



ROCZNIK

**WAR WSP
DYN' ÓLN
SKI+ ICY•**

Nakład

250 egzemplarzy

Wydawca

WiW Services Sp. z o.o.

Redakcja

Justyna Zandberg-Malec

Projekt okładki

Bazyli Krasulak

Projekt graficzny i skład

Marta Duda (Dobry Skład)

Zdjęcia

Paweł Wodnicki

Druk

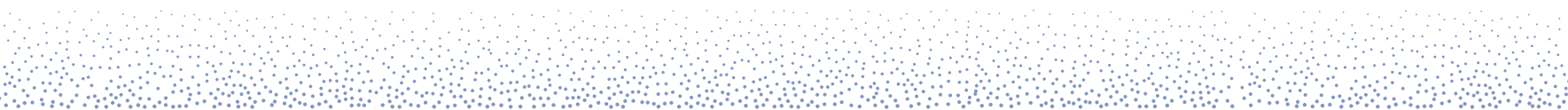
Drukarnia Piotra Włodarskiego

© Copyright by Wardyński i Wspólnicy sp.k., 2023

ROCZNIK 2023 nie stanowi usługi doradztwa prawnego
i nie powinien być podstawą do podejmowania decyzji biznesowych.

Spis treści

- 5 Wstęp**
- 6 Praca zdalna – nowe regulacje w zakresie pracy poza biurem**
DR HAB. MARCIN WUJCZYK
- 10 Od WIBOR-u do WIRON-u – perspektywa banków i kredytobiorców**
KONRAD WERNER
- 14 Sądowa ingerencja w treść umowy**
AGATA JÓŹWIAK
- 18 Klauzule waloryzacyjne w umowach o zamówienie publiczne – czy to działa?**
KAROLINA PARCHENIAK
- 22 Spory z umów ubezpieczeniowych w branży budowlanej**
MONIKA HARTUNG, DR MARTA KOZŁOWSKA
- 25 Ocena oddziaływania na środowisko dla morskich farm wiatrowych**
DR ADRIANNA OGONOWSKA
- 30 Inwestowanie na gruntach rolnych i leśnych**
TOMASZ ZASACKI
- 34 Opakowania na wagę złota**
PAULINA WOJTKOWSKA
- 38 Zasada równości w globalnych łańcuchach dostaw – co zmieni projektowana dyrektywa CSDD?**
FILIP RAK
- 42 ESG – sprzymierzeńcy biznesu i środowiska**
WERONIKA NALBERT
- 46 ESG i M&A, czyli o tym, jak idea zrównoważonego rozwoju kształtuje rynek fuzji i przejęć**
IZABELA ZIELIŃSKA-BARŁOŻEK, JULIA DOLNA
- 49 Przymusowy wykup (*squeeze out*) i przymusowy odkup (*sell out*) w spółce z o.o.**
BARTOSZ KURAŚ
- 53 Alternatywne sposoby rozliczeń w transakcjach fuzji i przejęć**
MACIEJ A. SZEWCZYK, IZABELA ZIELIŃSKA-BARŁOŻEK, ANNA DĄBROWSKA
- 56 O bezpieczeństwie podatkowym transakcji zbycia udziałów w spółkach nieruchomościowych**
SANDRA DERDOŃ, MICHAŁ NOWACKI
- 59 Compliance w spółce publicznej – nowe wyzwania**
DANUTA PAJEWSKA, ALEKSANDRA NOWACKA
- 62 Przejęcie spółki publicznej – duża zmiana, ale czy mniejsze wyzwanie?**
KATARZYNA JAROSZYŃSKA, MARCIN PIETKIEWICZ
- 65 Wiążące polecenia wydawane w ramach grup spółek**
KRZYSZTOF LIBISZEWSKI
- 69 Czy wspólnik może prowadzić działalność konkurencyjną wobec spółki?**
DR KINGA ZIEMNICKA, DR ANTONI BOLECKI
- 73 Jak się przygotować na wdrożenie przepisów o sygnalistach?**
AGNIESZKA GODUSŁAWSKA, AGNIESZKA LISIECKA
- 77 Zaostrzenie zasad reklamy produktów regulowanych z sektora ochrony zdrowia**
JOANNA KRAKOWIAK, JOLANTA PRYSTUPA
- 81 Internet ciał – na drodze do uregulowania**
DR EWA BUTKIEWICZ, KAROLINA ROMANOWSKA, ŁUKASZ RUTKOWSKI
- 87 Czy prawo pracy jest już gotowe na metawersum?**
KATARZYNA MAGNUSKA, DR SZYMON KUBIAK
- 91 Przedawnienie roszczeń finansowych w pomocy publicznej**
DR JOANNA PROKURAT
- 95 Dyrektywa drugiej szansy – nowe narzędzia dla przedsiębiorców w trudnej sytuacji**
EWA KRUSZKO



Szanowni Państwo,

prawo tradycyjnie próbuje nadążyć za rzeczywistością, a potem my wszyscy, którzy zdążyliśmy się już w nowej rzeczywistości odnaleźć, staramy się nadążyć za prawem. Prawodawcy ulegają bowiem naciskowi prawnemu, żeby wszystko było jasno uregulowane. W efekcie powstają receptury, nie przepisy prawne. Tymczasem wielu kwestii wcale nie trzeba osobno regulować. Można, posługując się odpowiednią interpretacją, stosować prawo, które jest.

W końcu pojawiły się przepisy dotyczące pracy zdalnej, która jest z nami już od paru lat. Czy będzie łatwiej? Ustawodawca stara się też ulżyć kredytobiorcom – czy to ma szanse powodzenia?

Sporo zamieszania wprowadza też dawno niewidziana inflacja. Jak sobie radzić, gdy podwyżki cen surowców i energii powodują nieopłacalność zawartych wcześniej kontraktów? I jak przeprowadzić planowaną od lat transformację energetyczną, żeby tę inflację choć trochę przyhamować?

Najwyższy czas zresztą na bardziej zdecydowane działania w różnych obszarach. W dobie kryzysu surowcowego nie możemy sobie pozwolić na bez troskie wyrzucanie opakowań. Ma temu zapobiec planowany system kaucyjny. Pora też przestać przymykać oczy na to, co się dzieje na wcześniejszych ogniwach globalnych łańcuchów dostaw. Tu na bystrość

spojrzenia ma pomóc projektowana dyrektywa CSDD.

W ogóle idea zrównoważonego rozwoju jest już w głównym nurcie i w różnych aspektach kształtuje działania biznesowe. Piszemy o tym z perspektywy prawa konkurencji oraz transakcji – a także pod kątem niezbędnych procedur wewnętrznych.

W Roczniku 2015 pisaliśmy o nowince, którą był wtedy internet rzeczy. W 2023 r. piszemy o internecie ciała – który nawet nie jest już nowinką, ale regulacyjnie wciąż jest wiele do zrobienia. Z regulacyjnego punktu widzenia (a konkretnie – z perspektywy prawa pracy) poruszamy też tematykę metawersum.

Pisząc o potrzebie regulacji, nie zapominajmy, że w wielu kwestiach można sobie doskonale poradzić ze starym porządkiem prawnym – również na nowych płaszczyznach, które otwierają się dzięki technologiom.

A oprócz tego – jak się przygotować na wdrożenie przepisów o sygnalistach? Czy wspólnik może prowadzić działalność konkurencyjną wobec spółki? Jak prowadzić reklamę leków, wyrobów medycznych i suplementów diety? I parę innych tematów.

Zapraszamy do lektury
redakcja



DR HAB. MARCIN WUJCZYK

radca prawny, partner, praktyka prawa pracy,
praktyka ESG i zrównoważonego rozwoju

Praca zdalna – nowe regulacje w zakresie pracy poza biurem

Od 7 kwietnia 2023 r. zaczną obowiązywać nowe przepisy (art. 67¹⁸ – 67³⁴ Kodeksu pracy) regulujące zasady pracy na odległość. Zamiast dotychczasowych regulacji dotyczących telepracy kwestię pracy poza biurem będą określały przepisy o pracy zdalnej. Jakie obowiązki wiążą się z nowymi przepisami i czym praca zdalna będzie się różnić od telepracy?

Zarówno telepraca, jak i praca zdalna umożliwiają wykonywanie pracy poza biurem pracownika. W przypadku pracy zdalnej to pracownikowi powierzono inicjatywę wskazania, gdzie będzie wykonywał swoje obowiązki. Znalazło to odzwierciedlenie w definicji pracy zdalnej, z której wynika, że wprowadzić miejsce pracy zdalnej powinno być uzgodnione przez strony umowy o pracę, jednak to pracownik przedstawia propozycję tego miejsca.

Pojęcie pracy zdalnej

W odróżnieniu od telepracy praca zdalna nie wymaga, by pracownik porozumiewał się z pracodawcą za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Odmiennie niż w przypadku telepracy pewne czynności nie mogą być wykonywane w ramach pracy zdalnej. Są to prace:

- szczególnie niebezpieczne,
- w wyniku których następuje przekroczenie dopuszczalnych norm czynników fizycznych określonych dla pomieszczeń mieszkalnych,
- z czynnikami chemicznymi stwarzającymi zagrożenie,
- związane ze stosowaniem lub wydzielaniem się szkodliwych czynników biologicznych, substancji radioaktywnych oraz innych substancji wydzielających uciążliwe zapachy,
- powodujące intensywne brudzenie.

Praca zdalna jest postrzegana jako ułatwienie dla pracownika, z tego względu pracodawca ma obowiązek wyrazić zgodę na pracę zdalną niektórych osób. Uprawnienia takie uzyskały osoby sprawujące opiekę nad członkiem rodziny. Pracodawca będzie mógł odrzucić ich wnioski o pracę zdalną tylko jeśli będzie ona niemożliwa ze względu na organizację pracy lub rodzaj pracy wykonywanej przez pracownika. Nowe przepisy nie regulują,

co należy rozumieć pod tym pojęciem. Jako przykład okoliczności, na które będzie mógł się powołać pracodawca, argumentując brak zgody na pracę zdalną, można wskazać m.in.:

- znaczne koszty finansowe związane z tą formą pracy,
- brak możliwości efektywnej pracy zespołu,
- konieczność skorzystania z urządzeń znajdujących się w biurze pracodawcy,
- brak możliwości zapewnienia poufności przekazywanych przez pracownika informacji.

Wprowadzenie pracy zdalnej i jej zakończenie

Praca zdalna podobnie jak telepraca wymaga uzgodnienia z pracownikiem. Uzgodnień takich można dokonać już przy zawieraniu umowy albo w trakcie trwania stosunku pracy.

Ciekawą nowością jest możliwość nakazania pracownikowi pracy zdalnej. Taka możliwość istnieje w okresie stanu nadzwyczajnego, stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii oraz w okresie 3 miesięcy po ich odwołaniu. Pracodawca może wydać polecenie również jeśli nie jest możliwe zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków z powodu działania siły wyższej.

Aby pracodawca mógł się domagać wykonania takiego polecenia, pracownik musi złożyć oświadczenie, że posiada warunki lokalowe i techniczne do wykonywania pracy zdalnej. Nowe przepisy nie wprowadzają jednak żadnej możliwości skontrolowania, czy pracownik, który wskazał na brak odpowiednich warunków lokalowych, mówi prawdę. Może się więc okazać, że zatrudnieni, którzy nie chcą pracować w formie zdalnej, dość łatwo będą mogli tego uniknąć. Z drugiej strony pracodawca, któremu uda się ustalić, że pracownik kłamał,

może wyciągnąć wobec tego pracownika konsekwencje, nie wykluczając rozwiązania umowy w trybie dyscyplinarnym.

Istotną odmiennością w stosunku do uregulowań dotyczących telepracy jest dość elastyczny sposób wprowadzenia pracy zdalnej w trakcie trwania stosunku pracy. Uzgodnienia w tym zakresie nie muszą mieć formy pisemnego porozumienia zmieniającego umowę o pracę. Praca zdalna może więc być efektem ustaleń dokonanych przez pracodawcę i pracownika w formie ustnej czy w formie wiadomości e-mail.

Zgodnie z dotychczasowymi przepisami jeśli telepraca została wprowadzona w trakcie trwania stosunku pracy, pracownik miał trzy miesiące na złożenie wniosku o przywrócenie pracy w biurze. Taki wniosek musiał zostać przyjęty przez pracodawcę. Jeśli wniosek został złożony później, pracodawca

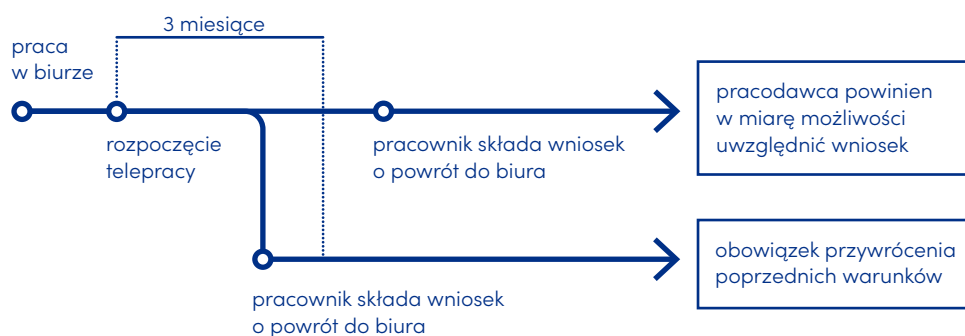
mógł go uwzględnić albo nie (choć w miarę możliwości powinien go przyjąć).

W przypadku pracy zdalnej każda ze stron może w każdym czasie złożyć wniosek o przywrócenie poprzednich warunków pracy. Następuje to w terminie ustalonym przez strony, nie dłuższym niż 30 dni po otrzymaniu wniosku, a w razie braku porozumienia – po upływie 30 dni od dnia, kiedy wniosek został doręczony drugiej stronie. Wniosek może być złożony zarówno w formie pisemnej, jak i elektronicznej i nie wymaga uzasadnienia.

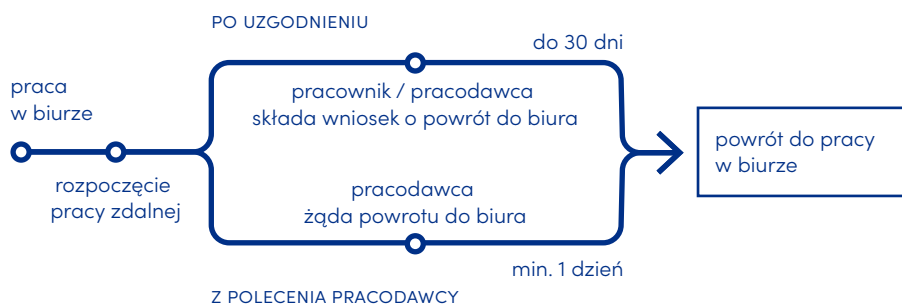
Warto wskazać, że jeśli do rozpoczęcia pracy zdalnej doszło w wyniku polecenia pracodawcy, może on w każdym czasie zażądać, by pracownik powrócił do pracy w biurze, przy czym powinien zapewnić, aby pracownik miał co najmniej 1 dzień na stawienie się w miejscu pracy.

>>

TELEPRACA



PRACA ZDALNA



Forma określenia zasad pracy zdalnej

Regulacje dotyczące uregulowania zasad świadczenia pracy poza biurem są podobne w przypadku telepracy i pracy zdalnej. Uregulowanie tych zasad może nastąpić w drodze porozumienia ze związkami zawodowymi, w regulaminie wydanym samodzielnie przez pracodawcę albo w porozumieniu zawartym między pracownikiem a pracodawcą. Dodatkowo w przypadkach, gdy praca zdalna wykonywana jest na mocy polecenia, zasady jej wykonywania pracodawca może określić również w drodze polecenia.

W wyżej wymienionych dokumentach, zgodnie z art. 67²⁰ § 6 k.p., należy określić takie kwestie jak:

- grupa lub grupy pracowników, którzy mogą być objęci pracą zdalną,
- zasady pokrywania przez pracodawcę kosztów związanych z pracą zdalną,
- zasady kontroli wykonywania pracy przez pracownika wykonującego pracę zdalną,
- zasady bezpieczeństwa,
- bezpieczeństwo i ochrona informacji.

Kontrola wykonywania pracy w domu

Zakres kontroli telepracy i pracy zdalnej jest zbliżony. Istotną różnicą jest umożliwienie pracodawcy skontrolowania miejsca wykonywania pracy zdalnej również w celu weryfikacji, czy zachowane są procedury chroniące poufność informacji służbowych będących w posiadaniu pracodawcy. Wprowadzenie dodatkowej przesłanki jest efektem licznych głosów ze strony pracodawców wskazujących na ryzyko ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w toku pracy zdalnej. Stwierdzenie uchybień w tym zakresie jest podstawą do cofnięcia przez pracodawcę zgody na wykonywanie pracy zdalnej.

	TELEPRACA	PRACA ZDALNA
Definicja	praca, która może być wykonywana regularnie poza zakładem pracy , z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej (w rozumieniu przepisów o świadczeniu usług drogą elektroniczną)	praca, która może być wykonywana całkowicie lub częściowo w miejscu wskazanym przez pracownika i każdorazowo uzgodnionym z pracodawcą, w tym pod adresem zamieszkania pracownika, w szczególności z wykorzystaniem środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość
Kto zawsze ma prawo do pracy poza biurem?	nie ma takich osób	• pracownik-rodzic dziecka niepełnosprawnego • pracownica w ciąży • pracownik wychowujący dziecko do ukończenia przez nie 10. roku życia
Określanie warunków pracy poza biurem	• porozumienie z zakładową organizacją związkową • regulamin • porozumienie zawarte z pracownikiem	• porozumienie z zakładową organizacją związkową • regulamin • porozumienie zawarte z pracownikiem • polecenie pracodawcy
Zakres kontroli w domu pracownika	• wykonywanie telepracy • instalacja, inwentaryzacja, konserwacja, serwis lub naprawa powierzonego sprzętu • bezpieczeństwo i higiena pracy	• wykonywanie pracy zdalnej przez pracownika • przestrzeganie przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy • przestrzeganie wymogów w zakresie bezpieczeństwa i ochrony informacji
Możliwość pracy okazjonalnej	nie, ale często korzystano z nieformalnej pracy <i>home office</i>	tak
Obowiązki pracodawcy w zakresie BHP nie obejmują:	• budowy i przebudowy obiektów budowlanych • dbałości o bezpieczny i higieniczny stan pomieszczeń pracy • zapewnienia odpowiednich urządzeń higieniczno-sanitarnych	• organizowania stanowiska pracy • zapewnienia posiłków i napojów • zapewnienia urządzeń sanitarnych i niezbędnych środków higieny osobistej



W przypadku pracy zdalnej okazjonalnej pracodawca nie jest zobowiązany do zwrotu pracownikowi kosztów, jakie ponosi w związku z faktem wykonywania pracy poza biurem.

Warto podkreślić, że podobnie jak w przypadku telepracy, przeprowadzenie kontroli pracy zdalnej wymaga porozumienia z pracownikiem.

Praca okazjonalna

Nowe regulacje wychodzą naprzeciw częstej praktyce, w ramach której pracownicy korzystali z *home office* na podstawie prośby skierowanej do pracodawcy. Ponieważ taka praca miała charakter nieregularny, nie stosowały się do niej przepisy o telepracy, a tym samym brak było przepisów, które określały zasady wykonywania tej pracy (np. co do przestrzegania przepisów BHP).

W ramach pracy zdalnej dopuszczalne jest wykonywanie jej w sposób okazjonalny do 24 dni w roku. W takim przypadku nie trzeba regulować zasad wykonywania pracy zdalnej w regulaminie czy porozumieniu. Pracodawca nie jest również zobowiązany do zwrotu pracownikowi kosztów, jakie ponosi w związku z faktem wykonywania pracy poza biurem.

Obowiązki BHP w zakresie pracy zdalnej

Jedną z istotnych zmian, jakie wprowadzają przepisy dotyczące pracy zdalnej, jest ograniczenie obowiązków pracodawcy w zakresie bezpiecznych i higienicznych warunków

pracy. Przede wszystkim na pracownika przeniesiono obowiązek zorganizowania stanowiska pracy w zgodzie z przepisami oraz zasadami ergonomii. Oznacza to, że to pracownik sam powinien dopilnować, by miał prawidłowo ustawione biurko, a także by krzesło, na którym siedzi, spełniało wymagania nakładane przez prawo.

Podsumowanie

Nowe regulacje w zakresie pracy zdalnej są efektem doświadczeń stosowania telepracy i pracy w domu w okresie obowiązywania regulacji covidowych. Wprawdzie ustawodawcy nie udało się uniknąć szeregu niejasności, jednak nowe przepisy w większym stopniu niż poprzednie odpowiadają na potrzeby zarówno pracowników, jak i pracodawców. Ponieważ praca z domu staje się stałym elementem w realiach stosunków pracy, należy mieć nadzieję, że nowe przepisy pozwolą efektywnie zorganizować wykonywanie pracy. Na ostateczną ocenę należy jednak poczekać. ●



KONRAD WERNER

radca prawny, doradca, praktyka
bankowości i finansowania projektów

Od WIBOR-u do WIRON-u – perspektywa banków i kredytobiorców

W ostatnich kilkunastu miesiącach w Polsce gwałtownie wzrosła inflacja, a wraz z nią stopy procentowe. Podstawowa stopa referencyjna dla instrumentów dłużnych denominowanych w złotych, czyli trzymiesięczny WIBOR (od ang. *Warsaw Interbank Offered Rate*), wzrosła z 0,21% w lipcu 2021 r. do 7,61% na początku listopada 2022 r.. Skutkiem są poważne trudności dla osób mających kredyty o zmiennym oprocentowaniu denominowane w złotych. Jedną z odpowiedzi ma być reforma używanego w Polsce wskaźnika referencyjnego, a więc właśnie WIBOR-u. Czy to ma szanse powodzenia?

W szczególnie ciężkiej sytuacji znalazły się w ostatnim czasie osoby posiadające mieszkaniowe kredyty hipoteczne w złotych. Raty kredytowe płacone przez takie osoby wzrosły nieraz drastycznie i w przypadku niektórych kredytobiorców są już około dwukrotnie wyższe niż jeszcze rok temu.

Sytuację utrudnia fakt, że zdecydowana większość mieszkaniowych kredytów hipotecznych udzielanych w złotych w Polsce to kredyty o zmiennym oprocentowaniu, co odróżnia nasz kraj od wielu innych krajów europejskich, gdzie standardem są kredyty mieszkaniowe o stałym oprocentowaniu, i gdzie w konsekwencji osoby posiadające takie kredyty nie są dotknięte wahaniami stóp procentowych.

Na ratunek kredytobiorcom

Trudna sytuacja kredytobiorców złotych skłoniła polski rząd do podjęcia działań. Jednym z pomysłów rządu, poza tzw. wakacjami kredytowymi, była reforma stawki referencyjnej WIBOR, a nawet całkowite zaprzestanie jej obliczania i zastąpienie inną stawką. W kwietniu 2022 r. podczas Europejskiego Kongresu Gospodarczego w Katowicach premier Mateusz Morawiecki ogłosił plan pomocy kredytobiorcom, składający się z czterech filarów. Jednym z nich było zastąpienie WIBOR-u alternatywną, bardziej przejrzystą stawką referencyjną, opartą na stawkach stosowanych dla hurtowych depozytów typu *overnight*. W teorii i zgodnie z deklaracjami rządu miało to zmniejszyć odsetki płacone od długu złotowego o zmiennym oprocentowaniu, opartego obecnie na stawce WIBOR, gdyż nowa stawka zastępcza miała być niższa od stawki WIBOR. Argumentowano, że notowane w ostatnim czasie poziomy stawki WIBOR są nadmierne i niesprawiedliwe, a sposób ich obliczania jest nieprzejrzysty i podatny na manipulacje.

ROZPORZĄDZENIE BMR

- Unijne rozporządzenie w sprawie indeksów stosowanych jako wskaźniki referencyjne w instrumentach finansowych i umowach finansowych.
- Ściśle reguluje zasady zarządzania wskaźnikami referencyjnymi.
- Klasyfikuje WIBOR jako tzw. kluczowy wskaźnik referencyjny, co sprawia, że podlega on szczególnie rygorystycznym regulacjom.

WIRON (WARSAW INTEREST RATE OVERNIGHT)

- stawka typu RFR – *Risk Free Rate* – „stopy wolne od ryzyka”
- retrospektywna – dotyczy przeszłych okresów (a konkretnie – ostatniej doby)
- oparta na stawkach stosowanych w rzeczywistych transakcjach na hurtowym rynku depozytów *overnight*

Stawki typu RFR są uważane za bardziej przejrzyste, bardziej reprezentatywne dla rynku, który mają mierzyć, i mniej podatne na manipulację.

Niektórzy przedstawiciele obozu rządzącego sugerowali nawet, że nowa stawka mogłaby zastąpić stawkę WIBOR tylko w mieszkaniowych kredytach hipotecznych, natomiast stawka WIBOR byłaby nadal obliczana i uwzględniana np. w kredytach czy obligacjach korporacyjnych.

Konfrontacja z wymogami rozporządzenia BMR

Te pierwsze pomysły i propozycje zdawały się jednak nie uwzględniać w pełni faktu, że obliczanie i stosowanie – a także ewentualne zastępowanie – stawki WIBOR są ściśle regulowane przez tzw. rozporządzenie BMR, czyli unijne rozporządzenie w sprawie indeksów stosowanych jako wskaźniki referencyjne w instrumentach finansowych i umowach finansowych. Co więcej, WIBOR jest tzw. kluczowym wskaźnikiem referencyjnym w rozumieniu rozporządzenia BMR, co sprawia, że podlega on szczególnie rygorystycznym regulacjom.

W praktyce oznacza to przede wszystkim, że ustawodawca, Minister Finansów czy też organ nadzoru nie może zastąpić WIBOR-u stawką alternatywną tylko w niektórych kategoriach umów, np. w umowach o mieszkaniowe kredyty hipoteczne, a jednocześnie utrzymać go w innych rodzajach umów. Zgodnie z rozporządzeniem BMR w przypadku zastąpienia kluczowego wskaźnika referencyjnego jest on zastępowany z mocy prawa przez wskazaną zastępczą stawkę referencyjną co do zasady we wszystkich umowach, w których występuje zastępowany wskaźnik, chyba że umowy te zawierają tzw. klauzulę awaryjną (ang. *fall-back clause*), spełniającą wymogi tzw. „odpowiedniej klauzuli awaryjnej” opisane w rozporządzeniu BMR oraz wskazującą na inny wskaźnik zastępczy w przypadku zaprzestania obliczania wskaźnika zastępowanego. Co więcej, procedura zastąpienia określona w rozporządzeniu BMR wymaga, aby w dniu zastąpienia wskaźnika referencyjnego całkowicie zaprzestano obliczania i publikowania zastępowanego wskaźnika.

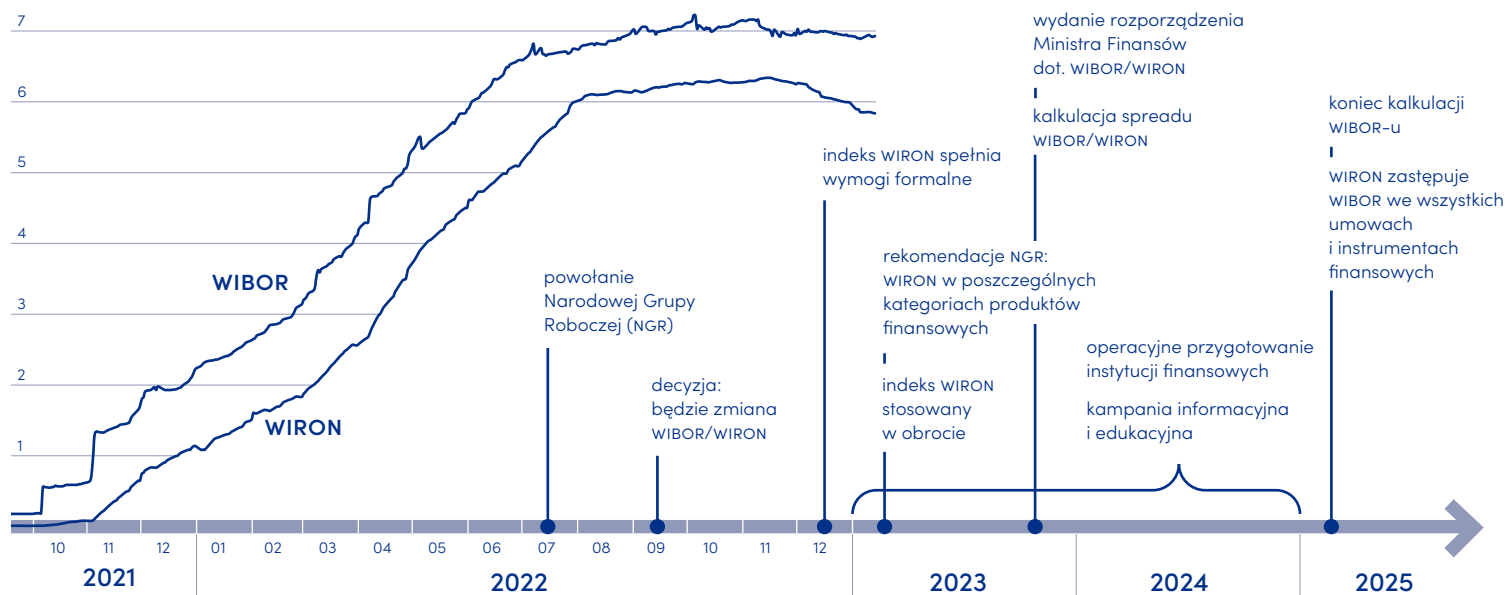
W konsekwencji, biorąc pod uwagę wymogi rozporządzenia BMR, zastąpienie wskaźnika WIBOR będzie miało wpływ nie tylko na osoby fizyczne posiadające mieszkaniowe kredyty hipoteczne, ale na zdecydowaną większość dłużników i wierzycieli długu, od którego naliczane jest zmienne oprocentowanie oparte na wskaźniku WIBOR, w tym długu wynikającego z kredytów korporacyjnych, obligacji, pożyczek między przedsiębiorcami, kredytów bankowych, a także na użytkowników i dostawców innych popularnych produktów finansowych, takich jak leasing czy faktoring.

Czy reforma przyniesie ulgę kredytobiorcom?

Powstaje zatem pytanie, jaki dokładnie będzie ten wpływ. Czy zastąpienie WIBOR-u nowym wskaźnikiem referencyjnym wpłynie na równowagę ekonomiczną pomiędzy, na przykład, pożyczkodawcą a pożyczkobiorcą? Wydawałoby się, że powinno tak być, biorąc pod uwagę, że reforma WIBOR-u była początkowo przedstawiana jako jeden ze sposobów na zmniejszenie obciążenia kredytobiorców rosnącymi ratami kredytów hipotecznych. Zastąpienie stóp referencyjnych na mocy rozporządzenia BMR co do zasady nie ma jednak na celu zmiany równowagi ekonomicznej pomiędzy dłużnikami i wierzycielami, wynikającej z tego, co uzgodnili oni w dokumentacji finansowej.



Zastąpienie wskaźnika WIBOR będzie miało wpływ nie tylko na osoby fizyczne posiadające mieszkaniowe kredyty hipoteczne, ale na zdecydowaną większość dłużników i wierzycieli długu, od którego naliczane jest zmienne oprocentowanie.



Co więcej, standardową praktyką przy zastępowaniu wskaźników referencyjnych, w tym na podstawie rozporządzenia BMR, jest stosowanie tzw. korekty spreadu w każdym przypadku, gdy proste zastąpienie jednego wskaźnika drugim prowadziłoby do zachwiania uzgodnionych przez strony parametrów ekonomicznych umowy. Korekta spreadu jest zazwyczaj obliczana jako mediana dziennej różnicy pomiędzy starą i nową stopą, obliczana w okresie pięciu lat wstecz dla każdego dnia, w którym obie stopy były obliczane w tym pięcioletnim okresie.

Innymi słowy: zastąpienie WIBOR-u nową stawką referencyjną w trybie określonym w rozporządzeniu BMR dotknie w rzeczywistości niemal każdego, kto ma jakikolwiek rodzaj umowy odwołującej się do WIBOR-u. Nic jednak na razie nie zapowiada, aby kredytobiorcy mieli dzięki temu już niewątpliwie płacić mniejsze odsetki, korzystając z administracyjnie narzuconego wzmocnienia swojej pozycji.

Dalsze etapy reformy

W lipcu 2022 r. ukonstytuowała się tzw. Narodowa Grupa Robocza ds. reformy stawek referencyjnych, której powierzono zadanie reformy stawek referencyjnych w Polsce. Jako stawkę, która zastąpi WIBOR, grupa robocza wskazała WIRON (wcześniej funkcjonujący pod nazwą WIRD), czyli stawkę referencyjną obliczaną na podstawie danych z rynku hurtowych depozytów złotych typu *overnight*. Zastąpienie to będzie więc w istocie zgodne z ogólnosiątkowym trendem zastępowania tak zwanych stawek IBOR tak zwanymi stawkami RFR, czyli „stopami wolnymi od ryzyka” (ang. *risk free rates*). Stawki IBOR to stawki dotyczące przyszłych okresów, oferowane dla depozytów międzybankowych o określonym czasie trwania, np. miesięcznym, trzymiesięcznym, sześciomiesięcznym itd. Stawki RFR są natomiast co do zasady stawkami retrospektywnymi, a więc dotyczącymi przeszłych okresów (a konkretnie – ostatniej doby), zwykle opartymi na stawkach stosowanych

w rzeczywistych transakcjach na hurtowym rynku depozytów *overnight*. Stawki RFR są na ogół uważane za bardziej przejrzyste, bardziej reprezentatywne dla rynku, który mają mierzyć, i mniej podatne na manipulację.

Grupa robocza wskazała również, że przejście z WIBOR na WIRON będzie wiązało się z korektą spreadu, obliczanego w standardowy sposób opisany powyżej, tj. jako mediana dziennej różnicy pomiędzy wartością zamienianego wskaźnika a wartością nowego wskaźnika, obliczoną dla każdego dnia w okresie pięciu lat wstecz, dla którego były obliczane oba wskaźniki. Innymi słowy, o ile w międzyczasie nie zostaną przyjęte inne rozwiązania osłonowe na korzyść kredytobiorców, korekta spreadu spowoduje, że równowaga ekonomiczna między dłużnikami a wierzycielami pozostanie zasadniczo niezachwiana, a kredytobiorcy raczej nie poczują ulgi spowodowanej obniżeniem się rat kapitałowo-odsetkowych poniżej poziomu, na jakim by się znajdowały, gdyby wciąż obowiązywał wskaźnik WIBOR.

Data, kiedy wszystkie odniesienia do WIBOR w istniejących umowach zostaną zastąpione przez WIRON z mocy prawa, będzie prawdopodobnie 1 stycznia 2025 r. Jednak banki będą zachęcane przez Komisję Nadzoru Finansowego do rozpoczęcia stosowania nowej stawki WIRON w nowych umowach już w 2023 r. Zarówno banki, jak i ich klienci, będą musieli się do tego przygotować, tym bardziej że metodologia obliczania odsetek od kredytu lub innego instrumentu dłużnego przy użyciu WIRON (będącego retrospektywną stawką referencyjną opartą o transakcje *overnight*) będzie się znacząco różnić od tego, jak oblicza się odsetki na podstawie tradycyjnego wskaźnika terminowego, dotyczącego przyszłych okresów o określonej długości, takiego

jak WIBOR. Różnica ta będzie musiała być odzwierciedlona w treści umów o produkty finansowe.

Kluczowa rola klauzul awaryjnych

Banki i ich klienci będą musieli również rozważyć i przeanalizować wszelkie klauzule awaryjne w swoich istniejących i nowych umowach finansowych. Klauzule awaryjne w umowach finansowych mają na celu wskazanie wskaźnika zastępczego w przypadku, gdy istniejący wskaźnik określony w umowie przestaje być obliczany i publikowany. Jeśli klauzula awaryjna spełnia pewne wymogi określone w rozporządzeniu BMR, może ona

sprawić, że zastąpienie wskaźnika, które w braku takiej klauzuli nastąpiłoby z mocy prawa zgodnie z rozporządzeniem BMR, nie nastąpi, a zamiast tego wcześniejszy wskaźnik referencyjny zostanie zastąpiony innym, wskazanym w klauzuli awaryjnej. Innymi słowy, jeśli w 2025 r. WIBOR z mocy prawa zostanie zastąpiony przez WIRON na podstawie rozporządzenia BMR, możliwe jest, że w niektórych umowach z klauzulami awaryjnymi stawką zastępczą w rzeczywistości nie będzie WIRON, ale inna stawka, wskazana na podstawie klauzuli *fallback* zastosowanej w danej umowie.

W związku z powyższym, aby uczestnicy rynku mogli właściwie zrozumieć swoją sytuację prawną i finansową w związku z zaprzestaniem stosowania stawki WIBOR, będą musieli dokładnie przyjrzeć się swoim dotychczasowym umowom finansowym, w tym wszelkim klauzulom awaryjnym zawartym w takich umowach. Będą również musieli zrozumieć, jak interpretować – i ewentualnie negocjować – klauzule awaryjne w nowych umowach finansowych. ●



W niektórych umowach z klauzulami awaryjnymi stawką zastępczą w rzeczywistości nie będzie WIRON, ale inna stawka, wskazana na podstawie klauzuli *fallback* zastosowanej w danej umowie.



AGATA JÓŻWIAK

radca prawny, praktyka postępowań
sądowych i arbitrażowych

Sądowa ingerencja w treść umowy

Wielu przedsiębiorców, bez względu na przedmiot i rozmiary prowadzonej działalności, zmaga się z problemem gwałtownych wzrostów cen gazu i energii elektrycznej. Podwyżki są tak wysokie, że zawarte w przeszłości kontrakty mogą stać się nieopłacalne i powodować daleko idące straty. Podobne problemy wywołuje wzrost cen innych materiałów (np. stali czy aluminium), co dotyka przede wszystkim rynek budowlany. Czy w takiej sytuacji można wstrzymać wykonywanie umowy?

W stabilnej gospodarce umowy na dostawę towarów najczęściej zawierane były na kilka lat i nie miały mechanizmów waloryzacyjnych. Umowy o roboty budowlane natomiast ze swej natury są kontraktami wieloletnimi. Co zrobić, gdy ceny materiałów, energii czy gazu z czasu zawierania umowy wzrosły tak mocno, że wykonywanie kontraktu powoduje duże straty, które mogą nawet zagrażać pozycji ekonomicznej przedsiębiorcy?

Kodeks cywilny przewiduje na to specjalne rozwiązanie – tzw. klauzulę *rebus sic stantibus* (art. 357¹ k.c.). Na jej podstawie zapadają rozstrzygnięcia sądowe, które dają szansę na dostosowanie warunków zawartych w przeszłości umów do aktualnej sytuacji rynkowej i natychmiastowe wstrzymanie wykonywania umowy.

Zmiany rynkowe a sytuacja przedsiębiorców

Wszyscy obserwujemy zmieniające się warunki rynkowe, w tym znaczne podwyżki cen materiałów (przede wszystkim budowlanych), gazu i energii elektrycznej. Dynamiczne zmiany dotyczą zarówno gospodarstwa domowego, jak i szeroko pojęty przemysł. Wielu kontrahentów w takiej sytuacji, zachowując lojalną postawę, dobrowolnie godzi się na podwyżki cen umownych i ich dopasowanie do aktualnych warunków rynkowych. Kontrahenci tacy rozumieją, że wzrost cen jest wywołany czynnikami zewnętrznymi i należy dokonać podziału wynikającego z tego tytułu ryzyka. Aktualne tendencje rynkowe są bowiem nadzwyczajne, nie były odnotowywane w normalnym cyklu koniunkturalnym.



Wielu przedsiębiorców zastanawia się, czy można przymusowo (sądowo) zmienić zawarte w przeszłości umowy, które nie przewidywały ryzyka tak drastycznego wzrostu cen.

Klauzula *rebus sic stantibus*

Wielu przedsiębiorców zastanawia się, czy można przymusowo (sądowo) zmienić zawarte w przeszłości umowy, które nie przewidywały ryzyka tak drastycznego wzrostu cen. Jeśli kontrahenci nie są skłonni do współpracy, przedsiębiorcy muszą bowiem szukać innych rozwiązań niż negocjacje i polubowne załatwienie sprawy. Ustawodawca przewidział taką sytuację i uregulował ją. W prawie cywilnym obowiązuje zasada *pacta sunt servanda* (umów należy dotrzymywać). Nie ma ona jednak charakteru absolutnego. Klauzula *rebus sic stantibus* (art. 357¹ k.c.) stanowi przełamanie tej zasady i wprowadza dla każdej ze stron umowy uprawnienie do wytoczenia powództwa z żądaniem zmiany lub nawet jej rozwiązania.

Celem tej instytucji jest zapewnienie elastyczności treści umów i możliwość ich następczego przystosowania do zmieniającej się sytuacji gospodarczo-ekonomicznej. Klauzula *rebus sic stantibus* zapobiega rażąco niesłusznym, a niekiedy nieracjonalnym skutkom ścisłego przestrzegania zasady *pacta sunt servanda*. Art. 357¹ k.c. chroni więc interesy stron umowy przed negatywnymi zmianami stosunków społecznych w całym toku trwania umowy. Ma to szczególne znaczenie w przypadku umów o charakterze trwałym, których wykonywanie jest rozciągane w czasie. Instytucja ta daje ochronę sądową podmiotom dotkniętym zmianami gospodarczymi. Przywraca równowagę kontraktową stron i pozwala równomiernie rozłożyć ryzyko ekonomiczne.

Ustawa wyróżnia cztery przesłanki zastosowania instytucji z art. 357¹ k.c.:

- nadzwyczajną zmianę stosunków,
- nadmierną trudność albo groźbę rażącej straty dla jednej ze stron przy spełnieniu świadczenia,
- związek przyczynowy pomiędzy nadzwyczajną zmianą stosunków a nadmierną trudnością albo groźbą rażącej straty dla jednej ze stron przy spełnieniu świadczenia,
- brak możliwości przewidzenia przez strony umowy wpływu nadzwyczajnej zmiany stosunków na spełnienie świadczenia.

Nadzwyczajna zmiana stosunków

Zmiana stosunków musi mieć charakter ogólny, powszechny, uniwersalny, a nie dotyczyć tylko stron konkretnej umowy. Nadzwyczajny charakter zmiany oznacza, że jest on wyjątkowy, niespotykany w normalnym toku spraw. Poza tym zmiany muszą wykraczać poza zwykłe ryzyko kontraktowe, które w szczególności profesjonalści powinni uwzględniać w swoich umowach. Ponadto występować musi brak możliwości przewidzenia przez strony umowy wpływu nadzwyczajnej zmiany stosunków na spełnienie świadczenia.

Nie chodzi więc o zmiany o charakterze indywidualnym, tylko o powszechne tendencje rynkowe, dotyczące ogółu podmiotów występujących na danym rynku. Zmiana ma mieć charakter zewnętrzny, niezależny od stron.

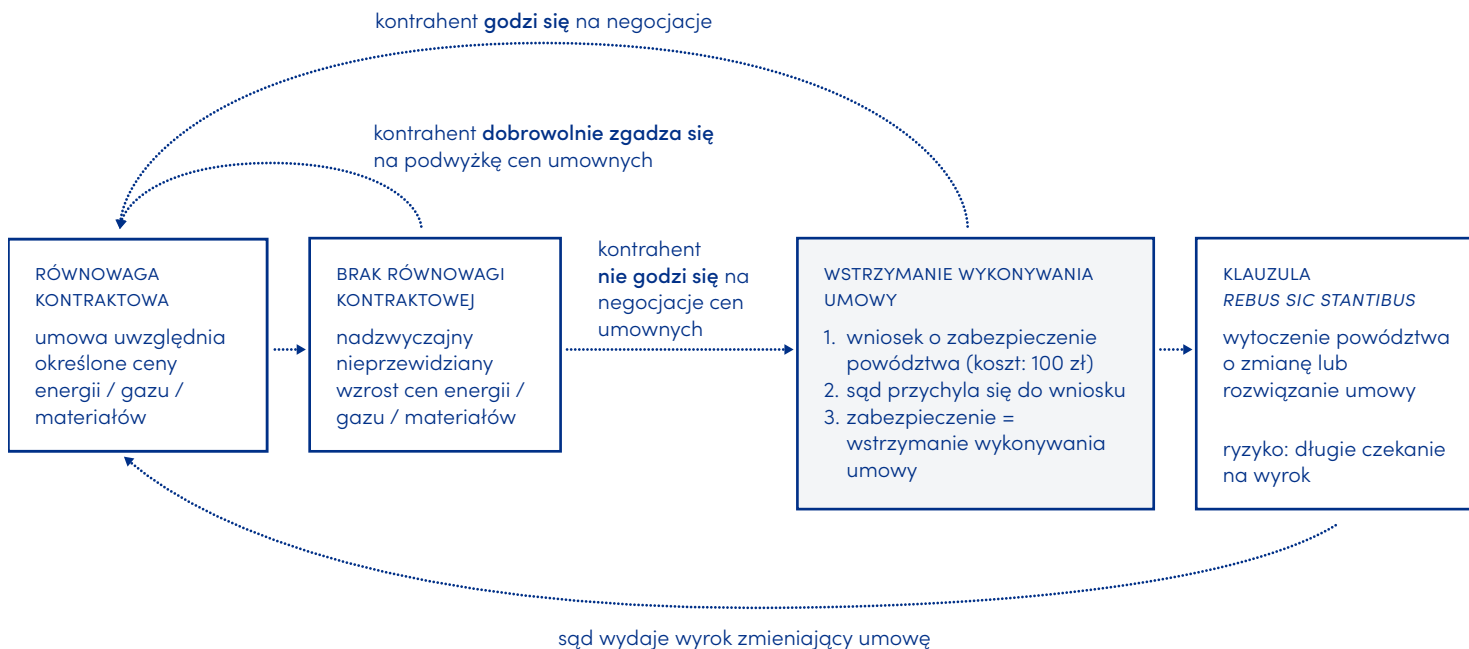
Oceniając, czy zmiana ma charakter nadzwyczajny, sąd bada przede wszystkim podnoszone przez strony argumenty związane z bieżącą sytuacją rynkową i porównuje ją do sytuacji, w której strony zawierały umowę. Jeśli na etapie kontraktowania można było przewidzieć zmianę, instytucja *rebus sic stantibus* nie będzie miała zastosowania. Powoływanie się na nadzwyczajną zmianę stosunków będzie więc dyskusyjne, jeśli strony zawierały umowę już po wybuchu pandemii COVID-19 czy wojny w Ukrainie. Strona dochodząca roszczeń z art. 357¹ k.c. powinna wykazać, że określone skutki tych zdarzeń nie były jeszcze znane i możliwe do przewidzenia na etapie zawierania umowy. W przypadku pandemii będzie to o tyle prostsze, że jej rozwój postępował w czasie i dopiero następnie i sukcesywnie ujawniały się zjawiska gospodarcze z nią związane. Na początku pandemii trudno było dokładnie przewidzieć jej konsekwencje dla światowych rynków i rozmiar mających dopiero nastąpić zmian.

Epidemia COVID-19 oraz wojna w Ukrainie

Epidemia COVID-19 oraz wojna w Ukrainie mogą mieć charakter nadzwyczajnej zmiany stosunków w rozumieniu art. 357¹ k.c. Wskutek epidemii COVID-19, ale nade wszystko wskutek rozpoczęcia przez Rosję wojny na terytorium suwerennego, >>



Klauzula *rebus sic stantibus* chroni interesy stron umowy przed negatywnymi zmianami stosunków społecznych w całym toku trwania umowy.



sąsiedniego państwa, doszło do poważnego zachwiania stabilności gospodarczej, jeśli chodzi o rynek energii i gazu. Jest wiedzą powszechną, że Rosja jest światowym potentatem dostaw gazu i jej działania na tym rynku istotnie wpływają na ceny. Porzucenie projektu Nord Stream 2 oraz przerwy w przesyle gazu rurociągiem Nord Stream 1 wywołują niezwykle poważne skutki w zakresie dostępności i cen gazu, windując jego ceny. Rosja i Ukraina jako producenci węgla również mają wpływ na dostępność tego surowca w Polsce, co z kolei przekłada się na możliwość wykorzystania tego paliwa przez elektrownie węglowe. Sąd w jednym z orzeczeń uznał, że okoliczności te stanowią fakt notoryjny – powszechnie znany i nie wymagają dowodu. Sąd bierze je pod uwagę z urzędu (art. 228 § 1 k.p.c.). Takie stanowisko stanowi daleko idące ułatwienie procesowe, ponieważ zwalnia stronę z ciężaru wykazywania, że zachodzące zmiany mają nadzwyczajny charakter. W przeciwnym wypadku w sprawie należałoby powołać odpowiedniego biegłego, który zbadałby tendencje rynkowe, charakter zachodzących zjawisk i ich wpływ na gospodarkę. Jest to bardzo trudne zadanie, wymagające wiedzy specjalnej i wnikliwej analizy sprawy.

Wstrzymanie wykonywania umowy

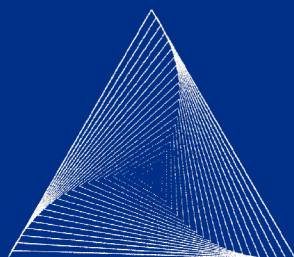
W takiej nadzwyczajnej sytuacji otwiera się możliwość skorzystania z klauzuli *rebus sic stantibus* i wytoczenia powództwa o zmianę albo rozwiązanie umowy. Przed wytoczeniem powództwa możliwe jest uzyskanie zabezpieczenia np. w postaci zawieszenia wykonywania umowy. Sąd w jednej ze spraw zabezpieczył roszczenie o rozwiązanie umowy poprzez wstrzymanie dostaw w określonym okresie wykonywania umowy. Orzeczenie to pokazuje, że sądy dostrzegają trudną sytuację rynkową i biorą pod uwagę jej skutki dla prowadzonej działalności gospodarczej, w tym w szczególności działalności produkcyjnej, którą mocno dotykają zmiany cen energii i gazu. Podobnych rozstrzygnięć można by spodziewać się w sektorze budowlanym, na który bardzo wpłynęły zmiany cen materiałów budowlanych i postawiły wielu wykonawców w trudnym położeniu – konieczności wykonywania umowy za wynagrodzenie nieodpowiadające aktualnym stawkom rynkowym.

Udzielone zabezpieczenie może być też istotnym argumentem w negocjacjach prowadzonych przez strony umowy i pozwolić na szybsze polubowne załatwienie sprawy.

Wstrzymanie dostaw, czy też ogólnie wstrzymanie wykonywania umowy, może skłonić drugą stronę do ustępstw i pokrycia (choćby częściowego) zwiększających się kosztów energii, gazu czy też innych materiałów. Dodatkową zachętą do występowania z wnioskami o zabezpieczenie w takich sprawach może być niska opłata sądowa. Opłata za wniosek o zabezpieczenie roszczenia o rozwiązanie umowy wynosi 100 zł.

Wstrzymanie wykonywania umowy przez sąd może doprowadzić do sytuacji, w której druga strona umowy skłonna będzie zaakceptować dopłatę do cen umownych. Dopłata ta powinna pokrywać stratę wynikającą ze zwiększających się cen energii i gazu. Takie rozwiązanie pozwoli przywrócić równowagę kontraktową stron w bardzo krótkim czasie, bez wieloletniego oczekiwania na wyrok sądowy. Procesy wytaczane na podstawie klauzuli *rebus sic stantibus* są bowiem bardzo złożone i skomplikowane. Nasze doświadczenie pokazuje, że mogą trwać wiele lat. Zmieniająca się sytuacja rynkowa wymaga natomiast natychmiastowego reagowania, tak by ochrona sądowa nie była spóźniona. Dlatego warto wystąpić o zabezpieczenie powództwa, by doprowadzić do sprawiedliwego i polubownego uregulowania stosunków stron umowy. ●

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.



KAROLINA PARCHENIAK

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

Klauzule waloryzacyjne w umowach o zamówienie publiczne – czy to działa?

W czasach szybkiego wzrostu cen zaletą umów o zamówienie publiczne jest zawieranie w większości z nich klauzul waloryzacyjnych, które mają urealnić wysokość wynagrodzenia w zmienionych okolicznościach. Pojawiają się jednak opinie, że klauzule nie pełnią swojej funkcji. Czy to prawda? A jeśli tak – co jest przyczyną?

Umowa o zamówienie publiczne, choć zawarta w szczególnym reżimie, jest zobowiązaniem w rozumieniu Kodeksu cywilnego. W tym znaczeniu, zgodnie z art. 358¹ ust. 1 k.c., wynagrodzenie umowne w niej opisane objęte jest zasadą nominalizmu. Zgodnie z tą zasadą jeżeli przedmiotem zobowiązania od chwili jego powstania jest suma pieniężna, spełnienie świadczenia następuje przez zapłatę sumy nominalnej, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej.

Takimi przepisami szczególnymi są m.in. te zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r., które pozwalają zmienić wysokość wynagrodzenia umownego w stosunku do jego wysokości ustalonej pierwotnie przy udzielaniu zamówienia. W art. 439 ust. 1 p.z.p. przewidziano, że umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, musi zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Takie brzmienie przepisu jest wynikiem zmian, które wprowadziła ustawa o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców z dnia 7 października 2022 r. Do czasu jej wejścia w życie (i z uwzględnieniem przepisów przejściowych) ten sam przepis nie obejmował dostaw, a w pozostałym zakresie dotyczył umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

I choć nie jest to jedyny przepis ustawy, który opisuje warunki zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego, to właśnie art. 439 p.z.p. jest utożsamiany z waloryzacją.

Waloryzacja jako zmiana umowy o zamówienie publiczne

Waloryzacja jest szczególną formą zmiany zamówienia publicznego. Mimo to konstruowanie postanowień umownych musi się odbyć w zgodzie z art. 455 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który opisuje ogólne zasady zmiany umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania. Oznacza to w praktyce, że podstawy do zmiany umowy (w tym te waloryzacyjne), zaproponowane przez zamawiającego w projekcie umowy, powinny być jasne, precyzyjne i jednoznaczne (niezależnie od wartości zmiany), a same postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny muszą spełniać następujące warunki:

- muszą określać rodzaj i zakres zmian,
- muszą określać warunki wprowadzenia zmian,
- nie mogą przewidywać takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

Wskazane w umowie podstawy zmiany umowy o zamówienie publiczne wynikają zasadniczo z przewidywań zamawiającego co do ryzyk wystąpienia zdarzeń przyszłych, które mogą wymuszać taką zmianę. To od jego prognoz zależy, w jakim zakresie i w jakich okolicznościach zmiany będą dopuszczalne, a w jakich nie. Zamawiający może też zdecydować, że określona przez niego okoliczność będzie podstawą do zmiany umowy, ale nie w pełnym zakresie, tylko np. co do czasu lub co do kwoty.



Podstawy do zmiany umowy zaproponowane przez zamawiającego w projekcie umowy, powinny być jasne, precyzyjne i jednoznaczne (niezależnie od wartości zmiany).



Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, musi zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

To przewidywanie jest równie istotne w przypadku klauzul waloryzacyjnych, choć w tym zakresie ograniczeń i swego rodzaju drogowskazów w ustawie jest więcej.

Przede wszystkim zgodnie z art. 439 ust. 1 p.z.p. zamawiający ma obowiązek uwzględnić w umowie na roboty budowlane, dostawy lub usługi zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, a także określić ich zakres. Zamawiający musi określić:

- poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, który uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia,
- początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia,
- sposób ustalania zmiany wynagrodzenia z odesłaniem do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów lub przez wskazanie innej podstawy,
- sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy,
- maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia.

Klauzule waloryzacyjne a warunki konkretnego zamówienia

Klauzule waloryzacyjne są więc obligatoryjne w określonych w ustawie okolicznościach, ale ich brzmienie pozostawiane jest do ustalenia zamawiającym publicznym. Mogą oni dostosowywać ich treść do warunków konkretnego zamówienia w zależności od potrzeb i – chciałoby się powiedzieć – swojego doświadczenia w udzielaniu zamówień na określonego rodzaju usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Zamawiający powinien z rozważą zdecydować o tym, czy zmiana wysokości wynagrodzenia dokonywana będzie z odesłaniem:

- do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów (ustawa wskazuje jako przykładowy wskaźnik ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego),
- do innej podstawy (ustawa wskazuje przykładowo na wykaz rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawniałaby strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia).

Zamawiający zobowiązany jest także określić moment (na osi czasu) jako wyjściowy do ustalenia np. ceny materiałów lub kosztów, służący do porównania poziomu ich zmiany w czasie. Jeśli poziom tej zmiany przekroczy wartość wskazaną przez zamawiającego (kolejny obligatoryjny element klauzul waloryzacyjnych), strony umowy będą miały prawo żądać zmiany wysokości wynagrodzenia.

Czy waloryzacja może obniżyć wysokość wynagrodzenia przewidzianego ofertą?

Warto podkreślić, że celem waloryzacji (nie tylko zamówień publicznych) jest przede wszystkim zachowanie realnej wartości wypłacanych świadczeń / powstałych wierzytelności / należności w stosunku do wzrostu lub spadku cen towarów i usług. Oznacza to, że równowartość ekonomiczna wierzytelności, którą powinien otrzymać wierzyciel wskutek dokonanej waloryzacji, może być zarówno wyższa, jak i niższa w stosunku do jej wysokości w chwili powstania. Podobny wniosek należy wyciągnąć w oparciu o art. 439 ust. 4 p.z.p. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się zarówno ich wzrost, jak i spadek względem cen lub kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego np. w ofercie. Oznacza to, że waloryzacja wynagrodzenia w umowie o zamówienie publiczne (przynajmniej w teorii) może doprowadzić tak do wzrostu, jak i do obniżenia jego wysokości. Regulacja ustawowa nie daje podstaw do wniosku, że to zamawiający publiczny powinien być obciążony w pełnym zakresie ryzykiem związanym ze zmianą cen materiałów i kosztów.

Potwierdza to także art. 48 ust. 2 pkt 1 ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców z 7 października 2022 r. Ta specustawa reguluje m.in. podstawy prawne zmiany umowy o zamówienie publiczne, jeśli dotychczasowe brzmienie umów nie pozwala na ich zmianę wskutek istotnej zmiany

cen materiałów lub kosztów. Zgodnie z przywołanym przepisem jeśli zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczy zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, strony poniosą zwiększony koszt wykonania zamówienia publicznego w uzgodnionych częściach.

Waloryzacja a ryzyka ekonomiczne wykonawcy

Ponadto wykonawcy w zamówieniach publicznych powinni uwzględniać (w teorii) w oferowanych cenach przede wszystkim podstawowe ryzyka, w tym m.in. te związane ze zmianami cen wraz z upływem czasu. Do pewnego poziomu więc ryzyko to jest normalnym ryzykiem kontraktowym, jakie bierze na siebie każdy przedsiębiorca funkcjonujący w obrocie gospodarczym. Dopiero od pewnego poziomu przestaje ono mieścić się w kategorii ryzyka podstawowego i wtedy klauzule waloryzacyjne pozwalają na zarządzanie tym ryzykiem.

W założeniu dzięki klauzulom waloryzacyjnym wykonawcy zamówień publicznych mogą nie uwzględniać w cenie ofertowej ryzyka w „ponadpodstawowym” zakresie. Taką perspektywę podejścia do klauzul waloryzacyjnych powinien brać pod uwagę każdy zamawiający. Dobrze skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna odwieść potencjalnych wykonawców od windowania cen tylko po to, aby zminimalizować potencjalne wahania cen, w tym te atypowe (które przecież nie muszą wystąpić). Ostatecznie bowiem w takim przypadku to zamawiający publiczny zapłaci za ryzyka, które skalkulował w cenie wyłonił

wykonawca. Gdyby zaś wykonawca miał pewność, że te ryzyka zniwelują skuteczne klauzule waloryzacyjne, stanowiłoby to wymierną korzyść dla obu stron zamówienia.

Należy więc dojść do wniosku, że art. 439 p.z.p. stanowi narzędzie, którego praktyczne wykorzystanie zależy w dużej mierze od zamawiającego. Zdarza się bowiem często, że klauzule waloryzacyjne są jedynie pozorne. Chodzi o sytuacje, gdy postanowienia umowy o zamówienie publiczne tworzą pozór obligatoryjnej regulacji, która teoretycznie pozwala żądać zmiany wysokości wynagrodzenia, albo nawet automatycznie zmienia jego wysokość, ale w praktyce ich zastosowanie nie jest możliwe albo prowadzi do zmiany wysokości wynagrodzenia, która nie odpowiada rzeczywistemu poziomowi zmian (np. zmianie siły nabywczej pieniądza). Tak się dzieje, gdy np. użyty wskaźnik jest niemiernodajny w stosunku do przedmiotu zamówienia (w szczególności głównych składników cenotwórczych) albo gdy maksymalny poziom zmiany jest zbyt niski.

Swoboda kształtowania klauzul waloryzacyjnych a ich cel ustawowy

Zgodnie z art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. To z tego powodu (między innymi) art. 439 p.z.p. daje zamawiającemu swobodę w kształtowaniu klauzul w sposób odpowiadający jego potrzebom. Z drugiej jednak strony klauzule waloryzacyjne powinny uwzględniać treść art. 358¹ § 2 k.c., a więc założenie, że wysokość świadczenia pieniężnego może zostać ustalona według innego niż pieniądź miernika wartości po to, aby świadczenia stron pozostały wobec siebie ekwiwalentne (art. 487 § 2 k.c.). Powinno to prowadzić



Regulacja ustawowa nie daje podstaw do wniosku, że to zamawiający publiczny powinien być obciążony w pełnym zakresie ryzykiem związanym ze zmianą cen materiałów i kosztów.

do wniosku, że klauzule waloryzacyjne z założenia prowadzą do tego, że obie strony zobowiązują się wobec siebie w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem (ekwiwalentem) świadczenia drugiej.

Krajowa Izba Odwoławcza o klauzulach waloryzacyjnych

Nie jest więc celem art. 439 p.z.p. wprowadzenie do umowy klauzuli waloryzacyjnej w dowolnym brzmieniu. Klauzula waloryzacyjna powinna uwzględniać całokształt reguł prawnych w tym zakresie. Niestety takie wnioskowanie długo nie znajdowało odzwierciedlenia w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej. Ta bowiem twierdziła, że nie ma uprawnienia do oceny klauzul waloryzacyjnych z perspektywy ich skuteczności i adekwatności (dla zamierzonego celu), a jedynie jest uprawniona do oceny tego, czy zamawiający, tworząc klauzule, uwzględnił elementy wymagane ustawą Prawo zamówień publicznych (art. 505 ust. 1 p.z.p.). Innymi słowy, poza oceną KIO pozostawało to, czy waloryzacja zmierza do faktycznego zrównoważenia świadczeń stron, co często prowadziło do utrzymania w obrocie prawnym klauzul pozornych.

Wydaje się, że dopiero kryzys ekonomiczny, a także dynamiczna sytuacja na rynku wywołana m.in. wojną w Ukrainie i jej następstwami, spowodowały przełamanie tej niemogącej znaleźć poparcia linii orzeczniczej. Dziś coraz częściej KIO m.in. podwyższa limity łącznych maksymalnych wartości zmian wynagrodzenia wykonawcy, jakie dopuszczał zamawiający pierwotnie w projekcie umowy, a także ingeruje w okres, po upływie którego miałoby dojść do pierwszej waloryzacji, skracając go na korzyść wykonawcy (m.in. KIO 2532/22, KIO 440/22). Izba wskazywała m.in. w uzasadnieniach, że proponowany pierwotnie poziom waloryzacji czyni ją w praktyce

KLAUZULE WALORYZACYJNE

pełnią swoją funkcję, jeśli:

ich zastosowanie sprawia, że świadczenia stron mimo zmiany cen lub kosztów pozostają ekwiwalentne

odsyłają do wskaźnika, który jest miarodajny w stosunku do przedmiotu zamówienia

ich treść jest dostosowana do warunków konkretnego zamówienia

ich treść odzwierciedla doświadczenia zamawiającego w udzielaniu zamówień na określonego rodzaju usługi, dostawy lub roboty budowlane.

pozwalają uniknąć uwzględniania w cenie ofertowej atypowych ryzyk

nie pełnią swojej funkcji, jeśli:

są nieumiejętnie sformułowane

są z premedytacją sformułowane tak, że tylko z pozoru spełniają obowiązki ustawowe

ich zastosowanie nie pozwala utrzymać ekwiwalentności świadczeń w zmieniającej się rzeczywistości zamówienia publicznego

odsyłają do wskaźnika, który jest niemiarodajny w stosunku do przedmiotu zamówienia

maksymalny poziom zmiany jest zbyt niski

iluzoryczną, ponieważ nie daje wykonawcy szans na zmianę wynagrodzenia stosownie do rzeczywistej zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Argumentowała też, że dla zachowania zgodności z zasadami współzycia społecznego za uzasadnione należało uznać podwyższenie progu dopuszczalnego wzrostu wynagrodzenia. Izba wskazywała, że chodzi o to, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść wykonawcy, a także by nadmierne podwyższenie wynagrodzenia nie doprowadziło do negatywnych konsekwencji dla zamawiającego.

Ocena klauzul waloryzacyjnych

Czy zatem klauzule waloryzacyjne w zamówieniach publicznych to sukces czy niepowodzenie? Niewątpliwie ich stosowanie w zamówieniach publicznych należy ocenić korzystnie. Zarzuty można kierować przede wszystkim do treści samych klauzul w poszczególnych zamówieniach,

które bywają nieadekwatne do rodzaju zamówienia lub głównych czynników cenotwórczych albo odsyłają do wskaźników, których zastosowanie nie urealni wysokości wynagrodzenia.

Ten problem uwypuklił się w dobie trwającego kryzysu ekonomicznego. Ustawodawca polski podjął próby wsparcia wszystkich sektorów zamówień publicznych poprzez zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych i wprowadzenie dodatkowych przepisów we wspomnianej wyżej specustawie. Ustawodawca uznał więc, że Prawo zamówień publicznych nie sprawdza się w czasach kryzysu, wobec czego konieczna była jego nowelizacja.

Naszym zdaniem jednak źródłem kłopotów z klauzulami waloryzacyjnymi jest nie tyle prawo, ile praktyka stanowienia tych klauzul w umowach. Bywają one bowiem stosowane nieumiejętnie albo wręcz przeciwnie – ich treść jest z pełną świadomością redagowana w sposób tylko pozornie wypełniający obowiązki ustawowe. ●



MONIKA HARTUNG

radca prawny, wspólnik,
praktyka ubezpieczeniowa, praktyka
postępowań sądowych i arbitrażowych



DR MARTA KOZŁOWSKA

adwokat, praktyka ubezpieczeniowa,
praktyka postępowań sądowych
i arbitrażowych

Spory z umów ubezpieczeniowych w branży budowlanej

W ostatnich latach sektor budowlany zmagają się z wieloma wyzwaniami, co przejawia się w rosnącej liczbie sporów sądowych i arbitrażowych, a ostatecznie oznacza również więcej roszczeń kierowanych przeciwko ubezpieczycielom.

Przedsiębiorstwa budowlane w rzeczywistości postcovidowej i wojennej zmagają się ogromnymi opóźnieniami w łańcuchu dostaw, brakiem pracowników, rosnącymi kosztami transportu i materiałów. Kraje zaangażowane obecnie w wojnę są światowymi dostawcami kluczowych materiałów stosowanych w budownictwie, w tym miedzi, aluminium, żelaza i bitumu. Trwająca wojna i sankcje nałożone na Rosję oraz znaczące ograniczenie ukraińskiego eksportu powodują trudności w dostawach i wiążą się z brakiem materiałów budowlanych.

W tych okolicznościach być może największym wyzwaniem dla sektora budowlanego jest wykonanie wcześniej zawartych umów za wynagrodzenie skalkulowane przed wojną i pandemią. Ceny wszystkich elementów składających się na całkowity koszt realizacji inwestycji nieustannie rosną. Wykonawcy nie mogą zapewnić terminowych dostaw materiałów ani odpowiednich zasobów siły roboczej. Opóźnienia inwestycji i innego rodzaju naruszenia kontraktów są więc coraz częstsze. Coraz częściej także niezbędna okazuje się rewaloryzacja kontraktów budowlanych, tak aby odpowiednio były chronione interesy zarówno inwestora, jak i wykonawcy. Pomimo to obserwujemy, że ukończenie inwestycji często wiąże się ze stratą finansową, a czasem nawet groźbą upadłości uczestników procesu budowlanego.

Spór budowlany = spór ubezpieczeniowy

Duża część inwestycji budowlanych realizowanych zarówno przez sektor publiczny, jak i prywatny jest zabezpieczona gwarancjami należytego wykonania kontraktu wystawionymi przez banki lub zakłady ubezpieczeń. Od wykonawców i podwykonawców powszechnie wymaga się też



Być może największym wyzwaniem dla sektora budowlanego jest wykonanie wcześniej zawartych umów za wynagrodzenie skalkulowane przed wojną i pandemią.

ubezpieczenia na czas trwania procesu budowlanego. Gdy wykonawca ma kłopoty finansowe, a sytuacja w całym sektorze jest trudna, zamawiający lub inwestorzy coraz częściej zaspokajają swoje – nie zawsze w pełni uzasadnione – roszczenia z ustanowionych zabezpieczeń, a w konsekwencji kierują swoje roszczenia do ubezpieczycieli.

Na przestrzeni ostatnich lat umowy ubezpieczeń budowlanych zawierają coraz więcej wyspecjalizowanych klauzul obejmujących bardzo różne ryzyka. Są to m.in.:

- ubezpieczenie OC z tytułu prowadzonej działalności w branży budowlanej,
- ubezpieczenie maszyn budowlanych CPM,
- ubezpieczenie ryzyk budowlano-montażowych (CAR/EAR),
- złożone ubezpieczenia dla pracowników budowlanych,
- ubezpieczenia architektów,
- ubezpieczenia zapewniające ochronę przed ryzykiem związanym z transportem,
- ubezpieczenie od ryzyka związanego ze zmianami klimatycznymi,
- ubezpieczenie od utraty zysku (ang. *business interruption*),
- ubezpieczenie od wad ukrytych (ang. *inherent defects insurance*).

Ścisłe powiązanie umów ubezpieczenia z kontraktami budowlanymi oznacza, że wszędzie tam, gdzie pojawiają się roszczenia wynikające z takiego kontraktu, ubezpieczyciele będą bezpośrednio lub pośrednio zaangażowani w spory.

Dotychczas to inwestor lub wykonawca angażowali ubezpieczyciela w spór, jednak

coraz częściej sam ubezpieczyciel postanawia aktywnie uczestniczyć w sporze od samego początku, aby kontrolować i mitygować ekspozycję na ryzyko w tym obszarze.

Ponieważ przedsiębiorcom budowlanym coraz trudniej jest realizować inwestycje na podstawie kontraktów z ustalonym wynagrodzeniem, obok typowych sporów budowlanych, których przedmiotem są np. różnice pomiędzy „szkodą” a „wadą” lub „wadami projektowymi” a „wadami wykonawczymi”, a także zasadność wyłączenia odpowiedzialności wykonawcy lub projektanta, coraz liczniej pojawiają się spory dotyczące zmiany, a w zasadzie podwyższenia wynagrodzenia. Z naszych doświadczeń wynika, że niestety uczestnicy procesu budowlanego w razie sporu wyjątkowo rzadko są w stanie dojść dobrowolnie do porozumienia. Zazwyczaj wykonawca/podwykonawca występuje z roszczeniem do sądu powszechnego lub arbitrażowego przeciwko inwestorowi/generalnemu wykonawcy.

Takiej sytuacji można by uniknąć (lub przynajmniej ograniczyć ilość tego rodzaju sporów), gdyby bardziej aktywni i zdecydowani byli inni uczestnicy procesu budowlanego, tacy jak przede wszystkim inżynier kontraktu.

W przypadku umów budowlanych zawieranych zgodnie z tzw. FIDIC (standardy umów budowlanych opracowane przez Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils), co się często zdarza w przypadku dużych inwestycji, inżynier kontraktu ma umówienie do bycia niezależnym ekspertem i rozjemcą w relacjach inwestor–wykonawca, a jego decyzje są – co do zasady – wiążące. W realiach polskich procesów budowlanych inżynier kontraktu staje się jednak tzw. personelem zamawiającego, opłacanym przez niego w całości i broniącym jego interesów. Traci tym samym swoją niezależność i mandat rozjemcy w sporach pomiędzy stronami umowy.

W przypadku sporu na tle umów „nie-FIDIC-owych” weryfikacji podlegają natomiast działania osób, których obowiązkiem było kontrolowanie postępu robót i zapłaty za ich wykonanie. W ramach dokonywanych czynności kontrolnych inżynier kontraktu aktywnie uczestniczący w weryfikacji przebiegu inwestycji może zapewnić prawidłowe i terminowe wykonanie kontraktu budowlanego. >>

ROLA INŻYNIERA KONTRAKTU W ZALEŻNOŚCI OD RODZAJU UMOWY

W umowach wg standardu FIDIC:

- niezależny ekspert i rozjemca w relacjach inwestor–wykonawca,
- jego decyzje są – co do zasady – wiążące.

W umowach „nie-FIDIC-owych”:

- tzw. personel zamawiającego, opłacany przez niego w całości,
- broni interesów zamawiającego,
- aktywnie uczestniczy w weryfikacji przebiegu inwestycji i może zapewnić prawidłowe i terminowe wykonanie kontraktu budowlanego.

FIDIC – standardy umów budowlanych opracowane przez Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils



W interesie zarówno ubezpieczycieli, jak i ubezpieczonych jest dążenie do możliwie jak najszybszego, ugodowego rozstrzygnięcia sporów budowlanych.

Naszym zdaniem w interesie ubezpieczycieli jest, aby jak najwięcej kwestii spornych pomiędzy stronami umów budowlanych było rozwiązywanych w toku procesu budowlanego bez konieczności występowania do sądu. Wymagałoby to jednak z jednej strony akceptacji przez ubezpieczycieli decyzji rozjemczych wydanych na placu budowy, a z drugiej zapewnienia transparentności i bezstronności podmiotów wydających takie decyzje. Być może te właśnie zagadnienia powinny być przedmiotem uzgodnień pomiędzy ubezpieczycielem a ubezpieczającym przed zawarciem umowy ubezpieczenia budowlanego lub udzieleniem gwarancji dobrego wykonania.

Na marginesie wskazać należy, że z uwagi na postępujący rozwój technologiczny obserwujemy znaczny wzrost liczby roszczeń wywodzonych z wad konstrukcyjnych oraz związanych z nowoczesnymi rozwiązaniami np. w budownictwie ekologicznym (tzw. budownictwo zrównoważone).

Od sądu lepsza ugoda

Rosnąca inflacja oraz koszty realizacji inwestycji budowlanych wpłyną na podejście do rozpatrywania roszczeń odszkodowawczych. Spory trwające latami stanowią niewiadomą i ryzyko zarówno dla ubezpieczycieli, jak i ubezpieczonych. Ubezpieczyciele muszą monitorować wysokość roszczeń, brać pod uwagę okres i sumę ubezpieczenia z perspektywy, w jakiej znajduje się branża budowlana. Jeśli dojdzie do sporu sądowego, warto rozważyć zawarcie ugody, co końcowo będzie oznaczało niższe koszty.

Naszym zdaniem dobrym rozwiązaniem może okazać się utworzenie wspólnego zespołu składającego się z prawników, brokerów, likwidatora szkody i ekspertów ds. inwestycji budowlanych, który fachowo, niezależnie i transparentnie oceni szkodę i jej przyczyny oraz zarekomenduje sposób jej naprawienia.

Podsumowując, z uwagi na nadal trudne do przewidzenia dla rynku budowlanego skutki pandemii oraz wojny w Ukrainie jesteśmy zdania, że w interesie zarówno ubezpieczycieli, jak i ubezpieczonych jest dążenie do możliwie jak najszybszego, ugodowego rozstrzygnięcia sporów budowlanych. Skutek taki można osiągnąć poprzez podjęcie bardziej aktywnych działań nakierowanych na uzgodnienie zasad rozstrzygnięcia takich sporów niezwłocznie po ich powstaniu i akceptowania rozstrzygnięć przez strony, w tym także poprzez tworzenie wspólnych zespołów eksperckich, które ocenią szkodę i wskażą sposób jej likwidacji.





DR ADRIANNA OGONOWSKA

radca prawny, praktyka prawa ochrony środowiska

Ocena oddziaływania na środowisko dla morskich farm wiatrowych

Na Bałtyku w polskiej strefie ekonomicznej nie uruchomiono jeszcze żadnej morskiej farmy wiatrowej. To ma się wkrótce zmienić, gdyż farmy wiatrowe są niezbędne dla efektywnego przeprowadzenia planowanej transformacji energetycznej. Kluczowym etapem przy projektowaniu nowej farmy wiatrowej jest uzyskanie decyzji środowiskowej poprzedzone przeprowadzeniem oceny oddziaływania na środowisko.

Polski sektor energetyczny znajduje się obecnie w fazie dekarbonizacji. W ostatnich latach zaczęto dostrzegać rolę morskich farm wiatrowych w tym procesie, co jest spójne z kierunkiem wyznaczonym w Europejskim Zielonym Ładzie.

W marcu 2021 r. ogłoszona została Polityka energetyczna Polski do 2040 r. opisująca długoterminową strategię dla sektora energetycznego i wyznaczająca ramy transformacji energetycznej w Polsce. Jednym z jej celów jest rozwój odnawialnych źródeł energii. Ze względu na spodziewany rozwój technologiczny szczególną rolę w realizacji tego celu odegrają morskie farmy wiatrowe.

Na Bałtyku w polskiej strefie ekonomicznej nie uruchomiono jeszcze żadnej morskiej farmy wiatrowej. Według danych Najwyższej Izby Kontroli rozpoczęcie budowy farm z najkrótszym terminem przyłączenia planowane jest na przełom 2026 i 2027 r., co ma umożliwić dostarczenie pierwszej energii elektrycznej do sieci w 2027 r.

Wymagania zapewniające ochronę środowiska

W grudniu 2020 r. przyjęto ustawę o promowaniu wytwarzania energii elektrycznej w morskich farmach wiatrowych (tzw. ustawa offshore), zgodnie z którą morska farma wiatrowa oraz zespół urządzeń służących do wyprowadzenia mocy mają obowiązek spełniać szereg wymagań, w tym zapewniających ochronę środowiska (art. 82 ustawy offshore). Wskazane wymagania dotyczą czterech aspektów: projektowania, budowy, eksploatacji oraz likwidacji farmy wiatrowej. Poniższe rozważania odnoszą się do pierwszego z nich.



W prawie ochrony środowiska zasada prewencji i zasada przezorności odgrywają istotną rolę na etapie poprzedzającym jakąkolwiek ingerencję w środowisko i jego naruszenie czy oddziaływanie na nie. Realizacja przedsięwzięć w postaci morskich farm wiatrowych także wymaga zastosowania instrumentów prewencyjnych, do których zalicza się ocenę oddziaływania na środowisko, poprzedzającą uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

W przypadku działalności podejmowanej w środowisku morskim przeprowadzenie kompleksowych analiz poprzedzonych licznymi badaniami jest niezbędne w celu zidentyfikowania głównych problemów środowiskowych, do których zalicza się m.in.:

- szkodliwy wpływ na morskie organizmy żywe,
- zwiększony poziom hałasu,
- ryzyko kolizji,
- zmiany w łańcuchach pokarmowych,
- zmiany w siedliskach bentosowych i pelagicznych,
- zanieczyszczenia powodowane zwiększonym ruchem statków.

Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach dla morskich farm wiatrowych

Do przedsięwzięć mogących zawsze znacząco oddziaływać na środowisko zalicza się instalacje wykorzystujące do wytwarzania energii elektrycznej energię wiatru zlokalizowane na obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej (§ 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Rady Ministrów z 10 września 2019 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko). Oznacza to, że dla takich przedsięwzięć uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach jest obligatoryjne (na realizację morskiej farmy wiatrowej trzeba też uzyskać sporo innych pozwoleń). Organem właściwym do wydania decyzji jest

Regionalny Dyrektor Ochrony Środowiska, którego właściwość miejscową ustala się w odniesieniu do obszaru morskiego wzdłuż wybrzeża na terenie danego województwa.

Procedura wydania decyzji rozpoczyna się na wniosek inwestora lub inwestorów zainteresowanych realizacją przedsięwzięcia. Do wniosku dołącza się załączniki wskazane w art. 74 ust. 1 ustawy z 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (u.o.o.ś.). Najważniejszym załącznikiem, który stanowi dokument prywatny o specjalnej mocy dowodowej, jest raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko. Podlega on weryfikacji na dalszym etapie postępowania.

Stroną postępowania w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach jest wnioskodawca oraz podmiot, któremu przysługuje prawo rzeczowe do nieruchomości znajdującej się w obszarze, na który będzie oddziaływać przedsięwzięcie w wariantcie zaproponowanym przez wnioskodawcę. Obszarem tym jest przede wszystkim przewidywany teren, na którym będzie realizowane przedsięwzięcie, oraz obszar znajdujący się w odległości 100 m od granic tego terenu.

Morskie farmy wiatrowe są realizowane w wyłącznej strefie ekonomicznej, która nie wchodzi w skład terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Żaden podmiot nie może posiadać prawa własności do wód i przestrzeni powietrznej nad tymi wodami oraz dna morskiego wód wyłącznej strefy ekonomicznej, ani też do wnętrza ziemi.

Ponadto morskie farmy wiatrowe realizuje się zazwyczaj z buforem, przykładowo o szerokości 500 m od granic akwenu, dla którego wydane zostało pozwolenie na wznoszenie sztucznych wysp, konstrukcji i urządzeń. W konsekwencji jedynymi podmiotami, którym przysługiwać mogą prawa strony w takich postępowaniach, są inwestorzy.

W postępowaniu w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, oprócz inwestora, udział mogą wziąć jednak także organizacje społeczne, pod warunkiem wpisania ich do właściwego rejestru co najmniej rok przed wystąpieniem przez konkretną organizację z żądaniem dopuszczenia jej do udziału w postępowaniu. Analogiczny wymóg rocznego prowadzenia działalności przed dniem przystąpienia do postępowania dotyczy także organizacji ekologicznych, do których zastosowanie znajdują przepisy art. 4 i n. u.o.o.ś.

Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach dla morskiej farmy wiatrowej podlega natychmiastowemu wykonaniu. Stanowi to odstępstwo od zasady, że przed upływem terminu wniesienia odwołania decyzja nie ulega wykonaniu i że wniesienie odwołania wstrzymuje wykonanie decyzji. Ustawodawca określił także termin wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia w postaci morskiej farmy wiatrowej, który wynosi 90 dni od dnia złożenia wniosku o wydanie takiej decyzji. Jednocześnie ustalony został także 60-dniowy termin na rozpatrzenie odwołania od takiej decyzji, jeżeli zaistniała potrzeba jej zakwestionowania. Co istotne, w postępowaniu przed organem wyższego



Jedynymi podmiotami, którym przysługiwać mogą prawa strony w takich postępowaniach, są inwestorzy.



W decyzji środowiskowej znajdziemy informacje nie tylko o parametrach farmy wiatrowej, ale nawet o jej oświetleniu czy kolorze.

stopnia oraz przed sądem administracyjnym nie można uchylić decyzji w całości ani stwierdzić jej nieważności w całości, gdy wadą dotknięta jest tylko część decyzji dotycząca części inwestycji w zakresie morskiej farmy wiatrowej wraz z zespołem urządzeń służących do wyprowadzenia mocy. Niewydanie decyzji środowiskowej we wskazanym terminie oraz nierozpatrzenie w terminie odwołania od niej skutkuje nałożeniem na organ rozpatrujący sprawę dodatkowych obowiązków w postaci zawiadomienia stron postępowania oraz ministra właściwego do spraw klimatu wraz z podaniem przyczyny zwłoki i wskazaniem nowego terminu załatwienia sprawy.

Decyzja środowiskowa ze względu na swój wiążący charakter ma istotny wpływ na kształt przyszłego przedsięwzięcia. Jej ustawowe elementy wskazane w art. 82 ust. 1 u.o.o.s. określone są w sposób szczegółowy. W decyzji środowiskowej znajdziemy informacje nie tylko o parametrach farmy wiatrowej, ale nawet o jej oświetleniu czy kolorze. W decyzjach tych powszechne jest stwierdzenie, że trzeba ponownie przeprowadzić ocenę oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko w ramach postępowania o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę.

Decyzja środowiskowa stanowi także źródło dodatkowych obowiązków nałożonych na wnioskodawcę. Obowiązki te mogą dotyczyć zarówno fazy realizacji przedsięwzięcia, fazy eksploatacji, jak i jego likwidacji. Zalicza się do nich m.in. obowiązki związane z:

- koniecznością ograniczania hałasu z palowania i ograniczenia wpływu na ptaki (np. stosowanie procedur soft-start),

- ochroną dziedzictwa kulturowego (np. zawiadamianie o znalezisku archeologicznym),
- możliwością odkrycia pozostałości militarnych (np. opracowanie procedur związanych z niewybuchami),
- koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa w środowisku w wypadku wystąpienia zdarzeń nieplanowanych (np. korzystanie z jednostek, których kadłuby nie są pokryte farbą przeciwpiorostową zawierającą TBT),
- koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa żeglugi (np. aktualizacja i sprawdzanie planów ratowniczych).

Inwestorzy regularnie obciążani są także obowiązkami w zakresie monitorowania oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko poprzez prowadzenie stałego monitoringu: organizmów bentosowych, ptaków morskich, ptaków migrujących, ichtiofauny, morświnów, a nawet nietoperzy.

Ocena oddziaływania na środowisko

Dla przedsięwzięć o zawsze znaczącym oddziaływaniu na środowisko, do których zalicza się morskie farmy wiatrowe niezależnie od ich mocy, należy każdorazowo przeprowadzić ocenę oddziaływania na środowisko.

W ramach oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko wyróżnia się trzy podstawowe etapy:

- weryfikację raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko,
- uzyskanie wymaganych ustawą opinii i uzgodnień,
- zapewnienie możliwości udziału społeczeństwa w postępowaniu.

Jednym z kluczowych elementów oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko jest weryfikacja raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, dokonywana przez organ właściwy do wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko powinien zawierać informacje umożliwiające analizę powyżej wskazanych kryteriów oraz zawierać elementy >>

KRYTERIA OCENY ODDZIAŁYWANIA NA ŚRODOWISKO

Zgodnie z brzmieniem art. 62 u.o.o.s. w ramach oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko RDOŚ określa, analizuje oraz ocenia przede wszystkim bezpośredni i pośredni wpływ danego przedsięwzięcia na:

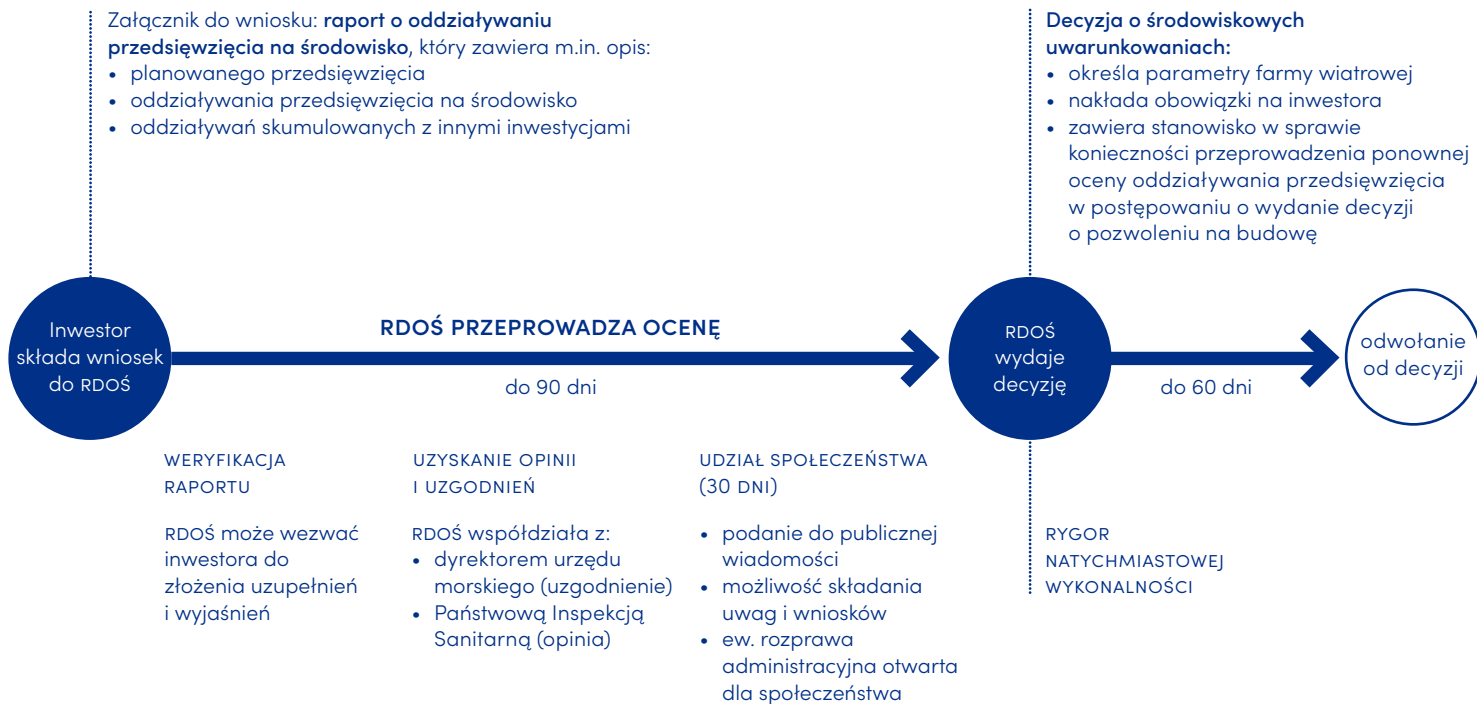
- środowisko,
- ludność,
- dobra materialne,
- zabytki,
- krajobraz,
- wzajemne oddziaływanie między tymi elementami,
- dostępność do złóż kopalin.

Dodatkowe elementy oceny:

- ryzyko wystąpienia poważnych awarii oraz katastrof naturalnych i budowlanych,
- wymagany zakres monitoringu,
- możliwość i sposoby zapobiegania i zmniejszania negatywnego oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko.

POSTĘPOWANIE W SPRAWIE WYDANIA DECYZJI O ŚRODOWISKOWYCH UWARUNKOWANIACH

dla morskiej farmy wiatrowej



wskazane w art. 66 ust. 1 u.o.o.ś., do których zalicza się m.in.:

- opis planowanego przedsięwzięcia (pkt 1),
- informacje na temat powiązań z innymi przedsięwzięciami, w szczególności kumulowania się oddziaływań przedsięwzięć realizowanych, zrealizowanych lub planowanych, dla których wydano decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach, znajdujących się na terenie, na którym planuje się realizację przedsięwzięcia, oraz w obszarze oddziaływania przedsięwzięcia lub których oddziaływanie mieszczą się w obszarze oddziaływania planowanego przedsięwzięcia – w zakresie, w jakim ich oddziaływanie mogą prowadzić do skumulowania oddziaływań z planowanym przedsięwzięciem (pkt 3b),
- opis przewidywanych znaczących oddziaływań planowanego przedsięwzięcia na środowisko, w tym obejmujących oddziaływanie skumulowane (pkt 8).

Ponieważ decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach znajduje swoje oparcie w ustaleniach raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, niekompletny raport nie może stanowić podstawy do wydania prawidłowej decyzji w przedmiocie środowiskowych uwarunkowań

UCZESTNICZY POSTĘPOWANIA



realizacji przedsięwzięcia (por. wyrok WSA we Wrocławiu z 29 czerwca 2010 r., II SA/Wr 220/10). W związku z tym w toku prowadzonego postępowania organ może prowadzić postępowanie wyjaśniające, w którego ramach wzywa inwestora do złożenia uzupełnień i wyjaśnień do przedłożonego raportu. Z praktyki wynika, że za wadliwe uznaje się raporty, który nie określają rozmieszczenia turbin wiatrowych, a także takie, które nie przedstawiają dogłębnej analizy skumulowanego oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko z innymi projektami morskich farm wiatrowych. Uchybienia te mogą prowadzić do odmowy wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

W postępowaniach dotyczących morskich farm wiatrowych wymagane jest uzgodnienie warunków realizacji przedsięwzięcia z właściwym dyrektorem urzędu morskigo oraz zasięgnięcie opinii właściwego organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej. Należy zaznaczyć, że w przypadku przedsięwzięć, które są realizowane w polskiej wyłącznej strefie ekonomicznej, opinia organu Wód Polskich nie jest wymagana.



Morska energetyka wiatrowa jest jedyną na tak wielką skalę i zarazem zeroemisyjną technologią odnawialnych źródeł energii.

Obligatoryjnym etapem oceny oddziaływania na środowisko jest również zapewnienie możliwości udziału społeczeństwa. W związku z tym Regionalny Dyrektor Ochrony Środowiska, który prowadzi postępowanie, musi podać do publicznej wiadomości informację o złożeniu raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko wraz z informacją o możliwości zapoznania się z jego treścią oraz o prawie do składania uwag i wniosków w siedzibie organu w terminie 30 dni.

Wnioski

Morska energetyka wiatrowa jest jedyną na tak wielką skalę i zarazem zeroemisyjną technologią odnawialnych źródeł energii. Farmy wiatrowe budowane w polskiej wyłącznej strefie ekonomicznej muszą spełnić

szereg wymagań środowiskowych, wśród których na początkowym etapie najważniejsza jest ocena oddziaływania na środowisko.

Organ prowadzący postępowanie w sprawie wydania decyzji środowiskowej bierze pod uwagę specyfikę przedsięwzięcia – jego skalę i rodzaj oraz stopień, w jakim może oddziaływać na poszczególne aspekty środowiska morskiego.

Potencjalni inwestorzy muszą liczyć się z możliwością dodatkowych kosztownych zobowiązań. W związku z tym budowy morskich farm wiatrowych powinny podejmować się wyłącznie ambitne podmioty, posiadające odpowiednie zasoby ludzkie i finansowe oraz doświadczenie w realizacji i eksploatacji takich projektów. Tylko to może zagwarantować poszanowanie zasad ochrony środowiska morskiego. ●



TOMASZ ZASACKI

adwokat, starszy doradca,
praktyka nieruchomości

Inwestowanie na gruntach rolnych i leśnych

Przedsiębiorcy, którzy chcieliby zrealizować inwestycję na gruncie rolnym lub leśnym, często pytają, jak odrolnić taki grunt i jakie koszty się z tym wiązą. W artykule wskazujemy podstawowe zasady i typowe opłaty.

Na początek zastrzeżenie: używany w języku potocznym termin „odrolnienie” stosowany jest w kontekstach dotyczących zarówno przeznaczenia gruntów na cele inne niż rolnicze i leśne, jak i wyłączenia ich z produkcji. Z prawnego punktu widzenia są to dwie zupełnie różne sytuacje. W artykule omówimy dwa przypadki: gdy na gruncie nie jest prowadzona produkcja rolna ani leśna (czyli dążymy do tego, żeby grunt został przeznaczony na cele nierolnicze i nieleśne) i gdy taka produkcja jest prowadzona (czyli chodzi o wyłączenie gruntów rolnych lub leśnych z produkcji).

Dla jasności obrazu pomijamy tu kwestie zabudowy o niewielkiej skali i obszarze, niektóre rozwiązania szczegółowe, rekultywację, wyjątki i wyłączenia.

Grunty rolne i leśne – ustalenie innego przeznaczenia gruntu

Grunty rolne i leśne podlegają ochronie ustawowej, którą zapewnia ustawa o ochronie gruntów (ustawa z 3 lutego 1995 r. o ochronie gruntów rolnych i leśnych).

Kluczowym instrumentem ochrony przewidzianej w tej ustawie jest ograniczanie przeznaczenia gruntów na cele nierolnicze i nieleśne. Na cele nierolnicze i nieleśne można przeznaczać przede wszystkim grunty oznaczone w ewidencji gruntów jako nieużytki, a w ich braku inne grunty o najniższej przydatności produkcyjnej.

Ścieżka postępowania jest różna w zależności od tego, czy chodzi o grunt leśny lub użytki rolne klas I–III, czy o grunty rolne pozostałych klas.

„ODROLNIENIE” W ŚWIELE PRAWA

na gruncie nie jest prowadzona produkcja rolna ani leśna



przeznaczenie gruntu na cele inne niż rolnicze i leśne



na gruncie jest prowadzona produkcja



wyłączenie gruntu z produkcji rolnej lub leśnej

Żeby zmienić przeznaczenie gruntów z pierwszej grupy, potrzebna jest zgoda odpowiedniego organu i zmiana w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego. I tak:

- dla użytków rolnych klas I–III wymagana jest zgoda ministra właściwego dla spraw rozwoju wsi,
- dla gruntów leśnych stanowiących własność państwa wymagana jest zgoda ministra właściwego do spraw środowiska,
- dla pozostałych gruntów leśnych wymagana jest zgoda marszałka województwa wyrażona po uzyskaniu opinii izby rolniczej.

Jeśli nie ma planu miejscowego, przeznaczenie wymienionych gruntów na cele inne niż rolnicze i leśne może być określone w decyzji o warunkach zabudowy wydanej zgodnie z przepisami ustawy o planowaniu przestrzennym (ustawa z 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym). Jednak decyzja o warunkach zabudowy, zgodnie z art. 61 ust. 1 pkt 4 ustawy o planowaniu przestrzennym, może być wydana jedynie wtedy, gdy teren był objęty zgodą uzyskaną przy sporządzaniu obowiązujących w przeszłości planów miejscowych, które następnie utraciły moc na podstawie ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym z 7 lipca 1994 r. (poprzedzającej obecnie obowiązującą ustawę o planowaniu przestrzennym).

Przeznaczenie gruntów rolnych klas IV–VI na cele nierolnicze nie musi być dokonane w planie miejscowym, a więc w braku planu miejscowego może być dokonane na mocy decyzji o warunkach zabudowy, bez opisanych powyżej ograniczeń wynikających z art. 61 ust. 1 pkt 4 ustawy o planowaniu przestrzennym.

Ustawa o ochronie gruntów stanowi w art. 7 ust. 1a, że wymóg przeznaczenia w planie miejscowym gruntów na cele nierolnicze i nieleśne wymagających zgody odpowiedniego organu nie ma zastosowania do terenów, dla których nie sporządza się miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Zgodnie z art. 14 ust. 6 ustawy o planowaniu przestrzennym planu miejscowego nie sporządza się dla terenów zamkniętych, z wyłączeniem terenów zamkniętych ustalanych przez ministra właściwego do spraw transportu.

Ustawa o ochronie gruntów w art. 10a wyłącza całkowicie grunty rolne położone w granicach administracyjnych miast spod działania przepisów o ograniczaniu przeznaczenia tych gruntów na cele nierolnicze zawartych w rozdziale 2 tejże ustawy. Jest to istotny przepis dla inwestujących na terenach miast. Aby więc przeznaczyć na cele nierolnicze grunty rolne położone na terenach miast, nie są potrzebne zgody organów administracji ani odpowiednie zapisy w miejscowym planie zagospodarowania

przestrzennego. Jeśli jednak na tych gruntach jest prowadzona produkcja rolna, nadal należy uzyskać decyzję o wyłączeniu gruntów z produkcji (patrz dalej).

Wyłączenie opisane w poprzednim akapicie nie dotyczy gruntów leśnych położonych w granicach administracyjnych miast.

Wyłączanie gruntów rolnych i leśnych z produkcji

Zgodnie z ustawą o ochronie gruntów przez wyłączenie gruntów z produkcji rozumieć należy rozpoczęcie użytkowania gruntów innego niż rolnicze lub leśne. Czynność wyłączenia wymaga uzyskania decyzji starosty w stosunku do gruntów rolnych i dyrektora regionalnej dyrekcji lasów państwowych, gdy chodzi o grunty leśne.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 ustawy o ochronie gruntów decyzja taka wymagana jest w stosunku do wyłączenia z produkcji:

- użytków rolnych wytworzonych z gleb pochodzenia mineralnego i organicznego zaliczonych do klas I–III,
- użytków rolnych wytworzonych z gleb pochodzenia organicznego zaliczonych do klas IV–VI,
- wszystkich gruntów leśnych.

Widać więc, że ochrona gruntów leśnych na gruncie ustawy jest dalej idąca niż ochrona gruntów rolnych.

Decyzję zezwalającą na wyłączenie gruntów z produkcji rolniczej lub leśnej należy dołączyć do wniosku o wydanie pozwolenia na budowę lub zgłoszenia budowy lub wykonania robót budowlanych. Pozwolenie na budowę nie zostanie więc wydane, jeśli inwestor nie uzyskał decyzji o wyłączeniu gruntów z produkcji.

Zgodnie z uchwałą 7 sędziów NSA z 3 lutego 1997 r. (OPS 13/96) decyzja o wyłączeniu gruntów z produkcji rolnej lub leśnej



ORGAN UDZIELAJĄCY ZGODY



powinna obejmować tylko taką powierzchnię, na której w projekcie zagospodarowania terenu zaplanowano rozpoczęcie innego niż rolnicze lub leśne wykorzystania gruntów. Wyłączanie gruntów danego inwestora w całości jest sprzeczne z celami ustawy o ochronie gruntów rolnych i leśnych. Nie jest więc zgodna z ustawą stosowana niekiedy praktyka wyłączania gruntów z produkcji „na zapas” pod kątem planowanej w kolejnym etapie dalszej zabudowy nieruchomości.

Co do zasady organ administracji nie może odmówić wydania decyzji o wyłączeniu gruntów z produkcji. Decyzja o wyłączeniu nie jest decyzją uznaniową, czyli podejmowaną w ramach tzw. uznania administracyjnego. To oznacza, że jeśli zostały spełnione wszystkie przesłanki przewidziane prawem, organ administracji publicznej ma obowiązek wydać decyzję o wyłączeniu, a wniosek złożony w tej sprawie ma charakter wiążący.

Opłaty za wyłączenie gruntów z produkcji

Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie gruntów osoba, która uzyskała zezwolenie

na wyłączenie gruntów z produkcji, jest obowiązana uiścić należność, czyli:

- jednorazową opłatę z tytułu trwałego wyłączenia gruntów z produkcji,
- opłatę roczną w wysokości 10% należności, uiszczaną przez 10 lat od chwili wyłączenia gruntów z produkcji.

Należność pomniejsza się o wartość gruntu ustaloną według cen rynkowych stosowanych w danej miejscowości w obrocie gruntami w dniu faktycznego wyłączenia gruntu z produkcji (czyli o wartość gruntu w chwili wyłączenia z produkcji).

Należność za wyłączenie z produkcji 1 ha gruntów rolnych ustalana jest w zależności od klasy gruntu oraz od tego, czy na gruncie są gleby pochodzenia mineralnego czy organicznego. Pochodzenie gleb można sprawdzić na mapach glebowo-rolniczych, przedstawiających w szczególności informacje dotyczące przydatności glebowo-rolniczej terenu charakteryzowanej na podstawie głębokości, tekstury, struktury i zawartości cząstek oraz materiału organicznego, kamienistości, erozji gleb i podglebia i zdolności zatrzymywania wody, opracowanych na podstawie ustawy z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne.

Należność za wyłączenie z produkcji 1 ha gruntu leśnego bez drzewostanu wynosi równowartość ceny 1 m³ drewna – ogłuszonej przez GUS – pochodzącego z jednej z pięciu kategorii lasu określonych w ustawie o ochronie gruntu.

Przy wyłączaniu gruntów leśnych z produkcji nakładane jest jeszcze jednorazowe odszkodowanie za przedwczesny wyręb drzewostanu (patrz rozporządzenie Ministra Środowiska z 20 czerwca 2002 r. w sprawie jednorazowego odszkodowania za przedwczesny wyręb drzewostanu).

Wyłączenie z produkcji użytków rolnych oraz gruntów leśnych może nastąpić po wydaniu decyzji zezwalającej na takie wyłączenie (art. 11 ust. 1 ustawy o ochronie gruntów). Osoba, która uzyskała zezwolenie na wyłączenie gruntów z produkcji, jest obowiązana uiścić należność i opłaty roczne (art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie gruntów). Obowiązek taki powstaje od dnia faktycznego wyłączenia gruntów z produkcji.

W tym kontekście pojawia się czysto techniczne pytanie, czy wszystkie te kwestie mogą być ustalone w jednej decyzji, czy też organ powinien najpierw wydać decyzję

OPŁATY ZA WYŁĄCZENIE GRUNTÓW Z PRODUKCJI ROLNEJ LUB LEŚNEJ

grunty rolne

opłata zależna od klasy gruntu i rodzaju gleby, pomniejszona o wartość gruntu w dniu wyłączenia

opłata jednorazowa za trwałe wyłączenie gruntu z produkcji

+

opłata roczna płacona przez 10 lat

grunty leśne

opłata zależna od kategorii lasu, pomniejszona o wartość gruntu w dniu wyłączenia

opłata jednorazowa za trwałe wyłączenie gruntu z produkcji (1 ha = cena 1 m³ drewna wg GUS)

+

opłata roczna płacona przez 10 lat

+

odszkodowanie za przedwczesny wyręb drzewostanu

zezwalającą na wyłączenie gruntów z produkcji na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy o ochronie gruntów, a następnie – po ustaleniu dnia, w którym doszło do faktycznego wyłączenia gruntów z produkcji – wydać decyzję na podstawie art. 12 ust. 1 tejże ustawy, ustalającą wysokość należności, opłat rocznych i ewentualnie jednorazowego odszkodowania za przedwczesny wyręb drzewostanu. Za drugim wariantem opowiedział się NSA w wyroku z 4 listopada 2016 r. (II OSK 224/15) i WSA w Warszawie w wyroku z 28 lutego 2017 r. (IV SA/Wa 2871/16). Ustawa nie przesądza wyraźnie tej kwestii, ale w praktyce zwykle całość materii regulowana jest w jednej decyzji, czyli obowiązki finansowe (należności, opłaty itd.) są nakładane w decyzji wyłączającej grunt z produkcji.

W razie zbycia gruntów wyłączonych z produkcji obowiązek uiszczania opłat rocznych przechodzi na nabywcę (art. 12 ust. 4 ustawy o ochronie gruntów). Przepis ten budzi wątpliwości interpretacyjne dotyczące tego, w jakich sytuacjach dochodzi do nabycia gruntu. Jeden pogląd głosi, że nabycie gruntów następuje na mocy czynności cywilnoprawnej przenoszącej własność lub użytkowanie wieczyste gruntu. Oznaczałoby to, że

przejęcie gruntu w posiadanie zależne nie jest nabyciem.

Inny pogląd wyraził WSA w Lublinie w wyroku z 14 marca 2018 r. (I SA/Lu 986/17). Według WSA należy przyjąć wykładnię celowościową, zgodnie z którą zobowiązany do uiszczania corocznych opłat jest ten, kto faktycznie korzysta z wyłączenia gruntu. Argumentację tę wspomaga definicja właściciela, przez którego ustawa o ochronie gruntów rozumie „również posiadacza samoistnego, zarządcę lub użytkownika, użytkownika wieczystego i dzierżawcę”, oraz przepis, że to osoba, która uzyskała decyzję o wyłączeniu gruntów z produkcji rolnej lub leśnej, jest zobowiązana ponosić opłaty (art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie gruntów). Podstawą uzasadniającą ponoszenie opłat jest użytkowanie gruntu na cele nierolnicze i nieleśne. Opłaty ponosi więc ten, kto używa gruntu. Z chwilą przeniesienia prawa do użytkowania gruntu wyłączonego z produkcji rolnej i leśnej obowiązek zapłaty opłat przechodzi na nabywcę tego prawa.

Ustawa o ochronie gruntów stanowi, że zbywający jest obowiązany uprzedzić nabywcę o tym, że po nabyciu gruntów wyłączonych z produkcji będzie musiał ponosić

opłaty. Z ewentualnym brakiem takiego uprzedzenia ustawa nie wiąże konsekwencji, w tym w szczególności zwolnienia nabywcy z tego obowiązku. Jednak fakt, że zbywca nie uprzedził nabywcy, może stanowić podstawę roszczeń odszkodowawczych nabywcy przeciwko zbywcy. Tak stwierdził NSA w wyroku z 9 kwietnia 2013 r. (II OSK 2383/11).

W ustawie o ochronie gruntów przewidziano sankcje za naruszenie jej przepisów. Art. 28 ust. 1 stanowi, że w razie stwierdzenia, że grunty zostały wyłączone z produkcji niezgodnie z przepisami ustawy, sprawcy wyłączenia ustala się opłatę w wysokości dwukrotnej należności. Dotyczy to gruntów, które nie zostały przeznaczone w planie miejscowym na cele nierolnicze i nieleśne.

Z kolei art. 28 ust. 2 dotyczy sytuacji, gdy grunty zostały co prawda przeznaczone w planie miejscowym na cele nierolnicze i nieleśne, ale zostały wyłączone bez uzyskania decyzji o wyłączeniu z produkcji. W takim przypadku zostaje wydana z urzędu decyzja o wyłączeniu gruntów z produkcji, w której należność podwyższona zostaje o 10%.

Opłaty te nie mogą być wliczane do kosztów działalności osób, w stosunku do których zostały wymierzone.

Materia uregulowana w ustawie o ochronie gruntów rolnych i leśnych jest stosunkowo skomplikowana, albowiem łączy w sobie zagadnienia z dziedziny planowania i zagospodarowania przestrzennego, procesu budowlanego, typologii gleb, typów siedliskowych lasów, klasyfikacji gruntów itd. W przypadku braku miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego proces inwestowania na gruntach podlegających szczególnej ochronie znacząco się wydłuża. ●



PAULINA WOJTKOWSKA
praktyka prawa ochrony środowiska

Opakowania na wagę złota

Pod koniec listopada Komisja Europejska przyjęła wniosek w sprawie rewizji przepisów dotyczących opakowań i odpadów opakowaniowych. Wśród postulatów zaproponowano ograniczenie do 2040 r. odpadów opakowaniowych o 15% na każdego mieszkańca danego państwa członkowskiego względem 2018 r. Wkrótce także każde opakowanie powinno nadawać się do recyklingu. Narzędziem, które pomoże osiągnąć założenia w projektowanym rozporządzeniu, jest z pewnością dobrze zorganizowany system kaucyjny, który funkcjonuje już w 12 europejskich państwach. Czy z sukcesem?

Co zbieramy?

Opracowanie „Gospodarka odpadami opakowaniowymi po napojach w Polsce: teraz i w niedalekiej przyszłości” przygotowane w 2022 r. przez Polskie Stowarzyszenie Zero Waste podsumowuje, że przeważająca liczba systemów kaucyjnych w Europie obejmuje trzy frakcje odpadów opakowaniowych po napojach: opakowania PET (np. plastikowe butelki), metalowe puszki i szklane butelki.

Tworzywa sztuczne i metale zbierane są w ramach wszystkich 12 działających obecnie systemów kaucyjnych w Europie (w Chorwacji, Danii, Estonii, Finlandii, Islandii, Litwie, Łotwie, Niemczech, Norwegii, Słowacji i Szwecji) i będą zbierane w kolejnych sześciu planowanych (w Anglii, Walii i Irlandii Półn., Irlandii, na Maltcie, w Portugalii, Rumunii i Szkocji). Szkło nie jest objęte systemem zbiórki w Niemczech, Norwegii, Słowacji i Szwecji, a w ich ślady planuje pójść też Irlandia.

Polska początkowo planowała włączyć do systemu depozytowego tylko wybrane **butelki z tworzyw sztucznych** i **butelki szklane wielokrotnego użytku** o pojemności do 1,5 l, co spotkało się z krytyką zainteresowanych podmiotów. Obecnie art. 1 pkt 4 lit. d projektu ustawy wdrażającej system kaucyjny w Polsce zakłada, że system ten będzie obejmował opakowania na napoje jednorazowego albo wielokrotnego użytku uwzględnione w załączniku nr 1a, który wylicza:

- butelki z tworzyw sztucznych jednorazowego użytku o pojemności do 3 l, w tym ich zakrętki i wieczka wykonane z tworzyw sztucznych (z wyłączeniem szklanych lub metalowych butelek na napoje, których zakrętki i wieczka wykonane są z tworzyw sztucznych),
- puszki aluminiowe o pojemności do 1 l,
- butelki szklane wielokrotnego użytku o pojemności do 1,5 l.



Puszka metalowa jest obok opakowania PET dominującym typem opakowania na napoje i stanowi aż 32% wszystkich opakowań w tej kategorii.

Duża część uwag zgłoszonych w ramach konsultacji publicznych projektu ustawy wdrażającej system kaucyjny w Polsce dotyczyła **puszek metalowych** (w tym **aluminiowych**) po napojach, których projektodawca nie uwzględnił w proponowanym systemie kaucyjnym. Argumentacja przemawiająca za włączeniem **puszek aluminiowych** do systemu kaucyjnego opierała się głównie na tym, że w ocenie organizacji jest to najlepszy sposób, żeby skutecznie zamknąć obieg tego materiału, czego nie zapewnia obecna praktyka uzależniona wyłącznie od ceny aluminium. Zdaniem zgłaszających uwagi nie można bowiem wykluczyć, że w razie spadku cen aluminium zmniejszy się również popyt na wykonywane z niego puszki, co w konsekwencji wpłynie negatywnie na poziom recyklingu tego surowca.

Początkowo projektodawca w drugiej, najnowszej wersji projektu ustawy uwzględnił jedynie **puszki aluminiowe** o pojemności do 1 l, co należało uznać za częściowy sukces. Puszki na napoje nie są bowiem produkowane wyłącznie z aluminium, ale również ze stali, w tym z blachy ocynkowanej, włączonych do wybranych systemów kaucyjnych w Europie. W Polsce nie zostały jednak uwzględnione.

To jednak ma się niebawem zmienić, gdyż wiceminister klimatu i środowiska zapowiedział pod koniec listopada, że uwzględni postulaty w tym zakresie. Organizacje reprezentujące sektor spożywczy deklarowały

bowiem, że puszka metalowa jest obok opakowania PET dominującym typem opakowania na napoje i stanowi aż 32% wszystkich opakowań w tej kategorii. Pominięcie tego surowca nie byłoby zatem wskazane.

Zawartość ma znaczenie

Rodzaj materiału, z jakiego wykonane są opakowania, to niejedyny kryterium uwzględniane przy wdrażaniu systemów kaucyjnych w Europie. Znaczenie ma również rodzaj napoju – jedynie woda i napoje bezalkoholowe (gazowane i niegazowane) są zasadniczo objęte wszystkimi obecnie funkcjonującymi systemami kaucyjnymi w Europie. Pod pojęciem „napoje bezalkoholowe” można rozumieć różne rodzaje napojów, takie jak soki, herbata mrożona, nektary czy napoje energetyczne, dlatego wysoce prawdopodobne jest, że już w tym zakresie pojawiają się różnice pomiędzy poszczególnymi państwami europejskimi. Same opakowania po sokach i nektarach są bowiem objęte systemem kaucyjnym jedynie w ośmiu na 12 funkcjonujących systemów kaucyjnych.

Projekt ustawy przewiduje, że w Polsce przez „opakowania na napoje” rozumie się na gruncie zmienianej ustawy opakowania na płyn przeznaczony do bezpośredniego wypicia, bez konieczności poddania go dalszej obróbce, **w szczególności** wodę, sok, nektar, mleko, jogurt i inny pitny produkt mleczny, napój alkoholowy – z wyłączeniem

PROJEKTOWANY SYSTEM KAUCYJNY OBEJMUJE



płynów będących produktami leczniczymi, wyrobami medycznymi oraz żywnością specjalnego przeznaczenia medycznego (art. 1 pkt 4 projektu ustawy).

Wspomniane rodzaje napojów nie budzą raczej kontrowersji wśród przedstawicieli sektora spożywczego. Wyjątkiem są opakowania po mleku i przetworach mlecznych – piszemy o tym w dalszej części artykułu.

Wątpliwości lub zastrzeżenia zainteresowanych podmiotów budzi też pominięcie niektórych rodzajów opakowań w systemie kaucyjnym.

„Małpki” poza systemem

Europejskie państwa prezentują różne podejście wobec włączania do systemu kaucyjnego opakowań po napojach alkoholowych. Cytowane już opracowanie przygotowane przez Polskie Stowarzyszenie Zero Waste rozróżnia w zestawieniu następujące napoje alkoholowe: piwo, cydr, napoje zawierające alkohol, wino, likier i mocny alkohol. Jedynie Finlandia objęła swoim systemem kaucyjnym wszystkie wymienione kategorie alkoholu, będąc tym samym jedynym państwem, które zdecydowało się w ten sposób zbierać opakowania po napojach alkoholowych zawierających ponad 20% alkoholu.

Polska ma szansę powiększyć to grono, gdyż – jak już wspomniano – projekt



SYSTEMY KAUCYJNE W EUROPIE

SYSTEM KAUCYJNY

- istnieje
- jest planowany

SYSTEM KAUCYJNY OBEJMUJE

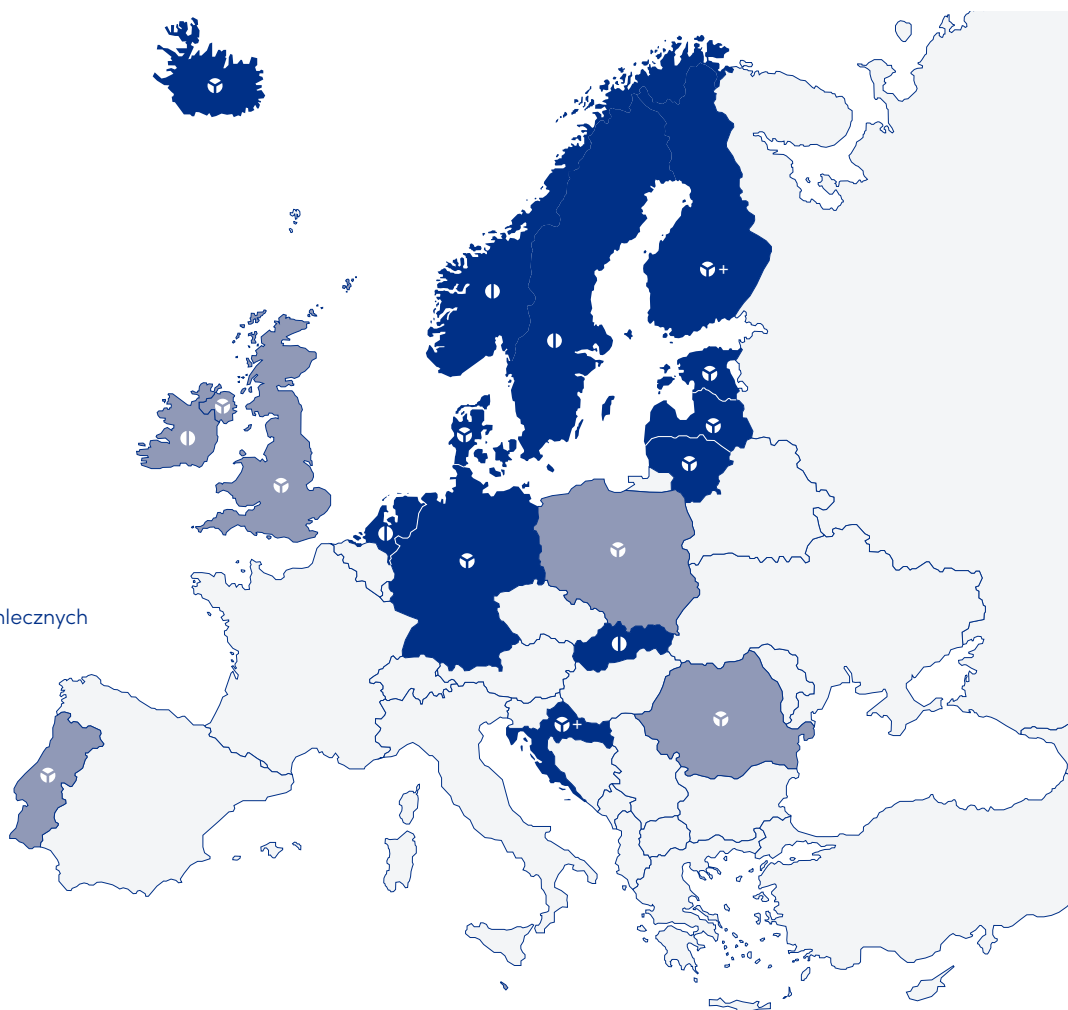
- ⊕ metal / plastik / szkło
- ⊖ metal / plastik

FINLANDIA

+ opakowania po wszystkich alkoholach

CHORWACJA

+ opakowania po mleku i przetworach mlecznych



ustawy przewiduje, że za opakowania na napoje na gruncie zmienianej ustawy uznaje się opakowania na płyn przeznaczony do bezpośredniego wypicia, bez konieczności poddania go dalszej obróbce, w szczególności napój alkoholowy – bez względu na zawartość alkoholu. Nie oznacza to jednak, że zbiórka opakowań po napojach alkoholowych będzie w Polsce wysoce efektywna. Poza polskim systemem kaucyjnym pozostają butelki o pojemności 100–200 ml (tzw. „małpki”), gdyż projekt ustawy wbrew wcześniejszemu stanowisku Ministerstwa Klimatu i Środowiska **nie obejmuje**

butelek szklanych jednorazowego użytku.

Tymczasem według badań przeprowadzonych w 2019 r. przez Synergion w Polsce sprzedawano 3 mln takich butelek dziennie, co daje rocznie około 1 miliarda tego rodzaju opakowań.

Mleko i przetwory mleczne a system kaucyjny

Opakowania po mleku i przetworach mlecznych zwykle nie są obejmowane systemami kaucyjnymi w Europie. Wyjątkiem

jest Chorwacja, która jednak w 2015 r. zrezygnowała z dotychczasowej praktyki, aby następnie w 2021 r. do niej powrócić przy udziale organizacji pozarządowej *Zelena Akcija*. Według najnowszej wersji projektu ustawy system kaucyjny w Polsce również obejmie opakowania po napojach takich jak mleko, jogurt i inny pitny produkt mleczny.

Włączanie opakowań po mleku i przetworach mlecznych nie jest rekomendowane przez sektor spożywczy zarówno w Polsce, jak i w innych europejskich państwach. Chodzi o dochowanie standardów sanitarnych. Ten argument w ramach konsultacji publicznych projektu ustawy podniosły m.in. Polska Federacja Producentów Żywności Związków Pracodawców, Krajowa Izba Gospodarcza Przemysł Rolniczy oraz Związek Pracodawców Przemysłu Piwowarskiego – Browary Polskie. Organizacje



W Polsce w 2019 r. sprzedawano 3 mln „małpek” dziennie, co daje rocznie około 1 miliarda tego rodzaju opakowań.

te zgodnie wskazały, że przechowywanie na terenie sklepów zwróconych opakowań po mleku i przetworach mlecznych będzie powodowało ryzyko mikrobiologiczne tak dla personelu, jak i klientów sklepów. Wreszcie – zwłaszcza w mniejszych sklepach – może zniechęcać konsumentów do zakupów.

Można zaryzykować tezę, że objęcie podobnych opakowań systemem kaucyjnym miałooby sens jedynie w sytuacji, gdyby konsumenci oddawali wyłącznie oczyszczone opakowania, a ich zbiórka następowałaby oddzielnie od opakowań na inne rodzaje napojów. Trudno jednak oczekiwać, żeby wszyscy konsumenci przestrzegali tej zasady. Zresztą takie rozwiązanie powodowałoby też innego rodzaju trudności.

Co z opakowaniami wielomateriałowymi do płynnej żywności?

Zdaje się, że całkowicie poza dyskusją pozostają natomiast opakowania wielomateriałowe na płynną żywność (tzw. te-trapaki). W Polsce na ten problem zwraca uwagę przede wszystkim Fundacja ProKarton, której prezes – Łukasz Sosnowski – sygnalizował podczas Międzynarodowego Kongresu Ochrony Środowiska ENVICON w październiku 2022 r., że włączenie tego rodzaju opakowań do polskiego systemu kaucyjnego pozwoli osiągnąć większy poziom zbiórki kartonów do płynnej żywności, a także sprawi, że większy odsetek tego surowca będzie użyty ponownie.

Z badań Kantar Public przeprowadzonych we wrześniu 2022 r. na zlecenie Fundacji ProKarton wynika, że ponad połowa, bo 58% Polaków (tj. 9% więcej niż w 2019 r.) opowiada się za wprowadzeniem szerokiego systemu kaucyjnego, tj. obejmującego

również kartony do płynnej żywności. Z kolei 48% Polaków (tj. 3% więcej niż w 2019 r.) opowiada się za tym, aby za taki rodzaj opakowania była pobierana kaucja.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że stanowiska Fundacji ProKarton nie zmieniają nawet dalsze ustalenia Kantar Public, zgodnie z którymi prawie 80% Polaków deklaruje, że segreguje odpady opakowaniowe (choć już tylko 58% osób prawidłowo wskazuje pojemnik, do którego takie opakowanie należy wrzucić – czyli pojemnik na metale i tworzywa sztuczne). Jest to zatem niewątpliwie pole do dalszej dyskusji co do ostatecznego modelu systemu kaucyjnego w Polsce.

Podsumowanie

Projekt ustawy wdrażającej system kaucyjny w Polsce w dużej mierze przypomina te, które funkcjonują obecnie w Europie. Nie oznacza to automatycznie, że polski system kaucyjny w zaproponowanym kształcie będzie pozbawiony wad, które w przyszłości mogą wymagać nowych rozwiązań. Część problemów dotyczy z pewnością kwestii poruszonych w opracowaniu, tj. opakowań po mleku i przetworach mlecznych, butelek o pojemności 100–200 ml czy opakowań wielomateriałowych. Jako że prace nad ustawą jeszcze trwają, można spodziewać się, że projekt ustawy może ulegać dalszym modyfikacjom. ●

RECYKLING KARTONÓW DO PŁYNNEJ ŻYWNOCI W POLSCE

KAUCJE



SEGREGOWANIE





FILIP RAK

adwokat, praktyka karna, praktyka ESG
i zrównoważonego rozwoju

Zasada równości w globalnych łańcuchach dostaw – co zmieni projektowana dyrektywa CSDD?

Rok 2023 to kolejny etap życia przygotowanego przez Komisję Europejską projektu dyrektywy w sprawie należytej staranności przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju (dyrektywa CSDD – *corporate sustainability due diligence directive*). Jeśli wejdzie w życie, dyrektywa wprowadzi obowiązek wdrożenia kompleksowych procedur przeciwdziałania naruszeniom praw człowieka i szkodom dla środowiska naturalnego w działalności największych korporacji i ich globalnych łańcuchów dostaw.

Projekt dyrektywy jest elementem polityki odpowiadającej na globalne wyzwania, jak gwałtowne zmiany klimatu lub pandemia koronawirusa. Jednym ze skutków tych zjawisk jest pogłębianie się nierówności społecznych. Nowe obowiązki będą więc dotyczyć największych przedsiębiorstw, których działanie często niesie za sobą zagrożenia dla praw człowieka, w tym dla zasady równości społecznej – i to nie tylko w sferze zatrudnienia. Ryzyka pojawiają się także w trakcie świadczenia lub korzystania z usług przez firmę (szczególnie w relacji z podmiotami z państw, gdzie zasada równego traktowania nie jest wystarczająco chroniona) lub też w toku własnej działalności (przykładem jest tzw. dyskryminacja algorytmiczna – więcej o niej w dalszej części artykułu).

Warto więc zastanowić się, jakie obowiązki będzie miała firma zgodnie z nową dyrektywą i co powinna uwzględnić w polityce *due diligence*, jeśli chodzi o przestrzeganie zasady równości (niedyskryminacji). Co i jak ma egzekwować od swych partnerów w ramach ustalonych relacji biznesowych? Jak powinna reagować na potencjalne naruszenia?

Założenia projektu dyrektywy CSDD

Zgodnie z raportem przygotowanym dla Komisji Europejskiej w związku z pracami nad projektem ok. 37% przedsiębiorstw unijnych uwzględnia już, choć w różnym stopniu, polityki należytej staranności w zakresie praw człowieka i środowiska naturalnego. Dyrektywa CSDD ma ustanowić równe zasady dla wszystkich i tym samym zapewnić firmom i interesariuszom pewność prawa co do oczekiwań stawianych ich działalności, oraz co do wiążącej się z nią odpowiedzialności.

Obowiązkiem największych graczy rynkowych ma stać się identyfikowanie niekorzystnych skutków ich aktywności dla praw człowieka oraz środowiska naturalnego, zapobieganie tym skutkom lub ich łagodzenie. Projekt przewiduje nadzór państwa nad realizacją tego obowiązku, obwarowany sankcjami administracyjnymi, a także odpowiedzialność cywilną korporacji wobec osób trzecich za jego niedopełnienie.

Projekt dyrektywy przewiduje konieczność wdrożenia kompleksowych procedur identyfikowania i ograniczenia ryzyka w ramach działania przedsiębiorstwa, jego jednostek zależnych i w ramach jego łańcucha dostaw, oraz usuwania negatywnych skutków w razie ich wystąpienia. Przedsiębiorstwa będą musiały m.in.:

- uwzględnić należytą staranność w politykach dotyczących kierunków działania przedsiębiorstwa – mieć spisana politykę należytej staranności, kodeksy postępowania pracowników i jednostek zależnych, a także środki

kontroli rozszerzone na stałe relacje biznesowe z innymi podmiotami,

- zidentyfikować zagrożenia dla praw człowieka i środowiska naturalnego – w ramach własnej działalności, działalności jednostek zależnych i łańcuchów dostaw,
- zapobiegać niekorzystnym skutkom i ograniczać te, które już nastąpiły – wdrożyć stosowne procedury zapobiegawcze, uzyskać od partnerów biznesowych stosowne zabezpieczenia umowne, a także skierować odpowiednie środki finansowe na urzeczywistnienie tych procedur,
- wdrożyć procedury skargowe dla osób z wewnątrz i zewnątrz organizacji, umożliwiające zgłoszenie wszelkich naruszeń praw człowieka i szkód środowiskowych,
- monitorować skuteczność wprowadzonej polityki należytej staranności,
- podawać informacje na temat stosowanej polityki należytej staranności do wiadomości publicznej.

Kto jest adresatem projektowanych obowiązków?

Pierwsza grupa adresatów to wszystkie przedsiębiorstwa – niezależnie od sektora rynkowego – które w ostatnim roku obrotowym zatrudniały średnio ponad 500 pracowników, a ich przychody netto ze sprzedaży w skali światowej przekraczały 150 mln EUR.

Druga grupa to przedsiębiorstwa, które zatrudniały średnio ponad 250 pracowników i osiągnęły ponad 40 mln EUR przychodów netto, pochodzących w co najmniej 50% z wybranych sektorów gospodarki, określonych według stopnia ryzyka, jakie ich funkcjonowanie niesie dla praw człowieka lub środowiska naturalnego. Dotyczy to m.in. produkcji tekstyliów, artykułów spożywczych, rolnictwa czy wydobywania i handlu surowcami mineralnymi. Dyrektywa będzie mieć też zastosowanie do regulowanych przedsiębiorstw finansowych, a także przedsiębiorstw spoza UE, które osiągnęły określony pułap obrotów na terenie UE. >>

DWIE GRUPY ADRESATÓW DYREKTYWY

 PRACOWNICY w ostatnim roku obrotowym	średnio ponad 500	średnio ponad 250
 OBROTY NETTO w skali światowej	ponad 150 mln EUR	ponad 40 mln EUR
 ŹRÓDŁO OBROTU NETTO	dowolny sektor	co najmniej 50 % z sektorów podwyższonego ryzyka m.in. produkcja tekstyliów, produkcja artykułów spożywczych, rolnictwo, wydobycie i handel surowcami mineralnymi

CZYLI RAZEM

ok. **2 600**
PRZEDSIĘBIORSTW
SPOZA UE

około **9 400**
PRZEDSIĘBIORSTW W UE

Objęcie dyrektywą jedynie największych korporacji stało się obiektem krytyki organizacji społecznych. Jako kontrargument wobec tej krytyki (zgłoszony m.in. przez polski rząd, który zaaprobował zasadniczo treść dyrektywy) podano potrzebę stopniowego, a nie rewolucyjnego wprowadzania projektowanych zmian. Niezależnie od trafności tego poglądu, sektor małych i średnich przedsiębiorstw na pewno pośrednio odczuje skutki proponowanych przepisów.

Status zasady niedyskryminacji w dyrektywie CSDD

Oprócz celów klimatycznych dyrektywy jednym z jej głównych założeń jest przeciwdziałanie naruszeniom praw człowieka. A zatem także: poszanowanie dla zasady równego traktowania. Zasada ta oznacza zakaz dyskryminacji kogokolwiek ze względu na jego szczególne indywidualne cechy lub sytuację osobistą – takie jak płeć (w tym cechy płciowe), rasa, pochodzenie, wiek, sprawność fizyczna, przynależność polityczna, wyznanie, tożsamość seksualna, tożsamość płciowa, status majątkowy czy jakiegokolwiek inne okoliczności.

Projekt dyrektywy CSDD precyzuje, jakiego rodzaju naruszenia praw człowieka podlegają obowiązkowi należytej staranności, odsyłając w tym zakresie do zamkniętej listy w Załączniku I do dyrektywy. Nie każde naruszenie będzie podlegało projektowanemu obowiązkowi.

Zasada równego traktowania ma tu szczególny status. W sposób bezwarunkowy będzie musiała być uwzględniona w polityce należytej staranności przedsiębiorstwa jedynie w sferze zatrudnienia. W szczególności zaś: w odniesieniu do wynagrodzenia różnych osób za pracę o takiej samej wartości. Tak rozumiana zasada niedyskryminacji obowiązuje już we wszystkich państwach UE, na mocy regulacji krajowych oraz przepisów unijnych.



Oprócz celów klimatycznych dyrektywy jednym z jej głównych założeń jest przeciwdziałanie naruszeniom praw człowieka. A zatem także: poszanowanie dla zasady równego traktowania.

Ogólna zasada równego traktowania sięga jednak dalej. Można odnieść ją nie tylko do sfery zatrudnienia, lecz także do sfery świadczenia usług lub dostaw towarów – zarówno oferowania, jak i korzystania z nich przez przedsiębiorstwo. Realizacja tak pojętej zasady równego traktowania może przejawiać się w politykach dotyczących świadczenia oraz nabywania usług z zastosowaniem odpowiednich klauzul antydyskryminacyjnych.

Negatywne skutki dla zasady równości społecznej w działalności przedsiębiorstw mogą przejawiać się na różne sposoby, i to nie tylko w sferze zatrudnienia czy usług. Przykładem jest działalność międzynarodowych firm IT korzystających z algorytmów opartych na sztucznej inteligencji.

Godny uwagi jest tu niedawny raport Komisji Europejskiej pt. „Algorithmic discrimination in Europe” na temat zagrożeń dla równości płynących ze sposobu działania algorytmów sieciowych. Raport szeroko opisuje sytuacje, w których może dochodzić do dyskryminacji przez działanie algorytmów opartych na AI – utrwalających stereotypy (rasowe, płciowe, klasowe

lub inne) w wynikach wyszukiwania, oferowaniu reklam online, profilowaniu usług czy w programach wykorzystywanych przez działy HR.

Przeciwdziałanie dyskryminacji w łańcuchach dostaw

W kontekście takich nietypowych zagrożeń na szczególną uwagę zasługuje ostatni punkt Załącznika I do dyrektywy CSDD. Przepis ten rozszerza katalog objętych dyrektywą naruszeń praw człowieka na te wprost w niej niewymienione. Wystarczy, żeby prawo to było określone w którymś z międzynarodowych aktów prawnych chroniących prawa człowieka i żeby przedsiębiorstwo było w stanie przewidzieć naruszenie na podstawie analizy ryzyka, uwzględniając okoliczności swojej działalności, takie jak sektor i warunki operacyjne.

Zasada równości pojawia się w większości umów międzynarodowych dotyczących praw człowieka, jak choćby w wymienionym w Załączniku I dyrektywy Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych ONZ. Jeśli więc okaże się, że

PRZYKŁAD ZASADA RÓWNEGO TRAKTOWANIA

Instytucja kredytowa korzysta z opartego na sztucznej inteligencji algorytmu służącego do określania zdolności kredytowej potencjalnych kredytobiorców. Zgodnie z dyrektywą CSDD instytucja ta będzie musiała przeprowadzić audyt swojej działalności pod kątem ryzyka nierównego traktowania. Jeśli okaże się, że działanie algorytmu kreuje przywileje dla grupy mężczyzn powyżej 35 roku życia – utrwalając stereotypy płciowe na tle ekonomicznym – instytucja ta będzie musiała wdrożyć odpowiednie środki i tak zmodyfikować algorytm, aby nie stawiał na uprzywilejowanej pozycji żadnej grupy społecznej.



Zasada równości może zostać też odzwierciedlona w zapewnieniach kontraktowych, których przedsiębiorstwo może żądać od swych partnerów biznesowych.

działalność danego przedsiębiorstwa, lub któregoś z ogniw jego łańcucha dostaw, może wiązać się z naruszeniem szeroko pojętej zasady równego traktowania, ryzyko takie powinno zostać ujęte na wszystkich płaszczyznach obowiązków określonych w dyrektywie CSDD.

Zasada równości może zostać też odzwierciedlona w zapewnieniach kontraktowych, których przedsiębiorstwo może żądać od swych partnerów biznesowych. Dotyczyć to będzie zwłaszcza relacji z podmiotami z państw o podniesionym

ryzyku naruszenia praw człowieka, np. tych, w których nie jest przestrzegana zasada równości płci lub nie są chronione prawa osób LGBTIQ.

Podsumowanie

Dyrektywa CSDD daje szansę na poprawę realizacji zasady równości społecznej. Choć zasada niedyskryminacji jako podstawowe prawo człowieka jest w niej wprost przewidziana jedynie w sferze zatrudnienia, nie zwolni to największych przedsiębiorstw od

obowiązku zbadania ryzyka jej naruszeń we wszystkich obszarach ich działalności.

Ryzyka takie mogą mieć miejsce w polityce zatrudnienia przedsiębiorstwa (np. na skutek dyskryminacji ze względu na płeć na stanowiskach kierowniczych firmy), w działaniu jej jednostek zależnych lub poszczególnych ogniw łańcucha wartości (np. zlokalizowanych w państwie trzecim, gdzie prawa mniejszości są słabiej chronione), a także w skutkach działalności (np. utrwalanie stereotypów poprzez działanie algorytmów opartych na sztucznej inteligencji).

Jeśli takie ryzyka zostaną zidentyfikowane, przedsiębiorstwo będzie obowiązane podjąć odpowiednie środki zaradcze, ujęte w spisanej polityce należytej staranności, a także – w zależności od przypadku – użyć stosowne zapewnienia kontraktowe od swych partnerów w ramach ustalonej relacji biznesowej. ●



WERONIKA NALBERT

adwokat, praktyka prawa ochrony
konkurencji i konsumentów, praktyka
ESG i zrównoważonego rozwoju

ESG – sprzymierzeńcy biznesu i środowiska

Zrównoważony rozwój już dawno przestał być dodatkiem do strategii biznesowej. Obecnie jest azymutem, za którym już podążają regulatorzy i instytucje finansowe. Kto tego nie zrozumie, może mieć problemy z zachowaniem konkurencyjności czy pozyskaniem finansowania.

Przekierowanie przepływów kapitału na zrównoważone inwestowanie w celu osiągnięcia zrównoważonego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu jest jednym z nadrzędnych długoterminowych celów Komisji Europejskiej. Bloomberg wskazuje, że zrównoważone inwestowanie stało się obecnie głównym nurtem, z szacunkową wartością 37,8 bilionów dolarów w aktywach pod zarządzaniem w 2022 r. Według tego samego badania globalne aktywa ESG mogą do 2025 r. przekroczyć 53 bilionów dolarów.

Do czego służy i co obejmuje ESG

Kryteria z zakresu ESG (*Environmental, Social, Governance*) są wykorzystywane do pozafinansowej oceny działalności podmiotów gospodarczych i dotyczą trzech aspektów:

- ochrony i przeciwdziałania degradacji środowiska naturalnego,
- społecznej odpowiedzialności i praw człowieka,
- ładu korporacyjnego.

Obszar dotyczący środowiska obejmuje np. wykorzystywane źródła energii, ilość zużywanych mediów i wytwarzanych odpadów oraz metody ich utylizacji, jak również kwestię emisji zanieczyszczeń oraz zaopatrzenia w surowce.

W zakresie społecznej odpowiedzialności analizie podlegają m.in. kwestie przestrzegania praw człowieka w łańcuchu dostaw, równości płac, przestrzegania praw pracowniczych czy bezpieczeństwa i ochrony danych oraz zwalczania nierówności.

Aspekt trzeci, tj. ładu korporacyjnego, jest szczególnie ważny dla długoterminowych inwestorów, ponieważ wpływa na zaufanie do przedsiębiorstwa i prowadzonego biznesu. W tym zakresie analizowane są kwestie wynagrodzenia kadry kierowniczej, struktury organów spółki czy nadzoru nad podmiotem. Weryfikacji może podlegać także to, czy respektowane są obowiązki informacyjne względem udziałowców oraz czy prowadzone są działania na rzecz przejrzystości podatkowej i przeciwdziałania korupcji.

Kiedy działalność jest zrównoważona

Wytyczne w tym zakresie są zawarte w Taksonomii (rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/852), która ustanawia system klasyfikacji zrównoważonej środowiskowo działalności gospodarczej. Zgodnie z Taksonomią działalność można zakwalifikować jako zrównoważoną, jeśli przyczynia się do realizacji co najmniej jednego z następujących celów środowiskowych:

- łagodzenie zmian klimatu i adaptacja do zmian klimatu,
- zrównoważone wykorzystywanie i ochrona zasobów wodnych i morskich,
- przejście na gospodarkę o obiegu zamkniętym,
- zapobieganie zanieczyszczeniu i jego kontrola,
- ochrona i odbudowa bioróżnorodności i ekosystemów.

Jednocześnie działalność ta nie może powodować znaczących szkód w zakresie żadnego z pozostałych celów środowiskowych. Ponadto działalność powinna być prowadzona zgodnie z minimalnymi gwarancjami (np. wytyczne OECD dla przedsiębiorstw wielonarodowych) i spełniać techniczne kryteria kwalifikacji, szczególnie określone w odrębnych aktach prawnych.



Docelowo informacje na temat zrównoważonego rozwoju będą miały status porównywalny do informacji finansowych.

Przykładowo działalność gospodarcza może wnieść istotny wkład w realizację celu polegającego na przejściu na gospodarkę o obiegu zamkniętym poprzez zwiększenie trwałości produktów, możliwości ich naprawy i ulepszenia oraz ponowne użycie lub zmniejszenie zużycia zasobów poprzez odpowiednie projektowanie i wybór materiałów z myślą o zapewnieniu jak największej użyteczności produktów, komponentów i materiałów tak długo, jak to możliwe.

Ustanowienie kryteriów dotyczących kwalifikowania działalności gospodarczej jako zrównoważonej środowiskowo ma także zachęcić podmioty gospodarcze nieobjęte obowiązkiem sprawozdawczości niefinansowej do dobrowolnego publikowania i ujawniania danych na temat prowadzonej przez nie zrównoważonej środowiskowo działalności gospodarczej. Te informacje nie tylko pomogą uczestnikom rynku finansowego i innym podmiotom na rynkach finansowych łatwo stwierdzić, które podmioty gospodarcze prowadzą działalność w sposób zrównoważony, ale również ułatwią tym podmiotom gospodarczym pozyskiwanie środków na prowadzenie i rozwijanie tej działalności.

Niefinansowy ≠ finansowo nieistotny

Można by pomyśleć, że termin „wskaźnik niefinansowy” implikuje, że informacje dotyczące zrównoważonego rozwoju nie mają znaczenia pod względem finansowym, a jedynie z punktu widzenia społecznej

odpowiedzialności biznesu. Nic bardziej mylnego. ESG wpływa bowiem na długoterminową wartość spółki dla akcjonariuszy oraz ukazuje wpływ podmiotu na społeczeństwo i środowisko, zaś podejmowane na szczeblu unijnym i krajowym działania mają docelowo doprowadzić do sytuacji, w której informacje na temat zrównoważonego rozwoju będą miały status porównywalny do informacji finansowych. Już teraz mamy do czynienia ze zmianą terminologiczną z raportowania „niefinansowego” na raportowanie „na temat zrównoważonego rozwoju”.

Kto będzie miał obowiązek raportowania na temat zrównoważonego rozwoju

Do tej pory raportowanie niefinansowe dotyczyło dużych spółek giełdowych, instytucji kredytowych i zakładów ubezpieczeń zatrudniających ponad 500 pracowników przy określonych progach: 20 mln euro – w przypadku sumy aktywów bilansu na koniec roku obrotowego lub 40 mln euro – w przypadku przychodów netto ze sprzedaży towarów i produktów za rok obrotowy.

14 grudnia 2022 r. na poziomie Unii Europejskiej przyjęta została dyrektywa w sprawie sprawozdawczości przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju (*Corporate Sustainability Reporting Directive*, CSRD). To sprawia, że od 1 stycznia 2025 r. (ujawnienia w 2026 r.) powiększy się liczba organizacji, które muszą publikować informacje niefinansowe, ponieważ obowiązek ten obejmie wszystkie duże spółki >>

KTO MA OBOWIĄZEK RAPORTOWAĆ NT. ZRÓWNOWAŻONEGO ROZWOJU



(publiczne i niepubliczne), które spełniają co najmniej dwa z następujących kryteriów: średnie zatrudnienie wynoszące co najmniej 250 osób, suma bilansowa równa co najmniej 20 mln euro lub przychody netto ze sprzedaży równe co najmniej 40 mln euro.

Od 1 stycznia 2026 r. (ujawnienia w 2027 r.) do przygotowania raportów niefinansowych będą zobowiązane także publiczne małe i średnie przedsiębiorstwa, małe i niezłożone instytucje kredytowe oraz wewnętrzne zakłady ubezpieczeń. Po tej dacie w dwuletnim okresie przejściowym (do 2028 r.) małe i średnie spółki publiczne będą mogły odstąpić od wymogów sprawozdawczości niefinansowej pod warunkiem, że w swoim sprawozdaniu z działalności krótko wskażą, dlaczego informacje na temat zrównoważonego rozwoju nie zostały przekazane.

Ujawnienie informacji niefinansowych pozostanie dobrowolne dla nienotowanych MŚP. Jednak w praktyce może się okazać, że również podmioty, na których nie ciąży konieczność przygotowania sprawozdań

w tym zakresie, będą informowały o wpływie swoich działań na środowisko. Będzie to wynikało m.in. z oczekiwań kontrahentów zobligowanych do ujawnienia informacji dotyczących łańcuchów wartości i dostaw, jak również konsumentów, którzy w swoich decyzjach zakupowych uwzględniają kwestie wpływu produktów i usług na środowisko.

Jakie informacje powinny być raportowane

Informacje raportowane w ramach wskaźników ESG powinny dotyczyć przyszłości i przeszłości oraz obejmować dane zarówno jakościowe, jak i ilościowe, a gdy to możliwe powinny opierać się na dowodach naukowych. Informacje powinny być również zharmonizowane, porównywalne i w stosownych przypadkach oparte na jednolitych wskaźnikach, przy jednoczesnym umożliwieniu sprawozdawczości, która jest specyficzna dla poszczególnych jednostek. Raportowane informacje na temat zrównoważonego rozwoju powinny również uwzględniać perspektywę krótko-,

średnio- i długoterminową oraz zawierać informacje na temat całego łańcucha wartości spółki, w tym jej własnych operacji, produktów i usług, stosunków gospodarczych oraz łańcuchów dostaw.

Jeżeli nie wszystkie niezbędne informacje dotyczące łańcucha wartości spółki są dostępne, spółka powinna wskazać:

- jakie wysiłki podjęła w celu uzyskania tych brakujących informacji,
- z jakich powodów nie można było uzyskać tych informacji,
- jakie działania planuje podjąć, by uzyskać wszystkie niezbędne informacje w przyszłości.

Dlaczego warto

W skrócie – dlatego, aby stać się bardziej transparentnym, atrakcyjnym dla kontrahentów i konsumentów oraz przyjaznym dla środowiska.

O zaletach wprowadzania czynników ESG do działalności przedsiębiorstwa mówi także szeroko Komisja Europejska.



Informacje raportowane w ramach wskaźników ESG powinny dotyczyć przyszłości i przeszłości oraz obejmować dane zarówno jakościowe, jak i ilościowe.

W komunikacie z 17 czerwca 2019 r. pt. „Wytyczne dotyczące sprawozdawczości w zakresie informacji niefinansowych: Suplement dotyczący zgłaszania informacji związanych z klimatem” Komisja zwróciła uwagę na korzyści dla przedsiębiorstw przekazujących informacje związane z klimatem, w szczególności przez zwiększenie świadomości ryzyka i możliwości związanych z klimatem w przedsiębiorstwie oraz ich lepsze zrozumienie, zróżnicowanie bazy inwestorów, obniżenie kosztu kapitału oraz bardziej konstruktywny dialog ze wszystkimi zainteresowanymi stronami. Ponadto różnorodność w zarządach spółek może wpływać na lepsze podejmowanie decyzji, ład korporacyjny i odporność na kryzysy.

Spółki mogą zaś odnieść korzyści dzięki prowadzeniu wysokiej jakości sprawozdawczości w kwestiach związanych ze zrównoważonym rozwojem. Wzrost liczby produktów inwestycyjnych, które służą osiągnięciu celów zrównoważonego rozwoju, oznacza, że dobra sprawozdawczość w zakresie zrównoważonego rozwoju może zwiększyć dostęp jednostki do kapitału finansowego.

Przedsiębiorstwa powinny mieć na uwadze, że wprowadzenie realnych i miarodajnych zmian, korzystnych z punktu widzenia wskaźników niefinansowych, nie będzie możliwe, jeśli pracownicy oraz otoczenie biznesowe nie będą zdawać sobie sprawy

z potrzeby zmiany dotychczasowych praktyk i powodów tych działań. W praktyce oznacza to konieczność m.in. edukowania pracowników, członków zarządu, współpracujących firm i dystrybutorów w całym łańcuchu dostaw.

Co istotne, ESG nie powinno być traktowane jako wskaźnik dostępny i osiągalny wyłącznie dla wybranych grup przedsiębiorców, ponieważ ESG docelowo przekłada się także na rentowność biznesu – długofalową, zrównoważoną, odpowiedzialną, bez szkody dla innych. Warto zatem wejść w nurt zmian, aby nie zostać w tyle i jednocześnie przyczynić się do poprawy stanu środowiska. ●



IZABELA ZIELIŃSKA-BARŁÓZEK

radca prawny, współnik współodpowiedzialny
za praktykę transakcji i prawa korporacyjnego



JULIA DOLNA

radca prawny, praktyka transakcji i prawa
korporacyjnego

ESG i M&A, czyli o tym, jak idea zrównoważonego rozwoju kształtuje rynek fuzji i przejęć

Obowiązki dotyczące zagadnień ESG (*Environmental, Social and Corporate Governance*) przewidziane w aktualnych i projektowanych regulacjach prawnych, a także rosnące oczekiwania inwestorów i konsumentów sprawiają, że kwestie związane ze zrównoważonym rozwojem odgrywają i będą odgrywać coraz większą rolę. Warto przyrzeć się, w jaki sposób trend ESG oddziałuje na rynek M&A (*Mergers & Acquisitions*).

Environmental, Social and Corporate Governance (ESG), czyli...

Już jakiś czas temu niezwykle kiedyś popularne pojęcie społecznej odpowiedzialności biznesu (*Corporate Social Responsibility, CSR*) wyewoluowało w bardziej rozbudowaną koncepcję ESG. Zakłada ona, że wartość spółki jest mierzona nie tylko kategorią zysku, ale obejmuje także takie pozafinansowe aspekty jak sprawy dotyczące środowiska (*Environmental*), społeczeństwa (*Social*) i ładu korporacyjnego (*Corporate Governance*).

ESG w (wy)cenie

Szereg badań pokazuje związki między przestrzeganiem koncepcji ESG przez daną spółkę a jej atrakcyjnością inwestycyjną. Uwzględnianie czynników zrównoważonego rozwoju ma przyczyniać się nie tylko do budowy renomy spółki, ale także do wzrostu wartości rynkowej jej akcji, poprawy efektywności operacyjnej i finansowej, a nawet zwiększenia wydajności pracowników. Spółki, które nie mają opracowanej strategii ESG i zaniechają jej wdrożenia, niekiedy już są – a w przyszłości tym bardziej będą – oceniane jako charakteryzujące się wyższym poziomem ryzyka transakcyjnego. Ma to bezpośredni wpływ na wycenę spółki, jako że inwestorzy przy podejmowaniu decyzji o zaangażowaniu kapitału już zaczęli brać pod uwagę to, czy spółka w swojej działalności uwzględnia kwestie środowiska, społeczeństwa i ładu korporacyjnego. Brak odpowiedniej strategii ESG skutkować może zatem obniżeniem konkurencyjności danej spółki, co może (przy dalszym zwiększaniu znaczenia ESG) także oznaczać ograniczenie dostępu do finansowania, a w drastycznych przypadkach nawet możliwość wykluczenia z rynku M&A.

POD POSZCZEGÓLNYMI LITERAMI AKRONIMU ESG
KRYJĄ SIĘ MIĘDZY INNYMI PONIŻSZE KWESTIE:

E Środowisko

Enviromental



- gazy cieplarniane
- zużycie energii
- gospodarka zasobami wodnymi
- produkcja i recykling opakowań
- odpady niebezpieczne
- skażenie i erozja gleby
- prawa zwierząt i ochrona gatunków zagrożonych
- ekologia

S Społeczeństwo

Social



- prawa człowieka
- standardy oraz bezpieczeństwo i higiena pracy
- bezpieczeństwo produktów
- zarządzanie różnorodnością
- relacje na linii pracownik – pracodawca
- relacje z otoczeniem

G Ład Korporacyjny

Corporate Governance



- cyberbezpieczeństwo
- polityka antykorupcyjna
- procedura zgłaszania naruszeń (whistleblowing)
- standardy etyki
- parytet płci w organach spółek

Due diligence: należyście starannie uwzględnione czynniki ESG

Pewne kwestie związane z ESG już od dłuższego czasu są powszechnie uwzględniane w analizach prawnych *due diligence*. Są to między innymi wybrane tematy związane ze środowiskiem, standardami oraz bezpieczeństwem i higieną pracy, polityką antykorupcyjną czy cyberbezpieczeństwem. Inne aspekty ESG dopiero zyskują na znaczeniu i zaczynają pojawiać się jako osobne kategorie w analizach prawnych. Ostatnio coraz częściej można również spotkać odrębne raporty *due diligence* dotyczące samego obszaru ESG, kompleksowo analizujące czynniki zrównoważonego rozwoju w odniesieniu do badanej spółki. Ich genezą najczęściej jest wola potencjalnych inwestorów, którzy zdając sobie sprawę z ryzyka reputacyjnego i ryzyka finansowego, które wynikają z nieprzestrzegania standardów ESG, domagają się od spółek zwiększenia transparentności w tym zakresie.

Raporty *due diligence* z obszaru ESG skupiają się przede wszystkim na zbadaniu, czy dana spółka spełnia standardy ESG oraz przestrzega krajowych, międzynarodowych i unijnych regulacji dotyczących zrównoważonego rozwoju.

Warto dodać, że znaczenie czynników ESG w odniesieniu do rynku M&A przejawia się nie tylko na etapie analizy *due diligence*, ale też jako konsekwencja tego etapu, podczas sporządzania dokumentacji transakcyjnej i w ramach czynności po zamknięciu. Kwestie związane ze zrównoważonym rozwojem coraz częściej pojawiają się zarówno w oświadczeniach i zapewnieniach (tzw. *representations and warranties*, R&Ws), jak i w strategiach po zamknięciu transakcji.

Jeżeli chodzi o akty prawne z zakresu ESG, to istotne są unijne rozporządzenia i implementowane do porządków prawnych dyrektywy, wśród których należy wymienić między innymi:

- dyrektywę w sprawie sprawozdawczości niefinansowej (2014/95/UE; tzw. dyrektywa NFRD),
- rozporządzenie w sprawie ujawniania informacji związanych ze zrównoważonym rozwojem w sektorze usług finansowych (2019/2088; tzw. rozporządzenie SFDR),
- rozporządzenie w sprawie ustanowienia ram ułatwiających zrównoważone inwestycje (2020/852; tzw. Taksonomia),
- dyrektywę dotyczącą sprawozdawczości przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju (2022/2464; tzw. dyrektywa CSRD; dyrektywa weszła w życie 5 stycznia 2023 r., państwa członkowskie Unii Europejskiej mają czas do 6 lipca 2024 r. na wprowadzenie w życie przepisów niezbędnych do jej wykonania),
- projekt dyrektywy w sprawie należytej staranności w zakresie zrównoważonego rozwoju (tzw. dyrektywa CSDDD; projekt dyrektywy jest w toku procedury legislacyjnej).

Warto zwrócić uwagę na dwie unijne dyrektywy: CSRD i CSDDD, które poszerzą zakres *due diligence* z obszaru ESG. Dyrektywa CSRD zmienia obecne zasady raportowania ustanowione w dyrektywie NFRD, między innymi zwiększając krąg podmiotów zobowiązanych do raportowania oraz wprowadzając wspólne standardy sprawozdawczości. Z kolei dyrektywa CSDDD ma ustanowić obowiązki dotyczące rzeczywistych i potencjalnych niekorzystnych skutków dla środowiska i praw człowieka, wynikających z własnej działalności danej spółki, jej jednostek zależnych oraz działalności w ramach łańcucha wartości prowadzonej za pośrednictwem podmiotów, z którymi spółka utrzymuje stałe relacje biznesowe, a także ma uregulować kwestię odpowiedzialności za naruszenia wspomnianych obowiązków.

Fundusze PE i VC oraz duże spółki już grą w ESG

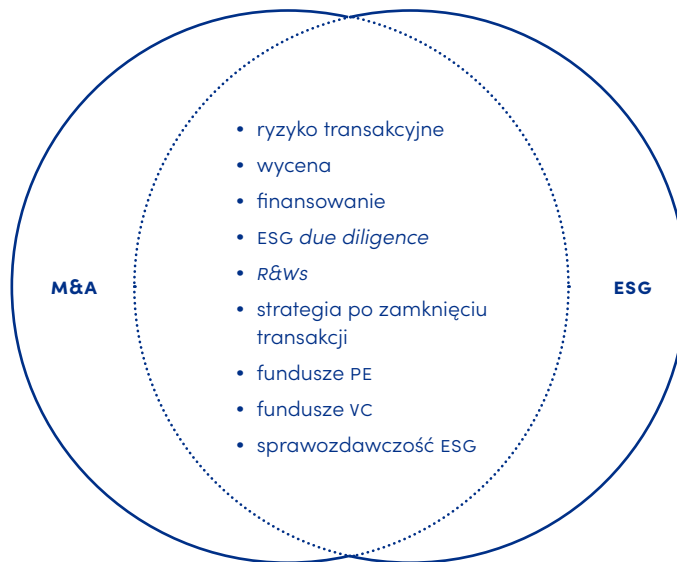
Szanse wynikające z ESG zauważyły już jakiś czas temu fundusze *private equity* (PE) i *venture capital* (VC), którym kwestie związane ze zrównoważonym rozwojem zaczęły umożliwiać tworzenie wartości i rozwoju. Fundusze wykorzystują aspekty dotyczące środowiska, społeczeństwa i ładu korporacyjnego by nabywać spółki, odpowiednio zarządzać swoimi portfelami i osiągać lepsze wyniki przy wyjściu z inwestycji.

W przypadku niektórych spółek wdrażanie zasad ESG jest konsekwencją otwartości na tę tematykę ich zarządców. Są jednak takie spółki, które od kilku lat muszą uwzględniać czynniki ESG, ponieważ wymagają tego od nich obowiązujące regulacje prawne. Zgodnie z ustawą o rachunkowości, która implementowała dyrektywę NFRD do

polskiego porządku prawnego, od 2018 r. spółki spełniające określone wymogi (między innymi duże spółki giełdowe, banki czy zakłady ubezpieczeń) muszą składać oświadczenia/sprawozdania na temat informacji niefinansowych. Dyrektywa CSRD w najbliższych latach poszerzy krąg spółek, które muszą raportować w zakresie zrównoważonego rozwoju. W efekcie więcej spółek będzie musiało uwzględniać ideę ESG w toku bieżącej działalności i w ramach ewentualnej polityki akwizycyjnej.

Podsumowanie

Aspekty ESG oddziałują na rynek fuzji i przejęć. Mają znaczenie przy ocenie ryzyka transakcyjnego, wpływają na wyceny spółek, a nawet warunkują finansowanie transakcji. Już teraz zagadnienia związane ze zrównoważonym rozwojem zyskują na znaczeniu w toku analiz *due diligence*, w coraz większym stopniu są uwzględniane



przy sporządzaniu oświadczeń i zapewnień (*R&Ws*) oraz coraz częściej są integrowane w ramach strategii po zamknięciu transakcji.

Wobec trendu ESG obojętne nie pozostają sektory *private equity* czy *venture capital*, dla których idea zrównoważonego rozwoju stanowi nową szansę na tworzenie wartości i rozwoju. Nie wspominając już o spółkach objętych zakresem dyrektywy NFRD implementowanej w ustawie o rachunkowości, dla których tematyka ESG od kilku lat pozostaje w centrum zainteresowania, czy o spółkach, które będą podlegały dyrektywie CSRD poszerzającej krąg podmiotów zobowiązanych do sprawozdawczości w zakresie zrównoważonego rozwoju.

Z powyższych względów wpływ idei zrównoważonego rozwoju na rynek M&A jest niezwykle ciekawym i istotnym tematem, któremu warto się przyglądać – nie tylko w 2023 roku, ale też w kolejnych latach. ●



BARTOSZ KURAŚ

radca prawny, LL. M., partner w praktyce
transakcji i prawa korporacyjnego

Przymusowy wykup (*squeeze out*) i przymusowy odkup (*sell out*) w spółce z o.o.

13 października 2022 r.
weszło w życie nowe prawo
holdingowe. W Kodeksie
spółek handlowych
pojawiły się nowe regulacje
dotyczące działalności
grup kapitałowych, w tym
w zakresie możliwości
przymusowego wykupu
udziałów w spółce z o.o.

Jakie zmiany

Nowe prawo holdingowe wprowadziło rozwiązania, które według ustawodawcy mają usprawnić zarządzanie grupami spółek przez podmiot dominujący oraz realizację wspólnego celu i strategii grupy. Z drugiej strony wprowadzono przepisy mające na celu ochronę mniejszości w ramach grup spółek oraz ochronę spółki zależnej, a także wierzycieli spółki i wreszcie ochronę członków organów spółki zależnej i dominującej.

I tak przykładowo wskazano, że w ramach ustanowionej grupy spółek **spółka uczestnicząca w grupie spółek kieruje się interesem własnym oraz interesem grupy spółek**. Nie może to jednak prowadzić do pokrzywdzenia wierzycieli lub wspólników mniejszościowych albo akcjonariuszy mniejszościowych spółki zależnej. Uregulowano możliwość wydawania **wiążących poleceń** spółce zależnej przez spółkę dominującą oraz **przesłankę obligatoryjnej odmowy wykonania** takiego polecenia przez spółkę zależną. To ostatnie ma służyć ochronie wspólników mniejszościowych i wierzycieli spółki. Wprowadzono **wyłączenie odpowiedzialności** wobec spółki członków jej zarządu w przypadku wykonania wiążącego polecenia. Uregulowano **przesłanki odpowiedzialności spółki dominującej**:

- wobec spółki zależnej za szkodę wyrządzoną spółce zależnej,
- wobec wspólników mniejszościowych za obniżenie wartości ich udziałów w wyniku wydania wiążącego polecenia,
- wobec wierzycieli spółki zależnej.

Pośród nowych rozwiązań na szczególną uwagę zasługują dwa nowe rozwiązania mające na celu ochronę wspólników mniejszościowych w spółce z o.o. poprzez **przymusowy wykup** udziałów (*squeeze out*) i **możliwość żądania ich odkupu**. Dotychczas w spółce z o.o. w zasadzie nie było

takich możliwości. Przymusowy wykup i odkup możliwy był natomiast w spółce akcyjnej, a nowe przepisy dotyczące spółki z o.o. ukształtowane zostały w podobny sposób do tych dotyczących spółki akcyjnej. Po części też do nich odsyłają. Dzięki temu możliwe jest też odpowiednie stosowanie dorobku orzecznictwa i doktryny wypracowanych w odniesieniu do spółki akcyjnej również do nowo wprowadzonych przepisów dotyczących spółki z o.o.

Przymusowy wykup i żądanie odkupienia udziałów przed nowym prawem holdingowym

Przed 13 października 2022 r. wspomniana regulacja dotycząca wykupu i żądania odkupu mniejszości przez większość przewidziana była w zasadzie jedynie dla spółki akcyjnej i nadal obowiązuje.

Uchwała o wykupie akcjonariuszy mniejszościowych musi zapaść większością co najmniej 95% głosów oddanych w głosowaniu jawnym i imiennym przez nie więcej niż pięciu akcjonariuszy, z których każdy posiada nie mniej niż 5% kapitału zakładowego, chyba że statut spółki wprowadza surowsze wymogi dla ważności wycisnienia. Każda akcja ma jeden głos (bez przywilejów lub ograniczeń).

Cenę wykupu akcji ustala biegły powołany przez walne zgromadzenie lub sąd rejestrowy na wniosek spółki. Ogłoszenie uchwały rozpoczyna bieg terminu na złożenie akcji przez wykupywanych akcjonariuszy. Podmioty wykupujące akcje zobowiązane są wpłacić cenę wykupywanych akcji na rachunek spółki. Uiszczenie ceny wykupu przez akcjonariuszy większościowych stanowi warunek konieczny skuteczności całej procedury przymusowego wykupu akcji.

Również akcjonariusze mniejszościowi mogą obecnie doprowadzić do wykupu ich akcji. Akcjonariusz lub akcjonariusze

reprezentujący nie więcej niż 5% kapitału zakładowego mogą żądać umieszczenia w porządku obrad najbliższego walnego zgromadzenia sprawy podjęcia uchwały o przymusowym odkupie ich akcji przez nie więcej niż pięciu akcjonariuszy reprezentujących łącznie nie mniej niż 95% kapitału zakładowego, z których każdy posiada nie mniej niż 5% kapitału zakładowego (akcjonariusze większościowi).

Jeżeli uchwała o wykupie nie zostanie podjęta, spółka jest obowiązana nabyć akcje akcjonariuszy mniejszościowych, a akcjonariusze większościowi odpowiadają wobec spółki za spłacenie całej sumy odkupu.

Przy przymusowym odkupie akcji cena odkupu akcji jest równa wartości przypadających na akcję aktywów netto, wykazanych w sprawozdaniu finansowym za ostatni rok obrotowy, pomniejszonych o kwotę przeznaczoną do podziału między akcjonariuszy. Akcjonariusze mniejszościowi mogą jednak żądać wyznaczenia przez sąd biegłego, aby ustalił cenę rynkową bądź godziwą cenę odkupu.

Inne sposoby na rozstanie się ze współnikiem

Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów można żądać **wyłączenia współnika** ze spółki kapitałowej. Nie są to jednak szybkie i proste sposoby na rozstanie się, gdyż konieczne jest wytoczenie powództwa i orzeczenie sądu.

Przykładowo w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z ważnych przyczyn dotyczących danego współnika sąd może orzec jego wyłączenie ze spółki na żądanie wszystkich pozostałych współników, jeżeli udziały współników żądających wyłączenia stanowią więcej niż połowę kapitału zakładowego (art. 266 k.s.h.). Cenę przejęcia udziałów ustala sąd. Konieczne jest jednak wykazanie „ważnych przyczyn”, a więc

czegoś, co przykładowo znacznie utrudnia lub uniemożliwia działalność spółki. Przykładowo, zgodnie z orzecznictwem, czynami takimi mogą być prowadzenie działalności konkurencyjnej, działanie na szkodę spółki czy nadużywanie prawa kontroli.

Innym sposobem na rozstanie się wspólników spółek kapitałowych jest **umorzenie udziałów**, przy czym – zakładając brak zgody współnika, którego udziały mają być umarzane – musiałoby to być umorzenie przymusowe. Ten rodzaj umorzenia jest jednak dopuszczalny wyłącznie wtedy, gdy umowa spółki na to zezwala i określa przesłanki umorzenia przymusowego (art. 199 k.s.h.). Należałoby więc już na etapie zawierania umowy spółki z góry przewidzieć i w miarę możliwości precyzyjnie opisać przyczyny, tryb i zasady umorzenia, a i tak w sytuacjach napięć między wspólnikami skorzystanie z tego trybu często kończy się postępowaniem sądowym inicjowanym przez współnika, którego udziały podlegają umorzeniu.

W praktyce, aby zapewnić możliwość wyjścia współnika ze spółki, stosuje się rozwiązania umowne dopuszczalne na zasadzie swobody umów, takie jak opcje *put* i *call*, albo prawa *drag along* i *tag along*.

Opcje *put* i *call* mogą uprawniać współnika mniejszościowego do zbycia jego udziałów na rzecz współnika większościowego, bądź mogą uprawniać współnika większościowego do nabycia udziałów współnika mniejszościowego. Są więc w pewnym sensie podobne do ustawowego prawa wykupu i odkupu.

Prawo **przyłączenia się do zbycia (*tag along*)** uprawnia współnika do przyłączenia się do zbycia w przypadku, gdy drugi współnik (zazwyczaj większościowy) zbywa swoje udziały na rzecz podmiotu trzeciego. Prawo **przymuszenia do zbycia (*drag along*)** uprawnia współnika (zazwyczaj większościowego) do przymuszenia współnika mniejszościowego do zbycia jego udziałów

w przypadku, gdy ten pierwszy zbywa jego udziały na rzecz podmiotu trzeciego.

Podobnie jak przy umorzeniu, powyższe rozwiązania wymagają już na etapie wspólnego podejmowania działalności w formie spółki szczegółowej regulacji umownej, w tym w szczególności określającej przesłanki do skorzystania z powyższych uprawnień, terminy i cenę za udziały bądź sposób jej obliczania.

Nowy sposób na wykup (*squeeze out*) i odkup tylko w ramach grupy kapitałowej

Obowiązujące od 13 października 2022 r. przepisy nowego prawa holdingowego wprowadzają dodatkowe możliwości żądania wykupu i odkupu udziałów i dotyczą również spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Będzie z nich można jednak skorzystać wyłącznie w spółce „uczestniczącej w grupie spółek”.

Nowe przepisy pozwalają wspólnikom spółki zależnej podjąć uchwałę (kwalifikowaną

większością $\frac{3}{4}$ głosów) o przynależności spółki zależnej do grupy spółek. Tego rodzaju dominacja będzie podlegała ujawnieniu w rejestrze przedsiębiorców, a spółka dominująca może wydawać spółce zależnej wiążące polecenia dotyczące spraw spółki zależnej. Regulacje dotyczące wykupu i odkupu udziałów w spółce z o.o. nie będą więc mogły zostać zastosowane wobec każdej spółki tego rodzaju czy też w każdej grupie kapitałowej, a jedynie w formalnie ustanowionej grupie spółek wobec spółki uczestniczącej w takiej grupie.

Przymusowy wykup to narzędzie pozwalające wspólnikowi większościowemu uporać się z uciążliwymi wspólnikami mniejszościowymi poprzez ich wykup. Przymusowy odkup służy natomiast ochronie praw wspólników mniejszościowych i stwarza możliwość wyjścia ze spółki zwłaszcza w sytuacji, gdyby wspólnik większościowy nadużywał swojej pozycji dominującej. Prawa te są zbliżone w tym sensie, że w każdym przypadku wspólnik mniejszościowy przestaje być wspólnikiem, a cenę wykupu jego udziałów określa biegły.

Wykup udziałów w spółce z o.o. uczestniczącej w grupie kapitałowej

Nowe prawo holdingowe wprowadziło możliwość wykupu (*squeeze out*) wspólników mniejszościowych zarówno w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, jak i w spółce akcyjnej (art. 21¹¹ k.s.h.). Zgromadzenie wspólników spółki może podjąć uchwałę o przymusowym wykupie udziałów wspólników reprezentujących nie więcej niż 10% kapitału zakładowego przez spółkę dominującą, która reprezentuje bezpośrednio co najmniej 90% kapitału zakładowego. W umowie spółki można określić jeszcze niższy niż 90% próg, jednak nie niższy niż 75% kapitału zakładowego.

W pozostałym zakresie do procedury przymusowego wykupu wspólnika spółki uczestniczącej w grupie spółek zastosowanie nie będą miały niektóre przepisy dotyczące przymusowego wykupu akcjonariuszy w spółce akcyjnej (nieuczestniczącej w grupie spółek), w tym dotyczące sposobu ustalania ceny.

>>

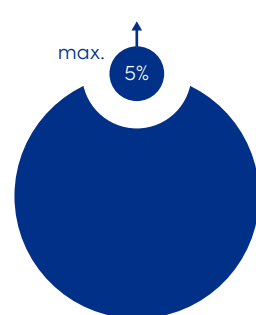
SPÓŁKA AKCYJNA

SQUEEZE OUT
przymusowy wykup



CENA ustalona przez biegłego lub sąd rejestrowy

SELL OUT
żądanie odkupu



CENA wartość aktywów netto lub ustalona przez biegłego

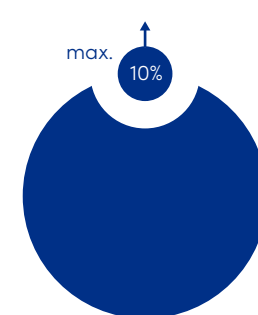
GRUPA KAPITAŁOWA (OD 13.10.2022)

SQUEEZE OUT
przymusowy wykup



CENA ustalona przez biegłego lub sąd rejestrowy

SELL OUT
żądanie odkupu



CENA wartość aktywów netto lub ustalona przez biegłego

KIEDY po 3 miesiącach od przystąpienia do grupy, raz w roku

Kolejną możliwością wykupu wspólnika mniejszościowego przez większościowego jest wprowadzenie pewnych zmian do umowy spółki przy sprzeciwie na tę zmianę wspólnika mniejszościowego. Spółka zależna uczestnicząca w grupie spółek niebędąca spółką jednoosobową zobowiązana jest odmówić wykonania wiążącego polecenia, jeżeli istnieje uzasadniona obawa, że jest ono sprzeczne z interesem tej spółki i wyrządzi jej szkodę, która nie będzie naprawiona przez spółkę dominującą lub inną spółkę z grupy.

Umowa spółki zależnej uczestniczącej w grupie spółek może przewidywać dodatkowe przesłanki odmowy wykonania wiążącego polecenia. Skuteczność uchwały o zmianie umowy, która:

- wprowadza takie dodatkowe przesłanki, lub
 - obniża wspomniany wyżej próg 90% kapitału zakładowego (maksymalnie do 75%) umożliwiające wykup wspólników mniejszościowych
- zależy od odkupienia przez spółkę dominującą udziałów tych wspólników spółki, którzy nie zgadzają się na zmianę, a którzy zgłoszą żądanie odkupienia ich udziałów. Cenę wykupu ustala biegły wybrany przez zgromadzenie, a gdyby zgromadzenie nie dokonało takiego wyboru – biegły wybrany przez sąd (na wniosek zarządu).

Wprowadzane przepisy mają też ułatwić wyjście ze spółki wspólnikom mniejszościowym, którzy nie chcą uczestniczyć w spółce będącej formalnie częścią grupy kapitałowej.

Przymusowy odkup (sell out) udziałów w spółce z o.o. uczestniczącej w grupie kapitałowej

Wspólnik mniejszościowy reprezentujący nie więcej niż 10% kapitału zakładowego spółki zależnej uczestniczącej w grupie

spółek może żądać umieszczenia w porządku obrad najbliższego zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) sprawy podjęcia uchwały o przymusowym odkupie jego udziałów przez spółkę dominującą, która reprezentuje bezpośrednio, pośrednio lub na podstawie porozumień z innymi osobami co najmniej 90% kapitału zakładowego spółki zależnej uczestniczącej w grupie spółek.

Przepisy przewidują dwa ograniczenia czasowe, jeśli chodzi o uprawnienie odkupu. Po pierwsze, żądanie odkupu może być złożone nie wcześniej niż po upływie 3 miesięcy od dnia ujawnienia w rejestrze uczestnictwa spółki zależnej w grupie spółek. Po drugie, może ono być złożone nie częściej niż raz w roku obrotowym.

Ponieważ przepis wspomina o „spółce dominującej”, wydaje się, że uprawnienie to nie przysługuje wspólnikowi będącemu osobą fizyczną. Takie rozróżnienie wydaje się bezzasadne. Ogranicza uprawnienie wspólnika mniejszościowego do żądania wykupu, w przypadku gdy wspólnikiem dominującym jest osoba fizyczna.

Podobnie jak przy wykupie, nowe przepisy odsyłają do odpowiedniego stosowania przepisów o odkupie akcji, w tym w zakresie sposobu żądania odkupu, mechanizmu ustalenia ceny i sposobu jej zapłaty. Należy przy tym podkreślić, że wspólnicy mniejszościowi pozostają wspólnikami i zachowują swoje uprawnienia do momentu uiszczenia zapłaty ceny za odkupowane udziały.

Podsumowanie

Dopiero praktyka pokaże, czy nowe przepisy dotyczące wydawania wiążących poleceń czy też odpowiedzialności członków organów okażą się na tyle korzystne dla funkcjonujących już grup kapitałowych, że zdecydują się one na podejmowanie uchwał w sprawie ustanawiania grup spółek. I przed

zmianą koncerny działały w sposób pozwalający odpowiednio, zgodnie z polityką koncernu, zarządzać grupą spółek.

Na pewno nowe przepisy wprowadzają rozwiązania korzystne dla wspólników większościowych spółek uczestniczących w grupie spółek, którzy chcą się rozstać ze wspólnikami mniejszościowymi. Próg pozwalający na zastosowanie tych rozwiązań jest niższy niż obowiązujący dla spółki akcyjnej nieuczestniczącej w grupie spółek (co do zasady 90%, a w pewnych przypadkach nawet 75% udziału w kapitale zakładowym zamiast 95%). Ponadto *squeeze out* można przeprowadzić na podstawie nowych przepisów również w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (uczestniczącej w grupie spółek). Sformalizowanie grupy kapitałowej może więc pozwolić wspólnikom większościowym na wycisnienie ze spółki wspólników mniejszościowych.

Z drugiej strony na podstawie nowych przepisów wspólnicy mniejszościowi, którzy nie chcą być dłużej w spółce będącej częścią grupy spółek, będą mogli sami doprowadzić do wykupu swoich udziałów. To prawo odkupu jest jednym z istotniejszych instrumentów ochrony wspólników mniejszościowych, zwłaszcza w grupach spółek. Bez niego w praktyce w danej spółce z o.o. niemożliwe jest albo bardzo utrudnione wyjście ze spółki wspólnika mniejszościowego. Jeśli w spółce dominuje jeden wspólnik, pozostali mniejszościowi wspólnicy nie mają wpływu na działania spółki, często też nie jest wypłacana dywidenda. Takie mniejszościowe udziały są zazwyczaj trudne do zbycia, co najczęściej sprawia, że trudno uzyskać za nie cenę rynkową, a jedynym potencjalnie zainteresowanym nabywcą może okazać się wspólnik większościowy. Dlatego słusznym rozwiązaniem wydawałoby się wprowadzenie takiego uprawnienia wspólników mniejszościowych we wszystkich spółkach z o.o., a nie tylko w spółce z o.o. uczestniczącej w formalnie ustanowionej grupie spółek. ●



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

Alternatywne sposoby rozliczeń w transakcjach fuzji i przejęć

Wydawać by się mogło, że transakcje nabycia udziałów lub akcji polegają na tym, że ktoś takie prawa udziałowe sprzedaje, inny zaś kupuje, płacąc w zamian umówioną cenę. I tyle. To oczywiście sytuacja modelowa i dalece uproszczona. Nie zawsze jednak występująca w praktyce.

To właśnie praktyka wymusza stosowanie przez strony alternatywnych sposobów rozliczeń. Niektóre z nich wydawać się mogą skomplikowane. Ale tylko z pozoru. Z reguły bowiem zastosowanie w danym przypadku innego rozwiązania niż prosta i bezpośrednia zapłata ceny służy uproszczeniu wzajemnych świadczeń.

Przedmiotem omawianego przez nas rodzaju transakcji są prawa udziałowe, a więc w istocie sama spółka, bo celem akwizycji jest w znakomitej części przypadków przejęcie przez nabywcę przynajmniej większościowego pakietu udziałów lub akcji, a z jego pomocą realnej kontroli nad spółką. Ta ostatnia jest, z jednej strony, bytem odrębnym od swoich wspólników czy akcjonariuszy (formalnie i praktycznie), ale zarazem bytem, który nie funkcjonuje w oderwaniu od swoich właścicieli. Zwłaszcza w przypadku większych grup kapitałowych dana spółka służy zwykle określonym celom, jakie grupa jej powierza. Jest podmiotem rozmaitych relacji kontraktowych: kredytów, pożyczek od wspólników lub osób trzecich, itp. Spłacenie tego rodzaju zobowiązań przed transakcją nie jest zwykle możliwe – choćby z tego powodu, że ani sama spółka, ani jej właściciele (sprzedający) nie mają na to wystarczających środków (sprzedającym dopiero transakcja pozwoli „zamienić” prawa udziałowe na środki pieniężne).

Spłata zobowiązań spółki przez kupującego

Dość często spotykanym sposobem finansowania spółki są pożyczki udzielane jej przez wspólników (lub akcjonariuszy). Dopóki wspólnicy pozostają w spółce, takie narzędzie jest dość elastyczne. Z jednej strony pozwala zapewnić spółce pieniądze na (co do zasady) korzystniejszych niż kredyt warunkach. Zarazem umożliwia wspólnikom czerpanie zysków z tytułu



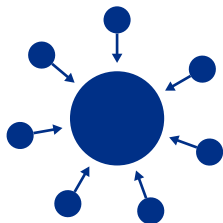
oprocentowania takich pożyczek. Wreszcie pozwala – stosownie do potrzeb – na konwersję takich zobowiązań na kapitał zakładowy spółki (wskutek czego wspólnik przestaje być wierzycielem, a spółka dłużnikiem, a w zamian wspólnik otrzymuje więcej udziałów lub akcji).

W przypadku decyzji o sprzedaży spółki ta ostatnia zwykle nie posiada wystarczających środków, by spłacić całość swoich zobowiązań względem wspólników. Nierzadko więc elementem transakcji jest wtedy spłata zobowiązań spółki względem wspólników (sprzedających) przez kupującego. W takim przypadku kupujący, spłacając zobowiązania spółki, wchodzi (za jej zgodą) w prawa zaspokojonego wierzyciela (dotychczasowego wspólnika), stając się tym samym wierzycielem spółki (a zarazem jej wspólnikiem – za sprawą równoległego nabycia jej udziałów). Dochodzi tym samym do tzw. subrogacji (art. 518 § 1 pkt 3 k.c.). Oczywiście z czysto finansowego punktu widzenia (abstrahujemy tu od kwestii konieczności posiadania przez kupującego odpowiedniej ilości gotówki potrzebnej na spłatę zobowiązań spółki) jest to operacja dla kupującego neutralna. Jakkolwiek bowiem zmuszony jest zapłacić więcej niż „czystą” cenę za spółkę, to jednak w zamian „nabywa” wierzytelność względem swojej już spółki.

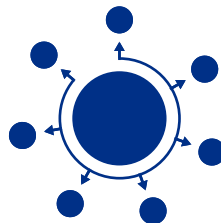
Świadczenie w miejsce zapłaty ceny

Nieco inna sytuacja ma miejsce w przypadku, gdy w ramach rozliczenia transakcji strony postanawiają, że cena (a zwykle jej część) zostanie zapłacona przez kupującego w inny sposób niż w pieniądzu. Dzieje się tak w szczególności w przypadkach, gdy kupującym jest większy podmiot, a strony postanawiają, że przy okazji zbycia przez sprzedającego udziałów lub akcji spółki stanie się on zarazem wspólnikiem czy akcjonariuszem (z reguły posiadającym

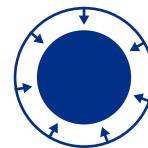
SPŁATA POŻYCZEK WSPÓLNIKÓW / AKCJONARIUSZY



Wspólnicy/akcjonariusze dofinansowują spółkę, spółka ma wobec nich dług

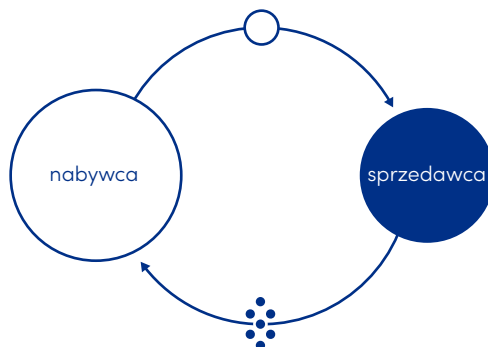


Nabywca spłaca pożyczki wobec wspólników/akcjonariuszy



Nabywca wstąpił w prawa wspólników/akcjonariuszy, spółka ma dług wobec niego

PRZENIESIENIE UDZIAŁÓW / AKCJI



Nabywca przenosi część swoich udziałów/akcji na sprzedawcę, a sprzedawca przenosi udziały/akcje spółki na nabywcę

nieznaczny pakiet) kupującego (lub jego podmiotu zależnego).

Tego rodzaju transakcję można by oczywiście ustrukturyzować jako zamianę udziałów zbywanej spółki na udziały/akcje kupującego (lub jego podmiotu zależnego). Z różnych względów – i nie da się ukryć, że najczęściej są to względy podatkowe (choć mogą być i inne – np. przyznanie kupującemu prawa wyboru co do ewentualnej częściowej „zapłaty” w swoich udziałach lub akcjach) – bardziej korzystnym rozwiązaniem może być tu instytucja *datio in solutum*, tj. świadczenia w miejsce wykonania (art. 453 k.c.).

W takim przypadku poprzez przeniesienie na sprzedającego (za jego zgodą) udziałów/akcji własnych (lub swojego podmiotu

zależnego) kupujący zwalnia się z obowiązku zapłaty odpowiedniej części umówionej ceny. Takie przeniesienie udziałów/akcji jest więc świadczeniem zamiennym w stosunku do pierwotnie przewidzianego przez strony świadczenia pieniężnego.

Uproszczenie procesu płatności w dniu zamknięcia

Jednym z najbardziej praktycznych problemów towarzyszących zamknięciom transakcji – szczególnie tych nieco bardziej skomplikowanych, a nade wszystko tych, w których skomplikowana jest struktura płatności, jakie mają zostać wykonane w dniu zamknięcia – jest to, jak spowodować, by owe płatności faktycznie w dniu zamknięcia nastąpiły.

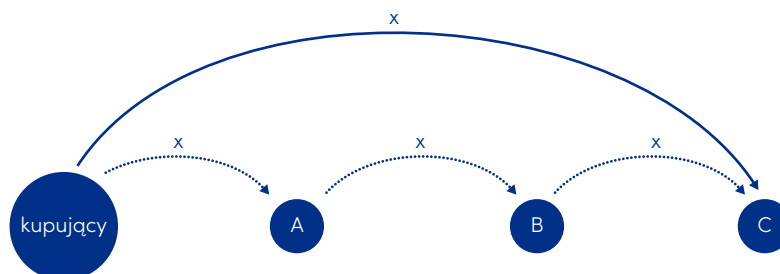
Wbrew pozorom ten tekst pisany jest u progu 2023 r., a nie na początku lat 90. minionego stulecia. I choć przywykliśmy do tego, że rozmaite płatności dokonywane są w czasie rzeczywistym, to jednak w przypadku znacznie większych kwot oraz przelewów realizowanych z drugiego końca świata niestety nadal tak nie jest. To zaś zmusza strony transakcji i – nie ma się co oszukiwać – prawników, którzy przygotowują dokumenty, na podstawie których cały proces się odbywa, do uwzględnienia czasu, jaki – potencjalnie – będzie potrzebny na dokonanie przelewów niezbędnych do zamknięcia transakcji. Tym bardziej należy więc uprościć proces płatności tak bardzo, jak w danym przypadku jest to możliwe.

Nierzadko bowiem w praktyce w ramach struktury płatności konieczne jest przelanie środków do podmiotu A, który następnie winien przelać je do podmiotu B, a ten ostatni do podmiotu C. Gdy wszystko powinno nastąpić w tym samym dniu, a A, B i C mają rachunki bankowe w różnych częściach świata (i różnych strefach czasowych), to skoordynowanie tego procesu może okazać się niemożliwe.



I choć przywykliśmy do tego, że rozmaite płatności dokonywane są w czasie rzeczywistym, to jednak w przypadku znacznie większych kwot oraz przelewów realizowanych z drugiego końca świata niestety nadal tak nie jest.

PRZEKAZ ZAMIAST ŁAŃCUSZKA PŁATNOŚCI



Jest to jednak niemożliwość pozorna. Skoro bowiem np. kupujący ma obowiązek zapłaty kwoty x na rzecz A, A winien kwotę x (choć pod innym tytułem prawnym) zapłacić na rzecz B, a B tę samą kwotę winien jest C, to można zastosować w tym procesie instytucję przekazu (art. 921¹ k.c.). W takim przypadku (zakładając, że są spełnione kodeksowe przesłanki do dokonania przekazu), kupujący może zapłacić kwotę x bezpośrednio do C, spełniając w ten sposób nie tylko swoje zobowiązanie, ale również zobowiązanie A oraz B.

Oczywiście wspomniane tu rozwiązania pozwalające na alternatywne rozliczenia w ramach transakcji nie wyczerpują katalogu rozwiązań stosowanych w praktyce. Są to jednak, naszym zdaniem, rozwiązania występujące najczęściej.

To, czy dane rozwiązanie da się zastosować w danym przypadku, należy każdorazowo dokładnie przeanalizować. I chodzi tu nie tylko o analizę prawną stanu faktycznego, ale również o zbadanie konsekwencji podatkowych planowanej konstrukcji prawnej. Nie ma w tym zakresie rozwiązań uniwersalnych i to, co sprawdziło się w jednym projekcie, niekoniecznie sprawdzi się w drugim, a wręcz może przynieść stronie lub stronom więcej szkód niż pożytków. ●



SANDRA DERDÓN

adwokat, doradca podatkowy,
praktyka podatkowa



MICHAŁ NOWACKI

radca prawny, doradca podatkowy, wspólnik
współodpowiedzialny za praktykę podatkową

O bezpieczeństwie podatkowym transakcji zbycia udziałów w spółkach nieruchomościowych

Przepisy prawa podatkowego od wielu lat podlegają szerokim, często kontrowersyjnym nowelizacjom. Oprócz modyfikacji znanych już mechanizmów podatkowych wprowadzane są również nowe mechanizmy, których stosowanie budzi w praktyce wiele wątpliwości. Jednym z nich, obowiązującym od 2021 r., jest wymóg występowania przez spółkę nieruchomościową jako płatnik w przypadku zbycia jej udziałów – mimo że spółka nieruchomościowa jest wówczas jedynie przedmiotem transakcji, a nie jej stroną.

Spółka nieruchomościowa

Aby ocenić, czy omawiana regulacja ma zastosowanie do danej transakcji zbycia udziałów, należy w pierwszej kolejności ustalić, czy spółka, której udziały mają być zbywane, spełnia definicję spółki nieruchomościowej. Ustawa o CIT w brzmieniu obowiązującym od 2021 r. wprowadza dwa warianty tej definicji – jeden z nich ma zastosowanie do podmiotów rozporządzających działalnością, drugi – do wszystkich pozostałych.

Istota regulacji i zakres objętych nią transakcji

W przypadku transakcji, w której dochodzi do zbycia udziałów (akcji), ogółu praw i obowiązków, tytułów uczestnictwa lub praw o podobnym charakterze, spółka nieruchomościowa jest obowiązana wpłacić na rachunek właściwego urzędu skarbowego, jako płatnik, zaliczkę na podatek od dochodu osiągniętego przez wspólnika z tego tytułu w wysokości 19%, jeżeli:

- stroną dokonującą zbycia jest podmiot niemający siedziby lub zarządu na terytorium Polski lub osoba fizyczna niemająca miejsca zamieszkania na terytorium Polski oraz
- przedmiotem transakcji zbycia są udziały (akcje) dające co najmniej 5% praw głosu w spółce albo ogół praw i obowiązków dający co najmniej 5% prawa do udziału w zysku spółki niebędącej osobą prawną, albo co najmniej 5% ogólnej liczby tytułów uczestnictwa lub praw o podobnym charakterze, w spółce nieruchomościowej.

Obowiązek występowania jako płatnik i pobrania 19% zaliczki na podatek przez spółkę nieruchomościową wystąpi również, jeśli jeden podmiot dokona więcej niż jednej transakcji zbycia (np. udziałów) w okresie

SPÓŁKA NIERUCHOMOŚCIOWA

to podmiot inny niż osoba fizyczna, obowiązany do sporządzania bilansu na podstawie przepisów o rachunkowości, w którym:

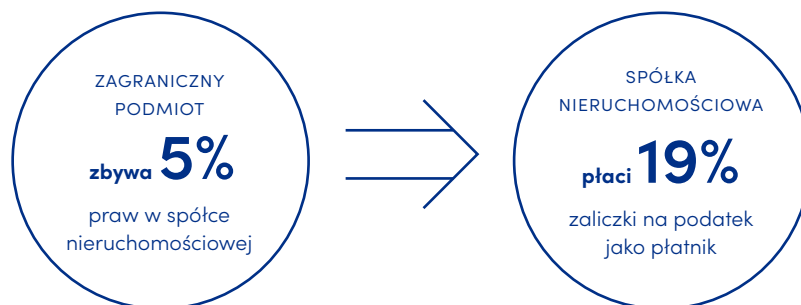
podmioty rozpoczynające działalność	inne podmioty
na pierwszy dzień roku podatkowego (lub roku obrotowego, gdy spółka nieruchomościowa nie jest podatnikiem podatku dochodowego): - co najmniej 50% wartości rynkowej aktywów, bezpośrednio lub pośrednio, stanowiła wartość rynkowa nieruchomości położonych na terytorium Polski lub praw do nich oraz - wartość rynkowa tych nieruchomości przekraczała 10 000 000 zł albo równowartość tej kwoty.	na ostatni dzień roku poprzedzającego rok podatkowy (lub rok obrotowy, gdy spółka nieruchomościowa nie jest podatnikiem podatku dochodowego): - co najmniej 50% wartości bilansowej aktywów, bezpośrednio lub pośrednio, stanowiła wartość bilansowa nieruchomości położonych na terytorium Polski lub praw do nich oraz - wartość bilansowa tych nieruchomości przekraczała 10 000 000 zł albo równowartość tej kwoty oraz - w roku poprzedzającym rok podatkowy (obrotowy) przychody podatkowe (przychody ujęte w wyniku finansowym netto), z tytułu m.in. najmu, dzierżawy, leasingu i innych umów o podobnym charakterze lub z przeniesienia własności, których przedmiotem są nieruchomości lub prawa do nich oraz z tytułu udziałów w innych spółkach nieruchomościowych, stanowiły co najmniej 60% ogółu przychodów podatkowych (przychodów ujętych w wyniku finansowym netto).

nieprzekraczającym 12 miesięcy, jeżeli kumulatywnie udziały te dadzą co najmniej 5% praw głosu w spółce nieruchomościowej.

Obowiązki podatnika i płatnika

Zgodnie z ustawą o CIT podatnik, czyli podmiot dokonujący zbycia, jest obowiązany przed terminem płatności zaliczki (tj. co do zasady przed 20. dniem miesiąca następującego po miesiącu, w którym powstał dochód) przekazać płatnikowi kwotę zaliczki na podatek. Płatnik natomiast, w terminie wpłaty zaliczki na rachunek właściwego urzędu skarbowego, jest obowiązany przesłać podatnikowi sporządzoną według ustalonego wzoru informację o wpłaconej zaliczce na podatek.

Jednocześnie ustawodawca nie przewidział obowiązku dostarczenia spółce nieruchomościowej informacji o kwocie transakcji, która pozwoliłaby ocenić, czy przelana przez podatnika kwota odpowiada kwocie rzeczywiście należnej zaliczki. Wskazano jedynie, że jeśli spółka nieruchomościowa



nie posiada informacji o kwocie transakcji, zaliczkę na podatek ustala się w wysokości 19% wartości rynkowej zbywanych udziałów (akcji), ogółu praw i obowiązków, tytułów uczestnictwa albo praw o podobnym charakterze.

Jak rozumieć pojęcie zbycia udziałów?

Ustawa o CIT nie zawiera definicji „zbycia”. Nie ulega jednak wątpliwości, że pojęcie to jest szersze od pojęcia samej „sprzedaży”. Stanowisko to potwierdził już również Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej (przykładowo interpretacja indywidualna,

0111-KDIB1-2.4.010.584.2022.2.AK z 8 grudnia 2022 r.). Wskazał ponadto, że w pojęciu „zbycia” mieszczą się zarówno odpłatne, jak i nieodpłatne formy przeniesienia własności.

W ostatnim czasie pojawił się również pierwszy wyrok sądu administracyjnego dotyczący omawianej regulacji (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach, I SA/Gl 827/22 z 19 grudnia 2022 r., nieprawomocny). W ocenie sądu w pojęciu „zbycie” mieszczą się nie tylko dwustronne czynności prawne (umowy) – przez „zbycie” można też rozumieć np. zrzeczenie się prawa w oparciu o jednostronną czynność prawną.



Oznacza to, że katalog transakcji, w których spółka nieruchomościowa ma obowiązek występować w roli płatnika, może w praktyce okazać się bardzo szeroki.

Ciekawe wydaje się również stanowisko sądu przedstawione w ww. wyroku w zakresie zastosowania nowej regulacji do przychodu uzyskiwanego w związku z likwidacją spółki nieruchomościowej. Zdaniem sądu w przypadku likwidacji spółki można mówić o powstaniu przychodu po jej stronie, lecz wyłącznie wykreowanego przez przepis szczególny (art. 14a ustawy o CIT), tj. przychodu bez zaistnienia przysporzenia majątkowego. Jednocześnie w ocenie sądu obowiązek spółki nieruchomościowej do występowania jako płatnik należy wiązać z przypadkami uzyskania przez podatnika przychodu rozumianego w znaczeniu ogólnym (tj. powstałego na podstawie art. 12 i art. 14 ustawy o CIT), jako przysporzenie majątkowe o charakterze trwałym, rzeczywiście otrzymane w roku podatkowym.

Jak bezpiecznie przeprowadzić transakcję?

Z uwagi na powyższe trudności interpretacyjne i brak wskazania wprost, w jakich transakcjach spółka nieruchomościowa ma obowiązek występować jako płatnik, pierwszym krokiem, jaki należy podjąć w celu zabezpieczenia podatkowej strony planowanej transakcji, jest ustalenie, czy nowa regulacja może w ogóle znaleźć zastosowanie. Następnie należy ustalić, czy transakcja doprowadzi do powstania dochodu i w konsekwencji czy spółka nieruchomościowa będzie obowiązana do wpłaty zaliczki na podatek.

W pewnych przypadkach wskazane może być wystąpienie z wnioskiem o interpretację indywidualną i potwierdzenie poprawności przyjmowanego stanowiska. Z jednej strony uzyskanie takiej interpretacji będzie

PRZYKŁAD PODZIAŁ PRZEZ WYDZIELENIE

Polska spółka z o.o. spełnia definicję spółki nieruchomościowej. Jedynym udziałowcem spółki jest niemiecka spółka kapitałowa. Wspólnicy niemieckiej spółki kapitałowej zamierzają dokonać jej podziału w ten sposób, że część jej majątku stanowiąca zorganizowaną część przedsiębiorstwa w rozumieniu niemieckich przepisów podatkowych obejmująca udziały w polskiej spółce nieruchomościowej zgodnie z planem podziału przejdzie z mocy prawa na nowo zawiązaną spółkę prawa niemieckiego.

Polska spółka nieruchomościowa powzięła wątpliwości, czy w związku z planowanym podziałem przez wydzielenie niemieckiej spółki kapitałowej, którego skutkiem będzie przejście w ramach sukcesji uniwersalnej jej udziałów na nowo utworzoną spółkę prawa niemieckiego, powstanie po jej stronie obowiązek występowania jako płatnik i wpłaty zaliczki na podatek dochodowy od osób prawnych.

Zdaniem polskiej spółki nieruchomościowej przejście udziałów na nowo utworzoną spółkę prawa niemieckiego w ramach sukcesji nie mieści się w omawianej regulacji, gdyż nie dojdzie do zawarcia żadnej dwustronnej czynności prawnej, której przedmiotem byłoby zbycie udziałów w spółce nieruchomościowej.

Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej nie zgodził się ze stanowiskiem polskiej spółki nieruchomościowej i wskazał, że przejście udziałów z mocy prawa na nowo zawiązaną spółkę niemiecką stanowi formę zbycia udziałów. Ustalił, że po stronie niemieckiej spółki dzielonej powstanie przychód podlegający opodatkowaniu w Polsce, a w konsekwencji na polskiej spółce nieruchomościowej będzie ciążył obowiązek występowania jako płatnik.

Interpretacja indywidualna z 14 września 2022 r., 0111-KDIB1-2.4010.99.2022.2.AW.

chronić podatnika, gdyż potwierdzi skutki podatkowe planowanej transakcji po jego stronie (np. brak wystąpienia przychodu). Z drugiej strony spółka nieruchomościowa uzyska potwierdzenie, że słusznie wystąpiła lub nie wystąpiła w danej transakcji w roli płatnika. Z perspektywy płatnika uzyskanie tego potwierdzenia może mieć doniosłe znaczenie, gdyż zgodnie z przepisami Ordynacji podatkowej płatnik, który nie wykonał swoich obowiązków, odpowiada za nieopłacony lub pobrany i niewpłacony podatek. Odpowiedzialność ta w przypadku spółki nieruchomościowej nie może być wyłączona ani ograniczona, nawet jeżeli podatek nie został pobrany z winy podatnika.

Dla zapewnienia bezpieczeństwa podatkowego transakcji rekomendujemy również wprowadzenie odpowiednich zapisów do umów transakcyjnych (np. do umowy sprzedaży udziałów) przewidujących obowiązek przekazania spółce nieruchomościowej wszelkich dokumentów, na podstawie których obliczono kwotę zaliczki na podatek.

Podsumowanie

Zgodnie z uzasadnieniem do ustawy, która wprowadziła omawianą regulację, przeniesienie obowiązku rozliczenia podatku z zagranicznego podatnika na spółkę nieruchomościową miało w założeniu służyć zwiększeniu efektywności poboru podatku dochodowego. Sam cel trudno ocenić w sposób negatywny. Negatywnie jednak należy ocenić wprowadzenie regulacji, która czyni odpowiedzialnym za pobranie podatku podmiot, który nie jest stroną transakcji. Na dodatek regulacja ta już od początku jej obowiązywania jest niejasna i wymaga podejmowania szczególnych kroków, aby zapobiec negatywnym skutkom jej błędnego (nie)zastosowania.

Transakcję zbycia udziałów spółki nieruchomościowej niewątpliwie można przeprowadzić w podatkowo bezpieczny sposób. Konieczne jednak wydaje się zaplanowanie i określenie jej skutków podatkowych z odpowiednim wyprzedzeniem. ●



DANUTA PAJEWSKA

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



ALEKSANDRA NOWACKA

praktyka rynków kapitałowych
i instytucji finansowych

Compliance w spółce publicznej – nowe wyzwania

Compliance, czyli zgodność działania spółki z prawem i dobrymi praktykami, zobowiązuje do bieżącej aktualizacji wewnętrznych procedur. Ważne jest, aby adaptacja do nowych przepisów uwzględniała specyfikę działalności spółki. Obszerne procedury, często po prostu powtarzające treść przepisów, nie pomagają, a ich niezrozumienie i w konsekwencji nieprawidłowe stosowanie rodzi ryzyko odpowiedzialności spółki i jej organów.

Przedstawiamy kilka nowych regulacji, które powinny znaleźć odzwierciedlenie w wewnętrznych zasadach działania spółek.

Wzmocnienie pozycji rady nadzorczej

13 października 2022 r. weszła w życie nowelizacja Kodeksu spółek handlowych dotycząca uprawnień i obowiązków rady nadzorczej. To ważne zmiany w świetle przepisów ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych, które przewidują możliwość nałożenia kary nie tylko na spółkę i jej zarząd, lecz także na radę nadzorczą – chociaż rada dotychczas nie była dostatecznie wyposażona w instrumenty nadzorcze oraz dostęp do informacji zarządczych.

Zgodnie z nowelizacją zarząd zobowiązany jest przekazywać radzie informacje o bieżącym stanie spółki i jej aktywnościach, nawet bez uprzedniego wezwania rady. Rada powinna być informowana o podejmowanych uchwałach, aktualnej sytuacji majątkowej i innych istotnych okolicznościach, w tym o zawieranych transakcjach i postępach w wyznaczonych kierunkach rozwoju. Zarząd został zobowiązany do przekazywania takich informacji na każdym posiedzeniu rady oraz niezwłocznie po wystąpieniu ww. okoliczności.

Rada jest uprawniona do badania wszystkich dokumentów spółki. Może też zażądać od zarządu i pracowników sprawozdań i wyjaśnień. Przekazanie żądanych informacji musi nastąpić niezwłocznie, nie później niż dwa tygodnie od dnia zgłoszenia żądania. Nowe przepisy wprost zakazują zarządowi ograniczania członkom rady dostępu do żądanych informacji, dokumentów, sprawozdań lub wyjaśnień.



Rada jest obowiązana zawiadomić biegłego rewidenta, który przeprowadzał badanie sprawozdania finansowego, o terminie posiedzenia, na którym biegły rewident ma przedstawić radzie sprawozdanie z badania (w tym ocenę podstaw przyjętego oświadczenia odnoszącego się do zdolności spółki do kontynuowania działalności) oraz odpowiadać na pytania członków rady.

Dodano także uprawnienie dla rady nadzorczej do bezpośredniego powołania doradcy do zbadania określonego problemu bez konieczności zgody walnego zgromadzenia oraz zarządu.

Z niewykonaniem przez zarząd powyższych obowiązków powiązane są sankcje.

- Za nieprzekazanie radzie informacji, dokumentów, sprawozdań lub wyjaśnień w terminie lub przekazanie ich niezgodnych ze stanem faktycznym, lub zatajenie danych – grzywna od 20 000 zł do 50 000 zł albo kara ograniczenia wolności.
- Za doprowadzenie do tego, że zarząd nie zapewnia doradcy rady nadzorczej dostępu do dokumentów, nie udziela mu żądanych informacji, przekazuje je niezgodne ze stanem faktycznym, lub zataja dane – grzywna od 20 000 zł do 50 000 zł albo kara ograniczenia wolności.

Mając na uwadze przepisy ustawy o ofercie dotyczące odpowiedzialności członków rady nadzorczej w przypadku stwierdzenia, że spółka nie wykonuje ustawowych obowiązków i uprawnienie Komisji Nadzoru Finansowego do nałożenia kary pieniężnej, warto zwrócić uwagę na organizację pracy rady, częstotliwość posiedzeń i sposób dokumentowania jej prac, które będą dowodem staranności działania członków rady.

Warto wprowadzić zasadę starannego dokumentowania prac rady, w tym sporządzania szczegółowych protokołów z posiedzeń i czynności, ilustrujących sposób

wykonywania ustawowych funkcji rady i aktywności poszczególnych jej członków. To samo dotyczy dokumentowania prac komitetu audytu działającego w ramach rady w odniesieniu do zadań wskazanych w ustawie o biegłych rewidentach.

AML

Ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy zawiera listę podmiotów zobowiązanych, które powinny wdrożyć procedurę określającą stosowane środki bezpieczeństwa finansowego: identyfikację i weryfikację tożsamości klienta, ocenę stosunków gospodarczych klienta i ich bieżące monitorowanie. Wiele spółek publicznych zostało zakwalifikowanych do kategorii podmiotów zobowiązanych.

Do tej kategorii zostały dodane przedsiębiorstwa świadczące usługi w zakresie prowadzenia ksiąg rachunkowych

i sporządzania deklaracji podatkowych, udzielania porad, wyjaśnień i opinii w zakresie prawa podatkowego lub celnego, jeśli jest to ich podstawowy zakres działalności, a także usługi w zakresie działalności na rzecz spółek i trustów. Jeśli takie usługi świadczy na rzecz spółki publicznej spółka z grupy, to jest ona instytucją zobowiązaną i powinna posiadać odpowiednią procedurę opisaną w ustawie AML.

Działalność polegająca na tworzeniu osoby prawnej, pełnieniu funkcji członka zarządu, zapewnieniu siedziby lub adresu dla takiego podmiotu, działaniu jako powiernik trustu lub osoba wykonująca prawa z akcji lub udziałów na rzecz innego podmiotu (z wyjątkiem spółek notowanych) jest działalnością podlegającą wpisowi do rejestrów prowadzonych przez Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Katowicach. Niedopełnienie obowiązku dokonania wpisu jest zagrożone karą pieniężną do 100 000 zł.

KONIECZNE ZMIANY DO PROCEDUR

	KOGO DOTYCZĄ	REGULOWANE ZAGADNIENIA
Regulamin rady nadzorczej	rada nadzorcza	• częstotliwość posiedzeń • zasady szczegółowego protokołowania posiedzeń • tryb kierowania zapytań do zarządu • tryb powoływania doradcy • zasady udzielania odpowiedzi na pytania rady
Regulamin zarządu	zarząd	
Obowiązkowa procedura dotycząca przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu	spółki z grupy świadczące usługi księgowe, rachunkowe, korporacyjne	• zasady weryfikacji/klasyfikacji ryzyka • stosowane środki bezpieczeństwa • obowiązki informacyjne
Procedura dotycząca zgłaszania nieprawidłowości	spółki publiczne	• jak można zgłosić naruszenie • kto bada naruszenie • jakie kroki są podejmowane w celu usunięcia naruszenia • ochrona sygnalisty
Procedura dotycząca zrównoważonego rozwoju	spółki publiczne	• tryb i zasady raportowania

Spółki publiczne nie podlegają obowiązkowi wpisu do Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych (CRBR), ale ich spółki zależne tak. Ostatnia zmiana do ustawy przedłużyła termin na dokonanie zgłoszenia do rejestru lub dokonanie zmiany wpisu z 7 do 14 dni.

Sygnaliści

Obowiązek uregulowania przez spółki publiczne kwestii sygnalistów wynika z różnych przepisów.

Ustawa o ofercie w art. 97d wprowadza obowiązek posiadania przez spółkę procedury anonimowego zgłaszania przez pracowników wskazanemu członkowi zarządu (a w szczególnych przypadkach radzie nadzorczej) naruszeń prawa, procedur i standardów etycznych.

Ustawa AML w art. 53 nakłada na podmioty zobowiązane obowiązek wdrożenia wewnętrznej procedury anonimowego zgłaszania przez pracowników lub osoby współpracujące rzeczywistych lub potencjalnych naruszeń przepisów z zakresu przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowania terroryzmu.

Opublikowany został rządowy projekt ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa (tzw. sygnalistów). Przewiduje on obowiązek określenia w procedurze wewnętrznej systemu zachęt do korzystania z procedury zgłoszeń wewnętrznych, w przypadku gdy naruszeniu prawa można skutecznie zaradzić w ramach struktury organizacyjnej podmiotu prawnego, a osoba dokonująca zgłoszenia uważa, że nie zachodzi ryzyko działań odwetowych.

Crowdfunding

Wraz z wejściem w życie ustawy o finansowaniu społecznościami dla przedsięwzięć gospodarczych i pomocy kredytobiorcom

kolejną kategorią przepisów mających znaczenie dla spółek publicznych stały się przepisy dotyczące finansowania społecznościami związane z wejściem w życie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/1503 z dnia 7 października 2020 r. Należy mieć na względzie, że rozporządzenie to jest stosowane bezpośrednio, w związku z czym nie wszystkie kwestie w nim uregulowane przeniesione zostały do prawa polskiego, a ustawa powołuje się na treść rozporządzenia poprzez odniesienie. Dla pełnego obrazu regulacji niezbędna jest łączna analiza obu aktów prawnych.

Działanie w sektorze finansowania społecznościami polega na kojarzeniu inwestorów zainteresowanych finansowaniem przedsięwzięć gospodarczych z właścicielami projektów za pośrednictwem platformy finansowania społecznościami. W skład takich usług wchodzi na przykład ułatwianie udzielania pożyczek czy subemisja bez gwarancji przejęcia emisji. Celem świadczenia usług finansowania społecznościami jest ułatwienie finansowania projektu przez pozyskanie kapitału od dużej liczby inwestorów, z których każdy inwestuje kwoty stanowiące kontrybucję w mniejszym wymiarze, za pośrednictwem publicznej platformy internetowej, bez zakreslenia kręgu inwestorów.

Spółka prowadząca rynek regulowany, a także każda inna osoba prawna może prowadzić działalność w zakresie świadczenia usług finansowania społecznościami po uzyskaniu zezwolenia KNF.

Oferta publiczna dokonywana za pośrednictwem licencjonowanego dostawcy usług nie wymaga pośrednictwa firmy inwestycyjnej, ale wymaga udostępnienia do publicznej wiadomości arkusza kluczowych informacji inwestycyjnych oraz uprzedniego ich przekazania do wiadomości KNF.

Dokonanie oferty publicznej z pominięciem ww. wymogów podlega grzywnie do

10 000 000 zł, karze pozbawienia wolności do lat 2, albo obu tym karom łącznie.

Dostawca usług finansowania społecznościami zobowiązany jest przekazywać KNF informacje zgodnie z zakresem i w terminach określonych przez ministra właściwego do spraw instytucji finansowych.

Zrównoważony rozwój

Jak sygnalizowaliśmy w Roczniku 2022, poprzez pośrednie i bezpośrednie stosowanie ustawodawstwa unijnego na polskie spółki publiczne nałożone zostały dodatkowe obowiązki związane z raportowaniem ESG.

Warto zwrócić uwagę, że przestrzeganie zasad zrównoważonego rozwoju jest nierozdzielnie związane z compliance. Spełnienie postawionych przed spółką wymogów wynikających z ESG nie byłoby możliwe, gdyby spółka prowadziła działalność niezgodną z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa oraz zasadami dobrych praktyk. Co więcej, motywem przewodnim zarówno idei ESG, jak i compliance jest nie tylko zarządzanie ryzykami dotyczącymi spółki, ale też dostrzeganie i wykorzystywanie jej szans.

Raportowanie ESG stało się elementem działalności spółek giełdowych w związku z nałożeniem na nie obowiązku uwzględnienia informacji w tym zakresie w raportach niefinansowych. Wraz z wdrożeniem rozporządzenia unijnego nr 2019/2088 (SFDR) obowiązek ujawniania informacji związanych ze zrównoważonym rozwojem rozszerzony został na działalność obejmującą usługi finansowe.

Kolejne zmiany w tym zakresie mają dotyczyć między innymi formy przedstawiania informacji, w tym raportów dotyczących działań wchodzących w zakres wypełniania kryteriów zrównoważonego rozwoju. ●



KATARZYNA JAROSZYŃSKA

radca prawny, praktyka rynków
kapitałowych i instytucji finansowych



MARCIN PIETKIEWICZ

radca prawny, partner, praktyka rynków
kapitałowych i instytucji finansowych

Przejęcie spółki publicznej – duża zmiana, ale czy mniejsze wyzwanie?

W zeszłym roku wprowadzono długo oczekiwane zmiany w zasadach przeprowadzania wezwań dotyczących akcji spółek notowanych na warszawskiej Giełdzie Papierów Wartościowych. Mają one zasadniczy wpływ na transakcje przejęć realizowane na rynku publicznym, w tym na ich strukturę. Już wiadomo, że nowe zasady nie ułatwią wycofania spółki z giełdy.

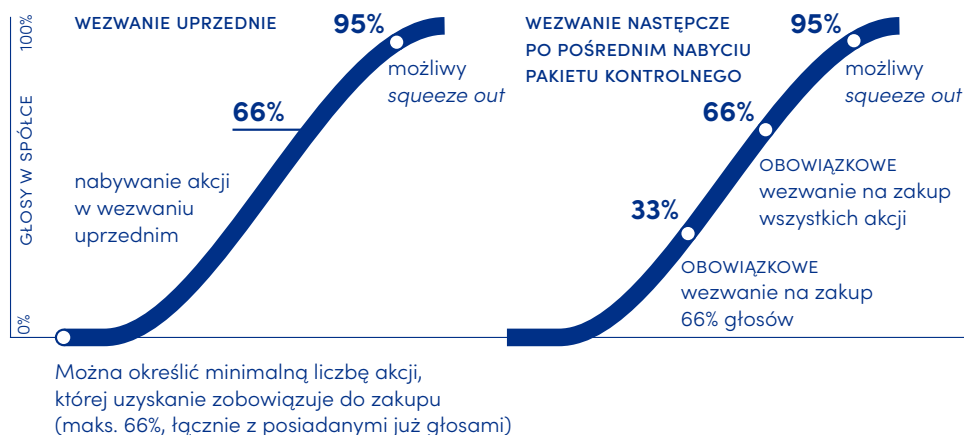
Przed zmianą – dwa progi

30 maja 2022 r. w życie weszła nowelizacja ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych. Zmieniła ona m.in. zasady przeprowadzania wezwań na akcje spółek notowanych na rynku regulowanym.

Do tej pory inwestor, który chciał przejąć kontrolę nad spółką publiczną, musiał wcześniej ogłosić wezwanie na sprzedaż jej akcji i nabywać akcje w tym wezwaniu (tzw. wezwanie uprzednie). Dotyczyło to również akcji kupowanych od konkretnego sprzedającego posiadającego kontrolny pakiet akcji, który w uprzednio zawartej umowie z inwestorem zgodził się go sprzedać. Inaczej było w przypadkach, gdy inwestor nabywał kontrolny pakiet akcji spółki publicznej pośrednio, czyli kupował udziały spółki, która bezpośrednio posiadała ten pakiet. Wówczas inwestor musiał ogłosić wezwanie już po pośrednim przejęciu kontrolnego pakietu akcji spółki publicznej (tzw. wezwanie następce).

Dodatkowo ustawa przewidywała dwa progi, które wiązały się z koniecznością ogłoszenia wezwania, tj. 33% i 66% ogólnej liczby głosów w spółce. Przekroczenie pierwszego progu wymagało ogłoszenia wezwania do sprzedaży akcji w liczbie zapewniającej osiągnięcie 66% ogólnej liczby głosów, a przekroczenie drugiego progu – wezwania do sprzedaży wszystkich akcji spółki.

BYŁO



JEST



Obecnie – jeden próg dla wezwań

Nowelizacja ustawy o ofercie publicznej zniósła dotychczasowe progi wezwań, wprowadzając w ich miejsce jeden próg – 50% ogólnej liczby głosów w spółce. Jego przekroczenie obliguje do ogłoszenia wezwania na wszystkie pozostałe akcje tej spółki (wezwanie obowiązkowe). W efekcie inwestor może nabyć bezpośrednio od jednego albo kilku akcjonariuszy dowolną liczbę akcji, ale jeśli dana transakcja spowoduje przekroczenie poziomu 50% ogólnej liczby głosów w spółce, będzie musiał ogłosić wezwania na sprzedaż lub zamianę pozostałych akcji spółki w terminie trzech

miesięcy od przekroczenia progu. W tym okresie inwestor nie może nabywać akcji spółki w inny sposób niż w wezwaniu. Obowiązek ogłoszenia wezwania nie powstaje jednak, jeśli przekroczenie progu 50% głosów nastąpiło w wyniku ogłoszenia wezwania dobrowolnego. Wezwanie dobrowolne, podobnie jak wezwanie obowiązkowe, powinno zostać ogłoszone na sprzedaż wszystkich pozostałych akcji spółki publicznej (wezwania uregulowane są w art. 72a–81 oraz art. 91 ustawy o ofercie publicznej).

Z wyjątkiem kilku przepisów większość regulacji dotyczących wezwań obowiązkowych stosuje się do wezwań dobrowolnych.

Dla wezwań dobrowolnych ustawodawca przewidział jednak szerszy katalog warunków, które można zastrzec w treści wezwania (np. podjęcie określonej uchwały przez walne zgromadzenia lub radę nadzorczą spółki publicznej), a także możliwość określenia w treści wezwania minimalnej liczby akcji objętej zapisami, po której osiągnięciu inwestor będzie zobowiązany do nabycia akcji w wezwaniu (tzw. minimalny próg akcji nabywanych w wezwaniu). Co istotne, minimalny próg akcji nabywanych w wezwaniu, do którego wlicza się akcje już posiadane przez inwestora, nie może być ustanowiony na poziomie przekraczającym 50% ogólnej liczby głosów na walnym zgromadzeniu spółki (przed nowelizacją próg ten mógł być ustalony na maksymalnym poziomie 66% ogólnej liczby głosów w przypadku wezwań uprzednich).

W praktyce obrotu jednym z częstych motywów przejścia spółek publicznych jest chęć wycofania akcji spółki z obrotu na rynku regulowanym (*delisting*). Wymaga to decyzji walnego zgromadzenia spółki podjętej większością 9/10 głosów w obecności akcjonariuszy reprezentujących przynajmniej połowę kapitału zakładowego. Ze względów praktycznych inwestorzy zamierzający wycofać akcje spółki z obrotu oczekują, że stanie się to w sytuacji, gdy będą jedynym akcjonariuszem w spółce. To z kolei umożliwia procedura przymusowego wykupu akcjonariuszy mniejszościowych (tzw. *squeeze out*), dla którego wymagane jest osiągnięcie poziomu 95% ogólnej liczby głosów w spółce (art. 82 ustawy o ofercie publicznej).

Możliwość ustalenia w treści wezwania minimalnego progu akcji nabywanych w wezwaniu na wysokim poziomie, a najlepiej na poziomie umożliwiającym przeprowadzenie przymusowego wykupu akcjonariuszy mniejszościowych, jest istotnym kryterium brany pod uwagę przez inwestorów decydujących się na realizację transakcji przejścia spółki publicznej z planem dalszego

jej wycofania z obrotu giełdowego (choć oczywiście nie jest tak zawsze, bo inwestorzy mogą być zainteresowani utrzymaniem spółki na parkiecie po przejęciu nad nią kontroli). Jeśli jednak celem przejęcia ma być wycofanie akcji spółki z obrotu publicznego, można się spodziewać, że inwestor będzie mniej skłonny do ogłoszenia wezwania, jeżeli ryzyko uzyskania pakietu poniżej progu przymusowego wykupu będzie znaczące. Rozpiętość między progiem 50% a 95% głosów jest bardzo duża, a przepisy zezwalające na ustanowienie minimalnego progu akcji nabywanych w wezwaniu do poziomu 50% głosów nie stanowią ułatwienia dla inwestorów. Co więcej, obniżenie tego progu z poziomu 66% do 50% głosów zwiększa ryzyko, że inwestorzy będą mniej skłonni do podejmowania próby przejęcia spółek publicznych, a w konsekwencji trudniej będzie wycofać spółkę z parkietu.

Jak to działa w praktyce?

Przeanalizujmy zastosowanie znowelizowanych przepisów na przykładzie. Inwestor rozważa przejęcie kontroli nad polską spółką notowaną na rynku regulowanym prowadzonym przez Giełdę Papierów Wartościowych w Warszawie S.A. z zamiarem wycofania jej akcji z obrotu na tym rynku. Około 45% akcji spółki jest w rękach jednego znaczącego akcjonariusza, który chce sprzedać posiadane akcje inwestorowi, a pozostałe akcje są w wolnym obrocie (*free float*).

Inwestor, chcąc przejąć kontrolę nad spółką i doprowadzić do wycofania akcji z obrotu giełdowego, zamierza ogłosić wezwanie dobrowolne na sprzedaż wszystkich akcji spółki. Przed ogłoszeniem wezwania inwestor uzgodnił ze znaczącym akcjonariuszem warunki sprzedaży posiadanego przez niego pakietu 45% akcji.



Obniżenie progu z poziomu 66% do 50% głosów zwiększa ryzyko, że inwestorzy będą mniej skłonni do podejmowania próby przejęcia spółek publicznych, a w konsekwencji trudniej będzie wycofać spółkę z parkietu.

Pamiętając, jaki jest cel transakcji, inwestor chciałby zabezpieczyć swoje interesy i w treści wezwania wskazać, że będzie zobowiązany do nabycia akcji od akcjonariuszy odpowiadających na wezwanie wyłącznie wtedy, jeżeli zapewni sobie osiągnięcie progu 95% głosów w spółce, umożliwiające przeprowadzenie przymusowego wykupu. Niestety, jak wskazaliśmy wyżej, przepisy o wezwaniach zakazują inwestorowi ustalenia minimalnego progu akcji nabywanych w wezwaniu na poziomie wyższym niż 50% głosów w spółce. Mimo to inwestor decyduje się na realizację transakcji.

Po ustaleniu ze znaczącym akcjonariuszem, że ten sprzeda swój pakiet inwestorowi w ramach wezwania, inwestor ogłasza wezwanie, a znaczący akcjonariusz odpowiada na wezwanie w stosunku do posiadanych 45% akcji, wobec czego inwestor z niepokojem czeka, czy od pozostałych akcjonariuszy (*free float*) uezbiera w wezwaniu brakujące 50% akcji (45% + 50% wymagane do osiągnięcia poziomu 95% pozwalającego na przeprowadzenie przymusowego wykupu). Rozwiązanie takie jest jednak dość ryzykowne, zważywszy, że jednym z celów transakcji było nabycie 100% akcji i wycofanie spółki z giełdy. Inwestorowi pozostaje zachęcić akcjonariuszy do sprzedaży akcji podwyższeniem proponowanej ceny, ale i to nie gwarantuje osiągnięcia zamierzonego efektu.

W omówionym przypadku inwestycja nie zakończyła się pełnym sukcesem – inwestor osiągnął w wezwaniu łącznie 70% akcji spółki, wobec czego spółka jeszcze przez pewien czas pozostanie na parkiecie.

Zadajmy sobie pytanie, czy inwestor mógł zaplanować strukturę transakcji inaczej, tak aby ograniczyć powyższe ryzyko? Wydaje się, że tak. Wymagałoby to jednak odwrócenia kolejności nabywanych pakietów akcji, tak aby po otrzymaniu zapisów na uprzednio ustaloną liczbę akcji od pozostałych akcjonariuszy pakiet znaczącego akcjonariusza niejako „domykał” wezwanie.

Wprowadzenie jednego progu dla wezwań ogłaszanych w związku z przejęciami spółek publicznych oraz podziału wezwań na obowiązkowe i dobrowolne sprawiają, że mechanizmy prawne nimi rządzące stały się bardziej przejrzyste. Jednak korelacja minimalnego progu akcji nabywanych w wezwaniu, jako warunku nabycia akcji w wezwaniu, z progiem dla wezwań obowiązkowych na poziomie 50% głosów, powoduje, że inwestorzy zainteresowani przejęciem pełnej kontroli nad spółką muszą dalej mierzyć się z wyzwaniem z tego wynikającymi. Z ciekawością będziemy zatem obserwować, jak rynek dostosuje się i oceni omówione rozwiązania prawne w zakresie wezwań w transakcjach przejęć spółek publicznych. ●



KRZYSZTOF LIBISZEWSKI

radca prawny, współnik współodpowiedzialny
za praktykę transakcji i prawa korporacyjnego

Wiążące polecenia wydawane w ramach grup spółek

Spółki dominujące mogą od niedawna wydawać wiążące polecenia swoim spółkom zależnym. Dzięki tej zmianie spółki dominujące i zależne mogą kierować się wspólną strategią gospodarczą w celu realizacji interesu grupy spółek. Kiedy spółka zależna musi wykonać wiążące polecenie?

13 października 2022 r. weszła w życie istotna nowelizacja Kodeksu spółek handlowych, uchwalona 9 lutego 2022 r. Określiła ona zasady funkcjonowania grup kapitałowych w Polsce i zmodyfikowała niektóre przepisy dotyczące organów spółek kapitałowych.

Cel zmian Kodeksu

Nowelizacja Kodeksu spółek handlowych jest jedną z najpoważniejszych zmian przepisów prawa handlowego w minionych dwudziestu latach. Ma ona na celu systemowe uregulowanie zasad 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 rozbieżny z interesem spółki zależnej wchodzącej w skład grupy. Dotychczasowe przepisy nakazywały organom spółki działać wyłącznie w najlepszym interesie spółki i nie dawały bezpośrednich podstaw, aby uwzględniać interes grupy kapitałowej w prowadzeniu spraw spółki. Tę sytuację częściowo niwelowało orzecznictwo sądów gospodarczych, wskazujące na to, że interes grupy kapitałowej jest częścią szeroko pojętego interesu spółki.

Nowelizacja Kodeksu spółek handlowych ma umożliwić spółce dominującej i spółkom zależnym kierowanie się wspólną strategią gospodarczą w celu realizacji interesu grupy spółek.



Celowi temu służą wprowadzone do porządku prawnego różnorodne instrumenty sprawowania przez organy spółki dominującej jednolitego kierownictwa nad spółkami zależnymi. Są to m.in. wprowadzone do Kodeksu:

- kompetencje organów spółki dominującej do sprawowania stałego nadzoru nad realizacją interesu grupy spółek przez spółkę zależną,
- bezwzględne i nieograniczone prawo spółki dominującej do dostępu do informacji na temat spraw spółki zależnej,
- prawo organów spółki zależnej do uwzględniania interesu grupy spółek przy prowadzeniu spraw spółki,
- instytucja wiążącego polecenia wydawanego przez spółkę dominującą w odniesieniu do sposobu prowadzenia spraw spółki zależnej.

Członkowie organów spółki zależnej nie będą ponosić odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce, gdy działali w interesie grupy spółek, wykonując wiążące polecenie. Wraz z tymi zmianami do porządku prawnego wprowadzone zostały szczególnie, autonomiczne zasady odpowiedzialności spółki dominującej za szkodę wyrządzoną spółce zależnej, wynikającą z wykonania wiążącego polecenia, jak również odpowiedzialności we wspomnianej sytuacji za szkodę wyrządzoną przez spółkę dominującą wierzycielom lub wspólnikom albo akcjonariuszom mniejszościowym spółki zależnej.

U podstaw nowo wprowadzonych rozwiązań leży instytucja wiążącego polecenia.

Warto zatem rozważyć, czy wiążące polecenie może być użyteczne przy sprawowaniu jednolitego kierownictwa nad sprawami spółek zależnych i czy pozwoli na realizację celów przyświecających ustawodawcy przy projektowaniu zmian w prawie.

Możliwość wydawania wiążących poleceń

Spółka dominująca może wydać spółce zależnej uczestniczącej w grupie spółek wiążące polecenie dotyczące sposobu prowadzenia spraw spółki zależnej, jeżeli jest to uzasadnione interesem grupy spółek oraz przepisy szczególne nie stanowią inaczej. W tych wszystkich przypadkach, gdy z mocy odrębnych przepisów spółka uczestnicząca w grupie ma obowiązek realizować cel szczególnie, taki jak na przykład obowiązek ustawowe ciążyące na spółkach użyteczności publicznej, a nie tylko interes samej spółki i jej bezpośrednich interesariuszy, wykonanie wiążącego polecenia nie będzie mogło mieć miejsca. To samo dotyczy wiążących poleceń, których wykonanie stanowi czyn zabroniony przez powszechne obowiązujące przepisy prawa.

Wydanie wiążącego polecenia wymaga zastosowania formy pisemnej albo elektronicznej związanej z użyciem kwalifikowanego podpisu elektronicznego, w obu przypadkach zastrzeżonej pod rygorem nieważności. Po stronie spółki zależnej uczestniczącej w grupie spółek wykonanie wiążącego polecenia wymaga podjęcia uprzedniej uchwały zarządu spółki zależnej o wykonaniu polecenia. O fakcie podjęcia

uchwały spółka zależna informuje spółkę dominującą niezwłocznie.

Co istotne, Kodeks spółek handlowych pozwala wydawać wiążące polecenia tylko w przypadku, gdy doszło do zawiazania sformalizowanej grupy spółek. Tak rozumiana grupa spółek powstaje tylko w przypadku, gdy doszło do podjęcia uchwał zgromadzeń wspólników i akcjonariuszy spółek zależnych o przynależności spółek do grupy i ujawnienia zawiazania grupy wpisami w rejestrze przedsiębiorców.

Zgodnie z przepisami wprowadzonymi do Kodeksu spółek handlowych spółka zależna może odmówić wykonania polecenia tylko wtedy, gdy wykonanie polecenia mogłoby doprowadzić do niewypłacalności spółki albo zagrożenia niewypłacalnością. Odmowa wykonania wiążącego polecenia wymaga podjęcia uchwały zarządu spółki zależnej. Spółki zależne niebędące spółkami jednoosobowymi mogą odmówić wykonania wiążącego polecenia także jeśli powstanie uzasadniona obawa, że wiążące polecenie jest sprzeczne z interesem spółki zależnej i wyrządzi jej szkodę, która nie zostanie naprawiona w ciągu dwóch lat.

Wydaje się, że organy spółki zależnej muszą każdorazowo badać:

- czy wydanie wiążącego polecenia jest zgodne z interesem grupy spółek, do której należy zobowiązana spółka zależna,
- czy wiążące polecenie nie narusza ciążących na spółce zależnej obowiązków ustawowych i jest zgodne z prawem,
- czy nie zachodzą podstawy faktyczne odmowy wykonania wiążącego polecenia wynikające z Kodeksu spółek handlowych.

Zgodnie z nowymi przepisami umowa albo statut spółki mogą wprowadzać dodatkowe przesłanki ograniczające możliwość odmowy wykonania wiążącego polecenia.



Członkowie organów spółki zależnej nie będą ponosić odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce, gdy działali w interesie grupy spółek, wykonując wiążące polecenie.



Wydanie wiążącego polecenia wymaga zastosowania formy pisemnej albo elektronicznej związanej z użyciem kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Typowymi dodatkowymi przesłankami będą wymogi zachowania kworum albo uzyskania szczególnej większości głosów przy podejmowaniu uchwały zarządu spółki zależnej o odmowie wykonania wiążącego polecenia.

Tylko po zweryfikowaniu, że nie ma przesłanek odmowy wykonania wiążącego polecenia, zarząd spółki zależnej może w zgodzie z prawem podjąć uchwałę o wykonaniu wiążącego polecenia. Dochowanie istotnych aktów staranności pozwoli zarządowi spółki zależnej zwolnić się z odpowiedzialności za szkodę powstałą po stronie tej spółki, jeżeli wyniknęła ona z działań zarządu realizujących interes grupy spółek w oparciu o otrzymane wiążące polecenie.

Natura wiążących poleceń

Nowelizacja Kodeksu spółek handlowych nie zawiera przepisów, które wprost potwierdzałyby istnienie odpowiedzialności po stronie zarządu spółki zależnej za zaniechanie wykonania wiążącego polecenia w sytuacji, gdy nie ma przesłanek albo prawnych podstaw odmowy wykonania wiążącego polecenia.

Należy jednak przyjąć, że wiążące polecenie jest czynnością prawną o charakterze jednostronnym, której dokonanie przez zarząd spółki dominującej kształtuje treść stosunków prawnokorporacyjnych związanych z piastowaniem funkcji w zarządzie spółki zależnej. W efekcie bezpodstawne zaniechanie wykonania wiążącego polecenia przez zarząd spółki zależnej narazi piastunów funkcji w tym organie

na odpowiedzialność za delikt, jeżeli jego następstwem będzie szkoda spółki dominującej albo szkoda innej spółki z grupy wynikająca z takiego zaniechania.

Zasady odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną wiążącym poleceniem

Nowelizacja Kodeksu spółek handlowych nakłada na spółkę dominującą obowiązek działania na zasadzie lojalności względem spółki zależnej w związku z wydawaniem i wykonaniem wiążącego polecenia. Ustawodawca nie określa, jak rozumiany ma być obowiązek lojalności związany z wiążącymi poleceniami. Należy zakładać, że za lojalne będzie uznane jedynie takie działanie, które łączy się z:

- przekazaniem spółce zależnej przez spółkę dominującą pełni informacji na temat okoliczności związanych z wydaniem wiążącego polecenia, w tym na temat oczekiwanych skutków realizacji wiążącego polecenia po stronie spółki wykonującej polecenie i innych spółek z grupy,
- wprowadzeniem realnych mechanizmów naprawienia szkody wyrządzonej wykonaniem wiążącego polecenia w przewidzianym na to czasie.

Znowelizowane przepisy Kodeksu przewidują, że w przypadku zaniechania działania na zasadzie lojalności spółka dominująca będzie ponosiła odpowiedzialność za szkodę spółki zależnej związaną z wydaniem lub wykonywaniem wiążącego polecenia. Wydaje się, że treść obowiązku działania na zasadzie lojalności zdecyduje o możliwości przypisania winy spółce dominującej przy ustaleniu po jej stronie odpowiedzialności deliktowej za szkodę spółki zależnej.

Ustawodawca stworzył też podstawy odpowiedzialności spółki dominującej wobec wspólników oraz akcjonariuszy mniejszościowych spółki zależnej za poniesioną przez nich szkodę pośrednią, przejawiającą się spadkiem wartości udziałów albo akcji spółki zależnej posiadanych przez wspólników albo akcjonariuszy mniejszościowych, jeżeli szkoda wyniknęła z wydania spółce zależnej wiążącego polecenia. Na wspólniku albo akcjonariuszu mniejszościowym ciąży obowiązek udowodnienia faktu powstania po jego stronie szkody oraz związku tej szkody z wiążącym poleceniem wydanym spółce zależnej. Odpowiedzialność spółki dominującej za szkody pośrednie wspólnika albo akcjonariusza mniejszościowego spółki zależnej jest bodaj pierwszym przypadkiem ustawowego usankcjonowania tego typu odpowiedzialności, który był dotychczas w niektórych przypadkach wywodzony jako postać obowiązku naprawienia szkody w oparciu o ogólne przepisy prawa przez orzecznictwo sądów gospodarczych.

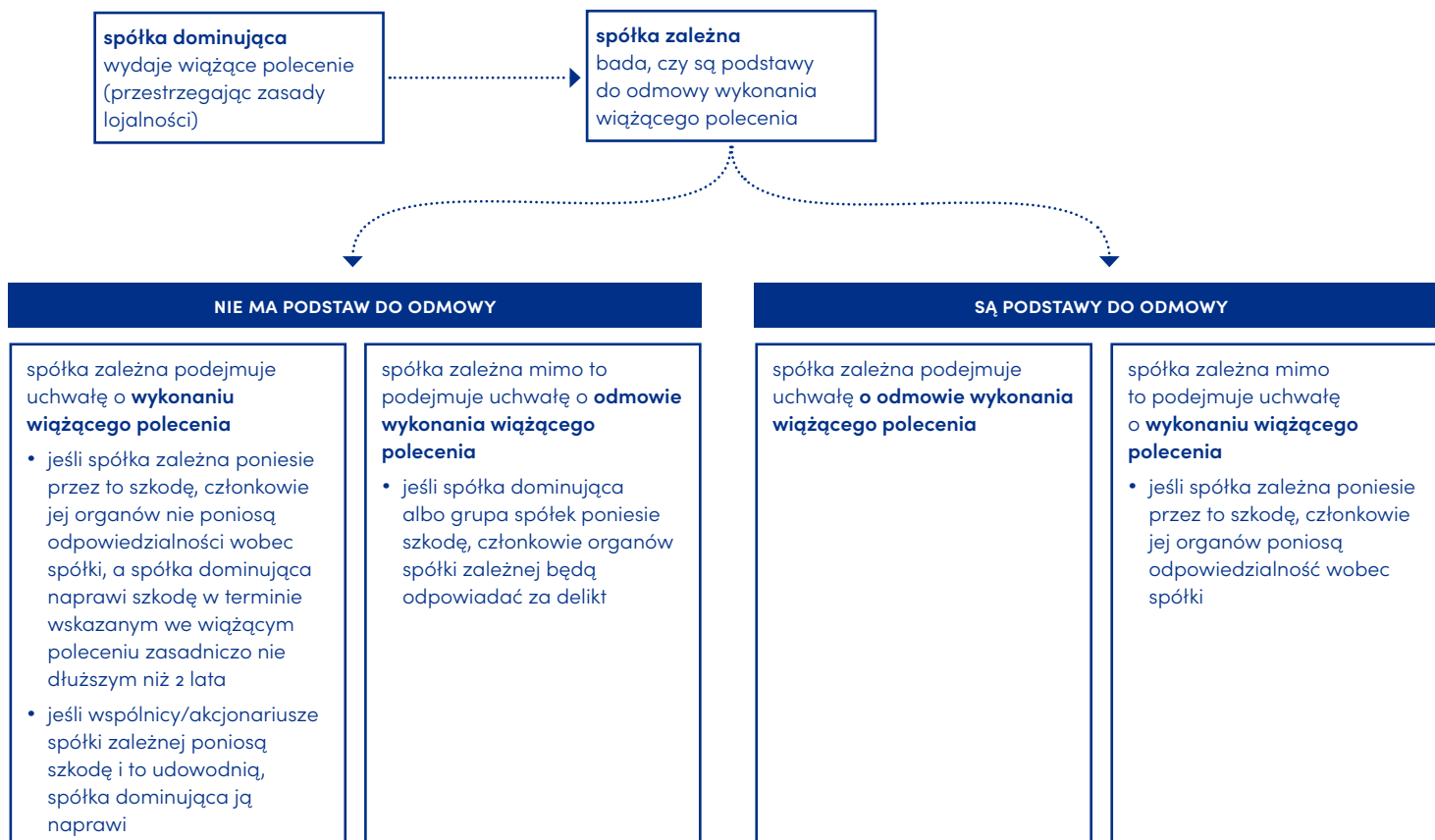
Jeśli egzekucja przeciwko spółce zależnej okaże się bezskuteczna, wierzyciel tej

»



Tylko po zweryfikowaniu, że nie ma przesłanek odmowy wykonania wiążącego polecenia, zarząd spółki zależnej może w zgodzie z prawem podjąć uchwałę o wykonaniu wiążącego polecenia.

SFORMALIZOWANA GRUPA SPÓŁEK



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. Nowe przepisy, działając na zasadzie domniemań prawnych, pozwalają 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 ciążących na niej zobowiązań. Nie będą to dowody trudne do przeprowadzenia, jako że istotne okoliczności podlegają 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 ciążących na tej spółce.

Czy wiążące polecenia są użytecznym instrumentem prawnym dla spółek dominujących?

Wydaje się, że instytucja wiążącego polecenia może być wygodnym narzędziem w przypadkach, gdy trzeba podjąć działania w interesie grupy spółek wbrew interesowi spółki zależnej. Taka konieczność często powstaje w praktyce funkcjonowania spółek kapitałowych. Szkoda, że ustawodawca

nie dookreślił następstw zaniechania wykonania wiążących poleceń w sytuacji, gdy brak jest podstaw sformułowania odmowy wykonania wiążącego polecenia. Szkoda też, że ustawodawca ograniczył odpowiedzialność spółki dominującej za szkodę wyrządzoną spółce zależnej, jej wierzycielom lub akcjonariuszom albo wspólnikom mniejszościowym wyłącznie do przypadków wydania sformalizowanych wiążących poleceń jedynie w ramach formalnie ukonstytuowanych grup spółek. ●



DR KINGA ZIEMNICKA

radca prawny, współnik odpowiedzialny
za praktykę obsługi korporacyjnej



DR ANTONI BOLECKI

radca prawny, współnik odpowiedzialny za
praktykę ochrony konkurencji i konsumentów

Czy współnik może prowadzić działalność konkurencyjną wobec spółki?

Odpowiedź na tytułowe pytanie w dużej mierze zależy od tego, jak w danej spółce została ta kwestia unormowana. Sprawa jest bardziej złożona, jeżeli na etapie tworzenia spółki wspólnicy nie przewidzieli stosownych postanowień umownych. Inaczej jest w spółkach osobowych, gdzie element wzajemnego zaufania i współpracy pomiędzy wspólnikami jest szczególnie ważny, a inaczej w spółkach kapitałowych, gdzie bezpośrednie prowadzenie spraw spółki należy do członków zarządu i to ich dotyczy ustawowy zakaz konkurencji.

Tytułowe pytanie nawiązuje do stanu faktycznego, w którym dwie firmy produkcyjne zawarły umowę *joint venture*, a następnie założyły spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia. W umowie *joint venture* zakaz konkurencji odnosił się wprost tylko do jednego wspólnika, precyzując, jakiej działalności temu wspólnikowi nie wolno prowadzić. Drugi ze wspólników nie był objęty umownym zakazem konkurencji.

Po pewnym czasie okazało się, że produkcja nie spełnia wymagań jakościowych przewidzianych w zamówieniach od klientów i na tym tle powstał konflikt pomiędzy wspólnikami. Jednocześnie wspólnik, który nie był objęty zakazem konkurencji, założył nową spółkę i rozpoczął produkcję wyrobów konkurencyjnych – wprawdzie o nieco odmiennym składzie, ale z tego samego segmentu rynku. W konsekwencji pojawił się zarzut, że przedsiębiorczy wspólnik naruszył zasady lojalności wobec spółki i powinien z tego tytułu ponosić odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną spółce i drugiemu wspólnikowi.

Warto przeanalizować opisaną sytuację w odniesieniu do spółek osobowych oraz do spółek kapitałowych, gdyż zachodzą tu zasadnicze różnice.

Działalność konkurencyjna wspólników spółek osobowych

W spółkach osobowych wspólnicy (albo niektórzy z nich) mają prawo i obowiązek prowadzenia spraw spółki. W konsekwencji zakaz konkurencji odnoszący się do wspólników jest wprost uregulowany w Kodeksie spółek handlowych. Zgodnie z art. 56 k.s.h. w spółce jawnej wspólnik jest obowiązany powstrzymać się od wszelkiej działalności sprzecznej



z interesami spółki i nie może, bez wyraźnej lub domniemanej zgody pozostałych wspólników, zajmować się interesami konkurencyjnymi, w szczególności uczestniczyć w spółce konkurencyjnej jako wspólnik spółki cywilnej, spółki jawnej, partner, komplementariusz lub członek organu spółki. Również rozpoczęcie przez wspólnika spółki jawnej samodzielnej działalności gospodarczej, której przedmiot pokrywa się z przedmiotem działalności spółki, stanowi naruszenie zakazu konkurencji, o którym mowa w art. 56 k.s.h. (wyrok Sądu Najwyższego z 20 sierpnia 2015 r., II CSK 505/14).

Jednocześnie w art. 57 k.s.h. przewidziano, że każdy wspólnik ma prawo żądać wydania spółce korzyści, jakie osiągnął wspólnik naruszający zakaz konkurencji, lub naprawienia wyrządzonej jej szkody. Roszczenia te przedawniają się z upływem sześciu miesięcy od dnia, gdy wszyscy pozostali wspólnicy dowiedzieli się o naruszeniu zakazu, nie później jednak niż z upływem trzech lat. Naruszenie zakazu konkurencji stanowi również ważny powód po stronie danego wspólnika, w następstwie którego sąd może na wniosek pozostałych wspólników orzec o wyłączeniu tego wspólnika ze spółki.

Przepisy o spółce jawnej stosuje się odpowiednio do pozostałych spółek osobowych, co oznacza, że zakazem konkurencji objęci są wspólnicy lub członkowie zarządu uprawnieni do prowadzenia spraw spółki lub do jej reprezentowania. Natomiast zakaz ten nie dotyczy komandytariuszy w spółce komandytowej, co wynika wprost



Każdy wspólnik ma prawo żądać wydania spółce korzyści, jakie osiągnął wspólnik naruszający zakaz konkurencji, lub naprawienia wyrządzonej jej szkody.

z art. 121 § 3 k.s.h., zgodnie z którym ograniczeń w zakresie działalności konkurencyjnej nie stosuje się do komandytariusza nieposiadającego prawa do prowadzenia spraw spółki lub jej reprezentowania, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. Podobnie w przypadku spółki komandytowo-akcyjnej zakaz konkurencji ma zastosowanie jedynie do komplementariuszy (art. 126 § 1 pkt 1 k.s.h.).

Należy zatem mieć na uwadze, że tam, gdzie rola wspólnika w spółce osobowej jest podobna do funkcji zarządu w spółce kapitałowej, ograniczenia działalności konkurencyjnej wspólników są podobne jak w przypadku członków zarządów spółek kapitałowych.

W umowie spółki można też doprecyzować lub rozszerzyć zakaz konkurencji w stosunku do uregulowań kodeksowych, a także przedłużyć jego trwanie w określonym czasie po wystąpieniu wspólnika ze spółki.

Działalność konkurencyjna wspólników spółek kapitałowych

W odniesieniu do wspólników spółek kapitałowych zakaz prowadzenia działalności konkurencyjnej nie został wprost uregulowany w przepisach Kodeksu. Pojawiły się zatem poglądy, że takie ograniczenie wspólników można wywodzić z obowiązku lojalności wobec spółki, rozumianego jako obowiązek postępowania uczciwego i zgodnego z zasadami dobrej wiary, a także z przewidzianego w art. 3 k.s.h. obowiązku dążenia do osiągnięcia wspólnego celu, a tym samym powstrzymania się od działalności konkurencyjnej.

Powstaje jednak pytanie, czy ogólny obowiązek lojalności wobec spółki może prowadzić do wniosku, że wspólnik albo akcjonariusz musi powstrzymać się od działalności konkurencyjnej wobec spółki.

W przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółki akcyjnej zakaz konkurencji został wyrażony wprost w odniesieniu do zarządu, a w prostej spółce akcyjnej również do członków rady dyrektorów. Zatem członek zarządu ani dyrektor nie może bez zgody spółki:

- zajmować się interesami konkurencyjnymi,
- uczestniczyć w spółce konkurencyjnej jako wspólnik spółki cywilnej, spółki osobowej lub jako członek organu spółki kapitałowej,
- uczestniczyć w innej konkurencyjnej osobie prawnej jako członek organu,
- uczestniczyć w konkurencyjnej spółce kapitałowej, jeśli posiada w niej co najmniej 10% udziałów lub akcji tej spółki albo prawo do powołania co najmniej jednego członka zarządu.

Nie ma natomiast w przepisach analogicznej regulacji odnoszącej się wprost do obowiązku powstrzymania się od działalności konkurencyjnej w stosunku do wspólników spółek kapitałowych. Wywodzenie obowiązku powstrzymania się od działalności konkurencyjnej z samego faktu bycia wspólnikiem spółki kapitałowej jest jednak wątpliwe, gdyż polskie prawo nie wskazuje wprost na taki obowiązek. Jeżeli zaś nie ma wyraźnego zobowiązania wspólników do powstrzymania się od działań konkurencyjnych wobec spółki, to nie można zarzucić, że takie działanie jest niezgodne z prawem.

6 MIESIĘCY

Termin przedawnienia roszczeń związanych z naruszeniem zakazu konkurencji. Liczony od dnia, gdy wszyscy wspólnicy dowiedzieli się o naruszeniu zakazu.

ZAKAZ KONKURENCJI W POLSKICH SPÓŁKACH HANDLOWYCH WEDŁUG OGÓLNYCH ZASAD KSH

	SPÓŁKI OSOBOWE				SPÓŁKI KAPITAŁOWE		
	jawna	partnerska	komandytowa	komandytowo- -akcyjna	z ograniczoną odpowiedzialnością	akcyjna	prosta spółka akcyjna
OBJĘCI ZAKAZEM	wszyscy wspólnicy odpowiedzialni za prowadzenie spraw spółki lub jej reprezentację		komplementariusze		członkowie zarządu		członkowie zarządu, członkowie rady dyrektorów
NIEOBJĘCI ZAKAZEM			komandytariusze	akcjonariusze	wspólnicy	akcjonariusze	

Gdyby ustawodawca rzeczywiście chciał objąć wspólników spółek kapitałowych zakazem konkurencji, wyraziłby to wprost, jak w przypadku członków zarządów.

Stanowisko Sądu Najwyższego

Rozważając powyższe zagadnienie, Sąd Najwyższy zajął stanowisko, że zakaz prowadzenia działalności konkurencyjnej może wynikać z ustawy albo z umowy. W przepisach Kodeksu spółek handlowych przewidziano zakaz konkurencji w każdym rodzaju spółki, lecz zakres przedmiotowy i podmiotowy tego zakazu różnią się, w zależności od rodzaju spółki. Podmiotowy zakres zakazu konkurencji jest najszerszy w spółkach osobowych – obejmuje wszystkich wspólników odpowiedzialnych za prowadzenie spraw spółki lub jej reprezentację. W spółkach kapitałowych ustawowy zakaz działalności konkurencyjnej nie dotyczy wspólników, a jedynie członków zarządu spółki, chociaż nawet on nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego, gdyż może zostać uchylony przez uzyskanie zgody spółki. Sąd Najwyższy wskazał również, że zakres podmiotowy zakazu konkurencji może być, w stosunku do ustawy, rozszerzony przez wprowadzenie do umowy spółki wyraźnego obowiązku powstrzymania się od działań konkurencyjnych, nawet w odniesieniu do wszystkich wspólników, jeżeli taka jest ich wola i ma to

uzasadnienie w konkretnym indywidualnym kształcie spółki (wyrok Sądu Najwyższego z 18 kwietnia 2018 r., IV CSK 352/17).

W uzasadnieniu wspomnianego wyroku wskazano również, że wprowadzenie zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, który nie był pierwotnie przewidziany w umowie spółki, stanowi zwiększenie świadczeń wspólników w rozumieniu art. 246 § 3 k.s.h, co w praktyce oznacza konieczność uzyskania zgody wszystkich wspólników, których ta zmiana dotyczy. Innymi słowy, podjęcie uchwały wprowadzającej do umowy spółki zakaz działalności konkurencyjnej wobec wspólników wymaga uzyskania ich zgody, w przeciwnym razie wspólnik może domagać się stwierdzenia nieważności takiej uchwały przez sąd.

Sąd Najwyższy podkreślił zarazem, że formalny brak zakazu prowadzenia działalności konkurencyjnej nie pozbawia spółki

ochrony przed zachowaniem wspólnika stanowiącym naruszenie lojalności wobec spółki, która wymaga powstrzymania się od działań sprzecznych z interesami spółki.

A co na to prawo konkurencji?

Przykładem zachowania opisanego w ostatnim akapicie jest podjęcie przez wspólnika działalności konkurencyjnej przy wykorzystaniu poufnych informacji lub danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa spółki, uzyskanych w związku z udziałem w spółce. Takie działanie może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji zakazany przez art. 12 oraz art. 23 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepisy te mają zastosowanie zarówno do wspólników spółek osobowych, jak i kapitałowych.

Jednak prowadzenie działalności konkurencyjnej przez wspólnika to nie tylko szkoda dla jego spółki. Działalność taka może bowiem >>



Formalny brak zakazu prowadzenia działalności konkurencyjnej nie pozbawia spółki ochrony przed zachowaniem wspólnika stanowiącym naruszenie lojalności wobec spółki, która wymaga powstrzymania się od działań sprzecznych z interesami spółki.

nasilić rywalizację rynkową z zyskiem dla klientów i być korzystna z punktu widzenia interesu publicznego. Prawo konkurencji chroni mechanizm uczciwej konkurencji, zakazując zawierania porozumień, które ten mechanizm ograniczają. W przypadku spółek osobowych zakaz prowadzenia działalności konkurencyjnej obejmuje z mocy prawa wszystkich wspólników odpowiedzialnych za prowadzenie spraw spółki lub jej reprezentację. Ustawodawca w pewnym sensie przesądził zatem, że konkurencja między spółką osobową a takim wspólnikiem nie jest konkurencją uczciwą i jako taka nie podlega ochronie prawnej.

Zupełnie inaczej sytuacja wygląda w przypadku spółek kapitałowych. Ponieważ Kodeks spółek handlowych wprost nie zakazuje wspólnikom prowadzenia działalności konkurencyjnej wobec spółki kapitałowej, do oceny takiego zakazu pełne zastosowanie znajdują przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a w szczególności jej art. 6. Z przepisu tego wynika, że co do zasady zakazane jest porozumienie między przedsiębiorcami (przepis ten nie dotyczy zatem wspólnika, który nie jest przedsiębiorcą), które ma na celu lub skutkuje sytuacją, w której przedsiębiorcy ci nie będą ze sobą konkurować. Zatem ustanowienie zakazu konkurencji między spółką kapitałową a jej wspólnikiem

(będącym przedsiębiorcą) jest zakazane przez prawo konkurencji, z zastrzeżeniem jednak pewnych wyjątków, z których najważniejsze są następujące.

Po pierwsze zakaz konkurencji między będącym przedsiębiorcą wspólnikiem spółki kapitałowej a samą spółką dopuszczalny jest w sytuacji, kiedy wspólnik ten sprzedaje swój udział/akcje nowemu nabywcy (w zakresie określonym w dokumencie Komisji Europejskiej *Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations*, 2005/C 56/03).

Po drugie jeśli spółka i konkurencyjne wobec niej przedsiębiorstwo wspólnika pozostają ze sobą w tzw. relacji wertykalnej (czyli np. jako dostawca i dystrybutor), zakaz konkurowania dopuszczalny jest w zakresie określonym w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Po trzecie zakaz konkurencji może być dopuszczalny, jeśli spełnia cztery przesłanki określone w art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co w uproszczeniu oznacza, że musi on przynosić dla szeroko pojętego rynku i konkurencji na nim więcej pożytków niż strat.

Podsumowanie

Wspólnicy spółek osobowych, którzy prowadzą sprawy spółki lub są uprawnieni do jej reprezentowania, mają obowiązek powstrzymać się od działalności konkurencyjnej.

W spółkach kapitałowych natomiast takiego obowiązku nie ma, o ile nie został przewidziany wprost w umowie spółki, w statucie lub w osobnej umowie wspólników (co jest niekiedy praktykowane). Nie należy zatem zakazu konkurencji wywodzić z obowiązku lojalności wspólnika wobec spółki, tym bardziej jeżeli w umowie pomiędzy wspólnikami, tak jak w opisanym na wstępie stanie faktycznym, zakaz ten został uregulowany wprost tylko wobec jednego ze wspólników.

Natomiast osobnym zagadnieniem jest sytuacja, w której działanie wspólnika można zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż wówczas z oczywistych powodów wspólnik może z tego tytułu ponosić odpowiedzialność prawną. Należy również pamiętać, że wprowadzenie zakazu konkurencji pomiędzy wspólnikiem będącym przedsiębiorcą a spółką kapitałową jest zakazane przez art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, choć od zakazu tego przewidziane są wyjątki. ●



AGNIESZKA GODUSŁAWSKA

adwokat, praktyka prawa pracy



AGNIESZKA LISIECKA

adwokat, współnik odpowiedzialny
za praktykę prawa pracy

Jak się przygotować na wdrożenie przepisów o sygnalistach?

Termin minął, a przepisów wciąż nie ma. Warto wykorzystać to opóźnienie, żeby dobrze przemyśleć wszystkie aspekty procedury zgłoszeń wewnętrznych.

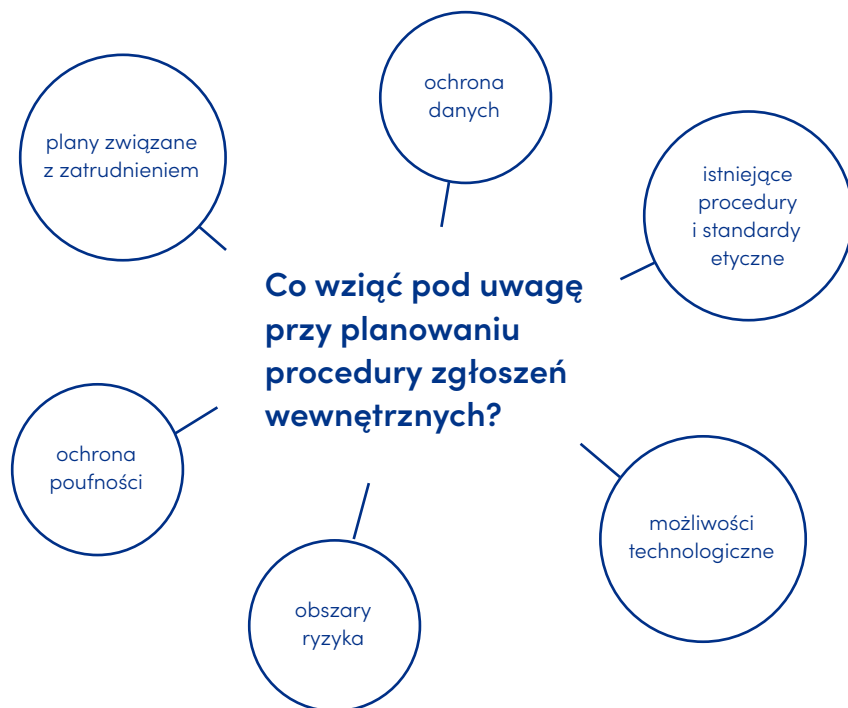
Termin na implementację dyrektywy w sprawie ochrony sygnalistów (czyli dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1937 z dnia 23 października 2019 r. w sprawie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa Unii) minął ponad rok temu, a nadal nie zostały uchwalone przepisy wdrażające tę dyrektywę do polskiego porządku prawnego. W ciągu roku pojawiały się wprowadzić kolejne projekty ustaw, ale trudno oprzeć się wrażeniu, że tempo prac po stronie rządowej wyhamowało.

Choć jednak ostateczne brzmienie polskich przepisów nie jest jeszcze znane, warto zawczasu przemyśleć kluczowe kwestie z punktu widzenia ich przyszłego wdrożenia. Jest to szczególnie istotne w przypadku przedsiębiorców zatrudniających co najmniej 250 osób, którzy będą zobowiązani do wdrożenia procedur zgłoszeń wewnętrznych w pierwszej kolejności.

Podmioty prywatne zatrudniające od 50 do 249 osób wykonujących pracę będą miały więcej czasu na wdrożenie procedur zgłoszeń wewnętrznych. Jednak również w ich przypadku termin ten jest nieuchronny (w świetle dyrektywy termin wdrożenia procedur zgłoszeń wewnętrznych przez tę grupę przedsiębiorców upływa 17 grudnia 2023 r.).

W artykule przedstawiamy wybrane główne obszary dotyczące funkcjonowania wewnętrznych procedur dokonywania zgłoszeń, które wymagają decyzji i które przedsiębiorcy mogą poddać pod rozprawę już dziś.





Co będzie zgłaszane?

Wszystko wskazuje na to, że podmioty wdrażające procedurę zgłoszeń wewnętrznych będą mogły rozszerzyć katalog naruszeń o naruszenia dotyczące obowiązujących w danym podmiocie regulacji wewnętrznych lub standardów etycznych. Taką możliwość przewidywały wszystkie dotychczasowe projekty ustaw implementujących dyrektywę do polskiego porządku prawnego.

Decyzja o włączeniu do systemu zgłoszeń wewnętrznych procedur oraz kodeksów etycznych powinna być jednak przemyślana. Zgłoszenia dokonane na tym gruncie będą bowiem wymagały weryfikacji oraz przeprowadzenia postępowań wewnętrznych na takich samych zasadach jak w pozostałych obszarach.

Warto więc już teraz przeanalizować procedury wewnętrzne oraz kodeksy etyczne przedsiębiorstw pod kątem uregulowanej w nich materii, jak również poziomu szczegółowości tych regulacji. Często bowiem kodeksy etyczne określają normy zachowania

na wielu bardzo zróżnicowanych płaszczyznach. Przy czym normy te są często dość ogólne i niedookreślone, przez co bywają trudne do egzekwowania w praktyce.

Jednocześnie kodeksy etyczne często zawierają regulacje dotyczące zakazu dyskryminacji czy mobbingu. Gdyby więc zostały włączone do procedury zgłoszeń wewnętrznych, kanały zgłoszeń mogłyby przerodzić się w narzędzie do rozpatrywania indywidualnych skarg pracowników i współpracowników. To z kolei wymagałoby od przedsiębiorców zaangażowania większych zasobów kadrowych i organizacyjnych do rozpatrywania zgłoszeń. Jednocześnie wielu pracodawców wdrożyło już odrębne procedury antymobbingowe. Przed podjęciem decyzji co do zakresu obszarów objętych procedurą zgłoszeń wewnętrznych pracodawcy muszą więc również zweryfikować wewnętrzne procedury antymobbingowe oraz odpowiednio je dostosować (co niekiedy może nawet oznaczać konieczność ich uchylenia), tak aby uniknąć kolizji norm wewnętrznych w tym zakresie.

Kto będzie przyjmował zgłoszenia?

Podstawowym wyzwaniem dla przedsiębiorców jest zapewnienie sprawnie funkcjonujących kanałów dokonywania zgłoszeń, dających gwarancję poszanowania niezależności i poufności. Od tego, jak będą funkcjonowały te kanały, będzie zależało, czy osoby posiadające wiedzę na temat naruszeń (potencjalni sygnaliści) zdecydują się na ich ujawnienie.

Do przyjmowania zgłoszeń przedsiębiorcy mogą wyznaczyć wewnętrzną jednostkę lub osobę w ramach struktury organizacyjnej podmiotu prawnego. Dyrektywa pozwala też delegować obowiązek przyjmowania zgłoszeń na podmioty zewnętrzne w ramach tzw. outsourcingu. Takimi podmiotami trzecimi wyznaczonymi do przyjmowania zgłoszeń mogą być dostawcy platform i rozwiązań technologicznych umożliwiających dokonywanie zgłoszeń, zewnętrzni doradcy, audytorzy, a nawet przedstawiciele pracowników.

Decyzję o stosowaniu własnych lub zewnętrznych kanałów przyjmowania zgłoszeń powinna poprzedzać analiza możliwości i własnych zasobów (w szczególności kadrowych) przedsiębiorstwa, a także rozwiązań i narzędzi technologicznych dostępnych na rynku oraz związanych z tym kosztów, a także dodatkowych obowiązków i ryzyk związanych z delegowaniem tych zadań na zewnątrz organizacji.

Podmioty zewnętrzne, którym powierzono obsługę kanału dokonywania zgłoszeń, muszą bowiem mieć stosowne zabezpieczenia i spełniać wymogi, w szczególności w zakresie bezpieczeństwa oraz ochrony poufności tożsamości osoby dokonującej zgłoszenia i osoby wskazanej w zgłoszeniu, a także ochrony innych danych objętych zgłoszeniem przed dostępem osób nieupoważnionych.

Delegowanie przyjmowania zgłoszeń na zewnątrz organizacji będzie wymagało zawarcia stosownej umowy z zewnętrznym dostawcą usług, a także dopełnienia szeregu obowiązków na gruncie przepisów o ochronie danych osobowych. Przedsiębiorcy muszą przy tym pamiętać, że ciąży na nich odpowiedzialność za ewentualne naruszenia przez podmiot zewnętrzny przyjmujący zgłoszenia. W szczególności warto zabezpieczyć kwestie związane z naruszeniem poufności poprzez wprowadzenie do umowy z zewnętrznym dostawcą odpowiednich kar umownych.

Jakie rozwiązania technologiczne?

Zgodnie z dyrektywą kanały przyjmowania zgłoszeń muszą umożliwiać dokonywanie zgłoszeń na piśmie lub ustnie. Przedsiębiorca sam jednak decyduje, jakiego rodzaju kanał zgłoszenia ustanowi.

Zgłoszenia pisemne mogą być dokonywane w formie tradycyjnej lub elektronicznej (np. e-mailowej). Warto również rozważyć możliwość korzystania z innych narzędzi i rozwiązań technologicznych, np. specjalnie stworzonych w tym celu systemów czy też wszelkiego rodzaju komunikatorów dostępnych na rynku.

Z kolei zgłoszenie ustne może być dokonane telefonicznie lub za pośrednictwem innych systemów komunikacji głosowej. Warto jednak rozważyć, czy infolinia dla sygnalistów ma być czynna całą dobę, czy też o określonej porze. O ile bowiem zgłoszenie na piśmie, w szczególności w formie elektronicznej,

można przekazać bez większych trudności w każdym czasie, o tyle przedsiębiorstwom trudniej będzie zapewnić stałą dostępność osoby odbierającej telefony od sygnalistów. Prostszy rozwiązaniem wydaje się wykorzystanie innych systemów komunikacji głosowej (choćby poczty głosowej), które ze swojej istoty nie wymagają zaangażowania osób przyjmujących zlecenie w chwili jego dokonywania.

Na wniosek osoby dokonującej zgłoszenia należy również umożliwić przyjęcie zgłoszenia za pomocą bezpośredniego spotkania zorganizowanego w rozsądnym terminie. Taka forma wydaje się atrakcyjna, gdyż pozwala zgłaszającemu dostarczyć dowodów na poparcie swoich twierdzeń, a przedsiębiorcom – w razie konieczności – doprecyzować pewne kwestie w drodze dialogu pomiędzy sygnalistą a przyjmującym zgłoszenie. Dla przedsiębiorców oznacza to jednak konieczność odpowiedniego przeszkolenia osób przyjmujących zgłoszenie w takiej formie.

Kto będzie podejmował działania następne?

Dokonanie zgłoszenia to pierwszy krok, który inicjuje całą procedurę zgłoszeń wewnętrznych. Kolejnym etapem (po potwierdzeniu zgłaszającemu, że zgłoszenie zostało przyjęte) są działania następne. Mają one na celu ocenę prawdziwości zarzutów przedstawionych w zgłoszeniu, a jeśli do naruszenia jeszcze nie doszło – zarządzenie i przeciwdziałanie naruszeniu będącemu przedmiotem zgłoszenia.

Kolejnym wyzwaniem, któremu muszą sprostać podmioty prywatne, jest więc wyznaczenie osoby lub wydziału właściwego do podejmowania działań następnych w związku ze zgłoszeniem. Wybór najwłaściwszej osoby lub osób będzie determinowany strukturą danego podmiotu, sektorem działalności oraz skalą i rodzajami możliwych naruszeń. Warto więc na początku drogi określić czynniki oraz obszary ryzyka odpowiadające profilowi działalności przedsiębiorcy. Przykładowo w przypadku podmiotów z sektora bankowego obszarami potencjalnego ryzyka są ocena zdolności kredytowej oraz podejmowanie decyzji o przyznaniu kredytu, na których etapie mogą pojawić się naciski zarówno wewnętrzne, jak i zewnętrzne.

W każdym przypadku osoba wyznaczona do podejmowania działań następnych powinna dawać gwarancję bezstronności i niezależności oraz zapewniać brak konfliktu interesów.

Warto przy tym wskazać, że osobami uprawnionymi do podejmowania działań następnych mogą być osoby wyznaczone do przyjmowania zgłoszeń.

Kanały dokonywania i weryfikowania zgłoszeń – własne czy wspólne?

Podmioty w sektorze prywatnym zatrudniające od 50 do 249 osób świadczących pracę mogą również zdecydować, czy chcą korzystać z kanałów dokonywania zgłoszeń i ich weryfikacji na wyłączność, czy też chcą dzielić się zasobami w tym zakresie z innymi przedsiębiorcami. Tej grupie podmiotów dyrektywa umożliwia bowiem utworzenie wspólnych kanałów przyjmowania zgłoszeń i prowadzenia postępowań wyjaśniających. Wymaga to jednak zawarcia odrębnej umowy między zainteresowanymi podmiotami.



Na wniosek osoby dokonującej zgłoszenia należy również umożliwić przyjęcie zgłoszenia za pomocą bezpośredniego spotkania zorganizowanego w rozsądnym terminie.



Możliwości korzystania ze wspólnych zasobów zostały bowiem pozbawione podmioty zatrudniające co najmniej 250 osób wykonujących pracę zarobkową.

Utworzenie wspólnych kanałów zgłaszania i weryfikacji nieprawidłowości może mieć szczególne znaczenie w przypadku grup przedsiębiorstw, gdzie wspólne dla całej grupy linie zgłaszania nieprawidłowości (tzw. *hotline'y*), a nawet całe działy *compliance* zajmujące się weryfikacją zgłoszeń nie są niczym nowym i są od dawna zakorzenione w kulturze korporacyjnej. Takie rozwiązania są często podyktowane koniecznością zapewnienia jednakowych standardów w ramach całej grupy.

Co istotne, dyrektywa nie wyklucza możliwości tworzenia i korzystania z transgranicznych kanałów dokonywania i weryfikacji zgłoszeń. Stosowanie międzynarodowych kanałów zgłoszeń może jednak powodować istotne trudności praktyczne. Mogą one wynikać przede wszystkim z odmiennych uregulowań procedury zgłoszeń wewnętrznych na poziomie krajowym. Odrębną kwestią jest również obowiązek zapewnienia zgodności funkcjonowania

wspólnych kanałów *hotline'owych* i przeprowadzania postępowania wyjaśniającego przez jedną (wspólną) jednostkę z przepisami o ochronie danych osobowych. Projektowane w tym zakresie przepisy ustawy o ochronie sygnalistów budzą bowiem duże wątpliwości (omówienie tej kwestii przekracza jednak ramy niniejszego opracowania).

Rozważając możliwość korzystania ze wspólnych kanałów dokonywania i weryfikacji zgłoszeń, przedsiębiorcy muszą wziąć pod uwagę liczbę pracowników i osób z nimi współpracujących, a także planowane zmiany w tym zakresie. Możliwości korzystania ze wspólnych zasobów zostały bowiem pozbawione podmioty zatrudniające co najmniej 250 osób wykonujących pracę zarobkową. Dlatego też korzystanie ze wspólnych zasobów przez prężnie rozwijające się przedsiębiorstwa może okazać się możliwe jedynie na krótką metę i tym samym niecelowe.

Podsumowanie

Wcześniejsze przemyslenie modelu funkcjonowania procedury zgłoszeń wewnętrznych w przedsiębiorstwie pozwoli sprawnie wdrożyć procedurę i dopełnić innych związanych z tym formalności (w tym na gruncie ochrony danych osobowych), gdy polski ustawodawca uchwali przepisy o ochronie sygnalistów. Przemysłane i dobrze działające procedury to zachęta do dokonywania zgłoszeń przez osoby posiadające wiedzę na temat potencjalnych naruszeń.

Sprawne uchwalenie procedury zgłoszeń wewnętrznych to również więcej czasu na szkolenia osób odpowiedzialnych za przyjmowanie zgłoszeń oraz przeprowadzenie działań następnych. A to z kolei stanowi gwarancję przestrzegania przepisów oraz weryfikowania zgłoszeń z poszanowaniem zasad niezależności, poufności i ochrony danych sygnalistów oraz osób, których zgłoszenie dotyczy, a więc ogranicza ryzyko narażenia przedsiębiorców na roszczenia ze strony tych osób. ●



JOANNA KRAKOWIAK

radca prawny, doradca, praktyka
transakcji i prawa korporacyjnego oraz
praktyka *life sciences* i ochrony zdrowia



JOLANTA PRYSTUPA

praktyka transakcji i prawa korporacyjnego
oraz praktyka *life sciences* i ochrony zdrowia

Zaostrzenie zasad reklamy produktów regulowanych z sektora ochrony zdrowia

Producenci leków, wyrobów medycznych, a także suplementów diety prowadzą intensywne działania marketingowe, lecz stykają się z coraz dalej idącymi ograniczeniami w zakresie reklamy swoich produktów. Komunikacja z lekarzami, pacjentami i konsumentami produktów prozdrowotnych jest obwarowana licznymi i dynamicznie zmieniającymi się ograniczeniami prawnymi. Gdzie leży granica pomiędzy zakazami i ograniczeniami reklamowymi a prawem do informacji o produktach wpływających na nasze zdrowie? I kto będzie mógł występować w reklamach?

Ile produktów, tyle regulacji

Reklama produktów zdrowotnych takich jak produkty lecznicze (leki), wyroby medyczne oraz suplementy diety podlega trzem odrębnym reżimom prawnym zarówno na szczeblu unijnym, jak i polskim.

Najsurowsze ograniczenia dotyczą reklamy leków. Zostały one przewidziane w ustawie z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne. Na przykład zgodnie z art. 57 ust. 1 tej ustawy zabronione jest kierowanie do publicznej wiadomości reklamy dotyczącej produktów leczniczych wydawanych wyłącznie na podstawie recepty.

Jeśli chodzi o reklamę wyrobów medycznych, 1 stycznia 2023 r. w życie wszedł poświęcony jej rozdział 12 ustawy z dnia 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych.

Natomiast zasady reklamowania i promowania suplementów diety nie zostały dotychczas uregulowane, ale dynamika rozwoju tego rynku oraz znaczący udział mediów w działaniach marketingowych dały Ministerstwu Zdrowia impuls do przedłożenia projektu zmiany ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Projekt ten przewiduje w szczególności miejsca, gdzie prowadzenie reklamy suplementów jest zakazane, oraz adresatów, do których reklama takich produktów nie może być kierowana.

Przyjmuje się, że pierwszorzędym celem, dla którego wprowadza się, niekiedy daleko idące, obostrzenia w prowadzeniu reklamy produktów zdrowotnych, jest ochrona życia i zdrowia konsumenta – nawet kosztem jego praw do informacji o występowaniu i właściwościach danego artykułu. >>

Polskie regulacje, w szczególności w zakresie wyrobów medycznych, są nadal bardziej liberalne niż przepisy w innych krajach UE, na co pozwalają przepisy unijne, ponieważ harmonizują one przede wszystkim podstawowe zasady prowadzenia reklamy poszczególnych rodzajów produktów prozdrowotnych.

Do przepisów prawa dochodzą liczne samoregulacje branżowe zawarte w kodeksach etycznych m.in. Infarmy, Krajowych Producentów Leków (PZPPF), Polmed czy też Krajowej Rady Suplementów i Odżywek (KRSIO). Co prawda przestrzeganie zasad zawartych w tych kodeksach jest obowiązkowe jedynie dla firm członkowskich, lecz w praktyce ich znaczenie jest o wiele większe, ponieważ kształtują praktykę rynkową i uzupełniają zasady zawarte w przepisach prawa.

Nie każdy przedsiębiorca może prowadzić reklamę

Reklamę produktów leczniczych może prowadzić wyłącznie podmiot odpowiedzialny, tj. przedsiębiorca, który posiada pozwolenie na dopuszczenie do obrotu danego produktu leczniczego. Art. 6o Prawa farmaceutycznego dopuszcza również prowadzenie takiej reklamy na zlecenie podmiotu odpowiedzialnego przez inne podmioty, którymi w praktyce na podstawie umowy cywilnoprawnej mogą być np. inne spółki z grupy lub agencje reklamowe.

Z kolei od 1 stycznia 2023 r. za reklamę wyrobu medycznego odpowiada podmiot gospodarczy będący producentem, upoważnionym przedstawicielem, importerem, dystrybutorem lub osobą sporządzającą oświadczenia o bezpieczeństwie wyrobu lub sterylizującą systemy lub zestawy zabiegowe (art. 2 pkt 35 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych). Reklamę



Polskie regulacje, w szczególności w zakresie wyrobów medycznych, są nadal bardziej liberalne niż przepisy w innych krajach UE.

wyrobu może prowadzić zarówno podmiot gospodarczy samodzielnie, jak i podmiot zatwierdzony pisemnie przez ten podmiot gospodarczy.

Zdecydowanie więcej swobody przewidziano w ustawie o bezpieczeństwie żywności i żywienia, bowiem aktualnie brzmiące przepisy tej ustawy nie regulują kwestii podmiotu, który może prowadzić reklamę suplementów diety. Również projekt nowelizacji ustawy z 23 grudnia 2022 r. nie narzuca rygorów w tym zakresie.

Reklama prowadzona publicznie czy tylko wobec profesjonalistów

Polskie prawo zawęża również krąg podmiotów, do których można kierować reklamę produktów z obszaru ochrony zdrowia. Krąg ten jest różny dla różnych rodzajów produktu. Prawo farmaceutyczne stanowi, że do publicznej wiadomości nie wolno kierować reklamy leków:

- wydawanych wyłącznie na podstawie recepty,
- zawierających środki odurzające i substancje psychotropowe,
- umieszczonych na wykazach leków refundowanych oraz dopuszczonych do wydawania bez recept o nazwie identycznej z umieszczonym na tych wykazach.

Te produkty lecznicze mogą być reklamowane osobom uprawnionym do wystawiania recept lub osobom prowadzącym obrót produktami leczniczymi, czyli profesjonalistom.

Z początkiem 2023 r. weszły w życie przepisy, które zbliżyły reżim reklamy wyrobów medycznych do reżimu lekowego. Ustawa o wyrobach medycznych także przewiduje zakaz kierowania do publicznej wiadomości reklamy wyrobów przeznaczonych do używania przez użytkowników innych niż laicy, którymi będą osoby fizyczne mające wykształcenie w odpowiedniej dziedzinie ochrony zdrowia lub medycyny (definicja „laika” pochodzi z art. 2 pkt 38 rozporządzenia 2017/745).

Wykorzystanie wizerunku dziecka

Oba reżimy, lekowy oraz wyrobów medycznych, łączy zakaz kierowania reklamy do dzieci niezależnie od rodzaju produktu leczniczego lub wyrobu medycznego. Ani prawo polskie właściwe w obrocie leków oraz wyrobów medycznych, ani odpowiednie w tych sektorach rozporządzenia unijne nie precyzują wieku dzieci. Praktyczną wskazówką może być Kodeks Etyki Reklamy będący dokumentem przyjętym przez Radę Reklamy i Komisji Etyki Reklamy, zgodnie z którym przez „dzieci” należy rozumieć osoby, które nie ukończyły lat dwunastu.

Obecnie więcej swobody wyznaczają normy prawa żywnościowego, bowiem ustawa o bezpieczeństwie żywności i żywienia nie przewiduje żadnych ograniczeń w zakresie kręgu adresatów, do których może być skierowana reklama suplementów diety. Należy jednak zaznaczyć, że aktualny stan prawny wkrótce może ulec zmianie, bowiem projekt zmiany tej ustawy wprost stanowi o zakazie kierowania reklamy suplementów diety do

REKLAMA PRODUKTÓW ZDROWOTNYCH

	LEKI	WYROBY MEDYCZNE	SUPLEMENTY DIETY
Akt prawny	Prawo farmaceutyczne	ustawa o wyrobach medycznych (rozdział 12)	projekt nowelizacji ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia (obecnie brak regulacji dotyczących reklamy)
Kto może prowadzić reklamę	tylko podmiot odpowiedzialny lub inny podmiot na jego zlecenie	• producent, • upoważniony przedstawiciel, • importer, • dystrybutor, • osoba sporządzająca oświadczenia o bezpieczeństwie wyrobu lub sterylizująca systemy lub zestawy zabiegowe oraz podmiot pisemnie zatwierdzony przez te podmioty	bez ograniczeń
Reklama do dzieci	zakaz kierowania reklamy do dzieci	zakaz kierowania reklamy do dzieci	projektowany zakaz kierowania reklamy do małoletnich do lat 12 oraz zakaz wykorzystywania wizerunku lub głosu dzieci
Zakaz udziału w reklamie	• osób znanych publicznie, • naukowców, • osób z wykształceniem medycznym lub farmaceutycznym	osób wykonujących zawody medyczne	projektowany zakaz udziału w reklamie osób wykonujących zawody medyczne
Ostrzeżenia	obowiązkowe	projektowane	projektowane

małoletnich do lat 12, w tym wykorzystywania wizerunku lub głosu dzieci.

W jaki sposób uznać reklamę za kierowaną do dzieci? O tym decydują elementy reklamy, które powszechnie są przez dzieci używane np. do zabawy lub nauki. Zgodnie z orzecznictwem Generalnego Inspektora Farmaceutycznego za niedozwolone elementy w reklamie produktów leczniczych uznano m.in. kolorowanki, naklejki, miarki wzrostu czy też różnego rodzaju zabawki.

REKLAMA KIEROWANA DO DZIECI

Zawiera elementy, które powszechnie są używane przez dzieci np. do zabawy lub nauki, m.in:

- kolorowanki
- naklejki
- miarki wzrostu
- różnego rodzaju zabawki.

Czy w reklamach nie zobaczymy już lekarza?

Do końca 2022 r. udział znanych publicznie osób, naukowców, osób posiadających wykształcenie medyczne lub farmaceutyczne lub sugerujących posiadanie takiego wykształcenia w reklamach był zakazany jedynie w przepisach dotyczących reklamy produktów leczniczych.

Od początku 2023 r. zakaz ten obowiązuje w podobnym brzmieniu również na gruncie regulacji wyrobów medycznych. Art. 55 ustawy o wyrobach medycznych uznaje reklamę wyrobu kierowaną do publicznej wiadomości za niedozwoloną, jeśli wykorzystano w niej wizerunek osób wykonujących zawody medyczne lub podających się za takie osoby lub jeśli sugeruje ona wykonywanie takiego zawodu.

Obecnie na tle przepisów prawa żywnościowego powyższego zakazu nie ma, jednakże i to wkrótce może się zmienić. Projekt nowelizacji ustawy reguluje szeroko pojęty zakaz wykorzystania w reklamie suplementów diety elementów, które mogą budzić skojarzenia z wykonywaniem zawodu związanego z ochroną zdrowia, np. lekarza, farmaceuty czy też pielęgniarki, w tym zakaz wykorzystania wizerunku lub rekomendacji rzeczywistego lub fikcyjnego przedstawiciela zawodów medycznych.

Wprowadzone oraz planowane przepisy niedopuszczające wykorzystania wizerunku lekarza mają przeciwdziałać negatywnemu wpływowi działań marketingowych na kształtowanie wyborów konsumentów i zapobiec błędnemu uznaniu suplementów diety za środek o właściwościach leczniczych. Tym samym wzrastająca skłonność polskiego ustawodawcy do zaostrzenia rygoru przepisów reklamowych w sektorze ochrony zdrowia może niebawem skutkować tym, że w reklamach już nie będą pojawiać się przedstawiciele zawodów medycznych.



Obowiązek umieszczania ostrzeżeń

Aktualnie reklamodawcy muszą stosować ostrzeżenia związane ze stosowaniem danego produktu tylko w przypadku reklamy leków, co jest regulowane rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 21 listopada 2008 r. w sprawie reklamy produktów leczniczych.

Warto podkreślić, że od 26 stycznia 2023 r. w reklamie leków należy stosować ostrzeżenia o zupełnie nowej treści. Można wybrać jeden z trzech wariantów wskazanych w rozporządzeniu. Jednak w przypadku emisji nowej reklamy tego samego leku nie będzie można skorzystać z poprzednio wykorzystanego ostrzeżenia. Jak wynika z uzasadnienia projektu nowelizacji, celem zmian jest „zwrócenie uwagi odbiorcy na nowy element reklamy oraz zawarty w nim przekaz”. Co więcej, ustawodawca odstąpił od dotychczasowego obowiązku wskazywania przeciwwskazań w reklamie leków, gdyż odbiorcy często nie rozumieją

szybko przekazywanych treści. Są szanse, że dzięki temu pacjenci będą częściej sięgać po ulotkę zawierającą wszelkie informacje o stosowaniu leku i możliwych przeciwwskazaniach.

Do obowiązku stosowania ostrzeżeń nie muszą stosować się ci, którzy prowadzą reklamę lub promocję wyrobów medycznych, jak i suplementów diety – przynajmniej na razie. Kwestia obowiązku wykorzystania w reklamach ostrzeżeń jest przedmiotem debat nad projektem nowelizacji ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia (w stosunku do suplementów diety) oraz projektem z dnia 23 grudnia 2022 r. rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie reklamy wyrobów medycznych.

Obowiązujące oraz projektowane treści ostrzeżeń wykorzystywanych w reklamie określonych produktów regulowanych z sektora ochrony zdrowia przedstawia tabela.

Co dalej z influencerami?

Nowa ustawa o wyrobach medycznych po raz pierwszy w polskim powszechnie obowiązującym prawie obejmuje prowadzenie reklamy przez influencerów. Jednak jej przepisy nie przewidują szczególnych ograniczeń wobec osób medialnych. Podobnie projekt rozporządzenia w sprawie wyrobów medycznych nie nakłada na influencerów dodatkowych obowiązków z wyjątkiem wskazania, że dany przekaz ma charakter reklamowy. Influencer ma jednak być zobowiązany do przekazywania ostrzeżeń dotyczących reklamowanego wyrobu medycznego.

Szczególnych zasad reklamowania przez influencerów innych rodzajów produktów prozdrowotnych jeszcze nie ma w powszechnie obowiązujących przepisach prawa w Polsce (z wyjątkiem reżimu lekowego, w którym reklama produktów leczniczych przez osoby znane publicznie jest zakazana). Mają jednak zastosowanie zasady ogólne oraz zasady tzw. *soft law*. We wrześniu 2022 r. bowiem Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów opublikował obszerne rekomendacje w sprawie oznaczania reklam w mediach społecznościowych, które w praktyce mają ogromne znaczenie dla formy i sposobu działania influencerów, nie wyłączając np. reklam wyrobów medycznych oraz suplementów diety. ●

TREŚĆ OSTRZEŻENIA

PRODUKTY LECZNICZE

w formie audiowizualnej, wizualnej lub dźwiękowej:

To jest lek. Dla bezpieczeństwa stosuj go zgodnie z ulotką dołączoną do opakowania. Nie przekraczaj maksymalnej dawki leku. W przypadku wątpliwości skonsultuj się z lekarzem lub farmaceutą.

albo

To jest lek. Dla bezpieczeństwa stosuj go zgodnie z ulotką dołączoną do opakowania i tylko wtedy, gdy jest to konieczne. W przypadku wątpliwości skonsultuj się z lekarzem lub farmaceutą.

albo

To jest lek. Dla bezpieczeństwa stosuj go zgodnie z ulotką dołączoną do opakowania. Zwróć uwagę na przeciwwskazania. W przypadku wątpliwości skonsultuj się z lekarzem lub farmaceutą.

WYROBY MEDYCZNE

projekt rozporządzenia
(obecnie brak regulacji)

wyroby niemające zastosowania medycznego oraz wyposażenie wyrobu:

Dla bezpieczeństwa używaj zgodnie z instrukcją używania lub etykietą.

pozostałe wyroby, w tym do diagnostyki in vitro:

To jest wyrób medyczny. Używaj go zgodnie z instrukcją używania lub etykietą.

SUPLEMENTY DIETY

projekt zmiany ustawy
(obecnie brak regulacji)

Suplement diety jest środkiem spożywczym, którego celem jest uzupełnienie normalnej diety. Suplement diety nie ma właściwości leczniczych.



DR EWA BUTKIEWICZ

radca prawny, starszy doradca,
praktyka *life sciences* i ochrony zdrowia



KAROLINA ROMANOWSKA

adwokat, praktyka prawa pracy
i praktyka gospodarki opartej na danych



ŁUKASZ RUTKOWSKI

radca prawny, praktyka prawa pracy
i praktyka gospodarki opartej na danych

Internet ciał – na drodze do uregulowania

Po internecie rzeczy (Internet of Things, IoT) przyszedł czas na internet ciał (Internet of Bodies, IoB), a przed nami jeszcze – zdaniem niektórych – internet wszystkiego (Internet of Everything). Na razie jednak trzeba rozwiązać parę podstawowych problemów prawnych, które wiążą się nawet z popularnymi opaskami sportowymi.

Internet ciał zyskał duże zainteresowanie, a także znaczną społeczną akceptację z uwagi na łatwość bieżącego monitorowania funkcji organizmu, w tym czynników warunkujących zdrowie. Nowe urządzenia obiecują diagnozowanie i leczenie chorób czy usprawnianie działania organizmu ludzkiego.

Modzie na takie urządzenia towarzyszy jednak świadomość, że włączanie ludzkiego organizmu do sieci w celu pobierania, przetwarzania i wymiany danych może przynieść negatywne konsekwencje w postaci np. naruszania praw i dóbr osobistych użytkowników, naruszania prywatności, niedostatecznej ochrony danych (zwłaszcza danych wrażliwych), naruszania funkcji organizmu, a nawet, w skrajnych sytuacjach, śmierci użytkownika (np. wskutek zakłócenia działania rozrusznika serca).

Dlatego powinna powstać spójna i kompleksowa regulacja prawna produktów i usług cyfrowych oraz rynków takich produktów, gwarantująca bezpieczeństwo działania urządzeń cyfrowych oraz poszanowanie i ochronę praw ich użytkowników. Wiele aktów prawa europejskiego dotyczących tych zagadnień już zostało uchwalonych. Trwają też prace nad projektami nowych regulacji. Ocena kompleksowości regulacji i skuteczności jej działania to jednak kwestia lat.

>>

Internet ciała – czyli co?

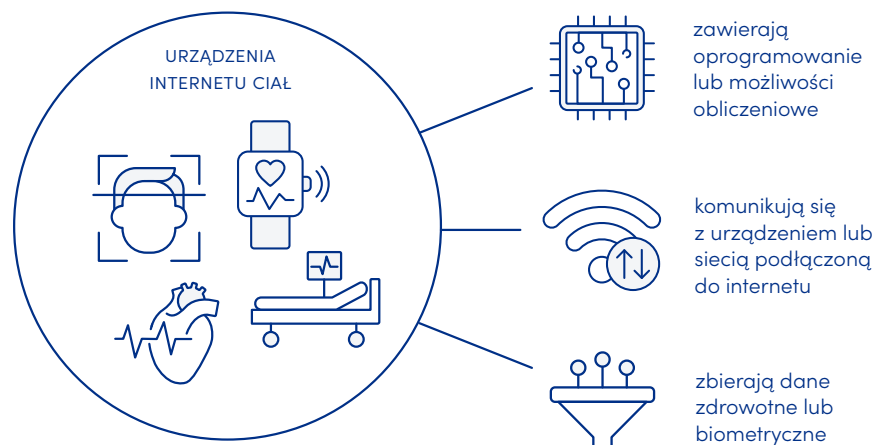
Internet ciała nie ma definicji legalnej. Spośród definicji opisowych jasna i pełna jest definicja z raportu RAND Corporation („The Internet of Bodies. Opportunities, Risks, and Governance”), wg której urządzenie IoB to urządzenie, które:

- zawiera oprogramowanie lub możliwości obliczeniowe,
- może komunikować się z urządzeniem lub siecią podłączoną do internetu,
- zbiera dane zdrowotne lub biometryczne wygenerowane przez osobę i/lub może zmieniać funkcjonowanie ludzkiego ciała.

Urządzenia IoB mogą być noszone na ciele (tzw. *wearables*). Do tej grupy należą np. bardzo popularne elektroniczne opaski i inteligentne zegarki, które mierzą podstawowe funkcje organizmu (puls, ciśnienie itp.) czy aktywność fizyczną i sportową, a także kaski i okulary, które monitorują np. aktywność zawodową, ale też mogą przekazywać dane o aktualnym stanie zdolności psychofizycznych. Urządzeniami IoB mogą być materace, które monitorują sen, a w łóżkach szpitalnych pobierają pewne dane o stanie zdrowia pacjenta dzięki technologii *body proximity*. Mogą to być również urządzenia reagujące na ludzki głos czy autoryzację biometryczną (np. skan twarzy).

Drugą grupę urządzeń IoB stanowią urządzenia inwazyjne, czyli takie, które znajdują się w ludzkim organizmie. Urządzenia inwazyjne pasywne to np. pomosty naczyniowe (bypassy), stenty czy implanty ślimakowe. Urządzenia inwazyjne aktywne – czyli takie, które komunikują się z zewnętrznym urządzeniem online – to np. inteligentne tabletki czy stymulatory serca, albo sensory służące do stymulacji mózgu w chorobach neurologicznych.

Tak samo lub podobnie wyglądające urządzenia mogą mieć różne funkcje



w zależności od tego, jakie mają oprogramowanie, w jakiej sieci działają, do kogo wysyłają dane oraz jak te dane są przetwarzane. Opaska na rękę może tylko liczyć kroki, co pozwala mierzyć aktywność fizyczną populacji. Jeśli jednak opaska mierzy funkcje życiowe organizmu, jak puls, ciśnienie czy saturację, to zebrane dane są danymi dotyczącymi zdrowia i jako dane wrażliwe podlegają szczególnej ochronie.

Dane dostarczane przez urządzenia IoB nie zawsze dadzą się jednoznacznie zaklasyfikować. Czasem niełatwo przeprowadzić granicę między danymi wrażliwymi a danymi niemającymi takiego charakteru. Dane mogą też zmieniać swój charakter. Dane przeanalizowane i przetworzone przy użyciu sztucznej inteligencji mogą zmienić się z niewrażliwych we wrażliwe. Na przykład na podstawie danych o nawykach żywieniowych można przewidzieć prawdopodobieństwo zapadania na pewne choroby.

Obszary regulacji

Ochrona danych osobowych

Korzystanie z urządzeń IoB najczęściej wiąże się ze zbieraniem i analizą informacji o użytkownikach. Dlatego z regulacyjnego punktu widzenia kluczowe znaczenie mają tu przepisy dotyczące danych osobowych. W Unii Europejskiej są to przede wszystkim przepisy RODO. Działanie IoB będzie bowiem najczęściej w praktyce obejmować przetwarzanie danych osobowych w rozumieniu RODO. Co szczególnie istotne, urządzenia IoB najczęściej przetwarzać będą „dane dotyczące zdrowia” w rozumieniu RODO, których przetwarzanie wiąże się z dodatkowymi wymogami prawnymi.

Dlatego każdy aspekt działania IoB należy również oceniać pod kątem zgodności przetwarzania danych osobowych z wymogami sformułowanymi w RODO.

DANE OSOBOWE

wszelkie informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej („osobie, której dane dotyczą”).

MOŻLIWA DO ZIDENTYFIKOWANIA OSOBA FIZYCZNA

osoba, którą można bezpośrednio lub pośrednio zidentyfikować, w szczególności na podstawie identyfikatora takiego jak imię i nazwisko, numer identyfikacyjny, dane o lokalizacji, identyfikator internetowy lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających fizyczną, fizjologiczną, genetyczną, psychiczną, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość osoby fizycznej.

źródło: art. 4 RODO

W praktyce może to się wiązać z szeregiem wyzwań prawnych i praktycznych, z których część skrótkowo przybliżymy w drugiej części artykułu.

Ochrona innych praw użytkowników, cyberbezpieczeństwo

Realizując zadania z europejskiej strategii cyfrowej, prawodawca europejski przygotował w ostatnich kilku latach projekty szeregu nowych przepisów i uaktualnienia niektórych z dotychczas obowiązujących. Celem jest reorganizacja otoczenia cyfrowego, jego bezpieczeństwa, a także sposobów bezpiecznego i legalnego pozyskiwania i wykorzystywania danych, w tym przez sztuczną inteligencję. Powstały także przepisy szczególne dla niektórych wrażliwych sektorów. Część z tych przepisów jest już uchwalona, a nad innymi projektami toczą się jeszcze debaty. Warto zauważyć, że większość przyjętych lub projektowanych aktów ma formę rozporządzenia. W ten sposób prawodawca unijny zapewnia harmonizację regulacji odnoszących się do technologii cyfrowych w całej Unii, co ma znaczenie również dla IoB.

Wśród tych przepisów można wyróżnić kilka grup z uwagi na regulowane materie. Dla internetu ciała podstawowe znaczenie mają:

- przepisy dotyczące zarządzania danymi (rozporządzenie 2022/868),
- akt w sprawie danych (projekt),
- projekt rozporządzenia o europejskiej przestrzeni danych dotyczących zdrowia,
- rozporządzenie o wyrobach medycznych (rozporządzenie 2017/745),
- przepisy dotyczące nadzoru nad funkcjonowaniem rynku wyrobów medycznych (rozporządzenie 2019/1020).

Druga grupa przygotowywanych regulacji odnosi się do sztucznej inteligencji (projektowane rozporządzenie) i do



Zapewnienie cyberbezpieczeństwa jest kluczowe dla korzystania z możliwości, jakie stwarzają nowe technologie cyfrowe.

odpowiedzialności za sztuczną inteligencję (projektowana dyrektywa). Prace nad nimi trwają. Bez uregulowania tych kwestii system bezpieczeństwa IoB nie byłby zamknięty.

Istotne regulacje dotyczące rynku usług cyfrowych oraz rynków cyfrowych wprowadzają rozporządzenie 2022/2065 i rozporządzenie 2022/1925. Mają one m.in. zapewnić bezpieczną przestrzeń cyfrową, w której chronione są podstawowe prawa użytkowników, w tym użytkowników urządzeń IoB.

Ochronę praw użytkowników urządzeń IoB mają zapewnić też, po transpozycji do prawa krajowego, przepisy dyrektywy 2019/770 o dostarczaniu treści cyfrowych, a także nowej dyrektywy o odpowiedzialności za produkty wadliwe (projekt), przy czym za produkt uznaje się również systemy sztucznej inteligencji i towary na niej oparte.

Zapewnienie cyberbezpieczeństwa jest kluczowe dla korzystania z możliwości, jakie stwarzają nowe technologie cyfrowe. Rozporządzenie 2019/881 ustala wymogi certyfikacji sieci i systemów informatycznych oraz usług i procesów z nimi związanych. Dwie dyrektywy przyjęte pod koniec 2022 r. regulują odpowiednio środki na rzecz wysokiego wspólnego poziomu cyberbezpieczeństwa (2022/2555) oraz odporności podmiotów krytycznych (2022/2557), do których zalicza się niektóre podmioty z sektora zdrowia. Toczą się też prace nad rozporządzeniem o wymogach bezpieczeństwa produktów z elementami cyfrowymi (akt o cyberodporności).

REGULACJE ODNOSZĄCE SIĘ DO TECHNOLOGII CYFROWYCH

Kluczowe dla internetu ciała:

- zarządzanie danymi (rozporządzenie 2022/868)
- akt w sprawie danych (projekt)
- europejska przestrzeń danych dotyczących zdrowia (projekt rozporządzenia)
- wyroby medyczne (rozporządzenie 2017/745)
- nadzór nad funkcjonowaniem rynku wyrobów medycznych (rozporządzenie 2019/1020)

Dodatkowe:

- sztuczna inteligencja (projekt)
- odpowiedzialność za sztuczną inteligencję (projekt)
- rynek usług cyfrowych (rozporządzenie 2022/2065)
- rynki cyfrowe (rozporządzenie 2022/1925)

Ochrona praw użytkowników urządzeń IoB:

- dostarczanie treści cyfrowych (dyrektywa 2019/770 po transpozycji do prawa krajowego)
- odpowiedzialność za produkty wadliwe (projekt dyrektywy)

Zapewnienie cyberbezpieczeństwa:

- wymogi certyfikacji sieci i systemów informatycznych oraz usług i procesów z nimi związanych (rozporządzenie 2019/881)
- środki na rzecz wysokiego wspólnego poziomu cyberbezpieczeństwa (dyrektywa 2022/2555)
- odporność podmiotów krytycznych (dyrektywa 2022/2557)

RODO – wyzwania prawne i praktyczne

Zasada zgodności przetwarzania danych z prawem

Zgodnie z RODO, aby przetwarzanie danych osobowych można było uznać za dopuszczalne, podmiot dokonujący takiego przetwarzania dla własnych celów musi legitymować się jedną z podstaw przetwarzania danych osobowych wskazanych w RODO. Dopuszczalne podstawy przetwarzania danych dotyczących zdrowia wskazane są w art. 9 ust. 2 RODO. Lektura tego przepisu pod kątem podstawy przetwarzania danych dotyczących zdrowia, która najlepiej pasowałaby do działania IoB, generuje wiele pytań i pozwala zauważyć szereg potencjalnych wyzwań z tym związanych.

W przypadku IoB w standardowych okolicznościach podstawą przetwarzania danych dotyczących zdrowia mogłyby być:

1. wyrażna zgoda osoby, której dane dotyczą, na przetwarzanie tych danych osobowych w jednym lub kilku konkretnych celach,
2. niezbędność przetwarzania do celów profilaktyki zdrowotnej lub medycyny pracy, do oceny zdolności pracownika do pracy, diagnozy medycznej, zapewnienia opieki zdrowotnej lub zabezpieczenia społecznego, leczenia lub zarządzania systemami i usługami opieki zdrowotnej lub zabezpieczenia społecznego na podstawie prawa Unii Europejskiej lub prawa państwa członkowskiego lub zgodnie z umową z pracownikiem służby zdrowia i z zastrzeżeniem warunków i zabezpieczeń, o których mowa w art. 9 ust. 3 RODO,
3. niezbędność przetwarzania ze względów związanych z interesem publicznym w dziedzinie zdrowia publicznego, takich jak ochrona przed poważnymi transgranicznymi zagrożeniami

zdrowotnymi lub zapewnienie wysokich standardów jakości i bezpieczeństwa opieki zdrowotnej oraz produktów leczniczych lub wyrobów medycznych, na podstawie prawa Unii Europejskiej lub prawa państwa członkowskiego, które przewidują odpowiednie, konkretne środki ochrony praw i wolności osób, których dane dotyczą, w szczególności tajemnicę zawodową.

Podstawy wskazane w pkt 2 i pkt 3 mogą znaleźć zastosowanie, jeśli urządzenia IoB wykorzystywane są w ramach np. diagnozy medycznej lub ze względów związanych z interesem publicznym w dziedzinie zdrowia publicznego, a przetwarzanie danych prowadzone przez IoB jest niezbędne dla osiągnięcia celów, do których odnoszą się wskazane podstawy przetwarzania.

W praktyce podstawy te znajdują zastosowanie jedynie w specyficznych przypadkach, kiedy narzędzia IoB będą wykorzystywane przez personel medyczny w ramach szeroko pojętej ochrony zdrowia prowadzonej na podstawie przepisów unijnych lub lokalnych (co oznacza, że urządzenia IoB przeznaczone do samodzielnego użytku przez konsumentów nie będą przetwarzać danych na omawianych podstawach).

Zakładając, że podstawy wskazane w pkt 2 i pkt 3 będą adekwatne dla określonych urządzeń IoB, wątpliwości budzić może dodatkowo kwestia, na ile przetwarzanie prowadzone przez IoB będzie prowadzone z zastrzeżeniem zabezpieczeń i przy zastosowaniu środków, o których mowa w przywołanych przepisach.

Wskazane podstawy zakładają, ogólnie rzecz biorąc, że przetwarzanie danych dotyczących zdrowia prowadzone będzie przez odpowiednio przeszkolony personel medyczny, który zobowiązany jest do zachowania tajemnicy zawodowej. Urządzenia IoB mogą jednak działać (i często w praktyce działają) w oparciu o zewnętrzne moce obliczeniowe (np. w chmurze), co oznacza, że dostęp do danych przez nie przetwarzanych mogłyby mieć osoby nieobjęte tajemnicą zawodową, co z kolei mogłoby wyłączyć możliwość opierania przetwarzania danych dotyczących zdrowia na wskazanych podstawach. Zatem w praktyce nawet w przypadku urządzeń IoB wykorzystywanych w ramach szeroko pojętej ochrony zdrowia należałoby przeanalizować techniczne aspekty działania IoB, aby wyeliminować ww. ryzyko.

W przypadku urządzeń IoB przeznaczonych do samodzielnego niemedycznego wykorzystywania w zasadzie jedyną podstawą przetwarzania danych dotyczących zdrowia mogłaby być zgoda osoby, której dane dotyczą. Poleganie na zgodzie rodzi jednak szereg wyzwań. RODO wskazuje bowiem, że aby zgoda na przetwarzanie danych o zdrowiu była ważna, musi być wyrażna, dobrowolna, konkretna i świadomie wyrażona. Oznacza to, w szczególności, że treść zgody powinna być sformułowana w taki sposób, by nie obejmowała kilku celów przetwarzania oraz aby podmiot danych, wyrażając zgodę, rozumiał, jakie przetwarzanie danych akceptuje. Dodatkowo ważność zgody uzależniona jest od tego, czy osoba rzeczywiście może dokonać



Aby zgoda na przetwarzanie danych o zdrowiu była ważna, musi być wyrażna, dobrowolna, konkretna i świadomie wyrażona.



Duże zbiory danych gromadzone przez IoB mogą być wykorzystywane wtórnie do celów rozwoju innych rozwiązań IoB lub podobnych produktów.

wyboru co do jej wyrażenia (tzn. m.in. czy nie czuje presji co do jej wyrażenia lub czy brak wyrażenia zgody nie spowoduje dla niej negatywnych konsekwencji). Z uwagi na specyfikę działania IoB sformułowanie odpowiedniej treści zgody może być problematyczne. Zgoda na przetwarzanie danych dotyczących zdrowia ponadto musi być „wyraźna”, a więc jej udzielenie musi, w szczególności, nastąpić w sposób niebudzący wątpliwości co do jej treści, co do osoby, która jej udziela oraz co do okoliczności i faktu jej udzielenia. Najczęstszym sposobem uzyskiwania tego rodzaju zgody jest pisemne oświadczenie osoby, której dane dotyczą. W przypadku IoB uzyskiwanie „wyraźnej zgody” użytkowników na przetwarzanie danych dotyczących zdrowia może być utrudnione.

Na dodatek urządzenia IoB często wykorzystują zbierane dane dotyczące zdrowia nie tylko dla celów działania konkretnego urządzenia, lecz także dla celów szeroko pojętego rozwoju danego urządzenia czy rozwiązania IoB, np. rozwoju oprogramowania służącego do analizy danych lub dla polepszenia funkcjonalności lub efektywności IoB. W art. 9 ust. 2 RODO trudno znaleźć podstawę do przetwarzania danych dotyczących zdrowia w tym celu, dlatego wydaje się, że aby móc wykorzystać dane do rozwoju IoB, należałoby je dla bezpieczeństwa poddać wcześniej pełnej i nieodwracalnej anonimizacji.

Duże zbiory danych gromadzone przez IoB mogą być wykorzystywane wtórnie do celów rozwoju innych rozwiązań IoB lub podobnych produktów (np. z wykorzystaniem

sztucznej inteligencji) lub nawet w celach naukowych. W wypadku przetwarzania danych w celach naukowych potencjalnie podstawą przetwarzania może być art. 9 ust. 2 lit. j RODO, zgodnie z którym przetwarzanie danych dotyczących zdrowia jest dopuszczalne, jeśli jest niezbędne do celów badań naukowych **na podstawie prawa Unii Europejskiej lub prawa państwa członkowskiego**, które to prawa:

- są proporcjonalne do wyznaczonego celu,
- nie naruszają istoty prawa do ochrony danych,
- przewidują odpowiednie, konkretne środki ochrony praw podstawowych i interesów osoby, której dane dotyczą.

Problematyczne w tym zakresie może okazać się to, na ile zagadnienia badań naukowych wykorzystujących dane pozyskane z IoB są uregulowane w przepisach prawa Unii Europejskiej lub prawa państwa członkowskiego w taki sposób, by przetwarzanie danych z IoB mogło być objęte regulacją art. 9 ust. 2 lit. j RODO. Problematyczne może również okazać się, na ile przetwarzanie nieanonimizowanych danych osobowych rzeczywiście jest niezbędne dla celów badań naukowych – wydaje się bowiem, że co do zasady wystarczające dla osiągnięcia celów badania może być przetwarzanie danych, które są zanonimizowane. Anonimizacja danych pozyskanych z IoB mogłaby też umożliwić wtórne wykorzystanie danych w innych celach komercyjnych (nieobjętych badań naukowych), np. w celu „karmienia” algorytmów sztucznej inteligencji.

Odrębną kwestią jest charakter prawny baz danych zebranych przez IoB i prawo do wykorzystywania takich baz – zagadnienie to wykracza jednak poza sferę przepisów o ochronie danych osobowych i należy do styku regulacji dotyczących baz danych i, potencjalnie, prawa własności intelektualnej.

Transparentność przetwarzania

RODO nakłada na podmioty przetwarzające dane osobowe obowiązek przejrzystego informowania osób, których dane dotyczą, o przetwarzaniu ich danych w momencie ich zbierania. RODO stanowi, że informacja ma być przedstawiona w sposób zwięzły, przejrzysty, w zrozumiałej i łatwo dostępnej formie, jasnym i prostym językiem. Jednocześnie art. 13 RODO określa zakres informacji, który ma być przedstawiony osobie, której dane dotyczą. Powyższe obowiązki znajdują zastosowanie również w przypadku urządzeń IoB.

Jeśli urządzenie IoB przetwarza dane osobowe użytkownika, to w momencie rozpoczęcia zbierania danych (np. w momencie uruchomienia urządzenia) użytkownik powinien otrzymać stosowne informacje dotyczące przetwarzania. Przy czym specyfika działania urządzeń IoB (szczególnie w przypadku bardziej skomplikowanych produktów) może powodować, że przedstawienie kompleksowej, przejrzystej i zwięzłej informacji w zakresie wymaganym przez RODO może być bardzo trudne (zwłaszcza jeśli urządzenie nie ma wyświetlacza lub jest bardzo małe). Dodatkowo trzeba wziąć pod uwagę, że informacja, co do zasady, powinna być przedstawiona w języku znanym osobie, do której urządzenie IoB jest kierowane. Jeśli więc urządzenie IoB jest przeznaczone dla użytkowników w całej Unii Europejskiej, informacja o przetwarzaniu danych osobowych powinna być sporządzona we wszystkich oficjalnych językach państw członkowskich.



OCENA SKUTKÓW PRZETWARZANIA

Jeżeli dany rodzaj przetwarzania – w szczególności z użyciem nowych technologii – ze względu na swój charakter, zakres, kontekst i cele z dużym prawdopodobieństwem może powodować wysokie ryzyko naruszenia praw lub wolności osób fizycznych, administrator przed rozpoczęciem przetwarzania dokonuje oceny skutków planowanych operacji przetwarzania dla ochrony danych osobowych.

źródło: RODO

Ocena skutków przetwarzania

Ocena skutków planowanych operacji przetwarzania dla ochrony danych osobowych (DPIA) to – ogólnie rzecz biorąc – rodzaj analizy, w ramach której administrator danych powinien m.in. kompleksowo opisać:

- techniczny sposób przetwarzania danych,
- ryzyka dla podmiotów danych związane z przetwarzaniem ich danych,
- planowane do zastosowania sposoby minimalizacji tych ryzyk,
- środki, które administrator zastosuje, by zapewnić zgodność przetwarzania danych z RODO.

Urządzenia IoB często mogą wymagać obowiązkowego przeprowadzenia DPIA – ze względu na specyfikę swojego działania i na fakt, że przetwarzają dane dotyczące

zdrowia. Przeprowadzenie DPIA może być praktycznym wyzwaniem i wymagać multidyscyplinarnego zespołu specjalistów. Warto jednak nie traktować tego jako uciążliwego obowiązku, ale jako okazję do holistycznej analizy procesów przetwarzania danych prowadzonych przez urządzenia IoB w celu minimalizacji ryzyk wystąpienia niezgodności z RODO.

Realizacja praw podmiotów danych

RODO przyznaje osobom, których dane osobowe są przetwarzane, szereg praw związanych z tym przetwarzaniem. Podmiot, który jest administratorem tych danych osobowych w rozumieniu RODO, musi też zapewnić, że osoby, których dane dotyczą, będą miały faktyczną możliwość realizacji swoich praw. Może to być w praktyce spore wyzwanie. Przykładowo

zgodnie z RODO podmioty danych mogą wnioskować o:

1. **przekazanie kopii danych ich dotyczących**, a w niektórych sytuacjach również ich przesłanie w formie elektronicznej do wskazanego przez siebie odbiorcy – oznacza to, że dane muszą być łatwe do wyekstrahowania i sformatowania w taki sposób, by można je było bezpiecznie przesłać i odczytać przy użyciu ogólnie dostępnych środków (a nie przy pomocy oprogramowania stosowanego przez dane urządzenie),
2. **usunięcie danych ich dotyczących** – oznacza to, że musi istnieć techniczna możliwość nieodwracalnego usuwania lub anonimizacji danych z baz danych administratora danego urządzenia IoB. Może to być problematyczne w sytuacji, gdy te dane są używane do „trenowania” urządzenia IoB lub gdy struktura baz danych jest taka, że usunięcie wybranych danych zmniejszy użyteczność całej bazy.

Jak widać, funkcjonowanie urządzeń IoB jest złożone i dotyczy różnych obszarów prawnych. Regulacje prawne będą musiały nadążać za procesem dalszego rozpowszechniania się IoB i zmianą stosowanych urządzeń. ●



KATARZYNA MAGNUSKA

radca prawny, praktyka prawa pracy



DR SZYMON KUBIAK

radca prawny, LL. M. (Harvard), współnik

współodpowiedzialny za praktykę prawa pracy

Czy prawo pracy jest już gotowe na metawersum?

Od kiedy 28 października 2021 r. Mark Zuckerberg, CEO Facebooka, ogłosił, że zmienia nazwę swojego imperium technologicznego na Meta i planuje stworzyć metawersum, na temat tej koncepcji powstały setki publikacji. Większość z nich skupia się jednak na kluczowym problemie ochrony danych osobowych i praw własności intelektualnej. Stosunkowo niewiele miejsca natomiast poświęca się rozważaniom, jak upowszechnienie się metawersum wpłynie na środowisko pracy.

Pieśń przyszłości czy nowe jutro pracowników?

Koncepcja metawersum pojawiła się po raz pierwszy w cyberpunkowej powieści „Zamieć” (tytuł oryginalny – „Snow Crash”) Neala Stephena z 1992 r. Od pamiętnej prezentacji Marka Zuckerberga termin ten właściwie nie schodzi z czołówek papierowych i internetowych wydań. Nadal nie ma jednak powszechnej zgody, o jaką formę metawersum chodzi – o równoległy świat cyfrowy, gdzie użytkownicy mają wrażenie niemal pełnego zanurzenia w przestrzeni wirtualnej i zarazem możliwość interakcji z otoczeniem (skojarzenie z Matrixem jest tu jak najbardziej na miejscu), czy o kolejną, udoskonaloną wersję rozszerzonej rzeczywistości (ang. *augmented reality* – AR), w której na świat realny zostaje nałożona warstwa wirtualna, pozwalająca powiązać działania użytkownika w świecie fizycznym z wybranymi elementami i funkcjonalnościami świata wirtualnego (tutaj z kolei kino podsuwa nam wizję z filmu „Raport mniejszości” Stevena Spielberga, w której główny bohater „żongluje” danymi, obrazami i dokumentami).

Eksperci ostrożnie szacują, że ziszczenie się wizji Zuckerberga może zabrać nawet 10 lat (jeżeli w ogóle do tego dojdzie), w zależności od stopnia skomplikowania metawersum oraz przede wszystkim tempa rozwoju i upowszechnienia się technologii 5G, wi-fi 6 oraz *edge computing* (przetwarzania brzegowego) – a także następców tych technologii, które są niezbędne do prawidłowego i stabilnego działania metawersum. Na chwilę obecną bowiem technologia nie pozwala na przesłanie tak ogromnej ilości danych, bez opóźnień i utraty jakości przesyłanych obrazów i dźwięków. Dodatkowo korzystanie z metawersum w pracy może być również ograniczone z uwagi na ceny sprzętu (przede wszystkim okularów AR, rękawic VR itd.) i (przynajmniej obecnie) brak komfortu użytkowania tego sprzętu przez >>

dłuższy czas (kto spróbuje odwzorowywać wspomniane ruchy bohatera „Raportu mniejszości” przez dłużej niż kilka minut lub dłużej posiedzi w okularach AR, ten szybko zrozumie, w czym leży problem).

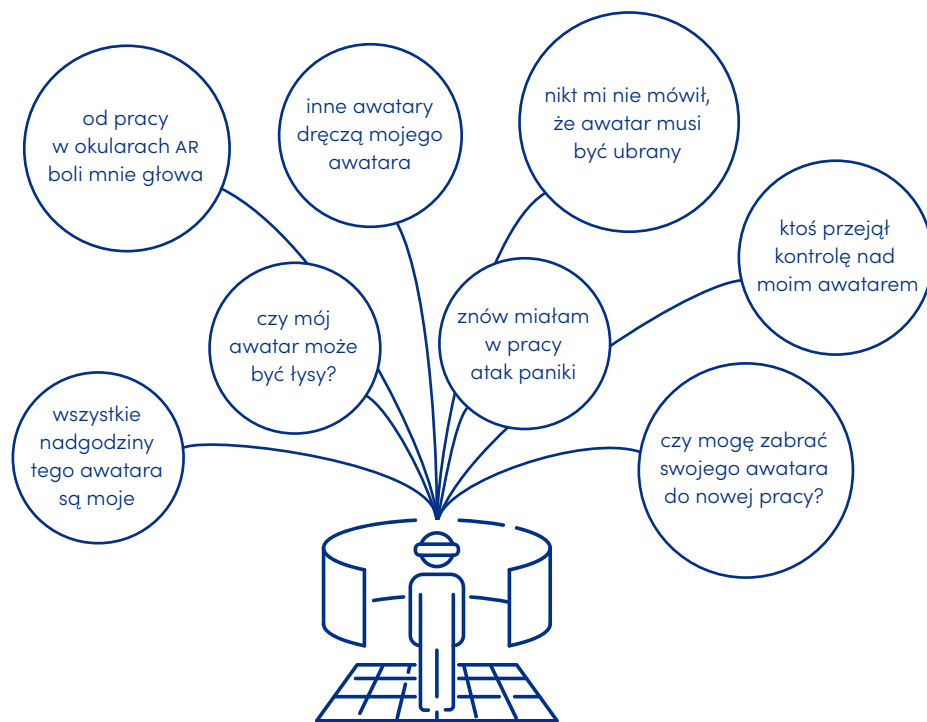
Nie przeszkadza to jednak entuzjastom metawersum. Dla przykładu, w metawersum otworzyło swoje biura już kilka renomowanych kancelarii prawnych z Europy i Stanów Zjednoczonych.

Nawet jeżeli jednak metawersum to nadal pieśń bliższej lub dalszej przyszłości, to trzeba pamiętać, że prawo pracy już teraz nie nadąża za rozwojem technologii cyfrowych (najlepszym przykładem jest regulacja pracy zdalnej, o której piszemy na s. 6), a zmian w prawie nie uchwała się z dnia na dzień (a przynajmniej zdecydowanie nie powinno). Warto więc, aby ustawodawca i uczestnicy rynku pracy – korzystając z doświadczeń z istniejącymi technologiami – już teraz rozpoczęli praktyczną dyskusję, jak przygotować się na nadchodzące w najbliższej dekadzie zmiany, zachowując przy tym delikatną równowagę między wspieraniem rozwoju innowacji a bezpieczeństwem i prawami ich użytkowników w miejscu pracy.

Wyzwania wirtualnego miejsca pracy

Można się spodziewać, że osoby korzystające z metawersum jako narzędzia lub wręcz środowiska pracy mogą w pierwszej kolejności zmierzyć się z tymi samymi wyzwaniami, które napotykają użytkownicy istniejących rozwiązań cyfrowych, w tym mediów społecznościowych. Dodatkowo należy liczyć się z tym, że korzystanie z metawersum będzie generować nowe, nieznane dotąd problemy.

Jednym z takich wyzwań jest korzystanie z awatarów przez pracowników w ramach wykonywania obowiązków służbowych.



kłopoty z pracą w metawersum

Podobnie jak w przypadku kont użytkowników w mediach społecznościowych, pracodawca nie będzie mógł jak się wydaje zobowiązać pracownika do założenia konta i stworzenia indywidualnie przypisanego awatara do celów służbowych, w szczególności awatara, który wiernie odzwierciedla rzeczywisty wygląd pracownika – kolor skóry, płeć (biologiczną lub kulturową), wiek, niepełnosprawność, a nawet elementy pozwalające na identyfikację narodowości, pochodzenia etnicznego czy wyznania użytkownika. Byłoby to bowiem w naszej ocenie zobowiązanie pracownika do udostępnienia operatorowi platformy danych osobowych, w tym potencjalnie danych wrażliwych i wizerunku pracownika.

Na gruncie prawa pracy nie ma natomiast przeszkód, aby uzależniać zatrudnienie kandydata od posiadania przez niego konta (awatara) w metawersum – z zastrzeżeniem, że taki warunek zatrudnienia powinien być

ściśle związany z charakterem oferowanej pracy (np. w dziale komunikacji lub marketingu internetowego). Nie można jednak całkowicie wykluczyć ryzyka, że zastrzeżenia w tym zakresie będzie miał organ nadzoru na gruncie przepisów o ochronie danych osobowych.

Zakres zagadnień prawa pracy odnoszący się do służbowych awatarów może być uzależniony między innymi od tego, czy awatar będzie przypisany do konkretnego pracownika-użytkownika i będzie miał jego cechy, czy też będzie przypisany do pracodawcy i jedynie obsługiwany przez upoważnionego pracownika, niekoniecznie odzwierciedlając jego indywidualny wygląd (np. awatar w postaci „maskotki” lub przetworzonego logo firmy).

Takie rozróżnienie na awatara – „cyfrowego bliźniaka” pracownika w metawersum oraz awatara – narzędzie pracy może mieć

znaczenie przy ocenie prawnej takich sytuacji jak:

- **dyskryminacja pracownika z uwagi na cechy awatara** – przy czym jeszcze ciekawszym problemem wydaje się to, czy można mówić o dyskryminacji pracownika ze względu na cechy (np. płeć, kolor skóry), jakie awatar posiada, a jego realny użytkownik już nie.
- **odpowiedzialność pracownika za wygląd lub zachowanie awatara**, np. zastosowanie dress code firmy. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, gdy awatar pojawi się na wirtualnym spotkaniu z klientem firmy ubrany nie stosownie do sytuacji (czy wręcz nagi) lub wyposażony w elementy (np. strój, tatuaże) o charakterze obraźliwym czy rasistowskim. Już teraz przedsiębiorcy wprowadzają wewnętrzne polityki, nieraz bardzo rozbudowane i szczegółowe, regulujące zasady wykorzystania narzędzi cyfrowych w ramach pracy. Można się spodziewać, że nowa forma aktywności wirtualnej pracowników będzie wymagać uzupełnienia istniejących polityk lub nawet opracowania ich zupełnie na nowo jako „metapolityk”. Inną sytuacją będzie również przypadek kradzieży lub zhakowania awatara oraz udowodnienia tego faktu w kontekście pociągnięcia pracownika-użytkownika awatara do odpowiedzialności. Na marginesie warto zauważyć, że mając na uwadze, jak pilnie strzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa są dziś algorytmy i bazy danych platform cyfrowych, w razie sporu z pracownikiem uzyskanie takich danych do celów dowodowych może być bardzo utrudnione, jeżeli w ogóle w praktyce możliwe.
- **dopuszczalność monitoringu aktywności pracownika w metawersum**, w tym do celów rozliczania czasu pracy pracownika. Jeżeli firmowy awatar jest wykorzystywany przez kilkoro pracowników, problemem może być ustalenie, kto i jak długo pozostawał obecny w metawersum.

- **wykorzystanie służbowego awatara po zakończeniu współpracy z pracownikiem**, w tym w kontekście tego, czy awatar podlega „zwrotowi” pracodawcy albo musi wręcz zostać zdezaktywowany po ustaniu zatrudnienia, czy pracownik może wykorzystywać stworzony i obsługiwany przez siebie awatar w pracy na rzecz innego podmiotu (w szczególności jeżeli jest on konkurentem poprzedniego pracodawcy).

Bezpieczeństwo pracownika w wirtualnym uniwersum

Wejście do metawersum i aktywność zawodowa pracowników w tym medium będą musiały też znaleźć odzwierciedlenie w ramach obowiązku zapewnienia pracownikom bezpiecznych i higienicznych warunków pracy. W tym kontekście podnosi się przede wszystkim problem skutecznej ochrony pracowników przed cyberbullyingiem i innego rodzaju formami przemocy w świecie wirtualnym, zarówno ze strony współpracowników, jak i osób spoza danej organizacji. Wyniki dotychczasowych badań pokazują, że cyberprzemoc w miejscu pracy może występować z większą intensywnością (z szeregu powodów, takich jak np. dość złudne poczucie anonimowości) niż „tradycyjny” mobbing, a zapobieganie tej formie przemocy w środowisku pracy jest dużo trudniejsze.

Co więcej, wydaje się, że wiele organizacji już dziś nie radzi sobie z tym problemem.

Zgodnie z art. 207 § 2 Kodeksu pracy każdy pracodawca jest zobowiązany chronić zdrowie i życie pracowników przy odpowiednim wykorzystaniu osiągnięć nauki i techniki, w tym reagując na potrzeby w zakresie BHP i dostosowując środki ochrony, biorąc pod uwagę zmieniające się warunki wykonywania pracy i wdrażając spójną politykę zapobiegającą wypadkom przy pracy i chorobom zawodowym, która uwzględnia zagadnienia techniczne, warunki pracy i wpływ czynników środowiska pracy.

Tym samym zakładowe zasady bezpieczeństwa i higieny pracy będą musiały zostać zweryfikowane, aby uwzględnić nowe technologie związane z obecnością w metawersum, w szczególności używanie okularów AR oraz ich skutki dla zdrowia fizycznego i psychicznego pracowników. Osoby testujące dłuższe korzystanie z okularów AR zgłaszały m.in. zawroty i bóle głowy, nudności, zmęczenie wzroku, ale też zmęczenie wywołane nietypowymi i nadmiarowymi bodźcami (w pandemii pracownicy mieli tego przykład w postaci tzw. *Zoom fatigue*), pogorszenie nastroju czy wręcz ataki paniki. Może się więc szybko okazać, że trzeba uwzględnić te zagrożenia dla zdrowia pracowników m.in. w programie szkoleń BHP, skierowaniach na specjalistyczne (a co za tym idzie dość kosztowne) badania lekarskie czy ocenie ryzyka zawodowego. >>



Cyberprzemoc w miejscu pracy może występować z większą intensywnością (z szeregu powodów, takich jak np. dość złudne poczucie anonimowości) niż „tradycyjny” mobbing.



Metawersum będzie raczej dodatkowym narzędziem pracy lub rozwiązaniem wspierającym wdrożenie i szkolenia pracowników, a nie nowym pełnym środowiskiem pracy, w którym pracownik będzie przebywał przez większość dnia roboczego.

Czy jest na co czekać?

Ogłaszając swój projekt, Mark Zuckerberg entuzjastycznie prezentował zalety przeniesienia pracy do metawersum. Wśród korzyści dla pracodawców i pracowników wymieniał:

- łatwiejsze budowanie więzi i sprawniejszą współpracę między pracownikami pracującymi zdalnie,
- szybszy onboarding nowo zatrudnionych,
- wyższą jakość szkoleń zdalnych,
- mniejsze zapotrzebowanie na przestrzeń biurową.

Do tej listy zalet można również dodać dalsze poszerzenie puli talentów, z której pracodawcy mogą korzystać, m.in. poprzez możliwość zatrudniania pracowników z każdego zakątka globu i aktywizację zawodową osób, dla których „analogowa” praca nie jest możliwa (np. osoby niepełnosprawne, opiekunowie).

Z drugiej strony sceptycy metawersum w kontekście pracowniczym zwracają uwagę na takie zagrożenia jak:

- dalsze rozwarstwienie rynku pracy według kryterium możliwości uczestnictwa w metawersum (np. ze względów zdrowotnych nie każdy pracownik będzie mógł używać okularów AR, nie wspominając o innych elementach ekwipunku do pracy w metawersum),
- zastąpienie realnych pracowników wirtualnymi narzędziami (np. zaawansowanymi chatbotami, wirtualnymi asystentami itp.),
- zatrudnienie pracowników z krajów, gdzie ochrona pracowników jest słabsza,
- mniejsza możliwość zrzeszania się i organizacji akcji protestacyjnych przez pracowników pracujących zdalnie.

Wydaje się, że wielu pracodawców podchodzi ostrożnie do wykorzystania metawersum w pracy. Z badań przeprowadzonych

dotychczas wśród przedsiębiorców można wnioskować, że metawersum będzie raczej dodatkowym narzędziem pracy lub rozwiązaniem wspierającym wdrożenie i szkolenia pracowników, a nie nowym pełnym środowiskiem pracy, w którym pracownik będzie przebywał przez większość dnia roboczego. Najbliższa dekada pokaże, jaki potencjał, ale i zagrożenia dla uczestników rynku pracy przyniesie metawersum.

Oczywiście nie omówiliśmy tu wyczerpująco wszystkich aspektów prawa pracy, na które może wpłynąć powszechniejsze wykorzystanie możliwości oferowanych przez metawersum. Mamy jednak nadzieję, że nasz artykuł przyczyni się do kontynuowania już teraz dyskusji o zmianach w prawie pracy, które mogą być konieczne, aby prawo nadążyło za bardzo dynamicznie rozwijającym się światem wirtualnym. ●



DR JOANNA PROKURAT

doradca podatkowy, partner w praktyce
podatkowej

Przedawnienie roszczeń finansowych w pomocy publicznej

Przedawnienie roszczeń finansowych z tytułu nieprawidłowości w pomocy publicznej to zagadnienie, którego stopień skomplikowania odpowiada wartości potencjalnych nieprawidłowości. Znajomość mechanizmów wyznaczania terminu przedawnienia nieprawidłowości może ochronić przed odpowiedzialnością za takie nieprawidłowości, w tym obowiązkiem zwrotu.

Przedawnienie oznacza generalnie rezygnację z ukarania sprawcy po upływie określonego czasu od popełnienia przez niego czynu zabronionego (przedawnienie karalności) lub rezygnację z wykonania orzeczonej wobec niego kary (przedawnienie wykonania kary). Ma zatem istotne znaczenie dla wszystkich podmiotów dopuszczających się takich czynów, w tym na gruncie prawa pomocy publicznej. W szczególności czyny takie dotyczą wydatkowania pomocy publicznej w wyniku tzw. nieprawidłowości.

Prawo pomocy publicznej operuje różnymi terminami przedawnienia roszczeń. Terminy te mogą się różnić zależnie od tego, jaki organ podejmuje działania w danej sprawie. Ustalenie terminu przedawnienia roszczeń wynikających z pomocy publicznej nie pozwala jeszcze precyzyjnie określić daty przedawnienia, bowiem ważne jest też to, od jakiego dnia termin ten należy liczyć.

Podmiot podejmujący działania

Jeżeli działania w danej sprawie podejmuje Komisja Europejska, termin przedawnienia wynosi 10 lat, co wprost wynika z art. 17 ust. 1 rozporządzenia Rady (UE) 2015/1589 z dnia 13 lipca 2015 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Jak orzekł Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w dwóch wyrokach (w sprawie C-387/17, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA* oraz w sprawie C-349/17, *Eesti Pagar*) ze względu na pewność prawną przewidziany w rozporządzeniu 2015/1589 dziesięcioletni termin nie może być stosowany w procedurach krajowych. Dotyczy on bowiem jedynie Komisji Europejskiej.



Zasady dotyczące przedawnienia nieprawidłowości przynoszących szkodę interesom finansowym Unii Europejskiej zostały ustanowione w art. 3 rozporządzenia nr 2988/1995, które wprowadza ogólne zasady dotyczące jednolitych kontroli, odzyskiwania funduszy UE wydatkowanych w wyniku nieprawidłowości i nakładanych z tego tytułu kar. Zgodnie z art. 1 tego rozporządzenia zakresem jego zastosowania objęte są „nieprawidłowości” w świetle prawa UE, które zostały zdefiniowane jako jakiekolwiek naruszenie przepisów prawa Unii wynikające z działania lub zaniechania ze strony podmiotu gospodarczego, które spowodowało lub mogło spowodować szkodę w ogólnym budżecie Unii lub w budżetach, które są zarządzane przez Unię, albo poprzez zmniejszenie lub utratę przychodów pochodzących ze środków własnych pobieranych bezpośrednio w imieniu Unii, albo też w związku z nieuzasadnionym wydatkiem.

Z orzecznictwa TSUE wynika przy tym, że przepisy art. 3 rozporządzenia nr 2988/1995 dotyczące przedawnienia nieprawidłowości są bezpośrednio skuteczne, a zatem mogą być bezpośrednią podstawą prawną rozstrzygnięć wydawanych przez organy krajowe w prowadzonych przez nie postępowaniach.

Przedawnienie nieprawidłowości – termin podstawowy, terminy krótsze i dłuższe

Zasadniczy termin przedawnienia nieprawidłowości określony jest w art. 3 ust. 1 akapit 1 rozporządzenia nr 2988/1995 jako cztery lata od dnia dopuszczenia się tej nieprawidłowości.

Krótsze niż czteroletnie terminy przedawnienia nieprawidłowości mogą (ale nie muszą) być ustalone w unijnych przepisach sektorowych (np. z zakresu polityki spójności), lecz nie mogą one być krótsze niż trzy lata.



Prawo pomocy publicznej operuje różnymi terminami przedawnienia roszczeń. Terminy te mogą się różnić zależnie od tego, jaki organ podejmuje działania w danej sprawie.

Jednocześnie, zgodnie z art. 3 ust. 3 rozporządzenia nr 2988/1995, państwa członkowskie mogą stosować dłuższe terminy przedawnienia nieprawidłowości niż czteroletni termin przedawnienia ustanowiony w tym artykule. Określając terminy przedawnienia, państwa członkowskie muszą jednak przestrzegać zasad ogólnych prawa UE, w szczególności zasady proporcjonalności.

Polskie przepisy ustalające terminy przedawnienia nieprawidłowości

Zgodnie z art. 66a w zw. z art. 60 pkt 6 ustawy o finansach publicznych termin przedawnienia zobowiązania do zwrotu należności z tytułu środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich oraz innych należności związanych z realizacją projektów finansowanych z udziałem tych środków, a także odsetek od tych środków i od tych należności,

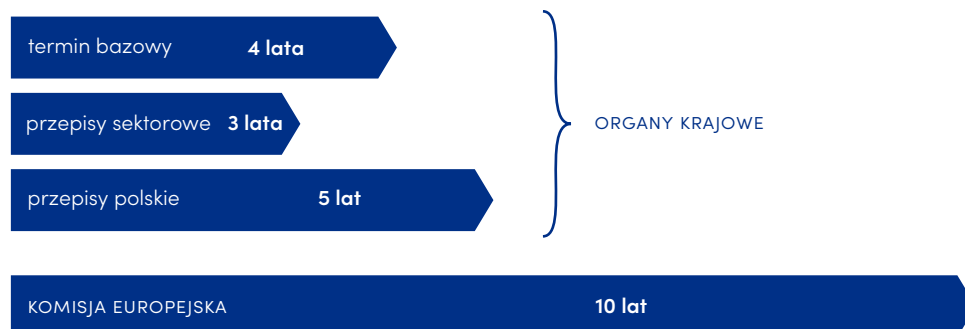
wynosi pięć lat. Uwzględniając stanowisko TSUE zaprezentowane m.in. w sprawie C-584/15, *Glencore Céréales France* dotyczącej pięcioletniego terminu przedawnienia nieprawidłowości, którego proporcjonalność TSUE zaakceptował, można twierdzić, że ustanowiony w polskich przepisach pięcioletni termin przedawnienia nieprawidłowości jest również zgodny z zasadą proporcjonalności.

Czas trwania i powtarzalność nieprawidłowości

Termin przedawnienia nieprawidłowości biegnie od dnia dopuszczenia się tego czynu. Trybunał stoi przy tym na stanowisku, że wystąpienie nieprawidłowości wymaga spełnienia dwóch warunków, tj.:

- działania lub zaniechania stanowiącego naruszenie prawa UE,
- realnej lub potencjalnej szkody wyrządzonej wskutek tego naruszenia dla budżetu unijnego.

TERMINY PRZEDAWNIEŃ NIEPRAWIDŁOWOŚCI W POMOCY PUBLICZNEJ



W konsekwencji termin przedawnienia nieprawidłowości rozpoczyna bieg od momentu działania lub zaniechania, które stanowi naruszenie prawa UE, lub wystąpienia szkody dla budżetu UE, a punktem decydującym jest zawsze data wystąpienia ostatniego zdarzenia. Z orzecznictwa TSUE wynika również, że dla określenia momentu rozpoczęcia biegu terminu przedawnienia nieprawidłowości nie ma znaczenia czas, w którym została ona wykryta, ani okoliczność, że została ujawniona po powstaniu szkody w funduszach UE. Tym bardziej rozpoczęcia biegu przedawnienia nie należy wiązać z dniem wydania ostatecznej decyzji administracyjnej o zwrocie udzielonej

pomocy. Z powyższym stanowiskiem zgodziły się polskie sądy administracyjne (por. wyrok NSA z 18 maja 2017 r., II GSK 4503/16).

Rozpoczęcie biegu terminu przedawnienia nieprawidłowości zależy od rodzaju nieprawidłowości. Bieg terminu przedawnienia nieprawidłowości jednorazowej rozpoczyna się z chwilą popełnienia czynu wypełniającego jej znamiona. Natomiast w przypadku nieprawidłowości ciągłych lub powtarzających się bieg terminu przedawnienia biegnie od dnia, w którym nieprawidłowość ta ustała (por. wyrok TSUE w sprawie C-279/05, *Vonk Dairy Products*).

W przypadku programów wieloletnich (czyli trwających przynajmniej dwa lata) okres przedawnienia nieprawidłowości biegnie od momentu ostatecznego zakończenia programu, również jeżeli czas trwania programu wieloletniego przekroczy cztery lata (por. wyrok TSUE w sprawie C-436/15, *Alytaus regiono atliekų tvarkymo centras*).

Przedawnienie odsetek

Zgodnie z art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 2988/1995 każda nieprawidłowość pociąga za sobą, z reguły, cofnięcie bezprawnie uzyskanej korzyści. Natomiast w myśl art. 4 ust. 2 rozporządzenia nr 2988/1995 cofnięcie bezprawnie uzyskanej korzyści obejmuje korzyść łączną, jeżeli zostało to przewidziane, z odsetkami, które mogą być ustalane w oparciu o stawkę ryczałtową.

Przepisy art. 3 rozporządzenia nr 2988/1995 dotyczą również przedawnienia odsetek, z zastrzeżeniem, że nie mają jednak zastosowania, jeżeli odsetki są dochodzone wyłącznie na podstawie prawa krajowego, a nie na podstawie prawa UE.

Przerwanie biegu terminu przedawnienia nieprawidłowości

Okres przedawnienia nieprawidłowości jest przerywany przez każdy akt właściwego organu władzy odnoszący się do śledztwa lub postępowania w sprawie nieprawidłowości, o którym zawiadamia się właściwą osobę. Po każdym przerwaniu okres przedawnienia biegnie na nowo.

Organem właściwym jest organ uprawniony do prowadzenia dochodzenia lub postępowania w sprawie nieprawidłowości, którym nie musi być organ uprawniony do przyznawania dotacji ani do odzyskania kwot wydatkowanych w wyniku nieprawidłowości. Z kolei właściwą osobą, która >>

ROZPOCZĘCIE BIEGU TERMINU PRZEDAWNIEŃ NIEPRAWIDŁOWOŚCI W POMOCY PUBLICZNEJ



RODZAJE NIEPRAWIDŁOWOŚCI W POMOCY PUBLICZNEJ A POCZĄTEK BIEGU TERMINU ICH PRZEDAWNIEŃ



ma zostać zawiadomiona, jest podmiot podejrzewany o popełnienie nieprawidłowości będącej przedmiotem dochodzenia lub postępowania. W przypadku osoby prawnej zawiadomiona powinna zostać osoba, której zachowanie można przypisać osobie prawnej zgodnie z przepisami prawa krajowego. Jednocześnie akt zawiadamiający, aby skutecznie przerywać bieg terminu przedawnienia nieprawidłowości, musi w wystarczająco dokładny sposób określać transakcje, wobec których istnieje podejrzenie ich wystąpienia (por. wyrok TSUE w sprawie C-52/14, *Pfeifer & Langen*). Nie może to być zatem jakakolwiek czynność kontrolna organów krajowych, niemająca związku z podejrzewanymi nieprawidłowościami (por. wyrok TSUE w sprawie C-278/02, *Handlbauer*).

Nieprzekraczalny upływ terminu przedawnienia nieprawidłowości

Zgodnie z art. 3 ust. 1 akapit 4 rozporządzenia nr 2988/1995 termin przedawnienia nieprawidłowości upływa najpóźniej w dniu, w którym mija okres odpowiadający podwójnemu terminowi okresu przedawnienia, jeżeli do tego czasu właściwy organ władzy nie wymierzył kary. Nie dotyczy to przypadków, w których postępowanie administracyjne zostało zawieszone zgodnie z art. 6 ust. 1 rozporządzenia nr 2988/1995.



Termin przedawnienia nieprawidłowości upływa najpóźniej w dniu, w którym mija okres odpowiadający podwójnemu terminowi okresu przedawnienia, jeżeli do tego czasu właściwy organ władzy nie wymierzył kary.

Termin ten jest stosowany:

- w postępowaniach zmierzających do nałożenia kar administracyjnych za popełnione nieprawidłowości,
- w postępowaniach zmierzających do odzyskania kwot wydatkowanych w wyniku nieprawidłowości (por. wyrok TSUE w sprawie C-383/14, *Sodiaal International*),
- dla celów dochodzenia odsetek od zwracanych kwot, otrzymanych w wyniku nieprawidłowości (por. wyrok TSUE w sprawie C-584/15, *Glencore Céréales France*).

...i ponownie Komisja

Przepisy krajowe dotyczące przedawnienia mają co do zasady zastosowanie w odniesieniu do odzyskania bezprawnie przyznanej pomocy z własnej inicjatywy organów krajowych. Pozostaje to jednak bez uszczerbku dla możliwości późniejszego odzyskania tej pomocy w wykonaniu

decyzji wydanej w tym zakresie przez Komisję. Komisja bowiem, jeśli posiada informacje dotyczące domniemanej niezgodności rzeczzonej pomocy z prawem, niezależnie od źródła tych informacji, po upływie krajowych terminów przedawnienia zachowuje prawo do zbadania tej pomocy przez okres dziesięciu lat, o którym mowa w art. 17 rozporządzenia 2015/1589 (art. 15 rozporządzenia nr 659/1999 – por. wyrok TSUE w sprawie C-349/17, *Eesti Pagar*).

Podsumowanie

Jak widać, czasem można przedwcześnie odetchnąć z ulgą, że nieprawidłowości w pomocy publicznej już się przedawniły. Unia Europejska pilnuje swoich interesów finansowych – co z jednej strony jest z korzyścią dla nas wszystkich, ale z drugiej strony może być kłopotliwe dla przedsiębiorców, którzy nieumiejętnie skorzystali z pomocy publicznej. ●



EWA KRUSZKO

radca prawny, praktyka
restrukturyzacji i upadłości

Dyrektywa drugiej szansy – nowe narzędzia dla przedsiębiorców w trudnej sytuacji

**Test zaspokojenia da
wierzycielom podstawy do
świadomego głosowania
nad układem. Zasady
ochrony przed egzekucją
będą takie same we
wszystkich zapobiegawczych
postępowaniach
restrukturyzacyjnych.
Wierzytelności zabezpieczone
rzeczowo też zostaną objęte
układem. Takie zmiany nas
czekają prawdopodobnie
w 2024 r.**

4 lipca 2022 r. na stronie Rządowego Centrum Legislacji pojawił się projekt zmian do ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne oraz ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe. Celem nowelizacji jest implementacja do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1023 z dnia 20 czerwca 2019 r. w sprawie ram restrukturyzacji zapobiegawczej, umorzenia długów i zakazów prowadzenia działalności oraz w sprawie środków zwiększających skuteczność postępowań dotyczących restrukturyzacji, niewypłacalności i umorzenia długów, a także zmieniającej dyrektywę (UE) 2017/1132.

Dyrektywa 2019/1023 nazywana jest potocznie „dyrektywą drugiej szansy”, ponieważ jednym z jej kluczowych elementów jest zapewnienie, aby niewypłacalni przedsiębiorcy mieli dostęp do co najmniej jednego rodzaju postępowania, które może prowadzić do całkowitego umorzenia długów.

Zgodnie z założeniami dyrektywy 2019/1023 ramy restrukturyzacji zapobiegawczej powinny przede wszystkim umożliwić dłużnikom skuteczną restrukturyzację na wczesnym etapie oraz uniknięcie niewypłacalności, ograniczając w ten sposób niepotrzebną likwidację rentownych przedsiębiorstw.

Dyrektywa 2019/1023 w znacznej mierze znajduje już odzwierciedlenie w przepisach ustawy Prawo upadłościowe i ustawy Prawo restrukturyzacyjne. Pełna implementacja dyrektywy przyniesie jednak kilka zmian istotnych zwłaszcza z punktu widzenia wierzycieli, w tym m.in.:

- czasowe ograniczenie ochrony przeciwegzekucyjnej,
- nowy mechanizm zatwierdzania układu wbrew sprzeciwowi grupy wierzycieli,
- obligatoryjne objęcie układem z mocy prawa wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo.



Postępowanie sanacyjne poza restrukturyzacją zapobiegawczą

Nowelizacja przewiduje wyraźne rozróżnienie postępowań z zakresu restrukturyzacji zapobiegawczej (tj. postępowania o zatwierdzenie układu, przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego) od postępowania sanacyjnego. Postępowanie sanacyjne, które jest postępowaniem o szczególnym charakterze, pozwalającym na głęboką restrukturyzację przedsiębiorstwa, pozostaje poza zakresem stosowania dyrektywy 2019/1023. Będzie ono mogło być odtąd prowadzone tylko wobec dłużnika niewypłacalnego. Postępowania z zakresu restrukturyzacji zapobiegawczej pozostają natomiast postępowaniami przeznaczonymi dla dłużników zagrożonych niewypłacalnością lub dłużników niewypłacalnych.

Test zaspokojenia

Jedną z najistotniejszych zmian w proponowanej nowelizacji jest wprowadzenie instytucji tzw. testu zaspokojenia.

Nadzorca lub zarządca będzie zobowiązany sporządzić wspomniany test zaspokojenia, który będzie zawierał wycenę przedsiębiorstwa dłużnika w trzech wariantach, to jest w przypadku:

- realizacji planu restrukturyzacyjnego,
- sprzedaży przedsiębiorstwa dłużnika jako całości w postępowaniu upadłościowym,
- sprzedaży poszczególnych składników przedsiębiorstwa dłużnika w postępowaniu upadłościowym.

Test zaspokojenia ma też zawierać informację o przewidywanym stopniu zaspokojenia wierzytelności wierzycieli uczestniczących w układzie w ewentualnym postępowaniu upadłościowym. Nadzorca lub zarządca przedstawi również ocenę, czy wyższe zaspokojenie wierzytelności objętych



Zakaz prowadzenia egzekucji w postępowaniu restrukturyzacyjnym będzie się rozciągał na cały majątek dłużnika.

układem będzie możliwe do uzyskania w ramach układu czy też w razie upadłości.

Dzięki temu wierzyciel będzie dysponował odpowiednimi materiałami pozwalającymi na podjęcie świadomej decyzji co do sposobu głosowania nad układem. Na podstawie tego dokumentu wierzyciel będzie mógł bowiem ocenić, czy korzystniejsze dla niego będzie zawarcie układu w toku postępowania restrukturyzacyjnego, czy też uzyskanie zaspokojenia w ewentualnym postępowaniu upadłościowym.

Przeprowadzenie takiej symulacji ma również istotne znaczenie z punktu widzenia projektowanych zmian w zakresie podstaw odmowy zatwierdzenia układu. Zgodnie bowiem ze znowelizowanym art. 165 ust. 2 Prawa restrukturyzacyjnego sąd będzie musiał odmówić zatwierdzenia układu, jeżeli jakkolwiek wierzyciel, który głosował przeciw układowi i zgłosił zastrzeżenia, znalazłby się w wyniku jego realizacji w gorszej sytuacji niż w przypadku przeprowadzenia postępowania upadłościowego lub w przypadku zakończenia postępowania restrukturyzacyjnego bez przyjęcia układu. Wynik testu zaspokojenia będzie więc jednocześnie stanowił punkt odniesienia dla oceny realizacji wspomnianej przesłanki odmowy zatwierdzenia układu.

Czasowe ograniczenie ochrony przed egzekucją

Projekt nowej ustawy przewiduje też ujednolicenie zasad rządzących ochroną przed egzekucją w toku restrukturyzacji oraz wprowadza czasowe ograniczenie takiej ochrony.

W obecnym brzmieniu ustawa Prawo restrukturyzacyjne różnicuje zakres ochrony przed egzekucją w zależności od wybranego rodzaju prowadzonego postępowania, a ochrona ta może polegać na ograniczeniu dopuszczalności skierowania egzekucji tylko do przedmiotu zabezpieczenia bądź też na całkowitym zakazie prowadzenia egzekucji.

Według nowych zasad zakaz prowadzenia egzekucji w postępowaniu restrukturyzacyjnym będzie się rozciągał na cały majątek dłużnika, co dotyczy również egzekucji prowadzonej z przedmiotu zabezpieczenia przez wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo.

Istotną nowością będzie też wprowadzenie przez ustawodawcę tymczasowości takiej ochrony. Takie rozwiązanie jest skutkiem art. 6 ust. 6 dyrektywy 2019/1023, który stanowi, że pierwotny okres wstrzymania indywidualnych czynności egzekucyjnych jest ograniczony do maksymalnie czterech miesięcy. Państwa członkowskie mogą uregulować zasady przedłużania tego terminu do 12 miesięcy.

Dziś ochrona przed egzekucją w postępowaniu restrukturyzacyjnym trwa zasadniczo od momentu otwarcia postępowania do czasu jego prawomocnego zakończenia lub umorzenia. Ograniczenie czasowe egzekucji obowiązuje obecnie jedynie w postępowaniu o zatwierdzenie układu. Po wejściu w życie projektowanych zmian takie rozwiązanie obejmie wszystkie typy postępowań restrukturyzacyjnych.

Ochrona przeciwegzekucyjna będzie trwać 4 miesiące. Nowe przepisy przewidują

możliwość jej przedłużenia na dalszy okres, nieprzekraczający łącznie z okresem pierwotnego zawieszenia 12 miesięcy (jeśli okoliczności będą wskazywały na prawdopodobieństwo zawarcia układu). Z kolei w postępowaniu sanacyjnym pierwotny okres ochrony przed egzekucją będzie wynosił 12 miesięcy, z możliwością jego przedłużenia przez sędziego-komisarza (w tym wypadku bez górnego ograniczenia).

Ochrona przed egzekucją będzie rozpoczynać się co do zasady w dniu otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego. Jednakże, na wniosek dłużnika, ochrona ta może rozpocząć się już z dniem obwieszczenia zarządzenia o wpisaniu do repertorium wniosku restrukturyzacyjnego złożonego przez dłużnika (i będzie ona wówczas trwała 4 miesiące od dnia obwieszczenia). Takie rozwiązanie ma na celu umożliwienie objęcia dłużnika ochroną przed egzekucją od pierwszego momentu, w którym informacja o złożeniu przez dłużnika wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego zostanie publicznie obwieszczona. Od tego momentu aktualizuje się bowiem zwiększone ryzyko podjęcia lub zintensyfikowania przez wierzycieli czynności egzekucyjnych. Złożenie takiego wniosku przez dłużnika będzie jednocześnie skutkowało ograniczeniem jego prawa zarządu majątkiem do czynności zwykłego zarządu w okresie między dniem obwieszczenia

a dniem otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, co jest uzasadnione potrzebą ochrony interesów wierzycieli.

Projekt słusznie przewiduje również zawieszenie z mocy prawa indywidualnych postępowań egzekucyjnych od momentu przyjęcia układu do dnia zakończenia lub prawomocnego umorzenia postępowania restrukturyzacyjnego przez sąd. Brak takiej ochrony mógłby bowiem niweczyć skutki zawartego układu.

Zmiany dotyczące wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo

Idąc za implementowaną dyrektywą 2019/1023, projekt wprowadza również obligatoryjne objęcie układem z mocy prawa wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo, bez względu na treść propozycji układowych.

Jako że katalog roszczeń, które państwa członkowskie mogą wyłączyć z zakresu ram restrukturyzacji zapobiegawczej, został wyczerpująco wskazany w art. 1 ust. 5 dyrektywy 2019/1023, wszelkie inne kategorie roszczeń muszą być bezwarunkowo objęte układem. Konieczne było więc usunięcie wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo z katalogu roszczeń fakultatywnie podlegających układowi.

W zamian za to ustawodawca przewidział jednak szereg gwarancji dla wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo, które mają zapewnić właściwą ochronę interesów tej kategorii wierzycieli.

Po pierwsze, tego rodzaju wierzyciele nie mogą być zaspokojeni w niższym stopniu w układzie niż w ewentualnym postępowaniu upadłościowym, chyba że sami się zgodzą na takie mniej korzystne warunki zaspokojenia.

Po drugie, propozycje układowe dla takich wierzycieli nie powinny przewidywać innego sposobu zaspokojenia niż przewidziany w umowie (chyba że wierzyciel zgodzi się na inny sposób). Przykładowo nie będzie więc możliwe sformułowanie propozycji układowych zakładających konwersję wierzytelności zabezpieczonego wierzyciela na udziały lub akcje w spółce będącej dłużnikiem, bez zgody takiego wierzyciela.

Układ likwidacyjny na nowych zasadach

Nowością będzie również możliwość zawarcia układu likwidacyjnego przewidującego sprzedaż majątku dłużnika ze skutkiem egzekucyjnym (czyli bez obciążeń takich jak hipoteki i zastawy).

W obecnym stanie prawnym sprzedaż dokonana w wykonaniu układu, który przewiduje zaspokojenie wierzycieli przez likwidację majątku dłużnika, nie wywołuje skutków sprzedaży egzekucyjnej. Jedynie postępowanie sanacyjne daje w pewnych sytuacjach zarządcy możliwość sprzedaży składników majątku dłużnika bez obciążeń.

Likwidacja przedmiotu obciążonego (np. hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym) w tym trybie będzie jednak możliwa jedynie za zgodą wierzyciela zabezpieczonego.

OCHRONA PRZED EGZEKUCJĄ

Przed nowelizacją

- zakres ochrony przed egzekucją zależy od wybranego rodzaju prowadzonego postępowania,
- ochrona przed egzekucją w postępowaniu restrukturyzacyjnym trwa zasadniczo od momentu otwarcia postępowania do czasu jego prawomocnego zakończenia lub umorzenia.

Projekt nowelizacji

- ujednoczenie zasad ochrony przed egzekucją we wszystkich zapobiegawczych postępowaniach restrukturyzacyjnych,
- zakaz prowadzenia egzekucji będzie się rozciągał na cały majątek dłużnika i obejmie także wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo na majątku dłużnika,
- wprowadzenie tymczasowości ochrony przeciwegzekucyjnej (pierwotny okres ochrony ma wynosić 4 miesiące).

Ochronę wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo ma ponadto zapewnić kontrola sądowa sporządzenia i wykonania odrębnego planu podziału sum uzyskanych z likwidacji przedmiotu obciążonego, która ma być oparta na zasadach przewidzianych w Prawie upadłościowym.

Mechanizm cross-class cramdown

Nowelizacja przewiduje również transpozycję nowego mechanizmu zatwierdzania układu wbrew sprzeciwowi grupy wierzycieli (tzw. mechanizm cross-class cramdown), o którym mowa w art. 11 dyrektywy 2019/1023.

Co do zasady zawarcie układu w postępowaniu restrukturyzacyjnym wymaga uzyskania wymaganej większości głosów w każdej grupie wierzycieli. Istotą nowego mechanizmu cross-class cramdown jest przyjęcie, że w przypadku braku większości do przyjęcia układu w każdej grupie wierzycieli układ będzie zatwierdzony na wniosek dłużnika lub za jego zgodą, jeśli większość grup wierzycieli głosowała za układem, w tym co najmniej jedna grupa wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo lub

UKŁAD LIKWIDACYJNY

Przed nowelizacją	Projekt nowelizacji
- układ może przewidywać likwidację majątku dłużnika ALE - sprzedaż majątku dłużnika dokonana w wykonaniu układu nie wywołuje jednak skutków sprzedaży egzekucyjnej.	- nowe narzędzie dla wierzycieli – możliwy układ likwidacyjny ze skutkiem sprzedaży egzekucyjnej, - konieczna zgoda wierzyciela zabezpieczonego rzeczowo na likwidację przedmiotu obciążonego, - sporządza się odrębny plan podziału sum uzyskanych z likwidacji przedmiotu obciążonego, - może stanowić atrakcyjną alternatywę dla sprzedaży mienia dłużnika w ramach: - tradycyjnego postępowania upadłościowego - przygotowanej likwidacji (pre-pack) - postępowania sanacyjnego w trybie art. 323 Prawa restrukturyzacyjnego

wierzycieli o wyższym stopniu uprzywilejowania od wierzycieli kat. II z regulacji Prawa upadłościowego. Jeśli ten warunek nie jest spełniony, układ może zostać zatwierdzony również wówczas, gdy za przyjęciem układu głosowała grupa lub grupy wierzycieli stanowiące co najmniej połowę grup należących do tych kategorii wierzycieli, które w przypadku przeprowadzenia postępowania upadłościowego otrzymałyby jakiegokolwiek zaspokojenie, przy zastosowaniu wyceny zakładającej kontynuację działalności przedsiębiorstwa dłużnika.

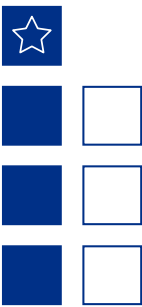
W uproszczeniu, większą „siłę głosu” będą więc mieli ci wierzyciele, którzy byliby uprzywilejowani w postępowaniu upadłościowym, oraz wierzyciele, którzy uzyskaliby choćby częściowe zaspokojenie w postępowaniu upadłościowym.

Ograniczona ma być też możliwość różnicowania w układzie sytuacji prawnej wierzycieli, którzy w upadłości byliby uprzywilejowani w takim samym stopniu. Gwarantuje się, że sąd nie zatwierdzi układu, jeśli stopień zaspokojenia grupy wierzycieli, która zawarciu układu się sprzeciwia, miałby być zgodnie z układem mniejszy niż wówczas, gdyby toczyło się postępowanie upadłościowe.

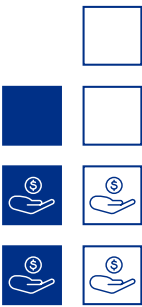
KIEDY UKŁAD ZOSTANIE ZATWIERDZONY?



W każdej grupie wierzycieli wymagana większość głosujących wierzycieli zagłosowała za układem



Za układem zagłosowała większość grup wierzycieli, w tym przynajmniej 1 kategoria uprzywilejowana



Za układem zagłosowała co najmniej połowa grup wierzycieli, którzy uzyskaliby choćby częściowe zaspokojenie w postępowaniu upadłościowym

Termin wejścia w życie nowych rozwiązań

Projekt nowej ustawy znajduje się obecnie na etapie opiniowania. Biorąc pod uwagę przewidziane w nim 18-miesięczne vacatio legis od dnia ogłoszenia ustawy, implementacja przez Polskę dyrektywy 2019/1023 nastąpi najprawdopodobniej dopiero w 2024 r. ●

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 ponad 150 prawników świadczących obsługę prawną w języku polskim, angielskim, francuskim, niemieckim, hiszpańskim, włoskim, ukraińskim, 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
- ESG i zrównoważony rozwój
- fintech i blockchain
- gospodarka oparta na danych
- instytucje finansowe
- inwestycje infrastrukturalne i nieruchomościowe
- kontrakty budowlane i FIDIC
- kontrakty w obrocie gospodarczym
- life sciences
- nieruchomości i reprivatyzacja
- 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