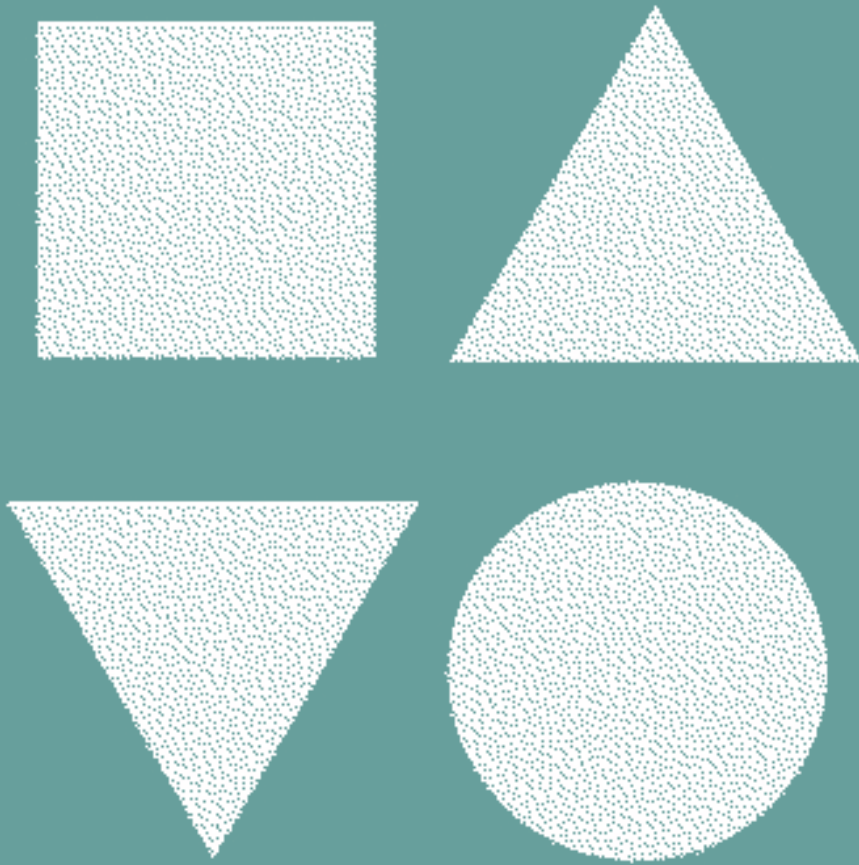


TOM III

Transakcje



**Publikacja została przygotowana przez
prawników kancelarii Wardyński i Wspólnicy.**

Redakcja merytoryczna: Maciej A. Szewczyk
Redakcja: Justyna Zandberg-Malec

© Wardyński i Wspólnicy sp.k., 2019

Spis treści

- 5 **Od hut stali do telekomów**
Z Pawłem Ciećwierzem rozmawia Justyna Zandberg-Malec
- 13 **Było dobrze. Jest dobrze. A jak będzie dalej?**
Z Anną Dąbrowską, Krzysztofem Libiszewskim i Izabelą Zielińską-Barłózek
rozmawia Maciej A. Szewczyk
- 19 **Jak zmieniały się negocjacje transakcyjne na przestrzeni
ostatnich lat?**
Kinga Ziemnicka
- 25 **Trochę historii i wspomnień. Niemal 30 lat regulacji kontroli
koncentracji przedsiębiorców w Polsce i tyleż samo praktyki
prawa konkurencji WiW**
Andrzej Madala
- 37 **O umiędzynarodowieniu umów transakcyjnych i zapożyczaniu
rozwiązań z *common law***
Maciej A. Szewczyk
- 47 **Nowe technologie w transakcjach**
Bartosz Kuraś
- 55 **Zamówienia publiczne po polsku: formalizm trzyma się mocno**
Mirella Lechna
- 63 **Ewolucja środowiskowych aspektów inwestycji w Polsce**
Martyna Robakowska, Dominik Wałkowski
- 69 **Transakcje nieruchomościowe na udziałach (*share deal*)
i aktywach (*asset deal*)**
Przemysław Szymczyk, Radosław Wasiak
- 79 **Zgoda buduje, czyli o zgodach jako ograniczeniach prawnych
przeprowadzania transakcji w Polsce**
Julia Dolna
- 84 **O kancelarii**



Od hut stali do telekomów

Z Pawłem Ciećwierzem
rozmawia Justyna Zandberg-Malec

Kancelaria istnieje już 30 lat. Ile transakcji obsłużyła w tym okresie?

Trudno to policzyć. Biorąc pod uwagę dynamikę obecnie wpływających spraw, to były setki, jeśli nie tysiące. Ale muszę zrobić zastrzeżenie, że ja w kancelarii jestem od 1999 r., chociaż uczestniczyłem w transakcjach i powstawaniu rynku kapitałowego w Polsce od jego zarania, czyli od 1989 r. I ja sam, i kancelaria byliśmy obecni przy tworzeniu giełdy papierów wartościowych i notowaniu na giełdzie pierwszych spółek, tak zwanej pierwszej piątki.

To był bardzo ekscytujący czas, ponieważ wszystko to było dla nas zupełnie nowe. Projekty prowadzili zewnętrzni doradcy, ale potrzebowali polskich prawników, którzy pilnowali wymogów polskiego prawa i uczestniczyli w tych projektach. Tworzenie prospektów emisyjnych, badanie tych spółek to było coś, z czym polscy prawnicy w ogóle się wcześniej się nie spotykali.

Skąd Państwo czerpali wiedzę na ten temat?

Uczyliśmy się na bieżąco od kancelarii zagranicznych, które przyjeżdżały tutaj, żeby wspomagać ten proces. Giełda była wzorowana na prawie amerykańskim, co zresztą widać do dziś. Od samego początku również największe wpływy miało prawo anglosaskie.

Kancelaria jako jedna z pierwszych obsługiwała też inwestorów wchodzących na polski rynek w okresie transformacji i prywatyzacji polskiej gospodarki. Na początku były to przede wszystkim inwestycje bezpośrednie. Pracowaliśmy głównie dla inwestorów branżowych, sektorowych, którzy kupowali tutaj polskie przedsiębiorstwa – najpierw od Skarbu Państwa w ramach prywatyzacji polskiego przemysłu, a później od właścicieli prywatnych.

Rośliśmy więc razem z prywatnym rynkiem i biznesem, ale na początku była prywatyzacja przemysłu najróżniejszych sektorów. Przede wszystkim sektora produkcyjnego, czyli zakładów produkcji samochodów czy papieru, ale również sektora bankowego, finansowego. Polska gospodarka przez cały

okres transformacji była uważana za bardzo atrakcyjną – głównie ze względu na bardzo duży potencjał rynku.

Doradzaliśmy również drugiej stronie, czyli Skarbowi Państwa, i to też było całkiem nowe doświadczenie. Można powiedzieć, że nie było takiego sektora przemysłu czy gospodarki, w którym byśmy nie uczestniczyli. Pomagaliśmy przy zakupie i hut stali, i telekomów.

Na ile prawnik musi się orientować w specyfice sektora, którego dotyczy transakcja?

To też się zmieniało. Na początku znajomość tej specyfiki nie była niezbędna. Oczywiście po każdej transakcji nasza wiedza rosła, bo jak się prywatyzuje np. browary czy fabrykę samochodów, to się poznaje specyfikę ich działania. Początkowo znajomość sektora nie była jednak warunkiem wejścia w daną transakcję. Zresztą do dziś nie jest to decydujące, choć klienci często pytają, czy mamy w portfelu transakcję z danego sektora. Takie doświadczenia najbardziej się liczą, jeśli chodzi o pewne specyficzne branże typu bankowość czy usługi finansowe. Ale w pozostałych branżach też trzeba mieć podstawową wiedzę, która przydaje się nawet przy badaniu spółek w trakcie transakcji. Poszczególne branże różnią się bowiem i stosowanymi kontraktami, i wykorzystywanymi instrumentami finansowymi.

A jak strona sprzedająca była na początku przygotowana do tego procesu?

To oczywiście też wyglądało zupełnie inaczej. Musieliśmy uczestniczyć w tworzeniu dokumentacji, która miała podlegać badaniu. Na dodatek mogliśmy pracować tylko w godzinach działania danego przedsiębiorstwa, czyli np. od 7.30 do 15.30. Po tej godzinie wszyscy wychodzili z pracy i zakład był zamykany na klucz. Nikt sobie nie wyobrażał, że można zostać i pracować wieczorem.

Specyficzne było też podejście sprzedających. Pamiętam, jak przygotowywałem prospekt przedsiębiorstwa z branży budowlanej, w którym pracował bardzo ważny pan menedżer. I on się nie chciał zgodzić na stwierdzenie w prospekcie, że założycielem przedsiębiorstwa był minister budownictwa. Kazał wpisać do prospektu, że założycielem przedsiębiorstwa był on sam. Ciężko mu było wytłumaczyć, że przedsiębiorstwo powstało w latach 70., że było państwowe, że rozumiemy, że on się przyczynił do jego sukcesu, ale założycielem był jednak minister budownictwa.

Na dodatek wszystko było w formie papierowej. Całe segregatory albo wręcz worki dokumentów. Trzeba je było albo przeglądać na miejscu, albo kserować za zgodą stron. Inaczej wyglądały też same raporty. Najczęściej

**nie było
takiego sektora
przemysłu czy
gospodarki,
w którym byśmy
nie uczestniczyli**

inwestorzy wymagali, żeby ująć w nich wszystko, ponieważ nie znali tego rynku i jego specyfiki. Nalegali, żeby raport szczegółowo opisywał wszystkie dokumenty i działy podlegające badaniu. W związku z tym raporty miały po kilkaset stron. To były olbrzymie księgi. Z czasem inwestorów przestały interesować wszystkie szczegóły i zaczęli wymagać od nas podsumowań – i to na początku, nie na końcu raportu, co było pewną rewolucją.

Dzisiaj tworzy się raczej tzw. *red-flag reports*. Inwestor po badaniu dostaje skrótowy opis stwierdzonych przez nas ryzyk: jaki jest ich poziom, czy można je naprawić, co powinno wejść do oświadczeń i zapewnień, jak to, co wykryliśmy, wpływa na transakcję albo cenę przedsiębiorstwa. Pracy jest więc tyle samo, ale inwestor dostaje tylko jej podsumowanie. Wiąże się to oczywiście z bardzo dużą odpowiedzialnością.

Czy zmienił się przeciętny czas trwania transakcji?

Oczywiście dziś jest szybciej – dzięki rozwojowi techniki. Kiedyś badanie dokumentów wymagało podróżowania po całej Polsce. Nieraz prawnicy znikali na tydzień czy dwa. Bardzo długo się czekało na przygotowanie prawidłowej dokumentacji przez stronę, a potem na przygotowanie następnych zestawów dokumentów, szczególnie na potrzeby badania prawnego. Dziś już przy nawet średnich transakcjach mamy do czynienia z tzw. wirtualnymi data roomami. Prawnicy prowadzą więc badanie dokumentów zza swojego biurka. W ramach data roomów mogą też zadawać pytania lub zgłaszać prośby o dodatkowe dokumenty, czyli wszystko przebiega bardzo szybko.

A jak się zmienili aktorzy w transakcjach?

Tak jak powiedziałem, na początku mieliśmy do czynienia głównie z branżowymi lub sektorowymi inwestorami, którzy kupowali konkretne zakłady. Oczywiście był też szereg tzw. projektów *greenfield*, czyli inwestor kupował ziemię i budował fabrykę. Potem coraz aktywniej zaczęły działać prywatne fundusze inwestycyjne i fundusze typu *venture capital* ukierunkowane na poszczególne branże i sektory lub na przedsiębiorstwa określonej wielkości. Powstały fundusze *private equity* ukierunkowane na nasz region albo tylko na Polskę. Uaktywnili się również światowi gracze, czyli globalne fundusze *private equity*. Stopniowo coraz bardziej przekonywały do tego rynku. Pojawiły się również fundusze specjalizujące się w małych i średnich przedsiębiorstwach, które wkraczają na pewnym etapie rozwoju przedsiębiorstwa i poprawiają jego efektywność.

Fundusze mają pewien okres zwrotu i okres wyjścia, w zależności od sektora jest to trzy, pięć albo siedem lat, ale każdy fundusz inwestuje po to, żeby osiągnąć określoną stopę zwrotu z inwestycji, wyjść i odsprzedać za wyższą

cenę. Oczywiście nie zawsze się to udaje. To jest ryzyko, które ponosi każdy fundusz inwestujący w takie cele. Ale to jest ich filozofia działania. Praca dla prawników pojawia się na etapie wejścia i wyjścia funduszu.

Co charakterystyczne, to nie są wierni klienci. Korzystają z całej palety kancelarii i wybierają przy konkretnych projektach zupełnie inne garnitury doradców.

Czy w takim razie jest w ogóle miejsce na relacje między doradcą prawnym a klientem?

Oczywiście, ale nie są one rozstrzygające. Można i trzeba mieć bardzo dobre relacje z przedstawicielami tych funduszy, ale nie są one tak trwałe jak w przypadku klientów branżowych.

Czy doradzanie przy transakcjach to jest ciekawa dziedzina prawa?

Oczywiście. Poznaje się najróżniejsze branże, sektory, ale też dziedziny życia. Poznajemy ludzi, którzy od lat pracują w danym sektorze i mają ogromne doświadczenie. Co zresztą procentuje przy kolejnych transakcjach.

Ciekawa – i bardzo ważna – jest też współpraca z innymi doradcami. Dziś klienci oczekują od nas praktycznych wniosków lub porad, które pomogą im podjąć konkretne decyzje biznesowe. Dlatego bardzo ważna jest współpraca z innymi doradcami – inwestycyjnymi, finansowymi, z firmami audytorsko-księgowymi. Obecnie firmy z tzw. wielkiej czwórki oferują klientom cały pakiet usług transakcyjnych, włączając w to usługi prawne. Jest to dla nas spora konkurencja, ale wciąż klienci w wielu przypadkach decydują się na niezależne kancelarie z dużym doświadczeniem transakcyjnym.

Wyobrażam sobie, że zamknięcie transakcji to czas nerwów, całonocnej pracy...

Różnie z tym bywa. Nawet w najlepiej zaplanowanym procesie nie wszystko przebiega zgodnie z planem. Ale raczej nie zdarzają się już historie, które pamiętam z procesu transformacji.

Pamiętam koreańską inwestycję w jeden z banków, przy której negocjacje samej umowy zaczęły się w środę przed południem i trwały bez jednej przerwy do soboty do godziny 13. Siedzieliśmy ciurkiem dzień i noc. Dowozili nam tylko posiłki z jednych z pierwszych w Warszawie restauracji sushi. Długo potem nie mogłem patrzeć na sushi. To był proces wyniszczający, szczególnie że ze względu na różnicę czasu natężenie negocjacji było nad ranem, gdy był bezpośredni kontakt z Koreą, gdzie byli decydenci.

Dziś w transakcjach też jest presja czasu, ale nie do tego stopnia. Oczywiście są terminy, których trzeba dotrzymać. Nieraz zamknięcia są w środku nocy. Mieliliśmy ostatnio transakcję, w której notariusza umówiliśmy na pierwszą w nocy. Kiedyś było niewyobrażalne, że notariusz może dokonywać czynności poza godzinami pracy swojej kancelarii.

Wspomnieliśmy już trochę o technologii. Jak silnie wkracza ona w tę dziedzinę prawa?

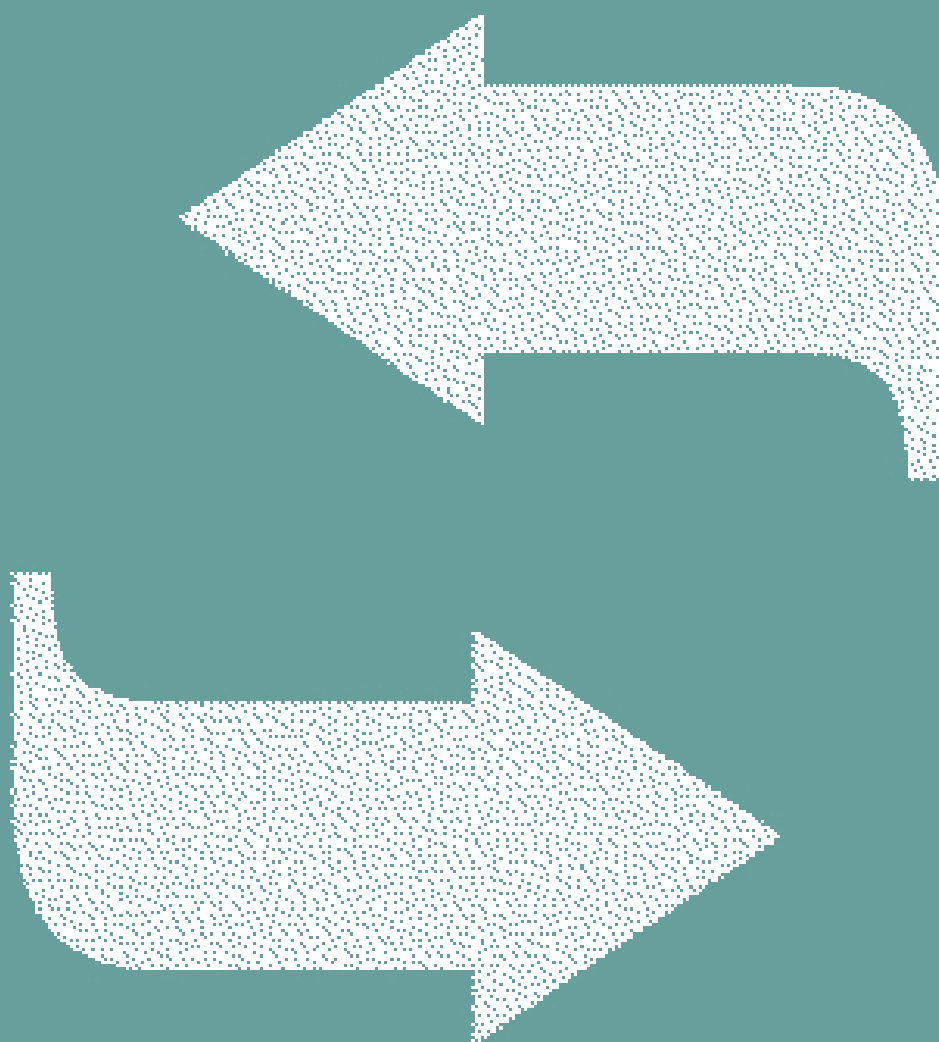
Bardzo modnym tematem jest oczywiście sztuczna inteligencja. Wiele zachodnich kancelarii korzysta z instrumentów, które pozwalają w kilka minut przejrzeć całą dokumentację pod kątem określonej klauzuli. Mam jednak wrażenie, że nasz rynek jeszcze nie do końca dojrzał do takich inwestycji. Efekty takich programów są najbardziej widoczne przy gigantycznych projektach, gdzie do przejrzania jest kilka czy kilkanaście tysięcy dokumentów, np. umów najmu czy dzierżawy. U nas dokumenty idą raczej w dziesiątki, rzadziej setki. Przy takim wolumenie zastosowanie tych programów jeszcze się nie opłaca. Potężną barierą jest też język, ponieważ istniejące globalne rozwiązania nie są dostosowane do specyfiki języka polskiego.

Oczywiście ten rozwój przebiega bardzo szybko i pewnie już niedługo pojawią się narzędzia dostosowane do naszego rynku. Bardzo obiecujące pod tym względem są wyniki polskiej edycji Global Legal Hackathonu, której nasza kancelaria już po raz drugi była partnerem. Uczestnicy zaproponowali wiele narzędzi, które mogłyby usprawnić pracę polskich prawników. Dlatego bacznie śledzimy ten rynek i czekamy na rozwiązania, które będą dostosowane do specyfiki naszej pracy.

Paweł Ciećwierz

adwokat, współnik odpowiedzialny za praktykę transakcyjną

Rozmawiała Justyna Zandberg-Malec





Było dobrze. Jest dobrze. A jak będzie dalej?

Z Anną Dąbrowską, Krzysztofem Libiszewskim i Izabelą Zielińską-Barłózek rozmawia Maciej A. Szewczyk

MS: Nie będzie dla Was zaskoczeniem, że porozmawiamy o transakcjach... Za nami świetny rok. Liczba transakcji wzrosła. Ich wartość, choć niższa niż w roku 2017, wciąż jest imponująca – niektóre źródła podają nawet 6,5 miliarda euro. Słowem: jest dobrze, a może nawet bardzo dobrze. Właściwie na tym moglibyśmy zakończyć, choć wcale jeszcze nie zaczęliśmy.

IZB: Faktycznie, dane, które podałeś, wyglądają wspaniale i mogą nastrajać optymistycznie. Od dłuższego już czasu, choć oczywiście nie liniowo, obserwujemy wzrost. Może nie jest on widoczny w każdym sektorze, ale w pewnym uproszczeniu w skali makro dotyczy całej gospodarki. Skoro tak, to nawet jeśli nie spodziewamy się jakiegoś nagłego tąpnięcia, trzeba się liczyć z tym, że po dłuższym okresie wzrostów jakiś spadek musi nastąpić.

AD: Nie jest to zresztą zwykłe czarnowidztwo, bo przecież w coraz większej liczbie prognoz wskazuje się na nadchodzące spowolnienie gospodarcze. Prędzej czy później przełoży się ono na ograniczenie liczby transakcji. Ten mechanizm obserwowaliśmy przed kilkoma laty – w związku z zawirowaniami gospodarczymi inwestorzy czasowo powstrzymywali się od rozpoczynania nowych projektów, zawieszali toczące się. Widać zresztą pewne symptomy, które nawet jeśli wprost nie zwiastują kłopotów, to przynajmniej każą być na nie przygotowanym.

MS: Co byście uznali za kluczowe czynniki, które mogą ten dobry trend odwrócić, albo przynajmniej zachwiać dobrym samopoczuciem? Sytuacja międzynarodowa, np. Brexit, czy – patrząc jeszcze bardziej w skali makro – chociażby napięcia między USA a Chinami? Spowolnienie na rynku niemieckim? Problemy na naszym polskim podwórku, choćby te dotyczące samego prawa?

KL: Oczywiście rozmawiamy jako prawnicy transakcyjni, a nie ekonomiści... Wydaje się, że wszystkie z wymienionych zagrożeń są na tyle doniosłe,

aby wywrzeć istotny negatywny wpływ na kondycję polskiej gospodarki. Ja jednak analizę ryzyk zacząłbym od czynników wewnętrznych. Wpływ sytuacji politycznej w Polsce na rynek M&A, czy szerzej na środowisko, w jakim funkcjonują przedsiębiorcy, to jest bardzo istotne zagadnienie. Nikt chyba nie zaneguje twierdzenia, że niektóre zmiany w prawie, powiązane z destabilizacją, dotyczą instytucji państwowych mających dbać o utrzymywanie stabilności, przez co wywierają negatywny wpływ na gospodarkę. Choćby dlatego, że czynią otoczenie prawne mniej przewidywalnym, a przez to bardziej ryzykownym dla inwestorów. To powinno w założeniu odstraszać inwestorów i przekładać się na mniejszą liczbę inwestycji, w tym także transakcji. Tyle teoria.

IZB: Otóż to, teoria! Bo z drugiej strony mamy do czynienia ze swoistą *realpolitik* wszystkich zainteresowanych, a ściślej z pewnym realizmem gospodarczym, także po stronie inwestorów. Inwestorzy obserwują sytuację i widzą, że sytuacja w Polsce nie jest jakimś zupełnym ewenementem. Że jest to element pewnego środkowoeuropejskiego (a może i europejskiego) trendu. Obserwują więc i stwierdzają: „Poczekajmy i zobaczmy, co z tego wyniknie”. No i czekają, a w międzyczasie prowadzą *business as usual*. Nikt przecież nie obraża się na gospodarkę i społeczeństwo 40-milionowego europejskiego kraju, dopóki nie zaistnieją bardzo ważne powody. I dlatego tego przełożenia polityki na gospodarkę nie widać (przynajmniej na tym etapie, przy analizie z wysokiej perspektywy).

MS: No a co z Brexitem? Kiedy rozmawiamy, sprawa jest jeszcze otwarta: wyjdą czy nie wyjdą? A jeśli wyjdą, to „na twardo” czy „na miękko”?

AD: Cokolwiek się stanie (oczywiście abstrahuję tu od sytuacji, gdyby do Brexitu w ogóle nie doszło), będzie to wydarzenie, którego rzeczywiste skutki będą zwyczajnie nieprzewidywalne. W ostatnich latach na ten temat powstało wiele analiz i opracowań, ale trzeba pamiętać, że one wszystkie operują w pewnej próżni. Nie wiemy, jak w danej formie Brexitu zachowają się rynki. Nie mamy pojęcia, czy i jakie polityczne tarcia Brexit w praktyce wywoła. Przekładając to na sytuację krajową, a konkretniej na transakcje i inwestycje na polskim rynku, można mówić zarówno o ryzyku destabilizacji, jak i o pewnych (raczej iluzorycznych) szansach związanych z potencjalną detronizacją Wielkiej Brytanii, czy ściślej Londynu, jako wiodącego centrum finansowego. Czy Polska na tym skorzysta czy straci? To jest trochę wróżenie z fusów.

KL: Na razie na rodzimym podwórku widać pierwsze przygotowania do czarnego scenariusza. W pierwszych dniach marca do sejmu wpłynął projekt

ustawy o zasadach prowadzenia na terytorium RP działalności przez instytucje finansowe z Wielkiej Brytanii, w związku z jej wystąpieniem z Unii Europejskiej. Można przypuszczać, że widmo twardego Brexitu, ale także widmo wygaśnięcia okresu przejściowego w umowie UE z Wielką Brytanią dotyczącej Brexitu i nieprzyjęcia w tym okresie stosownych porozumień dodatkowych, przyniesie więcej podobnych inicjatyw legislacyjnych. Brytyjskie instytucje finansowe bez wspomnianej ustawy nie mogłyby funkcjonować na terenie RP. Dobrze obrazuje to, jakiego paraliżu można się spodziewać w obecnym porządku prawnym w odniesieniu do działalności szeregu innych brytyjskich instytucji regulowanych (linii lotniczych i kolejowych, przedsiębiorstw transportowych, firm spedycyjnych itp.).

MS: Ale tu oczywiście musimy mieć świadomość, że takie działania są jedynie reakcją na sytuację i próbą zmniejszenia ewentualnych i wciąż niewiadomych negatywnych skutków. Przechodząc dalej, co z Niemcami?

AD: Rzeczywiście, słyszymy coraz częściej o tym, że niemiecka gospodarka hamuje. Skoro tak, to ryzyko dla nas jest nie do przecenienia. Niemcy to przecież jedna czwarta naszego eksportu, liczne inwestycje. Znaczna część polskiej gospodarki jest swoistym podwykonawcą gospodarki niemieckiej.

MS: No właśnie! Nie ulega wątpliwości, że Polska jest nadal raczej biorcą aniżeli dawcą, jeśli chodzi o inwestycje zagraniczne.

IZB: Zdecydowanie! Oczywiście w ostatnich latach mieliśmy przykłady mniej lub bardziej udanych, ale spektakularnych inwestycji polskich za granicą. Weźmy choćby inwestycje KGHM w Ameryce Południowej, działania ORLEN-u w Niemczech, w Litwie (rafineria), w Czechach czy w Słowacji. Innym jeszcze przykładem jest niedawne nabycie niemieckiego COMPO Expert przez Grupę Azoty za ponad 230 milionów euro! Te wszystkie inwestycje łączy jednak pewna wspólna cecha – były one udziałem spółek kontrolowanych przez Skarb Państwa. Formalnie są to więc inwestycje prywatne, ale faktycznie nie do końca. Ten trend raczej się w najbliższej perspektywie w istotny sposób nie zmieni.

MS: Wróćmy zatem na polski rynek. Mówiliśmy już o tym, że w 2018 r. na rynku działało się sporo. Zarazem dominowały transakcje małe i średnie.

KL: Wszystko zależy od systematyki, tudzież metodologii, którą sobie obierzemy. Tak zwanych megatransakcji na rynku polskim nie ma zbyt wielu.

Myszę tu o wielkich projektach (liczonych w co najmniej setkach milionów euro), w których polskie aktywa odgrywają wyłączną lub co najmniej przeważającą rolę. To maksymalnie kilka transakcji rocznie. Wyłączyłbym z tego zresztą transakcje nieruchomościowe, bo one, choć nierzadko dotyczą spółek, faktycznie mają za przedmiot nieruchomości (budynki, centra handlowe). Choć są znacznej wartości, to jednak także ich specyfika jest szczególna i w znacznym stopniu nieporównywalna z tym, co ma zastosowanie do „właściwych” transakcji.

IZB: Niewątpliwie w Polsce dominują i – jak należy przypuszczać – nadal dominować będą transakcje średniej wielkości i wartości. Po prostu taka jest specyfika rynku. Dotyczy to zresztą zarówno transakcji mających za przedmiot spółki, które już znajdują się w rękach zagranicznych inwestorów, jak i transakcji obejmujących biznesy dotąd lokalne, które dopiero czekają na to, by „się sprzedać”.

AD: W pewnym uproszczeniu mamy tu do czynienia z wymianą pokoleniową. Wiele spółek w Polsce nadal jest kontrolowanych przez ich założycieli z okresu transformacji ustrojowej. Niektórzy z nich po latach chcieliby po prostu sprzedać swój biznes, żeby zyskać pieniądze i wolny czas. Dla innych z kolei znalezienie inwestora jest warunkiem przetrwania albo wejścia z biznesem na wyższy poziom. Takich transakcji jest wciąż wiele.

MS: Co jeszcze uznalibyście za istotny czynnik, który kształtuje i może kształtować rynek w kolejnych latach?

KL: Jeszcze raz zaznaczmy, że nie rozmawiamy o trendach ekonomicznych. Zarówno w różnych raportach, jak i w rozmowach z naszymi klientami, przewija się to, że Polska wciąż jeszcze – bo trzeba podkreślić, że to nie jest stan permanentny – oferuje naprawdę dobrze wykwalifikowany personel, którego oczekiwania płacowe są niewspółmiernie niższe niż w wielu krajach zachodnich. To wciąż jeden z głównych czynników przesądzających o atrakcyjności lokalizacji inwestycji w Polsce. Choć już od dłuższego czasu nie podstawowy, ale nadal ważny.

IZB: Ale pamiętajmy, że nasze zasoby ludzkie nie są nieograniczone, a Polacy także potrafią liczyć i dostrzegać szanse związane z pracą na zachodzie właśnie.

MS: To jest skądinąd problem wspólny dla państw naszego regionu.

AD: Z perspektywy rynku M&A warto powiedzieć o jeszcze jednej rzeczy. To pozorna oczywistość, ale warto pamiętać, że wejścia czy wyjścia konkretnych inwestorów, przemieszczenia aktywów czy udziałów między portfelami itp.

są po prostu elementem cyklu. Ot, fundusz inwestycyjny kupuje jakąś spółkę, a po kilku latach ją sprzedaje. Analogicznie inwestor branżowy dokupuje nowy biznes, by poszerzyć swoje portfolio, a następnie sprzedaje inny – mniej pasujący do jego strategii.

IZB: Sądzę, że nie ma między nami sporu o to, czy w przyszłości będą się na naszym rynku odbywać transakcje. W szerszym horyzoncie (a więc abstrahując od jakichś krótkotrwałych zawirowań) z pewnością będą.

MS: Pytanie brzmi, jakie.

KL: Ciekawą kwestią – ale tematem na zupełnie inną rozmowę – jest to, jak raczkująca na razie, ale obiecująca fuzja prawa i nowych technologii przełoży się na realia prowadzenia transakcji. To jest przyszłość.

AD: Tak, i to bardzo ekscytująca! Warto jednak pamiętać, że mówimy naprawdę o przyszłości. Wprawdzie już dziś prowadzenie transakcji, za sprawą nowych technologii, wygląda zupełnie inaczej niż kilka czy kilkanaście lat temu, ale ewentualny skok jakościowy to dość odległa perspektywa. Jedną rzeczą są bowiem narzędzia informatyczne ułatwiające komunikację, odczytujące treść dokumentów itp. – a więc wspomagające pracę prawników. Drugą natomiast będzie wkroczenie technologii w sferę dotąd zarezerwowaną dla ludzi. Myślę tu choćby o wyciąganiu wniosków z lektury dokumentów czy o proponowaniu rozwiązań.

IZB: Oczywiście już dziś istnieją bardzo obiecujące rozwiązania. Przed ich twórcami jednak jeszcze wiele pracy. Przed nami zresztą też, bo nie możemy sobie pozwolić na stanie obok. Dopóki jednak konkretne rozwiązania technologiczne nie nabiorą bardziej wymiernej postaci, działania prawników będą sprowadzać się do czegoś, co nazwałabym „czynną obserwacją”.

Anna Dąbrowska

radca prawny, solicitor Anglii i Walii (obecnie nie wykonuje zawodu), wspólnik, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

Krzysztof Libiszewski

radca prawny, wspólnik, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

Izabela Zielińska-Barłożek

radca prawny, wspólnik odpowiedzialny za praktykę transakcyjną

Maciej A. Szewczyk

radca prawny, solicitor Anglii i Walii (obecnie nie wykonuje zawodu), praktyka transakcji i prawa korporacyjnego



Kinga Ziemnicka

Jak zmieniały się negocjacje transakcyjne na przestrzeni ostatnich lat?

W obecnych czasach nowoczesna technologia ułatwia dostęp do informacji i przyspiesza kontakty międzyludzkie. Jednak pomimo istnienia narzędzi umożliwiających komunikowanie się na odległość uczestnicy transakcji w kluczowych jej momentach najczęściej siadają przy stole negocjacyjnym, ponieważ osiągnięcie porozumienia jest znacznie łatwiejsze w bezpośrednim kontakcie z drugą stroną.

Pomimo pewnych schematów stosowanych w praktyce transakcyjnej dotyczących poszczególnych etapów transakcji, określonych rozwiązań prawnych czy wzorów dokumentów należy przyjąć założenie, że każda transakcja jest inna i wymaga rozwiązań dostosowanych do jej uwarunkowań. Podobnie jest z prowadzeniem negocjacji. Istnieją typologie stylów negocjacyjnych oraz teorie taktyk negocjacyjnych, ale w realnym świecie wszystko sprowadza się do tego, że spotykają się konkretni ludzie różniący się siłą negocjacyjną, doświadczeniem, motywacjami, emocjami, wiedzą i poziomem zaufania do drugiej strony. Trzeba wyczuć te czynniki, aby ułatwić stronom osiągnięcie porozumienia.

Czy twarde negocjacje gwarantują sukces?

Kilkanaście lat temu, kiedy wielu z nas było na początku kariery prawniczej, dominował twardy styl prowadzenia negocjacji, oparty na założeniu, że druga strona jest naszym przeciwnikiem, a miarą sukcesu jest osiągnięcie od niej jak największych ustępstw. Okazuje się jednak, że taki styl nie zawsze jest skuteczny.

Przykładem może być transakcja, w której reprezentowaliśmy duży fundusz inwestycyjny przy zakupie prywatnej spółki medycznej. Udziałowcami w tej spółce byli trzej panowie, z których jeden był prawnikiem. Nasz klient zaproponował im bardzo korzystne warunki finansowe oraz pakiet udziałów

w spółce należącej do grupy kapitałowej funduszu, w której wspomniany prawnik miał zasiadać w radzie nadzorczej. Fundusz dążył do szybkiego zamknięcia transakcji, więc początkowo był skłonny do ustępstw. Prawniki zaczęli jednak występować z coraz dalej idącymi żądaniami, grożąc zakończeniem rozmów i stosując ataki personalne. W rezultacie na końcowym etapie negocjacji, kiedy najważniejsze warunki transakcji były w zasadzie ustalone, a potyczki dotyczyły już tylko kwestii drugorzędnych, o które zaciekle walczył nasz oponent, fundusz ostatecznie wycofał się z transakcji. Przedstawiciele funduszu doszli bowiem do przekonania, że nie chcą mieć kogoś takiego w swojej radzie nadzorczej, gdyż trudno im będzie osiągnąć porozumienie przy podejmowaniu decyzji. Nie pomogły już potem próby łagodzenia stanowiska przez drugą stronę i w rezultacie transakcja nie doszła do skutku.

Obecnie negocjacje zwykle przebiegają inaczej. Rozwój gospodarczy i zmiany w świecie biznesu sprawiły, że kultura prowadzenia negocjacji ewoluje w kierunku racjonalnego rozwiązywania wspólnych problemów. Rozsądny wynik negocjacji prowadzonych w dobrej atmosferze jest szczególnie ważny w tych transakcjach, w których strony będą ze sobą w przyszłości współpracować. Oczywiście prawnicy obu stron najczęściej ze sobą polemizują, gdyż taka jest ich rola, ale istotna jest również współpraca pomiędzy nimi. Powinni oni pomagać stronom w rozwiązywaniu kwestii spornych, jakie pojawiają się w toku rozmów. Nie chodzi oczywiście o daleko idące ustępstwa w imię osiągnięcia porozumienia, lecz o poszukiwanie sposobów osiągnięcia celów przez klienta, które będą jednocześnie akceptowalne dla drugiej strony.

Rosnące doświadczenie klientów

W prowadzeniu negocjacji duże znaczenie ma również doświadczenie stron, które radykalnie wzrosło na przestrzeni ostatnich lat. Przedstawiciele funduszy inwestycyjnych czy dużych firm zainteresowanych poszerzeniem swojej grupy kapitałowej doskonale orientują się w zawiłościach prawnych i rozwiązaniach często zaczerpniętych z systemu prawa anglosaskiego. Klienci z doświadczeniem transakcyjnym mają też sprecyzowane oczekiwania, dzięki czemu współpraca z nimi jest relatywnie prosta. W obecności takich klientów prawnicy mogą swobodnie posługiwać się hasłami typu *drag along*, *tag along* czy *bad leaver* bez wzbudzania niepokoju, że chodzi o coś nielegalnego.

Zupełnie innego podejścia wymaga oczywiście współpraca z właścicielami firm rodzinnych, dla których sprzedaż biznesu jest często jedyną dużą transakcją w życiu. Klientów, którzy po raz pierwszy stykają się z taką transakcją, trzeba niejako przeprowadzić przez ten proces za rękę,

**kultura
prowadzenia
negocjacji
ewoluuje
w kierunku
racjonalnego
rozwiązywania
wspólnych
problemów**

podpowiadając im, czego mogą oczekiwać, jakie są ryzyka i jak możemy zabezpieczyć ich interesy.

Rola zaufania

Dużą rolę w toku negocjacji odgrywa również zaufanie pomiędzy stronami. Wydawałoby się, że zaufanie należy wyłącznie do sfery relacji międzyludzkich czy też pojęć z zakresu psychologii, w rzeczywistości jednak jest ono również rozpoznawane przez ekonomistów w powiązaniu z kosztami transakcyjnymi. Im mniejsze bowiem jest zaufanie pomiędzy stronami, tym bardziej rosną koszty transakcyjne. Wynika to między innymi z konieczności negocjowania dodatkowych zapisów umownych, na przykład dotyczących kar umownych czy zabezpieczeń wykonania zobowiązań przez strony, co powoduje, że umowy są bardziej skomplikowane i obszerne.

Dla przykładu jedną z transakcji, której wartość opiewała na ponad 300 milionów złotych, udało nam się zakończyć w ciągu niecałych trzech miesięcy, gdyż strony były dobrze zorientowane w stanie spraw oraz finansów sprzedawanych spółek. Nie występował więc problem asymetrii informacji, a w konsekwencji nie było obaw wynikających z braku zaufania pomiędzy nimi. Jedyną kwestią, która wymagała czasu, było uzyskanie kredytu na sfinansowanie zakupu udziałów. Natomiast w transakcji o wartości dziesięciokrotnie mniejszej negocjowaliśmy warunki umowy przez ponad rok, gdyż duża nieufność jednej ze stron przełożyła się na czas i koszty związane z uzgodnieniem i przygotowaniem drobiazgowej dokumentacji, która osiągnęła rozmiary grubej książki.

Oczywiście ograniczone zaufanie nie zawsze jest zjawiskiem negatywnym, gdyż w toku negocjacji należy liczyć się również z ryzykiem zatajenia pewnych informacji, z manipulacjami, a nawet z oszustwami. Ograniczone zaufanie może zatem przyczyniać się do lepszego zabezpieczenia interesów klienta, pod warunkiem jednak, że prowadzi do racjonalnych rozwiązań, a nie do nierealnych oczekiwań jednej ze stron. Natomiast tam, gdzie istnieją obiektywne powody do braku zaufania, najczęściej po prostu nie dochodzi do zawarcia umowy z uwagi na zbyt duże ryzyko transakcyjne.

Czasami też utrata zaufania pomiędzy dotychczasowymi partnerami biznesowymi prowadzi do zakończenia ich współpracy. W takich sytuacjach negocjacje dotyczące na przykład wyjścia jednego z nich ze spółki są bardzo trudne, gdyż wiążą się z poczuciem pokrzywdzenia czy też z urażonymi ambicjami. Wówczas rolą prawników jest także zapanowanie nad emocjami klientów.

Badanie wirtualne

Istotnym zagadnieniem w toku negocjacji jest również wspomniana asymetria informacji pomiędzy sprzedającym i kupującym. Problem ten jest częściowo rozwiązywany poprzez zawieranie w umowach oświadczeń i zapewnień sprzedającego dotyczących przedmiotu sprzedaży, ale również poprzez przeprowadzenie procesu *due diligence*, czyli analizy prawnej i finansowej spółki. Przedstawicielom kupującego udostępniane są wówczas dokumenty spółki będącej przedmiotem sprzedaży w celu sprawdzenia ich prawidłowości oraz zidentyfikowania ewentualnego ryzyka związanego z transakcją. Na przestrzeni lat to właśnie ten etap ulegał największym zmianom.

Kilkanaście lat temu prawnicy podróżowali po całej Polsce, aby w siedzibach spółek zbadać liczne segregatory z dokumentami. Przy okazji można było bezpośrednio zobaczyć, czego właściwie dotyczy transakcja, czyli na przykład wytwórnię ceramiki albo fabrykę produkującą piankę poliuretanową, odlewy przemysłowe czy też czekoladki. Bardzo często na stołach obok segregatorów czekały na prawników rozmaite smakołyki. Wizyta na miejscu w spółce i bezpośredni kontakt z jej przedstawicielami ułatwiała też doradcom poznanie biznesowych aspektów transakcji, co pozytywnie przekładało się na późniejsze negocjacje.

Obecnie badanie prawne spółek odbywa się poprzez wirtualny dostęp do dokumentacji w zaciśnięciu biur prawniczych, a więc oczywiście jest zdecydowanie szybsze, ale też ograniczone do suchej analizy dokumentów, pozbawionej szeregu elementów poznawczych i bezpośrednich kontaktów międzyludzkich.

Podsumowanie

Szeroki dostęp do informacji oraz globalizacja transakcji prowadzą do ujednolicenia rozwiązań prawnych i w konsekwencji do stosowania konstrukcji zaczerpniętych z innych systemów prawnych, w szczególności z prawa anglosaskiego. W rezultacie obecnie znacznie większą rolę przywiązuje się do wysokiego poziomu kompetencji uczestników negocjacji niż do umiejętności prowadzenia twardych i agresywnych rozmów. Poszanowanie drugiej strony nie wyklucza oczywiście asertywności i stanowczego przedstawiania racjonalnych argumentów. Jednak wzajemne budowanie porozumienia pozwala na zakończenie negocjacji z sukcesem i na oszczędność czasu, który w biznesie często jest kluczowy.

dr Kinga Ziemnicka

radca prawny, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego



Andrzej Madała

Trochę historii i wspomnień. Niemał 30 lat regulacji kontroli koncentracji przedsiębiorców w Polsce i tyleż samo praktyki prawa konkurencji WiW

Z historią w tle

Prawo ochrony konkurencji (inaczej prawo antymonopolowe) już od niemal 30 lat funkcjonuje w systemie prawa polskiego po jego faktycznej reaktywacji na przełomie lat 80. i 90. ubiegłego wieku¹. Jest to część prawa publicznego, która bezpośrednio i wielopłaszczyznowo oddziałuje na gospodarkę. Ma ono bowiem zastosowanie do każdego większego przedsięwzięcia, poczynając od transakcji fuzji i przejęć, przez organizację sieci dystrybucji, aż po udział w tzw. stowarzyszeniach branżowych. Prawo to odgrywa istotną rolę nie tylko w kontaktach z organem antymonopolowym (dawniej Urząd Antymonopolowy, obecnie Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów), ale także w relacjach między podmiotami prywatnymi². Oddziaływanie regulacji ochrony konkurencji na zachodzące procesy gospodarcze oraz na aktywność samych przedsiębiorców dobrze widoczne jest właśnie na przykładzie transakcji fuzji i przejęć, które w prawie konkurencji określane są mianem „koncentracji”.

1 W II RP publiczne prawo konkurencji funkcjonowało wyłącznie jako prawo kartelowe, a ochrona konkurencji oparta została na instytucji nadzoru nad zawieranymi przez przedsiębiorców porozumieniami (organami ochrony konkurencji byli: Minister Przemysłu i Handlu oraz Sąd Kartelowy). Regulacja była oparta na ustawie z dnia 28 marca 1933 r. o kartelach oraz późniejszej z dnia 13 lipca 1939 r. o porozumieniach kartelowych (ta ostatnia miała zacząć obowiązywać w październiku 1939 r. i z wiadomych przyczyn nie weszła w życie).

2 Zob. T. Wardyński [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, Prawo konkurencji, Warszawa 2012, s. 19.

**przepisy
antymonopolowe
nie były
potrzebne, gdy
monopolistą było
państwo**

Pierwsze przepisy regulujące kontrolę koncentracji (wtedy zamiar połączenia jednostek gospodarczych) pojawiły się już pod koniec PRL w ustawie z dnia 28 stycznia 1987 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym w gospodarce narodowej. Ustawa ta tkwiła jeszcze w realiach społeczno-gospodarczych Polski Ludowej (gdzie funkcjonowała gospodarka socjalistyczna, centralnie sterowana i planowa z tzw. jednostkami gospodarki uspołecznionej i nieuspołecznionej, a przepisy antymonopolowe wcale nie były potrzebne, bo monopolistą było państwo), ale zapowiadała zmiany wymuszone bankructwem państwa komunistycznego. Swoistym przełomem było uchwalenie w grudniu 1988 r. pakietu ustaw, w szczególności ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej. To ten akt prawny spowodował radykalną zmianę rzeczywistości ekonomicznej PRL, przywracając po 50 latach szeroko pojętą wolność gospodarczą i umożliwiając prowadzenie działalności gospodarczej wszystkim chętnym, w tym podmiotom prywatnym, na równych zasadach.

W zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej pojawiła się konieczność wprowadzenia przepisów antymonopolowych dostosowanych do rozwijającej się coraz szybciej gospodarki rynkowej, jak i odpowiadających na zagrożenia dla konkurencji. Tak doszło do uchwalenia ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, która ukształtowała w Polsce współczesny model ochrony konkurencji podejmowanej w interesie publicznym. Na mocy ustawy powołany został Urząd Antymonopolowy – jako centralny organ administracji państwowej. Przepisy ustawy antymonopolowej dotyczyły również oddziaływania na kształtowanie struktur organizacyjnych podmiotów gospodarczych (zgłoszeniu do Urzędu Antymonopolowego podlegał zamiar łączenia i przekształcenia podmiotów gospodarczych, a także zamiar utworzenia nowego podmiotu, ale tylko wtedy, gdy powodował uzyskanie pozycji dominującej na rynku albo gdy jedna ze stron transakcji taką pozycję posiadała).

Pionierskie początki

W pierwszej połowie lat 90. ubiegłego wieku zaczęła się przygoda kancelarii z prawem antymonopolowym oraz z raczkującą jeszcze kontrolą koncentracji sprawowaną przez Urząd Antymonopolowy. Przepisy dotyczące kontroli koncentracji zaczęły odgrywać istotną rolę gospodarczą od połowy maja 1995 r., kiedy to weszła w życie jedna z istotniejszych nowelizacji ustawy z 1990 r. Spraw łączeniowych badanych przez Urząd Antymonopolowy przybywało. Wynikało to ze wzrostu liczby fuzji i przejęć związanych z otwarciem rynku polskiego dla inwestorów zagranicznych oraz z prywatyzacją mienia państwowego i komunalnego, ale także z wprowadzonymi

kryteriami zgłoszeniowymi. Zgłoszeniu podlegały „łączenia podmiotów gospodarczych”, które obejmowały szerszy niż obecnie obowiązujący katalog koncentracji, włącznie z nabywaniem mniejszościowych pakietów akcji czy udziałów (od 10%). Stosunkowo niskie były również progi zgłoszeniowe. Obowiązek zgłoszenia dotyczył transakcji, w których łączna wartość sprzedaży towarów przez jej uczestników w roku poprzedzającym rok zgłoszenia przekraczała równowartość 5 milionów ECU³, z wyjątkiem nabycia lub przejścia zorganizowanej części mienia – wtedy próg zgłoszeniowy stanowił równowartość 2 milionów ECU i dotyczył wartości mienia. Wprowadzenie nowych kryteriów obowiązku zgłoszenia spowodowało szybki przyrost postępowań zgłoszeniowych, czego doświadczyliśmy również w kancelarii.

Obowiązujące przepisy zawierały wiele ciekawych rozwiązań legislacyjnych budzących niejednokrotnie spore problemy interpretacyjne. Wprowadzały np. określony – niedookreślony termin na dokonanie zgłoszenia: zamiar łączenia podlegał notyfikacji „w terminie 14 dni od dokonania czynności, z którą ustawa wiązała ten obowiązek”. Dokumentem potwierdzającym zgodę Urzędu Antymonopolowego na dokonanie transakcji było zwykle zawiadomienie (jedynie zakazy wydawane były w formie decyzji administracyjnej).

Potem przyszły kolejne nowelizacje ustawy antymonopolowej. W 1996 r. zmieniono nazwę organu antymonopolowego na Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), a centralnym organem antymonopolowym administracji rządowej został Prezes UOKiK. W 1997 r. pojęcie „podmiot gospodarczy” zastąpiono funkcjonującym do dzisiaj terminem „przedsiębiorca” (dzięki bezprecedensowej zmianie w polskim systemie prawnym polegającej na kompleksowym wprowadzeniu tego pojęcia do obowiązujących przepisów). Z kolei w 1998 r. podwyższono progi zgłoszeniowe z dotychczasowych 5 na 25 milionów ECU (oraz z 2 na 5 milionów ECU w przypadku nabycia mienia). Jednak podniesienie pięciokrotnie podstawowego kryterium zgłoszeniowego wcale nie spowodowało zmniejszenia ilości zgłoszeń i postępowań prowadzonych w urzędzie. Ustanowiono również dziewięć delegatur UOKiK (w Bydgoszczy, Gdańsku, Katowicach, Krakowie, Lublinie, Łodzi, Poznaniu, Wrocławiu i w Warszawie – niezależnie od centrali urzędu). Rozpatrywały one m.in. sprawy dotyczące łączenia przedsiębiorców (zgodnie z przyznaną właściwością miejscową i rzeczową). Powodowało to dodatkową konieczność badania, do której delegatury powinien trafić wniosek zgłoszeniowy.

3 Czy ktoś jeszcze pamięta ECU? ECU, z ang. European Currency Unit, była jednostką rozliczeniową w Europejskim Systemie Monetarnym opartą na koszyku walut krajów EWG, funkcjonującą w latach 1979-1998.

Dalszy rozwój i stan obecny

Ustawa z 1990 r. przez ponad dekadę normowała zasady kontroli koncentracji w Polsce. Oprócz zalet – takich jak podkreślenie doniosłości publicznego nadzoru nad koncentracjami gospodarczymi i umieszczenie tych przepisów w ustawie antymonopolowej – miała też mankamenty. W zakresie koncentracji przedsiębiorców były to mało czytelne kryteria obowiązku zgłoszenia zamiaru łączenia, nadmierny formalizm procedury czy kazuistyka przepisów.

W takich okolicznościach doszło do uchwalenia kolejnej ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Akt ten uporządkował dotychczas obowiązujący system ochrony konkurencji (ustawa zawierała obszerny słowniczek, w którym zdefiniowano takie pojęcia jak przedsiębiorca, pozycja dominująca, rynek właściwy, przejęcie kontroli czy grupa kapitałowa). Wprowadzono szereg rozwiązań, dotyczących również prewencyjnej kontroli koncentracji, z uwzględnieniem niektórych instytucji prawa unijnego (mając na uwadze spodziewane członkostwo Polski w Unii Europejskiej). Ustawa definiowała trzy podstawowe rodzaje koncentracji (połączenie, przejęcie kontroli i utworzenie wspólnego przedsiębiorcy), utrzymywała też obowiązek zgłoszenia dotyczący nabycia lub objęcia mniejszościowego pakietu udziałów lub akcji (co najmniej 25%). Ale co bardzo istotne, ustawodawca zwiększył znów, tym razem dwukrotnie, podstawowy próg zgłoszeniowy, określając go na poziomie 50 milionów euro na świecie. Wprowadzono również wyłączenia spod obowiązku zgłoszenia, określając próg bagatelności obrotu dla przedsiębiorcy przejmowanego na 10 milionów euro oraz próg bagatelności udziału rynkowego dla wszystkich typów koncentracji na poziomie do 20% łącznego udziału w rynku właściwym uczestników koncentracji. To ostatnie wyłączenie było nieostre – pozostawała kwestia właściwego zdefiniowania rynku (produkтового i geograficznego) oraz obliczenia udziałów, a wynik mógł być różny w zależności od sposobu liczenia, danych wyjściowych (w szczególności oszacowania całkowitej wielkości badanego rynku) czy przyjętych założeń (wyniki np. mogły się różnić, gdy były liczone od wartości lub wielkości sprzedaży). Niejednokrotnie głowiliśmy się nad właściwą definicją rynku, a następnie nad obliczeniem udziału stron na podstawie dostępnych danych.

Niewątpliwie istotnym momentem, również w zakresie regulacji antymonopolowej i kontroli koncentracji, było wejście Polski do Unii Europejskiej w maju 2004 r. Stworzyło to możliwość stosowania przez Prezesa UOKiK pierwotnego i wtórnego prawa unijnego, w tym rozporządzenia Rady WE 139/2004 z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. W następstwie tego wydarzenia Polska została objęta systemem przekazywania

spraw między Komisją Europejską a organami ochrony konkurencji państw członkowskich. W dalszej kolejności polski organ antymonopolowy stał się członkiem Europejskiej Sieci Konkurencji (ang. ECN). Dla zespołu konkurencji oznaczało to dokładnie to samo – zaczęliśmy stosować na co dzień również europejskie przepisy prawa konkurencji. W kancelarii sprawdzaliśmy już każdą transakcję pod kątem wymiaru unijnego, zdobywaliśmy również coraz większe doświadczenie, doradzając klientom przy przejmowaniu spraw unijnych przez UOKiK oraz przy przekazywaniu spraw krajowych do zbadania przez Komisję.

W ewolucji kontroli koncentracji przedsiębiorców (i szerzej prawa ochrony konkurencji) w ostatnich dekadach doskonale było widać splatanie się tendencji regulacyjnych z deregulacyjnymi. Procesy deregulacji odnoszące się do kontroli koncentracji dotyczyły w szczególności: zmniejszania liczby typów koncentracji (łączeń) podlegających zgłoszeniu, podnoszenia progów warunkujących obowiązki zgłoszenia oraz wprowadzania dodatkowych progów bagatelności i możliwości wyłączenia pewnych transakcji spod antymonopolowego nadzoru (tak aby obowiązkiem zgłoszenia podlegały jedynie te największe i zarazem najistotniejsze rynkowo i gospodarczo koncentracje) oraz większego otwarcia urzędu na bezpośredni kontakt z przedsiębiorcami i ich pełnomocnikami. Z kolei kwestie regulacyjne dotyczyły większej racjonalizacji przepisów oraz wprowadzenia pewności prawnej dla przedsiębiorców. W takim kierunku podążała też ostatnia regulacja antymonopolowa wraz z przepisami dotyczącymi kontroli koncentracji, którą uchwalono w 2007 r., i która obowiązuje do dzisiaj, tj. ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Ustawa została istotnie znowelizowana w 2014 r. (uchwalone zmiany zaczęły obowiązywać w styczniu 2015 r.). O szczegółach obowiązującej regulacji w zakresie kontroli koncentracji przedsiębiorców pisaliśmy już niejednokrotnie na naszym portalu Codozasady.pl. Warto w tym miejscu jedynie odnotować, że nowelizacja wprowadziła:

- dwuetapowe postępowanie zgłoszeniowe (podstawowy termin to jeden miesiąc, drugi etap to dalsze cztery miesiące),
- zmodyfikowany sposób obliczania obrotów przedsiębiorców w zakresie alternatywnych progów zgłoszeniowych (co do zasady transakcja podlega zgłoszeniu, jeżeli łączny obrót przedsiębiorców przekracza 1 miliard euro na świecie lub 50 milionów euro w Polsce) oraz dodatkowych kryteriów zgłoszenia,
- zwiększenie liczby wyłączeń spod obowiązku zgłoszenia pomimo spełnienia przez transakcję głównych przesłanek zgłoszeniowych – co razem z punktem wskazanym powyżej powoduje, że jedynie stosunkowo duże transakcje podlegają badaniu przez Prezesa UOKiK,

- nową instytucję w postaci zastrzeżeń wobec koncentracji wydawanych w trakcie trwania postępowania antymonopolowego w sprawach, w których istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo istotnego ograniczenia konkurencji.

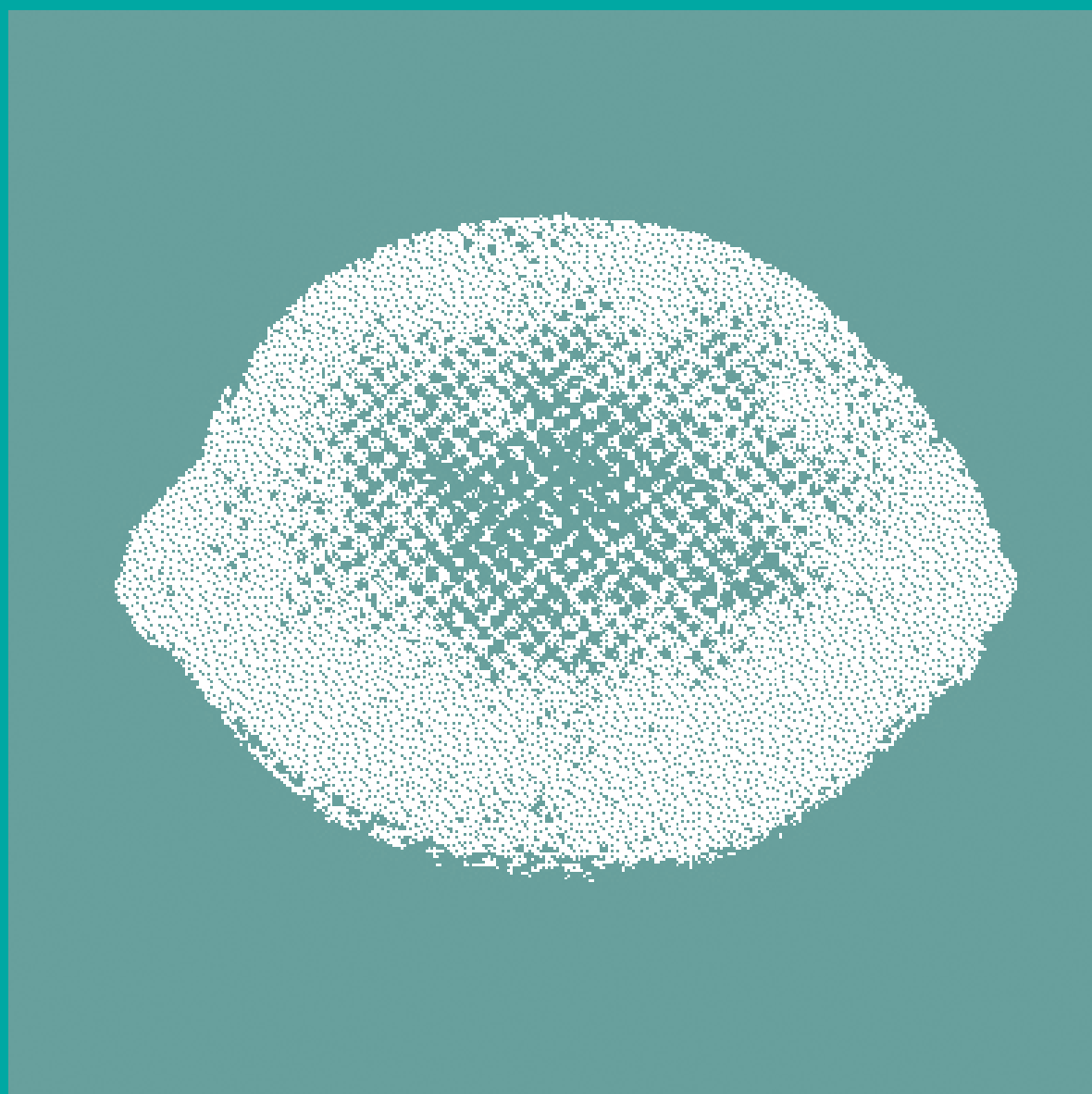
Pomimo wielokrotnych zmian i nowelizacji prawa w zakresie kontroli koncentracji ciągle jest dużo do poprawy. Idealnie byłoby, gdyby w opisanych tendencjach regulacyjnych i deregulacyjnych wypracowany i stosowany był tzw. złoty środek. Ustawodawca wciąż go poszukuje – z pomocą orzecznictwa oraz teoretyków prawa, a także praktyków, czyli przedsiębiorców i doradców prawnych zajmujących się na co dzień prawem konkurencji. Wydaje się jednak, że jest na dobrej drodze i zmierza we właściwym kierunku.

Z praktyki zespołu

Zespół prawa konkurencji może pochwalić się wieloma osiągnięciami w zakresie postępowań koncentracyjnych. Reprezentowaliśmy klientów w ponad 300 postępowaniach przed UA i Prezesem UOKiK oraz w postępowaniach sądowych związanych z kontrolą koncentracji (nie licząc badania obowiązku zgłoszenia i innego doradztwa okołotransakcyjnego w aspekcie prawa konkurencji). Najwięcej wniosków zgłoszeniowych, dokładnie 37, złożyliśmy w 2000 r. – na koniec wieku, uzyskując zgody dla przedsiębiorców na przeprowadzenie transakcji.

Najkrótsze w ostatnich latach postępowanie zgłoszeniowe, w którym uzyskaliśmy dla klienta decyzję zezwalającą na dokonanie koncentracji, trwało 10 dni. Najdłuższe – z procedurą badania rynku i przejściem do drugiej fazy postępowania – 75 miesięcy (dokładnie 223 dni). Ściśle współpracując z naszymi klientami przyczynialiśmy się do definiowania rynków właściwych przez organ antymonopolowy, np. w sprawach dotyczących sprzedaży produktów w sklepach wielkopowierzchniowych (artykuły DIY czy codziennego użytku), opracowując własne metodologie określania zasięgu rynków lokalnych i obliczania/szacowania udziałów stron i ich konkurentów. Opisywaliśmy rynki produktowe w tak różnorodnych branżach jak produkcja i dostawy gazów technicznych i medycznych, silniki lotnicze, usługi kurierskie i pocztowe, przemysł spożywczy i cukierniczy, napoje alkoholowe, energetyka i monopole naturalne na rynkach sieciowych (sieci ciepłownicze i wodno-kanalizacyjne), przemysł kosmiczny i wiele innych.

W jednej ze spraw dotyczących planowanego przejęcia na rynku leków i produktów farmaceutycznych po pięciomiesięcznym postępowaniu uzyskaliśmy decyzję zezwalającą na dokonanie koncentracji dla naszego klienta. Transakcja była dosyć skomplikowana – firma farmaceutyczna Gedeon Richter z Węgier zamierzała bowiem przejąć kontrolę nad konkurencyjną



polską spółką farmaceutyczną Polpharma S.A. W sprawie zidentyfikowaliśmy około trzydziestu wspólnych rynków właściwych dla leków i farmaceutycznych substancji czynnych. Po długim postępowaniu wreszcie przyszła upragniona zgoda, która niestety nie została wykorzystana, bowiem ostatecznie strony nie porozumiały się i do transakcji nie doszło. Przypadek ten bardzo dobrze obrazuje, jak istotne w praktyce powinno być zachowanie standardów prawa konkurencji, tak aby nie powodować ryzyka nałożenia kar finansowych za np. przedwczesną integrację przedsiębiorców i wymianę między nimi poufnych informacji rynkowych.

Kiedy indziej około godz. 9 rano na moim biurku zadzwonił telefon.

– Dzień dobry panie mecenasie, jak się pan miewa?

– A dziękuję panie prezesie całkiem dobrze, zważywszy na słoneczny dzień za oknem. A pan?

– Ja również świetnie. Siedzę właśnie w sali konferencyjnej w miłym towarzystwie państwa z UOKiK, których zastałem rano przychodząc do biura. Rozmawiamy sobie sympatycznie już od kwadransa. Znalazłby pan może chwilę, żeby do nas dołączyć?

– Panie prezesie, proszę się nie martwić i stosować procedury. Będziemy u pana jak najszybciej.

Okazało się, że niezapowiedziana kontrola w siedzibie spółki dotyczyła dokonanej kilka miesięcy wcześniej transakcji, którą opiniowaliśmy i wykluczyliśmy obowiązek zgłoszenia z uwagi na istotny obrót wewnątrzgrupowy, co wyłączało koncentrację spod antymonopolowego nadzoru. Urząd jednak, dowiedziawszy się o znaczącej transakcji na rynku wydawniczym i nie znając szczegółów sprawy, postanowił bliżej się jej przyjrzeć i przeprowadził niezapowiedzianą kontrolę w ramach postępowania wyjaśniającego. Zachodziło bowiem znaczne prawdopodobieństwo, że właśnie dokonana transakcja podlegała jednak kontroli Prezesa UOKiK. Nasz zespół asystował przez kilka kolejnych dni w czynnościach kontrolnych i weryfikacyjnych dokonywanych przez pracowników UOKiK w siedzibie spółki. Postępowanie wyjaśniające trwało jeszcze ładnych parę miesięcy po zakończeniu kontroli. Jego wynik potwierdził nasze ustalenia o braku obowiązku zgłoszenia. Było to jedno z precedensowych postępowań z wykorzystaniem niezapowiedzianej kontroli przeprowadzonej przez UOKiK (z ang. tzw. *dawn raid*) w sprawie dotyczącej kontroli koncentracji (zwykle niezapowiedziane kontrole organów antymonopolowych dotyczą naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie antykonkurencyjnych praktyk, w szczególności porozumień kartelowych).

Inna precedensowa sprawa w naszej praktyce dotyczyła przygotowania i wniesienia do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołania od tzw.

decyzji warunkowej, czyli uzależniającej dokonanie koncentracji od spełnienia dodatkowych zobowiązań nałożonych przez Prezesa UOKiK na stronę lub strony transakcji. Sprawa dotyczyła rynku wytwarzania i sprzedaży betonu na potrzeby branży budowlanej. W jej wyniku nasz klient miał przejąć w pełni kilkanaście spółek konkurenta, a w kilku innych uzyskać po 50% udziałów. I właśnie odsprzedaży 50% udziałów w jednej ze spółek dotyczył warunek nałożony przez urząd po ponad pięciomiesięcznym postępowaniu. Rynki właściwe betonu towarowego są ze swej natury rynkami lokalnymi (masa betonowa może być dostarczana jedynie na określone odległości bez uszczerbku dla swych właściwości). Dodatkowo niektóre z rynków lokalnych występujących w tej sprawie były rynkami ruchomymi, w dosłownym tego słowa znaczeniu. Każda ze stron transakcji korzystała bowiem z pewnej ilości mobilnych wytwórni betonu, które mogły być montowane i demontowane na potrzeby konkretnych inwestycji w zasadzie w każdym regionie kraju. Właściwe określenie zasięgu rynków lokalnych sprawiało zatem niemało problemów. W efekcie została wydana decyzja, w której omawiane rynki zostały określone w sposób nieprecyzyjny. A od właściwego określenia rynku właściwego w sprawie zależą wszystkie inne elementy – wielkość rynku, liczba konkurentów, udziały stron itd. Dopiero z odpowiednio zdefiniowanego rynku wypływają właściwe wnioski końcowe, przede wszystkim można wtedy ustalić, czy dana koncentracja będzie miała antykonkurencyjne skutki. Sprawa była bardzo ciekawa, ale najciekawszym intelektualnym wyzwaniem było przygotowanie precedensowego odwołania do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwestionującego zdefiniowanie rynku właściwego przez UOKiK. Rozstrzygnięcie sądu mogło być niezmiernie interesujące. Jak to jednak bywa w życiu, szczególnie jeśli chodzi o sprawy biznesowe, liczy się podejście pragmatyczne. W efekcie zobowiązanie nałożone przez UOKiK zostało spełnione – znalazł się kupiec, a odwołanie po roku zostało z sądu wycofane.

Jaka przyszłość?

Prawo ochrony konkurencji wraz z przepisami dotyczącymi kontroli koncentracji funkcjonuje w ciągle zmieniających się warunkach gospodarczych, społecznych i politycznych. W związku z tym siłą rzeczy w tę dziedzinę prawa wpisane są zmiany. Dobrze, żeby wynikały one z rozwoju gospodarki rynkowej, dalszego wzrostu i bezpieczeństwa gospodarczego, a co za tym idzie rozwoju przedsiębiorczości oraz powiększania się dobrobytu całego społeczeństwa.

A perspektywy gospodarcze i transakcyjne są obiecujące. Jak donosi prasa⁴, w 2018 r. organy ochrony konkurencji odnotowały rekordową liczbę zgłoszeń koncentracji. Również do UOKiK w zeszłym roku wpłynęło łącznie 251 wniosków zgłoszeniowych, a Prezes UOKiK wydał 229 decyzji w sprawach kontroli koncentracji (228 zgód i jedno umorzenie postępowania). To najwięcej od 11 lat⁵.

W opisanym okresie wiele się zmieniło. Zmieniała się Polska, UOKiK, nasza kancelaria. Zmieniało się otoczenie międzynarodowe, polityczne, gospodarcze i prawne. Zmieniali się ludzie – prezesi i pracownicy UA i UOKiK, skład naszego zespołu prawa konkurencji. Pewne rzeczy są jednak niezmiennie. Z wieloma poznanymi w tym czasie przedsiębiorcami od lat jesteśmy w stałym kontakcie, podobnie jak z wieloma pracownikami Departamentu Kontroli Koncentracji UOKiK. Nie zmieniło się też nasze przekonanie, że prawo ochrony konkurencji to fascynująca dziedzina prawa.

Andrzej Madała

praktyka prawa konkurencji

⁴ Zob. K. Kucharczyk, Rzeczpospolita z 25 lutego 2019 r., Urzędy antymonopolowe mają co robić.

⁵ Zob. komunikat UOKiK z 21 lutego 2019 r. pt. Kontrola koncentracji w 2018 r. (https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=15186).



Maciej A. Szewczyk

O umiędzynarodowieniu umów transakcyjnych i zapożyczaniu rozwiązań z *common law*

Wraz z transformacją ustrojową przełomu lat 80. i 90. oraz napływającymi do Polski inwestycjami zagranicznymi dotarły do nas stosowane już w międzynarodowym obrocie wzorce konstrukcji kontraktowych. Oczywiście nie jest tak, że wcześniej prawo w Polsce było homogeniczne i „prawdziwie polskie”. Na to, jak kształtował się rodzimy system prawny, złożyło się historycznie wiele czynników, na czele z dominującym wpływem rozwiązań właściwych dla prawodawstwa niemieckiego i francuskiego.

Trend, o którym tu mowa, związany był natomiast ściśle z pojawieniem się w Polsce zagranicznych inwestorów, którzy – ze zrozumiałych względów – oczekiwali, by zawierane przez nich umowy były możliwie podobne do rozwiązań już im znanych. W praktyce wykorzystywane były przede wszystkim konstrukcje mające swoje źródło w krajach, w których obowiązuje porządek *common law*. Taki stan rzeczy jest obecny do dziś.

W pewnym uproszczeniu, najdalej idący wpływ *common law* widoczny jest w obszarach związanych z międzynarodowym przepływem pieniądza. Z prawniczego punktu widzenia są to więc transakcje obejmujące sprzedaż, czy – szerzej – wymianę dóbr, oraz ściśle z nimi powiązane działania związane z pozyskaniem i zabezpieczeniem udzielanego finansowania.

Ślady ustawowe

Z perspektywy samych transakcji relatywnie niewielki okazał się wpływ *common law* i rozwiązań w nim funkcjonujących na sferę legislacyjną. Oczywiście prawo odnoszące się do funkcjonowania spółek (a więc prawo handlowe) jest w samej Unii Europejskiej przedmiotem daleko idącej harmonizacji. Stąd też zarówno w prawie angielskim, jak i w systemach

kontynentalnych wiele rozwiązań funkcjonuje w sposób podobny. Podobny, ale jednak nie taki sam.

Jednym z istotniejszych przykładów wpływu *common law* na regulacje ustawowe dotyczące szeroko pojętego prawa handlowego są niewątpliwie przepisy odnoszące się do tzw. przymusowego wykupu akcji. Są one wzorowane na angielskiej instytucji *squeeze-out*, a więc „wyciśnięcia” mniejszościowych akcjonariuszy przez akcjonariuszy posiadających odpowiednią większość (liczącą w zależności od trybu przeprowadzenia wykupu 90% lub 95% praw udziałowych).

Innym przykładem są regulacje odnoszące się do spółek publicznych, np. w zakresie wezwania na akcje czy wrogiego przejęcia spółki.

Nie jest to oczywiście pełen katalog „śladów” rozwiązań mających anglosaską genezę w polskich przepisach mających znaczenie dla transakcji fuzji i przejęć. Niemniej jednak owych rozwiązań o charakterze legislacyjnym niewątpliwie nie znajdziemy zbyt wielu.

Zapożyczenia w umowach

Zdecydowanie bogatszy jest wpływ *common law* na praktykę obrotu. Jest to zresztą przejaw szerszego trendu, obecnego także w innych prawodawstwach. Polega on na przyjmowaniu swoistych zapożyczeń, rozwiązań właściwych dla systemów *common law* do dokumentów (umów), w oparciu o które przeprowadzane są transakcje dotyczące polskich aktywów (udziałów, akcji, ruchomości, a do pewnego stopnia także nieruchomości). Transakcje te – należy podkreślić – poddawane są jednocześnie prawu polskiemu, w którym przeszczepiane rozwiązania nie występują lub mają nierzadko inne skutki prawne.

To ostatnie może być szczególnie problematyczne. By uzmysłowić sobie źródło potencjalnych problemów, należy przypomnieć, że cechą charakterystyczną (w pewnym uproszczeniu oczywiście) systemów *common law* jest to, że zawierany przez strony kontrakt stanowi (z nielicznymi wyjątkami wynikającymi z przepisów prawa) całokształt ich wzajemnych praw i obowiązków. Odpowiednio więc, o ile strony wyraźnie nie uregulują 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, czego wyrazem jest w szczególności dyspozycja art. 56 Kodeksu cywilnego, o skutkach czynności prawnej (w tym o skutkach umowy zawieranej przez strony) przesądza nie tylko sama jej treść, ale także przepisy ustawy, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. Tym samym, na gruncie

prawa polskiego, dopiero całokształt wskazanych okoliczności (a nie sama treść umowy) stanowi treść stosunku obligacyjnego wiążącego strony.

Typowa konstrukcja umowy

W praktyce sięganie do wzorców anglosaskich w transakcjach fuzji i przejęć rozpoczyna się już na etapie tworzenia struktury negocjowanej przez strony umowy. Struktura ta obejmuje więc w szczególności następujące elementy (choć niekoniecznie ułożone w tej samej kolejności):

- przedmiot umowy (np. udziałów czy akcji spółki),
- sposób ustalenia ceny z dwoma alternatywnie spotykanymi mechanizmami, tj. tzw. *closing accounts* (czyli z ceną wyliczaną według określonych kryteriów w sposób wstępny przed zamknięciem transakcji, a następnie weryfikowaną i korygowaną na dzień zamknięcia) albo *locked-box* (kiedy cena zasadniczo ustalona jest w sposób sztywny przed transakcją, a następnie może podlegać ewentualnej zmianie w przypadku wystąpienia nieprzewidzianych przez stronę „wycieków” (*leakage*), wpływających na obniżenie wartości przedmiotu transakcji),
- warunki doprowadzenia transakcji do skutku (zamknięcia), tj. tzw. *conditions precedent*,
- inne zobowiązania stron (zwykle sprzedającego), poprzedzające zamknięcie transakcji, tj. tzw. *covenants*,
- istotną negatywną zmianę (*material adverse change* lub MAC), czyli sytuacje, których zaistnienie przed zamknięciem transakcji pozwala stronie (lub stronom) na zwolnienie się od obowiązku doprowadzenia transakcji do końca (np. istotne zmniejszenie wartości nabywanych udziałów),
- pojęcie dnia zamknięcia (*closing date*) i czynności, których strony zobowiązane są w tym dniu i w określonej kolejności dokonać w celu doprowadzenia transakcji do końca,
- oświadczenia i zapewnienia stron (*representations and warranties*) odnoszące się do sytuacji prawnej stron, ich zdolności do zawarcia umowy, a przede wszystkim składane przez sprzedającego oświadczenia i zapewnienia dotyczące przedmiotu transakcji (jego stanu prawnego i faktycznego),
- tzw. klauzule indemnifikacyjne (*indemnification*), a więc postanowienia dotyczące warunków naprawienia przez stronę szkody poniesionej przez drugą stronę lub zwolnienia jej z odpowiedzialności w przypadku zaistnienia określonych przesłanek (zwykle chodzi tu o ochronę kupującego w przypadku zmaterializowania się konkretnych,

zidentyfikowanych na etapie procesu *due diligence* przed zawarciem umowy, nieprawidłowości dotyczących przedmiotu transakcji),

- sposób postępowania w przypadku sporów – i nie chodzi tu jedynie o wybór sądu lub arbitrażu, ale także o konkretną procedurę zgłaszania roszczeń i postępowania z nimi, w tym terminy na ich zgłoszenie itp.

W efekcie praktycznie każda umowa transakcyjna zawiera (przynajmniej w teorii) kompletną regulację poczynając od określenia tego, co i jak ma się dziać, gdy strony zgodnie realizują umowę, aż po szczegółowe rozwiązania na wypadek zaistnienia między nimi rozbieżności czy sporu.

Celem takiego kazuistycznego traktowania umowy jest spowodowanie, by stała się ona niejako samoistną regulacją ogółu kwestii, które mogą się pojawić na gruncie wykonywania umowy przez strony. Chodzi więc o to, by sąd rozstrzygający ewentualne spory nie sięgał do przepisów właściwego prawa, tylko poszukiwał rozwiązania sporu na gruncie samej umowy (podkreślę raz jeszcze, co do zasady wyczerpująco regulującej relacje między stronami).

Polskie prawo cywilne pozwala na to, by w szczególności w przypadku zawierania umów pomiędzy podmiotami profesjonalnymi (a więc z wyłączeniem konsumentów) strony kształtowały wzajemne prawa i obowiązki w sposób dalece elastyczny i swobodny. Nie oznacza to jednak, że dla uzyskania na gruncie prawa skutków, jakie dana umowa (jej treść) wywarłaby w przypadku poddaniu jej np. prawu Anglii i Walii, wystarczy zwykle dokonanie wyboru prawa polskiego w tej umowie.

Jest tak dlatego, że w braku wyraźnego wyłączenia określonych przepisów dyspozytywnych (np. dotyczących rękojmi) w przypadku sporu między stronami konieczne będzie przeprowadzenie wykładni tekstu umowy i odnalezienie faktycznej intencji stron w nim zawartej (tu: czy faktycznie ich celem było wyłączenie rękojmi).

Wybrane przykłady postanowień

Najwięcej chyba miejsca poświęcono dotąd w literaturze dyskusjom na temat oświadczeń i zapewnień. Nie wdając się tu w relacjonowanie owych dyskusji i wniosków z nich płynących, należy wskazać, że w braku ekwiwalentnej instytucji w prawie polskim proste zawarcie w umowie oświadczeń i zapewnień stron może w praktyce rodzić wątpliwości interpretacyjne. Nie jest bowiem jasne, jakie skutki strony chciały powiązać z faktem złożenia oświadczeń i zapewnień.

Podobnie rzecz się ma z instytucją opcji sprzedaży czy kupna (*put, call*). Proste wskazanie w umowie (np. w umowie sprzedaży części udziałów spółki), że nabywca ma mieć opcję *call* dotyczącą pozostałych udziałów, nie tylko może

**chodzi o to,
by sąd
rozstrzygający
spór poszukał
jego rozwiązania
na gruncie samej
umowy**

nie wyrzucić skutków prawnych, ale wręcz w razie sporu może doprowadzić do niemożliwości ustalenia faktycznej intencji stron.

Rozwiązaniem w takiej sytuacji będzie zatem dokonanie swoistego tłumaczenia stosowanej w umowie instytucji *common law* na język prawa polskiego. Może to przebiegać w różny sposób, przy czym najczęściej odbywa się to poprzez:

- wskazanie konsekwencji złożenia nieprawdziwych czy mylących oświadczeń i zapewnień; strony mogą np. wskazać, że gdyby oświadczenie sprzedającego (np. co do tego że sprzedawane przez niego udziały są wszystkimi udziałami w spółce) okazało się nieprawdziwe (bo – w podanym przykładzie – w spółce byłyby jeszcze jakieś udziały), to kupującemu przysługiwałoby określone prawo (np. odstąpienia od umowy albo żądania naprawienia poniesionej szkody, w szczególności poprzez zapłatę kary umownej),
- opisanie przysługującego stronie prawa i sposobu jego skutecznego wykonania; w przypadku opcji *call* można np. zawrzeć w umowie ofertę sprzedaży złożoną przez drugą stronę (sprzedającego), którą uprawniony (kupujący) może w określonym czasie i pod określonymi warunkami przyjąć, doprowadzając tym samym do skorzystania z prawa opcji.

Niejednokrotnie przy tym polskie prawo pozwala na zastosowanie kilku alternatywnych rozwiązań stanowiących implementację rozwiązań *common law* na grunt polski (w przykładzie dotyczącym opcji można bowiem wyobrazić sobie jej uregulowanie choćby w formie nieodwołalnego pełnomocnictwa do sprzedaży udziałów udzielonego przez stronę sprzedającą, z którego kupujący mógłby skorzystać tylko pod określonymi warunkami – tj. warunkami wykonania opcji).

Ryzyko braku kompleksowego ujęcia

Innym jeszcze problemem jest nieprzemyślane kopiowanie w umowach podanych prawu polskiemu sformułowań, które w porządku kontynentalnym nie mają większego znaczenia lub doniosłości, a które takiego znaczenia nabierają w razie zastosowania ich w umowie poddanej np. prawu angielskiemu. Przykładem może być sformułowanie *time is of the essence* (czas ma znaczenie), którego praktycznym skutkiem jest to, że niedopełnienie określonego umownego obowiązku w wyznaczonym terminie jest istotnym naruszeniem umowy dającym (w zależności od rodzaju umowy) drugiej stronie prawo do odstąpienia od niej, a nie tylko dochodzenia naprawienia wynikłej z opóźnienia szkody. Jeśli takie postanowienie zostanie po prostu przetłumaczone na język polski, po czym poddane wykładni w oparciu

o reguły językowe czy systemowe właściwe dla polskiego prawa, oryginalne (przewidziane w prawie angielskim) konsekwencje naruszenia mogą nie nastąpić.

Standardowe klauzule umowne

I tu warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden problem, jaki może się pojawiać przy tworzeniu umów poddanych prawu polskiemu, ale bazujących na wzorcach *common law* (czy też w szerokim stopniu powielających te wzorce). Chodzi mianowicie o stosowanie tzw. standardowych klauzul umownych (*boilerplate clauses*).

Są to postanowienia odnoszące się do „innych” (niekluczowych) zagadnień, które nie są przedmiotem długotrwałych negocjacji między stronami, ale – ze względu na wspomnianą już kompleksowość regulacji kontraktowej – wymagają uwzględnienia w treści umowy.

Do najczęściej spotykanych klauzul tego rodzaju zaliczyć można postanowienia dotyczące skutków wystąpienia siły wyższej (*force majeure*), konsekwencji nieważności części postanowień umowy (*severability*) czy przenoszalności umowy (*assignability*). Już same nazwy tych klauzul wskazują, że ich treść niejednokrotnie w istotnym stopniu pokrywa się z postanowieniami Kodeksu cywilnego (zwykle zresztą nie modyfikując odpowiednich przepisów dyspozytywnych, a jedynie je powtarzając).

W praktyce postanowienia takie czerpane są zwykle z repozytoriów gotowych klauzul lub wręcz z wcześniej zawartych umów. Co więcej, w przeciwieństwie do „istotnych” postanowień umownych (*essentialia negotii*), klauzulom boilerplate nierzadko nie poświęca się dostatecznej uwagi. 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, także tych zawartych w odrębnie sporządzonych umowach. Klasycznym przykładem jest zamieszczenie w umowie tzw. klauzuli całości/kompletności umowy (*entire agreement*) stanowiącej, że zawierana umowa zastępuje wszelkie wcześniejsze porozumienia między stronami, w przypadku gdy intencją stron jest zawarcie nowej umowy „obok” dotychczasowych, a nie w ich miejsce.

Podsumowanie

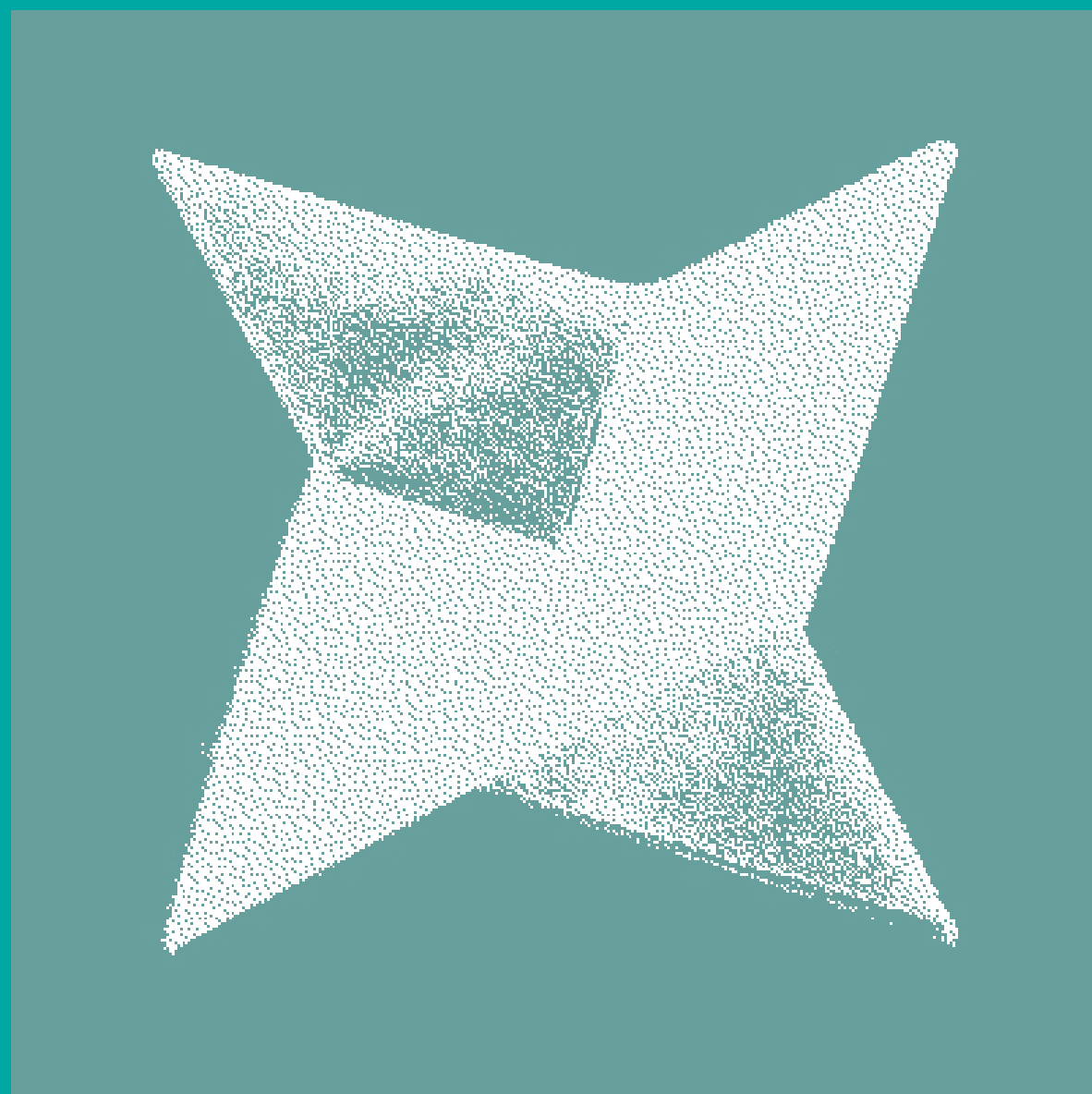
Polskie prawo daje stronom znaczną swobodę w zakresie kształtowania stosunków kontraktowych. W umowach dwu- albo wielostronnie profesjonalnych można więc znacząco ograniczyć czy wręcz wyłączyć regulacje ustawowe i zastąpić je rozwiązaniami wybranymi przez strony. W praktyce oznacza to zwykle rozwiązania zaczerpnięte z systemów *common law*.

Należy jednak pamiętać, że jeśli umowa zostanie ostatecznie poddana prawu polskiemu, wykładnia jej postanowień odbywać się będzie w oparciu o to prawo właśnie. Nie wystarczy więc po prostu zaczerpnąć określonych klauzul z umów poddanych np. prawu Anglii i Walii, bowiem w efekcie faktyczna treść umowy (a więc także sens poszczególnych jej postanowień) może odbiegać od zamierzonego przez strony.

Ponadto, niejako na marginesie czynionych tu rozważań, warto pamiętać, że jeśli strony budują w ramach umowy zamkniętą regulację z intencją wyłączenia określonych rozwiązań rodzimego porządku prawnego, warto zapewnić, by ewentualne spory na gruncie umowy rozstrzygane były nie przez sąd powszechny, ale w postępowaniu arbitrażowym.

Maciej A. Szewczyk

radca prawny, solicitor Anglii i Walii (obecnie nie wykonuje zawodu), praktyka transakcji i prawa korporacyjnego





Bartosz Kuraś

Nowe technologie w transakcjach

Dziś nowe technologie dają prawnikom bardzo duże wsparcie (a mamy apetyt na więcej). Pojawiają się narzędzia do automatyzacji tworzenia umów, przeglądania dokumentów, przeprowadzania analizy prawnej. Dlatego dość zaskakujące może być przypomnienie, jak wyglądał nasz warsztat całkiem niedawno.

Jeszcze w latach 90. ubiegłego stulecia prawnicy powszechnie używali maszyn do pisania. Gdy w kancelariach zagościły pierwsze komputery, były one czymś niewiele więcej niż taką właśnie maszyną. Internet pojawił się wprawdzie w Polsce w początku lat 90, ale miał status technologicznej nowinki dostępnej dla wybranych instytutów naukowych. Dostęp do internetu upowszechnił się dopiero na przełomie wieków, czy nawet bardziej na początku XXI wieku. Dopiero wtedy dynamicznie zaczęły zmieniać się narzędzia, którymi posługują się prawnicy.

Dostęp do źródeł

Wprowadzenie komputerów umożliwiło szybki dostęp do potrzebnych nam w pracy źródeł prawa. Wcześniej dużo czasu zajmowało chociażby ustalenie obowiązującego prawa w danym czasie. Przydatne były opracowania ujednoliconych wersji tekstów aktów prawnych. Były one jednak trudno dostępne bądź rzadko aktualizowane. Trudno dostępne były też komentarze do aktów prawnych, literatura i orzecznictwo.

Pod koniec lat 80. istniały wydawnictwa, które opracowywały wymienionkartkowe skorowidze obowiązujących aktów prawnych. Istniały również urzędowe skorowidze, jednak były one rzadziej aktualizowane. Oczywiście korzystaliśmy (i nadal korzystamy) z bibliotek, papierowych zbiorów orzecznictwa, czasopism naukowych. Uzyskanie dostępu do tych źródeł wymagało jednak czasu, a przewagę rynkową zyskiwał ten, kto pod dachem swojej kancelarii zgromadził większą bibliotekę, którą cały czas należało aktualizować.

Od początku lat 90., wraz z rozpowszechnianiem się w kancelariach komputerów, dostępne stały się akty prawne w formie elektronicznej, w tym elektroniczne skorowidze obowiązujących przepisów z tekstami (początkowo z bardzo ograniczoną liczbą aktów prawnych). Był to początek rewolucji. W elektronicznej formie zaczęły ukazywać się wszystkie potrzebne w pracy prawnika informacje, takie jak orzeczenia sądów, komentarze, literatura, dzisiaj ujęte w rozbudowane systemy informacji prawnych z wieloma dodatkowymi funkcjonalnościami. Narzędzia te są zresztą stale udoskonalane. Większość z nas codziennie korzysta z przynajmniej jednego, jak nie kilku systemów informacji prawnej.

Do tego możemy dodać postępującą od niedawna informatyzację rejestrów. Od 2012 r. działa elektroniczna wyszukiwarka podmiotów zarejestrowanych w Krajowym Rejestrze Sądowym. Pozwala ona pobrać elektroniczny dokument z Centralnej Informacji KRS, który odpowiada odpisowi z rejestru przedsiębiorców i stowarzyszeń. Od 2019 r. dodatkowo pobrać można nie tylko odpis aktualny, ale również pełny, który pozwala przeanalizować historyczne wpisy w rejestrze. Jest on wykorzystywany przy każdej analizie korporacyjnej spółki wpisanej do KRS.

Podobnie od początku XXI wieku prowadzona była informatyzacja ksiąg wieczystych. W 2010 r. uruchomiono elektroniczny dostęp do ksiąg wieczystych.

Nowe usługi przyspieszyły i ułatwiły proces pozyskiwania informacji. Nie trzeba już odwiedzać sądów w celu otrzymania odpisów (aktualnego lub pełnego) z rejestru przedsiębiorców. Samodzielne wydruki komputerowe mają moc równą odpisom wydawanym w formie tradycyjnej (papierowej). W każdej chwili możemy sprawdzić treść danej księgi wieczystej, bez konieczności odwiedzania sądu. Wielu z nas nie wykorzystuje jeszcze całego potencjału tych narzędzi, a przed nami kolejne zmiany. Tradycyjne składanie papierowych wniosków wypierane jest (choć jeszcze nieśmiało) przez składanie wniosków do sądów rejestrowych drogą elektroniczną.

Analiza dokumentów

Nowe technologie zmieniają sposób prowadzenia transakcji, której częścią jest badanie przedmiotu transakcji.

Jeszcze nie tak dawno temu (bo w tym wieku) badania prawne prowadzone były w tak zwanych fizycznych data roomach. Dokumenty dotyczące przedmiotu transakcji (na przykład spółki, przedsiębiorstwa albo wybranych aktywów) udostępniane były doradcom potencjalnego nabywcy do analizy w formie papierowej, najczęściej w siedzibie spółki, jej właściciela albo doradców transakcyjnych strony sprzedającej. Wymagało to często, aby zespół

**wielu prawników
nie wykorzystuje
całego potencjału
istniejących
narzędzi, a przed
nami kolejne
zmiany**

doradców kupującego, w tym prawnych, podatkowych i finansowych, spędził w spółce kilka dni, a czasem i tygodni, żeby zapoznać się z dokumentami, sporządzić notatki i napisać na tej podstawie raport z badania prawnego przybliżający kupującemu przedmiot transakcji i ewentualne zidentyfikowane ryzyka związane z potencjalną transakcją.

Dziś po tych czasach przy dużych transakcjach pozostało już raczej wspomnienie. Również przy mniejszych transakcjach dokumenty rzadko są udostępniane w innej formie niż elektroniczna. Wirtualne data roomy wyparły konieczność analizy dokumentów w określonym miejscu. Kupujący i jego doradcy na etapie badania prawnego mają do nich dostęp w zasadzie z każdego miejsca na ziemi, w którym jest dostęp do internetu. Dostawcy wirtualnych data roomów zaopatrzyli je w narzędzia przydatne zarówno stronie sprzedającej, jak i stronie kupującej. Strona sprzedająca może swobodnie regulować dostęp do wybranych dokumentów i dzielić go pomiędzy różnych doradców, a nawet różnych kupujących, w przypadku procesów aukcyjnych. Może do tego monitorować aktywność poszczególnych kupujących i czas spędzany na weryfikacji dokumentów. Ułatwia to znacznie zarządzanie procesem sprzedaży.

Kupujący mają natomiast możliwość dostępu do dokumentów przez całą dobę. Dostawcy wirtualnych data roomów oferują dodatkowe narzędzia ułatwiające przeszukiwanie dokumentów i ich analizę, współpracę prawników różnych specjalizacji, a nawet współpracę pomiędzy różnymi doradcami (przykładowo prawnymi, podatkowymi, finansowymi, technicznymi) danej strony transakcji. Usprawnia to przepływ informacji, a co za tym idzie ułatwia identyfikację ryzyk związanych z transakcją.

Automatyzacja analizy prawnej

Kolejnym etapem ma być era sztucznej inteligencji i opartych na niej platform w służbie, a może częściowo i w zastępstwie prawników. Na rynku są już dostępne platformy, którym można udostępnić znaczną ilość dokumentów (np. umów o pracę czy umów najmu, które często u danego pracodawcy bądź wynajmującego są bardzo podobnymi w treści dokumentami, nieznacznie różniącymi się od siebie) i w krótkim czasie uzyskać raport z analizy oparty na wcześniej ustalonych kryteriach wyszukiwania. Ułatwia to przeszukiwanie i porównywanie dokumentów. Program jest w stanie wskazać w zwięzłym raporcie różnice pomiędzy znaczną ilością podobnych dokumentów, zestawiając dane statystyczne dotyczące wynagrodzenia czy wysokości najmu albo lokalizując wybrane klauzule (dotyczące np. zmiany kontroli, prawa właściwego, jurysdykcji czy indeksacji).

Programy te uczą się, pracując na dokumentach. Rozpoznają wzorce i reakcje na dokumenty. Odczytują i wykorzystują uwagi robione przez prawników, a po uzyskaniu odpowiedniej ilości danych flaguje kwestie, które mogłyby umknąć mniej doświadczonym prawnikom transakcyjnym. Obecnie programy ułatwiają też wykrywanie prostych błędów, takich jak brakujące strony czy źle zeskanowane wersje elektroniczne.

Tego typu narzędzia ułatwiają współpracę pomiędzy doradcami różnych specjalności czy z różnych biur, a nawet jurysdykcji. Mają one rozbudowane systemy sporządzania adnotacji, uwag raportowania i zadawania pytań, co ułatwia komunikację w zespole.

Dzięki temu możemy szybciej niż 30 lat temu dostarczyć produkt dobrej jakości. Nadal jednak programy te nie poradzą sobie bez prawników, mimo że w wielu czynnościach są w stanie ich zastąpić. Przydają się w sporządzaniu wstępnych raportów, które następnie są weryfikowane i pogłębiane przez prawników doświadczonych w danej dziedzinie prawa.

Przygotowanie dokumentów

Wprowadzenie komputerów do kancelarii ułatwiło i przyspieszyło przygotowanie dokumentów. Pierwszym krokiem było przejście z maszyny do pisania na komputer wyposażony w edytor tekstu. Potem, wraz z rozwojem edytorów, pojawiła się możliwość śledzenia różnych wersji dokumentów, uwidaczniania zmian i porównywania dokumentów. Dziś mamy do czynienia z automatyzacją przygotowywania (przynajmniej pierwszych wersji) dokumentów transakcyjnych.

W elektronicznych bazach mamy ogromną ilość danych, w tym wzorów (przynajmniej podstawowych) dokumentów. Sprawne zarządzanie danymi i generowanie z tych danych dokumentów użytecznych pod kątem danej sprawy jest już dzisiaj możliwe przy pomocy narzędzi półautomatycznych, a coraz częściej również automatycznych.

Różnego rodzaju oprogramowanie (w formie nakładek na edytor tekstu albo osobnych aplikacji) jest w stanie generować pierwsze projekty prostych dokumentów, na razie raczej tych powtarzalnych. Technologie te są wciąż udoskonalane, zasadne więc staje się pytanie, czy – albo może raczej kiedy – klient będzie mógł przekazać potrzebne dane aplikacji (zamiast prawnikowi), a ona przygotowuje pierwszy projekt umowy.

Co jeszcze przed nami?

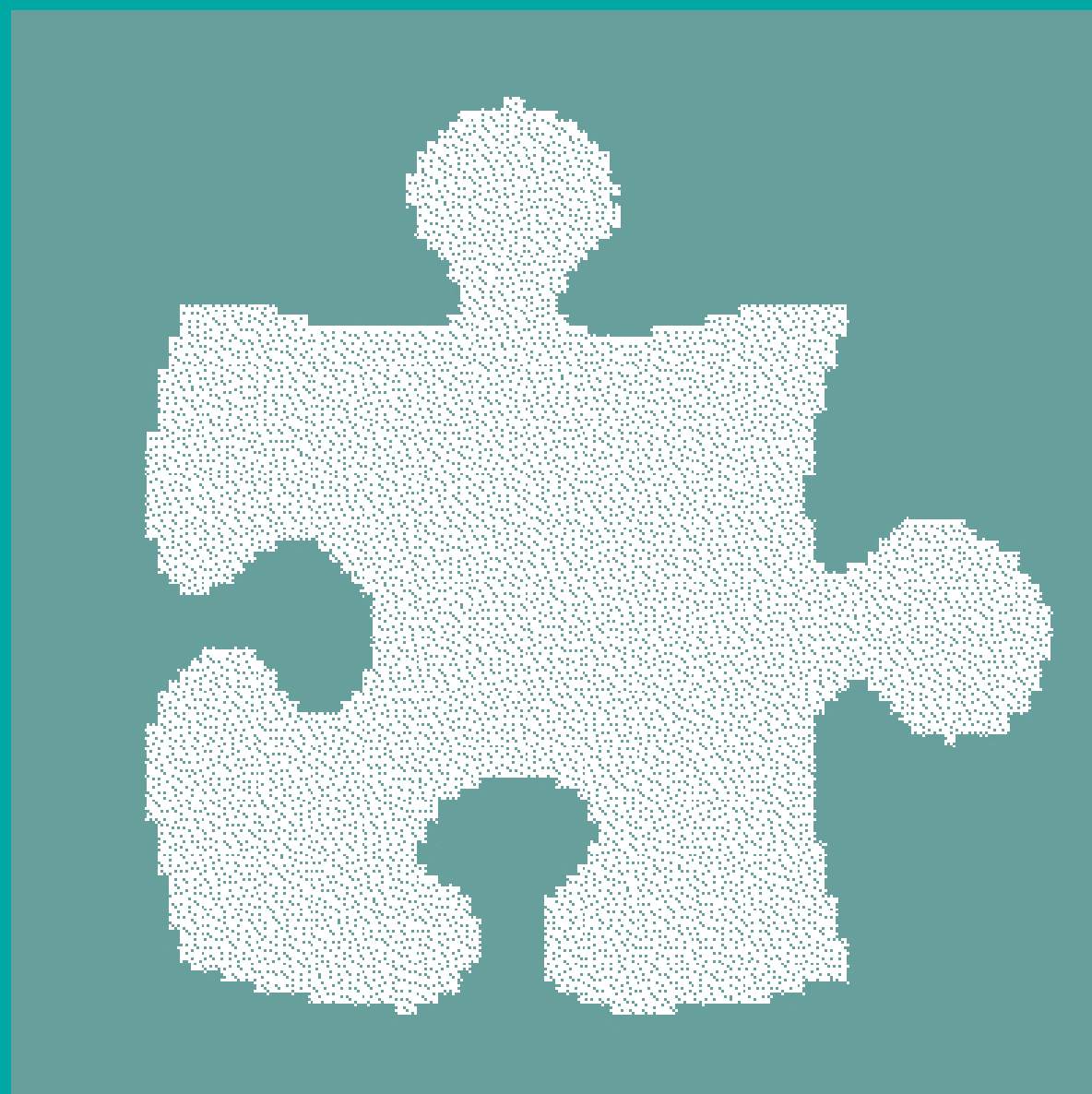
Czy w przyszłości będą jeszcze potrzebni prawnicy do sprawdzenia i dostosowania projektu umowy wygenerowanego przez aplikację, a także do negocjowania jej treści z drugą stroną umowy? Czy projekt takiej umowy

powstanie w oparciu o raport z badania prawnego przygotowany również przez aplikację? Tego dzisiaj nie wiemy. Internet i popularne wyszukiwarki potrafią znaleźć odpowiedź na każde pytanie. Póki co nie zastąpiły one jednak prawników. Nadal istotne jest bowiem, kto się pod daną odpowiedzią podpisuje. Wiele zależy od tego, czy tej osobie ufamy, czy daje ona rękojmię tego, że ta odpowiedź jest prawidłowa i adekwatna do danej sytuacji oraz czy poniesie ona odpowiedzialność w przypadku, gdy odpowiedź okaże się nieprawidłowa. Na razie odpowiedzialność, w tym za podejmowane decyzje i ich konsekwencje, jest przypisywana jedynie ludziom.

Dlatego w najbliższej przyszłości można się spodziewać, że prawnicy transakcyjni zyskają kolejne narzędzia ułatwiające i przyspieszające ich pracę. Co jednak przyniesie bardziej odległa przyszłość, tego nie sposób przewidzieć.

Bartosz Kuraś LL.M.

radca prawny, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego





Mirella Lechna

Zamówienia publiczne po polsku: formalizm trzyma się mocno

W ciągu 30 lat istnienia kancelarii Wardyński i Wspólnicy (i 10 lat funkcjonowania praktyki prawa zamówień publicznych) obserwowaliśmy transformację polskiego prawa zamówień publicznych w system europejski. Dla polskiego rynku zamówień publicznych był to okres trudnej adaptacji formalistycznego podejścia do reguł europejskich.

Regulacja tworząca europejski system zamówień publicznych liczy sobie bez mała 50 lat. Od początku jest jednym z fundamentów funkcjonowania wspólnego rynku. Idea jej uchwalenia wynikła z potrzeby stworzenia transparentnych procedur dla zapewnienia uczciwego dostępu do kontraktów rządowych w całej w Europie. Celem europejskiego prawa zamówień publicznych jest więc otwarcie rynku kontraktów publicznych na konkurencję ze wszystkich krajów członkowskich i zwiększenie konkurencji w przetargach w ogóle.

Polska historia zamówień publicznych sięga roku 1994, a od lat piętnastu Polska objęta jest systemem europejskim. Statystyki podają jednak, że poziom konkurencyjności polskich przetargów jest zatrważająco niski. Średnio w 2016 r. na jedno postępowanie przypadało niespełna 2,5 oferty, a w ponad 40% postępowań złożona została zaledwie jedna oferta¹.

Z czego to wynika? Niestety z nadmiernego formalizmu i braku troski o osiągnięcie rezultatów wynikających z dyrektyw zamówieniowych przy implementacji i interpretacji przepisów polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych.

¹ <https://www.mpit.gov.pl/strony/aktualnosci/ruszaja-konsultacje-koncepcji-nowego-prawa-zamowien-publicznych/>

Wciąż nadrzędna pozycja zamawiającego

Wśród praktyków prawa zamówień publicznych w UE dość powszechne jest przekonanie, że w postkomunistycznych państwach członkowskich procedurę udzielenia zamówienia realizuje się nadmiernie formalistycznie. Trudno takiemu pogładowi zaprzeczyć. Jednym z najbardziej znaczących przykładów w naszej rodzimej praktyce jest przyznanie nadrzędnej pozycji zamawiającemu nad wykonawcą poparte argumentem o konieczności ochrony interesu publicznego kosztem uzasadnionych interesów wykonawcy. Polska kultura zakupów rządowych nawiązuje w tym zakresie do praktyk z czasów gospodarki społeczno-ustrojowej. Kiedy rynek inwestycyjny był całkowicie zależny od polityki państwa, zamawiający – inwestorzy narzucali wykonawcom nie tylko warunki umowy o roboty budowlane (określone w rozporządzeniu ministra właściwego ds. budownictwa), ale także obowiązki zawarcia umowy i wykonania zamówienia w określonym terminie (zgodnie z założeniami krajowego planu społeczno-gospodarczego).

O ile jednak w systemie scentralizowanym opartym na własności państwowej i centralnym planowaniu podział ryzyka w umowach inwestycyjnych nie był istotny, o tyle transformacja ustrojowa wymusiła inne standardy. Mimo to w Polsce wciąż obecne są nawyki odzwierciedlające dawne praktyki, ponieważ nigdy nie istniał inny standard zakupów publicznych do naśladowania.

Wybrzmiewa to w pierwszej kolejności w powszechnym przyzwoleniu na formułowanie przez zamawiającego warunków realizacji zamówień publicznych w sposób niepartnerski – rażąco uprzywilejowujący zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) – organ stojący na straży prawidłowego stosowania prawa zamówień publicznych – wychodzi z założenia, że zamawiający ma prawo jednostronnie kształtować treść dokumentacji przetargowej, decydując o przedmiocie zamówienia, warunkach jego realizacji i innych obowiązkach umownych. W tym duchu twierdziła, że jeśli wykonawcy postanowienia umowy nie odpowiadają, może on oferty w postępowaniu nie składać w ogóle.

KIO wyjaśniała też, że wykonawca sam kreuje ekwiwalentność świadczenia wzajemnego, określając swoje wynagrodzenie w formularzu cenowym. Odwołała się przy tym do poglądu, że interes publiczny, który reprezentuje zamawiający, przeważa nad interesem wykonawców. W efekcie w umowach w sprawie zamówienia publicznego wprowadza się dotkliwe kary umowne i rozbudowany system odpowiedzialności odszkodowawczej po stronie wykonawcy. Traktuje się to jako uzasadniony element ochrony interesu publicznego w celu, jak stwierdziła KIO, *wyeliminowania patologii związanych z wykonawstwem, terminowością czy usuwaniem usterek* (por. KIO w wyroku z 29 października 2009 r., KIO/UZP 1461/09).

Fikcja proporcjonalności

Przez lata zatem ugruntowała się praktyka niewspółmiernego przerzucania na wykonawcę ryzyk dotyczących realizacji przedsięwzięcia, przy pełnej aprobacie organów rozstrzygających. Opiera się ona o argumentację, że nie istnieje obowiązek złożenia oferty. W efekcie w Polsce prawo zamówień publicznych postrzegane jest w zasadniczej mierze jako stojące na straży zasad starannego zarządzania mieniem publicznym, gdzie główny nacisk kładzie się na ochronę interesu publicznego. Traci się przy tym z pola widzenia podstawowe zasady, które prawo zamówień publicznych ma realizować, takie jak zasada uczciwej konkurencji w dostępie do zamówienia czy zasada proporcjonalności w podejmowanych przez zamawiających czynnościach w postępowaniu. Tymczasem zasada proporcjonalności jest uznawana przez TSUE za jedną z podstawowych zasad prawa UE. Wymaga ona, by środki wprowadzane w ramach aktów prawa unijnego były właściwe dla osiągnięcia zakładanych celów i nie wykraczały poza to, co jest niezbędne dla ich zrealizowania. W dużym uproszczeniu zasada proporcjonalności polega więc na tym, aby stosowane przez zamawiającego środki były konieczne oraz najmniej uciążliwe. W polskiej praktyce zamówień publicznych zasada ta przez lata była niedoceniana – w polskiej ustawie Prawo zamówień publicznych pojawiła się dopiero w roku 2016.

Powszechna aprobata dla nieprzestrzegania zasady proporcjonalności w zamówieniach publicznych sprawiła, że trend zabezpieczania interesu publicznego kosztem wykonawcy zamówienia ewoluował, przekraczając reguły rozsądku. W 2018 r. byliśmy świadkami próby pozbawienia wykonawców ochrony sądowej, w sytuacji gdy w związku ze zmianą okoliczności lub siły nabywczej pieniądza wykonanie zamówienia groziłoby im rażącą stratą (por. sprawa o sygn. KIO 173/18 w sprawie wyłączenia we wzorcu umownym przez GDDKiA stosowania przepisów art. 357¹ k.c., 358¹ k.c., 632 § 2 k.c.).

Zaburzenie równowagi ekonomicznej

Formalistyczne podejście do zamówień publicznych jest również podstawą do negowania konieczności poszukiwania przez zamawiających kompromisu w sprawie waloryzacji wynagrodzeń wykonawców robót budowlanych w związku ze zmianą cen na rynku materiałów. Powszechnym uzasadnieniem odmowy zmiany umowy wynikającej z nastalej po jej zawarciu zmiany sytuacji na rynku są przepisy art. 144 p.z.p. Artykuł ten, mimo że formułuje ogólny zakaz wprowadzania zmian do umowy, jednocześnie wyjaśnia zasady, na jakich zmiana umowy jest możliwa. Zapomina się nader często, że obecny art. 144 p.z.p. to efekt ewolucji zasad europejskiego prawa zamówień publicznych. W Europie już w latach 80. XX w. dostrzegano

**zaburzenie
równowagi
ekonomicznej
stron umowy
w sprawie
zamówienia
jest zjawiskiem
nieakceptowalnym**

potrzebę wprowadzenia elastyczności do realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Uznano bowiem, że skoro w czasie realizacji umowy zachodzą zmiany faktyczne i prawne mające wpływ na umowę, to potrzeba rzeczywistej i uczciwej realizacji zadania publicznego wymaga dostosowania umowy do tych zmian.

Z punktu widzenia przepisów prawa zamówień publicznych bowiem zaburzenie równowagi ekonomicznej stron umowy w sprawie zamówienia jest zjawiskiem nieakceptowalnym. Tezę tę potwierdza orzecznictwo TSUE w orzeczeniach analizujących dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustalona na etapie przetargu równowaga ekonomiczna stron umowy określona poprzez zakres przedmiotu zamówienia wyrażony w opisie przedmiotu zamówienia i cenę określoną przez wykonawcę w sposób zapewniający ekwiwalentność świadczeń stanowi wyznacznik uczciwego sposobu kształtowania relacji kontraktowej (sprawa C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republice Austriackiej*). Podobne stanowisko wyraził Prezes UZP w opinii pt. *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z ustawową zmianą stawki podatku VAT*.

Rzecz jasna, proces zmiany umów musi być kontrolowany, aby zawarcie aneksu czy ugody pomiędzy zamawiającym a wykonawcą nie prowadziło do sytuacji, w których do umowy wprowadzane są zmiany istotne, w wyniku czego dochodzi de facto do udzielenia nowego zamówienia publicznego. Zamawiający mogą dziś bez obaw korzystać z wytycznych Trybunału Sprawiedliwości UE ujętych obecnie w polskim prawie w art. 144 ust. 1e p.z.p. w celu przeprowadzenia testu istotności każdej z rozważanych zmian. Mimo to aneksy czy ugody w zasadzie nie są zawierane, gdyż zamawiający nie chcą wziąć odpowiedzialności za prawidłową klasyfikację danej zmiany jako dozwolonej.

Cyfrowy koszmar

Elektronizacja zamówień publicznych jest bez wątpienia jedną z najważniejszych zmian prawa zamówień publicznych, jakie wprowadziła reforma europejskich dyrektyw zamówieniowych w 2014 r. Polska miała obowiązek przyjąć odpowiednie regulacje, aby umożliwić elektroniczne prowadzenie procedury przetargowej, co, w zamierzeniu ustawodawcy europejskiego, ma uprościć postępowanie i ułatwić dostęp do zamówień.

W Polsce jednak skutek wprowadzenia nowych przepisów, zamiast uproszczenia procedury, powstały nowe, nieznane dotąd bariery w dostępie do zamówienia, a cyfryzacja zamówień publicznych w codzienności zamawiających i wykonawców przekształciła się w cyfrowy koszmar. KIO, rozstrzygając spory dotyczące tego, czy wykonawca posłużył się właściwym algorytmem kwalifikowanego podpisu elektronicznego albo czy prawidłowo złożył podpis

elektroniczny na skanie podpisanego wcześniej odręcznie dokumentu, zajmowała wykluczające się stanowiska i orzecznictwo stało się niejednolite. Pojawił się więc problem dużej niepewności prawa i braku przestrzegania przez polskie organy zasady równego traktowania w zamówieniach publicznych. Nie sposób bowiem mówić o równości w dostępie do zamówienia, skoro tożsama sytuacja faktyczna wykonawców może być oceniona diametralnie różnie, a tej oceny nie sposób przewidzieć. Do tej pory Urząd Zamówień Publicznych nie zajął na przykład stanowiska w sprawie, jak należy traktować skan oferty podpisany elektronicznie (niezrozumiałe przez uczestników rynku zamówień publicznych przepisy w tym zakresie obowiązują od 18 października 2018 r.).

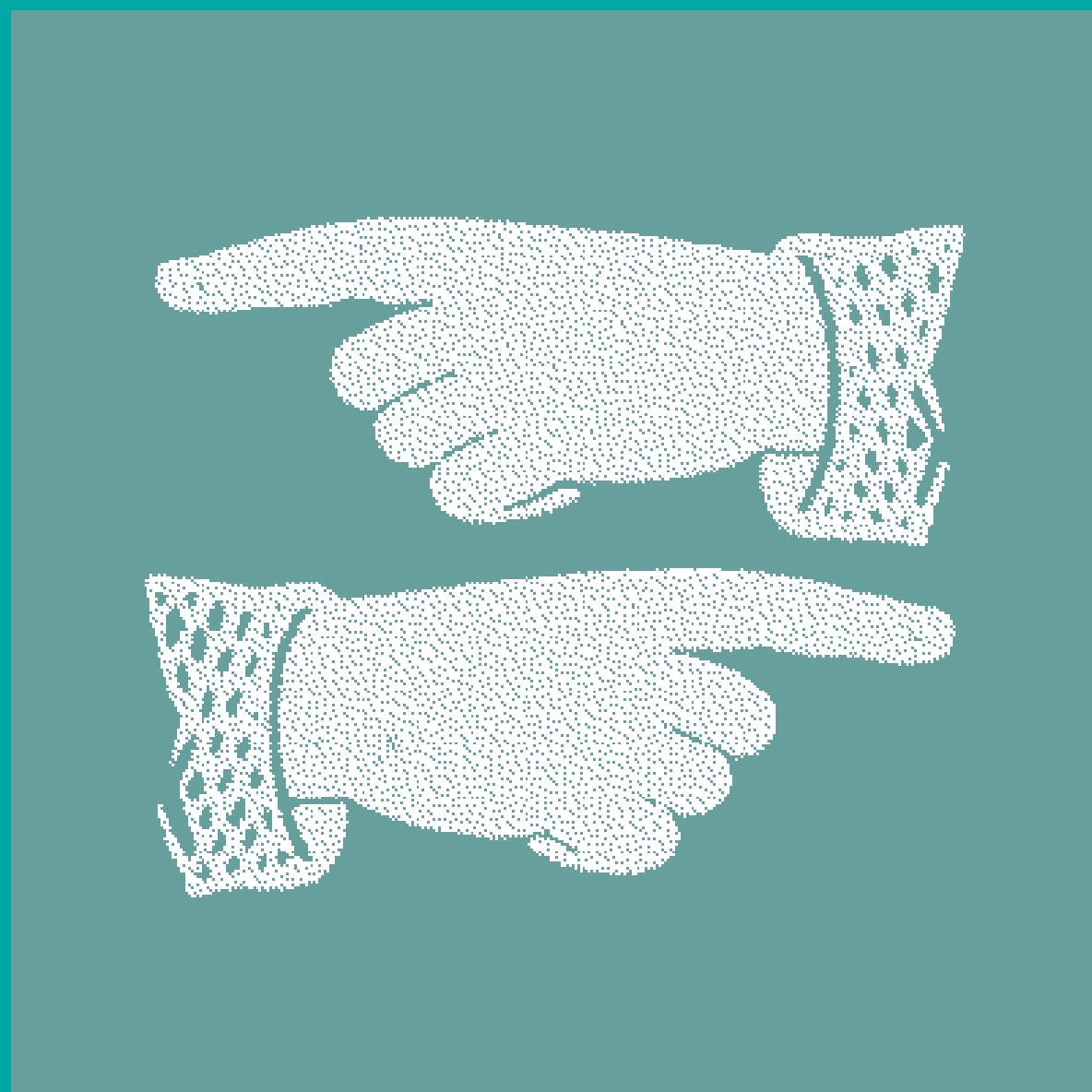
Konieczne zmiany

Obecnie trwają prace nad nową ustawą Prawo zamówień publicznych. Ustawodawca dostrzegł niektóre problemy, jak nieproporcjonalność relacji kontraktowej, brak ugód w umowach o zamówienie publiczne czy brak waloryzacji umów o zamówienie publiczne. Niestety metody, jakimi posługuje się ustawodawca, nadal nawiązują do niechlubnej tradycji formalizmu w polskich zamówieniach. Otóż według projektowanych przepisów umowa w sprawie zamówienia publicznego może nadal być nieproporcjonalna, o ile nieproporcjonalność nie jest rażąca. Odpowiedzią na niechęć do zawierania ugód po stronie zamawiających ma być nałożenie obowiązku próby ugodowej przez okres przynajmniej 6 miesięcy, w czasie którego nie jest możliwe wystąpienie o rozstrzygnięcie sprawy w sądzie. Z kolei waloryzacja kontraktu jest ograniczona kwotą ustalaną arbitralnie przez zamawiającego. Wątpliwe jest zatem, że mechanizm waloryzacji będzie skutecznie przywracał równowagę ekonomiczną stron umowy.

W Polsce, jak widać, jest jeszcze sporo do zrobienia, aby wytworzył się standard stosowania prawa zamówień publicznych zgodny z dorobkiem europejskim. Abstrahowanie od celu regulacji, sformułowanego w przepisach dyrektyw zamówieniowych, prowadzi do nadmiernego formalizmu w stosowaniu prawa w tej dziedzinie, procedury stają się niezrozumiałe, i w efekcie dochodzi do wypaczania rezultatów, jakie powinny być osiągnięte.

Mirella Lechna

radca prawny, wspólnik, praktyka infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP





Martyna Robakowska
Dominik Wałkowski

Ewolucja środowiskowych aspektów inwestycji w Polsce

Od kilkunastu lat ochrona środowiska jest coraz istotniejszym elementem realizacji inwestycji budowlanych. Rośnie nie tylko liczba regulacji w tym zakresie, ale również świadomość ekologiczna społeczeństwa i zainteresowanie problemami ekologicznymi. Dlatego również inwestorzy przykładają do nich znacznie większą wagę.

Dziś wszechstronna ocena oddziaływania planowanego przedsięwzięcia na środowisko jest jedną z naczelných zasad prawa ochrony środowiska, która urzeczywistnia koncepcję zapobiegania negatywnym skutkom dla środowiska. Jednak trzydzieści lat temu niewielu inwestorów zamierzających zbudować osiedle mieszkaniowe czy zakład przemysłowy wnikliwie rozważało, jak wpłynie na najbliższe otoczenie planowane przez nich przedsięwzięcie. Wynikało to z braku przepisów, które nakazywałyby inwestorom analizę takich kwestii, a także braku świadomości istoty i celów ochrony środowiska. Nie istniała też formalna konieczność uwzględnienia interesów tych, na które przedsięwzięcie miało mieć wpływ.

Pierwsza ustawa kompleksowo regulująca kwestie środowiskowe została uchwalona zaledwie kilka lat wcześniej – w 1980 r. Oceną wpływu inwestycji na środowisko polski prawodawca zainteresował się później. Nieco wcześniej regulacje dotyczące tych zagadnień zaczęły się kształtować na gruncie prawa międzynarodowego (konwencja z Espoo, konwencja z Aarhus) i prawa Unii Europejskiej. Z biegiem czasu stosownych przepisów przybywało, zwłaszcza w związku z dążeniami Polski do przystąpienia do Unii Europejskiej i koniecznością dostosowania krajowego porządku prawnego do unijnych regulacji. W konsekwencji dziś realizacja jakiegokolwiek większej inwestycji jest praktycznie niemożliwa bez dogłębnego rozważenia jej wpływu na środowisko. Uzyskanie stosownych decyzji administracyjnych związanych z oddziaływaniem na środowisko jest z reguły najtrudniejszym i najważniejszym elementem procesu inwestycyjnego.

Niemrawe początki

Już powierzchowna analiza historii prawa ochrony środowiska w Polsce pokazuje, że proces dojrzewania wymagań ochrony środowiska był długotrwały. Obowiązek uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach istnieje od 2005 r., ale nie oznacza to, że już wtedy o ochronie środowiska myślano poważnie. Pierwsze decyzje środowiskowe często były lakoniczne i bardzo ogólne. Dopiero w następnych latach, dzięki wdrożeniu kolejnych dyrektyw unijnych i zwiększeniu świadomości negatywnych skutków dużych przedsięwzięć budowlanych, procedura oceny oddziaływania na środowisko stała się niezwykle kompleksowym i wszechstronnym instrumentem, wykorzystującym najlepszą dostępną wiedzę naukową. Proces ten jest w pełni dojrzały dopiero od niedawna, a i tak nadal w niektórych aspektach obowiązujące rozwiązania są dalekie od doskonałości.

Można postawić pytanie, dlaczego wymagało to tak dużo czasu. Wydaje się, że podstawową przyczyną była niska świadomość problemów ochrony środowiska i niewielka wiedza o tym, jak inwestycje wpływają na otoczenie, życie i zdrowie ludzi. Tych aspektów uregulować prawem nie sposób. Na dodatek podstawowe przepisy dotyczące ocen oddziaływania na środowisko, pomimo swojej szczegółowości, są identyczne dla najróżniejszych przedsięwzięć, niezależnie od tego, czy inwestor pragnie wybudować linię kolejową, browar, elektrownię czy zakład przetwarzania odpadów. Dojrzałość systemu przejawia się w tym, że te standardowe wymagania są odpowiednio dostosowywane w procedurze screeningu i scopingu do rodzaju i parametrów określonego przedsięwzięcia i jego lokalizacji.

Dziś weryfikacja dokumentacji nie polega jedynie na sprawdzeniu, czy opisano wszystkie wymagane prawem elementy. Zgromadzone dane i ustalenia autorów raportów o oddziaływaniu na środowisko są sprawdzane przez ekspertów regionalnych dyrekcji ochrony środowiska, weryfikowane w kontekście najnowszych badań przyrodniczych i dostępnej literatury naukowej, a niekiedy konfrontowane z ustaleniami innych ekspertów. Ocena oddziaływania na środowisko przestała być formalnym sprawdzeniem kompletności i spójności dokumentacji przedsięwzięcia. Stała się skrupulatną, naukową i krytyczną analizą wpływu inwestycji na środowisko.

Bez decyzji środowiskowej ani rusz

Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach jest z reguły pierwszym pozwoleniem, jakie zaplanowane przedsięwzięcie musi uzyskać w toku procesu inwestycyjnego – decyzję tę trzeba bowiem dołączyć do wniosku o wydanie decyzji o warunkach zabudowy, pozwolenia na budowę czy

niektórych pozwoleń wodnoprawnych lub zezwoleń związanych z przetwarzaniem odpadów. W decyzji środowiskowej określa się przede wszystkim istotne warunki korzystania ze środowiska w fazie realizacji i eksploatacji lub użytkowania przedsięwzięcia. Uwzględnia się wpływ planowanej inwestycji na życie i zdrowie ludzi, warunki funkcjonowania lokalnych społeczności, oddziaływanie na bioróżnorodność, zasoby naturalne, krajobraz, a nawet na klimat. Niejednokrotnie na inwestora nakładane są dodatkowe, bardzo szczegółowe i niekiedy również dość uciążliwe obowiązki. W postępowaniu bierze udział kilka innych organów, które analizują przygotowaną przez inwestora dokumentację stosownie do swoich kompetencji (regionalny dyrektor ochrony środowiska, inspektorzy Państwowej Inspekcji Sanitarnej, organy Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie). Niekiedy zobowiązuje się inwestora do realizacji przedsięwzięcia w innym wariantcie niż przez niego preferowany, gdyż tylko w takim przypadku negatywne oddziaływanie na środowisko będzie można w sposób racjonalny zminimalizować.

Choć od wprowadzenia przepisów o uzyskiwaniu decyzji środowiskowej minęło już kilkanaście lat, pewne kwestie nadal budzą wątpliwości i skutkują błędami, które nierzadko powodują konieczność powtórzenia procedur. Zdarza się, że pierwsze pytania pojawiają się jeszcze przed złożeniem wniosku o wydanie takiej decyzji. Wielu inwestorów nie jest w stanie jednoznacznie określić, czy planowane przez nich zamierzenie należy zaliczyć do tzw. przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko, których katalog został określony w rozporządzeniu Rady Ministrów. Tylko realizacja takich przedsięwzięć wymaga bowiem uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Trudności wynikają m.in. z tego, że poza wskazaniem szczegółowych rodzajów instalacji stanowiących takie przedsięwzięcia (np. instalacje do wytwarzania podstawowych produktów farmaceutycznych z zastosowaniem procesów chemicznych lub biologicznych, instalacje do wytwarzania papieru lub tektury, o zdolności produkcyjnej nie mniejszej niż 200 t na dobę) rozporządzenie posługuje się także kategoriami takimi jak „parkingi” czy „zabudowa przemysłowa”, wskazując, że tego rodzaju obiekty stanowią przedsięwzięcia mogące znacząco oddziaływać na środowisko, jeśli ich powierzchnia zabudowy (wraz z infrastrukturą towarzyszącą) przekracza określone progi. Należy też mieć na uwadze, że dana inwestycja może stanowić kilka rodzajów przedsięwzięć wskazanych w rozporządzeniu. Trzeba to uwzględnić na etapie przygotowywania dokumentacji środowiskowej.

Wiele kontrowersji występuje również w sytuacjach, w których inwestor zamierza zmodyfikować lub rozbudować już funkcjonujące przedsięwzięcie. Przeprowadzenie takich działań może wiązać się z koniecznością uzyskania decyzji środowiskowej, nawet jeśli taka decyzja nie była wymagana dla

pierwotnego przedsięwzięcia. Wątpliwości pojawiają się także wówczas, gdy już po uzyskaniu wszystkich wymaganych pozwoleń inwestor przystępuje do realizacji swojego zamierzenia. Często bowiem pewne parametry inwestycji ulegają zmianie względem pierwotnych założeń. W takich przypadkach należy rozważyć, czy ze względu na prowadzone modyfikacje należy wystąpić o zmianę uzyskanej uprzednio decyzji środowiskowej.

Sąsiad ma głos

Prawodawca zagwarantował w postępowaniu w sprawie wydania decyzji środowiskowej szeroki udział społeczeństwa. Przedstawiciele lokalnej społeczności mają prawo przeglądać dokumentację przedłożoną przez inwestora oraz stanowiska organów uzgadniających i opiniujących. Mogą też zgłaszać uwagi i wnioski oraz brać udział w otwartych dla społeczeństwa rozprawach administracyjnych. Organizacje ekologiczne mogą przystępować do takich postępowań, składać wnioski dowodowe, odwoływać się od wydanych decyzji i zaskarżać je do sądu administracyjnego.

W pierwszych latach funkcjonowania regulacji organy prowadzące postępowanie często zbyt wąsko interpretowały regulacje dotyczące udziału społeczeństwa. Zdarzało się, że uwagi przedstawicieli lokalnej społeczności nie były rozważane, nie udostępniano im niezbędnej dokumentacji sprawy, a do postępowań nie dopuszczano organizacji ekologicznych, mimo że spełniały one ustawowe wymagania. Uchybienia tego rodzaju skutkowały uchylaniem przez sądy administracyjne decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Dla wielu inwestorów oznaczało to zaś konieczność wstrzymania procesu inwestycyjnego do czasu uzyskania nowej decyzji.

Na gruncie tych doświadczeń zarówno inwestorzy, jak i organy wydające decyzje środowiskowe znacznie staranniej podchodzą do kwestii związanych z udziałem społeczeństwa w postępowaniu. Inwestorzy obszernie odnoszą się do uwag zgłaszanych przez lokalną społeczność, a w przypadku szczególnie dużych inwestycji wnioskują o przeprowadzenie otwartych dla społeczeństwa rozpraw administracyjnych, w trakcie których starają się rozwiązać obawy zarówno społeczeństwa, jak i ekologów. Z własnej inicjatywy organizują też spotkania z mieszkańcami, przygotowują opracowania i prezentacje o przedsięwzięciu. Działania takie wprawdzie początkowo skutkują przedłużeniem postępowania, ale pozwalają ograniczyć liczbę odwołań i skarg na wydaną decyzję, gdyż przynajmniej część powstałych wątpliwości co do charakteru przedsięwzięcia zostanie rozwiana.

Dla wspólnego dobra

Z uwagi na czasochłonność postępowania w sprawie wydania decyzji środowiskowej oraz koszty związane z uzyskaniem tego rozstrzygnięcia część inwestorów próbowała uniknąć tej procedury lub przeprowadzić ją jak najmniej kosztem. W przeszłości popularne było dzielenie planowanych przedsięwzięć na kilka mniejszych inwestycji, by uniknąć konieczności ubiegania się o tę decyzję (wymóg jej uzyskania często uzależniony jest od przekroczenia określonych parametrów przedsięwzięcia, takich jak np. powierzchnia zabudowy).

Obecnie jedną z bolączek jest brak obiektywizmu autorów raportów. Z jednej strony jest to nieuniknione, gdyż raporty są tworzone na zlecenie inwestora i mają uzasadnić zasadność realizacji przedsięwzięcia na warunkach jemu odpowiadających. Z drugiej jednak strony ta okoliczność nie może być przyczyną pomijania w raportach niewygodnych okoliczności, uwypuklania pozytywnych aspektów i takiego sformułowania wskazań negatywnych oddziaływań, aby pozostały one niezauważone.

Urzednicy regionalnych dyrekcji ochrony środowiska potrafią zresztą zidentyfikować takie słabości i zapewnić, że wszelkie wątpliwości zostaną wyjaśnione. W interesie wszystkich jest zatem zapewnienie tego, aby skala negatywnego wpływu danego przedsięwzięcia została właściwie oceniona i zminimalizowana. Zrealizowana inwestycja będzie funkcjonować kilkanaście lub nawet kilkadziesiąt lat i przez ten czas wpływać na środowisko i warunki życia okolicznych mieszkańców. Chodzi o to, żeby inwestor zrealizował swój cel, a mieszkańcy mogli się cieszyć niezdegradowanym środowiskiem. Dobrze, że jesteśmy obecnie znacznie bliżej tego celu niż trzydzieści lat temu.

Martyna Robakowska

praktyka prawa ochrony środowiska oraz praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

dr Dominik Wałkowski

adwokat, partner, praktyka prawa ochrony środowiska oraz praktyka transakcji i prawa korporacyjnego



Przemysław Szymczyk
Radosław Wasiak

Transakcje nieruchomościowe na udziałach (*share deal*) i aktywach (*asset deal*)

Rynek nieruchomości w Polsce, poza krótkimi okresami dekonjunktury dotyczącymi sektora mieszkaniowego, od 30 lat przeżywa nieustający wzrost. Wolumen i wartość transakcji przeprowadzanych w tej branży rośnie z roku na rok. Jednocześnie od kilku lat można obserwować pewną zmianę w strukturze transakcji. Coraz więcej inwestorów decyduje się bowiem nabywać raczej spółki będące właścicielami lub użytkownikami wieczystymi nieruchomości (*share deal*) niż bezpośrednio same aktywa (*asset deal*).

Dwa typy transakcji – odmienne wymagania, warunki i zasady

Zarówno transakcja *asset deal*, jak i *share deal* doprowadzić ma do tego samego celu, którym jest przejęcie przez inwestora kontroli nad nieruchomością. Obie struktury wiążą się jednak z różnymi obowiązkami po stronie uczestników transakcji, a także z różnymi ryzykami, szczególnie dla kupującego. To z kolei rodzi konieczność innego ustrukturyzowania nie tylko samej transakcji, ale również czynności ją poprzedzających, takich jak badanie prawne przedmiotu nabycia.

Przez *asset deal* rozumie się transakcję nabycia przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części (ZCP), jak również transakcję nabycia określonych składników majątkowych, którymi mogą być konkretne nieruchomości. Tak skonkretyzowany przedmiot transakcji określa zarazem zakres badania prawnego, które przed nabyciem przeprowadzić powinien inwestor. W szczególności w takim badaniu pominąć można kwestie korporacyjne związane z tytułem prawnym do udziałów spółki, w skład której wchodzi nabywane aktywa. To nie udziały (akcje) są bowiem przedmiotem nabycia.

Tytuł do udziałów (akcji) powinien być natomiast obligatoryjnym przedmiotem badania w przypadku transakcji *share deal*, w której kupujący nie nabywa bezpośrednio praw do nieruchomości, lecz przejmuje kontrolę nad spółką będącą ich właścicielem (użytkownikiem wieczystym). Transakcje typu *share deal* pozwalają również na realizację wspólnych przedsięwzięć na rynku nieruchomości, w które zaangażowany może być więcej niż jeden podmiot. W takim wypadku w ramach transakcji strony zawierają dodatkowe umowy, takie jak umowy o realizację wspólnego przedsięwzięcia (*joint venture*) czy umowy wspólników. Taka strukturyzacja wspólnych przedsięwzięć wydaje się obecnie przeważać nad współwłasnością nieruchomości i jej użytkowaniem na podstawie umów typu *quoad usum*.

Niezależnie od struktury transakcji, której docelowym aktywem jest nieruchomość, inwestor powinien się skupić na ocenie skuteczności nabycia kluczowych aktywów przez sprzedającego. W kontekście nieruchomości należy zwrócić szczególną uwagę na to, czy planowana transakcja dokonywana będzie pod ochroną zasady rękoi wiary ksiąg wieczystych, a więc czy prawo przysługujące sprzedającemu do nieruchomości jest ujawnione w księdze wieczystej dla niej prowadzonej. Zgodnie z polskim prawem treść księgi rozstrzyga na korzyść tego, kto przez czynność prawną z osobą uprawnioną według treści księgi nabył własność. Zasada ta podlega jednak określonym ograniczeniom, w szczególności w przypadku transakcji przeprowadzanych na rynku pomiędzy profesjonalistami. Dlatego poza weryfikacją wpisów w księdze wieczystej konieczne jest również zbadanie i ocena podstaw nabycia nieruchomości przez dotychczasowego właściciela pod kątem ich ważności i skuteczności. Ustalenie, że nieruchomość została nabyta przez sprzedającego np. z pominięciem ustawowego prawa pierwokupu lub od osoby nieuprawnionej, wyłączać będzie ochronę wynikającą z rękoi. Pociągać to może dla kupującego negatywne skutki prawne w postaci ryzyka zakwestionowania skuteczności czy ważności nabycia nieruchomości. Badanie tytułu prawnego do nieruchomości jest szczególnie istotne w transakcjach typu *share deal*, gdyż w ich przypadku inwestorowi nie będzie przysługiwać ochrona wynikająca z zasady rękoi.

W nieruchomościowych transakcjach typu *asset deal* poza samą nieruchomością, która jest głównym przedmiotem nabycia, inwestor może potencjalnie nabyć szereg innych składników majątkowych i praw związanych z nieruchomością lub przedsiębiorstwem. W tego rodzaju transakcjach szczególnie istotne znaczenie mogą mieć umowy najmu nieruchomości. Dotyczy to zwłaszcza nieruchomości komercyjnych, takich jak obiekty biurowe czy handlowe, a także magazyny, w których przychody z najmu stanowią podstawę działalności ich właścicieli. Co do zasady w przypadku zbycia

**inwestor
powinien się
skupić na ocenie
skuteczności
nabycia
kluczowych
aktywów przez
sprzedającego**

nieruchomości jej nabywca wstępuje w stosunek najmu w miejsce zbywcy. Najemca, w przypadku braku innych postanowień umowy, nie będzie uprawniony do jej wypowiedzenia z powodu zmiany właściciela nieruchomości. W przypadku innych umów, w zależności od tego, czy przedmiotem transakcji jest sama nieruchomość, czy przedsiębiorstwo, możliwość przeniesienia każdej z umów związanych z przedmiotem transakcji należy rozpatrywać indywidualnie. W przypadku bezpośredniego zbycia nieruchomości umowy z nią związane zazwyczaj nie przechodzą na nabywcę. W przypadku zbycia przedsiębiorstwa mogą być przenoszone jedynie aktywa, a nie zobowiązania. Oznacza to, że do skutecznego przeniesienia na nabywcę zobowiązań wynikających z umów zawartych w ramach przedsiębiorstwa potrzebna będzie zgoda wierzyciela. Transakcja *asset deal* może również wiązać się z koniecznością uzyskania przez nabywcę różnego rodzaju pozwoleń, zezwoleń lub koncesji na prowadzenie działalności. Gdy przedmiotem transakcji jest przedsiębiorstwo, tego rodzaju pozwolenia – przy braku odmiennych uregulowań prawnych – przechodzą na nabywcę przedsiębiorstwa. Samo nabycie nieruchomości takiego skutku ze sobą jednak nie pociąga. To samo dotyczy transakcji, do której dochodzi w ramach toczącego się procesu inwestycyjnego na nieruchomości. Wydane w jego toku decyzje administracyjne, np. o pozwoleniu na budowę, muszą być przeniesione na nowego inwestora osobną decyzją administracyjną.

Ten problem co do zasady nie dotyczy transakcji *share deal*. W przypadku przejęcia udziałów w spółce sposób jej funkcjonowania nie ulega zmianie. Wszystkie umowy, które spółka zawarła przed transakcją, pozostają w mocy i powinny być wykonywane na dotychczasowych warunkach. Wyjątek stanowią jedynie te z nich, w których strony zawarły specyficzne klauzule *change of control* na wypadek zmian własnościowych w podmiotach będących stronami umowy. Poza wyjątkowymi sytuacjami inwestor nie powinien również obawiać się utraty licencji, koncesji i zezwoleń, które nabywana przez niego spółka uzyskała przed transakcją i które są konieczne do prowadzenia przez nią działalności. To samo dotyczy decyzji administracyjnych wydawanych w toku toczącego się procesu inwestycyjnego na nieruchomości. Uprawnienia z nich wynikające pozostają w spółce i nie ma potrzeby ich przenoszenia.

Zarówno transakcje na udziałach, jak i na aktywach mogą wymagać dodatkowych zezwoleń lub wiązać się z koniecznością uwzględnienia uprawnień innych podmiotów, w tym Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego. W szczególności należy zwrócić uwagę na ustawowe prawo pierwokupu. Dotyczyć to może w szczególności transakcji typu *asset deal* w sytuacji, gdy nieruchomość ma określone cechy lub charakter. Przykładowo z prawem pierwokupu należy liczyć się w przypadku niezabudowanych nieruchomości oddanych w użytkowanie wieczyste, nieruchomości zlokalizowanych

w granicach specjalnych stref ekonomicznych czy też nieruchomości leśnych. Odrębny przypadek dotyczy nieruchomości rolnych, którymi obrót podlega szczególnym przepisom odnoszącym się tak do transakcji *asset deal*, jak i *share deal*. Regulacje obowiązujące od 2016 r. ograniczają krąg podmiotów, które mogą nabyć nieruchomości rolne od rolników indywidualnych. Inne podmioty muszą uzyskać na takie nabycie stosowne pozwolenie administracyjne. Jeżeli nieruchomości rolne stanowią własność spółki, to również obrót jej udziałami wiąże się z ograniczeniami w postaci prawa ich pierwokupu przez Skarb Państwa lub prawa wykupu nieruchomości ze spółki już po nabyciu jej udziałów przez inwestora.

Share deal – konsekwencje podatkowe

Co do zasady zbycie udziałów lub akcji w spółce będącej właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości nie jest objęte podatkiem od towarów i usług. Taka transakcja podlega natomiast podatkowi od czynności cywilnoprawnych (według stawki wynoszącej 1% wartości rynkowej praw udziałowych), o ile jej przedmiotem są udziały lub akcje polskiej spółki. Obowiązek podatkowy spoczywa wówczas na nabywcy udziałów lub akcji.

Jeśli zaś chodzi o podatek dochodowy od osób prawnych, to dochód powstały ze zbycia udziałów lub akcji spółki będącej właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości podlega opodatkowaniu według standardowej stawki CIT wynoszącej 19%. Ustala się go jako różnicę między przychodem ze zbycia (stanowiącym najczęściej cenę sprzedaży) i kosztami uzyskania przychodów, którymi są wydatki poniesione na nabycie praw udziałowych (cena nabycia, opłata dla maklera, koszty notarialne itd.). Wydatki na nabycie udziałów lub objęcie akcji stanowią zatem koszty uzyskania przychodów dopiero w momencie ich zbycia (a nie w chwili nabycia lub objęcia). Udziały i akcje nie podlegają także amortyzacji.

Z punktu widzenia podatku dochodowego dość szczególna sytuacja ma miejsce wówczas, kiedy dochodzi do zbycia udziałów lub akcji przez podmiot nieposiadający rezydencji podatkowej w Polsce. W takim przypadku dochód będzie podlegał opodatkowaniu wyłącznie wówczas, jeśli zostanie uznany za uzyskany na terytorium RP, a zatem gdy:

- dojdzie do sprzedaży akcji poprzez Giełdę Papierów Wartościowych,
- nastąpi zbycie udziałów lub akcji w spółce, w której co najmniej 50% wartości aktywów stanowią (bezpośrednio lub pośrednio) nieruchomości znajdujące się w Polsce lub prawa do takich nieruchomości.

Opodatkowanie dochodu z odpłatnego zbycia udziałów lub akcji przez taki podmiot odbywa się wówczas na tych samych zasadach, które dotyczą osób posiadających polską rezydencję podatkową, choć często ulegają one

modyfikacji wynikającej z podpisanych przez Polskę umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Zgodnie z tymi umowami zyski powstałe ze zbycia praw udziałowych objęte są opodatkowaniem zazwyczaj w państwie będącym siedzibą lub miejscem zamieszkania sprzedawcy, chyba że dana umowa zawiera tzw. klauzulę nieruchomościową umożliwiającą polskiemu fiskusowi opodatkować zyski ze zbycia udziałów lub akcji spółek, których majątek obejmuje głównie nieruchomości położone na terytorium RP. Klauzula nieruchomościowa znajduje się np. w umowach z Austrią, Szwecją, Niemcami, Francją i Danią. Z kolei nie zawiera jej m.in. umowa zawarta z Holandią, która zachęciła w ten sposób własnych inwestorów do inwestowania w polski rynek nieruchomościowy. Brak klauzuli gwarantuje bowiem inwestorom neutralność podatkową w Polsce w razie zbycia udziałów lub akcji w polskiej spółce dysponującej nieruchomymi aktywami.

***Asset deal* – konsekwencje podatkowe**

W przypadku transakcji typu *asset deal* dotyczącej nieruchomości kluczowe znaczenie z punktu widzenia konsekwencji podatkowych ma właściwe zdefiniowanie przedmiotu transakcji, tj. ustalenie, czy mamy do czynienia z przedsiębiorstwem (ewentualnie zorganizowaną częścią przedsiębiorstwa), czy z poszczególnymi aktywami (w tym nieruchomościami). Różnice dotyczą nie tylko bezpośrednich skutków w sferze podatków obrotowych i dochodowych (o czym niżej), ale także odpowiedzialności kupującego. Jedynie bowiem nabywca przedsiębiorstwa (lub ZCP) odpowiada solidarnie ze zbywcą za jego zaległości podatkowe powstałe do dnia nabycia (choć odpowiedzialność ta jest ograniczona do wartości nabytego przedsiębiorstwa lub ZCP). Taka odpowiedzialność nie ma miejsca w przypadku nabycia poszczególnych składników majątkowych.

Zbycie przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa

Czynność zbycia przedsiębiorstwa lub ZCP nie podlega opodatkowaniu VAT (art. 6 pkt 1 ustawy o VAT). Jest natomiast objęta podatkiem od czynności cywilnoprawnych na zasadach ogólnych, a zatem opodatkowanie obejmuje zbycie każdego składnika majątkowego będącego elementem przedsiębiorstwa lub ZCP według stawki 1% lub 2% wartości rynkowej (zależnie od rodzaju danego składnika). Za podatnika PCC uważa się wówczas nabywcę przedsiębiorstwa lub ZCP.

W przypadku dochodu wygenerowanego ze zbycia przedsiębiorstwa lub ZCP stosuje się standardową stawkę CIT w wysokości 19%. Dochód stanowi nadwyżka przychodu (w praktyce cena sprzedaży przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części, ustalana według wartości rynkowej) ponad wartość

podatkową przedsiębiorstwa lub ZCP wynikającą z ksiąg rachunkowych (przy czym w przypadku środków trwałych, w tym nieruchomości, jest to wartość początkowa zmniejszona o odpisy amortyzacyjne, zaś w przypadku innych składników majątku jest to co do zasady cena nabycia).

Należy pamiętać, że transakcja zbycia przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części może rodzić pewne konsekwencje na gruncie podatku CIT również z punktu widzenia nabywcy. Mianowicie tego typu transakcje często prowadzą do wykreowania dodatniej wartości firmy (tzw. *goodwill*) rozumianej przez pryzmat przepisów podatkowych jako nadwyżka ceny nabycia przedsiębiorstwa (ZCP) nad wartość rynkową jego składników. Jeśli dojdzie do powstania wartości firmy, można ją amortyzować i w tym celu ustala się wartość początkową składników nabytego przedsiębiorstwa (ZCP) według ich wartości rynkowej.

Zbycie składników majątkowych

Co do zasady zbycie poszczególnych składników majątkowych podlega opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług według standardowej stawki, tj. aktualnie 23%. W przypadku nieruchomości może mieć jednak zastosowanie obniżona stawka VAT (8% dla nieruchomości mieszkalnych) lub zwolnienie (np. wobec terenów niezabudowanych i jednocześnie niemających charakteru budowlanego oraz wobec obiektów i ich części będących co najmniej dwa lata po tzw. pierwszym zasiedleniu). W pewnych sytuacjach podatnicy mogą również zrezygnować ze zwolnienia od podatku VAT i wybrać opodatkowanie. Gdyby okazało się, że dostawa nieruchomości podlega zwolnieniu z VAT, a podatnik nie zrezygnuje ze zwolnienia, wówczas transakcja zostanie opodatkowana PCC (2%), a obowiązek jego uiszczenia będzie spoczywał na nabywcy.

Podobnie jak w przypadku zbycia przedsiębiorstwa lub ZCP, dochód pochodzący ze zbycia poszczególnych składników majątkowych, w tym nieruchomości, objęty jest stawką CIT w wysokości 19%. Podstawę opodatkowania (dochód) również stanowi tu nadwyżka przychodu ze zbycia (w praktyce cena) ponad wartość aktywów wynikającą z ksiąg rachunkowych.

W przeciwieństwie do transakcji zbycia przedsiębiorstwa lub ZCP nie dochodzi tu jednak do stworzenia wartości rynkowej (tzw. *goodwill*). Nie zmienia to natomiast faktu, że nabyte aktywa, w tym nieruchomości (z wyjątkiem gruntów), można amortyzować.

Podsumowanie

Wybór odpowiedniej struktury dla transakcji nieruchomościowej może wpłynąć na łatwość jej przeprowadzenia oraz ryzyka po stronie inwestora. Od tej struktury zależy zakres koniecznej analizy prawnej poprzedzającej nabycie, jak również obowiązki i warunki, jakie strony transakcji muszą spełnić przed jej zamknięciem. Z tego powodu można się spodziewać dalszego wzrostu liczby transakcji typu share deal na rynku nieruchomościowym, w szczególności w przypadku już skomercjalizowanych nieruchomości.

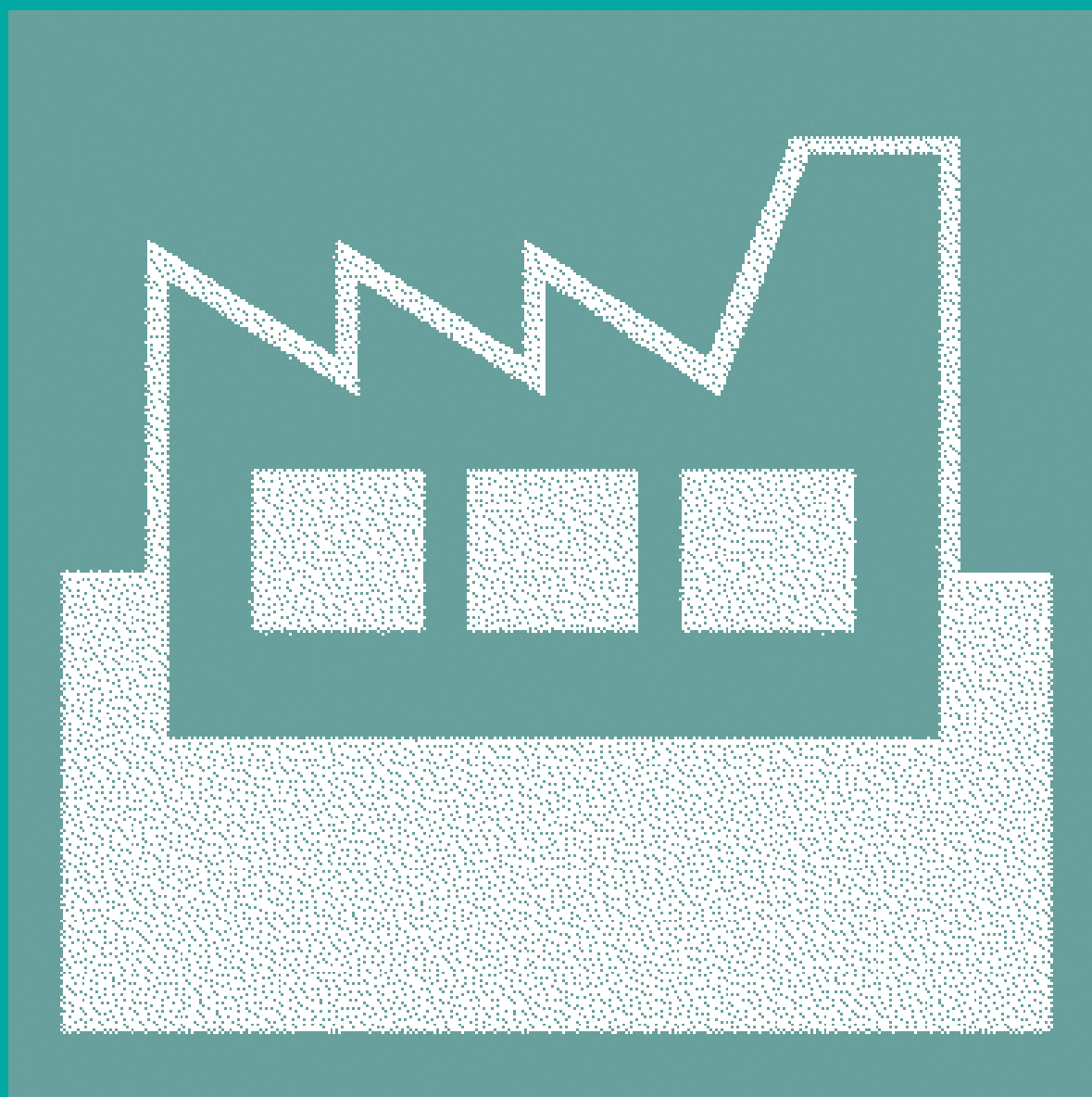
Należy również mieć na uwadze, że omówione typy transakcji mają odmienne następstwa w świetle różnych podatków (obrotowych i dochodowych), co często prowadzi do sprzecznych interesów stron planowanej transakcji nieruchomościowej (dla zbywcy korzystniejszy może być share deal, a dla nabywcy asset deal). Dostatecznie wczesna analiza podatkowa transakcji pozwoli zaplanować odpowiednie czynności strukturyzacyjne i przygotować się do negocjacji. Dla każdej ze stron szczególnie istotne jest precyzyjne określenie w umowie sprzedaży zasad odpowiedzialności za ryzyka podatkowe związane ze sprzedawanym majątkiem, w tym właściwe określenie klauzul odszkodowawczych oraz zapewnień zbywcy (np. w zakresie możliwego przekwalifikowania przez organy fiskalne przedmiotu transakcji z przedsiębiorstwa lub ZCP na zespół oddzielnych składników majątkowych).

dr Przemysław Szymczyk

adwokat, praktyka nieruchomości, restryktyzacji i doradztwa dla klientów indywidualnych

Radosław Wasiak

adwokat, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego





Julia Dolna

Zgoda buduje, czyli o zgodach jako ograniczeniach prawnych przeprowadzania transakcji w Polsce

Kondycja polskiego rynku fuzji i przejęć uzależniona jest od wielu czynników, wśród których można wymienić między innymi sytuację gospodarczą i polityczną w kraju oraz otoczenie prawne i podatkowe przedsiębiorców. W ramach regulacji prawnych istotnym elementem wpływającym zarówno na wielkość, jak i strukturę inwestowania w Polsce są ograniczenia prawne przeprowadzania transakcji. Dotyczą one zarówno transakcji na udziałach (*share deal*), jak i transakcji na aktywach (*asset deal*). Ograniczenia te mogą polegać między innymi na obowiązku uzyskania różnego rodzaju zgód. Mogą to być zgody właściwego organu spółki, organu administracji publicznej lub podmiotu trzeciego w stosunku do spółki. Poniżej opisujemy najpopularniejsze przypadki związane z koniecznością uzyskania zgód na przeprowadzenie transakcji oraz skutki ich braku.

Zgody organów spółek

Kodeks spółek handlowych przewiduje możliwość ograniczenia zbywalności udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w umowie spółki oraz rozporządzania akcjami imiennymi w spółce akcyjnej w statucie. Ograniczenie może polegać na obowiązku uzyskania zgody zarządu albo innego organu spółki: rady nadzorczej, zgromadzenia wspólników bądź walnego zgromadzenia. Warto wspomnieć, że powyższe restrykcje mają charakter względny, co oznacza, że znajdują zastosowanie tylko wtedy, gdy umowa spółki albo statut zawierają odpowiednie postanowienia dotyczące tej kwestii. Wyjątkiem od powyższego jest jednak przenoszenie akcji

imiennych, z którymi jest związany obowiązek powtarzających się świadczeń niepieniężnych. W tym przypadku dopuszczalność rozporządzenia akcjami jest bezwzględnie uzależniona od uzyskania zgody spółki.

Bezwzględne ograniczenia zbywalności dotyczą także rozporządzania określonymi składnikami majątkowymi spółki. Odnosi się to między innymi do zbycia przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części, co ma miejsce w przypadku transakcji typu *asset deal*. Wówczas istnieje ustawowe ograniczenie polegające na konieczności uzyskania zgody zgromadzenia wspólników bądź walnego zgromadzenia wyrażonej w uchwale podjętej kwalifikowaną większością 2/3 głosów (w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) albo kwalifikowaną większością 3/4 głosów (w przypadku spółki akcyjnej), z zastrzeżeniem, że umowa spółki albo statut mogą ustanowić surowsze warunki podejmowania takiej uchwały.

Konsekwencja braku uzyskania zgody korporacyjnej na przeprowadzenie transakcji zależy od tego, czy zgoda była wymagana ustawą, czy postanowieniem umowy spółki albo statutu. W pierwszym przypadku skutkiem jest nieważność danej czynności prawnej, w drugim zaś czynność pozostaje ważna, ale powinna być konwalidowana przez następcze uzyskanie zgody.

Zgody organów administracji publicznej

Kolejnym rodzajem zgód na przeprowadzenie transakcji są zgody organów administracji publicznej. Przykładem jest zgoda na dokonanie koncentracji, którą wydaje Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w formie decyzji administracyjnej po zgłoszeniu zamiaru koncentracji przez przedsiębiorcę oraz po stwierdzeniu przez Prezesa UOKiK, że dokonanie koncentracji nie spowoduje istotnego ograniczenia konkurencji na rynku. Warto zaznaczyć, że nie każdy zamiar przeprowadzenia transakcji wymaga zgłoszenia Prezesowi UOKiK. Taki obowiązek powstaje w sytuacji, gdy łączny obrót przedsiębiorców mających uczestniczyć w transakcji w roku obrotowym poprzedzającym zgłoszenie przekracza określone w przepisach wartości, a dodatkowo w danej sytuacji nie znajdują zastosowania przewidziane w przepisach tak zwane przesłanki egzoneracyjne. Konsekwencją dokonania koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa UOKiK może być nałożenie kary pieniężnej na przedsiębiorcę. Dodatkowo w pewnych okolicznościach Prezes UOKiK może nakazać między innymi podział połączonego przedsiębiorcy czy zbycie majątku lub udziałów.

Innym przykładem zgody organu administracji publicznej wymaganej w toku transakcji jest zezwolenie ministra właściwego do spraw wewnętrznych. Będzie ono konieczne, jeżeli w wyniku transakcji cudzoziemiec ma nabyć lub objąć udziały lub akcje w spółce handlowej z siedzibą na terytorium Polski,

**brak wymaganych
zgód może
skutkować nawet
nieważnością
transakcji**

o ile ta spółka jest właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości położonej na terytorium Polski. Konieczność uzyskania powyższego zezwolenia powstanie po pierwsze, jeśli w wyniku nabycia lub objęcia polska spółka stanie się spółką kontrolowaną, albo po drugie, jeśli polska spółka jest już spółką kontrolowaną, a udziały lub akcje nabywa lub obejmuje cudzoziemiec niebędący jej dotychczasowym udziałowcem lub akcjonariuszem. Zezwolenie ministra właściwego do spraw wewnętrznych będzie również potrzebne w sytuacji, gdy w ramach nabycia przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa ma dojść do nabycia prawa własności lub użytkowania wieczystego nieruchomości położonej na terytorium Polski.

Co prawda przepisy przewidują pewne wyjątki od powyższych przypadków, które dotyczą cudzoziemców będących obywatelami lub przedsiębiorcami państw – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym oraz Konfederacji Szwajcarskiej, ale nie obejmują one nieruchomości położonych w strefie nadgranicznej i gruntów rolnych o powierzchni większej niż 1 ha. Należy podkreślić, że brak uzyskania zezwolenia ministra właściwego do spraw wewnętrznych będzie skutkować nieważnością zarówno nabycia nieruchomości, jak i udziałów lub akcji w spółce handlowej.

Sankcją nieważności jest też zagrożone nabywanie nieruchomości z naruszeniem ograniczeń wynikających z ustawowego prawa pierwokupu. Prawo to może przysługiwać gminie (na przykład gdy sprzedawana jest nieruchomość niezabudowana wcześniej nabyta przez sprzedawcę od Skarbu Państwa albo od jednostek samorządu terytorialnego), Skarbowi Państwa reprezentowanemu przez Lasy Państwowe (na przykład gdy sprzedawany jest grunt oznaczony jako las, niestanowiący własności Skarbu Państwa), a w określonych przypadkach dzierżawcy nieruchomości rolnej albo Krajowemu Ośrodkowi Wsparcia Rolnictwa działającemu na rzecz Skarbu Państwa (w przypadku sprzedaży nieruchomości rolnej).

Zgodnie z przeważającym stanowiskiem sądów restrykcje dotyczące prawa pierwokupu nieruchomości odnoszą się także do transakcji typu *asset deal*, których przedmiotem jest przedsiębiorstwo, którego składnikiem jest nieruchomość. Ponadto warto dodać, że Krajowemu Ośrodkowi Wsparcia Rolnictwa przysługuje również prawo pierwokupu w przypadku zbywania udziałów lub akcji w spółce będącej właścicielem nieruchomości rolnej. Bezwarunkowe zbycie udziałów lub akcji w powyższej sytuacji jest nieważne z mocy prawa.

Zgody podmiotów trzecich

W poszczególnych transakcjach mogą być wymagane zgody podmiotów trzecich. Na przykład jeżeli w transakcji typu *asset deal* bądź *share deal*

uczestniczą osoby fizyczne pozostające w związku małżeńskim, dla bezpieczeństwa wskazane jest uzyskanie zgody małżonka. Podobnie jest w sytuacji, gdy do rozporządzania przedmiotem transakcji współuprawnionych jest kilka osób. Wówczas wymagana jest zgoda wszystkich współuprawnionych. Innymi przykładami zgód, które mogą okazać się konieczne w toku przeprowadzania transakcji, są zgody kontrahentów, z którymi spółka będąca przedmiotem transakcji zawarła umowy handlowe. W takich umowach mogą być bowiem zawarte klauzule change of control, które w sytuacji zmiany struktury właścicielskiej spółki uzależniają dalsze trwanie umowy od zawiadomienia i uzyskania zgody kontrahenta.

Zgody jako ograniczenia prawne przeprowadzenia transakcji

Obowiązek uzyskania różnego rodzaju zgód na przeprowadzenie transakcji z jednej strony może być postrzegany jako ograniczenie swobody inwestowania, z drugiej wydaje się uzasadniony potrzebą ochrony pewnych praw i wartości. Należy dodać, że poza zgodami istnieją też inne ograniczenia prawne przeprowadzania transakcji w Polsce, wśród których można wymienić między innymi określoną formę umowy zbycia udziałów, akcji czy przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części, jak również konieczność dopełnienia wskazanych w przepisach obowiązków informacyjnych (w tym także po przeprowadzeniu transakcji).

W obszarze M&A znajduje zatem zastosowanie znane polskie przysłowie: zgoda buduje, niezgoda rujnuje. Uzyskanie zgód wymaganych na przeprowadzenie danej transakcji warunkuje jej powodzenie, zaś ich brak może skutkować nawet nieważnością transakcji, co w konsekwencji może okazać się rujnujące dla stron.

Julia Dolna

praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

O kancelarii

Kancelaria Wardyński i Wspólnicy od 1988 roku jest trwale zakorzeniona w życiu prawniczym w Polsce. Skupiamy się na biznesowych potrzebach naszych klientów, pomagając im znaleźć skuteczne i praktyczne rozwiązanie 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.

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.

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

wardynski.com.pl
codozasady.pl
newtech.law