

**WAR WSP
DYN' ÓLN
SKI+ ICY.**

ROCZNIK 2018

Nakład:

950 egzemplarzy

Wydawca:

WIW Services sp. z o.o.

Redakcja:

Justyna Zandberg-Malec

Produkcja:

Aleksandra Włodarczyk i Justyna Zandberg-Malec

Projekt graficzny:

Magda Wiśniewska i Bazyli Krasulak

Zdjęcia:

Paweł Wodnicki

Skład i druk:

Drukarnia Piotra Włodarskiego

© Copyright by Wardyński i Wspólnicy sp.k., 2018



Słowo wstępne

Odpowiedzialność karna przedsiębiorców

Janusz Tomczak, Jakub Znamierowski

Podstawy przetwarzania danych osobowych w celach marketingowych

Agnieszka Szydlik, Katarzyna Żukowska

Pracownika konkurenta zatrudnię...

dr Marta Derlacz-Wawrowska, Agnieszka Lisiecka

Czy opcje na akcje pomogą zatrzymać najlepszych?

Danuta Pajewska, Marcin Pietkiewicz

Czy wszystko można stokenizować?

Krzysztof Wojdyło

Sztuczna inteligencja w rekrutacji

dr Szymon Kubiak, Kamil Jabłoński

Nie warto zwlekać z dochodzeniem roszczeń

Lena Marcinoska, Włodzimierz Szoszek

Pułapki procedury odwoławczej: co może zaskoczyć wykonawcę w KIO

Anna Prigan

Transgraniczna obrona podmiotów gospodarczych w sprawach karnych

Aleksandra Stępniewska

Międzynarodowe spory podatkowe – czy będzie szybciej i łatwiej?

Jakub Macek, Michał Nowacki

Upadłość zagranicznego pracodawcy – kiedy można liczyć na wypłatę wynagrodzeń z FGŚP?

Jakub Kokowski, Kamil Jabłoński

Polisolokaty – jak uzyskać zwrot opłaty likwidacyjnej?

Paweł Mazur

Molestowanie seksualne. Stary – nowy problem

Jarosław Karlikowski, Agnieszka Lisiecka

Dobry kredyt na złe długi

Daniel Smarduch, Łukasz Szegda

Hipoteka przymusowa jako sposób zabezpieczenia roszczeń – co zrobić, aby hipoteka przedwcześnie nie wygasła?

Karol Czepukojć

Ryzyka związane z posługiwaniem się standardowymi klauzulami umownymi

Maciej Szewczyk, Izabela Zielińska-Bartołek, Anna Dąbrowska

5 Wprowadzenie do umowy spółki lub statutu zmian niezgodnych z prawem – jak można je wyeliminować?
dr Kinga Ziemnicka 567 Prawa autorskie do witryny internetowej, czyli właściwie do czego?
Joanna Woźniak 5910 Odpowiedzialność majątkowa członków zarządu
Piotr Wciśło, Krzysztof Libiszewski 6213 Siła wykonania zastępczego
Hanna Drynkorn 6516 Lepiej dmuchać na zimne
dr Ewa Butkiewicz 6819 Jak nie marnować żywności – czyli o wysortach w procesie produkcyjnym
Joanna Krakowiak, Bartosz Kuraś 7122 Nowe Prawo wodne: nowe opłaty, nowe sankcje, nowe wyzwania
Dominik Wałkowski, Martyna Robakowska 7425 Bezprawne zwolnienie z podatku od nieruchomości
Agnieszka Kraińska 7728 Czy w urzędach będzie szybciej i sprawniej?
dr Maciej Kielbowski 8031 Sygnalista w UOKiK – jak to działa i co z tym zrobić?
Marcin Kulesza 8334 Czy można wytwarzać energię bez wsparcia?
Radosław Wasiak 8637 Zniesienie współwłasności nie musi być kosztowne
dr Przemysław Szymczyk 89

40 O kancelarii 92

43

46

50

53

Szanowni Państwo,

trzydzieści lat to nie jest imponujący wiek, jeśli chodzi o firmę prawniczą na świecie, ale w Polsce trudno liczyć sobie więcej. Gdy zaczynaliśmy, możliwość zakładania indywidualnych kancelarii adwokackich istniała w Polsce zaledwie od dwóch lat.

Kancelaria, z siedzibą w świeżo ukończonym Marriotcie, brała udział w publicznej ofercie spółek, które stworzyły warszawską giełdę. To była tzw. pierwsza piątka, reklamowana zapomnianym już sloganem „poznaj siłę swoich pieniędzy”. Pomagaliśmy zakładać spółki pod rządami Kodeksu handlowego z 1934 r. – obecny Kodeks spółek handlowych jeszcze nie istniał. Obsługiwaliśmy napływające do Polski inwestycje zagraniczne.

Od trzydziestu lat – nasi najmłodszy partnerzy mają niewiele więcej – w zmieniających się warunkach służymy pomocą prawną przedsiębiorcom i osobom prywatnym, dbając o zachowanie tradycyjnych wartości adwokatury oraz wartości niezbędnych do funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego.

Równolegle dzielimy się wiedzą w naszych licznych publikacjach, z Rocznikiem na czele. Piszemy w nim o tych aspektach życia prawnego i gospodarczego, na które warto zwrócić szczególną uwagę w nadchodzących miesiącach.

Zapraszam do lektury naszego ósmego już Rocznika.

Tomasz Wardyński

Odpowiedzialność karna przedsiębiorców



Janusz Tomczak



Jakub Znamierowski

Zmiany w prawie karnym – te, które miały miejsce w 2017 roku oraz te zaplanowane na 2018 rok – w istotny sposób rozszerzają mapę ryzyk prawnych dla podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w Polsce.

Prawnicy karniści być może zwrócą uwagę na nieścisłość w tytule, jako że polskie prawo karne wiąże odpowiedzialność karną wyłącznie z zachowaniem osoby fizycznej, nie definiując jej poprzez prowadzoną działalność gospodarczą. Dlaczego zatem mówić o odpowiedzialności karnej przedsiębiorców, skoro mogą oni prowadzić działalność w różnych formach prawnych (jako osoby fizyczne i spółki)?

Otóż zmiany, na które wskazujemy, dotyczą różnych aspektów działalności gospodarczej, niezależnie od formy prawnej prowadzonego przedsiębiorstwa. Te, które są planowane na 2018 rok, w praktyce rozszerzą krąg podmiotów podlegających odpowiedzialności karnej (lub *quasi*-karnej) o podmioty zbiorowe. Oznaczać to będzie, że w istocie odpowiedzialności karnej (lub *quasi*-karnej) podlegać będą wszystkie osoby prowadzące działalność gospodarczą i zaangażowane w nią – zarówno osoby fizyczne, jak i prawne.

Co przyniósł rok 2017

W zakresie zmian w prawie do Kodeksu karnego wprowadzono tzw. konfiskatę rozszerzoną, instrument służący zwiększeniu efektywności przejmowania majątku pochodzącego z przestępstwa. Zmiana ta stanowi implementację dyrektywy unijnej i w ogólnym założeniu nie powinna budzić kontrowersji. Niemniej niewątpliwą nowością w polskim systemie prawnym jest możliwość konfiskaty przedsiębiorstwa służącego do popełnienia przestępstwa. Powoduje to konieczność dowodzenia nowych okoliczności w procesie karnym i na pewno będzie stanowić wyzwanie w sprawach, w których uczestniczą uczciwi przedsiębiorcy, uwikłani wbrew swej woli w przestępczy proceder (częste zagadnienie w sprawach dotyczących karuzel VAT).

Znacznie zaostrożono odpowiedzialność za tworzenie fałszywych faktur, podstawowego dokumentu księgowego w obrocie gospodarczym. W skrajnych przypadkach ustawodawca przewidział karę 25 lat pozbawienia wolności dla sprawcy tego typu przestępstwa.

W postępowaniu karnym zwracają uwagę zmiany polegające na wyposażeniu prokuratury w nowe narzędzia służące zabezpieczeniu majątkowemu, przede wszystkim zarząd przymusowy nad przedsiębiorstwem. Instytucja ta umożliwia organom śledczym *de facto* przejęcie w toku postępowania karnego kontroli nad przedsiębiorstwem, które uwikłane jest w przestępczy proceder.

Zmiany w prawie korespondują ze zmianą priorytetów w działalności organów ścigania. Z ujawnianych informacji o przebiegu toczących się postępowań, zmian organizacyjnych w prokuraturach oraz wypowiedzi przedstawicieli prokuratury przebija nacisk na zwalczanie najpoważniejszej przestępczości gospodarczej, finansowej i skarbowej. Prokuratura podkreśla skuteczność w śledzeniu i zabezpieczaniu majątków pochodzących z przestępstw, koncentrując uwagę na zwalczaniu przestępczości związanej z wyłudzeniem podatku VAT i ogólnie – finansowej.

Co niesie rok 2018

Najgorętszą dyskusję w ostatnim kwartale 2017 r. wzbudził opublikowany projekt ustawy o jawności życia publicznego oraz zapowiedziana zmiana ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

• Ustawa o jawności życia publicznego

Projektowana ustawa z założenia ma regulować działalność gospodarczą na styku sektora publicznego i prywatnego i zastąpić (przez ich uchylenie) trzy obowiązujące ustawy dotyczące ograniczenia prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, dostępu do informacji publicznej oraz działalności lobbingsowej w procesie stanowienia prawa. Akt ten oprócz przedmiotowych regulacji wprowadza do polskiego porządku prawnego instytucję sygnalisty i jego prawną ochronę udzielaną przez prokuratora w postępowaniu karnym. Nadto nakłada na średnich i większych przedsiębiorców obowiązek tworzenia procedur antykorupcyjnych oraz przewiduje odpowiedzialność karną i administracyjną za ich brak lub nieprzestrzeganie (więcej o tym w tekście A. Stępniewskiej na str. 31).

• Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych po nowemu

Zagadnieniem, które wzbudza największe kontrowersje, jeszcze przed opublikowaniem projektu ustawy, jest zapowiedziana zmiana modelu procedowania w sprawach odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Upraszczając, chodzi o przestępstwa popełniane przez osoby działające w imieniu lub interesie organizacji (spółki/korporacji), przy okazji prowadzonej przez nią działalności.

Podstawową zmianą będzie prowadzenie postępowania jednocześnie przeciwko osobie fizycznej i organizacji (spółce lub innemu podmiotowi zbiorowemu). Dotychczasowy model odpowiedzialności zakładał uzależnienie możliwości prowadzenia postępowania przeciwko podmiotowi zbiorowemu od zakończenia postępowania przeciwko osobie fizycznej wyrażającego się w wyroku uznającym sprawstwo takiej osoby. W praktyce warunek ten powodował, że prawo o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych było martwe.

W postępowaniu na podmiotach zbiorowych spoczywać będzie ciężar dowodu – wykazania, że dochowały należytej staranności, aby zapobiec popełnieniu przestępstwa. Podmioty te będą musiały wykazać, że były w sposób właściwy zorganizowane i sprawowały należyty nadzór nad osobami działającymi w ich imieniu.

Odpowiedzialność organizacji nie będzie przy tym ograniczona do zamkniętego katalogu przestępstw i dotyczyć będzie m.in. wypadków przy pracy, czego wcześniej nie zakładano.

Ustawodawca przewiduje możliwość zawierania porozumień z prokuratorem w celu ograniczenia odpowiedzialności, co ma odpowiadać przyjętym i sprawdzonym w prak-

tyce rozwiązaniom anglosaskim. Można spodziewać się regulacji dotyczących tzw. postępowań wewnętrznych, które będą służyć wyjaśnieniu nieprawidłowości i zebraniu materiału dowodowego.

Dużo obowiązków, mało informacji

Przedstawiciele Ministerstwa Sprawiedliwości jasno deklarują, że nie zamierzają prowadzić szerokiej kampanii informacyjnej w związku z wprowadzeniem nowych standardów. Liczą na to, że ciężar dostosowania przedsiębiorców do surowszych wymogów wezmą na siebie organizacje przedsiębiorców i organizacje branżowe.

Biorąc pod uwagę długość procesu legislacyjnego w kadencji obecnego parlamentu, należy się spodziewać, że w kilka miesięcy od opublikowania projektu ustawy wejdzie ona w życie, być może z niewielkimi zmianami.

Oznacza to, że przedsiębiorcy będą musieli być przygotowani na istotną zmianę w mapie ryzyk prawnych już w 2018 r. Szacuje się, że obowiązki wynikające z konieczności stworzenia procedur antykorupcyjnych dotyczyć będą ok. 20 tysięcy przedsiębiorców (wymóg prawny wynikający z projektu ustawy o jawności życia publicznego). Wszyscy przedsiębiorcy będą musieli spojrzeć krytycznie na wewnętrzne regulacje

i ocenić ich efektywność, tak aby móc stwierdzić, że dopełnili należytej staranności w celu przeciwdziałania popełnieniu przestępstwa przez ich pracownika czy reprezentanta.

Jeśli projektowane zmiany zaczną być stosowane w praktyce, to po pierwsze dramatycznie wzrośnie liczba obowiązków spoczywających na prokuratorach prowadzących postępowania przygotowawcze w sprawach dotyczących skomplikowanych przestępstw gospodarczych i dużych przedsiębiorstwach.

Po drugie, pojawi się w wymiarze procesowym mnóstwo zagadnień dotyczących relacji wewnątrz dużych korporacji (potencjalne konflikty interesów między osobami fizycznymi/reprezentantami a samą organizacją, dostęp do informacji i dowodów, tajemnica przedsiębiorstwa w toku śledztwa), które do tej pory w praktyce postępowań karnych pojawiały się sporadycznie albo wcale.

Oznacza to, że obecny rok będzie pełen wyzwań dla przedsiębiorców w zakresie prawa karnego gospodarczego.

Janusz Tomczak, adwokat, partner odpowiedzialny za praktykę prawa karnego

Jakub Znamierowski, praktyka karna



Podstawy przetwarzania danych osobowych w celach marketingowych



Agnieszka Szydlik



Katarzyna Żukowska

Wobec bliskiego wejścia w życie przepisów rozporządzenia ogólnego o ochronie danych osobowych (RODO) oraz zapowiadanego jednoczesnego debiutu rozporządzenia w sprawie poszanowania życia prywatnego oraz ochrony danych osobowych w łączności elektronicznej (rozporządzenie o e-prywatności) warto przyjrzeć się, jak zmiana przepisów wpłynie na działalność marketingową.

Podstawy przetwarzania danych do 24 maja 2018 r.

Na mocy ustawy o ochronie danych z 29 sierpnia 1997 r. („UODO”) obowiązującej do 24 maja 2018 r. każdy przedsiębiorca może wykorzystywać dane osobowe swoich klientów do marketingu własnych usług lub produktów. Podstawę stanowi przepis mówiący, że przetwarzanie jest dopuszczalne, gdy jest niezbędne dla wypełnienia prawnie usprawiedliwionych celów realizowanych przez administratorów danych albo odbiorców danych, a przetwarzanie nie narusza praw i wolności osoby, której dane dotyczą. Dalej przepis precyzuje, że prawnie usprawiedliwionym celem jest w szczególności marketing bezpośredni własnych produktów lub usług administratora danych.

„Prawnienie usprawiedliwiony cel” jest pojęciem nieostrym (stanowi tzw. klauzulę generalną). W orzecznictwie sądowym wydanym na gruncie UODO przyjmuje się, że takie niedookreślenie terminu daje pewnego rodzaju luz decyzyjny, dzięki któremu Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych (GIODO) może przy podejmowaniu decyzji kierować się ocenami indywidualnymi konkretnej sytuacji.

Oparcie przetwarzania danych na tej podstawie wymaga uprzedniego zważenia przez administratora danych celów (interesów), dla których dane mają być przetwarzane, z ryzykiem naruszenia praw i wolności osoby, której dane dotyczą. Jest to tzw. test równowagi; zasady jego przeprowadzania zostały określone w opinii 6/2014 przyjętej przez Grupę Roboczą Art. 29. W praktyce zdarzają się sytuacje, gdy administrator używa danych osobowych dla marketingu usług własnych, ale robi to w sposób, który wskazuje, że test równowagi nie został właściwie przeprowadzony, dochodzi bowiem do naruszenia praw i wolności osoby, której dane są przetwarzane. Będzie tak na przykład w sytuacji, gdy administrator powierza w celu wysyłki informacji marketingowej przetwarzanie tzw. danych wrażliwych podmiotowi, który nie zachowuje wymaganych standardów bezpieczeństwa danych, bądź wysyła informacje marketingowe z nadmierną częstotliwością, powodującą co najmniej irytację osoby będącej ich adresatem.

Zdarzają się także sytuacje, gdy administrator danych (np. podmiot pośredniczący w rozliczeniach płatności elektronicznych) ma do zaoferowania usługę, która formalnie jest usługą innego przedsiębiorcy, ale w istotny sposób wpływa na sytuację biznesową administratora (np. rozszerzając świadczoną przez niego usługę), a niekiedy nawet osoby, do której usługa jest kierowana (np. zmniejszając ryzyko związane ze świadczoną usługą). Przepisy stanowią, że w ramach usprawiedliwionego celu można przetwarzać dane dla realizacji marketingu usług własnych. Z drugiej jednak strony przepisy nie zabraniają wprost oparcia na tej samej przesłance przetwarzania danych osobowych w celu realizacji marketingu usług innych podmiotów. Brak takiego bezpośredniego zakazu skutkował próbami opar-

cia przetwarzania danych na potrzeby wspólnego marketingu usług/towarów administratora i podmiotu trzeciego właśnie na przesłance usprawiedliwionego interesu. Jednak w dotychczasowych decyzjach GIODO konsekwentnie prezentowany jest pogląd, że przetwarzanie danych osobowych w celach marketingu bezpośredniego produktu czy usługi podmiotu trzeciego jest dopuszczalne jedynie po uzyskaniu zgody osoby, której dane dotyczą.

Sprzeciw i cofnięcie zgody

W każdej sytuacji obowiązkiem administratora jest poinformowanie w szczególności o celu przetwarzania i prawach osoby, której dane są przetwarzane, zaś prawem tej osoby jest wniesienie sprzeciwu wobec przetwarzania w celach marketingowych. Wniesienie sprzeciwu skutkuje koniecznością natychmiastowego zaprzestania przetwarzania danych osobowych w celach marketingowych, niezależnie od jakichkolwiek innych okoliczności.

Podobny skutek dla administratora będzie miało cofnięcie zgody, w wypadkach gdy dane są przetwarzane na tej podstawie.

Warunki formalne też są istotne

Marketing coraz rzadziej przyjmuje formę tradycyjnej przesyłki pocztowej. Coraz częściej opiera się na środkach komunikacji elektronicznej, co jest regulowane przepisami odrębnych od UODO ustaw, w szczególności art. 10 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną i art. 172 Prawa telekomunikacyjnego.

Zasadniczo regulacje te przewidują zastosowanie tzw. klauzuli *opt-in*, jeżeli chodzi o przesyłanie do osoby fizycznej będącej odbiorcą końcowym informacji handlowych drogą elektroniczną lub za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej (np. pocztą elektroniczną). Klauzula *opt-in* oznacza, że wysyłanie treści marketingowych we wszelkich formach e-komunikacji wymaga uzyskania uprzedniej zgody adresata.

Dodatkowym warunkiem formalnym wykorzystywania posiadanych danych osobowych do celów marketingowych jest zarejestrowanie bazy danych w GIODO lub w rejestrze prowadzonym przez administratora bezpieczeństwa informacji zarejestrowanego w GIODO. Obowiązek ten ustanie 25 maja 2018 r.

Co od 25 maja 2018 r.?

25 maja 2018 r. zacznie obowiązywać RODO. Odmienne niż UODO, nie zawęży ono dopuszczalności oparcia przetwarzania danych osobowych do celów marketingu bezpośredniego na podstawie przesłanki uzasadnionego interesu administratora wyłącznie do usług czy produktów własnych. W motywie 47 RODO wskazuje bowiem, że za działanie wykonywane w prawnie uzasadnionym interesie można uznać przetwarzanie danych osobowych do celów

marketingu bezpośredniego (a zatem także produktów czy usług innych niż własne).

Podobnie jak UODO, RODO przewiduje prawo osoby, której dane są przetwarzane na potrzeby marketingu bezpośredniego, do wniesienia sprzeciwu wobec przetwarzania jej danych na potrzeby takiego marketingu, w tym profilowania. Przepisy RODO nie przewidują żadnej szczególnej formy wniesienia takiego sprzeciwu ani konieczności jego uzasadnienia, a zatem może być on wniesiony w dowolnej formie i bez uzasadnienia.

Osoba, której dane dotyczą, może skorzystać z tego prawa w dowolnym momencie, bez wnoszenia opłat. Wniesienie przez uprawnioną osobę sprzeciwu skutkuje po stronie administratora obowiązkiem zaprzestania przetwarzania danych tej osoby dla celów marketingu bezpośredniego.

Administrator ma obowiązek poinformować osobę, której dane dotyczą, o przysługującym jej prawie sprzeciwu najpóźniej przy okazji pierwszej komunikacji z tą osobą. Informacja ta musi być przedstawiona jasno i odrębnie od wszelkich innych informacji.

Przetwarzanie w celach marketingowych może być oparte na zgodzie adresata. Taka zgoda powinna być świadoma, tj. zawierać sformułowane prostym językiem cele przetwarzania danych oraz odpowiadać obowiązkom informacyjnym określonym w art. 13 i 14 RODO.

W motywie 59 RODO wskazuje m.in., że administratorzy powinni przewidzieć procedury ułatwiające osobie, której dane dotyczą, skorzystanie z przysługujących jej na mocy RODO praw, w tym także mechanizmy żądania m.in. wykonania prawa do sprzeciwu. Powinna być przy tym zapewniona możliwość wnoszenia takich żądań także drogą elektroniczną.

Czy czekają nas jeszcze jakieś zmiany?

Obecnie trwają prace nad rozporządzeniem o e-prywatności. Zgodnie z założeniami ma ono zacząć obowiązywać równocześnie z RODO i zasadniczo zapewniać poufność komunikacji elektronicznej. W zakresie, w jakim komunikacja elektroniczna obejmuje dane osobowe, rozporządzenie o e-prywatności ma zapewniać kumulatywną ochronę z RODO.

Projekt rozporządzenia o e-prywatności przewiduje konieczność uzyskania zgody osób fizycznych na wysyłanie komu-

nikatów do celu marketingu bezpośredniego (klauzula *opt-in*). W przypadku natomiast, gdy osoba ta jest już klientem i podaje swoje elektroniczne dane kontaktowe w związku ze sprzedażą produktu lub usługi, dane te mogą zostać wykorzystane do celów marketingu bezpośredniego własnych podobnych produktów lub usług jedynie wówczas, gdy klient ma jasną i wyraźną możliwość wyrażenia – bezpłatnie i w łatwy sposób – sprzeciwu wobec takiego wykorzystania danych (klauzula *opt-out*). Klauzula *opt-out* została także przewidziana dla wykonywania połączeń głosowych w ramach marketingu bezpośredniego do użytkowników końcowych będących osobami fizycznymi.

Użytkownicy końcowi muszą być informowani o marketingowym charakterze materiałów i tożsamości osoby prawnej lub fizycznej, w imieniu której przekazywane są komunikaty, jak również o informacjach niezbędnych do wykonania ich prawa wycofania w łatwy sposób zgody na dalsze otrzymywanie komunikatów marketingowych.

Ciekawym rozwiązaniem jest wprowadzenie obowiązku podawania przez osoby korzystające z telemarketingu identyfikatora linii, pod którą można się z nią skontaktować, lub konkretnego kodu lub prefiksu umożliwiającego rozpoznanie, że połączenie jest połączeniem marketingowym.

Europejski Inspektor Ochrony Danych Osobowych, a także Grupa Robocza Art. 29, zgłosili szereg uwag do projektu rozporządzenia o e-prywatności. W szczególności wskazywali m.in. na zbyt wąską definicję komunikatów marketingu bezpośredniego, brak ochrony osób fizycznych przed otrzymywaniem niezamówionych komunikatów innych niż reklamowe, ograniczenia możliwości cofnięcia zgody, brak uregulowania sposobu, w jaki można zrealizować prawo cofnięcia zgody lub skorzystania z klauzuli *opt-out*, a także brak wyraźnego zakazu maskowania tożsamości i korzystania z fałszywych tożsamości, adresów zwrotnych i numerów przy wysyłaniu niezamówionych informacji handlowych. Należy zatem oczekiwać dalszych zmian projektu rozporządzenia w tym zakresie.

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

Katarzyna Żukowska, adwokat, praktyka ochrony danych osobowych i praktyka prawa pracy



P racownika konkurenta zatrudnię...



dr Marta Derlach-Wawrowska



Agnieszka Lisiecka

Korzystna sytuacja na rynku pracy powoduje, że pracownicy chętnie szukają dla siebie nowych szans. Doświadczenie zawodowe zdobyte u dotychczasowego pracodawcy jest atutem docenianym przez konkurentów. Jednak z punktu widzenia pracodawcy odejście pracownika do konkurencji, w zależności od okoliczności, może wywoływać istotne biznesowo skutki. Przed taką sytuacją należy zawczasu się zabezpieczyć.

Zarówno oferowanie pracy osobom zatrudnionym u konkurenta, jak i podejmowanie kolejnego zatrudnienia przez pracownika w podmiocie konkurencyjnym jest co do zasady dozwolone. Dlatego jeśli przedsiębiorca uważa, że informacje posiadane przez pracownika oraz jego wiedza i doświadczenie zawodowe zdobyte w ramach zatrudnienia są na tyle istotne, że praca u konkurenta mogłaby wyrządzić szkodę, powinien odpowiednio wcześniej zawrzeć z pracownikiem umowę o zakazie konkurencji.

Zawarcie umowy nakazującej powstrzymanie się od działalności konkurencyjnej po ustaniu stosunku pracy przede wszystkim zobowiązuje samego pracownika do niepodejmowania zatrudnienia w podmiocie konkurencyjnym przez umówiony czas. Fakt istnienia umowy ma również znaczenie dla konkurenta, który zamierza zatrudnić takiego pracownika.

Jeśli umowa przewiduje sankcję w postaci kary umownej na wypadek naruszenia określonych nią obowiązków, stanowi ona podstawowy i relatywnie skuteczny sposób zabezpieczenia. Jeżeli nie ma takiej umowy, ochrony można poszukiwać m.in. w przepisach dotyczących ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zakaz konkurencji a oferowanie konkurencyjnego zatrudnienia

Oferowanie zatrudnienia naruszającego umowny zakaz konkurencji pracownika można rozpatrywać jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 12 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (u.z.n.k.) polegający na nakłanianiu do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodenia przedsiębiorcy. Oferowanie zatrudnienia naruszającego umowny zakaz konkurencji zmierza bowiem bezpośrednio do unicestwienia celu umowy o zakazie konkurencji i naruszenia przez pracownika dobrowolnego, przewidzianego przepisami prawa i odpłatnego zobowiązania do niekonkurowania ustanowionego w interesie przedsiębiorcy.

Warunkiem koniecznym odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji jest jednak przypisanie sprawcy winy umyślnej, co wymaga, by potencjalny pracodawca wiedział o zakazie i aby znał jego zakres przedmiotowy, terytorialny i czasowy. Dlatego w umowie o zakazie konkurencji warto zapisać, że pracownik ma obowiązek informowania podmiotów oferujących mu pracę o fakcie oraz zakresie obowiązującego go zakazu.

Kwestią otwartą jest także to, czy złożenie oferty pracy ze świadomością, że jej przyjęcie naruszałoby wiążący pracownika zakaz konkurencji, spełnia kolejną przesłankę czynu nieuczciwej konkurencji, tj. czy jest działaniem w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodenia przedsiębiorcy. Z jednej strony oferowanie zatrudnienia

naruszającego umowę o zakazie konkurencji samo w sobie jest działaniem w celu szkodenia przedsiębiorcy, gdyż prowadzi do naruszenia wyrażonej w umowie woli związania pracownika zakazem po ustaniu stosunku pracy motywowanym ochroną interesu dotychczasowego pracodawcy. Z drugiej jednak strony wydaje się, że automatyzm nie byłby tu zasadny, a okoliczności każdej sprawy wymagają pogłębionej analizy.

Celem ochrony przewidzianej w art. 12 u.z.n.k. jest bowiem zapobieganie ingerencji w stosunki umowne zmierzające do uzyskania nieuprawnionej przewagi w zabiegach o klienta, a nie tworzenie alternatywnego do przepisów Kodeksu cywilnego reżimu ochrony relacji umownych. W razie naruszenia umowy o zakazie konkurencji stronie uprawnionej przysługują przede wszystkim uprawnienia kontraktowe (w tym np. możliwość dochodzenia kary umownej od zobowiązanego), gdyż umowa o zakazie konkurencji kształtuje relację prawną między stronami umowy. Ponadto nakłanianie lub pomocnictwo w wyrządzeniu szkody wynikającej z naruszenia umowy o zakazie konkurencji mogłoby być podstawą do odpowiedzialności na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego (art. 422 k.c.). Jednakże bezprawność zachowania potencjalnego nowego pracodawcy w kontekście ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zależy przede wszystkim od jego motywacji towarzyszącej zatrudnieniu osoby związanej zakazem konkurencji. W przypadku sporu i ta kwestia wymagałaby więc badania przez sąd oraz dowodu obciążającego powoda. Zasadne byłoby zwłaszcza zbadanie zakresu obowiązków powierzonych pracownikowi w nowym miejscu pracy i ich wpływu na realizację celu umowy o zakazie konkurencji. Należałoby m.in. zbadać, czy wykonywanie nowych obowiązków naraża byłego pracodawcę na szkodę wynikającą z ujawnienia przez byłego pracownika szczególnie ważnych informacji pozyskanych podczas poprzedniego zatrudnienia.

Obserwując wzrost liczby sporów dotyczących przejmowania pracowników, można się spodziewać, że kwestie te w końcu doczekają się rozstrzygnięć sądowych.

Przejście pracownika do konkurencji w braku umowy o zakazie konkurencji

W praktyce jednak często się zdarza, że pracownicy odchodzą do konkurencji, a umowy o zakazie konkurencji nie zostały zawarte. Jakkolwiek kwestia ta nie jest rozstrzygnięta jednoznacznie, w literaturze i orzecznictwie dominuje pogląd, że przy zaistnieniu określonych okoliczności oferowanie zatrudnienia może naruszać zasady uczciwej konkurencji (art. 3 lub art. 12 u.z.n.k.). Tymi okolicznościami może być np. przejmowanie zespołu pracowników odpowiedzialnych za dany obszar działalności przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia konkurentowi prowadzenia określonej działalności czy przekazywanie pracownikom nieprawdziwych informacji o dotychczasowym pracodawcy

w celu zniechęcenia ich do kontynuowania dotychczasowego zatrudnienia.

Ponadto podstawą działań prawnych wobec byłych pracowników lub konkurenta, który ich zatrudnia, może być art. 11 u.z.n.k. nakazujący ochronę tajemnic przedsiębiorstwa w trakcie trwania stosunku pracy jak i po jego ustaniu. Obowiązek ten nie ogranicza jednak pracownika w podejmowaniu zatrudnienia u konkurencji.

W praktyce może jednak powstać wątpliwość, czy wykonywanie zadań zbliżonych do dotychczasowych u konkurenta dotychczasowego pracodawcy będzie możliwe bez ujawnienia tajemnic przedsiębiorstwa byłego pracodawcy. Problem ten dostrzeżono w orzecznictwie sądów amerykańskich, w którym wypracowano tzw. doktrynę *inevitable disclosure* (nieuniknionego ujawnienia). Polega ona na nałożeniu na pracownika ograniczeń w podejmowaniu pracy u innych pracodawców mimo braku jakichkolwiek więzów obligacyjnych z byłym pracodawcą w zakresie zakazu konkurencji. Ograniczenie takie opiera się na domniemaniu, że podczas wykonywania obowiązków u nowego pracodawcy nie byłoby możliwe uniknięcie ujawnienia informacji poufnych poprzedniego pracodawcy.

Podwaliny tego nurtu orzecznictwa zostały wypracowane w sprawie *PepsiCo, Inc. v. Redmond*, która dotyczyła powództwa pracodawcy przeciwko byłemu pracownikowi podejmującemu zatrudnienie w konkurencyjnym przedsiębiorstwie. Pracownik ten nie był związany umową o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy, ale podpisał umowę o zachowaniu poufności. Podczas swojego zatrudnienia w PepsiCo pełnił funkcję General Managera jednostki organizacyjnej obejmującej działaniem Kalifornię i miał dostęp do szeregu informacji poufnych spółki, takich jak roczne cele finansowe i plany marketingowe, kalendarium wydarzeń promocyjnych, planowane zmiany w działalności spółki w najbliższym roku, a także strategię dotyczące produkcji, marketingu, opakowań i dystrybucji na najbliższe trzy lata. Sąd rozpatrujący sprawę orzekł, że powód może skutecznie dochodzić swoich roszczeń związanych z nieuprawnionym wykorzystaniem informacji poufnych, jeżeli wykaże, że wykonywanie obowiązków u nowego pracodawcy nieuchronnie będzie prowadzić do wykorzystania przez pracownika informacji poufnych uzyskanych w związku z poprzednim zatrudnieniem.

Przy badaniu okoliczności, które uzasadniają ograniczenie byłego pracownika w podejmowaniu zatrudnienia u konkurenta na podstawie domniemania nieuprawnionego wykorzystania tajemnic byłego pracodawcy, należy wziąć pod uwagę takie czynniki jak:

renta na podstawie domniemania nieuprawnionego wykorzystania tajemnic byłego pracodawcy, należy wziąć pod uwagę takie czynniki jak:

- istnienie i zakres konkurencji między byłym a nowym pracodawcą,
- podobieństwo obowiązków pracownika w ramach poprzedniego i nowego stosunku pracy,
- wartość i adekwatność tajemnic posiadanych przez pracownika dla nowego pracodawcy,
- uwarunkowania branżowe,
- wysiłki nowego pracodawcy podejmowane w celu poszanowania tajemnic byłego pracodawcy,
- przejawy złej woli byłego pracownika i nowego pracodawcy.

Od czasu decyzji w sprawie *PepsiCo, Inc. v. Redmond* wydano szereg wyroków opartych na doktrynie *inevitable disclosure*, jednak nie jest ona stosowana jednolicie, a niektóre sądy stanowe całkowicie ją odrzuciły.

Na gruncie prawa polskiego przyjęcie rozwiązań takich jak wynikające z doktryny *inevitable disclosure* i próba zakazania byłemu pracownikowi podejmowania działalności zarobkowej po ustaniu zatrudnienia z powołaniem się na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa niewątpliwie miałyby charakter precedensowy. Niezależnie od tego, chociaż posługiwanie się tajemnicą przedsiębiorstwa byłego pracodawcy w nowym zatrudnieniu byłoby bezprawne, to oddzielenie tajemnicy przedsiębiorstwa od wiedzy pracownika i wymogi dowodowe, jakim musiałby sprostać dotychczasowy pracodawca, powodują, że dochodzenie roszczenia wobec byłego pracownika lub jego byłego pracodawcy dotyczące naruszenia art. 11 u.z.n.k. byłoby utrudnione.

Z tych względów, jeżeli pracodawca uważa, że informacje, którymi dysponuje pracownik, są na tyle istotne, że ich wykorzystywanie w działalności w tej samej branży może narazić go na szkodę, powinien zawrzeć z pracownikiem umowę o zakazie konkurencji.

dr Marta Derlacz-Wanrowska, radca prawny, praktyka prawa pracy

Agnieszka Lisiecka, adwokat, współnik odpowiedzialny za praktykę prawa pracy



Czy opcje na akcje pomogą zatrzymać najlepszych?



Danuta Pajewska



Marcin Pietkiewicz

Pozyskiwanie nowych lub utrzymanie dotychczasowych wykwalifikowanych pracowników staje się dla pracodawców coraz większym wyzwaniem. Problem widoczny jest zarówno w branżach tradycyjnych (np. produkcji przemysłowej), jak i nowoczesnych, takich jak nowe technologie czy IT. Czy rozwiązaniem mogą być programy motywacyjne oparte na akcjach lub innych instrumentach umożliwiających udział pracowników w sukcesie spółki?

Trudności z zatrzymaniem wykwalifikowanych pracowników są postrzegane jako realne ryzyko biznesowe i coraz częściej są brane pod uwagę przez polskie przedsiębiorstwa przy planowaniu strategii rozwoju. Pytanie brzmi, jak skłonić pracowników, żeby zechcieli dłużej związać się zawodowo z jednym miejscem. Czy pomocne mogą być programy motywacyjne oparte na akcjach? Czy można je wykorzystać, żeby zwiększyć zaangażowanie pracowników w działalność spółki, w tym ich uczestnictwo w szeroko rozumianym procesie zarządzania spółką? Na pewno warto się nad tym zastanowić.

Tylko dla menedżerów?

Programy motywacyjne przewidujące uczestnictwo w kapitale spółki są powszechnie stosowane jako element wynagradzania wyższej kadry kierowniczej i menedżerów. Biorąc pod uwagę cele wskazane we wstępie, warto pomyśleć, czy tego stosunkowo wąskiego kręgu nie poszerzyć o inne osoby, które swą aktywnością na rzecz spółki budują wartość przedsiębiorstwa. Mowa tu o pracownikach i współpracownikach spoza ścisłego kręgu kierownictwa.

Prawnym i jednocześnie praktycznym ograniczeniem dla rozszerzania kręgu osób uczestniczących w programach motywacyjnych opartych o akcje są przepisy regulujące przeprowadzanie ofert publicznych papierów wartościowych. Jeżeli krąg osób mających uczestniczyć w programie będzie obejmował co najmniej 150 osób, to złożenie propozycji przystąpienia do programu przewidującego nabywanie akcji byłoby prawdopodobnie zakwalifikowane jako oferta publiczna akcji. To natomiast wymagałoby uprzedniego sporządzenia i udostępnienia przyszłym uczestnikom programu memorandum informacyjnego.

Zakres informacji, które muszą być przedstawione w memorandum informacyjnym, jest znacznie węższy niż ten wymagany dla prospektu emisyjnego i koncentruje się na warunkach programu, a jego przygotowanie nie jest nadmierne uciążliwe i czasochłonne. Memorandum informacyjne, w przeciwieństwie do prospektu, nie musi być zatwierdzone przez Komisję Nadzoru Finansowego (KNF), a złożenie ofert uczestnictwa w programie i dalsze czynności wykonawcze nie wymagają pośrednictwa domu maklerskiego.

Sprawa to, że zakres dodatkowych obowiązków nałożonych na spółkę, która chciałaby objąć programem motywacyjnym opartym na akcjach ponad 150 osób, nie powinien przesądzać o rezygnacji z tych planów.

Spółki muszą jednak uwzględnić w swych kalkulacjach dodatkowy czynnik w postaci obsługi administracyjno-prawnej programu, zwłaszcza gdy program rozpisany jest na wiele lat, a akcje mają być przydzielane uczestnikom wiele razy w trakcie jego trwania. Czynności te mogą wymagać zaangażowania dodatkowych nakładów pracy lub kosztów. Spółki giełdowe często decydują się powierzyć obsłu-

gę programu motywacyjnego domowi maklerskiemu. Ma to dodatkową zaletę, gdy uczestnicy programu będą nabywać od spółki istniejące akcje, ponieważ transakcje dokonane za pośrednictwem domu maklerskiego korzystają ze zwolnienia od podatku od czynności prawnych.

Tylko w spółkach giełdowych?

Z punktu widzenia atrakcyjności programu dla jego uczestników duże znaczenie ma istnienie lub perspektywa stworzenia wtórnego rynku obrotu akcjami spółki dającego możliwość sprzedaży akcji i realizacji zysku z inwestycji.

Niejako z definicji wtórny rynek obrotu akcjami jest zapewniony w przypadku spółek giełdowych. Tu jednak pojawia się ryzyko dla samej spółki związane z efektem okresowego zwiększenia podaży akcji na rynku, gdy uczestnicy programu w jednym czasie zaczną sprzedawać akcje na giełdzie. Pomijając efekt podaży, wyprzedaż akcji przez pracowników, a zwłaszcza kadrę kierowniczą, może być negatywnie odczytana przez inwestorów, którzy mogą dostrzec w tym przejawy negatywnej oceny perspektyw spółki przez osoby bezpośrednio przyczyniające się do jej rozwoju.

Aby zapobiegać takim problemom, spółki powinny rozważyć ustanowienie umownych zakazów zbywania akcji przez uczestników (tzw. *lock-up*). Mogą również wprowadzić wewnętrzne regulacje zobowiązujące uczestników posiadających akcje do konsultowania zamiaru ich sprzedaży z powołanym do tego gronem osób.

W przypadku spółek prywatnych, które nie są notowane na giełdzie, brak płynnego wtórnego rynku obrotu akcjami może zniechęcać pracowników do przystępowania do programu. Obrót akcjami byłby zapewne ograniczony do zamkniętego grona uczestników programu, a akcjonariusze mogliby ewentualnie liczyć na wypłatę dywidendy lub wykup akcji przez spółkę w celu umorzenia. Nie oznacza to, że nie ma żadnych mechanizmów, które mogłyby w oczach pracowników uatrakcyjnić programy motywacyjne oparte na akcjach spółek prywatnych. Spółki mogą tworzyć zachęty przez wprowadzanie na poziomie statutu gwarancji wypłat zysku dla akcjonariuszy lub postanowień ułatwiających grupie pracowników posiadających akcje spółki powoływanie przedstawicieli np. do rady nadzorczej.

Na osobną uwagę zasługuje kwestia łączenia programów motywacyjnych opartych na akcjach z pozyskiwaniem finansowania przez emisję akcji w ramach crowdfundingu. Łącząc te rozwiązania, spółki mogą skutecznie budować rozproszony akcjonariat i tym samym zwiększać szanse na powstanie wtórnego obrotu akcjami.

Jakie instrumenty prawne?

Programy motywacyjne oparte na uczestnictwie w kapitale zakładowym spółki tworzone są zwykle w spółkach akcyjnych. Teoretycznie możliwe jest wprowadzenie takich pro-

gramów w spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością, jednak ich cechy prawne są w niewielkim stopniu dostosowane do struktury właścicielskiej przewidującej istnienie rozbudowanej grupy udziałowców.

W spółkach akcyjnych, zwłaszcza giełdowych, programy motywacyjne realizowane są przez emisję nowych akcji przeznaczonych dla uczestników programu, którzy po spełnieniu się określonych warunków uzyskują prawo do ich objęcia po preferencyjnej cenie (np. po cenie nominalnej albo innej cenie niższej od ceny rynkowej). Innym rozwiązaniem jest sprzedaż uczestnikom istniejących akcji, które spółka uprzednio skupi z rynku. Wówczas spółka realizuje jednocześnie dwa cele – dzieli się zakumulowanym zyskiem z akcjonariuszami, dając im możliwość sprzedaży akcji i wyjścia z inwestycji, oraz realizuje program motywacyjny dla pracowników.

Nowe i ciekawe rozwiązania stwarza też dynamiczny rozwój internetowych projektów biznesowych prowadzonych w oparciu o technologię rozproszonego rejestru (DLT, blockchain). Spółki, które nie mogą zaoferować pracownikom akcji, a ich działalność związana jest z internetem lub technologią blockchain, mogą rozważyć zastąpienie akcji prawami majątkowymi funkcjonującymi w oparciu o rejestr blockchain (np. tzw. tokenami). Treść tych praw może być różna, np. mogą one być powiązane z wartością spółki lub osiąganymi przez nią parametrami finansowymi.

Na jak długo?

Przepisy nie regulują bezpośrednio okresu, na jaki mogą zostać ustanowione programy motywacyjne. W praktyce przyjmowane są one na kilka (3 – 5) lat. Zdarzają się też programy rozpisane na dłuższy okres.

Niemniej jednak, w zależności od wyboru instrumentu, za którego pośrednictwem uczestnik ma nabywać akcje, trzeba uwzględnić ograniczenia prawne wpływające na kształt

i fazy realizacji programu. Przykładowo, tworząc wieloletni program motywacyjny przewidujący emisję warrantów subskrypcyjnych dających prawo do objęcia akcji albo zapisania się na akcje, trzeba uwzględnić maksymalny 10-letni termin wykonania praw z warrantów.

Każdy program powinien wskazywać okresy rozliczeniowe, po których zakończeniu weryfikowane będzie spełnienie się kryteriów przyznania uczestnikom prawa do otrzymania akcji. Najczęściej okres ten ustala się jako jeden rok finansowy spółki, a weryfikacja parametrów warunkujących przyznanie uczestnikom prawa do nabycia akcji następuje po zatwierdzeniu przez zwyczajne walne zgromadzenie akcjonariuszy sprawozdania finansowego spółki.

Programy motywacyjne dla pracowników oparte na udziale w kapitale zakładowym spółki mogą zwiększyć atrakcyjność przedsiębiorcy na wymagającym rynku pracy. Można również oczekiwać, że większe przedsiębiorstwa coraz częściej będą w nich widziały sposób na zwiększenie zaangażowania pracowników w działalność spółki, np. przez udział w sprawowaniu nadzoru nad spółką. Ważne jest jednak, żeby programy motywacyjne uwzględniały i wpisywały się w szeroki i długofalowy model i plany biznesowe spółki oraz aby stanowiły element budowania trwałej polityki wobec pracowników. Oczywiście mogą być także stosowane ze względu na doraźne potrzeby, wówczas jednak może okazać się, że gdy za pewien czas sytuacja na rynku pracy się odmieni, przedsiębiorca straci zainteresowanie dalszym utrzymywaniem długoletniego programu, co może rodzić problemy – nie tylko prawne.

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

Marcin Pietkiewicz, radca prawny, praktyka rynków kapitałowych i instytucji finansowych



Czy wszystko można tokenizować?

W 2017 r. technologia rozproszonych rejestrów przebiła się do szerokiej świadomości. Bezpośrednim tego efektem jest wzrost zainteresowania kryptowalutami oraz obawa, że rośnie nowa bańka spekulacyjna. Zbyt duża koncentracja na kryptowalutach przesłania nam jednak znacznie ciekawsze zjawiska w świecie blockchaina. Być może na naszych oczach rodzi się nowa zdecentralizowana ekonomia oparta na zupełnie nowej klasie aktywów.



Krzysztof Wojdyło

Token Economy

Posługując się tradycyjnymi ramami pojęciowymi, bardzo trudno jest zrozumieć to, co dzieje się aktualnie w świecie blockchaina. Obraca się tam aktywami, które nie mają żadnego materialnego substratu. Rynek ten nie jest również kontrolowany przez żadne tradycyjne instytucje, które dawałyby rękojmię jego prawidłowego funkcjonowania. Mimo to kapitalizacja tego rynku na początku 2018 r. wyniosła 620 mld dolarów. Warto przypomnieć, że na początku 2017 r. było to tylko ok. 20 mld dolarów.

Skala zjawiska przybrała już takie rozmiary, że nie sposób przejść obok niego obojętnie. Mamy do czynienia z zupełnie nową rzeczywistością, określaną roboczo mianem Token Economy. Wzbudza ona skrajne emocje. Dla jednych jest to globalna bańka spekulacyjna, która prędzej czy później zakończy się katastrofą. Dla innych to, co dzieje się w świecie kryptowalut, to dowód na przewartościowanie światowej gospodarki i początek zupełnie nowej rzeczywistości.

Nie sposób przewidzieć, czym skończy się obecna bezprecedensowa akumulacja wartości w świecie blockchaina. Sytuacja jest tak dynamiczna, że jakiegokolwiek prognozy wydają się z góry skazane na porażkę. Zamiast tego proponuję oderwać się na chwilę od szalejących kursów kryptowalut oraz spekulacji i spojrzeć nieco chłodniejszym okiem na to, co przynosi ze sobą Token Economy. Kluczem do zrozumienia tego pojęcia jest bliższe poznanie technologii rozproszonych rejestrów.

Rozproszone rejestry

Technologia rozproszonych rejestrów jest rozwiązaniem informatycznym zakładającym specyficzną, zdecentralizowaną architekturę rejestrów. Zwróćmy uwagę na to, jak wiele kluczowych elementów naszej gospodarki jest opartych na rejestrach. Posługujemy się elektronicznymi rejestrami aktywów (np. nieruchomości, praw własności intelektualnej). Swoistym rejestrem jest również system finansowy. Transakcje finansowe (zarówno rozliczenia pieniężne, jak i np. transfery papierów wartościowych) są bowiem w tej chwili dokonywane w przeważającej mierze elektronicznie i zapisywane w rozmaitych rejestrach.

Rejestry były do tej pory budowane głównie w sposób scentralizowany. Zakładano istnienie zaufanego podmiotu (często organu administracji lub podmiotu o szczególnym znaczeniu dla gospodarki, np. banku) kontrolującego rejestr oraz odpowiadającego za jego bezpieczeństwo. Technologia rozproszonych rejestrów zmienia to podejście i zakłada utrzymywanie rejestrów w sposób zdecentralizowany. Oryginał rejestru jest utrzymywany równocześnie przez wiele podmiotów. Takie podejście wymaga poradzenia sobie z kilkoma wyzwaniami, przede wszystkim zapewnienia, że poszczególne wersje rejestru będą identyczne oraz że żaden z rozproszonych podmiotów utrzymujących rejestr nie będzie w stanie samodzielnie

i bez uzgodnień dokonać zmian w zapisach rejestru. Z pomocą przychodzą tu różne rozwiązania, w tym kryptograficzne, oraz odpowiednie mechanizmy konsensusu pomiędzy podmiotami utrzymującymi rejestr.

Rozproszone rejestry mogą mieć charakter prywatny lub publiczny. Różnica sprowadza się w uproszczeniu do statusu podmiotów utrzymujących rejestr. Rejestry prywatne mogą być utrzymywane przez podmioty z określonego sektora gospodarki (np. banki, firmy energetyczne) i służyć specyficznym potrzebom sektora. Rejestry publiczne, w swych najbardziej radykalnych odmianach, mogą być utrzymywane przez każdego, kto jest w stanie dostarczyć moc obliczeniową niezbędną do ich utrzymania. To właśnie te ostatnie rejestry stanowią esencję Token Economy. Przykładami takich publicznych rejestrów są wspomniane na wstępie blockchainy. Są one utrzymywane przez anonimowych dostawców mocy obliczeniowej rozproszonych po całym świecie.

TOKENY

Rozproszone rejestry są platformami, które umożliwiają wymianę gospodarczą. Przedmiotem tej wymiany są tokeny. Tradycyjne scentralizowane rejestry zawierają elektroniczne wpisy, które w najbardziej podstawowej warstwie technologicznej są jedynie zapisem cyfrowym. W zależności od kontekstu nadajemy im różne znaczenie. Wpis w księdze wieczystej będzie odzwierciedlał prawo własności nieruchomości. Wpis w rejestrze banku będzie odzwierciedlał wartość pieniężną. Istnieją zatem co najmniej dwie podstawowe warstwy tych wpisów: w miarę ujednoliconą warstwę technologiczną oraz warstwę znaczeniową, która jest zróżnicowana w zależności od kontekstu.

Podobnie jest z tokenami. Można w dużym uproszczeniu powiedzieć, że tokeny są jednostkami rozliczeniowymi zdecentralizowanych rejestrów. W warstwie podstawowej są one jedynie cyfrowym zapisem w zdecentralizowanym rejestrze. Mają jednak również warstwę znaczeniową, która determinuje ich funkcję i znaczenie.

Zdecentralizowany rejestr, np. blockchain, umożliwia transfery jednostek rozliczeniowych pomiędzy podmiotami, które utworzą adresy na blockchainie. Każdy może utworzyć taki adres. Można w dużym uproszczeniu powiedzieć, że adres na blockchainie jest odpowiednikiem rachunku bankowego w tradycyjnym systemie finansowym. W rzeczywistości to, co nazywamy adresem na blockchainie, jest kluczem publicznym skojarzonym z unikatowym kluczem prywatnym. Klucz publiczny (adres na blockchainie) jest widoczny dla każdego. Klucz prywatny jest – co do zasady – znany tylko jego posiadaczowi. Para klucz publiczny – klucz prywatny jest generowana automatycznie w momencie tworzenia adresu na blockchainie.

Adresy publiczne umożliwiają zapisywanie na nich tokenów. W najszerszym znaczeniu tego słowa kryptowaluty takie jak

Bitcoin czy Ether również są tokenami. Niektóre blockchainy, umożliwiając posługiwanie się bardzo różnymi jednostkami rozliczeniowymi, pod warunkiem że są one tworzone w określonym standardzie informatycznym. Najbardziej znanym blockchainem takiego rodzaju jest blockchain Ethereum. Niezależnie od swojej „natywnej” jednostki rozliczeniowej – Etheru – jest to blockchain, który umożliwia generowanie i transfer innych tokenów tworzonych w określonym standardzie. Często to właśnie te inne tokeny są określane mianem tokenów w wąskim tego słowa znaczeniu.

Praktycznie każdy może stworzyć własny token, rozumiany jako jednostka rozliczeniowa, która będzie mogła być transferowana pomiędzy uczestnikami blockchaina i zapisywana na adresach publicznych na danym blockchainie. Każdy ma więc do pewnego stopnia szansę na wykreowanie wartości na blockchainie.

Granice tokenizacji

W obliczu możliwości, jakie daje technologia rozproszonych rejestrów, pojawia się pytanie o granice tokenizacji. Czy stokenizować można wszystko? W warstwie technologicznej granice przestają istnieć. Token może odzwierciedlać nawet rzeczy ruchome. Ograniczenia mogą jednak wynikać nadal z warstwy znaczeniowej. Teoretycznie każdy może stworzyć token i nadać mu dowolne znaczenie. Problemem może być jednak respektowanie tego znaczenia przez tradycyjne prawo. Wyobraźmy sobie tokeny odpowiadające prawom własności nieruchomości. Teoretycznie możemy bez większego problemu stworzyć na publicznych blockchainach system takich tokenów. Z uwagi na materialny charakter aktywa, którym jest nieruchomość, może jednak niekiedy zajść konieczność wykazania tego uprawnienia w świecie fizycznym, np. przejęcia posiadania nieruchomości. Wtedy potrzebne będzie nam państwo i jego organy egzekucji. W określonych sytuacjach wirtualny token funk-

cjonujący w wyabstrahowanej rzeczywistości zdecentralizowanego rejestru będzie musiał zostać skonfrontowany z tradycyjnym systemem prawa. Jeżeli tradycyjny system nie rozpoznaje jego znaczenia, nie będzie on dawał jego posiadaczowi żadnych uprawnień w świecie fizycznym.

Tokenizacja ma zatem swoje granice. Przestrzeń rzeczy materialnych będzie zapewne jeszcze bardzo długo domeną tradycyjnych systemów prawnych. To one będą nadal decydować, które spośród rzeczy materialnych mogą, a które nie mogą być tokenizowane. Inaczej jest w odniesieniu do tych wszystkich aktywów, które mają postać cyfrową. W tym przypadku, wraz z powstaniem Token Economy, tradycyjne systemy prawa zaczynają tracić na znaczeniu. Dotychczasowy rozwój kryptowalut pokazał, że z powodzeniem może istnieć klasa aktywów cyfrowych bez względu na to, czy określone tradycyjne systemy prawa uznają ich istnienie i znaczenie czy też nie.

Jeżeli tylko w ramach Token Economy uda się stworzyć efektywne systemy arbitrażowe umożliwiające rozstrzyganie sporów, tradycyjne systemy prawa mogą ostatecznie utracić swoją kontrolę i znaczenie w kontekście aktywów cyfrowych. Cały obrót takimi aktywami, począwszy od ich powstania i transferów po rozstrzyganie sporów, mógłby bowiem odbywać się bez udziału państwa i tradycyjnego prawa. To byłoby ogromne przewartościowanie świata, jaki znamy. Zwłaszcza jeżeli uzmysłowimy sobie rosnące znaczenie cyfrowych aktywów. To już nie tylko gry komputerowe czy muzyka. Również pieniądz i dane – podstawowy surowiec Przemysłu 4.0 – mają już postać niemal wyłącznie cyfrową. Cała reszta to naturalna konsekwencja tego stanu rzeczy.

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



Sztuczna inteligencja w rekrutacji



dr Szymon Kubiak



Kamil Jabłoński

Sztuczna inteligencja to pojęcie, które w ostatnich dekadach zrobiło olbrzymią karierę nie tylko w kręgach inżynierów i naukowców, ale też w kulturze popularnej. Choć niektórzy uważają, że żaden z dotychczas stworzonych programów czy komputerów nie jest tak naprawdę „sztuczną inteligencją”, to na horyzoncie pojawiły się już technologie, które na stałe mogą zmienić funkcjonowanie firm, w tym również od strony HR, powodując przy tym wiele problemów natury prawnej.

Jedną z technologii, które mogą mocno namieszać w prawie pracy, są systemy wspomagające pracowników HR zajmujących się np. rekrutacją. Nowe technologie nie zastępują jeszcze rekruterów, ale w istotnym zakresie ich wyręczają – głównie w procesie wyszukiwania i preselekcji kandydatów.

Takie technologie dostępne są już również w naszym kraju. Polska firma stworzyła jednego z pierwszych na rynku botów, który za pośrednictwem aplikacji Messenger wciela się w rolę doradcy zawodowego. Wykorzystuje on mechanizm uczenia maszynowego pozwalający na przetwarzanie i gromadzenie ogromnych ilości danych. Prowadząc rozmowę z kandydatem, selekcjonuje oferty, które pasują do profilu danego kandydata i odpowiadają jego preferencjom (zidentyfikowanym we wcześniejszej konwersacji z kandydatem).

Z perspektywy praktyków prawa pracy wyczulonych m.in. na kwestie dyskryminacji i nierównego traktowania ogromną zaletą takich rozwiązań byłaby szansa na obiektywizację procesu rekrutacji oraz ograniczenie ryzyka błędnej decyzji (odrzućenia dobrego kandydata) np. w oparciu o nieuzasadnione (a nawet niedozwolone) kryterium, uprzedzenie czy przeczucie.

Niestety powyższe nadzieje dość brutalnie rozwiewa przykład stworzonego przez Microsoft bota o wdzięcznym imieniu Tay, który komunikując się na Twitterze tak skutecznie i ochotczy uczył się od niektórych ze swoich followersów, że niebawem sam zaczął wysyłać rasistowskie i seksistowskie tweety.

W takim przypadku ciekawym zagadnieniem prawnym jest kwestia odpowiedzialności pracodawcy za komunikację prowadzoną przez „zatrudnionego” przez niego bota. Idąc krok dalej, odpowiedzieć należałoby na pytanie, czy to algorytm bota nie był dostatecznie doskonały, aby zidentyfikować i odsiać dane, które uwzględnione w procesie uczenia maszynowego doprowadziły do takich przykrych rezultatów. A także jaka będzie odpowiedzialność twórcy takiego oprogramowania i co w przypadku tzw. blackboksów, czyli algorytmów tak skomplikowanych, że niemożliwa jest ocena, co właściwie analizują i na jakiej podstawie generują wynik.

Takich pytań może być więcej. Im większa próba czy baza danych, na której pracuje i uczy się algorytm, tym mniejsze ryzyko decyzji noszącej np. cechy niedozwolonej dyskryminacji. Rola dostępu do danych w chmurze jest tutaj ogromna – dane z większej próby powinny powyższe ryzyko ograniczyć. Pozostaje jednak kwestia dostępu do danych „treninowych” – zwłaszcza w obliczu wejścia w życie RODO.

Z punktu widzenia prawa pracy nie ma jednak wątpliwości, że odpowiedzialność np. za dyskryminację przy zatrudnieniu spowodowaną doбором dyskryminujących danych przez algorytm w pełni ponosi pracodawca. Przepisy Kodeksu pracy obligują pracodawcę do równego traktowania pracowników w zakresie nawiązania i rozwiąza-

nia stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, w szczególności bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także bez względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy. Kandydat do pracy, którego aplikacja została odrzucona przez algorytm np. ze względu na kolor skóry, może żądać od pracodawcy przed sądem odszkodowania w wysokości nie mniejszej niż minimalne wynagrodzenie za pracę.

Postawmy jednak w tym miejscu najistotniejsze w naszej ocenie pytanie – czy zaufamy sztucznej inteligencji, jeśli wyselekcjonuje dla nas kandydata do pracy, który wcale nam się nie podoba? Czy może jednak w ostatecznym rozrachunku decyzję zawsze będzie podejmował człowiek?

Okazać się zresztą może, że boty rekrutacyjne, choć stosowane relatywnie od niedawna, nie będą niczym rewolucyjnym i szybko odejdą do lamusa. Pojawiają się bowiem technologie umożliwiające analizowanie mimiki i mowy czy nawet zmian pulsu kandydata do pracy (co z perspektywy prawnej może rodzić analogiczne wątpliwości co wykorzystaniu w rekrutacji tzw. wykrywaczy kłamstw). Technologie takie umożliwią stwierdzenie, czy lekki uśmiech był wystarczająco szczery i czy odpowiadając na dane pytanie, kandydat nie minął się aby z prawdą. I stanie się to możliwe wcale nie w wyniku „podpięcia” kandydata do niedozwolonego co do zasady wykrywacza kłamstw, ale w rozmowie z robotyczną rekruterką obdarzoną miłym kobiecym głosem i analizatorem mimiki.

Taka rekruterka już istnieje. Nazywa się Sophie i jest robotem stworzonym przez japońską spółkę NEC oraz La Trobe University Business School w Melbourne. Z perspektywy prawnej takie „badanie” pracownika przez robota zdecydowanie jest ryzykowne i może naruszać dobra osobiste pracownika. Nawet jeśli pracownik wyrazi zgodę na rozmowę, podczas której maszyna będzie przetwarzać i analizować takie dane jak puls czy mimika twarzy, to w świetle dotychczasowego orzecznictwa (np. wyrok NSA w Warszawie z 13 lutego 2003 r., II SA 1620/01) można kwestionować, czy w rzeczywistości taka zgoda była dobrowolna.

Oczywiście na tym etapie rozwoju powyższych technologii (a może raczej na tym etapie ich społecznej percepcji i akceptacji) można zastanawiać się, jak zareaguje wykwalifikowany i rozchwytywany kandydat do pracy, jeśli potencjalny pracodawca, nie znajdując dla niego czasu, wyśle na spotkanie androida. Czy taki kandydat nadal będzie chciał dla tej organizacji pracować?

Jakkolwiek sądzimy, że żywi rekruterzy nadal będą odgrywać istotną rolę przynajmniej na ostatecznym etapie wyboru kandydatów, w szczególności przy ocenie ich kompeten-

cji miękkich, to zrobotyzowani asystenci już teraz zdają się deptać im po piętach. Prawo pracy będzie musiało sprostać zupełnie nowym wyzwaniom – wyzwaniom nowego środowiska pracy, którego częścią będą roboty – rekruterzy.

Jeśli to brzmi dla kogoś jak *science fiction*, to warto przypomnieć, że imienniczka rekruterki Sophie, humanoid (android) stworzony przez firmę Hanson Robotics z Hongkongu,

otrzymała ostatnio obywatelstwo Arabii Saudyjskiej. Choć było to działanie mające wymiar raczej symboliczny, to już jest nasza rzeczywistość – czy nam się to podoba, czy nie.

dr Szymon Kubiak, radca prawny, wspólnik, praktyka prawa pracy

Kamil Jabłoński, radca prawny, praktyka prawa pracy



Nie warto zwlekać z dochodzeniem roszczeń



Lena Marcinoska



Włodzimierz Szoszek

Uprawnieni nie powinni zwlekać z dochodzeniem roszczeń w sprawach o ochronę praw własności intelektualnej i zasad uczciwej konkurencji. Nie mogą jednak działać pochopnie, bez gruntownego przygotowania i wcześniejszej analizy. Chyba najlepiej sprawdza się tu zasada „śpiesz się powoli”.

Historia sukcesu

Spółka jest znanym producentem napojów. Od ponad dwóch lat wprowadza na rynek nowy napój pod fantazyjną nazwą. Ponosi znaczne nakłady na jego opracowanie, wprowadzenie do obrotu i promocję. Po pewnym czasie spółka zgłasza do rejestracji nazwę napoju jako znak towarowy. Napój błyskawicznie trafia do sprzedaży na terenie całej Polski, w tym w największych sieciach marketów. Jest intensywnie promowany. Szybko zyskuje popularność, co odzwierciedlają wskaźniki sprzedaży. Po ponad dwóch latach sprzedaży spółka jest zadowolona z osiągniętego efektu. Zamierza dalej rozwijać lubianą markę.

Nieoczekiwany zwrot akcji

Niespodziewanie spółce zostaje doręczone postanowienie wydane przez sąd. Zawiera zakaz dalszego używania nazwy napoju. Spółka nie może wprowadzać do obrotu, reklamować ani oferować napojów. Komornik zajmuje w magazynach spółki wszystkie butelki i etykiety opatrzone oznaczeniem. Okazuje się, że to konkurent wystąpił przeciwko niej z wnioskiem o zabezpieczenie roszczeń, powołując się na tożsamy z nazwą napoju swój wcześniejszy znak towarowy, zgłoszony kilka dni przed zgłoszeniem dokonany przez spółkę. Spółka jest w opałach. Staje przed wizją straty finansowej i wizerunkowej oraz trwałej utraty nazwy napoju, w którą zainwestowała ponad dwa lata wcześniej.

Sąd wydaje wyrok

Spółka zaskarża postanowienie. Podnosi wiele argumentów i zarzutów. Niezależnie od nich wskazuje też, że konkurent przez ponad dwa lata tolerował napój o kwestionowanej nazwie na rynku. Konkurent nigdy nie poinformował spółki o służących mu prawach, choć przyznaje, że wie o używanej nazwie od ponad dwóch lat. Nigdy też nie rozpoczął używania własnego identycznego oznaczenia.

Sąd odwoławczy uwzględnia zarzut tolerowania i oddala wniosek o zabezpieczenie roszczeń. Stwierdza, że konkurent, tolerując przez dwa lata działania spółki, utracił interes prawny w uzyskaniu zabezpieczenia.

Dla spółki historia tymczasowego zabezpieczenia roszczeń kończy się dobrze. Nie oznacza to jednak, że taki sam finał spotkałby ją w głównym postępowaniu sądowym. Na szczęście strony w tej sprawie zdołały osiągnąć porozumienie, wobec czego postępowanie główne zostało umorzone.

Zarzut tolerowania naruszenia

Przebieg powyższej historii ma szczególny charakter, a sprawa jest nietypowa z różnych względów. Pokazuje jednak, że przedsiębiorca ryzykuje, godząc się na działania, które naruszają jego prawa własności intelektualnej.

Wieloletnia bezczynność może w pewnych szczególnych przypadkach usankcjonować naruszające działania i unie-

możliwić dochodzenie zakazania naruszeń. Daje stronie przeciwnej możliwość podniesienia zarzutu *venire contra factum proprium nemini licet*, który oznacza, że nie wolno występować przeciwko temu, co wynika z własnych czynów. Przedsiębiorca nie powinien zachowywać się sprzecznie z wcześniejszymi wyraźnymi lub domniemanymi oświadczeniami, dzięki którym zyskał zaufanie innego przedsiębiorcy, na czym ten ostatni zasadnie oparł swoje postępowanie. Klauzula ta bywa traktowana analogicznie z zasadą podejmowania działań w dobrej wierze lub z nią utożsamiana, a niekiedy wręcz traktowana jako forma nadużycia prawa.

Brak natychmiastowej reakcji uprawnionego może wynikać z różnych przyczyn

Aby podnieść w sądzie zarzut tolerowania, naruszciciel musi wykazać, że uprawniony wywołał w nim uzasadnione przekonanie o tolerowaniu jego działań. Im dłuższy brak reakcji na naruszenie, tym bardziej zasadne może być przekonanie naruszciciela, że może kontynuować działania. W przypadku unijnych znaków towarowych długość tego okresu została uregulowana wprost. Właściciel unijnego znaku towarowego nie może sprzeciwiać się używaniu późniejszego znaku, jeżeli przez pięć lat, będąc świadomym używania tego znaku, przyzwalał na to. Takich regulacji brak jednak w prawie krajowym, zarówno dotyczącym znaków towarowych, jak i zwalczania nieuczciwej konkurencji. Każdy przypadek należy badać indywidualnie i traktować z dużą ostrożnością. W jednych sprawach może to być np. kilka lat, w innych kilkanaście. Różne też mogą być powody braku reakcji uprawnionego, często są one oczywiście uzasadnione.

Reakcja na naruszenie, zwłaszcza w sprawach własności intelektualnej, jest przecież dość skomplikowanym procesem, tym dłuższym, z im trudniejszym i mniej oczywistym naruszeniem mamy do czynienia. Reakcja wymaga od uprawnionego nakładów organizacyjnych i finansowych. Uprawniony musi mieć czas na monitorowanie zachowań naruszciciela, ocenę ich skutków, ocenę zasadności podejmowanych działań czy zebranie dowodów, co już samo w sobie bywa bardzo czasochłonne. Pod uwagę trzeba brać też specyfikę danej branży i charakterystyczne dla niej uwarunkowania gospodarcze.

Nie można mówić o tolerowaniu, gdy uprawniony informuje o naruszeniu jego praw, podejmuje czynności względem naruszciciela, wysyłając mu klarowny sygnał o braku tolerowania, lub gdy strony pozostają w negocjacjach. Wrażenie naruszciciela o tolerowaniu musi wynikać z obiektywnych faktów, a nie jego subiektywnego odczucia.

W omówionym wyżej stanie faktycznym sąd uznał, że brak jakiegokolwiek reakcji uprawnionego przez dwa lata, w tym nawet poinformowania w jakiegokolwiek formie o służącym mu prawie formalnym, mógł doprowadzić do wywołania u naruszciciela wrażenia tolerowania jego działań i braku kolizji z cudzymi prawami.

Interes uprawnionego i naruszciciela trzeba zważyć

Wytworzenie uzasadnionego przekonania o tolerowaniu to wciąż za mało, aby uwzględnić zarzut tolerowania. Sąd powinien również zważyć interesy stron. Musi uwzględnić prawo formalne uprawnionego i wynikającą z niego wyłączność oraz działania i nakłady, jakie ten podjął, posługując się np. znakiem. Sąd powinien również wziąć pod uwagę sytuację naruszciciela, wyjaśniając m.in., czy jego działania były podjęte w dobrej wierze oraz jakie poczynił inwestycje w związku z używaniem oznaczenia.

W omówionym stanie faktycznym uprawniony w ogóle nie wprowadził na rynek własnych napojów ze spornym znakiem towarowym. Nie podjął żadnych starań w tym kierunku i nie poczynił na ten cel nakładów. Sąd uznał więc, że w postępowaniu zabezpieczającym to interes strony, która od dwóch lat sprzedawała, promowała i utrwalała sporny znak towarowy na rynku, zasługuje na ochronę.

Do ważenia interesów należy podchodzić z dużą ostrożnością. Interes naruszciciela, nawet jeśli w pewnych przypadkach może na pierwszy rzut oka wydawać się uzasadniony, nie powinien brać góry nad interesem społecznym, w tym interesem konsumentów, którzy mogli zostać wprowadzeni w błąd działaniem naruszciciela. Powoływanie zarzutu tolerowania przez naruszciciela powinno być także wykluczone, gdy naruszciciel działał w złej wierze, w szczególności gdy intencjonalnie naruszył prawo.

Ryzyka związane z upływem czasu trzeba badać ze zdwojoną uwagą

Powyższe oznacza, że w praktyce przedsiębiorcy dochodzący swoich praw muszą zwracać uwagę nie tylko na formalny, obiektywny termin przedawnienia, ale również na potencjal-

ny zarzut tolerowania naruszenia. Ten ostatni bywa pomijany w przygotowaniach do spraw sądowych i ocenie ryzyk. Mimo że oba zarzuty mają związek z upływem czasu, to jednak wykazują one daleko idące różnice, zwłaszcza co do ich charakteru, przesłanek uwzględnienia i celu, jakiemu mają służyć. Zasadniczo zarzut tolerowania powinien pojawiać się dopiero tam, gdzie z jakichś powodów, np. procesowych, nie można podnieść zarzutu przedawnienia. Inne sytuacje należą do rzadkości, ale zdarzają się, czego przykładem jest sytuacja opisana na wstępie. W tej konkretnej sprawie zarzut tolerowania wyprzedził zarzut przedawnienia.

Konkluzje

Ten, kto zwleka z dochodzeniem praw własności intelektualnej, ryzykuje – to oczywiste. Trzeba jednak podkreślić, że sytuacje zaniechania wydania orzeczenia zakazującego naruszających działań ze względu na tolerowanie powinny należeć do wyjątków. Tolerowanie może stanowić podstawę oddalenia roszczeń zakazowych jedynie w bardzo szczególnych przypadkach i okolicznościach. Stany faktyczne bywają niekiedy bardzo złożone. Działania uprawnionych nie mogą być też podejmowane pochopnie. Ponadto, z uwagi na zbywalny charakter praw własności intelektualnej, uprawnieni do nich mogą się zmieniać. Ci nowi muszą mieć prawo podejmowania swych własnych decyzji i działań przeciwko naruszeniom, choćby były one sprzeczne z podejmowanymi przez poprzedników prawnych. Zarzut tolerowania nie może stanowić generalnego uzasadnienia dla sankcjonowania naruszeń.

Lena Marinoska, adwokat, praktyka własności intelektualnej

Włodzimierz Szoszyk, adwokat, starszy wspólnik wspólnie prowadzący praktykę własności intelektualnej



Pułapki procedury odwoławczej: co może zaskoczyć wykonawcę w KIO

Chociaż polskie procedury odwoławcze w zamówieniach publicznych są jednymi z najszybszych w Europie, a szybkość postępowania ma wiele zalet, to mają one również swoje ograniczenia i wady. Postępowanie skoncentrowane zasadniczo w jednej rozprawie wymaga dobrego przygotowania, ale też refleksu. Wyrok często pokazuje, że kto sprytniejszy, ten górą.



Anna Prigan

Wykonawcy biorący udział w polskich przetargach dobrze znają swoje prawa. Statystyki nowych spraw pokazują, że wysoki wpis od odwołania nie zniechęca do wnoszenia odwołań. Jest to cena, którą wykonawcy chętnie płacą, zarówno po to, żeby wygrać, jak i po to, żeby przeciwdziałać wygranej kontrahenta. Odwołania bywają wykorzystywane do walki konkurencyjnej między wykonawcami: czasem przedłużenie przetargu o czas trwania postępowania odwoławczego wystarczy, żeby utrudnić realizację zamówienia wybranemu wykonawcy albo pokrzyżować plany zamawiającego. Właśnie w takim celu wniósł odwołanie jeden z wykonawców w pewnym przetargu. Był jednym z dziewięciu wykonawców zakwalifikowanych do dalszego etapu postępowania wielostopniowego, a w czasie przetargu realizował jeszcze na rzecz zamawiającego zamówienie będące przedmiotem bieżącego przetargu. Postanowił przeciwdziałać wyborowi nowego wykonawcy i w ten sposób przedłużyć trwanie swojej umowy.

Tak się złożyło, że zamawiający zakwalifikował (prekwalifikował – jak mówimy potocznie w przetargach) do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski. Wydawałoby się, że w takiej sytuacji uda się uniknąć odwołań i przetarg bez straty czasu przejdzie płynnie do kolejnej fazy. Tymczasem dotychczasowy wykonawca zamówienia złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, w którym kwestionował prawidłowość prekwalifikacji wszystkich pozostałych wykonawców, wytykając ich wnioskowi szereg błędów formalnych oraz zarzucając, że wcale nie mają doświadczenia wymaganego, by wziąć udział w przetargu. A wszystko to były podmioty, które od lat konkurowały ze sobą na rynku i znały się z działalności będącej przedmiotem zamówienia.

Postępowanie odwoławcze w takiej konfiguracji było dość skomplikowane. Odwołujący stawiał zarzuty natury ogólnej, które kierował do wszystkich wykonawców bądź też przeważającej ich liczby. Oprócz tego były zarzuty odnoszące się wyłącznie do poszczególnych wykonawców, wobec czego ciężar gatunkowy odwołań wobec konkretnych wykonawców był różny. Po drugiej stronie znajdował się zamawiający, który bronił podjętych przez siebie czynności, wywodząc, że prawidłowo ocenił, że wszyscy kandydaci są zdolni do wykonania zamówienia. Do zamawiającego przyłączyli się jako uczestnicy postępowania odwoławczego wszyscy wykonawcy, przeciwko którym sformułowano zarzuty.

Komplikacje są normą

Wypada wskazać, że taka konfiguracja postępowania, gdzie po stronie przeciwnej do odwołującego staje dziewięć podmiotów, nie jest najbardziej skomplikowana. Zasadą jest, że wszystkie odwołania od danej czynności zamawiającego w danym przetargu rozpatrywane są łącznie. W praktyce zamówień nierzadko spotykamy się z kilkoma odwołaniami wnoszonymi przez różne podmioty od tej samej czyn-

ności zamawiającego. W swoich odwołaniach kwestionują one oferty lub wnioski złożone przez różnych konkurentów w tym samym postępowaniu i w odniesieniu do różnych okoliczności. W efekcie w trakcie rozprawy odwoławczej osoby na sali tworzą o wiele bardziej skomplikowany układ, występując jednocześnie w charakterze odwołujących i przystępujących, i to po dwóch stronach barykady: zarówno po stronie zamawiającego, jak i po stronie innego wykonawcy, który w danej kwestii występuje z zarzutem będącym akurat po myśli konkurenta w tym samym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę skomplikowaną strukturę podmiotową rozprawy oraz krótki termin na rozpoznanie odwołania, trzeba stwierdzić, że największą pułapką procedury odwoławczej jest czas. Po pierwsze na napisanie odwołania jest najczęściej tylko dziesięć dni od poinformowania przez zamawiającego o danej czynności. W tym czasie wykonawca musi pozyskać od zamawiającego kopię dokumentacji postępowania przetargowego, zbadać dokumenty przeciwników, sformułować zarzuty i zebrać dowody. Następnie jeszcze zmieścić się w terminie na wniesienie odwołania, które uprzednio musi być opłacone. Odwołanie, inaczej niż wszelkie pisma w procedurze cywilnej, musi być w dniu wniesienia doręczone do Izby, czyli nie może być wysłane pocztą, ale trzeba zorganizować jego doręczenie osobiste w godzinach pracy biura podawczego, bądź skorzystać z elektronicznej skrzynki podawczej i certyfikowanego podpisu elektronicznego. Zupełnie nie wiadomo czemu ustawodawca nie zgodził się, aby korzystać przy tym z profilu zaufanego ePUAP, który można łatwo i bezkosztowo uzyskać, a który w wystarczająco bezpieczny sposób weryfikuje osobę składającą pismo.

Zarzuty absurdalne, ale bronić się trzeba

Logika oraz doświadczenie życiowe każą przyjąć pogląd, że nie jest racjonalnie możliwe, aby zamawiający błędnie zakwalifikował aż ośmiu wykonawców i prawidłowo zakwalifikował tylko jednego, akurat tego, który wniósł odwołanie. Już na pierwszy rzut oka odwołanie wydawało się więc niepoważne, przynajmniej w odniesieniu do niektórych zarzutów. Ponieważ jednak chodziło o prestiżowe zamówienie publiczne, to nikt z wykonawców nie lekceważył ryzyka, że niepoważne odwołanie może doprowadzić do utraty szansy uzyskania zamówienia.

Na rozprawie stawili się więc wszyscy wykonawcy, i to w kilkusetosobowych grupach, gotowi wypowiadać się we wszystkich kwestiach objętych odwołaniem. Prekwalifikacja opierała się o oświadczenia własne wykonawców zawarte w formularzach jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). Na tym etapie nie składali oni jeszcze dokumentów, które miałyby popierać oświadczenia zawarte w JEDZ. Dlatego zasadniczy wkład merytoryczny do obrony decyzji zamawiającego mogli wnieść przystępujący, którzy mieli

pełną wiedzę o prawdziwości i prawidłowości swoich dokumentów. Nie bardzo też było wiadomo, jak odpierać niektóre zarzuty odwołania, szczególnie że ich kaliber był bardzo różny i część z nich sprowadzała się do absurdu.

Jednak nawet najbardziej wydumany problem obudowany argumentacją może stanowić realne zagrożenie. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontryktoryjnym, wobec czego wykonawca dotknięty zarzutem nie może sobie pozwolić na przemilczenie swojego stanowiska, nawet w kwestiach na pozór oczywistych. Nic więc dziwnego, że rozprawa rozpoczęła się od wymiany pisemnych stanowisk, które uczestnicy kolejno przekazywali wszystkim obecnym na sali. W efekcie konieczne było zarządzanie przerwy na zapoznanie się z pismami.

Sztuka szybkiego czytania

Konieczność szybkiego zapoznania się z pisemnym stanowiskiem, które nie zostało przekazane przed rozprawą, jest bardzo częstym elementem postępowań odwoławczych. Strony nie mają obowiązku doręczania sobie pism przed rozprawą, a także nie mają zbyt wiele czasu na ich sporządzenie. Przede wszystkim jednak pisemne stanowiska wykorzystywane są do budowania przewagi strategicznej. Na zapoznanie się z pismem Izba wyznacza krótką przerwę, a jeśli na jednej rozprawie rozpatrywanych jest kilka odwołań wniesionych od tej samej czynności zamawiającego, a jeszcze dodatkowo uczestnicy postępowania i zarzuty się krzyżują, to pism do przeczytania napędze może być kilka, a nowych okoliczności, na które trzeba niezwłocznie zareagować, bardzo wiele. Elementem postępowania dowodowego jest również gra o takie przedstawienie dowodu, aby utrudnić przeciwnikowi przeprowadzenie dowodu przeciwnego. Chodzi o to, by przeciwnik nie mógł się do niego odnieść, albo żeby miał na to jak najmniej czasu.

W omawianej sprawie rozprawa zajęła kilka dni, ponieważ nawet całodzienne procedowanie nie wystarczyło, aby każdy z podmiotów mógł ustosunkować się do zarzutów odwołania oraz do dowodów, które odwołujący przedstawiał z zaskoczenia, nie ujawniając, jak zamierza udowod-

nić swoje racje aż do momentu, kiedy przeciwnicy odwołania zakończyli swoje wypowiedzi. Przedstawiał wydruki ze stron internetowych, zdjęcia z opcji street view map Google, a także niedokładne tłumaczenia fragmentów dokumentów pochodzących od wykonawców, przeciwko którym dowody zgłaszał. Widząc takie dowody, wykonawcy byli w kropce: uważali ich wartość za znikomą, ale nie bardzo mogli przedstawić przeciwdowody, skoro musieli ustosunkowywać się do zaskakujących dla nich dowodów na bieżąco. Izba starała się zdyscyplinować odwołującego do złożenia wszystkich dowodów naraz, ale w postępowaniu odwoławczym nie obowiązuje prekluzja i nie można ograniczyć prawa strony do składania dowodów aż do zakończenia rozprawy.

Żeby wygrać, nie wystarczy mieć rację

Odwołujący wygrał tamto odwołanie, ponieważ doprowadził do ponowienia czynności zamawiającego. Nie taki był jednak jego rzeczywisty cel, więc w dalszym ciągu podejmował działania w celu przedłużenia czasu trwania przetargu (i swojej dotychczasowej umowy). Wprawdzie zamawiający, wykonując wyrok, podjął czynności, aby działać zdroworozsądkowo, w duchu rzeczowej oceny dokumentów, jednak rozstrzygnięcie przetargu zostało znacznie opóźnione.

A zatem postępowanie odwoławcze to pułapki dwojakiego rodzaju: walka z nieublaganym krótkim czasem postępowania i z przeciwnikiem, który robi wszystko, żeby wykozystać element zaskoczenia. Na skoncentrowaną rozprawę nakłada się dodatkowa presja w postaci konieczności odpierania niespodziewanych twierdzeń, wobec trudności w przeprowadzeniu przeciwdowodu na czas. Pułapki zastawia więc nie tyle sama procedura, ile ludzie ją wykorzystujący. Tu nie wystarczy mieć rację. Trzeba być dobrze przygotowanym i nade wszystko czujnym. Może się również okazać, że wydany wyrok nie zakończy sprawy, a dalsze czynności zamawiającego będą podstawą do kolejnych odwołań, słusznych lub nie.

Anna Prigan, radca prawny, praktyka infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP



Transgraniczna obrona podmiotów gospodarczych w sprawach karnych



Aleksandra Stępniewska

Ściganie podmiotów gospodarczych za przestępstwa staje się coraz powszechniejsze w perspektywie międzynarodowej. Nie stoi temu na przeszkodzie siedziba w innym państwie ani konstrukcja tzw. zasłony korporacyjnej. W konsekwencji zarzuty odnoszące się do działalności spółki córki mogą być skierowane przeciwko zagranicznej spółce matce.

Przełamanie granic odpowiedzialności

Zgodnie z koncepcją zasłony korporacyjnej odpowiedzialność prawna jest przypisywana temu podmiotowi w ramach struktury biznesowej, z którego działalnością wiąże się konkretne zdarzenie, wywołane przez osoby działające w imieniu i na rzecz tego podmiotu. Koncepcja ta jest spójna z zasadą indywidualizacji odpowiedzialności karnej, zgodnie z którą podmioty gospodarcze mogą i powinny odpowiadać karnie za te zachowania, które mogą im być bezpośrednio przypisane.

W praktyce jednak przełamanie korporacyjnej kurtyny zdarza się coraz częściej. Dotyczy to także sfery odpowiedzialności karnej, nawet jeśli podlega ona bardziej rygorystycznemu reżimowi niż – przykładowo – odpowiedzialność cywilna.

Brak wyraźnych wytycznych, kiedy kurtyna może zostać odsłonięta w sprawach karnych, rodzi ryzyko arbitralności ocen i decyzji, będących podstawą potencjalnych zarzutów, a w efekcie – skazania. Innym problemem w tego typu sprawach jest kwestia skutecznej obrony.

Polska matka, francuska córka

Przekonała się o tym polska spółka, będąca jedynym wspólnikiem spółki mającej siedzibę we Francji.

Przyjęty model biznesowy polegający na utworzeniu odrębnego podmiotu za granicą wpisywał się w specyfikę prowadzonej działalności gospodarczej. Jego celem było pozyskanie i obsługa klientów zagranicznych oraz budowanie biznesu w wymiarze międzynarodowym.

W związku z podejrzeniem popełnienia przestępstwa gospodarczego we Francji francuskie organy śledcze wszczęły śledztwo dotyczące działań podmiotów, które wykorzystaly do popełnienia przestępstwa relacje biznesowe ze spółką francuską. Prowadząc śledztwo, śledczy nie wzięli pod uwagę modelu biznesowego prowadzonej działalności ani specyfiki branży, w której działały spółka córka i spółka matka.

W efekcie zarzuty zostały przedstawione polskiej spółce. Zanim została uniewinniona, musiała przejść dwuinstancyjną drogę procesu karnego przed sądem francuskim.

Oskarżenie – mity i fakty

Podstawą postawienia polskiej spółce zarzutów był jej udział we francuskiej spółce córce, która w ramach prowadzonej działalności gospodarczej nawiązała relacje biznesowe ze spółkami, które – jak się następnie okazało – nie odprowadziły do francuskiego Skarbu Państwa należnego podatku VAT.

Francuska spółka została uznana za podmiot niemający realnego bytu, stanowiący jedynie witrynę spółki matki, a jej aktywność została przypisana spółce polskiej.

Jednocześnie – i niekonsekwentnie – właściwie całe oskarżenie odnosiło się do działalności spółki córki, a między

innymi do wygenerowanych przez nią obrotów oraz udziału w tych obrotach podmiotów, które nie wywiązały się z obowiązku podatkowego. Jedną z podstaw oskarżenia było błędne ustalenie, że podmioty te generowały nawet do 80% obrotów spółki francuskiej i to w chwili, kiedy jej obroty miały osiągać historyczne wyżyny. To dla francuskich organów ścigania miało implikować, że spółka oraz osoby działające w jej imieniu świadomie uczestniczyły w oszustwie.

Francuskie prawo karne przewiduje możliwość pociągnięcia osoby prawnej do odpowiedzialności karnej, jeżeli czynu zabronionego dopuściła się osoba działająca jako organ lub przedstawiciel osoby prawnej, działając na jej rzecz.

W zależności od okoliczności konkretnej sprawy dopuszcza się także we francuskiej praktyce orzeczniczej przełamanie zasłony korporacyjnej i pociągnięcie do odpowiedzialności karnej struktury, od której zależny jest podmiot, z którego działalnością formalnie wiąże się zdarzenia będące podstawą ścigania karnego. W tym zakresie sądy francuskie starają się definiować kryteria oceny, kiedy korporacyjna zasłona może być przełamana. Może się tak mianowicie zdarzyć, jeśli podmiot zależny nie wykazuje jakiegokolwiek autonomii decyzyjnej ani realności bytu gospodarczego, w tym – z uwagi na brak jakichkolwiek zasobów – nie jest w stanie dostarczyć usług, które – w ramach deklarowanej działalności gospodarczej – zasadniczo powinien móc świadczyć.

Z kolei francuski sąd kasacyjny w swoim orzecznictwie wskazuje, kiedy kierowanie zarzutów i sankcji karnej wobec spółki matki stanowi naruszenie zasad odpowiedzialności karnej. Niewłaściwe jest mianowicie kierowanie zarzutów wobec spółki matki tylko z tego powodu, że spółka córka podzleca podmiotom zewnętrznym niektóre sfery działalności, że te same osoby zasiadają w organach obu spółek lub że spółki mają tych samych wspólników, taki sam przedmiot działalności gospodarczej, utrwalone relacje biznesowe czy wspólnych klientów. Jeżeli w relacji między spółkami istnieje autonomia decyzyjna oraz odrębność organizacyjna i majątkowa, przełamywanie zasłony korporacyjnej w ramach odpowiedzialności karnej jest – według sądu kasacyjnego – niedopuszczalne.

Powyższe zasady nie zostały uwzględnione przez organy francuskiego wymiaru sprawiedliwości przy formułowaniu zarzutów i oskarżenia wobec spółki polskiej.

Obrona – dowód z analizy ekonomicznej

Jedną z podstaw obrony przed sądem francuskim było wykazanie, że spółka zależna polskiej spółki jest podmiotem prowadzącym realną działalność gospodarczą, a więc nie zachodzą przesłanki do skierowania oskarżenia bezpośrednio przeciwko spółce matce.

Równolegle przedstawiano argumenty wskazujące na to, że ani podmiot polski, ani francuski nie współdziałały w przestępstwie. W tym zakresie istotne było obalenie twierdzeń

oskarżyciela publicznego co do świadomości i zamiaru udziału w przestępstwie osoby działającej w imieniu spółki francuskiej (i będącej jednocześnie prokurentem spółki polskiej). Oskarżyciel wywodził te twierdzenia z błędnie ustalonego procentu udziału spółek, które nie wywiązały się z obowiązku podatkowego, w obrotach spółki francuskiej. Dla oskarżyciela publicznego fakt, że podmioty stanowiące niewielką część portfolio kontrahentów spółki wygenerowały 80% jej historycznych obrotów, implikował, że osoba zarządzająca spółką i będąca w kontakcie z kontrahentami musiała wiedzieć (albo nie mogła nie wiedzieć), że bierze udział w oszustwie.

W odpowiedzi na argumenty oskarżenia obrona przedstawiła analizę ekonomiczną na podstawie danych liczbowych dotyczących działalności spółki francuskiej oraz rynku. Wyniki analizy zostały zawarte w raporcie przygotowanym przez prywatnego eksperta powołanego przez spółkę polską, który następnie został przesłuchany w charakterze świadka.

Treść raportu i wyniki przeprowadzonej na jego potrzeby analizy podważyły rzetelność ustaleń poczynionych w sprawie przez oskarżyciela publicznego.

Punktem wyjścia analizy była powszechnie znana zasada Pareto, zgodnie z którą 20% kontrahentów generuje 80% pozytywnego rezultatu działalności gospodarczej. Taka struktura wyników finansowych nie stanowi więc anomalii, która sama w sobie powinna wzbudzać podejrzenia.

Z analizy wynikało, że w czasie, którego dotyczyło oskarżenie, również wyniki finansowe innych podmiotów działających na rynku generowane były przez niewielką grupę ich kontrahentów. Ostatecznie analiza pokazała, że – wbrew twierdzeniom oskarżenia – relacje gospodarcze ze spółkami, które były zamieszane w przestępstwo, nie przyczyni-

ły się do wygenerowania u spółki francuskiej najwyższych obrotów w jej historii.

Przeprowadzona analiza gospodarcza wykazała również realność bytu spółki francuskiej, przy uwzględnieniu specyfiki rynku, który ze względu na zdematerializowany charakter nie wymaga tworzenia rozbudowanej struktury organizacyjnej.

Epilog

Powyżej przedstawione argumenty (między innymi) doprowadziły do uniewinnienia polskiej spółki. Kwestia kurtyny korporacyjnej i jej ewentualnego przełamania w ramach odpowiedzialności karnej pozostaje jednak otwarta.

Z jednej strony – kierowaniu ścigania karnego przeciwko innemu podmiotowi z grupy, m.in. przeciwko spółce matce, sprzeciwia się zasada, że każdy powinien ponosić odpowiedzialność za własne zachowania. Z drugiej strony – struktury korporacyjne bywają wykorzystywane do działalności przestępczej. Przełamywanie zasad odpowiedzialności indywidualnej w stosunku do podmiotów zbiorowych może być więc orężem w walce z przestępczością, zwłaszcza gospodarczą. Powinno to jednak odbywać się na zasadzie wyjątku, co oznacza konieczność ustanowienia i przestrzegania katalogu ściśle określonych przesłanek uchylenia kurtyny korporacyjnej.

Wbrew pozorom odnosi się to także do polskiego systemu prawnego, zwłaszcza w kontekście nadchodzącej zmiany modelu odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, które według zapowiedzi będą mogły ponosić odpowiedzialność karną samodzielnie, a nie jak dotychczas po uprzednim prawomocnym stwierdzeniu winy osoby fizycznej.

Aleksandra Stępniewska, adwokat, partner, praktyka karna



Międzynarodowe spory podatkowe – czy będzie szybciej i łatwiej?



Jakub Macek



Michał Nowacki

Potrzeby budżetowe wielu państw prowadzą do zaostrzenia polityki podatkowej, coraz dokładniejszych kontroli podatkowych, a czasem do dość stanowczych działań administracji podatkowych, w szczególności w zakresie cen transferowych. Działania administracji podatkowej jednego państwa mogą oddziaływać na sytuację spółek czy grup kapitałowych w innych krajach. Często interesy różnych administracji podatkowych mogą być w takim przypadku sprzeczne, co może prowadzić do sporów. Międzynarodowe przepisy przewidują narzędzia do ich rozwiązywania, ale ich skuteczność jest różna.

O co chodzi?

Spółka z siedzibą w jednym z państw Unii Europejskiej posiada udziały w szeregu podmiotów rozsianych po świecie. Podmioty te prowadzą działalność produkcyjną, między innymi w Polsce.

Organy podatkowe państwa siedziby spółki wszczęły kontrolę podatkową jej rozliczeń. Po zbadaniu dokumentów organ doręczył protokół, w którym oszacowano dochód uwzględniający zyski, między innymi, polskiej spółki córki.

Organy zagraniczne zajęły stanowisko, że polskiemu podmiotowi przypisano zyski większe, niż wynika to z roli, jaką podmiot ten pełni w strukturze całej grupy kapitałowej. Kluczem do takiej konkluzji była tak zwana analiza funkcjonalna, a więc zestawienie funkcji, ryzyk gospodarczych ponoszonych przez poszczególne podmioty i przypisanego tym ryzykom udziału w zysku. Pokłosiem analizy funkcjonalnej jest przypisanie poziomu zysków na poziomie adekwatnym do ryzyka ponoszonego przez dany podmiot. Określanie przez organ podatkowy, jaki poziom zysków powinien osiągać przedsiębiorca, może się wydawać sprzeczne z zasadami działania wolnego rynku. Działanie to pozwala jednak opodatkować zyski międzynarodowych grup kapitałowych tam, gdzie są faktycznie generowane.

W opisanym stanie faktycznym grupa kapitałowa stanęła przed trudnym wyzwaniem. Pomimo że dochód podlegał opodatkowaniu w Polsce, został on powtórnie opodatkowany w państwie rezydencji wspólnika. Skutkiem jest więc sytuacja, w której ten sam dochód podlega opodatkowaniu podatkiem dochodowym w dwóch różnych krajach.

Procedura wzajemnego porozumiewania?

Rosnąca presja opinii społecznej sprawia, że organy podatkowe intensyfikują działania mające na celu przypisanie jak największej podstawy opodatkowania do swojej jurysdykcji. Działania mające na celu alokowanie przychodu do państwa, w którym jest on rzeczywiście generowany, zasługują na aprobatę. Niejednokrotnie prowadzą jednak do sytuacji, w której dochodzi do efektywnego podwójnego opodatkowania.

Remedium na to ma być procedura wzajemnego porozumiewania (*mutual agreement procedure*, MAP). Środek ten nie cieszył się dotychczas zbyt dużą popularnością – według danych Ministerstwa Finansów w 2016 r. toczyło się kilkadziesiąt postępowań tego rodzaju, przy czym liczba ta uwzględnia również sprawy wszczęte w latach wcześniejszych.

W obecnym stanie prawnym istnieją dwie podstawy do przeprowadzenia procedury. Pierwszą z nich może być umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania. Klauzulę pozwalającą na przeprowadzenie procedury wzajemnego porozumiewania się zawierają obecnie wszystkie umowy, których stroną jest Polska.

Umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania jest najpopularniejszym trybem wskazywanym przez wnioskodawców. Lata jej stosowania (procedura MAP jest obecna w Konwencji Modelowej OECD od lat 60.) uwypukliły jednak istotne słabości tego mechanizmu. Najistotniejsze wady to ograniczony udział podatnika w procedurze (po złożeniu wniosku udział najbardziej zainteresowanej strony jest ograniczony do minimum), a także brak obowiązku wypracowania jednolitego stanowiska. Państwa-strony umowy nie są bowiem zobowiązane do wypracowania kompromisowego rozwiązania, a jedynie do podjęcia starań mających na celu znalezienie konsensusu.

Potrzeba wyeliminowania słabości procedury „traktatowej” skłoniła państwa członkowskie UE do przyjęcia tzw. Konwencji Arbitrażowej. Zastosowanie Konwencji jest ograniczone generalnie do przesunięć zysków w oparciu o regulacje dotyczące cen transferowych. Podstawową zaletą procedury konwencyjnej jest nałożenie na uczestniczące w sporze organy podatkowe obowiązku wyeliminowania podwójnego opodatkowania. Procedura konwencyjna powiela niestety niektóre ze słabości procedury traktatowej: brak zapewnienia czynnego udziału stron oraz brak instrumentów pozwalających na wyegzekwowanie czasu rozpatrywania sporu.

Nowa regulacja – czy będzie lepiej?

Mając na uwadze mankamenty procedury traktatowej i procedury prowadzonej na podstawie Konwencji Arbitrażowej, Komisja Europejska przedstawiła projekt nowej dyrektywy regulującej procedurę wzajemnego porozumiewania się.

Dyrektywa, przyjęta w październiku 2017 r., ma na celu znaczące usprawnienie i przyspieszenie procedury MAP. Rozszerzeniu, w stosunku do Konwencji Arbitrażowej, ulegnie zakres spraw objętych procedurą wzajemnego porozumiewania się. Nowym trybem procedowania zostaną objęci wszyscy podatnicy podlegający opodatkowaniu podatkiem dochodowym w odniesieniu do ich transakcji transgranicznych przeprowadzanych w ramach Unii Europejskiej.

Aby zapewnić sprawny przebieg procedury, została ona podzielona na trzy zasadnicze etapy.

W etapie pierwszym (tzw. etap skargi) podatnik składa skargę w terminie trzech lat od daty powzięcia wiedzy o zaistnieniu podwójnego opodatkowania. Wraz ze skargą podatnik zobowiązany jest m.in. do przedstawienia szczegółowego opisu stanu faktycznego, znajdujących zastosowanie przepisów prawa oraz kopii decyzji zapadłych w sprawie. Co istotne, prawo do złożenia skargi przysługuje niezależnie od tego, czy podatnik skorzystał ze środków odwoławczych dostępnych na podstawie prawa krajowego.

W terminie sześciu miesięcy od daty otrzymania skargi właściwe organy podejmują decyzję w sprawie przyjęcia i dopuszczalności skargi. Od tej chwili rozpoczyna się etap drugi (procedura wzajemnego porozumiewania się). Dyrek-

tywa narzuca organom zainteresowanych państw dwuletni termin na rozstrzygnięcie sporu (z możliwością jednorazowego przedłużenia o sześć miesięcy).

Celem etapu drugiego jest wyeliminowanie podwójnego opodatkowania rozumiane jako:

- opodatkowanie spornego dochodu tylko w jednym państwie; albo
- obniżenie podatku należnego w jednym państwie o kwotę równą podatkowi należnemu od tego dochodu w każdym innym państwie członkowskim.

W przypadku odrzucenia skargi (np. w przypadku, gdy w ocenie organów nie wystąpiło podwójne opodatkowanie) podatnikowi przysługuje prawo do odwołania się od tej decyzji przy użyciu środków prawnych wynikających z prawa krajowego.

Jeżeli natomiast skarga została odrzucona tylko przez jedno z państw członkowskich, lub właściwe organy nie doszły do porozumienia skutkującego wyeliminowaniem podwójnego opodatkowania, procedura MAP przechodzi do etapu trzeciego (tzw. etap rozstrzygania sporu). W celu rozstrzygnięcia sporu powoływana jest komisja doradcza złożona z przewodniczącego i dwóch przedstawicieli każdego organu zaangażowanego w sprawę, a także jednego lub dwóch niezależnych przedstawicieli.

Ta ostatnia instytucja, zbliżona do roli arbitra w sprawach cywilnych i gospodarczych, jest nowością wprowadzoną przez dyrektywę. Każde z państw członkowskich nominuje pięć osób legitymujących się odpowiednimi kompetencjami i gwarantujących niezależność. Z tak utworzonej listy organy wybierają osoby do komisji doradczej.

Celem powołania komisji doradczej jest wydanie opinii w sprawie, która następnie jest przekazywana właściwym organom państw członkowskich. Opinia komisji powinna zostać wydana w ciągu sześciu miesięcy od dnia powołania komisji. Po otrzymaniu opinii organy zainteresowanych państw członkowskich mają kolejnych sześć miesięcy na osiągnięcie porozumienia w sprawie wyeliminowania podwójnego opodatkowania. Jeśli porozumienie takie nie

zostanie osiągnięte, opinia komisji doradczej będzie miała charakter wiążący.

Nowością wprowadzaną przez dyrektywę jest też ograniczona jawność procedury wzajemnego porozumiewania się. Dotychczas przebieg i rezultat procedury MAP były znane wyłącznie uczestnikom sporu. Rezultaty procedury prowadzonej na podstawie dyrektywy będą upubliczniane w formie streszczenia opisującego problem i przedmiot sporu oraz ostateczne rozstrzygnięcie. W przypadku, gdy podatnicy, których dotyczy sprawa, wyrażą na to zgodę, ostateczne rozstrzygnięcie zostanie opublikowane w całości.

Arbitraż podatkowy?

Międzynarodowe prawo podatkowe przewiduje jeszcze jeden rodzaj rozwiązywania międzypaństwowych sporów podatkowych. W ramach jednego z zainicjowanych przez OECD działań BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) przyjęte zostały reguły postępowania arbitrażowego. Znalazły one odzwierciedlenie w przyjętej w 2017 r. konwencji wielostronnej (*Multilateral Instrument, MLI*).

MLI przewiduje wszczęcie procedury arbitrażowej w przypadku, gdy organy nie są w stanie dojść do porozumienia w procedurze MAP. W takiej sytuacji sprawa zostaje przekazana panelowi niezależnych arbitrów, którego rozstrzygnięcie będzie wiążące dla stron sporu podatkowego.

Wprowadzenie mechanizmu arbitrażu ma charakter fakultatywny. Pomimo początkowego zainteresowania tą instytucją ostatecznie jedynie kilkanaście państw na świecie zdecydowało się zaimplementować stosowne postanowienia do swoich umów o unikaniu podwójnego opodatkowania (Polska nie podjęła takiej decyzji). Prawdopodobne jest więc, że ta forma rozwiązywania międzynarodowych sporów podatkowych pozostanie jedynie teoretyczną ciekawostką.

Jakub Macek, radca prawny, doradca podatkowy, praktyka podatkowa

Michał Nowacki, radca prawny, doradca podatkowy, partner, praktyka podatkowa



U

padłość zagranicznego praco- dawcy – kiedy można liczyć na wypłatę wynagrodzeń z FGŚP?



Jakub Kokowski



Kamil Jabłoński

Jeżeli za granicą zostanie ogłoszona upadłość pracodawcy zatrudniającego w Polsce pracowników, mogą oni mieć trudności w odzyskaniu niewypłaconych wynagrodzeń. Czy pracownicy zatrudnieni w Polsce przez przedsiębiorcę zagranicznego mają prawo do wypłaty świadczeń z Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych?

Upadłości transgraniczne mają to do siebie, że z reguły angażują wiele systemów prawnych w rozwiązywanie problemów dotyczących masy upadłości i roszczeń wierzycieli. W przypadku upadłości pracodawcy zatrudniającego pracowników w innym państwie Unii Europejskiej niż jego siedziba istotne z punktu widzenia roszczeń pracowników jest prawo państwa, w którym w dniu ogłoszenia upadłości byli zatrudnieni pracownicy. Nie czekając na zaspokojenie swoich roszczeń (m.in. zaległych wynagrodzeń) w ramach czasochłonnej procedury upadłościowej, pracownicy zatrudnieni w Unii Europejskiej mogą ubiegać się o świadczenia gwarantowane przez krajowe fundusze ubezpieczeniowe. Wypłata świadczeń wymaga spełnienia ściśle określonych przesłanek uregulowanych przepisami prawa krajowego. Przepisy polskiej ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy mogą być w tym zakresie interpretowane niejednoznacznie i powodować komplikacje w toku procedury zaspokojenia roszczeń przez Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych („FGŚP”).

Upadłość za granicą a zatrudnienie w Polsce

W naszej praktyce zetknęliśmy się z przypadkiem upadłości zagranicznego pracodawcy, który zatrudniał w Polsce dużą grupę pracowników. Upadła spółka prowadziła w Polsce działalność w zakresie świadczenia usług rezerwacji hoteli i lotów. Pracownicy byli zatrudnieni bezpośrednio przez zagraniczną spółkę, lecz pracowali wyłącznie w Polsce. Choć zagraniczny przedsiębiorca utworzył oddział w Polsce, pracownicy nadal pracowali na podstawie umów o pracę zawartych z przedsiębiorcą zagranicznym. Po ogłoszeniu upadłości syndycy rozwiązali umowy o pracę ze wszystkimi pracownikami w trybie tzw. zwolnień grupowych.

Pracownicy nie mieli wypłaconych wynagrodzeń za okresy przed ogłoszeniem upadłości, jak również przysługiwały im inne roszczenia w stosunku do upadłego pracodawcy (np. ekwiwalent za niewykorzystany urlop). Wielu pracowników, powziawszy wiedzę o upadłości swojego pracodawcy, natychmiast zgłosiło się do właściwego wojewódzkiego urzędu pracy z wnioskami o wypłatę świadczeń na podstawie ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy.

FGŚP skłania się ku odmowie wypłaty świadczeń

Po zweryfikowaniu dokumentacji pracowniczej FGŚP doszedł do wniosku, że pracownicy upadłej spółki nie podlegają przepisom ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy, gdyż nigdy nie byli zatrudnieni w oddziale zarejestrowanym w Polsce, jako że przez cały okres zatrudnienia byli pracownikami spółki macierzystej mającej siedzibę w innym państwie Unii Europejskiej. W konsekwencji FGŚP uznał, że pracownikom nie przysługują prawa do wypłaty świadczeń na

podstawie polskiej ustawy, a skoro byli zatrudnieni przez zagranicznego pracodawcę, swoje roszczenia powinni skierować wobec angielskiego odpowiednika FGŚP. FGŚP na gruncie wykładni art. 2 wskazanej ustawy ocenił, że warunkiem koniecznym do wypłaty świadczeń jest zarejestrowanie przez zagranicznego przedsiębiorcę oddziału w Polsce oraz jednocześnie zatrudnienie w tym oddziale co najmniej jednego pracownika w związku z prowadzoną na terytorium Polski działalnością gospodarczą. Zatem, w rozumieniu FGŚP, tylko pracownicy zatrudnieni przez oddział zagranicznego pracodawcy mają prawo do świadczeń z funduszu.

Niejasne przepisy krajowe

Literalna wykładnia art. 2 wspomnianej ustawy faktycznie mogła prowadzić do rozbieżnych ocen. Treść tego przepisu powoduje wątpliwości, czy z roszczeniem o wypłatę świadczeń mogą wystąpić pracownicy zatrudnieni przez pracodawcę zagranicznego prowadzącego działalność gospodarczą w Polsce, czy dodatkowo, jak wskazywał FGŚP, kluczowe jest istnienie oddziału zagranicznego przedsiębiorcy i zatrudnianie pracowników właśnie w tym oddziale.

Syndycy upadłej spółki w odpowiedzi na stanowisko FGŚP wyrazili pogląd, że prawo polskie nie uzależnia wypłaty świadczeń od zatrudnienia pracowników w oddziale utworzonym na terytorium Polski, ponieważ w ich opinii prawo polskie takiego wymogu wprost nie stawia. Wystarczające jest tym samym zatrudnianie pracowników bezpośrednio przez przedsiębiorcę zagranicznego przy jednoczesnym prowadzeniu działalności gospodarczej w Polsce np. w formie oddziału. Przepisy polskiej ustawy nie różnicują bowiem sytuacji pracowników zatrudnionych przez przedsiębiorcę zagranicznego i pracowników zatrudnionych przez oddział przedsiębiorcy zagranicznego.

Oprócz tego syndycy wskazali na inne istotne czynniki, które ich zdaniem decydowały o zasadności roszczeń zgłoszonych przez pracowników. Po pierwsze, przedsiębiorca zagraniczny od wszystkich pracowników wykonujących pracę na terenie Polski odprowadzał składki na ubezpieczenie społeczne do ZUS, na ubezpieczenie zdrowotne oraz na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Po drugie, pracownicy świadczyli pracę w Polsce w kompleksie biurowym wynajmowanym przez upadłego. Po trzecie, wszyscy pracownicy byli zatrudnieni zgodnie z przepisami polskiego Kodeksu pracy na podstawie umów o pracę. Po czwarte, pracownicy rozliczali się podatkowo z polskimi urzędami skarbowymi.

Na marginesie warto wspomnieć, że mimo braku podstawy prawnej FGŚP stwierdził, że w takiej sytuacji pracodawca zagraniczny nie miał obowiązku opłacania składek na ZUS. Jak się jednak okazało, decydującą kwestią prawną w tej sprawie była wykładnia prawa europejskiego.

Prawo unijne przychodzi z pomocą

Prawo unijne w przeciwieństwie do prawa polskiego nie uzależnia przyznania ochrony pracownikom niewypłacalnego pracodawcy od okoliczności utworzenia oddziału na terytorium drugiego państwa członkowskiego. Nie wspomina również w ogóle o zatrudnieniu pracowników w ramach tego oddziału. Co jednak szczególnie istotne, przepisy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/94/WE z dnia 22 października 2008 r. wyraźnie wskazują, że instytucją odpowiedzialną za zaspokajanie roszczeń pracowników niewypłacalnego pracodawcy prowadzącego działalność na terytorium co najmniej dwóch państw członkowskich jest instytucja tego państwa członkowskiego, na którego terytorium pracownicy zwykle wykonują lub wykonywali pracę.

Prawo unijne przesądza zatem jednoznacznie, że dla udzielenia ochrony pracownikom decydujące jest miejsce wykonywania pracy, a nie siedziba podmiotu zatrudniającego pracowników. Ponadto, zgodnie z art. 10 rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego, skutki postępowania upadłościowego co do umowy o pracę oraz stosunku pracy podlegają wyłącznie prawu państwa członkowskiego właściwego dla umowy o pracę. Także i na tej podstawie należało wskazywać, że przepisy polskiej ustawy znajdowały zastosowanie do pracowników upadłego przedsiębiorcy zagranicznego, skoro zatrudniał on pracowników na podstawie umów o pracę regulowanych prawem polskim.

Ostatecznie, po zapoznaniu się z argumentacją syndyków upadłej spółki, jak i po uzyskaniu interpretacji Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, FGŚP zdecydował się uwzględnić wnioski o wypłatę świadczeń na rzecz pracowników upadłej spółki. Przyznanie ochrony pracownikom zatrudnionym w Polsce zostało w konsekwencji oparte na przepisach prawa unijnego, które bardziej liberalnie podchodzą do przesłanek zaspokojenia roszczeń pracowników niewypłacalnego pracodawcy niż przepisy prawa polskiego. Dodatkowym czynnikiem przemawiającym za objęciem pracowników ochroną przez polską instytucję był brak jakichkolwiek perspektyw na zaspokojenie roszczeń pracowników, i to zarówno w ramach postępowania upadłościowego pracodawcy, jak i ze strony funduszu ubezpieczeniowego właściwego dla siedziby pracodawcy zagranicznego (od pracowników nie były płacone składki na ubezpieczenie za granicą, lecz wyłącznie w Polsce).

Odwolanie się do prawa unijnego w tej sprawie było istotne z praktycznego punktu widzenia, ponieważ pracownicy,

którzy zdecydowaliby się wystąpić z roszczeniem przeciwko FGŚP, mogliby powołać się bezpośrednio na przepisy unijne. Co do zasady przepisy dyrektyw nie są stosowane bezpośrednio przez sądy krajowe. Jednakże w pewnych sytuacjach dopuszczalne jest powoływanie się przez jednostki (bądź przedsiębiorstwa) przed sądami krajowymi bezpośrednio na przepisy dyrektyw. Dotyczy to sytuacji, w których po drugiej stronie znajdują się instytucje państwowe, samorządowe bądź quasi-państwowe, np. szpital (tzw. stosunki wertykalne).

Podsumowanie

Upadłość pracodawcy, w szczególności dużego przedsiębiorstwa zatrudniającego setki osób, zazwyczaj oznacza dla pracowników problemy natury prawnej i organizacyjnej w odzyskaniu niewypłaconych świadczeń. Dodatkowo utrudnienia pojawiają się wówczas, gdy pracodawca ma siedzibę za granicą i to właśnie tam, a nie w państwie zatrudnienia, będzie prowadzone postępowanie upadłościowe, w którym pracownicy mogą zgłaszać swoje wierzytelności.

Pracownikom upadłego zależy na jak najszybszym odzyskaniu przynajmniej części niezaspokojonych należności, co powinno być możliwe w ramach uproszczonej procedury przewidzianej przed krajowymi instytucjami powołanymi do zaspokajania roszczeń w sytuacji kryzysowej związanej z niewypłacalnością pracodawcy. Jak pokazuje omawiany przykład, dochodzenie roszczeń przez pracowników może być utrudnione, gdy w grę wchodzi zagadnienia dotyczące upadłości transgranicznej i stosunków pracy zawiązanych z podmiotem mającym siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej niż państwo zatrudnienia.

Optymistycznym akcentem opisaną historię jest jednak przyznanie świadczeń pracownikom przez fundusz krajowy właśnie z uwagi na fakt, że byli oni zatrudnieni w miejscu siedziby tego funduszu, niezależnie od związku z pracodawcą mającym siedzibę w innym państwie. Ogromne znaczenie ma również otwartość polskich instytucji na swego rodzaju konsultowanie się w kwestiach prawnych z innymi uczestnikami postępowania oraz finalne rozstrzygnięcie zapewniające zgodność regulacji krajowych z normami prawa unijnego.

Jakub Kokowski, adwokat, praktyka restrukturyzacji i upadłości

Kamil Jabłoński, radca prawny, praktyka prawa pracy



Polisolokaty – jak uzyskać zwrot opłaty likwidacyjnej?

Polisy na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym, zwane potocznie (choć mylnie) polisolokatami, były jeszcze do niedawna szeroko oferowanym produktem na rynku usług ubezpieczeniowych. Ze względu na zawierane w ogólnych warunkach ubezpieczenia klauzule zastrzegające konieczność poniesienia tzw. opłaty likwidacyjnej wielu klientów utraciło swoje oszczędności. Powstało więc pytanie, jak odzyskać zainwestowane środki.



Paweł Mazur

Pojęcie

Produkt inwestycyjny nazywany polisolokata bądź też polisa lokacyjną pojawił się na rynku usług finansowych ze względu na chęć uniknięcia tzw. podatku Belki, tj. zryczałtowanego podatku od dochodów kapitałowych. Otwierając rachunek oszczędnościowy w banku i deponując w nim środki pieniężne na określony czas, w zamian za wypłatę oprocentowania, klient musi się liczyć z tym, że 19% zarobionych w ten sposób pieniędzy będzie musiał oddać fiskusowi. Taki obowiązek nie powstaje jednak w przypadku, gdy mamy do czynienia z wypłatą odszkodowania z tytułu ubezpieczenia na życie i dożycie.

Początkowo polisolokaty były, z ekonomicznego punktu widzenia, podobne do „zwykłych” lokat bankowych. Klient, najczęściej za pośrednictwem banku, zawierał umowę ubezpieczenia, w której zdarzeniem powodującym wypłatę sumy ubezpieczenia wraz z oprocentowaniem było dożycie określonego wieku. Ze względu na brak opodatkowania i gwarancje zwrotu kapitału produkty te zyskały dużą popularność i z biegiem czasu ewoluowały w instrumenty o bardziej ryzykownej naturze – polisy na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym.

Polisy na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym (UKF) są połączeniem polisy ubezpieczeniowej na życie lub dożycie i inwestycji w fundusze inwestycyjne. W języku potocznym produkt ten również określa się mianem polisolokaty, chociaż należy go zdecydowanie odróżniać od polisy lokacyjnej, w znaczeniu przyjętym powyżej. To właśnie ten instrument jest od paru lat przyczyną utraty oszczędności konsumentów oraz wielu postępowań sądowych. Polisa z UKF łączy element ochronny z inwestycyjnym. Pierwsza część składki (z reguły mniejsza) służy wypłacie świadczenia zagwarantowanego w umowie w przypadku śmierci bądź dożycia przez ubezpieczającego określonego wieku. Natomiast druga część składki jest inwestowana w ubezpieczeniowe fundusze kapitałowe, które przeznaczają uzyskane środki na zakup różnego rodzaju instrumentów finansowych. Polisy z UKF wiążą się zatem z ryzykiem inwestycyjnym. Jedynie w przypadku wystąpienia określonych w umowie zdarzeń konsument uprawniony jest do otrzymania świadczeń pieniężnych w wysokości określonej w polisie. Produkt ten nie jest już więc „ekonomiczną lokatą”, gdyż konsument nie ma zapewnionego gwarantowanego zysku. Co więcej, zysk uzyskany z polisy jest opodatkowany.

Polisa UKF ma z założenia charakter długoterminowy i jedynie w wyjątkowych wypadkach towarzystwa ubezpieczeniowe oferowały klientom zawarcie umowy na okres krótszy niż 10 lat. Oznaczało to, że konsumenci zostali faktycznie pozbawieni możliwości dysponowania swoimi pieniędzmi, gdyż wykupienie polisy wiązało się z obowiązkiem poniesienia bardzo wysokich kosztów. Typową klauzulą zastrzeżoną w ogólnych warunkach ubezpieczenia była

tzw. opłata likwidacyjna, której wysokość, w szczególności w przypadku wykupienia polisy w początkowym okresie obowiązywania umowy, mogła sięgnąć nawet 100% sumy ubezpieczenia. Takie zastrzeżenia powodowały, że rezygnacja z produktu wiązała się z utratą zdecydowanej większości bądź nawet całości zainwestowanych środków.

Niedozwolone postanowienia umowne

Należy podkreślić, że polisy z UKF były instrumentami finansowymi o skomplikowanej naturze. Konsumenci decydowali się na zawarcie tego rodzaju umów, niedostatecznie rozumiejąc ich charakter jako produktu strukturyzowanego. Tym samym pozbawiali się możliwości dysponowania swoimi pieniędzmi na lata. Wielu klientów nieświadomych istnienia klauzul o opłacie likwidacyjnej zdecydowało się wypowiedzieć swoje polisy, co skutkowało zwróceniem im jedynie części pierwotnie zainwestowanej kwoty, gdyż towarzystwa ubezpieczeniowe wypłacały należności w wysokości zapłaconych dotychczas składek, pomniejszone automatycznie o należność z tytułu tej opłaty.

Taka praktyka towarzystw ubezpieczeniowych doprowadziła do prób kwestionowania postanowień ogólnych warunków ubezpieczeń przed sądami. Zgodnie bowiem z art. 385¹ § 1 k.c. niedozwolone postanowienia umowne nie wiążą konsumenta. Aby dane postanowienie zostało uznane za niedozwolone, spełnione muszą zostać cztery przesłanki:

- umowa musi być zawarta z konsumentem (a więc osobą fizyczną dokonującą z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową),
- postanowienie umowy nie może być uzgodnione indywidualnie (za nieuzgodnione indywidualnie uważa się te postanowienia, na które konsument nie miał rzeczywistego wpływu, tzn. nie mógł ich negocjować),
- postanowienie powinno kształtować prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i rażąco naruszać jego interesy (za sprzeczne z dobrymi obyczajami uznaje się zachowania polegające np. na wykorzystaniu niewiedzy lub braku doświadczenia drugiej strony; z rażącym naruszeniem interesów konsumenta mamy zaś do czynienia, gdy wystąpi nieusprawiedliwiona dysproporcja praw i obowiązków na niekorzyść konsumenta),
- postanowienie nie może dotyczyć głównych świadczeń stron, określonych w sposób jednoznaczny (głównymi świadczeniami stron w polisie UKF są, po stronie ubezpieczyciela: wypłata sumy ubezpieczenia na wypadek śmierci osoby ubezpieczonej oraz zarządzanie aktywami ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego, a po stronie konsumenta: zapłata składki i opłaty za zarządzanie).

Spory sądowe

W przypadku gdy wymienione wyżej przesłanki zostaną spełnione, konsument może domagać się zwrotu w oparciu o przepisy o świadczeniu nienależnym (art. 410 § 2 w zw. z art. 405 k.c.). Ubezpieczyciel uzyskał bowiem środki pieniężne w wysokości naliczonej opłaty likwidacyjnej bez podstawy prawnej.

O walce klientów z ubezpieczycielami głośno jest od 2015 r. W ostatnim czasie sądy podchodzą przychylnie do żądań konsumentów, uznając opłaty likwidacyjne za klauzule niedozwolone i nakazując towarzystwom ubezpieczeniowym zwrot potrąconych kwot. Szczególne znaczenie ma zwłaszcza precedensowy wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 maja 2017 r. (XXIV C 554/14), uwzględniający pozew zbiorowy 165 klientów przeciwko jednemu ze znanych towarzystw ubezpieczeniowych. Ubezpieczyciel został zobowiązany do zwrotu ponad 2 mln złotych, jako nienależnie pobranych. W wyroku tym stwierdzono również, że do dochodzenia zwrotu nienależnie potrąconej opłaty ma zastosowanie 10-letni termin przedawnienia.

Tryby dochodzenia zwrotu opłat

Poszkodowany konsument ma kilka środków, za pomocą których może dochodzić zwrotu opłaty likwidacyjnej.

- **Reklamacja**

Jeżeli klient uzna, że umowa lub ogólne warunki ubezpieczenia zawierają klauzule niedozwolone, może zwrócić się z reklamacją do przedsiębiorcy, z którym podpisał umowę – najczęściej będzie to bank lub pośrednik finansowy. W związku z obecną linią orzecznictwem sądów, która zazwyczaj przyznaje rację konsumentom, wiele podmiotów decyduje się na aneksowanie dotychczas obowiązujących umów i usuwanie z nich postanowień dotyczących opłat likwidacyjnych.

- **Pozew indywidualny**

Jeśli negocjacje z ubezpieczycielem nie przyniosą oczekiwanych rezultatów, należy rozważyć wytoczenie pozwództwa indywidualnego bądź przyłączenie się do postępowania grupowego. Powództwo indywidualne będzie polegało na skierowaniu do sądu żądania zwrotu utraconych środków. Procedura ta będzie zapewne szybsza niż pozew zbiorowy, ale może narazić konsumenta na wyższe koszty.

- **Pozew zbiorowy**

Alternatywą dla pozwu indywidualnego jest pozew zbiorowy. Jest to instytucja umożliwiająca grupie nie mniejszej niż 10 osób dochodzenie roszczeń opartych na tej samej podstawie faktycznej i prawnej. O dopuszczalności żądania w tym trybie zwrotu opłat likwidacyjnych przesądza obecnie wprost znowelizowany w kwietniu 2017 r. art. 1 ust. 2 ustawy o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym. Potwierdził to również wspomniany wcześniej wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie.

Powództwo jest wytaczane przez reprezentanta grupy, którym może być członek grupy albo powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów. Obie kategorie podmiotów muszą być reprezentowane przez adwokata lub radcę prawnego. Składa on do sądu pozew, którego dopuszczalność jest następnie badana przez sąd. Jeżeli sąd uzna, że sprawa może być rozpatrywana w tym trybie, zarządza ogłoszenie informacji o wszczęciu postępowania grupowego w środkach masowego przekazu. Ogłoszenie to jest publikowane w celu poinformowania o toczącym się procesie jak największego kręgu osób, które mogą w oznaczonym terminie, nie krótszym niż jeden miesiąc i nie dłuższym niż trzy miesiące, złożyć pisemne oświadczenie o przystąpieniu do grupy.

Dochodzenie zwrotu kwot z opłat likwidacyjnych w drodze powództwa grupowego ma wiele zalet. Po pierwsze, poszkodowani mogą wówczas uzyskać wsparcie rzecznika konsumentów, co pozwala zaoszczędzić na opłatach sądowych. Po drugie, kolektywne działania umożliwiają nadanie sprawie większego oddziaływania społecznego i medialnego. Po trzecie, postępowanie grupowe umożliwia uzyskanie wysoce profesjonalnej obsługi prawnej, gdyż wynagrodzenie prawnika jest dzielone między wiele podmiotów.

Podsumowanie

Wydaje się zatem, że pozew zbiorowy stanowi obecnie atrakcyjną alternatywę dla innych przewidzianych prawem środków dochodzenia zwrotu opłat likwidacyjnych. Biorąc pod uwagę korzystną dla konsumentów treść wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, należy się spodziewać kolejnych postępowań grupowych wytaczanych przeciwko towarzystwom ubezpieczeniowym.

Paweł Mazur, adwokat, wspólnik, praktyka postępowania sądowych i arbitrażowych



Molestowa- nie seksualne. Stary – nowy problem



Jarosław Karlikowski



Agnieszka Lisiecka

Tytuł człowieka roku 2017 magazynu Time otrzymały kobiety, które przerwały milczenie na temat molestowania seksualnego i zaangażowały się w akcję #MeToo. Czy należy się spodziewać fali roszczeń związanych z molestowaniem? Czym jest molestowanie seksualne i jakie są obowiązki pracodawcy w tym zakresie?

Na początku października 2017 r. New Yorker oraz New York Times opublikowały artykuły opisujące przypadki molestowania seksualnego, którego miał się dopuścić dyrektor jednej z wytwórni filmowych wobec współpracujących z nim aktorek. Publikacje te były początkiem ogólnoświatowej dyskusji. Jej przejawem był wpis na Twitterze, w którym jedna z ofiar molestowania wezwala inne poszkodowane do ujawnienia się w mediach społecznościowych poprzez oznaczenie swojego wpisu hasztagiem #MeToo. W ciągu pierwszych 24 godzin na Facebooku opublikowano 12 milionów takich wpisów. Podobne wpisy zaczęły pojawiać się w innych krajach, w tym w Polsce.

Z polskich statystyk sądowych wynika tymczasem, że problem molestowania seksualnego praktycznie nie istnieje. W 2016 r. w sądach rejonowych w całej Polsce toczyło się 15 postępowań o odszkodowanie w związku z molestowaniem seksualnym, a przed sądami okręgowymi – pięć. Uwzględniając fakt, że procesy te trwają ok. 1-1,5 roku, oznacza to, że w praktyce nie stanowią one nawet promila ogółu spraw toczących się przed sądami pracy.

Pozostaje to w dużym kontraście do wyników badań dotyczących molestowania seksualnego. Z raportu przygotowanego w 2016 r. przez Fundację STER wynika, że 87,6% kobiet w Polsce doświadczyło w swoim życiu jakiejś formy molestowania seksualnego w miejscu pracy lub w miejscach publicznych. Jako sprawców molestowania wskazały np. szefa (15,8%), współpracownika (41,8%) czy też klienta/interesanta/pacjenta/ucznia (19,9%). Badania międzynarodowe prowadzone na zlecenie Komisji Europejskiej w latach 1987-1997 wskazują, że w Europie ok. 40-50% kobiet doświadczyło molestowania w środowisku pracy. Dodatkowo, zgodnie z ogólnoeuropejskim badaniem przeprowadzonym w 2014 r. przez Agencję Praw Podstawowych UE, aż 75% kobiet zatrudnionych na najwyższych stanowiskach menedżerskich i 74% wykonujących wolne zawody doświadczyło w swoim życiu jakiejś formy molestowania seksualnego. Wyniki badań pokazują zatem, że molestowanie seksualne w środowisku pracy jest problemem o wiele powszechniejszym, niż wynikałoby to z niskiej liczby sporów sądowych. Wniosek ten jest zbieżny z konkluzjami z akcji #MeToo.

Można się zastanawiać, czy niewielka liczba procesów wynika z niejasnych przepisów, przewlekłości postępowań, niskich odszkodowań czy też problemów natury społecznej, w tym niskiej świadomości tego, czym w świetle prawa jest molestowanie. Wydaje się jednak, że po akcji #MeToo skala roszczeń związanych z molestowaniem może wzrosnąć. Dlatego już teraz należy zwrócić uwagę na ten problem, zwłaszcza że na pracodawcach ciąży ustawowy obowiązek przeciwdziałania tego typu zjawiskom.

Zgodnie z Kodeksem pracy przez molestowanie seksualne rozumie się szczególnie przypadek dyskryminacji ze wzglę-

du na płeć, który obejmuje każde niepożądane zachowanie o charakterze seksualnym lub odnoszące się do płci pracownika, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika, w szczególności stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery (art. 18^{3a} k.p.). Na takie zachowanie mogą składać się elementy fizyczne, werbalne lub pozawerbalne. Definicja legalna molestowania seksualnego jest więc w dużej mierze oparta o określenia ocenne („naruszenie godności”, „upokarzający”). Wynikać stąd mogą trudności w prawidłowej identyfikacji i kwalifikacji przypadków molestowania. Z uwagi na niewielki dorobek polskiego orzecznictwa warto posilkować się orzecznictwem sądów innych państw, które rozstrzygały podobne sprawy, oraz poglądami doktryny.

W literaturze problemu najczęściej wskazuje się, że molestowanie seksualne może przybrać formę tzw. szantażu seksualnego (*sexual blackmail*), zwanego także molestowaniem typu *quid pro quo* („coś za coś”), albo może polegać na stworzeniu nieprzyjaznych lub uciążliwych warunków pracy (tzw. *hostile environment*). Drugi z wymienionych powyżej rodzajów molestowania może z kolei oznaczać niepożądane zainteresowanie seksualne (*unwanted sexual attention*) lub molestowanie z uwagi na przynależność do danej płci (*gender harassment*).

O ile zidentyfikowanie tego, że mamy do czynienia z szantażem seksualnym, jest zazwyczaj proste, gdyż ta forma molestowania jest najdrastyczniejszą formą ingerencji w sferę wolności seksualnej pracownika, o tyle inne formy molestowania przybierają czasem bardziej zawałowioną postać. Niepożądane zachowania seksualne mogą być bowiem zarówno bardzo jednoznaczne (np. wymuszone uściski, poklepywanie), jak i dużo trudniejsze do opisanie – a co za tym idzie także do udowodnienia (choć orzecznictwo sądów europejskich potwierdza, że wymowne spojrzenia, gesty lub uwagi mogą zostać uznane za molestowanie).

Najtrudniejszym w identyfikacji przypadkiem molestowania będzie molestowanie z uwagi na przynależności do danej płci. Takie zachowania jak opowiadanie dowcipów ukazujących określoną płeć w kategoriach jednoznacznie seksualnych, eksponowanie materiałów erotycznych (np. zdjęć w kalendarzu lub tapety na ekranie komputera) będą właśnie przykładami *gender harassment* – pomimo że w niektórych środowiskach są uważane ze przejaw szczególnie pojętej kultury organizacji lub „jedynie” złych manier.

W praktyce orzeczniczej sądów amerykańskich można także spotkać się z przykładami molestowania seksualnego, których kwalifikacja jako molestowania może być w świetle polskich przepisów szczególnie wątpliwa. Chodzi np. o przypadki kwestionowania kwalifikacji pracowników zajmujących stanowiska kulturowo związane z płcią inną niż ich własna (np. kobieta-chirurg, kobieta-kierowca), poprzez

odwoływanie się w obraźliwy sposób do kategorii płci, np. dosadne stwierdzenia, z których wynika, że kobieta nie jest w stanie poprawnie wykonywać określonych obowiązków. Zgodnie z tym orzecznictwem przypadki te mogą stanowić przejaw molestowania seksualnego. Problem ten nie był dotychczas przedmiotem analizy polskich sądów. W ocenie autorów kwalifikacja takiego zachowania jako molestowania byłaby w Polsce wątpliwa, pomimo że sytuacja taka zdaje się spełniać przesłanki molestowania określone w art. 18^{3a} § 6 k.p. Można postawić tezę, że w świetle polskiego prawa takie zachowanie byłoby raczej uznane za naruszenie dóbr osobistych pracownika, a nie molestowanie.

Słuszne wydaje się natomiast zakwalifikowanie jako molestowania seksualnego innego przypadku *gender harassment*, określanego jako tzw. *horseplay* (ang. grubiańska zabawa). Chodzi tu o formę znęcania występującą np. pomiędzy pracującymi w jednym zespole mężczyznami, która jest wyraźnie związana ze sferą seksualności i przybiera postać np. niestosownych uwag, przezwisk, w tym naruszania nietykalności. Pomimo że ta forma molestowania nie ma żadnego związku z popędem seksualnym i bez znaczenia jest tutaj orientacja seksualna sprawców i poszkodowanego (dana osoba nie staje się obiektem molestowania ze względu na to, że jest atrakcyjna dla sprawcy lub sprawców), to ze względu na ścisły związek ze sferą seksualności poszkodowanego (to w tej sferze lokuje się przedmiot drwin i napaści) mogłaby być uznana za molestowanie także w świetle polskiego prawa.

Na gruncie Kodeksu pracy ochronie podlegają kandydaci do pracy, pracownicy, a także byli pracownicy, którzy doświadczyli dyskryminacji w okresie zatrudnienia, bez względu na płeć (choć statystyki wskazują, że przypadki molestowania kobiet są zdecydowanie częstsze) oraz zajmowane stanowisko. Do molestowania może dojść przy tym nie tylko w relacji przełożony – podwładny, ale także w relacji podwładny – przełożony i w relacjach pomiędzy współpracownikami. Osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych chronione są na podstawie przepisów ustawy z 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, które zawierają analogiczną do art. 18^{3a} § 6 k.p. definicję molestowania, ale przewidują inne zasady odpowiedzialności.

Problematiczne pozostaje natomiast to, czy za molestowanie można uznać przypadek, gdy sprawcą jest kontrahent pracodawcy (a więc nie osoba przez niego zatrudniona).

W praktyce zdarza się, że pracownicy mogą być narażeni na molestowanie ze strony osób stale współpracujących z pracodawcą (np. stałych klientów). Ponieważ pracodawca jest zobowiązany do zapewnienia pracownikom bezpiecznych i higienicznych warunków pracy oraz do przeciwdziałania dyskryminacji w zatrudnieniu (art. 15 oraz art. 94 pkt 2b i pkt 4 k.p.), można na tej podstawie twierdzić, że w takim przypadku także będziemy mieli do czynienia z molestowaniem. Głosy takie były formułowane przez przedstawicieli doktryny.

Wydaje się jednak, że wiele wątpliwości dotyczących prawidłowej kwalifikacji zachowań stanowiących molestowanie seksualne czeka dopiero na rozstrzygnięcie. Niezależnie od zarysowanych powyżej praktycznych problemów dotyczących definicji tego zjawiska pracodawcy powinni przygotować się na to, że w najbliższych latach liczba spraw dotyczących molestowania może wzrosnąć. Dlatego już teraz należy podjąć stosowne działania. Wynika to także z ciążącego na pracodawcy prawnego obowiązku przeciwdziałania molestowaniu (art. 94 pkt 2b k.p.). W celu jego prawidłowej realizacji pracodawcy powinni co najmniej wprowadzić polityki dotyczące przeciwdziałania temu zjawisku, które będą dostosowane do realiów danego zakładu pracy i będą zawierać zasady postępowania w przypadku zgłoszenia przypadku molestowania. Należy także pamiętać, że na pracodawcach spoczywa obowiązek informowania pracowników o treści przepisów dotyczących równego traktowania (art. 94¹ k.p.). Aby w pełni go zrealizować, pracodawcy powinni udostępnić pracownikom tekst przepisów dotyczących zapobiegania molestowaniu w formie pisemnej informacji lub w inny sposób przyjęty u danego pracodawcy.

Problem molestowania seksualnego w środowisku pracy – ze względu na jego doniosłość oraz potencjalne negatywne konsekwencje dla pracodawcy (w tym finansowe i wizerunkowe) – powinien być traktowany z należytą uwagą. Odpowiednia realizacja obowiązków pracodawcy w tym zakresie pozwoli na ograniczenie lub wyeliminowanie tego zjawiska oraz zmniejszy ryzyko związane z potencjalnymi sporami.

Jarosław Karlikowski, radca prawny, praktyka prawa pracy

Agnieszka Lisiecka, adwokat, współnik odpowiedzialny za praktykę prawa pracy



Dobry kredyt na złe długi



Daniel Smarduch



Łukasz Szegda

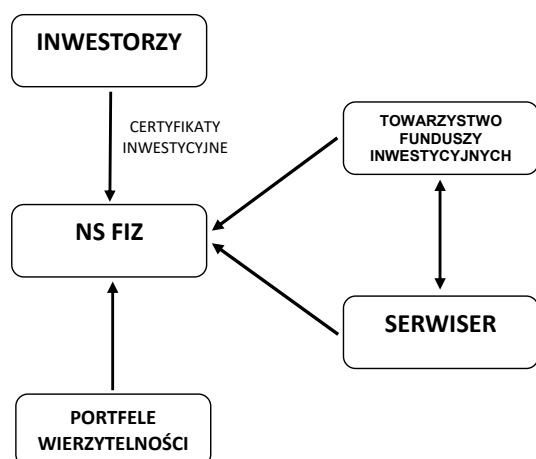
Finansowanie dłużne aktywów mających przynieść zysk jest czymś oczywistym w gospodarce wolnorynkowej. Ryzyko niespłacenia kredytu możemy zmniejszyć przez proces *due diligence*, analizę biznesplanu, wypłatę środków w ramach postępu inwestycji oraz ustanowienie zabezpieczeń na jej przedmiocie (nieruchomość, zapasy czy udziały lub akcje w nabywanej spółce). Ale co jeśli przedmiotem inwestycji mają być niespłacane wierzytelności (NPL)? Aktywa, o których wiemy, że zysku nie przynoszą, a próby ich egzekwowania były już bezskuteczne? Aktywa, na których nie możemy uzyskać zabezpieczenia... Z pytaniem, czy i jak efektywnie udzielić finansowania podobnej inwestycji, zmierzył się jeden z naszych klientów.

Struktura nabywania a struktura finansowania

Nabywanie „złych długów” w Polsce nie jest zjawiskiem nowym. Kolejne inwestycje finansowane są kapitałem własnym inwestorów, emisją obligacji lub kredytem. Ostatnio wzrasta zainteresowanie kredytowaniem takich inwestycji nie tylko wśród podmiotów krajowych, ale także banków lub funduszy zagranicznych.

Nabywanie wierzytelności często odbywa się z udziałem niestandardyzowanego sekurytyzacyjnego funduszu inwestycyjnego zamkniętego, podmiotu uregulowanego w ustawie o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi.

Fundusz nabywa portfele wierzytelności, staje się wierzycielem i beneficjentem tych wierzytelności. Odrębny podmiot, serwiser, zarządza wierzytelnościami funduszu, a także odpowiada za ich windykację. Inwestorzy zaś dostarczają funduszowi środków niezbędnych do nabywania portfeli, w zamian otrzymując certyfikaty inwestycyjne oraz będąc beneficjentami zysków generowanych przez fundusz. Jednocześnie inwestorzy kontrolują politykę inwestycyjną funduszu. Serwiser często sam jest inwestorem w funduszu, czasami jedynym, czasami jednym z głównych.



Specyfika tej struktury wymaga niestandardowego podejścia do dokumentacji finansowej i rozpoznania ryzyk związanych z sektorem nabywania wierzytelności NPL. W przypadku zagranicznych podmiotów finansujących ważne jest również zrozumienie przez nie struktury i roli poszczególnych podmiotów, a to ze względu na lokalną odmienną sposobu działania funduszy sekurytyzacyjnych. Poniżej w skrócie przedstawiamy najważniejsze z tych zagadnień na przykładzie jednej z prowadzonych przez nas spraw, w której doradzaliśmy bankowi finansującemu inwestycję.

Kto kredytobiorcą, czyli komu kredyt

Nasuwa się pytanie, który z podmiotów w opisanej strukturze będzie kredytobiorcą. Środki na nabycie wierzytelności musi mieć fundusz, który płaci cenę, zatem kandydatów mamy dwóch: fundusz lub inwestor, który następnie środki

z kredytu wpłaci funduszowi w zamian za certyfikaty inwestycyjne.

W tym momencie istotne stają się regulacje dotyczące funduszy inwestycyjnych. Otóż zgodnie z ustawą o funduszach inwestycyjnych fundusz nie może dowolnie finansować swojej działalności. Ma on prawo do zaciągania pożyczek, kredytów lub emitowania obligacji, których łączna wartość nie może przekraczać 75% wartości aktywów netto funduszu. Trzeba pamiętać, że poza ograniczeniami wartości istnieją też ograniczenia dodatkowe, dotyczące podmiotów, które mogą być źródłem takiego finansowania.

Jest jeszcze aspekt praktyczny. Jeden inwestor może używać wielu funduszy do nabywania wierzytelności (i tak też było w prowadzonej przez nas sprawie). Potrzeba elastyczności sprawia więc, że bardziej atrakcyjnym kandydatem do roli kredytobiorcy jest inwestor, który następnie może lokować środki w kolejne fundusze. Dlatego to on przyjął rolę kredytobiorcy wobec naszego klienta.

Na co środki...

Szczególny rodzaj finansowanej inwestycji wymaga szczególnego podejścia do postanowień umowy kredytu. Przydatna na tym etapie może być wiedza zdobyta w transakcjach zbywania wierzytelności NPL, która pozwala na uchwycenie ryzyk niewystępujących w innych rodzajach finansowania.

Żeby określić cel finansowania, trzeba wyobrazić sobie struktury, które będą służyły nabywaniu portfeli wierzytelności. Banki zbywają wierzytelności zasadniczo do funduszy sekurytyzacyjnych, co dla innych zbywających nie jest już podstawowym wymogiem. Cel kredytowania może wskazywać nabywanie nie tylko wierzytelności, ale również certyfikatów inwestycyjnych w funduszach sekurytyzacyjnych, które dopiero nabywają wierzytelności. Do rozważenia pozostaje również zakres wpływu banku finansującego na zakup konkretnych portfeli przez kredytobiorcę lub fundusz. Należy się spodziewać, że im większe zaangażowanie finansującego w inwestycję, tym większą będzie on chciał mieć kontrolę nad nabywaniem portfeli.

... kto nabywa portfele...

Portfele wierzytelności może nabywać sam kredytobiorca – wtedy sytuacja jest prostsza, bo ten podmiot znany już na początku współpracy. Uregulowania wymaga jednak sytuacja, gdy portfele nabywane będą przez fundusze. Ile ich powinno być? Czy mogą mieć tylko jednego inwestora? Czy też dopuszczamy współinwestorów innych niż kredytobiorca lub poręczyciele? Dla banku finansującego te odpowiedzi są istotne, żeby mógł kontrolować ryzyko. Unikać należy sytuacji, w których inwestycja finansowana kredytem udzielonym przez bank obciążana jest dodatkowym ryzykiem innych, nieautoryzowanych nabywców portfeli, nad którymi bank nie ma kontroli.

Przykładowo jeżeli bank sfinansuje inwestycje w certyfikaty inwestycyjne funduszu, którego decyzje inwestycyjne kontrolowane są przez innych inwestorów niż kredytobiorca, nietrafione inwestycje pomniejszą wartość certyfikatów inwestycyjnych kredytobiorcy. Może się okazać, że chociaż portfel wierzytelności nabyty przez fundusz za środki wpłacone przez kredytobiorcę będzie miał bardzo dobre wyniki, spłata kredytu będzie zagrożona ze względu na inne, nietrafione inwestycje funduszu.

W prowadzonej przez nas sprawie bank zaakceptował istniejących współinwestorów, ale zastrzegł, że wszelkie zmiany dotyczące inwestorów lub ich porozumień będą wymagały jego zgody w przyszłości.

... a kto nad nimi pracuje

Wierzytelności niepracujące same z siebie generują jedynie niewielkie wpływy. To, w jakim stopniu niepracujące aktywo zacznie na nowo pracować dla nowego wierzyciela, jest uzależnione od sprawności działania, wiedzy oraz doświadczenia serwisera. Z jednej strony zatem istotne jest, aby taki podmiot był już znany lub jego wybór przewidywał możliwość kontroli ze strony finansującego. Portfele wierzytelności nabywane przez kredytobiorcę mogą być serwisowane przez niego samego. Natomiast w przypadku funduszu zawsze konieczne jest zaangażowanie odrębnego serwisera – sam fundusz nie ma możliwości samodzielnego dochodzenia nabytych wierzytelności (brak zasobów ludzkich, technologii itp.). Z drugiej strony nie możemy zapominać, że serwisier oraz samo dochodzenie wierzytelności są jednymi z najistotniejszych źródeł kosztów, stanowiąc punkty, w których środki mogą „wyciekać” z finansowanej struktury, zwiększając ryzyko po stronie finansującego.

W sprawie naszego klienta problem ten miał mniejsze znaczenie. Struktura została „domknięta” dzięki ustanowieniu zabezpieczenia przez serwisiera, który w ten sposób stał się osobiście odpowiedzialny za spłatę kredytu.

Jak idą interesy?

W sytuacji, gdy inwestycja finansowana jest w znacznej części z kredytu, konieczne jest monitorowanie podstawowych wskaźników pozwalających oceniać jej przebieg w krótszych odcinkach czasowych. Wśród najistotniejszych parametrów związanych z inwestycjami w portfele wierzytelności można wskazać: EBITDA, cash EBITDA oraz stosunek kwoty kredytu do wartości inwestycji (LTV). Żeby wskaźniki te mogły spełniać swoją rolę, ważna jest ich precyzyjna kalibracja, która powinna uwzględniać strukturę grupy oraz przepływów pieniężnych. Inne istotne dane to ERC (*estimated remaining collections*) oraz stosunek rzeczywistych odzysków na portfelach wierzytelności do odzysków prognozowanych (ERC).

Kiedy powinna się zapalić czerwona lampka?

Poza wskaźnikami warto zwracać uwagę na zmiany w strukturze portfeli. Szczególnie niepokojące może być:

- wykonanie przez pierwotnego wierzyciela prawa odkupu wierzytelności, co może pozbawić portfel wartościowych wierzytelności,
- dokonywanie cesji zwrotnych wierzytelności ze względu na to, że nie spełniają warunków założonych w umowie przelewu, co może świadczyć, że i założenia przyjęte do wyceny portfela były błędne,
- dokonywanie cesji zwrotnej lub korzystanie z prawa odstąpienia przez wierzyciela pierwotnego z powołaniem się na naruszenie umowy przelewu przez nabywcę, co może świadczyć o niewłaściwym wykonywaniu zobowiązań przez samego nabywcę lub niezgodne z prawem lub umową praktyki serwisera.

Trzeba mieć świadomość, że zmiany w strukturze portfeli zdarzają się w praktyce i nie każda musi koniecznie stanowić zagrożenie dla całej inwestycji. W przypadku naszego klienta znalazło to odzwierciedlenie w postaci uzgodnienia progu istotności oraz wskazania katalogu okoliczności mogących budzić zastrzeżenia, co zapewniło stronom komfort, że elastyczne współdziałanie ze zbywcami portfeli nie narazi na szwank relacji z kredytodawcą.

Zabezpieczenia? Fundusz: mam, ale nie dam...

Naturalnym źródłem poszukiwania zabezpieczenia przez podmiot finansujący nabywanie portfeli wierzytelności są same portfele wierzytelności. Rozwiązanie to jednak okazuje się tylko złudnie najprostszą opcją.

Portfele wierzytelności nabywane są przez fundusz sekurytyzacyjny, a ustawodawca nakłada na sam fundusz ograniczenia dotyczące nie tylko zaciągania zobowiązań finansowych, ale również udzielania zabezpieczeń. Fundusz nie może udzielać gwarancji lub poręczeń – nie będzie mógł zatem poręczyć za kredyt udzielony inwestorowi.

A co z wierzytelnościami? Formalnie ustawa nie przewiduje zakazu ustanawiania przez fundusz zabezpieczeń rzeczowych na aktywach. Można zatem rozważać ustanowienie zastawu rejestrowego na rzecz podmiotu finansującego... i tutaj zapala się czerwona lampka. Skoro ustawa nie pozwala funduszowi przyjąć na siebie odpowiedzialności osobistej za zobowiązania podmiotu trzeciego (poręczenie/gwarancja), to czy odpowiedzialność rzeczowa nie jest obejściem tego zakazu?

Okazuje się zatem, że w omawianym przypadku, gdy fundusz nie jest kredytobiorcą, podmiot finansujący nie otrzyma bezpośredniego dostępu do aktywów funduszu, a przynajmniej nie w sposób zapewniający mu właściwy komfort, że wszystko zadziała w sytuacji kryzysowej.

Inwestor: nie chcę, ale muszę

Jeżeli zabezpieczyć nie można się na majątku funduszu, to pozostaje spojrzeć „w górę” na certyfikaty inwestycyjne w funduszu sekurytyzacyjnym. Są to papiery wartościowe, które inwestor otrzymuje w zamian za wpłatę środków do funduszu i które odzwierciedlają wartość aktywów funduszu. Takie papiery wartościowe mogą być obciążone zastawami rejestrowym lub finansowym i te zabezpieczenia wykryliśmy w transakcji z naszym klientem. Przy tej okazji warto zwrócić uwagę na kilka elementów. Przede wszystkim statut funduszu nie powinien zawierać ograniczeń dotyczących ustanawiania obciążeń na certyfikatach inwestycyjnych, ich zbywania lub przenoszenia. W tym zakresie nasz klient uzgodnił z kredytobiorcą dodatkowy okres na dostosowanie treści statutowych do wymogów umowy kredytu. Nie wolno także zapominać o powiadomieniu właściwego TFI zarządzającego funduszem o ustanowionych zabezpieczeniach. Z praktycznej perspektywy zabezpieczenie to ma pewien minus, szczególnie uciążliwy dla inwestorów. Za każdym razem, gdy inwestor zamierza zainwestować kolejne środki w fundusz, dochodzi do emisji kolejnych certyfikatów. Z perspektywy kredytodawcy wszystkie nowe certyfikaty również powinny zostać objęte zabezpieczeniem, co powoduje konieczność zawierania kolejnych umów i dokonywania rejestracji. Im częściej dochodzi do emisji, tym bardziej irytujący może być ten obowiązek.

Ze względu na rolę, jaką w strukturze pełni serwiser, warto rozważyć – w sytuacji, gdy jest nim kredytobiorca lub jest

on częścią jego grupy kapitałowej – ustanowienie zabezpieczenia, które umożliwi przejęcie przez kredytodawcę spółki zapewniającej tę usługę np. w drodze zastawu rejestrowego i finansowego na akcjach lub udziałach. Tego rodzaju zabezpieczenie było również swoistym dopełnieniem naszego zestawu.

Podsumowując

Pomimo pewnej specyfiki otoczenia prawnego sektora zarządzania wierzytelnościami oraz ograniczeń regulacyjnych przykład naszego klienta potwierdza, że możliwe jest stworzenie efektywnej struktury finansowania inwestycji w portfele wierzytelności niepracujących. Konieczne jest jednak zrozumienie przez wszystkie strony modelu biznesowego oraz odmienności tych inwestycji od tradycyjnego inwestowania w aktywa „pracujące”, a także dostrzeżenie miejsca i momentu, w którym generowana jest wartość dodana, zaś aktywa z niepracujących zmieniają się w przynoszące dochód. W ten sposób możliwe staje się wypracowanie kompromisu dającego komfort zarówno stronom finansującym, że otrzymają zwrot pożyczonych środków, jak i inwestorom, że umowa z finansującymi nie nałoży na nich kagańca ograniczającego dalszy rozwój.

Daniel Smarduch, adwokat, praktyka bankowości i finansowania projektów

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



Hipoteka przymusowa jako sposób zabezpieczenia roszczeń – co zrobić, aby hipoteka przedwcześnie nie wygasła?

Obciążenie nieruchomości dłużnika hipoteką przymusową w celu zabezpieczenia roszczeń ma dla wierzyciela istotne zalety. Zapewnia wysoki stopień ochrony prawnej i ekonomicznej. Obok zalet istnieją jednak także ryzyka prawne. Aby nieopatrzenie nie utracić tego zabezpieczenia przed uzyskaniem zaspokojenia roszczeń, należy zawczasu podjąć określone działania.



Karol Czepukojć

Obciążenie nieruchomości hipoteką przymusową jest jednym z przewidzianych Kodeksem postępowania cywilnego sposobów zabezpieczenia roszczeń pieniężnych. Sąd może udzielić zabezpieczenia przed wszczęciem postępowania sądowego lub w jego toku, a w pewnych przypadkach także po uzyskaniu tytułu wykonawczego.

Zabezpieczenie udzielane jest zasadniczo na wniosek wierzyciela. We wniosku należy uprawdopodobnić roszczenie i interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia oraz wskazać proponowany sposób i przedmiot zabezpieczenia. Jeżeli wierzyciel wie, że dłużnik posiada nieruchomość, ale nie zna numeru księgi wieczystej, albo w ogóle nie zna stanu posiadania dłużnika, może skorzystać z usług licencjonowanego detektywa.

Posiadając zabezpieczenie, po uzyskaniu prawomocnego wyroku zasądającego świadczenie, uprawniony wierzyciel może podjąć działania egzekucyjne w celu zaspokojenia się z obciążonej nieruchomości.

Zalety hipoteki przymusowej

Uzyskanie hipoteki przymusowej na nieruchomości dłużnika zapewnia wierzycielowi wysoki stopień ochrony prawnej. Zmiana właściciela obciążonej nieruchomości nie powoduje upadku zabezpieczenia i wygaśnięcia hipoteki przymusowej. Wierzyciel może nadal dochodzić zaspokojenia swego roszczenia z obciążonej nieruchomości.

Ponadto hipoteka przymusowa pod pewnymi warunkami utrzyma się także w razie ogłoszenia upadłości dłużnika albo otwarcia wobec niego sądowego postępowania restrukturyzacyjnego. Uprawniony wierzyciel zachowuje wówczas w postępowaniu upadłościowym albo restrukturyzacyjnym pierwszeństwo zaspokojenia względem innych wierzycieli – o niższym pierwszeństwie zaspokojenia, zabezpieczonych na innym mieniu dłużnika lub w ogóle niezabezpieczonych. W tym celu hipoteka musi być wpisana na rzecz uprawnionego w księdze wieczystej przed ogłoszeniem upadłości albo otwarciem postępowania restrukturyzacyjnego, ewentualnie wniosek o jej wpis musi zostać złożony do sądu wieczystoksięgowego na co najmniej sześć miesięcy przed ww. datą. W razie podejrzeń, że dłużnik jest zagrożony niewypłacalnością lub już niewypłacalny, wierzyciel powinien podjąć szybkie działania, aby w odpowiednim czasie uzyskać zabezpieczenie swych roszczeń.

Obciążenie nieruchomości dłużnika hipoteką przymusową z reguły zapewnia także wysoki stopień ochrony ekonomicznej. W ostatnich latach nie obserwujemy w średnioterminowej perspektywie znacznych wahań cen rynkowych nieruchomości. Hipoteka przymusowa daje więc dość znaczny komfort wierzycielowi w toku procesu i egzekucji.

Inaczej jest oczywiście, gdy wartość rynkowa nieruchomości jest niższa od wysokości roszczenia lub jest obciążona hipotecnie na rzecz osób trzecich i to ponad miarę. Uzyskane zabezpieczenie może być wówczas iluzoryczne. Należy więc

zawczasu ustalić szacunkową wartość i stan prawny przedmiotu potencjalnego zabezpieczenia, np. korzystając z usług rzeczoznawcy majątkowego oraz analizując treść księgi wieczystej nieruchomości.

Upadek zabezpieczenia

Z hipoteką przymusową wiążą się także ryzyka prawne. Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawa o księgach wieczystych i hipotece, w ich obecnym brzmieniu, nie uwzględniają specyfiki spraw egzekucyjnych z nieruchomości. Aby nie wpaść w zastawioną przez ustawodawcę „pułapkę”, należy zawczasu podjąć określone działania.

Kodeks postępowania cywilnego przewiduje szereg przypadków, w których może dojść do upadku zabezpieczenia i utraty ochrony przez wierzyciela. Skupimy się tu na jednym z nich.

Zgodnie z art. 754¹ § 1 k.p.c. (w brzmieniu obowiązującym od 1 czerwca 2017 r.) „jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej albo jeżeli sąd inaczej nie postanowi, zabezpieczenie udzielone według przepisów niniejszego tytułu upada po upływie dwóch miesięcy od uprawomocnienia się orzeczenia uwzględniającego roszczenie, które podlegało zabezpieczeniu (...)”. Przepis ten ma zastosowanie m.in. do zabezpieczenia w formie hipoteki przymusowej. Wierzyciel ma więc tylko dwa miesiące na przeprowadzenie egzekucji z obciążonej nieruchomości.

Co więcej, w świetle obecnie obowiązujących przepisów, wniesienie do komornika o dokonanie czynności egzekucyjnych z nieruchomości obciążonej hipoteką przymusową nie przerywa biegu terminu. Hipoteka przymusowa wygasa więc po upływie dwóch miesięcy od zdarzeń wskazanych w przepisie, także gdy uprawniony wniósł w tym terminie wniosek o wszczęcie egzekucji. Hipoteka wygaśnie wówczas w toku postępowania egzekucyjnego. Stanowisko to znajduje poparcie w literaturze prawniczej i w orzecznictwie sądów powszechnych, Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego. Odmienne poglądy są w mniejszości.

Dyskusyjne jest także, czy wierzyciel może wnieść do sądu wieczystoksięgowego, przed upływem terminu upadku zabezpieczenia, o zmianę wpisu hipoteki przymusowej, ze środka zabezpieczenia na hipotekę mającą za podstawę już tytuł wykonawczy, tak aby np. nie utracić wynikającego z niej pierwszeństwa zaspokojenia względem innych zabezpieczonych na nieruchomości wierzycieli.

W razie upadku zabezpieczenia można co prawda ponownie wpisać hipotekę przymusową do księgi wieczystej, już na podstawie tytułu wykonawczego, ale może ona wówczas nie mieć pierwszeństwa równego z wygasłą hipoteką. W okresie pomiędzy złożeniem wniosku o wpis pierwszej i drugiej hipoteki przymusowej nieruchomość może bowiem zostać obciążona kolejnymi hipotekami na rzecz innych wierzycieli. Uzyskają oni pierwszeństwo nad hipoteką ustanowioną na podstawie tytułu wykonawczego. Z kolei w razie ogłoszenia

upadłości lub otwarcia sądowej restrukturyzacji ponowny wpis hipoteki przymusowej nie będzie w ogóle możliwy.

Zmiana terminu upadku zabezpieczenia

Ustawodawca przewidział wyjątki od zasady, że zabezpieczenie upada w terminie dwóch miesięcy od prawomocnego zakończenia postępowania – mogą one wynikać z przepisów ustawy lub z orzeczeń sądowych. Skupmy się na tej drugiej sytuacji.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się, że nie ma przeszkód, aby sąd – z urzędu lub na wniosek uprawnionego – dostosował termin upadku zabezpieczenia do specyfiki hipoteki przymusowej. Powinien on uwzględnić, że realizacja hipoteki wymaga jej trwania przez czas postępowania egzekucyjnego. Może to uczynić w postanowieniu o udzieleniu zabezpieczenia lub w odrębnym postanowieniu, nie później jednak niż przed upadkiem zabezpieczenia.

Doświadczenia pokazują, że sądy z reguły nie określają z urzędu czasu, na który udzielane jest zabezpieczenie, modyfikując w ten sposób normę z art. 754¹ § 1 k.p.c. Wierzyciel wraz z wnioskiem o udzielenie zabezpieczenia, albo zachowując dwumiesięczny termin określony w art. 754¹ § 1 k.p.c., powinien wystąpić więc do sądu z własnej inicjatywy o wydłużenie ustawowego terminu upadku zabezpieczenia. Aby działanie to przyniosło pożądany efekt, sąd powinien wydać postanowienie przed jego upływem.

Niekonstytucyjność regulacji

Przepis art. 754¹ § 1 k.p.c. w zakresie, w jakim odnosi się do zabezpieczenia roszczeń w formie hipoteki przymusowej, został przez Trybunał Konstytucyjny uznany za niezgodny z Konstytucją RP (wyrok z 25 października 2016 r., SK 71/13). Trybunał przesunął jednak w czasie utratę mocy obowiązującej normy wywodzonej z art. 754¹ § 1 k.p.c. o 18 miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku, tj. w efekcie do 30 czerwca 2018 r.

Trybunał stwierdził, że miesięczny wówczas termin upadku zabezpieczenia, niezależny od podjęcia przez wierzyciela czynności egzekucyjnych, ogranicza realizację prawa majątkowego wierzyciela, podważa jego zaufanie do ustanowionego zabezpieczenia oraz jest niezgodny z intencją ustawodawcy. Zamiast zachęcać do szybkiej egzekucji z nieruchomości, skłania wierzycieli wyłącznie do wydłużania terminu upadku zabezpieczenia. W piśmiennictwie podkreśla się, że obecny termin upadku zabezpieczenia może całkowicie niweczyć sens ustanowienia hipoteki przymusowej.

Zdaniem Trybunału na tę krytyczną ocenę nie ma wpływu istniejące upoważnienie sądu do zmiany terminu upadku zabezpieczenia. Powinno być to bowiem uprawnienie wyjątkowe, znajdujące zastosowanie wyłącznie w nietypowych sytuacjach.

Ze skutkiem od 1 czerwca 2017 r. ustawodawca zmienił co prawda omawiany przepis i wydłużył termin upadku zabezpieczenia z jednego do dwóch miesięcy, ale niekonstytucyjność omawianej regulacji nie została w ten sposób usunięta. Okres dwumiesięczny wydaje się wciąż zbyt krótki, aby uzyskać w tym czasie zaspokojenie z obciążonej hipoteką przymusową nieruchomości, gdyż jest to procedura złożona i długotrwała.

Planowane zmiany legislacyjne

W listopadzie 2017 r. wpłynął do Sejmu projekt zmian w Kodeksie postępowania cywilnego oraz ustawie o księgach wieczystych i hipotece (druk nr 2064). Jest to inicjatywa ustawodawcza Senatu i ma ścisły związek z potrzebą dostosowania systemu prawa do omawianego wyroku Trybunału Konstytucyjnego. Projektowane zmiany wychodzą także naprzeciw oczekiwaniom znacznej części piśmiennictwa prawniczego.

Proponuje się umożliwienie wierzycielowi przerwania biegu terminu upadku zabezpieczenia przez wniesienie do organu egzekucyjnego o dokonanie czynności egzekucyjnych z przedmiotu zabezpieczenia. Ponadto wierzyciel, który uzyskał zabezpieczenie roszczeń w formie hipoteki przymusowej, uzyskuje zgodnie z proponowanymi zmianami uprawnienie do żądania przed upływem terminu upadku zabezpieczenia zmiany treści hipoteki na hipotekę przymusową ustanowioną już na podstawie tytułu wykonawczego.

Po wprowadzeniu tych zmian wierzyciel będzie mógł na trzy sposoby zapewnić sobie utrzymanie hipoteki przymusowej na czas potrzebny do zaspokojenia swych roszczeń. Będzie mógł, tak jak dotychczas, wnieść do sądu o wydłużenie terminu upadku zabezpieczenia (po zmianach będzie to opcja stosowana raczej wyłącznie w sytuacjach szczególnych). Ponadto będzie mógł zatrzymać bieg terminu upadku zabezpieczenia przez każdą czynność egzekucyjną albo zażądać przekształcenia wpisu hipoteki na hipotekę na podstawie tytułu wykonawczego, bez podejmowania czynności egzekucyjnych. W sposób istotny zwiększy to pewność prawa i ochronę wierzycieli.

W chwili pisania tego artykułu projekt jest jeszcze przed pierwszym czytaniem w Sejmie. Należy wyrazić nadzieję, że projekt w toku prac nie ulegnie znaczącym zmianom i że wejdzie w życie do końca czerwca 2018 r., gdy zacznie obowiązywać wyrok Trybunału Konstytucyjnego.

Karol Czepukojć, radca prawny, licencjonowany doradca restrukturyzacyjny, praktyka restrukturyzacji i upadłości oraz praktyka egzekucji wierzytelności



Ryzyka związane z posługiwaniem się standardowymi klauzulami umownymi

Coraz powszechniejszą praktyką jest posługiwanie się w obrocie gotowymi wzorcami postanowień umownych (tzw. *boilerplate clauses*) czy wręcz całych umów. Dostępność takich wzorców, choć niesie pewne korzyści (ułatwiając stronom sformułowanie na piśmie poczynionych wcześniej ustaleń), jest zarazem źródłem wielu zagrożeń.



Maciej Szewczyk



Izabela Zielińska-Barłózek



Anna Dąbrowska

Podkreślić wypada, że wspomniane zjawisko dotyczy zarówno podmiotów nieprofesjonalnych (np. osób fizycznych zawierających umowę sprzedaży samochodu), jak i profesjonalistów zawierających umowy związane z prowadzoną działalnością.

Oczywiście ta druga grupa znacznie rzadziej automatycznie korzysta z gotowych szablonów umów. Nie zmienia to jednak faktu, że także w obrocie profesjonalnym powszechne jest posługiwanie się całym szeregiem standardowych klauzul umownych, zwanych też *boilerplate clauses*.

Czym są *boilerplate clauses*?

Pojęcie to wywodzi się od tabliczek znamionowych, umieszczanych niegdyś na kotłach parowych (*steam boilers*), które zawierały m.in. informacje na temat ich producentów. Na początku XX wieku pojęciem tym określano służące do reprodukcji m.in. ogłoszeń prasowych stalowe formy, przy pomocy których masowo powielano publikowane treści. Taka jest też etymologia pojęcia *boilerplate clauses*, stanowiących standardowe postanowienia, nierzadko „mechanicznie” wręcz powielane w kolejnych umowach, bez szczególnego indywidualizowania ich konstrukcji.

Tego rodzaju postanowienia wywodzą się z systemów *common law*, których cechą charakterystyczną (w znacznym uproszczeniu oczywiście) jest to, że podpisywany przez strony kontrakt stanowi co do zasady całość ich wzajemnych praw i obowiązków. Odpowiednio więc, o ile strony nie uregulują wyraźnie określonej kwestii w treści umowy, to kwestia ta nie stanowi części wiążącego je stosunku obligacyjnego. Jest to więc podejście znacząco różne od tzw. kontynentalnych systemów prawnych, do których zalicza się system polski. Na gruncie prawa polskiego o skutkach czynności prawnej (w tym o skutkach umowy zawieranej przez strony) przesądza bowiem nie tylko sama jej treść, ale także przepisy ustawy, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje (art. 56 k.c.).

W praktyce „niekluczowe” postanowienia czerpane są zwykle z repozytoriów gotowych klauzul lub z wcześniej zawartych umów. Co więcej, w przeciwieństwie do „istotnych” postanowień umownych (*essentialia negotii*), klauzulom *boilerplate* nierzadko poświęca się znikomą uwagę, traktując je bardziej jak niegroźne przepisy porządkowe niż istotną część umowy. Prowadzić to może do mniejszych lub większych lapsusów, niezgodności terminologii stosowanej w treści umowy, a w skrajnych przypadkach wręcz do zatarcia rzeczywistej intencji stron, zawartej we wcześniejszych „istotnych” postanowieniach.

Główne typy i rodzaje

Do najczęściej spotykanych klauzul tego rodzaju zaliczyć można postanowienia dotyczące skutków wystąpienia siły wyższej, konsekwencji nieważności części postanowień umowy, poufności, przenoszalności umowy itp. Już tylko

przywołane przykłady nazw poszczególnych klauzul wskazują na to, że ich treść niejednokrotnie w istotnym stopniu pokrywa się z postanowieniami Kodeksu cywilnego.

Pojawia się więc pytanie o to, jaki cel przyświeca stronom, gdy umieszczają w zawieranej przez siebie umowie poszczególne *boilerplate clauses*. Zakładając przemyślane działanie w tym zakresie, wyróżnić można trzy główne kategorie tego rodzaju klauzul.

Po pierwsze, są to postanowienia, które sprowadzają się do powtórzenia właściwych przepisów. Stosuje się je zwykle po to, by w tekście umowy zawrzeć wszystkie jej postanowienia (także te wynikające z przepisów prawa). Przykładem będzie tu zawarcie w umowie tzw. klauzuli salwatoryjnej, tj. postanowienia przybierającego np. następującą postać:

„W przypadku gdy jakiegokolwiek postanowienie Umowy okaże się nieważne lub niewykonalne, pozostałe postanowienia pozostaną w pełni obowiązujące i wykonalne, tak jakby nieważne postanowienie nie stanowiło części Umowy”.

O ile zawarcie podobnego postanowienia ma głęboki sens w przypadku poddania umowy prawu państwa, w którym nie ma przepisów umożliwiających „uratowanie” częściowo nieważnej umowy, o tyle w przypadku umów poddanych prawu polskiemu jest to jedynie powtórzenie dyspozycji art. 58 § 3 k.c.

Drugą kategorię stanowią postanowienia uzupełniające regulacje ustawowe. Tu również można odwołać się do wspomnianej już klauzuli salwatoryjnej, która w praktyce nierzadko jest przez strony modyfikowana. Zmiany najczęściej sprowadzają się do wstawienia dodatkowego zobowiązania stron umowy do podjęcia niezbędnych działań (np. negocjacji w dobrej wierze) w celu znalezienia rozwiązania pozwalającego „uratować” umowę w razie jej częściowej nieważności. Oto przykład takiego uzupełnienia wskazanej wyżej klauzuli:

„W takim przypadku Strony podejmą w dobrej wierze negocjacje w celu uzgodnienia treści skutecznego postanowienia w miejsce postanowienia wadliwego”.

Wreszcie do trzeciej kategorii standardowych postanowień umownych należą postanowienia zmieniające tzw. przepisy dyspozytywne (tj. takie, które obowiązują, o ile strony nie postanowiły inaczej), względnie regulujące materie nieobjęte regulacją ustawową. Są to np. postanowienia dotyczące wyboru sądu właściwego w przypadku sporów wynikłych na gruncie umowy, klauzule wyboru rozstrzygającej wersji językowej (w przypadku gdy umowa została spisana w więcej niż jednym języku) itp.

Problemy związane ze stosowaniem

Choć posługiwanie się standardowymi postanowieniami umownymi może niewątpliwie ułatwić stronom spisanie

treści umowy, to jednak nieprzywiązywanie nadmiernej wagi do tego rodzaju postanowień może przynieść więcej problemów niż korzyści. Źle napisane czy niedostatecznie zweryfikowane przed podpisaniem postanowienia mogą bowiem nawet doprowadzić do zaprzepaszczenia rzeczywistego celu zawarcia umowy, o czym dalej.

Bywa, że stosowane są klauzule, które oryginalnie były przygotowane na korzyść drugiej strony, toteż nieprzemyślane użycie ich w kolejnej umowie skutkuje modyfikacją regulacji ustawowych (np. w zakresie wyboru sądu właściwego dla rozstrzygania sporów w sytuacji, gdy sprzedający proponuje, by był nim sąd właściwy dla kupującego, co w szczególności oznacza, że sąd ten będzie co do zasady właściwy do rozstrzygania ewentualnych sporów z tytułu odpowiedzialności za wady przedmiotu umowy).

Częściej jednak może okazać się, że postanowienia są nieskuteczne albo wywierają skutek odwrotny od zamierzonego przez strony.

Klauzula całości/kompletności umowy

Przykładem postanowienia, które – niewłaściwie zastosowane – może mieć bardzo daleko idące negatywne skutki dla stron, jest tzw. klauzula całości/kompletności umowy. Istotą takiej klauzuli jest podkreślenie, że zawierana przez strony umowa uchyła i zastępuje wcześniejsze porozumienia zawarte między nimi w zakresie merytorycznym, którego dotyczy. Może mieć ona na przykład następującą postać:

„Niniejsza Umowa zastępuje wszystkie umowy, uzgodnienia i kontrakty pomiędzy Stronami w odniesieniu do jej przedmiotu, niezależnie od formy, w jakiej zostały zawarte, o ile niniejsza Umowa wyraźnie nie stanowi inaczej”.

Jeżeli więc strony zawarły np. w pierwszej kolejności list intencyjny dotyczący planowanej transakcji, to umieszczając klauzulę całości/kompletności umowy w umowie statuującej warunki dojścia transakcji do skutku, decydują o uchyleniu ewentualnej mocy wiążącej takiego listu. Chodzi w każdym wypadku o uniknięcie wątpliwości co do tego, jakie czynności prawne (w tym jakie stosunki obligacyjne) stanowią o całokształcie wzajemnych praw i obowiązków stron.

W praktyce jednak niekiedy bywa tak, że strony wskazują w umowie, że zastępuje ona „wszelkie wcześniejsze umowy” zawarte między nimi. Brak dookreślenia przedmiotu tych umów powoduje, że na gruncie wykładni językowej takiego postanowienia odnieść je należy do wszelkich wcześniej-

szych stosunków obligacyjnych pomiędzy tymi stronami i to bez względu na ich przedmiot (np. gdy strony współpracują ze sobą na bieżąco i w kolejnej z rzędu umowie wskazują nieświadomie, że zastępuje ona wszystkie wcześniej zawarte).

W efekcie wprowadzona następnie modyfikacja stosunku obligacyjnego może nie odzwierciedlać najlepiej rzeczywistych intencji kontraktujących stron.

Klauzula niewypłacalności i upadłości

Innym przykładem postanowienia, będącego w istocie kalką rozwiązań stosowanych w systemach *common law*, jest klauzula na wypadek niewypłacalności lub upadłości jednej ze stron. Tego rodzaju postanowienia umowne przewidują, że w razie niewypłacalności lub upadłości jednej ze stron drugiej stronie przysługiwać ma prawo wypowiedzenia umowy. W zakresie, w jakim umowa poddana jest jednak prawu polskiemu, pamiętać należy, że z art. 83 ustawy Prawo upadłościowe wynika sankcja nieważności postanowień umownych zastrzegających na wypadek ogłoszenia upadłości strony zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły. Tym samym podobne zastrzeżenie umowne zawarte w umowie rządzonej prawem polskim nie odniesie zamierzonego przez strony skutku.

Reasumując, niezależnie od tego, czy konstrukcja danej *boilerplate clause* stanowi na gruncie prawa polskiego powtórzenie treści normy zawartej w ustawie, czy też uznać ją można za twórcze uregulowanie relacji między stronami, nie ulega wątpliwości, że w trakcie przygotowywania treści umowy klauzulom tym należy poświęcić odpowiednią uwagę. W przeciwnym wypadku strony mogą bowiem narażać się na to, że zawarta przez nie umowa nie będzie stanowiła wiernego odwzorowania poczynionych w toku negocjacji wzajemnych ustępstw i ustaleń. To zaś może otwierać drogę do zupełnie zbytecznych sporów na gruncie wykładni postanowień umownych.

Maciej Szewczyk, radca prawny, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

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

Anna Dąbrowska, radca prawny, wspólnik, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego



Wprowadzenie do umowy spółki lub statutu zmian niezgodnych z prawem – jak można je wyeliminować?

Niezgodność z prawem umowy spółki lub statutu to istotny problem dla spółek. Sprawa jest stosunkowo prosta, jeżeli nie upłynął jeszcze termin do wniesienia powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały wprowadzającej niezgodne z prawem zmiany do umowy spółki lub statutu. Co jednak należy zrobić, gdy termin ten już upłynął, a umowa spółki lub statut zawierają postanowienia niezgodne z prawem i brak jest woli większości wspólników czy też akcjonariuszy do zmiany takich postanowień?



dr Kinga Ziemnicka

Skutek niezgodności z prawem uchwały dotyczącej treści umowy spółki lub statutu

Przepisy regulujące zasady kwestionowania niezgodnych z prawem uchwał zgromadzenia wspólników oraz walnego zgromadzenia, czyli odpowiednio art. 252 k.s.h. w spółkach z o.o. oraz art. 425 k.s.h. w spółkach akcyjnych, zawierają specyficzną sankcję nieważności. W odróżnieniu bowiem od typowej sankcji nieważności bezwzględnej, wynikającej z mocy samego prawa (art. 58 k.c.), do stwierdzenia nieważności uchwał konieczny jest konstytucyjny wyrok sądu. Sąd Najwyższy, uznając, że wyrok stwierdzający nieważność uchwały wspólników wywiera skutek *ex tunc* (z mocą wsteczną), podkreślił zarazem, iż nie oznacza to jednak, że zaskarżona uchwała była od początku nieważna. Wyrok taki eliminuje byt prawny zaskarżonej uchwały od chwili jej powzięcia, prowadząc do stworzenia sytuacji, jakby uchwała w ogóle nie została podjęta. Jednak możliwość powołania się na ten skutek aktualizuje się dopiero z chwilą wydania prawomocnego wyroku stwierdzającego sprzeczność uchwały z ustawą. Natomiast brak takiego wyroku powoduje, że uchwała musi być respektowana zarówno w stosunkach między wspólnikami, jak i przez osoby trzecie, a także wykonywana przez zarząd (uchwała Sądu Najwyższego z 20 grudnia 2012 r., III CZP 13/13, wyrok Sądu Najwyższego z 18 lutego 2016 r., II CSK 156/15).

Można zatem postawić pytanie, jakie są możliwości zakwestionowania uchwały zgromadzenia wspólników czy też walnego zgromadzenia zmieniającej umowę spółki lub statut poprzez wprowadzenie postanowień niezgodnych z prawem i co należy zrobić w sytuacji, gdy upłynął termin do wniesienia powództwa o stwierdzenie nieważności takiej uchwały.

Możliwe sposoby kwestionowania niezgodnych z prawem uchwał dotyczących treści umowy spółki lub statutu

Jeśli nie upłynęły jeszcze terminy do wniesienia powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały (wynikające z art. 252 § 3 k.s.h. w spółce z o.o. oraz z art. 425 § 2 oraz § 3 k.s.h. w spółce akcyjnej), należy w pierwszej kolejności złożyć wniosek o zabezpieczenie powództwa na podstawie art. 730 i następnych k.p.c. Najczęściej zabezpieczenie powództwa w takich sprawach obejmuje zawieszenie postępowania rejestrowego dotyczącego wpisu zmian wprowadzonych na podstawie uchwały sprzecznej z prawem (uchwała Sądu Najwyższego z 2 lipca 2010 r., III CZP 49/10), a jeśli rejestracja już nastąpiła – wstrzymanie wykonalności takiej uchwały. Wniosek o zabezpieczenie można wnieść przed złożeniem pozwu lub też w samym pozwie. Uprawnienie do wniesienia powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały przysługuje określonym podmiotom wymienionym w art. 250 k.s.h. oraz w art. 422 § 2 k.s.h. (w ściśle określonych sytuacjach także innym podmiotom, np. wierzycielowi wspólnika na podstawie art. 910² § 1 k.p.c.).

Dużo bardziej złożone zagadnienie powstaje, gdy upłynęły już terminy ustawowe do wniesienia powództwa o stwierdzenie nieważności takiej uchwały. Pojawia się bowiem wówczas problem, czy stosować nieważne postanowienia umowy spółki albo statutu, czy też obowiązujące przepisy prawa. Warto zaznaczyć, że w takim przypadku ustawodawca wyłączył wprost możliwość wniesienia powództwa o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa na podstawie art. 189 k.p.c. (art. 252 § 1 k.s.h. oraz art. 425 § 1 k.s.h.).

Wybór właściwej drogi postępowania nie jest w takich przypadkach jednoznaczny i zależy od okoliczności sprawy. Rozpatrując powyższe zagadnienie, warto przytoczyć dwa przykłady z praktyki.

Wszechwładny akcjonariusz mniejszościowy

W jednej ze spraw klient zmagał się z problemem szerokich uprawnień korporacyjnych przyznanych akcjonariuszowi mniejszościowemu. Przyznawanie wspólnikom oraz akcjonariuszom mniejszościowym szerszych uprawnień w stosunku do regulacji kodeksowych jest oczywiście dopuszczalne i stosowane w praktyce. Specyfika tej sprawy polegała jednak na tym, że uchwały walnego zgromadzenia w istotnych dla spółki sprawach (w tym także dotyczące zmian statutu) wymagały uprzedniej uchwały rady nadzorczej spółki, zaś do ważności uchwał rady nadzorczej wymagana była zgoda jednego jej członka powoływane przez akcjonariusza mniejszościowego. Co więcej, powyższe uprawnienia nie były ograniczone czasowo. W istocie oznaczało to, że decyzje w kluczowych dla spółki sprawach podejmował akcjonariusz mniejszościowy za pośrednictwem wybranego przez siebie członka rady nadzorczej. Takie postanowienia statutu stały zatem w sprzeczności z naturą spółki akcyjnej (art. 304 § 4 k.s.h.), w której zasadą są rządy większości nad mniejszością.

Rozwiązanie problemu, jakie nasuwa się w pierwszej kolejności, to zmiana umowy spółki lub statutu w taki sposób, aby usunąć niezgodne z prawem postanowienia. Najczęściej jednak sytuacja jest bardziej skomplikowana, gdyż podmioty, które czerpią korzyści z takich zapisów, nie wyrażają na to zgody. W opisanym przykładzie oczywiste było, że akcjonariusz mniejszościowy, któremu przyznano prawo do decydowania o kluczowych sprawach spółki za pośrednictwem powołanego przez niego członka rady nadzorczej, nie wyraził zgody na zmianę statutu pozbawiającą go przywilejów. Pojawia się zatem pytanie, czy akcjonariusz większościowy może w takiej sytuacji podjąć działania zmierzające do wykreślenia z treści statutu postanowień sprzecznych z naturą spółki akcyjnej.

Warto zauważyć, że zgodnie z art. 252 § 4 k.s.h. oraz art. 425 § 4 k.s.h. upływ terminów do wniesienia powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały nie wyłącza możliwości podniesienia zarzutu jej nieważności. Zarazem w świetle sta-

nowiska Sądu Najwyższego z 28 września 2011 r. wspólnik nie może na podstawie art. 252 § 4 k.s.h. żądać stwierdzenia nieważności uchwały zgromadzenia wspólników spółki z o.o., jeżeli – ze względu na upływ terminu określonego w art. 252 § 3 k.s.h. – nie jest dopuszczalne jej zaskarżenie (I CSK 710/10). Innymi słowy, w oparciu o zarzut nieważności uchwały wspólnik czy też akcjonariusz nie może wnieść powództwa o uchylenie takiej uchwały, jeżeli upłynął już termin do jej zaskarżenia.

W przedstawionym stanie faktycznym akcjonariusz większościowy może jednak zastosować inne rozwiązanie, a mianowicie podjąć uchwałę w sprawie zmiany statutu zmierzającą do wyeliminowania z niego postanowień sprzecznych z prawem, narażając się zarazem na zaskarżenie takiej uchwały przez akcjonariusza mniejszościowego. W takim przypadku akcjonariusz większościowy nie będzie zatem domagał się sądowego uchylenia sprzecznych z prawem postanowień statutu z mocą wsteczną. Jeżeli zaś akcjonariusz mniejszościowy wnieśli powództwo o uchylenie uchwały zmieniającej statut, wówczas spółka będzie uprawniona do podniesienia w ewentualnym procesie zarzutu nieważności odpowiednich postanowień statutu na podstawie art. 425 § 4 k.s.h. (lub odpowiednio na podstawie art. 252 § 4 k.s.h. w przypadku spółki z o.o.).

Automatyczne umorzenie udziałów na wypadek wniosku o ogłoszenie upadłości

W drugiej z przykładowych spraw umowa spółki zawierała postanowienie o automatycznym umorzeniu udziałów wspólnika w przypadku złożenia wniosku o ogłoszenie jego upadłości, co stanowiło obejście obowiązującego wówczas art. 83 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze (obecnie art. 83 Prawa upadłościowego).

W tej sprawie zostało wykorzystane odmienne rozwiązanie, a mianowicie wniosek o usunięcie niezgodnych z prawem danych w Krajowym Rejestrze Sądowym. Zgodnie bowiem z art. 12 ust. 3 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, jeżeli w rejestrze są zamieszczone dane niedopuszczalne ze względu na obowiązujące przepisy prawa, sąd rejestrowy, po wysłuchaniu zainteresowanych osób na posiedzeniu lub po wezwaniu do złożenia oświadczenia pisemnego, wykreśla je z urzędu.

W omawianym stanie faktycznym sąd rejestrowy rozpatrujący sprawę niezgodności zapisów umowy spółki pozwalających na automatyczne umorzenie udziałów wspólnika z powodu złożenia wniosku o ogłoszenie jego upadłości wykreślił z urzędu nieważne postanowienia umowy spółki.

Ostatecznie decyzja ta spowodowała korzystne konsekwencje dla wierzycieli wspólnika, uniemożliwiając umorzenie jego udziałów w spółce (tym bardziej że za zgodą wspólnika mogłoby to nastąpić bez wynagrodzenia).

Niezależnie od pozytywnego zakończenia powyższej sprawy kompetencje sądów rejestrowych w zakresie możliwości weryfikowania ważności postanowień umów spółek czy statutów na podstawie wspomnianego przepisu wzbudziły jednak kontrowersje w orzecznictwie. Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2017 r. rozstrzygnął te wątpliwości, uznając, że sąd rejestrowy w ramach postępowania określonego w art. 12 ust. 3 ustawy o KRS o wykreślenie wpisu niedopuszczalnego ze względu na obowiązujące przepisy prawa nie jest uprawniony do badania zgodności z ustawą uchwały zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia, która stanowi materialnoprawną podstawę dokonanego wpisu (III CZP 54/17). Sąd Najwyższy wykluczył zatem możliwość wykreślenia z urzędu przez sąd rejestrowy niezgodnych z prawem postanowień umowy spółki lub statutu.

Podsumowanie

Jak wynika z powyższych przykładów, możliwości kwestionowania uchwał wprowadzających postanowienia niezgodne z prawem do umowy spółki lub statutu są relatywnie ograniczone w przypadku, gdy upłynęły już terminy do wniesienia powództwa o stwierdzenie nieważności takich uchwał. Niezwykle istotna jest zatem szybka reakcja podmiotów mających uprawnienie do wniesienia powództwa zmierzającego do wyeliminowania z obrotu prawnego uchwał sprzecznych z prawem. W przeciwnym razie uczestnicy obrotu prawnego, w tym przede wszystkim organy spółki, będą stawać przed dylematem, czy należy stosować przepisy prawa, czy też postanowienia umowy spółki lub statutu niezgodne z prawem. Wybór właściwego sposobu postępowania będzie zawsze uzależniony od okoliczności konkretnego przypadku. Warto jednak zwrócić uwagę, że ograniczenie możliwości kwestionowania niezgodnych z prawem postanowień umowy spółki lub statutu nie służy pewności obrotu prawnego. Dlatego najlepszym rozwiązaniem byłoby dopuszczenie przez ustawodawcę możliwości wnoszenia powództwa o stwierdzenie niezgodności z prawem postanowień umów spółek oraz statutów niezależnie od upływu określonych terminów.

dr Kinga Ziemińska, radca prawny, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego



Prawa autorskie do witryny internetowej, czyli właściwie do czego?



Joanna Woźniak

Na pierwszy rzut oka witryna internetowa to po prostu strona wyświetlana w przeglądarce – najczęściej utwór graficzny uzupełniony o mniej lub bardziej twórczy tekst i zdjęcia. Prawnikowi oceniającemu status takiego dzieła nie wypada jednak rzucić okiem tylko raz. Jeśli zaś zajrzeć głębiej, pod ładną szatą graficzną można dostrzec całkiem skomplikowaną strukturę informatyczną.

Jeden z zapobiegliwych klientów zwrócił się do nas z prośbą o napisanie umowy z projektantem, który przygotowywał dla niego projekt identyfikacji graficznej spółki. Wśród zleconych kontrahentowi prac znalazło się m.in. przygotowanie i zainstalowanie na serwerze klienta nowej witryny internetowej.

Rzecz z pozoru prosta – umowa o dzieło z przeniesieniem majątkowych praw autorskich – wymagała jednak zebrania pewnych informacji technicznych, a przynajmniej poczynienia pewnych założeń. Dzisiaj rzadko już spotykamy proste, jednofunkcyjne strony internetowe. Standardem jest łączenie kilku funkcji przez jedną stronę (a dokładniej jedną witrynę składającą się z kilku stron internetowych) – od stricte informacyjnych, jak np. strona udostępniająca rozkład jazdy komunikacji, przez reklamowe, np. witryna firmowa spółki, po rozmaite witryny usługowe, jak np. sklep internetowy, portal udostępniający usługi *video on demand*, wyszukiwarka internetowa lub witryna bankowości internetowej.

Podobnie było i w tym przypadku – portal miał służyć nie tylko reklamie spółki klienta, ale też umożliwiać konsumentom korzystanie z oferowanych usług. Krótka rozmowa z klientem o kształcie strony internetowej pozwoliła stwierdzić, że ochronie prawnoautorskiej podlegać będzie zarówno wygląd strony internetowej (warstwa graficzna) – co wydawało się oczywiste – jak i warstwa programistyczna.

Przez warstwę graficzną rozumie się zazwyczaj widok witryny internetowej wyświetlany na ekranie komputera. Składa się nań ogólny układ strony (w tym wybór czcionek, ich kroju i wielkości, dobór kolorów, sposób rozmieszczenia i prezentacji treści, zaprojektowanie elementów graficznych, takich jak przyciski, menu nawigacyjne, widżety) wypełniony tekstami, grafiką, zdjęciami lub utworami audiowizualnymi.

Zakładając, że poszczególne elementy warstwy graficznej, w tym jej układ, spełniają kryteria uznania za utwory w rozumieniu prawa autorskiego, zazwyczaj będą one chronione samodzielnie i ich udostępnienie w internecie będzie wymagało zgody właściciela praw autorskich, a w przypadku pierwszego ich udostępnienia – także twórcy. Umowa o przeniesienie praw autorskich powinna zatem uwzględniać zarówno majątkowe prawa przysługujące twórcy *layoutu* strony, jak i prawa do zamieszczonych na niej treści, grafiki lub innych elementów stworzonych przez innych autorów. Oczywiście nie zawsze nabycie pełni majątkowych praw autorskich będzie możliwe. W takim przypadku, na przykład w razie wykorzystania zdjęć udostępnianych przez agencje fotograficzne, warto zadbać przynajmniej o uzyskanie właściwej licencji.

Odpowiednia prezentacja witryny (czyli w istocie jej warstwy graficznej) na ekranie komputera odzwierciedlana jest w kodzie – zarówno tym przekazywanym na urządzenie, na

którym jest wyświetlana witryna i możliwym do odczytu w przeglądarce, jak i częściowo w kodzie zapisanym na serwerze utrzymującym dany portal.

Kod wysyłany do przeglądarki definiuje co najmniej strukturę strony internetowej (zazwyczaj w języku HTML) oraz jej wygląd (w języku CSS). Dodatkowe elementy zamieszczane na stronie – takie jak tekst, pliki audio, wideo czy zdjęcia – są zagnieżdżane na stronie również przy użyciu kodu HTML. W przypadku bardziej skomplikowanych witryn wykorzystuje się jeszcze dodatkowy język programowania – np. Java Script – służący do wzbogacenia strony o elementy interaktywne umożliwiające np. przewijanie strony czy rozwijanie kolejnych opcji poprzez kliknięcie.

Ponadto na serwerze jest przechowywany tzw. *back-end* witryny – oprócz szkieletu do budowy strony internetowej (składającego się zazwyczaj z elementów standardowych) i bazy danych (zawierającej np. teksty i zdjęcia publikowane na stronie) wraz z jej silnikiem w skład *back-endu* wchodzi też często osobny kod źródłowy napisany dla danej witryny i zapewniający przede wszystkim odpowiednią komunikację między przeglądarką a serwerem. Elementy tworzone przez projektanta to zatem nie tylko wygląd strony internetowej i jej opis w językach HTML i CSS – co do których istnieją rozbieżne opinie, czy stanowią one języki programowania – ale też klasyczny kod źródłowy tworzony w innych językach, czyli oprogramowanie komputerowe.

Oczywiście ustalenie sposobu zapisu kodu strony internetowej nie przesądza jeszcze o objęciu tego kodu ochroną prawnoautorską jako programu komputerowego. Warstwa programistyczna strony internetowej, aby uznać ją za utwór, winna każdorazowo spełnić kryterium oryginalności i indywidualności. Tym samym prosty i pozbawiony elementów twórczych zapis kodu strony internetowej, nawet napisany w języku innym niż HTML, może tych kryteriów nie spełnić.

Podsumowując, po przyjrzeniu się projektowi klienta uznaliśmy, że powinien on nabyć od projektanta prawa do jego prac graficznych stanowiących o wyglądzie witryny internetowej, prawa do innych utworów zamieszczonych na tej witrynie oraz do oprogramowania stworzonego na potrzeby tej strony internetowej, oczywiście wraz z prawem do wykonywania praw zależnych. Tylko łączne nabycie tych elementów zapewni klientowi bezpieczeństwo i możliwość samodzielnego modyfikowania strony internetowej. Szkielet do budowy strony internetowej (tzw. *framework*) i silnik bazy danych – technicznie również potrzebne do korzystania z witryny – zazwyczaj nie są tworzone przez programistę. Należy jednak pamiętać, by uzyskać licencję także na te elementy konstrukcji witryny od uprawnionego podmiotu.

Prawidłowe i precyzyjne skonstruowanie umowy wydało nam się tym ważniejsze, że polskie sądy zapoznają się

z tematyką stron internetowych powoli i orzecznictwo w tego typu sprawach jest dość rozbieżne. Wśród dotychczasowych wypowiedzi judykatury można znaleźć przykłady precyzyjnego rozpatrzenia statusu prawnego wszystkich elementów witryny internetowej, nawet z uwzględnieniem tych, które mogą stanowić bazy danych, ale też całkowitego pominięcia przy ocenie strony internetowej jej warstwy

programistycznej, a nawet przypadki odmowy rozbudowanej stronie internetowej cech utworu. Warto więc ograniczyć do minimum ryzyko sporu sądowego, w czym na pewno pomoże dobrze skonstruowana umowa.

Joanna Woźniak, adwokat, praktyka własności intelektualnej



Odpowiedzialność majątkowa członków zarządu



Piotr Wcisło



Krzysztof Libiszewski

Członkowie zarządu mają w spółce sporą władzę, z którą wiąże się jednak znaczna odpowiedzialność. Za szkodę wyrządzoną swoim działaniem lub zaniechaniem członek zarządu ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą nie tylko wobec spółki, ale też wobec jej wierzycieli, akcjonariuszy lub wspólników. Różne są przy tym przesłanki tej odpowiedzialności, jak również możliwości zwolnienia się od niej.

Członkowie zarządów spółek kapitałowych pełnią kluczową rolę w funkcjonowaniu tych podmiotów, zarządzając ich bieżącą działalnością oraz podejmując decyzje strategiczne dotyczące ich biznesu. Podczas bieżącego prowadzenia spraw spółki czy współpracy z jej kontrahentami działania członka zarządu dokonane w ramach jego umocowania są z punktu widzenia prawa tożsame z działaniem spółki jako takiej. Członkowie zarządów spółek kapitałowych mają więc wielki wpływ na spółkę i jej biznes, a w konsekwencji pośrednio także na interesy wspólników lub akcjonariuszy spółki. Ten wpływ rozciąga się także na kontrahentów spółki związanych z nią stosunkami umownymi i komercyjnymi.

Naturalne jest zatem, że przepisy prawa przewidują szereg mechanizmów kontrolnych lub restytucyjnych, które mają przeciwdziałać nadużyciu władzy nad spółką przez członków zarządu, w szczególności poprzez podejmowanie działań sprzecznych z interesem spółki, wyrządzających spółce szkodę lub istotnie narażających ją na wyrządzenie szkody. Istotną rolę wśród tych mechanizmów pełnią regulacje przewidujące odpowiedzialność odszkodowawczą członków zarządu za szkody wyrządzone w ramach pełnienia ich funkcji wobec spółki, jej wierzycieli oraz jej akcjonariuszy lub wspólników.

Odpowiedzialność wobec spółki

Zasadnicze znaczenie mają tutaj przepisy art. 293 oraz art. 483 k.s.h., które stanowią, że członek zarządu odpowiada wobec spółki za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki czy statutu, chyba że nie ponosi winy. Członek zarządu odpowiada zatem deliktowo przede wszystkim wobec poszkodowanej jego działaniami spółki, jako że wyżej wskazane przepisy nie mogą stanowić podstawy odpowiedzialności członków zarządu wobec wspólników, akcjonariuszy czy też wierzycieli spółki.

Należy zwrócić uwagę, że – odmiennie niż w przypadku odpowiedzialności deliktowej na zasadach ogólnych prawa cywilnego – członka zarządu można pociągnąć do odpowiedzialności odszkodowawczej wobec spółki nie tylko gdy szkoda została wyrządzona spółce jego działaniem bezprawnym, lecz także jeżeli takie działanie było sprzeczne jedynie z postanowieniami umowy spółki czy statutu. Przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej są więc zakreślone szerzej i bardziej restrykcyjnie, niż miałyby to miejsce na zasadach ogólnych prawa cywilnego.

Przykładem czynności sprzecznych z umową spółki czy statutem jest dokonywanie przez członków zarządu transakcji bez uzyskania stosownej autoryzacji, jeżeli akt konstytucyjny spółki wymaga dla ich dokonania uprzedniego uzyskania zgody zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia czy rady nadzorczej. Przy ocenie, czy doszło do zawinonego wyrządzenia szkody spółce, zastosowanie ma surowy miernik staranności, uwzględniający profesjonalny charakter pełnienia funkcji członka zarządu.

Uzasadnione ryzyko czy działanie wbrew interesom?

W praktyce gospodarczej pojawiają się wątpliwości dotyczące sytuacji granicznych. Kiedy mamy do czynienia z podejmowaniem tzw. dozwolonego ryzyka gospodarczego, które dopuszcza możliwość poniesienia strat w wyniku potencjalnie rentownych inwestycji lub interesów, a kiedy dochodzi do naruszenia obowiązku działania w interesie spółki? Naturalnie nie jest możliwe sztywne ustawienie granicy pomiędzy takimi sytuacjami. Każdy przypadek trzeba rozpatrywać osobno z uwzględnieniem okoliczności i specyfiki danego sektora biznesu.

W oparciu o poglądy wyrażone w orzecznictwie wydaje się, że przypadkami zawinionego wyrządzenia szkody przez członków zarządu może być w szczególności zawieranie w imieniu spółki umów, w tym umów o pracę, gdzie wartość świadczenia spółki istotnie przewyższa wartość rynkową świadczenia drugiej strony, czy też udzielanie w imieniu spółki gwarancji lub poręczeń za zobowiązania podmiotów trzecich, choćby należących do tej samej grupy kapitałowej, bez uzyskania świadczenia wzajemnego przez spółkę lub innego odpowiedniego uzasadnienia biznesowego.

Znaczna szkoda majątkowa = odpowiedzialność karna

Zmiany przepisów dotyczących podejmowania ryzyka biznesowego przez zarząd wskazują, że ustawodawca dąży do liberalizacji zasad prowadzenia działalności przez spółkę i dopuszczenia ryzyka wystąpienia straty lub nieudanych interesów, jeżeli podjęcie takiego ryzyka znajduje uzasadnienie biznesowe. Wskazuje na to uchylenie przepisów Kodeksu spółek handlowych, które przewidywały odpowiedzialność karną członka zarządu za działanie na szkodę spółki, oraz zastąpienie ich przepisami Kodeksu karnego, które stanowią, że karalne jest jedynie działanie członka zarządu przybierające postać nadużycia udzielonych uprawnień lub niedopełnienia ciążącego obowiązku, powodujące skutek w postaci sprowadzenia na spółkę bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia jej znacznej szkody majątkowej. Oznacza to, że w obecnym stanie prawnym penalizowane są jedynie takie działania, które poprzez naruszenie oczywistych zasad prawidłowego gospodarowania realnie narażają spółkę na wystąpienie szkody o wartości nie niższej niż 200 000 zł.

Dodać jednak należy, że zawinione wyrządzenie znacznej szkody spółce może rodzić obok odpowiedzialności cywilnoprawnej omówionej powyżej także odpowiedzialność karną członka zarządu. Pokrzywdzona spółka może więc dochodzić naprawienia szkody wyrządzonej przez członka zarządu także w ramach postępowania karnego, poza procesem cywilnym.

Odpowiedzialność wobec wspólników, akcjonariuszy i wierzycieli

Mimo że przepisy Kodeksu spółek handlowych wprost przewidują odpowiedzialność członków zarządu jedynie za

szkody wyrządzone spółce, to wskazują jednocześnie, że nie ogranicza to praw wspólników, akcjonariuszy lub innych osób, w tym wierzycieli spółki, do dochodzenia naprawienia wyrządzonej im szkody na zasadach ogólnych. Wydaje się, że w takim wypadku adekwatną podstawą prawną są przepisy Kodeksu cywilnego o odpowiedzialności deliktowej, zakładające konieczność wykazania wobec członków zarządu spółki, że ich działanie było bezprawne i zawinione, a także wyrządziło wspólnikowi, akcjonariuszowi lub wierzycielowi spółki szkodę w adekwatnym związku przyczynowym. Natomiast nie będzie tutaj właściwa jako podstawa odpowiedzialności odpowiedzialność kontraktowa, jako że członków zarządu spółki nie łączy żadna umowa ze wspólnikami, akcjonariuszami ani wierzycielami spółki.

Wydaje się, że odpowiedzialność deliktowa członków zarządu wobec akcjonariuszy spółek publicznych może w szczególności dotyczyć sytuacji, gdy wskutek zawinionych działań zarządu ponieśli oni szkodę w postaci utraty wartości posiadanego portfela akcji. Natomiast w przypadku wierzycieli spółki może chodzić o sytuacje, gdy na skutek działań podjętych przez członków zarządu w złej wierze zaspokojenie wierzycieli przez spółkę stało się definitywnie niemożliwe.

Obok opisanych powyżej zasad odpowiedzialności istnieje też szereg przepisów szczególnych, stanowiących podstawę prawną dla ponoszenia przez członków zarządu odpowiedzialności odszkodowawczej.

Niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości

W szczególności wskazać tu należy art. 21 ustawy Prawo upadłościowe, który przewiduje odpowiedzialność odszkodowawczą członków zarządu za zawinione niezłożenie w odpowiednim terminie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, pomimo zajścia jej niewypłacalności. Przytoczony przepis nie ogranicza katalogu podmiotów, które mogą dochodzić odszkodowania w związku z opóźnieniem złożenia lub niezłożeniem wymaganego prawem wniosku o upadłość spółki. Oznacza to, że dochodzić na tej podstawie naprawienia szkody wyrządzonej przez członka zarządu mogą także wspólnicy, akcjonariusze i wierzyciele spółki.

Członkowie zarządu spółki mogą się zwolnić z odpowiedzialności, wykazując brak swojej winy lub wykazując, że podjęte zostały w stosownym czasie inne odpowiednie czynności na tzw. przedpolu upadłości spółki, mające na celu zapobieżenie jej niewypłacalności. W szczególności chodzi tu o wykazanie, że na zasadach określonych prawem otwarto wobec spółki postępowanie restrukturyzacyjne albo

zatwierdzono układ w postępowaniu o zatwierdzenie układu. Jeśli wierzyciel niewypłacalnej spółki dochodzi odszkodowania, domniemywa się, że poniesiona przez niego szkoda obejmuje wysokość niezaspokojonej przez spółkę wierzytelności tego wierzyciela.

Niekompletny prospekt emisyjny

Kolejnym przepisem szczególnym mogącym stanowić podstawę prawną odpowiedzialności odszkodowawczej członków zarządu jest art. 98 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych. Stanowi on, że w przypadku oferowania przez spółkę w trybie oferty publicznej papierów wartościowych, dopuszczenia pochodzących od spółki papierów wartościowych lub instrumentów finansowych niebędących papierami wartościowymi do obrotu na rynku regulowanym lub ubiegania się przez spółkę o takie dopuszczenie, członek zarządu, działając jako podmiot odpowiedzialny za prawdziwość, rzetelność i kompletność informacji zamieszczonych w prospekcie emisyjnym, memorandum informacyjnym oraz innych dokumentach sporządzanych i udostępnianych w związku z ww. transakcjami, obowiązany jest do naprawienia szkody wyrządzonej przez udostępnienie do publicznej wiadomości nierzetelnej, nieprawdziwej lub niekompletnej informacji lub przemilczenie informacji, chyba że nie można przypisać winy jemu lub osobom udostępniającym przedmiotowe informacje, za które członek zarządu jest odpowiedzialny.

Władza, ale i odpowiedzialność

Widać więc, że członkowie zarządów spółek kapitałowych nie mogą wykonywać swoich funkcji w sposób dowolny. Sposób sprawowania przez nich mandatu podlega szeregowi regulacji i ograniczeń, z których najważniejszą zasadą jest obowiązek działania w interesie spółki. Naruszenie tej zasady w sposób, który powoduje szkodę powstałą z winy członka zarządu, może rodzić jego odpowiedzialność odszkodowawczą przede wszystkim wobec spółki, ale również wobec innych podmiotów, które poniosły szkodę, włączając w to wspólników, akcjonariuszy i wierzycieli spółki.

Piotr Wcisło, adwokat, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

Krzysztof Libiszewski, radca prawny, wspólnik, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego



S^{ię}ła wykonania zastępczego

Powierzenie prac innemu podmiotowi na koszt i ryzyko pierwotnego wykonawcy robót budowlanych jest rozwiązaniem skutecznym, ale dotkliwym dla wykonawcy. Interesy wykonawcy podlegają jednak ochronie – rozliczenie musi zostać dokonane w taki sposób, by nie ponosił on nadmiernych kosztów.



Hanna Drynkorn

Gdy wykonawca robót budowlanych pozostaje w zwłoce z wykonaniem prac lub nie wykonuje ich w ogóle, inwestorowi przysługuje cały wachlarz środków, które może wobec wykonawcy zastosować. Mamy bowiem wówczas do czynienia z odpowiedzialnością odszkodowawczą. Jednak inwestorowi zazwyczaj zależy przede wszystkim nie na zastosowaniu sankcji wobec wykonawcy, ale na terminowym i prawidłowym zrealizowaniu celu umowy, czyli na otrzymaniu zleconego wykonawcy obiektu budowlanego. Rozwiązaniem, które może doprowadzić do tego skutku, jest tzw. wykonanie zastępcze, to jest powierzenie niewykonanych lub nieprawidłowo wykonanych prac będących przedmiotem umowy innemu podmiotowi, na koszt i ryzyko pierwotnego wykonawcy.

Takie rozwiązanie istotnie wpływa na sytuację wykonawcy, który nie będzie już realizował prac i nie otrzyma uzgodnionej zapłaty, a wynagrodzenie trafi do innego podmiotu świadczącego na rynku podobne usługi – zazwyczaj jego konkurenta. Dodatkowo prace będą wykonywane na ryzyko wykonawcy, co oznacza, że jeśli inwestor poniesie szkodę wynikającą z prac wykonanych przez podmiot trzeci, odpowiedzialność za nią będzie obciążała pierwotnego wykonawcę zlecenia.

Doniosłość instytucji wykonania zastępczego została uwzględniona przez ustawodawcę w uregulowaniach, które mają proporcjonalnie chronić interesy zarówno zamawiających, jak i wykonawców.

Instytucja ta kształtuje się różnie w zależności od tego, na jakim stadium wykonywania robót zostały stwierdzone nieprawidłowości – czy w trakcie wykonywania prac, czy po ich ukończeniu. Jej kształt zależy też od tego, na czym polega nieprawidłowe działanie lub zaniechanie wykonawcy – czy wykonuje on prace w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, czy też w ogóle nie przystąpił do prac lub wykonuje prace ze zwłoką (zawinionym przez siebie opóźnieniem).

W tym pierwszym przypadku wykonanie zastępcze ma umożliwić inwestorowi zapobiegnięcie wykonaniu umowy niezgodnie z ustaleniami umownymi albo ustawowymi kryteriami prawidłowego wykonywania zobowiązania, takimi jak wykonywanie zobowiązania zgodnie z jego celem społeczno-gospodarczym oraz zasadami współżycia społecznego oraz z istniejącymi zwyczajami. Niekiedy może też zapobiegać powstaniu dzieła z wadami fizycznymi lub prawnymi. Stosujemy wtedy przepis art. 636 k.c.

Natomiast wówczas, gdy wykonawca nie podejmuje prac w ogóle lub opóźnia się z ich wykonaniem, zgodnie z przepisem art. 480 k.c. inwestor może zlecić zastępcze wykonanie prac wyłącznie po uprzednim uzyskaniu upoważnienia sądu, chyba że mamy do czynienia z pilną potrzebą ich wykonania. Odrębnym uprawnieniem jest wówczas możliwość odstąpienia od umowy przez inwestora na podstawie przepisu art. 635 k.c.

Dodatkowo wykonanie zastępcze może być przedmiotem uregulowania umownego. W takim przypadku strony mogą kwestię tę uregulować dowolnie – w granicach swobody kontraktowej.

Gdy inwestorowi naprawdę zależy na terminie

Strony zawarły umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było wybudowanie szkoły podstawowej. Wykonawca początkowo wykonywał prace w terminach przewidzianych umową, lecz później zaprzestał ich wykonywania. W nieformalnych rozmowach przekazał inwestorowi, że w pierwszej kolejności musi wywiązać się z wcześniej zaciągniętych zobowiązań i powróci do wykonywania prac w terminie późniejszym. Tymczasem warunki umowy zostały uregulowane w taki sposób, żeby szkoła mogła rozpocząć działalność w nowym obiekcie od początku nowego roku szkolnego. Termin wykonania umowy przez wykonawcę był dla inwestora szczególnie istotny, bowiem na okres wakacyjny zostały zaplanowane czynności związane z przeniesieniem do nowego obiektu niezbędnego sprzętu i meblowania. Z oczywistych względów przesunięcie terminu ukończenia prac znacząco skomplikowałoby plany inwestora, bowiem przeprowadzka musiałaby nastąpić w trakcie roku szkolnego, co wiązałoby się z dużymi komplikacjami, lub dopiero podczas kolejnych wakacji.

Ponieważ wykonawca pozostawał w zwłoce z wykonaniem umowy, inwestor wezwał go do kontynuowania prac i – powołując się na postanowienia umowy – wskazał, że jeśli prace nie zostaną podjęte w terminie 14 dni, a postęp prac nie będzie zgodny z harmonogramem przewidzianym umową, powierzy ich wykonanie podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko wykonawcy.

Wykonawca po analizie ustawowych możliwości zastosowania wykonania zastępczego odpowiedział, że jedyną drogą, która umożliwiałaby inwestorowi taki krok, byłoby zwrócenie się do sądu o upoważnienie do powierzenia pracy podmiotowi trzeciemu. Wskazał bowiem, że strony nie mają do czynienia z wadliwym wykonywaniem prac, co na mocy przepisu art. 636 k.c. uprawniałoby do powierzenia przedmiotu zamówienia osobie trzeciej bez upoważnienia sądu, ale ze zwłoką w wykonaniu przedmiotu umowy.

Inwestor nie zgodził się ze stanowiskiem wykonawcy, a po niedotrzymaniu przez niego terminu wyznaczonego w wezwaniu zlecił dokończenie prac kilku podmiotom, dzieląc pomiędzy nie pozostałe do wykonania prace. Po sfinalizowaniu obiektu przez nowych wykonawców inwestor zsumował kwoty wystawionych przez nich faktur. Następnie wezwał do zapłaty tych kwot pierwotnego wykonawcę zamówienia, którego zwłoka w prowadzeniu robót spowodowała konieczność zaangażowania w przedsięwzięcie podmiotów trzecich.

Wykonawca nie odstąpił od swojego wcześniejszego stanowiska, że wykonanie zastępcze w tej sytuacji było niedo-

puszczalne. Dodatkowo wskazał, że kwota, do której zapłaty został wezwany, jest nadmiernie wysoka, a powierzenie prac kilku podmiotom spowodowało dublowanie niektórych prac, którego można było uniknąć, gdyby do wykonania zastępczego zatrudniono jednego wykonawcę bądź gdyby prawidłowo rozplanowano i podzielono prace między kilka podmiotów.

Wykonawca nie uiścił kwoty będącej przedmiotem wezwania, w związku z czym zamawiający potrącił tę kwotę z wynagrodzenia pierwotnego wykonawcy i wypłacił mu niewielką kwotę pozostałą.

Wykonanie – tak, nadmierne koszty – nie

W kwestii powierzenia prac podmiotom trzecim stanowisko wykonawcy było niezasadne. Wykonawca miałby rację, gdyby nie postanowienie umowy, zgodnie z którym inwestor mógł zastosować wykonanie zastępcze w razie zwłoki w wykonaniu umowy. Gdyby strony nie zawarły odpowiedniego postanowienia w umowie, inwestorowi przysługiwałyby jedynie możliwości przewidziane ustawą – o których wspominał wykonawca, argumentując brak uzasadnienia dla zastosowania wykonania zastępczego. Przewidzenie w umowie uprawnienia polegającego na wykonaniu zastępczym jest dozwolone prawem, a zatem skuteczne – inwestor postąpił w omawianej sprawie prawidłowo.

Podobne zagadnienie było przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego w Warszawie w wyroku z 18 października 2016 r. (XXV C 429/15). Sąd ten, rozpatrując sprawę, w którą zaangażowany był duży polski zamawiający publiczny, wyraźnie przesądził, że postanowienie umowne, zgodnie z którym w razie zwłoki wykonawcy nie trzeba uzyskiwać zgody sądu na wykonanie zastępcze, nie jest obejściem prawa ani nie pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego. Uznał bowiem, że takie działanie inwestora nie jest pozbawione kontroli sądowej w celu ochrony praw wykonawcy. Przeciwnie, w razie zaistnienia

sporu pomiędzy stronami umowy, tak jak to miało miejsce w rozpatrywanej sprawie, sąd bada zasadność obciążenia kosztami wykonania zastępczego pierwotnego wykonawcy i rozstrzyga ją w odwołaniu do ogólnych zasad odpowiedzialności odszkodowawczej danego wykonawcy.

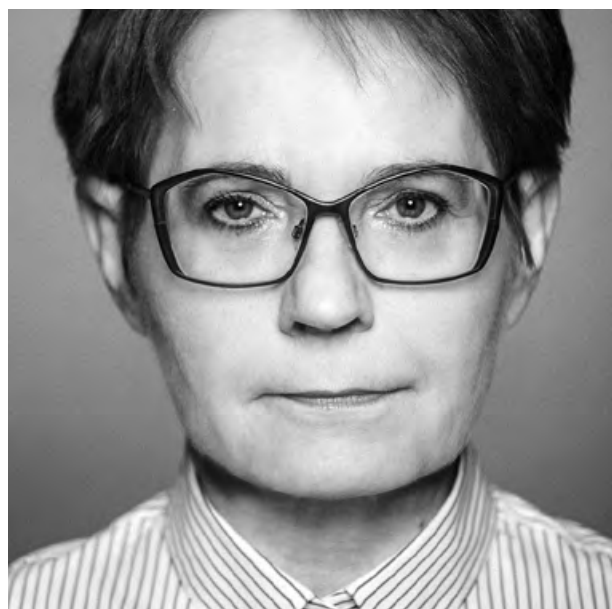
Natomiast jeśli chodzi o wysokość kosztów, którymi został obciążony wykonawca w związku z powierzeniem prac podmiotom trzecim, działanie inwestora było nieuprawnione. Koszty, jakie ma ponieść wykonawca, powinny być należyte udowodnione, a ich wysokość adekwatna do zakresu prac, które nie zostały przez niego zrealizowane. Jak podkreśla się w orzecznictwie, interesy wykonawcy podlegają ustawowej ochronie i nie może on być obciążany „nadmiernymi kosztami” (tak: Sąd Najwyższy m.in. w uchwale z 15 lutego 2002 r., III CZP 86/01 oraz w wyroku z 10 stycznia 2009 r., IV CNP 147/07). Jak również wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 15 lipca 2004 r. (V CK 2/04), należy odpowiednio ocenić zasadność poniesionych przez zamawiającego wydatków na wykonanie zastępcze, aby uniknąć obciążenia przyjmującego zamówienie nieproporcjonalnymi kosztami.

Korzystając zatem z dobrodziejstwa, jakim jest możliwość powierzenia niezrealizowanych prac na koszt i ryzyko wykonawcy, inwestor musi mieć świadomość obowiązków, jakie na nim ciążyą w zakresie starannego określenia prac pozostałych do wykonania i wyboru nowego wykonawcy. Ich dochowanie jest konieczne, by skutecznie doprowadzić do poniesienia kosztów przez wykonawcę. Nieprawidłowe udowodnienie albo nierozważne zlecenie prac innym podmiotom może doprowadzić do tego, że inwestor sam będzie musiał ponieść koszty prac podmiotów trzecich, co może być szczególnie trudne do uzasadnienia w ramach inwestycji publicznych w kontekście odpowiedzialności za dyscyplinę finansów publicznych.

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



Lepiej dmuchać na zimne



dr Ewa Butkiewicz

Amatorzy czekolady, a tacy stanowią przeważającą część ludzkości, doceniają jej smak i zapach, a także bogactwo form czekoladowych wyrobów. Przyjemność konsumpcji rzadko zakłóca im refleksja nad bezpieczeństwem tego produktu spożywczego. Wynika to bądź

z braku świadomości potencjalnych zagrożeń wynikających np. z zanieczyszczeń mikrobiologicznych, bądź z zaufania do unijnego systemu bezpieczeństwa żywności. Jak skutecznie i rygorystycznie działa ten system, obrazuje sprawa jednego z naszych klientów.

Było tak...

Przedsiebiorca mający zakład produkcji czekolady w Polsce sprowadził surowiec – miazgę kakaową – z jednego z krajów Afryki Wschodniej. Ładunek rozładowano w porcie niemieckim i tam poddano surowiec rutynowemu badaniu czystości mikrobiologicznej, w szczególności w kierunku bakterii z rodzaju *Salmonella*, przez certyfikowane laboratorium. W pobranej próbce stwierdzono obecność bakterii *Salmonella Tennessee*. Z tego powodu badany środek spożywczy, czyli miazga kakaowa, został uznany za stwarzający zagrożenie dla życia i zdrowia ludzi. Zgodnie z wymogami systemu wczesnego ostrzegania o niebezpiecznej żywności i paszach (RASFF – Rapid Alert System for Food and Feed) Niemcy dokonały zgłoszenia zanieczyszczonej partii masy kakaowej do RASFF w trybie alarmowym. Jest to zgłoszenie uznawane za priorytetowe i wymagające podjęcia natychmiastowych działań przez krajowe organy kontroli żywności. Państwowa Powiatowa Inspekcja Sanitarna przeprowadziła kontrolę sanitarną u producenta dwa dni po notyfikacji w RASFF. W czasie kontroli ustalono, że z miazgi kakaowej wyprodukowano trzy partie czekolad, które częściowo zostały wyeksportowane do innego kraju unijnego. Rezultaty kontroli wprowadzono niezwłocznie do systemu RASFF, co spowodowało zakaz sprzedaży wyprodukowanych czekolad w kraju nabywcy. Postępowanie administracyjne wobec producenta zakończyła wydana decyzja, na mocy której producentowi nakazano wstrzymać wprowadzanie do obrotu oraz wycofać z obrotu i z rynku czekolady wyprodukowane z badanej partii masy kakaowej. Całe postępowanie od zgłoszenia próbki masy kakaowej do badania w Niemczech do wydania decyzji w Polsce trwało cztery i pół miesiąca.

Co producent miał na swoją obronę

W trakcie postępowania producent przedstawił szereg dowodów i argumentów celem obalenia zarzutu, że surowiec użyty do produkcji czekolady był środkiem spożywczym niebezpiecznym, oraz udowodnienia, że produkt końcowy spełniał wymogi kryteriów mikrobiologicznych dla środków spożywczych. W różnych fazach przygotowania do produkcji (w tym podgrzewania masy w podwyższonej temperaturze oraz intensywnego mieszania masy) producent przekazywał próbki masy kakaowej do badania do polskiego akredytowanego laboratorium. Wyniki wszystkich trzech badań masy kakaowej były negatywne, w surowcu nie stwierdzono obecności salmonelli. Dlatego producent podniósł zarzut, że badania niemieckiego laboratorium były niejednoznaczne. Ponadto zakwestionował prawidłowość badanej próbki. Laboratorium niemieckie badało próbkę o wadze 750 g, podczas gdy powszechnie przyjmuje się do badania próbki o wadze 25 g. Cięższa próbka – zdaniem producenta, popartym prywatną opinią naukową – oznacza 30-krotne zawyżenie wymagań dla badanego materia-

łu. Gdyby laboratorium niemieckie badało próbkę 25 g, istniało wysokie prawdopodobieństwo niewykrycia bakterii. Badania laboratoryjne próbek gotowych czekolad również dały wynik negatywny, co – zdaniem producenta – dowodziło, że w gotowych wyrobach nie ma zanieczyszczeń mikrobiologicznych, a w szczególności salmonelli.

A jakich argumentów użył inspektor

W uzasadnieniu decyzji inspektor sanitarny wyjaśnił, że zastosowana przez laboratorium niemieckie metoda badania była zgodna z normą europejską EN: ISO 6579, która każe badać próbki o wadze większej niż 25 g. Ocena zaś czystości mikrobiologicznej badanego materiału dokonana została zgodnie z wyznaczonymi limitami, czyli maksymalnymi dopuszczalnymi ilościami salmonelli w 25 g. Odnosząc się do argumentu braku zanieczyszczeń w gotowym wyrobie, w uzasadnieniu decyzji inspektor sanitarny powołał się na ocenę ryzyka sporządzoną przez Państwowy Zakład Higieny.

Zasada analizy ryzyka

Analiza ryzyka jest jedną z zasad ogólnych prawa żywnościowego. Przedmiotem analizy ryzyka jest badanie zagrożeń spowodowanych przez np. czynniki biologiczne czy chemiczne, które potencjalnie mogą występować w żywności i mogą powodować negatywne skutki dla zdrowia człowieka. Badając ryzyko, ocenia się prawdopodobieństwo wystąpienia i dotkliwość negatywnych skutków dla zdrowia. Ocena ryzyka jako element procesu analizy ryzyka musi być oparta na doniesieniach naukowych.

Państwowy Zakład Higieny w swojej ocenie ryzyka wykonanej na zlecenie inspektora sanitarnego doszedł do wniosku, że pomimo niestwierdzenia obecności salmonelli w badanych próbkach gotowych wyrobów wyprodukowana partia wcale nie musiała być całkowicie wolna od patogenów. Mogły one być niejednorodnie rozmieszczone w masie produktu i dlatego badanie próbek ich nie wykazało. Proces podgrzewania masy kakaowej do odpowiednio wysokich temperatur w procesie produkcji może również być niewystarczający, by inaktywować wszystkie komórki bakteryjne, które dodatkowo są chronione przed działaniem wysokich temperatur przez wysoką zawartość tłuszczu w masie kakaowej.

Powołując się na tę część oceny ryzyka, inspektor sanitarny w uzasadnieniu decyzji stwierdził, że producent nie przedstawił wiarygodnych dowodów na wyeliminowanie w procesie produkcji zagrożeń mikrobiologicznych, np. nie udowodnił podgrzewania masy kakaowej do odpowiednio wysokiej temperatury, utrzymywanej przez odpowiedni czas, co zabiłoby patogeny (choć i w tej kwestii opinie naukowe są podzielone). Wobec nieuzyskania takiej pewności inspektor sanitarny ocenił, że spożycie czekolady wyprodukowanej z zanieczyszczonej masy stwarza niebezpieczeństwo dla zdrowia człowieka.

W drugiej części oceny ryzyka, odnosząc się do zagrożeń i ich dolegliwości, Państwowy Zakład Higieny wskazał, że czekolada jest chętnie jedzona przez dzieci, które są szczególnie wrażliwe na zagrożenia mikrobiologiczne. Tłuszcz zawarty w czekoladzie chroni salmonellę przed działaniem kwasu żołądkowego i dlatego nawet niewielkie ilości tej bakterii mogą spowodować zatrucie. Nie jest to przy tym wyłączenie teoretyczne zagrożenie. W 2001 r. odnotowano masowe zatrucie czekoladą w wielu krajach europejskich, a w 2006 r. – w Wielkiej Brytanii. Uzasadniając decyzję, inspektor sanitarny podkreślił, że salmonella jest uważana za najważniejsze mikrobiologiczne zagrożenie dotyczące czekolady. Dodatkowo wskazał na zagrożenie krzyżowe, np. zanieczyszczenie linii produkcyjnych, na których przetwarzano zanieczyszczoną mikrobiologicznie masę kakaową.

Były więc podstawy, by zakwalifikować zarówno masę kakaową, jak i czekolady z niej wyprodukowane jako środek spożywczy zanieczyszczony mikrobiologicznie, a przez to szkodliwy dla zdrowia ludzi. Taki środek spożywczy nie nadaje się do spożycia przez ludzi. Te dwie cechy decydują o uznaniu środka spożywczego za niebezpieczny. W takiej sytuacji przepisy prawa unijnego i krajowego nakazują organowi kontrolnemu podjąć odpowiednie działania i inspektor sanitarny określił je w swojej decyzji.

Odpowiedzialność podmiotów prowadzących przedsiębiorstwa spożywcze

Wstrzymanie wprowadzania do obrotu i nakazanie wycofania z obrotu i z rynku wyprodukowanego środka spożywczego oznacza oczywiście stratę po stronie producenta. Nie ma jednak wątpliwości, która z wartości chronionych ma priorytet: ochrona życia i zdrowia człowieka czy ochrona ekonomicznych interesów podmiotów gospodarczych działających w branży spożywczej. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE daje pierwszeństwo ochronie życia i zdrowia człowieka, a unijne prawo żywnościowe uczyniło tę ochronę swoim najważniejszym celem. Cel ten mają realizować w pierwszym rzędzie przedsiębiorstwa spożywcze, które ponoszą odpowiedzialność za zapewnienie bezpieczeństwa żywności. Jest to kolejna zasada prawa żywnościowego, którą przywołał inspektor sanitarny w uzasadnieniu decyzji. Wyjaśnił dodatkowo, że to producent żywności może podjąć środki celem uchronienia konsumenta przed działaniem produktu niebezpiecznego poprzez np. wycofanie takiego produktu z obrotu i z rynku. Ponadto wska-

zał, że to na producencie spoczywa całe ryzyko wynikające z kwalifikacji produktu spożywczego jako niebezpiecznego. Warto zaznaczyć, że w literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że należałoby rozważyć wprowadzenie przepisów, na podstawie których przedsiębiorstwa żywnościowe mogłyby zwalniać się z takiej odpowiedzialności.

Inspektor sanitarny pouczył też producenta, że zanieczyszczony surowiec nie powinien być w ogóle przetwarzany w zakładzie, bowiem grozi to wtórną kontaminacją. Producent powinien go zutylizować, gdy tylko dowiedział się o ryzyku zanieczyszczenia surowca, co miało miejsce w niniejszej sprawie.

Prawo chroni miłośników czekolady

Do działań inspektora sanitarnego w opisywanej sprawie i do uzasadnienia decyzji nie można mieć zastrzeżeń, choć na komentarz zasługuje przywołanie w uzasadnieniu kolejnej zasady prawa żywnościowego: zasady ostrożności. Inspektor sanitarny zdefiniował ją jako tę, która ma pierwszeństwo przed pewnością uzyskanych wyników. Przepisy unijne stanowią, że stosuje się ją w sytuacji, gdy stwierdzono możliwość zaistnienia negatywnych skutków dla zdrowia człowieka w związku z określonym działaniem lub produktem, a nie ma pewności naukowej co do zaistnienia takich skutków. W omawianej sprawie inspektor sanitarny nie miał wątpliwości, że wystąpienie negatywnych skutków dla życia i zdrowia człowieka w razie spożycia czekolady zanieczyszczonej salmonellą zostało potwierdzone w literaturze naukowej, jak i w odnotowanych przypadkach masowych zatrueń. Wystarczyło więc wskazać na zasadę oceny ryzyka jako właściwą i prawidłowo zastosowaną w omawianym przypadku. Wydaje się, że odwołanie do zasady ostrożności wynikało z kolokwialnego rozumienia słowa „ostrożność” przez inspektora sanitarnego, a nie ze znajomości jej prawnego znaczenia.

Przedstawiona sprawa jest dobrą ilustracją tego, jak zasady europejskiego prawa żywnościowego i organy powołane do kontroli efektywnie chronią nasze życie i zdrowie przed niebezpieczną żywnością. Dzięki nim czekoladę możemy jeść (zasadniczo) bez obaw.

dr Ewa Butkiewicz, radca prawny, starszy doradca, praktyka life science i postępowan regulacyjnych



Jak nie marnować żywności – czyli o wysortach w procesie produkcyjnym



Joanna Krakowiak



Bartosz Kuraś

Nawet jeśli producenci żywności stosują wyśrubowane standardy produkcyjne, niektórych wad nie da się zupełnie wyeliminować. Na liniach produkcyjnych powstają nieforemne kiełbasy, szynki z podciekami czy sery z niewłaściwym oczkowaniem. Są to tzw. wysorty produkcyjne. Aby uniknąć ekonomicznych i środowiskowych kosztów ich utylizacji, najlepiej byłoby je powtórnie zagospodarować. Jak to zrobić bezpiecznie z regulacyjnego punktu widzenia?

Krok 1 – Analiza ryzyka regulacyjnego

Najpierw trzeba sprawdzić, jakiego rodzaju odchylenia od deklarowanych cech produktów są najczęstsze w danym zakładzie produkcyjnym, i na tej podstawie ocenić ryzyko. Niezgodność produktu z deklaracją producenta wyklucza bowiem jego sprzedaż.

Deklaracja producenta, zawarta w karcie charakterystyki produktu, jest traktowana jako źródło dobrowolnie przyjętych obowiązków producenta. Fakt, że specyfikacja dokonywana jest przez niego samego, powoduje, że wszelkie odchylenia są traktowane szczególnie restrykcyjnie. Przykładowo w wyroku z 15 kwietnia 2016 r. (II GSK 2597/14) Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że:

- jakość handlowa obejmuje cechy organoleptyczne produktu,
- do cech organoleptycznych sera należy jego oczkowanie,
- oczkowanie nie jest określone przepisami prawa, lecz opiera się na deklaracji producenta,
- dla określenia jakości handlowej deklaracja producenta zawarta w specyfikacji produktu ma takie samo znaczenie prawne jak przepisy powszechnie obowiązującego prawa,
- producent, wydając dobrowolną deklarację, dokonuje swego rodzaju autoregulacji i zobowiązuje się jej przestrzegać.

Wprowadzenie do obrotu produktu z odchyleniem od karty charakterystyki lub etykiety, nawet jeżeli dotyczy cechy mało istotnej z punktu widzenia konsumenta (np. wielkość oczkowania sera), może być traktowane przez inspekcję nadzorującą producenta (organy Inspekcji Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych lub Inspekcji Weterynaryjnej) jako naruszenie przepisów dotyczących jakości handlowej produktów lub nawet wprowadzenie konsumenta w błąd. Grożą za to sankcje w postaci kary pieniężnej lub zakazu wprowadzania do obrotu do momentu zmiany oznakowania lub cech produktu.

Krok 2 – Prawna klasyfikacja wysortów

Kluczowe pytanie brzmi, czy produkt spożywczy w pełni bezpieczny dla konsumenta, ale niezgodny z zadeklarowanymi cechami może być traktowany w zakładzie przetwórczym jako tzw. wysort produkcyjny i czy może być ponownie wykorzystany do produkcji żywności.

Wysort produkcyjny to pojęcie technologiczne, a nie prawne. Z perspektywy prawa wysorty to przetworzone środki spożywcze. O ile spełniają one podstawowe wymogi stawiane żywności w rozporządzeniu 178/2002, a więc nadają się do spożycia przez ludzi i są bezpieczne dla zdrowia konsumentów, to mogą być ponownie przetworzone, tj. stanowić składnik żywności.

Przykładowo w wytycznych do rozporządzenia 853/2004 Komisja Europejska stwierdza, że „nieuzasadniony wydaje się zakaz stosowania w konsumpcji przez ludzi produktów zdalnych do spożycia przez ludzi. Wykorzystanie małych kawałków (skrawków i obrzynek) mięsa zdalnego do spożycia przez ludzi do przygotowania mięsa mielonego nie powinno zatem stanowić problemu, gdyż zrozumiałe jest, że jakość mikrobiologiczna mięsa mielonego musi być zawsze zapewniona oraz że kawałki uzyskiwane są z całego mięśnia”. W odniesieniu do niektórych rodzajów produktów, jak np. produkty jajeczne, wprost przewidziano możliwość ponownego wykorzystania wysortów („Partia, która nie została wystarczająco przetworzona, może zostać niezwłocznie poddana ponownemu przetworzeniu w tym samym zakładzie, jeżeli w wyniku tego procesu staje się ona zdatna do spożycia przez ludzi”).

Wysortów nie należy utożsamiać z odpadami, choć pewne powiązanie istnieje. Zgodnie z definicją ustawową odpadem jest każda substancja lub przedmiot, których posiadacz pozbywa się, zamierza się pozbyć lub do których pozbycia się jest obowiązany. Gdyby więc uznać, że wytwórca żywności jest zobowiązany do pozbycia się wysortu jako niespełniającego wymogów żywnościowych, wówczas wysort kwalifikowany byłby jako odpad. W szczególności wysorty mogą zostać zakwalifikowane jako bioodpady. Bioodpadami są bowiem m.in. ulegające biodegradacji odpady z zakładów produkujących lub wprowadzających do obrotu żywność.

Z punktu widzenia prawa regulującego gospodarkę odpadami jako odpady mogą być kwalifikowane przedmioty lub substancje powstające w wyniku procesu produkcyjnego, którego podstawowym celem nie jest ich produkcja (w naszym przykładzie podstawowym celem jest produkcja żywności, a nie wysortów).

Jeżeli wysorty spełniają podstawowe wymogi stawiane żywności, nadają się do spożycia przez ludzi i są bezpieczne dla zdrowia konsumentów, to mogą zostać uznane za produkt uboczny (a więc nie odpad). Zgodnie z ustawą o odpadach wysort może zostać uznany za produkt uboczny, jeżeli są łącznie spełnione cztery warunki:

- dalsze wykorzystywanie wysortu jest pewne (konieczne jest zatem zapewnienie procesu technologicznego, który zagwarantuje jego wykorzystanie),
- wysort może być wykorzystywany bezpośrednio bez dalszego przetwarzania, innego niż normalna praktyka przemysłowa (w szczególności innego niż specjalne procesy przetwarzania typowe dla odpadów); dopuszczalna jest przy tym zmiana kształtu lub rozmiaru, np. rozdrobnienie,
- wysort jest produkowany jako integralna część procesu produkcyjnego; aby potwierdzić wystąpienie tej przesłanki, należy przede wszystkim ocenić, jakie działania muszą być podjęte, aby był on gotowy do dalsze-

go wykorzystania, i jak jego wytwarzanie powiązane jest z procesem produkcyjnym,

- wysort spełnia wszystkie istotne wymagania, w tym prawne, w zakresie produktu, ochrony środowiska oraz życia i zdrowia ludzi, związane z jego określonym wykorzystaniem i wykorzystanie takie nie doprowadzi do ogólnych negatywnych oddziaływań na środowisko, życie lub zdrowie ludzi.

Wysorty, z którymi mieliśmy do czynienia w naszej dotychczasowej praktyce, spełniały przesłanki uznania za produkt uboczny. Były one jednak na tyle zbliżone do docelowego produktu, że nie zostały zgłoszone jako produkt uboczny.

Czasem warto jednak rozważyć dokonanie takiego zgłoszenia, aby uniknąć ryzyka kwalifikacji wysortu jako odpadu. Zależy to zwłaszcza od tego, na ile wysort odbiega od produktu, który miał powstać w wyniku konkretnego procesu produkcyjnego. Zgodnie z ustawą o odpadach wytwórca przedmiotu lub substancji, które spełniają kryteria uznania za produkt uboczny, jest obowiązany do przedłożenia marszałkowi województwa właściwemu ze względu na miejsce ich wytwarzania zgłoszenia uznania przedmiotu lub substancji za produkt uboczny. Uznanie takie następuje, jeżeli marszałek województwa w terminie trzech miesięcy od dnia otrzymania zgłoszenia nie wyrazi sprzeciwu, w drodze decyzji.

Krok 3 – Opracowanie właściwej procedury

Jeżeli wysorty spełniają definicję żywności, co do zasady mogą podlegać ponownemu przetworzeniu. Producent musi jednak posiadać wewnętrzną procedurę ich zagospodarowania. Musi zwrócić szczególną uwagę na kluczowe jej elementy.

- **Na wstępie – ocena zdolności produktu.** Procedura powinna przewidywać wstępną weryfikację produktu służącą ustaleniu, czy z wysortu można wytworzyć produkt bezpieczny dla konsumentów. Jeżeli odpowiedź jest twierdząca, można poddać go ponownemu przetworzeniu, a jeżeli nie, to należy przekazać go do denaturacji lub innego procesu w ramach procedury postępowania z odpadami produkcyjnymi.
- **Przez cały czas – identyfikowalność.** Zapewnienie pełnej identyfikowalności wysortów na etapie ich weryfikacji, przechowywania i przetwarzania jest kluczowe, ponieważ zgodnie z rozdziałem IX rozporządzenia 852/2004 surowce lub składniki niewiadomego pochodzenia są traktowane na równi z surowcami lub składnikami zanieczyszczonymi (pasożytami, patogennymi mikroorganizmami) i toksycznymi. Oznacza to, że jeżeli postępowanie z wysortem na jakimś etapie nie jest właściwie udokumentowane, to jest to przesłanka do jego eliminacji z dalszego prze-

twarzania. W przeciwnym razie producent narażałby się na ryzyko postawienia zarzutu stosowania w produkcji składników niewiadomego pochodzenia, czyli potencjalnie niebezpiecznych.

- **Finalnie – prawidłowe receptury produktów.** Konieczne jest jednoznaczne określenie, jakiego rodzaju wysorty mogą być dodawane do jakich produktów oraz w jakich ilościach. Ustalenie katalogu produktów, do których będą mogły być dodawane wysorty, wymaga szczegółowego przeliczenia ilości składników w systemie QUID oraz uwzględnienia hipotetycznych oczekiwań konsumentów, co w praktyce eliminuje stosowanie wysortów do wytwarzania produktów z linii premium, jak również produktów kierowanych do dzieci.

Krok 4 – uwaga na etykietowanie i podwójne standardy żywności

Jeżeli wysort zostanie ponownie przetworzony, to stanie się składnikiem innego produktu. Zważywszy, że wysort sam w sobie jest produktem przetworzonym i zawiera w sobie więcej niż jeden składnik, będzie on składnikiem złożonym, a zatem oznakowanie nowego produktu będzie musiało zapewniać, zgodnie z wymogami rozporządzenia 1169/2011, właściwą realizację prawa konsumenta do rzetelnej informacji o składzie spożywanej żywności. Co prawda producent nie ma obowiązku umieszczania na produkcie informacji, że produkt zawiera wysorty (przeciętny konsument i tak nie wie, czym one są), lecz na etykiecie musi się znaleźć informacja o wysorcie jako składniku złożonym oraz jego składzie.

Co więcej, wprowadzając do obrotu produkty zawierające wysorty producent musi zwrócić szczególną uwagę na konsekwencje informacji Komisji Europejskiej z 26 września 2017 r. w sprawie tzw. podwójnych standardów żywności. Wprowadzając produkt na kilka rynków europejskich, producent powinien zachować jednolity skład (o ile co innego nie wynika wprost z przepisów regulacyjnych), jeżeli produkt ma występować pod tą samą nazwą. Co prawda przed wprowadzaniem produktu zawierającego w swoim składzie wysorty sprawdzić należy, czy w danym kraju funkcjonują przepisy regulacyjne lub wytyczne dotyczące sposobu zagospodarowania wysortów, lecz co do zasady producent musi traktować konsumentów w poszczególnych krajach w jednakowy sposób i unikać sytuacji, w której produkty zawierające wysorty trafiałyby tylko na niektóre rynki UE, mimo że jest to dozwolone również na innych rynkach.

Joanna Krakowiak, radca prawny, Bartosz Kuraś, radca prawny, praktyka prawa ochrony środowiska oraz praktyka transakcji i prawa korporacyjnego



Nowe Prawo wodne: nowe opłaty, nowe sankcje, nowe wyzwania



Dominik Wałkowski



Martyna Robakowska

Od początku 2018 r. przedsiębiorcy, których działalność wiąże się z korzystaniem z wód, muszą mierzyć się z wyzwaniami stawianymi przez nową ustawę Prawo wodne. Nowe przepisy modyfikują zasady gospodarki wodnościekowej, w tym reguły dotyczące opłat za korzystanie z wód, a także tworzą zupełnie nową strukturę organów administracji wodnej.

Uchwalona 20 lipca 2017 r. ustawa wprowadziła rewolucyjne zmiany w systemie gospodarowania wodami. Nowe przepisy w mniejszym lub większym stopniu dotyczą praktycznie każdego przedsiębiorcy wykorzystującego wodę w prowadzonej działalności gospodarczej. Skutki wejścia w życie nowych regulacji w szczególności odczuwają zakłady przemysłowe i wszyscy ci przedsiębiorcy, których działalność wymaga pobierania wody z własnych ujęć i wiąże się z odprowadzeniem ścieków do wód lub do ziemi. Właśnie takiemu korzystaniu z wód w działalności przemysłowej poświęcone jest to opracowanie.

Pozwolenie wodnoprawne nadal potrzebne, ale wydawane przez inny organ

Dotychczas pobór wód podziemnych oraz wprowadzanie ścieków do wód lub do ziemi klasyfikowane były jako „szczególne korzystanie z wód”, wobec czego działalność taka wymagała uzyskania pozwolenia wodnoprawnego. Zgodnie z nowymi przepisami czynności takie stanowią usługi wodne i również wymagają pozwolenia wodnoprawnego. Na szczęście nowa ustawa utrzymuje w mocy pozwolenia wodnoprawne wydane na podstawie dotychczasowych przepisów. A zatem przedsiębiorca będzie musiał uzyskać nowe pozwolenie zasadniczo dopiero wówczas, gdy upłynie czas, na jaki zostało wydane aktualne pozwolenie.

Wniosek o wydanie nowego pozwolenia będzie trzeba złożyć nie jak do tej pory do starosty czy marszałka województwa, lecz do organu Państwowego Gospodarstwa Wodnego „Wody Polskie”. Wody Polskie są państwową osobą prawną, utworzoną na mocy nowego Prawa wodnego, która przejęła większość kompetencji związanych z gospodarowaniem wodami. Wody Polskie składają się z czterech jednostek: Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej, regionalnych zarządów gospodarki wodnej, zarządów zlewni oraz nadzorów wodnych. Pozwolenia wodnoprawne na korzystanie z usług wodnych wydają dyrektorzy regionalnych zarządów gospodarki wodnej oraz dyrektorzy zarządów zlewni.

Opłaty za korzystanie z usług wodnych w zakresie poboru wód i wprowadzania ścieków do wód lub do ziemi

W przeszłości przedsiębiorcy ujawniali dane o korzystaniu z wód w składanych corocznie zestawieniach informacji o zakresie korzystania ze środowiska. Na ich podstawie samodzielnie obliczali i uiszczali należne opłaty za korzystanie ze środowiska. Wykazy składane marszałkowi województwa obejmowały informacje m.in. o ilości i jakości pobranej wody podziemnej i powierzchniowej, ilości, stanie i składzie ścieków wprowadzonych do wód lub do ziemi, ilości i rodzajach gazów lub pyłów wprowadzanych do powietrza oraz o składowanych odpadach. Wysokość należnych opłat uzależniona była od rozmiarów faktycznego korzystania ze środowiska – ilości rzeczywiście pobranych wód czy wyemitowanych substancji.

Teraz opłaty za korzystanie z wód ponoszone są według nowych, skomplikowanych zasad. Przede wszystkim wysokość należnej opłaty za pobór wód podziemnych oraz wprowadzanie ścieków do wód nie jest obliczana samodzielnie przez przedsiębiorcę, lecz ustala ją organ Wód Polskich. Sama należność składa się z dwóch elementów: opłaty stałej oraz opłaty zmiennej. W przypadku przedsiębiorców pobierających wodę z ujęcia oraz wprowadzających ścieki do wód lub do ziemi oznacza to w praktyce cztery należności: opłatę stałą i zmienną za pobór wód oraz analogicznie za wprowadzanie ścieków. Każda z nich obliczana jest według innego algorytmu. Wysokość opłaty stałej za wprowadzanie ścieków do rzeki zależy od czynników takich jak jednostkowa stawka opłaty, czas czy maksymalna dozwolona ilość ścieków wprowadzonych do wód na podstawie pozwolenia wodnoprawnego. Z kolei na wysokość opłaty stałej za pobór wód wpływa stosunek ilości wody, która może być pobrana na podstawie pozwolenia, do dostępnych zasobów wód podziemnych, a także – podobnie jak w przypadku opłat za wprowadzanie ścieków – stawka opłaty, czas oraz maksymalna ilość wody możliwa do pobrania na podstawie pozwolenia wodnoprawnego. O wysokości opłaty zmiennej rozstrzyga natomiast wyłącznie ilość pobranych wód czy wprowadzonych do wód lub do ziemi ścieków oraz stawka opłaty. Poszczególne stawki opłat określa rozporządzenie Rady Ministrów.

Przedsiębiorca korzystający z usług wodnych w powyższym zakresie będzie także obowiązany do prowadzenia pomiarów pobieranej wody i wprowadzonych ścieków. W odpowiednie urządzenia pomiarowe przedsiębiorców wyposażą Wody Polskie, co nastąpić ma na koszt organu do 31 grudnia 2020 r. Do tego czasu wysokość opłat za usługi wodne ustala się w oparciu o:

- określony w pozwoleniu wodnoprawnym lub pozwoleniu zintegrowanym cel i zakres korzystania z wód,
- wyniki pomiarów dokonywanych przez organy administracji w ramach kontroli gospodarowania wodami czy ustaleń z przeglądów pozwoleń wodnoprawnych,
- wyniki pomiarów dokonywanych przez organy administracji w ramach kontroli pozwoleń zintegrowanych.

Takie enigmatyczne sformułowanie przepisów na pewno będzie źródłem wielu wątpliwości. Ponieważ przepisy dopiero co weszły w życie, trudno ocenić, jak będą one interpretowane w okresie przejściowym do czasu zainstalowania urządzeń pomiarowych.

W praktyce, począwszy od wykazów informacji o zakresie korzystania ze środowiska za 2017 rok, nie trzeba będzie ujawniać danych dotyczących korzystania z wód. Wysokość należnych opłat w tym zakresie zostanie obliczona przez właściwe organy Wód Polskich i przekazana przedsiębiorcom w formie informacji.

Warto zwrócić uwagę na praktyczny aspekt, który umożliwi obniżenie wysokości ponoszonych opłat. Jak już wskazaliśmy, wysokość opłaty stalej uzależniona jest od maksymalnych dozwolonych ilości wód lub ścieków wskazanych w pozwoleniu wodnoprawnym. Wcześniej ten parametr pozwolenia nie miał wpływu na wysokość opłaty za korzystanie ze środowiska, opłata uzależniona była bowiem od ilości rzeczywiście pobranych wód i wprowadzonych ścieków. Warto zatem sprawdzić, czy dozwolone w pozwoleniu wielkości, biorąc pod uwagę zakres prowadzonej działalności, nie są zbyt duże. Zmiana pozwolenia wodnoprawnego polegająca na obniżeniu dopuszczalnej ilości pobieranej wody czy wprowadzanych ścieków pozwoli zmniejszyć wysokość opłat.

Opłaty podwyższone i zakaz korzystania z wód

Do tej pory sankcje finansowe za brak uzyskania wymaganych pozwoleń emisyjnych czy też naruszenie ich warunków określone były w ustawie Prawo ochrony środowiska. W pierwszym przypadku przedsiębiorca obowiązany był do uiszczenia opłaty podwyższonej, naruszenie warunków pozwolenia skutkowało zaś ryzykiem nałożenia administracyjnej kary pieniężnej.

Przedsiębiorca pobierający wodę z własnego ujęcia i wprowadzający ścieki do wód lub do ziemi również w tym zakresie musi się liczyć z istotnymi zmianami – nowe Prawo wodne wprowadziło bowiem odmienne regulacje także i w tym aspekcie. Na podmioty, które korzystają z usług wodnych bez wymaganego pozwolenia albo z naruszeniem pozwolenia, można nałożyć obowiązek uiszczenia opłat podwyższonych. Jeśli podmiot pobiera wodę lub wprowadza ścieki do wód lub do ziemi bez pozwolenia, nakładana przez organy Wód Polskich opłata będzie stanowić 500% należnej opłaty zmiennej odpowiednio: za pobór wód albo za wprowadzanie ścieków do wód lub do ziemi. W sytuacji zaś gdy dany przedsiębiorca naruszy pozwolenie, organy Wód Polskich nałożą na niego opłatę podwyższoną równą 10-krotności jednostkowej stawki opłaty zmiennej za pobraną niezgodnie z pozwoleniem wodę czy też wprowadzone ścieki. Co więcej, jeśli zostanie stwierdzone, że przedsiębiorca prowadzi działalność bez wymaganego pozwolenia, będzie można wydać decyzję zakazującą korzystania z wód. Nałożenie takiej sankcji może nie tylko znacznie utrudnić, ale wręcz uniemożliwić dalsze prowadzenie działalności gospodarczej.

Należy zatem przede wszystkim rozważyć, czy w związku z wejściem w życie nowej ustawy pojawił się obowiązek uzyskania dodatkowego pozwolenia wodnoprawnego. Decydując się natomiast na zmniejszenie określonych w pozwoleniu maksymalnych ilości pobieranej wody i wprowadzonych ścieków, nowe limity należy określić w taki sposób, by uniknąć nałożenia opłat podwyższonych za przekroczenie warunków pozwolenia.

Nabywanie nieruchomości – pierwokup Skarbu Państwa

Planując rozszerzenie działalności, nie można pominąć nowych regulacji Prawa wodnego dotyczących obrotu nieruchomościami. Wprowadziły one bowiem ustawowe prawo pierwokupu Skarbu Państwa w odniesieniu do gruntów pokrytych śródlądowymi wodami stojącymi. Do wód takich należą wody śródlądowe w jeziorach oraz innych naturalnych zbiornikach wodnych niezwiązanych bezpośrednio, w sposób naturalny, z powierzchniowymi śródlądowymi wodami płynącymi. Nadto ustawa stanowi, że przepisy o śródlądowych wodach stojących stosuje się odpowiednio do wód znajdujących się w zagłębieniach terenu powstałych w wyniku działalności człowieka, niebędących stawami.

Rozważając nabycie nieruchomości, należy więc zbadać, czy Skarb Państwa dysponuje w stosunku do niej prawem pierwokupu. Zawarcie umowy bez powiadomienia odpowiedniego starosty skutkuje bezwzględną nieważnością umowy przeniesienia własności nieruchomości.

Więcej obowiązków, trudniejsze wyzwania

Korzystający z wód w celu prowadzenia działalności gospodarczej niewątpliwie mocno odczują wejście w życie nowego Prawa wodnego. Wprowadzenie nowych obowiązków, zmiany w strukturze organów administracji wodnej, a przede wszystkim brak praktyki w interpretacji nowych przepisów oraz orzecznictwa sądów administracyjnych w tym zakresie sprawiają, że zagadnienia związane z gospodarowaniem wodami są jednymi z najtrudniejszych wyzwań, z jakimi mierzą się w tym roku przedsiębiorcy.

Dominik Wałkowski, adwokat, partner odpowiedzialny za praktykę prawa ochrony środowiska

Martyna Robakowska, praktyka prawa ochrony środowiska



Bezprawne zwolnienie z podatku od nieruchomości

Zwolnienia i ulgi podatkowe na obszarze specjalnych stref ekonomicznych (SSE) służą podniesieniu atrakcyjności inwestycyjnej regionu, a więc przyciągnięciu nowych inwestycji. Atrakcyjność inwestycyjną gminy zwiększają np. zwolnienia z podatku od nieruchomości na terytorium SSE, uchwalane przez Rady Gmin. Inwestor ma prawo zakładać, że zwolnienie takie będzie mu przysługiwać w okresie obowiązywania uchwały i na zasadach w niej określonych. Jak się jednak okazuje, zwolnienie takie może zostać uznane za bezprawną pomoc publiczną.



Agnieszka Kraińska

Stan faktyczny

Nasz klient prowadzi działalność gospodarczą w SSE na podstawie zezwolenia strefowego z 2005 r. W 2011 r., składając deklaracje podatkowe dotyczące podatku od nieruchomości za 2011 r., zaznaczył, że przysługuje mu zwolnienie od podatku od nieruchomości na podstawie uchwały Rady Gminy z 2002 r.

Organ podatkowy (burmistrz) stwierdził jednak, że spółka nie może korzystać z takiego zwolnienia, albowiem uchwała ta nie została notyfikowana Komisji Europejskiej jako pomoc publiczna po przystąpieniu Polski do UE, a zatem stanowi bezprawną pomoc publiczną w rozumieniu prawa UE.

Samorządowe Kolegium Odwoławcze (SKO) potwierdziło stanowisko organu podatkowego, wskazując, że uchwała z 2002 r. nie została ujęta w wykazie istniejących środków pomocy określonym w Traktacie o przystąpieniu Polski do UE, a zatem po 1 maja 2004 r. pomoc ta była bezprawna w rozumieniu prawa UE.

Spółka wniosła skargę do WSA, wskazując, że odmowa przyznania pomocy określonej w uchwale Rady Gminy podjętej w 2002 r. stanowi naruszenie zasad konstytucyjnych, takich jak zasada legalizmu, zasada zaufania do organów państwa oraz ochrony interesów w toku.

W tym miejscu należy wskazać, że Rada Gminy w kolejnych uchwałach, począwszy od 2007 r. kilkakrotnie próbowała uchylić swoją uchwałę z 2002 r., wskazując na jej negatywne skutki dla gminnego budżetu. Sądy administracyjne konsekwentnie jednak unieważniały te uchwały, wskazując właśnie na konstytucyjne zasady legalizmu, zaufania do organów państwa oraz pewności prawa i uzasadnionych oczekiwań.

W sprawie ze skargi naszego klienta po raz pierwszy pojawił się argument bezprawności udzielonej pomocy publicznej oraz obowiązków organów państwa wynikających z prawa UE w takiej sytuacji.

Ocena sądu I i II instancji

Sąd pierwszej instancji skupił się na wykazaniu, że w sprawie zarówno Rada Gminy (nie notyfikując pomocy), jak i organy państwa (tworząc warunki sprzyjające długoletniej niezgodności z prawem UE) nie wykonały swoich obowiązków, a konsekwencjami swoich zaniedbań obciążyły podatnika. Jednocześnie sąd wskazał, że ani organ podatkowy, ani SKO nie były uprawnione do podjęcia działań zapobiegających przyznaniu spółce bezprawnej pomocy, albowiem zgodnie z Traktatem o funkcjonowaniu UE (art. 108 TFUE) wyłącznie Komisja Europejska ma kompetencję do oceny zgodności pomocy ze wspólnym rynkiem oraz nakazania zwrotu pomocy.

Ponadto w opinii sądu pierwszej instancji zarówno zmiany prawa UE (rozporządzenie 1628/2006 w sprawie stosowania art. 87 i 88 Traktatu w odniesieniu do regionalnej pomocy inwestycyjnej oraz rozporządzenie 800/2008 w sprawie

uznania niektórych rodzajów pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem), jak i wprowadzone w 2007 r. zmiany do ustawy o podatkach i opłatach lokalnych spowodowały, że pomoc udzielona na podstawie uchwały z 2002 r. stała się zgodna z prawem UE.

NSA nie zgodził się z tym stanowiskiem i wskazał, że zmiany wspomnianych aktów prawnych nie spowodowały, że pomoc stała się legalna, albowiem uchwała nie spełniała określonych w nich wymogów. Pomoc przyznana na podstawie uchwały nie była dostatecznie przejrzysta, stanowiła program pomocowy, a nie pomoc indywidualną, a także nie spełniała warunku formalnego w postaci odwołania się do przepisów prawa UE zwalniających z notyfikacji ustanawianą przez nią pomoc.

Jednocześnie NSA wskazał, że zgodnie z Komunikatem Komisji dotyczącym egzekwowania prawa UE przez sądy krajowe w zakresie pomocy państwa na sądach krajowych spoczywa obowiązek wyciągnięcia wszelkich konsekwencji prawnych w przypadku przyznania bezprawnej pomocy. Tym samym w jego opinii sądy krajowe mają kompetencje do orzeczenia zarówno zwrotu pomocy bezprawnej, jak i zawieszenia przyszłych jej wypłat. Ponadto w świetle zasady pierwszeństwa prawa UE organy podatkowe, uznając przepis krajowy za niezgodny z prawem UE, mają obowiązek odmówić zastosowania takiego przepisu krajowego – w tym przypadku przepisów uchwały z 2002 r.

Odnosząc się zaś do konstytucyjnej zasady legalizmu, zasady zaufania do organów państwa oraz ochrony interesów, NSA wskazał, że zagadnienie bezprawnej pomocy publicznej nie było rozpatrywane w sprawach, w których sądy administracyjne unieważniały kolejne uchwały Rady Gminy uchylające uchwałę z 2002 r.

W ocenie NSA ochronie przewidzianej w art. 2 Konstytucji podlegają jedynie prawa słusznie nabyte, a takimi prawami nie są takie, które zostały nabyte na podstawie norm niesprawiedliwie ustanowionych, tak jak bezprawna pomoc publiczna.

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE

Postanowiliśmy zbadać, czy Trybunał Sprawiedliwości UE (TSUE) orzekał w podobnych sprawach.

W sprawie C-505/14 *Klausner Holz Niedersachsen*, podobnie jak w naszej sprawie, organ, który udzielił pomocy, sam powoływał się potem wobec beneficjenta na jej bezprawność. Dodatkowo istniały prawomocne wyroki sądowe potwierdzające, że podstawa prawna przyznania pomocy była ważna. W wyroku TSUE przedstawił jednak następujący pogląd:

- Jedynie pomoc zgodna z rynkiem wewnętrznym może być wprowadzona w życie, dlatego prawo UE ustanowiło system kontroli, w którym uzupełniają się role Komisji i sądów krajowych. Interwencja sądów krajowych wynika z bezpośredniej skuteczności zakazu wprowadzania w życie pomocy nienotyfikowanej Komisji (art. 108 ust. 3 TFUE).

- Natychmiastowa stosowalność zakazu wprowadzenia w życie rozciąga się na każdą pomoc wprowadzoną w życie bez zgłoszenia.
- Jeżeli sąd krajowy stwierdzi, że środek stanowi pomoc państwa wprowadzony w życie z naruszeniem art. 108 ust. 3 TFUE, może zawiesić wykonanie tego środka i nakazać odzyskanie wypłaconych już kwot.
- W powiązanych sprawach, w których wydano prawomocne wyroki sądowe stwierdzające ważność podstawy prawnej przyznającej przysporzenie, nie badano kwestii pomocy państwa.

Z tego względu TSUE orzekł, że prawo UE sprzeciwia się stosowaniu przepisu prawa krajowego ustanawiającego zasadę powagi rzeczy osądzonej i uniemożliwiającego sądowi krajowemu, który stwierdził, że środki będące przedmiotem zawieszonego przed nim sporu stanowią bezprawną pomoc państwa w rozumieniu prawa UE, wyciągnięcie wszelkich konsekwencji z tego naruszenia.

W wyroku w sprawie C-368/04 *Transalpine Ölleitung in Österreich* TSUE stwierdził, że:

- Nawet jeżeli Komisja Europejska, po przeprowadzeniu badania, uzna niezgłoszoną, a więc bezprawną pomoc publiczną za zgodną ze wspólnym rynkiem, nie może to prowadzić do uznania za ważne krajowych aktów prawnych przyznających tę bezprawną pomoc publiczną. Jakkolwiek inna wykładnia sprzyjałaby nieprzestrzeganiu przez dane państwo członkowskie prawa UE i pozbawiałaby je skuteczności.
- Sądy krajowe muszą czuwać nad tym, aby wprowadzane przez nie środki naprawcze mogły rzeczywiście eliminować skutki pomocy udzielonej z naruszeniem art. 108 ust. 3 TFUE i nie mogą rozszerzać pomocy na większą grupę beneficjentów.

W wyroku zaś w sprawie C-493/14 *Dilly's Wellnesshotel* TSUE orzekł, że:

- brak w programie pomocy wyraźnego odesłania do rozporządzenia, które zwalnia z obowiązku notyfikacji pomocy publicznej (rozporządzenia 800/2008), należy interpretować w ten sposób, że uniemożliwia to uznanie tego programu za spełniający warunki zwolnienia z obowiązku zgłoszenia przewidzianego w art. 108 ust. 3 TFUE.

Z powyższych wyroków wynika, że TSUE w sposób jednoznaczny nakazuje sądom krajowym wyciąganie konsekwencji z braku notyfikacji pomocy publicznej.

Możliwość łagodzenia surowego stanowiska TSUE

Należy jednak zwrócić uwagę, że zarówno poprzednio obowiązujące, jak i obecnie obowiązujące rozporządzenie proceduralne ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 108 Traktatu (art. 14 rozporządzenia 659/1999,

art. 16 rozporządzenia 2015/1589) przewidują możliwość odstępstwa od windykacji pomocy przez Komisję Europejską, jeżeli byłoby to sprzeczne z ogólną zasadą prawa Unii. Takimi zasadami są wspomniane już powyżej zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań oraz zasada pewności prawa wynikające z zasady państwa prawnego określonej w art. 2 Traktatu o UE. Co do zasady w odniesieniu do pomocy publicznej obowiązuje pogląd, że uzasadnione oczekiwania nie powstają, jeżeli pomoc nie została notyfikowana, jednakże w orzecznictwie dotyczącym zwrotu pomocy publicznej TSUE kilkakrotnie uznawał, że zostały spełnione warunki powstania uzasadnionych oczekiwań.

Wprawdzie unijne rozporządzenia proceduralne nie dotyczą kwestii orzekania zwrotu lub zawieszenia bezprawnej pomocy przez sądy krajowe, jednakże można próbować *per analogiam* zastosować obowiązujące w nich zasady do naszej sprawy. W szczególności należy podkreślić, że zasada państwa prawnego określona jest również w art. 2 Konstytucji RP i jest wspólna dla Unii Europejskiej i jej państw członkowskich.

W naszej ocenie działanie Rady Gminy w opisywanej sprawie nosi cechy wyjątkowej niełojalności wobec inwestorów w SSE. Należy przypomnieć, że Rada Gminy uzasadniała próbę uchylecia uchwały z 2002 r. nadmiernym uszczupleniem budżetu gminy. Argumenty dotyczące niezgodności zwolnień z unijnym prawem pomocy publicznej pojawiły się dopiero w analizowanym przez nas postępowaniu.

Gdyby przesłanką działań Rady Gminy była rzeczywista troska o zgodność z unijnym prawem pomocy publicznej, powinna ona już dawno notyfikować tę pomoc albo wydać uchwałę spełniającą wymogi zwolnienia z notyfikacji. Tymczasem w naszej opinii w niniejszej sprawie gmina próbuje czerpać korzyść z własnego bezprawnego działania, co jest jednoznacznym naruszeniem nadrzędnej zasady państwa prawnego.

„Nikt nie powinien odnosić korzyści z własnego bezprawnego działania”

Naszym zdaniem sąd administracyjny mógłby uchylić decyzje organów podatkowych właśnie ze względu na naruszenie zasady zaufania do organów państwa, zasady pewności prawa i uzasadnionych oczekiwań, zasady interesów w toku oraz zakazu czerpania korzyści przez gminę z własnego bezprawnego działania. W tym konkretnym stanie faktycznym, w konflikcie pomiędzy regułami dotyczącymi bezprawnej pomocy publicznej a zasadami dotyczącymi pewności prawa, uzasadnionych oczekiwań i interesów w toku, powinny przeważać te ostatnie.

Agnieszka Kraińska, radca prawny, praktyka prawa europejskiego



Czy w urzędach będzie szybciej i sprawniej?

Można rzec, że wszyscy mamy na to nadzieję, zwłaszcza po ostatniej nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego, która weszła w życie 1 czerwca 2017 r. Jednym z jej elementów była właśnie próba zwalczenia problemu przewlekłości postępowań administracyjnych, prowadzonych z udziałem przedsiębiorców i obywateli.



dr Maciej Kiełbowski

Jednym z celów ostatniej dużej nowelizacji przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego było usprawnienie i przyspieszenie postępowań administracyjnych. Nie uległy co prawda zmianie ogólne terminy prowadzenia spraw uregulowane w art. 35 k.p.a., zgodnie z którym sprawy powinny być załatwiane bez zbędnej zwłoki, w każdym razie w ciągu miesiąca, a sprawy szczególnie skomplikowane w ciągu dwóch miesięcy, ani inne terminy przewidziane w niektórych przypadkach w ustawach szczegółowych (np. 65 dni na wydanie pozwolenia na budowę). Taka zmiana nie miałaby jednak większego znaczenia, jako że w bardzo wielu przypadkach terminy te i tak nie są dotrzymywane.

Warto jednak zwrócić uwagę na wprowadzony tą nowelizacją nowy środek zwalczania przewlekłości lub bezzwłoczności w postępowaniach administracyjnych, jakim jest ponaglenie uregulowane w art. 37 k.p.a. W instytucji tej drzemie potencjał, którego nie miało poprzednio tam przewidziane zażalenie na bezzwłoczność lub przewlekłość postępowania. Przyjrzyjmy się temu dokładniej.

Jak było

Poprzednie zażalenie nie działało tak jak powinno. Generalnie nie rekomendowaliśmy go klientom, którzy liczyli na załatwienie sprawy w możliwie niedalekiej przyszłości, jako że już sama konstrukcja tego środka prowadziła do dalszego przedłużenia sprawy.

Stare zażalenie na niezakończenie sprawy w terminie wymagało bowiem w zasadzie spakowania i wysłania całych akt sprawy (na podstawie których miała być wydana decyzja dla danego przedsiębiorcy czy obywatela) do organu wyższego stopnia, który miał zażalenie rozpatrzyć. To powodowało stratę kolejnych tygodni, jeśli nie miesięcy, poświęcanych na rozpatrzenie tylko i wyłącznie tej kwestii, czy w sprawie prowadzonej już od kilku miesięcy mamy do czynienia z przewlekłością postępowania czy też nie.

Oczywiście także pod rządami poprzedniej regulacji sądom administracyjnym zdarzało się wyrażać poglądy, że wniesienie zażalenia na przewlekłość postępowania nie może stanowić wymówki dla organu załatwiającego sprawę (choć przewlekłe), aby spakować akta i przestać się interesować sprawą aż do czasu rozstrzygnięcia zażalenia (tudzież ewentualnej skargi do sądu administracyjnego w tym zakresie). Taki trafny pogląd znajdziemy chociażby w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z 19 maja 2011 r. (II SAB/Po 27/11), który zauważył, że „gdy postępowanie przed innym organem lub przed sądem nie ma bezpośredniego wpływu na rozpoznanie sprawy, a jedyną przeszkodą jest pozostawianie akt w sądzie lub w innym organie, organ właściwy do rozpoznania sprawy obowiązany jest podjąć czynności zmierzające do pozyskania wymaganej do rozpoznania sprawy dokumentacji, poprzez np. wystąpienie o nadesłanie akt w celu ich wykorzystania do wydania orzeczenia, względnie sporządzenia odpisów niezbędnych

dokumentów. Bierne natomiast oczekiwanie na załatwienie sprawy przez organ odwoławczy lub sąd i zwrot akt może być ocenione tylko jako bezzwłoczność organu”. Co ciekawe, w tamtej sprawie (w której stwierdzono bezzwłoczność i nakazano rozpoznanie złożonych wniosków o stwierdzenie nieważności decyzji) stan ten trwał „tylko” dwa miesiące przed wniesieniem skargi do sądu.

Jak jest

Ponaglenie wydaje się rozwiązywać wspomniane mankamenty dotychczasowego zażalenia. Mamy tutaj do czynienia z pewnym przyspieszeniem już po wniesieniu ponaglenia – zgodnie z obecną regulacją organ, który prowadzi postępowanie i w stosunku do którego wniesiono ponaglenie, jest zobowiązany do bezzwłocznego przekazania ponaglenia organowi wyższego stopnia, najpóźniej w ciągu 7 dni od wpływu ponaglenia. Organ wyższego stopnia ma również wyznaczony bardzo krótki termin na jego rozpoznanie – kolejne 7 dni. Można mieć co prawda wątpliwości, czy te terminy będą dotrzymywane (zwłaszcza w przypadku dużych organów wyższego stopnia takich jak samorządowe kolegia odwoławcze, z uwagi na ilość rozpatrywanych tam spraw), ale jest to zapisane w ustawie, więc organy zobowiązują.

Co jednak chyba najważniejsze i najsensowniejsze w nowym ponagleniu, to sam sposób jego składania i rozpoznawania. Obecnie nie trzeba już bowiem przysyłać wszystkich możliwych akt sprawy celem jego rozstrzygnięcia. Zgodnie ze znowelizowanymi przepisami ponaglenie przekazuje się wyżej tylko z niezbędnymi odpisami akt. Po pierwsze przysyła się więc odpisy, a nie oryginalne dokumenty, na podstawie których organ sprawę rozstrzyga. Po drugie zaś organ wyższego stopnia nie jest zasypywany wszystkimi dokumentami (które z punktu widzenia bezzwłoczności lub przewlekłości mogą być zbędne), co także powinno przyspieszyć jego działania. Można by się wręcz zastanowić, czy w wielu przypadkach nie wystarczyłoby przedstawianie ponaglenia wraz z metryką sprawy administracyjnej (jeśli jest prowadzona w sprawach tego rodzaju), z której treści da się już wiele ustalić na temat terminowości załatwiania danej sprawy.

Najważniejsze jednak pozostaje to, że organ, który sprawę załatwia, dalej dysponuje jej aktami, w związku z czym ponaglenie nie skutkuje wstrzymaniem toku sprawy od strony merytorycznej.

Kiedy możemy wnieść ponaglenie?

Dobrze, że mamy do dyspozycji nowy ciekawy środek prawny, który ma duże perspektywy, żeby działać i przyspieszać sprawę. Powstaje tylko pytanie, kiedy tak naprawdę możemy z niego korzystać. Odpowiedź można znaleźć w przepisach przejściowych do ustawy, które regulują kwestie związane ze sprawami w toku i sprawami nowymi.

Zgodnie z właściwym przepisem „Do postępowań administracyjnych wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia niniejszej ustawy ostateczną decyzją lub postanowieniem stosuje się przepisy ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu dotychczasowym, z tym że do tych postępowań stosuje się przepisy art. 96a-96n ustawy zmienianej w art. 1” (art. 16 ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 7 kwietnia 2017 r.).

To oznacza, że w istocie ponaglenie można wnieść tylko w sprawach, które rozpoczęły się po 1 czerwca 2017 r., co dość znacząco ogranicza siłę rażenia tego rozwiązania (z jego zalet nie możemy skorzystać, gdy sprawa już jakiś czas się toczy).

Kiedy zaskarżyć bezczynność lub przewlekłość do sądu?

Podobnie rzecz się ma z postępowaniem przed sądem administracyjnym, gdzie także można skarżyć bezczynność albo przewlekłość postępowania administracyjnego.

Tu ponownie trzeba spojrzeć na przepisy przejściowe, a wnioski z nich płynące w zasadzie zawężają dodatkowo krąg spraw rozpoznawanych w nowym trybie. Nowy tryb zaskarzania bezczynności lub przewlekłości postępowania przed sądem daje stronie dużą dowolność, pozwala bowiem wnosić skargi do sądu bez terminu, byle po wniesieniu ponaglenia: „skargę na bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania można wnieść w każdym czasie po wniesieniu ponaglenia do właściwego organu” (art. 53 § 2b p.p.s.a.). Wymóg wniesienia ponaglenia oznacza jednak,

że musi to być sprawa nowa, tj. taka, która została wszczęta po 1 czerwca br.

Wnioski

Wniosek podstawowy jest jeden: przedsiębiorca albo obywatel, który napotyka mniej lub bardziej zrozumiałe opór ze strony organów administracji publicznej, aby rozpoznać jego sprawę w rozsądnym terminie albo rozpoznać ją w ogóle, nie jest pozbawiony możliwości działania.

Sposób tego działania jest uzależniony od tego, kiedy sprawa została wszczęta, niemniej można zasadnie oczekiwać, że z upływem czasu coraz więcej osób będzie mieć realny dostęp do dobrego jak się wydaje środka służącego zwalczaniu przewlekłości bądź bezczynności.

Konstrukcja ponaglenia nie zniechęca już obecnie do korzystania z niego, jak to było w przypadku poprzednio funkcjonującego w ramach art. 37 k.p.a. zażalenia. Raczej nie przyczynia się też do dalszego niepotrzebnego przedłużania postępowania.

Na razie brak jest orzeczeń merytorycznych wydanych na podstawie nowych przepisów, ale wydaje się, że potwierdzą one swoją przydatność w praktyce i przyczynią się do szybszego załatwiania spraw ważnych dla stron, które w nich działają.

dr Maciej Kielbowski, adwokat, praktyka sporów administracyjnych



Sygnalista w UOKiK – jak to działa i co z tym zrobić?

Naszym klientom znana jest instytucja *whistleblowera*, sygnalisty jako wewnętrznego, korporacyjnego narzędzia zgłaszania nieprawidłowości w firmie. Rozwiązania tego rodzaju przyjęto w wielu korporacjach, zwłaszcza międzynarodowych. Ma ona też wymiar publiczny – ma służyć ujawnianiu nieprawidłowości w administracji, instytucjach, organizacjach społecznych i firmach prywatnych. Korzystają z niej także organy antymonopolowe, w tym polski UOKiK. Warto wiedzieć, kim jest sygnalista według Prezesa UOKiK i jaki może mieć wpływ na przedsiębiorcę.



Marcin Kulesza

Skąd sygnalista w UOKiK?

Sarbanes-Oxley Act, amerykańska ustawa z 2002 r. powstała po skandalach Worldcomu i Enronu, terminem „*whistle-blower*” określa pracownika spółki publicznej, który przedstawił właściwym organom informacje o określonych kategoriach nadużyć lub wspierał te organy w postępowaniu. Ustawa chroni sygnalistę przed odwetem ze strony spółek i ich kierownictwa. Jej uchwalenie było istotną zmianą jakościową. Do tamtej pory osoby informujące o nieprawidłowościach nie były w żaden sposób chronione przed ujawnieniem ich danych i przed zemstą tych, których niezgodne z prawem lub nieetyczne działania ujawniały.

Obecnie w Polsce, choć w zakresie ograniczonym do przestępstw, rozważa się wprowadzenie zasad dotyczących ochrony sygnalistów w ramach projektu regulacji znanej jako ustawa o jawności życia publicznego (piszemy o tym na str. 8).

Organy antymonopolowe, wykrywając naruszenia zakazów dotyczących ograniczania konkurencji, także korzystają z informacji pozyskiwanych od przedsiębiorców lub ich pracowników. Od lat organy te, w tym Komisja Europejska, były zdania, że osoby funkcjonujące wewnątrz firmy uczestniczącej w zakazanym porozumieniu, mające dostęp do wewnętrznych informacji, mają kluczowe znaczenie dla wykrywania porozumień i innych praktyk ograniczających konkurencję.

Komisja już jakiś czas temu udostępniła potencjalnym sygnalistom numer telefonu i specjalny adres e-mail. Był to nieformalny, nieszyfrowany kanał komunikacji. W marcu 2017 r., za przykładem Niemiec i Danii, dodała kanał komunikacji w postaci szyfrowanego systemu dwukierunkowej wymiany komunikatów. Rolą systemu jest przekazywanie komunikatów pozbawionych wszelkich informacji, metadanych, adresów IP czy hasel, umożliwiających identyfikację informatora. Jeżeli jednak sygnalista się na to zgodzi, Komisja może odpowiedzieć na jego komunikat oraz zwrócić się o wyjaśnienia i szczegóły.

Pozytywne doświadczenia Węgier, Słowacji, Niemiec, Danii, Wielkiej Brytanii i Komisji skłoniły także polski organ antymonopolowy do poszukiwania własnej drogi do korzystania z tego źródła informacji o naruszeniach.

Żaden z naszych klientów nie stał się jak dotąd celem Prezesa UOKiK dzięki informacjom uzyskanym od sygnalisty. Współpracowaliśmy za to z przedsiębiorcami, którzy otrzymali takie informacje wewnętrznie, od własnych sygnalistów, zwłaszcza w ramach programów compliance, i zdecydowali się na współpracę z urzędem. Doradzaliśmy także klientom w postępowaniach wszczętych wskutek nieanonimowych zawiadomień składanych Prezesowi UOKiK. Uważamy jednak, że nowy, anonimowy kanał informowania organu o naruszeniach istotnie zwiększa ryzyko ich wykrycia. Należy

więc znać zasady działania sygnalistów w UOKiK oraz możliwe reakcje, jeżeli organ informacjami od nich się zainteresuje.

Jak działa sygnalista w UOKiK?

Od kwietnia 2017 r. funkcjonuje w UOKiK pilotażowy program dla sygnalistów. Przypomina on technicznie program Komisji (bez kanału internetowego). Precyzuje zasady komunikacji między UOKiK a sygnalistą, który ma do wyboru specjalny numer telefonu i adres poczty elektronicznej, komunikację pisemną lub przekazanie informacji osobiście. Prezes UOKiK liczy, że uzyska w ten sposób przede wszystkim informacje o zмовach cenowych i przetargowych. Interesują go także inne zakazane porozumienia i nadużywanie pozycji dominującej.

Program, mimo wad, zwłaszcza dotyczących braku realnych, prawnych gwarancji anonimowości, okazał się pewnym sukcesem. Według informacji prasowych w ciągu pierwszych trzech miesięcy jego działania UOKiK otrzymał ok. 1000 sygnałów o naruszeniach. Choć w rzeczywistości tylko część dotyczyła praktyk ograniczających konkurencję, Prezes UOKiK informował, że kilkanaście spośród nich wzbudziło zainteresowanie organu, który miał podjąć w związku z nimi działania.

Celem UOKiK jest, by każdy, kto wie o niedozwolonym porozumieniu – pracownik, przedsiębiorca mający informacje o potencjalnych naruszeniach reguł konkurencji przez pracodawcę lub kontrahenta – mógł przekazać informacje o zakazanej praktyce anonimowo (bez wskazania nadawcy) na piśmie, przez pośrednika lub na spotkaniu z prawnikami UOKiK. UOKiK zaleca, by informacje przekazywane anonimowym pismem (listem, pismem złożonym w Biurze Podawczym lub przesłanym pocztą elektroniczną) wsparte były dowodami potwierdzającymi ich prawdziwość. Urząd zachęca także do korzystania z formy spotkania. Umówić je można zarówno korzystając ze wskazanych środków kontaktu (telefon/e-mail), jak i przez pośrednika (pełnomocnika).

Organ antymonopolowy zapewnia też, że dba o anonimowość sygnalisty. Podkreśla np., że przy umawianiu spotkania i na samym spotkaniu sygnalisty z prawnikami UOKiK nie będzie dążył do ujawnienia jego tożsamości, a jedynie do ustalenia okoliczności sprawy i ewentualnie powodów zgłoszenia się do Urzędu z informacją o zakazanej praktyce. UOKiK nie ma jednak żadnych praktycznych ani prawnych narzędzi ochrony sygnalisty przed zdemaskowaniem i odwetem.

Co się dzieje, kiedy UOKiK otrzyma sygnał?

Dość łatwo zatem wyobrazić sobie sytuację, w której pracownik (albo skłócony z nim partner), kontrahent lub konkurent przekazuje anonimowo UOKiK informację o praktyce ograniczającej konkurencję, w którą nasza firma jest zaangażowana. Na przykład o tym, że stosujemy w umowach z dystrybutorami ceny minimalne, albo że wymieniamy z konkurentami informacje poufne i dzielimy się ryn-

kiem. To informacje bardzo cenne dla urzędu. Tym cenniejsze, że pozostałe źródła takich informacji to oficjalne zawiadomienia, z których zwłaszcza przedsiębiorcy korzystają z umiarkowanym entuzjazmem, źródła własne (np. informacje prasowe) lub cieszący się ostatnio skromnym powodzeniem program łagodzenia kar (leniency).

Prezes UOKiK, otrzymawszy i zweryfikowawszy informacje otrzymane od sygnalisty, może wszcząć postępowanie wyjaśniające. Jest to postępowanie – posługując się paralełą do postępowań prokuratorskich – „w sprawie”. Ma wyjaśnić, czy okoliczności, o których się organ dowiedział, wskazują na możliwe naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Może także, jeżeli informacje są jednoznaczne, od razu wszcząć postępowanie antymonopolowe (przeciwko określonej przedsiębiorcy, dotyczące konkretnego naruszenia). W każdym z tych postępowań Prezes UOKiK może przeprowadzić kontrolę lub przesłuchanie.

W postępowaniu wyjaśniającym organ będzie zadawał pytania. Przedsiębiorca, który otrzyma takie wezwanie do przedstawienia informacji lub dokumentów, nie może się od udzielenia odpowiedzi uchylić, zasłaniając się, na przykład, tajemnicą przedsiębiorstwa. W postępowaniu antymonopolowym musi się już bronić przed konkretnymi zarzutami.

Jeżeli dzięki informacji od sygnalisty Prezes UOKiK rozpocznie postępowanie antymonopolowe, które doprowadzi go do stwierdzenia, że praktyka, której informacja dotyczyła, stanowi naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję lub nadużywania pozycji dominującej, może nałożyć karę pieniężną. Maksymalny jej wymiar to 10% obrotu uzyskanego przez przedsiębiorcę w roku poprzedzającym nałożenie kary. Ryzyko związane z działalnością sygnalistów na rzecz Prezesa UOKiK jest więc dla przedsiębiorców bardzo duże. Jest ono tym większe, że z naruszeniem prawa ochrony konkurencji mogą się wiązać roszczenia, których dochodzić będą kontrahenci lub klienci poszkodowani praktyką ograniczającą konkurencję.

Trzeba także pamiętać o odpowiedzialności osobistej osób zarządzających przedsiębiorcą za umyślne dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Na te osoby Prezes UOKiK może nałożyć karę w wysokości do 2 mln zł. Należy też pamiętać o sankcjach związanych z odpowiedzialnością korporacyjną oraz ewentualnych negatywnych skutkach wynikających ze stosunku pracy łączącego menedżera ze spółką.

Co z tym zrobić?

Przedsiębiorca, który dopuścił się naruszenia prawa ochrony konkurencji, nie może przeciwdziałać ryzyku ujawnienia tego naruszenia przez sygnalistę. Jeśli jednak Prezes UOKiK rozpocznie wobec niego postępowanie, ma kilka możliwości.

Po pierwsze, może podjąć obronę przed zarzutami, licząc na przekonanie organu, że nie dopuścił się naruszenia. Jeżeli jednak rzeczywiście się go dopuścił, może rozważyć kilka opcji współpracy z Prezesem UOKiK lub tzw. polubownego zakończenia sprawy.

Może zatem, po drugie, skorzystać z programu leniency. Jest to, upraszczając, program współpracy z organem antymonopolowym, w ramach którego, w zamian za odstąpienie od nałożenia kary lub jej obniżenie, przedsiębiorca przyznaje się do naruszenia i przedstawia dokumenty i informacje pozwalające Prezesowi UOKiK podjąć postępowanie antymonopolowe lub wydać decyzję. Można z niego skorzystać już na etapie postępowania wyjaśniającego, jeśli oczywiste jest, że zmierza ono do wszczęcia uzasadnionego postępowania antymonopolowego z perspektywą nałożenia kary. Korzyścią programu jest albo uwolnienie się od kary, albo jej obniżenie, zależnie od kolejności zgłoszenia się do organu z wnioskiem leniency, o 50%, 30% lub 20%.

Po trzecie, także wówczas, gdy przedsiębiorca złożył wniosek leniency, ale nie ma szans na całkowite uniknięcie kary, można złożyć oświadczenie o dobrowolnym poddaniu się jej. Wiąże się ono z deklaracją odstąpienia od kwestionowania ustaleń faktycznych organu i nieskładania odwołania od decyzji Prezesa UOKiK. W zamian można uzyskać obniżenie kary o 10% w stosunku do jej pierwotnie planowanej przez urząd wysokości.

Po czwarte wreszcie, jeżeli okoliczności na to pozwalają, przedsiębiorca może przedstawić Prezesowi UOKiK propozycję zobowiązania do podjęcia lub zaniechania określonych działań mających na celu zakończenie naruszenia lub usunięcie jego skutków. Wówczas również istnieje szansa uniknięcia kary pieniężnej.

Należy zatem rozważyć zalety i wady każdej z powyższych opcji. Jeśli bowiem przedsiębiorca naruszył prawo ochrony konkurencji, a Prezes UOKiK się o tym dowiedział, można już tylko minimalizować negatywne skutki. Ryzyka, że pojawi się sygnalista, uniknąć się nie da.

Marvin Kulesza, praktyka prawa ochrony konkurencji



Czy można wy- tworzyć energię bez wsparcia?



Radosław Wasiak

Sektor energii jest jedną z podstawowych gałęzi każdej gospodarki. Nie sposób dziś sobie wyobrazić funkcjonowania jakiegokolwiek firmy bez stałego zaopatrzenia w energię elektryczną. Wiele firm potrzebu-

je również stałego dostępu do energii cieplnej. Przy takim zapotrzebowaniu na te produkty trudno uwierzyć, że ich wytwarzanie może być nieopłacalne i może wymagać dodatkowego wsparcia.

Sektor energii musi nie tylko zapewniać stałe i niezawodne dostawy energii elektrycznej do odbiorców, ale też dostawiać własną działalność do zmieniających się regulacji prawnych. W szczególności dotyczy to rosnących wymogów związanych z ograniczeniem emisji szkodliwych substancji do środowiska. Do tego dochodzi ciągły rozwój technologii i zwiększające się zapotrzebowanie na energię. Wymaga to podejmowania nowych inwestycji, w tym inwestycji w nowe źródła wytwarzania energii. Każda inwestycja tego rodzaju wiąże się z kosztami, których wielkość trudno porównywać z wydatkami inwestycyjnymi w innych gałęziach gospodarki.

Rosnąca konkurencyjność na rynku energii oraz wciąż istniejące ograniczenia w pełnym uwolnieniu cen energii (w szczególności cen dla gospodarstw domowych) skutkuje niemożnością sfinansowania inwestycji ze środków własnych przedsiębiorstw. Skala inwestycji oraz związane z nimi ryzyka negatywnie wpływają również na możliwość pozyskania środków inwestycyjnych na rynku komercyjnym. Z tego powodu konieczne jest zwiększenie ilości mechanizmów wsparcia dla sektora energii ze środków publicznych lub pochodzących od konsumentów.

Energia z OZE

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 kwietnia 2009 r. (2009/28/WE) w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych ustaliła ogólne krajowe cele dotyczące udziału energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych w końcowym zużyciu energii brutto wszystkich państw członkowskich. W stosunku do Polski cel ten wyznaczony został na poziomie minimum 15% i tak jak w przypadku pozostałych państw członkowskich ma być zrealizowany do końca 2020 r.

Pomimo znaczącego postępu w rozwoju technologii wytwarzania energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych koszt początkowy takich inwestycji pozostaje nadal wysoki. Dodatkowo wydajność OZE pozostaje i najprawdopodobniej długo pozostanie poniżej poziomu źródeł konwencjonalnych. Dlatego oparcie jakiegokolwiek projektu inwestycyjnego w OZE na założeniu, że przychody pochodzą będą jedynie ze sprzedaży energii elektrycznej w nich wytworzonej, byłoby niezwykle ryzykowne. Zmieniające się rynkowe ceny energii uniemożliwiają założenie stałej wysokości przychodów z inwestycji na poziomie pozwalającym uzyskać zwrot zainwestowanych środków w dającej się przewidzieć perspektywie czasowej. W oparciu o taki model przychodowy trudno byłoby również uzyskać środki od komercyjnych instytucji finansowych, co do zasady niechętnych inwestycjom obciążonym tak wysokim ryzykiem.

Nałożenie na Polskę obowiązku zwiększenia w ogólnym bilansie ilości energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych wymaga więc ingerencji ze strony państwa polegającej na zwiększeniu stabilności takich inwestycji przynajmniej do czasu osiągnięcia przez nie zwrotu z zainwestowanych w nie środków.

Obecnie polski system wsparcia dla OZE jest na etapie przejściowym. Obowiązujący do niedawna system świadectw pochodzenia, zwanych również zielonymi certyfikatami, zastępowany jest przez nowy system aukcyjny. Zmiana następuje stopniowo, gdyż instalacje OZE, w których energia elektryczna została wytworzona po raz pierwszy przed dniem wejścia w życie nowych regulacji dotyczących wsparcia OZE, nadal są uprawnione do pozyskiwania świadectw pochodzenia, przez okres kolejnych 15 lat, lecz nie później niż do 31 grudnia 2035 r.

Świadectwa pochodzenia

System wsparcia w postaci świadectw pochodzenia zakładał stworzenie dodatkowego źródła przychodu dla podmiotów wytwarzających energię elektryczną ze źródeł odnawialnych. Takim dodatkowym źródłem przychodów miały być właśnie świadectwa pochodzenia będące prawami majątkowymi wynikającymi z wyprodukowania określonej ilości energii w źródle odnawialnym i podlegającymi obrotowi. Wytwórcy energii z OZE mieli sprzedawać uzyskane zielone certyfikaty na rzecz przedsiębiorstw energetycznych wytwarzających lub sprzedających energię na rzecz odbiorców końcowych. Podmioty te miały bowiem obowiązek corocznego przedstawiania odpowiedniej ilości certyfikatów do umorzenia w ramach tzw. obowiązku OZE lub uiszczenia odpowiedniej opłaty zastępczej, w założeniu wyższej od ceny rynkowej certyfikatów. Znacząca nadpodaż świadectw pochodzenia na rynku, spowodowana między innymi dopuszczeniem do systemu tzw. współspalania, skutkowałą jednak znaczącą przeceną zielonych certyfikatów, co doprowadziło z kolei do zachwiania sytuacji finansowej inwestorów.

Wprowadzenie systemu zielonych certyfikatów jest systemem wygasającym, ale wciąż obowiązuje dla już zrealizowanych projektów i stanowi dla nich znaczące źródło przychodów, których utrata może pogorszyć sytuację tych inwestorów. Należy więc pamiętać o możliwych przesłankach odmowy udzielenia świadectw pochodzenia, w tym w szczególności o obowiązku potwierdzenia tzw. efektu zachęty. W świetle regulacji unijnych o pomocy publicznej podmiot ubiegający się o wsparcie musi wykazać, że nie przystąpiłby do realizacji danej inwestycji, gdyby nie środki pochodzące z pomocy publicznej. Co ciekawe i ważne, do potwierdzenia efektu zachęty zobowiązani są nie tylko inwestorzy, którzy faktycznie wybudują nową inwestycję. Taki obowiązek mają również inwestorzy nabywający już działające inwestycje, w związku z którymi świadectwa pochodzenia wydawane są na rzecz ich aktualnych właścicieli. Pominięcie tego obowiązku i nabycie praw do projektu bez stosownego potwierdzenia może skutkować odmową wydania świadectw pochodzenia, a fakt, że dotychczas zielone certyfikaty były udzielane dla tego samego projektu, nie będzie miał tu niestety znaczenia. Efekt zachęty potwierdzany jest w toku postępowania o udzielenie promesy koncesji na wytwarzanie energii

elektrycznej na podstawie przedkładanego przez wnioskodawcę opisu techniczno-ekonomicznego inwestycji.

Aukcje

W takiej sytuacji postanowiono odejść od systemu certyfikatów i wprowadzić nowe rozwiązanie, a mianowicie system aukcyjny. Podmioty zainteresowane realizacją inwestycji OZE mogą ubiegać się o wsparcie na specjalnie zorganizowanych aukcjach, przeprowadzanych oddzielnie dla różnych rodzajów OZE, jak również dla różnej ich mocy. W trakcie aukcji zainteresowani przedsiębiorcy oferują cenę, po jakiej gotowi są sprzedawać wytworzoną energię elektryczną, nie wyższą niż tzw. cena referencyjna (inaczej maksymalna) ogłaszana przed aukcją. Podmioty, które zaoferowały najkorzystniejszą cenę i zadeklarowały ilość energii elektrycznej w ustalonym dla aukcji limicie, uzyskują prawo do specyficznego wsparcia, które przybiera postać pokrycia ujemnego salda, a więc różnicy pomiędzy wartością netto energii elektrycznej wytworzonej i sprzedanej a wartością energii zaoferowaną na aukcji. System ten ma więc co do zasady zagwarantować instalacjom stałe przychody zbliżone do średniej rynkowej ceny energii. W ramach systemu aukcyjnego mniejsze instalacje OZE (poniżej 500 kW) w miejsce pokrycia ujemnego salda korzystać będą z obowiązku odkupu całej wyprodukowanej energii po stałej cenie zaproponowanej na aukcji.

Rynek mocy

System wsparcia dla OZE jest faktem znanym społecznie i szeroko dyskutowanym. Inaczej jest ze wsparciem na inwestycje realizowane w obszarze energetyki konwencjonalnej. Z uwagi na konieczność zwiększenia ogólnej mocy systemu elektroenergetycznego i wizję blackoutu wskazywano jednak od dłuższego czasu na potrzebę zapewnienia środków na realizację również tego rodzaju inwestycji.

Obecnie funkcjonujące elektrownie konwencjonalne będą musiały w najbliższej przyszłości ograniczyć swoje moce z uwagi na zużycie obecnie funkcjonujących bloków oraz ich wysoką emisyjność. Ich modernizacja lub zastąpienie

nowymi jednostkami wymaga jednak znaczących nakładów finansowych, które trudno pozyskać na rynku. Z uwagi na bezpieczeństwo całego systemu energetycznego nie można jednak do końca zrezygnować z tych jednostek, które poza wytwarzaniem energii pełnią również ważną funkcję stabilizatora systemu, np. w sytuacji zwiększonego zapotrzebowania na energię lub gdy z powodu niekorzystnych warunków atmosferycznych źródła OZE nie będą mogły produkować odpowiedniej ilości energii.

Aby zapewnić środki na realizację niezbędnych inwestycji, wprowadzany jest nowy mechanizm wsparcia w postaci rynku mocy (*capacity market*). Zgodnie z przyjętymi pod koniec 2017 r. przepisami system ten opierać ma się na tzw. kontraktach mocy zawieranych pomiędzy wytwórcami energii oraz operatorem systemu przesyłowego. Na mocy tych umów wytwórca energii będą otrzymywał wynagrodzenie nie za energię faktycznie wytworzoną, ale za samą gotowość do jej wytworzenia. Środki na pokrycie tych wydatków związanych z rynkiem mocy pochodzą od konsumentów, którzy uiszczać je będą jako dodatkowy składnik rachunku za energię elektryczną.

Albo wsparcie, albo ruletka

Przedstawione mechanizmy wsparcia nie są jedynymi funkcjonującymi w ramach szeroko rozumianego rynku energii. Poza nimi jest jeszcze wsparcie udzielane prosumentom wytwarzającym energię w instalacjach o niewielkiej mocy i głównie na własne potrzeby, czy też zmieniające się wsparcie dla produkcji ciepła i energii wspólnie w systemie kogeneracji.

Ciągle zmieniające się rozwiązania dotyczące mechanizmów wsparcia oraz obecna sytuacja rynkowa pokazują jednak, że bez dodatkowych środków pochodzących spoza samych mechanizmów rynkowych produkcja energii elektrycznej nie była i w najbliższej przyszłości nie będzie opłacalna.

Radosław Wasiak, adwokat, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego



Zniesienie współwłasności nieruchomości nie musi być kosztowne

Sposób ukształtowania transakcji mającej zakończyć stosunek współwłasności jest niezwykle ważny w kontekście ewentualnych skutków podatkowych, a tym samym opłacalności planowanego przedsięwzięcia. Ma to szczególnie istotne znaczenie w przypadku wielu współwłaścicieli i wielu nieruchomości, gdzie odpowiednio ustalona metoda rozliczeń między stronami (spłaty lub dopłaty pieniężne) może istotnie ograniczyć podstawę opodatkowania, a tym samym znacznie zmniejszyć obciążenie fiskalne.



dr Przemysław Szymczyk

Nierzadko zdarza się, że przedmiotem zniesienia współwłasności jest kilka nieruchomości należących do wielu współwłaścicieli, przy czym każdy z nich ma określony udział we wszystkich nieruchomościach (lub w niektórych z nich). Taka sytuacja występuje m.in. w przypadku dziedziczenia, kiedy w skład schedy spadkowej wchodzi więcej niż jedna nieruchomość (art. 1035 k.c.). Spadkobiercy (współwłaściciele) mogą się wówczas umówić (z różnych powodów, np. w związku z zaistniałym sporem), że podzielią nabyte mienie tak, aby część z nich uzyskała na wyłączną własność (współwłasność) niektóre z nieruchomości, podczas gdy inni nabędą na wyłączną własność (współwłasność) pozostałe z dziedziczonych nieruchomości. Wartość poszczególnych udziałów jest wówczas zazwyczaj wyrównywana przez odpowiednie dopłaty pieniężne (art. 212 § 1 k.c.), które mają zrekompensować różnice powstałe wskutek fizycznego podziału majątku, gdy zachodzą rozbieżności między faktycznie przyznaną spadkobiercom częścią mienia a ich udziałem w spadku. Spadkobiercy mogą również postanowić o sprzedaży nieruchomości lub przyznaniu ich jednemu, ewentualnie kilku współwłaścicielom z obowiązkiem spłaty pozostałych (art. 212 § 2 k.c.).

Umowa o dział spadku

W podobnej sytuacji znaleźli się nasi klienci będący spadkobiercami przedwojennego warszawskiego przedsiębiorcy, do którego należał szereg nieruchomości znacjonalizowanych w latach 50. XX w. na podstawie tzw. dekretu Bieruta. Po wielu latach skomplikowanych postępowań reprivatyzacyjnych udało nam się odzyskać dla klientów większą część dawnego majątku. Zwrócone nieruchomości stanowiły dwa kompleksy położone w różnych częściach miasta (dalej jako: „Nieruchomości nr 1” i „Nieruchomości nr 2”).

Nasi klienci reprezentowali kilka linii krewnych w rozumieniu prawa spadkowego (od otwarcia spadku upłynęło kilkadziesiąt lat), przy czym ze względów rodzinno-majątkowych podzielili się na dwie grupy (dalej jako: „Rodzina nr 1” i „Rodzina nr 2”). Łączna wartość udziałów Rodziny nr 1 w masie spadkowej wynosiła 45% (co do wszystkich nieruchomości), a Rodziny nr 2 – 55% (również co do wszystkich nieruchomości). Spadkobiercy ustalili między sobą, że Rodzina nr 1 nabędzie na wyłączną własność Nieruchomości nr 1 (rezygnując zarazem z wszelkich praw do Nieruchomości nr 2), a Rodzina nr 2 – nabędzie na wyłączną własność Nieruchomości nr 2 (rezygnując zarazem z wszelkich praw do Nieruchomości nr 1). Ponieważ jednak wartość rynkowa kompleksu Nieruchomości nr 1 była wyższa od wartości rynkowej kompleksu Nieruchomości nr 2, członkowie Rodziny nr 1 (posiadający mniejszy udział w masie spadkowej) musieli dokonać odpowiednich dopłat na rzecz członków Rodziny nr 2. W celu zniesienia współwłasności należało też zawrzeć notarialną umowę o tzw. dział spadku.

Konsekwencje finansowe

Zanim doszło do zawarcia powyższej umowy, trzeba było przeanalizować jej podatkowe skutki, które – jak się wkrótce okazało – mogły być bardzo niekorzystne. Przede wszystkim organy fiskalne mogły potraktować planowaną czynność jako podlegającą podatkowi VAT, a to dlatego, że część odzyskanych nieruchomości była wykorzystywana przez spadkobierców na cele działalności gospodarczej (niektóre lokale stanowiły przedmiot najmu). Zatem wobec tej części nieruchomości spadkobiercy mogli występować w roli przedsiębiorców – podatników VAT (mimo że wszelkie czynności oparte o instytucję prawa spadkowego powinny być, z założenia, traktowane jako pozostające poza sferą działań komercyjnych, a więc niemieszczące się w zakresie podatku od towarów i usług). Jednocześnie charakter tych nieruchomości powodował, że nie zachodziły przesłanki do zwolnienia z podatku VAT. Z kolei co do pozostałych nieruchomości (niewynajmowanych przez klientów, a więc nieobjętych działalnością gospodarczą) zastosowanie miał podatek od czynności cywilnoprawnych (PCC). Dodatkowo uzyskane przez poszczególnych spadkobierców spłaty (dopłaty) w związku ze zniesieniem współwłasności należało uznać za przychód ze zbycia nieruchomości i tym samym objąć podatkiem dochodowym od osób fizycznych (PIT).

Innymi słowy, planowana transakcja mogła rodzić skutki na gruncie trzech podatków – VAT, PCC i PIT, a jednym z największych problemów było ustalenie właściwej podstawy opodatkowania w przypadku każdego z tych podatków. Istniało ryzyko, że będzie nią łączna kwota wzajemnych spłat (dopłat) należnych każdemu ze spadkobierców w związku ze zniesieniem współwłasności, co w kontekście znacznej wartości wszystkich nieruchomości skutkowałoby bardzo wysokim sumarycznym obciążeniem fiskalnym.

Wiele spłat czy jedna dopłata?

Po analizie uznaliśmy, że przy wyznaczeniu podstawy opodatkowania możliwe są dwa rozwiązania, zależnie od tego, jak zostanie ustalony między spadkobiercami sposób rozliczeń przy znoszeniu współwłasności. Dotyczyło to każdego z wymienionych podatków (VAT, PCC i PIT).

• VAT

W przypadku podatku VAT podstawą opodatkowania jest wszystko, co stanowi zapłatę, którą dokonujący dostawy towarów lub usługodawca otrzymał lub ma otrzymać (art. 29a ust. 1 ustawy o VAT). Pierwsze możliwe rozwiązanie zakładało, że co do każdej nieruchomości składającej się na schedę spadkową zostanie ustalona odpowiednia spłata obciążająca tego, kto tę nieruchomość otrzymuje na wyłączną własność, a należna temu, kto przestaje być współwłaścicielem tejże nieruchomości. W takiej sytuacji podstawę opodatkowania VAT u każdego ze współwłaścicieli stanowiłaby łączna kwota spłat należnych mu z tytułu rezygnacji ze współwłasności określonych nieruchomości. Choć kwota

wzajemnie należnych spłat mogłaby zostać rozliczona przez wzajemne potrącenie do wysokości kwoty niższej, to jednak niczego by to nie zmieniało, jeśli chodzi o podstawę opodatkowania. Stanowiłaby ją nadal suma kwot spłat należnych jednej ze stron czynności zniesienia współwłasności. Niestety takie rozwiązanie zwiększałoby podstawę opodatkowania, i to u każdego ze współwłaścicieli.

Z kolei drugi scenariusz polegał na przyznaniu wyłącznej własności poszczególnych nieruchomości każdemu ze współwłaścicieli, przy odpowiednim uwzględnieniu wielkości należnych im udziałów we współwłasności, ogólnej wartości wszystkich nieruchomości składających się na masę spadkową oraz częściowej wartości każdej z nich. Finansowe rozliczenie takiego sposobu zniesienia współwłasności mogłoby się ograniczyć tylko do ewentualnej jednorazowej dopłaty. Stanowiłaby ona pieniężną rekompensatę dla tych ze współwłaścicieli, którzy uzyskali na wyłączną własność nieruchomość (jedną lub wiele) o wartości niższej niż wartość ich udziałów we wszystkich nieruchomościach wchodzących w skład masy spadkowej (a zatem dla członków Rodziny nr 2). Zobowiązanymi do uiszczenia dopłaty byłoby natomiast ci ze współwłaścicieli, którym przypadła na wyłączną własność nieruchomość (jedną lub wiele) o wartości przekraczającej wartość ich udziałów we wszystkich nieruchomościach objętych masą spadkową (czyli członkowie Rodziny nr 1). Przy takim rozwiązaniu podstawą opodatkowania w podatku VAT byłaby wyłącznie kwota dopłaty wyrównującej i to tylko po stronie osób do niej uprawnionych, jako swego rodzaju „dostawców towaru” (tj. po stronie członków Rodziny nr 2). Rozwiązanie to, jako bardziej korzystne, zostało zatem zasugerowane klientom.

• PCC

Analogiczne zastosowanie znajdą tu uwagi poczynione wyżej na tle podatku VAT, przy czym podmiotami obciążonymi fiskalnie w tym przypadku byłoby „nabywcy” praw majątkowych ponad ich udziały w spadku, tj. współwłaściciele zobowiązani do uiszczenia dopłaty (członkowie Rodziny nr 1), a nie ci, którzy ją uzyskają (art. 4 pkt 5 ustawy o PCC). Jak już wcześniej zasygnalizowano, PCC odnosiłby się wyłącznie do tych nieruchomości lub ich części, które nie były wykorzystywane przez klientów na cele działalności gospodarczej (nie stanowiły przedmiotu najmu).

• PIT

Tu również aktualne są uwagi dotyczące podatku VAT i także w tym przypadku osobami zobowiązanymi do zapłaty podatku byłoby ci współwłaściciele, którzy uzyskają dopłatę wyrównującą (czyli członkowie Rodziny nr 2).

Istotne ograniczenie kosztów

Powyższe korzystne rozwiązanie, zakładające jednorazową dopłatę zamiast spłat poszczególnych nieruchomości, zostało poddane weryfikacji przez organy fiskalne w drodze wniosku o indywidualną interpretację przepisów prawa podatkowego. Fiskus w pełni podzielił nasze stanowisko, co oznaczało bardzo dużą oszczędność dla klientów (kilkaset tysięcy złotych). Jednorazowa dopłata wyrównująca, należna od członków Rodziny nr 1 na rzecz członków Rodziny nr 2, miała pokryć różnicę między wartością udziałów Rodziny nr 2 w obu kompleksach nieruchomości (55%) a wartością rynkową Nieruchomości nr 2, które były droższe od Nieruchomości nr 1 i które miały przypaść ostatecznie Rodzinie nr 1. Innymi słowy, dopłata pochodziła od tych spadkobierców, którzy w wyniku działu spadku otrzymali majątek o wartości przekraczającej ich udział w schedzie. Dodatkowo, ponieważ urząd skarbowy mógł zweryfikować, czy wielkość dopłaty odzwierciedla rynkową wartość „zbywanych” praw we współwłasności nieruchomości, należało jeszcze przed ustaleniem wielkości tej dopłaty zlecić rzeczoznawczą wycenę składników dzielonego majątku, co zostało uczynione.

Dzięki temu naszym klientom udało się znacznie obniżyć koszty przeprowadzonej transakcji. Miało to tym większe znaczenie, że byli oni spadkobiercami osoby skrzywdzonej po II wojnie światowej, której mienie zostało bezpodstawnie upaństwowione. Nałożenie rażąco wysokich podatków w takim przypadku byłoby zatem dodatkową krzywdą dziejącą, skoro osoby te – gdyby nie nacjonalizacja – prawdopodobnie nigdy nie znalazłyby się w podobnej sytuacji i nie musiałyby znosić współwłasności.

dr Przemysław Szymczyk, adwokat, praktyka nieruchomości, reprivatyzacji i doradztwa dla klientów indywidualnych



O kancelarii

Kancelaria Wardyński i Wspólnicy, założona w 1988 roku, jest jedną z największych niezależnych kancelarii prawnych w Polsce. Skupiamy się na biznesowych potrzebach naszych klientów, pomagając im znaleźć skuteczne i praktyczne rozwiązania najtrudniejszych problemów prawnych.

Dbamy o zachowanie najwyższych standardów prawniczych i biznesowych. Angażujemy się w budowę obywatelskiego państwa prawa. Bierzemy udział w projektach non profit i działaniach pro bono.

Nasi prawnicy są aktywnymi członkami polskich i międzynarodowych organizacji prawniczych, dzięki czemu mają dostęp do światowego know-how i rozwijają sieć kontaktów z najlepszymi prawnikami i kancelariami na świecie, z czego korzystają później nasi klienci.

Czerpiemy z najlepszych światowych wzorców w zakresie zarządzania firmą prawniczą. Stale doskonalimy działalność operacyjną firmy – z korzyścią dla klientów. Posiadamy certyfikat jakości PN-EN ISO 9001-2015 w zakresie świadczenia usług prawnych.

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

Klientom doradzamy w następujących dziedzinach:

bankowość	nowe technologie i fintech	prawo spółek, w tym spółek publicznych
i finansowanie projektów	ochrona danych osobowych, w tym RODO	przestępczość gospodarcza
compliance	ochrona konkurencji	rachunkowość korporacyjna
i postępowania wewnętrzne	ochrona środowiska	restrukturyzacje
doradztwo i postępowania regulacyjne	odszkodowania od władzy publicznej	rynki kapitałowe
egzekucja wierzytelności	outsourcing	spory sądowe i pozasądowe
instytucje finansowe	podatki	transakcje
inwestycje infrastrukturalne i nieruchomościowe	private equity	ubezpieczenia
kontrakty budowlane i FIDIC	prawo europejskie	upadłości
kontrakty w obrocie gospodarczym	pomoc publiczna i fundusze UE	własność intelektualna
nieruchomości i reprivatyzacja	prawo pracy i globalna mobilność	zamówienia publiczne i PPP

Doradzamy również klientom indywidualnym, startupom, a także klientom z sektora budowlanego, sektora energii i przemysłu energochłonnego, handlu i dystrybucji, gospodarki morskiej, kolei i lotnictwa, mediów i reklamy, ochrony zdrowia, produkcji, rolnictwa, sportu, transportu i logistyki, sektora zbrojeniowego oraz sektora farmaceutycznego, żywności i FMCG.

Dzielimy się wiedzą i doświadczeniem za pośrednictwem codozasady.pl – portalu dla prawników i przedsiębiorców, firmowego Rocznika, bloga prawa nowych technologii (newtech.law) oraz licznych publikacji i opracowań.

wardynski.com.pl

codozasady.pl

newtech.law