



ROCZNIK

**WAR WSP
DYNŃ ÓLN
SKI+ ICY•**

Nakład

300 egzemplarzy

Wydawca

WiW Services Sp. z o.o.

Redakcja

Justyna Zandberg-Malec

Projekt graficzny i skład

Marta Duda i Tomasz Kuc (Dobry Skład)

Zdjęcia

Paweł Wodnicki

Druk

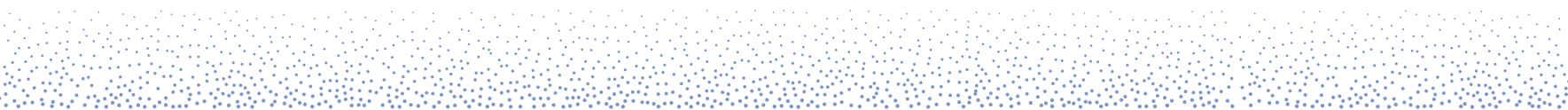
Drukarnia Piotra Włodarskiego

© Copyright by Wardyński i Wspólnicy sp.k., 2022

ROCZNIK 2022 nie stanowi usługi doradztwa prawnego
i nie powinien być podstawą do podejmowania decyzji biznesowych.

Spis treści

- 5 Wstęp**
- 6 Co ma blockchain do sadzenia lasów, czyli wspólna droga fintechu i ESG**
JOANNA WERNER, ŁUKASZ SZEGDA
- 10 ESG, SFDR i taksonomia – jak to ugryźć?**
DANUTA PAJEWSKA, KATARZYNA JAROSZYŃSKA
- 13 Polityka ochrony konkurencji a Europejski Zielony Ład**
WERONIKA SZYSZKA
- 16 Zielony wodór będzie napędzał Polskę**
PAULINA WOJTKOWSKA
- 19 Lokalizowanie farm wiatrowych w Polsce – dziś i jutro**
DR ADRIANNA OGONOWSKA
- 22 Ochrona zagranicznych inwestycji w Polsce i świecie**
MACIEJ ZYCH, PAWEŁ MAZUR
- 26 Centralny Port Komunikacyjny – plany ambitne, ale czasu za mało**
LESZEK ZATYKA
- 30 Pracownicy z zagranicy, czyli o (niewykorzystanych) szansach polskiego rynku pracy**
MAGDALENA ŚWITAJSKA, ALEKSANDRA WÓJCIK
- 34 Samowolna relokacja pracownika za granicę**
PIOTR PODSIADŁY, AGNIESZKA LISIECKA
- 37 Jeżeli nie praca tymczasowa, to może external workbench?**
DR SZYMON KUBIAK, KATARZYNA MAGNUSKA
- 40 Jak prokuratury „opiekują się” pieniędzmi spółek?**
DR ARTUR PIETRYKA, MARIA KOZŁOWSKA
- 44 Prawo holdingowe**
IZABELA ZIELIŃSKA-BARŁOŻEK,
KRZYSZTOF LIBISZEWSKI
- 47 Należyta staranność i uzasadnione ryzyko gospodarcze – zmiany w przepisach na korzyść członków zarządu?**
BARTOSZ KURAŚ, ANNA DĄBROWSKA
- 52 Krótka historia elektronizacji prawa spółek**
MACIEJ A. SZEWCZYK, IZABELA ZIELIŃSKA-BARŁOŻEK,
ANNA DĄBROWSKA
- 56 Przetargi elektroniczne – zawiłości podpisów elektronicznych**
ANNA PRIGAN
- 60 Delisting spółki publicznej – co zrobić, żeby się powiodło**
MARCIN PIETKIEWICZ, MONIKA LUTOMIRSKA
- 64 Restrukturyzacje w obszarze cen transferowych**
WOJCIECH MARSZAŁKOWSKI, MICHAŁ NOWACKI
- 67 Podwójna nieważność – jak sądy interpretują wewnętrznie sprzeczne przepisy podatkowe**
JAKUB MACEK
- 70 Czy interpretacja indywidualna chroni jej adresata, jeśli zmieniło się prawo?**
JOANNA PROKURAT
- 75 Zgody wymagane w badaniach klinicznych**
DR EWA BUTKIEWICZ, KAROLINA ROMANOWSKA,
WOJCIECH BRZOSTOWSKI
- 81 Sektor spożywczy a zielona transformacja**
JOANNA KRAKOWIAK
- 84 Czy anonimowy twórca może bronić się przed plagiatem?**
EWA NAGY



Szanowni Państwo,

Jak wiadomo, zmiany budzą opór, ale są w życiu nieuniknione. Jedne z tych zmian ustawodawca generuje, inne – takie jak zmiany klimatyczne – próbuje niwelować swoimi działaniami. Do wszystkich tych zmian musimy się dostosować, a przynajmniej je obserwować, by móc działać w zmieniających się okolicznościach.

Tradycyjnie nasz dwunasty już Rocznik poświęcamy trendom, tendencjom i zmianom w prawie. A trochę ich jest.

Na pewno mocnym trendem jest prowadzenie zrównoważonej działalności, do czego zachęcają liczne działania legislacyjne – a także preferencje konsumentów i inwestorów. Oczekiwania są na tyle silne, że niektórzy przedsiębiorcy chwalą się dbałością o środowisko, nawet jeśli nie idą za tym faktycznie działania. Tak zwany greenwashing ma jednak krótkie nogi. Troska o migrujące gęsi to już nie pięknoduchostwo, tylko instynkt samozachowawczy. Działanie „po staremu” to bardzo krótkowzroczna strategia – i mało realna. Mało realne jest też opieranie się na konwencjonalnych nośnikach energii. Na szczęście można mieć nadzieję, że zielony wodór i farmy wiatrowe umożliwi efektywną dekarbonizację polskiej gospodarki. Powyższym kwestiom poświęcamy w tym roku kilka artykułów.

Sporo też dzieje się na rynku pracy. Pracodawcy mają coraz większe trudności z pozyskaniem specjalistycznej kadry. Mówi się, że Polska powinna przyjąć 5 mln pracowników z zagranicy, aby nasza gospodarka mogła się rozwijać w dotychczasowym tempie. Zmieniły się też oczekiwania pracowników co do form świadczenia pracy, co może rodzić pewne wyzwania dla pracodawców.

Nieustannie wzrasta też znaczenie kwestii związanych z ochroną zdrowia i ochroną danych – w tym z ochroną danych w ochronie zdrowia, o czym piszemy w artykule poświęconym badaniom klinicznym.

A poza tym – po staremu. Przepisy podatkowe są wewnętrznie sprzeczne i coraz bardziej przypominają węzeł gordyjski. Interpretacja indywidualna nie daje ochrony. Kontakt z prokuraturą może się skończyć utratą płynności finansowej. A ryzyko wyłączenia wcale nie jest tylko hipotetyczne.

Gdyby jednak po lekturze tych wszystkich tekstów doszli Państwo do wniosku, że życie przedsiębiorcy jest ciężkie, polecamy dla równowagi artykuł o tym, że los słynnego artysty też nie jest do pozazdroszczenia.

Zapraszamy do lektury
redakcja



JOANNA WERNER

radca prawny,
praktyka bankowości
i finansowania projektów



ŁUKASZ SZEGDA

radca prawny, wspólnik
odpowiedzialny za praktykę
bankowości i finansowania projektów

Co ma blockchain do sadzenia lasów, czyli wspólna droga fintechu i ESG

ESG to zdecydowanie jeden z najgorętszych tematów w ostatnim czasie. Podobnie zresztą jak fintech. W naszym artykule przyjrzymy się bliżej tym dwóm trendom, aby zobaczyć, jak mogą one ze sobą współgrać i inspirować nowe sposoby prowadzenia (zrównoważonej) działalności.

Czym właściwie jest ESG?

ESG, czyli kryteria środowiskowe, społeczne i ładu korporacyjnego (ang. *Environmental, Social, Governance*), to zestaw norm dotyczących działalności danego podmiotu i jego produktów, które świadomi społecznie inwestorzy wykorzystują przy wyborze potencjalnych inwestycji.

Z jednej strony mówimy o **czynnikiach ESG** (lub o czynnikach zrównoważonego rozwoju zgodnie z definicją zaproponowaną w rozporządzeniu SFDR¹), tj. o kryteriach, które dany podmiot uwzględnia (lub nie) w swojej działalności i które mogą mieć pozytywny lub negatywny wpływ na jego wyniki finansowe lub wypłacalność. Z drugiej strony mamy **ryzyka ESG**, czyli negatywne dla danego podmiotu skutki finansowe wynikające z obecnego lub przyszłego wpływu czynników ESG na jego działalność, działalność jego kontrahentów lub na zainwestowane aktywa (o czynnikach ESG i ryzykach ESG pisze np. Europejski Urząd Nadzoru Bankowego w raporcie dotyczącym zarządzania i nadzoru nad ryzykiem ESG w działalności instytucji kredytowych oraz firm inwestycyjnych).

Kryteria środowiskowe określają podejście danego podmiotu do kwestii dotyczących środowiska, np. wyczerpywania się zasobów, emisji gazów cieplarnianych, wylesiania, zmian klimatycznych, ochrony zwierząt. Kryteria społeczne opisują sposób, w jaki dany podmiot traktuje ludzi, i koncentrują się m.in. na prawach człowieka, relacjach pracowniczych i kwestiach dotyczących różnorodności, warunkach pracy, społecznościach lokalnych, zdrowiu i bezpieczeństwie. Kwestie związane z ładem korporacyjnym dotyczą natomiast w szczególności praw akcjonariuszy, polityki antykorupcyjnej i sposobu zarządzania danym podmiotem.



W ostatnich latach kwestie ESG zyskały na znaczeniu, zwłaszcza w obliczu rosnących problemów środowiskowych i globalnych skandali finansowych. Pomagają one inwestorom unikać spółek, które mogą w przyszłości stanowić większe ryzyko (np. kosztownych pozwów, czy też kar finansowych) ze względu na ich praktyki środowiskowe, społeczne czy też złe zarządzanie.

ESG – wyzwania, regulacje, greenwashing

Obszar ESG rozwija się w ostatnich latach bardzo dynamicznie, a dotyczące go regulacje mnożą się w zaskakującym tempie (przy czym zdecydowanie najbardziej zaawansowana jest debata i legislacja odnosząca się do komponentu „E”, czyli do kwestii środowiskowych).

Pierwsze regulacje na poziomie unijnym dotyczyły raportowania niefinansowego i były ograniczone do największych graczy na rynku. Nowo powstające regulacje, dotyczące w szczególności sektora finansowego, mają coraz szerszy zasięg – wciąż w przeważającej mierze dotyczą one ujawnień

(choć w znacząco szerszym zakresie niż pierwotnie), ale pojawiają się też inicjatywy regulujące standardy zielonych produktów (np. obligacji), a planowane są kolejne, np. w obszarze ratingów (patrz też str. 10).

Pomimo znaczącego nasilenia działań legislacyjnych, z obszarem ESG wciąż wiąże się wiele wyzwań. Jednym z przykładów jest ryzyko greenwashingu. Greenwashing polega na tym, że firma lub organizacja poświęca więcej czasu i pieniędzy na reklamowanie się jako zrównoważona niż na rzeczywiste uwzględnianie czynników ESG w swojej działalności. Przyczyn greenwashingu jest wiele – część podmiotów angażuje się w niego z pełną premedytacją, chcąc sprawiać pozory organizacji o wysokich standardach etycznych. Jednak greenwashing jest też w dużej mierze efektem trudności związanych z analizą i przetwarzaniem danych dotyczących ESG.

Inwestorzy, którzy chcą uwzględniać czynniki ESG w swoich inwestycjach, muszą polegać na często niespójnych metodologiach i wielu różnorodnych źródłach danych ESG, co powoduje ich niską porównywalność. W Unii Europejskiej odmienne podejścia

ma uspołnić rozporządzenie dotyczące taksonomii², które jednak koncentruje się na wypracowaniu wspólnego rozumienia działalności zrównoważonej środowiskowo, pozostawiając aspekty „S” oraz „G” poza kręgiem swojego zainteresowania (przynajmniej na razie).

Spójne rozumienie pojęcia „działalność zrównoważona” to jednak tylko jeden z problemów. Już samo gromadzenie i analizowanie danych dotyczących ESG jest kosztownym i czasochłonnym procesem. W dodatku dane te są mało szczegółowe i nie dość często aktualizowane. Wszystko to utrudnia walkę z greenwashingiem, z którym związane jest ryzyko reputacyjne dla podmiotu zamieszanego (czasem nieświadomie) w greenwashing, a także ryzyko finansowe dla inwestorów, którzy wzięli pod uwagę czynniki ESG przy ocenie ryzyka i dokonywaniu inwestycji.

Fintech – wsparcie dla obszaru ESG

W szerokim znaczeniu fintech to innowacje technologiczne, które mogą zmienić sposób świadczenia usług finansowych,

>>

stymulując rozwój nowych modeli biznesowych, aplikacji, procesów i produktów (fintechami nazywane są też firmy działające w tym zakresie). Innowacyjność oraz nowe technologie immanentnie związane z tym obszarem przykuwają uwagę organów unijnych, które dostrzegają w nim szanse dla rozwoju obszaru ESG.

Znaczenie nowych technologii w sektorze finansowym podkreślono m.in. w Planie Działania KE: Finansowanie Zrównoważonego Wzrostu Gospodarczego z 2018 r. oraz w Europejskim Zielonym Ładzie z 2019 r.

Pierwszy z dokumentów „jest częścią szerszych wysiłków na rzecz połączenia finansowania z konkretnymi potrzebami gospodarki europejskiej i światowej z korzyścią dla naszej planety i naszego społeczeństwa”. Cele planu działania obejmują w szczególności:

- ukierunkowanie przepływów kapitału na zrównoważone inwestowanie celem osiągnięcia zrównoważonego wzrostu sprzyjającego włączeniu społecznemu,
- zarządzanie ryzykiem finansowym wynikającym ze zmiany klimatu, wyczerpywania się zasobów, degradacji środowiska oraz kwestii społecznych,
- wspieranie przejrzystości i podejścia długoterminowego w działalności finansowej i gospodarczej.

Z kolei w Europejskim Zielonym Ładzie KE podkreśla, że „technologie cyfrowe są kluczowe dla osiągnięcia celów Zielonego Ładu w zakresie zrównoważonego rozwoju w wielu różnych sektorach”. KE zobowiązała się rozważyć, „jak zapewnić przyspieszenie i zmaksymalizowanie wpływu polityk na zmianę klimatu i ochronę środowiska za pomocą technologii cyfrowych, takich jak sztuczna inteligencja, 5G, chmura obliczeniowa, architektura rozproszonych zasobów informatycznych (ang. *edge computing*) oraz internet rzeczy”. Stanowi to jasny sygnał, że względy finansowe i technologiczne, które łączą się i przenikają w sektorze fintech, leżą u podstaw



W szerokim znaczeniu fintech to innowacje technologiczne, które mogą zmienić sposób świadczenia usług finansowych, stymulując rozwój nowych modeli biznesowych, aplikacji, procesów i produktów.

ESG i mogą doskonale ułatwiać i warunkować prowadzenie działalności w sposób zrównoważony.

Fintech a zrównoważony rozwój

Przed wszystkim fintech może skutecznie wspierać walkę z greenwashingiem. Rozwiązania oparte na sztucznej inteligencji (AI), technologii rozproszonego rejestru (DLT) oraz big data mogą ułatwić przetwarzanie dużych ilości danych dotyczących ESG, a także zwiększyć ich jakość, przejrzystość i wiarygodność. Przykładowo Nossa Data dostarcza narzędzie, które gromadzi i analizuje dane dotyczące ESG w danym podmiocie i dostarcza wskazówek umożliwiających poprawę wyników w tym zakresie. Szybka i prosta analiza danych dotyczących ESG może zachęcać spółki do uwzględniania czynników ESG w ich działalności.

Kolejny obszar, w którym fintech może przysłużyć się ESG, wiąże się z prawdziwym zalewem rynku finansowego nowymi regulacjami, które wymagają od tych podmiotów dokonywania szeregu ujawnień oraz realizowania licznych obowiązków raportowych. Zapewnienie zgodności z wymaganiami nakładanymi na sektor finansowy (ale nie tylko) przez takie regulacje jak rozporządzenie dotyczące taksonomii, dyrektywa NFRD³, rozporządzenie SFDR czy też projektowana dyrektywa CSRD⁴ to nie lada wyzwanie dla uczestników tego rynku, ale również dla organów nadzoru, które muszą później tę zgodność zweryfikować.

Firmy fintechowe dostarczające rozwiązania z zakresu zapewniania zgodności (RegTech) i weryfikowania zgodności (SupTech) rozszerzają swoją ofertę również o monitoring regulacji ESG. Przykładem może być platforma wymiany danych stworzona przez ESGTech, która ułatwia spełnienie wymogów dotyczących właśnie ujawniania informacji dotyczących ESG.

Fintechy mogą również przyczynić się do zakładanego we wspomnianym planie działania KE ukierunkowania przepływów kapitału na zrównoważone inwestowanie. Dzięki platformom crowdfundingowym inwestorzy, którzy chcą wspierać podmioty angażujące się w swej działalności w zrównoważony rozwój, mogą zainwestować swoje środki w „zielone” projekty. Nowe zielone podmioty mają z kolei szanse uzyskać finansowanie na bardziej atrakcyjnych warunkach. Przykładowo platforma inwestycyjna LITA.co akceptuje jako podmioty ubiegające się o finansowanie tylko te firmy, które spełniają jeden lub więcej celów zrównoważonego rozwoju zawartych w Agendzie ONZ 2030 na rzecz zrównoważonego rozwoju. Inny ciekawy sposób inwestowania w zrównoważoną działalność proponuje Ekofolio – platforma oparta na blockchainie umożliwiająca inwestowanie w lasy poprzez nabywanie wyemitowanych na platformie tokenów.

Sektor fintech wspiera również walkę z wykluczeniem finansowym, realizując tym samym jeden z celów społecznych ESG. Podmioty takie jak OneFi, Pula, PalmPay czy MoneyFellows działają we wszystkich



Aby wyzwolić pełen potencjał propozycji fintech w zakresie walki z wykluczeniem finansowym, w pierwszej kolejności należy rozwiązać problem innego rodzaju wykluczenia – wykluczenia cyfrowego.

sektorach rynku finansowego – bankowości, ubezpieczeniach, płatnościach, inwestycjach – demokratyzując dostęp do tego typu usług dla osób, które takiego dostępu do tej pory, z różnych powodów, nie miały. Aby jednak wyzwolić pełen potencjał propozycji fintech w tym zakresie, w pierwszej kolejności należy rozwiązać problem innego rodzaju wykluczenia – wykluczenia cyfrowego.

Wpływ ESG na podmioty z sektora fintech

Jak widać, możliwości fintechu we wspieraniu rozwoju ESG są bardzo szerokie. Jednak wpływ ESG na działalność fintechów jest również zauważalny. Co ciekawe, związane z tym zmiany zachodzące w świecie innowacyjnych usług finansowych nie są konsekwencją zmian prawnych i nowych obowiązków regulacyjnych z zakresu ESG nakładanych na uczestników rynku finansowego przez unijne lub krajowe organy ustawodawcze. Zmiany te wynikają przede wszystkim z coraz większego zainteresowania konsumentów i inwestorów tematyką ESG oraz utożsamianiem się z działalnością, która promuje tego typu wartości. Uczestnicy rynku (w tym fintechy) angażują się w tematykę ESG w odpowiedzi na oczekiwania rynkowe swoich interesariuszy.

ESG z pewnością może przyspieszyć transformację modeli biznesowych podmiotów z sektora fintech w kierunku bardziej zrównoważonych. Coraz więcej podmiotów z tego sektora opiera swoją działalność na

oferowaniu klientom produktów, które uwzględniają w swej konstrukcji ESG właśnie. Przykładowo Aspiration Partners (który stanie się pierwszym notowanym na giełdzie zielonym fintechem) koncentruje się na działalności charytatywnej, zrównoważonym rozwoju i ochronie środowiska. Jedną z inicjatyw Aspiration Partners nosi nazwę „Plant Your Change” i umożliwia klientom tego cyfrowego banku zaokrąglanie płatności do pełnego dolara i sadzenie drzew z wygenerowanej w ten sposób nadwyżki. W pierwszym roku od uruchomienia tej opcji (do kwietnia 2021 r.) klienci Aspiration Partners pomogli ponoć w zasadzeniu ponad 10 milionów drzew.

Oczywiście fintechy mają również mniej zielone oblicze. Technologie takie jak AI i blockchain (zwłaszcza jeśli opiera się na protokole *proof-of-work* zamiast *proof-of-stake*) mają duże zapotrzebowanie na moc obliczeniową, co przekłada się na wysokie zużycie energii elektrycznej. Między innymi dzięki ESG coraz większą popularność

zdobывают rozwiązania blockchainowe oparte na protokole *proof-of-stake*, który jest o wiele bardziej „eko”.

Aspekty środowiskowe są jednak stosunkowo najłatwiej mierzalnym i zarządzalnym komponentem ESG. Tymczasem coraz częściej dostrzeganym ryzykiem związanym z AI czy robotyką są też społeczne konsekwencje tych technologii. Stwarzają one bowiem realne zagrożenie utraty miejsc pracy na dużą skalę, co z kolei może spowodować wzrost bezrobocia i pogłębienie nierówności. Niewątpliwie należy te ryzyka brać pod uwagę przy wdrażaniu w działalności danego podmiotu rozwiązań opartych o innowacyjne technologie.

Co przyniesie przyszłość?

Fintech i ESG mogą bardzo dobrze współpracować i wzajemnie napędzać pozytywne zmiany. Fintech może ułatwić zieloną transformację przedsiębiorstw, a ESG – zmotywować firmy fintechowe do bardziej zrównoważonego rozwoju. Niemniej jednak wiele kwestii nadal wymaga rozwiązania, aby można było w pełni wykorzystać synergie zachodzące pomiędzy tymi dwoma obszarami. Jakkolwiek obecne ograniczenia technologiczne i niepewność regulacyjna wokół różnych innowacyjnych modeli biznesowych spowalniają ten proces, to na szczęście nie wydaje się, aby mógł się on zatrzymać. ●



- 1 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2088 z dnia 27 listopada 2019 r. w sprawie ujawniania informacji związanych ze zrównoważonym rozwojem w sektorze usług finansowych.
- 2 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/852 z dnia 18 czerwca 2020 r. w sprawie ustanowienia ram ułatwiających zrównoważone inwestycje, zmieniające rozporządzenie (UE) 2019/2088.
- 3 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/95/UE z dnia 22 października 2014 r. zmieniająca dyrektywę 2013/34/UE w odniesieniu do ujawniania informacji niefinansowych i informacji dotyczących różnorodności przez niektóre duże jednostki oraz grupy.
- 4 Projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającej dyrektywę 2013/34/UE, dyrektywę 2004/109/WE, dyrektywę 2006/43/WE oraz rozporządzenie (UE) nr 537/2014 w odniesieniu do sprawozdawczości przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju.



DANUTA PAJEWSKA

radca prawny, starszy doradca,
praktyka rynków kapitałowych
i inwestycji finansowych



KATARZYNA JAROSZYŃSKA

radca prawny,
praktyka rynków kapitałowych
i inwestycji finansowych

ESG, SFDR i taksonomia – jak to ugryźć?

Coraz większą uwagę zwraca się na to, czy biznes postępuje etycznie i odpowiedzialnie. Kwestie te są istotne również dla inwestorów, przez co mają szanse przełożyć się na realia rynkowe. Dla podmiotów rynku finansowego oznacza to jednak między innymi nowe obowiązki informacyjne i konieczność zapoznania się z nowymi aktami prawnymi o zagadkowych nazwach.

ESG – nowy trend inwestycyjny

W ostatnich latach na rynkach finansowych krajów rozwiniętych coraz bardziej ujawniają się nowe, niefinansowe tendencje inwestycyjne powiązane ze standardami ESG (Environmental, Social, Governance). Standardy te zwracają uwagę na niefinansowe aspekty działalności podmiotów gospodarczych – wpływ na środowisko, podejście do kwestii społecznych i zasady ładu korporacyjnego.

Wdrażanie ESG przez podmioty rynku finansowego oznacza w praktyce łączenie bieżącej działalności z podejmowaniem wewnętrznych inicjatyw na rzecz:

- ochrony środowiska – np. redukcja zanieczyszczeń, zmniejszenie poziomu emisji dwutlenku węgla,
- odpowiedniego traktowania ludzi – zasady rządzące zatrudnieniem (równouprawnienie płci, różnorodność pochodzenia, religii itp.), zapewnienie należytych warunków pracy, poszanowanie praw pracowników, relacje ze społecznościami lokalnymi,
- dobrego zarządzania – przejrzysta polityka wynagrodzeń, struktura składów organów zarządzających, poszanowanie praw akcjonariuszy.

Rosnące oczekiwania inwestorów spowodowały, że dążenie do spełniania standardów ESG uznaje się za jeden z ważniejszych trendów inwestycyjnych na świecie. Inwestorzy coraz częściej wybierają jako cel inwestycji przedsiębiorstwa odpowiadające wyznawanym przez nich wartościom. ESG stało się miernikiem nowoczesności i długodystansowych perspektyw spółek podlegających ocenie inwestorów. Czynniki ESG są również brane pod uwagę przez instytucje finansowe zapewniające finansowanie podmiotów.

ESG jako prawo

Nowe oczekiwania rynku zostały ujęte w ramy prawne, by ułatwić inwestorom inwestowanie w podmioty świadome i wychodzące naprzeciw postępującym zmianom środowiskowym i społecznym.

W odniesieniu do podmiotów finansowych i produktów finansowych ESG znalazło odzwierciedlenie w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2088 z dnia 27 listopada 2019 r. w sprawie ujawniania informacji związanych ze zrównoważonym rozwojem w sektorze usług finansowych (*Sustainable Finance Disclosure Regulation*, SFDR).

SFDR ma zastosowanie do uczestników rynku finansowego oferujących produkty finansowe oraz doradców finansowych świadczących usługi doradztwa ubezpieczeniowego lub inwestycyjnego (dalej: „uczestnicy rynku finansowego”). Umacnia ono rolę standardów ESG jako wyznaczników wiarygodności podmiotów na rynku, nakładając na uczestników rynku finansowego obowiązki informacyjne dotyczące zarówno samego uczestnika, jak i oferowanych produktów.

Nowe standardy mają zmniejszyć asymetrię informacyjną w stosunkach między uczestnikiem rynku finansowego a inwestorem/klientem w zakresie ryzyk i niekorzystnych skutków dla zrównoważonego rozwoju, promowania aspektu środowiskowego lub społecznego oraz zrównoważonych inwestycji.

Uczestnicy rynku finansowego muszą ujawniać na stronie internetowej informacje dotyczące wpływu czynników ESG

na wartość inwestycji. W odniesieniu do każdego promowanego produktu finansowego muszą też udostępnić klientom, przed zawarciem umowy, informację, w jaki sposób ryzyka dla zrównoważonego rozwoju są uwzględniane w podejmowanych decyzjach inwestycyjnych czy świadczonych usługach.

SFDR zobowiązuje uczestników rynku finansowego do publikowania informacji dotyczących:

- sposobu i zakresu, w jakim dany produkt finansowy uwzględnia aspekt środowiskowy, społeczny lub cel zrównoważonego inwestowania,
- metod stosowanych do oceny, pomiaru i monitorowania aspektu środowiskowego, społecznego lub wpływu zrównoważonych inwestycji dla danego produktu finansowego,
- jeżeli dla danego produktu jako wskaźnik referencyjny został wyznaczony konkretny indeks giełdowy – informacji na temat tego, czy i w jaki sposób indeks ten jest zgodny z powyższymi aspektami,
- dostosowania indeksu do celu – wraz z wyjaśnieniem, dlaczego wyznaczony indeks różni się od ogólnego indeksu rynkowego,
- ogólnego wpływu produktu finansowego na kwestie związane ze zrównoważonym rozwojem.

Od 3 września 2019 r. Giełda Papierów Wartościowych w Warszawie publikuje Indeks WIG-ESG na podstawie wartości portfela akcji spółek uznawanych za odpowiedzialne społecznie, tj. takich, które przestrzegają zasad biznesu odpowiedzialnego społecznie, w szczególności w zakresie kwestii środowiskowych, społecznych,

ekonomicznych i ładu korporacyjnego. WIG-ESG jest indeksem dochodowym, co oznacza, że przy jego obliczaniu bierze się pod uwagę zarówno wartości zawartych w nim transakcji, jak i dochody z tytułu dywidend.

Zrównoważona inwestycja to zgodnie z SFDR inwestycja w:

- działalność gospodarczą, która przyczynia się do realizacji celu środowiskowego, na przykład taką, która jest mierzona za pomocą kluczowych wskaźników zasobooszczędności pod kątem:
 - zużycia energii,
 - wykorzystywania energii ze źródeł odnawialnych,
 - wykorzystywania surowców,
 - zużycia wody i użytkowania gruntów,
 - generowania odpadów,
 - emisji gazów cieplarnianych,
 - wpływu na różnorodność biologiczną,
 - wpływu na gospodarkę o obiegu zamkniętym,
 - działalność gospodarczą, która przyczynia się do realizacji celu społecznego, w szczególności inwestycję:
 - przyczyniającą się do przeciwdziałania nierównościom,
 - wspierającą spójność społeczną, integrację społeczną i stosunki pracy,
 - w kapitał ludzki lub w społeczności znajdujące się w niekorzystnej sytuacji pod względem gospodarczym lub społecznym,
- o ile taka inwestycja nie narusza poważnie któregośkolwiek z tych celów, a spółki, w które dokonano inwestycji, stosują dobre praktyki w zakresie zarządzania, stosunków pracowniczych, wynagrodzenia dla osób zatrudnionych i przestrzegania przepisów prawa podatkowego.

Zgodnie z SFDR opisane wyżej ujawnienia okresowe obowiązują od 1 stycznia 2022 r. Aby zapewnić wiarygodność informacji publikowanych na stronach internetowych >>



**dążenie do spełniania standardów
ESG uznaje się za jeden z ważniejszych
trendów inwestycyjnych na świecie**

uczestników rynku finansowego, informacje te powinny być aktualizowane, a każda zmiana powinna być wyjaśniona w zrozumiałym sposób.

Taksonomia, czyli kryteria działalności zrównoważonej środowiskowo

Jako uzupełnienie i wyjaśnienie SFDR wprowadzono w życie rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/852 z dnia 18 czerwca 2020 r. w sprawie ustanowienia ram ułatwiających zrównoważone inwestycje (tzw. rozporządzenie w sprawie taksonomii). Określa ono kryteria, których spełnienie oznacza, że dana działalność można uznać za zrównoważoną pod względem środowiskowym. Dzięki tym kryteriom klienci zainteresowani produktami finansowymi deklarującymi realizowanie celów klimatycznych będą mogli porównać poszczególne produkty pod tym kątem.

Wpływ ESG na spółki notowane na GPW

Trendy ESG widoczne są także na rynku polskim. W marcu 2021 r. GPW przyjęła nowe zasady ładu korporacyjnego „Dobre Praktyki Spółek Notowanych na GPW 2021”. Jest to kolejna wersja zasad ładu korporacyjnego, którym od 2002 r. podlegają spółki notowane na rynku głównym GPW. Rozszerzenie Dobrych Praktyk o elementy ESG jest odpowiedzią na trendy na światowych rynkach finansowych.

Dobre Praktyki w zakresie polityki informacyjnej i komunikacji z inwestorami wprowadzają zasady, zgodnie z którymi spółka powinna uwzględniać w swojej komunikacji tematykę ESG, obejmującą m.in. zagadnienia środowiskowe i zagadnienia zrównoważonego rozwoju oraz sprawy społeczne i pracownicze dotyczące

CO TO JEST ZRÓWNOWAŻONA DZIAŁALNOŚĆ GOSPODARCZA?

(wg rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/852 w sprawie taksonomii EU ESG)

Działalność gospodarcza może zostać zakwalifikowana jako **zrównoważona**, jeśli spełnia następujące wymagania:

- **zapewnia znaczący wkład w realizację** co najmniej jednego z sześciu celów środowiskowych:
 1. łagodzenie skutków zmian klimatu,
 2. dostosowanie do zmian klimatu,
 3. zrównoważone wykorzystywanie oraz ochrona zasobów wodnych i morskich,
 4. przejście na gospodarkę o obiegu zamkniętym,
 5. zapobieganie zanieczyszczeniu i jego kontrola,
 6. ochrona oraz odbudowa bioróżnorodności i ekosystemów,
- **nie powoduje znaczących szkód** dla żadnego z powyższych celów środowiskowych,
- **przestrzega** technicznych **kryteriów oceny** wskazanych w SFDR,
- **zapewnia minimum gwarancji** dotyczących zabezpieczenia społecznego i zarządzania.

m.in. podejmowanych i planowanych działań mających na celu zapewnienie równouprawnienia płci, należytych warunków pracy, poszanowania praw pracowników, dialogu ze społecznościami lokalnymi i relacji z klientami.

Za należytą komunikację z inwestorami Dobre Praktyki 2021 uznają komunikację, która uwzględnia zamieszczanie na stronie internetowej spółki informacji na temat założeń strategii w obszarze ESG. Spółka powinna na swojej stronie internetowej:

- objaśniać, w jaki sposób w procesach decyzyjnych w spółce i podmiotach z jej grupy uwzględniane są kwestie związane ze zmianą klimatu, wskazując na wynikające z tego ryzyka,
- przedstawiać procentową różnicę pomiędzy średnim miesięcznym wynagrodzeniem kobiet i mężczyzn za ostatni rok (wskaźnik równości wynagrodzeń) i wskazywać działania podjęte w celu likwidacji ewentualnych nierówności w tym zakresie, wraz z prezentacją ryzyk z tym związanych oraz horyzontem czasowym, w którym planowane jest doprowadzenie do równości.

Dobre Praktyki nie są zasadami bezwzględnie obowiązującymi – spółki nie muszą wdrożyć wszystkich zasad. Muszą jednak wytłumaczyć się z ich nieprzestrzegania zgodnie z regułą *comply or explain*. Biorąc pod uwagę doświadczenie rozwiniętych rynków, należy spodziewać się rosnącego znaczenia wymogów ESG przy decyzjach inwestorów co do inwestycji w akcje notowane na GPW, a w ślad za tym coraz większego wpływu nowych trendów na politykę informacyjną spółek notowanych na GPW. ●



WERONIKA SZYSZKA

praktyka prawa ochrony
konkurencji i konsumentów

Polityka ochrony konkurencji a Europejski Zielony Ład

Szósty raport Międzyrządowego Zespołu ds. Zmian Klimatu (IPCC) nie pozostawia złudzeń: poleganie na paliwach kopalnych jest powodem, dla którego planeta ociepliła się już o 1,2 °C w wyniku emisji gazów cieplarnianych takich jak dwutlenek węgla i metan. Jedynym sposobem na spowolnienie i w miarę możliwości odwrócenie ocieplenia jest ograniczenie emisji gazów cieplarnianych. Aby to było możliwe, niezbędna jest współpraca interesariuszy z każdego sektora, w tym także przedsiębiorców. Polityka ochrony konkurencji z pewnością nie zastąpi przepisów dotyczących ochrony środowiska, ale pełni istotną rolę wspierającą, przyczyniając się do wspólnego osiągnięcia ekologicznych celów.

Czym jest Europejski Zielony Ład?

Europejski Zielony Ład (ang. *European Green Deal*), zaprezentowany w grudniu 2019 r. przez Komisję Europejską, to strategia rozwoju, dzięki której Unia Europejska ma osiągnąć neutralność klimatyczną do 2050 r. Jest odpowiedzią na kryzys klimatyczny i silne procesy degradacji środowiska. Celem Europejskiego Zielonego Ładu jest przekształcenie UE w sprawiedliwe i prosperujące społeczeństwo z nowoczesną, zasobooszczędną i konkurencyjną gospodarką. Europejski Zielony Ład ma także na celu wdrożenie Agendy na rzecz zrównoważonego rozwoju 2030, rezolucji przyjętej w 2015 r. na forum Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych, a tym samym realizację zmian gospodarczych i społecznych z poszanowaniem zasad zrównoważonego rozwoju.

Rola prawa ochrony konkurencji w realizacji założeń Europejskiego Zielonego Ładu

Realizacja założeń Europejskiego Zielonego Ładu ma szansę powodzenia jedynie przy współpracy wszystkich interesariuszy, zarówno z sektora prywatnego, jak i publicznego, a więc także organów antymonopolowych. Dobrze funkcjonujące rynki – wraz z odpowiednią polityką konkurencji jako ich strażnikiem i facylitatorem – są nieodłącznym elementem kompleksowego podejścia. W tym duchu polityka konkurencji stanowi wsparcie i uzupełnienie rozwiązań europejskich na różnych poziomach – z kilku powodów.

Po pierwsze, ambitna polityka ochrony środowiska będzie skuteczna tylko wtedy, gdy rynki i przedsiębiorcy będą reagować na nowe okoliczności

>>

regulacyjne, nie powodując przy tym zakłóceń konkurencji, a przedsiębiorstwa będą zachęcane do innowacji poprzez uczciwe konkurowanie ze sobą. Po drugie, dynamiczna konkurencja, odważne innowacje i dobrze funkcjonujący rynek są ze sobą nierozłącznie związane. Razem stanowią sedno inteligentnej polityki przemysłowej, umożliwiającej europejskim przedsiębiorcom stanie się światowymi liderami w dziedzinie zielonych technologii, zrównoważonych procesów produkcyjnych i ekologicznych produktów. Po trzecie, polityka konkurencji wspiera i uzupełnia sprawiedliwą transformację – dostosowując ją do przepisów i wartości UE oraz zapewniając, że nikt nie zostanie pozostawiony w tyle.

Porozumienia ograniczające konkurencję

Zgodnie z art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) zakazane są wszelkie porozumienia, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku wewnętrznym. Jednak zgodnie z ustępem trzecim wskazanego przepisu wyłączeniu spod tego zakazu podlegają w skrócie porozumienia, które przynoszą rynkowi określone korzyści.

Komisja Europejska wyraża przekonanie, że aby zachęcić przedsiębiorców do wspólnego inwestowania i poszukiwania nowych

rozwiązań, trzeba jasno określić, kiedy taka współpraca jest zgodna z regułami ochrony konkurencji. W związku z tym w opublikowanym we wrześniu 2021 r. podsumowaniu konsultacji społecznych prowadzonych pod hasłem „Polityka konkurencji wspierająca Zielony Ład” Komisja Europejska potwierdziła, że korzyści w zakresie zrównoważonego rozwoju stanowią korzyści jakościowe uwzględniane przy ocenie dopuszczalności danego porozumienia (które bez takich korzyści zostałyby uznane za ograniczające konkurencję) na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE. Ponadto Komisja Europejska wskazała, że takie korzyści nie muszą być bezpośrednie oraz natychmiastowo zauważalne, czy prowadzić do oszczędności. Można zatem przypuszczać, że praktyka Komisji Europejskiej podążać będzie w kierunku przyjęcia, że wartość w postaci działań na rzecz środowiska i zrównoważonego rozwoju równoważyć będzie zachowania, które w innym wypadku mogłyby zostać uznane za naruszenie prawa konkurencji.

Komisja Europejska ma w planach przygotowanie szczegółowych wytycznych w zakresie stosowania artykułu 101 TFUE do porozumień dotyczących kwestii zrównoważonego rozwoju. Co istotne, Komisja Europejska wyraża także gotowość rozważenia wniosków o wydanie indywidualnych wytycznych w odniesieniu do inicjatyw z zakresu zrównoważonego rozwoju, które dotyczą nowych, dotychczas nieporuszanych przez Komisję Europejską zagadnień.

Kontrola koncentracji

Ostatnia praktyka Komisji Europejskiej z zakresu kontroli koncentracji stanowi dowód na to, że organ ten przywiązuje dużą wagę do zrównoważonego rozwoju i kwestii środowiskowych. Przykładowo Komisja Europejska stosowała nowatorskie teorie szkody (ang. *theories of harm*), które miały zapobiec utracie zielonych innowacji. Ponadto, wydając warunkową zgodę na dokonanie koncentracji, Komisja zastosowała warunki, które uwzględniały kwestie środowiskowe i potrzebę kontynuacji innowacji w zakresie wydajnego wytwarzania energii elektrycznej (sprawa M.7278 – GE/Alstom).

Komisja Europejska dostrzega także potrzebę, by przy ustalaniu rynku właściwego dla przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji uwzględniać jako czynnik różnicujący preferencje konsumenckie w zakresie zrównoważonych produktów czy usług. Wskazała też, że podczas oceny planowanej koncentracji należy uwzględnić kwestie społeczne i środowiskowe jako długoterminowe korzyści.

Co istotne, Komisja Europejska obecnie nie ma uprawnień, które pozwalałyby jej zablokować koncentrację wyłącznie z tego powodu, że wiąże się ona z negatywnymi skutkami dla środowiska.

Pomoc publiczna

Przepisy prawa europejskiego wspierają państwa członkowskie w opracowywaniu skutecznych środków wsparcia finansowego dla przedsiębiorców, ograniczając jednocześnie zakłócenia rynku do minimum. 21 grudnia 2021 r. Komisja Europejska przedstawiła wytyczne w sprawie pomocy państwa na cele związane z klimatem, energią i ochroną środowiska (CEEAG), które na początku 2022 r. mają zastąpić obowiązujące w latach 2014–2021 wytyczne w sprawie pomocy państwa na ochronę środowiska



Dobrze funkcjonujące rynki – wraz z odpowiednią polityką konkurencji jako ich strażnikiem i facylitatorem – są nieodłącznym elementem kompleksowego podejścia do realizacji założeń Europejskiego Zielonego Ładu.

i cele związane z energią. CEEAG ma umożliwić wspieranie wszystkich technologii, które przyczyniają się do realizacji celów Europejskiego Zielonego Ładu, w tym energii ze źródeł odnawialnych.

CEEAG w obecnym kształcie przewiduje w szczególności rozszerzenie zakresu wytycznych na nowe obszary pomocy (takie jak ekologiczny transport, obieguowość surowców i różnorodność biologiczna) oraz na wszystkie technologie, które mogą przyczynić się do realizacji postanowień Europejskiego Zielonego Ładu (np. wodór odnawialny i niskoemisyjny, magazynowanie energii elektrycznej).

Dobre praktyki krajowych organów ochrony konkurencji

Można zakładać, że działania krajowych organów antymonopolowych będą ewoluowały wraz z „zazielenianiem się” innych gałęzi prawa oraz polityk krajowych.

Przykładem jest opublikowany przez holenderski organ antymonopolowy projekt wytycznych dotyczący „zrównoważonych porozumień” i możliwości ich zawierania z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji (*Sustainability agreements – opportunities within competition law*). Publikacja wskazuje przykłady korzyści, które organ antymonopolowy może uznać za równoważące ograniczenia konkurencji wynikające z porozumień, dzięki czemu porozumienia takie mogą zostać uznane za prawnie dozwolone i zgodne z rynkiem.

W tym kierunku podąża także grecki organ antymonopolowy, który w 2020 i 2021 r. prowadził konsultacje społeczne, aby zainicjować stworzenie środowiska testowego dla kwestii związanych ze zrównoważonym rozwojem w kontekście prawa ochrony konkurencji (*Sustainability Sandbox*). Jest to nadzorowane środowisko, w którym przedsiębiorstwa, po uprzednim



Transformacja w kierunku neutralności klimatycznej zakładająca przejście na gospodarkę niskoemisyjną i odejście od gospodarki wykorzystującej nieodnawialne zasoby naturalne obejmie każdy sektor przemysłu i każde państwo.

zaaprobowaniu działania przez grecki organ antymonopolowy, będą mogły podejmować inicjatywy, które w znacznym stopniu będą mogły przyczynić się do realizacji celów zrównoważonego rozwoju, a jednocześnie nie zakłócą znacząco konkurencji. Grecki organ antymonopolowy będzie oceniał skutki takich inicjatyw zarówno dla konkurencji, jak i zrównoważonego rozwoju, aby zwiększyć pewność prawną i zmniejszyć ryzyko regulacyjne inwestycji zgodnych z szerszymi celami interesu publicznego w zakresie zrównoważonego rozwoju.

Podsumowanie

Transformacja w kierunku neutralności klimatycznej zakładająca przejście na gospodarkę niskoemisyjną i odejście od gospodarki wykorzystującej nieodnawialne zasoby naturalne obejmie każdy sektor przemysłu i każde państwo. Niewątpliwie otworzy istotne możliwości, jeżeli chodzi o odpowiedzialny wzrost gospodarczy, nowe modele biznesowe i rynki, tworzenie nowych miejsc pracy i rozwój technologiczny.

Podmioty niepodejmujące działań na rzecz ochrony klimatu wkrótce mogą być narażone na brak możliwości uzyskania finansowania ze źródeł Unii Europejskiej czy ze źródeł zewnętrznych (z uwagi na preferencje inwestorów i związane z nimi tzw. rozporządzenie w sprawie taksonomii – więcej na ten temat na str. 10), a nawet bojkot ze strony konsumentów. Jednocześnie

Europejski Zielony Ład może być źródłem wielu korzyści dla biznesu, jeśli zostanie potraktowany nie jako zagrożenie, a jako szansa na nowe rozdanie kart. Istotna rola ochrony konkurencji w tym procesie jest niezaprzeczalna.

Niewątpliwie egzekwowanie prawa konkurencji odbywa się w coraz bardziej złożonym otoczeniu. Dlatego tak ważne jest, by właściwe organy wypracowały przejrzyste wytyczne uwzględniające cele zrównoważonego rozwoju i ochronę środowiska. Dadzą one przedsiębiorcom pewność i pozwolą wykluczyć ryzyko antymonopolowe w odniesieniu do podejmowanych działań, a także przewidzieć, jak do tych działań mogą podejść organy ochrony konkurencji. Zdolność przedsiębiorstw do promowania zrównoważonego rozwoju jest bowiem znacznie większa, gdy handel i inwestycje prowadzone są na otwartych, konkurencyjnych i odpowiednio regulowanych rynkach. ●



PAULINA WOJTKOWSKA
praktyka ochrony środowiska

Zielony wodór będzie napędzał Polskę

Na początku listopada 2021 r. Rada Ministrów przyjęła Polską Strategię Wodorową, która ma odegrać ważną rolę w budowaniu nowej gałęzi przemysłu. Choć światowy rynek wodoru jest jeszcze we wczesnej fazie rozwoju, powszechne są nadzieje, że to źródło energii znajdzie szerokie zastosowanie w energetyce, transporcie czy przemyśle, a przede wszystkim umożliwi efektywną dekarbonizację polskiej gospodarki. Rozwój metod produkcji zeroemisyjnego zielonego wodoru będzie miał zatem dostrzegalny wpływ na poprawę stanu środowiska.

Niezły start

Z rekomendacji Zespołu do spraw Rozwoju Przemysłu Odnawialnych Źródeł Energii i Korzyści dla Polskiej Gospodarki wynika, że Polska jest jednym z głównych producentów wodoru na świecie. Zajmujemy piąte miejsce w globalnym rankingu (trzecie miejsce w Unii Europejskiej), a roczna produkcja wynosi ok. 1 miliona ton – to w przybliżeniu tyle, ile ważyłoby sto wież Eiffla.

Nie chodzi więc o postawienie pierwszych kroków na wodorowej ścieżce, tylko o doskonalenie i dynamiczny wzrost znaczenia gospodarki wodorowej, poszerzanie jej zastosowania oraz obniżenie kosztu technologii wodorowych (czyli wzrost ich konkurencyjności).

Uchwalona 2 listopada 2021 r. Polska Strategia Wodorowa zakłada m.in.:

- stworzenie warunków do eksploatacji kolejnych środków transportu napędzanych wodorem (np. zastępowanie lokomotyw spalinowych wodorowymi na trudnych do zelektryfikowania trasach),
- rozbudowę sieci bazowej poprzez stworzenie nowych stacji tankowania,
- uruchomienie instalacji do produkcji wodoru ze źródeł nisko- lub zeroemisyjnych (np. pochodzących z OZE),
- produkcję paliw syntetycznych (np. metanu w reakcji wodoru z dwutlenkiem węgla),
- stopniowy rozwój sieci przesyłu i dystrybucji wodoru.

Przyjęty dokument odnosi się do każdej części łańcucha wartości: produkcji, przesyłu, magazynowania i wykorzystania wodoru.

Wymagają one wdrożenia przemysłanych, efektywnych rozwiązań, które pozwolą tanio otrzymywać duże ilości nisko- lub zeroemisyjnego wodoru, zapewnią odpowiednią infrastrukturę przesyłową i instalacje magazynowania, a także stworzą popyt i warunki jego wykorzystania przez odbiorców końcowych.

Fundamentem dla planowanych działań mają być nowe regulacje prawne, które powinny odpowiadać potrzebom rynku wodoru i raczej go porządkować niż obwarowywać szeregiem barier. Przeregulowanie nowo kształtującej się branży może skutkować koniecznością wprowadzania licznych modyfikacji prawnych, a zatem dezinformacją i zniechęceniem przedsiębiorców do inwestowania i wdrażania innowacyjnych technologii. To zaś byłoby sprzeczne z dążeniem do tworzenia popytu na rynku wodoru.

Kolor ma znaczenie

Metody produkcji wodoru różnią się nie tylko wymaganiami materiałowymi i kosztami produkcji, ale przede wszystkim zakresem oddziaływania na środowisko. Obecnie pozyskiwanie tego pierwiastka w Polsce odbywa się przy wykorzystaniu paliw kopalnych, tj. węgla lub gazu ziemnego. Uzyskany w ten sposób produkt nazywany jest **szarym wodorem** lub wodorem konwencjonalnym i wiąże się z wysoką emisją CO₂ do powietrza.

Nieco lepiej był dotąd postrzegany **wodór niebieski (błękitny)**, który choć też jest otrzymywany ze źródeł nieodnawialnych, to w założeniu miał powstawać w procesie zapewniającym obniżoną emisję gazów cieplarnianych. Jest to możliwe dzięki wychwytywaniu i magazynowaniu CO₂, który posłużyłby następnie np. do produkcji metanu syntetycznego (w reakcji z wodorem). Procesowi wychwytywania dwutlenku węgla towarzyszą jednak koszty obniżające

konkurencyjność niebieskiego wodoru. Dodatkowo analiza z badania przeprowadzonego przez naukowców z Uniwersytetów Cornella i Stanforda opublikowana w sierpniu na łamach „Energy Science & Engineering” uświadamia, że proces uzyskiwania niebieskiego wodoru jest energochłonny i bardziej niekorzystny dla środowiska niż proces produkcji szarego wodoru. Ponadto w dalszym ciągu nie zapewnia odejścia Polski od paliw konwencjonalnych. Z tych powodów słuszność produkcji niebieskiego wodoru nawet przejściowo i wspieranie tej technologii ze środków publicznych budzi uzasadnione wątpliwości.

Polska poprzez Strategię Wodorową dąży do tego, aby docelowo produkować **wodór zielony**, czyli taki, który można pozyskać w procesie wykorzystującym energię z OZE. Najczęściej przywoływaną metodą produkcji jest proces elektrolizy wody, w którym elektrolizery są zasilane energią pochodzącą ze źródła nieobarczonego emisją dwutlenku węgla (np. z farm wiatrowych). Póki co w Polsce brakuje instalacji, które umożliwiłyby produkcję niskoemisyjnego wodoru i to na szeroką skalę. Nie bez znaczenia pozostaje niski poziom komercjalizacji istniejących technologii. Przydałyby się zwłaszcza rozwiązania umożliwiające zagospodarowanie nadwyżek energii elektrycznej pochodzącej z OZE, np. wykorzystanie ich do produkcji zielonego wodoru w okresach mniejszego zapotrzebowania na prąd. W tym celu Polska Strategia Wodorowa przewiduje w bliższej perspektywie – czyli do 2025 r. – chociażby uruchomienie instalacji P2G (*Power to Gas*).

Zastanawiać może, dlaczego Polska jako jeden z czołowych producentów do tej pory nie stworzyła warunków do pozyskiwania zielonego wodoru, skoro branża dysponuje gotowymi rozwiązaniami. Nie jesteśmy jednak pod tym względem wyjątkiem, bo obecnie większość wodoru na świecie powstaje w wysokoemisyjnych procesach reformingu parowego czy zgazowania węgla.

Barierą dla wdrażania mechanizmów obniżających emisję dwutlenku węgla przy produkcji wodoru pozostawały do tej pory np. wysokie koszty elektrolizerów i duże zapotrzebowanie na energię z OZE w procesie elektrolizy. To głównie te aspekty czynią tę technologię mniej atrakcyjną od metod obecnie przeważających na świecie, a generujących duży ślad węglowy. Biorąc jednak pod uwagę spodziewany wzrost cen uprawnień do emisji CO₂ i rozwój technologiczny, szanse na odwrócenie tego trendu są coraz bardziej możliwe do zrealizowania. >>

WODÓR ZIELONY



- Najbardziej pożądana forma wodoru
- Przyjazny dla środowiska
- Proces uzyskiwania jest oparty o energię ze źródeł odnawialnych
- Docelowa dla Polski forma produkowanego wodoru

WODÓR NIEBIESKI



- W założeniu przyjaźniejszy dla środowiska – obniżona emisja gazów cieplarnianych dzięki wychwytywaniu w procesie i magazynowaniu CO₂
- Jest oparty o źródła nieodnawialne
- Bardziej energochłonny niż wodór szary, przez to mniej korzystny dla środowiska
- Duża emisja CO₂

WODÓR SZARY



- Najmniej przyjazny dla środowiska – wykorzystywana jest energia pochodząca ze źródeł kopalnych, czyli nieodnawialnych
- Wysoka emisja CO₂
- Jedyne w Polsce

Green is good

Redukcja śladu węglowego to tylko jeden z dostrzeganych skutków realizacji polityki wodorowej. Odejście od paliw konwencjonalnych zdywersyfikowałoby również strukturę wytwarzania energii i zmniejszyłoby uzależnienie Polski od importu paliw. Wszystko to poprawiłoby bezpieczeństwo energetyczne państwa. Trzeba jednak pamiętać, że wspomniane korzyści będą osiągalne dopiero wtedy, gdy Polska zrezygnuje z produkcji wodoru konwencjonalnego i zastąpi go wodorem niskoemisyjnym. A na to trzeba jeszcze trochę poczekać.

Nie jest tak, że Polska Strategia Wodorowa to plan możliwy do całkowitego zrealizowania od razu. Rynek wodoru napotyka bariery, które będą stopniowo eliminowane. Wiadomo, że należy minimalizować koszty niskoemisyjnego wodoru tak, aby jego produkcja stała się opłacalna, a odbiorcy końcowi zyskali dostęp do taniej energii elektrycznej. W perspektywie do 2025 r. ma to umożliwić np. wspomniane uruchomienie instalacji P2G. W dalszej perspektywie, czyli po 2030 r., planowane jest uruchomienie elektrowni jądrowych zdolnych do produkcji niskoemisyjnego wodoru w dużych ilościach, co przełoży się na jego stosunkowo niską cenę. Gdyby do produkcji wykorzystać nadwyżki energii elektrycznej w okresach tzw. dolin nocnych, zielony wodór byłby pozyskiwany w zasadzie bezkosztowo.

Zastosowanie niskoemisyjnego wodoru obniżyłoby emisyjność tych sektorów polskiej gospodarki, które trudno zelektryfikować. Chodzi zwłaszcza o przemysł



Zastosowanie niskoemisyjnego wodoru obniżyłoby emisyjność tych sektorów polskiej gospodarki, które trudno zelektryfikować. Chodzi zwłaszcza o przemysł ciężki, w którym najtrudniej osiągnąć neutralność klimatyczną.

ciężki, w którym najtrudniej osiągnąć neutralność klimatyczną. Pomijając dość oczywiste zastosowanie wodoru w energetyce i ciepłownictwie, warto wspomnieć także o możliwych zastosowaniach technologii wodorowych w transporcie. Okazuje się, że mogą one z powodzeniem zastępować paliwa konwencjonalne szczególnie w transporcie miejskim (autobusy), transporcie drogowym (transport ciężki i długodystansowy), transporcie kolejowym (lokomotywy i pojazdy trakcyjne wyposażone w ogniwa paliwowe i baterie) oraz transporcie morskim, a w dalszej perspektywie również w lotnictwie.

Powstaną doliny wodorowe

Tymczasem do 2030 r. w Polsce ma powstać przynajmniej 6 dolin wodorowych, tj.:

- Dolnośląska Dolina Wodorowa
- Mazowiecka Dolina Wodorowa
- Podkarpacka Dolina Wodorowa
- Pomorska Dolina Wodorowa
- Śląska Dolina Wodorowa
- Wielkopolska Dolina Wodorowa

Od kilku miesięcy podpisywane są listy intencyjne w sprawie tych inicjatyw. Doliny wodorowe mają przysłużyć się

do dynamicznego rozwoju gospodarki wodorowej poprzez zrzeszenie przedsiębiorców, naukowców i innych podmiotów zainteresowanych prowadzeniem prac naukowo-badawczych, inwestycyjnych i wdrożeniowych w zakresie technologii wodorowych, z uwzględnieniem potencjału gospodarczo-naukowego danego regionu. To właśnie doliny wodorowe mają integrować przemysł wodorowy i zapewniać realizację ambitnych planów.

Ponadto Ministerstwo Klimatu i Środowiska doprowadziło 14 października 2021 r. do podpisania *Porozumienia sektorowego na rzecz rozwoju gospodarki wodorowej w Polsce*, do którego przystąpiło 138 podmiotów – reprezentantów administracji rządowej, przedsiębiorców, naukowców i organizacji pozarządowych. Dokument zawiera propozycje działań na rzecz stworzenia warunków instytucjonalno-prawnych, które miałyby stworzyć fundament dla stabilnego i dynamicznego rozwoju gospodarki wodorowej w Polsce. Przyszłość rysuje się więc dość zielono, ale założenia jak zwykle zweryfikuje praktyka. ●



DR ADRIANNA OGONOWSKA

radca prawny,
praktyka ochrony środowiska

Lokalizowanie farm wiatrowych w Polsce – dziś i jutro

Zapobieganie zagrożeniom dla środowiska morskiego poprzez planowanie przestrzenne, wyznaczające ramy lokalizowania farm wiatrowych, ma niebagatelne znaczenie dla Europy. Główne czynniki kształtujące rozwój przestrzeni morskiej są podobne we wszystkich państwach członkowskich, zaś różnice występują przede wszystkim w skali planowania. Jak to wygląda w Polsce? I w jakim kierunku powinien podążać polski ustawodawca?

Ku niebieskiej gospodarce

Unijne regulacje dotyczące morskiego planowania przestrzennego mają charakter wielopłaszczyznowy. Pogarszająca się jakość wód może bowiem negatywnie wpłynąć na cały europejski sektor morski. Planowanie przestrzenne, w tym planowanie morskie, jest domeną krajów członkowskich, które Komisja Europejska może jedynie zachęcać do podejmowania działań w tym kierunku. Pierwszym aktem prawa unijnego w tym zakresie była dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/89/UE z dnia 23 lipca 2014 r. ustanawiająca ramy planowania przestrzennego obszarów morskich.

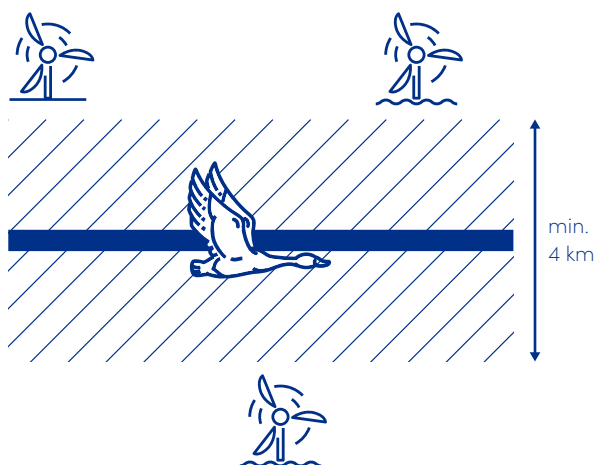
Wariant polski – maj 2021 r.

Transpozycja dyrektywy 2014/89/UE do polskiego prawa wewnętrznego nastąpiła na mocy ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej oraz niektórych innych ustaw – przede wszystkim poprzez wprowadzenie upoważnienia dla Rady Ministrów do przyjmowania w drodze rozporządzenia takich planów. 22 maja 2021 r. weszło w życie rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 kwietnia 2021 r. w sprawie przyjęcia planu zagospodarowania przestrzennego morskich wód wewnętrznych, morza terytorialnego i wyłącznej strefy ekonomicznej w skali 1:200 000.

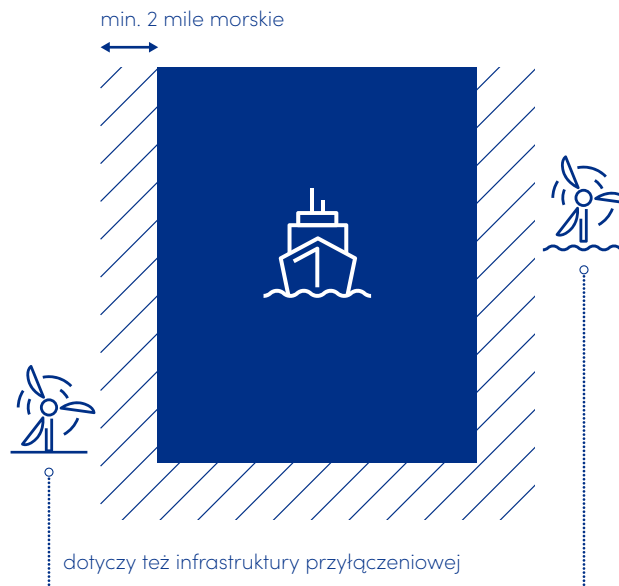
Plan zagospodarowania przestrzennego obszarów morskich jest ważny dla ochrony środowiska morskiego m.in. z dwóch podstawowych względów.

Po pierwsze, projekt planu jest sporządzany przez dyrektora urzędu morskiego, który stosuje podejście ekosystemowe oraz ma na względzie >>

KORYTARZ PRZELOTU PTAKÓW MIGRUJĄCYCH



AKWEN TRANSPORTU MORSKIEGO



wsparcie zrównoważonego rozwoju w sektorze morskim z uwzględnieniem aspektów gospodarczych, społecznych i środowiskowych. Istotną jest zatem całość interakcji pomiędzy obronnością, infrastrukturą i transportem oraz ochroną środowiska. Wspomniane podejście ekosystemowe, zgodnie z art. 37b ust. 1a ustawy o obszarach morskich, oznacza łączne spełnienie w zarządzaniu działalnością człowieka trzech następujących warunków:

- wpływ planowanej działalności człowieka na ekosystem będzie utrzymywany na poziomie umożliwiającym osiągnięcie i utrzymanie dobrego stanu ekologicznego środowiska,
- ekosystem zachowa zarówno zdolność do prawidłowego funkcjonowania, jak i odporność na zmiany środowiskowe powstałe w wyniku działalności człowieka,
- zostanie umożliwione jednocześnie, trwałe i zrównoważone użytkowanie zasobów i usług ekosystemowych przez obecne i przyszłe pokolenia.

Po drugie, plany zagospodarowania przestrzennego obszarów morskich rozstrzygają o obszarach i warunkach ochrony środowiska oraz pozyskiwania energii odnawialnej.

Polski plan z 2021 r. dopuszcza wznoszenie morskich elektrowni wiatrowych wyłącznie w akwenach, których funkcją podstawową jest pozyskiwanie energii odnawialnej. Funkcja ta oznacza pozyskiwanie, przetwarzanie, przesyłanie i gromadzenie w polskich obszarach morskich energii ze źródeł odnawialnych, w tym również wznoszenie konstrukcji niezbędnych do tego wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Realizacja przedsięwzięć w akwenach o takiej funkcji podstawowej jest możliwa po spełnieniu warunków zawartych w stosownym pozwoleniu lub uzgodnieniu. Chodzi o pozwolenie na wznoszenie lub wykorzystywanie sztucznych wysp, konstrukcji i urządzeń w polskich obszarach morskich. Uzgodnienie natomiast dotyczy lokalizacji oraz sposobów utrzymywania kabli lub rurociągów w wyłącznej strefie ekonomicznej i dokonywane jest z ministrem właściwym do spraw gospodarki morskiej.

Jeśli chodzi o kwestie ochrony środowiska, warto zwrócić uwagę na § 6 ust. 2 polskiego planu z 2021 r. W przepisie tym wskazano, że jeśli trzeba ustalić korytarz przelotu dla ptaków migrujących, jego dokładny kierunek i rozmiar zostanie ustalony w ramach oceny oddziaływania na środowisko poszczególnych przedsięwzięć. Wprowadzono jednak zalecenie, aby szerokość takiego korytarza nie była mniejsza niż 4 km, a jego oś była linią prostą. Wskazać należy, że przeprowadzenie oceny oddziaływania na środowisko odbywa się standardowo i obejmuje w szczególności weryfikację raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, uzyskanie opinii i uzgodnień wymaganych zgodnie z ustawą o ochronie środowiska, a także zapewnienie możliwości udziału społeczeństwa w postępowaniu.

Z punktu widzenia ochrony krajobrazu znaczenie ma natomiast § 6 ust. 3 polskiego planu z 2021 r., zgodnie z którym sztuczne wyspy, konstrukcje i urządzenia morskich farm wiatrowych, w tym morskie elektrownie wiatrowe, jak również wewnętrzna infrastruktura przyłączeniowa morskich

farm wiatrowych, nie mogą znajdować się bliżej niż 2 mile morskie od granicy akwenów, których funkcją podstawową jest transport. Nagromadzenie na niewielkim obszarze morskim dwóch funkcji intensywnie oddziałujących na środowisko mogłoby uniemożliwić bądź nadmiernie utrudnić zachowanie cech charakterystycznych danego krajobrazu.

Najważniejszym krajowym dokumentem strategicznym dotyczącym zagospodarowania przestrzennego kraju jest Koncepcja Przestrzennego Zagospodarowania Kraju 2030. Ujęto w niej także strefę morską. W trzeciej części koncepcji pod nazwą „Wizja przestrzennego zagospodarowania Polski” zwrócono uwagę na racjonalne zagospodarowanie obszarów morskich wraz ze strefami brzegowymi z poszanowaniem bioróżnorodności i zasad ochrony środowiska. Odniesiono się także do rozwoju nowych form czerpania korzyści z obszarów morskich, takich jak odnawialne źródła energii, marikultura (hodowla organizmów morskich) dla celów ekologicznych czy turystyka morska.

Nowinki z Europy – wrzesień 2021 r.

1 września 2021 r. wszedł w życie niemiecki plan zagospodarowania przestrzennego dla wyłącznej strefy ekonomicznej na Morzu Północnym i Morzu Bałtyckim. W Niemczech kraje związkowe decydują jedynie o planowaniu przestrzennym na morzu



Na szczególną aprobatę zasługuje realizacja zasady zrównoważonego rozwoju, która zauważalna jest chociażby w różnorodności planowanego wykorzystania poszczególnych fragmentów obszarów morskich.

terytorialnym. W programach regionalnych, przyjmujących postać rozporządzeń, zawierane są bowiem cele i zasady zagospodarowania przestrzennego i dotyczące całego kraju oraz wód terytorialnych. Plany zagospodarowania przestrzennego dla wyłącznej strefy ekonomicznej sporządzane są zaś przez Federalne Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, Budownictwa i Ojczyzny. Niemiecki plan z 2021 r. określa obszar dla morskich farm o łącznej mocy do 40 GW, dla których zarezerwowano powierzchnię 5 379 km². W planie tym określono konkretne położenia dla poszczególnych zastosowań wód morskich, tj. do żeglugi, morskiej energetyki wiatrowej, kładzenia kabli energetycznych, transmisji danych, umiejscawiania rurociągów, wydobywania surowców, rybołówstwa, badań naukowych lub do obrony narodowej. Znaczna część wyłącznej strefy ekonomicznej (ponad 40%) została przeznaczona na ochronę morskiej przyrody, np. na korytarze dla ptactwa wędrownego. Różne sposoby użytkowania przestrzeni morskiej zostały od siebie odseparowane, aby nie zakłócać się wzajemnie.

Konkluzje

Polska koncepcja planowania wydaje się uporządkowana. Na szczególną aprobatę zasługuje realizacja zasady zrównoważonego rozwoju, która zauważalna jest chociażby w różnorodności planowanego wykorzystania poszczególnych fragmentów obszarów morskich. Warto zasygnalizować, że w niemieckim planie z 2021 r. na pierwszy plan wysuwa się efektywność połączona z maksymalizacją osiągania celów ochronnych. Wydaje się, że nasze zanieczyszczone Morze Bałtyckie zasługuje na to, by w najbliższych latach udział obszarów ochrony środowiska morskiego w ramach obszarów morskich był znaczący, a wręcz przeważający, co powinno znajdować odzwierciedlenie w planach. ●



MACIEJ ZYCH

adwokat, praktyka postępowań
sądowych i arbitrażowych



PAWEŁ MAZUR

adwokat, wspólnik,
praktyka postępowań sądowych
i arbitrażowych

Ochrona zagranicznych inwestycji w Polsce i świecie

Inwestorzy muszą dziś brać pod uwagę nieznane wcześniej czynniki: coraz bardziej asertywne (czy wręcz protekcyjnistyczne) rządy, przeciwdziałanie zmianom klimatu, ograniczenia spowodowane pandemią... Te ryzyka dotyczą zarówno inwestorów krajowych, jak i zagranicznych. Jednak dla tych ostatnich działania „obcych” władz publicznych mogą być szczególnym utrudnieniem, powodując spadek wartości inwestycji, a w skrajnych przypadkach nawet jej nieopłacalność czy niewykonalność. Co robić w takiej sytuacji?

Od ok. 20 lat do najpopularniejszych metod ochrony inwestorów zagranicznych należą między państwowe umowy o wzajemnym wspieraniu i ochronie inwestycji (ang. *bilateral investment treaties*, BIT), jednak na skutek ostatnich orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE możliwości korzystania z nich w ramach Unii Europejskiej stają się coraz bardziej ograniczone. Jak więc w obecnych czasach chronić zagraniczne inwestycje?

Podstawą prawo krajowe

Rzecz jasna, punktem wyjścia dla ochrony inwestora zagranicznego jest system prawny kraju goszczącego inwestycję. Współcześnie zasadą jest, że podmiotom zagranicznym formalnie przysługują takie same środki ochrony w ramach krajowego wymiaru sprawiedliwości co podmiotom krajowym. Ogólny zakaz dyskryminacji wynika z szeregu aktów prawa międzynarodowego, których stroną jest także Polska, w tym m.in. z traktatów unijnych, z traktatów pod auspicjami Światowej Organizacji Handlu czy z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (która, wbrew pozorom, stosuje się również do osób prawnych, w tym nie pochodzących z państw-sygnatariuszy EKPCZ). Międzynarodowe akty prawne przewidują również powszechne standardy dotyczące środków ochrony praw własności i innych praw majątkowych, prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu oraz do rzetelnego procesu. Najczęściej podobne zasady wynikają także z konstytucji krajowych.

Każdy zagraniczny inwestor ma prawo występować w Polsce przed sądami powszechnymi i administracyjnymi w ochronie swoich praw przeciwko działaniom władz publicznych zasadniczo według takich samych reguł jak krajowi przedsiębiorcy. Co istotne, organy władzy publicznej (w tym



Każdy zagraniczny inwestor ma prawo występować w Polsce przed sądami powszechnymi i administracyjnymi w ochronie swoich praw przeciwko działaniom władz publicznych zasadniczo według takich samych reguł jak krajowi przedsiębiorcy.

Skarb Państwa oraz jednostki samorządu terytorialnego) ponoszą odpowiedzialność odszkodowawczą za działania bezprawne na podstawie art. 417 i 417¹ Kodeksu cywilnego, a odpowiedzialność ta – przynajmniej teoretycznie – jest dosyć szeroka, ponieważ dotyczy szkody wyrządzonej wydaniem decyzji administracyjnej czy orzeczenia sądowego, ale także przyjęciem (lub zaniechaniem przyjęcia) aktu prawnego. Ponieważ z art. 21 Konstytucji RP wynika zasada ochrony prawa własności oraz dopuszczalność wywłaszczenia jedynie na cel publiczny i za „słusznym” odszkodowaniem, formalnie rzecz biorąc każdy inwestor zagraniczny jest chroniony polskim prawem co najmniej przed bezpośrednim wywłaszczeniem, tj. aktem pozbawienia prawa własności lub podobnego prawa majątkowego przez władze publiczne.

Polski system prawny jest zasadniczo zgodny ze standardami światowymi, jednak – jak pokazuje historia inwestycji zagranicznych w wielu zakątkach świata – często w praktyce model taki okazywał się niewystarczający lub nieadekwatny do potrzeb inwestorów. Problemy z krajowym system ochrony prawnej można generalnie podzielić na dwa rodzaje.

Gdy krajowe środki to za mało

Pierwszy to ograniczenia wynikające z samej treści obowiązującego w danym państwie prawa, które zwykle pozostawia

władzom krajowym szeroką swobodę w określaniu wewnętrznych polityk (np. co do norm ochrony środowiska, norm technicznych czy fitosanitarnych), dysponowaniu majątkiem państwowym, zawieraniu kontraktów, zagospodarowaniu przestrzennym itp. W efekcie może się zdarzyć, że działania władz – nawet jeśli są skrajnie niekorzystne dla inwestorów, niekonsultowane z nimi, zaskakujące, sprzeczne z wcześniejszymi zapewnieniami czy w inny sposób niesprawiedliwe – mieszczą się w granicach obowiązującego prawa krajowego. Problemem mogą być także ograniczenia dotyczące środków ochronnych przyznanych w prawie krajowym, np. krótkie terminy przedawnienia czy limity odszkodowania.

Drugi typ problemów wiąże się nie z samą treścią prawa krajowego, ale z możliwością rzeczywistego wyegzekwowania praw inwestora w sporze z państwem przed jego własnymi organami i sądami. Niezależnie od gwarancji procesowych przewidzianych zwykle w krajowych ustawach i konstytucjach, inwestorzy zagraniczni nierzadko mają wątpliwości, czy gwarancje te będą faktycznie zapewnione w ich sporze z władzą publiczną danego państwa i czy zapadłe rozstrzygnięcie będzie oparte tylko na względach merytorycznych. Nawet jeśli obawy takie są najczęściej na wyrost, sam fakt, że występują, może stanowić dostateczną przyczynę, aby inwestor zrezygnował z ochrony w ramach porządku krajowego i poszukiwał innych rozwiązań.

Naruszenie międzynarodowych standardów

Rozwiązaniem ww. problemów jest przeniesienie sprawy na forum międzynarodowe. Wymaga to jednak zasadniczo naruszenia przez państwo goszczące inwestycję zobowiązań wynikających z umowy międzynarodowej, której jest stroną. Co więcej, nie wszystkie umowy przewidują środki prawne, z których może skorzystać sam inwestor jako, poniekąd, osoba prywatna. Ogólną zasadą jest, że zobowiązania z prawa międzynarodowego egzekwują inne państwa lub ewentualnie powołane do tego celu instytucje ponadnarodowe.

Na takiej zasadzie działają m.in. traktaty unijne, w tym Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, który w swoim art. 259 pozwala złożyć skargę na naruszenie zobowiązania traktatowego przez państwo członkowskie tylko Komisji lub innym państwom członkowskim. Kontrola przestrzegania prawa unijnego w sprawach indywidualnych podmiotów może następować w zasadzie tylko na skutek tzw. pytań prejudycjalnych zadawanych Trybunałowi przez sądy krajowe.

Również tylko państwa członkowskie mogą wnosić skargi dotyczące naruszenia obowiązków wynikających z aktów prawnych Światowej Organizacji Handlu (WTO), np. Układu Ogólnego w sprawie Taryf Celnych i Handlu (ang. *General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT) czy Układu Ogólnego o Handlu Usługami (ang. *General Agreement on Trade in Services*, GATS).

Mimo trudności z egzekwowaniem tego typu aktów, ze względu na ich fundamentalne znaczenie dla struktury gospodarki europejskiej i światowej nie można o nich zapominać także w kontekście ochrony indywidualnych inwestycji. Nawet jeżeli skargi oparte o prawo WTO czy traktaty unijne mogą składać tylko państwa, to w sprawach gospodarczych robią to

przecież w interesie konkretnych przedsiębiorców, zwykle w odzwierciedleniu na zgłaszane przez nich problemy. Ochrona tego rodzaju jest więc poniekąd na pograniczu sfery prawnej i dyplomatycznej, co nie zmniejsza jej potencjalnej skuteczności.

Najlepsza ochrona z BIT-ów i Karty Energetycznej

Do umów, które przewidują mechanizmy rozstrzygania sporów bezpośrednio na linii inwestor – państwo (tzw. *investor – state dispute settlement*, ISDS), należą natomiast wspomniane we wstępie umowy o wzajemnym wspieraniu i ochronie inwestycji (tzw. BIT-y) oraz Traktat Karty Energetycznej. Z tego powodu stanowią one podstawowy instrument międzynarodowej ochrony inwestycji. Dotyczy to także inwestycji lokowanych w Polsce, która jest stroną kilkudziesięciu BIT-ów (m.in. z USA, Kanadą, Szwajcarią, Norwegią, Indiami, Chinami, Koreą i Singapurem) jak i Traktatu Karty Energetycznej.

W przeciwieństwie do BIT-ów, zakres zastosowania Karty Energetycznej jest branżowo ograniczony do – wprawdzie szeroko ujętego – sektora energetycznego. Kartę odróżnia również jej wielostronny charakter – traktat ten ma 53 sygnatariuszy, do których należą głównie państwa europejskie i azjatyckie (m.in. Japonia, Mongolia i Kazachstan), ale również np. Australia.

Zarówno BIT-y, jak i Traktat Karty Energetycznej zaprojektowane są zasadniczo tak, aby odpowiadać na braki i ograniczenia ochrony przysługującej inwestorom w ramach porządku krajowego.

Kluczowe znaczenie ma podwyższony standard ochrony traktatowej, który najczęściej wykracza ponad poziom „zwykłej” legalności działań władzy publicznej, wymagając od niej ponadto traktowania inwestycji w sposób „słuszny i sprawiedliwy”

(ang. *fair and equitable treatment*, FET). Ten pojemny termin nabrał na przestrzeni lat, wraz z rozwojem orzecznictwa arbitrażowego, specyficznego znaczenia. Obecnie wywodzi się z niego postulat ochrony tzw. uzasadnionych oczekiwań inwestora przed negatywnymi a jednocześnie nieoczekiwanymi działaniami władz państwowych – nawet jeśli są one w pełni zgodne z krajowym porządkiem prawnym. Za sprzeczne z klauzulą FET uznać można przykładowo arbitralne, zaskakujące czy dysproporcjonalne zmiany polityki państwowej lub prawa, np. poprzez wprowadzenie nagłego zakazu określonej działalności bez rozsądnego okresu przejściowego, czy też nałożenie w taki sposób nowych, uciążliwych obowiązków.

Za naruszenie tego standardu uważa się również m.in. działania o charakterze dyskryminacyjnym, przy czym sam zakaz dyskryminacji jest zwykle przedmiotem osobnych postanowień BIT-ów. Postanowienia takie mogą obligować państwa-sygnatariuszy do traktowania inwestorów zagranicznych nie gorzej niż inwestorów krajowych (ang. *national treatment*), czy też traktowania inwestorów z danego kraju nie gorzej niż inwestorów z innych krajów (ang. *most favoured nation treatment*). W umowach inwestycyjnych mogą znajdować się również inne obowiązki wobec inwestorów, np. informacyjne czy dotyczące samego bezpieczeństwa inwestycji (w sensie fizycznym).

Kluczowym postanowieniem znajdującym się w BIT-ach jak również w Karcie Energetycznej jest jednak zakaz wywłaszczenia inwestycji (ang. *expropriation*) poza wypadkiem wywłaszczenia na cel publiczny i to za słusznym odszkodowaniem. Zwykle zapisy te są formułowane lub przynajmniej interpretowane w sposób szeroki, tak że obejmują nie tylko bezpośrednie wywłaszczenie (tj. formalny akt pozbawienia prawa własności), ale również działania władz publicznych, które pośrednio prowadzą

do wywłaszczenia, pozbawiając inwestycję wartości lub sensu ekonomicznego.

Przykładowo pośrednim wywłaszczeniem inwestycji w formie spółki zajmującej się wydobywaniem diamentów byłoby wprowadzenie w kraju zakazu prowadzenia takiego wydobywania. Formalnie udziały w takiej spółce pozostałyby w rękach inwestorów, podobnie jak w rękach spółki pozostałyby jej majątek, jednak zakaz prowadzenia przez nią wydobywania w praktyce prowadziłby do „utopienia” wszystkich kosztów przeznaczonych dotychczas na rozwój tego profilu działalności i pozbawiłby inwestorów korzyści, których mogli dotychczas w uzasadniony sposób oczekiwać. Doszłoby do wywłaszczenia pośredniego, czyli aktu, którego skutki ekonomiczne są zbliżone do pozbawienia własności zainwestowanego w kraju majątku.

Co więcej, ponieważ zakaz wywłaszczenia jest ujęty szeroko, w praktyce przyjmuje się zwykle, że naruszenie innych zobowiązań państwa wynikających z BIT-u (np. obowiązku słusznego i sprawiedliwego traktowania albo zakazu dyskryminacji), które wywiera szkodę w majątku lub w spodziewanych zyskach z inwestycji, stanowi jej niedozwolone, pośrednie wywłaszczenie i pozwala żądać odszkodowania.

Taki poziom ochrony jest więc wyższy niż to wynika z prawa krajowego, gdzie inwestor może żądać odszkodowania tylko za bezprawne (a więc wprost sprzeczne z prawem krajowym) działania władz publicznych, a rekompensata za wywłaszczenie na cel publiczny przysługuje zasadniczo tylko za wywłaszczenia bezpośrednie.

Drugim atutem ochrony oferowanej przez BIT-y oraz Kartę Energetyczną jest wspomniany mechanizm rozstrzygania sporów poza sądami krajowymi, poprzez arbitraż międzynarodowy administrowany przez stałą instytucję arbitrażową lub tzw. arbitraż *ad hoc*, prowadzony bez koordynacji

ze strony takich organów. Reguły postępowania arbitrażowego różnią się w poszczególnych umowach, ale ich wspólnym mianownikiem są silne gwarancje bezstronności i niezależności arbitrów, zwłaszcza od pozwanego państwa. Wyroki arbitrażowe podlegają wykonaniu na analogicznych zasadach jak prawomocne wyroki sądów powszechnych i – co kluczowe – sądy krajowe nie mają prawa badać ich merytorycznej poprawności (tj. ponownie rozpoznać sprawy). Mogą ewentualnie kwestionować tylko poważne uchybienia formalne lub naruszenie podstawowych zasad porządku prawnego danego państwa.

Dodatkową zaletą drogi arbitrażowej dla inwestora jest fakt, że spory tego rodzaju mogą uzyskać finansowanie zewnętrzne ze strony wyspecjalizowanych funduszy, które zajmują się „inwestowaniem” w spory i roszczenia większego kalibru, a do takich zwykle należą spory inwestycyjne przeciwko władzom państwowym.

Wszystko to przemawia za dużym potencjałem ochrony inwestycyjnej oferowanej przez BIT-y i przez Kartę Energetyczną. Wskazują na to również statystyki sporów opartych o te instrumenty (prowadzone m.in. przez UNCTAD, tzn. Komisję ONZ ds. Handlu i Rozwoju). W latach 90. sporów tego rodzaju było nie więcej niż kilka rocznie, a od roku 2000 jest widoczny wzrost i obecnie odnotowuje się 50–80 postępowań tego rodzaju rocznie, przy czym rzeczywista liczba może być większa z uwagi na poufność arbitrażu. Co ciekawe, statystycznie Polska należy do pierwszej dziesiątki najczęściej pozywanych państw.

Spory wewnątrzunijne

Powyższy obraz komplikuje się w przypadku sporów wewnątrzunijnych, a więc takich, które oparte miałyby być o umowy o ochronie inwestycji zawarte pomiędzy dwoma państwami członkowskimi UE. W głośnym

wyroku z 6 marca 2018 r. w sprawie C-284/16 *Achmea* Trybunał Sprawiedliwości UE uznał BIT-y między członkami Unii za sprzeczne z prawem unijnym, co doprowadziło państwa członkowskie do rozwiązania wszystkich BIT-ów obowiązujących między nimi w drodze wielostronnego porozumienia z 29 maja 2020 r., które weszło w życie 29 sierpnia 2020 r. Wprawdzie kilka państw nie podpisało tego porozumienia (m.in. Finlandia, Austria i Wielka Brytania), jednak także w ich przypadku doszło później do wypowiedzenia BIT-ów z innymi członkami UE. Oznacza to, że obecnie w zasadzie nie można wszczynać już nowych spraw o ochronę inwestorów pochodzących z jednego państwa członkowskiego przeciwko innemu państwu UE na podstawie – nieobowiązujących już – BIT-ów.

Porozumienie wielostronne z 2020 r. rozwiązało jednak tylko BIT-y zawarte z innymi członkami Unii, ale już nie z państwami trzecimi. Porozumienie wprost wyłączyło ze swojego zastosowania również Traktat Karty Energetycznej, którego członkiem jest *nota bene* sama Unia Europejska, podobnie jak jej członkowie oraz szereg państw trzecich. Właśnie ten wielostronny i ponadunijny charakter Karty Energetycznej przesądził o pozostawieniu jej w mocy – wyrok w sprawie *Achmea* dotyczył jedynie umów bilateralnych.

Sytuacja skomplikowała się jednak jeszcze bardziej po niedawnym orzeczeniu TSUE w sprawie C-741/19 *Komstroy*, który zapadł 2 września 2021 r. i przesądził, że również Traktat Karty Energetycznej jest niezgodny z prawem UE w zakresie, w jakim przewiduje możliwość rozstrzygania sporów między unijnymi inwestorami a państwami członkowskimi w drodze arbitrażu, a nie przed sądami krajowymi, które – z perspektywy wspólnotowej – są jednocześnie sądami Unii Europejskiej i są związane wykładnią traktatów unijnych przez TSUE, w przeciwieństwie do trybunałów arbitrażowych.

Orzeczenie to nie doprowadziło na razie do wypowiedzenia Karty Energetycznej przez państwa UE, jednak można się spodziewać, że wkrótce zostanie zaproponowane rozwiązanie systemowe, podobne do porozumienia o rozwiązaniu BIT-ów wewnątrzunijnych. Do tego czasu formalnie Traktat Karty Energetycznej obowiązuje także pomiędzy członkami Unii Europejskiej, a samo orzeczenie w sprawie *Komstroy* raczej nie skłoni trybunałów arbitrażowych, aby odmawiały rozpoznawania spraw wewnątrzunijnych (nie stało się tak po wyroku w sprawie *Achmea*). Niemniej sądy krajowe państw UE mogą odmówić wykonania wyroków arbitrażowych zapadłych w takich sprawach, a jeżeli arbitraż formalnie toczył się na terenie Unii, wyroki takie mogą nawet zostać uchylone przez lokalne sądy.

Oparcie się o Traktat Karty Energetycznej w sporach wewnątrzunijnych nie jest więc wykluczone, ale wymaga starannego przemyślenia taktyki procesowej oraz przygotowania się na ewentualność egzekucji wyroków poza obszarem Unii Europejskiej.

Inwestor z tarczą

Podsumowując, pomimo że w starciu z aparatem obcego państwa indywidualny inwestor jest oczywiście słabszy, to nie można powiedzieć, że stoi na zupełnie straconej pozycji. Poza ochroną, jaką potrafią zapewnić bezstronne sądy krajowe, jest szereg instrumentów międzynarodowych, po które inwestor może sięgnąć sam lub z pomocą władz swojego państwa. Obecnie najpopularniejszym i w większości przypadków najstosowniejszym środkiem ochrony jest arbitraż międzynarodowy oparty o umowę o ochronie inwestycji, taką jak BIT lub Traktat Karty Energetycznej. Jeśli więc z zagranicznym przedsięwzięciem wiąże się niestandardowe trudności, a nawet jeśli projekt upadnie, to wciąż jest nadzieja, aby inwestor powrócił do kraju z tarczą, a nie na tarczy. ●



LESZEK ZATYKA

radca prawny, praktyka

odszkodowań od Skarbu Państwa

Centralny Port Komunikacyjny – plany ambitne, ale czasu za mało

Budowa dużego portu lotniczego w centralnej Polsce przyczyni się do rozwoju kraju i powiązań komunikacyjnych w Europie Środkowo-Wschodniej. Do ukończenia inwestycji droga jednak daleka, a główną trudnością wydaje się pogodzenie interesów państwa oraz licznej społeczności lokalnej, której prawa powinny być uszanowane i uwzględnione.

Jedną z największych i najbardziej skomplikowanych prawnie, organizacyjnych i finansowo inwestycji III Rzeczypospolitej jest planowana od kilku lat budowa Centralnego Portu Komunikacyjnego (CPK), który ma być usytuowany między Warszawą a Łodzią. CPK ma pełnić funkcję hubu, czyli portu przesiadkowego dla Europy Środkowo-Wschodniej. W pierwszym okresie funkcjonowania ma obsługiwać 45 mln pasażerów rocznie, a w przypadku dalszego rozwoju ruchu lotniczego port ma podlegać rozbudowie celem zwiększenia jego przepustowości. CPK ma pełnić także funkcję portu lotniczego cargo, czyli przeznaczonego dla przewoźników towarowych. Budowa CPK będzie powiązana z reorganizacją i rozbudową sieci dróg i węzłów kolejowych na terenie całego kraju. Pod budowę CPK przewiduje się pozyskanie 3500 ha gruntów, będących obecnie głównie własnością podmiotów prywatnych.

Zakończenie budowy CPK w dalszym ciągu planowane jest na rok 2027 r.; wielu ekspertów wskazuje jednak, że zachowanie tego terminu jest nierealne. W harmonogramie zakładano, że już w 2020 r. nastąpi ostateczne określenie lokalizacji CPK i wydanie decyzji lokalizacyjnej, a tym samym rozpoczęcie procesu wywłaszczenia nieruchomości. Tymczasem na początku 2022 r. nie została jeszcze potwierdzona ostateczna lokalizacja inwestycji ani nie wyłoniono podmiotów, które będą odpowiedzialne za przeprowadzenie całego procesu inwestorskiego i budowlanego.

Potencjalne korzyści, ale też liczne szkody

Budowa CPK, oprócz pozytywnego wpływu na rozwój gospodarki krajowej i lokalnej, doprowadzi do powstania licznych szkód po stronie podmiotów prywatnych działających na obszarze objętym inwestycją. Oprócz uszczerbku majątkowego spowodowanego wywłaszczeniem nieruchomości i utratą praw do nieruchomości powstaną wszelkiego rodzaju szkody związane z:

- pozbawieniem możliwości inwestycyjnych na obszarze planowanej inwestycji,
- pozbawieniem możliwości dalszego prowadzenia na tym obszarze działalności gospodarczej, rolniczej i usługowej,
- likwidacją zakładów działających na rynku lokalnym oraz ponadlokalnym,
- rezerwacją obszaru lokalizacji na etapie jej planowania,
- wygaśnięciem różnego rodzaju umów i powstaniem obowiązku zapłaty kar umownych,
- koniecznością rozliczenia dofinansowania ze środków unijnych, dopłat i kredytów pozyskanych wcześniej przez podmioty działające na obszarze planowanej inwestycji.

Powstanie dużego lotniska wpłynie też negatywnie na funkcjonowanie społeczności lokalnej – skutkując zerwaniem więzi społecznych. Lokalizacja lotniska skutkować będzie bowiem unicestwieniem kilkunastu miejscowości, a przede wszystkim zmusi sporą społeczność do zmiany miejsca zamieszkania. Tak znaczna inwestycja nie wpływa bowiem wyłącznie na kwestie ekonomiczne, ale też pozostawi trwały ślad w warstwie społecznej i emocjonalnej mieszkańców.

Podstawy prawne

Planowanie tak złożonej inwestycji wymagało wprowadzenia szczególnych zasad. W kraju, w którym przeprowadzenie procesu inwestycyjnego większości inwestycji zajmuje szereg lat z uwagi na przewlekłe i skomplikowane procedury administracyjne, w tym wywłaszczeniowe, inwestycja o takiej skali byłaby w praktyce niemożliwa do zrealizowania na podstawie obowiązujących dotychczas przepisów. W celu sprawnego przeprowadzenia inwestycji ustawodawca uchwalił ustawę z dnia 10 maja 2018 r. o Centralnym Porcie Komunikacyjnym, w której określony został podmiot realizujący inwestycję – spółka celowa Skarbu Państwa, jak również cały proces inwestycyjny i zasady wykupu gruntów.

W oparciu o przepisy ustawy o CPK (art. 28) wydane zostało rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 czerwca 2021 r. w sprawie gmin, na terenie których przez okres dwóch lat będą stosowane szczególne zasady gospodarowania nieruchomościami, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz realizacji inwestycji celu publicznego w zakresie Centralnego Portu Komunikacyjnego. Rozporządzenie przewidywało w szczególności:

- prawo pierwokupu spółki celowej do gruntów w nim wskazanych,
- uprawnienie spółki celowej do zakupu nieruchomości na zasadach rynkowych,
- uprawnienie do wejścia na teren nieruchomości w celu przeprowadzenia badań i pomiarów.

Rozporządzenie swoją mocą objęło obszar kilkukrotnie większy niż ten, który ostatecznie ma zająć lotnisko wraz z infrastrukturą towarzyszącą, a docelowe jego położenie jest jeszcze przedmiotem badań i analiz. Wprawdzie w grudniu 2021 r. spółka celowa wskazała w komunikacie obszar preferowanej lokalizacji inwestycji, jednakże działania te nie znalazły swojej konsekwencji w ramach procedury przewidzianej w ustawie o CPK. Przede wszystkim nie dokonano rezerwacji obszaru inwestycji (art. 32 ustawy o CPK), a do wydania decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji w zakresie CPK (art. 38 ustawy o CPK) droga jeszcze daleka.

Rezerwacja obszaru inwestycji

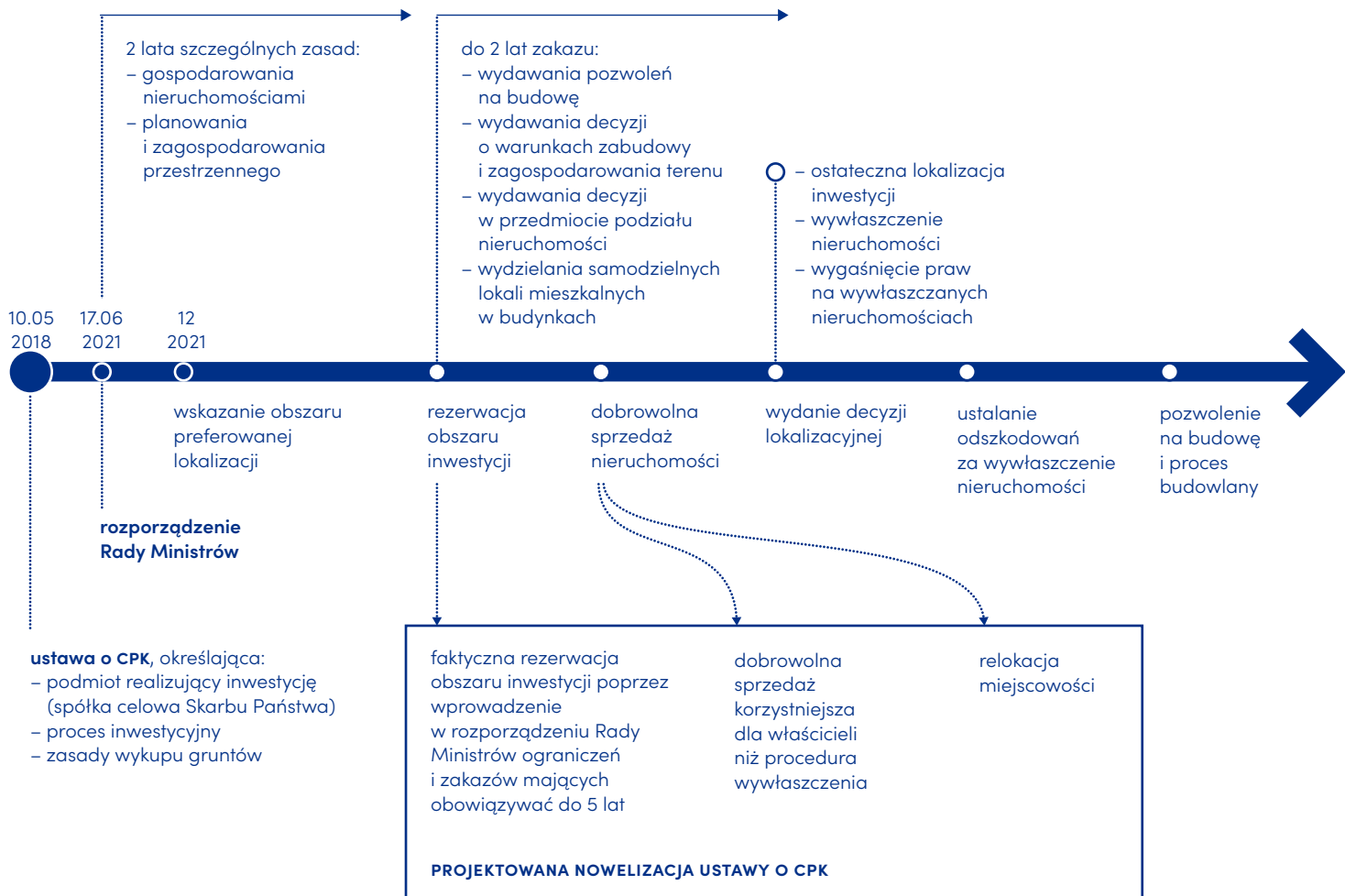
W ustawie o CPK przewidziano wspomnianą procedurę rezerwacji obszaru inwestycji – w ramach obszaru określonego w ww. rozporządzeniu – w celu zabezpieczenia prawidłowego przygotowania i realizacji inwestycji. Rezerwacja następowałaby zarządzeniem wojewody na okres wynoszący nie więcej niż dwa lata i wprowadzałaby istotne zakazy w zakresie praw do nieruchomości (art. 33 ustawy o CPK), takie jak:

- zakaz wydawania pozwoleń na budowę,
- zakaz wydawania decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu,
- zakaz wydawania decyzji w przedmiocie podziału nieruchomości,
- zakaz wydzielania samodzielnych lokali mieszkalnych w budynkach.

>>



Lokalizacja lotniska skutkować będzie unicestwieniem kilkunastu miejscowości, a przede wszystkim zmusi sporą społeczność do zmiany miejsca zamieszkania.



Rezerwacja obszaru lokalizacji nie oznacza, że na całości bądź części zarezerwowanego obszaru powstanie ostatecznie CPK, a mimo to wprowadza istotne ograniczenie w zakresie praw właścicielskich do nieruchomości.

Decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji

Kolejnym etapem inwestycji przewidzianym w ustawie o CPK jest lokalizacja inwestycji na podstawie decyzji wojewody o ustaleniu lokalizacji inwestycji w zakresie CPK. Decyzja ta:

- określa ostateczny obszar inwestycji,
- stanowi podstawę uzyskania pozwolenia na budowę,

- zobowiązuje do wydania wywłaszczanych nieruchomości, opróżnienia lokali i pomieszczeń znajdujących się na terenie planowanej inwestycji,
- stanowi podstawę do wpisów Skarbu Państwa do ksiąg wieczystych nieruchomości,
- stanowi podstawę ograniczenia sposobu korzystania z nieruchomości, niewymagających wywłaszczenia, a niezbędnych do przeprowadzenia inwestycji.

W dacie uzyskania przez decyzję statusu ostateczności wygasają wszelkie prawa na wywłaszczanych nieruchomości, takie jak użytkowanie wieczyste, ograniczone prawa rzeczowe, a także wygasają umowy

dzierżawy, najmu oraz użyczenia, dotyczące nieruchomości wywłaszczonej. Wydanie tej decyzji rozpoczyna również proces ustalania odszkodowania z tytułu wywłaszczenia nieruchomości nią objętych, ale także rozliczania innego rodzaju szkód.

Odszkodowania

Ustawa o CPK przewidywała, że w ramach odszkodowania może zostać przyznana kwota pieniężna bądź nieruchomość zamienna. Odszkodowanie ustalane byłoby w oparciu o ekspertyzę rynku nieruchomości przygotowaną na zlecenie spółki celowej dla całego obszaru objętego decyzją o ustaleniu lokalizacji; przy czym zamiast wywłaszczenia spółka celowa uprawniona

jest też do nabywania nieruchomości. Już jednak obecnie spółka celowa wprowadziła program dobrowolnych nabyć, który nie spotkał się z dużym zainteresowaniem właścicieli nieruchomości. Lokalni mieszkańcy są bowiem, co do zasady, przeciwni realizacji inwestycji w planowanej lokalizacji, a proces wykupu i wywłaszczenia gruntów pod lotnisko napotkał sprzeciw społeczności lokalnej.

Planowana nowelizacja

Życie pokazało, że ustawa o CPK nie stała się instrumentem prawnym, który umożliwi zrealizowanie inwestycji w zakładanym harmonogramie. Dlatego też w 2021 r. rozpoczęto prace nad nowelizacją tej ustawy oraz szeregu innych ustaw. Projektowane przepisy, w przypadku ich uchwalenia, wprowadzą istotne zmiany w zakresie procesu inwestycyjnego CPK, w tym w zakresie praw i uprawnień dla właścicieli nieruchomości znajdujących się na terenie inwestycji. Analiza projektowanych przepisów pokazuje jednak, że ich celem jest przede wszystkim zapewnienie szybkości procesu inwestycji, co nie zawsze idzie w parze z pełnym zabezpieczeniem praw właścicieli nieruchomości.

W projekcie ustawy proponuje się rezygnację z krytykowanej przez społeczność lokalną osobnej procedury rezerwacji obszaru inwestycji na podstawie zarządzenia wojewody; nastąpi to jednak poprzez wprowadzenie w drodze rozporządzenia Rady Ministrów ograniczeń i zakazów jeszcze dalej idących oraz mających obowiązywać w dłuższym okresie, tj. czterech, a nawet pięciu lat.

Projektowane zmiany wprowadzą większe uprawnienia dla wojewody, pełnomocnika rządu do spraw Centralnego Portu Komunikacyjnego oraz spółki celowej w odniesieniu do wszelkiej aktywności podmiotów innych niż spółka celowa na obszarze

planowanej inwestycji. Projektowane przepisy zakładają preferencyjne i korzystniejsze dla właścicieli zasady określenia wartości nieruchomości niezbędnych na potrzeby inwestycji CPK w ramach dobrowolnej sprzedaży. Dobrowolna sprzedaż ma być też korzystniejsza dla właścicieli niż procedura wywłaszczenia. Zwiększone znaczenie przy procesie wyceny na potrzeby wywłaszczenia będzie miała natomiast ekspertyza rynku nieruchomości, która zostanie sporządzona na zlecenie spółki celowej – rzeczoznawcy majątkowi będą zobowiązani do uwzględniania ustaleń ekspertyzy przy szacowaniu wartości nieruchomości. Zaniży to z pewnością poziom wycen wywłaszczanych nieruchomości, skoro to spółka celowa ma zapewnić przygotowanie takiej ekspertyzy.

Nowelizacja ustawy w niektórych przypadkach wprowadza też ograniczenie odpowiedzialności Skarbu Państwa w zakresie związanym z inwestycją. Pierwotnie ustawa o CPK przewidywała pełne odszkodowanie z tytułu wygaśnięcia użytkowania wieczystego, ograniczonych praw rzeczowych oraz trwałego zarządu ustanowionych na nieruchomości wywłaszczanej, nowelizacja doprecyzowuje zaś, że naprawieniu podlegać będzie tylko szkoda rzeczywista.

Możliwa relokacja miejscowości

Ciekawym rozwiązaniem jest natomiast propozycja przeprowadzenia zorganizowanej relokacji miejscowości albo ich części w związku z inwestycją CPK. Spółka celowa w porozumieniu z jednostkami samorządu terytorialnego po przeprowadzeniu konsultacji z mieszkańcami będzie mogła zaproponować odtworzenie miejscowości bądź jej części na innym terenie uzgodnionym z zainteresowanymi stronami. Takie rozwiązanie było już, choć w mniejszej skali, wdrożone z powodzeniem m.in. w związku z budową zbiornika przeciwpowodziowego Racibórz Dolny. Relokacji

podlegała miejscowość Nieboczowy, która została w całości odtworzona na innym obszarze wraz budynkami mieszkalnymi i użytkowymi, w tym kościołem z cmentarzem. Skutkiem relokacji było powstanie nowej, nowoczesnej miejscowości, z pełną infrastrukturą oraz szeregiem udogodnień dla mieszkańców z jednoczesnym zachowaniem więzi wśród lokalnej wspólnoty.

Decyzję o budowie CPK należy, co do zasady, ocenić pozytywnie. Realizacja inwestycji potrwa jednak dłużej niż pierwotnie zakładano. Mając na uwadze opisane w artykule doświadczenia wsi Nieboczowy, można natomiast założyć, że zorganizowana relokacja (po uzyskaniu akceptacji społeczności lokalnej) byłaby szansą na pogodzenie interesów państwa z potrzebami lokalnej społeczności i wpłynęłaby pozytywnie na proces inwestycji CPK oraz jego ocenę. O ile jednak w przywołanym przykładzie relokacji podlegała jedna miejscowość, o tyle w przypadku inwestycji CPK do takiej procedury musiałoby przystąpić kilkanaście miejscowości, co już na starcie czyni ten proces trudniejszym i bardziej czasochłonnym do przeprowadzenia. Wydaje się zatem, że spółka celowa powinna zrewidować planowany termin ukończenia procesu budowlanego i uruchomienia CPK. ●



MAGDALENA ŚWITAŃSKA

adwokat, solicitor Anglii i Walii
(obecnie nie praktykuje), partner,
praktyka prawa pracy
i praktyka globalnej mobilności



ALEKSANDRA WÓJCIK

praktyka prawa pracy
i praktyka globalnej mobilności

Pracownicy z zagranicy, czyli o (niewykorzystanych) szansach polskiego rynku pracy

W prasie i debacie publicznej niezmiennie od lat pojawia się sensacyjna liczba pięciu milionów zagranicznych pracowników, których powinien przyjąć polski rynek pracy w ciągu najbliższych kilkunastu lat, aby polska gospodarka mogła się rozwijać w dotychczasowym tempie.

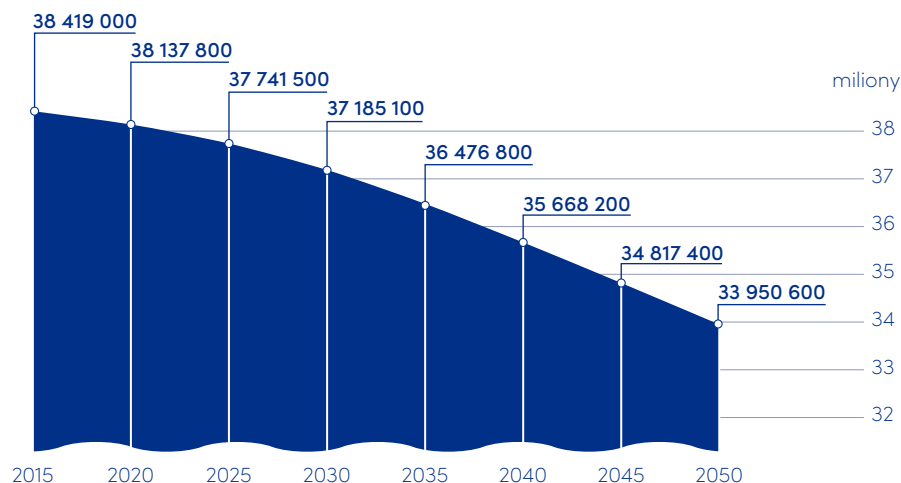
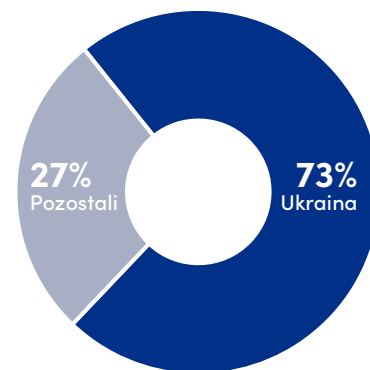
Naprawdę aż pięć milionów?

Wspomniana liczba nie wydaje się przesadzona, jeśli spojrzeć na prognozy demograficzne Głównego Urzędu Statystycznego (GUS) dla Polski na lata 2014–2050. Zakładają one spadek liczby ludności do 33,1 mln osób w 2050 r., a więc o 5,4 mln osób względem 2016 r. Należy do tego jeszcze dodać szybki wzrost liczby osób w wieku poprodukcyjnym.

Nie wiadomo, ilu dokładnie cudzoziemców już pracuje w Polsce. Według pierwszego tego rodzaju i eksperymentalnego opracowania GUS na koniec 2019 r. w Polsce mieszkało ponad 2 miliony obcokrajowców. Liczba ta obejmuje jednak wszystkie osoby nieposiadające polskiego obywatelstwa, bez względu na to, kiedy osiedliły się w Polsce i w jakim celu. Bardziej miarodajna wydaje się zatem statystyka prowadzona przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych (ZUS), według której pod koniec 2020 r. zarejestrowanych było ponad 725 tys. ubezpieczonych i odprowadzających składki cudzoziemców. Był to wynik rekordowy, o blisko 75 tys. wyższy niż rok wcześniej. Na koniec czerwca 2021 r. liczba ta wyniosła już prawie 820 tys. cudzoziemców.

Wśród cudzoziemców pracujących w Polsce niezmiennie od lat dominują obywatele Ukrainy, stanowiący około 70% zarejestrowanych w ZUS. Na dalszych miejscach najliczniejszymi grupami są obywatele Białorusi i Gruzji. Cudzoziemcy zasilający polski rynek pracy napływają także z Indii, Wietnamu, Rosji, Mołdawii, Chin i Korei Południowej. W Polsce mieszka też spora grupa Niemców, Włochów oraz obywateli Wielkiej Brytanii.

LUDNOŚĆ POLSKI

CUDZOZIEMCY ZAREJESTROWANI W ZUS
(PAŹDZIERNIK 2021)

To wciąż nie wystarczy

Wszystko to jednak nadal za mało. Zapotrzebowanie na pracę cudzoziemców stale rośnie – jest to tendencja nie tylko polska, ale ogólnoeuropejska – a za tym zapotrzebowaniem nie nadąża napływ zagranicznych pracowników. W czerwcu 2021 r. liczba wolnych miejsc pracy w Polsce wyniosła 142,8 tys. (i była wyższa niż w marcu 2021 r. o 29,6%), a aż 81% przedsiębiorców zgłaszało trudności z wypełnieniem wakatów. Sytuację pogarsza dodatkowo zauważalny i niesłabnący odpływ imigrantów zarobkowych z Polski do państw sąsiadujących w związku z konkurencyjnymi warunkami zatrudnienia i mniejszymi barierami w uzyskiwaniu tam dokumentów uprawniających do pracy. Dla większości polskich pracodawców korzystanie z pracy cudzoziemców już stało się codziennością i koniecznością. Pozostali dołączą do tego grona w najbliższych latach.

Pracownicy z zagranicy znajdują w Polsce zatrudnienie przede wszystkim w przetwórstwie przemysłowym, budownictwie, transporcie i gospodarce magazynowej,

które zmagają się z największymi deficytami. Cudzoziemcy nadal wykonują w Polsce przede wszystkim prace proste, na stanowiskach operatorów i monterów urządzeń oraz robotników przemysłowych i rzemieślników. Na listach zawodów cierpiących na niedobory pracowników od lat niezmiennie znajdują się jednak także liczne zawody z sektora IT (np. programiści aplikacji) oraz zawody medyczne.

Niezainteresowane państwo,
nieprzyjazne prawo

Choć problem deficytu pracowników na rynku pracy nie jest nowy, rządzący od wielu lat nie podejmują realnych działań mogących ułatwić czy uatrakcyjnić zatrudnianie zagranicznych pracowników w Polsce.

Niewiele zmienia fakt, że w lipcu 2021 r. został opublikowany i przekazany do uzgodnień międzyresortowych projekt uchwały Rady Ministrów w sprawie przyjęcia dokumentu „Polityka migracyjna Polski – kierunki działań 2021–2022”. Polityka ta, tak bardzo wyczekiwana, jest kolejną

próbą koordynacji działań państwa wobec procesów migracyjnych. Wcześniej w 2012 r. Rada Ministrów przyjęła dokument „Polityka migracyjna Polski – stan obecny i postulowane działania”, unieważniony następnie w 2016 r. W 2018 r. Rada Ministrów przyjęła dokument „Priorytety społeczno-gospodarcze polityki migracyjnej”, który jednak nie doczekał się konkretyzacji.

Trudno jednak nie zauważyć, że obecnie projektowana „Polityka” dotyczy bardzo krótkiego okresu, z którego część upłynęła, zanim projekt się ukazał. Ponadto dokument przewiduje niewiele rozwiązań w stosunku do ilości problemów zgłaszanych przez pracodawców. Jest to wyrazem braku jasnej i długofalowej wizji polityki migracyjnej Polski, a nawet dowodem na jedynie pozorne zainteresowanie rządzących tym obszarem. Należałoby bowiem jak najszybciej wdrożyć realne rozwiązania prawne usprawniające procesy związane z zatrudnianiem cudzoziemców, jeśli Polska nie chce dalej marnować potencjału zagranicznych pracowników.

>>

Bez pośpiechu

Największym od lat problemem, zarówno dla cudzoziemców, jak i dla pracodawców, są znaczne opóźnienia w załatwianiu spraw przez organy administracyjne, a dokładniej wojewodów.

Dotyczy to w szczególności zezwoleń na pobyt czasowy i pracę (a więc dokumentu, który uprawnia cudzoziemca, zarówno do legalnej pracy w Polsce, jak i pobytu, bez konieczności uzyskania dodatkowo wizy). Według stanu na 25 czerwca 2020 r. średni czas rozpatrywania takiej sprawy w Polsce wynosił 238 dni. To kilkakrotnie dłużej niż przewidują przepisy. Przyczyną jest z jednej strony roczny wzrost liczby wniosków o wydanie zezwoleń (w 2018 r. złożono ponad 165 tysięcy wniosków o zezwolenie na pobyt czasowy i pracę, a w 2021 r. – już prawie 327 tysięcy), z drugiej zaś brak wystarczającej liczby urzędników i procedur (w tym wewnętrznych) pozwalających na sprawne rozpoznawanie tych wniosków.

Znacznie krócej, choć nadal długo, bo zwykle od kilku tygodni do kilku miesięcy, trzeba czekać na wydanie zezwolenia na pracę, które uprawnia tylko do pracy i wymaga, co do zasady, dodatkowo uzyskania wizy za granicą. Warto przy okazji wspomnieć, że mimo uzyskania zezwolenia na pracę nie ma gwarancji, że właściwy konsul wyda cudzoziemcowi wizę, która umożliwi mu realizację zezwolenia (tj. faktyczne rozpoczęcie pracy w Polsce). Praktyka zna wiele przypadków, w których konsulaty nie wydawały wiz cudzoziemcom posiadającym zezwolenia ze względu na dużą ilość wpływających wniosków albo w ogóle nie udostępniały terminów spotkań wizowych.

Długi czas oczekiwania na zezwolenie wiąże się – w przypadku zezwolenia na pracę i zezwolenia na pobyt czasowy i pracę uzyskiwanych w sytuacji, gdy jest to nowa praca cudzoziemca – z brakiem możliwości rozpoczęcia pracy aż do uzyskania

zezwolenia. W przypadku zezwolenia na pobyt czasowy i pracę oznacza także, co do zasady (pewne modyfikacje zostały wprowadzone na czas pandemii), brak możliwości ponownego wjazdu do Polski bez wizy (lub prawa do ruchu bezwizowego) w przypadku opuszczenia Polski przed wydaniem zezwolenia. Są to w wielu przypadkach niedogodności wystarczające, aby zniechęcić pracodawców do poszukiwania zagranicznych pracowników i zachęcić zagranicznych pracowników do poszukiwania pracy u naszych sąsiadów. Pewne możliwości przyspieszania rozpoznawania spraw wprawdzie istnieją, ale wymagają dobrego rozeznania w procedurach i doświadczenia.

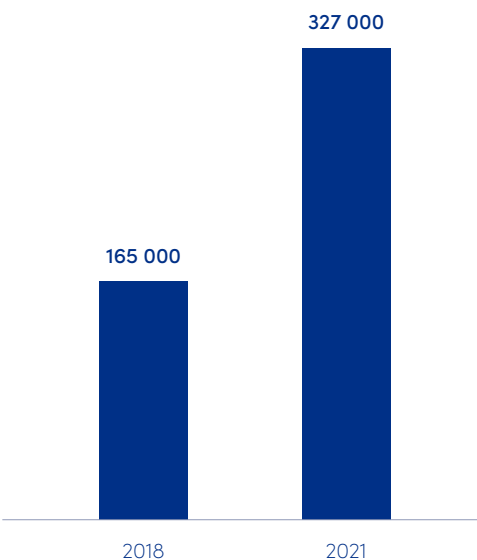
Tylko po polsku

Cudzoziemców i pracodawców odstrasza nie tylko terminy załatwiania spraw. Istotnym problemem dotyczącym przede wszystkim postępowań w zakresie legalizacji pobytu (w których stroną jest sam pracownik, a nie – jak w przypadku legalizacji pracy – podmiot zatrudniający) są bariery komunikacyjne na linii cudzoziemiec – urząd.

Linie telefoniczne urzędów wojewódzkich zajmujących się wnioskami są często zajęte, a część z nich jest permanentnie zawieszona. Korespondencja kierowana na skrzynkę mailową nierzadko pozostaje bez odpowiedzi, a jeśli odpowiedź zostanie nadesłana, zazwyczaj stanowi oderwaną od okoliczności konkretnej sprawy wystandaryzowaną informację, która mówi nam tylko to, co już o sprawie wiemy. Listowna wymiana dokumentów i pism oznacza zaś często wielotygodniowe oczekiwanie na odpowiedź zwrotną.

Kolejnym problemem jest bariera językowa. Nawet gdy cudzoziemcowi uda się skontaktować z urzędnikiem, ten zwykle nie komunikuje się w języku ojczystym obcokrajowca, a znajomość języka angielskiego

LICZBA ZŁOŻONYCH WNIOSKÓW
O POBYT CZASOWY I PRACĘ



często bywa niewystarczająca po obu stronach. To samo dotyczy także bardzo niekiedy rozbudowanych wezwań z urzędów do uzupełnienia braków formalnych złożonego wniosku, które są kierowane do cudzoziemców w języku polskim. Wezwania mają często wystandaryzowaną treść i, na przykład, nie uwzględniają dokumentów już złożonych, nie wyjaśniając zarazem, dlaczego są one dla urzędu niewystarczające i co konkretnie cudzoziemiec powinien dosłać. Nierzadko zdarzają się także wezwania zupełnie niezasadne, wynikające z przeoczeń urzędników. Czytanie wezwań stało się na przestrzeni ostatnich lat umiejętnością, która przychodzi wraz z doświadczeniem.

Wydaje się, że właśnie niezrozumienie przez cudzoziemców kierowanej do nich korespondencji i komunikacji w innych formach może stanowić główną przyczynę wydawania przez urzędy stosunkowo dużej liczby decyzji odmownych.

Jest nadzieja?

Niedawno pojawiła się nowa perspektywa. Ustawodawca przyjął długo oczekiwaną nowelizację ustawy o cudzoziemcach oraz innych ustaw.

Zakłada ona szereg zmian w obowiązujących procedurach dotyczących legalizacji pracy i pobytu cudzoziemców w Polsce, w tym w zakresie wymogów stawianych cudzoziemcom i terminów załatwiania spraw.

Wprowadza też 60-dniowe terminy na załatwienie sprawy przez organ pierwszej instancji, liczone, co do zasady, od momentu, w którym uzupełniono wszystkie braki formalne wniosku o udzielenie lub zmianę zezwolenia na pobyt czasowy, a cudzoziemiec dopełnił obowiązku osobistego stawiennictwa w urzędzie. Jeśli terminy te faktycznie będą przestrzegane, zmiana będzie rewolucyjna.

Istotna i od dawna postulowana zmiana została wprowadzona także w odniesieniu do oświadczeń o powierzeniu wykonywania pracy cudzoziemcowi rejestrowanych przez urzędy pracy. Oświadczenia te pozwalają na znaczne odformalizowane i szybkie legalizowanie pracy obywateli, między innymi Ukrainy, Białorusi czy Rosji (rejestracja oświadczenia powinna nastąpić najpóźniej w terminie 7–14 dni). Zgodnie z dotychczas obowiązującą regulacją okres wykonywania pracy na podstawie takiego oświadczenia mógł wynieść łącznie nie więcej niż 6 miesięcy

w ciągu kolejnych 12 miesięcy, niezależnie od liczby podmiotów powierzających danemu cudzoziemcowi wykonywanie pracy. Zgodnie z nowymi przepisami maksymalny dopuszczalny okres wykonywania pracy na podstawie oświadczenia został wydłużony aż do 24 miesięcy, co powinno znacząco zwiększyć użyteczność tego rozwiązania i wpłynąć na odciążenie pozostałych procedur, przynajmniej na jakiś czas.

Nowelizacja wprowadza także pierwszeństwo w rozpoznawaniu wniosków o zezwolenia na pracę na rzecz przedsiębiorców prowadzących działalność o znaczeniu strategicznym dla gospodarki narodowej. Wykaz takich przedsiębiorców będzie określał minister ds. gospodarki w drodze rozporządzenia.

Nowelizacja przewiduje nadto, że organy mogą wymieniać za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej informacje na temat tego, czy wjazd i pobyt cudzoziemca w Polsce mogą stanowić zagrożenie dla obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego. Powinno to, przynajmniej w teorii, znacznie przyspieszyć ten etap procedury wydawania zezwoleń na pobyt, oszczędzając poszczególnym organom konieczności fizycznego przesyłania akt sprawy pomiędzy sobą.

Istotnym problemem praktycznym, z jakim borykają się na co dzień pracodawcy zatrudniający cudzoziemców, jest związanie zezwoleń na pobyt i pracę z konkretnym

pracodawcą, bez możliwości wykorzystania ich przez innego pracodawcę, oraz ograniczenie możliwości zmiany niektórych warunków pracy. Nowelizacja wprowadza możliwość (wcześniej nieistniejącą) zmiany zezwolenia na pobyt i pracę w przypadku zmiany pracodawcy. Nie trzeba już zatem w takim przypadku występować o wydanie nowego zezwolenia na pobyt czasowy. Dodatkowo katalog okoliczności niewymagających zmiany zezwolenia na pobyt czasowy i pracę oraz zmiany zezwolenia na pracę został poszerzony o:

- zmianę nazwy stanowiska, na jakim cudzoziemiec wykonuje pracę, przy jednoczesnym zachowaniu zakresu jego obowiązków,
- zwiększenie wymiaru czasu pracy przy jednoczesnym proporcjonalnym zwiększeniu wynagrodzenia.

Polskie szanse

Choć na tym etapie trudno przewidzieć, jak ukształtuje się praktyka stosowania nowych przepisów, kierunek zmian należy ocenić pozytywnie i uznać za pewien przełom w podejściu rządzących do tematu zatrudniania cudzoziemców. Wszelkie instrumenty, które mogą przyspieszyć rozpoznawanie spraw imigracyjnych i zwiększyć ich przewidywalność, a także wydolność systemu, będą sprzyjać poprawie sytuacji cudzoziemców i ich pracodawców (tak obecnych, jak i potencjalnych), a w konsekwencji umożliwiać zapełnianie powiększającej się luki na rynku pracy. Wiele będzie jednak zależało, jak zwykle, od prawidłowego stosowania (lub nie) przez organy nowych przepisów, a to z kolei zależeć będzie w istotnej mierze od polityki państwa wobec pracowników z zagranicy. To ona zdecyduje ostatecznie, czy Polska wykorzysta możliwości i niewątpliwie korzyści, jakie daje zatrudnianie cudzoziemców. ●



maksymalny dopuszczalny okres wykonywania pracy na podstawie oświadczenia został wydłużony aż do 24 miesięcy



PIOTR PODSIADŁY
praktyka prawa pracy



AGNIESZKA LISIECKA
adwokat, współnik odpowiedzialny
za praktykę prawa pracy

Samowolna relokacja pracownika za granicę

Pracownik świadczący pracę zdalnie może teoretycznie świadczyć ją z każdego miejsca na świecie. Tacy pracownicy nierzadko mają poczucie, że skoro ich fizyczna obecność w zakładzie pracy nie jest wymagana, to mogą dowolnie decydować o tym, skąd wypełniają swoje obowiązki. Tymczasem zmiana miejsca pracy – w szczególności wyjazd do innego kraju – może powodować doniosłe skutki prawne dla łączącego strony stosunku pracy. Dlatego też pracodawcy powinni mieć świadomość tych skutków i starannie regulować miejsca pracy zdalnej, a także egzekwować przyjęte rozwiązania.

Samowolna zmiana miejsca świadczenia pracy – najważniejsze możliwe skutki

Jedną z istotniejszych kwestii związanych z relokacją pracownika (i to nie tylko za granicę), w praktyce zauważalną najczęściej dopiero wtedy, gdy dojdzie do nieszczęśliwego wypadku, są **obowiązki pracodawcy związane z BHP**. Niezależnie bowiem od pewnych wyłączeń wynikających z przepisów o telepracy, odpowiedzialność z tytułu BHP ponosi pracodawca. Jeśli strony nie ustaliły miejsca pracy zdalnej, pracownik może wybrać miejsce, w którym pracodawca nie zdoła wypełnić swoich obowiązków związanych z BHP albo będzie to co najmniej znacznie utrudnione. Przykładowo problematyczne może być przeprowadzenie ewentualnego postępowania wypadkowego, z którego to obowiązku pracodawcy nie są zwolnieni w stosunku do pracowników zdalnych, niezależnie od miejsca świadczenia przez nich pracy.

Relokacja pracownika za granicę może również skutkować zmianą **prawa właściwego dla stosunku pracy** i to niezależnie od treści klauzul umów o pracę regulujących tę kwestię. Zgodnie z zasadami obowiązującymi w UE wybór prawa nie może bowiem pozbawiać pracownika ochrony przyznanej mu na podstawie przepisów, których nie można wyłączyć na mocy prawa, jakie byłoby właściwe w przypadku braku jego wyboru przez strony. Według podstawowej zasady prawem właściwym dla stosunku pracy jest prawo państwa, w którym lub – gdy takiego brak – z którego pracownik zazwyczaj świadczy pracę (art. 8 ust. 2 rozporządzenia 593/2008, tzw. Rzym I). Chwilowa lub krótkotrwała samowolna relokacja pracownika do innego kraju UE nie powinna zatem wiązać się ze zmianą prawa właściwego. Jednak w przypadku relokacji długotrwałej, permanentnej lub do krajów spoza UE, takiego ryzyka nie będzie można wykluczyć. Zmiana prawa właściwego



Zgodnie z ogólnymi zasadami miejsce pracy powinno być wskazane w umowie o pracę, a jego zmiana co do zasady wymaga uzgodnienia pomiędzy pracodawcą i pracownikiem.

jest o tyle istotna, że skutkować będzie koniecznością przestrzegania minimalnych warunków zatrudnienia w danym kraju, co dotyczyć będzie w szczególności płacy minimalnej, czasu pracy, uprawnień urlopowych czy trybów i wymogów rozwiązywania umowy o pracę.

Kolejną kwestią, którą należy wziąć pod uwagę, jest ryzyko zmiany **jurysdykcji w sprawach dotyczących sporów ze stosunku pracy**. W określonych sytuacjach pracodawca może być bowiem pozwany przed sąd w innym państwie niż miejsce jego zamieszkania / siedziby. Na podstawie przepisów unijnych pracownik może w szczególności wybrać sąd miejsca, w którym zazwyczaj świadczy lub ostatnio zazwyczaj świadczył pracę (art. 21 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia 1215/2012, tzw. Bruksela I bis). Choć trudno sobie wyobrazić, aby pracownik mógł skorzystać z tego przywileju w sytuacji, gdy przeniósł się do innego państwa samowolnie, to w przypadku gdy pracodawca jest świadomy relokacji i nie zgłasza co do niej zastrzeżeń albo wprost ją akceptuje, nie można wykluczyć takiej możliwości.

Świadczenie pracy za granicą może również wywoływać określone skutki na gruncie **prawa podatkowego i ubezpieczeń społecznych**. Z perspektywy podatkowej kluczowe będzie to, w którym miejscu pracownik posiada tzw. rezydencję podatkową i tym samym podlega opodatkowaniu od całości dochodów niezależnie od miejsca ich osiągnięcia (polskie przepisy określają, że

rezydencję podatkową w Polsce posiada osoba fizyczna, która przebywa w Polsce łącznie przez co najmniej 183 dni w roku lub posiada w Polsce ośrodek interesów życiowych). Niezależnie od tego może również zaistnieć tzw. ograniczony obowiązek podatkowy, tj. konieczność opodatkowania w danym państwie przychodów w nim uzyskiwanych. Oprócz przepisów krajowych trzeba tu wziąć pod uwagę postanowienia właściwej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania (o ile została zawarta pomiędzy Polską a danym krajem).

Nieco odmiennie kształtują się zasady dotyczące **ubezpieczeń społecznych**. Co do zasady, szczególnie w przypadku krajów, z którymi Polska nie ma podpisanych umów o zabezpieczeniu społecznym, pracownik może podlegać ubezpieczeniom społecznym już od pierwszego dnia świadczenia pracy w tym kraju. Wyjątkowo – co dotyczy jednak wyłącznie krajów UE oraz tych, z którymi Polska zawarła umowy o zabezpieczeniu społecznym – pracownik może w dalszym ciągu podlegać ubezpieczeniom społecznym w Polsce, o ile legitymuje się stosownym dokumentem (w przypadku krajów UE będzie to tzw. zaświadczenie A1).

Szczególnie w przypadku krajów spoza UE może się również okazać, że dla wykonywania w nich pracy konieczne jest dopełnienie formalności z zakresu **prawa imigracyjnego**, w szczególności uzyskanie określonego zezwolenia na pobyt, a także na samą pracę.

Miejsca świadczenia pracy zdalnej – co mówi prawo

Aby zminimalizować ryzyko mierzenia się z opisanymi wyżej skutkami, pracodawcy powinni z należytą starannością regulować miejsce pracy pracowników zdalnych. Zgodnie z ogólnymi zasadami miejsce pracy powinno być wskazane w umowie o pracę, a jego zmiana co do zasady wymaga uzgodnienia pomiędzy pracodawcą i pracownikiem. W przepisach dotyczących pracy zdalnej wprowadzonej w związku z COVID-19 oraz w kodeksowych przepisach dotyczących telepracy (czyli obecnie jedynych regulacjach dotyczących pracy na odległość) znajdują się jednak szczególne uregulowania dotyczące miejsca pracy, których stosowanie w praktyce nierzadko rodzi problemy.

Regulacja wprowadzona w związku z COVID-19 milczy na temat ustalania miejsca pracy, poprzestając na zdefiniowaniu pracy zdalnej jako świadczonej „poza miejscem jej stałego wykonywania”. Choć przepisy nie są w tym zakresie jasne, pracodawca niewątpliwie ma prawo wskazać miejsce świadczenia pracy zdalnej, a tym bardziej określić ograniczenia w tym obszarze. Również w przypadku telepracy kwestia ustalania miejsca jej świadczenia nie jest precyzyjnie uregulowana. Przepisy wskazują bowiem, że telepracą jest praca „wykonywana regularnie poza zakładem pracy”. Może to być zatem dowolne miejsce ustalone przez strony stosunku pracy. Uznaje się, że miejsce to może być ustalone nie tylko w sposób pozytywny – czyli przez wskazanie jednego lub kilku miejsc wykonywania pracy, lecz także w sposób negatywny – czyli przez wymienienie niedozwolonych miejsc wykonywania telepracy.

Ogólne brzmienie powyższych przepisów, które nie wymagają ustalenia konkretnego miejsca pracy, w praktyce często skutkuje nieuregulowaniem lub nienależytym uregulowaniem przez strony stosunku pracy tej >>

istotnej kwestii. Tymczasem konsekwencją nieokreślenia miejsca wykonywania pracy zdalnej lub telepracy albo określenia go jedynie negatywnie jest pozostawienie wyboru w tym zakresie pracownikowi. Jeśli pracownik postanowi pracować z zagranicy, może to się wiązać z szeregiem istotnych konsekwencji opisanych powyżej. W związku z tym pracodawcy powinni dążyć do ustalania konkretnego miejsca świadczenia pracy zdalnie oraz wprost ujmować kwestię świadczenia pracy zdalnej za granicą.

Powyższe problemy może w pewnym zakresie rozwiązać projektowana regulacja pracy zdalnej, która ma zastąpić przepisy dotyczące telepracy. Praca zdalna ma być bowiem zdefiniowana jako praca wykonywana „całkowicie lub częściowo w miejscu wskazanym przez pracownika i uzgodnionym z pracodawcą, w tym w miejscu zamieszkania pracownika (...)”. Proponowane brzmienie przepisu potwierdzi zatem zasadę uzgadniania miejsca pracy zdalnej. Jego precyzyjne określenie nadal będzie jednak leżeć w gestii pracodawcy.

Samowolna relokacja pracownika – co może pracodawca

Jeśli samowolna relokacja pracownika za granicę nie narusza zasad obowiązujących u danego pracodawcy i jest dla niego akceptowalna, może on podjąć kroki w celu weryfikacji i ewentualnego dopełnienia obowiązków związanych z legalizacją pracy pracownika w danym kraju. Zdecydowanie częściej pracodawcy – co zrozumiale – nie będą jednak skłonni akceptować takiego stanu rzeczy. Wówczas możliwe działania będą zależeć od tego, czy (i jak) kwestia



Biorąc pod uwagę konsekwencje relokacji za granicę należy uznać, że nawet jeśli miejsce pracy zdalnej nie jest należycie uregulowane, pracownik powinien uzgodnić z pracodawcą zamiar świadczenia pracy z zagranicy.

miejsca świadczenia pracy zdalnie została uregulowana przez strony stosunku pracy.

Gdy pracownik wprost narusza ustalone zasady, pracodawca może – w zależności od okoliczności sprawy – polecić pracownikowi świadczenie pracy w uzgodnionym miejscu, nałożyć na pracownika karę porządkową lub nawet rozwiązać stosunek pracy, w tym bez wypowiedzenia.

Biorąc pod uwagę opisane wyżej konsekwencje relokacji za granicę, która może wiązać się ze znacznymi kosztami i dodatkowymi obowiązkami po stronie pracodawcy (co najmniej związanymi z koniecznością weryfikacji stanu prawnego w danym państwie), należy uznać, że nawet jeśli miejsce pracy zdalnej nie jest należycie uregulowane, pracownik powinien uzgodnić z pracodawcą zamiar świadczenia pracy z zagranicy. Jeśli jednak pracownik zaniecha takiego uzgodnienia, a miejsce pracy zdalnej nie zostało uregulowane (czyli nie doszło do złamania przez pracownika ustalonych zasad), pracodawcy powinni być ostrożniejsi w wyciąganiu ewentualnych konsekwencji – choć również w tym przypadku w określonych okolicznościach naruszenie pracownika może uzasadniać nawet rozwiązanie stosunku pracy. ●



DR SZYMON KUBIAK

radca prawny, wspólnik,
LL.M. (Harvard),
praktyka prawa pracy



KATARZYNA MAGNUSKA

radca prawny,
praktyka prawa pracy

Jeżeli nie praca tymczasowa, to może external workbench?

Jednym z największych wyzwań dla polskich przedsiębiorców w pandemicznej i coraz bardziej inflacyjnej rzeczywistości jest pozyskanie wykwalifikowanej kadry. Firmy muszą zwracać uwagę na ograniczone budżety, co nie sprzyja zwiększaniu stałych wakatów w firmach i pozyskiwaniu talentów. Z tego względu rozwiązaniem zyskującym na popularności jest outsourcing pracowników – a właściwie cały wachlarz jego form.

Zatrudnię od zaraz – ale nie ma kogo...

Brak rąk do pracy doskwiera firmom przede wszystkim z sektora IT, handlu, produkcji i budownictwa. Według różnych szacunków w całej Unii Europejskiej brakuje ok. 600 tys. programistów, a w samej Polsce – ok. 50 tys. specjalistów IT. Taka liczba nieobsadzonych wakatów nie pozwala na pełen rozwój polskiej gospodarki i wykorzystanie przez firmy ich potencjału. Znane są przykłady, również w Polsce, gdzie aby pozyskać wykwalifikowanych pracowników, podmioty (głównie zagraniczne) nabywały całe spółki o poszukiwanym przez siebie profilu działalności.

Jednocześnie jednak coraz bardziej niestabilna sytuacja gospodarcza i ciągłe zmiany prawa, skutkujące niepewnością co do skali wzrostu kosztów prowadzenia działalności, zniechęcają nawet optymistycznie nastawionych przedsiębiorców do zwiększania stałego zatrudnienia. Szczególnie w dobie pandemii coraz powszechniej stosowanym rozwiązaniem jest outsourcing personelu – we wszystkich swoich przejawach.

Outsourcing pracowników w polskim prawie

Na rynku outsourcing personelu występuje pod różnymi tajemniczymi nazwami – jako usługi leasingu pracowników (ang. *employee / staff leasing*), *Employer-of-Record*, *external workbench*, *resource sourcing*, *pooling of experts*, *staffing* czy bardziej ogólnie usługi konsultingu w danym obszarze. Kluczową cechą łączącą te usługi jest to, że jedna firma (odbiorca usługi) zarządza pracą „wypożyczonych” pracowników i korzysta z efektów ich pracy, natomiast formalnie osoby te pozostają w zatrudnieniu z innym podmiotem, na którym spoczywają wszelkie obowiązki prawne >>

i administracyjne związane z zatrudnieniem (tj. nie istnieje bezpośredni stosunek umowny pomiędzy beneficjentem usług a wypożyczonym pracownikiem).

W tym zakresie polskie prawo nie nadąża w naszej ocenie za powszechną już praktyką rynkową. Jedyną konstrukcją uregulowaną w prawie pracy, która przewiduje korzystanie z wyników pracy pracowników lub zleceniobiorców formalnie zatrudnionych w innej firmie, jest praca tymczasowa uregulowana w ustawie o zatrudnianiu pracowników tymczasowych z 9 lipca 2003 r. Z perspektywy rynku pracy jest to regulacja nieco anachroniczna. Ustawą pracę tymczasową cechują bowiem nadmierowe jak się wydaje ograniczenia czasowe (pracodawca-użytkownik może korzystać z pracy danego pracownika tymczasowego co do zasady jedynie przez łącznie 18 miesięcy w okresie kolejnych 36 miesięcy) oraz uciążliwe formalności po stronie pracodawców-użytkowników związane z korzystaniem z pracy czasowników.

Zalety outsourcingu

Inaczej niż praca tymczasowa, outsourcing personelu jest atrakcyjny dla przedsiębiorców, ponieważ:

- nie ma ograniczeń czasowych w korzystaniu z usług realizowanych przez wypożyczone osoby,
- rozliczenie za usługi między spółkami następuje na zasadach płatności za roboczogodzinę i ewentualnie poniesione koszty (ang. *time & material basis*), co pozwala lepiej zaplanować i kontrolować budżety przeznaczone na dany projekt,
- w ramach outsourcingu spółki mogą sobie wypożyczać osoby prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą (ang. *freelancers, independent contractors*), co jest szczególnie ważne w branży IT, gdzie jest to obecnie dominujący model współpracy,

- zasady współpracy między firmą-beneficjentem usług i podmiotem wypożyczającym swoich pracowników są przedmiotem negocjacji między stronami, a prawo nie narzuca tu minimalnych warunków (treści) umowy. Inaczej też niż przy wysoce regulowanej pracy tymczasowej, spółkami wypożyczającymi nie są wyłącznie agencje pracy ani nawet podmioty, których model biznesowy (główny profil działalności) polega na udostępnianiu wykwalifikowanej kadry (w internecie można znaleźć już platformy ułatwiające kojarzenie firm poszukujących specjalistów do określonych projektów z przedsiębiorcami, którzy są gotowi wypożyczyć swój personel).

Przedsiębiorcy korzystający z zewnętrznego wsparcia kadrowego wskazują również, że przewagą outsourcingu jest możliwość korzystania z większej, bardziej zróżnicowanej puli talentów (np. specjaliści IT niechętnie podchodzą do zatrudnienia w formie pracy tymczasowej, a o zatrudnieniu na umowie o pracę cenieni specjaliści z tej branży często nie chcą nawet słyszeć). Pozwala to na wymianę doświadczeń i przyczynia się do powstawania innowacyjnych rozwiązań. Do tego dochodzi lepsza jakość usług przy niższym ich koszcie, a także możliwość lepszego dopasowania oferowanych usług i rozwiązań organizacyjnych do potrzeb konkretnego odbiorcy lub danego projektu, szczególnie projektów ściśle związanych z lokalnymi uwarunkowaniami.

Na polskim rynku funkcjonują już podmioty, których działalność jest w przeważającej mierze oparta na kadrze wypożyczonej z innych podmiotów. Rodzi to oczywiście ryzyko, że w razie zerwania współpracy (np. wskutek nabycia wypożyczającego przez konkurenta odbiorcy usług) beneficjent usług może nie być w stanie kontynuować swojego biznesu w dotychczasowym zakresie lub wywiązać się z zobowiązań wobec swoich kontrahentów.

Doradzając naszym klientom, widzimy, jak zróżnicowane modele współpracy funkcjonują w Polsce. Nierzadko nie jest to doraźna współpraca jedynie na potrzeby jednego projektu, ale więź gospodarcza obliczona na wiele lat, ze starannie zaplanowaną strategią, gdzie outsourcing pracowników jest kluczowym elementem szybkiego wejścia na polski rynek i zdobycia na nim przewagi konkurencyjnej przez odbiorcę usługi.

W fazie wzrostowej przedsiębiorstwa dzięki outsourcingowi można szybko pozyskać personel o kwalifikacjach niezbędnych do rozwoju działalności, a następnie wyszkolić najlepszych z wypożyczonych pracowników odpowiednio do swoich potrzeb. Tytułem przykładu jeden z klientów kancelarii wspólnie z podmiotem udostępniającym pracowników stworzył nawet specjalny program szkoleniowy, który pozwolił wyłonić w ramach outsourcingu najlepszych kandydatów, by na dalszym etapie rozwoju przedsiębiorstwa zaproponować im stałe zatrudnienie już bezpośrednio u siebie.

Outsourcing a praca tymczasowa

Usługi firm oferujących outsourcing pracowników zazwyczaj spełniają kryteria uznania ich za ustawową pracę tymczasową. Jednak firmy outsourcingowe konsekwentnie odznaczają się od tego określenia i kwalifikują swoje usługi właśnie jako outsourcing usług.

Pandemiczne realia, w tym jeszcze rzadsze kontrole ze strony organów państwowych (przede wszystkim przeciążonej Państwowej Inspekcji Pracy) i upowszechnienie się pracy zdalnej, jak też coraz bardziej wyrafinowane modele współpracy między przedsiębiorcami, przyczyniły się do dalszego wzrostu popularności outsourcingu. Nie oznacza to, że podmioty oferujące i korzystające z outsourcingu mogą czuć się w pełni bezpieczne – znamy przypadki, gdy na skutek kontroli lub, częściej, skargi

niezadowolonego (najczęściej byłego) wypożyczanego pracownika, przedsiębiorcy korzystający z usług outsourcingu zostali pociągnięci do odpowiedzialności z tytułu naruszenia przepisów o pracy tymczasowej lub też musieli przyznać, że istnieje bezpośredni stosunek pracy między tym podmiotem a dotychczas wypożyczanymi przez siebie osobami.

Outsourcing usług nie jest wprost uregulowany w polskim prawie. Od pracy tymczasowej różni go przede wszystkim to, że przedmiotem umowy między przedsiębiorcami nie jest udostępnienie pracowników o poszukiwanych kwalifikacjach i doświadczeniu, ale świadczenie konkretnych usług jedynie wykonywanych przez wykwalifikowanych pracowników danego podmiotu.

W wielu przypadkach granica między pracą tymczasową i outsourcingiem usług jest więc zaskakująco cienka. Kryteriami zazwyczaj brany pod uwagę przy ocenie, czy dana usługa może być zakwalifikowana jako outsourcing usług, a nie praca tymczasowa, są w szczególności:

- **przedmiot umowy.** W przypadku outsourcingu usług wypożyczani pracownicy powinni być w umowie niejako „niewidzialni”, tj. postanowienia umowne i praktyczny sposób realizacji umowy nie powinny wprost odnosić się do zewnętrznego personelu ani jego zawodowych umiejętności, doświadczenia lub innych osobistych przymiotów, a sposób rozliczenia usług nie powinien opierać się na czasie pracy (roboczegodzinach) przepracowanym przez określoną liczbę osób na konkretnych stanowiskach. Upraszczając, z umowy o świadczenie usług outsourcingu powinno wynikać, że beneficjenta tych usług interesuje wyłącznie zrealizowanie usług zgodnie z danymi parametrami ilościowymi, jakościowymi czy też technologicznymi, a nie to, kto te usługi faktycznie realizuje w imieniu kontrahenta. Nie stoi to

na przeszkodzie takiemu określeniu w umowie wymogów co do jakości i zakresu usług, który pośrednio (w praktyce często bardzo skutecznie) wymusza zaangażowanie osób o odpowiednich kwalifikacjach, albo wręcz określonych osób (choć w takim przypadku wkraczamy już w obszar podwyższonego ryzyka). Odpowiednie ukształtowanie postanowień umowy outsourcingu i stosowanych praktyk pozwoli na uzyskanie podobnego rezultatu jak praca tymczasowa, przy ograniczonym ryzyku uznania modelu współpracy za pracę tymczasową.

- **zarządzanie wypożyczanym personelem.** W przypadku outsourcingu udostępnieni pracownicy pozostają pod wyłącznym nadzorem podmiotu formalnie zatrudniającego te osoby, a nie beneficjenta usług. Tym samym w modelu outsourcingu odbiorca usług powinien powstrzymać się co do zasady od wydawania wypożyczonym pracownikom poleceń i bieżącego zarządzania ich pracą. W wielu przypadkach jednak takie rozwiązanie nie będzie odpowiadać potrzebom przedsiębiorstwa korzystającego z zewnętrznego personelu. Pewnym rozwiązaniem jest funkcjonująca na rynku praktyka wyznaczania przez podmiot wypożyczający swój personel kierownika projektu (ang. *contact/coordination manager*) dedykowanego do danego klienta, który na co dzień w siedzibie klienta kieruje pracą udostępnionych pracowników i jest osobą do kontaktu dla klienta.

Przyszłość outsourcingu

Na przykładzie branży IT widać, jak dynamicznie rozwija się rynek usług outsourcingu personelu. Jest to wynik postępującej digitalizacji (która jeszcze bardziej przyspiesza w dobie pandemii)

i zapotrzebowania na usługi IT przy ograniczonej liczbie wyspecjalizowanych fachowców.

Model pracy tymczasowej nie odpowiada na wyzwania rynku i potrzeby biznesu, co wróży dalszy rozwój outsourcingu i powstanie nowych, coraz bardziej wyrafinowanych modeli współpracy między firmami, w tym obejmujących korzystanie z pracy osób udostępnianych przez outsourcera (agencję) zlokalizowanych nawet na innym kontynencie, których wyniki pracy są udostępniane i przekazywane w rozwiązaniu chmurowym. W takim układzie insourcer (klient) nie ma nie tylko fizycznego i prawnego, ale nawet e-mailowego kontaktu z ludźmi, którzy wykonują dla niego pracę.

Agregacja i anonimizacja danych może prowadzić nawet do braku możliwości połączenia wyników pracy z konkretnym wykonawcą. To oczywiście tworzy bardzo złożony krajobraz, którego pełna ocena wymagałaby analizy w obszarach takich jak normy kolizyjne (prawo prywatne międzynarodowe), podatkowe, a także z zakresu danych osobowych. W tak złożonych stanach faktycznych prawidłowość oceny dokonywanej przez np. inspektora Państwowej Inspekcji Pracy może być istotnym wyzwaniem i w zależności od przyjętego podejścia ograniczać lub podwyższać poziom ryzyka dla klienta i agencji – to już jednak temat na zupełnie inny artykuł.

Jeżeli ustawodawca zdecydowałby się na uregulowanie outsourcingu, należałoby jedynie postulować, by przyjęte rozwiązania legislacyjne, przy zachowaniu niezbędnej ochrony pracowników, nie ograniczyły przedsiębiorcom możliwości szybkiego pozyskiwania personelu o konkretnych kwalifikacjach – w przeciwnym razie może to łatwo doprowadzić do regulacyjnego wylania dziecka z kąpielą. ●



DR ARTUR PIETRYKA

adwokat, praktyka karna



MARIA KOZŁOWSKA

adwokat, praktyka karna

Jak prokuratury „opiekują się” pieniędzmi spółek?

Nie tylko sprawca może zostać ukarany przypadkiem mienia pochodzącego z przestępstwa. Jak to możliwe? Wystarczy, że mienie będące korzyścią z przestępstwa zostanie dowolną drogą przeniesione na inną osobę, która na podstawie okoliczności towarzyszących jego nabyciu mogła przypuszczać, że pochodzi ono z czynu zabronionego. Wówczas taka osoba może zostać dotknięta blokadą rachunku, zabezpieczeniem majątkowym, a w najgorszym razie przypadkiem mienia i pozbawieniem własności.

Rano dzwoni księgowa z informacją, że nie mogła przelać pracownikom wynagrodzeń. Bank dostał faks z prokuratury z prośbą o zablokowanie wszystkich rachunków, bo istnieje podejrzenie prania pieniędzy. Kontaktujesz się z prokuratorem (choć to nie takie proste) i słyszysz, że blokada środków potrwa sześć miesięcy, postanowienie niebawem trafi do spółki, ale masz się nie martwić, bo można się poskarżyć do sądu. Więcej informacji nie udzieli z uwagi na tajemnicę śledztwa.

Brzmi abstrakcyjnie? Niekoniecznie. Prokuratury i policja zostały wyposażone w szereg narzędzi pozwalających na pozbawienie podmiotów gospodarczych środków finansowych i coraz chętniej z nich korzystają.

Blokada rachunku bankowego a związek z praniem pieniędzy

Ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu („ustawa AML”) daje prokuratorom możliwość wstrzymania transakcji bądź blokady całego rachunku bankowego. Takie „zamrożenie” środków można zarządzić na maksymalnie 6 miesięcy. Znamienne, że prokuratorowi wystarczy podejrzenie, że określona transakcja lub wartości pieniężne na rachunku „mogą mieć związek” z praniem pieniędzy bądź finansowaniem terroryzmu. Ustawa AML nie precyzuje, jaki ma to być związek, co w praktyce rodzi dowolność działania prokuratorów.

Za pranie pieniędzy uznaje się ich:

- przyjmowanie,
 - posiadanie,
 - używanie,
 - przekazywanie,
 - wywożenie za granicę,
 - ukrywanie,
 - dokonywanie transferu lub konwersji,
 - pomaganie do przenoszenia własności lub posiadania,
 - podejmowanie innych czynności,
- które to czynności mogą udaremnić lub znacznie utrudnić
- stwierdzenie przestępczego pochodzenia środków lub miejsca ich umieszczenia,
 - ich wykrycie,
 - zajęcie,
 - orzeczenie przepadku.

Nietrudno zatem wyobrazić sobie sytuację, w której spółka nabywa środki mające „związek” z praniem pieniędzy.

Blokady spełniają swoją rolę, gdy dotyczą rachunków bankowych sprawców przestępstw. Pozbawiają ich wówczas korzyści z przestępstwa, a także zabezpieczają

interes pokrzywdzonego, umożliwiając odzyskanie utraconych środków.

Widzimy to w przypadku oszustw typu *business email compromise*, gdzie sprawca (albo podstawiona osoba) zakłada rachunek w banku w Polsce dla siebie bądź spółki. Następnie przez różnego rodzaju czynności (np. włamanie do skrzynki, wysłanie fałszywej wiadomości o rzekomo nowym rachunku bankowym kontrahenta) doprowadza do tego, że środki zamiast do kontrahenta trafiają na oszukańczy rachunek. Jeśli pokrzywdzona spółka szybko zorientuje się, że padła ofiarą oszustwa (albo sam bank w ramach wewnętrznych procedur zablokuje taki przelew), dzięki blokadzie środków na „oszukańczym” rachunku bankowym powstanie możliwość naprawienia szkody.

Pokazuje to jednak ważną okoliczność. Skuteczność blokady zależy od sprawności działania zarówno organów ścigania, jak i banków. Bardzo często bowiem to one, a nie organy ścigania informują zainteresowanych, w tym pokrzywdzonych, o dokonaniu blokady.

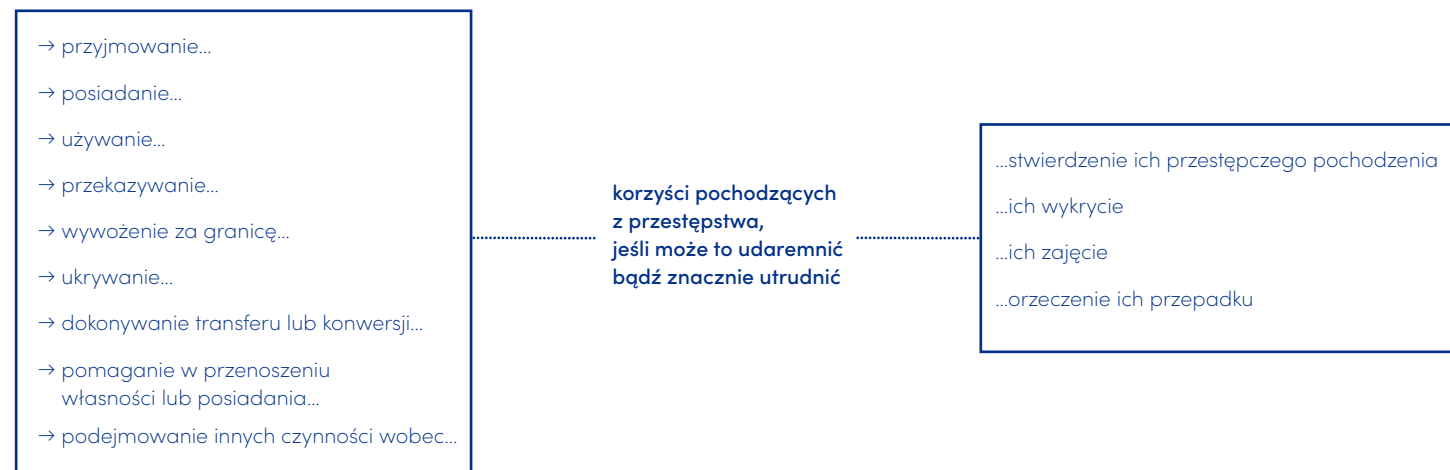
Praktyczne problemy z blokadą

Stosowanie blokady rachunku powoduje w praktyce wiele problemów, a konsekwencje tego środka bywają doniosłe. Dotyczy to zwłaszcza blokad na rachunkach nienależących do sprawców, ale do osób trzecich.

Pierwszy problem wiąże się z momentem dokonywania blokady. Może ona zostać dokonana poprzez zawieszenie transakcji lub blokadę rachunku. Bank działa tu najczęściej nie z własnej inicjatywy, ale na wniosek prokuratury. Problem jednak w tym, że właściciel rachunku bankowego zazwyczaj nie zostaje poinformowany o blokadzie i dowiaduje się o niej w momencie, w którym np. próbuje dokonać transakcji i otrzymuje odmowę, lub dopiero wraz z doręczeniem postanowienia o blokadzie.

Po drugie niejednokrotnie dochodzi do tzw. nadzabezpieczenia. Banki nie mogą zweryfikować czy zakwestionować wysokości blokady wskazanej w postanowieniu prokuratora. Jeśli kwota blokady jest wyższa niż wartość szkody wyrządzonej przez sprawcę, to jest to oczywiście argument do >>

CO TO JEST PRANIE PIENIĘDZY?



zażalenia na postanowienie prokuratora. Nie zmienia to jednak faktu, że bank będzie blokował wskazaną w postanowieniu kwotę aż do czasu rozpoznania zażalenia przez sąd (o ile sąd przychyli się do zażalenia i kwotę blokady zmieni) albo do czasu zmiany postanowienia przez prokuratora w ramach „autokorekty”.

Po trzecie przy stosowaniu blokady zdarzają się błędy. Jeśli spółka prowadzi kilka rachunków bankowych, a prokurator nie wie, na którym z nich znajdują się środki w wystarczającej wysokości, to wydaje postanowienie o dokonaniu blokady na kilku kontach. Każdy bank, który otrzyma takie postanowienie, będzie musiał się do niego zastosować i wprowadzić blokadę. W efekcie takiego powielenia blokady faktyczna wysokość zablokowanych środków może znacznie przekraczać wysokość szkody. W takiej sytuacji należy niezwłocznie wystąpić do prokuratora o zmianę postanowienia i dokonanie blokady tylko na wskazanym rachunku.

Po czwarte, nawet jeśli spółka otrzyma postanowienie o blokadzie, może z uwagi na brak dostępu do akt postępowania mieć problem ze zrozumieniem podstaw jej zastosowania i wykazaniem, że nie miała

świadomości co do przestępnego pochodzenia środków. Tymczasem, jak wskazaliśmy wcześniej, do zastosowania blokady prokurator nie potrzebuje udowodnienia, ale „podejrzenia” związku środków z działalnością przestępczą.

W konsekwencji spółka, która nie miała pojęcia o przestępnym pochodzeniu środków pieniężnych, może zostać nagle i niespodziewanie pozbawiona dostępu do części albo wszystkich swoich środków, a w konsekwencji nawet utracić płynność finansową.

Przedłużanie czasu blokady – możliwe czy nie?

Co do zasady blokadę można ustanowić na maksymalnie 6 miesięcy. Przepisy przewidują jednak możliwość jej wydłużenia przez prokuratora o dalsze 6 miesięcy. Zająć środki na dalszy okres można dopiero wtedy, gdy prokurator wyda postanowienie o zabezpieczeniu majątkowym albo uzna środki za dowód rzeczowy w postępowaniu.

Wydanie postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym wymaga postawienia zarzutów sprawcy. Jest to trudne w sprawach o pranie pieniędzy, gdzie sprawcami bardzo

często są cudzoziemcy, za którymi stoją zorganizowane grupy przestępcze. Mając świadomość tych trudności i w obawie przed utratą zabezpieczonych środków prokuratorzy zaczęli wydawać postanowienia o uznaniu środków finansowych zgromadzonych na rachunku bankowym za dowód rzeczowy, który zwraca się uprawnionej osobie dopiero wtedy, kiedy staną się „zbędne dla postępowania”, o czym decyduje prokurator, a na dalszym etapie sąd. Uznanie środków za dowód rzeczowy powoduje więc ich zajęcie na czas nieokreślony.

Taka praktyka została jednak negatywnie oceniona przez Sąd Najwyższy. W uchwale z 13 października 2021 r. (I KZP 1/21) Sąd Najwyższy orzekł, że przepis art. 86 ust. 13 ustawy AML należy rozumieć ściśle i mając na uwadze gwarancyjny charakter normy umożliwiającej blokowanie cudzej własności tylko przez określony czas. Sąd Najwyższy uznał praktykę wydawania postanowień o uznaniu środków finansowych zgromadzonych na rachunku bankowym za dowód rzeczowy w postępowaniu za błędną i bezpodstawną. Tym samym wstrzymanie transakcji lub blokada rachunku upada, jeżeli przed upływem 6 miesięcy nie zostanie wydane postanowienie o zabezpieczeniu majątkowym lub postanowienie

BLOKADA PIENIĘDZY – PROBLEMY



MOMENT DOKONANIA BLOKADY

Bank zazwyczaj nie informuje, że dokonał blokady płatności lub rachunku (to się okazuje dopiero przy próbie np. wypłaty lub przelewu środków)



BŁĘDNE BLOKADY

Prokurator może wydać postanowienie o blokadzie wszystkich rachunków, wychodząc z założenia, że saldo jednego z nich może być za niskie, żeby pokryć szkodę



TZW. NADZABEZPIECZENIE

Bank nie może sprawdzić ani zakwestionować wysokości blokady, co może prowadzić do ustanowienia blokady wyższej niż wartość szkody



UTRUDNIONA OBRONA

Spółka zazwyczaj nie dostanie dostępu do akt postępowania, bo nie jest formalnie jego stroną. Istotnie utrudnia to obronę i możliwość wykazania, że spółka nie wiedziała o przestępnym pochodzeniu środków.

w przedmiocie dowodów rzeczowych. Sąd Najwyższy wskazał także, że „środki zgromadzone na rachunku bankowym nie mają cech dowodu rzeczowego w rozumieniu art. 86 ust. 13 ustawy AML, gdyż nie istnieją jako rzeczy, a są wyłącznie zapisami w systemie informatycznym”. Cechy dowodu rzeczowego w rozumieniu ustawy AML mogą mieć np. banknoty.

Jednakże chwilę później interweniował ustawodawca i już od 12 stycznia 2022 r. obowiązuje nowy przepis Kodeksu postępowania karnego, który wprost wskazuje, że rzeczą lub przedmiotem w rozumieniu przepisów rozdziału dotyczącego zatrzymania rzeczy są również środki na rachunku i mogą one być uznane za dowód rzeczowy w postępowaniu. Obecnie więc wydaje się, że praktyka zatrzymywania środków na rachunku bankowym na czas nieokreślony, jako dowodów w sprawie, będzie kontynuowana.

Zabezpieczenie majątkowe na mieniu osoby trzeciej a przepadek

Co do zasady zabezpieczenie majątkowe można stosować tylko na mieniu sprawcy, w celu zabezpieczenia konkretnych, przyszłych roszczeń związanych z czynem zarzucanym sprawcy. Zabezpieczenie majątkowe stosuje się na potrzeby:

- grzywny,
- świadczenia pieniężnego,
- przepadku,
- obowiązku naprawienia szkody, zadośćuczynienia bądź nawiązki,
- zwrotu pokrzywdzonemu (lub innemu uprawnionemu podmiotowi) korzyści majątkowej, jaką sprawca osiągnął z popełnienia przestępstwa, albo jej równowartości.

Jednakże na poczet przepadku lub zwrotu korzyści pokrzywdzonemu można też ustanowić zabezpieczenie na mieniu osoby trzeciej.



wyduje się, że praktyka zatrzymywania środków na rachunku bankowym na czas nieokreślony, jako dowodów w sprawie, będzie kontynuowana

Jest to możliwe, jeśli mienie stanowiące korzyść uzyskaną z przestępstwa zostało przeniesione na inną osobę fizyczną lub prawną, a na podstawie okoliczności towarzyszących nabyciu tego mienia osoba ta mogła przypuszczać, że mienie to pochodzi – chociażby pośrednio – z czynu zabronionego.

Możliwe jest więc, że w toku śledztwa przeciwko konkretnej osobie prokuratura wyda postanowienie o zabezpieczeniu majątkowym na mieniu znajdującym się w posiadaniu osoby trzeciej, a w konsekwencji sąd, wydając wyrok skazujący, zasądzi zwrot zabezpieczonego mienia od tej osoby trzeciej na rzecz pokrzywdzonego (bądź przepadek korzyści).

Jeśli spółka weszła w posiadanie zabezpieczonych środków, wiedząc, że pochodzą one z przestępstwa, to konieczność ich zwrotu jest uzasadniona. Co jeśli jednak spółka nie wiedziała, że otrzymała „brudne pieniądze”?

Ciężar wykazania, że w momencie nabycia tego mienia spółka nie mogła przypuszczać, że pochodzi ono z czynu zabronionego, będzie obciążać spółkę (a nie prokuraturę). W naszej ocenie spółka w takiej sytuacji może prowadzić skuteczną obronę, uczestniczyć w postępowaniu, wskazywać na potrzebne do przeprowadzenia dowody, a ewentualnie także złożyć apelację od orzeczenia orzekającego przepadek lub zwrot równowartości korzyści podmiotowi uprawnionemu. Takie prawa procesowe gwarantuje bowiem dyrektywa

2014/42/UE w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej i konieczność ich zapewnienia w procesie karnym potwierdził już wielokrotnie TSUE (wyroki w sprawach C-393/19 oraz C-845/19). Możliwość korzystania z tych praw procesowych ma tutaj fundamentalne znaczenie, należy bowiem pamiętać, że opisane powyżej środki głęboko ingerują w prawo własności gwarantowane w Konstytucji RP oraz Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. ●



IZABELA ZIELIŃSKA-BARŁÓZEK

radca prawny, współnik współodpowiedzialny
za praktykę transakcji i prawa korporacyjnego



KRZYSZTOF LIBISZEWSKI

radca prawny, współnik współodpowiedzialny
za praktykę transakcji i prawa korporacyjnego

Prawo holdingowe

Spółki zależne będą mogły zgodnie z prawem działać w interesie grupy kapitałowej. Uregulowane zostaną też zasady odpowiedzialności spółki dominującej za szkodę wyrządzoną przez tę spółkę wierzycielom i współnikom albo akcjonariuszom mniejszościowym spółki zależnej.

15 grudnia 2021 r. Komisja Nadzwyczajna ds. Zmian Kodyfikacyjnych skierowała do drugiego czytania przez Sejm rządowy projekt ustawy o zmianie Kodeksu spółek handlowych. Celem projektu jest określenie zasad funkcjonowania grup kapitałowych w Polsce, a także zmodyfikowanie niektórych zasad działania organów spółek kapitałowych.

Potrzeba regulacji szczególnej dotyczącej grup kapitałowych

Nowelizacja Kodeksu spółek handlowych ma systemowo uregulować zasady działania grup kapitałowych, które dotychczas podlegały wyłącznie przepisom prawa o charakterze ogólnym.

Brak ustawowej regulacji szczególnej sprawiał, że przy prowadzeniu spraw spółki zależnej trudno było kierować się interesem grupy kapitałowej, jeśli interes ten był inny niż interes spółki. Dotychczasowe przepisy nakazywały bowiem organom spółki działać w najlepszym interesie spółki i nie dawały bezpośrednich podstaw, aby uwzględnić interes grupy kapitałowej w prowadzeniu spraw spółki. Tę sytuację częściowo niwelowało orzecznictwo sądów cywilnych, które wskazywało, że interes grupy kapitałowej jest częścią szeroko pojętego interesu spółki.

Obowiązujące przepisy Kodeksu spółek handlowych zapewniają spółce dominującej jedynie ograniczony dostęp do informacji na temat spraw spółki zależnej. Brakuje przy tym norm kolizyjnych w odniesieniu do kompetencji organów poszczególnych spółek działających w ramach jednej grupy kapitałowej. Obowiązujące przepisy nie zawierają też odrębnych zasad odpowiedzialności spółki dominującej za szkodę wyrządzoną spółce

zależnej i jej wierzycielom, poza art. 7 k.s.h., który jest literą martwego prawa (przepis ten mówi o obowiązku zgłoszenia do sądu rejestrowego zasad takiej odpowiedzialności ustalonych w umowie o zarządzanie spółką zależną lub o przekazywanie zysków). W efekcie ochrona interesów wierzycieli i wspólników spółki zależnej albo akcjonariuszy mniejszościowych takiej spółki jest niepełna.

Nowelizacja ma umożliwić spółce dominującej i spółkom zależnym kierowanie się wspólną strategią gospodarczą w celu realizacji interesu grupy kapitałowej. Dzięki niej spółka dominująca będzie też mogła sprawować jednolite kierownictwo nad spółkami zależnymi. Celom tym ma służyć wprowadzana do porządku prawnego instytucja wiążących poleceń wydawanych przez spółki dominujące co do prowadzenia spraw spółek zależnych. Członkowie organów spółki zależnej nie będą ponosić odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce poprzez wykonanie wiążącego polecenia. Ponadto wprowadzone zostaną szczególne zasady odpowiedzialności spółki dominującej za szkodę wyrządzoną przez tę spółkę wierzycielom i wspólnikom albo akcjonariuszom mniejszościowym spółki zależnej.

Projektowane zasady funkcjonowania grup kapitałowych

Nowelizacja zakłada, że wspólnicy albo akcjonariusze spółki zależnej będą mogli podjąć kwalifikowaną większością $\frac{3}{4}$ głosów uchwałę o przynależności spółki zależnej do grupy spółek. Od momentu podjęcia uchwały i ujawnienia stosunku dominacji w rejestrze przedsiębiorców spółka dominująca będzie mogła wydawać spółce zależnej wiążące polecenia dotyczące prowadzenia spraw spółki zależnej. Od tego też momentu zarząd spółki zależnej będzie mógł kierować się interesem grupy spółek przy prowadzeniu spraw spółki zależnej,

o ile nie będzie to zmierzać do pokrzywdzenia wierzycieli i wspólników albo akcjonariuszy mniejszościowych spółki.

Wydanie wiążącego polecenia będzie wymagało zastosowania formy pisemnej albo elektronicznej, która zastrzeżona została pod rygorem nieważności. Spółka zależna będzie mogła odmówić wykonania polecenia tylko wtedy, gdy wykonanie polecenia mogłoby doprowadzić do jej niewypłacalności albo zagrożenia niewypłacalnością. Spółki zależne niebędące spółkami jednoosobowymi będą też mogły odmówić wykonania wiążącego polecenia w przypadku uzasadnionej obawy, że wiążące polecenie jest sprzeczne z interesem spółki zależnej i wyrządzi jej szkodę, która nie zostanie naprawiona.

Nowelizacja zakłada, że spółka dominująca będzie mogła uzyskać pełną informację o sprawach spółki i nieograniczony wgląd w jej księgi. Uprawnienia spółki dominującej będą więc większe od uprawnień innych wspólników i akcjonariuszy, których dostęp do informacji na temat spółki będzie realizowany na dotychczasowych zasadach i w wielu przypadkach będzie ograniczony.

Zarząd spółki zależnej uczestniczącej w grupie spółek będzie zobowiązany do sporządzania sprawozdania o powiązaniach umownych ze spółką dominującą, w tym o wiążących poleceniach wydanych spółce zależnej.

Naprawienie szkody wyrządzonej spółce zależnej

Nowelizacja zawiera szczególne zasady odpowiedzialności spółki dominującej za szkodę wyrządzoną spółce zależnej, jej wierzycielom oraz wspólnikom albo akcjonariuszom mniejszościowym przy wydawaniu wiążących poleceń. Odpowiedzialność ta będzie istniała równolegle z odpowiedzialnością za szkodę na zasadach ogólnych.

Projektowane przepisy zakładają, że spółka dominująca będzie odpowiedzialna na zasadzie domniemania winy za szkodę wyrządzoną wydaniem wiążącego polecenia spółce zależnej. Jednocześnie ustawodawca nakłada na spółkę dominującą obowiązek działania na zasadzie lojalności wobec spółki zależnej w związku z wydawaniem i wykonaniem wiążącego polecenia. Należy zakładać, że wspomniany obowiązek będzie wyznaczał standard niezawinionego działania spółki dominującej przy ustaleniu po jej stronie odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną wydaniem polecenia. Zasada lojalności nie została napełniona treścią i jej normatywne znaczenie będzie musiało zostać wypracowane w toku stosowania prawa.

Wydaje się, że zamiarem ustawodawcy jest również stworzenie podstaw odpowiedzialności spółki dominującej wobec wspólników oraz akcjonariuszy mniejszościowych spółki zależnej za szkodę pośrednią, przejawiającą się spadkiem wartości posiadanych przez nich udziałów albo akcji spółki zależnej, jeżeli szkoda wynika z wydania spółce zależnej wiążącego polecenia. Nowelizacja zakłada, że na wspólniku albo akcjonariuszu mniejszościowym będzie ciążył obowiązek udowodnienia faktu powstania po jego stronie szkody oraz związku tej szkody z wiążącym poleceniem wydanym spółce zależnej.

Jeśli egzekucja przeciwko spółce zależnej okaże się bezskuteczna, wierzyciel tej spółki będzie mógł dochodzić od spółki dominującej zaspokojenia wierzytelności, chyba że spółka dominująca wykaże, że nie ponosi winy lub że szkoda nie powstała w następstwie wykonania przez spółkę zależną wiążącego polecenia. W efekcie projektowane przepisy, działając na zasadzie domniemań prawnych, będą pozwalały pociągnąć spółkę dominującą do odpowiedzialności za niezaspokojone zobowiązania spółki zależnej wyłącznie w oparciu o spoczywający na wierzycielu dowód tego, >>

że spółka zależna realizowała w istotnym czasie wiążące polecenia i nie była w stanie zaspokoić ciężących na niej zobowiązań. Nie będą to dowody trudne do przeprowadzenia, jako że istotne okoliczności będą podlegały ujawnieniu przez spółki uczestniczące w grupie. Należy zakładać, że sytuacja spółek dominujących co do ich odpowiedzialności względem wierzycieli spółki zależnej będzie zasadniczo tożsama z sytuacją członków zarządu spółki zależnej w odniesieniu do niezaspokojonych zobowiązań ciężących na tej spółce.

Wzmocnienie ochrony wspólników i akcjonariuszy mniejszościowych

Wspólnicy albo akcjonariusze mniejszościowi reprezentujący co najmniej 10% kapitału zakładowego będą mogli żądać wyznaczenia przez sąd rejestrowy firmy audytorskiej w celu zbadania rachunkowości oraz działalności grupy spółek. Raz w roku obrotowym będą mogli również zażądać umieszczenia w porządku obrad najbliższego zgromadzenia wspólników albo walnego zgromadzenia akcjonariuszy uchwały o przymusowym odkupie udziałów albo akcji wspólników albo akcjonariuszy mniejszościowych przez spółkę dominującą. Rozwiązanie to ma zapewnić możliwość wyjścia ze spółki wspólnikom albo akcjonariuszom, których prawa mogą być w praktyce marginalizowane. Projektowane przepisy zapewniają również spółce dominującej uprawnienie do dokonania przymusowego wykupu wspólników albo akcjonariuszy, reprezentujących nie więcej niż 10% udziałów albo akcji spółki zależnej. Umowa albo statut spółki mogą podnieść ten próg do nie więcej niż 25% udziałów albo akcji.

Ustawodawca zakłada, że spółki publiczne nie będą mogły uczestniczyć w grupie spółek jako spółki zależne, co ma chronić równy dostęp akcjonariuszy spółki publicznej do informacji na temat spółki



Nowelizacja Kodeksu spółek handlowych ma szansę systemowo uregulować sytuację konfliktu pomiędzy interesem spółki a interesem grupy spółek.

i zapewniać poufność informacji mogących mieć walor cenotwórczy. Spółki publiczne będą jednak mogły tworzyć grupy spółek jako spółki dominujące.

Zasada formalizmu

Nowelizacja Kodeksu spółek handlowych ma szansę systemowo uregulować sytuację konfliktu pomiędzy interesem spółki a interesem grupy spółek. Takie rozbieżności są częste, a obecnie obowiązujące przepisy nie zawierają norm kolizyjnych, które pozwalałyby je rozwiązać.

Pozytywnie należy ocenić propozycję modyfikacji zasad odpowiedzialności ciężącej na członkach organów spółek kapitałowych poprzez wprowadzenie do Kodeksu spółek handlowych dorobku orzecznictwa sądów co do działania w zakresie uzasadnionego ryzyka gospodarczego jako przesłanki wyłączającej bezprawność wyrządzenia spółce szkody przez członków organów spółki przy wykonywaniu powierzonych im funkcji. To samo dotyczy części proponowanych przepisów związanych ze wzmocnieniem pozycji rad nadzorczych w spółkach kapitałowych i przyznaniem radom nadzorczym spółek dominujących kompetencji do sprawowania nadzoru nad realizacją interesu grupy przez spółki zależne.

Istotne wątpliwości co do celowości budzą przepisy, które przewidują sankcje karne za nieudostępnienie radzie nadzorczej w terminie żądanych przez nią informacji lub dokumentów. Ponadto literalna wykładnia

nowelizacji nakazuje stosować wszystkie projektowane przepisy jedynie do tych grup spółek, w których podjęto uchwałę wspólników albo akcjonariuszy o przynależności spółki do grupy i ujawniono zawiązanie grupy w rejestrze przedsiębiorców. Tylko w takich grupach będzie można wydawać spółce zależnej wiążące polecenia, a to z ich wydaniem ustawodawca łączy reżim szczególnej odpowiedzialności spółki dominującej względem spółki zależnej, jej wierzycieli i wspólników albo akcjonariuszy mniejszościowych.

Uzależnienie stosowania projektowanych przepisów dotyczących szczególnych zasad odpowiedzialności spółki dominującej od aktów staranności znajdujących się pod wyłączną kontrolą spółki dominującej należy uznać za błędne. Jeżeli ustawa zostanie uchwalona w obecnym kształcie, a jej brzmienie nie zostanie skorygowane na drodze systemowej wykładni prawa, należy przewidywać, że zdecydowana większość grup kapitałowych zaniecha formalizowania relacji w ramach grup, aby ograniczyć odpowiedzialność spółek dominujących wobec wierzycieli i wspólników albo akcjonariuszy mniejszościowych. W efekcie projektowane przepisy, choć w dużej części użyteczne, nie znajdą praktycznego zastosowania. ●



BARTOSZ KURAŚ

radca prawny, partner, LL.M.,
praktyka transakcji i prawa korporacyjnego



ANNA DĄBROWSKA

radca prawny, solicitor Anglii i Walii (obecnie
nie praktykuje), współnik współodpowiedzialny
za praktykę transakcji i prawa korporacyjnego

Należyta staranność i uzasadnione ryzyko gospodarcze – zmiany w przepisach na korzyść członków zarządu?

Zarząd prowadzi sprawy spółki, reprezentuje spółkę na zewnątrz, a w określonych okolicznościach ponosi odpowiedzialność wobec spółki i wobec jej wierzycieli. Członkowie zarządu powinni działać z należyłą starannością – która w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością odpowiada w zasadzie obiektywnym standardom staranności, jakich powinien przestrzegać sumienny kupiec w stosunkach danego rodzaju. Niedochowanie staranności może oznaczać odpowiedzialność członków organów spółki – i na odwrót, jej dochowanie pomoże się z tej odpowiedzialności zwolnić. Planowana nowelizacja Kodeksu spółek handlowych wprowadza pewne zmiany w tym zakresie.

15 grudnia 2021 r. do drugiego czytania w Sejmie trafił rządowy projekt ustawy o zmianie Kodeksu spółek handlowych. Poza zmianami, które mają uregulować relacje między spółkami dominującymi a zależnymi (o czym piszemy na str. 44), zmodyfikowane mają zostać niektóre zasady działania organów spółek kapitałowych, w tym zasady odpowiedzialności ciążącej na członkach organów spółek.

Jedna ze zmian dotyczy wzorca należytej staranności. Ma ona uwzględnić fakt, że członkowie zarządu działają w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego. Wydaje się, że zmiana ta będzie korzystna dla członków organów. Doprecyzowanie pojęcia należytej staranności pozwoli obniżyć dotychczasowy wzorec staranności wymagany przy działaniu członków organów spółek z ograniczoną odpowiedzialnością. To zaś w określonych sytuacjach pozwoli uniknąć odpowiedzialności członkom organów tych spółek.

Staranność należyta – czyli jaka?

Członek zarządu odpowiada wobec spółki za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki, chyba że nie ponosi winy (art. 293 § 1 k.s.h.). Jest to jedna z podstawowych zasad odpowiedzialności członków organów spółki z o.o., którą stosuje się również do członków rady nadzorczej, komisji rewizyjnej czy likwidatorów. Nasze rozważania dotyczą więc także odpowiedzialności tych osób – również wówczas, gdy jest mowa tylko o członkach zarządu bądź członkach organów.

ART. 293 [ZAWINIONE CZYNY CZŁONKÓW WŁADZ]

§ 1. Członek zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej oraz likwidator odpowiada wobec spółki za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki, chyba że nie ponosi winy.

USUNIĘTE

§ 2. Członek zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej oraz likwidator powinien przy wykonywaniu swoich obowiązków dołożyć staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności.

DODANE

§ 3. Członek zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej oraz likwidator nie narusza obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności, jeżeli postępując w sposób lojalny wobec spółki, działa w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego, w tym na podstawie informacji, analiz i opinii, które powinny być w danych okolicznościach uwzględnione przy dokonywaniu starannej oceny.

Członkowie organów spółki przy wykonywaniu swoich obowiązków zobowiązani są dołożyć staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności. Zgodnie z powyższym członek zarządu ponosi odpowiedzialność, jeśli swoim działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki spowoduje spółce szkodę, przy czym między szkodą a działaniem lub zaniechaniem musi istnieć adekwatny związek przyczynowy. Wykazanie tych okoliczności ciąży na spółce. Członek zarządu odpowiada wtedy, gdy jego zachowanie jest zawinione. Tego jednak spółka wykazywać nie musi. To członek zarządu musi wykazać, że szkoda spowodowana jego działaniem lub zaniechaniem nie była zawiniona.

Prowadzący działalność gospodarczą członkowie zarządu oczywiście często poruszają się w granicach określonego ryzyka i podejmują różne decyzje biznesowe,

których skutki w momencie ich podjęcia często są nie do przewidzenia. Mogą przynieść spółce zarówno spore korzyści, jak i znaczne straty. Jednak przy zachowaniu wysokiego wzorca należytej staranności trudniej jest wykazać brak zawinienia.

Standardowy stopień staranności to należyta staranność, czyli dołożenie staranności **wymaganej w stosunkach danego rodzaju**. Członków zarządu obowiązuje jednak stopień znacznie podwyższony, gdyż obowiązani są oni dołożyć staranności **wynikającej z zawodowego charakteru ich działalności**. Jest to w zasadzie wzorzec zobiektywizowany, którego nie można obniżyć postanowieniami umowy spółki. Można go za to podwyższyć – przykładowo przez wskazanie, że członek zarządu powinien mieć określone wykształcenie.

Oczywiście inna należyta staranność konieczna będzie w przypadku małych spółek,

spółek nieprowadzących działalności gospodarczej bądź prowadzących ją w bardzo ograniczonym zakresie, a inna, wyższa, w przypadku dużych podmiotów, prowadzących działalność znacznych rozmiarów.

Istnieją jednak pewne wspólne wymagania, które zawsze mają zastosowanie. Można to zobrazować, przywołując trzy przykłady z orzecznictwa.

Pierwszy z nich dotyczy obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, jeśli wystąpią przesłanki ku temu. Członek zarządu nie może w takiej sytuacji bronić się, wskazując, że spółka działa w określonych relacjach gospodarczych, obejmujących powiązania i zależności, które w jego przekonaniu uniemożliwiają złożenie wniosku o upadłość. Nie może też przerzucić odpowiedzialności za niewykonanie swoich obowiązków na spółkę dominującą lub osobę wchodzącą w skład jej organów. Samo subiektywne przekonanie członka zarządu, że nie można zgłosić wniosku o ogłoszenie upadłości ze względu na relacje ze spółką dominującą, nie oznacza braku obowiązku złożenia takiego wniosku wynikającego z prawa upadłościowego. Takie przekonanie nie oznacza więc braku zawinienia i nie wystarczy, żeby członek zarządu uwolnił się od odpowiedzialności. Działanie z należytą starannością oznacza bowiem nie tylko ochronę spółki, ale również dbałość o ochronę interesów wierzycieli zagrożonych stanem niewypłacalności spółki. Aby zwolnić się z osobistej odpowiedzialności, członek zarządu musiałby wykazać, że zachowując należyta staranność uczynił on ze swej strony wszystko, aby wniosek o upadłość został złożony, ale zaistniały obiektywne przyczyny, które to uniemożliwiły (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 27 maja 2009 r., II UK 373/08).

Drugi przykład dotyczy prób przerzucenia odpowiedzialności na inne osoby działające w spółce. Wymagania wobec członków zarządu są wysokie. Członek zarządu



Członek zarządu odpowiada wtedy, gdy jego zachowanie jest zawinione. Tego jednak spółka wykazywać nie musi. To członek zarządu musi wykazać, że szkoda spowodowana jego działaniem lub zaniechaniem nie była zawiniona.

powinien legitymować się znajomością przepisów organizacyjnych, finansowych, zasad kierowania zasobami ludzkimi i znajomością obowiązujących przepisów prawnych. Może oczywiście mieć w tym zakresie odpowiednich współpracowników, pracowników i doradców, którzy dysponują odpowiednią wiedzą i doświadczeniem.

Jednak to on sam odpowiada wobec spółki za niedochowanie należytej staranności. Samo powierzenie problemu osobie zajmującej się zawodowo określoną domeną i posiadającej stosowne wykształcenie nie jest jednoznaczne z dochowaniem należytej staranności (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 29 lipca 2014 r., v ACA 781/13).

Co do zasady członek zarządu, mając kompetencje do prowadzenia spraw spółki, nie może przerzucać odpowiedzialności za podejmowane decyzje na osoby mu podległe czy działające na jego rzecz, choć ich odpowiedzialność wobec spółki może być niezależna od odpowiedzialności członka zarządu i będzie najczęściej wynikać z umowy łączącej je ze spółką. Możliwe jest jednak wprowadzenie w spółce odpowiedniej struktury, w ramach której za dane sprawy odpowiadają określone osoby posiadające odpowiednie kompetencje. Pozwala to na pewien podział odpowiedzialności w ramach danej spółki pomiędzy osoby sprawujące stanowiska kierownicze.

Trzeci przykład dotyczy braku faktycznej wiedzy członka zarządu dotyczącej sytuacji spółki. Członek zarządu nie może powoływać się na brak wiedzy o sprawach spółki, w tym w szczególności co do kondycji finansowej spółki. Musi on czynnie działać i podejmować czynności zmierzające do nabycia tej wiedzy. Należyta staranność (a tym samym brak winy) można ewentualnie wykazać w wyjątkowych sytuacjach, takich jak długotrwała choroba czy niedopuszczenie członka zarządu do informacji dotyczących spółki, o ile podejmował on czynności zmierzające do ich uzyskania. Tylko taka sytuacja faktyczna, która rzeczywiście i obiektywnie uniemożliwia

uczestniczenie w czynnościach zarządzania sprawami spółki, może uzasadniać wniosek o istnieniu niezawinionych okoliczności (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 15 maja 2014 r., II CSK 446/13, oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 5 marca 2019 r., I AGA 234/18).

Stopień staranności wymagany od członków zarządu jest więc jak widać bardzo wysoki.

Nowe przepisy – wprowadzenie zasady biznesowej oceny sytuacji

Nowelizacja, korzystając między innymi z dorobku orzecznictwa i doktryny, wprowadza zasadę biznesowej oceny sytuacji, wskazując, kiedy ta staranność została dochowana. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 293 k.s.h. członek zarządu nie narusza obowiązku dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności, jeżeli postępując w sposób lojalny wobec spółki, działa w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego, w tym na podstawie informacji, analiz i opinii, które powinny być w danych okolicznościach uwzględnione przy dokonywaniu starannej oceny.

Dotychczasowe brzmienie przepisów nie odwoływało się bezpośrednio do faktu, że członek zarządu podejmuje decyzje w ramach ryzyka gospodarczego. Jasne jest, że prowadzenie biznesu oznacza podejmowanie ryzyka, a należyta staranność oznacza, że ryzyko powinno zostać zbadane, obliczone i rozważone przed podjęciem danej czynności z nim związanej. Działając jednak, nie można wykluczyć ryzyka niepowodzenia. Niepowodzenie takie nie oznaczało wcześniej i nadal nie będzie oznaczać automatycznie odpowiedzialności członka zarządu. Nowe brzmienie przepisu precyzuje, kiedy należyta staranność jest zachowana, a więc członek zarządu nie poniesie odpowiedzialności wobec spółki, jeżeli jego decyzja okaże się błędna i spowoduje

szkodę spółce. Członek zarządu dokłada mianowicie staranności, jeżeli:

- postępuje lojalnie wobec spółki,
- działa w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego,
- działa na podstawie właściwych w danej sytuacji informacji, analiz i opinii,
- dokonuje na ich podstawie starannej oceny.

Nowe brzmienie przepisu wprowadza tym samym zasadę biznesowej oceny sytuacji (*business judgment rule*). Ustawodawca podkreślił, że istotna jest lojalność wobec spółki i działanie w ramach uzasadnionego ryzyka, po dokonaniu należytego rozeznania i starannej ocenie sytuacji.

Uzasadnione ryzyko gospodarcze będzie oceniane przy uwzględnieniu wszechstronnych okoliczności danej sprawy. Na pewno uzasadnionym ryzykiem gospodarczym będzie ryzyko standardowo podejmowane w relacjach gospodarczych, w których uczestniczy dana spółka. W danej sytuacji może to również być ryzyko ponadstandardowe czy ponadprzeciętne, przy czym – jak zawsze – konieczne będzie rozważenie korzyści związanych z daną decyzją, jak i ewentualnych możliwych negatywnych skutków, a także prawdopodobieństwa ziszczenia się jednego i drugiego, przy uwzględnieniu ewentualnych możliwych czynników zmniejszających i zwiększających ryzyko. O nadmiernym ryzyku na pewno można mówić, gdy dana decyzja z dużym prawdopodobieństwem przyniesie negatywne następstwa dla spółki, a realizacja określonego zamierzenia nie ma większych szans.

Nie uda się zapewne wypracować jednej definicji uzasadnionego ryzyka gospodarczego, gdyż zależy ona od okoliczności. Można się jednak spodziewać, że po wprowadzeniu zmian w życie sądy cywilne będą musiały pochylić się nad wykładnią tego pojęcia. Wcześniej Sąd Najwyższy, wskazując, że obowiązkiem zarządu jest prowadzenie >>

spraw spółki, podkreślał, że zarząd powinien przy podejmowaniu decyzji dotyczących prowadzenia spraw spółki kierować się jej interesem, a zawinione działania dokonane z przekroczeniem granic ryzyka gospodarczego są sprzeczne z interesem spółki i uzasadniają odpowiedzialność członka zarządu (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 24 lipca 2014 r., II CSK 627/13).

Ocenie, czy ryzyko gospodarcze jest uzasadnione, służyć mają właśnie analizy, informacje i opinie, które w danych okolicznościach należy uwzględnić przy dokonywaniu starannej oceny sytuacji. Będą to przykładowo informacje, analizy i opinie współpracowników czy pracowników spółki, zatrudnionych przez zarząd spółki właśnie do wspierania zarządu przy podejmowaniu określonych decyzji bądź podejmowania ich na podstawie udzielonych pełnomocnictw. Wydaje się, że mogą to być również analizy i opinie przygotowane przez zarząd (zwłaszcza jeżeli członkowie zarządu mają odpowiednie doświadczenie lub kwalifikacje niezbędne w danej sprawie). Mogą to być również opinie doradców zewnętrznych, w tym prawnych i podatkowych, które będą służyły podjęciu decyzji przez zarząd.

Wydaje się, że trafniejsze od zastosowanej koniunkcji („analizy i opinie”) byłoby wskazanie alternatywy („analizy lub opinie”), gdyż niekiedy wystarczyć może analiza, a niekiedy nawet opinia, przy czym żadne z tych pojęć nie jest zdefiniowane i mogą się one zawierać w sobie nawzajem.

Grupy spółek i wiążące polecenia a należyta staranność

Wzorzec należytej staranności będzie miał znaczenie w przypadku grup spółek i wydawania wiążących poleceń. Nowe przepisy pozwolą wspólnikom podjąć uchwałę o przynależności spółki zależnej do grupy spółek. Tego rodzaju dominacja będzie



Spółka zależna będzie mogła w określonych przypadkach odmówić wykonania polecenia. Dotyczy to sytuacji, gdy spowodowałoby to ryzyko doprowadzenia do niewypłacalności albo zagrożenia niewypłacalnością.

podlegała ujawnieniu w rejestrze przedsiębiorców, a spółka dominująca będzie mogła wydawać spółce zależnej wiążące polecenia dotyczące spraw spółki zależnej.

Spółka zależna będzie mogła w określonych przypadkach odmówić wykonania polecenia. Dotyczy to sytuacji, gdy spowodowałoby to ryzyko doprowadzenia do niewypłacalności albo zagrożenia niewypłacalnością. W przypadku spółek niebędących spółkami jednoosobowymi podstawą odmowy wykonania polecenia spółki dominującej będzie również uzasadniona obawa, że polecenie jest sprzeczne z interesem spółki zależnej i wyrządzi jej szkodę, która nie zostanie naprawiona.

Jeśli spółka zależna wykona polecenie, obok dotychczasowych zasad odpowiedzialności pojawi się dodatkowo odpowiedzialność spółki dominującej za szkodę wyrządzoną spółce zależnej, jej wierzycielom i wspólnikom. Nowe przepisy wprost wskazują, że członek zarządu spółki zależnej nie ponosi odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną wykonaniem wiążącego polecenia, jeżeli przy swoim działaniu lub zaniechaniu dołoży staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności, przy uwzględnieniu zasady biznesowej oceny sytuacji, określonej w nowym brzmieniu art. 293 k.s.h.

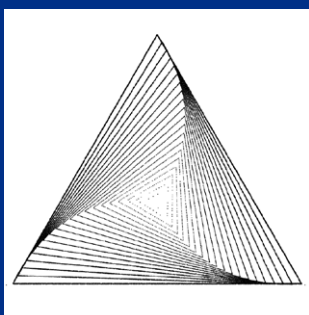
Ocena regulacji

Dochowanie należytej staranności pozo-
stanie decydujące dla zarządu, aby mógł
wykazać brak winy w związku z podjętą

decyzją biznesową, jeżeli okaże się ona po czasie błędna i spowoduje szkodę spółce. Zarząd działając (albo zaniechując działania) powinien postępować lojalnie wobec spółki i w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego, poprzedzając swoje postępowanie staranną oceną, w tym oceną odpowiednich informacji, analiz i opinii. W efekcie sprowadza się to do tego, żeby członek zarządu, podejmując decyzję, mógł świadomie i z rozeznanie przyjąć, że działa w interesie spółki.

Nowe brzmienie przepisu wprowadzie nie wskazuje wprost, jak poprzednio, że członek zarządu powinien przy wykonywaniu swoich obowiązków dołożyć staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności. Wydaje się, że w tym zakresie bez zmian pozostać mógł art. 293 § 2 k.s.h., który wprost ten obowiązek wskazywał. Nowy art. 293 § 3 k.s.h. nadal jednak podtrzymuje ten obowiązek, doprecyzowując, w jakiej sytuacji jest on dochowany. Zachowane zostają więc obowiązujące wcześniej wysokie wymagania w zakresie dochowania należytej staranności – z pewnym jednak wyjątkiem uwzględniającym zasadę biznesowej oceny sytuacji. Poruszając się w jej ramach, członek zarządu powinien być w stanie wykazać brak winy ze względu na dochowanie należytej staranności, wobec czego nie będzie odpowiadał z art. 293 § 1 k.s.h. w przypadku wyrządzenia szkody spółce. ●

NASZE PUBLIKACJE



Co do zasady. Studia i analizy prawne

Czasopismo naukowe (codozasady.pl/studia-analazy). Zabieramy głos w sprawach ważnych prawniczo i społecznie. Chcemy pozytywnie oddziaływać na doktrynę prawniczą. Łamy czasopisma są otwarte dla przedstawicieli całego środowiska prawniczego.

codozasady.pl

Portal o prawie nie tylko dla przedsiębiorców. Piszemy o ciekawych orzeczeniach sądów polskich i unijnych, wprowadzanych i planowanych zmianach przepisów, a także tych niuansach prawa, które mogą mieć szczególnie istotne przełożenie na działalność gospodarczą.

newtech.law

Blog o prawie nowych technologii. Piszemy o blockchainie, data economy i sztucznej inteligencji. Stawiamy pytania o rolę technologii w życiu i prawa w technologii.

hrlaw.pl

Blog o polskim i unijnym prawie pracy. Piszemy o kwestiach istotnych z punktu widzenia działalności pracodawców, orzeczeniach wpływających na interpretację regulacji w obszarze prawa pracy, zagadnieniach budzących wątpliwości w umowach z pracownikami. Informujemy o najnowszych zmianach w przepisach dotyczących prawa pracy i wskazujemy, jak należy je interpretować.

komentarzpzp.pl

Na bieżąco aktualizowany komentarz prawny online do nowego Prawa zamówień publicznych. Wyjaśniamy, co się zmieniło wraz z wejściem w życie nowej ustawy PZP i jak rozumieć jej zapisy.



MACIEJ A. SZEWCZYK

radca prawny, solicitor Anglii i Walii
(obecnie nie praktykuje), partner,
praktyka transakcji
i prawa korporacyjnego



IZABELA ZIELIŃSKA-BARŁÓZEK

radca prawny, wspólnik
współodpowiedzialny za praktykę
transakcji i prawa korporacyjnego



ANNA DĄBROWSKA

radca prawny, solicitor Anglii i Walii
(obecnie nie praktykuje), wspólnik
współodpowiedzialny za praktykę
transakcji i prawa korporacyjnego

Krótką historia elektronizacji prawa spółek

Polskie prawo spółek dość długo i wytrwale opierało się postępowi związanemu z cyfryzacją. Począwszy od sfery regulacyjnej, poprzez relacje z organami administracji, a na codziennej praktyce obrotu skończywszy. Na szczęście w ostatnim czasie to się zmieniło (i trzeba powiedzieć, że w dużej mierze za sprawą okoliczności wymuszonych przez pandemię COVID-19).

Choć w praktyce obrotu nowinki technologiczne wprowadzane były zawsze sukcesywnie i na bieżąco, wśród przedsiębiorców dość długo panowało przekonanie, że poważniejsze dokumenty wymagają zawsze odręcznych podpisów i odpowiedniej liczby pieczęci, oraz innych podobnych rozwiązań mających jakoby nadawać tym czynnościom moc.

Oczywiście po części było to związane z brakiem odpowiednich regulacji, a tym samym brakiem pewności, czy czynność dokonana drogą elektroniczną – bez dochowania wymogów (a częściej po prostu rytuałów) – będzie wywierać oczekiwane skutki.

Choć już w 2002 r. Kodeks cywilny zrównał opatrzenie dokumentu własnoręcznym podpisem z opatrzeniem go podpisem elektronicznym, to w praktyce zastosowanie (cytując ustawę w historycznym już brzmieniu) „bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu” nie upowszechniło się (z różnych względów) jeszcze przez wiele lat.

Podobnie zresztą pewnych problemów nastroczało kwalifikowanie czynności dokonywanych w obrocie profesjonalnym drogą elektroniczną (np. e-mailem). Z jednej strony w niezmienionej formie funkcjonowała już od lat norma zezwalająca (w braku odmiennej regulacji ustawowej lub umownej) na dokonywanie czynności prawnych (np. zawieranie umów) w dowolnej formie, z drugiej jednak zawieranie umów (zwłaszcza tych ważniejszych) e-mailem czy wcześniej faksem budziło pewne wątpliwości i obawy (niekoniecznie uzasadnione, ale to już rzecz odrębna).

W sukurs wszystkim wątpiącym i obawiającym się przyszedł ostatecznie ustawodawca, wprowadzając w 2016 r. uregulowaną wprost formę

dokumentową czynności prawnych, dopuszczając tym samym złożenie oświadczenia woli w postaci dokumentu, w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie (regulując tym samym, co do zasady, zawieranie umów w formie e-mailowej).

Ewolucja rejestrów

Choć pierwsze regulacje prawa spółek (rozumianego jako ogół przepisów, w oparciu o które spółki działają) cyfryzujące proces zbierania danych spółek wprowadzono już przeszło dwie dekady temu, możliwość skorzystania z dobrodziejstw elektronizacji znacznie rozłożyła się w czasie.

Dobrym przykładem może być rejestr przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (KRS), czyli centralny i prowadzony w formie elektronicznej rejestr spółek i innych podmiotów, który w 2001 r. zastąpił wiekowy rejestr handlowy B (tzw. RHB). Aż do 2007 r. jedynym sposobem na uzyskanie danych z KRS z tego rejestru było udanie się do najbliższego sądu rejestrowego i zamówienie w nim (po uiszczeniu stosownej opłaty) wydruku informacji o interesującym nas podmiocie. Z kolei dopiero w 2012 r. zrównano moc samodzielnie pobranych wydruków komputerowych z rejestru z papierowymi odpisami.

Jeszcze dłużej trwało umożliwienie spółkom składania wniosków o wpis w KRS drogą elektroniczną. Zastąpienie wniosków papierowych elektronicznymi wprowadzono dopiero w lipcu 2021 r. wraz z uruchomieniem Portalu Rejestrów Sądowych (PRS).

W dłuższej perspektywie konsekwencją tej zmiany będzie udostępnianie dokumentów znajdujących się w aktach rejestrowych (powstałych lub złożonych po wejściu w życie nowych przepisów) w elektronicznym repozytorium (do tej pory przeglądanie akt spółki wiązało się z koniecznością osobistej



wśród przedsiębiorców dość długo panowało przekonanie, że poważniejsze dokumenty wymagają zawsze odręcznych podpisów i odpowiedniej liczby pieczęci

wizyty we właściwym sądzie rejestrowym, prowadzącym te akta).

Wcześniej niż składanie wniosków o wpis do KRS dopuszczono zakładanie spółek w sposób zdalny. W 2012 r. do Kodeksu spółek handlowych wprowadzono bowiem tzw. S24, tj. spółkę, której umowa została zawarta przy wykorzystaniu wzorca umowy udostępnianego w systemie teleinformatycznym. Nie obyło się bez pewnych trudności, a i atrakcyjność tego rozwiązania była przez długi czas (i w niektórych przypadkach jest nadal) ograniczona – głównie dlatego, że ustawodawca, przyjmując konstrukcję S24, najwyraźniej kierował się filozofią Henry'ego Forda („możesz założyć w sposób zdalny taką spółkę, jaką chcesz, o ile będzie ona oparta na jednym szablonie dostępnym w systemie”), uniemożliwiając dostosowanie parametrów tworzonej spółki do indywidualnych oczekiwań klienta czy wymogów planowanej transakcji.

Elektroniczne sprawozdania finansowe

W 2018 r. pojawiło się kolejne udogodnienie. Chodzi mianowicie o możliwość (a następnie obowiązek) elektronicznego składania sprawozdań finansowych (wcześniej sprawozdania należało złożyć we właściwym sądzie rejestrowym oraz w urzędzie skarbowym). Z udogodnieniem tym związana była całkiem spora łyżka dziegciu (a właściwie kilka łyżek). Po pierwsze, sprawozdania finansowe należało odtąd sporządzać w określonym w przepisach formacie (strukturze logicznej), przez co stały się zupełnie nieczytelne w szczególności dla

niewładających językiem polskim członków zarządów. Po drugie, wszyscy członkowie zarządu muszą podpisać takie dokumenty podpisami kwalifikowanymi lub profilami zaufanymi. Tych ostatnich członkowie-obcokrajowcy z reguły nie posiadali (chyba że uzyskali wcześniej numer PESEL – tu wspomnieć należy epizod polegający na dość masowym występowaniu przez rozmaitych cudzoziemców, którzy często nigdy nie byli nawet w Polsce, o nadanie im tego numeru). Pozostawała więc konieczność zapewnienia, by wszyscy członkowie zarządu danej spółki (nierzadko obcokrajowcy rozrzucony po całym świecie) posiadali polskie podpisy kwalifikowane. Teoretycznie mogli się oni posługiwać podpisami kwalifikowanymi zgodnymi z dyrektywą eIDAS (np. wydanymi w innych państwach członkowskich UE). Praktycznie jednak posługiwanie się takimi podpisami często sprawiało problemy lub uniemożliwiało podpisanie dokumentów w sposób umożliwiający ich późniejsze załadowanie w przeznaczonym do tego celu systemie informatycznym (tzw. Repozytorium Dokumentów Finansowych lub RDF). Dopiero z początkiem tego roku ustawodawca dopuścił, by sprawozdanie finansowe i sprawozdanie z działalności jednostki podpisał elektronicznie tylko jeden z członków zarządu.

Rejestr beneficjentów rzeczywistych

Wspominając o elektronicznych rejestrach, nie sposób pominąć jeszcze jednego. Chodzi mianowicie o Centralny Rejestr Beneficjentów Rzeczywistych, który uruchomiono w roku 2019, zmuszając

m.in. wszystkie spółki do składania elektronicznych zgłoszeń dotyczących ich beneficjentów rzeczywistych. Założenie to, zgodne zresztą zasadniczo z obowiązującym w Unii Europejskiej trendem (i wymogami), wprowadzono niestety w nie najszcześniejszy sposób. Wprowadzono bowiem wymóg, by zgłoszenie danych zostało podpisane elektronicznie zgodnie z zasadami reprezentacji obowiązującymi w danej spółce (albo przez jej prokurenta). Tu znów pojawił się problem praktyczny, szczególnie mocno dotyczący spółek z udziałem kapitału zagranicznego i mających obco-krajowców w kadrze menedżerskiej. Nie tylko kolejny już raz zmuszeni zostali do elektronicznego podpisywania dokumentów (bez możliwości powierzenia tego zadania np. pełnomocnikom), ale jeszcze muszą podpisywać je „w ciemno”. Zarówno bowiem system CRBR, jak i zgłoszenia do niego składane funkcjonują wyłącznie w języku polskim.

Uboczne skutki braku koordynacji zmian

Nie można w tym miejscu pominąć, że negatywnym skutkiem „kroczącej” cyfryzacji było to, że poszczególne jej aspekty nie zostały ze sobą dostatecznie zsynchronizowane. W efekcie obecnie funkcjonuje kilka niepowiązanych ze sobą (lub niezbyt ściśle powiązanych) systemów, służących w istocie podobnym (a miejscami tym samym) funkcjom. Dla przykładu:

- wnioski o rejestrację w KRS składa się przez system PRS (choć w przypadku S24 trzeba skorzystać z innego systemu),
- dane finansowe składa się przez system RDF (zaś w razie problemów z ich złożeniem należy skorzystać z systemu S24),
- dane dotyczące beneficjentów rzeczywistych zgłasza się przez system CRBR.

CYFRYZACJA PRAWA SPÓŁEK W POLSCE

2001

→ Uruchomienie Krajowego Rejestru Sądowego

2002

→ Zrównanie w Kodeksie cywilnym podpisu własnoręcznego na dokumencie i podpisu elektronicznego

2007

→ Umożliwienie pobierania zdalnie wydruków rejestrowych z KRS

2012

→ Zrównanie ważności prawnej pobranych elektronicznie wydruków rejestrowych i papierowych odpisów z KRS

→ Umożliwienie zakładania spółek w sposób zdalny (tzw. S24)

2016

→ Wprowadzenie pojęcia formy dokumentowej dla czynności prawnych

2018

→ Umożliwienie składania sprawozdań finansowych elektronicznie

2019

→ Uruchomienie Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych w formie elektronicznej

→ Umożliwienie odbywania zgromadzeń wspólników (walnych zgromadzeń) przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej

2021

→ Zastąpienie składania papierowych wniosków do KRS elektronicznymi

→ Dematerializacja akcji niepublicznych spółek akcyjnych (zastąpienie papierowych akcji elektronicznymi wpisami do rejestru)



Nie można w tym miejscu pominąć, że negatywnym skutkiem „kroczącej” cyfryzacji było to, że poszczególne jej aspekty nie zostały ze sobą dostatecznie zsynchronizowane.

Dodatkowym smaczkiem jest to, że w niektórych przypadkach na pismo złożone za pośrednictwem systemu S24 odpowiedź udzielana jest w systemie PRS... Oczywiście każdy z tych systemów ma zupełnie inną strukturę i żaden z nich nie umożliwia korzystania zeń osobom niepolskojęzycznym.

Cyfryzacja procesów zarządzania spółkami

Wprowadzenie najbardziej praktycznych (i długo oczekiwanych) zmian zbiegło się z wybuchem pandemii COVID-19 i związanymi z nią ograniczeniami w przemieszczaniu się, uniemożliwiającymi nierzadko nie tylko udział w zgromadzeniach wspólników (walnych zgromadzeniach), ale też bieżące zarządzanie spółkami „na miejscu”.

Wśród takich zmian wymienić należy wprowadzoną w 2019 r. możliwość odbywania zgromadzeń wspólników (walnych zgromadzeń) przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej. Co ważne, od roku 2020 przyjęto, że przepisy ustawowe (pozwalające na zdalne uczestnictwo w zgromadzeniach) mają zastosowanie, o ile umowa spółki (statut) nie stanowi inaczej. Jako że umowy spółek (i statuty) w znakomitej większości kwestii tej nie

regulowały (bowiem możliwość zdalnego odbywania zgromadzeń była, co do zasady, dyskusyjna), oznaczało to w zasadzie powszechne wprowadzenie tej możliwości do polskich spółek.

Podobnie wyglądała kwestia równolegle wprowadzonej możliwości zdalnego odbywania posiedzeń zarządów i rad nadzorczych, która w szczególności w okresach lockdownów lub ograniczeń w podróżowaniu między państwami znacząco ułatwiła bieżące zarządzanie spółkami i nadzór nad nimi.

Inne jeszcze ułatwienia

Na koniec należy wspomnieć inne jeszcze ułatwienia związane z cyfryzacją obrotu, jakie pojawiły się w ostatnim czasie. Chodzi tu w szczególności o możliwość (a w przypadku spółek akcyjnych obowiązek) publikowania ogłoszeń dotyczących spółek na ich stronach internetowych. To rozwiązanie pozwala nie tylko szybciej opublikować istotne ogłoszenia (np. w związku ze zwołaniem zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) lub przekształceniami, połączeniami, podziałami itp.), ale też uniknąć niemałych kosztów ogłoszeń w Monitorze Sądowym i Gospodarczym.

Innym przykładem zmian związanych z cyfryzacją obrotu jest wprowadzona ostatecznie w marcu 2021 r. dematerializacja akcji niepublicznych spółek akcyjnych (akcje spółek publicznych zostały oczywiście zdematerializowane wcześniej), tj. zastąpienie tradycyjnych papierowych dokumentów akcji zapisami w elektronicznym rejestrze.

Niewątpliwie postępującą cyfryzację prawa spółek ocenić należy pozytywnie pomimo wszelkich niedomagań i opóźnień z jej zaprowadzeniem. Z jednej strony wspomaga ona komunikację na linii spółka – organ (np. rejestr), z drugiej strony ułatwia dostęp do danych, które powinny być przecież nie tylko formalnie jawne, ale faktycznie łatwo osiągalne dla zainteresowanych, niezależnie od miejsca, w którym się znajdują (do przeszłości odchodzi więc podróżowanie po sądach rejestrowych w celu zapoznania się z dokumentami korporacyjnymi spółek). Postulować można natomiast, by wprowadzane zmiany były lepiej skoordynowane, a udostępniane narzędzia informatyczne były jak najbardziej intuicyjne. Tak, by korzystanie z nich nie wymagało specjalnego wykształcenia lub przeszkolenia. ●



ANNA PRIGAN

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

Przetargi elektroniczne – zawiłości podpisów elektronicznych

Postępowania o zamówienie publiczne w Polsce są prowadzone w formie elektronicznej. Oznacza to nie tylko tyle, że komunikacja wykonawców z zamawiającym odbywa się z użyciem środków komunikacji elektronicznej. Ofertę, a także wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składa się w formie elektronicznej, czyli w postaci pliku elektronicznego zaopatrzonego w kwalifikowany podpis elektroniczny osoby upoważnionej do reprezentacji wykonawcy.

Kwalifikowany podpis elektroniczny jest głównym podpisem elektronicznym, którego można użyć w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę można złożyć w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Każdorazowo, gdy w tekście mowa jest o ofercie, odnosi się to również do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz do oświadczenia wstępnego, w tym składanego na Jednolitym Europejskim Formularzu Zamówienia.

Postać elektroniczna a forma elektroniczna

W postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę składa się w **formie elektronicznej**. W postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę można złożyć w **postaci elektronicznej** opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Wyłącznie kwalifikowany podpis elektroniczny nadaje ofercie formę elektroniczną. Opatrzanie jej innym podpisem elektronicznym umożliwia złożenie oferty w postaci elektronicznej, która nie jest jednak formą elektroniczną. Postać elektroniczną ma oferta, którą składa się jako plik.

Aby oferta odniosła skutek prawny i była rozpatrywana w postępowaniu, musi zostać podpisana odpowiednim podpisem elektronicznym właściwej osoby. Wadliwego podpisu elektronicznego na ofercie nie można uzupełnić. Źle podpisana oferta podlega odrzuceniu. To samo dotyczy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Natomiast oświadczenie wstępne, w tym na Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia, można poprawić na wezwanie zamawiającego.

Warto również wiedzieć, że wszystkie dokumenty, które powstały w wersji papierowej, a w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są składane jako skany (np. zaświadczenia z urzędów, listy referencyjne, polisy ubezpieczeniowe), po zaopatrzeniu w kwalifikowany podpis elektroniczny stają się kopiami oryginałów poświadczonymi za zgodność z oryginałem.

Ponadto jeśli dokument elektroniczny w postępowaniu jest przekazywany w formie kompresującym dane, opatrzenie pliku zawierającego skompresowane dokumenty kwalifikowanym podpisem elektronicznym (a w przypadku postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne – kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym) jest równoznaczne z opatrzeniem wszystkich dokumentów zawartych w tym pliku odpowiednio kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Kwalifikowany podpis elektroniczny

Zgodnie z definicją zawartą w rozporządzeniu UE 910/2014 (tzw. rozporządzenie eIDAS) kwalifikowany podpis elektroniczny oznacza zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego.

Kwalifikowany podpis elektroniczny to **zestaw danych**, które pozwalają zweryfikować podpis oraz dane osoby go składającej, a także deklaracyjną datę złożenia podpisu elektronicznego (czyli datę pochodzącą z komputera lub systemu informatycznego, na którym był realizowany proces podpisywania), a opcjonalnie również datę pewną, jeśli podpis posiada znacznik czasu.

Szczególną cechą kwalifikowanego podpisu elektronicznego jest wartość skrótu,



Aby oferta odniosła skutek prawny i była rozpatrywana w postępowaniu, musi zostać podpisana odpowiednim podpisem elektronicznym. Wadliwego podpisu elektronicznego na ofercie nie można uzupełnić. Źle podpisana oferta podlega odrzuceniu.

wyliczona na podstawie podpisywanych danych i wcześniej dodanych atrybutów, która pozwala na zabezpieczenie integralności podpisu i podpisanych danych. Na podstawie wartości skrótu podpis ten ma również wyliczoną wartość podpisu elektronicznego, której utworzenie i weryfikacja są realizowane za pomocą funkcji kryptograficznych. Kwalifikowany podpis elektroniczny jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu (QSCD), które w oparciu o przechowywane dane do składania podpisu elektronicznego wylicza wartość podpisu.

Ważność kwalifikowanego podpisu elektronicznego

Ważny kwalifikowany podpis elektroniczny to przede wszystkim taki, który:

- ma ważny w momencie składania podpisu certyfikat, wydany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania, zgodny z załącznikiem I rozporządzenia eIDAS,
- może zostać zwalidowany w oparciu o dane służące do walidacji podpisu oraz unikalny zestaw danych reprezentujących podpisującego umieszczony w certyfikacie,
- został złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego,
- nie naruszył integralności podpisanych danych,
- w momencie składania podpisu spełnia wymogi techniczne zaawansowanego podpisu elektronicznego określone w rozporządzeniu eIDAS.

Po upływie ważności certyfikatu ważnie złożony podpis nie traci ważności. Jeśli podpis był oznaczony kwalifikowanym elektronicznym znacznikiem czasu, to korzysta z domniemania ważności. Jeśli zaś nie było takiego znacznika, to datę złożenia podpisu można udowodnić.

Walidacja

Pod pojęciem walidacji kryje się sprawdzenie ważności podpisu elektronicznego. Skuteczność prawna podpisu zależy od możliwości jego pozytywnej walidacji przeprowadzonej przez wiarygodną aplikację lub usługę. Najbardziej wiarygodną i korzystającą z domniemania prawidłowości metodą jest kwalifikowana usługa walidacji oferowana przez zaufanych dostawców (podmioty uprawnione do wydawania kwalifikowanych podpisów elektronicznych).

Walidacja nie prowadzi do ustalenia tożsamości osoby składającej podpis ani też jej umocowania do podpisywania się za kogoś. Imię, nazwisko i PESEL właściciela podpisu są zawarte w certyfikacie. Jego umocowanie wynikać będzie z odrębnych dokumentów: aktu rejestracji, pełnomocnictwa, odpisu z rejestru. W wyniku walidacji otrzymuje się natomiast raport o tym, czy złożony podpis jest prawidłowy, czy też nie. Podpis może również zawierać jakieś błędy i wskutek walidacji uzyskać status „nieokreślony”. W postępowaniach o zamówienie publiczne walidacji podpisu dokonuje zamawiający i uznaje złożone przez wykonawcę dokumenty (w tym ofertę) za ważne, jeżeli walidacja potwierdzi prawidłowość podpisów. >>

POJĘCIA PRAWNE ZWIĄZANE Z ELEKTRONICZNĄ FORMĄ PRZETARGÓW PUBLICZNYCH

POSTAĆ ELEKTRONICZNA

= dowolny plik elektroniczny, w tym skan dokumentu, nagranie

Podpisanie pliku elektronicznego jakimkolwiek innym podpisem niż kwalifikowany podpis elektroniczny nie nadaje mu formy elektronicznej: plik z **podpisem osobistym** lub **podpisem zaufanym** osoby upoważnionej do reprezentowania wykonawcy nadal ma wyłącznie postać elektroniczną (czyli nie papierową).

PODPIS ZAUFANY

Zaawansowany podpis elektroniczny **wydawany dla osób posiadających profil zaufany** na Elektronicznej Platformie Usług Administracji Publicznej epuap.gov.pl

sposób weryfikacji pieczęć elektroniczna ministra właściwego ds. informatyzacji
zastosowanie mogą nim być podpisane oferty, wnioski oraz JEDZ – ale tylko w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne

PODPIS OSOBISTY

Zaawansowany podpis elektroniczny **zawarty w cyfrowej warstwie dowodu osobistego**, jeżeli wniosek o jego umieszczenie w dowodzie został zawarty we wniosku o nowy dowód. Do stosowania wymaga zakupu specjalnego czytnika.

sposób weryfikacji certyfikat dowodu osobistego
zastosowanie mogą nim być podpisane oferty, wnioski oraz JEDZ – ale tylko w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne

FORMA ELEKTRONICZNA

= plik z podpisem kwalifikowanym

plik elektroniczny zaopatrzony w **kwalifikowany podpis elektroniczny** osoby upoważnionej do reprezentowania wykonawcy

KWALIFIKOWANY PODPIS ELEKTRONICZNY

Zaawansowany podpis elektroniczny:

- składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia
- oparty na kwalifikowanym certyfikacie
- wydawany przez podmioty wymienione na stronie Narodowego Centrum Certyfikacji.

sposób weryfikacji kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego
zastosowanie wszystkie czynności we wszystkich postępowaniach przetargowych

Należy pamiętać, że w przypadku spółek do skuteczności podpisu wymagane jest często współdziałanie przynajmniej dwóch osób. W takim przypadku wymagane jest umieszczenie obu podpisów w ofercie.

Ustanowienie pełnomocnika, który ma kwalifikowany podpis elektroniczny

Jeśli wykonawca nie dysponuje kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a musi szybko złożyć ofertę, może upoważnić do tego osobę, która taki podpis posiada. Jednak na potrzeby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego pełnomocnictwo również musi być udzielone w formie elektronicznej. Jest tak dlatego, że zgodnie z prawem cywilnym pełnomocnictwa do dokonania czynności należy udzielić w formie, w której dokonywana jest czynność. Ponadto wymaga się złożenia pełnomocnictwa w oryginale, a skan papierowego oryginału pełnomocnictwa, nawet zaopatrzony w kwalifikowany podpis elektroniczny mocodawcy, jest tylko odpisem, a nie oryginałem. Prowadziłoby to do wniosku, że mocodawca (wystawca pełnomocnictwa) również musi dysponować kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W takiej sytuacji można sobie jednak poradzić, udzielając pełnomocnictwa w formie pisemnej, na papierze. Należy wówczas przedłożyć oryginał pełnomocnictwa u notariusza i poprosić go o sporządzenie elektronicznego odpisu notarialnego pełnomocnictwa. Notariusz dokonuje poświadczenia podpisu na pełnomocnictwie,

opatrując go swoim kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W wyniku takiej czynności powstaje plik elektroniczny mający moc oryginalnego pełnomocnictwa w formie elektronicznej.

Jeśli kwalifikowany podpis elektroniczny nie jest wymagany

W polskim otoczeniu prawnym funkcjonują również podpis zaufany i podpis osobisty. Są to również podpisy elektroniczne – zaawansowane, ale nie kwalifikowane. Są one bowiem weryfikowane za pomocą innych mechanizmów niż kwalifikowany podpis elektroniczny posiadający zabezpieczenia opisane w rozporządzeniu eIDAS.

Tak więc podpis zaufany jest podpisem elektronicznym, którego autentyczność i integralność są zapewniane przy użyciu pieczęci elektronicznej ministra właściwego do spraw informatyzacji, zawierający:

- dane identyfikujące osobę, obejmujące:
 - imię (imiona),
 - nazwisko,
 - numer PESEL,
- identyfikator środka identyfikacji elektronicznej, przy użyciu którego został złożony,
- czas jego złożenia.

Z kolei podpis osobisty jest podpisem umieszczanym w warstwie cyfrowej dowodu osobistego i jest weryfikowany za pomocą certyfikatu podpisu osobistego. Aby mógł być złożony zdalnie, wymaga specjalnego czytnika.

Niewątpliwą zaletą podpisu zaufanego jest to, że uzyskuje się go nieodpłatnie. Jednak ani podpis zaufany, ani osobisty nie mogą doprowadzić do uzyskania formy elektronicznej. Mogą być zatem używane tylko do niektórych czynności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a do złożenia ofert tylko w przypadku postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne. Dlatego warto zaopatrzyć się w kwalifikowany podpis elektroniczny.

Jak uzyskać podpis kwalifikowany?

Podstawowym elementem procedury uzyskiwania podpisu kwalifikowanego jest weryfikacja danych oraz potwierdzenie tożsamości osoby, dla której wystawiany jest podpis. Odbывается to poprzez osobiste spotkanie. Wszyscy dostawcy usług zaufania oferują różne warianty kwalifikowanych podpisów oraz możliwość zakupu certyfikatów ważnych rok, dwa lub trzy lata. Koszt uzyskania podpisu kwalifikowanego ważnego 1 rok to około 200–300 złotych netto.

Podpisywać elektronicznie czy nie?

W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie ma wyboru: trzeba zaopatrzyć się w kwalifikowany podpis elektroniczny, jeśli wykonawca zamierza brać udział w postępowaniach o wartości równej lub wyższej od progów unijnych. Samo uzyskanie podpisu jest trochę uciążliwe, ale korzystanie z niego ułatwia również wiele spraw. Należy tylko pamiętać, aby zawsze sprawdzić (zwali-dować) swój podpis przed przekazaniem pliku z ofertą zamawiającemu, choćby tylko z pomocą aplikacji służącej do składania podpisu. Nie da się bowiem naprawić błędnego podpisu w przypadku dokumentów niepodlegających uzupełnieniu, jak oferta czy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. ●



W przypadku spółek do skuteczności podpisu wymagane jest często współdziałanie przynajmniej dwóch osób. W takim przypadku wymagane jest umieszczenie obu podpisów w ofercie.



MARCIN PIETKIEWICZ

radca prawny, partner,
praktyka rynków kapitałowych
i instytucji finansowych



MONIKA LUTOMIRSKA

adwokat, praktyka rynków kapitałowych
i instytucji finansowych

Delisting spółki publicznej – co zrobić, żeby się powiodło

Dopuszczenie akcji spółki do obrotu na giełdzie papierów wartościowych kojarzy się zazwyczaj z sukcesem – oto dobrze prosperujący biznes ma szansę pozyskać dodatkowy kapitał na dalszą ekspansję.

Jednakże w dobie zwiększającego się rygoru regulacyjnego, przejawiającego się nakładaniem na spółki publiczne nowych obowiązków informacyjnych oraz sprawozdawczych, przy jednoczesnym zwiększeniu kar za ich nieprzestrzeganie, przedsiębiorcy coraz częściej zastanawiają się nad rachunkiem korzyści płynącym z notowania akcji na giełdzie.

Od kilku lat Giełdę Papierów Wartościowych w Warszawie dotyka problem odpływu spółek z parkietu. Potwierdzają to dostępne publicznie statystyki. Według informacji opublikowanej na stronie internetowej GPW 7 stycznia 2022 r. na warszawskiej giełdzie notowanych było 429 spółek (329 na rynku podstawowym, 100 na rynku równoległym). Oznacza to, że od momentu największej popularności GPW wyrażonej w liczbie notowanych spółek (488 w listopadzie 2016 r.) z giełdy wycofało się prawie 60 graczy (w samym tylko 2018 r., który pod tym względem był rekordowy, z warszawskiego parkietu zniknęło 25 spółek).

Rozrost regulacji dotyczących spółek publicznych nie jest jednak jedynym powodem wycofywania spółek z parkietu. Delisting bywa również często elementem transakcji dokonywanych na spółkach giełdowych, w których inwestor przejmujący spółkę nie jest zainteresowany utrzymaniem jej publicznego statusu. Takim transakcjom przyjrzymy się bliżej w tym artykule.

Długa droga z parkietu

Na wstępie należy zaznaczyć, że proces delistingu (tzn. wycofania akcji spółki z obrotu na rynku zorganizowanym) charakteryzuje się pewnymi odmiennościami w zależności od tego, czy przeprowadzany jest wobec spółki notowanej na rynku regulowanym czy w alternatywnym systemie obrotu (w szczególności w zakresie konieczności ogłoszenia wezwania na akcje spółki delistowanej – o czym poniżej).

Niezależnie od powyższego wycofanie spółki z obrotu giełdowego jest procesem wieloetapowym, ukształtowanym w ten sposób ze względu

OD CZEGO ZACZĄĆ?

Przygotowując strukturę transakcji, której częścią ma być wyprowadzenie spółki z GPW, należy w pierwszej kolejności wziąć pod uwagę wymogi formalne, które trzeba w tym celu spełnić, tj.:

- ogłosić wezwanie na akcje spółki,
- zwołać walne zgromadzenie akcjonariuszy celem podjęcia uchwały w przedmiocie wycofania akcji spółki z obrotu na rynku regulowanym lub w alternatywnym systemie obrotu,
- złożyć wniosek do KNF o udzielenie zezwolenia na wycofanie akcji z obrotu na rynku regulowanym lub w alternatywnym systemie obrotu.

na chęć ochrony interesów inwestorów mniejszościowych w spółce publicznej. Dla uproszczenia procedurę delistingu można podzielić na dwie fazy:

- **fazę transakcyjno-korporacyjną**, na którą składa się ogłoszenie i przeprowadzenie wezwania, zwołanie i odbycie walnego zgromadzenia akcjonariuszy w celu podjęcia uchwały w przedmiocie delistingu oraz ewentualnie squeeze-out akcjonariuszy mniejszościowych,
- **fazę administracyjną**, czyli uzyskanie zgody Komisji Nadzoru Finansowego.

Ogłoszenie wezwania na akcje spółki

W procesach transakcyjnych delisting poprzedzany jest wezwaniem do nabycia akcji spółki publicznej, które jest głównym elementem transakcji przejęcia kontroli, gdyż pakiet akcji spółki publicznej przekraczający 33% lub 66% ogólnej liczby głosów nabyć można jedynie w drodze wezwania. (W tym zakresie planowana jest zmiana polegająca na likwidacji podziału wezwań na uprzednie i następne oraz zmianie progu, którego przekroczenie wymaga ogłoszenia wezwania. Projekt zmiany przepisów zakłada jeden rodzaj wezwania obowiązkowego, które będzie miało charakter następczy i będzie musiało zostać

ogłoszone w terminie trzech miesięcy od przekroczenia 50% ogólnej liczby głosów w spółce. Projekt zmieniający zasady i progi ogłaszania wezwań znajduje się obecnie na etapie opiniowania).

Procent akcji, który wzywający może uzyskać w ramach wezwania, będzie determinował w części strukturę rozważanej transakcji przejęcia. W szczególności znaczenie będzie miało to, czy w wyniku wezwania przekroczony zostanie próg 95% głosów w spółce, który daje możliwość „wyciśnięcia”, czyli przymusowego wykupu ze spółki akcjonariuszy mniejszościowych.

Kluczowym elementem każdej transakcji M&A, w tym też transakcji przeprowadzanych w ramach publicznego wezwania, jest ustalenie ceny nabywanych akcji. W przypadku wezwania, które ma dotyczyć wszystkich akcji spółki notowanych na rynku regulowanym (poza akcjami należącymi do wzywającego), cena proponowana w wezwaniu nie może być niższa od średniej ceny rynkowej z okresu 6 miesięcy poprzedzających ogłoszenie wezwania, a jeśli obrót akcjami spółki był dokonywany na rynku głównym przez okres krótszy niż 6 miesięcy – średniej ceny rynkowej z tego okresu. Gdyby ustalenie ceny w sposób określony powyżej nie było możliwe, cena nie może być niższa od wartości godziwej.

Cena akcji proponowana w wezwaniu nie może być również niższa od:

- średniej ceny rynkowej z okresu 3 miesięcy obrotu tymi akcjami na rynku regulowanym poprzedzających ogłoszenie wezwania, oraz
- albo najwyższej ceny, jaką za akcje będące przedmiotem wezwania wzywający, jego podmioty dominujące lub zależne lub podmioty będące stronami zawartego z nim porozumienia w przedmiocie nabywania akcji spółki publicznej zapłaciły w okresie 12 miesięcy przed ogłoszeniem wezwania,
- albo najwyższej wartości rzeczy lub praw, które wskazane wyżej podmioty wydały w zamian za akcje będące przedmiotem wezwania, w okresie 12 miesięcy przed ogłoszeniem wezwania.

W okresie między ogłoszeniem a zakończeniem wezwania wzywający mogą nabywać akcje spółki, której dotyczy wezwanie, jedynie w ramach tego wezwania i w sposób w nim określony.

Po zakończeniu wezwania – w zależności od tego, czy w jego następstwie inwestor nabył co najmniej 95% akcji spółki – inwestor może być zmuszony do podjęcia decyzji o kierunku dalszych działań. Jeśli próg zostanie osiągnięty, możliwe będzie przeprowadzenie squeeze-outu, co w znaczący sposób może uprościć procedurę delistingu (więcej o squeeze-outcie poniżej).

Jeśli próg nie został osiągnięty, ale inwestor dysponuje odpowiednią siłą głosów w spółce, może próbować rozpocząć proces delistingu bez wcześniejszego wyciśnięcia akcjonariuszy mniejszościowych, jednakże w tym wypadku proces może okazać się dużo bardziej złożony, również pod kątem czasowym.

Jeśli inwestor pomimo nieosiągnięcia w wezwaniu progu 95% nadal dąży do

>>

przymusowego wyciśnięcia akcjonariuszy mniejszościowych, to pozostałą część akcji pozwalającą na przekroczenie tego progu może dokupić w ramach transakcji rynkowych lub pozarynkowych odbywających się po zakończeniu wezwania. W takim przypadku jednak cena ustalona w wezwaniu może wpływać na cenę akcji, po której inwestor będzie je skupował z rynku. W szczególności należy zwrócić uwagę, że jeśli w ramach późniejszych transakcji rynkowych lub pozarynkowych, odbywających się w ciągu 6 miesięcy od zakończenia wezwania, ustalona zostanie cena wyższa niż cena przewidziana wezwaniem, inwestor będzie musiał dopłacić powstałą różnicę w cenie akcji akcjonariuszom, którzy zdecydowali się zbyć akcje w odpowiedzi na wezwanie.

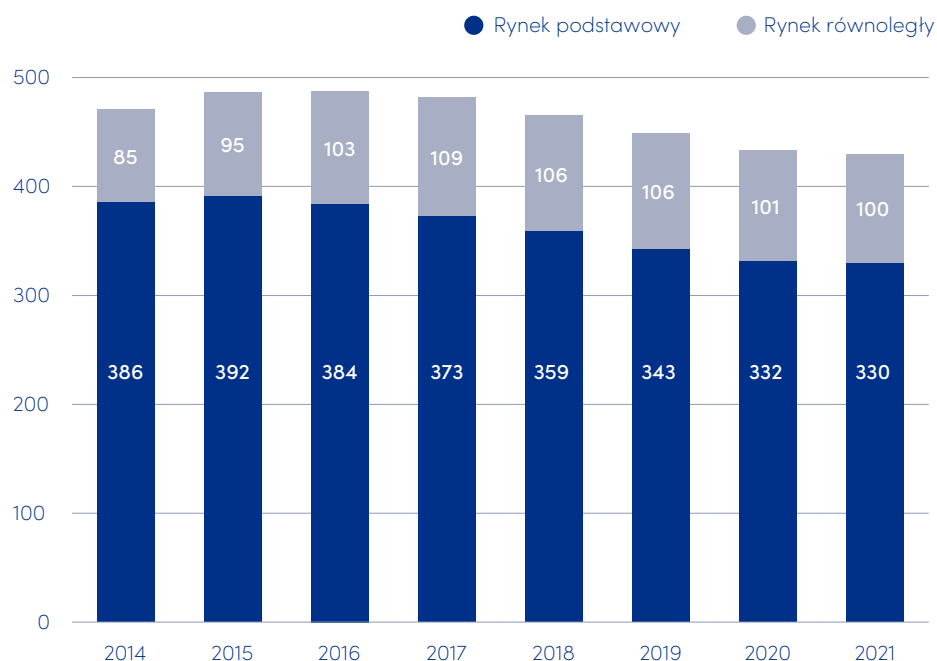
Ponadto cena z wezwania będzie też determinować cenę akcji przy ewentualnym squeeze-oucie, który następuje bezpośrednio po przeprowadzonym wezwaniu na wszystkie pozostałe akcje spółki, w wyniku którego osiągnięto próg 95% głosów. Wówczas cena przymusowego wykupu nie może być niższa od ceny proponowanej w tym wezwaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe ryzyko, tym istotniejsze wydaje się zbudowanie odpowiedniej relacji z domem maklerskim, który będzie wspierał inwestora w procesie delistingu. Nie tylko bowiem zapewni on wsparcie w zakresie ustawowo wymaganym przy wezwaniu, ale może także pomóc w identyfikacji akcjonariuszy zainteresowanych zbyciem akcji spółki (w ramach wezwania lub po jego zakończeniu), co może znacząco zwiększyć szansę inwestora na osiągnięcie pożądanego progów własnościowych w kapitale zakładowym spółki.

Wyciskać czy nie wyciskać?

Do przeprowadzenia delistingu nie jest co do zasady potrzebne „wyciśnięcie”

LICZBA SPÓŁEK NA GPW (2014–2021)



akcjonariuszy mniejszościowych. Co więcej, próg większościowy wymagany do podjęcia uchwały o wycofaniu akcji z obrotu jest niższy niż próg przewidziany do przeprowadzenia squeeze-outu.

Jednak uprzednie uzyskanie 100% akcji w spółce znacząco ograniczy potencjalne ryzyko związane z próbą blokowania przez akcjonariuszy mniejszościowych planu wyprowadzenia spółki publicznej z giełdy.

Akcjonariuszom mniejszościowym przysługują liczne prawa służące ochronie ich interesów, które w odpowiednich okolicznościach mogą posłużyć wydłużeniu lub nawet zablokowaniu procedury delistingu. Akcjonariusze mniejszościowi mogą m.in. zaskarżać uchwały walnego zgromadzenia akcjonariuszy dotyczące delistingu (może to skutkować np. ustanowieniem przez sąd zabezpieczenia w postaci wstrzymania wykonalności uchwały na okres trwania postępowania, co w realiach

polskiego procesu cywilnego może przełożyć się na wielomiesięczne opóźnienia w realizacji zamierzonego planu) lub też próbować blokować postępowanie przed KNF.

Z tych względów, jeżeli jednym z celów transakcji ma być wycofanie akcji spółki z obrotu publicznego, trzeba dążyć do takiego jej ustrukturyzowania, aby przed rozpoczęciem samego delistingu osiągnąć co najmniej 95% głosów w spółce w celu dokonania przymusowego wykupu akcjonariuszy mniejszościowych. Pozwoli to uniknąć dalszych komplikacji i sprawnie przeprowadzić proces delistingu.

Uchwała walnego zgromadzenia

Kolejnym krokiem jest podjęcie przez walne zgromadzenie akcjonariuszy spółki publicznej uchwały o wycofaniu akcji z obrotu na rynku regulowanym lub

w alternatywnym systemie obrotu. Uchwała taka musi zostać podjęta większością 9/10 głosów oddanych w obecności akcjonariuszy reprezentujących przynajmniej połowę kapitału zakładowego. Umieszczenie w porządku obrad punktu dotyczącego podjęcia takiej uchwały może nastąpić jedynie na wniosek akcjonariusza lub akcjonariuszy reprezentujących co najmniej jedną dwudziestą kapitału zakładowego delistowanej spółki (przy czym statut może upoważnić do złożenia takiego żądania akcjonariuszy reprezentujących mniej niż jedną dwudziestą kapitału zakładowego). Determinuje to kolejność działań podejmowanych przez inwestora, który na ogół wniosek o zwołanie walnego zgromadzenia z takim punktem porządku obrad składa po zakończeniu wezwania.

Zgoda na zejście z parkietu

Po przeprowadzeniu wezwania oraz podjęciu uchwały o delistingu spółka składa

wniosek do KNF o udzielenie zezwolenia na wycofanie akcji z obrotu na rynku regulowanym lub w alternatywnym systemie obrotu.

W decyzji udzielającej zezwolenia KNF określa termin, nie dłuższy niż miesiąc, po upływie którego następuje wycofanie akcji z obrotu.

Bez delistingu?

Na marginesie należy zaznaczyć, że opiswana procedura znajduje zastosowanie tylko w przypadku całkowitego wycofania akcji spółki z obrotu zorganizowanego w Polsce (również jeśli rozumie się przez to przejście spółki na zagraniczny rynek regulowany). Oznacza to, że przepisów o delistingu nie stosuje się w sytuacji, kiedy spółka wycofuje akcje z obrotu w alternatywnym systemie obrotu, pod warunkiem dopuszczenia ich do obrotu na rynku regulowanym, czyli w sytuacji przejścia z alternatywnego systemu obrotu na rynek główny GPW.

Podsumowanie

Biorąc pod uwagę skomplikowanie procedury delistingowej, inwestor lub sama spółka publiczna planująca wycofanie akcji z obrotu na giełdzie powinni ustalić główne cele transakcji i zgodnie z nimi zaplanować strukturę transakcji, której częścią ma być wycofanie akcji spółki z obrotu. Poza obowiązkowymi elementami tego procesu, czyli wezwaniem, podjęciem uchwały walnego zgromadzenia oraz zezwoleniem KNF, ważne jest, aby inwestorzy wzięli również pod uwagę inne elementy takiej transakcji, które mogą wpływać na możliwość realizacji zamierzonych celów i planu, w tym zwłaszcza możliwość przeprowadzenia przymusowego wykupu akcjonariuszy mniejszościowych. Dodatkowo, z uwagi na potrzebę zaangażowania zewnętrznych podmiotów, w tym w szczególności domu maklerskiego oraz doradcy prawnego, istotne jest odpowiednio wcześnie nawiązanie z nimi relacji. Ich zaangażowanie w proces od najwcześniejszych jego stadiów może bowiem znacznie poprawić ustrukturyzowanie planowanej transakcji, a także efektywność i tempo przebiegu samego procesu delistingu. ●

KOGO ZAANGAŻOWAĆ?

Przy wyprowadzaniu spółki publicznej z giełdy istotne jest zaangażowanie szeregu podmiotów, które będą mogły wspierać spółkę i jej inwestorów na różnych etapach tego procesu. Dotyczy to przede wszystkim domu maklerskiego, doradcy prawnego i doradcy transakcyjnego, którzy muszą ze sobą ściśle współpracować w celu zgodnego z prawem i efektywnego przeprowadzenia transakcji zakończonej pomyslnym delistingiem.

Dom maklerski odpowiedzialny będzie za szereg czynności, związanych przede wszystkim (ale nie tylko) z ogłoszeniem wezwania i przymusowym wykupem akcjonariuszy mniejszościowych. Pomoc doradcy prawnego może okazać się niezastąpiona zarówno na etapie planowania i ustalania struktury transakcji, której elementem ma być delisting, jak i podczas negocjowania

warunków transakcji ze znaczącymi akcjonariuszami. Doradca prawny zapewni też przeprowadzenie całego procesu zgodnie z harmonogramem i będzie koordynatorem jego poszczególnych etapów i czynności. Z kolei doświadczenie doradcy transakcyjnego pozwoli scalić elementy biznesowe transakcji z jej aspektami regulacyjnymi. Wszystko to pozwoli na zorganizowanie transakcji w sposób odpowiadający nie tylko wymaganiom rynkowym, ale również indywidualnym potrzebom klienta, które mogą różnić się w zależności od innych celów i warunków, na jakich ma zostać przeprowadzona dana transakcja.



WOJCIECH MARSZAŁKOWSKI

adwokat, Taxation LL.M. (Georgetown),
praktyka podatkowa



MICHAŁ NOWACKI

radca prawny, doradca podatkowy,
wspólnik, praktyka podatkowa

Restrukturyzacje w obszarze cen transferowych

Istotne zmiany w zasadach współpracy pomiędzy podmiotami powiązanymi mogą zostać uznane za restrukturyzację w rozumieniu przepisów o cenach transferowych. Uczestnictwo w restrukturyzacji może zaś się wiązać z koniecznością detalicznego wyjaśnienia jej administracji skarbowej, a niekiedy także z koniecznością zapłaty wyższego podatku.

Regulacyjny pogodny harmider związany z cenami transferowymi, czyli cenami ustalnymi w transakcjach pomiędzy podmiotami powiązanymi, trwa nieprzerwanie od kilku lat. Zaowocował on licznymi i obszernymi zmianami przepisów oraz wieloma rekomendacjami, wytycznymi i objaśnieniami wydawanymi przez rządzących oraz przez środowisko doradcze i naukowe. W ostatnim czasie, czemu trudno się dziwić, wśród dyskutowanych tematów wiódł prym wpływ pandemii COVID-19 na działalność przedsiębiorstw wielonarodowych. Pisaliśmy na ten temat w Roczniku 2021.

Pozycja restrukturyzacji w konglomeracie zagadnień związanych z cenami transferowymi regularnie się umacnia. Dorobek orzecniczy sądów administracyjnych w tym obszarze wciąż jest skromny, podobnie jak liczba zawartych przez Szefa Krajowej Administracji Skarbowej uprzednich porozumień cenowych. Zgodnie z danymi publikowanymi przez Krajową Administrację Skarbową restrukturyzacji dotyczyło do 30 września 2021 r. tylko sześć uprzednich porozumień cenowych, na 156 wydanych.

Na rosnącą popularność restrukturyzacji wśród kontrolerów skarbowych wskazuje jednak statystyka zaprezentowana pod koniec 2020 r. przez Krajową Administrację Skarbową. Wskazano tam, że w obszarze cen transferowych nieprawidłowości związane z restrukturyzacją działalności gospodarczej są drugą najczęstszą przyczyną domiarów (20% spraw), za-raz za korzystaniem z wartości niematerialnych i prawnych (33% spraw). Z doniesień prasowych wynika, że kontroli w obszarze cen transferowych w 2020 r. było prawie 400, co świadczy o skali wyzwania. Można się spodziewać, że wraz ze wzrostem liczby kontroli stopniowo będzie się też zwiększać liczba rozstrzygnięć sądów administracyjnych dotyczących restrukturyzacji.

Forum Cen Transferowych wyraziło opinię, że jako restrukturyzacja nie powinny zostać zaklasyfikowane takie zdarzenia jak:

- korekta polityki cen transferowych, z którą nie wiąże się przeniesienie funkcji, aktywów lub ryzyk,
- likwidacja i utworzenie spółki lub oddziału, którym nie towarzyszy reorganizacja polegająca na przesunięciu funkcji, ryzyk lub aktywów w innych podmiotach,
- połączenia i podziały spółek regulowane odrębnymi przepisami, z zastrzeżeniem, że w przypadku tych ostatnich zbadać należy następstwa podejmowanych działań.



Stawką w grze cen transferowych jest prawo poszczególnych jurysdykcji podatkowych do opodatkowania dochodu.

Na rosnącą popularność restrukturyzacji wśród podatników wskazuje zaś postępująca fala interpretacji indywidualnych dotyczących uznania za koszt uzyskania przychodów wynagrodzenia wypłaconego w związku z przeprowadzaną restrukturyzacją.

Jak rozpoznać restrukturyzację

Żółta lampka powinna rozbłysnąć w momencie, w którym pomiędzy podmiotami powiązanymi zachodzą istotne zmiany w panujących relacjach.

Rozporządzenie w sprawie cen transferowych w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych identyfikuje restrukturyzację jako reorganizację spełniającą łącznie dwa kryteria. Po pierwsze, reorganizacja powinna istotnie wpływać na relacje handlowe lub finansowe, np. poprzez zakończenie lub zmianę istotnych postanowień obowiązujących umów. Po drugie, reorganizacja musi wiązać się z przeniesieniem pomiędzy podmiotami powiązanymi funkcji, aktywów lub kategorii ryzyka, a przeniesienie to musi mieć istotny wpływ na EBIT podatnika (wynik finansowy podatnika przed odsetkami i opodatkowaniem). Zmiana ta liczona jest w trzyletnim okresie po przeniesieniu i musi wynosić co najmniej 20% przewidywanego

średniorocznego EBIT w tym samym okresie, gdyby nie dokonano przeniesienia.

O ile pierwsze kryterium zawiera szeroki i niedookreślony katalog zdarzeń, które mają istotny wpływ na działalność podatnika, o tyle drugie kryterium wymaga wprost, by zdarzenie to znalazło wyraźne odzwierciedlenie w analizie funkcjonalnej (stanowiącej kluczową część dokumentacji cen transferowych) oraz jego wyniku finansowym.

Forum Cen Transferowych, będące zespołem opiniodawczo-doradczym przy Ministrze Finansów, w rekomendacjach dotyczących interpretacji i zakresu stosowania przepisów dotyczących restrukturyzacji wypracowało listę przykładów potencjalnych restrukturyzacji. Na liście znalazły się na przykład:

- konwersja producenta wykonującego rozbudowane funkcje i ponoszącego istotne ryzyka w podmiot świadczący usługę produkcyjną (zmiana profilu funkcjonalnego),
- ograniczenie lub rozszerzenie zasięgu regionalnego działania jednego podmiotu kosztem innego podmiotu,
- przeniesienie zespołu pracowników pomiędzy podmiotami, nawet gdy odbywa się ono poprzez rozwiązanie umowy o pracę i zawarcie nowej umowy,
- aport przedsiębiorstwa.

Wydana pod koniec roku interpretacja ogólna Ministra Finansów w sprawie definicji transakcji kontrolowanej wskazuje też, że restrukturyzacja może przyjąć formę zdarzenia gospodarczego, które rozciąga się w czasie. Jako przykład wskazano przeniesienie aktywów powiązane z ich zwrotnym udostępnieniem wiążące się z zawarciem umów, wydaniem przedmiotu umów i zmianą profilu funkcjonalnego podmiotu powiązanego biorącego udział w restrukturyzacji.

O co toczy się gra

Stawką w grze cen transferowych jest prawo poszczególnych jurysdykcji podatkowych do opodatkowania dochodu. Jeśli podmioty powiązane dokonają transakcji na warunkach odbiegających od zasady ceny rynkowej, stronom transakcji można zarzucać nieprawidłowe gospodarowanie, jednak z perspektywy grupy podmiotów powiązanych aberracja taka pozostanie neutralna. Zachwianie warunków rynkowych przełożyć się może jednak na wysokość podstawy opodatkowania raportowanej w jurysdykcjach podatkowych poszczególnych stron transakcji. W konsekwencji uszczupleniu ulegną wpływy do kasy państwa kraju, którego rezydent sprzedał zbyt tanio lub kupił zbyt drogo. O ile w przypadku transakcji sprzedaży >>

intuicja podpowiada, co i ile powinno kosztować, o tyle w przypadku złożonych restrukturyzacji kalkulacja może okazać się skomplikowana.

Wynagrodzenie z tytułu restrukturyzacji

Uregulowania dotyczące restrukturyzacji w centralnym punkcie stawiają ustalenie, czy należne jest wynagrodzenie z tytułu restrukturyzacji, a jeśli tak – jaka powinna być jego wysokość. Na podatników nałożono szczególnie obowiązki dotyczące dokumentowania procesu decyzyjnego w powyższym zakresie. Dokumentacja powinna wykazać, że podatnik uczestniczy w restrukturyzacji na warunkach, które są niego korzystne.

Analiza towarzysząca restrukturyzacji powinna zbadać przyczyny i planowane skutki gospodarcze restrukturyzacji, jej alternatywne scenariusze i ocenę skutków podatkowych. Na tak zarysowane tło należy nałożyć ocenę, w jakim stopniu restrukturyzacja przyczyniła się do przeniesienia potencjału do generowania zysków. Nawiązując do przywołanych wcześniej przykładów potencjalnych restrukturyzacji, ocenić należy, czy zmiana profilu funkcjonalnego, modyfikacja docelowych rynków, przeniesienie zespołu pracowników lub aport przedsiębiorstwa powodują, że ktoś nabył lub ktoś utracił zdolność do uzyskiwania dochodów, które stanowić mogą podstawę opodatkowania.

Wynagrodzenie z tytułu restrukturyzacji powinno być współmierne do wartości przeniesionego potencjału do generowania zysku. Wynagrodzenie takie może wynikać z samej istoty dokonywanej restrukturyzacji – przykładowo w przypadku aportu przedsiębiorstwa za wynagrodzenie podmiotu przenoszącego niekiedy uznać można wydane w zamian udziały. Jeśli wynagrodzenie jest należne, a nie zostaje



jeśli u podatnika pojawi się wątpliwość, czy dane zdarzenie należy zakwalifikować jako restrukturyzację, i wątpliwość taka zostanie rozstrzygnięta negatywnie, warto utrwalić rozważania w formie uproszczonej analizy, niekiedy zawierającej prognozy

rozliczone w inny sposób, może zaistnieć konieczność dokonania płatności.

Przepisy zawierają enigmatyczne wskazówki dotyczące zasad wyliczania wartości wynagrodzenia. Bezpiecznym rozwiązaniem wydaje się oparcie na przewidzianych prawem metodach weryfikacji cen transferowych oraz wycenach sporządzonych zgodnie z prawidłami sztuki.

Restrukturyzacje różnią się od innych transakcji wewnątrzgrupowych

W przypadku transakcji z podmiotami powiązanymi wykonywanych przez podatników w zwykłym toku prowadzonej działalności gospodarczej, takich jak np. sprzedaż wyprodukowanych towarów, podatnicy często dopiero po zakończeniu roku obrotowego weryfikują, czy zastosowane przez nich ceny odpowiadały zasadzie cenie rynkowej. Taki schemat zachowania wynikać może z połączenia wieloletnich doświadczeń w prowadzeniu danego rodzaju działalności, posiadanej polityki cenowej oraz bieżącego monitorowania rentowności działalności. W takich sytuacjach zastosowanie jednej z metod weryfikacji cen transferowych na potrzeby sporządzenia dokumentacji cen transferowych jest jedynie formalnością.

Restrukturyzacje mają charakter incydentalny i właśnie ta incydentalność powoduje, że proces decyzyjny poprzedzający restrukturyzację oraz dane i prognozy wzięte

pod uwagę w jego toku powinny zostać udokumentowane przed restrukturyzacją. W przypadku konfrontacji z przedstawicielami administracji skarbowej istotną rolę może odgrywać ocena, czy analizy przeprowadzone zostały współcześnie do podejmowania decyzji co do restrukturyzacji, a podatnik świadomie zdecydował się na określony kierunek działań. W przypadku analiz sporządzanych następnie podatnik może narazić się na zarzut, że mają one charakter wtórny wobec już podjętej decyzji. Spóźniona analiza może wiązać się także ze spóźnioną identyfikacją obowiązku zapłaty wynagrodzenia, które może okazać się niespodziewanym ubocznym kosztem restrukturyzacji.

Ostatecznie, jeśli u podatnika pojawi się wątpliwość, czy dane zdarzenie należy zakwalifikować jako restrukturyzację, i wątpliwość taka zostanie rozstrzygnięta negatywnie, warto utrwalić rozważania w formie uproszczonej analizy, niekiedy zawierającej prognozy. Statystyki dotyczące liczby nieprawidłowości związanych z restrukturyzacjami zidentyfikowanych u podatników w toku kontroli wskazują, że tematyka ta będzie przedmiotem licznych kontroli w przyszłości. Po upływie kilku lat od zdarzenia taka analiza może okazać się cennym źródłem informacji. ●



JAKUB MACEK

radca prawny, doradca podatkowy,
praktyka podatkowa

Podwójna nieważność – jak sądy interpretują wewnętrznie sprzeczne przepisy podatkowe

Niekonsekwentna nowelizacja ustawy o podatku akcyzowym otworzyła drzwi do ubiegania się o zwroty akcyzy wyższe niż faktycznie zapłacona przez podatnika. Jakie podejście próbują przyjmować sądy, aby poradzić sobie z wewnętrznie sprzecznymi ustawami podatkowymi, i czy organ może rozpatrywać wątpliwości na swoją korzyść?

Przełom 2021 i 2022 r. upływa pod znakiem tzw. Polskiego Ładu. Pośpiesznie procedowany pakiet zmian w znacznym stopniu wywraca dotychczasowe reguły polskiego systemu podatkowego. Wywraca też życie praktyków, bo pakiet jest pełen sprzeczności i nieusuwalnych luk (pomimo że był nowelizowany, i to nie raz, jeszcze przed wejściem w życie).

Sytuacja skłania ustawodawcę do nadzwyczajnych środków – przepisy ustaw podatkowych są więc zmieniane w błyskawicznym tempie rozporządzeniami, a swoistym źródłem prawa stają się komunikaty prasowe fiskusa.

Sytuacja ta nie jest jednak precedensowa. Szybki proces legislacyjny nie sprzyja refleksji nad potencjalnymi skutkami przepisów. Warto więc spojrzeć, jak w przeszłości do podobnych problemów podchodził ustawodawca, fiskus i sądy administracyjne. W tym celu sięgniemy do pozornie niszowego problemu zwrotu akcyzy dla podmiotów energochłonnych.

Zwrot wyższy niż podatek?

W końcu 2018 r. rosnąca cena energii skłoniła rząd do obniżenia stawki akcyzy od energii elektrycznej z 20 zł do 5 zł za megawatogodzinę. Wprowadzając tę zmianę zapomniano jednak o pewnym drobiazgu, który już wkrótce okazał się brzemienny w skutkach.

Ustawa o podatku akcyzowym zawiera mechanizm zwolnienia od akcyzy energii elektrycznej wykorzystywanej przez tzw. zakłady energochłonne. Zakład energochłonny jest uprawniony do zwolnienia, jeżeli spełnia szereg warunków, w szczególności działa w jednej z branż wymienionych >>

w ustawie, a koszt wykorzystanej energii elektrycznej w wartości sprzedanej produkcji przekracza 3%.

Co istotne, zwolnienie to realizowane jest w nietypowy sposób, bo poprzez zwrot części akcyzy poniesionej przez zakład energochłonny. Podatnik ponosi więc najpierw koszt akcyzy (najczęściej pośrednio, w zapłaconej cenie energii elektrycznej).

Kwotę zwrotu oblicza się w oparciu o wzór uwzględniający, między innymi, udział kosztów energii elektrycznej w wartości produkcji oraz łączne zużycie energii elektrycznej.

Z chwilą wejścia obniżonej stawki akcyzy, 1 stycznia 2019 r., jednym z elementów powyższego wzoru była kwota 20 zł, w zamysłu odpowiadająca stawce podatku. Kwota ta była jednak sztywnym elementem wzoru i brakowało jasnej referencji do bazowej stawki podatku. Jednocześnie wartość ta nie uległa zmianie odpowiadającej obniżonej stawce akcyzy.

Czy decyzja stwierdzająca nieważność może być nieważna?

Kiedy w 2020 r. przyszło do rozliczania zwrotu akcyzy na rok ubiegły, część podatników oparła się na literalnym brzmieniu przepisów i zawnioskowała o zwrot oparty na stawce 20 zł za megawatogodzinę. Co ciekawe, część organów dokonała tego zwrotu w wyższej kwocie, co spotkało się z reakcją organów wyższego rzędu. W sprawie, która została rozstrzygnięta przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie (I SA/Sz 298/21), Dyrektor Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie, działając w ramach postępowania nadzorczego, stwierdził nieważność decyzji przyznającej zwrot.

Dyrektor wskazał przy tym, że podstawą do stwierdzenia nieważności decyzji jest rażące naruszenie prawa. W wielkim



Sytuacja skłania ustawodawcę do nadzwyczajnych środków – przepisy ustaw podatkowych są więc zmieniane w błyskawicznym tempie rozporządzeniami, a swoistym źródłem prawa stają się komunikaty prasowe fiskusa.

uproszczeniu można powiedzieć, w ślad za orzecznictwem i poglądami doktryny, że cechą rażącego naruszenia prawa jest to, że treść decyzji pozostaje w wyraźnej i oczywistej sprzeczności z treścią przepisu. Sprzeczność ta powinna być widoczna na pierwszy rzut oka. Trudno więc twierdzić, że rażąco sprzeczna z prawem (tu: wzorem na kwotę zwrotu) jest decyzja, w której organ stosuje je wprost.

Aby rozwiązać tę kwadraturę koła, Dyrektor Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie zdecydował, że rażące naruszenie prawa nie dotyczy zastosowania wzoru na zwrot akcyzy. W ocenie organu naruszonym przepisem był art. 89 ust. 3 ustawy o podatku akcyzowym, czyli przepis ustalający stawkę akcyzy od energii elektrycznej.

Powyższa logika obraca się jednak przeciwko organowi. Skoro Dyrektor Izby Administracji Skarbowej wydał decyzję odmawiającą zastosowania zapisanego w ustawie wzoru, to czy decyzja ta pozostaje „w wyraźnej sprzeczności z treścią przepisu” regulującego sposób ustalania wysokości zwrotu? Prowadzi to do bardziej ogólnej refleksji – czy można mówić o rażącym naruszeniu prawa w przypadku stosowania wewnętrznie sprzecznych przepisów ustawy? Czy też obie decyzje – decyzja wymiarowa i decyzja stwierdzająca jej nieważność – na równi rażąco naruszają prawo?

Rozstrzygnięcie tego impasu spadło na Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie. Sąd podtrzymał stronę organów podatkowych. Do rozstrzygnięcia problemu

podszedł od innej strony, wskazując kilka kategorii argumentów.

Po pierwsze, sąd wskazał, że wykładnia językowa jest tylko jednym z rodzajów interpretacji tekstu prawnego, a w określonych sytuacjach wykładnia funkcjonalna i systemowa mogą mieć prymat nad literalnym brzmieniem tekstu. Pogląd ten nie jest często spotykany w polskim orzecznictwie, opartym na prymacie literalnego tekstu ustawy. Takie rozstrzygnięcie jest też trudne do pogodzenia z zapisaną w Ordynacji podatkowej zasadą, zgodnie z którą niedające się usunąć wątpliwości co do prawa podatkowego rozstrzyga się na korzyść podatnika. Sytuacja, gdy przepisy tej samej ustawy nie dają się jednocześnie zastosować, wydaje się podręcznikowym przykładem, w którym zasada ta powinna znaleźć zastosowanie.

Po drugie, sąd zauważył, że w świetle ustawy o podatku akcyzowym zwrot dotyczy „części **zapłaconej** akcyzy” (podkreślenie autora). W efekcie, przy zastosowaniu wyższej stawki akcyzy, zwrot przekracza kwotę akcyzy odprowadzonej wcześniej od dostarczonej na rzecz zakładu energochłonnego energii elektrycznej. W ocenie sądu taka wykładnia doprowadziłaby do bezpodstawnego wzbogacenia po stronie wnioskodawcy. Pytanie natomiast, czy taka konkluzja powinna uzasadniać odmowę zastosowania wzoru w jego ustawowym kształcie. Mając na uwadze wspomnianą wcześniej zasadę rozstrzygania wątpliwości na rzecz podatnika, można zadać pytanie, czy w tym kontekście przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu powinny wyznaczać granicę dopuszczalnego zwrotu.



Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego jest wciąż nieprawomocny. Nie wiemy, jak sprawę oceni Naczelny Sąd Administracyjny.

Innymi słowy, czy przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu nie powinno się interpretować w ten sposób, że kwota zwrotu byłaby ograniczona kwotą akcyzy odprowadzonej od dostarczonej zakładowi energii.

Na marginesie zauważyć należy, że w przypadku akcyzy zakład energochłonny nie musi być podatnikiem akcyzy. Jeżeli nie ma takiego statusu, bo jest tzw. nabywcą końcowym, podatek odprowadza („płaci”) sprzedawca energii, pośrednio obciążając nabywcę. Czy idąc tropem powyższej argumentacji, w sytuacji gdy dostawca energii nie wykona swojego zobowiązania do odprowadzenia akcyzy, to jego klient (zakład energochłonny) nie będzie uprawniony do pozyskania zwrotu?

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego jest wciąż nieprawomocny. Nie wiemy, jak sprawę oceni Naczelny Sąd Administracyjny. Zapewne zadanie sądu będzie nieco łatwiejsze w przypadkach, gdy organ pierwszej instancji odmówił zwrotu akcyzy w pełnej wysokości. W takiej sytuacji skład sędziowski zmierzy się „jedynie” z zadaniem oceny wyroku stojącego w sprzeczności z literalnym brzmieniem przepisu.

W opisanej wyżej sytuacji, gdy organ pierwszej instancji wydał decyzję zgodną z wnioskiem podatnika, dodatkową zmianą w sporze jest prawidłowość decyzji stwierdzającej nieważność.

Postscriptum

Legislacyjnym postscriptum dla opisanego problemu była nie tylko zmiana wzoru pozwalającego na wyliczenie kwoty zwrotu (obecnie nie odwołuje się on do konkretnej wartości liczbowej, tylko do aktualnej stawki podatku), ale również jej uzasadnienie. Mowa w nim o aktualizacji wzoru z dniem 1 stycznia 2020 r., w celu dostosowania go do obniżonej stawki akcyzy.

Jak ocenić wpływ takiej zmiany na rozliczenia dotyczące 2019 r.? Czy jako przyznanie się fiskusa do błędu, czy też jako doprecyzowanie? Niezależnie od ostatecznego rozstrzygnięcia, po raz kolejny przedsiębiorcy zmierzili się z efektami gorączkowego procesu legislacyjnego. Jeżeli pierwsze tygodnie 2022 r. mają być prognozą dla krajobrazu podatkowego następnych miesięcy i lat, nie będzie to ostatnia tego rodzaju sytuacja. ●



JOANNA PROKURAT
doradca podatkowy,
praktyka podatkowa

Czy interpretacja indywidualna chroni jej adresata, jeśli zmieniło się prawo?

Dzięki interpretacji przepisów prawa podatkowego (interpretacji indywidualnej) podatnik, który o nią wystąpił, zyskuje pewność, czy w danej sytuacji powinien zapłacić podatek, a jeśli tak to w jakiej wysokości. Takie wątpliwości są bowiem chlebem powszednim podatników w Polsce. Jeśli podatnik postąpi zgodnie z interpretacją indywidualną, może czuć się bezpieczny. Co jednak, jeśli zmieni się prawo?

Polskie prawo podatkowe jest skomplikowane, a podstawowe podatki należy obliczać we własnym zakresie. Stwarza to zagrożenie dla bezpieczeństwa prawnego i ekonomicznego podatników, a także płatników, inkasentów i innych zainteresowanych. Dlatego tak ważne jest, by ustawodawca przestrzegał zasady pewności prawa i sprawiedliwości podatkowej. Stąd też wynikają zwiększone wymogi co do jakości prawa podatkowego.

Jednak system podatkowy odbiega od ideału, a jednym z jego niedociągnięć jest brak stabilności, czego wyrazem może być tzw. Polski Ład stanowiący w istocie gruntowną nowelizację polskiego systemu podatkowego – przede wszystkim podatków dochodowych.

Na dodatek sprawy podatkowe są rozstrzygane przez sądy administracyjne z opóźnieniem, w związku z czym orzeczenia są wydawane w oparciu o historyczne podstawy normatywne, co nie pozwala na szerokie wykorzystanie dorobku sądownictwa w zakresie interpretacji prawa.

Dlatego tak istotna jest rola interpretacji przepisów prawa podatkowego (ogólnych i indywidualnych), które wypełniają przestrzeń między ustawodawstwem a orzecznictwem sądów administracyjnych i służą ujednoliceniu przepisów prawa.

Interpretacje przepisów prawa podatkowego (interpretacje indywidualne)

Na mocy art. 14b § 1 Ordynacji podatkowej Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej na wniosek zainteresowanego (w szczególności podatnika) wydaje w jego indywidualnej sprawie interpretację przepisów prawa podatkowego (interpretację indywidualną).

Składający wniosek o wydanie interpretacji indywidualnej ma obowiązek wyczerpująco przedstawić zaistniały stan faktyczny albo zdarzenie przyszłe i wskazać własne stanowisko w sprawie oceny prawnej tego stanu faktycznego albo zdarzenia przyszłego.

Treść wniosku znajduje następnie odzwierciedlenie w wydanej interpretacji indywidualnej, która – oprócz wyczerpującego opisu stanu faktycznego albo zdarzenia przyszłego przedstawionego we wniosku – zawiera także ocenę stanowiska wnioskodawcy wraz z jej uzasadnieniem prawnym (art. 14c § 1 Ordynacji podatkowej).

Jeśli stanowisko wnioskodawcy zostanie ocenione negatywnie, w interpretacji indywidualnej będzie wskazane prawidłowe stanowisko wraz z uzasadnieniem prawnym (art. 14c § 2 Ordynacji podatkowej).

Moc ochronna interpretacji indywidualnej

Wydana interpretacja indywidualna chroni jej adresata, ale moc ochronna interpretacji zależy od wielu czynników.

Zgodnie z art. 14k Ordynacji podatkowej ochrona ta polega na tym, że jeśli wnioskodawca zastosuje się do interpretacji indywidualnej przed jej zmianą, stwierdzeniem jej wygaśnięcia lub przed doręczeniem organowi podatkowemu odpisu prawomocnego orzeczenia sądu administracyjnego uchylającego interpretację indywidualną,

INTERPRETACJA OGÓLNA

wydaje Minister Finansów

wydawana z urzędu lub na wniosek

wydawana w celu zapewnienia jednolitego stosowania przepisów prawa podatkowego przez organy podatkowe

INTERPRETACJA INDYWIDUALNA

wydaje Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej

wydawana wyłącznie na wniosek

wydawana wyłącznie w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego lub zdarzenia przyszłego zaprezentowanego we wniosku o jej wydanie

fakt ten nie może szkodzić wnioskodawcy, nawet jeśli interpretacja indywidualna nie została uwzględniona w rozstrzygnięciu sprawy podatkowej.

W zakresie związanym z zastosowaniem się do interpretacji, która uległa zmianie, której wygaśnięcie stwierdzono lub która nie została uwzględniona w rozstrzygnięciu sprawy podatkowej, nie wszczyna się postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe, a postępowanie wszczęte w tych sprawach umarza się oraz nie nalicza się odsetek za zwłokę.

Oznacza to, że moc ochronna interpretacji indywidualnej zależy od tego, czy pytanie zadane we wniosku o jej wydanie dotyczyło sytuacji, która już miała miejsce (tzw. stan faktyczny), czy dopiero planowanych czynności (tzw. zdarzenie przyszłe). Datą graniczną jest doręczenie interpretacji indywidualnej (odpowiedzi organu). Zakres ochrony jest większy w przypadku interpretacji doręczonej przed zaistnieniem faktów stanowiących jej przedmiot.

O uchyleniu i stwierdzeniu wygaśnięcia interpretacji indywidualnej jest mowa w art. 14e Ordynacji. Nie wspomina on jednak o zmianie stanu prawnego, na którego podstawie została wydana taka interpretacja.

Takie odwołanie istniało w stanie prawnym obowiązującym przed 1 lipca 2007 r.,

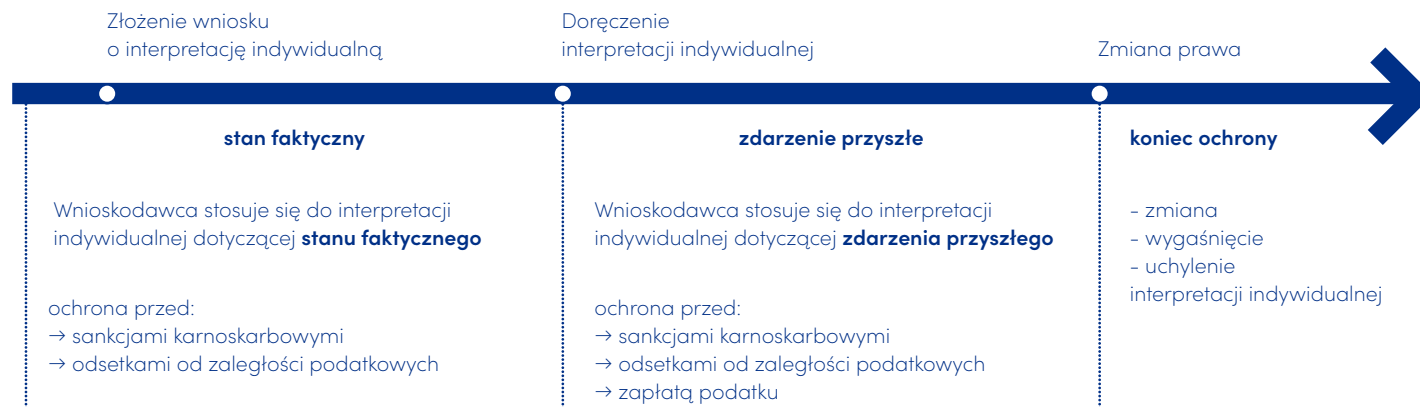
kiedy przesłanką zmiany lub uchylenia interpretacji indywidualnej przez organ odwoławczy była jej niezgodność z prawem wynikająca ze zmiany przepisów. Aktualnie – z uwagi na brak bezpośredniej regulacji – dezaktualizacja, a tym samym utrata mocy ochronnej interpretacji przepisów prawa podatkowego może nastąpić nawet wtedy, gdy zmiana przepisów nie powoduje naruszenia prawa przez interpretację.

W praktyce uznaje się, że zmiana prawa wyznacza granice czasowe ochrony wynikającej z otrzymanej interpretacji. Choć nie ma to wyraźnej podstawy prawnej, interpretacja indywidualna traci na znaczeniu w sytuacji zmiany stanu prawnego. Z tego względu tzw. Polski Ład – który zmienia jeśli nie większość, to znaczną część norm o CIT oraz PIT – może stawiać pod znakiem zapytania moc ochronną płynącą z interpretacji indywidualnych wydanych na wniosek złożony przed wejściem zmian w życie. To samo dotyczy innych zmian przepisów prawa podatkowego, jakże częstych w polskiej rzeczywistości podatkowej.

Na marginesie należy wspomnieć, że warunkiem skorzystania z ochrony płynącej z interpretacji indywidualnej jest, aby ustalony stan faktyczny był tożsamy ze stanem faktycznym lub zdarzeniem przyszłym opisanym we wniosku o wydanie takiej interpretacji. Na mocy art. 14na Ordynacji podatkowej przepisów opisujących ochronną moc interpretacji indywidualnej nie stosuje się również, jeżeli stan faktyczny

>>

MOC OCHRONNA INTERPRETACJI INDYWIDUALNEJ



lub zdarzenie przyszłe będące jej przedmiotem stanowi element czynności będących przedmiotem decyzji wydanej z zastosowaniem tzw. klauzuli obejścia prawa podatkowego, związanych z wystąpieniem nadużycia prawa czy z zastosowaniem środków ograniczających umowne korzyści.

Moc ochronna interpretacji indywidualnej a zmiana przepisów prawa

Kwestią dyskusyjną, lecz istotną w obliczu częstych zmian prawa podatkowego jest to, czy każda zmiana treści przepisów prawa stanowiących przedmiot interpretacji indywidualnej powoduje, że interpretacja taka traci swoją aktualność i moc ochronną. W praktyce można rozważyć dwa podejścia: formalne i materialne.



Podejście formalne

Przedmiotem interpretacji indywidualnej są konkretne, wskazane we wniosku o jej wydanie przepisy prawa stanowiące określoną jednostkę redakcyjną, które według organu interpretacyjnego znajdują zastosowanie w sprawie będącej przedmiotem interpretacji indywidualnej w dniu

jej wydania. Przepisy prawne są podstawą oceny stanowiska wnioskodawcy i stanowią element uzasadnienia prawnego interpretacji indywidualnej.

Ponieważ przepisy prawa podatkowego stanowią formalny element interpretacji indywidualnej, każda ich zmiana wymaga nowej wykładni i oceny w zakresie zastosowania ich do opisanego we wniosku stanu faktycznego lub zdarzenia przyszłego. Może ona zostać przeprowadzona w ramach ponownego procesu interpretacyjnego, co wymagałoby wydania nowej interpretacji, a zatem złożenia nowego wniosku o jej wydanie.

Jak się wydaje, opisane podejście formalne będzie odnosiło się również do:

- usunięcia przepisu stanowiącego przedmiot interpretacji, nawet jeżeli wraz z usunięciem danego przepisu dodaje się inny przepis o takiej samej lub istotnie podobnej treści – jest to bowiem inna jednostka redakcyjna, nieuwzględniona w interpretacji indywidualnej,
- dodania nowych przepisów prawnych, które nie były uwzględnione przez organ interpretacyjny w toku wydawania interpretacji indywidualnej.

PRZYKŁAD 1

ZACHOWANA MOC OCHRONNA INTERPRETACJI INDYWIDUALNEJ

Do końca 2010 r. żaden przepis prawa nie zawierał normy prawnej nakładającej obowiązek podatkowy na osobę fizyczną w związku z wniesieniem przez nią aportu do spółki osobowej.

Na mocy nowelizacji z 25 listopada 2010 r. do art. 21 ust. 1 ustawy o PIT dodano punkt 50b, który jasno mówi, że przychody z tego tytułu są wolne od podatku dochodowego. Nie była to zmiana normatywna przepisów prawa, lecz zmiana redakcyjna w postaci

doprecyzowania obowiązujących przepisów (por. uchwała 7 sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z 14 marca 2011 r., II FPS 8/10).

Taka wyłącznie redakcyjna zmiana przepisów nie skutkowałaby utratą mocy ochronnej interpretacji indywidualnej wydanej na wniosek złożony i oparty na poprzednim stanie prawnym – ani w podejściu formalnym, ani w podejściu materialnym.

Opisane formalne podejście może znajdować uzasadnienie również w tym, że moc ochronna interpretacji indywidualnej jest sytuacją wyjątkową. Tylko podatnik (płatnik, inkasent lub inny zainteresowany) będący adresatem interpretacji indywidualnej, do której się zastosował, może korzystać ze szczególnych zasad ochrony przewidzianych w Ordynacji podatkowej. Taka ochrona nie przysługuje innym podatnikom, którzy nie uzyskali interpretacji indywidualnej, względnie nie zastosowali się do otrzymanej interpretacji indywidualnej, interpretacji ogólnej czy objaśnień podatkowych (poza przypadkiem zastosowania się do utrwalonej praktyki interpretacyjnej). Zatem wyłącznie restrykcyjne podejście do warunków uzyskania interpretacji indywidualnej może gwarantować płynącą z niej ochronę.

Dodatkowo uznanie, że każda zmiana przepisów stanowiących przedmiot interpretacji indywidualnej powoduje wygaśnięcie ochrony wynikającej z zastosowania się do tej interpretacji, w swoisty sposób ogranicza niepewność co do funkcji ochronnej interpretacji indywidualnej. W takim ujęciu adresat interpretacji zasadniczo zawsze wie, czy zachowuje ona moc ochronną, czy też nie.



Podejście materialne

Z drugiej strony treść interpretacji indywidualnej jest efektem oceny tego, czy można zastosować materialne prawo podatkowe w odniesieniu do stanu faktycznego lub zdarzenia przyszłego i na ile zasadne jest stanowisko prawne przedstawione przez wnioskodawcę we wniosku o wydanie takiej interpretacji.

Ocena ta opiera się na treści normy prawnej zawartej w danym przepisie prawnym. Zatem zmiana przepisu prawnego, która nie zmienia normy prawnej w nim zawartej (np. zmiana redakcyjna), nie powinna skutkować dezaktualizacją interpretacji

PRZYKŁAD 2

MOC OCHRONNA RACZEJ UTRACONA, ALE NIEKONIECZNIE

Do końca 2021 r. aport przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części korzystał ze zwolnienia z CIT na podstawie art. 12 ust. 4 pkt 25 lit. b ustawy o CIT. Zgodnie z tym przepisem do przychodów nie zaliczała się wartość wkładu określona w statucie lub umowie spółki (lub w innym dokumencie o podobnym charakterze), jeżeli przedmiotem wkładu niepieniężnego do spółki albo spółdzielni jest przedsiębiorstwo lub jego zorganizowana część.

Tzw. Polski Ład wprowadził do tego przepisu nowy warunek zastosowania ww. zwolnienia: spółka lub spółdzielnia otrzymująca wkład niepieniężny w postaci przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części będzie musiała przyjąć dla celów podatkowych składniki majątku lub wchodzące w skład przedsiębiorstwa lub

jego zorganizowanej części w wartości wynikającej z ksiąg podatkowych podmiotu wnoszącego ten wkład, tj. kontynuować wycenę podatkową takich składników majątkowych.

Jeśli przyjąć formalne podejście, powyższa nowelizacja skutkuje ustaniem mocy ochronnej interpretacji indywidualnej wydanej w oparciu o powołany art. 12 ust. 4 pkt 25 lit. b ustawy o CIT w brzmieniu obowiązującym do końca 2021 r., nawet gdyby wnioskodawca spełnił nowy warunek nadany brzmieniem tzw. Polskiego Ładu. Jednak zastosowanie podejścia materialnego mogłoby ewentualnie prowadzić do zachowania mocy ochronnej interpretacji indywidualnej wydanej w oparciu o stan prawny sprzed 2022 r.

indywidualnej (skoro nie wpływa na uzasadnienie prawne wydanej interpretacji indywidualnej).

Jednak zmiana o charakterze normatywnym powoduje, że zmienia się podstawa prawna uzasadnienia prawnego interpretacji. W takim przypadku należałoby rozważyć, czy dezaktualizacją interpretacji indywidualnej powinna skutkować każda zmiana podstawy prawnej, czy tylko zmiana powodująca inną ocenę przedstawionego we wniosku stanu faktycznego lub zdarzenia przyszłego oraz uzasadnienia prawnego wnioskodawcy.

Ponieważ interpretacja indywidualna dotyczy indywidualnej sprawy przedstawionej we wniosku o jej wydanie, wydaje się, że zmiana stanu prawnego powinna

skutkować dezaktualizacją takiej interpretacji tylko wtedy, gdyby ocena stanowiska wnioskodawcy była inna w przypadku, gdy organ interpretacyjny dokonywałby takiej oceny na podstawie zmienionego stanu prawnego.

Obecnie nie jest wymagana reakcja organu interpretacyjnego na zmianę prawa. Nie ma również automatyzmu prawnego polegającego na pozbawieniu interpretacji indywidualnej funkcji ochronnej. Jedyną podstawą zakwestionowania funkcji ochronnej interpretacji jest niemożność zastosowania się przez podatnika do otrzymanej interpretacji.

Mając na uwadze ogólne zasady postępowania organów podatkowych, które powinno wzbudzać zaufanie podatników, >>



Jedyną podstawą zakwestionowania funkcji ochronnej interpretacji jest niemożność zastosowania się przez podatnika do otrzymanej interpretacji.

wyduje się, że uzasadnione jest poszukiwanie takiego rozumienia „zastosowania się” do interpretacji indywidualnej, które najlepiej urzeczywistni funkcję ochronną interpretacji. Również zasada *in dubio pro tributario* („wątpliwości rozstrzyga się na korzyść podatnika”) prowadzi do wniosku, że z perspektywy podatnika lub innego zainteresowanego korzystniejsze jest podejście materialne, gdyż wzmacnia funkcję ochronną interpretacji. Ważna z tej perspektywy jest też istota interpretacji, tj. możliwie jednoznaczne zniwelowanie niepewności prawnej w zakresie wykładni przepisów prawa podatkowego i ich zastosowania w kontekście indywidualnej sprawy podatnika. Uwzględnić należałoby również zakaz kreowania pozornych uprawnień dla podatników, płatników, inkasentów oraz innych zainteresowanych.

Podsumowanie

Wpływ zmiany przepisów na zakres ochrony podatnika (lub innego zainteresowanego) płynącej z uzyskanej przez niego interpretacji indywidualnej nie jest klarowny, w szczególności z uwagi na brak bezpośredniej regulacji prawnej. Wydaje się, że przy rozstrzyganiu wątpliwości



Wydaje się, że przy rozstrzyganiu wątpliwości należy odwołać się do możliwie szerokiego rozumienia funkcji ochronnej interpretacji indywidualnej.

należy odwołać się do możliwie szerokiego rozumienia funkcji ochronnej interpretacji indywidualnej, która jest realizacją zasady ochrony zaufania do organów podatkowych i uzasadnionych oczekiwań podatników.

Zawsze jednak niezbędna będzie szczegółowa analiza przedmiotu każdej interpretacji (a w istocie wniosku o jej wydanie, bowiem to w nim wskazywane są podstawy prawne interpretacji indywidualnej na dzień złożenia wniosku) pod kątem zmian legislacyjnych – nawet jeśli przyjmiemy, że tylko zmiana normatywna (czyli realna zmiana stanu prawnego), wpływająca na ocenę zastosowania normy prawa podatkowego w indywidualnej sprawie, powoduje dezaktualizację interpretacji indywidualnej i wyznacza czasową granicę ochrony z niej wynikającej.

W świetle nieustających zmian przepisów prawa podatkowego to zadanie może wymagać istotnego zaangażowania, niemniej może być konieczne, aby potwierdzić bezpieczeństwo podatkowe adresata interpretacji indywidualnej, który bezpieczeństwo to na takiej interpretacji opiera. Może to dotyczyć zarówno zagadnień dotyczących bieżącej działalności, jak i jednostkowych zdarzeń (np. reorganizacji). W efekcie niezbędne może być wystąpienie z wnioskiem o wydanie nowej interpretacji indywidualnej (z zastrzeżeniem wskazanych ograniczeń w zakresie mocy ochronnej takiej interpretacji wydanej w odniesieniu do stanu faktycznego, a nie zdarzenia przyszłego) – względnie, o ile to możliwe, uzupełnienie już złożonego wniosku. ●



DR EWA BUTKIEWICZ

radca prawny, starszy doradca,
praktyka life science i ochrony zdrowia



KAROLINA ROMANOWSKA

adwokat, praktyka prawa
pracy i praktyka ochrony danych



WOJCIECH BRZOSTOWSKI

adwokat, praktyka prawa
pracy i praktyka ochrony danych

Zgody wymagane w badaniach klinicznych

Prawna ochrona uczestników badań klinicznych znajduje swoje uzasadnienie w idei autonomii pacjenta w relacji z lekarzem. Zaczęła się ona rozpowszechniać dopiero w połowie XX w., by obecnie uzyskać status zasady ugruntowanej w przepisach prawnych. Zasada ta stosuje się też do uczestników badań klinicznych, a także osób, które mogą być bezpośrednio dotknięte przez skutki eksperymentów medycznych. Przejawem jej stosowania jest bezwzględny wymóg wyrażenia świadomej zgody na udział w badaniu klinicznym oraz obowiązek dbania o prywatność uczestników w oparciu o RODO.

„Prawa uczestników, ich bezpieczeństwo, godność i dobrostan warunkują prowadzenie badań klinicznych i są nadrzędne wobec wszystkich innych interesów”.

Tak brzmi pierwsza część zasady ogólnej ujętej w art. 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 536/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi. W drugiej części tej zasady wskazuje się cel badań klinicznych, którym jest dostarczenie wiarygodnych i odpornych danych (*„resilient and robust data”*).

W badaniu klinicznym konieczne jest ujawnienie danych osobowych uczestników, w tym danych o szczególnym charakterze. Dane te w pewnym zakresie mogą wprawdzie zostać pseudonimizowane i są każdorazowo traktowane jako poufne, ale w Polsce nie mogą być przetwarzane bez osobnej zgody uczestnika badania.

>>

1 / Świadoma zgoda na udział w badaniu klinicznym

Uczestnik badania nie może być traktowany jako bierna strona badania klinicznego, choć podlega procedurom medycznym aplikowanym przez badacza. Aby te procedury mogły być zastosowane, musi on zostać szczegółowo o nich poinformowany i wyrazić świadomą zgodę na ich stosowanie. Jest to wymóg bezwzględny, warunkujący możliwość przeprowadzenia badania.

Uzyskanie świadomej zgody uczestnika badań klinicznych jest sprawdzane na różnych etapach badania. Wzór formularza świadomej zgody na udział w badaniu zatwierdza komisja bioetyczna w procesie uzyskiwania zgody na prowadzenie badania, a jego zgodność z przepisami rozporządzenia 536/2014 potwierdzają organy państw, w których badanie ma być prowadzone. W trakcie badania prawidłowość złożenia świadomej zgody przez uczestników sprawdzają monitor badania oraz inspekcja badań. Każda istotna zmiana w protokole badania wymaga wprowadzenia zmiany do formularza i uzyskania na nią zgody uczestnika. Prowadzenie eksperymentu medycznego, w tym badania klinicznego, bez wymaganej prawnie zgody zagrożone jest karą pozbawienia wolności do lat trzech.

Proces wyrażania świadomej zgody

Pojęcia „świadomej zgody” nie należy rozumieć jako wyłącznie jednorazowego aktu. Jest to raczej proces dostarczania potencjalnemu uczestnikowi informacji w odpowiedniej ilości, rodzaju i formie, tak by mógł je przeanalizować i zadać dodatkowe pytania, aby samodzielnie ocenić korzyści i ryzyka związane z uczestnictwem w badaniu. Proces taki kończy się formalnym wyrażeniem zgody na udział w badaniu przez złożenie podpisu i własnoręczne

datowanie formularza świadomej zgody zatwierdzonego w dokumentacji badania.

Według definicji w rozporządzeniu „świadoma zgoda” oznacza niezależne i dobrowolne wyrażenie przez uczestnika swojej woli udziału w konkretnym badaniu klinicznym, po uzyskaniu informacji o wszystkich aspektach badania, które mają znaczenie dla decyzji uczestnika o udziale.

Drugą stroną procesu uzyskiwania świadomej zgody jest członek zespołu prowadzącego badanie, a więc badacz lub inny lekarz z zespołu badawczego. Zgodnie z rozporządzeniem potencjalnemu uczestnikowi należy też obowiązkowo podać numer badania UE (*Eudract number*) i wskazać, że w bazie danych UE jest dostępne streszczenie wyników badania w formie zrozumiałej dla osoby nieposiadającej wiedzy fachowej.

Bardzo ważny jest też sposób komunikowania się badacza z potencjalnym uczestnikiem. Przede wszystkim nie może on być

w żaden sposób nakłaniany do udziału w badaniu, np. obietnicą poprawy zdrowia. Decyzja podjęta pod niepożądanym wpływem nie miałaby waloru dobrowolności i niezależności, a więc nie byłaby świadomą zgodą.

Badacz ma obowiązek przekazać informacje o badaniu w sposób jasny, wyczerpujący, ale zwięzły – tak, aby uczestnik wiedział, jakiemu badaniu się poddaje. Informacje muszą być przedstawiane w sposób zrozumiały dla osoby, która nie posiada wiedzy fachowej, bowiem dopiero zrozumienie ryzyk wiążących się z badaniem i jego skutków pozwala podjąć świadomą decyzję o udziale (lub odmowie udziału) w badaniu. Rozporządzenie wprost narzuca badaczowi obowiązek sprawdzenia, czy uczestnik zrozumiał przekazane informacje.

Uczestnik musi mieć też odpowiedni czas na rozważenie decyzji o udziale w badaniu klinicznym.

OSOBA UDZIELAJĄCA ŚWIADOMEJ ZGODY NA BADANIE POWINNA ZOSTAĆ POINFORMOWANA O:

- charakterze i celach badania,
- jego korzyściach i skutkach oraz związanych z tym ryzykach i niedogodnościach,
- prawach uczestnika, w tym do wycofania się z badania,
- warunkach badania i okresie udziału uczestnika w badaniu,
- możliwych alternatywnych metodach leczenia, również po przerwaniu udziału w badaniach,
- systemie odszkodowania.

Zawartość dokumentu świadomej zgody

Końcowym etapem jest złożenie oświadczenia uczestnika o zgodzie na udział w badaniu klinicznym, poprzez podpisanie i osobiste datowanie pisemnego dokumentu świadomej zgody.

W dokumencie zawarte są oświadczenia uczestnika, m.in. o tym, że:

- zapoznał się z treścią informacji o badaniu i je zrozumiał,
- wie, że udział w badaniu jest dobrowolny i że może się w każdej chwili z niego wycofać,
- wie, jakie procedury medyczne będą stosowane w badaniu,
- zna warunki ubezpieczenia sponsora i badacza,
- udziela badaczowi prawa wglądu do dokumentacji medycznej z okresu przed rozpoczęciem badania.

W formularzu świadomej zgody mogą się też znaleźć inne oświadczenia, np. o zgodzie na gromadzenie informacji o przebiegu ciąży i o nowo narodzonym dziecku.

Badanie kliniczne może obejmować różne procedury medyczne, np. testy dotyczące ogólnego stanu zdrowia uczestnika w procesie włączania uczestnika do badania. O wszystkich takich procedurach uczestnik musi być poinformowany i musi na nie wyrazić zgodę bądź w jednym formularzu świadomej zgody, bądź w odrębnych zgodach wyrażanych również w trakcie trwającego badania (np. na badania dodatkowe).

Pobierany od uczestnika materiał biologiczny może być również wykorzystywany w innych badaniach naukowych, na co

również należy uzyskać odrębną świadomą zgodę osoby, od której materiał ten pochodzi.

Antycypując utrudnienia w prowadzeniu badania klinicznego, np. w okresie pandemii, uczestnik może być proszony o wyrażenie zgody na udział w badaniu przy zastosowaniu lekarskich wizyt zdalnych i domowego aplikowania badanego leku.

Jeżeli uczestnikiem badania ma być osoba, która nie jest w stanie samodzielnie wyrazić świadomej zgody (małoletni lub osoba całkowicie ubezwłasnowolniona), formularz świadomej zgody podpisuje przedstawiciel takiej osoby wyznaczony zgodnie z właściwymi przepisami.

Jeżeli potencjalny uczestnik jest osobą niepiśmienną, rozporządzenie dopuszcza zarejestrowanie jego zgody np. w nagraniu wideo lub audio w obecności co najmniej jednego bezstronnego świadka (przepisy polskie wymagają obecności dwóch świadków), który składa podpis na formularzu świadomej zgody.

Świadomą zgodę uczestnika podpisuje również badacz, który rozmawiał z pacjentem i udzielał odpowiedzi na jego pytania.

Uczestnik lub jego przedstawiciel otrzymuje jeden egzemplarz podpisanej świadomej zgody w formie dokumentu pisemnego lub utrwalonego środkiem alternatywnym.

Skutki wycofania świadomej zgody

Jednym z praw uczestnika badania klinicznego jest prawo do wycofania się z badania w dowolnej chwili bez niekorzystnych konsekwencji, w szczególności dla opieki

medycznej wymaganej przez uczestnika. Dane wcześniej uzyskane w badaniu będą wykorzystane w materiałach analitycznych badania, na co wyraźnie zezwala rozporządzenie 536/2014. Decyzja dotycząca pobranego od uczestnika materiału biologicznego pozostaje w gestii uczestnika – może on zdecydować o jego zniszczeniu, może wycofać uprzednio wyrażoną zgodę lub podtrzymać ją i pozostawić próbki biologiczne na potrzeby prowadzonych w przyszłości badań naukowych.

Świadoma zgoda osoby, którą skutki badania mogą bezpośrednio dotknąć

Uczestnik zgodnie z rozporządzeniem to osoba fizyczna, która bierze udział w badaniu klinicznym, przyjmując badany produkt leczniczy albo znajdując się w grupie kontrolnej. Skutki przyjmowania produktu leczniczego przez uczestnika badania mogą rozciągać się na inne osoby, przede wszystkim w zakresie rozrodczości.

Dlatego w badaniach niektórych produktów leczniczych uczestnicy są informowani, że np. jeśli ich partnerka zajdzie w ciążę, będzie proszona o udzielenie świadomej zgody na dostęp do dokumentacji medycznej o przebiegu ciąży i stanie zdrowia nowo narodzonego dziecka w celu rozszerzenia wiedzy o działaniu badanego produktu leczniczego. Taka osoba nie jest – zgodnie z definicją – uczestnikiem badania, ale jeśli ma dostarczyć swoich danych zdrowotnych, musi udzielić świadomej zgody. >>

2 / Przetwarzanie danych osobowych w ramach badania klinicznego

Wszelkie czynności przetwarzania danych osobowych w trakcie badań klinicznych – w tym danych uczestnika badania, kadry prowadzącej badanie oraz innych osób trzecich, których skutki badania mogą bezpośrednio dotknąć – muszą być przeprowadzane zgodnie z ogólnym rozporządzeniem 2016/679 (RODO).

Zgoda na przetwarzanie danych osobowych

Wzór zgody na przetwarzanie danych osobowych uczestnika badania należy dołączyć do wniosku o rozpoczęcie badania. I nie jest to jedyna zgoda konieczna do użycia w badaniu klinicznym. Niezbędne może okazać się przetwarzanie danych osobowych osób innych niż uczestnik – np. jeśli spektrum badania rozszerzy się na małżonka uczestnika, jego wstępnych lub zstępnych, w tym dzieci nienarodzone lub małoletnie.

Bez względu na to, kto ma udzielić zgody, sposób jej wyrażenia oraz przesłanki jej legalności są takie same jak w przypadku zgody uczestnika badania. Zgoda osoby

innej niż uczestnik będzie musiała być wyrażona odrębnie i wyraźnie (w określonych sytuacjach przez przedstawiciela ustawowego), a następnie w sposób właściwy zarchiwizowana przez sponsora lub badacza.

Sponsor lub badacz powinien poinformować osoby, których dane są przetwarzane, o sposobie przetwarzania danych, w szczególności o tym, dla jakich celów będą wykorzystywane, komu będą przekazywane, jak długo będą przechowywane i jakie prawa mają te osoby w związku z przetwarzaniem danych.

Zgoda jako podstawa przetwarzania danych w badaniu klinicznym – kontrowersje i prace legislacyjne

Kontrowersje budzi kwestia, czy zgoda jest właściwą podstawą przetwarzania danych osobowych uczestnika badania. Nie jest bowiem zachowana wymagana na gruncie RODO dobrowolność – szczególnie z uwagi na brak równowagi pomiędzy uczestnikiem badania a podmiotem je sponsorującym.

Jest to pozornie sprzeczne z omówioną na wstępie koncepcją dobrowolności

udziału w badaniu, ale trzeba pamiętać, że w RODO szerzej rozumie się koncepcję równowagi stron. Odnosi się ją do społeczno-gospodarczych aspektów życia danej osoby. Nie można więc mówić o dobrowolności, np. jeśli udział w badaniu jest podyktowany stanem zdrowia uczestnika (np. terapia eksperymentalna nieuleczalnej choroby przewlekłej).

Oparcie przetwarzania na innej podstawie niż zgoda nie zwalnia jednak od poinformowania osób, których dane są przetwarzane, o szczegółach takiego przetwarzania i wskazania właściwej podstawy przetwarzania.

Zgodnie z opinią Europejskiej Rady Ochrony Danych (EROD) nr 3/2019 w zależności od charakteru czynności przetwarzania możemy mieć do czynienia z różnymi jej podstawami prawnymi.

W styczniu 2022 r. Ministerstwo Zdrowia zaprezentowało kolejną wersję projektu ustawy o badaniach klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi. Ma ona dostosować obowiązujące przepisy prawa do treści rozporządzenia 536/2014 oraz

PODSTAWA PRZETWARZANIA

CEL PRZETWARZANIA DANYCH

Operacje przetwarzania powiązane wprost z zapewnieniem wiarygodności i bezpieczeństwa*

np. zgłaszanie danych dotyczących bezpieczeństwa, archiwizacja, ujawnianie danych organom krajowym w trakcie inspekcji

danych zwykłych

- wypełnienie obowiązku prawnego ciążącego na administratorze

danych szczególnych kategorii

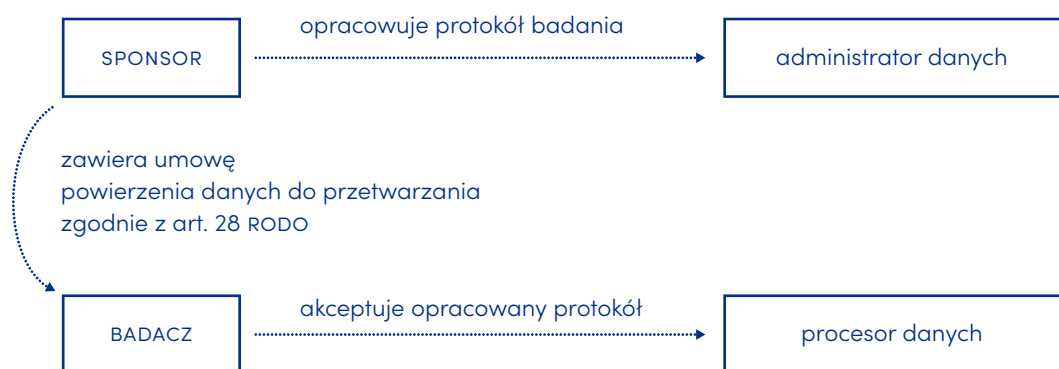
- interes publiczny w dziedzinie zdrowia publicznego

Działalność badawcza

- prawnie uzasadniony interes administratora
- interes publiczny
- zgoda (po wnikliwej analizie okoliczności)

- niezbędność przetwarzania do celów badań naukowych lub statystycznych
- interes publiczny w dziedzinie zdrowia publicznego
- zgoda (po wnikliwej analizie okoliczności)

* dotyczy operacji przetwarzania wymienionych wprost w rozporządzeniu 536/2014 i przepisach krajowych

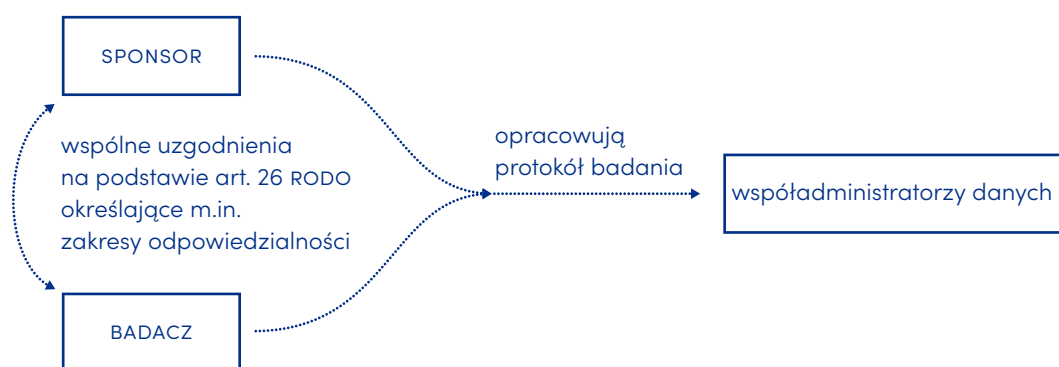


opracowanie protokołu badań

np. uzgodnienie celu, metodologii, danych, które mają być zbierane, czy kryteriów włączania uczestników do badania

procesor danych

podmiot przetwarzający dane na zlecenie administratora danych



RODO. Uchylić ma ona również m.in. obecnie obowiązujący wzór protokołu badawczego oraz wzór dobrej praktyki klinicznej.

Zmiana ta będzie miała istotne znaczenie dla praktyki. Usunie ona bowiem jedyne zobowiązanie prawne sponsora do pobierania od pacjenta/uczestnika zgody na przetwarzanie danych osobowych w ramach badania. Zgoda nie będzie już więc, co do zasady, właściwą podstawą przetwarzania danych osobowych w badaniach klinicznych. Co więcej, jak naszym zdaniem słusznie wskazano w uzasadnieniu projektu, również do tej pory zgoda była nieadekwatna do zamierzonego celu sponsora, działającego jako administrator danych.

Po wejściu w życie proponowanych zmian będziemy więc mogli obserwować ciekawe

i niezwykle pouczające zmagania sponsorów z właściwym doбором podstawy przetwarzania danych, a także z konsekwencjami dokonanych wyborów.

Przepływy danych osobowych

W związku z przeprowadzaniem badania klinicznego dochodzi do przepływu danych osobowych uczestnika badania pomiędzy szeregiem podmiotów – takich jak w szczególności sponsor, badacz i ośrodek badawczy (placówka medyczna). Praktyka nasyca licznych wątpliwości, jakie są role wyżej wskazanych podmiotów. Poprawne przyporządkowanie tych ról jest zaś niezbędne, żeby określić obowiązki ciążyące na poszczególnych podmiotach i zminimalizować ryzyko prawne.

Relacja między sponsorem a badaczem

Tu znów z pomocą przychodzą wytyczne EROD, zgodnie z którymi możemy mieć do czynienia z dwoma scenariuszami, w zależności od udziału sponsora i badacza w sporządzaniu protokołu badania.

W praktyce najczęściej występuje wariant pierwszy. Oznacza to, że sponsor musi zawrzeć z badaczem umowę powierzenia danych do przetwarzania, której treść określona jest sztywno przepisami RODO. Na sponsorze, jako na administratorze danych, spoczywa także szereg innych obowiązków, w tym obowiązek odpowiedniego uregulowania ewentualnych przepływów danych osobowych poza Europejski Obszar Gospodarczy (EOG).

Relacja pomiędzy sponsorem a instytucją (szpitalem)/podmiotem trzecim

Szpital ma status administratora danych osobowych w zakresie, w jakim przetwarza dane osobowe pacjenta w związku z udzielanymi mu świadczeniami zdrowotnymi (szpital przetwarza dane dla własnych celów, w zakresie uregulowanym obowiązującymi przepisami prawa).

Może się jednak zdarzyć, że szpital będzie przetwarzał dane osobowe uczestników badania klinicznego na zlecenie sponsora. Tak będzie na przykład, jeśli szpital zobowiąże się do archiwizowania dokumentacji powstałej w trakcie prowadzenia badania klinicznego (nie jest to ustawowy obowiązek ciążyący na szpitalu, a więc może się on zobowiązać do tego na gruncie umowy ze sponsorem).

W takim przypadku strony muszą zawrzeć umowę powierzenia danych osobowych do przetwarzania zgodną z art. 28 RODO. Umowa powinna precyzyjnie określać zakres powierzenia danych (najczęściej wspomnianą archiwizację) oraz obowiązki stron, aby nie było wątpliwości, którą rolę w danej relacji pełni dany podmiot.

Odpowiednio dotyczy to przetwarzania danych na rzecz sponsora/badacza przez podmioty zewnętrzne, np. podmioty płacowo-księgowe rozliczające koszty współpracy z zespołem badawczym.

Przekazywanie danych osobowych poza EOG

Podmioty zaangażowane w prowadzenie badań klinicznych muszą pamiętać, że RODO nakłada na nie dodatkowe obowiązki

w przypadku przekazywania danych poza EOG, do czego dochodzi na przykład, jeśli siedziby sponsorów badań znajdują się poza tym obszarem. Pewne ułatwienia dotyczą państw, co do których została wydana decyzja Komisji Europejskiej stwierdzająca odpowiedni stopień ochrony przekazanych danych osobowych. Trzeba jednak pamiętać, że decyzja taka nie została wydana w stosunku m.in. do USA, Australii czy Indii.

Pozyskiwanie zgód od uczestników badań klinicznych – na udział w badaniu i na przetwarzanie danych osobowych – jest więc skomplikowanym przedsięwzięciem. Bardzo łatwo tu o błąd, który może mieć dalekosiężne konsekwencje. Warto sobie zdawać z tego sprawę – zwłaszcza wobec planowanych zmian w polskim prawie. ●



JOANNA KRAKOWIAK

radca prawny,
praktyka transakcji i prawa korporacyjnego
oraz life science i postępowań regulacyjnych

Sektor spożywczy a zielona transformacja

Komisja Europejska przyjęła nową strategię „Od pola do stołu”. Żywność ma być nie tylko bezpieczna, ale też coraz zdrowsza i oparta o zrównoważone mechanizmy produkcji i dystrybucji. Dla przedsiębiorców oznacza to trudne decyzje o długofalowych inwestycjach w dobie globalnego kryzysu. Jednak ze względu na spowodowane pandemią nieodwracalne zmiany postaw konsumenckich jest to jedyna droga rozwoju sektora w przyszłości.

Sektor spożywczy jest jednym z nielicznych sektorów, które w niewielkim stopniu ucierpiały z powodu COVID-19. Unijny sektor spożywczy to nadal największy eksporter (oraz importer) żywności, a Polska zajmuje w nim jedno z kluczowych miejsc.

Dobra pozycja globalna nie znaczy jednak, że firmy z sektora są wolne od wyzwań. Aktualnie dotyczą one w szczególności zapewnienia ciągłości dostaw surowców (np. pochodzących z odległych rejonów Azji lub Afryki), wystarczającej liczby pracowników w zakładach produkcyjnych czy większej automatyzacji procesów przetwórczych. Do tego dochodzi konieczność zdobywania nowych lub co najmniej utrzymania aktualnych rynków eksportowych, np. w Wielkiej Brytanii po brexicie czy w Chinach w związku z nałożonymi przez ten kraj obostrzeniami.

Rynek wewnętrzny w Polsce, chociaż spory, nie jest tak chłonny jak przed pandemią – przede wszystkim z uwagi na liczne perturbacje w sektorze hotelarsko-gastronomicznym (HoReCa) wywołane powtarzającymi się lockdownami oraz istotnym wzrostem kosztów produkcji i cen produktów spowodowanym inflacją. Sieci handlowe, będące głównymi nabywcami produktów spożywczych, stawiają swoim partnerom coraz trudniejsze do spełnienia warunki. Dostarczane produkty mają być proekologiczne i tanie, czyli dokładnie takie, jakich obecnie oczekuje konsument. Unia Europejska przekonuje, że te z pozoru sprzeczne oczekiwania można – i trzeba – pogodzić.

>>

Strategia „Od pola do stołu” – gdzie jesteśmy i dokąd zmierzamy?

W maju 2020 r. Komisja Europejska opublikowała strategię „Od pola do stołu”. Ma ona służyć wprowadzeniu sprawiedliwego, zdrowego i przyjaznego dla środowiska systemu żywnościowego, który będzie również bardziej odporny na kryzysy w przyszłości. Jest to kluczowy element tzw. Zielonego Ładu wdrażanego w UE dla realizacji celów zrównoważonego rozwoju ONZ.

Diagnoza aktualnego stanu jest niekorzystna. Produkcja, przetwórstwo, sprzedaż detaliczna, pakowanie i transport żywności w znacznym stopniu przyczyniają się do zanieczyszczenia powietrza, gleby i wody, a także emisji gazów cieplarnianych. W dobie pandemii powiązania pomiędzy naszym zdrowiem, ekosystemami, łańcuchami dostaw, wzorcami konsumpcji i ograniczeniami zasobów stały się ewidentne.

Powiązania te dostrzegają coraz wyraźniej nie tylko naukowcy, ale też konsumenci, którzy zwracają coraz większą uwagę na prozdrowotny charakter nabywanych produktów (o czym świadczy dynamiczny rozwój tzw. superfoods) czy też sposób ich wytwarzania (stąd wzrastające zainteresowanie produktami naturalnymi i certyfikowaną żywnością ekologiczną). Do tego dochodzi wyczulenie na kwestie społeczne i etyczne powodujące częściową rezygnację ze spożywania mięsa czy mleka i zastępowanie ich odpowiednikami pochodzenia roślinnego czy też unikanie niektórych składników, np. oleju palmowego czy GMO.

Deklarowane oczekiwania konsumentów mają przełożenie na konkretne decyzje zakupowe, a tym samym na przychodowość poszczególnych firm z sektora. Mimo niekorzystnej sytuacji ekonomicznej wszystko to stwarza jednoznaczny impuls do głębokich zmian w sektorze spożywczym i to na wszystkich jego poziomach – począwszy od

rolników, poprzez przetwórców i dystrybutorów, a kończąc na sieciach handlowych.

Cele stawiane przez Komisję są ambitne. Przykładowo w zakresie zrównoważonej produkcji rolnej do 2030 r. zużycie antybiotyków w hodowli zwierząt i pestycydów pochodzenia chemicznego w uprawie roślin ma się zmniejszyć o połowę. Zużycie nawozów sztucznych ma spaść o jedną piątą, co w sumie ma doprowadzić do wykorzystania jednej czwartej gruntów rolnych na produkcję ekologiczną.

Producenci są zachęceni do skracania łańcuchów dostaw i dystrybucji oraz zmiany opakowań – przede wszystkim ograniczenia ilości plastiku i innych tworzyw sztucznych, a także zastępowania ich tworzywami biodegradowalnymi, lub co najmniej nadającymi się do recyklingu.

Konsumenci europejscy są też coraz intensywniej edukowani w celu zmian nawyków żywieniowych, bo średnie spożycie cukrów, soli, tłuszczów, a także czerwonego mięsa i energii ogółem nadal przekracza zalecenia naukowców. Pandemia dodatkowo pogłębiła problem otyłości i innych chorób dietopochodnych. W całym łańcuchu żywnościowym eliminowane mają być straty oraz powszechne zjawisko marnowania żywności.

Nadchodzi fala nowych regulacji

Żeby osiągnąć powyższe ambitne cele, nieodzowne są kompleksowe zmiany regulacji w obszarze prawa żywnościowego. Aktualny system prawa żywnościowego to już kilkaset aktów prawnych.

Przedsiębiorców z branży spożywczej czekają duże zmiany otoczenia prawnego, ponieważ obowiązujące regulacje są rewidowane pod kątem zasad zrównoważonego rozwoju. Niewykluczone, że pojawią się też nowe akty prawne. Planowane jest łącznie podjęcie 27 inicjatyw legislacyjnych.

Przykładowo zmienić ma się rozporządzenie 1169/2011 o przekazywaniu konsumentom informacji na temat żywności. Celem jest udoskonalenie informacji na etykietach, aby konsumenci mogli dokonywać zdrowszych i bardziej zrównoważonych wyborów żywności oraz zwalczać jej marnotrawstwo. Z tego powodu planuje się:

- wprowadzenie znormalizowanego obowiązkowego oznaczania wartości odżywczej z przodu opakowania,
- rozszerzenie obowiązku podawania informacji o pochodzeniu w przypadku niektórych produktów,
- zmianę przepisów dotyczących oznaczania daty „spożyć przed” i „najlepiej spożyć przed”.

WYBRANE UNIJNE AKTY PRAWNE DOTYCZĄCE SEKTORA SPOŻYWCZEGO

- rozporządzenie 178/2002 ustanawiające ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego
- rozporządzenie 1308/2013 o organizacji wspólnych rynków rolnych
- rozporządzenie 1169/2011 o przekazywaniu konsumentom informacji na temat żywności
- rozporządzenie 1924/2006 o oświadczeniach żywieniowych i zdrowotnych
- rozporządzenia ustanawiające wymagania higieniczne dla poszczególnych rodzajów produkcji rolno-spożywczej
- rozporządzenie 2017/625 regulujące zasady urzędowej kontroli żywności

Przeprowadzone w skali Europy badania konsumenckie pokazały bowiem, że konsumenci nie odróżniają bezwzględnego naku spożycia przez datą x („spożyć przed”) wskazywanego na produktach łatwo ulegających zepsuciu (np. mleko, jaja) od zalecenia „najlepiej spożyć przed datą x”, które oznacza, że żywność po tej dacie może zmienić niektóre cechy organoleptyczne (np. jaśniejsza barwa kawy, mniej intensywny zapach herbaty), lecz jest to nadal żywność bezpieczna. Niezrozumienie tych komunikatów prowadzi do nieumyślnego marnowania żywności w gospodarstwach domowych, w związku z czym zmiany w sposobie oznakowania produktów mogą skutecznie ograniczyć to zjawisko.

Istotne zmiany szykują się również w prawodawstwie dotyczącym dobrostanu zwierząt, w tym w odniesieniu do transportu i uboju, a także dozwolonych dodatków paszowych i środków ochrony roślin. Można się też spodziewać ściślejszego nadzoru nad stosowanymi normami.

Od strony technicznej zapowiadane zmiany będą dotyczyły przede wszystkim istniejących aktów prawnych, lecz w dłuższej perspektywie rozważane jest również przygotowanie superrozporządzenia unijnego kompleksowo regulującego zasady zrównoważonego rozwoju w sektorze spożywczym.

Polityka kija i marchewki a dobrowolne działania sektora

Oprócz twardych zmian legislacyjnych polegających na zaostrzaniu wymagań wobec procesów produkcyjnych i produktów oferowanych na rynku wspólnotowym planowane są pośrednie mechanizmy oddziaływania na rynek.

W stosunku do rolników otrzymujących dopłaty na podstawie mechanizmów pomocowych administrowanych przez KOWR już teraz premiowane są działania



Niedostosowanie się do zwiększanych wymagań prawnych będzie groziło nie tylko nałożeniem kar administracyjnych za złamanie nowych standardów, ale również ograniczeniem możliwości sprzedażowych.

podejmowane w celu przejścia na produkcję ekologiczną. Zmiany te powinny skutkować większą dostępnością i spadkiem cen drogich surowców pochodzących z rolnictwa ekologicznego.

Podstawowe produkty spożywcze mają być objęte zerową stawką VAT. Działanie takie byłoby lustrzanym odbiciem opłat nakładanych na producentów tzw. niezdrowej żywności (w Polsce przede wszystkim tzw. podatek cukrowy).

Niedostosowanie się do zwiększanych wymagań prawnych będzie groziło nie tylko nałożeniem kar administracyjnych za złamanie nowych standardów, ale również ograniczeniem możliwości sprzedażowych. Planowane są bowiem zmiany w obszarze zamówień publicznych, europejskiego programu dla szkół (w Polsce implementowanego w zakresie m.in. dozwolonej oferty sklepików szkolnych), a także uczestniczenia w unijnych programach promocji żywności na rynku wewnętrznym oraz eksportowych.

Mimo zapowiedzianych mechanizmów wsparcia zmiany w kierunku zrównoważonej produkcji rolno-spożywczej będą kosztowne, a koszty te będą dotyczyły wszystkich uczestników rynku. Jednak te firmy, które zawczasu przeorganizują się pod kątem zrównoważonego rozwoju, zyskają przewagę konkurencyjną. Dlatego już teraz ponad 100 firm z sektora spożywczego przystąpiło do Kodeksu postępowania UE dotyczącego odpowiedzialnych praktyk w zakresie biznesu i marketingu w sektorze

spożywczym, który został przyjęty w lipcu 2020 r. Kodeks jest dobrowolnym zbiorem zasad zrównoważonego rozwoju, który poszczególne firmy lub stowarzyszenia branżowe mogą przyjąć lub dostosować do własnych potrzeb. Przedsiębiorcy mogą dobrowolnie zobowiązać się do działań zgodnych ze wskazanymi w Kodeksie celami, a potem złożyć raport z tego, co im się faktycznie udało zrobić.

Droga do zrównoważonego rozwoju może być więc indywidualna i dostosowana do przedsiębiorstwa, a niekoniecznie wymuszona przez unijnego lub krajowego regulatora. Z wykonania dobrowolnych zobowiązań przedsiębiorcy będą musieli się rozliczyć, publikując stosowne raporty. Przy okazji będą też jednak mogli prowadzić komunikację marketingową, wskazując realne działania podjęte w ramach dążenia do zrównoważonego rozwoju. Mogą to docenić konsumenci, co wydaje się atrakcyjną zachętą do wczesnego wprowadzania zmian. Warto więc śledzić projektowane regulacje prawne i dostosować się do nich, zanim staną się przymusem, tak by nie zaskoczyła nas lawina nowych regulacji prawa żywnościowego i rosnące oczekiwania coraz bardziej świadomych konsumentów. ●



EWA NAGY

radca prawny,
praktyka własności intelektualnej

Czy anonimowy twórca może bronić się przed plagiatem?

Prawo do autorstwa utworu to jedno z najważniejszych osobistych praw autorskich. Co jednak jeśli artysta jest anonimowy lub ukrywa się pod pseudonimem, a jego dzieło staje się przedmiotem plagiatu? Czy można ukrywać swoją tożsamość, a jednocześnie dochodzić ochrony przed naruszeniem na drodze sądowej? Czy można pogodzić prawo do anonimowości z ochroną twórczości?

Jeszcze niedawno wydawało się, że rozwiązaniem w przypadku dzieł plastycznych może być ich rejestracja jako znak towarowy. Jednak ostatnie decyzje wydane w sprawach dotyczących rejestracji dzieł Banksy'ego pokazują, że decydując się na ukrycie tożsamości, należy liczyć się z przeszkodami w egzekwowaniu przysługujących praw, a nawet z koniecznością zdemaskowania.

Pseudonim a rozpoznawalność artysty

Zazwyczaj artyści dążą do osiągnięcia rozgłosu i sławy. Rozpoznawalność twórcy wpływa na jego popularność oraz ceny jego dzieł na rynku sztuki. Niektórzy twórcy decydują się jednak ukryć swoją tożsamość pod pseudonimem, chroniąc w ten sposób swoją prywatność. Przybranie pseudonimu może okazać się strzałem w dziesiątkę i zwiększyć sukces rynkowy artysty, dodając mu tajemniczości.

Stało się tak np. w przypadku Banksy'ego – twórcy jednych z najbardziej znanych murali umieszczanych w przestrzeni publicznej na całym świecie. Mimo że jego pierwsze dzieła streetartowe powstały ponad 20 lat temu, artysta zdołał przez cały ten czas zachować anonimowość. Aura tajemnicy wokół jego prac sprzyja ich popularności. Grafiki Banksy'ego są reprodukowane w tysiącach egzemplarzy – na gadżetach, pocztówkach, a nawet jako tatuaże. Banksy długo tolerował tę sytuację, a w książce *Wall and Piece* napisał nawet, że „prawa autorskie są dla przegrywów” (*copyright is for losers*). Jednak w 2014 r. za pośrednictwem spółki Pest Control Office Limited podjął działania mające na celu rejestrację niektórych swoich prac jako znaków towarowych. Można się domyślać, że w ten sposób chciał zapobiec ich wykorzystywaniu przez osoby trzecie w celach komercyjnych.

ARTYSTA	DZIEŁO	OCHRONA	UPRAWNIONY Z REJESTRACJI
Vermeer	Mleczarka	znak towarowy Unii Europejskiej EUTM-010625143	Société des Produits Nestlé S. A.
	Dziewczyna z perłą	znak towarowy Unii Europejskiej EUTM-011363645	Food Investments Group B. V.
Rembrandt	Straż nocna	znak towarowy Unii Europejskiej EUTM-016613903	Chiever B. V.
Munch	Krzyk	znak towarowy zarejestrowany w systemie madryckim pod numerem IR. 1187098 i chroniony jako znak towarowy Unii Europejskiej	gmina Oslo

Rejestracja dzieła sztuki jako znaku towarowego

Nie tylko Banksy wpadł na pomysł, by zarejestrować dzieło sztuki jako znak towarowy. Znane są przypadki rejestrowania słynnych obrazów lub rzeźb jako znaków towarowych po wygaśnięciu ochrony wynikającej z przepisów o prawie autorskim (w Europie co do zasady życie artysty i 70 lat po jego śmierci). Jako znaki towarowe w Urzędzie Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej (EUIPO) zarejestrowano m.in. obrazy Vermeera, Rembrandta czy Muncha.

Warto jednak zaznaczyć, że próba rejestracji rzeźb Vigelanda jako znaków towarowych w norweskim urzędzie patentowym okazała się nieskuteczna. Uznano, że przyznanie wnioskującej o to gminie Oslo praw z rejestracji dwóch rzeźb Vigelanda jako znaków towarowych jest sprzeczne z klauzulą porządku publicznego. Co istotne, izba odwoławcza norweskiego urzędu patentowego w swojej decyzji podkreśliła, że co do zasady dzieło sztuki może zostać zarejestrowane jako znak towarowy, ale w wyjątkowych okolicznościach rejestracja znaku może być sprzeczna z klauzulą porządku publicznego. Zwróciła również uwagę, że rejestracja jako znaku towarowego dzieła sztuki znajdującego się już w domenie publicznej może spowodować nieuzasadnione wydłużenie czasowej ochrony przewidzianej przez prawo autorskie przed

określonym rodzajem działań. Podobny argument pojawił się także w sprawach rejestracji znaków Banksy'ego.

Przypadek Banksy'ego

Przypadek Banksy'ego różni się od przytoczonych przykładów. Przede wszystkim dotyczy dzieł artysty żyjącego, które wciąż pozostają pod ochroną prawa autorskiego. Wspomniana spółka Pest Control Office Limited została powołana m.in. w celu ochrony dzieł Banksy'ego, umożliwiając mu zachowanie anonimowości. Pest Control Office Limited zarejestrowało 12 najbardziej rozpoznawalnych grafik jako znaki towarowe chronione w Unii Europejskiej, a także dokonało zgłoszeń znaków w innych jurysdykcjach.

Banksy długo pozostawał w opozycji do systemu egzekwowania praw własności intelektualnej i nie prowadził sporów sądowych.

Niemniej jednak w 2018 r. zdecydował się wystąpić przeciwko organizatorom wystawy w Mediolanie pt. *A Visual Protest. The Art of Banksy*, podnosząc zarzuty dotyczące naruszenia praw do znaków towarowych i praw autorskich oraz popełnienia czynów nieuczciwej konkurencji. Spór wynikał z tego, że w sklepie z pamiątkami można było kupić nieautoryzowane towary oznaczone reprodukcjami jego prac. W wyniku sporu wszczętego we Włoszech wydano postanowienie o zabezpieczeniu, w którym nakazano zaprzestanie sprzedaży nieautoryzowanych przez artystę gadżetów w związku z naruszeniem praw do znaków towarowych. Jednym z argumentów, jakie podnosiło MuDEC Museum (organizator wystawy), był zarzut dokonania rejestracji znaków towarowych w złej wierze. Włoski sąd z uwagi na rozpatrywanie sprawy w trybie postępowania zabezpieczającego nie rozważał tych argumentów. Nie uwzględnił też jednak żądań Pest Control Office Limited opartych na prawie autorskim. >>



rejestracja jako znaku towarowego dzieła sztuki znajdującego się już w domenie publicznej może spowodować nieuzasadnione wydłużenie czasowej ochrony przewidzianej przez prawo autorskie przed określonym rodzajem działań



umowa przeniesienia praw autorskich, umowa licencji lub umowa na wydanie dzieła upoważniająca inny podmiot do dochodzenia ochrony sądowej musi zawierać dane pozwalające zidentyfikować autora danego utworu

Krótko po tym sukcesie ważność praw z rejestracji znaków towarowych należących do Pest Control Office Limited została jednak zakwestionowana przez spółkę Full Colour Black Limited, która we wniosku o unieważnienie znaków złożonym do EUIPO argumentowała, że rejestracja znaków towarowych przez spółkę Pest Control Office Limited została dokonana w złej wierze.

Full Colour Black Limited w postępowaniach mających na celu unieważnienie znaków towarowych twierdził, że w grę wchodziły dwa możliwe cele działania w złej wierze. Po pierwsze Banksy mógłby w ten sposób obejść przepisy prawa autorskiego i zmonopolizować wizerunki swoich dzieł bez ujawniania swojej tożsamości. Po drugie udana rejestracja w UE mogłaby zostać wykorzystana jako podstawa do rejestracji znaku towarowego w USA również w złej wierze.

Już po dacie złożenia wniosków o unieważnienie Banksy uruchomił sklep – Gross Domestic Product. Sklep ten nie był otwarty dla publiczności, lecz pozwalał klientom oglądać wystawę okienną i kupować produkty online, po przeprowadzeniu

procedury weryfikacyjnej mającej na celu upewnienie się, że nie zamierzają oni odsprzedawać przedmiotów i nie są handlarzami dziełami sztuki. Motywacją dla tego przedsięwzięcia, o której publicznie mówił Banksy i jego przedstawiciele, był spór o znak towarowy i wykazanie, że znak używany jest w sposób rzeczywisty dla towarów, dla których został zarejestrowany.

EUIPO, podobnie jak norweski urząd patentowy, zajęło stanowisko, że co do zasady ochrona wynikająca z prawa autorskiego i znaków towarowych nie musi się wykluczać, niemniej jednak instrumenty te służą innym celom. EUIPO orzekło jednak, że znaki towarowe zostały zgłoszone przez spółkę Banksy'ego – Pest Control Office Limited w złej wierze, w celu obejścia przepisów o ochronie praw autorskich i bez zamiaru rzeczywistego używania ich dla towarów lub usług, dla których zostały zarejestrowane. EUIPO odnotowało również, że egzekwowanie praw autorskich zmusiłoby Banksy'ego do ujawnienia tożsamości, której ukrycie jest jego znakiem rozpoznawczym. W wyniku wszczętych postępowania EUIPO unieważniło jak na razie pięć znaków towarowych.

Wnioski

Przypadek Banksy'ego pokazuje, że autor, decydując się na anonimowość, traci możliwość egzekwowania majątkowych praw autorskich do swoich dzieł na drodze sądowej. W sądzie nie można występować pod pseudonimem, a ewentualna umowa przeniesienia praw autorskich, umowa licencji lub umowa na wydanie dzieła upoważniająca inny podmiot do dochodzenia ochrony sądowej musi zawierać dane pozwalające zidentyfikować autora danego utworu.

Choć w umowie można zastrzec, że dany utwór ma być rozpowszechniany anonimowo lub oznaczony pseudonimem, a także przewidzieć wysoką karę umowną na wypadek ujawnienia prawdziwej tożsamości autora, nie zmienia to faktu, że jeśli anonimowy autor chce dochodzić przysługujących mu praw na drodze sądowej, musi ujawnić swoją tożsamość. W istniejącym systemie nie ma obecnie mechanizmów pozwalających egzekwować majątkowe prawa autorskie w drodze przymusu państwowego bez szkody dla autorskiego uprawnienia osobistego do rozpowszechniania utworu anonimowo lub pod pseudonimem. ●

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 rozwiązania najtrudniejszych problemów prawnych.

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

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

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

Obecnie w firmie jest blisko 150 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.

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

Dzielimy się wiedzą i doświadczeniem za pośrednictwem firmowego Rocznika, portalu Co do zasady, blogów newtech.law i hrlaw.pl, żywego komentarza PZP, czasopisma naukowego „Co do zasady. Studia i analizy prawne” oraz licznych publikacji i opracowań.

DORADZAMY W NASTĘPUJĄCYCH DZIEDZINACH:

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

