrowego.

W spółce akcyjnej zgodnie z art. 347 § 1 k.s.h. akcjonariusze mają prawo do udziału w zysku wykazanym w sprawozdaniu finansowym, zbadanym przez biegłego rewidenta, który został przeznaczony przez walne zgromadzenie do wypłaty akcjonariuszom. Podobnie jak w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, podstawą podziału zysku jest uchwała, w tym wypadku walnego zgromadzenia. Statut może jednak

² Wyrok Sądu Najwyższego z 29 września 2004 r., II CK539/03, OSN IC 2005/9/158.

³ Wyrok Sądu Najwyższego z 11 września 2002 r., V CKN 1370/00, OSNC 2003, Nr 11, poz. 155.

przewidywać inny sposób podziału zysku, z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, w szczególności dotyczących kwoty, która może być przeznaczona do podziału.

W spółce akcyjnej przyjęto obowiązek pomniejszenia kwoty zysku przeznaczonego do podziału o obowiązkowe odpisy na kapitał zapasowy. Kwota przeznaczona do podziału między akcjonariuszy nie może bowiem przekraczać zysku za ostatni rok obrotowy, powiększonego o niepodzielone zyski z lat ubiegłych oraz o kwoty przeniesione z utworzonych z zysku kapitałów zapasowego i rezerwowych, które mogą być przeznaczone na wypłatę dywidendy (art. 348 § 1 k.s.h.). Kwotę tę należy pomniejszyć o niepokryte straty, akcje własne oraz o kwoty, które zgodnie z ustawą lub statutem powinny być przeznaczone z zysku za ostatni rok obrotowy na kapitały zapasowy lub rezerwowe. W szczególności zgodnie z art. 396 § 1 k.s.h. w spółce akcyjnej na pokrycie straty należy utworzyć kapitał zapasowy, do którego przelewa się co najmniej 8 proc. zysku za dany rok obrotowy, dopóki kapitał ten nie osiągnie co najmniej jednej trzeciej kapitału zakładowego.

Statut spółki akcyjnej może też przewidywać tworzenie obok kapitału zapasowego również innych kapitałów na pokrycie szczególnych strat lub wydatków (kapitały rezerwowe) (art. 396 § 4 k.s.h.).

Warto zauważyć, że w spółce akcyjnej przewidziano różne tytuły uczestnictwa w zysku, jak choćby świadectwa założycielskie, jednakże postanowienia w tym zakresie powinny być zawarte w statucie spółki. Jak bowiem stanowi art. 304 § 2 pkt 1 k.s.h., statut powinien zawierać pod rygorem bezskuteczności wobec spółki między innymi zapisy dotyczące liczby i rodzajów tytułów uczestnictwa w zysku oraz związanych z nimi praw.

W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego prawo do dywidendy, choć wynika z prawa do akcji, to po jej przyznaniu ma odrębną wartość i może być przedmiotem samodzielnego rozporządzenia w oderwaniu od akcji. Prawo do dywidendy wynika z zysku i uchwały o jego podziale. Stanowi zatem pożytek prawa do akcji i nie jest zawarte w cenie akcji⁴.

Wypłata na rzecz wspólników lub akcjonariuszy świadczeń przekraczających maksymalną wartość kwoty dywidendowej obliczonej w myśl art. 192 oraz 348 k.s.h. stanowi nienależne świadczenie, które podlega obowiązkowi zwrotu (zgodnie z art. 198 oraz 350 k.s.h.). Jednakże w spółce akcyjnej uregulowano tę kwestię w sposób nieco odmienny, uwzględniając dobrą wiarę akcjonariusza, który otrzymał udział w zysku. Zgodnie bowiem z art. 350 k.s.h. akcjonariusze, którzy wbrew przepisom prawa albo postanowieniom statutu otrzymali jakiegokolwiek świadczenia od spółki, obowiązani są do ich zwrotu, natomiast wyjątek stanowi przypadek

otrzymania przez akcjonariusza w dobrej wierze udziału w zysku.

W określonych sytuacjach prawo wyraźnie zabrania podziału zysku pomiędzy wspólników albo akcjonariuszy. Przykładem może być okres likwidacji spółki, w którym zgodnie z art. 275 § 2 k.s.h. w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz z art. 462 § 2 k.s.h. w odniesieniu do spółki akcyjnej nie można nawet częściowo wypłacać wspólnikom/akcjonariuszom zysków przed spłaceniem wszystkich zobowiązań.

Podobnie przepisy wprowadzają również ograniczenia w zakresie użycia określonych kapitałów na wypłatę dywidendy. Przykładowo, zgodnie z art. 31 ust. 4 u.o.r., nie można przeznaczyć na wypłatę dywidendy kwot funduszu z aktualizacji wyceny aktywów spółki.

Zysk wypracowany w spółce może być przeznaczony również na podwyższenie kapitału (funduszu) zapasowego na pokrycie przyszłych strat lub kapitału rezerwowego w celu finansowania na przykład działalności inwestycyjnej spółki.

Z zastrzeżeniem zachowania zasad określonych przepisami prawa, w szczególności art. 260 § 1 k.s.h. w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz art. 442 § 1 k.s.h. w odniesieniu do spółki akcyjnej, zysk spółki przekazany na poczet kapitału zapasowego lub rezerwowego może być następnie przeznaczony na podwyższenie kapitału zakładowego spółki.

W spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, inaczej niż w spółce akcyjnej, środki pochodzące z „czystego zysku” mogą być przeznaczone również na umorzenie udziałów, o ile umowa spółki przewiduje możliwość umorzenia udziałów. Umorzenie udziału z czystego zysku nie wymaga bowiem obniżenia kapitału zakładowego (art. 199 § 4 k.s.h.).

Uzyskany przez spółkę zysk może być również przeznaczony na pokrycie straty z lat poprzednich. Ponoszone bowiem przez spółkę straty powinny zostać pokryte, aby zapobiec sytuacji, w której konieczne będzie podjęcie uchwały dotyczącej dalszego istnienia spółki (na podstawie art. 233 oraz 397 k.s.h.), a w bardziej skrajnej sytuacji, aby zapobiec upadłości spółki.

Jak zatem wynika z przedstawionych powyżej przykładów, wspólnicy bądź akcjonariusze spółek kapitałowych mają możliwość dokonania wyboru sposobu przeznaczenia zysku osiągniętego przez spółkę w danym roku obrotowym w granicach zakreślonych przez prawo.

Omawiając sposoby pokrycia strat w spółce kapitałowej, należy założyć, że strata jest zmniejszeniem wartości aktywów względem wartości pasywów, pokrycie straty netto stanowi zatem zniwelowanie powstałej różnicy. Może ono nastąpić przez zwiększenie wartości aktywów lub zmniejszenie wartości pasywów.

⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z 7 maja 2008 r., II PK 308/07, LEX nr 490350.

Pokrycie straty w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością może nastąpić w szczególności poprzez wniesienie dopłat, jeżeli taką możliwość przewiduje umowa spółki. Zgodnie bowiem z art. 177 k.s.h. umowa spółki może zobowiązywać wspólników do dopłat w granicach liczbowo oznaczonej wysokości w stosunku do udziału. Dopłaty powinny być nakładane i uiszczane przez wspólników równomiernie w stosunku do ich udziałów. Wysokość i terminy dopłat oznaczane są w miarę potrzeby uchwałą wspólników. Jeżeli umowa spółki nie stanowi inaczej, w przypadku, gdy wspólnik nie uiszczył dopłaty w określonym terminie, obowiązany jest do zapłaty odsetek ustawowych; spółka może również żądać naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki.

Dopłaty mogą być zwracane wspólnikom, jeżeli nie są wymagane na pokrycie straty wykazanej w sprawozdaniu finansowym, o ile umowa spółki nie stanowi inaczej (art. 179 § 1 k.s.h. w związku z art. 178 § 1 k.s.h.). Należy jednak uwzględnić treść art. 189 § 2 k.s.h., mającego charakter bezwzględnie obowiązujący, zgodnie z którym wspólnicy nie mogą otrzymywać z jakiegokolwiek tytułu wypłat z majątku spółki potrzebnego do pełnego pokrycia kapitału zakładowego.

W spółce akcyjnej, o czym było już wspomniane, na pokrycie ewentualnej straty istnieje obowiązek utworzenia kapitału zapasowego, do którego przelewa się co najmniej 8 proc. zysku za dany rok obrotowy, dopóki kapitał ten nie osiągnie co najmniej jednej trzeciej kapitału zakładowego.

Kapitał zapasowy w spółce akcyjnej może być ponadto uzupełniony dopłatami, mającymi odmienny charakter niż w spółce z o.o., które wnoszą akcjonariusze w zamian za przyznanie szczególnych uprawnień. Zgodnie z poglądem wyrażanym w doktrynie prawa w art. 396 § 3 k.s.h. mowa jest o akcjach, ale nie ma przeszkód, aby dopłaty takie były uiszczane w zamian za prawa przyznane akcjonariuszom osobiście⁵. Wpłaty te są przeznaczane w pierwszym rzędzie na wyrównanie nadzwyczajnych strat i odpisów, a jeżeli nie zostaną wykorzystane, przekazywane są na kapitał zapasowy.

Do kapitału zapasowego należy przelewać również nadwyżki uzyskane przy objęciu w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością udziałów powyżej ich wartości nominalnej, a w przypadku spółki akcyjnej, przy emisji akcji powyżej ich wartości nominalnej, pozostałe po pokryciu kosztów emisji akcji.

Poza kapitałem zapasowym w spółce akcyjnej mogą być tworzone inne kapitały na pokrycie szczególnych strat lub wydatków, do których mogą być przekazywane w szczególności zyski z lat ubiegłych. Strata może być zatem pokryta z kapitału zapasowego lub rezerwowego istniejącego w spółce.

Strata może być pokryta również poprzez uszczuplenie zysku z lat ubiegłych. Pozycja „zysk” z lat ubiegłych powstaje między innymi wtedy, gdy nie została podjęta uchwała zwyczajnego zgromadzenia spółki rozstrzygająca o przeznaczeniu osiągniętego zysku lub też zgromadzenie wspólników podjęło decyzję, że zysk w danym roku nie zostanie podzielony. Nie jest to zatem przeznaczenie zysku na określony fundusz, lecz przeniesienie decyzji o podziale zysku na rok następny. W bilansie zapisuje się to w pozycji „niepodzielny zysk z lat ubiegłych”. Jeśli spółka posiada niepodzielny zysk z lat ubiegłych, to taki zysk powinien w pierwszej kolejności zostać zmniejszony celem pokrycia straty poniesionej w następnym roku obrotowym. Następuje to poprzez podjęcie uchwały na zwyczajnym zgromadzeniu, jednakże jak podnosi się w doktrynie, uchwała ta ma charakter deklaratoryjny⁶.

Jednym ze sposobów pokrycia straty poprzez zniwelowanie różnicy pomiędzy wartością pasywów i aktywów w spółce jest obniżenie kapitału zakładowego spółki bez wypłat na rzecz wspólników albo akcjonariuszy.

W spółce z ograniczoną odpowiedzialnością procedura obniżenia kapitału zakładowego jest uregulowana w art. 263-265 k.s.h., należy jednak zastrzec, iż ten sposób pokrycia straty może mieć zastosowanie, o ile nie doprowadzi do zmniejszenia kapitału zakładowego poniżej wartości minimalnej dopuszczanej przez prawo, która obecnie wynosi dla spółki z ograniczoną odpowiedzialnością 5 000 zł.

W spółce akcyjnej obniżenie kapitału zakładowego uregulowane jest w przepisach art. 455-458 k.s.h., przy czym w art. 457 § 1 pkt 2) k.s.h. przewidziano wprost, iż celem obniżenia kapitału zakładowego może być wyrównanie poniesionych strat lub przeniesienie określonych kwot do kapitału rezerwowego. Kapitał ten, zgodnie z art. 457 § 2 k.s.h., może być wykorzystany jedynie na pokrycie strat. W spółce akcyjnej minimalna kwota kapitału zakładowego, poniżej której nie może on zostać obniżony, wynosi 100 000 zł.

Ten sposób pokrycia straty prowadzi do zmniejszenia pasywów bez zmiany po stronie aktywów, gdyż z jednej strony po stronie pasywów zmniejsza się wysokość kapitału zakładowego, a z drugiej strony nie wiąże się to ze zmniejszeniem aktywów, gdyż wspólnicy albo akcjonariusze nie otrzymują żadnych wypłat z tego tytułu.

Należy podkreślić, że strata nie może zostać pokryta poprzez podwyższenie kapitału zakładowego. W wyniku podwyższenia kapitału zakładowego dochodzi bowiem do zwiększenia w tym samym stopniu aktywów, jak i pasywów spółki, a zatem różnica między aktywami i pasywami pozostaje

⁵ A. Kidyba, *Komentarz do kodeksu spółek handlowych* (Dz.U.00.94.1037), [w:] A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Tom I. Komentarz do art. 1-300 k.s.h., LEX, 2010, wyd. VII.

⁶ I. Komarnicki, *Obowiązek pokrycia straty w spółce kapitałowej*, Przegląd Prawa Handlowego, sierpień 2001.

niezmieniona⁷. Zwiększenie wartości kapitału własnego ma natomiast znaczenie choćby z uwagi na wymagania przewidziane w art. 233 k.s.h. dla spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub w analogicznym przepisie art. 397 k.s.h. dla spółki akcyjnej.

Warto zauważyć, iż strata nie musi być pokryta w tym samym roku, w którym została poniesiona. Organ uprawniony do podziału wyniku może podjąć uchwałę, że strata będzie pokryta z zysków z lat następnych.

Podsumowując, należy zauważyć, iż wszystkie ograniczenia swobody decydowania dotyczące wyniku finansowego mają na celu ochronę z jednej strony samej spółki i jej sytuacji

finansowej, a z drugiej strony ochronę wierzycieli spółki przed nadmiernym wyprowadzaniem środków finansowych przez jej wspólników lub akcjonariuszy. Ponadto służą także ochronie mniejszościowych wspólników lub akcjonariuszy, poprzez zapewnienie im pewnego minimum udziału w zysku.

Powyżej zostały poruszone jedynie zasadnicze kwestie związane z przeznaczeniem zysku i pokryciem straty w spółkach kapitałowych. Zagadnienia te mają jednak złożony charakter i w każdej spółce zazwyczaj wymagają indywidualnej analizy na podstawie danych finansowych oraz postanowień umowy spółki albo statutu.

*Kinga Ziemińska, radca prawny, członek Zespołu Prawa Korporacyjnego,
Restrukturyzacji Spółek i Kontraktów Handlowych*

⁷ Ibidem

Kiedy różne wynagrodzenia nie stanowią dyskryminacji?

Agnieszka Lisiecka



Pracownicy mają prawo do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości. Naruszenie tej zasady jest traktowane jako dyskryminacja w zatrudnieniu. Istnieją jednak pewne dozwolone kryteria różnicowania wynagrodzeń.

Zarzut dyskryminacji najczęściej zaskakuje pracodawcę. Wpływa pozew pracownika. Zarzuty? Zarabiam mniej niż kolega, chociaż jestem zatrudniony na takim samym stanowisku. Pracownik wskazuje stanowisko i różnicę w wynagrodzeniu. Teraz ciężar wykazania, że postawione zarzuty są bezpodstawne, spoczywa na pracodawcy. Czy mamy dostateczne argumenty, żeby wykazać, że pracownik nie ma racji? O niektórych rozwiązaniach zapewniających bezpieczeństwo prawne warto pomyśleć już na wczesnym etapie organizowania działalności.

Co to jest dyskryminacja w wynagrodzeniu?

Dyskryminacja w wynagrodzeniu to jedna z form dyskryminacji w zatrudnieniu. Uregulowana została wprost w Kodeksie pracy i obowiązuje w swoim obecnym kształcie od 1 stycznia 2004 r. Oznacza naruszenie zasady, zgodnie z którą pracownicy mają prawo do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości.

Pracodawca narusza tę zasadę, jeśli różnicuje wynagrodzenia bez obiektywnego i rozsądnego powodu, a więc stosuje kryterium dowolne, które nie służy realizacji uzasadnionego celu albo nie jest proporcjonalne do realizacji takiego celu.

Co istotne, chodzi tu o wynagrodzenie rozumiane bardzo szeroko – jako każdy składnik wynagrodzenia, bez względu na nazwę i charakter, w tym także inne świadczenie związane z pracą, przyznawane pracownikom w formie pieniężnej lub niepieniężnej. Pracownik może zarzucać pracodawcy dyskryminację pod względem wszystkich tych składników łącznie, kilku lub jednego z nich.

Praca jednakowa lub o jednakowej wartości

Pracą jednakową z reguły będzie praca wykonywana na takich samych stanowiskach.

Prace o jednakowej wartości to takie, których wykonywanie wymaga od pracowników porównywalnych kwalifikacji zawodowych (potwierdzonych stosownymi dokumentami, praktyką i doświadczeniem zawodowym), a także porównywalnej odpowiedzialności i wysiłku.

Jednakowość tę należy oceniać przez pryzmat faktycznie wykonywanych obowiązków i przypisanej odpowiedzialności. Nie będzie jednakową praca pracowników zatrudnionych na takich samych stanowiskach, mających zbliżone kwalifikacje zawodowe, jeśli powierzone i faktycznie wykonywane obowiązki będą wskazywały na inny stopień ich skomplikowania lub na inny zakres i stopień odpowiedzialności.

W praktyce wykazanie, że prace nie są jednakowe lub jednakowej wartości, wymaga przeprowadzenia szczegółowego porównania. Stąd postępowania sądowe

w tego rodzaju sprawach są skomplikowane i długotrwałe, a przede wszystkim pozostawiają sądowi orzekającemu dużą swobodę oceny.

Czy zawsze wszystkim po równo?

Zasada równego traktowania w zakresie wynagradzania nie oznacza jednak absolutnej równości płac. Różnice takie, będące jednym z elementów motywacji pracownika, są oczywiście nieodzowne w procesie kształtowania indywidualnych wynagrodzeń. Ważne jest, aby różnicować wynagrodzenia stosując dopuszczalne prawnie kryteria i parametry, tj. takie, które są obiektywnie uzasadnione, realizują uprawniony cel i są proporcjonalne do realizacji takiego celu.

Przepisy Kodeksu pracy stanowią wprost, że wynagrodzenie za pracę powinno odpowiadać w szczególności rodzajowi wykonywanej pracy i kwalifikacjom wymaganych przy jej wykonywaniu, a także uwzględniać ilość i jakość świadczonej pracy. Pracodawca może zatem różnicować wynagrodzenia ze względu na rodzaj pracy oraz jej ilość i jakość.

Będzie to miało szczególne znaczenie w tych wszystkich przypadkach, w których pracownicy zajmują takie same stanowiska pracy, a więc ich praca co do zasady jest jednakowa. Dlatego ważne jest, aby precyzyjnie określać zakres obowiązków i odpowiedzialności pracowników na poszczególnych stanowiskach oraz prowadzić oceny okresowe pracy. W procesie sądowym posłużą one jako dowód uzasadnionego jakością i ilością pracy różnicowania wynagrodzenia.

Kolejne kryteria dozwolonego różnicowania wynikają już z samej definicji pracy o jednakowej wartości. Kryterium takim będą kwalifikacje zawodowe, o ile są istotne i potrzebne do wykonywania powierzonych pracy; potwierdzone stosownymi dokumentami, praktyką i doświadczeniem zawodowym. Kryterium takim będzie również inny zakres odpowiedzialności czy wysiłku związanego z wykonywaną pracą.

Dozwolonym, wprost wymienionym w przepisach Kodeksu pracy kryterium różnicowania jest również staż pracy. Ponieważ jest on ściśle powiązany z doświadczeniem zawodowym, pracodawca nie musi dowodzić zasadności zastosowania tego kryterium. Jeśli jednak pracownik kryterium to zakwestionuje (np. gdy pracodawca odwołuje się do stażu pracy u poprzednich pracodawców), pracodawca musi wykazać zasadność zastosowanego kryterium.

W ewentualnym postępowaniu sądowym to na pracodawcy spoczywa główny ciężar dowodowy. Pracownik ma uprawdopodobnić fakty świadczące o dyskryminacji

(m.in. określić, na czym polega zarzucona przez niego dyskryminacja oraz wykazać jednakowość pracy pracowników, do których się porównuje). Pracodawca natomiast musi udowodnić, że nie dyskryminuje pracownika, a więc że stosuje prawnie dopuszczalne kryteria różnicowania wynagrodzeń.

Dlaczego dyskryminacja jest taka groźna?

W przypadku udowodnienia dyskryminacji pracownikowi przysługuje roszczenie o odszkodowanie w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę, tj. 1386 zł w 2011 r. Przepisy nie określają maksymalnej wysokości takiego odszkodowania. W orzecznictwie Sądu Najwyższego i doktrynie dominuje jednak pogląd, że w przypadku różnicowania wynagrodzenia odszkodowanie ma kompensować różnicę między wynagrodzeniem, jakie pracownik otrzymywał, a wynagrodzeniem, jakie powinien otrzymywać, gdyby nie był dyskryminowany. Sąd ponadto może ustalić niedyskryminujące warunki płacy na przyszłość.

Co również istotne, w sprawach o dyskryminację pracodawca ryzykuje swój wizerunek i w przypadku przegranej naraża się na kolejne pozwy. Z tych powodów ugody w sporach sądowych są trudne do zaakceptowania przez pracodawcę. Jakikolwiek ustępstwo pracodawcy połączone z wypłatą odszkodowania kojarzone jest (choć nie w każdym przypadku słusznie) z przyznaniem samego faktu dyskryminacji.

Podsumowanie

Zasada równego traktowania w wynagrodzeniu stwarza dla pracownika dogodną formę weryfikacji prawidłowości ustalenia wysokości jego wynagrodzenia. Niezadowolony pracownik chętnie porównuje się do innych pracowników i może podjąć próbę wykazania pracodawcy nierównego traktowania. Pracodawca musi być przygotowany dowodowo, aby w przypadku sporu sądowego móc obiektywnie wykazać różnice w jakości lub ilości pracy wykonywanej przez poszczególnych pracowników i przekonywająco uzasadnić różnice w wynagrodzeniach pracowników.

Takimi przekonującymi argumentami będą powody obiektywnie uzasadniające różnice w wynagrodzeniach.

Pracodawca będzie tym bardziej wiarygodny, jeśli precyzyjnie określi zakres obowiązków i odpowiedzialność każdego pracownika, wprowadzi widelki płacowe na poszczególnych stanowiskach pracy, a wreszcie, co niezwykle istotne, system ocen okresowych oparty na jednolitych kryteriach ocen. W strukturach bardziej złożonych warto rozważyć wartościowanie stanowisk pracy.

Agnieszka Lisiecka, adwokat, współnik odpowiedzialny za Zespół Prawa Pracy

Możliwość odstąpienia przez zamawiającego od umowy o zamówienie publiczne

Mirella Lechna



Odstąpić od umowy o zamówienie publiczne można zarówno na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i na gruncie Kodeksu cywilnego. Umowę uznaje się wówczas za niezawartą. Pozostaje kwestia zwrotu dotychczasowych świadczeń i rozliczeń za już wykonaną część umowy.

Odstąpienie przez zamawiającego od umowy o zamówienie publiczne może zostać dokonane na gruncie art. 145 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (u.p.z.p.). Zgodnie z powyższym przepisem odstąpienie od umowy możliwe jest po spełnieniu kilku przesłanek. Po pierwsze, musi zaistnieć istotna zmiana okoliczności po zawarciu umowy, po drugie – w wyniku tych okoliczności wykonanie umowy nie leży już w interesie publicznym, po trzecie zaś – zmiany okoliczności i jej następstwa nie były możliwe do przewidzenia w chwili

zawarcia umowy. Odstąpienie od umowy powinno nastąpić w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach.

Pojęcie interesu publicznego, o którym mowa powyżej, należy rozumieć szeroko i oceniać każdorazowo w zależności od sytuacji¹, stąd trudno wskazać uniwersalną definicję tego pojęcia. Katalog potrzeb leżących u podstaw zawierania umów o zamówienie publiczne jest otwarty. Przykładowo można jednak wskazać, że są to ochrona zdrowia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodom w majątku będącym własnością publiczną, rozwój infrastruktury, a nawet ochrona środowiska². Interesu zamawiającego nie można utożsamiać z interesem publicznym, choć wydaje się, że pojęcia te, w zależności od stanu faktycznego, czasami mogą się pokrywać³. Jeśli chodzi o trzecią przesłankę, zmiana okoliczności musi być obiektywnie niemożliwa do przewidzenia, przy czym chodzi nie tyle o całkowitą nieprzewidywalność zaistnienia określonych zdarzeń, ile o nieprzewidywalność następstw tych zdarzeń dla umowy w sprawie zamówienia publicznego⁴. Warto dodać, że ustawodawca w treści przepisu art. 145 u.p.z.p. nie wykluczył równocześnie możliwości częściowego odstąpienia przez zamawiającego od umowy.

Uprawnienie do odstąpienia od umowy przyznane zamawiającemu na gruncie u.p.z.p. nie wyłącza podstaw odstąpienia od umowy wynikających z Kodeksu cywilnego. Jak bowiem stwierdził Sąd Najwyższy, odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego badać należy na płaszczyźnie przesłanek wskazanych w przepisach Kodeksu cywilnego, z wyjątkiem przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego, o którym mowa w art. 77

¹ J.E. Nowicki, *Miedzy Kodeksem cywilnym a Prawem zamówień publicznych*, cz. 5. Teza nr 3 [w:] *Monitor Zamówień Publicznych* 2010, nr 7, s. 51.

² M. Baglaj, *Rozwiązanie umowy*, Teza nr 1, *Przetargi Publiczne* 2010, nr 9, s. 26.

³ Komentarz do art. 145 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2007, wyd. III.

⁴ Komentarz do art. 145 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2007, wyd. III.

ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r.⁵ Ponieważ art. 145 ust. 1 u.p.z.p. wyraża normę prawną identycznej treści jak uchylony art. 77 u.p.z.p., pogląd Sądu Najwyższego zachowuje aktualność również w obowiązującym stanie prawnym.

Możliwość odstąpienia od umowy na podstawie przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 Nr 16, poz. 93, dalej: k.c.) przewidują art. 395 oraz art. 491. Przepisy te znajdują zastosowanie do umów o zamówienie publiczne, gdyż nie są sprzeczne z ich istotą, zapewniają należyty poziom ochrony środków publicznych, a jednocześnie nie wymagają w każdej sytuacji spełnienia wszystkich przesłanek opisanych w art. 145 u.p.z.p.⁶

Art. 395 k.c. pozwala stronom zastrzec umowne prawo odstąpienia. W razie wykonania prawa odstąpienia poprzez złożenie oświadczenia drugiej stronie umowa uważana jest za niezawartą. Świadczenia już wykonane ulegają zwrotowi w stanie niezmienionym, chyba że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu. Za świadczone usługi oraz za korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie.

Natomiast przepis art. 491 k.c. określa następstwa zwłoki dłużnika zobowiązanego z umowy wzajemnej, nie uchybiając ogólnej regulacji skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania zawartej w przepisach art. 471 i n. k.c., a szczególnie w art. 477 § 1 k.c. Jeżeli dłużnik dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, wierzyciel uzyskuje uprawnienie do odstąpienia od umowy (ustawowe prawo odstąpienia od umowy). Ze względu na ochronę interesów dłużnika ustanowiono wymóg, aby wierzyciel wyznaczył wcześniej dłużnikowi odpowiedni dodatkowy termin do wykonania zobowiązania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Ustawa nie przewiduje żadnej szczególnej formy dla złożenia oświadczenia tej treści.

Skutki odstąpienia od umowy określa art. 395 § 2 k.c., który stwierdza, że *w razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za nie zawartą*. Takie rozumienie następstw odstąpienia od umowy należy przyjąć niezależnie od tego, czy za podstawę odstąpienia zostanie wskazany art. 145 ust. 1 u.p.z.p., czy art. 395 lub 491 § 1 k.c. Jeżeli jedna lub obie strony w części lub całości wykonały już zobowiązanie, wówczas dochodzi do powstania nowego zobowiązania, którego treścią jest obowiązek zwrotu dotychczasowych świadczeń w stanie niezmienionym, a także obowiązek odpowiedniego wynagrodzenia drugiej strony za świadczone przez nią usługi oraz za korzystanie z jej rzeczy. Gdyby zwrot w naturze nie był możliwy (jak to ma miejsce np. w przypadku świadczenia usług), strona może żądać odpowiedniego wynagrodzenia za świadczone przez siebie usługi. Wysokość wynagrodzenia, jeżeli strony nie określą go w umowie, należy ustalić na podstawie warunków rynkowych, uwzględniając ewentualne pożytki, jeżeli rzecz takowe przynosi⁷. Kodeks cywilny uprawnia także odstępującego od umowy do żądania naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała na mocy umowy, a więc także kwoty otrzymane tytułem zabezpieczenia czy kaucji gwarancyjnej. W przeciwnym razie może spotkać się z zarzutem bezpodstawnego wzbogacenia.

W przypadku więc odstąpienia przez zamawiającego (również w części) od umowy podstawowej na gruncie art. 145 ust. 1 u.p.z.p. lub art. 491 § 1 k.c. wykonawca, który przystąpił już do realizacji umowy, może żądać wynagrodzenia za wykonaną jej część. Podobnie jeśli strony postanowiły, że za czynności przyjęte do wykonania wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe, a czynności zostały wykonane jedynie w części, wówczas wynagrodzenie należne wykonawcy winno być określone proporcjonalnie do wykonanych prac⁸. Nie zmienia to jednak faktu, że kwestie wzajemnych rozliczeń warto zawczasu uregulować w umowie.

Mirella Lechna, radca prawny, współnik odpowiedzialny za Zespół Infrastruktura, Transport, Zamówienia Publiczne (PPP)

⁵ Wyrok z 10 kwietnia 2003 r. (III CKN 1320/00, OSNC 2004, nr 7–8, poz. 112).

⁶ M. Bałaj, *Rozwiązanie umowy*. Teza nr 3, 121041/3, Przetargi Publiczne 2010, nr 9, s. 26.

⁷ A. Rzetecka-Gil, Komentarz LEX/el. 2010, Komentarz do art. 395 kodeksu cywilnego (Dz.U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93).

⁸ Wyrok SN z 29 stycznia 1985 r. (II CR 494/84).

Pojęcie zbioru jako przedmiotu zastawu rejestrowego

Marcin Smolarek

Patrycja Jacaszek



Sąd Najwyższy uwzględnił skargę kasacyjną spółki, której sąd rejestrowy odmówił wpisu zastawu rejestrowego na kilku stadach zwierząt i skórach, i tym samym potwierdził, że oceniając kategorię zbioru o zmiennym składzie należy przede wszystkim badać, czy dany zbiór służy określonej celowi gospodarczemu.

Zbiór rzeczy lub praw jako zabezpieczenie kredytu

Ustawa o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów („Ustawa”) nie jest nowa – została uchwalona w 1996 roku. Jednak dopiero gruntowna nowelizacja, która weszła w życie na początku 2009 roku, umożliwiła korzystanie z jej dobrodziejstw nie tylko instytucjom finansowym i innym szczególnym podmiotom, lecz wszystkim zainteresowanym, w tym przedsiębiorcom niebędącym instytucjami finansowymi. Ta i inne zmiany przypominały o kierunku,

w którym ustawodawca dążył od początku, tj. wprowadzenia instrumentu zabezpieczenia kredytu przyjaznego gospodarczo i funkcjonalnie kredytobiorcy i kredytodawcy.

Jedną z podstawowych korzyści, jaką daje zastaw rejestrowy, jest możliwość ustanowienia zabezpieczenia na zbiorze rzeczy lub praw, którego skład jest płynny (odpowiednik ang. *floating charge*). Jest to unikatowa możliwość w polskim systemie prawnym, który co do zasady¹ pozwala jako przedmiot praw i obowiązków desygnować jedynie rzecz i prawo, lecz nie ich zbiór. Wspomniana Ustawa wyraźnie przewiduje taką możliwość, precyzując, że przedmiotem zastawu rejestrowego może być w szczególności „zbiór rzeczy ruchomych lub praw, stanowiący całość gospodarczą, choćby jego skład był zmienny”. Ten opis wskazuje jedyny

¹ Ta zasada doznaje oczywiście wyjątków, z których największe znaczenie ma pojęcie przedsiębiorstwa oraz gospodarstwa wiejskiego.

warunek uznania, że dany zbiór może zostać obciążony jedynym zastawem rejestrowym, jaki nakłada Ustawa. Z kolei rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości regulujące sposób wpisywania zastawu rejestrowego do rejestru zastawów² przewiduje, że taki zbiór można wpisać jako przedsiębiorstwo, gospodarstwo rolne lub „inny zbiór rzeczy lub praw stanowiących organizacyjną całość chociażby jego skład był zmienny”. W obliczu tak skromnego wyjaśnienia kompletnie nowej kategorii prawnej powstaje pytanie: jakie zbiory mogą być przedmiotem zastawu rejestrowego? Lub inaczej: kiedy sąd rejestrowy może odmówić wpisu danego zastawu na zbiorze rzeczy lub praw?

Zastaw na kilku stadach zwierząt i skórach

Fiński dom aukcyjny skór futerkowych udziela polskim producentom skór finansowania na rozpoczęcie działalności i rozwój farm, zajmujących się głównie produkcją skór z norek. Jako zabezpieczenie udzielanych pożyczek producenci skór futerkowych ustanawiają zastaw rejestrowy na zbiorze wszystkich posiadanych zwierząt futerkowych oraz skór. Taki zastaw został wcześniej bez żadnych problemów zarejestrowany przez siedem sądów rejonowych³. Za każdym razem używany był ten sam wzór umowy zastawniczej, przy zmianie jedynie oznaczenia dającego zabezpieczenie (zastawcy) oraz odpowiednich wartości i danych dotyczących położenia zbioru. Latem 2009 roku jeden z sądów rejonowych odmówił jednak wpisu zastawu rejestrowego na podstawie wzoru umowy zastawniczej załączonej do standardowo wypełnionego formularza – wniosku o wpis zastawu.

Po apelacji sąd okręgowy podtrzymuje orzeczenie

Sąd rejonowy oddalił wniosek o wpis zastawu rejestrowego na opisanym wyżej zbiorze zwierząt i skór futerkowych, wskazując, że zbiór wskazany przez strony w umowie zastawniczej w istocie nie może być zakwalifikowany jako zbiór rzeczy ruchomych lub praw, stanowiący całość gospodarczą, choćby jego skład był zmienny, w rozumieniu art. 7 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Jak wskazywał sąd rejonowy, przedmiotowy zbiór wskazany w umowie zastawniczej powinien być przyporządkowany innej kategorii ustawowej i uznany za rzeczy oznaczone co do gatunku w rozumieniu art. 7 ust. 2 pkt 2 Ustawy. W związku z tym umowa zastawnicza winna odpowiadać zawartym w tym punkcie wymaganiom. W tym miejscu trzeba wyjaśnić, że zgodnie z Ustawą, jeżeli zastaw rejestrowy ma być ustanowiony na rzeczach oznaczonych co do gatunku, w umowie

zastawniczej powinna zostać wskazana ilość rzeczy oraz sposób ich wyodrębnienia wśród innych rzeczy tego samego gatunku. Wobec przekwalifikowania przedmiotu zastawu w stosunku do treści umowy zastawniczej i uznania przez sąd rejonowy, że umowa zastawnicza nie spełnia wymogów ustawowych, wniosek został oddalony.

Spółka wniosła apelację od postanowienia sądu rejonowego, stawiając zarzut m.in. naruszenia art. 7 ust. 2 pkt 3 Ustawy poprzez błędną jego interpretację i w efekcie nieuznanie opisanego w umowie zastawniczej przedmiotu zastawu za zbiór rzeczy stanowiący całość gospodarczą w rozumieniu Ustawy.

Pod koniec 2009 roku również sąd okręgowy podtrzymał rozumowanie sądu rejonowego i oddalił apelację. Wskazał, że przedmiot zastawu według umowy zastawniczej nie stanowi zorganizowanego zbioru o charakterze gospodarczym i w związku z tym nie może zostać zakwalifikowany jako zbiór rzeczy stanowiący całość gospodarczą w rozumieniu art. 7 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Sąd okręgowy podkreślił, że „testerem” organizacyjnego związku między składnikami zbioru jest negatywny wpływ eliminacji jednego z jego składników na całość zbioru, skutkujący obniżeniem sprawności realizacji jego funkcji zgodnie z przeznaczeniem. Następnie sąd okręgowy, tak jak wcześniej sąd rejonowy, zakwalifikował przedmiot zastawu rejestrowego jako niezorganizowany zbiór rzeczy ruchomych oznaczonych co do gatunku i uznał, że umowa zastawnicza nie spełnia ustawowych przesłanek z art. 7 ust. 2 pkt 2 Ustawy, w wyniku czego oddalił apelację. Argumentacja sądu okręgowego była bardzo podobna do poglądów wyrażonych przez sąd rejonowy w uzasadnieniu postanowienia oddalającego wniosek o wpis.

Najistotniejszy argument skargi kasacyjnej

Wnioskodawca zdecydował się na wniesienie skargi kasacyjnej od postanowienia sądu okręgowego. Skarga kasacyjna została oparta na kilku argumentach, jednak najistotniejszym z nich była potrzeba zastosowania wykładni językowej i celowościowej pojęcia zbioru przyjętego w Ustawie.

Jak wskazano powyżej, zastawem rejestrowym można obciążyć w szczególności zbiór rzeczy ruchomych lub praw, stanowiący całość gospodarczą, choćby jego skład był zmienny. Natomiast zgodnie z wspomnianym na początku rozporządzeniem, o ile taki przedmiot zastawu nie stanowi przedsiębiorstwa bądź gospodarstwa rolnego, powinien on być nazwany innym zbiorem rzeczy lub praw stanowiącym organizacyjną całość, chociażby jego skład był zmienny. A zatem zbiór ten musi stanowić całość gospodarczą, natomiast rozporządzenie posiłkowo wskazuje, że całość powinna być zorganizowana.

Jak wynikało z zaskarżanego postanowienia, za zbiór rzeczy lub praw, stanowiący całość gospodarczą, w rozumieniu

² Do ustanowienia zastawu rejestrowego niezbędna jest umowa zastawu zawierająca określone ustawą informacje oraz wpis zastawu do rejestru zastawów prowadzonego przez sąd rejonowy. Wpisu dokonuje sąd na podstawie wniosku o wpis składanego na formularzu, który należy uzupełnić zgodnie z właściwym rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości.

³ Dla porównania aktualnie rejestr zastawów jest prowadzony przez 11 sądów rejonowych.

art. 7 ust. 2 pkt 3 Ustawy może być uznany jedynie zbiór zorganizowany gospodarczo, czyli „taki zbiór, w którym poszczególne elementy mają wpływ na funkcjonowanie całości”. Ponadto sąd okręgowy stwierdził, że „jednym z widocznych przejawów (swoistych testerów) istnienia organizacyjnego związku między składnikami zbioru jest negatywny wpływ eliminacji składnika na całość zbioru (skutkujący obniżeniem sprawności realizacji jego funkcji zgodnie z przeznaczeniem)”.

Tak dosłowna i bardzo wąska interpretacja słowa „zorganizowany” może prowadzić do niebezpiecznej konkluzji, że pewne typy przedsiębiorstw bądź gospodarstw rolnych nie mogą zostać uznane za zbiór w rozumieniu art. 7 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Wylimitowanie bowiem poszczególnych elementów z przedsiębiorstwa nie musi skutkować spadkiem wartości przedsiębiorstwa jako całości. Na przykład usunięcie jednej śruby z linii technologicznej rzeczywiście powoduje obniżenie walorów funkcjonalnych i, w konsekwencji, straty ekonomiczne. Jednak dla dużego przedsiębiorstwa wylimitowanie nawet całej partii towaru czy pewnego rodzaju wiarygodności może być nieodczuwalne, a czasami nawet korzystne, jeśli z daną częścią wiązały się np. materialne ryzyka prawne. Funkcjonalne i ekonomiczne powiązanie różnych składników nie jest zawsze jednakowo silne i często zależy od ilości traconych w konkretnej sytuacji elementów.

W kontekście sformułowanego przez sąd okręgowy warunku trzeba przypomnieć, że Ustawa mówi jedynie o „całości gospodarczej”, natomiast przymiot zorganizowania wprowadzany jest na poziomie rozporządzenia. W pierwszej kolejności należy zatem rozstrzygnąć, jakie wymogi powinien spełniać zbiór, aby uznać go za całość gospodarczą, zaś przymiot zorganizowania traktować jako wskazówkę interpretacyjną. Nie można jednak zaakceptować zdeterminowania treści ustawy tekstem samego rozporządzenia, które ma pełnić w tym przypadku rolę techniczną⁴.

Należy od razu uściślić, że walor przeznaczenia gospodarczego należy rozumieć konkretnie, tj. jako charakterystykę elementów zbioru służącego do realizacji danego celu gospodarczego zastawcy (w przeciwieństwie do ujęcia abstrakcyjnego, czyli takich cech elementów zbioru, które mogą być wykorzystywane wielorako w obrocie gospodarczym). Wbrew twierdzeniom sądu okręgowego ten właśnie przymiot zbioru jest najistotniejszy, a gospodarcze przeznaczenie decyduje o kwalifikacji danego zbioru jako całości gospodarczej. Po pierwsze, ta właśnie cecha została wskazana w Ustawie – całość jest zatem utworzona przez elementy, które łączą

wież gospodarcza. Po drugie, takie oznaczenie przymiotu całości jest zgodne ze wspomnianym wcześniej *ratio legis* tego przepisu Ustawy, czyli umożliwia ustanowienie zabezpieczenia na zbiorze danych składników majątkowych będących całością w kategorii ekonomicznej.

Warto przytoczyć tutaj stanowisko doktryny, która wskazuje, że o „charakterze (całości gospodarczej) może decydować przede wszystkim funkcja tego przedmiotu dla działalności zastawcy”⁵ oraz że „określenie całości gospodarczej (...) musi być przyporządkowane jakiemś celowi gospodarczemu”⁶. Takie stwierdzenia doktryny najpełniej oddają sens wspomnianej definicji z Ustawy, wspieranej wykładnią terminu z rozporządzenia. Należy także zaznaczyć, że najbardziej typowe zbiory rzeczy lub praw w rozumieniu art. 7 ust. 2 pkt 3 Ustawy, które zostały wprost wskazane w rozporządzeniu, czyli przedsiębiorstwo i gospodarstwo rolne, stanowią zbiory rzeczy lub praw, których organizacja podyktowana jest ich gospodarczym przeznaczeniem. Jak trafnie wskazuje Feliks Zedler, „przedmiotem zastawu rejestrowego nie może być w ogóle zbiór rzeczy lub praw niezorganizowany, a więc taki zespół rzeczy lub praw, który nie będzie mógł służyć żadnemu celowi”⁷. Reasumując, funkcjonalne zorganizowanie zbioru jest jak najbardziej podyktowane celem, którym jest działalność gospodarcza zastawcy.

SN: stawianie wymogów wyższych niż ustawowe jest niedozwolone

6 października 2010 r. Sąd Najwyższy (sygn. II CSK 209/10), rozpoznając skargę kasacyjną, przyznał rację argumentom skarżącego. W ustnym uzasadnieniu postanowienia już na wstępie przypominał, że w analizie pojęć ustawowych należy kierować się ich brzmieniem, a także celem. Przede wszystkim sąd rejestrowy nie może stawiać wymogów niewynikających z ustawy przy rozpatrywaniu wniosku o wpis zastawu do rejestru zastawu. Ustawa posługuje się wyraźnie sformułowaniem „całość gospodarcza”. Zatem cel gospodarczy, któremu służą elementy zbioru, jest najistotniejszym kryterium przy uznaniu, czy dany przedmiot zastawu można uznać za zbiór rzeczy lub praw w rozumieniu art. 7 ust. 2 pkt 3 Ustawy. W tym postanowieniu Sąd Najwyższy dał wyraz regule zawartej w łacińskiej paremii: *Lege non distinguente nec nostrum est distinguere* – tam, gdzie ustawa nie rozróżnia, nie naszą jest rzeczą wprowadzać rozróżnienie.

Patrycja Jacaszek, aplikant adwokacki, oraz Marcin Smolarek, adwokat, są członkami Zespołu Bankowości i Finansowania Projektów. Oboje doradzali spółce w opisanej sprawie, w tym reprezentowali ją przed Sądem Najwyższym.

⁵ Z. Strus, M. Strus-Wołos, *Komentarz do ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów*, Warszawa 1997, s. 32.

⁶ F. Zedler, *Zastaw rejestrowy na zbiorze rzeczy lub praw*, Prawo Bankowe 1999/3, s. 51.

⁷ Ibidem.

⁴ Por. uchwałę SN z 15 grudnia 2006 r., III CZP 113/06, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna 2007/10/145.

Inwestor musi znać warunki umowy wykonawcy z podwykonawcą

Monika Hartung



Aby móc skutecznie dochodzić od inwestora zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace, podwykonawca musi wykazać, że inwestor znał te warunki umowy z podwykonawcą, które wyznaczają zakres jego odpowiedzialności i wyraził na nie zgodę.

6 października 2010 roku Sąd Najwyższy po raz kolejny dokonał wykładni art. 647¹ k.c. budzącego poważne wątpliwości w judykaturze i doktrynie. Zgodnie z tym artykułem do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. W przypadku wyrażenia przez inwestora zgody na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą inwestor i wykonawca ponoszą

solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

Przepis ten został wprowadzony do Kodeksu cywilnego nowelą z 14 lutego 2003 roku i zgodnie z jej uzasadnieniem miał służyć ochronie interesów małych i średnich przedsiębiorców, których kontrahentami są wykonawcy (generalni wykonawcy), na ogół duże przedsiębiorstwa budowlane – spółki akcyjne lub z ograniczoną odpowiedzialnością, przedsiębiorstwa deweloperskie dysponujące znacznym kapitałem zakładowym, wytwórczym i finansowym. Udzielenie szczególnej ochrony podwykonawcom związane było z coraz częstszymi przypadkami nieregulowania lub nieterminowego regulowania należności za wykonane świadczenia dotyczące robót budowlanych, w szczególności wykonawcom występującym w procesie inwestowania w charakterze podwykonawców.

Przepis ten od początku budził szereg wątpliwości, a linia

orzecznicza Sądu Najwyższego ulegała zmianom od ścisłej wykładni tego przepisu zapoczątkowanej uchwałą z 28 czerwca 2006 r. (wydaną w sprawie sygn. akt III CZP 36/06) do nieco bardziej liberalnej, zaprezentowanej w uchwale Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z 29 kwietnia 2008 roku (sygn. akt III CZP 6/2008).

Początkowo przyjmowano, że konieczną przesłanką odpowiedzialności solidarnej inwestora jest przedstawienie mu umowy lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót powierzanych podwykonawcy, przy czym nie mogło budzić wątpliwości, że dokumenty te zostały przedstawione inwestorowi w celu wyrażenia przez niego zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą, co w konsekwencji powodowało powstanie odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Zgoda inwestora powinna być wyrażona na piśmie. Taka wykładnia znajdowała oparcie w szczególnym charakterze tego przepisu, który stanowił odstępstwo od zasady prawa zobowiązań, określającej skuteczność zobowiązań umownych tylko między stronami (po wyrażeniu zgody na zawarcie umowy wykonawcy z podwykonawcą inwestor odpowiadał za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy należnego na podstawie umowy, której nie był stroną).

W ww. uchwale z 29 kwietnia 2008 roku Sąd Najwyższy szczegółowo wyjaśnił przesłanki powstania odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy, skupiając swoje rozważania przede wszystkim na tym, w jaki sposób zgoda inwestora może być wyrażona. I tak może być ona wyrażona w sposób czynny lub bierny. Zgoda czynna może być wyrażona zarówno przed zawarciem, jak i po zawarciu przez wykonawcę umowy z inwestorem, przy czym może ona być wyrażona wprost (inwestor przesyła pismo akceptujące umowę) lub w sposób dorozumiany. W każdym przypadku fakt wyrażenia zgody nie może jednak budzić wątpliwości.

Wyrażenie zgody w sposób dorozumiany może nastąpić poprzez każde zachowanie inwestora, które ujawnia wolę wyrażenia przez niego zgody w sposób dostateczny, a więc poprzez np. dopuszczenie podwykonawcy do wykonywania robót, do uczestniczenia w naradach na placu budowy lub odbiorach wykonanych przez podwykonawcę robót itd., jednakże podstawą do przyjęcia, że inwestor dorozumianie zgodę wyraził, jest uprzednie uzyskanie przez inwestora wiedzy o zakresie przedmiotowym umowy łączącej konkretnego podwykonawcę z wykonawcą, w szczególności o zakresie prac i warunkach finansowych tej umowy.

Obszerne rozważania przedstawione w uzasadnieniu uchwały odnoszą się przede wszystkim do zgody wyrażonej w sposób milczący określony w art. 647¹ § 2 k.c., natomiast wyrażenie zgody w sposób dorozumiany musi być oceniane w okolicznościach konkretnej sprawy.

Taka właśnie sytuacja była przyczyną sporu, który

definitywnie rozstrzygnął Sąd Najwyższy w wyroku z 6 października 2010 roku (sygn. akt II CSK 210/10). Wykonawca starał się o otrzymanie zlecenia na budowę elektrowni wiatrowej. Zlecenie to otrzymał ostatecznie w lutym 2006 roku, natomiast już w październiku poprzedniego roku zawarł z podwykonawcą umowę na wykonanie robót budowlanych związanych z budową tej elektrowni. Umowa łącząca wykonawcę z podwykonawcą zawarta została pod warunkiem zawieszającym wejścia w życie umowy z inwestorem i podlegała prawu obcemu oraz zawierała klauzulę poufności, zakazującą udostępniania tej umowy komukolwiek. Ponadto spory wynikające z tej umowy strony poddały rozstrzygnięciu sądu arbitrażowego z siedzibą w Wiedniu. W umowie pomiędzy wykonawcą a inwestorem znajdował się zapis uzależniający zawarcie umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą od zgody inwestora, przy czym zakres robót, które wykonawca zamierzał wykonać przy pomocy podwykonawców, miał zostać określony w załączniku do tej umowy. Załącznik taki nie został podpisany przez strony. Inwestor zwrócił się do wykonawcy o nadesłanie umowy z podwykonawcą, ale ten odmówił z uwagi na jej poufność, poinformował jednak inwestora ogólnie o zakresie robót, które ten konkretny podwykonawca miał wykonać. Inwestor miał także wiedzę o fakcie wykonywania robót przez podwykonawcę.

Przed ukończeniem inwestycji podwykonawca odstąpił od umowy z wykonawcą i zwrócił się do inwestora z żądaniem zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty oraz roboty dodatkowe. Inwestor odmówił, twierdząc, że nie wyraził zgody na zawarcie umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą oraz że nie znał treści łączącej ich umowy. Wówczas podwykonawca przesłał umowę inwestorowi.

Z uwagi na odmowę zapłaty wynagrodzenia podwykonawca pozwał inwestora do sądu. Sąd I instancji powództwo oddalił, uznając, że inwestor wprawdzie znał zakres robót, które miał wykonać podwykonawca, nie znał jednakże warunków finansowych, na jakich roboty te miały być wykonane, gdyż nie otrzymał umowy łączącej podwykonawcę z wykonawcą. W konsekwencji inwestor nie poznał zakresu swojej ewentualnej odpowiedzialności finansowej, a więc nie mógł wyrazić na nią zgody i z tych względów nie można mówić o powstaniu jego odpowiedzialności solidarnej łącznie z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy.

Sąd II instancji zgodził się z oceną faktyczną i prawną dokonaną przez sąd I instancji, podkreślając, że w przypadku objętym sporem podwykonawca nie wykazał, aby inwestor znał treść umowy przynajmniej w zakresie jej istotnych postanowień, a szczególnie co do wysokości wynagrodzenia podwykonawcy. Okoliczność ta nie wynikała ani z faktu uczestniczenia przedstawicieli podwykonawcy w negocjacjach pomiędzy inwestorem a wykonawcą, ani zaakceptowania podwykonawcy jako

uczestnika procesu inwestycyjnego. Sąd apelacyjny podkreślił, że odpowiedzialność solidarna inwestora zależy od jego wiedzy o zakresie przede wszystkim finansowym odpowiedzialności wykonawcy. Wiedza inwestora o zakresie prac wykonywanych przez podwykonawcę nie jest wystarczająca do wywołania skutku w postaci solidarnej odpowiedzialności inwestora. Za nieuzasadnione uznał sąd II instancji twierdzenia podwykonawcy, że wiedza inwestora o osobie podwykonawcy oraz ogólna znajomość zakresu robót, które miał on wykonać, są wystarczające dla przyjęcia, że wyraził on zgodę na zawarcie umowy przez wykonawcę z tym podwykonawcą.

Sąd Najwyższy ocenę tę podzielił i oddalił skargę kasacyjną podwykonawcy. W ustnych motywach uzasadnienia wskazano, że wykładnia art. 647¹ k.c. determinuje zasadność ewentualnych zarzutów naruszenia prawa procesowego, gdyż to rozumienie przepisu wyznacza zakres postępowania dowodowego i określa ustalenia, które muszą zostać dokonane dla rozstrzygnięcia sporu, czy odpowiedzialność solidarna powstała, czy też nie. Sąd Najwyższy wskazał, że celem wprowadzenia art. 647¹ k.c. była ochrona małych i średnich przedsiębiorców, a podwykonawca do takich się nie zaliczał, gdyż był dużą firmą mającą wykonać bardzo szeroki zakres robót, o znacznej wartości. Ustanowiona w tym przepisie odpowiedzialność ma charakter gwarancyjny i w przypadku jej powstania inwestor odpowiada tak jak poręczyciel. W stanie faktycznym tej sprawy można byłoby rozważać dorozumiane wyrażenie zgody przez inwestora na umowę łączącą podwykonawcę z wykonawcą, jednakże

tylko wówczas, gdyby inwestor miał niezbędne informacje warunkujące jego odpowiedzialność, choćby uzyskał je z innych źródeł niż umowa przedłożona przez wykonawcę. Inwestor musi otrzymać od kogokolwiek postanowienia konkretnej umowy kształtujące jego odpowiedzialność za wypłatę wynagrodzenia. W tej sprawie za istotną informację uznał Sąd Najwyższy także fakt poddania umowy zawartej przez wykonawcę z podwykonawcą prawu obcemu, według którego określone jest istnienie i zakres wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia, za które odpowiadać miał inwestor. Jest w interesie podwykonawcy – podkreślił Sąd Najwyższy – zadbanie o to, aby inwestor uzyskał niezbędną wiedzę o tych warunkach umowy, które wyznaczają zakres jego odpowiedzialności wobec podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia.

Wniosek z powyższego wyroku jest taki, że jeżeli podwykonawca chce zagwarantować sobie, aby także inwestor ponosił odpowiedzialność za zapłatę należnego mu wynagrodzenia, powinien podjąć działania zmierzające do poinformowania inwestora o zakresie robót, jakie ma wykonać, oraz o warunkach finansowych, na jakich roboty te mają być wykonane, jak również o wszystkich innych istotnych warunkach umowy zawartej przez niego z wykonawcą, a najlepiej zadbać, aby umowa ta została przedstawiona inwestorowi w całości.

Ww. wyrok należy uznać za trafny i należyte określający równowagę w stosunkach inwestor – podwykonawca w przypadku kierowania przez tego ostatniego roszczeń o zapłatę wynagrodzenia do inwestora.

*Monika Hartung, radca prawny, współnik współodpowiedzialny
za Zespół Postępowani Sądowych i Arbitrażowych*

Polscy dystrybutorzy często bezwiednie naruszają cudze prawa do znaków towarowych

Anna Pompe



Czy dystrybutor towarów danej marki może się nazwać tak samo jak producent, dodając np. oznaczenie sp. z o.o.? Takie rozwiązanie wydaje się mieć same korzyści: dystrybutor jest jednoznacznie kojarzony z produktem, zwłaszcza że nazwa producenta jest często tożsama ze znakiem towarowym.

Anna Pompe: To powszechny błąd. Wielu polskich przedsiębiorców nie orientuje się, że nazwa handlowa czy znak towarowy to dobra licencjonowane nawet dla dystrybutorów. Na przyjęcie takiego znaku w nazwie i używanie go w swojej działalności trzeba mieć licencję. Dlatego też dystrybutorzy często bezwiednie wchodzą w cudze prawa, co przez producenta jest odbierane również – a może przede wszystkim – jako brak lojalności.

Czym innym jest bowiem umowa dystrybucyjna dająca prawo do sprzedaży określonego produktu, a czym innym umowa lub klauzula licencyjna pozwalająca posługiwać się znakiem towarowym w uzgodnionym zakresie.

Zasada ogólna jest taka, że znaku towarowego nie można wykorzystywać bez zgody właściciela znaku. Wyjątkiem jest użycie znaku w celu informacyjnym. Nie można jednak zapominać, że stanowi to wyłom w sferze cudzych praw wyłącznych i – jak każdy wyjątek – musi być traktowane przez użytkowników wyjątkowo ostrożnie. Użycie informacyjne z pewnością nie może się łączyć z eksponowaniem znaku towarowego, a co za tym idzie tworzyć wrażenia, że używający i właściciel znaku są w jakikolwiek sposób powiązani.

Czy dotyczy to również wyłącznych dystrybutorów?

Status wyłącznego dystrybutora sam w sobie nie stanowi o żadnych przywilejach, jeżeli chodzi o posługiwanie się znakiem towarowym w działalności gospodarczej, w tym w nazwie handlowej. Nie daje on uprawnień takich, jakimi dysponuje właściciel znaku tylko z tego tytułu, że dystrybutor uzyskał wyłączność i częstokroć od podstaw buduje rynek.

Tymczasem u polskich przedsiębiorców można zaobserwować nadmierną skłonność do utożsamiania się z producentem. Są oni przekonani, że skoro budują lub rozwijają rynek dla danej marki, skoro podejmują działania marketingowe i ponoszą ich koszty, to automatycznie nabywają pewne prawa. Zaczynają wtedy sięgać po dobra, jakimi są znaki towarowe i nazwy handlowe, posuwając się nawet do rejestrowania takich znaków towarowych na swoją rzecz.

I do takiej rejestracji faktycznie dochodzi?

Owszem. Niejednokrotnie producent nie dokonuje rejestracji swoich znaków towarowych na terenie Polski, nie przypuszczając, że znajdzie tu rynek zbytu na swoje towary. W momencie, gdy dystrybutor odnosi pierwsze sukcesy i dana marka zyskuje popularność, zaczynają się naruszenia. Producent jednak nie zawsze chce się angażować w postępowania przeciwko naruszcicielom, szczególnie kiedy rynek wciąż nie jest dla niego strategiczny. Zdarza się wówczas, że dystrybutor postanawia chronić rynek na własną rękę i w tym celu rejestruje znak, który *de facto* należy do producenta. Takich rzeczy robić nie wolno.

Rejestracja znaku towarowego przez dystrybutora czy agenta na własną rzecz – nawet jeśli ma on najlepsze intencje – zawsze zostanie oceniona jako dokonana w złej wierze.

Często spotykam się z próbami rejestracji znaku towarowego podejmowanymi przez byłych dystrybutorów już po rozwiązaniu umowy dystrybucyjnej albo w momencie konfliktu z producentem. Wtedy motywy działania takiego byłego dystrybutora oczywiście pozostają zgoła odmienne.

W każdym jednak przypadku Urząd Patentowy powinien odmówić rejestracji. Należy jednak pamiętać, że urząd nie bada rynku pod tym kątem, bo nie ma takich możliwości.

Tu niezbędna jest aktywność pierwotnie uprawnionego, czyli producenta. Jeśli nie ma on w Polsce swojego pełnomocnika ani spółki córki, tylko wysyła tu swoje towary, wówczas zazwyczaj nie wie o próbie rejestracji swojego znaku towarowego i nie sprzeciwia się jej we właściwym czasie.

Dochodzi wtedy do rejestracji w złej wierze, z naruszeniem wcześniejszych praw producenta wynikających z faktu używania znaku towarowego, a częstokroć także do naruszenia jego dóbr osobistych, o ile nazwa handlowa producenta jest tożsama ze znakiem towarowym, którego używa.

Jeśli znak towarowy nie jest w Polsce zarejestrowany i nigdy nie był tutaj przez producenta używany, teoretycznie nie podlega ochronie i każdy podmiot może wystąpić o jego rejestrację. Ale również w takim przypadku, w określonych okolicznościach, producent może się powołać na rejestrację w złej wierze, np. kiedy może udowodnić, że rejestracja została dokonana celowo, żeby zablokować planowane przez producenta wejście na ten rynek.

A jeśli producent dowie się o bezprawnej rejestracji np. trzy lata po fakcie?

Może unieważnić taki znak. Producent może unieważnić rejestrację uzyskaną w złej wierze zawsze, nie ma ograniczenia czasowego. Natomiast w innych przypadkach, gdy wystąpiła np. kolizja z wcześniejszym zarejestrowanym znakiem towarowym lub nazwą handlową, ma na to pięć lat.

Czemu właściwie używanie znaku przez dystrybutora jest niekorzystne dla producenta, skoro dystrybutor poniekąd działa na jego rzecz? Przecież rozwija sprzedaż, buduje rynek dla jego towarów.

Używanie znaku przez dystrybutora jest korzystne dla producenta, ale tylko wtedy, kiedy jest przez niego kontrolowane. Właściciel znaku towarowego najczęściej określa całą strategię budowania i pozycjonowania marki na rynku. Znak towarowy to podstawowe narzędzie do tego celu. Specjaliści planują, kiedy i gdzie znak ma się pojawiać, w jakich mediach, w jakim kontekście, jaka ma być jego wizualizacja, włącznie z doбором odcienia barw, wielkości czcionki itd.

Znak towarowy łatwo jest zepsuć. Nieprzemyślane działania sprzeczne z polityką firmy grożą nie tylko zmianą wizerunku rynkowego danej marki, ale wręcz osłabieniem

siły wyróżniającej samego znaku towarowego. Jeśli używanie znaku towarowego nie jest kontrolowane przez właściciela, to z założenia mu to zagraża. Taka sytuacja jest niebezpieczna nawet wtedy, gdy producent i dystrybutor zgodnie współpracują, a co dopiero w razie sporu, gdy kontakty handlowe między nimi ustają.

Jak w takim razie postępować, żeby nie wejść w konflikt z prawem?

Przede wszystkim uzgodnić warunki używania znaku towarowego i nazwy handlowej. Wyjaśnienie tych kwestii leży w interesie obu stron. Zresztą uzyskanie licencji na korzystanie ze znaku towarowego wcale nie musi się wiązać z opłatą licencyjną. Dystrybutor ponosi przecież określone koszty związane z rozwijaniem sprzedaży, które mogą być ujęte w takim rozliczeniu.

Polski przedsiębiorca zyskuje jasność sytuacji. Ma świadomość, jaki zakres uprawnień został mu udzielony, jeśli chodzi o posługiwanie się znakiem towarowym w reklamie i wszelkich działaniach marketingowych, a także na dokumentacji handlowej. Jeśli rozwija swoją firmę pod nazwą handlową, która została mu udzielona, to od samego początku wie, w jakich sytuacjach może dojść do jej utraty. Dzięki temu polski dystrybutor jest w stanie umiejętnie budować swój wizerunek rynkowy, minimalizując ewentualne przyszłe straty.

Często polska spółka jest organizacyjnie mocno związana z producentem: producent jest np. jej współnikiem i poniekąd sam za jej pośrednictwem buduje rynek dla swoich towarów w Polsce. Ale nawet wtedy jasność zasad używania znaku towarowego i nazwy handlowej jest najważniejsza. Jeśli producent zawczasu nie pomyślał, jak zabezpieczyć swoje prawo do nazwy handlowej, to nie ma pewności, czy wychodząc ze spółki polskiej, może zabrać ze sobą nazwę i zakazać jej dalszego używania. W zasadniczej mierze od okoliczności danej sprawy będzie zależało, czy polska spółka, działając np. przez 5 lat, nie wytworzyła dla siebie jakiegoś silniejszego prawa, czy ta nazwa nie stała się również jej dobrem osobistym. Dlatego konieczna jest bardzo jasna umowa (licencyjna czy umowa spółki) regulująca kwestię wniesienia tej nazwy już w momencie rozpoczęcia współpracy.

Anna Pompe, adwokat, współnik współodpowiedzialny za Zespół Własności Intelktualnej

Rozprawa administracyjna

Radostaw Teresiak



Rozprawa administracyjna, wprowadzona do postępowania podatkowego w 2006 roku, znacznie przyspiesza proces wyjaśniania stanu faktycznego. Instytucja ta jest na razie słabo wykorzystywana, ale po wprowadzeniu postulowanych zmian może stać się podstawową formą prowadzenia postępowania odwoławczego.

Stan faktyczny jako podstawa prawidłowego określenia wysokości zobowiązania podatkowego

Zasadniczą kwestią w każdej sprawie podatkowej jest ustalenie stanu faktycznego zaistniałego u podatnika. Tylko to gwarantuje ustalenie zobowiązania podatkowego w prawidłowej wysokości.

Stwierdzenie to jest prawdziwe zarówno wówczas, gdy zobowiązanie podatkowe, zgodnie z art. 21 § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej, powstaje z mocy prawa, w związku

Dariusz Wasylkowski



z wystąpieniem stanów faktycznych określonych przepisami ustaw regulujących poszczególne podatki, jak i wówczas, gdy zobowiązanie podatkowe powstaje wskutek doręczenia podatnikowi decyzji ustalającej.

O wadze zagadnienia świadczy chociażby fakt, iż w ustawie Ordynacja podatkowa przewidziano odrębny, szczególny tryb służący do ustalania stanu faktycznego nazwany kontrolą podatkową. Postępowanie dowodowe, którego celem jest również zbadanie stanu faktycznego, może być przeprowadzane także w ramach postępowania podatkowego.

Najczęstszą przyczyną sporów pomiędzy organami podatkowymi a podatnikami są właśnie różnice w zakresie ustalenia stanu faktycznego.

Środki prawne umożliwiające ustalenie stanu faktycznego

Ustawa Ordynacja podatkowa przewiduje szereg środków

prawnych, które mają zapewnić ustalenie stanu faktycznego, i to zarówno przed organem podatkowym I instancji, jak i przed organem odwoławczym.

Pomimo że organ odwoławczy, zgodnie z art. 229 Ordynacji podatkowej, może przeprowadzić, na żądanie strony lub z urzędu, dodatkowe postępowanie w celu uzupełnienia dowodów i materiałów w sprawie albo zlecić przeprowadzenie tego postępowania organowi, który wydał decyzję, praktyka wskazuje, że organy odwoławcze bardzo rzadko korzystają z tego uprawnienia. W sytuacji, gdy zachodzi konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego, organy odwoławcze korzystają na ogół z uprawnienia przewidzianego w art. 233 § 2 Ordynacji podatkowej, tj. uchylają w całości decyzję organu I instancji oraz przekazują sprawę do ponownego rozpatrzenia, pomimo że warunkiem skorzystania z opisanego uprawnienia jest konieczność uprzedniego przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości lub w znacznej części. Dlatego też w doktrynie i w orzecznictwie zwraca się uwagę na nadużywanie prawa w tym zakresie przez organy odwoławcze.

Często organ odwoławczy wielokrotnie zwraca sprawę organom podatkowym I instancji, co w sposób bardzo znaczący wydłuża postępowanie w sprawie i w efekcie określa wysokość zobowiązania podatkowego. Dostrzegając znaczenie prawidłowego ustalenia stanu faktycznego oraz mając świadomość, że dotychczasowe regulacje prawne w tym zakresie raczej sprzyjają przedłużaniu postępowania dowodowego, ustawodawca w 2006 roku wprowadził nieznaną wcześniej postępowaniu podatkowemu instytucję rozprawy administracyjnej.

Rozprawa administracyjna i jej zalety

Rozprawę przeprowadza się przede wszystkim w sytuacji, gdy zachodzi potrzeba wyjaśnienia istotnych okoliczności stanu faktycznego sprawy. W praktyce rozprawa administracyjna okazała się instytucją słabo wykorzystywaną, co dało asumpt do postawienia postulatu o jej likwidację. W związku z powyższym pojawia się pytanie, czy faktycznie instytucja rozprawy administracyjnej jest zbędna postępowaniu podatkowemu.

Rozprawa administracyjna może stać się kluczową instytucją postępowania podatkowego, która znacznie przyspieszy proces wyjaśniania stanu faktycznego. Zasadniczym argumentem przemawiającym za rozprawą jest możliwość:

- bezpośredniej konfrontacji argumentów pomiędzy przedstawicielami organu I instancji a stroną oraz możliwość przeprowadzania dowodów (w szczególności dzięki przeprowadzeniu rozprawy możliwe jest uniknięcie zwrotu sprawy do ponownego rozpatrzenia);

- bezpośredniego przeprowadzania dowodów i ich oceny dla ustaleń dokonanych w postępowaniu;
- bezpośredniej prezentacji stanowiska strony przed organem odwoławczym.

Jeśli strona nie skorzysta z możliwości przeprowadzenia rozprawy, trudno jej będzie dowodzić przed WSA, że organy podatkowe nie przeprowadziły wszystkich dowodów niezbędnych do wyjaśnienia sprawy. Sąd może bowiem zwrócić uwagę, że strona miała możliwość co najmniej wnioskowania o przeprowadzenie rozprawy administracyjnej i żądania przeprowadzenia w jej trakcie dowodów.

Ciekawą propozycją wykorzystania rozprawy jest również jej zastosowanie w międzynarodowych postępowaniach podatkowych w odniesieniu do trybu dokonywania korekty zobowiązań podatkowych czy też do sposobu i trybu eliminowania podwójnego opodatkowania w przypadku korekty zysków podmiotów powiązanych wynikających z rozporządzenia Ministra Finansów z 10 września 2009 r.¹ Regulacje dotyczące określonych tam procedur są niezwykle skąpe i w praktyce jeszcze niewykorzystywane. Wydaje się jednak, że przewidziane w tym rozporządzeniu uprawnienia ministra finansów mogą być realizowane wyłącznie na podstawie przepisów Ordynacji podatkowej w ramach wszczętego postępowania podatkowego. W związku z tym można wnioskować, że również w przypadku międzynarodowych postępowań podatkowych istniałaby możliwość przeprowadzenia rozprawy administracyjnej.

Ocena aktualnie obowiązujących przepisów dotyczących rozprawy administracyjnej i postulowane zmiany

Oceniając aktualnie obowiązujące przepisy regulujące kwestię rozprawy należy stwierdzić, że wymagają one zmian przede wszystkim w dwóch obszarach. Z jednej strony, instytucja rozprawy jest niedoregulowana w szczególności w zakresie uprawnień strony, które powinny być wzmocnione. Z przepisów powinna np. bezpośrednio wynikać możliwość zadawania pytań przez stronę, zaś na postanowienie o odmowie przeprowadzenia rozprawy powinno przysługiwać zażalenie. Z drugiej strony należy faktycznie umożliwić stronie przeprowadzanie dowodów. Postępowanie odwoławcze jak i całe postępowanie podatkowe ma bowiem charakter postępowania inkwizycyjnego, stąd przeprowadzenie wielu dowodów, np. przesłuchania świadków, możliwe jest wyłącznie przez organ – strona nie może np. wezwać określonej osoby w charakterze świadka. Zamysłem ustawodawcy było przełamanie zasady inkwizycyjności

¹ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 10 września 2009 r. w sprawie sposobu i trybu określania dochodów osób prawnych w drodze oszacowania oraz sposobu i trybu eliminowania podwójnego opodatkowania osób prawnych w przypadku korekty zysków podmiotów powiązanych (Dz. U. Nr 160, poz. 1268).

postępowania odwoławczego i poprzez wprowadzenie instytucji rozprawy nadanie mu w większym stopniu charakteru kontradyktoryjnego (spornego). Jednocześnie rozprawa administracyjna miała umożliwić w większym stopniu koncyliacyjne ustalanie stanu faktycznego. Realne osiągnięcie celów, którymi kierował się ustawodawca, wprowadzając rozprawę do postępowania podatkowego, zależeć będzie od dalszych kierunków zmian legislacyjnych w tym zakresie, a w szczególności od:

- ograniczenia możliwości nieuwzględnienia przez organ odwoławczy żądania strony dotyczącego przeprowadzenia dowodu – powinny być one

ograniczone bardziej niż wynika to aktualnie z art. 188 Ordynacji podatkowej;

- określenia roli kierującego rozprawą – często bowiem kierujący rozprawą uchylają się od wskazania konsekwencji, jakie wywiera przeprowadzony dowód na postępowanie odwoławcze, wskazując, że nie działają w imieniu organu odwoławczego. Powyższa praktyka przekreśla w istocie sens rozprawy.

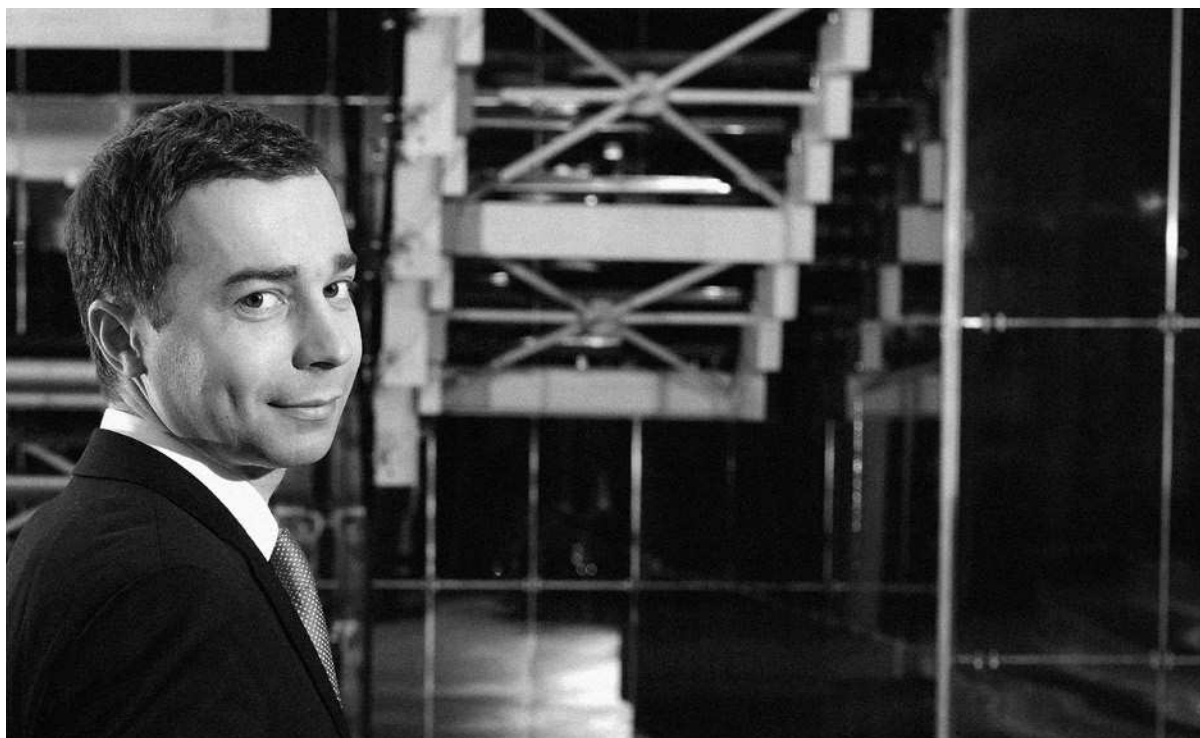
Po uwzględnieniu przez ustawodawcę zgłaszanych w doktrynie postulatów *de lege ferenda* rozprawa administracyjna może stać się podstawową formą prowadzenia postępowania odwoławczego.

Radosław Teresiak, doradca podatkowy, członek Zespołu Podatkowego

Dariusz Wasylkowski, adwokat, doradca podatkowy, współnik odpowiedzialny za Zespół Podatkowy

Zasady przyłączenia do sieci elektroenergetycznej

Robert Zajdler



Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, rozpatrując kwestię bezpośredniego przyłączenia odbiorcy do sieci przesyłowej na Litwie, odpowiedział m.in. na pytanie, czy prawo dostępu stron trzecich do sieci obejmuje też prawo podłączenia do sieci przesyłowej z pominięciem sieci dystrybucyjnej. Analizując stan faktyczny sprawy, Trybunał uznał, że państwa są zobowiązane jedynie do zapewnienia dostępu, a nie do przyłączenia stron trzecich do sieci przesyłowych i dystrybucyjnych. Państwa nie są zobowiązane do umożliwienia odbiorcy swobodnego wyboru systemu, do którego chce być podłączony (sprawa C-239/07).

Zgodnie z litewskimi regulacjami odbiorcy energii elektrycznej w pierwszej kolejności powinni zostać przyłączeni do sieci dystrybucyjnej. Przyłączenie do sieci przesyłowej następuje wyłącznie, gdy operator systemu dystrybucyjnego odmówi przyłączenia do swojej sieci ze względów technicznych. Kilka przedsiębiorstw na

Litwie, zużywających duże ilości energii elektrycznej, było jednak przyłączonych bezpośrednio do sieci przesyłowej z uwagi na uwarunkowania historyczne. Nowe podmioty przyłączane były co do zasady do sieci dystrybucyjnej i nie miały prawa wyboru w tym zakresie.

Z ekonomicznego punktu widzenia korzystniejsze dla przedsiębiorstw, zwłaszcza zużywających duże ilości energii elektrycznej, mogło okazać się przyłączenie do systemu przesyłowego, niewiążące się z koniecznością ponoszenia kosztów korzystania z systemu dystrybucyjnego. Uzasadnieniem wspomnianej regulacji na Litwie była m.in. ochrona drobnych odbiorców przed wzrostem kosztów związanych z korzystaniem z systemu. Wyłączenie dużych odbiorców z ponoszenia opłat za korzystanie z systemu dystrybucyjnego spowodowałoby bowiem wzrost kosztów funkcjonowania tego systemu dla pozostałych użytkowników. Rozstrzygnięcie Trybunału budzi jednak wątpliwości z punktu widzenia funkcjonowania wewnętrznego rynku energii elektrycznej.

Dostęp a przyłączenie do systemu

Zgodnie z brzmieniem art. 20 dyrektywy 2003/54/WE obowiązkiem państw jest wdrożenie dostępu stron trzecich do systemu przesyłowego i dystrybucyjnego, opartego m.in. na obiektywnych i pozbawionych dyskryminacji kryteriach. Dostęp do systemu ma umożliwić odbiorcy swobodny wybór dostawcy energii, a dostawcom zapewnić swobodę zaopatrywania odbiorców. Przyłączenie ma wyłącznie charakter techniczny i dotyczy fizycznego połączenia z systemem. W związku z tak zakreślonym rozróżnieniem Trybunał uznał, że zobowiązania państw dotyczą wyłącznie zapewniania dostępu do systemu.

Taka interpretacja wydaje się błędna zarówno z prawnego, jak i z czysto gospodarczego punktu widzenia. Działalność sieciowa ma w pewnym zakresie również wymiar rynkowy. Operatorzy systemów przesyłowych i dystrybucyjnych wynagradzani są za świadczone przez siebie usługi sieciowe, co stanowi koszt dla odbiorców energii oraz może wpływać na konkurencyjność ofert różnych dostawców. Odbiorca może kupić energię elektryczną od wybranego przez siebie dostawcy, konieczne jest jednak zapewnienie transportu tej energii od wytwórcy do odbiorcy. Nie jest bez znaczenia, w jaki sposób i za pośrednictwem których sieci energia będzie transportowana.

Teoretycznie prawo przyłączenia do systemu może wynikać z prawa dostępu do systemu, jeżeli brak tego dostępu powoduje utrudnienia bądź niemożność przyłączenia do systemu. Z rozumowania przyjętego przez Trybunał wynika, że co prawda odbiorca ma prawo dostępu do systemu i to prawo jest efektywnie wykorzystywane, w praktyce jednak uniemożliwiony jest mu dostęp do tej części systemu, która ekonomicznie i technicznie jest dla niego najbardziej opłacalna. Zakładając, że przyłączenie do systemu przesyłowego jest technicznie możliwe i nie ma obiektywnych ograniczeń związanych z bezpieczeństwem pracy systemu, zmniejszenie możliwości przyłączenia do systemu przesyłowego ogranicza bądź uniemożliwia realizację uzasadnionych interesów danego podmiotu. Na tym tle można się zastanowić, czy prawo przyłączenia do systemu jest prawem odbiorcy czy też tylko uprawnieniem, którego zakres może być kształtowany w szerszym zakresie przez poszczególne państwa członkowskie. W mojej ocenie jest to prawo, a możliwości jego ograniczenia są enumeratywnie wymienione i ściśle limitowane.

Trybunał restrykcyjnie zdefiniował pojęcia dostępu, jak i przyłączenia. Stanowi to krok wstecz w stosunku do wcześniejszego orzecznictwa. W sprawie C-439/06 Citiworks Trybunał uznał, że wykładnia art. 20 ust. 1 dyrektywy 2003/54/WE sprzeciwia się takim regulacjom krajowym, które uniemożliwiają dostęp stron trzecich do sieci, z uwagi na okoliczności, które nie są *explicite* wymienione w dyrektywie. Podstawowym wyjątkiem o tym charakterze

jest brak niezbędnej zdolności. Drugim z wyjątków jest niemożność realizacji przez przedsiębiorstwo sieciowe zobowiązań w ogólnym interesie gospodarczym, ale pod warunkiem, że zastosowanie tego wyjątku nie wpłynie na rozwój handlu w stopniu sprzecznym z interesem Unii Europejskiej. Przyjęcie przez Trybunał, że dyrektywa 2003/54/WE dopuszcza w tym zakresie zastosowanie wyjątku umotywowanego aspektami społecznymi, nie znajduje uzasadnienia i jest sprzeczne z wcześniejszymi rozstrzygnięciami.

Z punktu widzenia celu wdrożenia tej dyrektywy, czyli liberalizacji rynku energii elektrycznej w Unii Europejskiej, konieczne jest, aby odbiorcy mieli prawo swobodnego wyboru dostawców, a dostawcy możliwość swobodnego zaopatrywania swoich odbiorców. Z uwagi na wzrastającą rolę konsumenta nie tylko jako odbiorcy energii elektrycznej, ale również jako podmiotu świadczącego usługi o charakterze systemowym (tzw. *prosument*), niezbędne jest, aby odbiorcy i dostawcy mieli prawo dostępu do różnych systemów przesyłowych i dystrybucyjnych. Różny może być zakres ich usług dla systemu. Pewni odbiorcy mogą świadczyć usługi systemowe zarówno dla sieci dystrybucyjnej, jak i przesyłowej. Ustawodawca powinien umożliwić im świadczenie tych usług na rzecz tego przedsiębiorstwa sieciowego, które przedstawi im najkorzystniejszą ofertę.

Zakaz dyskryminacji

Podstawą funkcjonowania konkurencyjnego rynku energii elektrycznej jest niedyskryminujący dostęp do systemu przesyłowego lub dystrybucyjnego. Przepis art. 5 dyrektywy 2003/54/WE nakłada na państwa obowiązek zapewnienia reguł technicznych, związanych z przyłączeniem do systemu, tak aby reguły te były obiektywne i niedyskryminujące. Jeżeli reguły wprowadzone w tym zakresie przez państwa dyskryminują odbiorcę w stosunku do innych porównywalnych odbiorców, może on domagać się takiego samego traktowania jak odbiorcy z tej drugiej grupy. Potwierdzone to zostało wyrokiem Trybunału w sprawie C-17/03 stwierdzającym, że zakaz dyskryminacji, który jest jedną z fundamentalnych zasad prawa Unii Europejskiej, wymaga, aby porównywalne sytuacje nie były traktowane odmiennie, chyba że takie odmiennie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.

Przyznając bezpośredni dostęp do systemu przesyłowego, operator tego systemu nie może arbitralnie wprowadzić rozróżnień między odbiorcami. Ewentualne rozróżnienia muszą być oparte na obiektywnych kryteriach. Znaczenie tego wyjątku widać bardzo wyraźnie, gdy analizuje się zmiany, które zostały zaproponowane w dyrektywie 2009/72/WE uchylającej z dniem 3 marca 2011 r. dyrektywę 2003/54/WE. Przepis art. 32 ust. 2 dyrektywy 2009/72/WE zastępuje przepis art. 20 ust. 2 dyrektywy 2003/54/WE. W nowym

brzmieniu tego przepisu na państwa nałożono obowiązek zapewnienia, aby kryteria, na podstawie których odmawia się dostępu do sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej, były spójne oraz aby użytkownik systemu miał możliwość odwołania się od niekorzystnej dla siebie decyzji w tym zakresie. Takie rozwiązania prawne potwierdzają wyjątkowy charakter oraz jednolitość zastosowanych kryteriów. Rozwiązania litewskie, pozwalające niektórym przedsiębiorstwom zachować podłączenie do sieci przesyłowej z uwagi na uwarunkowania historyczne i uniemożliwiające takie same rozwiązanie innym odbiorcom, mogą budzić wątpliwości.

Dostęp do systemu może być zapewniony na podstawie zasad ogólnych, natomiast zasady przyłączenia do systemu mogą ograniczać jego ekonomiczną opłacalność. Niekoniecznie musi to oznaczać dyskryminację, gdyż w praktyce trudno może być znaleźć podmiot w podobnej sytuacji rynkowej. Kwestie techniczne mogą być doskonałym argumentem pokazującym, że w istocie mamy do czynienia z zupełnie inną sytuacją, a zatem nie można mówić o dyskryminacji.

Naruszenie konkurencji

Kryterium rozróżniającym przesył od dystrybucji w rozumieniu dyrektywy 2003/54/WE jest wysokość napięcia w sieci. Zgodnie z dyrektywą przesył oznacza transport energii elektrycznej przez wzajemnie połączony system najwyższego i wysokiego napięcia. Dystrybucja oznacza natomiast transport energii elektrycznej systemami dystrybucyjnymi wysokiego, średniego i niskiego napięcia. Sama dyrektywa dopuszcza możliwość korzystania zarówno z systemu przesyłowego, jak i dystrybucyjnego w przypadku realizacji zapotrzebowania na energię elektryczną o wysokim napięciu. Pojawiają się poglądy, że takie podejście Trybunału może ograniczać możliwość konkurowania na rynku energii elektrycznej wysokich napięć.

Takie działania mogą również potencjalnie faworyzować niektórych operatorów systemów dystrybucyjnych kosztem innych. Gwarantowanie niektórym operatorom systemów dystrybucyjnych klientów na ich usługi może generować dla nich dodatkowe korzyści finansowe. Umożliwić może przez to dostęp do większych zasobów finansowych na inwestycje, wzmacniając ich pozycję na rynku. Tego rodzaju uprzywilejowanie może być również stymulowane przez państwo poprzez stwarzanie specjalnych uprzywilejowanych warunków dokonywania inwestycji w obszarze działania określonych operatorów sieci dystrybucyjnych. Zapewnienie abstrakcyjnego prawa dostępu do sieci – bez możliwości fizycznego przyłączenia do sieci – jest pozbawione znaczenia ekonomicznego i nie przyczynia się do wdrożenia konkurencji na rynku.

Podsumowanie

Uzasadnienie wyroku przedstawione przez Trybunał budzi wątpliwości. Można odnieść wrażenie, iż szereg aspektów istotnych dla efektywnego funkcjonowania rynku energii elektrycznej zostało w tej analizie pominiętych. Realizacja polityki socjalnej państwa nie powinna odbywać się poprzez gwarantowanie źródeł przychodu, które nie mają uzasadnienia ekonomicznego z punktu widzenia danego odbiorcy. Ochrona odbiorców wrażliwych powinna odbywać się poprzez inne mechanizmy, które nie wpływają negatywnie na konkurencję na rynku. Odbiorca powinien mieć możliwość wyboru, do którego systemu chce być podłączony.

Wyrok ten pokazuje, że operatorzy sieci przesyłowych i dystrybucyjnych działać mogą również na rynku konkurencyjnym. Rynkiem tym jest rynek usług sieciowych. Zakres stosowania mechanizmów rynkowych na tym rynku jest stosunkowo ograniczony, co nie oznacza, że mechanizmy te nie powinny być wzmocnione.

dr Robert Zajdler, radca prawny, członek Zespołu Doradztwa dla Sektora Energetycznego

Kilka uwag o istocie arbitrażu

Tomasz Wardyński



Podstawowym celem arbitrażu jest ochrona celu gospodarczego, który połączył skłócone strony. W Polsce, ze względu na uwarunkowania historyczne, pokutuje pogląd, że arbitraż jest po prostu prywatnym sądem, który proceduje identycznie jak sądy powszechne, z tym że postępowanie przed nim jest szybsze, tańsze i poufne. Tymczasem arbitraż nie służy wymierzeniu sprawiedliwości, tylko ocaleniu – w sposób jak najmniej dotkliwy dla stron – pierwotnego celu gospodarczego. Temu celowi są podporządkowane wszystkie zasady postępowania arbitrażowego.

Misja arbitra – zarządzanie sporem

W stosunkach handlowych spór jest nieodłączną konsekwencją współdziałania i musi być brany pod uwagę jako zwykły element stosunków gospodarczych. Spór handlowy stanowi naturalne zjawisko, z którym przedsiębiorcy muszą się uporać w swojej działalności, tak jak muszą stawiać czoło innym typowym i dającym się przewidzieć przeszkodom. Rozwiązywanie sporów jest dla przedsiębiorcy jednym ze stadiów współpracy handlowej i elementem prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Tak jak całość działalności przedsiębiorcy, proces rozwiązywania sporu podlega wymogowi efektywności i fachowości.

Arbitraż jest usługą, która na ten wymóg odpowiada. Arbitr nie może się zatem ograniczać do wysłuchania stron i władczego zastosowania odpowiednich przepisów prawa do faktów przytoczonych i udowodnionych przez strony.

Taki sposób postępowania jest właściwy dla sędziego, który sprawuje władzę państwową i występuje wobec stron z pozycji nadrzędnej. Zupełnie inna jest sytuacja arbitra działającego na zlecenie stron. Aby wywiązać się z przyjętego zlecenia, arbiter musi przyjąć odpowiedzialność za przebieg procesu i czynnie nim zarządzać.

Sprawne zarządzanie procesem arbitrażowym powinno zmierzać do rozwiązania sporu w sposób kompletny – tak, by zakończyć istniejący konflikt i umożliwić stronom dalszą harmonijną współpracę. W tym celu arbiter winien skorzystać ze swojego doświadczenia i tak pokierować sprzecznymi interesami i emocjami stron, by postępowanie było rzeczową dyskusją zmierzającą do określenia istoty sporu oraz uproszczenia i ograniczenia skomplikowanych kwestii spornych.

Powstaniem i przebiegiem sporu rządzą w ogromnej mierze emocje. Są one głęboko ludzkie, nie pomagają jednak w podejmowaniu racjonalnych, uzasadnionych ekonomicznie decyzji. Strony, mocno przywiązane do swoich stanowisk i działające pod wpływem osobistych niechęci lub ambicji, bywają nieświadome tego, że racje, których zaciekle bronią, nie mają w rzeczywistości większego znaczenia dla sprawy.

Arbiter musi uwzględniać i umiejętnie wykorzystywać psychologiczne aspekty sporu, by doprowadzić do sytuacji, w której strony pracują nad jego rozwiązaniem, zamiast pogłębiać istniejące antagonizmy. Prowadząc partnerski dialog ze stronami, arbiter sprawia, że zaczynają one widzieć spór z jego perspektywy i koncentrować się na kwestiach rzeczywiście istotnych dla sprawy.

Aby umożliwić arbitrom rozwiązanie sporu w sposób chroniący gospodarczy cel łączącego strony stosunku prawnego, ustawodawca zwalnia ich z obowiązku ścisłego przestrzegania prawa materialnego, nakazując jedynie poszanowanie podstawowych zasad porządku prawnego. W tym samym celu arbitrzy zostali też zobowiązani, by bezwzględnie mieli na uwadze umowę stron i właściwe ustalone zwyczaje kupieckie. Taka sama jest przyczyna uelastycznienia procedury arbitrażowej poprzez uwolnienie jej od formalizmu procedury sądowej i pozostawienie arbitrom wielkiej swobody co do tego, jak

zamierzają prowadzić postępowanie arbitrażowe (przy zagwarantowaniu jedynie respektowania podstawowych zasad sprawiedliwości proceduralnej).

Specyfika postępowania arbitrażowego

W międzynarodowej praktyce arbitrażowej wykształcił się szereg dobrych praktyk dotyczących sposobu prowadzenia postępowań arbitrażowych. Kładą one nacisk na rolę arbitra jako osoby aktywnie kierującej postępowaniem arbitrażowym. Praca arbitra zaczyna się jeszcze przed właściwą wymianą argumentów i dowodów. Niezwykle ważne są wstępne spotkania organizacyjne ze stronami. Arbitr powinien jak najwcześniej ustalić i wyłożyć stronom istotę sporu. Pozwoli to uzgodnić porządek postępowania i wybrać takie metody i procedury, które doprowadzą do rozwiązania najślusniejszego z punktu widzenia wspólnego interesu stron.

Do podstawowych dobrych praktyk arbitrażowych należą te dotyczące właściwej komunikacji ze stronami. Powinna ona zmierzać do włączenia stron w pracę intelektualną nad rozwiązaniem sporu. Powstawanie wyroku ma być procesem transparentnym intelektualnie i dynamicznym, zaczynającym się już od momentu określenia przedmiotu sprawy. Arbitrzy komunikują stronom, jakie zagadnienia uważają za istotne dla rozstrzygnięcia sporu, i ustalają z nimi porządek wymiany stanowisk. Każda strona ma prawo wiedzieć jeszcze przed rozpoczęciem właściwego postępowania rozpoznawczego, na jakich dowodach opiera swoje stanowisko strona przeciwna. Wyrok staje się efektem wspólnej pracy stron i arbitra, czasem do tego stopnia, że rola sądu arbitrażowego ogranicza się do dokonania wiążącego wyboru pomiędzy propozycjami wyroku przedstawionymi przez każdą ze stron.

Na świecie wyraźnie tworzą się zręby pewnej uniwersalnej kultury postępowania arbitrażowego. Przypomina ona kompromis pomiędzy tradycją procesową jurysdykcji prawa cywilnego oraz postępowaniem typowym dla krajów systemu *common law*. W procesie kształtowania się modelu międzynarodowego postępowania arbitrażowego krajowe procedury sądowe wydają się jednak mieć znaczenie zupełnie pomocnicze, jako źródło inspiracji, z którego praktyka arbitrażowa czerpie pewne praktyczne rozwiązania w sposób bardzo dowolny i twórczy. Kształtujące się uniwersalne zasady postępowania arbitrażowego nie są hybrydą postępowań sądowych, ale swoistym tworem o odmiennej naturze, opartym o zasady dobrej wiary, staranność w dochodzeniu praw i współpracę w poszukiwaniu rozwiązania sporu.

Zasada kontryktoryjności zostaje w arbitrażu zmodyfikowana zasadą działania arbitra na zlecenie otrzymane od stron. Zlecenie takie podlega szczegółowemu zakreszeniu dokonywanemu wspólnie ze stronami. Uczestnicy sporu razem określają jego przedmiot, który często podlega ujęciu w podpisanym przez nich dokumencie.

Samo postępowanie arbitrażowe opiera się na rządzącej stosunkami handlowymi zasadzie ograniczonego zaufania pomiędzy uczestnikami. Dobrze ilustruje to fakt, że w postępowaniu arbitrażowym standard niezależności i bezstronności arbitra bardziej niż w postępowaniu przed sądem państwowym uwzględnia aspekt subiektywny. Innymi słowy bada się nie tylko to, czy istnieją obiektywne przesłanki wyłączenia arbitra, ale czy z subiektywnego punktu widzenia stron istnieją okoliczności, które w sposób uzasadniony podważają ich zaufanie do arbitra. Zasady rządzące ciężarem dowodu zdają się natomiast ustępować miejsca ciężarowi na obu stronach obowiązku dostarczania w dobrej wierze informacji istotnych dla rozwiązania sporu.

Wobec tak rozumianej misji arbitra i istoty arbitrażu właściwego znaczenia nabierają powszechnie wymieniane zalety tej metody rozwiązywania sporów. Elastyczność arbitrażu to nie tylko możliwość wyboru miejsca prowadzenia rozpraw czy określenia zasad przeprowadzania dowodów. Najważniejsze jest to, że dzięki odformalizowaniu postępowania arbitrzy mogą stosować takie instrumenty i metody, dzięki którym we współpracy ze stronami wypracowane zostaje najślusniejsze rozwiązanie – niekoniecznie takie, które wynikałoby z prostej analizy pozwu, odpowiedzi na pozew i właściwych przepisów.

Szybkość arbitrażu to z kolei nie krótki czas pomiędzy wszczęciem sprawy a wyrokiem, ale krótki czas trwania konfliktu jako takiego – możliwość zakończenia go w taki sposób, by po rozstrzygnięciu strony przeszły do dalszej konstruktywnej współpracy, zamiast pozostawać w konflikcie i generować kolejne spory. Taniść arbitrażu zaś to nie niskie wydatki na przeprowadzenie postępowania, ale ograniczenie ogólnych kosztów i strat wynikających z powstałego konfliktu poprzez rozwiązanie go w sposób zapewniający ochronę gospodarczego celu stosunku, na którego podstawie toczy się spór.

Istota umowy arbitrażowej

Powyższy pogląd każe inaczej spojrzeć także na umowę arbitrażową. Jest ona czymś więcej niż tylko porozumieniem stron wyłączającym właściwość sądów powszechnych i upoważniającym arbitra do rozstrzygnięcia sporu powstałego między stronami. W arbitrażu handlowym umowa arbitrażowa jest kontraktem gospodarczym regulującym istotny element działalności handlowej stron, jakim jest spór i jego rozwiązywanie. Widać to szczególnie na przykładzie dużych, skomplikowanych i długotrwałych projektów, dla których powodzenia kluczowym czynnikiem jest stała, zgodna współpraca wszystkich podmiotów zaangażowanych w realizację projektu. Umowy, na podstawie których realizowane są takie projekty, standardowo zawierają skomplikowane klauzule dotyczące rozwiązywania sporów. Ustanawiają one złożone, często wieloetapowe procedury łączące metody negocjacyjne, mediację, rozstrzygnięcia biegłych i arbitraż.

Istota i cel tego typu umów ma decydujące znaczenie dla praw i obowiązków stron postępowania arbitrażowego.

Inna jest bowiem sytuacja strony występującej w procesie toczącym się przed sądem działającym niezależnie od jej woli i sprawującym władzę państwową, a inna jest sytuacja strony, która wykonuje dobrowolnie zaciągnięte zobowiązanie do realizowania swoich praw przed arbitrem działającym na zlecenie stron w konsensualnej procedurze. Taktyka i zachowania postrzegane jako naturalne w postępowaniach przed sądami państwowymi mogą zatem okazać się sprzeczne z „duchem arbitrażu” i powodować negatywne konsekwencje procesowe w postępowaniu arbitrażowym.

Działania podejmowane przez strony w wykonaniu umowy arbitrażowej należy oceniać pod kątem wywiązywania się z obowiązku działania w dobrej wierze i przy uwzględnieniu odpowiedniego miernika należytej staranności. Postępowanie strony, które nie jest rzeczowe i nie zmierza do wyjaśnienia sprawy, należy uznać za sprzeczne ze społeczno-gospodarczym celem umowy arbitrażowej. Strona, która nie działa należyście starannie, powinna odpowiadać za spowodowane takim działaniem koszty, niezależnie od wyniku postępowania. Proces arbitrażowy jest bowiem wspólnym przedsięwzięciem stron wymagającym od nich stosownych nakładów. Strona, która nie wywiązuje się z obowiązku dochowania należytej staranności w realizacji tego przedsięwzięcia, powinna zrekompensować drugiej stronie wynikłe stąd koszty, tak jak ma to miejsce w wypadku niewłaściwego wykonania każdej innej umowy. Gdy takie działanie kwalifikowane jest umyślnością (np. strona inicjuje postępowanie tylko po to, by wyrządzić szkodę stronie przeciwnej, lub umyślnie podejmuje w procesie działania mające na celu narażenie przeciwnika na straty), obowiązku naprawienia wyrządzonej umyślnie szkody nie powinny uchylać postanowienia umowy arbitrażowej, np. przewidujące, że strony ponosić będą swoje własne koszty postępowania. Zasłanianie się takim zapisem byłoby w przytoczonych okolicznościach nadużyciem prawa. Za niewykonanie umowy arbitrażowej uznać należy także sytuację, w której któraś ze stron odmawia ponoszenia kosztów koniecznych do przeprowadzenia postępowania – np. odmawia wpłaty zaliczki na koszty postępowania lub zaliczki na koszty, z którymi wiąże się dokonanie czynności niezbędnej do wyjaśnienia sprawy.

Naturalną ludzką skłonnością jest tendencja do rozszerzającej interpretacji własnych praw i korzystanie z nich w sposób nieuzasadniony i wykraczający poza ich przeznaczenie i sens. Zdarza się więc, że strony nadużywają swoich praw wynikających z umowy arbitrażowej i prowadzą spór przed sądem polubownym w złej wierze. Wykorzystują ograniczenia procesu arbitrażowego dotyczące np. postępowania dowodowego lub nadużywają zaufania, na którym opiera się ten proces, po to, by nieuczciwie osiągnąć przewagę nad drugą stroną i uzyskać niesprawiedliwe korzyści. Takie działania dają się jednak łatwo identyfikować i z reguły są bardziej zgubne dla pozycji strony w procesie niż merytoryczne błędy w jej argumentacji prawnej.

Tak jak w przypadku każdego kontraktu, w ostatecznym rozrachunku prawidłowe wykonanie umowy arbitrażowej zagwarantować może jedynie państwo poprzez ingerencję sądu w proces arbitrażowy. Sąd państwowy może pod przymusem przeprowadzić określone dowody. Może też uchylić wyrok arbitrażowy, jeżeli na jego treść miały wpływ niedociągnięcia lub nadużycia, których dopuścili się strony bądź arbitrzy. Ingerencja sądu państwowego jest swoistą egzekucją umowy arbitrażowej i jako taka nie powinna mieć miejsca tak długo, jak długo strony wywiązują się ze swoich zobowiązań i postępują starannie i w dobrej wierze. Przymusowe wykonanie każdej umowy, choć bywa nieuniknione, jest zawsze ułomną formą jej wykonania i rzadko w pełni realizuje cel i korzyści, jakie strony chciały osiągnąć, zawierając kontrakt.

Podsumowanie

Nowoczesny arbitraż handlowy jest usługą, która stwarza możliwość rozwiązywania sporów w sposób chroniący cel gospodarczy umowy i słuszne interesy ekonomiczne uczestników postępowania. Arbitr, działający na zlecenie stron i zajmujący równorzędną do nich pozycję, może we współpracy z darzącymi go zaufaniem i postępującymi w dobrej wierze stronami wypracować rozwiązanie, które będzie jednocześnie słuszne i pozwoli stronom na dalszą konstruktywną współpracę gospodarczą. Nie zawsze jest to możliwe w postępowaniu przed sądem państwowym, który wykonuje nieco inne zadania i którego pozycja względem stron i sposób procedowania są tym zadaniom podporządkowane.

Tomasz Wardyński, adwokat, współnik założyciel

Jest to skrócona wersja artykułu opublikowanego w Księdze Pamiątkowej Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w 2010 r.

„Związek” między oznaczeniami jako przesłanka naruszenia praw do znaku renomowanego

Monika Żuraw



Znaki renomowane, tj. znaki szczególnie znane i cenione, korzystają z szerokiej ochrony przed ich nieuczciwym wykorzystaniem przez osoby trzecie. W przeciwieństwie do znaków nieposiadających takiego statusu znaki renomowane podlegają ochronie nie tylko w stosunku do towarów, dla których zostały zarejestrowane, lecz również w stosunku do towarów innych kategorii. Ochrona oparta jest na szczególnych zasadach, odmiennych niż w przypadku typowych rodzajów naruszeń. Regulacja dotycząca znaków renomowanych jest stosunkowo nowa, zatem jej wykładnia dopiero się kształtuje.

Według art. 296 ust. 2 pkt 3 Prawa własności przemysłowej¹ naruszenie praw do znaku renomowanego

¹ Ustawa z 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej, Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 (tekst jednolity) z późn. zm.

stanowi bezprawne użycie w obrocie gospodarczym „znaku identycznego lub podobnego do renomowanego znaku towarowego, zarejestrowanego w odniesieniu do jakichkolwiek towarów, jeżeli takie używanie może przynieść używającemu nienależną korzyść lub być szkodliwe dla odróżniającego charakteru bądź renomy znaku wcześniejszego”². Przepis nie wymaga zatem badania „związku”, jaki może zaistnieć pomiędzy renomowanym znakiem towarowym a oznaczeniem używanym przez osobę trzecią.

Przesłanka związku między oznaczeniami została

² Przepis ten implementuje art. 5 (2) dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1988 r. mającej na celu zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do znaków towarowych (89/104/EWG); obecnie obowiązuje dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/95/WE z 22 października 2008 r. mająca na celu zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do znaków towarowych (wersja skodyfikowana).

wprowadzona do wykładni przepisu w wyroku wydanym przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) w sprawie *Adidas v. Fitnessworld*³ i szczegółowo rozwinęta w wyroku w sprawie *Intel v. CPM*⁴. ETS stwierdził, że w przypadku naruszenia praw do znaku renomowanego podobieństwo oznaczeń ocenia się inaczej niż w przypadku typowych rodzajów naruszenia. Nie jest konieczne badanie ryzyka wprowadzenia klientów w błąd przez oznaczenie używane przez naruszcyciela. Wystarczy, jeśli znak renomowany i oznaczenie osoby trzeciej są podobne w takim stopniu, że określona część odbiorców dostrzeże więź pomiędzy oznaczeniem i renomowanym znakiem towarowym. Istotne jest zatem „przywodzenie na myśl” znaku renomowanego, nawet jeżeli odbiorca zdaje sobie sprawę, że znaki te nie należą do tego samego uprawnionego.

Według ETS wykazanie istnienia związku pomiędzy porównywanymi oznaczeniami wymaga tzw. całościowej oceny uwzględniającej w szczególności: podobieństwo porównywanych oznaczeń, renomę i zdolność odróżniającą znaku wcześniejszego, charakter i podobieństwo towarów objętych rejestracją znaku towarowego i używanych pod kwestionowanym oznaczeniem, a także intensywność używania znaku wcześniejszego. Przesłanka ta, której ustalenie wymaga wzięcia pod uwagę szeregu okoliczności, zastępuje zatem wyrażoną w przepisie przesłankę podobieństwa oznaczeń. Inaczej zatem niż mogłoby się wydawać, stwierdzenie związku między oznaczeniami nie prowadzi do ustalenia podobieństwa oznaczeń. Odwrotnie: to podobieństwo znaków wraz z innymi okolicznościami, które sąd bada w konkretnej sprawie, ma prowadzić do ustalenia „związku” pomiędzy oznaczeniami. Pojęcie związku nie jest przy tym tożsame z faktem kojarzenia przez odbiorców obu oznaczeń. Przesłanka wymaga badania także innych okoliczności wpływających na jej ustalenie.

ETS stwierdził, że samo istnienie szczególnie silnej renomy i niepowtarzalności znaku wcześniejszego przy odmiennych towarach nie przesądza o istnieniu związku będącego przesłanką naruszenia praw do znaku towarowego. Tym samym ETS dał wyraz regule, że nie istnieją przesłanki, których ustalenie samo w sobie prowadzi do ustalenia istnienia związku pomiędzy zestawionymi oznaczeniami. Szczególnie wysoka renoza znaku zwiększa prawdopodobieństwo jego zaistnienia, ale konieczne jest uwzględnienie wielu czynników mogących wpływać na odbiór znaku przez klientów.

Z takim poglądem trudno jest się w pełni zgodzić. W przypadku znaków szczególnie sławnych, jak np.

Coca Cola czy Rolls Royce, oznaczenia do nich podobne, nawet zastosowane do zupełnie innych towarów, zawsze będą wywoływać skojarzenia odbiorców ze znakiem renomowanym. Wydaje się, że nie istnieją okoliczności, które takie skojarzenia mogłyby w przypadku znaków szczególnie cenionych wykluczać. Największe znaczenie należy przypisać właśnie sile renomy znaku wcześniejszego.

ETS nie traktuje pojęcia ryzyka skojarzeń jako równoznacznego z istnieniem związku pomiędzy oznaczeniami. Niemniej jednak utożsamia jego skutek z istnieniem związku pomiędzy oznaczeniami w świadomości odbiorców. Dla logicznej spójności stanowiska należałoby uznać, że wywoływanie skojarzeń ma szersze znaczenie niż pojęcie związku. Z drugiej strony wydaje się, że wywołanie skojarzeń rozumiane jest przez ETS jako pewien fakt będący skutkiem samego podobieństwa oznaczeń. Pojęcie to byłoby zatem węższe niż pojęcie związku, na który ma wpływać szereg okoliczności uwzględnianych w ramach tzw. całościowej oceny tej przesłanki. Pogląd ETS dotyczący relacji pojęcia „związku” i „skojarzeń” pomiędzy oznaczeniami należy więc uznać za mało konsekwentny i utrudniający zrozumienie znaczenia przesłanki związku wykreowanej przez ten sąd.

Niewyjaśnione pozostaje także, czy przesłankę związku należy traktować jako pewien fakt, czy konstrukcję prawną. W tym pierwszym przypadku okoliczności uwzględniane w tzw. całościowej ocenie miałyby tylko rolę pomocniczą w wykazaniu określonego skutku, jakim jest związek między oznaczeniami wywoływany przez oznaczenie późniejsze. W drugim przypadku okoliczności te byłyby kryteriami uznania w ocenie sędziowskiej, że do powstania takiego związku doszło. Stanowisko ETS wydaje się nie być jednoznaczne w tym zakresie. Uznać jednak należy, w szczególności ze względu na przyjęcie całościowej oceny tej przesłanki, która uwzględnia wiele okoliczności, że ma ona charakter materialnoprawny, a nie faktyczny.

ETS nie wyraził tej zasady wprost, wydaje się jednak, że istnienie związku pomiędzy oznaczeniami ma podlegać ocenie z perspektywy konsumentów towarów opatrzonych wcześniejszym znakiem renomowanym. Byłoby to zgodne ze stanowiskiem ETS, że właśnie w tej grupie ustala się renomę i zdolność odróżniającą znaku wcześniejszego oraz uszczerbek w jego zdolności odróżniającej i renomie. ETS zaznaczył, że jeśli renoza znaku wcześniejszego jest wysoka, skojarzenia pomiędzy znakami mogą zaistnieć również wśród odbiorców towarów opatrzonych znakiem późniejszym. Należy się zgodzić z poglądem, że znaki o szczególnie silnej renomie, jak np. Rolls Royce, są znane nawet wśród osób, które nie są konsumentami towarów opatrzonych tym znakiem.

Ciekawe są wnioski ETS dotyczące charakteru i podobieństwa towarów. Okoliczności te są istotne z tego względu, że zupełnie odmienne towary mogą mieć

³ Wyrok ETS z 23 października 2003 r. w sprawie *Adidas-Salomon AG*, dawniej *Adidas AG* i *Adidas Benelux BV v. Fitnessworld Trading Ltd*, sygn. akt C-408/01.

⁴ Wyrok ETS z 27 listopada 2008 r. w sprawie *Intel Corporation Inc. v. CPM United Kingdom Ltd*, sygn. akt C-252/07.

zupełnie różne kręgi odbiorców, co z pozoru wykluczałoby istnienie związku w odbiorze klientów. Wydaje się jednak, że nawet zupełna odmienność towarów tylko wyjątkowo uniemożliwi powstanie takiego związku, a to ze względu na posiadanie przez znak renomowanego charakteru. Oczywiście pogląd, że bliskie podobieństwo towarów zwiększa prawdopodobieństwo powstania związku w odbiorze klientów, jest niewątpliwie zasadny.

Kryterium istnienia związku pomiędzy oznaczeniami nie wynika z przepisów, ale – według orzecznictwa ETS – ma dominujące znaczenie w ocenie naruszenia praw do znaku renomowanego. Jego zaistnienie jest bowiem warunkiem przyznania ochrony znakowi renomowanemu. Przesłanka wymieniona w przepisie, tj. podobieństwo oznaczeń, służy jedynie do oceny istnienia tego związku i nie ma samodzielnego znaczenia. Taki sposób wykładni można poddawać krytyce. Wydaje się jednak, że wykładnia ta szczegółowo określa warunki zaistnienia ochrony znaku renomowanego przyjęte na chwilę obecną w orzecznictwie ETS. Podobne stanowisko zostało zaprezentowane w literaturze. Stwierdzono, że choć na pierwszy rzut oka koncepcja związku wydaje się zbędna i jeszcze bardziej utrudnia rozumienie trudnej ze swojej istoty konstrukcji naruszenia praw do znaku renomowanego, w praktyce ułatwi jednak stosowanie przepisu wskutek bliższego określenia jego przesłanek⁵.

W polskim orzecznictwie już odnotowano wyżej zaprezentowaną wykładnię przesłanki związku pomiędzy oznaczeniami. SN w wyroku z 4 marca 2009 r. za przesłankę naruszenia praw do znaku renomowanego uznał – zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu – podobieństwo znaków. Pomimo odwołania się do ww. wyroków SN w zasadzie utożsamiał te dwie okoliczności, konstatując, że „dla stwierdzenia podobieństwa oznaczeń jako przesłanki naruszenia prawa ochronnego na renomowany znak towarowy wystarczający jest taki stopień podobieństwa, który prowadzi do kojarzenia (łączenia) znaków przez relewantnych odbiorców”⁶. SN wyprowadził wniosek, że

w przypadku naruszenia praw do znaku renomowanego wymagane podobieństwo oznaczeń sytuowane jest na niskim poziomie; wystarczy „przywodzenie na myśl” znaku renomowanego przez znak późniejszy, co jest szczególnie dla ochrony omawianego rodzaju.

Podsumowując, szeroka ochrona znaków renomowanych wyraża się nie tylko w przyznaniu jej w sytuacji braku podobieństwa towarów objętych rejestracją znaku renomowanego i wprowadzanych do obrotu przez osobę trzecią. Jej wyrazem jest także dopuszczenie mniejszego stopnia podobieństwa oznaczeń. Tego ostatniego wniosku nie da się wprost wyprowadzić z orzecznictwa ETS, lecz wydaje się on słuszny. Podobieństwo oznaczeń nie musi wprowadzać klientów w błąd, a wystarczy, że oznaczenia są przez klientów kojarzone. Niemniej jednak inne okoliczności, pomimo faktu łączenia oznaczeń w świadomości klientów, mogą decydować o uznaniu, że przesłanka związku nie jest w konkretnym stanie faktycznym spełniona. Może to *de facto* oznaczać, że przesłanka związku zawęży ochronę znaków renomowanych w porównaniu z wykładnią gramatyczną tego przepisu.

Omawiane zagadnienie ilustruje, jak duże znaczenie w kształtowaniu prawa znaków towarowych ma wykładnia przeprowadzana przez ETS. W przypadku przesłanki związku pomiędzy oznaczeniami, nieobecnej w przepisie, ma ona charakter niemal prawotwórczy, co – jak należy zaznaczyć – nie jest kompetencją tego sądu. Zauważyć także można, iż tezy ETS nie zawsze są jednoznaczne, a wykładnia prezentowana przez ten sąd również może być poddawana różnej interpretacji. Prawo znaków towarowych cechuje możliwość dużej subiektywizacji oceny. Ostateczne rozstrzygnięcie sporu zależy zatem przede wszystkim od oceny sędziowskiej. Tak będzie także w przypadku ustalenia istnienia związku pomiędzy porównywanymi oznaczeniami na gruncie regulacji dotyczącej znaków renomowanych.

dr Monika Żuraw, prawnik w Zespole Własności Intelektualnej

⁵ S. Middlemiss, S. Warner, *The protection of marks with reputation: Intel v CPM*, EIPR 2009, nr 6, s. 336.

⁶ Wyrok SN z 4 marca 2009 r., sygn. akt IV CSK 335/08, OSNC-ZD 2009, nr 3, poz. 85.

Udzielenie zamówienia z wolnej ręki z powodu wyjątkowej sytuacji

Anna Prigan



Przewidziana w ustawie Prawo zamówień publicznych możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki z powodu wyjątkowej sytuacji jest bardzo kusząca dla podmiotów obowiązanych do stosowania tej ustawy. Należy jednak skrupulatnie rozpatrzyć, czy zostały spełnione przesłanki umożliwiające skorzystanie z tej formy zamówienia.

Pośród przesłanek warunkujących możliwość udzielenia zamówienia z pominięciem trybów konkurencyjnych wybranemu przez siebie wykonawcy, a więc z wolnej ręki, przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, dalej: u.p.z.p.) wymienia sytuację wyjątkową. Zamawiający, który znajduje się w takiej wyjątkowej sytuacji, może udzielić zamówienia z wolnej ręki, o ile zaistnienia tej wyjątkowej sytuacji nie można było przewidzieć, a zamawiający nie jest odpowiedzialny za jej zaistnienie. Dodatkowo wyjątkowa sytuacja musi wymagać natychmiastowego wykonania zamówienia, uniemożliwiając zachowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, w tym chociażby dla negocjacji bez ogłoszenia. Ponadto udzielenie zamówienia z wolnej ręki możliwe jest wyłącznie w takim zakresie, w jakim wymagana jest jego natychmiastowa realizacja – w pozostałym zakresie zamawiający powinien udzielić zamówienia z innym trybie. Wymienione przesłanki zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. wskazują, że wyjątkowa sytuacja może być powodem udzielenia zamówienia z wolnej ręki naprawdę rzadko.

Aby zaistnienie wyjątkowej sytuacji umożliwiało udzielenie

zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p., muszą więc zostać spełnione następujące warunki:

- zaistniała wyjątkowa sytuacja, której nie można było przewidzieć,
- powody zaistnienia tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
- wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia i nie ma czasu, aby zastosować jakiegokolwiek inny tryb.

Aby zamawiający mógł zastosować art. 67 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. nie narażając się na zarzut naruszenia ustawy, sytuacja, w której się znalazł, musi być obiektywnie nieprzewidywalna. Chodzi tu o taką sytuację, której zaistnienie jest na tyle mało prawdopodobne, że zamawiający, dochowując należytej staranności, nie mógł jej przewidzieć. Bez wątpienia do katalogu sytuacji tego typu można zaliczyć wszelkiego rodzaju katastrofy, awarie, klęski bądź też zagrożenie ich wystąpienia wymagające podjęcia przez zamawiającego natychmiastowych działań. Z kolei z orzecznictwa wynika, że nie jest sytuacją wyjątkową wystąpienie obfitych opadów śniegu w przypadku zamówienia na dostawę soli drogowej. Zamawiający musi więc przewidzieć możliwość ich wystąpienia już na początku sezonu zimowego. Poza tym ocena wyjątkowości sytuacji w danej sprawie każdorazowo zależy od konkretnego stanu faktycznego.

Z pewnością natomiast nie można uznać za wyjątkową sytuację, która jest wynikiem zwlekania zamawiającego z decyzją o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przykładowo walący się, popadający w ruinę budynek jest z każdym dniem bardziej niebezpieczny i konieczność jego remontu nie wynika z zaistnienia sytuacji wyjątkowej. Nawet w przypadku, gdy na pewnym etapie budynek grozi już zawaleniem i wymaga natychmiastowego remontu, wybierając tryb prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne zamawiający nie może zastosować art. 67 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p.

Podobnie orzekł Naczelny Sąd Administracyjny (NSA) w wyroku z 11 czerwca 2010 r. (sygn. akt II GSK 635/09). W stanie faktycznym sprawy, której dotyczy ten wyrok, zamawiający udzielił zamówienia z wolnej ręki na dostawę obudów ścianowych w kopalni z powodu wystąpienia pożarów w pokładach, które trzeba było zamknąć,

pozostawiając w nich sprzęt, między innymi obudowy ścianowe. Z powodu zamknięcia pokładów zamawiający nie mógł wykorzystać potrzebnego mu sprzętu i musiał zamówić nowe obudowy ścianowe, bo tylko w ten sposób mógłby zrealizować zakładany plan wydobywania kopalni. NSA orzekł, że zamawiający nie mógł udzielić zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p., bo nie zostały spełnione przesłanki opisane w tym przepisie: po wystąpieniu pożarów zamawiający zwlekał z pojęciem decyzji o zamówieniu nowych obudów. W konsekwencji NSA uznał, że zamawiający powinien był udzielić zamówienia w innym trybie, ponieważ to on swoim zaniechaniem przedłużał stan zawieszenia wydobywania z uwagi na przedłużające się zagrożenie pożarowe.

Wniosek płynący z powołanego orzeczenia NSA jest taki, że wyjątkowość sytuacji, w której konieczne jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, należy oceniać w momencie jej wystąpienia, a nie w momencie podjęcia działań przez zamawiającego. Przykładowo zamawiający, który wie o nienależytym wykonaniu umowy przez wykonawcę albo o postępującym opóźnieniu prac, powinien podjąć kroki w celu zagwarantowania prawidłowej realizacji zamówienia. Jeżeli prawidłowe wykonanie zamówienia przez wybranego wykonawcę jest mało prawdopodobne, może zaistnieć konieczność rozwiązania z nim umowy. Jeżeli zakończenie współpracy z dotychczasowym wykonawcą nastąpiło niezwłocznie po powzięciu przez zamawiającego wiedzy o okolicznościach będących podstawą do zakończenia mocy wiążącej umowy, zamawiający być może będzie mógł udzielić zamówienia nowemu wykonawcy w trybie z wolnej ręki w oparciu o przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. Jeżeli jednak zamawiający wiedział o nieprawidłowościach bądź opóźnieniu w pracach dotychczasowego wykonawcy, ale zdecydował się czekać, sytuacja przedstawia się odmiennie. Czekaający zamawiający przyjmuje na siebie ryzyko, że umowy nie da się wykonać zgodnie z jej zapisami i że po jakimś okresie takiego oczekiwania rozwiązanie umowy z dotychczasowym wykonawcą i tak będzie konieczne. Jeżeli wówczas dojdzie do rozwiązania umowy o zamówienie publiczne w trakcie jej wykonywania, a zamawiający pilnie potrzebuje uzyskać przedmiot zamówienia, zamawiający nie będzie mógł udzielić zamówienia nowemu wykonawcy w trybie z wolnej ręki z powodu zaistnienia sytuacji wyjątkowej. Być może w dacie rozwiązania umowy z dotychczasowym wykonawcą nie będzie już czasu na przeprowadzenie innej procedury niż zamówienie z wolnej ręki. Jeżeli jednak powodem tego jest zbyt długa bezczynność zamawiającego, nie może on wybrać nowego wykonawcy z wolnej ręki, tłumacząc to wystąpieniem sytuacji wyjątkowej.

Czy niemożliwa do przewidzenia, a więc dająca podstawy do zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p., jest konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia z powodu przeciągającego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego? Z reguły nie. Nawet jeżeli postępowanie takie trwa dłużej, niż było to zakładane, i opóźnienie nie wynika z winy zamawiającego, to przygotowując postępowanie zamawiający powinien uwzględnić, że postępowanie może się przedłużyć ze względu na skorzystanie przez wykonawców z procedury odwoławczej. W niektórych jednak sytuacjach, gdy liczba złożonych odwołań jest nietypowa, wyższa niż zazwyczaj, a równocześnie nie można uczynić zamawiającemu zarzutu, że nieprawidłowo przygotował lub prowadził postępowanie, zamawiający będzie mógł skutecznie powołać się na niemożliwość do przewidzenia sytuację wyjątkową i udzielić zamówienia z wolnej ręki w oparciu o omawiany przepis.

Konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia występuje, gdy sytuacja jest bardziej niż pilna. Przy ocenie, czy występuje potrzeba natychmiastowego udzielenia zamówienia, należy ocenić możliwość wystąpienia określonych skutków związanych z niewykonaniem zamówienia natychmiast, czyli z dnia na dzień. Brak możliwości zastosowania któregośkolwiek trybu konkurencyjnego jest niezbędnym wymogiem zastosowania trybu z wolnej ręki.

Na marginesie wypada wskazać, że w uchwale z 6 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO KD 58/10) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż: „wypowiedzenie umowy z dotychczasowym wykonawcą, niezależnie od przyczyn takiego działania jest sytuacją absolutnie wyjątkową”. Pogląd ten stoi w sprzeczności z wcześniejszymi orzeczeniami wydawanymi na tle oceny przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki z powodu sytuacji wyjątkowej, jak również z poglądami przeważającej części doktryny. Aktualnie postępowanie, w ramach którego podjęto cytowaną uchwałę, jest przedmiotem zainteresowania ze strony Komisji Europejskiej. Można przypuszczać, że Komisja, podobnie jak w sprawie przeciwko Słowacji (sygn. akt IP/09/1759), negatywnie ustosunkuje się do sytuacji, w której zamawiający udziela zamówienia z wolnej ręki mimo niezaistnienia sytuacji wyjątkowej. W sprawie słowackiej Komisja podkreśliła, że fakt, iż powodem rozwiązania umowy z poprzednim wykonawcą było niesatysfakcjonujące wykonywanie przez niego zamówienia, w sposób dobitny potwierdza, że okoliczności będące podstawą udzielenia zamówienia nowemu wykonawcy można było przewidzieć. Na gruncie dyrektyw unijnych stosowanie trybów niekonkurencyjnych udzielania zamówień może zachodzić tylko wyjątkowo i wyłącznie pod warunkiem spełnienia określonych przepisami przesłanek.

Anna Prigan, radca prawny, członek Zespołu Infrastruktura, Transport, Zamówienia Publiczne (PPP)

Artykuł ukazał się w Gazecie Samorządu i Administracji, nr 23, 1 grudnia 2010 r.

Stowarzyszenia branżowe a prawo ochrony konkurencji

Antoni Bolecki



Stowarzyszenia branżowe, ułatwiając kontakty konkurujących ze sobą przedsiębiorców, mogą stać się też platformą działań naruszających reguły ochrony konkurencji. Kara z tego tytułu może być nałożona zarówno na stowarzyszenie, jak i na jego członków.

Stowarzyszenia branżowe są coraz popularniejszą formą koncentracji interesów gospodarczych. Pojęcie „stowarzyszenie branżowe” ma charakter pozaustawowy, jednakże w praktyce jest częściej używane niż wyrażenie „związek przedsiębiorców” używane w ustawie z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów czy w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”). Abstrahując od przyjętej terminologii, chodzi o zinstytucjonalizowane organizacje zrzeszające przedsiębiorców, bez względu na formę prawną oraz cel, w jakim zostały powołane.

„Rzadko się zdarza, by spotkanie ludzi z tej samej branży, nawet tylko dla zabawy czy rozrywki, kończyło się inaczej jak zmową przeciw ogółowi lub jakimś układem co do podniesienia cen”.

Adam Smith

Ponieważ stowarzyszenia branżowe stanowią swoistą platformę ułatwiającą kontakty konkurujących ze sobą przedsiębiorców, w praktyce z ich działalnością wiążą się określone zagadnienia z zakresu prawa ochrony konkurencji. W orzecznictwie wspólnotowym działalność stowarzyszeń branżowych rozpatrywana jest przeważnie w kontekście zgodności z art. 101 TFUE, tj. zakazem porozumień ograniczających konkurencję.

Stosunkowo często praktyki stosowane przez stowarzyszenia branżowe przybierały czystą postać karteli cenowych czy podziałowych. Nie odróżniały się one istotnie od analogicznych porozumień wdrażanych bez kamuflażu w postaci stowarzyszenia branżowego.

Jeśli działalność stowarzyszenia branżowego narusza reguły ochrony konkurencji, kara administracyjna z tego tytułu może być – w zależności od konkretnych okoliczności – nałożona zarówno na stowarzyszenie, jak i na jego członków. Maksymalna wysokość kary to 10 proc. obrotu uzyskanego w roku poprzedzającym nałożenie kary.

Organizacja działalności stowarzyszeń branżowych

W Polsce stowarzyszenia branżowe działają przeważnie w formie stowarzyszeń, izb gospodarczych lub organizacji pracodawców. Forma prawna stowarzyszenia branżowego ma drugorzędne znaczenie; nie musi ono posiadać osobowości prawnej. Istotne znaczenie ma natomiast czynność prawna inkorporująca dane stowarzyszenie branżowe (np. statut), która jako decyzja związku przedsiębiorców podlega ocenie antymonopolowej.

Jedną z podstawowych kwestii związanych z organizacją działalności stowarzyszeń branżowych jest zapewnienie równych, sprawiedliwych i obiektywnie uzasadnionych zasad dostępu do członkostwa wszystkim zainteresowanym podmiotom. Nieuzasadniona odmowa przyjęcia może spowodować osłabienie pozycji konkurencyjnej,

a w skrajnych przypadkach nawet całkowite wykluczenie z rynku konkurenta, któremu odmówiono członkostwa. Przykładowo w prowadzonej przez Komisję Europejską sprawie *Cauliflowers* prawo do uczestnictwa w giełdzie spożywczej obejmującej ok. 90 proc. rynku właściwego mieli tylko członkowie lokalnego stowarzyszenia branżowego. Decyzje o przyjęciu do stowarzyszenia podejmowali arbitralnie jego członkowie, czyli konkurenci działający na tym samym rynku właściwym. Było rzeczą oczywistą, że bez zgody aktualnych konkurentów żaden nowy podmiot nie mógł zaistnieć na tak ukształtowanym rynku, wobec czego Komisja nakazała zmienić taką praktykę. Z kolei w sprawie *FEG* Komisja przyjęła, że nie spełnia przesłanki równości dostępu uzależnienie przyjęcia nowego członka od osiągnięcia przez niego obrotu w określonej wysokości. Taka reguła może bowiem ograniczać dostęp do rynku podmiotom, które dopiero rozpoczynają działalność. W przypadku odmowy przyjęcia nowego członka akt inkorporujący stowarzyszenie branżowe powinien przewidywać obiektywny mechanizm rozwiązywania sporów i ochrony praw podmiotu wykluczonego. Bez stwierdzenia, czy dane stowarzyszenie spełnia wymogi obiektywności i równości dostępu, nie można przesądzić, czy jego działalność – w przypadku stwierdzenia potencjalnego naruszenia prawa ochrony konkurencji – może zostać objęta procedurą indywidualnego zwolnienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (art. 101 ust. 3 TFUE, art. 8 ustawy o ochronie konkurencji).

Potencjalnym zagrożeniem dla konkurencji są również utrudnienia w zrzeczeniu się członkostwa, takie jak na przykład wygórowane opłaty z tego tytułu czy zbyt długi okres wypowiedzenia członkostwa w stowarzyszeniu. Tego typu restrykcje mogą bowiem mieć na celu zniechęcenie przedsiębiorców do wyjścia ze stowarzyszenia i do podjęcia z nim ewentualnej walki konkurencyjnej.

Duże znaczenie ma także równoprawne ukształtowanie praw i obowiązków członków stowarzyszenia. Dopuszczalne jest ich zróżnicowanie, np. w zależności od pozycji rynkowej poszczególnych przedsiębiorców, jednakże w uzasadniony i sprawiedliwy sposób.

Wiążący lub fakultatywny charakter prawny decyzji stowarzyszenia branżowego ma drugorzędne znaczenie, ponieważ nawet decyzje niewiążące mogą zostać uznane za sprzeczne z prawem, jeśli choćby potencjalnie naruszają konkurencję. To samo dotyczy sytuacji, kiedy decyzja stowarzyszenia została zaakceptowana przez krajowe władze publiczne, w tym nawet krajowy urząd antymonopolowy. Ocenie, w świetle art. 101 TFUE lub art. 6 ustawy o ochronie konkurencji, podlegają także regulaminy, wytyczne i kodeksy etyki przyjęte przez stowarzyszenie branżowe.

Wymiana informacji

Wspólnotowa praktyka orzecznicza pokazuje, że wyjątkowo

często stowarzyszenia branżowe stają się platformą służącą konkurującym ze sobą przedsiębiorcom do regularnej i usystematyzowanej wymiany poufnych informacji biznesowych. Chodzi tutaj w szczególności o informacje o cenach, wielkości produkcji i sprzedaży, wykorzystaniu mocy produkcyjnych, realizowanych zamówieniach, posiadanych klientach, udziałach rynkowych i ponoszonych kosztach. Wymiana taka w różnych sprawach badanych przez Komisję następowała w podobny sposób. Członkowie stowarzyszeń godzili się na systematyczne (przeważnie w okresach miesięcznych) udostępnianie wspólnie wybranej zewnętrznej firmie informacji w zakresie z góry przez nich ustalonym. Zadaniem owej zewnętrznej firmy było gromadzenie, przetwarzanie, weryfikowanie wiarygodności oraz dystrybuowanie wśród członków stowarzyszenia zestawień z informacjami dostarczającymi przez poszczególnych jego członków. W dużym uproszczeniu można powiedzieć, że zasadniczo praktyka taka była uznawana za antykonkurencyjną, jeśli wymiana dotyczyła indywidualnych i aktualnych informacji oraz następowała na rynku skoncentrowanym. Celem uniknięcia zarzutu naruszenia przepisów antymonopolowych poprzez wymianę poufnych informacji, stowarzyszenia branżowe powinny przestrzegać następujących zasad.

W pierwszej kolejności należy zobowiązać zewnętrzną firmę do przygotowania jedynie zbiorczych zestawień obrazujących statystyczny stan rynku, nie zaś aktualne zachowania konkretnych jego uczestników. Firma taka powinna być zobowiązana do zachowania w tajemnicy przed poszczególnymi członkami stowarzyszenia danych przekazywanych przez konkretnych jego członków. Ponadto należy przestrzegać, ażeby wszyscy członkowie stowarzyszenia mieli równy dostęp do wymienianych danych. W trakcie oficjalnych posiedzeń organizowanych przez związek przedsiębiorców nie powinny być prowadzone dyskusje na temat przyszłych strategii rynkowych. W tym celu spotkania członków organizacji powinny być protokołowane.

Zaprzeczeniem przedstawionych powyżej reguł były praktyki stosowane przez szwajcarską firmę *Fides* (później działającą jako *AC Treuhand AG*). Otóż firma ta specjalizowała się m.in. w organizowaniu i wdrażaniu systemów wymiany informacji między członkami stowarzyszeń branżowych. Wymiana ta ograniczała konkurencję, ponieważ dotyczyła m.in. aktualnych i indywidualnych danych. W efekcie Komisja Europejska uznała, że winni naruszenia prawa byli nie tylko konkurenci, którzy dzięki uzyskiwanym informacjom mogli prowadzić antykonkurencyjne praktyki, ale także firma *AC Treuhand AG*, która taką wymianę aktywnie ułatwiała.

Wspólne akcje marketingowe wspierane przez stowarzyszenie branżowe

W określonych przypadkach finansowanie przez

stowarzyszenie akcji reklamujących produkty lub usługi jego członków może zostać uznane za naruszające konkurencję. Nastąpi to w szczególności wówczas, gdy porozumienie takie pozwala na wymianę istotnych informacji handlowych albo może wpływać na znaczną część końcowych kosztów stron lub też ułatwiać stronom koordynację cen lub podział rynku. Chodzi tutaj zwłaszcza o takie sytuacje, w których w wyniku ujednolicenia wspólnej akcji reklamowej zacierają się różnice pomiędzy ofertami poszczególnych konkurentów i tym samym konsument ma ograniczone możliwości wyboru najkorzystniejszej z nich.

W sprawie *Milchförderungsfonds* z 1985 roku Komisja Europejska uznała, że zakazane jest dotowanie za pośrednictwem stowarzyszenia branżowego promocji niemieckich produktów spożywczych (nabiału) w innych krajach członkowskich. Uznano bowiem (na podstawie rzeczywistych danych), że taka reklama istotnie zachęca do zakupu produktów niemieckich (rozumianych jako kategoria produktów, bez wskazywania konkretnych marek) kosztem wytwórców z innych krajów UE, którzy nie posiadali przewagi wynikającej ze współdziałania z konkurentami. Komisja uznała przy tym, że gdyby ww. promocja nie dotyczyła wyłącznie produktów niemieckich, ale reklamowała nabiał jako taki, wówczas prawdopodobnie praktyka taka byłaby dozwolona.

Ponadto w sprawie *Papiers peints de Belgique* Komisja Europejska uznała, że antykonkurencyjny charakter może mieć rezygnacja z własnych akcji marketingowych na rzecz akcji organizowanych przez stowarzyszenie branżowe.

Standaryzacja, certyfikacja

Jedną z praktyk stosowanych przez stowarzyszenia branżowe jest wdrażanie standardów technicznych dla produktów lub usług wytwarzanych przez członków stowarzyszenia. Taka praktyka jest zasadniczo dozwolona, o ile udział w przygotowywaniu i wdrażaniu standardów jest nieograniczony, niedyskryminacyjny i przejrzysty, zaś strony mają pełną swobodę w zaakceptowaniu lub odrzuceniu określonych standardów. Przyjmuje się bowiem, że stowarzyszenie branżowe nie powinno narzucać swoim członkom, wbrew ich woli, obowiązku stosowania określonych standardów. Warto również wyjaśnić, że powodem, dla którego standaryzacja stanowi przedmiot zainteresowania organów antymonopolowych, jest fakt, iż może ona osłabiać walkę konkurencyjną. Wytwórcy muszą mieć bowiem możliwość różnicowania swoich ofert pod względem jakości produktów/usług, ich ceny, warunków dostaw itd. Innymi słowy – nie mogą podlegać bardzo ścisłej standaryzacji, która ogranicza lub usuwa ich zdolność do wprowadzania innowacji i tym samym zmniejsza zagrożenie konkurencyjne.

Do zniekształcenia konkurencji może dojść również w przypadku wprowadzania dyskryminacyjnych wymogów certyfikacyjnych. Przykładowo w sprawie *Amsean-Navena*

za sprzeczne z prawem uznano porozumienie między belgijskimi stowarzyszeniami producentów, importerów i dystrybutorów pralek i zmywarek a stowarzyszeniem firm zaopatrujących ludność w wodę. Do ustawowych obowiązków tego ostatniego należała weryfikacja spełniania norm technicznych przez urządzenia podłączane do sieci wodociągowej. Zgodnie z tym porozumieniem za spełniające wymogi zdatności podłączenia do sieci uznawane były tylko te urządzenia, które posiadały stosowny certyfikat. Certyfikat taki był przyznawany przez określone belgijskie stowarzyszenie branżowe. W praktyce uzyskanie takiego certyfikatu przez firmy nienależące do tego stowarzyszenia było bardzo ograniczone, co utrudniało im prowadzenie działalności gospodarczej w Belgii. Ponieważ były to głównie firmy zagraniczne, Komisja uznała, że taka praktyka ogranicza handel pomiędzy krajami członkowskimi i tym samym jest niedozwolona.

Uczestnictwo w targach branżowych oraz giełdach towarowych

Analiza orzecznictwa wspólnotowego skłania do wniosku, że stosunkowo często stowarzyszenia branżowe usiłowały ograniczać konkurencję poprzez nieuczciwe kształtowanie polityki dotyczącej udziału w targach branżowych. Najczęstszym sposobem na ograniczanie konkurencji były – wynikające z regulaminów lub wzorców umów przygotowywanych przez stowarzyszenia – postanowienia umożliwiające dostęp do targów tylko członkom danego stowarzyszenia oraz zobowiązujące wystawców do nieuczestniczenia w konkurencyjnych wystawach w określonych przedziałach czasowych.

W sprawie brytyjskiego stowarzyszenia dentystów Komisja uznała, że stosowane przez nie regulaminy targów branżowych naruszają konkurencję z trzech powodów. Po pierwsze, czasowy zakaz uczestnictwa członków stowarzyszenia w konkurencyjnych wystawach ogranicza prawo producentów do reklamowania się na targach innych niż organizowane przez stowarzyszenie. Po drugie, takie rozwiązanie ogranicza konkurencję pomiędzy organizatorami targów, ponieważ część z nich nie mogła konkurować o wystawców związanych ze stowarzyszeniem dentystów. Po trzecie zaś, zasady wprowadzone przez stowarzyszenie ograniczały dostęp do targów przedsiębiorcom z innych krajów UE (w targach zasadniczo mogli uczestniczyć tylko członkowie stowarzyszenia, tj. brytyjscy przedsiębiorcy).

Jeśli zaś chodzi o giełdy towarowe, to kwestią, która dość często pojawiała się we wspólnotowym orzecznictwie, był wymóg, ażeby członkowie stowarzyszenia dokonywali określonych transakcji wyłącznie przez giełdę towarową wskazaną przez stowarzyszenie branżowe. Przykładowo w sprawie *Fruho* za zakazaną została uznana praktyka narzucona przez holenderskie stowarzyszenie importerów

owoców, zgodnie z którą członkowie stowarzyszenia zgodzili się nabywać importowane owoce wyłącznie za pośrednictwem giełdy w Rotterdamie. Kolejnym przypadkiem antykonkurencyjnego oddziaływania było ograniczenie dostępu do rynku poprzez utrudnianie przedsiębiorcom spoza stowarzyszenia branżowego dostępu do określonych giełd towarowych, tak jak miało to miejsce w cytowanej sprawie *Cauliflowers*.

Niewiążące wytyczne stowarzyszeń branżowych

W określonych sytuacjach nawet niewiążące wytyczne stowarzyszenia, które następnie są przyjmowane przez jego członków, mogą prowadzić do koordynacji działań konkurentów i tym samym antykonkurencyjnych skutków. I tak w sprawie *Fedtab* Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał, że szczegółowe, choćby niewiążące wytyczne stowarzyszenia branżowego, kierowane do producentów tytoniu, dotyczące m.in. ograniczeń w akceptacji dystrybutorów, ich klasyfikacji czy standardowych warunków płatności, prowadziły do antykonkurencyjnych skutków. W wielu orzeczeniach, polskich i europejskich, za antykonkurencyjne uznawano także niewiążące rekomendacje stowarzyszeń branżowych, choćby pośrednio związane z polityką cenową ich członków.

Wnioski

Ze wspólnotowej praktyki orzeczniczej wyraźnie wynika, że stowarzyszenia branżowe często stają się wehikułem ułatwiającym konkurentom stosowanie antykonkurencyjnych praktyk. Polskie orzecznictwo

ma w tym względzie uboższe doświadczenia, niemniej jednak można się spodziewać, że z biegiem czasu również u nas będą się pojawiały opisane powyżej zagadnienia antykonkurencyjne, z którymi zmagają się władze wspólnotowe.

Przedsiębiorcy uczestniczący w pracach stowarzyszeń branżowych powinni zwrócić uwagę w szczególności na następujące kwestie:

- zapewnić obecność prawnika w trakcie spotkań członków stowarzyszenia;
- upewnić się, że statut stowarzyszenia nie zawiera antykonkurencyjnych zapisów, dotyczących w szczególności prawa przystąpienia do prac stowarzyszenia;
- nie prowadzić rozmów na temat wysokości stosowanych cen, polityki cenowej, zysków, stopy zwrotu, kosztów, planowanych inwestycji itd.;
- nie przekazywać – bez konsultacji z prawnikiem – poufnych informacji dotyczących działalności ich firmy;
- nie podejmować – bez konsultacji z prawnikiem – dyskusji dotyczących ograniczenia określonego zakresu działalności ich firm na rzecz stowarzyszenia;
- zachować ostrożność przy wdrażaniu wspólnych standardów dla branży czy produktów;
- rozmowy z konkurentami dotyczące poparcia, sprzeciwu czy zmiany polityki rządu lub przepisów prawa są dopuszczalne.

Antoni Bolecki, radca prawny, członek Zespołu Prawa Konkurencji

Artykuł w wersji zawierającej odwołania do orzecznictwa i literatury przedmiotu był publikowany w czasopiśmie Glosa 2/2009

Kiedy nabywca nieruchomości ponosi odpowiedzialność za zanieczyszczenie

Bartosz Kuraś



Ryzyko odpowiedzialności za zanieczyszczenie ma duże znaczenie przy nabywaniu nieruchomości lub udziałów w spółce posiadającej nieruchomość. Jeżeli standardy jakości gleby zostały przekroczone, nabywca gruntu może zostać zobowiązany do przeprowadzenia rekultywacji. Dlatego przed transakcją warto zbadać, jak kształtują się zasady odpowiedzialności za szkody w środowisku.

Uzyskanie odpowiedniej wiedzy przed nabyciem tytułu prawnego do nieruchomości pozwoli tak skonstruować zapisy umowne, aby zabezpieczyć się przed skutkami późniejszego wykrycia historycznego zanieczyszczenia skutkującego powstaniem odpowiedzialności po stronie kupującego. Zbywca i nabywca mogą uzgodnić ewentualne przeprowadzenie badań i skutki ewentualnego wykrycia zanieczyszczenia podczas takiego badania. Mogą też

ustalić umownie, że w przypadku negatywnych wyników cena zakupu zostanie obniżona bądź sprzedający pokryje koszty rekultywacji. Znajomość zasad odpowiedzialności za zanieczyszczenie ułatwia również podjęcie decyzji, czy przed nabyciem nieruchomości należy przeprowadzić często bardzo kosztowne badanie gleby, zwłaszcza jeśli można przypuszczać, że dotychczas prowadzona działalność na nieruchomości mogła powodować zanieczyszczenie gleby.

W myśl ogólnej zasady przewidzianej w ustawie z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie¹ („ustawa o zapobieganiu szkodom w środowisku”) odpowiedzialność za zanieczyszczenie gleby ponosi podmiot korzystający ze środowiska, którego działalność stwarzająca ryzyko szkody w środowisku

¹ Dz. U. Nr 75, poz. 493.

spowodowała bezpośrednie zagrożenie szkodą w środowisku lub szkodę w środowisku. Jednakże w przypadku niektórych szkód wyrządzonych przed dniem wejścia w życie tej ustawy odpowiedzialność ponosi władający powierzchnią ziemi.

Szkoda w powierzchni ziemi

Dla prawidłowego stosowania przepisów kluczowe jest zdefiniowanie pojęcia szkody w środowisku. Zgodnie z art. 6 pkt 11 ustawy o zapobieganiu szkodom w środowisku pod pojęciem tym rozumie się negatywną, mierzalną zmianę stanu lub funkcji elementów przyrodniczych, ocenioną w stosunku do stanu początkowego, która została spowodowana bezpośrednio lub pośrednio przez działalność prowadzoną przez podmiot korzystający ze środowiska.

Aby ocenić, że szkoda wystąpiła, należy więc określić stan początkowy, który zdefiniowany został jako stan i funkcje środowiska oraz poszczególnych elementów przyrodniczych przed wystąpieniem szkody w środowisku, oszacowane na podstawie dostępnych informacji. Jednakże w przypadku szkody w powierzchni ziemi ustawodawca założył, że stan początkowy to stan zgodny ze standardami jakości gleby i ziemi w rozumieniu przepisów ustawy Prawo ochrony środowiska² (p.o.ś.), które określono w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 9 września 2002 r.³ Oznacza to, że ustawa o zapobieganiu szkodom w środowisku znajduje zastosowanie, a określone w niej obowiązki powstają w momencie, w którym przekroczone zostaną standardy określone w rozporządzeniu.

Taki uproszczony sposób oceny szkody w powierzchni ziemi ma tę zaletę, że jest obiektywny i rzeczywiście mierzalny, w związku z czym ustalenie przedmiotowego zakresu obowiązku zapobiegania i naprawy nie jest tak problematyczne jak w przypadku – wykraczającej poza zakres niniejszego opracowania – szkody w gatunkach i siedliskach chronionych, do której zastosowanie również znajduje ustawa o zapobieganiu szkodom w środowisku, jednakże z odmiennie ukształtowanymi zasadami odpowiedzialności.

Podmioty odpowiedzialne

W odniesieniu do zanieczyszczenia gleby przepisy ustawy o zapobieganiu szkodom w środowisku znajdują zastosowanie do podmiotów korzystających ze środowiska prowadzących działalność stwarzającą ryzyko szkody w środowisku.

Zgodnie z definicją ustawową podmiotem korzystającym ze środowiska jest przedsiębiorca⁴, a także osoby prowadzące działalność wytwórczą w rolnictwie w zakresie upraw rolnych, hodowli zwierząt, ogrodnictwa, warzywnictwa,

leśnictwa i rybactwa śródlądowego, lub osoby wykonujące zawód medyczny w ramach indywidualnej praktyki lub indywidualnej praktyki specjalistycznej. Zgodnie z ustawową definicją podmiotem korzystającym ze środowiska jest również jednostka organizacyjna niebędąca przedsiębiorcą, jak również osoba fizyczna nieprowadząca wyżej wymienionej działalności, jeżeli korzysta ze środowiska w takim zakresie, w jakim korzystanie to wymaga pozwolenia.

Z kolei działalność stwarzająca ryzyko szkody w środowisku została zdefiniowana w ustawie o zapobieganiu szkodom w środowisku poprzez enumeratywne wyliczenie rodzajów działalności, które ze względu na swój charakter należy tak sklasyfikować. Zgodnie z ustawą do takiej działalności zalicza się przede wszystkim eksploatacja instalacji wymagająca uzyskania pozwolenia, działalność związana z gospodarowaniem odpadami wymagająca odpowiedniej decyzji administracyjnej, produkcja, wykorzystywanie, przechowywanie, transport substancji i preparatów niebezpiecznych, środków ochrony roślin, produktów biobójczych itp.

Zasada „zanieczyszczający płaci” i zasada odpowiedzialności władającego powierzchnią ziemi

Zasada „zanieczyszczający płaci” jest naczelną zasadą nie tylko polskiego prawa ochrony środowiska, ale wszystkich systemów państw członkowskich Unii Europejskiej. Została ona wyrażona w art. 86 Konstytucji RP (zgodnie z którym każdy ponosi odpowiedzialność za spowodowane przez siebie zanieczyszczenie środowiska) oraz powtórzona w naczelnej ustawie polskiego prawa ochrony środowiska.

Zasada „zanieczyszczający płaci” stanowi dopełnienie podstawowych zasad prawa ochrony środowiska – zasady prewencji i przezorności oraz funkcji prewencyjnej odpowiedzialności administracyjnoprawnej. Prewencyjną odpowiedzialność przewiduje również ustawa o zapobieganiu szkodom w środowisku, zgodnie z którą odpowiedzialność ponoszona jest nie tylko za samą szkodę, ale również za spowodowanie bezpośredniego zagrożenia szkodą, czyli w sytuacji, gdy istnieje wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia szkody dające się przewidzieć w przyszłości.

Jednakże, w związku z przepisami przejściowymi ustawy o zapobieganiu szkodom w środowisku, zasada „zanieczyszczający płaci” nie jest w pełni realizowana. W odniesieniu do szkód, które zostały wyrządzone przed wejściem w życie ustawy, tj. przed 30 kwietnia 2007 roku, co do zasady obowiązuje zasada odpowiedzialności władającego powierzchnią ziemi, zgodnie z którą za zanieczyszczenie odpowiedzialny jest każdorazowy władający, niezależnie od tego, kto spowodował zanieczyszczenie. Władającego powierzchnią ziemi p.o.ś. definiuje jako właściciela nieruchomości, a jeżeli w ewidencji gruntów i budynków prowadzonej na podstawie ustawy – Prawo geodezyjne

² Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2001 r. Nr 62, poz. 627 ze zm.).

³ Dz. U. Nr 165, poz. 1359.

⁴ W rozumieniu ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 ze zm.).

i kartograficzne ujawniono inny podmiot władający gruntem – podmiot ujawniony jako władający.

W praktyce oznacza to, że nabywając dzisiaj nieruchomość, która została zanieczyszczona przed 30 kwietnia 2007 roku, mimo obowiązywania konstytucyjnej zasady „zanieczyszczający płaci”, nabywca nieruchomości może być obowiązany do przeprowadzenia rekultywacji zanieczyszczenia. Innymi słowy, władający powierzchnią ziemi, nabywając określoną zanieczyszczoną nieruchomość, przejmuje publicznoprawny obowiązek dokonania rekultywacji historycznego zanieczyszczenia, którego wykonanie od tej pory ciąży na nim. Natomiast odrębną kwestią mogą być wzajemne relacje między zbywcą i nabywcą z tytułu kosztów rekultywacji. Są one zależne od treści stosunku cywilnoprawnego będącego podstawą przeniesienia własności, a wszelkie spory w tej mierze mogą być rozstrzygane na płaszczyźnie stosunków cywilnoprawnych⁵. Takie rozwiązanie nie zawsze zabezpiecza w wystarczającym stopniu interesy nabywcy, np. gdy sprawca zanieczyszczenia przestanie istnieć lub ogłosi upadłość. Nie ma też obecnie instrumentu prawnego pozwalającego wyłączyć ten publicznoprawny obowiązek w odniesieniu do nabywcy nieruchomości zanieczyszczonej przed 30 kwietnia 2007 roku, nawet gdy jest oczywiste, że to nie nabywca nieruchomości spowodował zanieczyszczenie.

Charakter odpowiedzialności za zanieczyszczenie gleby

W tym miejscu należy wyraźnie zaznaczyć, że odpowiedzialność za zanieczyszczenie gleby ustanowiona ustawą o zapobieganiu szkodom w środowisku to co do zasady odpowiedzialność administracyjnoprawna, niezależna od winy – wystarczy obiektywne naruszenie przepisów prawnych lub decyzji administracyjnych, a podstawową przesłanką odpowiedzialności jest bezprawność czynu rozumiana jako zachowanie podmiotu niezgodne z przepisami prawa⁶. Nie da się tej odpowiedzialności wyłączyć poprzez umowę cywilnoprawną.

W odniesieniu do zanieczyszczenia gleby przesłanką odpowiedzialności aktualizującą *ex lege* obowiązek rekultywacji gleby jest zanieczyszczenie gleby powodujące przekroczenie standardów jakości gleby określonych w rozporządzeniu wykonawczym do p.o.ś.

Zasady odpowiedzialności za historyczne zanieczyszczenie

Jeżeli bezpośrednie zagrożenie zanieczyszczeniem gleby lub zanieczyszczenie gleby zostały spowodowane przed 30 kwietnia 2007 roku lub wynikają z działalności, która została zakończona przed tą datą, stosujemy przepisy p.o.ś. obowiązujące przed wejściem w życie ustawy o zapobieganiu

szkodom w środowisku. Jak już zaznaczono wyżej, zgodnie z tymi przepisami odpowiedzialność za zanieczyszczenie związana jest z tytułem prawnym do nieruchomości (odpowiedzialność władającego powierzchnią ziemi).

W rezultacie władający powierzchnią ziemi, na której występuje zanieczyszczenie gleby lub ziemi, jest obowiązany do przeprowadzenia rekultywacji. Co więcej, władający powierzchnią ziemi jest podmiotem odpowiedzialnym za przeprowadzanie rekultywacji, nawet jeżeli zanieczyszczenie nastąpiło, zanim nabył daną nieruchomość. Władający powierzchnią ziemi odpowiada również na opisanych wyżej zasadach w sytuacji, gdy nieruchomość nabył po 30 kwietnia 2007 roku, gdyż decydujący jest moment spowodowania zanieczyszczenia.

Obowiązany do rekultywacji w pierwszej kolejności powinien uzgodnić z organami ochrony środowiska szczegółowe warunki rekultywacji, przy czym uzgodnienie to następuje w formie decyzji administracyjnej określającej zakres, sposób i czas przeprowadzenia rekultywacji.

Odpowiedzialność władającego powierzchnią ziemi podlega pewnym wyłączeniom albo ograniczeniom co do zakresu przeprowadzenia obowiązku rekultywacji bądź rozmiaru ponoszenia jej kosztów.

Przede wszystkim możliwe jest wykazanie, że zanieczyszczenie gleby lub ziemi zostało dokonane przez inny podmiot. Wówczas obowiązek przeprowadzenia rekultywacji spoczywa co do zasady na tym podmiocie, a więc na sprawcy zanieczyszczenia. Skorzystanie z tego dobrodziejstwa możliwe jest tylko w sytuacji, gdy zanieczyszczenie wystąpiło po objęciu władania nieruchomością, co zasadniczo uniemożliwia skorzystanie z tego rozwiązania przez podmioty obecnie nabywające nieruchomości.

Ponadto wyłączenie odpowiedzialności jest możliwe, jeżeli zanieczyszczenie jest wynikiem klęski żywiołowej lub gdy postępowanie egzekucyjne dotyczące wykonania obowiązku rekultywacji nie może zostać wszczęte lub jest bezskuteczne. W tym wypadku obowiązek przeprowadzenia rekultywacji spoczywa na organie ochrony środowiska. W obu sytuacjach organ ochrony środowiska pokrywa również koszty rekultywacji.

Przepisy p.o.ś. przewidują ponadto kilka innych okoliczności, w których organ ochrony środowiska dokonuje rekultywacji, jednakże obecnie możliwość ich zastosowania w praktyce nie występuje.

Nie można zapominać również o tym, że przez prawie 3 lata po wejściu w życie p.o.ś. istniała możliwość powiadomienia starosty o zanieczyszczeniu spowodowanym przez podmioty trzecie. Takie powiadomienie, po spełnieniu dodatkowych przesłanek, pozwalało wyłączyć odpowiedzialność władającego powierzchnią ziemi za zanieczyszczenie gleby,

⁵ Por. wyrok NSA z 11 grudnia 2008 r. (II OSK 1601/07).

⁶ Wyrok TK z 4 lipca 2002 r. (P12/01, OTK-A 2002, nr 4 poz. 50).

które wystąpiło przed 1 października 2001 roku. Termin końcowy złożenia takich zawiadomień upłynął 30 czerwca 2004 roku⁷. Nabywając nieruchomości, co do której istnieje podejrzenie, że może być zanieczyszczona, warto zbadać, czy tego rodzaju zgłoszenie zostało dokonane. W zamierzeniu ustawodawcy miało to złagodzić bardzo surowy reżim odpowiedzialności władającego powierzchnią ziemi za zanieczyszczenie gleby.

Odpowiedzialność za zanieczyszczenia, które powstały po 30 kwietnia 2007 roku

Najistotniejszą zmianą dokonaną przez ustawę o zapobieganiu szkodom w środowisku było pełniejsze wprowadzenie zasady „zanieczyszczający płaci” w odniesieniu do szkód w środowisku, w tym do zanieczyszczenia gleby.

Zgodnie z ustawą o zapobieganiu szkodom w środowisku obowiązek podjęcia działań naprawczych spoczywa na tym podmiocie, który podjął określoną działalność stwarzającą ryzyko szkody w środowisku, jeśli ta działalność doprowadziła do zanieczyszczenia gleby lub do zagrożenia wystąpieniem takiej szkody. Ten sam podmiot co do zasady obowiązany jest ponieść koszty rekultywacji. Jeżeli zanieczyszczenie gleby spowodował inny podmiot niż korzystający ze środowiska, podmiot korzystający ze środowiska nie poniesie kosztów rekultywacji, jeżeli wykaże, że zanieczyszczenie gleby zostało spowodowane przez inny podmiot i wystąpiło mimo stosowania właściwych środków bezpieczeństwa.

Podmiot korzystający ze środowiska, który przeprowadził rekultywację gleby, a nie był sprawcą zanieczyszczenia, może wystąpić z roszczeniem o zwrot nakładów do sprawcy zanieczyszczenia.

Przez obowiązek rekultywacji należy rozumieć nie tylko czynności naprawcze w sytuacji, gdy zanieczyszczenie gleby już wystąpiło, ale również czynności zapobiegawcze, dotyczące sytuacji bezpośredniego zagrożenia wystąpienia szkody.

Aby stwierdzić, czy zanieczyszczenie wystąpiło, i czy w związku z tym zaistniał obowiązek podjęcia działań naprawczych, stosuje się rozporządzenie Ministra Środowiska z 2008 roku w sprawie kryteriów oceny wystąpienia szkody w środowisku⁸. Rozporządzenie to określa kryteria oceny, czy w danym wypadku szkoda w środowisku wystąpiła. W odniesieniu do zanieczyszczenia gleby rozporządzenie to odsyła do p.o.s., w związku z czym zastosowanie znajduje rozporządzenie z 2002 roku dotyczące standardów jakości gleby.

W pewnych sytuacjach władający powierzchnią ziemi nadal będzie solidarnie odpowiedzialny za zanieczyszczenie wraz z podmiotem, który spowodował zanieczyszczenie

(co oznacza, że każdy z nich może zostać zobowiązany do przeprowadzania rekultywacji), jeżeli wiedział o czynnościach powodujących bezpośrednie zagrożenie zanieczyszczeniem lub zgodził się na te czynności lub na samo zanieczyszczenie. Władający powierzchnią ziemi, który wiedział o zanieczyszczeniu, może uniknąć odpowiedzialności tylko jeżeli niezwłocznie po uzyskaniu informacji o zanieczyszczeniu dokona zgłoszenia tego faktu organowi ochrony środowiska.

Podobnie jak w przypadku odpowiedzialności za historyczne zanieczyszczenie, podmiot obowiązany do podjęcia działań naprawczych uzgadnia warunki przeprowadzenia rekultywacji, w tym zakres, sposób i termin jej przeprowadzenia, z organem ochrony środowiska.

Organ ochrony środowiska sam dokonuje rekultywacji, jeżeli podmiot korzystający ze środowiska nie może zostać zidentyfikowany lub nie można wszcząć wobec niego postępowania egzekucyjnego, lub gdy egzekucja okaże się bezskuteczna. Ponadto organ ochrony środowiska sam dokonuje rekultywacji, gdy konieczne jest natychmiastowe podjęcie tych działań z uwagi na zagrożenie życia lub zdrowia ludzi lub możliwość zaistnienia nieodwracalnych szkód w środowisku. W tych przypadkach organ ochrony środowiska żąda od podmiotu korzystającego ze środowiska zwrotu poniesionych przez siebie kosztów przeprowadzenia rekultywacji. Organ może odstąpić od tego żądania w całości lub w części, jeżeli nie jest w stanie zidentyfikować podmiotu korzystającego ze środowiska, jeżeli nie może wobec niego wszcząć postępowania egzekucyjnego lub egzekucja okaże się bezskuteczna, a także w przypadku, gdy koszt postępowania administracyjnego jest wyższy niż kwota możliwa do odzyskania.

W przypadku gdy to organ ochrony środowiska ma dokonać rekultywacji, władający powierzchnią ziemi jest obowiązany umożliwić organowi prowadzenie działań zapobiegawczych i naprawczych. Podobnie gdy podmiot korzystający ze środowiska jest obowiązany do przeprowadzenia rekultywacji, a nie posiada tytułu prawnego do ziemi, na której ma przeprowadzić rekultywację, władający powierzchnią ziemi obowiązany będzie umożliwić przeprowadzenie rekultywacji.

Podsumowanie

Obowiązek przeprowadzenia rekultywacji zanieczyszczonej gleby powstaje, gdy przekroczone zostaną standardy jakości gleby określone w rozporządzeniu. Przeprowadzenie rekultywacji jest najczęściej bardzo kosztowne, stąd tak istotna jest odpowiedź na pytanie, na kim spoczywa obowiązek jej przeprowadzenia. Istnieją dwa wypracowane modele odpowiedzialności: odpowiedzialność władającego powierzchnią ziemi albo odpowiedzialność

⁷ Art. 12 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o wprowadzeniu ustawy - p.o.s., ustawy o odpadach oraz o zamianie niektórych ustaw (Dz. U. z 18 września 2001 r.)

⁸ Dz. U. Nr 82, poz. 501.

zanieczyszczającego, przy czym podstawowe znaczenie ma dzisiaj ta ostatnia. Ponieważ jednak w odniesieniu do szkód historycznych (tj. szkód spowodowanych przed 30 kwietnia 2007 r.) odpowiedzialność ponosi każdorazowy władający powierzchnią ziemi (najczęściej jest to właściciel nieruchomości lub użytkownik wieczysty), kwestie dotyczące odpowiedzialności władającego powierzchnią ziemi nadal spędzają sen z powiek wielu inwestorom. Przed transakcją nabycia

nieruchomości lub udziałów w spółce posiadającej nieruchomość zawsze warto wiedzieć, jak kształtują się zasady odpowiedzialności za zanieczyszczenie gleby. Może to uchronić nabywcę przed ryzykiem ponoszenia kosztów rekultywacji, co jest kosztowne i dotkliwe, zwłaszcza jeżeli zasady wzajemnych rozliczeń zbywcy i nabywcy za zanieczyszczenie gleby nie zostały wystarczająco precyzyjnie uregulowane w umowie nabycia nieruchomości lub nabycia udziałów.

Bartosz Kuraś, doktorant, prawnik w Zespole Prawa Ochrony Środowiska

Obowiązkowy donos?

Agnieszka Lisiecka



Sytuacja, w której pracownicy dopuszczają się naruszeń prawa, jest chyba groźna dla pracodawcy?

Agnieszka Lisiecka: Oczywiście. Jeżeli pracownicy są nieuczciwi, jeżeli w firmie dochodzi np. do kradzieży czy malwersacji, odbija się to na funkcjonowaniu spółki – obniża dyscyplinę i jest szkodliwe.

Jeszcze groźniejsze są sytuacje, gdy pracownicy działają na szkodę klienta czy kontrahenta. Zasada jest taka, że za szkody wyrządzone osobie trzeciej odpowiedzialność wobec tej osoby ponosi wyłącznie pracodawca. Dopiero gdy odpowiedzialność pracodawcy zostanie przesądzona prawomocnym orzeczeniem, można wystąpić wobec pracownika z roszczeniem regresowym. W dodatku są pewne ograniczenia: naprawienia szkody w pełnej wysokości można dochodzić tylko w przypadku winy umyślnej pracownika. Jeśli wina była nieumyślna, pracodawca może dochodzić szkód do wysokości 3-miesięcznego wynagrodzenia pracownika, i to tylko za

rzeczywiście poniesioną szkodę, a nie za utracone korzyści. Dysproporcja pomiędzy szkodą a wysokością możliwego odszkodowania może być więc istotna, a działanie pracownika na szkodę klienta – szczególnie dotkliwe, ponieważ godzi w reputację.

Dobrze byłoby więc wiedzieć, że pracownicy dopuszczają się naruszeń prawa. Skąd pracodawca ma czerpać takie informacje?

Uczciwy pracownik, który nabiera podejrzeń o nadużyciach współpracowników, podzieli się z pracodawcą swoją wiedzą lub podejrzeniami. Jednak pracownicy nie zawsze są do tego skłonni, nie chcąc się narażać na kłopoty albo nieprzyjemności. W proceder może być przecież zaangażowany bezpośredni przełożony. Zachowanie pracownika zależeć więc będzie od okoliczności.

Co do zasady jednak należy uznać, że pracownik, który ma wiedzę o działaniu na szkodę swojego pracodawcy, obowiązany jest go o tym zawiadomić; niewykonanie takiego

obowiązku może zostać uznane za ciężkie naruszenie podstawowych obowiązków pracowniczych i uzasadniać rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia. Tak brzmi też teza jednego z orzeczeń Sądu Najwyższego.

Aby wzmocnić morale, warto jest wprowadzać regulacje wewnętrzne, tzw. kodeksy etyczne. Pracownik powinien wiedzieć, jakie zasady obowiązują w spółce, jakie zachowanie jest bezprawne lub nieetyczne z punktu widzenia organizacji i jakie są jego konsekwencje oraz jakie obowiązki w związku z tym mogą na nim spoczywać.

Ważne jest jednak, aby regulacja ta nie pozostała martwa. Istotne dla jej implementacji jest uświadomienie pracownikom kwestii etycznych i uwrażliwienie ich na ten problem. W pierwszej kolejności warto uczynić taką regulację źródłem prawa pracy, czyli inkorporować ją do regulaminu pracy lub wzmiankować ją w umowie o pracę. W drugiej kolejności należy faktycznie zapoznać z nią pracowników i odebrać od nich pisemne potwierdzenie faktu zapoznania się z nimi. Nie zaszkodzi szkolenie pracowników oraz regularne przypominanie o istnieniu tych zasad.

Do kogo pracownik ma się zgłosić ze swoimi podejrzeniami? Może przecież trafić na osobę również zaangażowaną w dany proceder.

Rozwiązaniem zyskującym ostatnio na popularności są

procedury sprzyjające ujawnianiu przez pracowników nadużyć w organizacji, tzw. *whistleblowing*. W dużym skrócie, wyznaczona zostaje osoba lub osoby, do których powinny być kierowane zgłoszenia o zidentyfikowanych nadużyciach. Osoby te następnie zajmują się ich wyjaśnianiem. Rozwiązania bywają różne – procedura może funkcjonować na poziomie spółki lub grupy albo obsługi w tym zakresie można zlecić firmie zewnętrznej. Ważne jest, aby zapewnić pewien poziom bezstronności osób, które takie zgłoszenia obsługują, i odpowiednie warunki zapewniające minimum ochrony tzw. *whistleblowerowi*, tj. pracownikowi, który ujawnia nieprawidłowości. Pracownicy oczywiście muszą wiedzieć, jaka dokładnie jest procedura, komu mają zgłaszać informacje, czy pozostaną anonimowi itd. Jeśli pracownicy znają odpowiedź na te pytania, są bardziej skłonni korzystać z takiej procedury, a to oczywiście sprzyja temu, żeby takie informacje pozyskiwać.

Pojawiają się też metody nagradzania uczciwości pracowników ujawniających nadużycia.

Z uwagi na kontekst historyczno-polityczny w Polsce metody sprzyjające pozytywnemu „donoszeniu” nie są wystarczająco popularne. Na marginesie warto dodać, że ich stosowanie powinno odbywać się ostrożnie – sprzyjać bowiem mogą fałszywym donosom, a tym samym skutkować naruszeniem dóbr osobistych innych pracowników.

Agnieszka Lisiecka, adwokat, współnik odpowiedzialny za Zespół Prawa Pracy

Przejęcie spółki notowanej na Giełdzie Papierów Wartościowych

Danuta Pajewska



Planując przejęcie spółki notowanej na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie, należy pamiętać o szczególnych regulacjach dotyczących takich transakcji, a zwłaszcza o istniejącym w takim przypadku obowiązku publicznego wezwania do zapisywania się na sprzedaż lub zamianę akcji. Wzywający nie ma przy tym pełnej swobody w zakresie ustalenia ceny nabycia akcji.

Na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie S.A. (GPW) notowanych jest ponad 360 polskich spółek, których kapitalizacja sięga ok. 520 miliardów złotych. GPW skupia także ponad 20 spółek zagranicznych o kapitalizacji ok. 280 miliardów złotych. Obrót akcjami na GPW odbywa się zgodnie z polskim prawem, niezależnie od miejsca siedziby notowanej spółki. Polskie regulacje obrotu na rynkach regulowanych dostosowane zostały do wymogów

dyrektywy 2004/25/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ofert przejęcia.

Zgodnie z powszechnie obowiązującym prawem akcjonariusze spółki przejmowanej mogą skorzystać ze ściśle określonych uprawnień. Akcjonariuszom przysługuje prawo do ich równego traktowania względem siebie, prawo do uzyskania odpowiedniego czasu na podjęcie decyzji o odpowiedzi na wezwanie innego akcjonariusza, możliwość uzyskania opinii zarządu w kwestii przewidywanych skutków wezwania, a także zabezpieczenie nabycia akcji po cenie ustalonej w treści wezwania.

Jeżeli w przejęciu uczestniczy spółka znajdująca się pod nadzorem państwa (np. instytucja finansowa), skuteczność przejęcia zależy od uzyskania zgody odpowiednich władz państwowych. Obowiązujące regulacje uzależniają, w pewnych sytuacjach, skuteczność dokonania transakcji nabycia akcji od uprzedniego przeprowadzenia kontroli lub wyrażenia zgody przez właściwy organ zajmujący się zwalczaniem nieuczciwej konkurencji.

Obowiązek wezwania

W sytuacji, w której akcje spółki są jednocześnie notowane na GPW i na rynku regulowanym prowadzonym w innym państwie, nabycie akcji zarejestrowanych w Polsce musi się odbywać zgodnie z polskim prawem, a w szczególności z ustawą o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółce publicznej (zwaną dalej ustawą o ofercie). Przewiduje ona, między innymi, konieczność wypełnienia obowiązku publicznego wezwania do zapisywania się na sprzedaż lub zamianę akcji. Obowiązek ten powinien być przestrzegany, gdy:

- akcjonariusz, któremu przysługuje mniej niż 33 proc. ogólnej liczby głosów w spółce publicznej,
 - zamierza zwiększyć swój udział o więcej niż 10 proc.,
 - a nabycie ma nastąpić w okresie krótszym niż 60 dni;
- akcjonariusz, któremu przysługuje co najmniej 33 proc. ogólnej liczby głosów w spółce publicznej,
 - zamierza zwiększyć swój udział o więcej niż 5 proc.,
 - a nabycie ma nastąpić w okresie krótszym niż 12 miesięcy.

Ustawa o ofercie wskazuje przypadki, w których nie stosuje się wymogu wezwania do nabycia akcji.

Przeprowadzenie wezwania powinno nastąpić za pośrednictwem podmiotu prowadzącego działalność maklerską na terytorium RP.

Próg 33 proc. ogólnej liczby głosów w spółce publicznej może być przekroczony wyłącznie w wyniku ogłoszenia wezwania do zapisywania się na sprzedaż lub zamianę akcji tej spółki w liczbie zapewniającej osiągnięcie 66 proc. ogólnej liczby głosów.

Próg 66 proc. ogólnej liczby głosów może być przekroczony wyłącznie w wyniku ogłoszenia wezwania do zapisywania się na sprzedaż lub zamianę wszystkich pozostałych akcji tej spółki.

Cena określona w wezwaniu

Wzywający nie ma pełnej swobody w zakresie ustalenia ceny nabycia akcji. Jest on zobowiązany przestrzegać następujących zasad:

- proponowana cena akcji nie może być niższa od średniej ceny rynkowej z okresu 6 miesięcy poprzedzających ogłoszenie wezwania, w czasie których dokonywany był obrót tymi akcjami na rynku głównym, lub od średniej ceny rynkowej z krótszego okresu – jeżeli obrót akcjami spółki był dokonywany na rynku głównym przez okres krótszy niż 6 miesięcy;
- proponowana cena akcji nie może być niższa od najwyższej ceny, jaką za akcje będące przedmiotem wezwania, w okresie 12 miesięcy przed ogłoszeniem wezwania, zapłacił podmiot obowiązany do jego ogłoszenia, podmioty od niego zależne lub wobec niego dominujące, lub podmioty będące stronami zawartego z nim porozumienia;
- w przypadku wezwania mającego na celu przekroczenie progu 66 proc. ogólnej liczby głosów w spółce cena akcji proponowana w wezwaniu nie może być również niższa od średniej ceny rynkowej z okresu 3 miesięcy obrotu tymi akcjami na rynku regulowanym poprzedzających ogłoszenie wezwania.

Cena proponowana w wezwaniu może być niższa w odniesieniu do akcji stanowiących co najmniej 5 proc. wszystkich akcji spółki, które będą nabyte w wezwaniu od oznaczonej osoby zgłaszającej się na wezwanie, jeżeli podmiot obowiązany do ogłoszenia wezwania i ta osoba tak postanowiły.

Wzywający ma obowiązek ustanowienia zabezpieczenia w wysokości nie mniejszej niż 100 proc. wartości akcji.

Squeeze-out

Wezwanie do zapisywania się na sprzedaż lub zamianę akcji wpływa na sytuację także tych akcjonariuszy, którzy nie

zamierzają odpowiedzieć na wezwanie. Akcjonariuszowi spółki publicznej, który osiągnął lub przekroczył próg 90 proc. ogólnej liczby głosów w tej spółce, przysługuje prawo żądania od pozostałych akcjonariuszy sprzedaży wszystkich posiadanych przez nich akcji. Sytuacja ta określana jest jako przymusowy wykup lub *squeeze-out*. Realizacja żądania nie jest uzależniona od zgody ze strony mniejszościowych akcjonariuszy. Przy identycznym rozkładzie ogólnej liczby głosów akcjonariusz mniejszościowy może się domagać wykupienia jego akcji przez akcjonariusza, który osiągnął lub przekroczył 90 proc. ogólnej liczby głosów.

Obowiązek wezwania a podmioty współdziałające

Dokonując oceny, czy podmiot zamierzający nabyć akcje jest związany obowiązkiem wezwania, należy wziąć pod uwagę m.in. akcje posiadane przez podmioty powiązane, jak również ilość głosów przysługujących podmiotom uczestniczącym we wspólnych przedsięwzięciach.

Problemy praktyczne

Przepisy dotyczące wezwań niejednokrotnie sprawiają trudności, a ich wykładnia często może prowadzić do rozbieżnych rezultatów.

Zagadnieniem, które może być różnie interpretowane, są na przykład zasady ustalania minimalnej ceny przymusowego wykupu akcji. Co do zasady, przepisy regulujące cenę przy przymusowym wykupie akcji odsyłają do wymogów cenowych przewidzianych dla wezwań. Szczególny przepis dotyczy ceny wykupu dokonywanego przez akcjonariusza, który uzyskał 90 proc. głosów na skutek wezwania dotyczącego wszystkich pozostałych akcji spółki. Ten szczególnie przepis stanowi, że cena nie może być niższa od ceny ustalonej w wezwaniu, w wyniku którego akcjonariusz uzyskał 90 proc. głosów w spółce.

Nie ma całkowitej zgodności poglądów, czy taki szczególnie wymóg jedynie uzupełnia regulację ogólną, czy może wyłącza stosowanie przepisów ogólnych i stanowi odrębną normę. Naszym zdaniem właściwe jest rozwiązanie drugie. Przemawia za tym nie tylko konstrukcja przepisów dotyczących przymusowego wykupu w spółkach publicznych, ale również treść dyrektywy 2004/25/WE w sprawie ofert przejęcia. Dyrektywa, której poszczególne postanowienia zostały implementowane przez ustawę o ofercie, określa specyficzne wymogi, przewidziane tylko dla ceny wykupu przeprowadzanego bezpośrednio po wezwaniu dotyczącym wszystkich pozostałych akcji spółki.

Kolejnym interesującym zagadnieniem jest stosowanie przepisów określających wyznaczanie minimalnej ceny akcji w wezwaniach w sytuacji, gdy wezwanie obejmuje różne rodzaje akcji. W takim przypadku przepisy te należy stosować szczególnie rozważnie. Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie wzorów wezwań, jeżeli akcje objęte wezwaniem różnią się pod względem liczby głosów przysługujących

z akcji danego rodzaju, to cenę akcji w wezwaniu należy określić odrębnie dla każdego z rodzajów akcji. Jak już pisaliśmy powyżej, ustawa o ofercie uzależnia cenę określoną w wezwaniu od kilku kryteriów. Między innymi:

- cena nie może być niższa od średniej ceny rynkowej akcji z ostatnich sześciu miesięcy (lub z krótszego okresu, jeżeli akcje były w obrocie przed wezwaniem przez mniej niż sześć miesięcy) przed ogłoszeniem wezwania; średnia cena akcji dopuszczonych do obrotu na rynku regulowanym wyznaczać będzie również minimalną cenę pozostałych akcji, które nie są dopuszczone do obrotu na danym rynku, tj. akcji innego rodzaju;
- cena nie może być również niższa od najwyższej ceny, jaką podmiot przeprowadzający wezwanie zapłacił za akcję w okresie 12 miesięcy przed ogłoszeniem wezwania; w tym przypadku najwyższa cena nabycia akcji danego rodzaju nie będzie miała wpływu na ustalenie ceny minimalnej akcji innego rodzaju.

Cena określona w wezwaniu może być różna dla różnych rodzajów akcji. Zróżnicowanie cenowe nie może wszakże być efektem swobodnej decyzji wzywającego, ale musi wynikać z różnic w prawach inkorporowanych w akcjach poszczególnych rodzajów.

Kolejne wątpliwości mogą wynikać z analizy przepisów o przeprowadzeniu wezwania poprzedzającego zniesienie dematerializacji akcji spółki, które są notowane na kilku rynkach jednocześnie. Zgodnie z ustawą o ofercie procedura zniesienia dematerializacji będzie konieczna w przypadku wycofania z obrotu akcji spółki publicznej dopuszczonych do

obrotu na rynku regulowanym na terytorium RP i jednocześnie dopuszczonych do obrotu na rynku regulowanym w innym państwie. Powstaje jednak pytanie, co w sytuacji, w której akcje dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym na terytorium RP są w innym państwie dopuszczone do obrotu zorganizowanego, ale nie na rynku regulowanym, tylko w alternatywnym systemie obrotu. Taki przypadek niestety nie został uwzględniony przez ustawodawcę. Niemniej jednak najbardziej właściwe wydaje się stosowanie, odpowiednio, ustawowej regulacji dotyczącej zniesienia dematerializacji, z uwzględnieniem regulacji korporacyjnych właściwych dla emitenta ze względu na jego siedzibę.

Na tle procedury zniesienia dematerializacji w celu wycofania akcji z zorganizowanego obrotu wyłania się również kolejna wątpliwość. Zgodnie z ustawą obowiązek ogłoszenia wezwania dotyczy akcji, które zostały nabyte w wyniku transakcji zawartych w obrocie na rynku regulowanym na terytorium RP i które są zapisane na rachunkach papierów wartościowych prowadzonych w Polsce. Przepisy ustawy nie odnoszą się natomiast do sytuacji, w której akcje nie zostały nabyte w wyniku transakcji na rynku regulowanym w Polsce, a na rachunki papierów wartościowych prowadzone w Polsce trafiły w wyniku przeniesienia ich z innego rynku regulowanego i rachunków prowadzonych przez inny system rozliczeniowy niż Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych.

W chwili obecnej trwają prace nad ustawą nowelizującą przepisy ustawy o ofercie. Mamy nadzieję, że planowane zmiany rozwiążą także wyżej wskazane problemy praktyczne.

Danuta Pajewska, radca prawny, współnik odpowiedzialny za Zespół Rynków Kapitałowych i Instytucji Finansowych

Restrukturyzacja a pozwolenia na korzystanie ze środowiska

Dominik Wałkowski

Izabela Zielińska-Barłózek



Przeprowadzając połączenie spółek lub nabywając przedsiębiorstwo, należy pamiętać o występujących w polskim prawie ograniczeniach następstwa prawnego. Warunkiem prawidłowego przeprowadzenia restrukturyzacji jest wnikliwe przeanalizowanie konsekwencji prawnych tego procesu w odniesieniu do praw i obowiązków o charakterze administracyjnym. Okazuje się, że w tym zakresie szczególne problemy mogą wystąpić na gruncie rozwiązań prawnych dotyczących ochrony środowiska.

Procesy restrukturyzacyjne obejmujące między innymi łączenie spółek, jak również transakcje, których przedmiotem jest przedsiębiorstwo, należą do niezwykle złożonych zagadnień prawnych. Ponieważ procesy te obejmują wszystkie lub niemal wszystkie składniki majątkowe oraz osobowe uczestniczących w nich podmiotów, liczba stosunków prawnych, na które restrukturyzacja ma wpływ, jest ogromna. Dużym zatem ułatwieniem dla uczestników takich procesów są przepisy regulujące sukcesję uniwersalną praw i obowiązków, czyli ich przejście na nowy podmiot w wyniku jednej czynności prawnej. Dzięki temu, na skutek połączenia, spółka przejmująca lub spółka nowo zawiązana wstępuje niemal automatycznie we wszystkie prawa i obowiązki spółek przejmowanych. Wprawdzie w przypadku czynności prawnej polegającej na nabyciu przedsiębiorstwa nie można mówić o sukcesji uniwersalnej, to jednak przepisy przewidują wprost, że czynność taka obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa.

Powyższe udogodnienia poddane są jednak licznym ograniczeniom. W zakresie praw i obowiązków wynikających z decyzji administracyjnych przepisy Kodeksu cywilnego (k.c.) oraz Kodeksu spółek handlowych (k.s.h.) przewidują jedynie ograniczoną możliwość ich przejścia na nabywcę przedsiębiorstwa, na spółkę przejmującą lub spółkę nowo zawiązaną. Instytucja następstwa administracyjnoprawnego ma charakter wyjątkowy, ponieważ zasadą w prawie administracyjnym jest brak możliwości „przeniesienia decyzji”¹ na inny podmiot w drodze czynności cywilnoprawnej.

Decyzje administracyjne związane z korzystaniem przez przedsiębiorców ze środowiska, takie jak pozwolenia wodnoprawne, pozwolenia na wprowadzanie gazów lub pyłów do powietrza czy decyzje związane z gospodarowaniem odpadami, należą do tych aktów administracyjnych, których regulacja jest rozproszona w wielu przepisach rangi ustawowej. Ponadto nie należą do rzadkości sytuacje, w których nawet decyzje administracyjne regulowane w ramach tej samej ustawy podlegają różnicowanym reżimom prawnym związanym z przenoszeniem na inne podmioty praw i obowiązków z nich wynikających.

Prawidłowe określenie konsekwencji prowadzonej

¹ W istocie chodzi o przejście uprawnień i obowiązków wynikających z określonego aktu administracyjnego, a nie o przeniesienie samej decyzji administracyjnej. W przepisach m.in. Kodeksu spółek handlowych oraz Kodeksu cywilnego ustawodawca posługuje się jednakże z reguły skrótem myślowym, wskazując na przeniesienie zezwoleń, koncesji, ulg.

restrukturyzacji ma dla jej uczestników ogromne znaczenie. W przypadku błędnego przekonania o przejściu na nabywcę przedsiębiorstwa lub spółkę przejmującą praw i obowiązków wynikających z danego pozwolenia, następcą prawny może zostać w przyszłości skonfrontowany z faktem braku wymaganej prawem decyzji administracyjnej. Konsekwencje w zależności od rodzaju pozwolenia mogą obejmować odpowiedzialność karną, obowiązek ponoszenia opłat podwyższonych, a w niektórych przypadkach wiązać się ze szczególnie dotkliwą konsekwencją – decyzją organu o wstrzymaniu prowadzonej działalności.

Konstrukcja następstwa administracyjnoprawnego w Kodeksie spółek handlowych i Kodeksie cywilnym

Konstruując w Kodeksie spółek handlowych proces łączenia się spółek, ustawodawca wyróżnił dwa sposoby połączenia: łączenie się przez przejęcie oraz łączenie się przez zawiązanie nowej spółki.

Niezależnie od przyjętego wariantu podstawową konsekwencją połączenia spółek jest sukcesja uniwersalna praw i obowiązków przejmowanych podmiotów. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 494 § 1 k.s.h. spółka przejmująca albo spółka nowo zawiązana wstępuje z dniem połączenia we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej albo spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki. Dodatkowo, w art. 494 § 2 k.s.h., ustawodawca sprecyzował konsekwencje połączenia na gruncie prawa administracyjnego. Zgodnie z tym przepisem na spółkę przejmującą albo spółkę nowo zawiązaną przechodzą z dniem połączenia w szczególności zezwolenia, koncesje i ulgi, które zostały przyznane spółce przejmowanej albo którejkolwiek ze spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji lub ulgi stanowi inaczej.

Natomiast w sytuacjach, gdy mamy do czynienia z czynnościami prawnymi mającymi za przedmiot przedsiębiorstwo, zastosowanie znajdzie regulacja Kodeksu cywilnego – w części różna od tej przedstawionej powyżej. Ustawa ta przewiduje bowiem, że czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w jego skład, chyba że coś innego wynika z treści czynności prawnej albo z przepisów szczególnych (art. 55² k.c.). Do składników przedsiębiorstwa, których dotyczy powyższa regulacja, ustawodawca zaliczył w art. 55¹ k.c. – podobnie jak w przypadku omawianych wyżej przepisów Kodeksu spółek handlowych – koncesje, licencje i zezwolenia. Mimo iż przepis art. 55¹ k.c. wymienia jedynie koncesje, licencje i zezwolenia, to jednak użycie we wprowadzeniu do wyliczenia sformułowania „w szczególności” przesądza o niewyczerpującym ujęciu w tym przepisie składników przedsiębiorstwa. W rezultacie uprawnienia i obowiązki wynikające z wszelkich decyzji administracyjnych, o ile oczywiście stanowią one składnik przedsiębiorstwa zgodnie

z definicją zawartą w art. 55¹ k.c., co do zasady są objęte następstwem, o którym mowa w art. 55² k.c. W nieco odmienny niż w Kodeksie spółek handlowych sposób jednak zostały określone przesłanki negatywne, których ewentualne wystąpienie uniemożliwia następstwo prawne.

Ograniczenia następstwa administracyjnoprawnego

Najczęściej ograniczenie sukcesji administracyjnoprawnej wynika z odrębnej regulacji ustawowej. Takie rozwiązanie zostało przewidziane zarówno w przepisach Kodeksu cywilnego, jak i Kodeksu spółek handlowych. W odniesieniu do tego ograniczenia następstwa powstało również wiele wątpliwości na gruncie uwarunkowań wynikających z przepisów regulujących wydawanie określonych decyzji administracyjnych.

Podstawową kwestią sporną jest odpowiedź na pytanie, czy sytuacja, w której ustawa „stanowi inaczej”, to tylko taki przypadek, w którym, przykładowo, ustawodawca przewidział wyraźne wyłączenie określonej w art. 494 § 2 k.s.h. sukcesji administracyjnej dla łączenia się spółek, czy też również taka sytuacja, w której dla przejścia pewnych praw i obowiązków przewiduje się pewną szczególną procedurę, jednakże bez odniesienia, że chodzi o którykolwiek z procesów restrukturyzacyjnych². Wydaje się, że pierwsze rozumienie stanowiłoby rozwiązanie pożądane w praktyce, gdyż eliminowałoby większość problemów interpretacyjnych, które pojawiły się na gruncie obowiązujących przepisów³. Można również domniemywać, że taki cel przyświecał autorom rozwiązań zaproponowanych w Kodeksie spółek handlowych, gdyż tylko przy takim rozumieniu tej instytucji w możliwie pełny sposób zostałyby urzeczywistnione udogodnienia wynikające z sukcesji administracyjnoprawnej. Jako modelowy przykład takiej regulacji szczególnej można wskazać art. 19 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. – Prawo pocztowe⁴, zgodnie z którym „uprawnienia z tytułu wydanego przedsiębiorcy zezwolenia, jak również uprawnienia wynikające z dokonanego wpisu do rejestru nie przechodzą na podmioty powstałe w wyniku jego podziału albo łączenia się z innymi podmiotami”.

Często mamy jednak do czynienia z przepisami, które przewidują pewną szczególną procedurę przeniesienia praw i obowiązków z decyzji administracyjnej, ale bez wskazania na to, że procedura ta ma być stosowana w procesach łączenia się spółek czy też zbycia przedsiębiorstwa.

² Zob. E. Skorczyńska, *Sukcesja publicznoprawna w procesie łączenia się spółek na tle pojęcia następstwa prawnego w prawie administracyjnym*, Prawo Spółek 11/2003, s. 20, tak: M. Rodzyński, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 872-873.

³ Tak np. M. Litwińska-Werner, która wskazuje, że „Konieczne będzie zamieszczenie wyraźnego postanowienia w treści ustawy, bądź też klauzuli wyłączającej przejście uprawnienia na wypadek połączenia w decyzji administracyjnej” (M. Litwińska-Werner, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 1133).

⁴ Dz. U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1159 z późn. zm.

Wykładnia przepisów Kodeksu cywilnego regulujących czynności prawne, których przedmiotem jest przedsiębiorstwo, jak również przepisów Kodeksu spółek handlowych dotyczących skutków łączenia się spółek przemawia raczej za zaakceptowaniem poglądu przyjmującego, że wyjątkowy charakter następstwa administracyjnoprawnego nakazuje uznać, że zarówno w wypadku, gdy przepisy w sposób wyraźny wyłączają sukcesję administracyjnoprawną w określonych procesach restrukturyzacyjnych, jak również gdy zawierają odrębne unormowanie kwestii „przechodzenia” decyzji, przejście praw i obowiązków wynikających z określonego aktu administracyjnego jest niemożliwe bądź uzależnione od zachowania procedury określonej w tych odrębnych przepisach.

Można wprawdzie posłużyć się argumentem, że określenie w przepisach szczególnych procedur przeniesienia pozwolenia dotyczy innych sytuacji niż łączenie się spółek (zbycie przedsiębiorstwa) lub podkreślać, że w przypadku procesów takich jak łączenie się spółek nie występują zagrożenia, dla których uniknięcia skonstruowano specjalną procedurę przenoszenia decyzji, jednakże *de lege lata* argumentacja taka nie znajduje dostatecznie silnych podstaw normatywnych w koncepcji zaproponowanej przez polskiego ustawodawcę. Wydaje się, że tak długo jak będzie zachowane brzmienie przepisów art. 494 § 2 k.s.h. i art. 55² k.c., przyjęcie innego poglądu będzie obarczone dużym ryzykiem. Wątpliwości powstałe na gruncie tych przepisów wyjaśniłaby zapewne interwencja ustawodawcy, który w art. 494 § 2 k.s.h. oraz w art. 55² k.c. mógłby wyraźnie określić, że następstwo administracyjnoprawne występuje, o ile przepisy szczególne nie wyłączają sukcesji w przypadku łączenia się spółek lub transakcji, których przedmiotem jest przedsiębiorstwo.

Ze względu na specyfikę procesów restrukturyzacyjnych w tym miejscu jednak należy zwrócić uwagę na to, że zastosowanie określonej regulacji szczególnej w stosunku do przepisów Kodeksu spółek handlowych bądź Kodeksu cywilnego może być z różnych przyczyn niemożliwe. W takim wypadku należałoby uznać, że wobec braku przepisów, które „stanowią inaczej”, zastosowanie znajdzie reguła wyrażona w art. 494 § 2 k.s.h. bądź art. 55² k.c.

Przechodząc na grunt regulacji dotyczących decyzji administracyjnych *stricto* związanych z korzystaniem przez podmioty ze środowiska, można dostrzec pojawiające się wątpliwości dotyczące tego, czy przepisy Prawa ochrony środowiska⁵ przewidujące instytucję przenoszenia pozwoleń są w rzeczywistości regulacją odrębną, o której mowa w art. 494 § 2 k.s.h. i art. 55² k.c. wyłączającą przejście praw i obowiązków wynikających z decyzji administracyjnych

regulowanych przepisami tej ustawy, tj. pozwoleń zintegrowanych, pozwoleń na wprowadzanie gazów lub pyłów do powietrza, pozwoleń wodnoprawnych na wprowadzanie ścieków do wód lub do ziemi, jak również pozwoleń na wytwarzanie odpadów. Zgodnie bowiem z art. 190 p.o.ś. zainteresowany nabyciem tytułu prawnego do całej instalacji może złożyć wniosek o przeniesienie na niego praw i obowiązków wynikających z pozwoleń dotyczących tej instalacji. Przeniesienie praw i obowiązków wynikających z pozwoleń następuje w drodze decyzji administracyjnoprawnej, która wywołuje skutki prawne po uzyskaniu tytułu prawnego do instalacji lub jej oznaczonej części i wygasa po upływie roku od daty jej wydania, jeżeli wnioskodawca nie uzyskał tytułu prawnego do instalacji lub jej oznaczonej części. Zgodnie natomiast z art. 193 ust. 1 pkt 2 p.o.ś. pozwolenie wygasa, jeżeli podmiot przestał być prowadzącym instalację w rozumieniu ustawy, chyba że dokonano przeniesienia praw i obowiązków z pozwolenia w opisanym wyżej trybie. Skutek ten następuje z chwilą wystąpienia okoliczności powodujących wygaśnięcie pozwolenia, natomiast organ właściwy do wydania pozwolenia stwierdza w odrębnej decyzji, że określony akt administracyjny wygasł.

Na gruncie powyższego unormowania pojawiły się wątpliwości, czy przepisy Prawa ochrony środowiska wymagające przeprowadzenia procedury przeniesienia praw i obowiązków z udzielonych pozwoleń są przepisami szczególnymi, które wyłączają przedstawioną wyżej ogólną regułę następstwa prawnego w przypadku łączenia się spółek, określoną w Kodeksie spółek handlowych.

Aby wyeliminować opisywane wyżej problemy interpretacyjne, ustawa z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko⁶ wprowadziła zmianę do przepisów Prawa ochrony środowiska – nowy przepis – art. 193 ust. 5, zgodnie z którym pozwolenia związane z korzystaniem ze środowiska nie wygasają, jeżeli nastąpiło przeniesienie praw i obowiązków, o którym mowa w art. 190 p.o.ś., albo nastąpiło połączenie, podział lub przekształcenie spółek handlowych na podstawie przepisów tytułu IV Kodeksu spółek handlowych albo przepisów ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji, albo na podstawie innych przepisów. Ustawodawca przesądził zatem, że w toku takich procesów restrukturyzacyjnych przeprowadzenie procedury „przenoszenia” pozwoleń nie będzie konieczne.

Należy podkreślić, że pozwolenie nie wygasa w każdym przypadku przejęcia praw i obowiązków wynikających z decyzji administracyjnych, lecz jedynie w przypadku, gdy proces restrukturyzacji polega wyłącznie na połączeniu, podziale lub przekształceniu spółek handlowych.

⁵ Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2008 r. Nr 25, poz. 150 z późn. zm., dalej „Prawo ochrony środowiska” lub „p.o.ś.”).

⁶ Dz. U. Nr 199, poz. 1227 z późn. zm.

W konsekwencji nabycie przedsiębiorstwa spółki, mimo iż jego skutkiem jest przejęcie praw i obowiązków wynikających z decyzji administracyjnych, nie będzie objęte nowym art. 193 ust. 5 p.o.ś. Konsekwencją takiego rozwiązania jest uznanie, że w przypadku nabycia przedsiębiorstwa nie będzie można skorzystać z dobrodziejstwa przewidzianego w art. 193 ust. 5 p.o.ś., a zatem w przypadku takiej czynności prawnej niezbędne będzie przeprowadzenie uregulowanej w Prawie ochrony środowiska procedury przeniesienia pozwoleń. Oznacza to, że podmiot zamierzający nabyć przedsiębiorstwo powinien uzyskać w trybie art. 190 p.o.ś. decyzje przenoszące prawa i obowiązki z pozwoleń dotyczących instalacji wchodzących w skład przedsiębiorstwa.

Obowiązek przeniesienia praw i obowiązków wynikających z decyzji administracyjnych w trybie art. 190 p.o.ś. dotyczy pozwoleń regulowanych Prawem ochrony środowiska, tj. pozwoleń na wprowadzanie gazów lub pyłów do powietrza, pozwoleń na wprowadzanie ścieków do wód lub do ziemi (pozwolenie wodnoprawne) oraz pozwoleń na wytwarzanie odpadów. Na skutek odesłań zawartych w przepisach Prawa wodnego przepis ten również znajdzie zastosowanie w odniesieniu do takich pozwoleń wodnoprawnych, które dotyczą eksploatacji instalacji, jak również w przypadku przejęcia praw i obowiązków wynikających z pozwoleń na wprowadzanie do urządzeń kanalizacyjnych, będących własnością innych podmiotów, ścieków przemysłowych zawierających substancje szczególnie szkodliwe dla środowiska wodnego.

Przepisy dotyczące przenoszenia praw i obowiązków obejmują również szereg innych decyzji administracyjnych związanych z korzystaniem ze środowiska, których szczegółowe omówienie wykracza poza ramy tego opracowania. Stąd można jedynie zasygnalizować, że podczas procesów restrukturyzacyjnych szczególną uwagę należy zwrócić na decyzje o środowiskowych uwarunkowaniach uzyskiwane w toku procedur inwestycyjnych, koncesje uzyskane na podstawie przepisów prawa geologicznego i górniczego oraz niektóre decyzje wynikające z przepisów o odpadach – w szczególności decyzje zatwierdzające instrukcję eksploatacji składowiska odpadów oraz decyzje o zgodzie na zamknięcie składowiska odpadów.

Ze względu na specyficzną – publicznoprawną naturę aktów administracyjnych, prawidłowe ich usytuowanie w ramach prywatnoprawnych konstrukcji przewidzianych w Kodeksie cywilnym i Kodeksie spółek handlowych zawsze będzie powodowało spore trudności i wymagało wszechstronnej analizy okoliczności każdego stanu faktycznego, aby prawidłowo ustalić skutki prawne nabycia przedsiębiorstwa lub łączenia się spółek, których działalność wiąże się z oddziaływaniem na środowisko. Dlatego też należy postulować takie wzmocnienie niezwykle przydatnej konstrukcji sukcesji administracyjnoprawnej w ramach norm kodeksowych, aby w przypadku opisywanych procesów restrukturyzacyjnych nie było konieczne stosowanie dodatkowych procedur przewidzianych w ustawach szczegółowych.

Dominik Wałkowski, aplikant radcowski, członek Zespołu Prawa Ochrony Środowiska i Grupy Transakcyjnej

Izabela Zielińska-Barłózek, radca prawny, współnik odpowiedzialny za Zespół Prawa Ochrony Środowiska, członek Grupy Transakcyjnej

Droga do ratowania życia

Joanna Krakowiak



Raport Najwyższej Izby Kontroli o wynikach kontroli badań klinicznych w Polsce pokazał, że badania bywają prowadzone w sposób wadliwy. Ekstremalnie wypadki, w których badacz prowadzi równolegle nawet kilkadziesiąt badań w jednym ośrodku i to bez wiedzy dyrektora szpitala, budują obraz badań klinicznych jako źródła dodatkowego zarobku lekarzy. W toczącej się w mediach dyskusji zapomina się o pacjencie, którego dobro jest podstawowym celem prowadzenia badań nad nowymi lekami.

Cel prowadzenia badań

Klasycznie przyjmuje się, że celem badania klinicznego jest zweryfikowanie skuteczności i bezpieczeństwa nowej substancji lub mieszaniny substancji, które dopiero w przyszłości mogą stać się dopuszczonym do obrotu produktem leczniczym. Bez badań klinicznych z udziałem

ludzi nie byłoby możliwe wiarygodne przebadanie nowych leków, a tym samym postęp w medycynie.

Pacjent, decydując się na udział w badaniu klinicznym, jest informowany o celu badania i możliwych korzyściach, ale też o ryzyku, jakie może nieść za sobą udział w badaniu. Przed włączeniem do badania pacjent składa oświadczenie o wyrażeniu świadomej zgody na udział w badaniu, w którym potwierdza, że zapoznał się ze specyfiką prowadzonego badania i że tę specyfikę zrozumiał. Pacjent, stając się uczestnikiem badania klinicznego, przyjmuje do wiadomości zarówno szansę wyleczenia, jak i ryzyko pogorszenia swojego stanu zdrowia.

Udział w badaniu klinicznym a stan zdrowia pacjenta

Dla pacjentów cierpiących na rzadkie choroby lub w szczególnie ciężkich przypadkach chorób powszechnie występujących przyjmowanie testowanego leku może być

jedyną szansą na polepszenie stanu zdrowia. Jeżeli uczestnik pozytywnie reaguje na lek przyjmowany w trakcie badania, szansa wyleczenia lub chociaż przedłużenia życia wzrasta. Badanie kliniczne jest jednak zaplanowane na z góry określony czas, wystarczający do sprawdzenia nowego leku (np. 24 miesiące).

Lekarze prowadzący badania stają często przed pytaniem – czy istnieje możliwość kontynuacji podawania testowanego leku pacjentowi po zakończeniu badania? Pytanie to bywa kluczowe dla pacjentów, ponieważ zanim nowy lek trafi do aptek, minie co najmniej kilkanaście miesięcy. Tyle bowiem trwają europejskie, narodowe lub centralne procedury rejestracyjne leków. Czy przerwa w podawaniu leku ratującego życie jest nieunikniona?

Terapia lekiem niezarejestrowanym – obecne przepisy

Na gruncie ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne¹ w jej obecnym brzmieniu szansa na kontynuację podawania testowanego leku pacjentowi po zakończeniu badania jest nikła. Prawo farmaceutyczne dopuszcza możliwość importu docelowego leku niezarejestrowanego w Polsce dla określonego pacjenta lub grupy pacjentów, ale ta możliwość jest ograniczona.

Dotychczasowa procedura

Aby można było sprowadzić lek, lekarz prowadzący, szpital lub nawet teoretycznie sam pacjent muszą złożyć wniosek o wyrażenie zgody na sprowadzenie z zagranicy leku niezarejestrowanego w Polsce. Wniosek taki jest opiniowany przez krajowego lub wojewódzkiego konsultanta z danej dziedziny medycyny, a następnie rozpatrywany przez ministra zdrowia. Jeżeli lek miałby być objęty refundacją, wniosek wymaga dodatkowo aprobaty Prezesa NFZ.

Lekarz, składając wniosek, ma obowiązek złożyć oświadczenie, że jest świadomy, że zamawia produkt leczniczy niedopuszczony do obrotu na terytorium RP oraz że przedmiotowy produkt leczniczy będzie stosowany na odpowiedzialność wystawiającego zapotrzebowanie.

Szczegóły tej skomplikowanej i czasochłonnej procedury regulowane są w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 18 kwietnia 2005 r. w sprawie sprowadzania z zagranicy produktów leczniczych nieposiadających pozwolenia na dopuszczenie do obrotu, niezbędnych dla ratowania życia lub zdrowia pacjenta². Jeżeli jednak testowany lek jest zupełnie nowy, tj. nie został jeszcze zarejestrowany w żadnym państwie, to możliwość uzyskania zgody na jego zastosowanie nie istnieje.

Compassionate use w Europie

Dla najczęściej chorych pacjentów, których terapia

dopuszczonymi do obrotu lekami nie jest skuteczna, tworzone są tzw. programy *compassionate use*, które umożliwiają ich leczenie przy pomocy najnowszych, jeszcze niezarejestrowanych leków. Możliwość tworzenia takich programów przewiduje rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 726/2004 z 31 marca 2004 r. ustanawiające wspólnotowe procedury wydawania pozwoleń dla produktów leczniczych stosowanych u ludzi i do celów weterynaryjnych i nadzoru nad nimi oraz ustanawiające Europejską Agencję Leków³. Na podstawie tego rozporządzenia dopuszczalne jest organizowanie programów *compassionate use* w całej Unii Europejskiej, w tym w Polsce. Dotyczy to jednak tylko leków, które podlegają centralnej rejestracji w Europejskiej Agencji Leków (EMA) w Londynie.

W stosunku do leków rejestrowanych w procedurze zdecentralizowanej (DCP), wzajemnego uznawania (MRP) lub narodowej nie ma zharmonizowanych zasad ubiegania się o kontynuację leczenia testowanym lekiem po zakończeniu badania, a przed jego dopuszczeniem do obrotu. W niektórych państwach Unii Europejskiej podjęto jednak próbę uregulowania tego zagadnienia.

Nowe prawo pacjenta?

Możliwość kontynuowania terapii testowanym lekiem po zakończeniu badania zaczyna być postrzegana jako prawo pacjenta wynikające z jego zaangażowania w badanie kliniczne. W niektórych ustawodawstwach europejskich zdecydowano się nawet na nałożenie na sponsora obowiązku dostarczania leku po zakończeniu badania klinicznego. W Wielkiej Brytanii *National Research Ethics Service* opublikowało wytyczne, zgodnie z którymi rozwiązania dotyczące podawania leku pacjentowi po zakończeniu badania mogą być różne w zależności od uzgodnień pomiędzy sponsorem a badaczem, ale pacjent wyrażając zgodę na uczestniczenie w badaniu musi być szczegółowo poinformowany, czy i na jakich warunkach będzie miał prawo do otrzymywania leku po zakończeniu badania.

Próba wypełnienia luki

Aktualna wersja założeń do projektu ustawy o badaniach klinicznych (z 11 czerwca 2010 r.) przewiduje, że uczestnik badania klinicznego, który pozytywnie reagował na działanie badanego produktu leczniczego, będzie mógł ubiegać się o zgodę na podawanie badanego produktu leczniczego po zakończeniu badania klinicznego, a przed jego zarejestrowaniem. To dobra wiadomość dla najczęściej chorych pacjentów, którym dostępne leki nie pomagają. Nowe przepisy mają utworzyć ramy prawne dające szansę zniwelowania negatywnych skutków zaprzestania przyjmowania testowanego leku po zakończeniu badania klinicznego do momentu jego zarejestrowania.

¹ Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 (tekst jednolity) z późn. zm.

² Dz. U. z 27 kwietnia 2005 r.

³ Dz.U.UE.L.04.136.1 z późn. zm.

Nowa procedura

Resort zdrowia opracował założenia do projektu ustawy o badaniach klinicznych produktów leczniczych i produktów leczniczych weterynaryjnych. Ustawa ta ma zawierać kompleksową regulację zagadnienia badań klinicznych i zastąpić dotychczasowe przepisy zawarte w ustawie z 6 września 2001 r. - Prawo farmaceutyczne. Według założeń do projektu ustawy droga do uzyskania ratującego zdrowie leku nie będzie jednak prosta. Zgodę na dostarczanie i podawanie na koszt sponsora przez głównego badacza uczestnikom badania klinicznego produktu leczniczego po zakończeniu badania klinicznego ma wyrażać minister zdrowia. W praktyce będzie to oznaczać konieczność przeprowadzenia konsultacji z głównym badaczem, podpisania odpowiedniej umowy ze sponsorem oraz uzyskania decyzji administracyjnej ministra zdrowia.

Zobowiązanie finansowe sponsora

Wedle założeń do projektu ustawy sponsor będzie musiał się zobowiązać do pokrycia kosztów sprowadzenia lub wytworzenia badanego produktu leczniczego, jego dostarczenia i podawania. Sponsor będzie określać w swoim zobowiązaniu okres, przez jaki będzie finansować podawanie badanego produktu leczniczego po zakończeniu badania klinicznego. Finansowanie podawania badanego produktu leczniczego po zakończeniu badania klinicznego nie będzie mogło się odbywać po zarejestrowaniu produktu leczniczego.

Wyrażenie przez sponsora zgody na bezpłatne dostarczanie określonego pacjentowi leku niedopuszczonego do obrotu oznaczałoby przejście finansowego ciężaru leczenia pacjenta na firmę farmaceutyczną. Założenia do projektu ustawy nie przewidują bowiem refundacji tego typu produktu przez NFZ ani jakiegokolwiek formy współpłacenia pacjenta za dostarczany mu lek. W tym kontekście firma farmaceutyczna przejmowałaby *de facto* obowiązki państwa w zakresie zapewnienia dostępu do leków.

Ryzyko odpowiedzialności firmy farmaceutycznej oraz lekarza

Niezależnie od ponoszenia kosztów dostarczania niedopuszczonego do obrotu leku określonego pacjentowi lub grupie pacjentów, sponsor musiałby zaakceptować

ryzyko odpowiedzialności za ewentualne szkody, które niedopuszczony do obrotu lek może spowodować w organizmie pacjenta. Albowiem fakt, że pacjent pozytywnie reaguje na przyjmowany lek w trakcie badania klinicznego, nie wyklucza ryzyka zmiany sposobu reakcji na podawany lek.

Sponsor oraz główny badacz ponosiliby odpowiedzialność za podawanie leku na takich samych zasadach jak w czasie trwania badania klinicznego. Po uchwaleniu ustawy o badaniach klinicznych zasady tej odpowiedzialności będą bardziej restrykcyjne niż dotychczas, ponieważ sponsor lub badacz będą odpowiadać za szkody, nawet jeżeli badanie było prowadzone w sposób prawidłowy. Tylko wówczas, gdy uszczerbek na zdrowiu uczestnika badania byłby spowodowany zachowaniem samego pokrzywdzonego, osoby trzeciej, za którą badacz lub sponsor nie odpowiada, lub działaniem siły wyższej, sponsor i badacz mogliby zwolnić się z odpowiedzialności wobec poszkodowanego pacjenta.

W klasycznym badaniu klinicznym ryzyko odpowiedzialności sponsora i koszty prowadzenia badań są ponoszone w celu wprowadzenia na rynek nowego leku. Gdy bezpieczeństwo leku jest już potwierdzone zakończonymi badaniami klinicznymi, a wciąż niezarejestrowany lek jest dostarczany do pacjentów na koszt i ryzyko sponsora, ponieważ postępowania rejestracyjne leku nadal trwa, sponsor z własnej woli i na własne ryzyko niweluje skutki długotrwałych postępowań rejestracyjnych leku. Oferuje bowiem nowy lek przed jego rejestracją bez jakiegokolwiek wygodzenia. Wedle projektowanej ustawy minister zdrowia, wydając decyzję o zgodzie na *compassionate use*, akceptowałby ustalenia pomiędzy pacjentem, sponsorem a lekarzem, lecz nie przyjmowałby na organy państwa żadnych zobowiązań finansowych w związku z zaaprobowaną terapią.

Czego możemy się spodziewać w przyszłości?

Istnieje szansa, że nowa ustawa o badaniach klinicznych stworzy ramy prawne dla tworzenia programów *compassionate use* w Polsce. Trudno przewidzieć, kiedy założenia do ustawy przekształcą się w projekt ustawy i kiedy nastąpi jej uchwalenie. Być może, z uwagi na krytyczny raport NIK, prace nad nową ustawą będą toczyć się szybko. Jest jednak jeszcze czas na dyskusję o etycznej i prawnej ocenie proponowanych rozwiązań.

Joanna Krakowiak, radca prawny, członek Zespołu Life Science i Postępowań Regulacyjnych

Członek zarządu a odpowiedzialność karna skarbową

Elżbieta Gózdź

Efektorem coraz liczniejszych ostatnio postępowań podatkowych jest na ogół wszczęcie postępowania karnego skarbowego przeciwko osobom zajmującym się sprawami gospodarczymi spółki, w szczególności członkom zarządu. Uchylenie się od obowiązku podatkowego, nierzetelne albo wadliwe prowadzenie ksiąg, nieskładanie w terminie deklaracji lub informacji podatkowych, niewpłacanie pobranego podatku – to tylko przykładowe czyny penalizowane przez kodeks karny skarbowy (k.k.s.).

Błędna kwalifikacja prawna czynu

Niejednokrotnie się zdarza, że w postanowieniu o przedstawieniu zarzutów finansowe organy postępowania przygotowawczego (dalej: organy) automatycznie wskazują jako podstawę prawną art. 6 § 2 k.k.s. (czyn ciągły), niezależnie od tego, czy w okolicznościach danej sprawy istnieją przesłanki potwierdzające wystąpienie czynu ciągłego. W szczególności dotyczy to przestępstw lub wykroczeń skarbowych z art. 77 k.k.s. polegających na nieodprowadzeniu w terminie podatku pobranego przez płatnika lub na dokonaniu wpłaty w terminie, ale na rzecz niewłaściwego organu. Tego rodzaju delikty skarbowe często zarzucane są osobom zajmującym się sprawami gospodarczymi przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy spółka jako płatnik pobrała i nie wpłaciła w terminie ustawowym zaliczek na podatek dochodowy od osób fizycznych (PIT) od wypłaconych pracownikom wynagrodzeń.

W świetle k.k.s. konstrukcja czynu ciągłego obejmuje zarówno zachowanie w krótkich odstępach czasu, tzw. działanie na raty (a więc kilka zachowań podejmowanych przez sprawcę w wyniku tego samego zamiaru), jak też podejmowanie kolejnych takich samych zachowań z wykorzystaniem takiej samej sposobności.

Na gruncie art. 6 § 2 k.k.s. wartościowaniu karnoskarbowemu podlega więc suma wszystkich zachowań sprawcy. Może to doprowadzić do tego, iż poszczególne zachowania realizujące każde z osobna znamiona wykroczeń skarbowych w sumie zrealizują już znamiona przestępstwa skarbowego. Ponadto w przypadku powołania się na czyn ciągły organy odpuszczają od analizy strony podmiotowej czynu zabronionego osobno

Dariusz Wasylkowski

w stosunku do każdego z zachowań, *a priori* przyjmując, iż istnieje możliwość uczynienia sprawcy tego samego zarzutu w odniesieniu do wszystkich zachowań. Ponieważ k.k.s. wyraźnie nawiązuje do normatywnej teorii winy, według której wszystkie elementy strony psychicznej są znamionami czynu zabronionego, nie zaś elementami kształtującymi stosunek sprawcy do czynu, wina jest czystym zarzutem stawianym sprawcy z powodu zachowania niezgodnego z prawem¹.

Zastosowanie kwalifikacji prawnej czynu ciągłego wiąże się również w praktyce z wymierzeniem surowszej kary, pomimo że art. 6 § 2 k.k.s. nie łączy z instytucją czynu ciągłego konsekwencji w postaci obligatoryjnego obostrzenia kary. Poza tym powołanie się przez organy w kwalifikacji prawnej zarzucanego czynu na art. 6 § 2 k.k.s. ma również istotny wpływ na obliczanie początku biegu terminu przedawnienia. W ocenie organów w przypadku czynu ciągłego bieg terminu przedawnienia rozpoczyna się z chwilą wystąpienia ostatniego z penalizowanych zachowań. Tym samym w sytuacji, gdy delikt skarbowy polegał na niewpłaceniu pobranego podatku w okresie od maja 2004 roku do maja 2005 roku, zdaniem organów karalność czynu ustanie dopiero z końcem 2010 roku.

Jednym ze sposobów zakwestionowania kwalifikacji prawnej czynu ciągłego jest udowodnienie, że w okolicznościach danej sprawy działanie lub zaniechanie przypisywane osobie, której postawiono zarzuty, nie nastąpiło w wykonaniu tego samego zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności. W przypadku członków zarządu spółek uiszczających pobrane zaliczki na PIT z opóźnieniem z uwagi na trudności finansowe i bez uzyskania wcześniejszej zgody na regulowanie płatności w ratach decydujące znaczenie dowodowe będzie miało wykazanie, że każdą decyzję o zapłacie determinowała inna sytuacja ekonomiczna, która z miesiąca na miesiąc ulegała zmianie. Ponadto istotne będzie udowodnienie, iż za każdym razem członkowie zarządu odbywali konsultacje wewnętrzne, w wyniku których podejmowano decyzje o kolejności spłacania zadłużenia spółki. Wykazanie, że spółka regulowała zaległości podatkowe w miarę możliwości finansowych, tak szybko, jak tylko to było możliwe, będzie

¹ A. Zoll, *Kodeks karny komentarz – cz. ogólna*, t. I, 2004, s. 84.

dodatkową okolicznością przemawiającą na korzyść osób podejrzanych.

Warto również zwrócić uwagę na fakt, iż skuteczne zakwestionowanie kwalifikacji prawnej czynu ciągłego ma wpływ na sposób obliczania terminu przedawnienia. Jeżeli osoba, której postawiono zarzuty, udowodni, że organy bezzasadnie powołały się na czyn ciągły, bieg terminu przedawnienia rozpocznie się osobno w odniesieniu do każdej zaliczki na PIT. Tym samym może się okazać, że doszło do przedawnienia chociażby części zaległości podatkowych z tytułu zaliczek na PIT i w konsekwencji do przedawnienia karalności przestępstwa lub wykroczenia skarbowego za ten okres.

Przedawnione postępowania

W praktyce często zdarza się, że organy, działając w pośpiechu tuż przed końcem roku kalendarzowego, w którym upływa termin przedawnienia karalności deliktu skarbowego, doręczają sprawcy postanowienie o przedstawieniu zarzutów. Natomiast czynność procesowa, jaką jest ogłoszenie tego postanowienia, następuje już w nowym roku kalendarzowym, czyli po upływie okresu przedawnienia karalności. W takiej sytuacji organy stoją na stanowisku, iż doszło do prawidłowego wszczęcia postępowania karnego skarbowego. W ocenie organów istotny jest fakt, że postanowienie o przedstawieniu zarzutów zostało wydane przed upływem terminu przedawnienia.

Takie rozumowanie jest całkowicie bezpodstawne i nie znajduje uzasadnienia ani w obecnie obowiązujących przepisach, ani w doktrynie, ani w orzecznictwie.

Wyjaśnić należy, iż w świetle art. 44 § 5 k.k.s. prawidłowe wszczęcie postępowania przeciwko sprawcy dwukrotnie wydłuża okres przedawnienia karalności na gruncie k.k.s. (z 5 lat do 10 lat, zaś z 10 lat do 20 lat). Decydujące znaczenie ma zatem moment wszczęcia postępowania wobec sprawcy, który należy oceniać na podstawie odpowiednich przepisów Kodeksu postępowania karnego (k.p.k.). Zgodnie z treścią art. 71 § 1 k.p.k. przedstawienie podejrzanemu zarzutów może nastąpić w dwojaki sposób: poprzez wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów albo też bez wydania takiego postanowienia poprzez poinformowanie podejrzanego w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego. Termin „wydanie postanowienia” należy interpretować w związku z art. 313 § 1 k.p.k. W świetle tego artykułu w sytuacji, gdy dane istniejące w chwili wszczęcia śledztwa lub zebrane w jego toku dostatecznie uzasadniają podejrzenie, że czyn popełniła określona osoba, po pierwsze sporządza się postanowienie o przedstawieniu zarzutów, po drugie ogłasza się je niezwłocznie podejrzanemu i po trzecie przesłuchuje się go, chyba że ogłoszenie postanowienia lub przesłuchanie podejrzanego nie jest możliwe z powodu jego ukrywania się lub nieobecności w kraju. Zatem skuteczne wydanie postanowienia wymaga dopełnienia kolejnych

czynności procesowych, tj. niezwłocznego ogłoszenia zarzutów podejrzanemu. Tym samym wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów nie można utożsamiać z jego sporządzeniem, na podstawie założenia, że wydanie postanowienia oznacza zarazem jego uzewnętrznienie.

Powyższy pogląd jest potwierdzany w doktrynie. Przykładowo Tomasz Grzegorzczak stwierdza, że warunkiem przedłużenia terminu przedawnienia jest wszczęcie w podstawowym okresie przedawnienia postępowania przeciwko sprawcy. Ma to być postępowanie *in personam* (tj. po przedstawieniu zarzutów) wobec osoby, co do której istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa i która okazuje się „sprawcą”, gdyż ustawa mówi tu o przedawnieniu karalności popełnionego „przez niego” przestępstwa – jest to więc konstrukcja taka jak w art. 102 k.k.² Dodatkowo wskazać należy, że zgodnie ze stanowiskiem Leona Pennera o przedstawieniu zarzutów można mówić dopiero po ogłoszeniu podejrzanemu postanowienia, w którym są one sformułowane³. Trafne jest również spostrzeżenie Feliksa Prusaka, że w powszechnym odczuciu semantycznym „sporządzenie” kojarzy się z opracowaniem czegoś, natomiast „wydanie” odnosi się do uzewnętrznienia czegoś uprzednio już sporządzonego. Należy zatem przyjąć, że wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów nie oznacza jego sporządzenia, gdyż wydanie postanowienia jest związane z jego uzewnętrznieniem⁴. Ponadto Ryszard Stefański słusznie podkreśla, że gdyby rzeczywiście wyrazy „sporządzenie” i „wydanie” miały tożsame znaczenie, to nic nie stałoby na przeszkodzie, żeby ustawodawca w art. 313 k.p.k. użył właśnie słowa „wydanie”, skoro pojęciem tym operuje w art. 71 § 1 k.p.k., art. 249 § 2 k.p.k. czy art. 308 § 2 k.p.k. Jeżeli ustawodawca tak nie postąpił, to oznacza, że termin „sporządzenie” ma inne znaczenie⁵.

Pogląd, zgodnie z którym nie można utożsamiać wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów z jego sporządzeniem, znalazł również odzwierciedlenie w orzecznictwie. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, iż zgodnie z art. 44 § 5 k.k.s. jeżeli przed upływem podstawowego okresu przedawnienia karalności wszczęto postępowanie przeciwko sprawcy, karalność ustaje z upływem 5 lat od zakończenia tego okresu (por. wyrok SN z 7 listopada 2006 r., IV KK 150/06). Decydujące zatem znaczenie ma moment „wszczęcia postępowania wobec sprawcy”, a oceniać go należy na podstawie treści stosownych przepisów k.p.k., tj. art. 71 § 1 i art. 313 § 1,

² T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, 2006.

³ L. Penner, *O zmianie przepisów kodeksu postępowania karnego*, Nowe Prawo 1956/2, S. Waltoś, *Model postępowania przygotowawczego na tle porównawczym*, Warszawa 1968.

⁴ F. Prusak, *Pociągnięcie podejrzanego do odpowiedzialności w procesie karnym*, Warszawa 1973, s. 79-80.

⁵ R. Stefański, Glosa do postanowienia SN z 22 czerwca 2001 r., III KKN 44/2001, Prokuratura i Prawo 2002/5, s. 84).

mających zastosowanie poprzez art. 113 § 1 k.k.s. Sąd podkreślił, iż przekształcenie dochodzenia z pierwszej fazy w drugą, a tym samym przedłużenie okresu karalności o dalsze 5 lat, następuje wraz z wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów na podstawie art. 71 § 1 k.p.k. Znaczenie terminu „wydanie” i odkodowanie wynikających z niego norm prawnych może nastąpić jedynie przez pryzmat treści art. 313 § 1 k.p.k. Pomiedzy terminami „wydanie” postanowienia z art. 71 § 1 k.p.k. a „sporządzenie” z art. 313 § 1 k.p.k. zachodzi istotna różnica, jako że dla skuteczności „wydania” niezbędne jest dopełnienie kolejnych czynności procesowych określonych w tym drugim przepisie, w piśmiennictwie nazywanych promulgacją postanowienia. Podobne stanowisko zajął SN w postanowieniu z 24 kwietnia 2007 r. (IV KK 31/2007).

Mając na uwadze powyżej zaprezentowaną argumentację prawną, osoby podejrzane, w stosunku do których ogłoszono postanowienie o przedstawieniu zarzutów po upływie okresu przedawnienia, mogą skutecznie wnosić o umorzenie postępowania z uwagi na przedawnienie karalności.

Sposoby minimalizacji ryzyka odpowiedzialności karnoskarbowej

W celu uniknięcia odpowiedzialności karnej skarbowej członkowie zarządu powinni w szczególności dbać o precyzyjne zdefiniowanie zakresu kompetencji w ramach struktury organizacyjnej. Jeżeli z odpowiednich regulacji (tj. odpowiednich klauzul umownych w umowach z członkiem zarządu, zapisów w regulaminie zarządu, uchwał zarządu) wynika, że dana osoba faktycznie nie zajmowała się sprawami podatkowymi spółki i nie podejmowała w tym zakresie czynności faktycznych, to jest duża szansa na umorzenie postępowania z uwagi na brak popełnienia zarzucanego czynu.

W toku postępowania można również argumentować, że nie ma podstaw, aby osobie podejrzanej przypisać winę. Wówczas należy wykazać, że dana osoba w ogóle nie miała świadomości problemu podatkowego, z którym związane jest postępowanie karne skarbowe, gdyż jej funkcja w zarządzie spółki była wyraźnie ograniczona do określonego typu spraw.

Jako dowód można przedstawić dokument określający zakres obowiązków spoczywających na osobie, której postawiono zarzuty, oraz wykazać ograniczone zaangażowanie czasowe w sprawy spółki.

Z punktu widzenia ograniczenia ryzyka odpowiedzialności karnej skarbowej istotne jest również precyzyjne zdefiniowanie zakresu kompetencji delegowanych na podmioty zewnętrzne, przykładowo doradców podatkowych. Niektórzy komentatorzy są zdania, że przyjęcie odpowiedzialności świadczących doradztwo podatkowe lub prowadzących księgi rachunkowe na ogół wyłącza odpowiedzialność ich zleciodawców⁶. Należy jednak pamiętać o stanowisku prezentowanym w orzecznictwie sądowym, zgodnie z którym powierzenie obowiązków w zakresie rozliczeń podatkowych fachowym osobom trzecim nie znosi samo przez się odpowiedzialności podatnika w sferze prawa karnego skarbowego. Brak zniesienia odpowiedzialności zachodzi jednak pod warunkiem, że podatnik miał świadomość możliwości wadliwego rozliczenia i godził się na rozliczenie niezgodne z przepisami prawa podatkowego (por. postanowienie SN z 23 maja 2002 r., V KKN 426/00).

Niemniej ważne jest zdefiniowanie ryzyk podatkowych w spółce i uzyskanie wiążących interpretacji podatkowych w sprawach, w których istnieją wątpliwości. W orzecznictwie sądów administracyjnych podkreśla się, że w sytuacji, gdy podatnikowi zostanie udzielona błędna informacja dotycząca interpretacji przepisów prawa podatkowego w jego indywidualnej sprawie, która nie była przez niego spowodowana, podatnik nie będzie ponosił negatywnych skutków zastosowania się do niej na gruncie odpowiedzialności karnej skarbowej (por. wyrok NSA z 7 października 2009 r., II FSK 737/08). Należy mieć przy tym na uwadze, że jeżeli w toku postępowania podatkowego organy podatkowe ustalą stan faktyczny, którego znaczenie prawne jest odmienne od tego, które miał stan faktyczny, dla którego udzielono uprzednio interpretacji prawa podatkowego, interpretacja nie będzie uzasadniała ochrony prawnej z powodu i w zakresie różnicy wymienionych stanów faktycznych również z punktu widzenia odpowiedzialności karnej skarbowej (por. wyrok NSA z 13 listopada 2008 r., II FSK 391/08).

Elżbieta Góźdź, aplikant radcowski w Zespole Podatkowym

Dariusz Wasylkowski, adwokat, doradca podatkowy, współnik odpowiedzialny za Zespół Podatkowy

⁶ P. Tatarczak, J. Tatarczak, *Odpowiedzialność karna skarbową doradców podatkowych i księgowych*, Monitor Podatkowy 2002/1, s. 26.

Badanie prawnego tytułu do udziałów

Jarosław Grykiel



W polskim prawie brak jest instrumentów pozwalających nabywcy działającemu w dobrej wierze na skuteczne nabycie własności udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, jeśli zbywca nie był ich właścicielem. Dlatego tak ważne jest prawidłowe zbadanie tytułu prawnego do udziałów.

Można postawić tezę, że znakomita większość transakcji na rynku polskim to transakcje typu *share deal*, a więc transakcje polegające na nabyciu przez inwestora praw udziałowych w spółce należącej do zbywcy.

Przed przystąpieniem do transakcji nabywca zwykle przeprowadza badanie prawne spółki, której udziały są przedmiotem transakcji. Zakres badania prawnego obejmuje wiele różnych obszarów, uzależnionych często od przedmiotu działalności spółki. Są jednak obszary, których prawidłowe zbadanie jest zawsze konieczne w tego typu

transakcjach, i to w dobrze pojętym interesie inwestora. Jednym z przykładów jest właśnie badanie tytułu prawnego do udziałów po stronie zbywcy. Chodzi w tym przypadku o ustalenie, czy zbywca dysponuje odpowiednim tytułem prawnym do udziałów, a więc czy jest ich właścicielem.

Oceniając znaczenie prawne badania tytułu prawnego do udziałów należy mieć na uwadze, że w prawie polskim brak jest ogólnych instrumentów prawnych pozwalających nabywcy działającemu w dobrej wierze na nabycie własności praw udziałowych w sytuacji, gdy zbywca nie jest ich właścicielem. Obowiązuje w tym zakresie ogólna zasada, zgodnie z którą nikt nie może przenieść na inny podmiot więcej praw, niż sam posiada. Jeżeli zatem zbywca udziałów, lub którykolwiek z jego poprzedników prawnych, nie nabył prawidłowo tytułu prawnego do udziałów (nie stał się ich właścicielem), wówczas nabywca też nie może skutecznie nabyć tego tytułu.

Wyjątki od wskazanej powyżej zasady, podyktowane zwykle względem na bezpieczeństwo obrotu, pojawiają się w różnych przepisach prawnych. Przykładowo można wskazać na instytucję tzw. rękoi wiary publicznej ksiąg wieczystych, chroniącej będącą w dobrej wierze osobę działającą w zaufaniu do danych zawartych w treści księgi wieczystej, która w drodze odpłatnej czynności prawnej nabywa własność lub inne prawo rzeczowe. W przypadku obrotu rzeczami ruchomymi nabywcę działającego w dobrej wierze chroni art. 169 k.c., pozwalający, przy zachowaniu dodatkowych przesłanek określonych w tym przepisie, na nabycie rzeczy ruchomej od zbywcy nie będącego jej właścicielem.

Wbrew powielanym często błędnym opiniom wpis danego podmiotu jako udziałowca do rejestru przedsiębiorców nie chroni nabywcy działającego w dobrej wierze w taki sposób, w jaki na przykład nabywca nieruchomości chroniony jest w związku z wpisem zbywcy do księgi wieczystej. Polskie prawo nie przewiduje bowiem rękoi wiary publicznej rejestru przedsiębiorców w rozumieniu, w jakim pojęcie to funkcjonuje na gruncie ksiąg wieczystych. Poza tym instrumenty ochronne zawarte w ustawie o Krajowym Rejestrze Sądowym (w tym brak możliwości powoływania się na pewne fakty przez podmiot wpisany do rejestru,

domniemanie powszechnej znajomości wpisów w rejestrze oraz domniemanie prawdziwości danych będących przedmiotem wpisu w rejestrze przedsiębiorców) zostały uregulowane wyjątkowo niejasno i są przedmiotem kontrowersji zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie (por. m.in. M. Tarska, *Ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym. Komentarz*, Warszawa 2009). Chociażby z tego powodu nie mogą one stanowić podstawy do formułowania w tym zakresie jednoznacznych wniosków.

Co więcej, w prawie polskim nie ma instrumentów prawnych regulujących w ogólności możliwość nabycia praw od osoby nieuprawnionej przez nabywcę działającego w dobrej wierze. Jak już wspomniano, obowiązujące ogólne regulacje w tym zakresie dotyczą jedynie nabycia nieruchomości oraz rzeczy ruchomych. Zatem tylko w przypadku, gdy dane prawo jest inkorporowane w dokumencie rozpoznawanym przez prawo cywilne jako rzecz ruchoma, istnieje szansa na nabycie tego prawa od osoby nieuprawnionej (na przykład akcji inkorporowanej w dokumencie na okaziciela, na podstawie art. 169 k.c.).

Konieczność legitymowania się tytułem prawnym do udziałów uzyskany w prawidłowy sposób od poprzedników prawnych sprawia, że dopiero wnikliwe zbadanie pełnej „historii” obrotu udziałami w spółce z o.o., obejmującej wszelkie transakcje na udziałach od momentu założenia spółki aż do ostatniego rozporządzenia udziałami, może dać pełen obraz w zakresie tytułu prawnego do udziałów w spółce i odpowiedzieć na pytanie, czy zbywca jest podmiotem uprawnionym do zbycia tych udziałów. Bez wnikliwego zbadania tytułu prawnego do udziałów w powyższym zakresie nabywca nigdy nie będzie miał pewności, czy skutecznie nabył udziały od zbywcy. Należy podkreślić raz jeszcze, że nie wystarczy zbadanie tytułu prawnego do udziałów jedynie w wybranym okresie (np. w ciągu pięciu lat przed planowaną transakcją). Jeżeli bowiem przed tym okresem nastąpiły pewne nieprawidłowości (np. nieważne zbycie udziałów), będą one miały wpływ na skuteczność rozporządzania udziałami w późniejszym okresie.

Często się zdarza, że w ramach badania prawnego tytułu do udziałów w nabywanej spółce przestaje się na sprawdzeniu wpisu wspólnika do rejestru przedsiębiorców oraz (rzadziej) w księdze udziałów prowadzonej przez zarząd spółki czy tylko aktualnej listy wspólników

podpisanej przez wszystkich członków zarządu. Nie są to dokumenty, na podstawie których można w dostateczny sposób ustalić uprawnienie zbywcy do rozporządzania udziałami.

Warto dodać, że nie ma znaczenia, jak dawno miały miejsce nieprawidłowości w zbywaniu udziałów. W odróżnieniu od rzeczy (ruchomych czy nieruchomości) polskie prawo nie przewiduje możliwości nabycia własności udziałów w spółce z o.o. poprzez ich zasiedzenie. W praktyce znane są przypadki, gdy dany podmiot działał w spółce jako jedyny wspólnik przez ponad dziesięć lat w sytuacji, gdy rzeczywiście nigdy nie nabył skutecznie własności udziałów, bowiem umowy, na podstawie których nabyli udziały jego poprzednicy prawni, okazały się nieważne.

Analizując kwestię tytułu prawnego do udziałów warto mieć na uwadze, że w prawie polskim istnieje wiele różnych przesłanek mogących skutkować nieważnością nabycia udziałów w spółce z o.o. Dotyczą one zarówno formy wymaganej dla skutecznego zbycia udziałów, zgód wymaganych dla takiego zbycia, jak i ogólnych zakazów zbywania udziałów w określonych okolicznościach.

Niektóre przesłanki są nieraz bardzo trudne do uchwycenia. Przykładowo, ogólny zakaz nabywania przez spółkę z o.o. jej udziałów własnych dotyczy także nabywania udziałów spółki dominującej przez spółkę zależną (art. 200 k.s.h.). Naruszenie tego zakazu skutkuje nieważnością nabycia. Należy pamiętać, że stosunek zależności i dominacji jest ujęty w polskim prawie bardzo szeroko i nie ogranicza się bynajmniej do zależności udziałowych. Przykładowo spółki, w których w zarządach zasiadają te same osoby, są (przy braku innych powiązań określonych w art. 4 § 1 pkt 4 k.s.h.) wobec siebie wzajemnie dominujące i zależne.

Podsumowując dotychczasowe rozważania, można wyciągnąć wniosek, że w braku odpowiednich instrumentów prawnych pozwalających na nabycie udziałów w spółce z o.o. od osoby nieuprawnionej przez nabywcę działającego w dobrej wierze jedynie prawidłowe zbadanie tytułu prawnego do udziałów pozwoli inwestorowi na prawidłową ocenę sytuacji (w szczególności uprawnienia zbywcy do rozporządzania udziałami) oraz na ewentualne uchronienie się przed niekorzystnymi skutkami nieprawidłowości w nabywaniu udziałów przez zbywcę lub jego poprzedników prawnych.

dr Jarosław Grykiel, radca prawny, członek Zespołu Prawa Ochrony Środowiska i Grupy Transakcyjnej

Nowe zasady wspierania sportu

Klaudia Przybyłowicz



Realia życia sportowego, związane m.in. ze sposobami finansowania sportu przez organy władzy publicznej, wymagały gruntownych zmian. Ustawodawca zdecydował się wyjść naprzeciw tej potrzebie.

16 października 2010 r. weszła w życie ustawa z 25 czerwca 2010 r. o sporcie¹ (dalej: ustawa o sporcie), która wprowadza nowe rozwiązania prawne i zastępuje dotychczasowe zapisy ustawy z 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej oraz ustawy z 29 lipca 2005 r. o sporcie kwalifikowanym.

Kluby sportowe

Jedną z ważniejszych nowości jest zmiana przepisów dotyczących finansowania klubów sportowych przez jednostki samorządu terytorialnego (dalej: JST). Ustawa o sporcie przewiduje m.in., że tworzenie warunków, w tym

organizacyjnych, sprzyjających rozwojowi sportu stanowi zadanie własne JST. Organ stanowiący samorządu może określić, w drodze uchwały, warunki i tryb finansowania zadania własnego z zakresu sportu. Regulacje te mają na celu rozszerzenie możliwości JST w zakresie dofinansowania zadań zleczanych klubom sportowym.

Według nowych zasad kluby sportowe działające na obszarze danej JST, niezależnie od ich formy prawnej – a więc także funkcjonujące w formie spółek prawa handlowego – mogą ubiegać się o dotacje celowe z budżetu tej jednostki. Warunkiem jest jedynie to, aby nie działały one w celu osiągnięcia zysku (art. 28 ustawy o sporcie). Przepis ten przykładowo wylicza zadania, na których realizację może być przeznaczona dotacja celowa. Są to:

- realizacja programów szkolenia sportowego,
- zakup sprzętu sportowego,
- pokrycie kosztów organizowania zawodów sportowych lub uczestnictwa w tych zawodach,
- pokrycie kosztów korzystania z obiektów sportowych dla celów szkolenia sportowego,
- sfinansowanie stypendiów sportowych i wynagrodzenia kadry szkoleniowej.

Dotacja celowa może być przeznaczona na te cele, tylko jeśli wpłynie to na poprawę warunków uprawiania sportu przez członków dotowanego klubu sportowego lub zwiększy dostępność do działalności sportowej prowadzonej przez ten klub dla społeczności lokalnej.

Należy zauważyć, że katalog zadań, na które można uzyskać dotację celową, został określony w taki sposób, aby w przypadku posiadania przed samorząd odpowiednich środków finansowych zabezpieczyć funkcjonowanie klubu w podstawowym zakresie jego działalności.

Przepisy te mają na celu stworzenie niebudzących wątpliwości podstaw prawnych do udzielania dotacji klubom sportowym jako podmiotom, których działalność służy realizacji celów publicznych przypisanych jednostkom samorządu terytorialnego. Dotychczasowe regulacje dotyczące wsparcia finansowego kultury fizycznej, w tym sportu, budziły

¹ Dz.U. Nr 127, poz. 857; ost. zm. Dz.U. z 2010 r. Nr 151, poz. 1014.

wątpliwości. Konieczność stworzenia precyzyjnych podstaw do finansowania sportu przez JST była również wielokrotnie podnoszona przez przedstawicieli gmin, które posiadały wolne środki i nie mogły nimi dofinansować sportu z uwagi na niejasność dotychczasowych regulacji. Obecna forma wsparcia dotyczy klubów sportowych w ogóle, niezależnie od ich formy prawnej.

Dodatkowo należy zauważyć, że unormowania dotyczące finansowania sportu nie naruszają uprawnień JST do wspierania kultury fizycznej wynikających z odrębnych przepisów, np. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.

Jednostki samorządu terytorialnego będą mogły ponadto, tak jak przed 1 października 2010 r., ustanawiać i finansować okresowe stypendia sportowe oraz nagrody i wyróżnienia dla osób fizycznych za osiągnięte wyniki sportowe.

Wsparcie kapitałowe spółek

Ustawa o sporcie wprowadza również zmiany w ustawie z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej i przewiduje możliwość kapitałowego zaangażowania JST w klubie sportowym działającym w formie spółki kapitałowej. Do tej pory przepisy posługiwały się dość niejasnym sformułowaniem, stanowiąc, że ograniczenia dotyczące tworzenia spółek prawa handlowego i przystępowania do nich przez gminę nie mają zastosowania do posiadania przez gminę akcji lub udziałów w „innych spółkach ważnych dla rozwoju gminy”. To mało precyzyjne sformułowanie powodowało duże wątpliwości interpretacyjne, a zaangażowanie kapitałowe gminy w klubie sportowym

z reguły traktowane było jako naruszenie kryterium legalności, gdyż wychodzono z założenia, że takie działanie nie jest ani zaspokajaniem zbiorowych potrzeb wspólnoty, ani realizacją zadań własnych gminy.

Pomimo to niektóre miasta decydowały się na zaangażowanie kapitałowe w klubach ich zdaniem ważnych dla rozwoju gminy, co wielokrotnie było krytykowane zarówno w orzeczeniach sądów (np. wyrok NSA w Gdańsku z 6 grudnia 2000 r., sygn. akt SA/GD 1977/99), jak i np. w ostatnio przeprowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli kontroli funkcjonowania wybranych spółek z udziałem samorządu terytorialnego na terenie Dolnego Śląska.

Możliwość kapitałowego zaangażowania gminy w klubie sportowym może jednak budzić mieszane uczucia. Z jednej strony bowiem, dzięki precyzyjnierzemu sformułowaniu ustawy o sporcie, gmina nie musi już udowadniać, że dany klub sportowy jest „ważny dla jej rozwoju”, z drugiej jednak strony może dochodzić do sytuacji, w której gmina będzie dofinansowywać klub generujący olbrzymie straty. Naturalnie w takiej sytuacji będzie można gminie postawić zarzut, że w świetle zasad dyscypliny finansów publicznych środki publiczne są nienależycie wydatkowane, a klub źle zarządzany. Trzeba jednak pamiętać, że znaczna część polskich klubów sportowych znajduje się obecnie w złej lub bardzo złej kondycji finansowej. Należy też postawić pytanie, czy kapitałowe zaangażowanie gminy w konkretny klub sportowy nie spowoduje, że jej wydatki na inne kluby zostaną drastycznie ograniczone. Czy jest to krok w dobrym kierunku, pokaże dopiero praktyka.

Kludia Przybyłowicz, doktorantka, prawnik w Zespole Infrastruktura, Transport, Zamówienia Publiczne (PPP)

Artykuł ukazał się pierwotnie w Gazecie Samorządu i Administracji, nr 24, 15 grudnia 2010 r.

Umowa o korzystanie z gruntu na cele farmy wiatrowej jako umowa dzierżawy

Weronika Pelc



Wraz z rozwojem nowych technologii energia, w tym energia wiatru, staje się dobrem o konkretnej wartości ekonomicznej. Energia wiatru może być traktowana w sensie cywilnoprawnym jako pożytek nieruchomości. Dokładna analiza przepisów Kodeksu cywilnego, regulujących kwestię pożytków, prowadzi do wniosku, że pożytkiem może być także przedmiot niematerialny, taki jak właśnie energia. Umowy dotyczące oddania nieruchomości do korzystania w celu wybudowania farmy wiatrowej mogą być klasyfikowane jako umowy dzierżawy, przewidujące zarówno korzystanie z nieruchomości, jak i pobieranie pożytków.

Farmy wiatrowe zaczęły powstawać w Polsce po 2005 r., kiedy to nowelizacja prawa energetycznego wprowadziła efektywny mechanizm wsparcia inwestycji w energetykę

odnawialną¹. Typowa farma wiatrowa składa się z wielu budowli i instalacji. W jej skład wchodzi:

- wieże z zamontowanymi na nich turbinami wiatrowymi, potocznie zwane wiatrakami,
- linie energetyczne łączące wieże ze stacją transformatorową, w której przeważnie znajduje się punkt przyłączenia farmy wiatrowej do sieci należącej do operatora systemu elektroenergetycznego,
- stacja transformatorowa,
- drogi dojazdowe,
- linie światłowodowe,
- place montażowe.

Cała ta infrastruktura położona jest najczęściej na kilkudziesięciu hektarach gruntu i zajmuje jedynie ułamek jego powierzchni. Pozostały grunt może być wykorzystywany na inne cele, przy czym najczęściej jest to działalność rolna. Zakup gruntu na cele farmy wiatrowej jest zwykle nieuzasadniony ekonomicznie, ponieważ właściciel i operator farmy wiatrowej najczęściej nie prowadzą działalności rolniczej i przeważająca część wielohektarowego obszaru jest im zbędna. Właściciel farmy wiatrowej powinien mieć możliwość uzyskania tytułu prawnego do korzystania z cudzego gruntu. Prawo to musi gwarantować możliwość posadowienia i eksploatacji farmy wiatrowej przez minimum kilkanaście lat, ponieważ koszt inwestycji powoduje, że jej eksploatacja nie może być krótsza niż 15–20 lat od momentu uruchomienia.

Prawo polskie przewiduje przynajmniej trzy instytucje prawne, pozwalające na korzystanie z cudzej rzeczy przez okres dłuższy niż 15 lat, w ramach których możliwość wcześniejszego odzyskania posiadania gruntu przez jego właściciela, wbrew wcześniejszym ustaleniom z korzystającym, jest ograniczona. Jest to prawo użytkowania (art. 252 Kodeksu cywilnego), najem między przedsiębiorcami (art. 659 i n. k.c.) oraz dzierżawa (art. 693 i n. k.c.). Jeżeli wartość wynagrodzenia z tytułu korzystania

¹ Ustawa z 4 marca 2005 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz ustawy – Prawo ochrony środowiska (Dz. U. Nr 62, poz. 552).

z nieruchomości przez cały okres umowy odpowiada co najmniej wartości nieruchomości z chwili zawarcia umowy, to możliwe jest także odpowiednie zastosowanie przepisów o leasingu zgodnie z art. 709¹⁸ k.c.

Energia jako pożytek w rozumieniu art. 53 k.c.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 693 k.c. poprzez umowę dzierżawy wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wydzierżawiającemu umówiony czynsz. O ile nie budzi wątpliwości to, że przedmiotem umowy dotyczącej oddania gruntu do korzystania na cele wybudowania i eksploatacji farmy wiatrowej jest rzecz (nieruchomość), a umowa taka jest odpłatna, o tyle w praktyce pojawia się pogląd, że brakuje w takiej umowie elementu pobierania pożytków. Tymczasem istotą oddania gruntu do korzystania na cele farmy wiatrowej jest udzielenie przez właściciela prawa nie tylko do posadowienia na gruncie budowli i instalacji, lecz także przede wszystkim do wykorzystania i pobierania energii wiatru oraz przetworzenia jej na energię elektryczną. Ponieważ zgodnie z art. 143 k.c. własność gruntu rozciąga się na przestrzeń nad i pod jego powierzchnią, to zarówno prawo do powierzchni ziemi, jak i do wypełnionej ruchomym powietrzem atmosferycznym przestrzeni nad gruntem przysługuje właścicielowi gruntu, przy czym w sensie cywilistycznym owa przestrzeń nie jest w żaden sposób wyodrębniona od gruntu, którego własność nań się rozciąga. Działając w granicach swojego prawa, właściciel jest zatem uprawniony do zezwolenia na pobieranie energii wiatru jako normalnego dochodu z rzeczy.

Zgodnie z art. 53 k.c. pożytkami naturalnymi gruntu mogą być jego plody i inne odłączone od niego części składowe, o ile stanowią normalny dochód z rzeczy, a pożytkami cywilnymi są dochody, jakie grunt przynosi na podstawie stosunku prawnego. Częścią składową rzeczy jest natomiast wszystko, co nie może być od niej odłączone bez uszkodzenia bądź istotnej zmiany całości albo bez uszkodzenia lub istotnej zmiany przedmiotu odłączanego (art. 47 k.c.). Zgodnie z treścią art. 47 k.c. część składowa nie tylko nie musi, lecz nawet nie może być rzeczą i przedmiotem odrębnego obrotu prawnego. Może się nią ewentualnie stać w przyszłości na zasadach określonych w art. 190 k.c. Stąd do części składowej nie odnosi się ograniczenie zawarte w art. 45 k.c., że rzeczami są jedynie przedmioty materialne. Ustawodawca wprost przesądził, że pojęcie części składowej rzeczy musi być rozumiane szeroko, gdyż przepis posługuje się pojęciem „wszystko, co może być od niej (tj. rzeczy) odłączone”. Fakt, że ustawodawca w art. 47 k.c. użył słów „przedmiot odłączany”, nie oznacza, że chodzi o przedmioty materialne lub rzeczy. Termin „przedmiot” nie jest tożsamy z terminem „przedmiot materialny”. Skoro w art. 45 k.c. mowa jest o „przedmiotach materialnych”, oznacza to, że samo pojęcie przedmiotu jest szersze i może obejmować przedmioty

niematerialne. Doktryna wskazuje na energię jako na przedmiot niematerialny². Z powyższej analizy wynika, że energia może być pożytkiem pobieranym z rzeczy.

Wątpliwości dotyczące klasyfikacji energii na cele prawne. Odpowiednie stosowanie do energii przepisów o rzeczach

Sposób zakwalifikowania energii w sensie prawnym nie jest jasny. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny stanowi ona przedmiot niematerialny, choć jest mierzalna i uczestniczy w obrocie prawnym³. Istnieją jednak poglądy, że wobec brzmienia art. 555 k.c. oraz ze względów funkcjonalnych uzasadnione jest odpowiednie stosowanie do energii przepisów o własności⁴. Energia występuje w obrocie prawnym i może być przedmiotem nie tylko umów sprzedaży, lecz także przesyłania i dystrybucji oraz umowy kompleksowej⁵. Konieczne jest zatem, aby podmiot, który dokonuje sprzedaży energii, posiadał do niej prawa, które odpowiadają w swojej treści prawu własności. Prawa te uprawniony do energii podmiot, którego można określić właścicielem energii, nabywa poprzez przetworzenie rzeczy będących jego własnością (np. spalanie węgla), zakup od innego podmiotu lub pobranie energii kinetycznej, cieplnej bądź innej z otoczenia (np. wykorzystanie energii kinetycznej wody lub cieplnej wód termalnych). Widać tu wyraźną analogię do przepisów o nabyciu własności rzeczy (art. 155 k.c., art. 190 k.c. oraz art. 192 k.c.). Do kradzieży energii, zgodnie z art. 278 § 5 Kodeksu karnego⁶, stosuje się przepisy o przywłaszczeniu rzeczy ruchomej. Wynika stąd, że stosowanie do energii odpowiednio przepisów o własności rzeczy jest uzasadnione i występuje w praktyce obrotu.

W doktrynie przyjmuje się, że pożytki naturalne rzeczy muszą mieć charakter materialny⁷. Takie podejście bierze się z dotychczasowego spojrzenia na rzeczy będące przedmiotem prawa własności, które wynika z wcześniejszego stanu techniki i nie jest uzasadnione brzmieniem przepisów art. 47 k.c. i art. 53 k.c. Zgodnie z orzecznictwem „o tym, czy określone elementy stanowią części składowe jednej rzeczy złożonej, rozstrzyga obiektywna ocena gospodarczego znaczenia istniejącego między nimi fizycznego i funkcjonalnego powiązania. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że ocena ta może zależeć od poglądów panujących w obrocie prawnym w danym czasie. Zwraca się także uwagę, że uznaniu określonych elementów za rzecz złożoną nie stoi na przeszkodzie istnienie między nimi jedynie zupełnie luźnego powiązania fizycznego, np. opartego na sile ciężkości (...), jeżeli

² Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2005, s. 128.

³ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2005, s. 129.

⁴ P. Machnikowski w: *System Prawa Prywatnego*. t. 3, *Prawo rzeczowe*, T. Dybowski (red.), Warszawa 2003, s. 22.

⁵ Art. 5 ustawy z 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (tekst jednolity: Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.).

⁶ Ustawa z 6 września 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557 z późn. zm.).

⁷ Z. Radwański, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2005, s. 122.

tworzą one tylko materialną i gospodarczą całość⁸. Należy zwrócić uwagę, że Sąd Najwyższy posłużył się pojęciem „elementy”, które może być interpretowane szeroko, a nie węższym pojęciem, np. „przedmioty materialne” czy „obiekty materialne”. Nieruchomość, nawet niezagospodarowana przez człowieka, jest rzeczą złożoną. Doktryna prawa cywilnego potwierdza, że jej częściami składowymi są rosnące na niej rośliny, kopaliny (z zastrzeżeniem kopalin stanowiących własność Skarbu Państwa na mocy odrębnych przepisów), a nawet zwierzyzna łowna⁹. Prawo wodne przesądza, że pożytkami wód są ryby oraz inne organizmy żyjące w wodzie¹⁰. Podane przykłady pożytków uzasadniają pogląd, że definicja pożytków naturalnych musi być interpretowana przede wszystkim w kontekście wymogu, by pożytek był „normalnym dochodem z rzeczy”. Widać to w szczególności w przypadku uznania, że ryby i zwierzyzna łowna są pożytkami. Trudno bowiem intuicyjnie uznać ryby czy zwierzyne, organizmy żywe i samodzielnie się przemieszczające, za części składowe nieruchomości. Potrzeba obrotu zdecydowała w tym przypadku o przyjęciu szerokiego rozumienia pojęcia „odłączenie” i części składowej. W tym kontekście użycie przez ustawodawcę pojęcia „wszystko” w art. 47 k.c. stanowi ważną wskazówkę dla sposobu określenia katalogu pożytków.

A zatem każdy element nieruchomości, który stanowi jej część, a który po odłączeniu stanowi normalny dochód z rzeczy, powinien być uznany za pożytek nieruchomości. Pozyskanie energii z układu, jakim jest nieruchomość, jako rzecz złożona (składająca się z minerałów w gruncie, gleby, żyjących w niej stworzeń, wypełnionej ruchomym powietrzem atmosferycznym przestrzeni nad gruntem, roślin na niej rosnących itp.), zawsze wiązać się będzie z istotną zmianą stanu tego układu. Ponieważ jednak naturalne procesy powodują powrót układu do stanu zbliżonego do poprzedniego, pobieranie energii może stanowić normalny dochód z rzeczy. Analogicznie skoszenie i zebranie roślin samodzielnie rosnących na gruncie (koszenie łąki) powoduje istotną zmianę całości nieruchomości, jednak odrastająca roślinność sprawia, że łąka powraca do stanu zbliżonego do poprzedniego, umożliwiając kolejne koszenie. Fakt, że czas, w jakim zachodzą oba te procesy – napływ kolejnych mas powietrza i odrastanie roślinności – jest różny, nie uzasadnia odmiennego ich prawnego traktowania. W obu przypadkach mamy do czynienia z pozyskaniem z rzeczy pewnego dobra, które może stanowić normalny dochód z tejże rzeczy.

Nie ma powodu, dla którego pojęcie „plody”, użyte w art. 53 k.c., miałyby być interpretowane wąsko, w sposób

przyjęty w doktrynie przed laty, i w przypadku większości nieruchomości odnosić się w zasadzie wyłącznie do upraw rolnych. Plody, według definicji słownikowej, to „wszelkie dobra pozyskiwane z natury”¹¹. Skoro częścią składową rzeczy mogą być prawa, organizmy żywe jedynie luźno powiązane z rzeczą, to tym bardziej może być nią energia skumulowana w rzeczy. Skutkiem konserwatywnej interpretacji byłaby utrata znaczenia konstrukcji dzierżawy czy użytkowania, których praktyczne znaczenie w stosunku do rzeczy ograniczałoby się do dzierżawy gruntu rolnego, i to wyłącznie na cele rolne. Tymczasem konstrukcje te, wypracowane i doskonalone przez lata, dobrze znane w obrocie prawnym, mogą znaleźć wraz z rozwojem techniki nowe zastosowanie. Wraz z rozwojem stanu wiedzy kategoria pożytków, czyli normalnych dochodów pobieranych z rzeczy, może i musi ulegać rozszerzeniu. Aktualnie normalnym dochodem z nieruchomości jest energia pozyskiwana w związku z naturalnymi procesami zachodzącymi w obrębie nieruchomości, w granicach wyznaczonych przez art. 143 k.c., w szczególności energia słoneczna, termiczna czy też właśnie energia wiatru. Błędem byłoby upatrywanie źródła takiej energii w ogniwie fotowoltaicznym, turbinie wiatrowej czy tzw. pompie ciepła. Są to urządzenia służące jedynie przekształcaniu energii pochodzącej z samej nieruchomości w energię elektryczną. Bez nieruchomości, a w szczególności w braku warunków wymaganych do samoistnego powstawania energii w obrębie nieruchomości jako „plodu” nieruchomości, urządzenia te nie będą funkcjonować. Aktualne wobec tego pozostają poglądy głoszące, że jeżeli oddano do korzystania pewne składniki majątkowe, takie jak narzędzia czy stacja obsługi samochodów lub piekarnia, to składniki te nie przynoszą samodzielnie pożytków w postaci dochodu¹².

Niezależnie od uprawnienia do pobierania pożytku w postaci energii, umowa dotycząca oddania gruntu do korzystania na cele farmy wiatrowej może przewidywać prawo do pobierania także innych pożytków naturalnych i cywilnych. Zgodnie z zasadą zawartą w art. 65 k.c. umowa powinna być zawsze interpretowana zgodnie z zamiarem stron. Jeżeli więc strony przesądziły o szerokim prawie dzierżawcy do pobierania pożytków, to brak powodów dla odmówienia zawartej umowie charakteru dzierżawy. W szczególności należy podkreślić, że pożytkiem cywilnym, o którym mowa w art. 53 § 2 k.c., z dzierżawionej nieruchomości może być dochód z oddania dzierżawionej nieruchomości do korzystania osobie trzeciej w zamian za czynsz.

Weronika Pelc, radca prawny, współnik odpowiedzialny za Zespół Doradztwa dla Sektora Energetycznego

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2002 r. (I CK 5/02), „Prawo Bankowe” 2002/12, s. 17.

⁹ A. Stelmachowski w: *System Prawa Prywatnego*, t. 3, *Prawo rzeczowe...*, s. 399; M. Bednarek, *Mienie. Komentarz do art. 44–55(3) Kodeksu cywilnego*, Kraków 1997, s. 166 i n.

¹⁰ Art. 13 ustawy z 18 lipca 2001 r. – Prawo wodne (tekst jednolity: Dz. U. z 2005 r. Nr 239, poz. 2019 z późn. zm.).

¹¹ *Słownik współczesnego języka polskiego*, J. Dunaj (red.), Warszawa 1996, s. 759.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z 23 marca 2007 r. (V CSK 476/06), LEX nr 315289; orzeczenie Sądu Najwyższego z 28 maja 1958 r. (III CR 263/58), OSNCK 1959/4, s. 110; orzeczenie Sądu Najwyższego z 19 stycznia 1960 r. (III CR 915/59), OSNCK 1961/1, s. 18.

Zbiór jako oddzielna kategoria juretyczna?

Łukasz Szegda

Krzysztof Wojdyło



Od 1 stycznia 1998 r., tj. od wejścia w życie ustawy z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów¹ (u.z.r.) w polskim systemie prawnym pojawiła się możliwość ustanawiania zastawu rejestrowego na zmiennym zbiorze rzeczy ruchomych lub praw. Spotkała się ona z ogromnym zainteresowaniem uczestników obrotu prawnego. Zastaw na zbiorze stał się bardzo atrakcyjnym sposobem zabezpieczenia roszczeń względem dłużników. Bliższa analiza tej instytucji prowadzi wszakże do wniosku, iż precyzyjne określenie sytuacji prawnej stron umowy zastawu na zbiorze na poszczególnych etapach istnienia zastawu może nastręczać wiele trudności.

Wątpliwości dotyczące zastawu na zbiorze stanowią – jak się wydaje – element szerszego problemu, jaki polski system

prawa cywilnego ma z określeniem prawnego statusu zespołów majątkowych, takich choćby jak przedsiębiorstwo. Mamy jednak wrażenie, że, w odróżnieniu od pojęcia „przedsiębiorstwa”, pojęcie „zbioru” w rozumieniu u.z.r. nadal nie przyciąga wystarczającej uwagi doktryny prawa cywilnego. Powszechność zastawów ustanawianych na zbiorach, a także znaczna niekiedy wartość zastawianych zbiorów, każą dążyć do wyjaśniania wątpliwości pojawiających się w związku z tą instytucją oraz, w konsekwencji, do zwiększenia pewności prawnej uczestników obrotu.

Pojęcie zbioru

Artykuł 7 ust. 2 pkt 3 u.z.r. stanowi, iż zastawem rejestrowym można obciążyć „zbiór rzeczy ruchomych lub praw, stanowiący całość gospodarczą, choćby jego skład był zmienny”. Jednocześnie u.z.r. nie zawiera jednoznacznych wskazówek interpretacyjnych, które pozwalałyby precyzyjnie

¹ Tekst jednolity: Dz.U. z 2009, Nr 67, poz. 569.

określić prawny charakter tak określonego zbioru rzeczy ruchomych lub praw.

Pojęcie zbioru jest od dawna znane doktrynie prawa cywilnego². Jego rozumienie jest jednak przedmiotem wielu kontrowersji, które najbardziej wyraziście ujawniły się dotychczas w kontekście sporów dotyczących prawnego charakteru przedsiębiorstwa. Początkowo dominowało przekonanie, że przedsiębiorstwo należy traktować jako zbiór rzeczy i praw (*universitas rerum et iuris*). Odmawiano zasadności stanowisku uznającemu przedsiębiorstwo za oddzielny (inny od poszczególnych elementów przedsiębiorstwa), samoistny przedmiot prawa podmiotowego³. Pojawiło się jednak również inne stanowisko, zakładające, iż przedsiębiorstwo nie jest zbiorem rzeczy (*universitas rerum*) ani zbiorem praw (*universitas iuris*), lecz stanowi samoistne, niematerialne dobro prawne o charakterze majątkowym. Jednocześnie poszczególne składniki przedsiębiorstwa nie są bynajmniej jego częściami składowymi lub przynależnościami⁴. Pojawiła się również bardzo interesująca koncepcja rozumienia przedsiębiorstwa jako prawa podmiotowego *sui generis*, którego przedmiotem miałyby być prawa do jego składników⁵.

W dotychczasowych rozważaniach doktryny można wyodrębnić dwa biegunowo przeciwne stanowiska interpretacyjne dotyczące pojęcia zbioru na gruncie u.z.r.

Stanowisko 1

Zgodnie z pierwszym stanowiskiem zbiór, o którym mowa w art. 7 ust. 2 pkt 3 u.z.r., nie jest oddzielną kategorią jurystyczną, czyli nie jest samodzielny dobrem prawnym mogący być przedmiotem obrotu. Zastaw na zbiorze ma na celu ułatwienie obrotu poprzez umożliwienie objęcia jedną czynnością prawną rozporządzającą wielu przedmiotów.

Zgodnie z tym stanowiskiem zbiór w rozumieniu u.z.r. nie stanowi odrębnego przedmiotu własności. Tymczasem z istoty zastawu wynika, że zastawnik może rozporządzać jedynie przedmiotem swojej własności. Zastawca nie rozporządza więc „zbiorem” jako oddzielnym, niezależnym przedmiotem czynności prawnej, lecz poszczególnymi przedmiotami, które łącznie tworzą pewien zbiór.

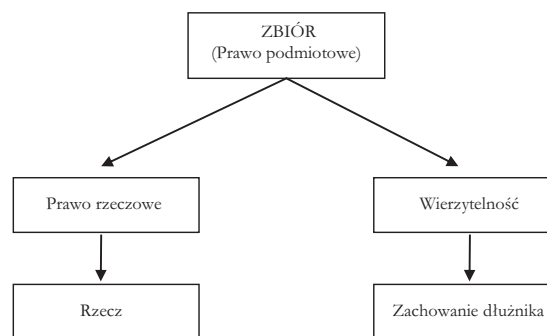
W myśl tego stanowiska zastaw rejestrowy jest ustanawiany na poszczególnych składnikach majątkowych będących elementem zbioru, a nie na zbiorze jako oddzielnym i niezależnym od poszczególnych elementów przedmiocie. Nie dochodzi zatem do jurystycznego wyodrębnienia

zbioru jako przedmiotu czynności prawnej. Zgodnie z tym podejściem w użyciu pojęcia zbioru w u.z.r. nie należy dopatrywać się chęci powołania do życia nowej kategorii jurystycznej, gdyż pojęcie to wpisuje się w ramy rozpoznawanego przez doktrynę pojęcia zbioru rzeczy i praw (*universitas rerum et iuris*).

Stanowisko 2

W nowszych wypowiedziach przedstawicieli doktryny obecne jest stanowisko biegunowo przeciwne⁶. Pojęcie zbioru użyte w art. 7 ust. 2 pkt 3 u.z.r. traktuje się jako niezależną kategorię jurystyczną mogącą stanowić niezależny przedmiot czynności prawnej. Tak rozumiany zbiór nie będzie zbiorem rzeczy i praw (*universitas rerum et iuris*), zaś przedmiotem zastawu nie będą poszczególne elementy wchodzące w skład zbioru, lecz zbiór jako niezależne dobro prawne. Podobnie jak w przypadku przedsiębiorstwa, poszczególne elementy zbioru nie byłyby w tym przypadku ani jego częściami składowymi, ani przynależnościami.

Konsekwencją stanowiska 2 musi być uznanie, że zbiór jest prawem majątkowym będącym swoistym prawem podmiotowym (metaprawem), tj. prawem, którego przedmiotem jest inne prawo. W omawianym przypadku zbiór byłby rozumiany jako prawo podmiotowe, którego przedmiotem jest zastawca, natomiast przedmiotem są inne prawa podmiotowe zastawcy. Tak naszkicowaną konstrukcję obrazuje poniższy schemat:



Przedmiotem zbioru jako prawa podmiotowego są inne prawa podmiotowe zastawcy, np. prawo rzeczowe i wierzytelność, które z kolei za swój przedmiot mają, odpowiednio, rzeczy oraz określone zachowanie dłużnika. W takim układzie, mówiąc o przedmiocie zastawu rejestrowego w przypadku zbioru o zmiennym składzie, mówilibyśmy wyłącznie o najwyższym prawie podmiotowym zastawcy, a więc prawie podmiotowym do innych praw podmiotowych. Ani prawa podmiotowe niższego rzędu, ani, tym bardziej, przedmioty praw podmiotowych niższego rzędu nie byłyby – w myśl stanowiska 2 – bezpośrednim przedmiotem zastawu rejestrowego na zbiorze. Na tym właśnie zasadzałaby się jurystyczna autonomia kategorii zbioru w myśl stanowiska 2.

² W.J. Katner, *System Prawa Prywatnego, Tom 1, Prawo cywilne - część ogólna*, Warszawa 2007, s. 1195.

³ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1996, s. 232-233.

⁴ E. Gniewek, *Kodeks Cywilny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 120-121.

⁵ W.J. Katner, *System Prawa Prywatnego, Tom 1, Prawo cywilne - część ogólna*, Warszawa 2007, s. 1229; P. Pełczyński, *Charakter prawny przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym*, „Rejent” 1/1998, s. 77.

⁶ J. Mojak, J. Widło, *Zastaw rejestrowy i rejestr zastawów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 77-78 oraz J. Widło, *Zastaw rejestrowy na prawach*, Warszawa 2008, s. 400.

Opisana konstrukcja posługuje się bardzo szczególnym, nienazywanym i w niewielkim stopniu rozpoznanym przez doktrynę prawa cywilnego rodzajem prawa podmiotowego. Nie może to jednak automatycznie powodować odrzucenia prezentowanej koncepcji. Wprowadzona przez ustawodawcę w u.z.r. kategoria zbioru jest na gruncie polskiego prawa kategorią nową. Może się więc ona wymykać schematom wypracowanym w systemie prawnym. Ponadto należy przypomnieć, że podobna koncepcja prawa podmiotowego *sui generis* pojawiała się już w odniesieniu do przedsiębiorstwa.

Pewne trudności mogą powstać przy próbie ustalenia zbywalnego lub niezbywalnego charakteru zbioru rozumianego jako prawo podmiotowe. Bez tego przymiotu w ogóle nie można by mówić o zastawialności tak rozumianego zbioru. Zbiór jako autonomiczna kategoria jurydyczna jest szczególnym prawem podmiotowym wykreowanym przez ustawodawcę na gruncie u.z.r. W takiej postaci nie występuje w żadnym innym akcie prawnym. Według nas dopuszczalne jest uznanie, iż ustawodawca, poprzez wyraźne wskazanie zbioru jako możliwego przedmiotu zastawu rejestrowego, przesądził o jego zbywalności, przynajmniej na potrzeby ustanawiania i egzekucji zastawu na zbiorze. Problematyczna jest jednak powszechna zbywalność zbioru, czyli przyjęcie, iż zbiór o zmiennym składzie jako prawo podmiotowe może być swobodnym przedmiotem obrotu. Wydaje się, że polskie prawo jedynie w bardzo szczególnych, wyraźnie określonych sytuacjach dopuszcza uczynienie zbioru rozumianego jako prawo podmiotowe przedmiotem stosunków cywilnoprawnych. Wyraźne ustawowe uprawnienie do tworzenia zastawów rejestrowych na zbiorach przesądza o zbywalności zbiorów na potrzeby ustanawiania zastawów.

Podsumowując, zgodnie ze stanowiskiem 2 zastaw rejestrowy ustanowiony na zbiorze będzie zatem zastawem jednoprzeciwmiotowym ustanowionym na zbywalnym prawie majątkowym *sui generis*.

Wybrane konsekwencje przedstawionych stanowisk

Oba stanowiska niosą ze sobą niezwykle istotne konsekwencje natury praktycznej i mogą mieć decydujące znaczenie dla określenia sytuacji prawnej stron umowy zastawniczej. Poniżej analizujemy wybrane zagadnienia prawne, które szczególnie wyraziście ukazują różnice pomiędzy przedstawionymi stanowiskami.

Ustanowienie zastawu

Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 2 ust. 1 u.z.r. do ustanowienia zastawu rejestrowego wymagana jest wyłączność umowy zastawniczej oraz wpis zastawu do rejestru. Zasada ta może podlegać pewnym modyfikacjom z uwagi na szczególne cechy poszczególnych przedmiotów zastawu. Dla przykładu warto przywołać art. 67 ust. 4 ustawy z dnia

30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej⁷, zgodnie z którym ustanowienie zastawu rejestrowego na patencie podlega ujawnieniu w rejestrze patentowym, art. 83 ust. 5 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych⁸, zgodnie z którym ustanowienie zastawu na jednostkach uczestnictwa staje się skuteczne z chwilą dokonania, na wniosek zastawcy lub zastawnika, odpowiedniego zapisu w rejestrze uczestników funduszu oraz art. 182 § 1 Kodeksu spółek handlowych, zgodnie z którym zastawienie udziału umowa spółki może uzależnić od zgody spółki albo w inny sposób ograniczyć.

Przyjęcie stanowiska 1 będzie musiało oznaczać, iż ustanawiając zastaw rejestrowy na zbiorze, strony umowy zastawniczej będą musiały brać pod uwagę naturę poszczególnych elementów zbioru w celu ustalenia, jakie dodatkowe czynności poprzedzające bądź następcze będą musiały zostać podjęte w celu prawidłowego ustanowienia zastawu. Ponadto, ponieważ zastaw na zbiorze jest zastawem o zmiennym składzie, przyjęcie stanowiska 1 w zasadzie musiałoby się wiązać z koniecznością ciągłego monitorowania składu zbioru. Objęcie zastawem elementów, które dopiero w przyszłości wejdą do zbioru, zawsze bowiem może wiązać się z koniecznością podjęcia dodatkowych, wymaganych przez prawo czynności.

W przypadku stanowiska 2, z uwagi na brak jakichkolwiek szczególnych wymogów dotyczących ustanowienia zastawu na zbiorze jako prawie podmiotowym, należy przyjąć, iż dla skutecznego ustanowienia zastawu na zbiorze nie jest konieczne spełnienie szczególnych wymogów przewidzianych dla poszczególnych przedmiotów praw podmiotowych będących przedmiotem zbioru jako prawa podmiotowego. Strony są również zwolnione z ciągłego monitorowania składu zmieniającego się zbioru. Ponieważ zastaw nie jest ustanawiany bezpośrednio na poszczególnych elementach zbioru, ich natura nie ma znaczenia dla obowiązków stron umowy zastawniczej. Oczywiście przy takim podejściu rodzi się pytanie o skuteczność ustanowienia zastawu względem tych elementów zbioru, które wymagały podjęcia dodatkowych działań przez strony umowy zastawniczej (np. jednostek funduszy inwestycyjnych). Dodatkowo można się zastanawiać, czy przyjęcie stanowiska 2 nie jest próbą obejścia przepisów, które wymuszają podjęcie dodatkowych czynności w związku z ustanowieniem zastawu na określonym przedmiocie.

Zbieg zastawów

Zbieg zastawów również ukazuje nam znaczące różnice pomiędzy omawianymi stanowiskami oraz, w przypadku stanowiska 2, trudne do rozwiązania problemy.

W rozważaniach na temat zbiegu zastawów pojęciem

⁷ Dz. U. z 2003 r., Nr 119, poz. 1117 z późn. zm.

⁸ Dz. U. z 2004 r., Nr 146, poz. 1546 z późn. zm.

centralnym jest przedmiot zastawu. Tożsamość przedmiotu zastawu decyduje bowiem o pierwszeństwie zastawów oraz, w konsekwencji, o pozycji zastawnika. Zgodnie z art. 16 u.z.r. jeżeli ten sam przedmiot jest obciążony więcej niż jednym zastawem rejestrowym, o pierwszeństwie tych zastawów rozstrzyga dzień złożenia wniosku o wpis do rejestru zastawów. W jakich sytuacjach, w przypadku zastawu na zbiorze, będziemy mówić o tym, że ten sam przedmiot jest obciążony więcej niż jednym zastawem rejestrowym?

W odniesieniu do stanowiska 1 zbieg zastawów będzie mógł zasadniczo wystąpić w dwóch przypadkach. Po pierwsze, do zbiegu zastawów dojdzie w sytuacji, w której ten sam zespół majątkowy, tj. te same elementy określonego zbioru, będą jednocześnie przedmiotami dwóch różnych zastawów na zbiorach. Po drugie, o zbiegu zastawów, w ograniczonym zakresie, będziemy mogli mówić również w sytuacji, gdy część elementów lub chociażby jeden element zbioru zastawionego w ramach zastawu X będzie jednocześnie przedmiotem zastawu Y. W odniesieniu do tego konkretnego przedmiotu zastawu będziemy musieli rozstrzygać pierwszeństwo pomiędzy zastawami. W tej drugiej sytuacji zastaw X będzie w odniesieniu do części elementów zbioru jedynym zastawem, natomiast w odniesieniu do innych elementów zbioru będzie zastawem konkurencyjnym w stosunku do zastawu Y.

Znacznie trudniej zinterpretować przedstawiony przykład w świetle stanowiska 2. Jeżeli uznamy, że przedmiotem zastawu na zbiorze jest prawo podmiotowe, nie możemy uznać jednocześnie, że przedmiotem tego samego zastawu są poszczególne przedmioty praw podmiotowych będących przedmiotem zbioru jako nadrzędnego prawa podmiotowego. W efekcie istnieje ryzyko, że obciążenie innymi zastawami poszczególnych przedmiotów praw podmiotowych będących przedmiotem zbioru jako nadrzędnego prawa podmiotowego nie będzie w ogóle skutkowało powstaniem kolizji zastawów. Taka konkluzja, jakkolwiek z logicznego punktu widzenia (w świetle przyjętych założeń dotyczących stanowiska 2) wydaje się zasadna, będzie jednocześnie czyniła z zastawu na zbiorze niezwykle słabe zabezpieczenie dla zastawnika. Istnienie zastawu na zbiorze wiązałoby się bowiem z permanentnym ryzykiem ustanowienia nowych zastawów na poszczególnych elementach zbioru, które to zastawy miałyby pierwszeństwo przed zastawem na zbiorze. Co więcej, zastawnik nie mógłby się skutecznie przed tym chronić zastrzeżeniem o zakazie zbywania lub obciążania przedmiotu zastawu zgodnie z art. 14 u.z.r., gdyż takie zastrzeżenie dotyczyłoby wyłącznie zbioru jako całości. Pytanie jednak, czy nie taka miała być właśnie natura takiego zastawu na zbiorze o zmiennym składzie, aby dopuścić rozporządzanie składnikami zbioru w ramach normalnej działalności zastawcy.

Aspekt prawnomiędzynarodowy

W pewnych okolicznościach wątpliwości mogą powstać również w zakresie prawa właściwego dla zastawu na zbiorze. Załóżmy, że strony umowy zastawniczej (polski zastawca i niemiecki bank jako zastawnik) chcą ustanowić zastaw rejestrowy na zbiorze, w skład którego wchodzi, obok linii produkcyjnej zastawcy znajdującej się w Polsce, udziały zastawcy w spółce zarejestrowanej we Francji oraz wierzytelności zastawcy względem dłużników mających siedzibę za granicą. Nie jest to bynajmniej sytuacja abstrakcyjna; takie sytuacje zdarzają się w praktyce.

W pierwszej kolejności należy ustalić, w jakim stopniu prawo właściwe dla zastawu będzie w tym przypadku regulowane przez rozporządzenie Rzym I⁹. Art. 14 ust. 3 tego rozporządzenia wskazuje, iż „pojęcie przelewu w rozumieniu niniejszego artykułu obejmuje bezwarunkowe przeniesienie wierzytelności, przeniesienie wierzytelności na zabezpieczenie oraz ustanowienie zastawu lub innego zabezpieczenia na wierzytelności”. Z kolei w odniesieniu do przelewu Rzym I przyjmuje ogólną zasadę, zgodnie z którą „stosunek między zbywcą i nabywcą wierzytelności przysługującej wobec innej osoby („dłużnika”) podlega prawu, które zgodnie z niniejszym rozporządzeniem jest właściwe dla umowy zawartej między zbywcą i nabywcą”. Ponieważ zasadą naczelną Rzymu I jest swoboda wyboru prawa, należy przyjąć, że strony umowy zastawniczej, której przedmiotem jest wierzytelność, mogą wybrać prawo właściwe dla umowy zastawniczej. Jednocześnie jednak, zgodnie z art. 14 ust. 2 Rzymu I, prawo, któremu podlega zastawiana wierzytelność, będzie nadal rozstrzygało o „zbywalności, stosunku pomiędzy nabywcą wierzytelności a dłużnikiem, przesłankach skuteczności przelewu lub subrogacji wobec dłużnika oraz zwalniającym skutku świadczenia przez dłużnika”. Odpowiednie zastosowanie tego przepisu do zastawu na wierzytelności będzie oznaczało, że to prawo właściwe dla zastawianej wierzytelności będzie rozstrzygało m.in., czy wierzytelność jest zastawialna.

Regulacja zawarta w Rzymie I ogranicza się wyłącznie do zastawu na wierzytelnościach. Należy opowiedzieć się za jej stosowaniem w odniesieniu do wszystkich rodzajów zastawów na wierzytelnościach, w tym zastawu rejestrowego. W pozostałym zakresie, tj. w odniesieniu do zastawów, których przedmiotem nie są wierzytelności, będzie miała zastosowanie ustawa z dnia 12 listopada 1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe¹⁰ (p.p.m.).

Zgodnie z art. 24 p.p.m. „własność i inne prawa rzeczowe podlegają prawu państwa, w którym znajduje się ich

⁹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Dz.U.UE, L 177/6 z 4 lipca 2008).

¹⁰ Dz.U. z 1965 r., Nr 46, poz. 290 z późn. zm.

przedmiot”. Zastaw – jako ograniczone prawo rzeczowe – bez wątpienia będzie podlegał tej regulacji¹¹. Decydujące zatem będzie miejsce położenia przedmiotu zastawu rejestrowego (tzw. *lex rei sitae*).

W odniesieniu do stanowiska 1 przyjęliśmy, iż zastaw ustanowiony na zbiorze jest zastawem wieloprzedmiotowym. Takie rozumienie zbioru wikła nas w przypadku zastawów z aspektami prawnomiędzynarodowymi w bardzo poważne dylematy prawne. Konsekwentne utrzymywanie, że przedmiotem zastawu na zbiorze są poszczególne elementy zbioru, prowadzić musi do wniosku, że jeden zastaw rejestrowy będzie mógł być regulowany przez różne porządki prawne. Mało tego, w przypadku zbioru, w skład którego wchodzi wierzytelności oraz inne składniki majątkowe niebędące wierzytelnościami, o prawie właściwym dla danego zastawu będą mogły rozstrzygać dwa różne akty prawne: Rzym I oraz p.p.m. W praktyce oznaczałoby to, że skuteczność powstania tego samego zastawu musiałaby być oceniana jednocześnie w świetle różnych systemów prawnych.

Wątpliwości tych, co do zasady, da się uniknąć, przyjmując stanowisko 2. Zastaw jest w tym przypadku zawsze zastawem syngularnym, ustanawianym na zbiorze rozumianym jako prawo podmiotowe. Ponieważ zbiór jako prawo podmiotowe *sui generis* nie będzie raczej traktowany jako wierzytelność w rozumieniu Rzymu I, w odniesieniu do zastawu na zbiorze nie będą miały zastosowania postanowienia Rzymu I. Prawo właściwe dla takiego zastawu będzie więc wyznaczane zgodnie z normami kolizyjnymi zawartymi w p.p.m. Znaczenie miałoby więc wyłącznie ustalenie miejsca położenia zbioru jako prawa podmiotowego. Decydowałoby więc zapewne miejsce położenia zbioru wskazane przez strony w umowie i we wniosku do rejestru zastawów (zwykle miejsce w Polsce). W takim przypadku do zastawów rejestrowych na zbiorze będzie miało zastosowanie – w myśl art. 24 p.p.m. – prawo polskie.

Powyższe rozważania pokazują, że w zależności od stanowiska, które wybiorą strony umowy zastawniczej, zastosowanie będą mogły mieć różne normy kolizyjne, w tym normy określone w różnych aktach prawnych.

Egzekucja pozasądowa

Rozważania dotyczące egzekucji pozasądowej ograniczymy do jednej tylko formy pozasądowego zaspokojenia zastawnika: przejęcia przedmiotu zastawu na własność. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 u.z.r. w przypadku zastawu rejestrowego ustanowionego na zbiorze istnieje możliwość zaspokojenia zastawnika przez przejęcie przez niego na własność przedmiotu zastawu rejestrowego.

Przepisy dotyczące przejęcia przedmiotu zastawu na własność są jednymi z nielicznych, które wprost odnoszą się do zastawu na zbiorze. Wydaje się, iż taki zabieg legislacyjny

ma bardzo duże znaczenie. Ustawodawca, przynajmniej w tych przepisach, w których odnosi się wprost do zastawu na zbiorze, traktuje ten rodzaj zastawu w sposób szczególny. W kontekście przejęcia na własność dotyczy to przede wszystkim zagadnienia ustalenia wartości przedmiotu zbioru na cele przejęcia oraz momentu przejęcia przedmiotu zastawu na własność. Art. 22 ust. 1 pkt 3 u.z.r. wyraźnie wskazuje, że określenie w umowie zastawniczej wartości zbioru lub sposobu ustalania jego wartości jest warunkiem dopuszczalności jego przejęcia na własność. Z kolei art. 22 ust. 2 pkt 2 u.z.r. stwierdza, iż przejęcie zbioru na własność odbywa się z dniem złożenia przez zastawnika oświadczenia na piśmie o przejęciu tego zbioru na własność.

Należy uznać, że przejęcie zbioru następuje po wartości ustalonej przez strony w umowie zastawniczej¹². Tym samym do zastawu na zbiorze nie będą miały zastosowania przepisy wskazujące inny sposób określenia wartości przejmowanych na własność aktywów. Przykładowo, jeżeli jednym z elementów przejmowanego zbioru będą instrumenty finansowe, nie będą miały zastosowania zasady wyceny określone w art. 23 ust. 1 u.z.r. Z kolei w odniesieniu do określenia momentu przejęcia zbioru na własność nie będą miały zastosowania odmienne przepisy dotyczące poszczególnych elementów zbioru, przykładowo art. 22 ust. 2 pkt 3 u.z.r.

Brzmienie przepisów u.z.r. dotyczących zaspokojenia zastawnika poprzez przejęcie zbioru na własność przywołuje na myśl stanowisko 2. Ustawodawca zdecydował się w tym konkretnym przypadku na określenie specjalnych zasad odnoszących się wyłącznie do takiego rodzaju zastawu. Można odnieść wrażenie, iż zaakceptował tym samym juretyczną odrębność zbioru. Poprzez ustalenie odrębnych zasad wyceny oraz momentu przejęcia na własność uniezależnił wyraźnie zbiór od poszczególnych jego elementów.

W myśl stanowiska 2 zastawnik, w przypadku zastawu na zbiorze, dokonuje przejęcia na własność zbioru jako prawa podmiotowego. Poprzez przejęcie na własność należy w tym przypadku rozumieć wstąpienie w prawo podmiotowe zastawcy, które umożliwi zastawnikowi swobodne dysponowanie prawami podmiotowymi będącymi przedmiotem zastawu rozumianego jako nadrzędne prawo podmiotowe.

Przyjęcie stanowiska 1 kazałoby nam zapewne uznać, że pomimo istnienia przepisu odnoszącego się do egzekucji pozasądowej zastawu na zbiorze przepisy dotyczące egzekucji poszczególnych przedmiotów wchodzących w skład zbioru (np. przepisy dotyczące momentu przejęcia na własność zastawionych instrumentów finansowych) będą miały nadal zastosowanie do poszczególnych

¹¹ J. Widło, *Zastaw rejestrowy na prawach*, Warszawa 2008, s. 567.

¹² Z zastrzeżeniem ostatniego orzecznictwa sugerującego konieczność wskazania wartości rynkowej.

elementów zbioru. Tym samym, podobnie jak przy ustanawianiu zastawu, musielibyśmy zwracać uwagę na naturę poszczególnych elementów zbioru, w celu ustalenia, jakie przepisy będą miałyby zastosowanie do egzekucji takiego zastawu.

Konkluzje

Naszym celem było wskazanie przykładowych dylematów i trudności, które niesie ze sobą brak jednoznacznej interpretacji pojęcia zbioru na gruncie u.z.r. Zdecydowaliśmy się zaprezentować dwa biegunowo przeciwne stanowiska, wraz z ich wadami i zaletami. Za stanowiskiem 1 przemawiają:

- słaba ochrona zastawnika w przypadku ustanowienia zastawu na elemencie zbioru w przypadku stanowiska 2;
- zarzut obejścia prawa w sytuacji, kiedy w skład zbioru wchodzi elementy wymuszające zastosowanie dodatkowych czynności w celu ustanowienia zastawu, w przypadku stanowiska 2.

Z kolei za stanowiskiem 2 przemawiają:

- trudności związane ze wyborem prawa właściwego dla zastawu na zbiorze w kontekście stanowiska 1;
- konieczność permanentnego monitorowania poszczególnych elementów zbioru, z uwagi na szczególne przepisy dotyczące ustanawiania zastawów na określonych przedmiotach, w przypadku stanowiska 1;
- szczególne przepisy dotyczące egzekucji pozasądowej zastawu na zbiorze.

Nie wykluczamy, że istnieje możliwość przedstawienia dodatkowych, pośrednich rozwiązań, które próbowałyby łączyć w sobie elementy zaprezentowanych stanowisk. Być może wskazana byłaby nawet interwencja ustawodawcy w celu uniknięcia powstających obecnie wątpliwości. Bez wątpienia przyczyniłoby się to do zwiększenia pewności obrotu prawnego w Polsce.

Krzysztof Wojdyło, prawnik, członek Zespołu Bankowości i Finansowania Projektów

Łukasz Szęgda, radca prawny, współnik odpowiedzialny za Zespół Bankowości i Finansowania Projektów

O kancelarii Wardyński i Wspólnicy

Kancelaria Wardyński i Wspólnicy jest niezależną polską firmą prawniczą skupiającą ponad 130 prawników, w tym wielu uznanych ekspertów prawa.

Świadczymy szeroko rozumiane doradztwo prawne dla polskich i międzynarodowych podmiotów gospodarczych, instytucji finansowych oraz organów administracji publicznej. Rozwiązujemy najtrudniejsze problemy prawne naszych klientów.

Czerpiemy z najlepszych tradycji kancelarii adwokackich w Polsce. W codziennej pracy dla klienta kierujemy się takimi wartościami jak zaangażowanie, rzetelność, zaufanie i transparentność.

Korzystamy – między innymi dzięki naszemu zaangażowaniu w liczne międzynarodowe organizacje prawnicze i biznesowe – z najlepszych światowych praktyk zarządzania firmami prawniczymi. Wierzymy, że jest to z pożytkiem dla naszych klientów.

Jesteśmy wydawcą Portalu Procesowego (www.PortalProcesowy.pl), pierwszego w Polsce powszechnie dostępnego serwisu informacyjnego z tematyki postępowań sądowych, arbitrażowych i administracyjnych (dostępnego w wersji polskiej i angielskiej).

Mamy biura w Warszawie, Poznaniu, Wrocławiu, Krakowie oraz Brukseli.

Rocznik 2011

Jest to pierwsze wydanie Rocznika kancelarii Wardyński i Wspólnicy. Publikacja ta jest zbiorem artykułów, wypowiedzi oraz komentarzy o tematyce prawniczej, będących sumą doświadczeń i myśli eksperckiej prawników kancelarii.

Pragniemy dzielić się z klientami, środowiskiem prawniczym i wszystkimi zainteresowanymi wiedzą obejmującą zagadnienia prawne, które mają praktyczne znaczenie dla przedsiębiorców oraz które stanowią pogłębioną refleksję na temat praktyki, a nawet doktryny prawa.

Rocznik ma stanowić wartościowy i jakościowy zamiennik dla broszur i opracowań, które w standardowy sposób prezentowały dotychczas zakres usług naszej kancelarii.

Zapraszamy do lektury Rocznika 2011 oraz do współpracy z naszą kancelarią.