

RO CZ

**WAR WSP
DYŃ ÓLN
SKI+ ICY.**

NIK

24

W naszym 14. już Roczniku jak zwykle prezentujemy pełen przekrój tematów.

Przechodzimy od skali makro do skali mikro: od technologii kosmicznych i energetyki jądrowej do postępowań wewnętrznych, nowych uprawnień pracowników i rogatek kolejowych.

Piszemy, co działa dobrze, a co warto by poprawić. Omawiamy nowe instytucje w transakcjach M&A i w planowaniu przestrzennym w Polsce. Piszemy o zmianach w prawie, na które powinni zwrócić uwagę przedsiębiorcy. Radzimy, jak sobie poradzić w nowej sytuacji faktycznej i prawnej.

O KANCELARII

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

Dbamy o zachowanie najwyższych standardów prawniczych i biznesowych. Angażujemy się w budowę obywatelskiego państwa prawa. Bierzymy 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, żywych komentarzy do PZP i RODO, czasopisma naukowego „Co do zasady. Studia i analizy prawne” oraz licznych publikacji i opracowań.

ROZNIK 2024

RO

CZ

**WAR WSP
DYN ÓLN
SKI+ ICY.**

NIK

24

Nakład

250 egzemplarzy

Wydawca

WiW Services sp. z o.o.

Redakcja

Justyna Zandberg-Malec

Projekt graficzny i skład

Marta Duda (Dobry Skład)

Zdjęcia

Paweł Wodnicki

Druk

Drukarnia Piotra Włodarskiego

© Copyright by Wardyński i Wspólnicy sp.k., 2024

ROZNIK 2024 nie stanowi usługi doradztwa prawnego i nie powinien być podstawą do podejmowania decyzji biznesowych.

SPIS TREŚCI

- 7 **Wstęp**
- 9 **Realizacja kontraktów dla Europejskiej Agencji Kosmicznej z perspektywy polskiego wykonawcy**
Maciej Zych, Agnieszka Kubowicz
- 19 **Rozwój energetyki jądrowej w Polsce – nadchodzące wyzwania**
Igor Hanas, Jakub Steciuk
- 25 **Wpływ rozporządzenia o subsydiach zagranicznych na rynek zamówień publicznych**
Karolina Parcheniak, Martyna Skrobotowicz
- 33 **Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą: szybko i skutecznie**
Anna Prigan
- 43 **Rewolucja w planowaniu przestrzennym w Polsce**
Sylvia Moreu-Żak, Mateusz Orłowski
- 53 **Nowe ograniczenia w obrocie udziałami/akcjami spółek**
Michał Gliński, Aleksandra Szczepińska, Zuzanna Śladowska
- 63 **Nowy podział przez wyodrębnienie – najprostszy z podziałów oraz praktyczna alternatywa dla podziału przez wydzielenie i aportu**
Piotr Ząbkiewicz, Adam Strzelecki
- 71 **Jak zapewnić ciągłość prowadzenia biznesu po podziale lub połączeniu?**
Marek Dolatowski, Małgorzata Piekarska, Joanna Krakowiak
- 79 **Kontrola subsydiów zagranicznych – nowe obostrzenia w transakcjach M&A**
Andrzej Madala
- 89 **Z sądu państwowego do arbitrażu**
Monika Hartung
- 97 **Arbitraż: recepta na sprawny sąd z Moniką Hartung rozmawia Justyna Zandberg-Malec**
- 109 **Polityka podatkowa przez małe p**
Wojciech Marszałkowski, Sandra Derdoń
- 117 **Czy wewnętrzne postępowania wyjaśniające są poufne?**
Bartosz Troczyński
- 125 **Ekomarketing czy ekościema?**
Lena Marcinoska-Boulangé, dr Monika A. Górka
- 133 **W drodze ku zrównoważonym środowiskowo przedsiębiorstwom**
prof. zw. dr hab. Marek Górski, dr Adrianna Ogonowska

- 143 Zbieg odpowiedzialności karnej i administracyjnej w prawie ochrony środowiska**
Małgorzata Piekarska, Karol Maćkowiak
- 151 Ryzyka sporów sądowych w obszarze ESG**
Piotr Gołędzinowski, Weronika Nalbert
- 159 Galimatias z tytułami gier**
Lena Marcinoska-Boulangé, dr Monika A. Górka
- 167 Pakiet farmaceutyczny a ochrona danych regulacyjnych produktów leczniczych**
Joanna Krakowiak, Marcin Rytel
- 177 Zespół badawczy w badaniach klinicznych – co mówi prawo**
dr Ewa Butkiewicz, Lena Marcinoska-Boulangé, Karolina Romanowska
- 187 Zdarzenia kolejowe – czy odpowiada za nie także zarządca infrastruktury kolejowej?**
dr Maciej Kiełbowski, Mateusz Kosiorowski
- 195 Czy będą nas zwalniać algorytmy?**
dr Szymon Kubiak, Natalia Gałązka
- 205 Nowe formy zabezpieczenia roszczeń pracowników żądających przywrócenia do pracy**
dr hab. Marcin Wujczyk
- 213 Finansowy warzywniak**
Danuta Pajewska
- 221 Usprawniona procedura pre-pack na horyzoncie**
Jakub Kokowski
- 229 Kiedy transakcja to już sekurytyzacja i co to może oznaczać**
Patrik Jackiewicz, Daniel Smarduch

Szanowni Państwo,

w naszym 14. już Roczniku jak zwykle prezentujemy pełen przekrój tematów. Przechodzimy od skali makro do skali mikro: od technologii kosmicznych i energetyki jądrowej do postępowań wewnętrznych, nowych uprawnień pracowników i rogatek kolejowych.

Piszemy, co działa dobrze (choćby postępowania przed KIO), a co warto by poprawić – i jak można by to zrobić stosunkowo niewielkim nakładem sił i środków (podatki!).

Opisujemy, jak prawo unijne dba o zrównoważony rozwój, interesy pacjentów oraz konkurencyjność na rynku wewnętrznym UE – i jakie mogą być skutki uboczne tej dbałości.

Rozmawiamy o arbitrażu z przewodniczącą Rady Arbitrażowej największego sądu arbitrażowego w Polsce – i doszukujemy się wad tej metody rozwiązywania sporów (z zaletami jest znacznie łatwiej).

Rozwiewamy mity dotyczące tajemnicy adwokackiej i radcowskiej (to nie jest tak jak na filmach – i nie tak, jak się wielu osobom wydaje).

Piszemy o dobrych i nie tak dobrych praktykach w ekomarketingu i przy rejestracji tytułów gier (a przy okazji sami zapraszamy do gry).

Omawiamy nowe instytucje w transakcjach M&A i w planowaniu przestrzennym w Polsce. Piszemy o ryzyku sporów sądowych w obszarze ESG i o zbiegu odpowiedzialności karnej i administracyjnej w prawie ochrony środowiska.

Radzimy, jak sobie poradzić w nowej sytuacji faktycznej i prawnej. Jak zapewnić ciągłość prowadzenia biznesu po podziale lub połączeniu? I czy będą nas zwalniać algorytmy?

Mamy coś ciekawego dla sponsorów badań klinicznych i dla uczestników transakcji, które mogą zostać zakwalifikowane jako sekurytyzacja.

Piszemy o zmianach w prawie, na które powinni zwrócić uwagę przedsiębiorcy – choć oczywiście nie o wszystkich. Proces wydawniczy nie pozwolił nam już dłużej czekać na finalną wersję ustawy o sygnalistach. Omawiamy za to usprawnioną procedurę pre-pack, choć przyjdzie nam na nią jeszcze poczekać. Zglądamy też do finansowego warzywniaka.

W tym roku, kierując się wynikami przeprowadzonej ankiety, odeszliśmy od dotychczasowego formatu publikacji i jej kształtu graficznego (zachowując pozytywnie oceniane elementy legal design). Ciekawi jesteście Państwa wrażenia.

Zapraszamy do lektury
redakcja

Realizacja kontraktów dla Europejskiej Agencji Kosmicznej z perspektywy polskiego wykonawcy

Ostatnie lata przyniosły dynamiczny rozwój sektora technologii kosmicznych na całym świecie. Dotyczy to zarówno „tradycyjnych” programów kosmicznych o przeznaczeniu głównie badawczym i obronnym, zdominowanych przez sektor publiczny, w tym państwowe agencje kosmiczne (tzw. Old Space), jak i nowej części branży rozwijanej przez prywatne przedsiębiorstwa (np. SpaceX Elona Muska) poszukujące komercyjnych zastosowań technologii kosmicznych (tzw. New Space). Również polskie przedsiębiorstwa mają swój udział w kosmicznym boomie.



MACIEJ ZYCH

adwokat, partner, praktyka lotnicza oraz praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych



AGNIESZKA KUBOWICZ

praktyka lotnicza oraz praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



lotnictwo



nowe technologie

Krajowy przemysł kosmiczny rozwija się coraz szybciej, a istotnym motorem tego wzrostu jest Europejska Agencja Kosmiczna (ESA), do której Polska przystąpiła w 2012 r. Planowany na jesień 2024 r. lot polskiego astronauty Sławosza Uznańskiego na Międzynarodową Stację Kosmiczną w ramach misji ESA będzie więc swoistym ukoronowaniem drogi, jaką przeszedł – wciąż bardzo młody – polski sektor kosmiczny, oraz podkreśleniem roli, jaką odegrała w tym Agencja.

Choć obecnie polski sektor kosmiczny pracuje także dla firm New Space czy innych agencji kosmicznych (m.in. NASA oraz polskiej agencji POLSA), to programy ESA wciąż pozostają dla niego kluczowym źródłem zamówień, w których Polacy występują zwykle – choć nie wyłącznie – w roli podwykonawców. Udział w kontrakcie ESA, także w takiej roli, jest zaś regulowany przez dość specyficzne warunki opracowane i regularnie aktualizowane przez Agencję. Ich najnowsza wersja pochodzi z lipca 2019 r. i obejmuje odrębnie:

- ogólne zasady udzielania zamówień przez Agencję, czyli procedury przetargowe (*ESA Procurement Regulations and related Implementing Instructions*),
- ogólne warunki realizacji kontraktu (*General Clauses and Conditions for ESA Contracts*).

Czym jest i jak działa ESA?

Zanim jednak przejdziemy do przedstawienia tych warunków, warto na krótko pochylić się nad statusem prawnym samej Agencji, który istotnie rzutuje na sposób jej funkcjonowania. Przede wszystkim trzeba podkreślić, że **ESA nie jest organem ani tworem Unii Europejskiej**. Agencja powstała na mocy konwencji paryskiej z 1975 r., a wśród jej założycieli była m.in. Szwajcaria,

która nigdy nie była członkiem Wspólnoty Europejskiej ani Unii Europejskiej. Dziś konwencja paryska – a w konsekwencji również ESA – ma 22 państw członkowskich, w tym 19 członków UE oraz Norwegię, Wielką Brytanię i wspomnianą Szwajcarię. Konsekwencją pozaunijnego rodowodu Agencji jest m.in. to, że sposobu jej działania nie reguluje prawo UE, nie jest ona finansowana z budżetu Unii i nie jest zarządzana przez organy UE takie jak Komisja Europejska.

Choć zgodnie z art. I konwencji paryskiej centrala Agencji jest w Paryżu, to ESA nie jest też organizacją powołaną na podstawie prawa francuskiego. Swoją osobowość prawną ESA wywodzi wprost z art. XV konwencji, który jednocześnie przewiduje immunitet sądowy i egzekucyjny dla Agencji oraz jej personelu. ESA jest więc tzw. **międzypaństwową organizacją międzynarodową** (*intergovernmental organization, IGO*) powołaną do życia traktatem zawartym między rządami państw w sposób podobny do Unii Europejskiej, WTO, ONZ czy Międzynarodowego Funduszu Walutowego.

Od strony prawnej konsekwencją takiego statusu Agencji jest to, że działa ona przede wszystkim na podstawie przepisów konwencji paryskiej i regulacji, które sama dla siebie opracuje, oraz że nie podlega władzom żadnego państwa (z pewnymi wyjątkami).

Międzynarodowy charakter Agencji ma również istotny wymiar finansowy. Budżet ESA finansowany jest ze składek państw członkowskich, co przekłada się wprost na politykę zamówieniową Agencji w ramach mechanizmu **preferencji dla przemysłu państw członkowskich** oraz tzw. **współczynnika zwrotu ich nakładów**. Co kluczowe, art. IV Załącznika V do konwencji paryskiej przewiduje wprost, że:

Idealny podział umów zawieranych przez Agencję powinien skutkować osiągnięciem przez wszystkie kraje **współczynnika równego 1**.

Optymalnie przemysł każdego państwa członkowskiego powinien więc zarobić na kontraktach z ESA dokładnie tyle, ile dane państwo wpłaciło w składce, czyli powinna zwrócić się ona w 100% jako inwestycja we własną gospodarkę. Siłą rzeczy nie zawsze jednak uda się idealnie dopasować charakter, liczbę i wartość zamówień ESA w danym okresie rozliczeniowym do potencjału każdego państwa

WSPÓŁCZYNNIK

ZWROTU NAKŁADÓW

stosunek udziału danego państwa w wartości wszystkich kontraktów ESA do udziału tego samego państwa w składkach do budżetu Agencji.

członkowskiego oraz wysokości jego składki. Dość wąskie granice elastyczności w tym zakresie wyznacza art. IV ust. 6 Załącznika V, zgodnie z którym w żadnym wypadku współczynnik zwrotu nie powinien spadać dla poszczególnych członków poniżej poziomu 0,8 czyli „zwrotu” 80% składki w formie zamówień.

Procedura zamówieniowa ESA

Sama procedura udzielania zamówień przez Europejską Agencję Kosmiczną składa się z ośmiu etapów:

1. faza planowania i przygotowań zamówienia,
2. faza inicjacji,
3. przygotowanie zaproszenia do składania ofert (ITT od *Invitation to Tender*) lub zapytania ofertowego (RFQ od *Request for Quotation*),
4. publikacja ITT lub RFQ,
5. faza przetargowa: przygotowanie i złożenie oferty,
6. przyjęcie i ocena oferty,
7. przyznanie i złożenie zamówienia,
8. przekazanie informacji zwrotnej podmiotom, których oferty nie zostały wybrane.

W pierwszych trzech etapach, które mają charakter przygotowawczy, udział bierze sama Agencja – przynajmniej na poziomie formalnym, bo jest jasne, że opracowanie zamówienia (zwłaszcza w ramach większego programu) poprzedzać mogą konsultacje branżowe czy naukowe. Dalsze pięć etapów procedury to już interakcja między Agencją a oferentami.

Oferty składają tylko główni (generalni) wykonawcy – zwani z angielska *prime contractors* – którzy będą odpowiadać za zrealizowanie całego zamówienia bezpośrednio wobec ESA. Muszą oni jednak siłą rzeczy poprzedzić złożenie oferty zapewnieniem łańcucha podwykonawców i dostawców dostosowanego do potrzeb danego zamówienia. Jest to tym bardziej konieczne, że w przypadku kontraktów ESA – odmiennie niż np. w krajowych zamówieniach publicznych – zasadą jest **zakaz podzlecenia wykonawstwa** i każdy podwykonawca musi uzyskać bezpośrednią, uprzednią akceptację Agencji.

Ze względu na konieczny potencjał technologiczny i finansowy dla realizacji wielu, zwłaszcza poważniejszych, zamówień ESA wśród *prime contractors* dominują duże koncerny branży aerospace z Europy Zachodniej, takie jak Airbus, Thales, Sener czy Kongsberg. W takich wypadkach mniejsze przedsiębiorstwa – m.in. z Polski – występują raczej w roli podwykonawców (*subcontractors*), aczkolwiek ogółem wśród oferentów angażowanych przez ESA jest spore zróżnicowanie i bezpośrednie kontrakty od Agencji przypadają także mniejszym przedsiębiorstwom, ośrodkom badawczym czy uczelniom.

Technicznie cała procedura przetargu odbywa się za pośrednictwem elektronicznej platformy przetargowej *esa-star*, która zastąpiła używany wcześniej system EMITS. W tym systemie publikowane są informacje o otwartych oraz planowanych przetargach. Za jego pośrednictwem generalni wykonawcy składają swoje oferty. Standardowo wykonawcy mają minimum 6 tygodni na przygotowanie dokumentacji od opublikowania zaproszenia do składania ofert / zapytania ofertowego. Wyjątkiem są przetargi niekonkurencyjne, w których Agencja wyznacza krótszy czas na złożenie oferty.

Co dość ciekawe, w toku procedury podmioty biorące w niej udział nie mogą porozumiewać się bezpośrednio z przedstawicielami Agencji – dla zapewnienia transparentności procesu decyzyjnego oraz bezstronności decydentów po stronie ESA. Kontakt odbywa się tylko przez wyznaczonych przedstawicieli kontaktowych Agencji, którzy nie są merytorycznie zaangażowani w dany projekt. Jeśli w toku procedury pojawiają się jakieś pytania potencjalnych wykonawców, są one publikowane w systemie, w sposób widoczny dla wszystkich oferentów, wraz z odpowiedziami Agencji.

Wyboru oferty dokonuje Komisja ds. Oceny Ofert. Inaczej niż w krajowej (i unijnej) procedurze udzielania zamówień publicznych nie została przewidziana procedura odwoławcza od decyzji Komisji ds. Oceny Ofert w przedmiocie wyboru oferty.

Jeśli w przetargu konkurencyjnym została złożona tylko jedna oferta lub tylko jedna oferta spełnia wymagania, Komisja ds. Oceny Ofert wraz z Departamentem ds. Kontraktowania musi podjąć decyzję, czy poddać taką ofertę ocenie, czy też unieważnić przetarg i przeprowadzić go ponownie.

W ciągu 10 dni kalendarzowych od zakończenia procedury zamówieniowej podmioty, których oferty nie zostały wybrane, mogą

tylko wnieść o przedstawienie powodów niewybrania oferty. Następnie, w ciągu 20 dni kalendarzowych od wniesienia pisma przez podmiot, Agencja przedstawia powody niewybrania oferty, zwykle za pośrednictwem telekonferencji.

Choć opis trybu udzielania zamówień przez ESA może przywołać na myśl procedurę zamówień publicznych znaną z polskiego (i europejskiego) prawa, to jednak są między nimi istotne różnice. Przede wszystkim ESA ma znacznie szerszą swobodę decyzyjną przy wyborze oferty, którego nie można podważać na drodze odwoławczej i który podlega mniej ścisłym kryteriom. W szczególności, odmiennie od krajowych rynków zamówień publicznych, prymatu nie musi odgrywać cena. Agencja oczywiście musi poruszać się w ramach posiadanego budżetu, ale na mocy samej konwencji paryskiej ma prawny obowiązek preferować oferentów z państw członkowskich oraz dążyć do rozłożenia kontraktów w sposób proporcjonalny do wpłaconych składek.

Warunki realizacji kontraktów ESA

Udzielenie zamówienia przez ESA polega na zawarciu z wybranym wykonawcą kontraktu opartego o wzorzec umowny zwany *General Clauses and Conditions (GCC) of the European Space Agency*. Jak już wspomniano, najnowsza wersja tego wzoru pochodzi z lipca 2019 r. i obowiązuje do dziś. Jest to – w porównaniu do formularzy używanych w niektórych branżach – dosyć syntetyczny dokument, jednak wciąż liczy sobie (wraz z wariantami) prawie 100 stron. Reguluje standardowy zakres warunków takich jak ustalenie ceny i przesłanki jej zapłaty, rozkład odpowiedzialności stron, podstawy do odstąpienia i konsekwencje naruszenia zobowiązań. Zaprezentujemy tu bliżej tylko wybrane zagadnienia GCC, które są szczególnie specyficzne dla kontraktów ESA bądź z innych powodów mogą być zaskakujące dla polskiego (pod)wykonawcy.

Podwykonawcy i kluczowy personel

Jak już wspomnieliśmy, GCC (Klauzula 10) zakazuje angażowania podwykonawców bez ich uprzedniej akceptacji przez ESA, która powinna znaleźć wyraz albo w warunkach samego kontraktu,

albo w formie formalnej modyfikacji warunków umowy za pośrednictwem tzw. *Contract Change Notice*, czyli polecenia zmiany. Wprowadzenie podwykonawcy z pominięciem tego trybu stanowi poważne naruszenie kontraktu i uprawnia ESA do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy. Jest to rozwiązanie wyraźnie odmienne od polskiego prawa, które co do zasady pozwala angażować podwykonawców, a brak zgody czy sprzeciw zamawiającego prowadzi zwykle tylko do pozbawienia podwykonawcy roszczenia bezpośredniego o zapłatę od zamawiającego w trybie solidarnej odpowiedzialności, którego – *nota bene* – GCC nie przewiduje. Kwestia rozliczeń między podwykonawcą a generalnym wykonawcą zawsze zamyka się w wewnętrznej relacji tych dwóch podmiotów.

W tym kontekście warto wspomnieć, że Klauzula 10.4 GCC nakazuje, aby warunki umowy podwykonawczej zapewniały skuteczność praw zastrzeżonych Agencji na mocy GCC. W praktyce oznacza to, że choć umowa z podwykonawcą nie musi ściśle rzecz biorąc podlegać GCC czy dosłownie kopiować jego postanowień, to jednak w praktyce powinna mieć co do kluczowego zakresu formułę *back-to-back*, czyli zapewniać pełne przeniesienie konsekwencji prawnych ponoszonych przez generalnego wykonawcę wobec Agencji na poziom jego relacji z podwykonawcą (np. w zakresie odpowiedzialności za opóźnienie, wady czy rozliczeń w razie odstąpienia od kontraktu).

Postanowienia GCC nie tylko zakazują podzlecania prac innym podmiotom bez wcześniejszej zgody, ale zapewniają Agencji kontrolę nad dobrem tzw. kluczowego personelu (ang. *key personnel*) wykonawcy oddelegowanego do danego kontraktu. Zgodnie z Klauzulą 9 GCC kontrakt powinien być wykonywany przez konkretne osoby wskazane jako kluczowy personel, a ich zmiana musi być notyfikowana Agencji wraz z wyjaśnieniem, wobec czego ESA może zgłosić sprzeciw. Co więcej, ESA zastrzega sobie prawo zażądania – wprawdzie z uzasadnionych przyczyn – zmiany kluczowego personelu oddelegowanego do zadania przez wykonawcę. Są to postanowienia bardzo dalekie od standardu znanego z polskiego prawa, które generalnie pozostawiają wykonawcy dobór własnego personelu na własne ryzyko.

Wzajemne wyłączenie roszczeń (cross-waiver)

Podwyższone ryzyko innowacji, jakie niesie ze sobą realizacja programów kosmicznych, jest podstawą dla specyficznych postanowień ograniczających wzajemną odpowiedzialność za szkody. Klauzula 18 przewiduje tzw. *cross-waiver*, czyli wzajemne wyłączenie roszczeń o charakterze odszkodowawczym między wykonawcą a ESA oraz ich podwykonawcami, przedstawicielami i konsultantami, zarówno w zakresie szkody na osobie, jak i na mieniu. Wykonawca ma obowiązek zapewnić, że takie wyłączenie roszczeń zostanie wprowadzone do jego umów podwykonawczych oraz że posiadane polisy ubezpieczeniowe będą wyłączać tzw. regres ubezpieczyciela do bezpośredniego sprawcy szkody.

Oczywiście są pewne wyjątki, gdzie odpowiedzialność odszkodowawcza zostanie zachowana – np. w razie wyrządzenia szkody umyślnie lub przez rażące niedbalstwo – ogółem jest to jednak bardzo nietypowe rozwiązanie, rzadko spotykane i akceptowane poza branżą kosmiczną. Choć w pewnym sensie rozwiązanie to jest sprawiedliwe – nakazuje każdemu uczestnikowi ponosić własne ryzyko udziału w ryzykownych przedsięwzięciach – niewątpliwie łatwiej jest je przyjąć Agencji czy dużym przedsiębiorstwom, które mają wystarczające rezerwy majątkowe, niż małym podwykonawcom. Optymalnie ryzyka takie powinno niwelować się poprzez zapewnienie odpowiedniej ochrony ubezpieczeniowej, co jednak znacząco utrudnia ograniczona dostępność produktów ubezpieczeniowych dla sektora kosmicznego, zwłaszcza na polskim rynku ubezpieczeń.

Rozstrzygnięcie sporów i prawo właściwe

Procedura rozstrzygnięcia sporów w ramach GCC uwzględnia immunitet Agencji wynikający z konwencji paryskiej, który chroni ją przed wytoczeniem procesu przed sądami krajowymi państw członkowskich. Z tego powodu konwencja nakazuje ESA, by zawierała w swoich umowach zapisy na arbitraż oraz klauzulę wyboru prawa właściwego dla umowy, i jednocześnie wyłącza immunitet w odniesieniu do wyroków arbitrażowych zapadłych w takim trybie.

Klauzula 35 GCC jest dostosowana do powyższych postanowień i przewiduje trójstopniowy system rozwiązywania sporów, które powinny być najpierw przedmiotem bezpośrednich negocjacji,

a gdy te nie doprowadzą do polubownego rozwiązania, spór należy poddać pod rozstrzygnięcie tzw. komisji rozjemczej (ang. *Dispute Adjudication Board*, DAB). Jest to jednak raczej ciało doradcze, które proponuje rozstrzygnięcie sporu, ale strony nie stają się nim związane bez swojej zgody – każda może odwołać się do arbitrażu.

GCC pozostawia szczegóły postępowania arbitrażowego oraz prawa właściwego dla umowy i sporu do ustalenia w danym kontrakcie. Domyślnie przewiduje arbitraż przed Sądem Arbitrażowym Międzynarodowej Izby Handlowej w Paryżu (ang. *International Chamber of Commerce*, ICC), jednej z bardziej renomowanych instytucji arbitrażowych.

Ad astra per aspera

Mimo pewnej specyfiki stosowanych rozwiązań prawnych (a może dzięki nim), z którymi perspektywiczni wykonawcy z pewnością powinni się zaznajomić, ESA funkcjonuje sprawnie i realizuje coraz to ambitniejsze programy, z rosnącym zaangażowaniem polskiej branży. Miejmy nadzieję, że taka trajektoria zostanie zachowana i – jak dotychczas – jedynymi prawami, z którymi walczyć musi sektor kosmiczny, będą prawa fizyki.

Rozwój energetyki jądrowej w Polsce – nadchodzące wyzwania

Rok 2023 przyniósł znaczące postępy w rozwoju projektów energetyki jądrowej w Polsce. Ten sektor ma być jednym z głównych elementów przebudowy systemu energetycznego opartego obecnie na paliwach kopalnych. Istotne decyzje polityczne i administracyjne zapadły zarówno w odniesieniu do dużych reaktorów o mocy ponad 1 000 MWe, jak i małych reaktorów modułowych o mocy do 300 MW (ang. SMR – small modular reactors). Dzięki nowelizacji specustawy jądrowej inwestorzy złożyli pierwsze wnioski o wydanie decyzji zasadniczych dla poszczególnych projektów. Ich zaawansowanie w ścieżce inwestycyjnej postępuje, podobnie jak ogólny rozwój świadomości społeczeństwa o energetyce jądrowej.



IGOR HANAS

adwokat, wspólnik współodpowiedzialny
za praktykę energetyczną



JAKUB STECIUK

praktyka energetyczna

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



energetyka

→
ustawa z dnia 29 czerwca 2011 r. o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących

Rok 2023 odznaczył się w rozwoju polskiej energetyki jądrowej, ponieważ inwestorzy oraz organy administracji publicznej po raz pierwszy zastosowały znowelizowane przepisy **specustawy jądrowej**, co umożliwiło wydanie pierwszych decyzji zasadniczych, środowiskowych i lokalizacyjnych.

Najbardziej zaawansowany jest projekt realizowany w rejonie Choczewa przez inwestora Polskie Elektrownie Jądrowe sp. z o.o. o mocy do 3759 MWe, we współpracy z konsorcjum Westinghouse Electric Company/Bechtel, które zbuduje i dostarczy reaktory wodne ciśnieniowe typu AP1000. Inwestor pozyskał decyzje i uzgodnienia wymagane na tym etapie, a pod koniec roku Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. wydały spółce Polskie Elektrownie Jądrowe także warunki przyłączenia. Z końcem września 2023 r. strony podpisały *Engineering Service Contract*, którego przedmiotem jest zaprojektowanie głównych komponentów elektrowni jądrowej: wyspy jądrowej, wyspy turbinowej oraz instalacji towarzyszących.

Warto również zwrócić uwagę na projekty SMR realizowane m.in. przez Orlen Synthos Green Energy wraz z GE Hitachi (BWRX 300). Orlen Synthos Green Energy uzyskał w grudniu 2023 r. decyzje zasadnicze dla sześciu projektów.

Poparcie dla energetyki jądrowej ciągle rośnie

Jeszcze kilka lat temu poparcie dla projektów jądrowych deklarowała nieco ponad połowa społeczeństwa. Jednak w ostatnich latach poparcie dla tych projektów także znacząco wzrosło.

Badania przeprowadzane co roku przez Ministerstwo Klimatu i Środowiska wskazują, że w ubiegłym roku 90% ankietowanych wyraziło poparcie dla elektrowni jądrowych w naszym kraju, a tylko 10% jest przeciwnego zdania. Polskie społeczeństwo jest zatem zgodne, że energetyka jądrowa powinna stanowić część naszego energetycznego miksu.

Na świecie energetyka jądrowa będzie miała się coraz lepiej

Poparcie dla projektów jądrowych w Polsce zbiega się także z rozwojem tego sektora poza granicami kraju. W perspektywie globalnej obecnie buduje się 59 reaktorów.

W samej Europie aktualnie w realizacji jest 13 reaktorów, nie wliczając w to reaktorów planowanych. Świadczy to o tym, że energetyka jądrowa będzie miała znaczący udział dla transformacji energetycznej obok odnawialnych źródeł energii, a Polska wpisuje się w ten trend. Warto podkreślić, że unijne rozporządzenie **Taksonomia** ujmuje energetykę jądrową jako jeden z rodzajów technologii zrównoważonej środowiskowo.

Więcej na temat rozporządzenia Taksonomia na s.138

Formalno-prawne etapy realizacji projektów elektrowni jądrowych

Proces inwestycyjny jądrowy charakteryzuje się szczególną reglamentacją prawną z uwagi na kwestie bezpieczeństwa związane z promieniowaniem jonizującym. Źródłem bezemisyjnej energii elektrycznej w elektrowni jądrowej jest bowiem łańcuchowa reakcja rozszczepienia jąder atomowych w reaktorze, czemu towarzyszy promieniowanie jonizujące. Stąd dodatkowy nadzór ze strony wyspecjalizowanego organu dozoru jądrowego, jakim jest Prezes Państwowej Agencji Atomistyki (Prezes PAA), jeszcze przed dopuszczeniem elektrowni do eksploatacji.

Oprócz aktów administracyjnych wydawanych przez właściwe organy administracji publicznej w toku właściwego postępowania inwestycyjnego należy także wymienić akty szczególne dla reglamentacji działalności związanej z narażeniem na promieniowanie jonizujące, które są wymagane w przypadku realizacji inwestycji obiektów energetyki jądrowej.

Prawo atomowe wymienia, jakie dokładnie akty administracyjne zostaną wydane w ramach wykonywania działalności związanej z narażeniem na promieniowanie jonizujące. Są to:

- zezwolenie na budowę obiektu jądrowego,
- zezwolenie na rozruch obiektu jądrowego,
- zezwolenie na eksploatację obiektu jądrowego.

←
ustawa z dnia 29 listopada 2000 r. – Prawo atomowe

Decyzje te z punktu widzenia projektów jądrowych będą miały fundamentalne znaczenie dla ich pełnej operacyjności i stwierdzenia, że projekty spełniają wymogi bezpieczeństwa przewidziane prawem.

Dlatego też od 2022 r. widzimy postępujący rozwój kompetencji Państwowej Agencji Atomistyki oraz zaplecza osobowego tego urzędu.

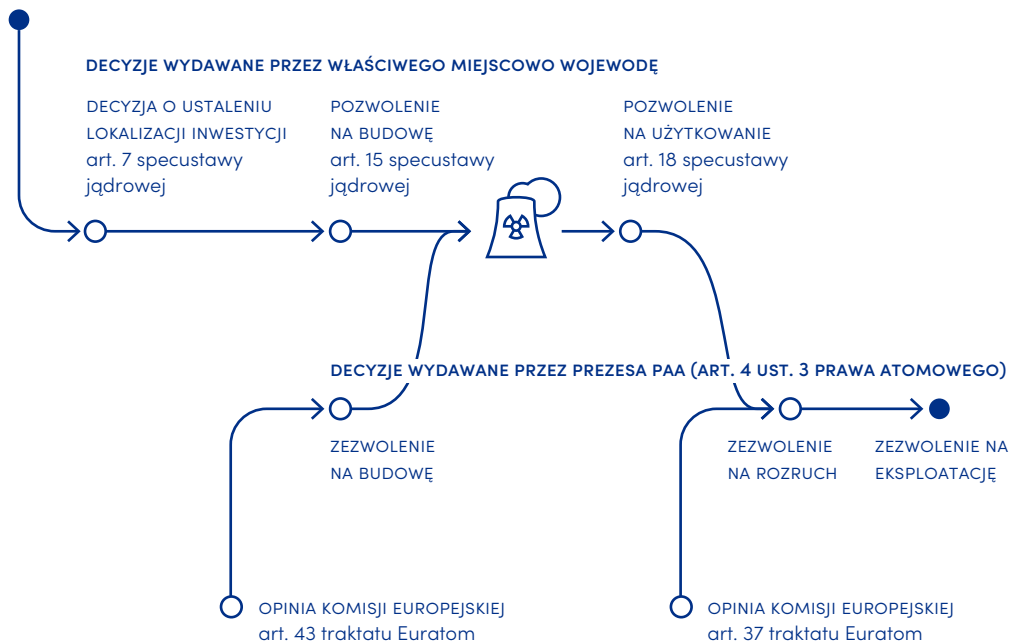
Należy przyjąć, że dopiero w 2025 r., po zrealizowaniu projektów technicznych elektrowni jądrowych, inwestorzy ze spółką Polskie Elektrownie Jądrowe na czele złożą pierwsze wnioski o wydanie zezwolenia i pozwolenia na budowę pierwszych reaktorów jądrowych.

UPROSZCZONA KOLEJNOŚĆ UZYSKIWANIA DECYZJI PRZY BUDOWIE ELEKTROWNI JĄDROWEJ

DECYZJA WYDAWANA PRZEZ MINISTRA DS. ENERGII

DECYZJA ZASADNICZA

art. 3a specustawy jądrowej



Perspektywa na rok 2024

Rok 2024 będzie cechował się postępującym zaawansowaniem prac projektowych dla planowanych inwestycji jądrowych. Możemy spodziewać się także, że inwestorzy oraz wykonawcy będą wybierać kolejnych podwykonawców oraz przymierzać się do składania wniosków o wydanie nowych decyzji pozwalających rozpocząć proces inwestycyjny lub doprowadzić go do końca. Projekt Polskich Elektrowni Jądrowych, który jest najbliższej złożenia wniosków o wydanie pozwolenia i zezwolenia na budowę, ma na ten moment największą szansę na zrealizowanie swoich założonych planów i celów w zakresie oddania pierwszej polskiej elektrowni jądrowej do eksploatacji w roku 2033.

Podsumowanie

Rok 2024 zapowiada się równie dynamicznie co ubiegły. Możemy liczyć na wzrost aktywności zarówno po stronie inwestorów, jak i organu dozoru jądrowego. Zobaczymy stosowanie przepisów prawa energetyki jądrowej w praktyce, a także realizację chyba najbardziej skomplikowanych technologicznie inwestycji w energetyce, wymagającej udziału podwykonawców z różnych branż.

Na koniec należy przypomnieć, że inwestycje w obiekty energetyki jądrowej w Polsce wiążą się z wysokim poziomem szczególności regulacyjnej, które powodują po stronie inwestorskiej i wykonawczej oraz organów administracji publicznej wiele wyzwań wymagających zintegrowanego podejścia oraz wielostronnej analizy prawnej i technicznej.

Ze względu na brak wielu regulacji i standardów regulujących proces budowy i eksploatacji takich obiektów należy spodziewać się w najbliższych latach również intensywnych prac legislacyjnych. Powstaną zapewne nowe akty prawne, z którymi polski przemysł do tej pory nie miał do czynienia. I polskie, i zagraniczne podmioty powinny monitorować proces ich powstawania, jeżeli chcą uczestniczyć w budowie i eksploatacji elektrowni jądrowych.

Skuteczne zarządzanie rozwojem sektora energetyki jądrowej wymaga współpracy między różnymi interesariuszami oraz państwem, w tym przestrzegania najwyższych standardów bezpieczeństwa.

Wpływ rozporządzenia o subsydiach zagranicznych na rynek zamówień publicznych

Wkłady finansowe pochodzące z państw trzecich zakłócają konkurencyjność na rynku wewnętrznym UE. Mają temu przeciwdziałać przepisy nowego rozporządzenia UE. Pod lupą Komisji Europejskiej znajdują się wykonawcy zamówień publicznych będący beneficjentami subsydiów pochodzących spoza wspólnoty.



KAROLINA PARCHENIAK

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



MARTYNA SKROBOTOWICZ

praktyka infrastruktury, transportu,
zamówień publicznych i PPP

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



zamówienia publiczne

Rynek wewnętrzny Unii Europejskiej jest zbudowany na koncepcji społecznej gospodarki rynkowej o wysokiej konkurencyjności. Państwa członkowskie mają ograniczoną możliwość finansowania przedsiębiorstw działających na rynku wspólnotowym – zgodnie z założeniem, że konkurencja powinna być oparta na kryteriach merytorycznych, a nieuzasadniona pomoc państwa zniekształca sytuację rynkową. W tym celu prawodawca unijny ukształtował restrykcyjny system kontroli przyznawania pomocy publicznej. Te zasady dotyczyły dotychczas jedynie państw członkowskich Unii Europejskiej, a środki pochodzące od państw trzecich nie podlegały kontroli unijnych instytucji.

W ostatnich latach ujawniły się jednak jaskrawe przykłady naruszania konkurencji na rynku wewnątrz wspólnotowym przez podmioty finansowane przez państwa trzecie. W szczególności pandemia okazała się trudnym okresem dla europejskich przedsiębiorstw, które wpadały w przejściowe problemy finansowe, a pomoc państwa była reglamentowana. Tę sytuację wykorzystywały podmioty, które dzięki strumieniom pieniędzy płynącym spoza wspólnoty mogły przejmować części europejskich przedsiębiorstw, dominować kolejne sektory gospodarki, a także składać bezkonkurencyjne oferty w zamówieniach publicznych. Instytucje europejskie nie dysponowały środkiem prawnym, który mógłby temu przeciwdziałać.

Sytuację zmieniło [rozporządzenie](#), które weszło w życie 12 stycznia 2023 r. To kompleksowa regulacja, która uzbroiła Komisję Europejską w uprawnienia kontrolne w celu ochrony konkurencji na rynku wewnętrznym. Rozporządzenie obejmuje zasadniczo wszystkie przedsiębiorstwa prowadzące działalność gospodarczą w Unii, które są beneficjentami pomocy publicznej z państw trzecich. W szczególności działalność Komisji skupia się na kontrolowaniu koncentracji przedsiębiorstw oraz udzielaniu zamówień publicznych. W tym artykule skupiamy się na regulacjach dotyczących rynku zamówień publicznych oraz wynikających z nich nowych obowiązków wykonawców oraz zamawiających.

→ rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE z 2022/2560 z dnia 14 grudnia 2022 roku w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny

→ o wpływie rozporządzenia na kontrolę koncentracji przedsiębiorstw piszemy w artykule na s. 79

Co to jest subsydlum zagraniczne?

Przede wszystkim warto podkreślić, że subsydlia zagraniczne nie są zabronione, a rozporządzenie nie może ingerować w sam fakt udzielania subsydlów przez państwa trzecie – w przeciwieństwie do pomocy państwa przyznawanej przez państwa członkowskie, która zasadniczo jest reglamentowana. Dlatego rozporządzenie daje Komisji Europejskiej narzędzia do badania zakłóceń na rynku wewnętrznym dopiero w sytuacji, gdy subsydlum poprawia (lub może poprawić) pozycję konkurencyjną danego przedsiębiorstwa działającego na rynku wspólnotowym.

W praktyce subsydlum zagraniczne będzie potencjalnie przedmiotem zainteresowania Komisji Europejskiej, gdy faktycznie lub potencjalnie negatywnie wpływa na konkurencję na rynku wewnętrznym. Z tych względów subsydlum zagraniczne zostało zdefiniowane bardzo szeroko. Zgodnie z przepisami rozporządzenia przez wkład finansowy rozumieć należy m.in.:

- **przeniesienie funduszy lub zobowiązań**, np. zastrzyki kapitałowe, dotacje, pożyczki, gwarancje kredytowe, zachęty podatkowe, kompensowanie strat z działalności operacyjnej, umorzenia podatkowe,
- **zrzeczenie się dochodów**, które w przeciwnym razie są należne, np. zwolnienia z podatku lub przyznanie specjalnych lub wyłącznych praw bez otrzymania odpowiedniego wynagrodzenia,
- **dostawę towarów lub usług bądź zakup towarów lub usług**.

W sytuacjach niejednoznacznych obowiązuje zasada obiektywnej oceny opłacalności wkładu, zgodnie z którą wkład finansowy powinien przynosić korzyść przedsiębiorstwu prowadzącemu działalność gospodarczą na rynku wewnętrznym. Chodzi więc o zdarzenia, gdy korzyści takiej nie można było uzyskać w normalnych warunkach rynkowych.

Aby wkład własny został zaklasyfikowany jako subsydlum zagraniczne, nie musi być on wnoszony bezpośrednio przez instytucję rządową państwa obcego. Rozporządzenie przewiduje, że wkłady przekazywane przez zagraniczne podmioty publiczne oraz prywatne, których działania można przypisać państwu trzeciemu, również powinny być traktowane jak subsydlia pochodzące od państwa trzeciego oraz poddawane stosownej kontroli.

SUBSYDLUM ZAGRANICZNE

Wkład finansowy wniesiony, bezpośrednio lub pośrednio, przez państwo trzecie (spoza UE), który przynosi korzyść przedsiębiorstwu prowadzącemu działalność gospodarczą na rynku wewnętrznym i który jest ograniczony do co najmniej jednego przedsiębiorstwa lub co najmniej jednej branży.

Nie bez znaczenia jest także określenie momentu przyznania wsparcia finansowego. Aby zapobiegać nadużyciom związanym z obchodzeniem terminu, ustawodawca przyjął, że subsydia zagraniczne uznaje się za przyznane od momentu, w którym beneficjent uzyskuje uprawnienie do otrzymania subsydium zagranicznego. Zatem wkład pieniężny będzie objęty zakresem rozporządzenia, nawet jeśli nie nastąpiła jego rzeczywista wypłata.

Jak wysokie subsydia poddawane są badaniom?

Ustawodawca wprowadził progi kwotowe, które pozwalają na wstępne zakwalifikowanie subsydium zagranicznego. W rozporządzeniu przyjęto, że:

- jest mało prawdopodobne, by zakłócały rynek wewnętrzny subsydia przekazane jednemu przedsiębiorstwu, które nie przekraczają **4 mln EUR** w okresie kolejnych trzech lat,
- rynku wewnętrznego nie zakłóca subsydia, którego całkowita kwota dla przedsiębiorstwa nie przekracza **kwoty pomocy de minimis** na każde państwo trzecie w ciągu dowolnego okresu trzech kolejnych lat. Próg ten jest różny dla poszczególnych branż, zasadniczo wynosi 200 tys. EUR.

→ Kwota pomocy de minimis jest określona w art. 3 ust. 2 rozporządzenia Komisji (UE) nr 1407/2013.

Procedura kontrolna

→ Procedura kontrolna w zamówieniach publicznych przebiega różnie, w zależności od wysokości wkładów zagranicznych, wielkości zamówienia i tego, czy zostało ono podzielone na części.

Co do zasady wykonawcy muszą zgłaszać zagraniczne wkłady finansowe:

- gdy szacunkowa wartość zamówienia lub umowy ramowej jest równa **250 mln EUR** lub wyższa,
- w przypadku zamówień podzielonych na części – gdy szacunkowa wartość całego zamówienia przekracza próg 250 mln EUR, a wartość danej części lub łączna wartość wszystkich części, o które ubiega się oferent, jest równa **125 mln EUR** lub wyższa.

→ Procedura została szczegółowo uregulowana w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej 2023/1441 z 10 lipca 2023 r.

Jeżeli opisane wyżej warunki zostały spełnione, to wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają **zgłoszenie**, w którym powiadamiają instytucję zamawiającą o wszystkich zagranicznych wkładach finansowych przekraczających łącznie próg **4 mln EUR**.

We wszystkich innych przypadkach wykonawcy składają **oświadczenie**, w którym wymieniają wszystkie otrzymane zagraniczne wkłady finansowe i potwierdzają, że nie podlegają one zgłoszeniu.

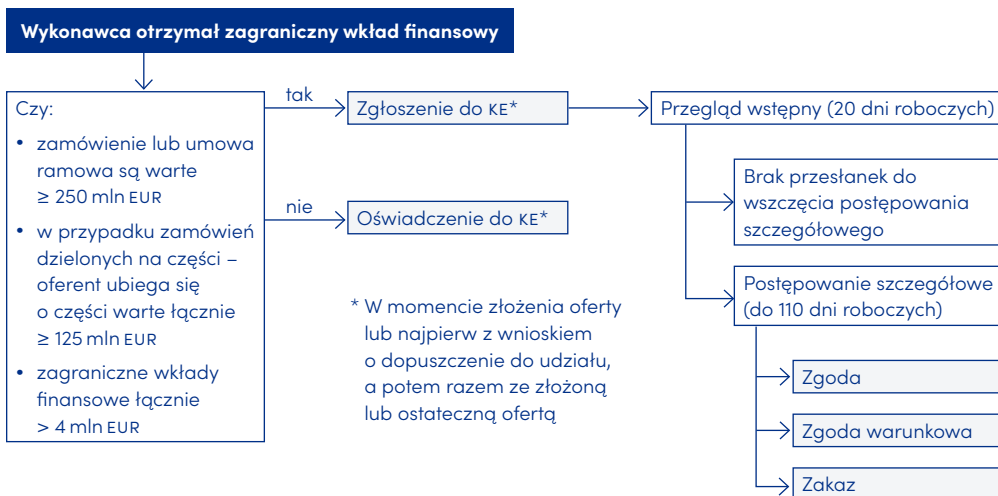
Zasadą jest, że zgłoszenie lub oświadczenie przedkłada się wyłącznie raz, w momencie złożenia oferty. Jeśli jednak postępowanie jest wieloetapowe, przedkłada się je dwukrotnie: najpierw wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału, a potem jako zaktualizowane zgłoszenie lub zaktualizowane oświadczenie wraz ze złożoną ofertą lub ostateczną ofertą.

Obowiązek notyfikacji obejmuje subsydia otrzymane przez wykonawcę, a także jego spółki zależne bez autonomii handlowej oraz jego spółki holdingowe. W stosownych przypadkach główni podwykonawcy i dostawcy wykonawcy uczestniczący w tej samej ofercie w postępowaniu o udzielenie zamówienia również objęci są obowiązkiem zgłoszenia, jeśli otrzymali w ciągu trzech lat poprzedzających zgłoszenie (lub, w stosownych przypadkach, zaktualizowane zgłoszenie) łączne wkłady finansowe równe 4 mln EUR lub wyższe na każde państwo trzecie.

Zamawiający przekazuje zgłoszenia i oświadczenia do Komisji Europejskiej, inicjując tym sposobem etap przeglądu wstępnego, trwający co do zasady 20 dni roboczych. Na podstawie własnych ustaleń (w tym w oparciu o dokumenty, których KE może żądać ponad zawiadomienie), Komisja podejmuje decyzję, czy wszcząć postępowanie szczegółowe, o czym następnie niezwłocznie informuje wykonawcę oraz instytucję zamawiającą.

Postępowanie szczegółowe powinno trwać do 110 dni roboczych, a w jego wyniku mogą zapaść następujące decyzje Komisji:

- nie stwierdzi ona, że dany wykonawca korzysta z subsydium zagranicznego, które zakłóca rynek wewnętrzny,
- stwierdzi ona, że wykonawca korzysta z subsydium zagranicznego, które zakłóca rynek wewnętrzny w rozumieniu rozporządzenia, ale dany wykonawca zaproponował zobowiązania, które całkowicie i skutecznie zaradzają zakłóceniom na rynku



- wewnętrznym (przyjmowany jest wtedy akt wykonawczy w formie decyzji nakładającej zobowiązania na wykonawcę),
- gdy dany wykonawca nie proponuje zobowiązań zaradczych lub gdy zaproponowane zobowiązania nie są ani odpowiednie, ani wystarczające do całkowitego i skutecznego zaradzenia zakłóceniom, Komisja przyjmuje akt wykonawczy w formie decyzji zakazującej udzielenia zamówienia danemu wykonawcy. W następstwie tej decyzji instytucja zamawiająca odrzuca ofertę danego wykonawcy.

Wykonawca powinien współpracować z Komisją Europejską w toku badania i rzetelnie raportować o otrzymanych wkładach finansowych (w toku udzielania zamówienia). Rozporządzenie przewiduje grzywny za zaniechania lub zaniebdania w przedstawianiu informacji o badanym przedsiębiorstwie (do 1% obrotu), a także za opóźnienia w przedstawianiu żądanych informacji (do 5% średniego obrotu za każdy dzień opóźnienia). Karane może być także celowe lub przez zaniebdanie niezgłoszenie zagranicznych wkładów finansowych podczas postępowania o udzielenie zamówienia, w tym obejście lub próba obejścia wymogów dotyczących zgłaszania subsydiów. W tym przypadku grzywna nie może przekroczyć 10% łącznego obrotu przedsiębiorstwa w poprzednim roku obrotowym.

Wpływ rozporządzenia na rynek zamówień

Obowiązek notyfikacyjny wynikający z rozporządzenia kłóci się z postulatem zmniejszania formalizmu zamówień. Zdaniem KE to poświęcenie jest jednak kompensowane zwiększeniem poziomu konkurencji na rynku wewnętrznym. Krótki czas obowiązywania rozporządzenia uniemożliwia ocenę realizacji tego celu (do tego niezbędna jest praktyka stosowania przepisów, a to przed nami). Można się jednak spodziewać, że Komisja, wykonując swoje nowe obowiązki, będzie korzystać z dorobku zbudowanego w związku ze stosowaną dotychczas kontrolą pomocy publicznej przyznawanej przez państwa członkowskie UE, a więc wdrożenie przepisów (na szczeblu unijnym) powinno przebiegać sprawnie. Akty Komisji przyjmowane na podstawie rozporządzenia będą podlegać kontroli Trybunału Sprawiedliwości UE, co również nie wpłynie na przyspieszenie procesu.

Na pewno, ze względu na progi kwotowe, skutki nowych przepisów odczują zamawiający organizujący największe przetargi. Jednocześnie to właśnie postępowania o najwyższych wartościach cieszą się zainteresowaniem wykonawców zagranicznych, którzy są największymi beneficjentami wkładów zagranicznych. Procedura kontrolna może stanowić więc pewnego rodzaju barierę dla wykonawców spoza wspólnoty, którzy mogą rezygnować ze składania ofert w europejskich przetargach w obawie przed ich odrzuceniem. Czy zatem wzmożona ochrona rynku wewnętrznego nie ograniczy dostępu do zagranicznego know-how? Może się jednak równie dobrze okazać, że doprowadzi ona do mobilizacji i poprawienia sytuacji wykonawców europejskich, co byłoby dodatkową korzyścią płynącą z rozporządzenia.

Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą: szybko i skutecznie

W zamówieniach publicznych odwołania wykonawców są właściwie normą. To skutek uboczny sprawności i szybkości postępowań przed KIO. Wniesienie odwołania w 69% przypadków prowadzi do zmiany decyzji zamawiającego. Kluczem jest szybkie działanie i dobre przygotowanie zarzutów.



ANNA PRIGAN

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

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



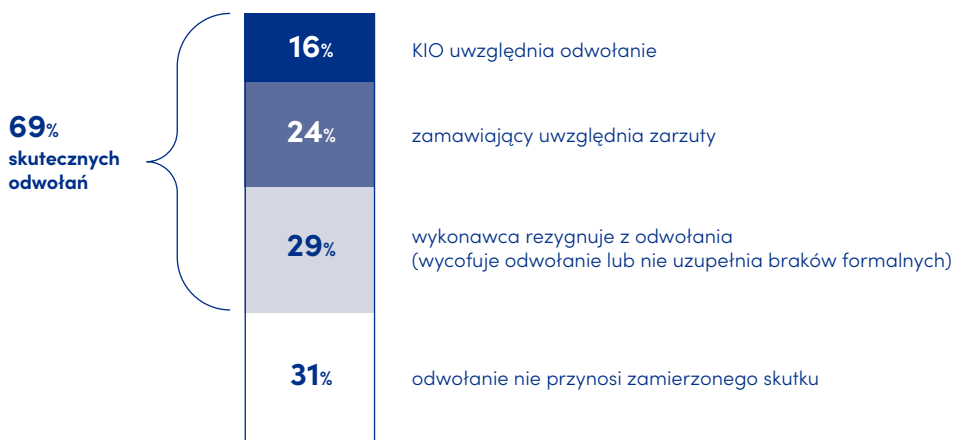
zamówienia publiczne

Polskie postępowania odwoławcze są jednymi z najszybszych w całej Unii Europejskiej. Od wniesienia odwołania do wydania wyroku upływają tylko dwa-trzy tygodnie. Wszystkie odwołania są rozpoznawane przez jeden organ: Krajową Izbę Odwoławczą z siedzibą w Warszawie. W skład Izby wchodzi obecnie 46 arbitrów. Trafia do niej ponad 3500 odwołań rocznie (w 2022 r. – 3514, w 2023 r. – ponad 200 więcej). Około połowa z nich jest rozpoznawana merytorycznie.

Odwołanie – czy warto?

Odwołanie można wnieść wobec wszystkich czynności i zaniechań zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym od zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, kiedy zamawiający był do tego zobowiązany. Duża konkurencja wśród wykonawców zamówień sprawia, że z każdym rokiem odwołań jest coraz więcej. W dużych zamówieniach kwestionowanie prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej jest w zasadzie regułą. Wykonawcy, których oferta nie została wybrana, szczególnie ci z drugiego miejsca w rankingu ofert, często traktują odwołanie jako rutynowy element postępowania.

Koszty związane z wniesieniem odwołania nie są niskie, ale wykonawcy zwykle uwzględniają je w budżecie przeznaczonym na udział w postępowaniu. Chociaż w 2022 r. KIO uwzględniła tylko 16% z wniesionych odwołań, to faktyczna skuteczność odwołań jest znacznie wyższa, zważywszy że 24% wniesionych odwołań zostało wycofanych, dla kolejnych 5% nie uzupełniono braków formalnych, a w przypadku kolejnych 24% zamawiający uwzględnił zarzuty. Można przyjąć zatem, że wniesienie odwołania doprowadziło do zmiany decyzji zamawiającego w 69% przypadków. I w dodatku ponad połowa odwołań prowadzi do rewizji czynności zamawiającego jeszcze przed rozprawą, z jego własnej inicjatywy. Już z tego tylko powodu warto się odwoływać.



Wniesienie odwołania

Na podjęcie decyzji o wniesieniu odwołania i jego przygotowanie jest niewiele czasu: zasadniczo w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne tylko 5 dni, w tych o większej wartości – 10 dni od powzięcia wiedzy o niezgodnej z ustawą Prawo zamówień publicznych czynności zamawiającego. Na dodatek w wielu przypadkach zamawiający udostępnia dokumenty, które są źródłem wiedzy o istnieniu podstaw odwoławczych, dopiero po podjęciu czynności, która będzie kwestionowana odwołaniem. Dlatego czas na pracę nad odwołaniem jest jeszcze krótszy, a jego przygotowanie często zaczyna się od pewnych założeń, które są weryfikowane w toku pisania odwołania. Oznacza to, że na zebranie dowodów na poparcie zarzutów odwołania jest bardzo mało czasu. Nawet biorąc pod uwagę, że dowody można przedstawić dopiero na rozprawie. Najtrudniejsze jest bowiem prawidłowe postawienie zarzutu odwołania. Żeby to zrobić, trzeba prawidłowo ustalić stan faktyczny sprawy.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Można złożyć je w biurze podawczym Izby albo wniesić elektronicznie, za pomocą elektronicznej skrzynki podawczej Izby, z wykorzystaniem platformy ePUAP. Potrzebny jest do tego podpis elektroniczny, chociaż niekoniecznie kwalifikowany. Wniesienie odwołania po terminie jest nieskuteczne. Nie wystarczy, aby przed

upływem terminu nadać je na pocztę: musi w wyznaczonym czasie trafić do Izby. Równolegle kopię odwołania należy przekazać zamawiającemu: e-mailem, za pośrednictwem platformy elektronicznej, na której prowadzone jest postępowanie, albo osobiście.

→
Art. 516 p.z.p.

Odwołanie jest dość sformalizowanym dokumentem. Art. 516 p.z.p. wymienia jego niezbędne elementy (jeśli wnosimy odwołanie elektronicznie, formularz na platformie ePUAP przeprowadzi nas przez wszystkie niezbędne elementy odwołania). Najważniejsze z tych elementów to przedstawienie zarzutów i ich uzasadnienia. Odwołanie należy też opłacić wpisem we właściwej wysokości. Jeśli wpis zostanie wniesiony po terminie do wniesienia odwołania, zostanie ono zwrócone bez rozpoznania.

Zarzuty odwołania

ZARZUT

zgłoszenie zastrzeżenia wobec czynności i zaniechań zamawiającego, ze wskazaniem okoliczności faktycznych, w jakich doszło do naruszenia

Typowo w odwołaniu podaje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, do których naruszenia doszło zdaniem odwołującego, oraz uzasadnia się, w jaki sposób zostały one naruszone. Najważniejszym elementem zarzutu jest jednak jego podstawa faktyczna: dokładne opisanie, na czym konkretnie polegało naruszenie w danym przypadku. Izba nie jest związana podaną w odwołaniu podstawą prawną zarzutu. Dlatego ważniejsze od podania konkretnych przepisów prawa jest opisanie, dlaczego w konkretnej sytuacji zamawiający nie zachował się prawidłowo.

Właściwe opisanie zarzutów jest kluczowe dla powodzenia odwołania, ponieważ Izba rozpoznaje odwołanie wyłącznie w granicach postawionych zarzutów. Izba nie orzeka co do tych naruszeń ustalonych w toku postępowania odwoławczego, które nie były przedmiotem odwołania. Pominięcie danego zarzutu w odwołaniu nie tylko spowoduje, że Izba się nim nie zajmie, ale również doprowadzi do upływu terminu na wniesienie zarzutu co do tej konkretnej okoliczności faktycznej. Takiego zarzutu nie będzie można już stawiać na późniejszym etapie postępowania, w tym również w nowym odwołaniu.

W związku z postawionymi zarzutami w odwołaniu wskazuje się też żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania, to znaczy czego odwołujący żąda – jakie czynności powinny zostać podjęte przez zamawiającego.

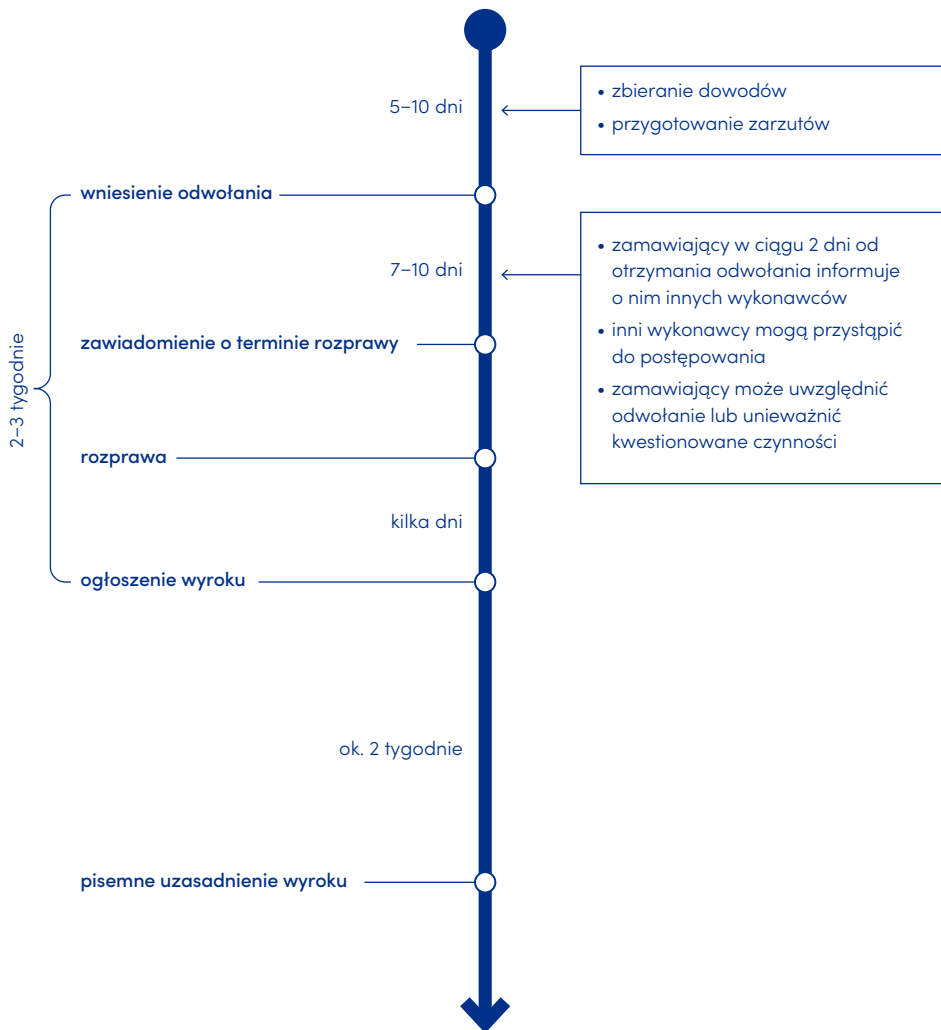
Odpowiedź na odwołanie i przystąpienia

Pomiędzy wniesieniem prawidłowego i kompletnego odwołania a otrzymaniem zawiadomienia o terminie rozprawy upływa zazwyczaj 7–10 dni. To krótko. W tym czasie może się jednak wiele wydarzyć. Zamawiający po otrzymaniu kopii odwołania przekazuje je niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni, innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, zamieszcza je również na stronie internetowej, na której są zamieszczone dokumenty zamówienia, i wzywa wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zamawiający może też wnieść odpowiedź na odwołanie, w której może odwołanie uwzględnić, w całości lub w części, co do poszczególnych zarzutów.

Przystąpienie można zgłosić w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której się przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia powoduje, że nawet jeśli zamawiający uwzględni odwołanie w całości, nie doprowadzi to do umorzenia postępowania odwoławczego bez uzyskania stanowiska procesowego przystępującego. Może on się uwzględnieniu odwołania sprzeciwić i zająć miejsce strony przeciwnej, w miejsce zamawiającego.

Zamawiający może też, zamiast składać oświadczenia procesowe, czyli co do jego stanowiska wobec zarzutów odwołania, podjąć działania w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli niejako poza ramami wniesionego odwołania. Zamawiający może zatem wnosić o oddalenie odwołania, albo nawet nie wyrażać żadnego stanowiska procesowego, a równocześnie działać w postępowaniu tak, jakby uznawał odwołanie za zasadne: unieważniając swoje kwestionowane odwołaniem czynności i podejmując nowe czynności, w tym niekoniecznie zgodne z żądaniem odwołania. W ten sposób zamawiający może doprowadzić do sytuacji, w której nie istnieje już czynność bądź zaniechanie zaskarżone odwołaniem, wobec czego postępowanie odwoławcze zostanie umorzone na posiedzeniu bez udziału stron: w takim przypadku do rozprawy nie dojdzie.

**czynność lub zaniechanie
zamawiającego sprzeczne z p.z.p.**



”

Jeśli doszło do doręczenia pisma przed rozprawą, Izba zasadniczo nie zezwoli na przerwę w rozprawie w celu zapoznania się z pismem oraz będzie wymagać ustnego odniesienia się do pisma w toku wypowiedzi na rozprawie.

Pisma procesowe

Na pisma jest mało czasu, więc często przychodzą na ostatnią chwilę – w tym w nocy przed rozprawą. A ponieważ wielu pełnomocników i stron podróżuje do Izby z różnych zakątków Polski, to tak późne otrzymanie pisma utrudnia zapoznanie się z nim. Należy mieć na uwadze takie niedogodności oraz pamiętać, że jeśli doszło do doręczenia pisma przed rozprawą, Izba zasadniczo nie zezwoli na przerwę w rozprawie w celu zapoznania się z pismem oraz będzie wymagać ustnego odniesienia się do pisma w toku wypowiedzi na rozprawie.

Zasadą jest doręczanie sobie pism bezpośrednio. Pismo kierowane e-mailem do Izby jest równocześnie rozsyłane na adresy e-mail wszystkich stron i uczestników lub ich pełnomocników. Nie trzeba w tym przypadku korzystać ze skrzynki podawczej Izby.

Rozprawa

Jeśli prawidłowo wniesione odwołanie nie zostanie uwzględnione ani cofnięte, a czynności zaskarżone odwołaniem nie zostaną uchylone, to strony i przystępujący spotykają się na rozprawie. Ma ona szczególną dynamikę i inne tempo od postępowań sądowych. Zwykle sprawa jest rozpoznawana na jednym terminie rozprawy, która może trwać nawet cały dzień. W tym czasie strony prezentują swoje stanowiska oraz dowody, aż sprawa zostanie dostatecznie rozstrzygnięta. Izba wtedy zamyka rozprawę i informuje, w jakim terminie ogłosi wyrok (zazwyczaj następuje to po kilku dniach).

Dowody można składać do zakończenia rozprawy, jednak w praktyce są one przekazywane wraz z pismem procesowym, bądź też Izba przy otwarciu rozprawy zarządza wymienienie się dowodami, dając tym samym przeciwnikom choć cień szansy na właściwe odniesienie się do treści dowodów. Jeśli dowody są prezentowane dopiero w toku wypowiedzi strony, należy wypowiedzieć się co do nich w ramach swojej własnej wypowiedzi następującej po przedstawieniu dowodu przez przeciwnika.

Przed rozprawą odbywa się posiedzenie, na którym ustala się skład uczestników rozprawy. Sprawdza się przy tym nie tylko umocowania osób, które stały się za odwołującego i zamawiającego,

ale również zarzuty formalne, których skutkiem może być odwołanie, a także niedopuszczenie przystępującego do udziału w postępowaniu.

Podczas rozprawy swoje stanowisko zwykle najpierw prezentuje odwołujący oraz wszyscy przystępujący po jego stronie. Następnie wypowiada się zamawiający i przystępujący po jego stronie. Po pierwszej rundzie wypowiedzi Izba zwykle zezwala na tak zwaną replikę: odpowiedź na twierdzenia strony przeciwnej, co do której strona bądź uczestnik nie mieli szansy się wypowiedzieć. Jest zwykle tylko jedna replika, co oznacza, że rozprawę zamyka głos zamawiającego lub przystępującego po stronie zamawiającego.

Wyrok

Jeśli sprawa została dostatecznie wyjaśniona, co z założenia ma miejsce po zakończeniu rundy wypowiedzi w ramach repliki, Izba zamyka rozprawę. Podobnie jak w sądzie, Izba nie ogłasza od razu wyroku, tylko informuje, kiedy takie ogłoszenie, zwane publikacją, będzie miało miejsce. Najczęściej następuje to kilka dni po terminie rozprawy.

Nie ma obowiązku uczestniczenia w ogłoszeniu wyroku, chociaż warto, ponieważ Izba przedstawia tam również ustne motywy orzeczenia, czyli powody, dla których wydała konkretne rozstrzygnięcie. Ustne motywy znajdują następnie swój wyraz w pisemnym uzasadnieniu wyroku, na które trzeba poczekać zwykle około dwóch tygodni. Samą zaś treść wyroku, jeśli nie było się na publikacji, można uzyskać e-mailem niemal natychmiast po publikacji, wnioskując o to na adres sentencje@uzp.gov.pl.

Chociaż Izba rozpoznaje sprawy w pierwszej instancji i można wnieść skargę od wyroku, skargi są wnoszone zaledwie w 4% spraw. A jeszcze rzadziej są uwzględniane. W 2022 r. tylko 7 skarg doprowadziło do zmiany lub uchylecia wyroku Izby.

Rewolucja w planowaniu przestrzennym w Polsce

Ubiegły rok przyniósł rewolucyjne zmiany w systemie planowania i zagospodarowania przestrzennego. Już niedługo bardzo ograniczona stanie się możliwość budowania czegokolwiek na podstawie popularnych dziś „wuzetek”. Gminy zyskały też nowe narzędzie do kształtowania zabudowy na swoim terenie. Pytanie tylko, czy zdążą je wdrożyć w terminie – a jeśli nie, jak to wpłynie na możliwość prowadzenia inwestycji budowlanych w Polsce.



SYLWIA MOREU-ŻAK

radca prawny, doradca, praktyka nieruchomości



MATEUSZ ORŁOWSKI

praktyka nieruchomości

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



nieruchomości

→
ustawa z dnia
7 lipca 2023 r. o zmianie
ustawy o planowaniu
i zagospodarowaniu
przestrzennym oraz
niektórych innych ustaw

W zeszłym roku została uchwalona długo oczekiwana **nowelizacja ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym**. Zdecydowana większość przepisów weszła w życie z dniem 24 września 2023 r. Jest to największa reforma systemu planowania i zagospodarowania przestrzennego w Polsce w ostatnim dwudziestolecium. Budzi ona duże emocje zarówno po stronie inwestorów, jak i jednostek samorządu terytorialnego, przede wszystkim gmin.

Nowelizacja stanowi element Krajowego Planu Odbudowy. Takie jej umiejscowienie miało umożliwić samorządom pozyskanie funduszy koniecznych do uchwalenia planów ogólnych – nowych aktów planistycznych, które gminy będą zobowiązane uchwalić w określonych ramach czasowych dla całego obszaru gminy (z nielicznymi wyjątkami).

Głównym celem nowelizacji było uproszczenie i przyspieszenie procedur planistycznych, przeciwdziałanie rozpraszaniu się zabudowy oraz zachowanie terenów o szczególnych walorach przyrodniczych czy kulturowych. Aktualnie w Polsce tylko ok. 30% obszarów objętych jest miejscowymi planami zagospodarowania przestrzennego, zaś proces uchwalania planów miejscowych trwa średnio ok. 3 lata (często znacznie dłużej, nawet kilkanaście lat).

Plan ogólny

Najważniejszą w naszej ocenie zmianą w systemie planowania przestrzennego jest wprowadzenie nowego instrumentu prawnego nazywanego planem ogólnym. Plan ogólny to akt prawa miejscowego, którego ustalenia będą wiążące przy uchwalaniu planów zagospodarowania przestrzennego oraz decyzji o warunkach zabudowy. Plan ogólny będzie uchwalany obowiązkowo co do zasady dla terenu całej gminy.

Dodatkowo nowelizacja wprowadziła począwszy od 1 stycznia 2026 r. obowiązek przyjęcia przez gminy strategii rozwoju, chyba że obszar gminy będzie już objęty strategią rozwoju ponadlokalnego. Strategia będzie musiała uwzględniać między innymi:

- model struktury funkcjonalno-przestrzennej gminy,
- ustalenia i rekomendacje w zakresie kształtowania i prowadzenia polityki przestrzennej gminy dotyczące m.in. zasad lokalizacji handlu wielkopowierzchniowego oraz zasad lokalizacji kluczowych inwestycji celu publicznego.

Z założenia plan ogólny ma zastąpić obowiązujące od 1994 r. studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego, które kreuje w sposób ogólny politykę przestrzenną gminy i jest brane pod uwagę w procedurze uchwalania miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego. Studium nie stanowi aktu prawa miejscowego, a jego największym mankamentem był fakt, że ustalenia studium nie były wiążące przy wydawaniu decyzji o warunkach zabudowy. Decyzje te w przypadku braku miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego stanowią podstawę określenia sposobów zagospodarowania i warunków zabudowy terenu.

Ponieważ zdecydowana większość powierzchni kraju nie była pokryta planami miejscowymi, inwestorzy w procesie inwestycyjnym często wykorzystywali właśnie decyzje o warunkach zabudowy (zwane „wuzetkami”). Główną przesłanką umożliwiającą ich wydanie było spełnienie tzw. zasady „dobrego sąsiedztwa”. W ten sposób powstawała zabudowa wprawdzie zgodna z zabudową sąsiednią pod względem m.in. funkcji czy parametrów, ale w wielu przypadkach chaotyczna i niezgodna z polityką przestrzenną gminy.

Decyzję o warunkach zabudowy będzie mógł uzyskać tylko inwestor planujący inwestycję na obszarze uzupełnienia zabudowy. Co istotne, gmina nie będzie musiała określić w planie ogólnym obszarów uzupełnienia zabudowy – co wykluczy uzyskanie decyzji o warunkach zabudowy na jej terenie. Granic obszaru uzupełnienia zabudowy nie będzie można wyznaczyć dowolnie: będą one określone w nawiązaniu do istniejącej zabudowy w oparciu o algorytm, który ma zostać wprowadzony w przepisach wykonawczych.

Obowiązujące studia uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego zachowają moc do dnia wejścia w życie planu ogólnego, jednak nie dłużej niż do 31 grudnia 2025 r. W ocenie

Obowiązkowe

- **strefy planistyczne**
nowelizacja wprowadziła 13 stref
- **gminne standardy urbanistyczne – katalog stref planistycznych**
profil funkcjonalny strefy,
wskaźniki urbanistyczne

+

Fakultatywne

- **obszar uzupełnienia zabudowy**
co do zasady tylko tu będzie można uzyskać decyzję o warunkach zabudowy
- **obszar zabudowy śródmiejskiej**
położony w mieście obszar zwartej, intensywnej zabudowy mieszkaniowej i usługowej
- **gminne standardy urbanistyczne – dostępność infrastruktury społecznej**
zasady zapewnienia dostępu do szkoły podstawowej oraz obszarów zieleni publicznej

samorządów jest to zbyt krótki termin, żeby przeprowadzić całą procedurę planistyczną w celu uchwalenia planu ogólnego. Konsekwencją braku uchwalenia planu ogólnego w tym terminie będzie brak możliwości wydania decyzji o warunkach zabudowy po tym terminie. Jeśli w danej gminie nie ma obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, może to zablokować proces inwestycyjny. Z uwagi na liczne kontrowersje dotyczące krótkiego terminu uchwalenia planów ogólnych obecnie trwają w Sejmie prace legislacyjne zmierzające do wydłużenia okresu obowiązywania studium i uchwalenia planów ogólnych o kolejne dwa lata, czyli do 31 grudnia 2027 r.

Inwestorzy często nas pytają, jak zabezpieczyć się przed tym, że plan ogólny nie zostanie uchwalony w zakładanym terminie. Przede wszystkim wskazujemy, że dotychczas uchwalone plany miejscowego zagospodarowania przestrzennego zachowują moc – zatem jeśli nie zostanie uchwalony plan ogólny, będzie można uzyskać decyzję o pozwoleniu na budowę na podstawie planu miejscowego. Jeśli jednak dla danego terenu nie obowiązuje plan miejscowy, to w aktualnym stanie prawnym po 1 stycznia 2026 r. nie będzie można wydawać decyzji o warunkach zabudowy – chyba że wniosek został złożony przed tą datą. Warto więc złożyć wniosek o wydanie decyzji o warunkach zabudowy do 31 grudnia 2025 r., co umożliwi procedowanie decyzji o warunkach zabudowy na dotychczasowych zasadach.

Zintegrowany plan inwestycyjny

Nowelizacja wprowadziła nowy instrument prawny, tzw. zintegrowany plan inwestycyjny, który stanowi szczególny rodzaj planu miejscowego. Na zintegrowany plan inwestycyjny składa się inwestycja główna (np. osiedle mieszkaniowe, galeria handlowa, zakład przemysłowy) oraz inwestycja uzupełniająca (np. budowa lub przebudowa sieci uzbrojenia terenu, dróg publicznych, obiektów infrastruktury publicznego transportu zbiorowego, szkół, obszarów zieleni publicznej lub obiektów budowlanych przeznaczonych na działalność handlową lub usługową – o ile służą obsłudze inwestycji głównej).

Treść zintegrowanego planu inwestycyjnego, tak jak każdego planu miejscowego, musi być zgodna z planem ogólnym (lub studium – do czasu uchwalenia planu ogólnego). Zintegrowany plan inwestycyjny to plan miejscowy dla konkretnej inwestycji lub kilku inwestycji. Jego wydanie powoduje utratę mocy obowiązującej planu miejscowego lub jego części dla terenów objętych zintegrowanym planem inwestycyjnym.

Z wnioskiem o uchwalenie zintegrowanego planu inwestycyjnego występuje inwestor lub kilku inwestorów, załączając sporządzony przez siebie projekt planu.

Przystąpienie do sporządzenia zintegrowanego planu inwestycyjnego wymaga zgody rady gminy. Po wyrażeniu tej zgody przeprowadzana będzie procedura planistyczna, której jednym z etapów jest zawarcie **umowy urbanistycznej**. Jest to dokument w formie aktu notarialnego mającego w jasny i sformalizowany sposób określać wzajemne zobowiązania stron (gminy i inwestora bądź inwestorów), w tym przede wszystkim zobowiązania inwestora do realizacji inwestycji uzupełniającej na rzecz gminy. Co ważne, gmina również może zobowiązać się do realizacji inwestycji uzupełniającej, jeżeli wchodzi ona w zakres zadań własnych gminy.

Wnioski o uchwalenie zintegrowanego planu inwestycyjnego można składać od 24 września 2023 r. Z pewnością jest to bardzo ciekawe rozwiązanie i w naszej ocenie może stanowić dla inwestorów alternatywny sposób przeprowadzenia procesu inwestycyjnego, zwłaszcza jeśli nie ma innych możliwości.

**UMOWA
URBANISTYCZNA**
akt notarialny
określający wzajemne
zobowiązania gminy
i inwestorów, w tym
dotyczące realizacji in-
westycji uzupełniającej

BYŁO	BĘDZIE
studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego – wiążące przy uchwalaniu planów zagospodarowania przestrzennego, ale nie przy wydawaniu decyzji o warunkach zabudowy	plan ogólny – wiążący przy uchwalaniu planów zagospodarowania przestrzennego oraz decyzji o warunkach zabudowy
nieobowiązkowa strategia rozwoju gminy	obowiązkowa strategia rozwoju gminy, chyba że istnieje strategia rozwoju ponadlokalnego
miejskowy plan zagospodarowania przestrzennego – zgodny ze studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego	<ul style="list-style-type: none"> • miejskowy plan zagospodarowania przestrzennego – zgodny z planem ogólnym • zintegrowany plan inwestycyjny – plan miejscowy dla konkretnej inwestycji (lub kilku inwestycji) obejmujący inwestycję główną i uzupełniającą
decyzja o warunkach zabudowy	decyzja o warunkach zabudowy – zasadniczo tylko na tzw. obszarze uzupełnienia zabudowy określonym w planie ogólnym

Pozostałe istotne zmiany

Nowelizacja utrzymała w systemie planowania przestrzennego miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego, które stanowią akty prawa miejscowego. Plany miejscowe będą musiały być zgodne z planami ogólnymi, mającymi charakter nadrzędny – jednak po uchwaleniu planów ogólnych nie trzeba będzie zmieniać obowiązujących planów miejscowych, nawet jeśli ich postanowienia okażą się niezgodne z planem ogólnym.

Warto monitorować trwające procedury planistyczne zmierzające do uchwalenia planów miejscowych. Co do zasady od dnia utraty mocy studium uchwalić albo zmienić plan miejscowy będzie można tylko wtedy, gdy w danej gminie wszedł w życie plan ogólny, chyba że przed dniem utraty mocy studium ogłoszono o terminie wyłożenia projektu tego planu miejscowego do publicznego wglądu.

Nowelizacja wprowadziła też możliwość uchwalania planu miejscowego w drodze uproszczonej procedury, ale tylko w ograniczonym przedmiotowo zakresie.

”

- decyzje o warunkach zabudowy będą wydawane zasadniczo wyłącznie dla obszarów oznaczonych w planach ogólnych jako obszary uzupełnienia zabudowy
- obszar analizowany ograniczony do 200 metrów
- decyzje o warunkach zabudowy będą wydawane na 5 lat

Zmieniła się też procedura wydawania decyzji o warunkach zabudowy. Przede wszystkim, jak już wspomnieliśmy, po uchwaleniu planów ogólnych decyzje o warunkach zabudowy będą wydawane zasadniczo wyłącznie dla obszarów oznaczonych w planach ogólnych jako obszary uzupełnienia zabudowy. Ponadto wprowadzono nową definicję obszaru analizowanego, ograniczając ten obszar do 200 metrów. Wydawane decyzje o warunkach zabudowy nie będą już bezterminowe – wydawane będą na okres 5 lat od dnia uprawomocnienia (przy czym przepis ten wchodzi w życie 1 stycznia 2026 r.).

Dodatkowo nowelizacja uporządkowała i rozszerzyła katalog narzędzi partycypacji społecznej, czyli sposobów prowadzenia dialogu publicznego nad projektami aktów planowania przestrzennego w celu umożliwienia wypracowania konsensusu społecznego i uniknięcia długotrwałych sporów sądowych po uchwaleniu aktu. Obowiązujące formy partycypacji społecznej to m.in. zbieranie uwag, spotkania otwarte, spotkania plenerowe, ankiety i spotkania z projektantem, przy czym nie trzeba będzie wykorzystać w każdym przypadku wszystkich form.

Nowelizacja zapowiada też utworzenie od 1 stycznia 2026 r. ogólnokrajowego rejestru urbanistycznego, który ma zwiększyć dostępność społeczeństwa do danych dotyczących planowania przestrzennego. Rejestr, prowadzony w formie elektronicznej, ma stanowić powszechne źródło danych i informacji przestrzennych w zakresie planowania i zagospodarowania przestrzennego.

Podsumowanie

Założenia oraz cele nowelizacji oceniamy pozytywnie, zwłaszcza zwiększenie władztwa planistycznego gmin poprzez wprowadzenie obligatoryjnych planów ogólnych mających moc wiążącą przy wydawaniu decyzji o warunkach zabudowy. Istnieje jednak uzasadniona obawa, że gminy z przyczyn obiektywnych nie wywiążą się z obowiązku uchwalenia planów ogólnych do 31 grudnia 2025 r. W środowiskach branżowych wskazuje się również na niewystarczającą liczbę urbanistów, którzy mogliby podjąć się przygotowania projektów planów ogólnych.

Niepokój inwestorów budzi perspektywa braku możliwości uzyskania decyzji o warunkach zabudowy w sytuacji, gdy do 31 grudnia 2025 r. nie zostanie uchwalony plan ogólny, a dla interesującego ich terenu nie został uchwalony miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego. W takiej sytuacji będzie można oczywiście rozważyć zastosowanie nowej instytucji zintegrowanego planu inwestycyjnego, jednak wiązać się to będzie z koniecznością poniesienia kosztów inwestycji uzupełniającej. Ponadto przyjęcie wniosku inwestora o uchwalenie zintegrowanego planu inwestycyjnego będzie zależało od wyłącznej i arbitralnej decyzji gminy.

Nowe ograniczenia w obrocie udziałami / akcjami spółek

W Polsce obowiązują ograniczenia zarówno w bezpośrednim, jak i w pośrednim obrocie nieruchomościami rolnymi. Na nabycie takiej nieruchomości (o powierzchni nie mniejszej niż 1 ha) trzeba mieć zezwolenie Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa (KOWR). KOWR ma też prawo pierwokupu lub prawo nabycia udziałów / akcji spółek będących ich właścicielami lub użytkownikami wieczystymi nieruchomości rolnych (o powierzchni nie mniejszej niż 5 ha). Z dniem 5 października 2023 r. ustawodawca rozszerzył ograniczenia w obrocie udziałami / akcjami w spółkach władających nieruchomościami rolnymi również na obrót udziałami / akcjami w spółkach dominujących nad takimi spółkami (spółkach matkach).



MICHAŁ GLIŃSKI

radca prawny, współnik współodpowiedzialny
za praktykę nieruchomości



ALEKSANDRA SZCZEPIŃSKA

praktyka nieruchomości



ZUZANNA ŚLADOWSKA

praktyka nieruchomości

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



nieruchomości

Dotychczas w przypadku zamiaru zbycia udziałów / akcji w spółce kapitałowej (tj. spółce z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółce akcyjnej) będącej właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości rolnych o powierzchni co najmniej 5 ha Krajowemu Ośrodkowi Wsparcia Rolnictwa (KOWR), działającemu na rzecz Skarbu Państwa, przysługiwało odpowiednio prawo pierwokupu (gdy transakcja miała charakter sprzedaży) albo prawo nabycia (gdy transakcja miała charakter innej czynności niż sprzedaż) tych udziałów / akcji.

→
ustawa z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa oraz niektórych innych ustaw

Wskutek **nowelizacji**, która wprowadziła zmiany m.in. w ustawie o kształtowaniu ustroju rolnego, obecnie prawo pierwokupu i nabycia udziałów / akcji przez KOWR ma zastosowanie również w przypadku zbycia udziałów / akcji w spółce dominującej, która posiada udziały lub akcje w spółce będącej właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości rolnych o powierzchni co najmniej 5 ha.

W konsekwencji ograniczenia w obrocie udziałami / akcjami dotyczą nie tylko spółek córek władających nieruchomościami rolnymi, ale również spółek matek dominujących nad spółkami córkami władającymi nieruchomościami rolnymi o powierzchni co najmniej 5 ha.

Spółka dominująca – to znaczy jaka?

→
art. 4 §1 pkt 4 k.s.h.

Posługując się pojęciem spółki dominującej, ustawodawca odwołuje się do definicji zawartej w Kodeksie spółek handlowych.

Przez spółkę dominującą rozumie się przede wszystkim spółkę handlową, tj. spółkę jawną, spółkę partnerską, spółkę komandytową, spółkę komandytowo-akcyjną, spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, prostą spółkę akcyjną i spółkę akcyjną. Skoro ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego dotyczy ograniczeń w obrocie

udziałami i akcjami w spółkach dominujących, z natury rzeczy należy przyjąć, że przedmiotem ograniczeń jest obrót udziałami / akcjami w spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością i spółkach akcyjnych.

Uważa się, że spółka jest dominującą wobec innej spółki, gdy:

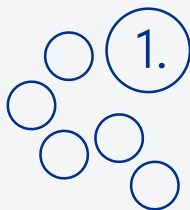
- dysponuje większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu bądź w zarządzie spółki zależnej, lub
- jest uprawniona do powoływania / odwoływania większości członków zarządu / rady nadzorczej spółki zależnej, lub
- członkowie jej zarządu stanowią więcej niż połowę członków zarządu spółki zależnej, lub
- wywiera decydujący wpływ na działalność spółki zależnej, w szczególności wskutek zawarcia między spółką dominującą a spółką zależną umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną lub przekazywanie zysku przez taką spółkę.

Rekomendowane działania przed transakcją

Przed zbyciem udziałów / akcji w spółce dominującej nad spółką z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółką akcyjną będącą właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości rolnych w Polsce należy zbadać stan prawny spółek zależnej i dominującej, aby poznać ich strukturę własnościową i stosunek dominacji jednej spółki nad drugą. Trzeba też przeanalizować stan prawny nieruchomości spółki zależnej pod kątem ich charakteru i powierzchni (nierolne, rolne i czy znajdują do nich zastosowanie przepisy ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego).

Prawo pierwokupu udziałów / akcji w spółce dominującej

W przypadku sprzedaży udziałów / akcji w spółce dominującej, do której znajdują zastosowanie ograniczenia z ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego, sprzedaż udziałów / akcji może nastąpić pod warunkiem, że KOWR nie skorzysta z prawa pierwokupu i w ten sposób nie wstąpi w miejsce kupującego jako strony umowy



PRAWO PIERWOKUPU LUB NABYCIA UDZIAŁÓW / AKCJI SPÓŁKI MATKI PRZYSŁUGUJE KOWR, GDY:

- spółka zależna jest właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości rolnych w Polsce o powierzchni co najmniej 5 ha,
- pomiędzy spółką matką a spółką córką występuje stosunek dominacji,
- spółka matka posiada udziały lub akcje w spółce zależnej,
- transakcja dotyczy obrotu udziałami lub akcjami w spółce matce (dominującej).

sprzedaży. W konsekwencji zbycie udziałów / akcji musi się odbyć pod warunkiem, poprzez zawarcie jednej albo dwóch umów (zobowiązującej do przeniesienia tytułu prawnego oraz przenoszącej tytuł prawny, gdy nie dojdzie do skorzystania z prawa pierwokupu przez KOWR).

KOWR powinien zostać zawiadomiony o możliwości skorzystania z przysługującego mu prawa pierwokupu. W terminie dwóch miesięcy od dnia otrzymania zawiadomienia KOWR może złożyć oświadczenie o skorzystaniu z przysługującego mu prawa pierwokupu. Weryfikacja stanu faktycznego i prawnego, w jakim znajduje się spółka, jest często bardziej skomplikowana niż weryfikacja stanu faktycznego i prawnego nieruchomości. Dlatego ustawodawca przewidział dla KOWR nie tylko dłuższy termin na skorzystanie z przysługujących mu uprawnień, ale również prawo przeglądania ksiąg i dokumentów spółki oraz żądania informacji dotyczących nieujętych w nich obciążeń i zobowiązań.

Do zawiadomienia KOWR o przysługującym mu prawie pierwokupu należy załączyć:

- wypisy z ewidencji gruntów i budynków,
- odpis księgi wieczystej,
- bilans oraz rachunek zysków i strat spółki za ostatnie trzy lata obrotowe,
- aktualną listę wspólników lub akcjonariuszy,
- umowę lub statut spółki,
- oświadczenie zarządu spółki o wysokości zobowiązań warunkowych (pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywego oświadczenia).

”

**KOWR powinien
zostać zawiadomiony
o możliwości skorzystania
z przysługującego mu prawa
pierwokupu udziałów / akcji
w spółce dominującej,
jak i o przysługującym
mu prawie nabycia
udziałów / akcji w spółce
dominującej.**

Prawo nabycia udziałów / akcji w spółce dominującej

Prawo nabycia udziałów / akcji w spółce dominującej przysługuje KOWR w przypadku, gdy do zbycia udziałów albo akcji dochodzi w wyniku zawarcia umowy innej niż umowa sprzedaży, tj.:

- jednostronnej czynności prawnej,
- orzeczenia sądu, organu administracji publicznej albo orzeczenia sądu lub organu egzekucyjnego wydanego na podstawie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym,
- innej czynności prawnej lub innego zdarzenia prawnego (w szczególności dziedziczenia itp.).

Podobnie jak w przypadku prawa pierwokupu, KOWR powinien zostać zawiadomiony o przysługującym mu prawie nabycia udziałów / akcji w spółce dominującej i w terminie dwóch miesięcy od dnia otrzymania zawiadomienia powinien złożyć stosowne oświadczenie. W konsekwencji, w przeciwieństwie do prawa pierwokupu udziałów / akcji, dochodzi do bezwarunkowej transakcji pomiędzy stronami, ale po transakcji KOWR może złożyć oświadczenie woli, że decyduje się na nabycie udziałów / akcji, które były przedmiotem transakcji.

Podobnie jak w przypadku prawa pierwokupu udziałów / akcji w spółce, KOWR może przeglądać księgi i dokumenty spółki oraz żądać informacji dotyczących obciążeń i zobowiązań nieujętych w księgach i dokumentach – m.in. na podstawie wypisu z ewidencji gruntów i budynków, odpisu księgi wieczystej, bilansu oraz rachunku zysków i strat spółki za ostatnie trzy lata obrotowe, aktualnej listy wspólników lub akcjonariuszy, umowy lub statutu spółki czy oświadczenia zarządu spółki o wysokości zobowiązań warunkowych.

Korzystając z ustawowego prawa nabycia udziałów / akcji, KOWR zobowiązany jest do zapłaty ceny. Jeśli cena nie wynika z treści czynności prawnej lub zdarzenia prawnego, wówczas KOWR zobowiązany jest do określenia wartości udziałów bądź akcji. Jeśli cena wynikająca z treści czynności prawnej rażąco odbiega od wartości rynkowej udziałów albo akcji, KOWR może wystąpić do sądu o ustalenie ceny.

Sankcje za naruszenie ograniczeń w obrocie

Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego przewiduje surowe sankcje za naruszenie przepisów ustawy. Przede wszystkim nieważne jest nabycie własności nieruchomości rolnej, udziału we współwłasności nieruchomości rolnej, użytkowania wieczystego oraz nabycie akcji i udziałów w spółce prawa handlowego będącej właścicielem nieruchomości rolnej albo nieruchomości rolnych o powierzchni co najmniej 5 ha dokonane z pominięciem ograniczeń wynikających z ustawy.

W konsekwencji, jeśli dojdzie do sprzedaży udziałów / akcji w spółce będącej właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości rolnej o powierzchni co najmniej 5 ha lub w spółce nad nią dominującej posiadającej udziały / akcje w tej spółce bez zawiadomienia KOWR lub gdy dojdzie do nabycia powołanych udziałów / akcji w którejkolwiek z tych spółek, na podstawie innej czynności niż sprzedaż, a KOWR nie zostanie o tym powiadomiony, każda z takich czynności będzie nieważna.

Czy ograniczenia dotyczą spółki kontrolującej spółkę dominującą?

W przestrzeni publicznej pojawiło się pytanie, czy w praktyce prawo pierwokupu oraz nabycia udziałów / akcji dotyczyć będzie wyłącznie spółek bezpośrednio dominujących, tzw. spółek matek, czy również spółek kontrolujących te spółki. Na to pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

Ustawodawca przewiduje ograniczenia w obrocie udziałami / akcjami spółek tylko wtedy, gdy przedmiotem obrotu są udziały / akcje spółek będących właścicielami lub użytkownikami wieczystymi nieruchomości rolnej lub nieruchomości rolnych o powierzchni co najmniej 5 ha lub gdy przedmiotem obrotu są udziały / akcje w spółkach dominujących nad takimi spółkami, o ile spółka dominująca posiada udziały / akcje w takiej spółce.

W konsekwencji należy dojść do wniosku, że wolny od ograniczeń jest obrót udziałami / akcjami w spółkach znajdujących się wyżej w strukturze własnościowej, w szczególności dominujących nad spółkami matkami lub kontrolujących te spółki, o ile oczywiście

spółka matka sama nie jest właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości rolnej lub nieruchomości rolnych o powierzchni co najmniej 5 ha.

Czy ograniczenia w obrocie mają zastosowanie do spółek z siedzibą za granicą?

Ciekawym, dość skomplikowanym i kontrowersyjnym zagadnieniem jest próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy ograniczenia w obrocie udziałami / akcjami w spółkach zależnych i dominujących znajdują zastosowanie, gdy spółki te mają swoje siedziby za granicą – np. gdy obrót udziałami / akcjami dotyczy spółki z siedzibą w Niemczech, która włada nieruchomością rolną o powierzchni co najmniej 5 ha w Polsce lub gdy obrót dotyczy udziałów / akcji spółki z siedzibą w Niemczech nad nią dominującą i posiadającą udziały / akcje w spółce zależnej.

Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego nie zawiera bezpośredniej odpowiedzi na to pytanie. Niemniej jednak wydaje się, że omawiane ograniczenia nie mają tu zastosowania z kilku powodów.

Przede wszystkim ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego odwołuje się do definicji spółki dominującej w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych i obrotu udziałami / akcjami w takiej spółce. Tymczasem spółką dominującą, do której przysługują udziały lub akcje, mogą być wybrane spółki z [katalogu spółek](#) wskazanych w Kodeksie spółek handlowych, w szczególności spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka akcyjna.

Po drugie, przyjmuje się, że pojęcie spółki dominującej w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych tylko w wyjątkowych przypadkach rozciąga się na spółki zagraniczne. Najczęściej jednak pojęcie spółki dominującej obejmuje tylko spółki prawa polskiego, gdyż do nich adresowane są nakazy i zakazy sformułowane w Kodeksie spółek handlowych. Z kolei pojęcie spółki zależnej w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych najczęściej obejmuje również spółki zagraniczne, aby zapewnić rozciągnięcie pewnych ograniczeń kierowanych do spółek dominujących również na spółki zależne.

Po trzecie, nabycie i utrata statusu wspólnika lub członkostwa oraz prawa i obowiązki z nim związane podlegają prawu państwa, w którym ma siedzibę dana osoba prawna. Wobec powyższego

→
art. 1 § 2 k.s.h.

art. 17 ust. 3 pkt 7
ustawy z dnia 4 lutego
2011 r. – Prawo prywatne
międzynarodowe
→

uznać należy, że sprzedaż akcji lub udziałów spółek z siedzibą za granicą, które mają we własności nieruchomości rolne w Polsce, nie podlega ograniczeniom w ustawie o kształtowaniu ustroju rolnego.

Z jednej strony stosowanie omawianych ograniczeń do obrotu udziałami / akcjami spółek z siedzibą za granicą wydaje się uzasadnione, z drugiej zaś trudno wyobrazić sobie, jak w praktyce miałyby wówczas wyglądać wykonanie prawa pierwokupu lub nabycia udziałów / akcji. Należałoby bowiem wyegzekwować od zagranicznej spółki informacje i dokumenty niezbędne do badania stanu prawnego spółki, a następnie poddać je analizie i wyprowadzić wnioski w oparciu o obce prawo i to w stosunkowo krótkim terminie dwóch miesięcy.

Nie można jednak wykluczyć ryzyka, że ustawodawca przyjmie pogląd przeciwny, np. poprzez zmianę prawa (doprecyzowanie przepisów), albo że sądy przyjmą interpretację odmienną od wskazanej powyżej. Tym bardziej uzasadniona jest szczególna ostrożność i wnikliwa ocena stanu prawnego spółek i ich nieruchomości w świetle aktualnego stanu prawnego, a także analiza orzecznictwa i stanowisk doktryny przed strukturyzowaniem i dokonaniem transakcji nieruchomościami rolnymi w Polsce lub udziałami / akcjami w spółkach, które władają nieruchomościami rolnymi albo dominują nad takimi spółkami.

Podsumowanie

Nowelizacja rodzi wiele pytań, a na ich część trudno jest odpowiedzieć jednoznacznie do czasu aż przepisy zostaną odpowiednio doprecyzowane przez ustawodawcę lub zostanie przyjęta jednolita linia orzecznicza. Z tego względu obecnie, na etapie przygotowania do transakcji, której przedmiot może podlegać przepisom ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego, rekomenduje się rozszerzone i pogłębione badanie nie tylko stanu prawnego spółek, ich powiązań i nieruchomości, ale również wnikliwą analizę obowiązujących przepisów oraz stanowisk doktryny i orzecznictwa.

Nowy podział przez wyodrębnienie – najprostszy z podziałów oraz praktyczna alternatywa dla podziału przez wydzielenie i aportu

15 września 2023 r. weszła w życie nowelizacja Kodeksu spółek handlowych, która wprowadziła do polskiego porządku prawnego nieznanego dotychczas sposób podziału spółek – podział przez wyodrębnienie. Polski ustawodawca zobowiązany był zaimplementować dyrektywy prawa unijnego, które zakładały m.in. rozszerzenie sposobów transgranicznego podziału spółki oraz wprowadzenie właśnie podziału przez wyodrębnienie.



PIOTR ZABKIEWICZ

adwokat, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego



ADAM STRZELECKI

praktyka transakcji i prawa korporacyjnego

więcej artykułów na ten temat znajdziesz na portalu Co do zasady
i w broszurze „Reorganizacje korporacyjne w praktyce”:



transakcje



Reorganizacje korporacyjne
w praktyce

Podział przez wyodrębnienie – na czym polega

Podział przez wyodrębnienie jest nowością w polskim prawie handlowym, ale – jak pokazuje nasze doświadczenie – jest już stosowany w praktyce. Silnie czerpie on z dorobku niemieckiego ustawodawstwa, które jeszcze przed wejściem w życie prawa unijnego wyróżniało ten sposób podziału.

Podział przez wyodrębnienie polega na przeniesieniu części majątku spółki dzielonej (którą może być spółka kapitałowa lub spółka komandytowo-akcyjna) na istniejącą lub nowo zawiązaną spółkę albo spółki w zamian za udziały lub akcje spółki albo spółek przejmujących lub nowo zawiązanych, **które obejmuje spółka dzielona**. W efekcie podziału spółka przejmująca wstępuje z dniem wyodrębnienia w prawa i obowiązki spółki dzielonej określone w planie podziału (sukcesja uniwersalna), w tym, z mocy prawa, we wszelkie przewidziane w przepisach prawa podatkowego prawa i obowiązki spółki dzielonej. Na spółkę przejmującą przechodzą także zezwolenia, koncesje oraz ulgi pozostające w związku z przydzielonymi spółce przejmującej w planie podziału składnikami majątku, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji lub ulgi stanowi inaczej. Spółką przejmującą może być zarówno już istniejąca spółka kapitałowa lub spółka komandytowo-akcyjna, jak i spółka nowo utworzona w związku z podziałem przez wyodrębnienie.

Przy podziale przez wyodrębnienie wspólnicy lub akcjonariusze spółki dzielonej nie obejmują udziałów lub akcji spółki, do której przenoszony jest majątek spółki dzielonej. Nowo utworzone udziały lub akcje w spółce przejmującej zostają objęte bezpośrednio przez spółkę dzieloną. Na tle przepisów o przekształceniach spółek podział przez wyodrębnienie przypomina w swojej konstrukcji podział przez wydzielenie. Największą różnicą jest wspomniany już ograniczony udział w podziale wspólników lub akcjonariuszy spółki dzielonej. Analogicznie jak w przypadku podziału przez

SUKCESJA UNIWERSALNA
wstąpienie w ogół praw
i obowiązków

SUKCESJA SINGULARNA
nabycie indywidualnie
oznaczonego prawa
bądź praw

wydzielenie, spółka podlegająca podziałowi przez wyodrębnienie nie ulega rozwiązaniu z dniem podziału.

Zakres uproszczeń

Przeprowadzenie podziału przez wyodrębnienie zostało znacząco ułatwione z mocy samego prawa. Przy podziale przez wyodrębnienie wyłączone zostały niektóre elementy planu podziału spółki z uwagi na to, że udziały lub akcje w spółce przejmującej obejmuje bezpośrednio spółka dzielona, nie zaś jej wspólnicy lub akcjonariusze. Jednocześnie, z tego samego powodu, ustawodawca zobowiązał spółki uczestniczące w podziale przez wyodrębnienie do ujęcia w planie podziału informacji o liczbie i wartości udziałów lub akcji w spółce albo spółkach przejmujących lub nowo zawiązanych obejmowanych przez spółkę dzieloną. W konsekwencji plan podziału przez wyodrębnienie nie musi zawierać następujących elementów:

- stosunku wymiany udziałów albo akcji spółki dzielonej na udziały lub akcje spółek przejmujących bądź spółek nowo zawiązanych i wysokości ewentualnych dopłat pieniężnych,
- zasad przyznania udziałów lub akcji w spółkach przejmujących lub w spółkach nowo zawiązanych,
- wskazania dnia, od którego nowo utworzone udziały lub akcje uprawniają do uczestnictwa w zysku poszczególnych spółek przejmujących bądź spółek nowo zawiązanych,
- wskazania praw przyznanych przez spółki przejmujące lub spółki nowo zawiązane wspólnikom oraz osobom szczególnie uprawnionym w spółce dzielonej,
- podziału między wspólników spółki dzielonej udziałów lub akcji spółek przejmujących lub spółek nowo zawiązanych oraz zasad tego podziału.

Ponadto zarządy spółek uczestniczących w podziale nie muszą sporządzać pisemnego sprawozdania uzasadniającego podział spółki. W odróżnieniu od podziału przez wydzielenie, przy którym rezygnacja z badania planu przez biegłego ma charakter fakultatywny (za zgodą wspólników), w przypadku podziału przez wyodrębnienie konieczność badania planu podziału spółki i wydania opinii przez biegłego jest wyłączona z mocy prawa.

	PODZIAŁ PRZEZ WYDZIELENIE	PODZIAŁ PRZEZ WYDRĘBNIE
prawa wspólników	wspólnicy spółki dzielonej stają się wspólnikami spółki przejmującej	wspólnicy spółki dzielonej nie stają się wspólnikami spółki przejmującej
majątek spółki dzielonej	wdzielany majątek zostaje przeniesiony ze spółki dzielonej na przejmującą bez świadczenia wzajemnego	spółka dzielona otrzymuje udziały lub akcje w spółce przejmującej za przekazanie wyodrębnianego majątku
	udziały lub akcje w spółce przejmującej obejmują wspólnicy spółki dzielonej	udziały lub akcje spółki przejmującej obejmuje spółka dzielona
	spółka dzielona nie staje się wspólnikiem / akcjonariuszem spółki przejmującej	spółka dzielona staje się wspólnikiem / akcjonariuszem spółki przejmującej

Jednocześnie przy podziale przez wyodrębnienie dopuszczalne będą pozostałe uproszczenia możliwe do wprowadzenia za zgodą wszystkich wspólników każdej z uczestniczących w podziale spółek. Możliwe jest zatem odstąpienie od:

- załączania do planu podziału oświadczenia zawierającego informację o stanie księgowym spółki dzielonej, sporządzoną dla celów podziału na określony dzień w miesiącu poprzedzającym złożenie wniosku o ogłoszenie planu podziału, przy wykorzystaniu tych samych metod i w takim samym układzie jak ostatni bilans roczny,
- zawiadamiania przez zarząd spółki dzielonej zarządów każdej spółki przejmującej lub spółki nowo zawiązanej w organizacji o wszelkich istotnych zmianach w zakresie składników majątkowych (aktywów i pasywów), które nastąpiły między dniem sporządzenia planu podziału a dniem powzięcia uchwały o podziale.

Podział przez wyodrębnienie jako alternatywa dla podziału przez wydzielenie lub aportu zorganizowanej części przedsiębiorstwa

Z uwagi na wspomniane uproszczenia podział przez wyodrębnienie może być ciekawą alternatywą dla przeprowadzenia w danej grupie spółek reorganizacji, która na podstawie uprzednio

obowiązujących przepisów musiałaby nastąpić w drodze podziału przez wydzielenie, aportu, bądź też zbycia przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części.

W swej istocie podział przez wyodrębnienie z pozoru najbardziej przypomina aport, bowiem spółka przejmująca wydaje spółce dzielonej udziały lub akcje w kapitale zakładowym w zamian za otrzymany majątek. Różnice są jednak istotne i dlatego decyzja o przeprowadzeniu podziału lub wniesieniu aportu powinna być poprzedzona skrupulatną analizą prawną, biznesową i podatkową.

Aport do spółki obejmuje co do zasady wyłącznie aktywa. Wyodrębniany majątek spółki w przypadku podziału obejmuje natomiast zarówno aktywa, jak i pasywa (w tym np. zobowiązania wynikające z zawartych umów). Przy aportie ma miejsce sukcesja singularna (wniesienie poszczególnych elementów majątku do spółki), która może wymagać dodatkowych porozumień pomiędzy spółką wnoszącą określone aktywa a jej wierzycielami. W przypadku aportu nie dochodzi także do szeroko pojętej **sukcesji podatkowej** (wstąpienia spółki przejmującej, z dniem wyodrębnienia, we wszelkie przewidziane w przepisach prawa podatkowego prawa i obowiązki spółki dzielonej pozostające w związku z przydzielonymi spółce przejmującej składnikami majątku). Podobne ograniczenia będą też miały zastosowanie do zbycia przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części. Atutem podziału przez wyodrębnienie jest przejście praw i obowiązków z mocy prawa (częściowa sukcesja uniwersalna). Skutkiem sukcesji uniwersalnej będzie przeniesienie z dniem wyodrębnienia m.in. zezwoleń, koncesji, ulg, chyba że ustawa lub właściwa decyzja stanowi inaczej.

SUKCESJA PODATKOWA

wstąpienie we wszystkie prawa i obowiązki wynikające z prawa podatkowego, związane z przejmowanymi składnikami majątku.

APORT

PODZIAŁ PRZEZ WYODRĘBNIE

sukcesja singularna

sukcesja uniwersalna

(co do zasady) przeniesienie tylko aktywów

przeniesienie aktywów i pasywów

objęcie udziałów przez spółkę wnoszącą wkład

brak sukcesji podatkowej

sukcesja podatkowa (jeśli majątek wyodrębniany stanowi zorganizowaną część przedsiębiorstwa)

Należy w tym miejscu wskazać, że jeśli spółką przejmującą jest spółka akcyjna, zarówno w przypadku aportu, jak i podziału przez wyodrębnienie co do zasady będzie zachodzić konieczność wydania opinii przez biegłego rewidenta na podstawie przepisów o wnoszeniu aportów do spółek akcyjnych.

Kiedy warto wybrać podział przez wyodrębnienie i jak szybko da się go przeprowadzić?

W czasie istnienia spółki wielokrotnie dochodzi do sytuacji, w których konieczne jest przeprowadzenie restrukturyzacji. Przyczyną mogą być np.:

- potrzeby związane z refinansowaniem działalności,
- konieczność wyodrębnienia poszczególnych zakresów aktywności w celu optymalizacji procesów,
- rozpoczęcie wspólnej działalności z innym przedsiębiorcą,
- konieczność wyodrębnienia części dotychczasowej działalności w celu jej zbycia.

Powiedzmy, że spółka matka wydziela część działalności do posiadanej w 100% spółki córki. Jednocześnie spółce córce przyznano już szereg zezwoleń, które musiałyby zostać zaktualizowane w przypadku zmiany współników (bezpośredniej zmiany kontroli). Gdyby w takim scenariuszu dokonać podziału przez wydzielenie, powstałaby konieczność aktualizacji zezwoleń, gdyż udziały lub akcje w spółce córce przypadłyby współnikom spółki matki. Podział przez wyodrębnienie pozwala uniknąć aktualizacji zezwoleń, gdyż w omawianym scenariuszu struktura właścicielska spółki córki pozostanie podmiotowo niezmieniona.

Zachowanie dotychczasowej struktury właścicielskiej po reorganizacji może mieć również znaczenie na przykład dla podmiotów regulowanych na rynku kapitałowym (TFI) oraz instytucji finansowych (banki), które nie będą musiały uzyskać decyzji Komisji Nadzoru Finansowego w przedmiocie braku sprzeciwu na realizację podziału, którego uzyskanie może być konieczne w przypadku zmiany akcjonariuszy.

Także na tle regulacji o pomocy publicznej zachowanie dotychczasowej struktury właścicielskiej przez spółkę, która jest

beneficjentem takiej pomocy, może przynajmniej w niektórych sytuacjach pozwolić na utrzymanie pomocy publicznej oraz uniknięcie konieczności notyfikacji lub uzyskania zgody instytucji finansującej na reorganizację.

W praktyce biznesowej pojawi się też z pewnością szereg innych sytuacji, w których podział przez wyodrębnienie będzie optymalnym rozwiązaniem.

Przy wyborze właściwej formy restrukturyzacji należy brać również pod uwagę względy podatkowe. Dla zachowania neutralności podatkowej procesu (zarówno w przypadku aportu, jak i podziałów) konieczne będzie najczęściej uprzednie wewnętrzne wydzielenie zorganizowanej części przedsiębiorstwa. W zależności od przyjętych założeń przeprowadzenie podziału przez wyodrębnienie, z uwzględnieniem wymogów natury podatkowej (jak uzyskanie interpretacji), powinno być możliwe w ciągu minimum 3–4 miesięcy.

Wybór właściwej formy prawnej dla reorganizacji zawsze będzie podyktowany przede wszystkim potrzebami biznesowymi, które należy efektywnie przełożyć na płaszczyznę prawną i podatkową. Na tym tle podział przez wyodrębnienie stwarza nowe możliwości reorganizacji, które nie były dostępne przed zmianą przepisów i warto wziąć go pod uwagę już na wstępnym etapie planowania.

Jak zapewnić ciągłość prowadzenia biznesu po podziale lub połączeniu?

Aby spółki uczestniczące w podziale lub połączeniu mogły kontynuować działalność, powinny zadbać o zachowanie lub uzyskanie na nowo niezbędnych zezwoleń, koncesji czy innych aktów administracyjnych. Prawidłowe przygotowanie się do tego procesu wymaga znajomości nie tylko przepisów, ale też praktyki poszczególnych organów. Im bardziej regulowany jest sektor, tym więcej zagadnień trzeba przeanalizować we wstępnej fazie reorganizacji.



MAREK DOLATOWSKI

adwokat, praktyka transakcji i prawa korporacyjnego,
praktyka energetyczna



MAŁGORZATA PIEKARSKA

adwokat, praktyka prawa ochrony środowiska



JOANNA KRAKOWIAK

radca prawny, partner odpowiedzialny
za praktykę life sciences i ochrony zdrowia

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



transakcje



ochrona środowiska



energetyka



life sciences

Zezwolenia administracyjno-prawne są różnorodne, a sprawy ich dotyczące rozstrzygają różne szczeble administracji. Czasem rozstrzygnięcia są delegowane do organów terenowych, których praktyka i interpretacja przepisów jest niejednolita. Urzędnicy nie zawsze swobodnie poruszają się w przepisach dotyczących reorganizacji korporacyjnych, nie jest to ich codziennością.

Zgodnie z ogólnymi zasadami prawa administracyjnego prawa i obowiązki o charakterze administracyjnoprawnym są ściśle związane z podmiotem, dla którego zostały ustanowione. Uprawnienia wynikające ze stosunków publicznoprawnych co do zasady są niezbywalne i niedziedziczne. Wiążą z jednej strony indywidualnie oznaczonego adresata, z drugiej organ administracji publicznej. Regułą jest więc niedopuszczalność następstwa prawnego, chyba że zbywalność uprawnień wynikających ze stosunku publicznoprawnego ma źródło w konkretnym przepisie prawa materialnego lub w wydanym na podstawie tego przepisu akcie administracyjnym.

Wyjątki od tej zasady przewidziano w Kodeksie spółek handlowych. Dla przykładu art. 494 k.s.h. przewiduje sukcesję uniwersalną przy połączeniu, chyba że decyzja lub ustawa szczególna stanowią inaczej. Brzmienie tego przepisu i analogicznych przepisów dotyczących podziału wskazuje jednak, że reguły zawarte w Kodeksie nie mają powszechnego zastosowania. Tymczasem uprawnienia wynikające z takich „nieprzenoszalnych” decyzji administracyjnych mogą stanowić o możliwości prowadzenia działalności gospodarczej przez przejmującą bądź nowo powstałą spółkę. Świadomość ograniczeń i niejednolitego podejścia organów pozwala odpowiednio zaplanować reorganizację (często co do dnia), by kontynuować działalność.

→
art. 494 k.s.h.

Przy planowaniu reorganizacji należy mieć na uwadze następujące zasady ogólne:

- sukcesja administracyjnoprawna dotyczy tylko zezwoleń, koncesji lub ulg przyznanych po 1 stycznia 2001 r.,
- Kodeks spółek handlowych stanowi podstawę do tego, by spółka przejmująca (lub nowo zawiązana) wstąpiła w sytuację prawną spółki przejmowanej (lub dzielonej) – o ile nie ma ustawy lub decyzji wyłączającej zastosowanie Kodeksu w danym przypadku; bezpodstawne są twierdzenia organów, że potrzebny jest do tego przepis szczególny,
- spółka przejmująca lub nowo zawiązana po dniu połączenia/podziału musi dalej spełniać kryteria do uzyskania danego uprawnienia – zarówno te natury podmiotowej (np. niekaralność, forma prawna), jak i przedmiotowej (np. posiadanie odpowiednich składników majątku lub wykwalifikowanego personelu),
- reguły kodeksowe nie mogą stanowić podstawy do podziału uprawnień i obowiązków między spółki uczestniczące w podziale.

Reorganizacja a przeniesienie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach

Zgodnie z art. 72a ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku organ właściwy do wydania decyzji środowiskowej jest obowiązany, za zgodą strony, na rzecz której decyzja została wydana, do przeniesienia jej na rzecz innego podmiotu, jeżeli przyjmuje on warunki w niej zawarte.

W procedurze przeniesienia decyzji środowiskowej biorą udział jedynie dwa podmioty, tj. dysponujący uprawnieniem wynikającym z decyzji oraz zainteresowany przeniesieniem uprawnienia wynikającego z decyzji na jego rzecz. Podmiot uprawniony do przejęcia uprawnień składa wnioski o przeniesienie uprawnień wynikających z decyzji do organu wydającego decyzję merytoryczną. Uprawnienia wynikające z decyzji środowiskowej są zbywalne, ale tylko z zachowaniem warunków przewidzianych w ustawie. Oznacza to, że przeniesienie takiej decyzji może nastąpić wyłącznie w drodze decyzji administracyjnej.

←
art. 72a ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko

→
art. 494 k.s.h.
w zw. z art. 72a ustawy
o udostępnianiu infor-
macji o środowisku

W praktyce jednak procedura przenoszenia wcale nie jest prosta. Organy niejednolicie interpretują art. 494 k.s.h. powołany wyżej w zw. z art. 72a ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku. Co więcej, oświadczenie dotychczasowego podmiotu często nie jest wystarczające, a nawet bywa niemożliwe do uzyskania, gdyż podmiot ten został już „wchłonięty” przez nowo powstałą bądź przejmującą spółkę, czyli formalnie nie istnieje.

Brak konsekwencji po stronie organów generuje reorganizacyjne perturbacje, zwłaszcza jeśli przenosi się wiele decyzji, wydanych przez różne organy, zlokalizowane w różnych częściach kraju (z czym nie raz przyszło nam się zmierzyć).

Problematyczne również jest przenoszenie decyzji nieostatecznej czy przeniesienie częściowe, tj. jedynie niektórych z warunków decyzji środowiskowej. Większość doktryny zdaje się kwestionować taką możliwość. By uniknąć komplikacji oraz zapewnić ciągłość trwania biznesu, należy tę kwestię odpowiednio wcześniej skonsultować i zaplanować w procesie reorganizacji.

Opisane wyżej problemy występują również w przypadku łączenia się spółek oraz ich podziałów. Regulacje w Kodeksie spółek handlowych oraz ustawach szczególnych są bowiem często niewystarczające.

Reorganizacje przedsiębiorstw energetycznych i odbiorców przemysłowych

Energetyka ze względu na swoje znaczenie dla bezpieczeństwa państwa należy do najbardziej uregulowanych dziedzin gospodarki. Przykładowo prawo energetyczne przewiduje wygaśnięcie koncesji z powodu wykreślenia spółki z rejestru. Doktryna wypracowała jednak stanowisko, które wyłącza zastosowanie tego przepisu, gdy działalność objęta koncesją jest kontynuowana w drodze sukcesji (czy też zgodnie z zasadą kontynuacji w ramach przekształcenia).

Prawo energetyczne zawiera również cały katalog wymogów niezbędnych do uzyskania koncesji, a Prezes Urzędu Regulacji Energetyki (URE) wydał tzw. pakiety informacyjne, których objętość wielokrotnie przekracza długość tego artykułu. Mają one ułatwić

wnioskodawcom złożenie prawidłowego zestawu dokumentów podczas ubiegania się o koncesję. Wśród wymogów odnaleźć można:

- niekaralność w zakresie przestępstw związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą (tylko z pozoru łatwą do wykazania w przypadku podmiotów zagranicznych),
- posiadanie niezbędnej infrastruktury (możliwości technicznych),
- dysponowanie środkami finansowymi gwarantującymi prawidłowe wykonywanie działalności,
- rękojmię prawidłowego wykonywania działalności koncesjonowanej.

Prezes URE może zażądać wyjaśnień w celu sprawdzenia, czy spółka przejmująca / nowo zawiązana spełnia wymogi niezbędne do posiadania danej koncesji. Jeśli nie uda się tego potwierdzić, Prezes URE może cofnąć koncesję lub zmienić jej zakres.

Przy podziałach należy z kolei skontaktować się z regulatorem rynku w celu ustalenia sposobu procedowania w zakresie uzyskania nowej koncesji i zmiany koncesji istniejącej, jeśli działalność koncesjonowaną, po reorganizacji, miałyby kontynuować więcej niż jedna spółka. O ile zmiana istniejącej koncesji może nastąpić w okresie po dniu połączenia/podziału, o tyle nowa koncesja powinna być wydana w tym dniu lub niezwłocznie po nim. Oznacza to konieczność przygotowania stosownego wniosku i zebrania dokumentacji niezbędnej do uzyskania koncesji z należytym wyprzedzeniem, aby Prezes URE wydał koncesję w odpowiednim momencie gwarantującym utrzymanie ciągłości prowadzonej działalności.

W zakresie korzystania z ulg i ich uzyskania przez odbiorców przemysłowych Prezes URE potwierdził, że spółka przejmująca w zakresie wykonania obowiązków odbiorcy przemysłowego oraz ubiegania się o uzyskanie statusu odbiorcy przemysłowego w kolejnym roku może posługiwać się danymi finansowymi spółki przejętej, która ten status posiadała w dniu połączenia. Organ potwierdził, że wniosek o ulgę na kolejny rok może zawierać zsumowane dane finansowe obu spółek, w celu wykazania spełnienia wymagań do jej uzyskania przez spółkę przejmującą.

Reorganizacje podmiotów z branży spożywczej i na rynku zdrowia

Branża spożywcza i rynek zdrowia to bardzo ściśle regulowane obszary. Spełnienie licznych wymogów ujętych w Prawie farmaceutycznym, ustawie o wyrobach medycznych, ustawie o bezpieczeństwie żywności i żywienia, a także np. ustawie o przeciwdziałaniu alkoholizmowi i o wychowaniu w trzeźwości podlega nadzorowi takich organów jak:

- Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych oraz Produktów Biobójczych,
- Minister Rolnictwa,
- Minister Klimatu i Środowiska,
- organy Inspekcji Farmaceutycznej oraz Sanitarnej,
- lokalne organy administracji państwowej i samorządu terytorialnego.

Przykładowo przy transakcjach lub reorganizacjach dotyczących sieci sprzedaży w branży spożywczej należy pamiętać, że każdy sklep spożywczy posiada odrębne zatwierdzenie sanitarne, a jeśli prowadzi obrót napojami alkoholowymi, to – aby mieć pełny asortyment tego rodzaju produktów – musi dysponować trzema zezwoleniami na sprzedaż detaliczną napojów alkoholowych (wydawany w zależności od mocy produktów). Zezwolenia alkoholowe na gruncie przepisów prawa są traktowane jako nieprzenoszalne, podobnie jak zezwolenia na prowadzenie apteki (szczególnie po tegorocznej nowelizacji Apteka dla Aptekarza, która budzi wiele kontrowersji i została zaskarżona do Komisji Europejskiej).

Ale nawet jeśli dane zezwolenie jest przenoszalne, to i tak w praktyce organy administracji niechętnie podchodzą do zmiany decyzji administracyjnej (wszelkiego rodzaju zezwolenia są wydawane właśnie w takiej formie) w zakresie zmiany podmiotu uprawnionego z decyzji.

Jeżeli zatem w wyniku reorganizacji spółek okaże się, że działalność reglamentowaną prowadziła spółka X, a od danego dnia przejmuje ją spółka Y, to zwykle organy administracji stoją na stanowisku, że konieczne jest wydanie nowej decyzji administracyjnej dla nowego podmiotu. W takiej sytuacji od strony formalnej będziemy mieli do czynienia z cofnięciem zezwolenia dla spółki X

i wydaniem nowego zezwolenia dla spółki Y. W takim przypadku trzeba tak skoordynować proces reorganizacji, aby wszystkie nowe zezwolenia zostały wydane w zaplanowanej dacie wdrożenia reorganizacji spółek, a także realistycznie przewidzieć czas niezbędny na przeniesienie wymaganych prawem zezwoleń lub uzyskanie nowych.

Podsumowanie

Dopiero szeroka analiza stanu faktycznego i prawnego planowanej reorganizacji pozwoli na właściwe jej przygotowanie, tak by zachować ciągłość prowadzonej działalności, a także zminimalizować ponoszone koszty. Dlatego w reorganizację warto zaangażować prawników specjalizujących się w różnych dziedzinach prawa, ponieważ stwarza to gwarancję sprawnego przeprowadzenia całego procesu oraz minimalizuje ryzyka związane z przenoszeniem uprawnień administracyjnoprawnych.

Kontrola subsydiów zagranicznych – nowe obostrzenia w transakcjach M&A

Przedsiębiorcy planujący znaczące fuzje i przejęcia w krajach Unii Europejskiej powinni zwrócić uwagę na szereg regulacji i obostrzeń prawnych dotyczących transakcji M&A na szczeblu unijnym, które KE zaczęła stosować w ostatnich latach. W szczególności chodzi o obowiązujące od niedawna przepisy dotyczące kontroli subsydiów zagranicznych (tj. pochodzących spoza UE). Nowe przepisy prawa unijnego mogą znacząco utrudnić i przedłużyć, a niekiedy uniemożliwić przeprowadzenie transakcji.



ANDRZEJ MADALA
praktyka prawa ochrony
konkurencji i konsumentów

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



transakcje



konkurencja

→ rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/452 z dnia 19 marca 2019 r. ustanawiające ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w Unii, ustawa z dnia 24 lipca 2015 r. o kontroli niektórych inwestycji

→ rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw

W trudnych czasach sprawy bezpieczeństwa – w tym kontrola działalności gospodarczej – stają się priorytetowe, zarówno na poziomie krajowym, jak i unijnym. Najlepszym przykładem są wdrażane w ostatnich latach [przepisy dotyczące kontroli inwestycji zagranicznych](#). W Unii Europejskiej taka regulacja została uchwalona w 2019 r., a zaczęła obowiązywać, podobnie jak rozszerzone polskie przepisy kompleksowo regulujące kontrolę inwestycji zagranicznych, w 2020 r. Od tamtej pory nowe lub znowelizowane ustawy przyjęto w 22 państwach członkowskich UE.

Komisja Europejska wdrożyła również inne instrumenty prawne mające zwiększyć bezpieczeństwo obrotu gospodarczego w ramach jednolitego rynku wewnętrznego. W pierwszej kolejności Komisja rozszerzyła stosowanie art. 22 [rozporządzenia koncentracyjnego](#). Zgodnie z zasadą jednej instytucji (ang. *one-stop-shop*) koncentracje o wymiarze unijnym (tj. znacząco większym niż wymiar krajowy) podlegają zgłoszeniu do KE i nie są już badane przez krajowe organy antymonopolowe. Jednak istnieje też mechanizm odsyłania spraw pomiędzy Komisją a organami krajowymi. Ułatwia on przydział spraw między KE a państwami członkowskimi zgodnie z zasadą pomocniczości (chodzi o to, aby daną sprawą zajmował się organ najbardziej właściwy w konkretnym przypadku). Aktualnie na mocy art. 22 rozporządzenia koncentracyjnego **państwa członkowskie (organy ochrony konkurencji) mogą złożyć do Komisji wnioski o zbadanie w ich imieniu dowolnej koncentracji, która nie ma wymiaru unijnego i nie podlegała zgłoszeniu na podstawie krajowych przepisów o kontroli koncentracji**. Co więcej, wnioski takie można złożyć, nawet jeśli transakcja została już zamknięta.

Takie rozwiązanie pozwala kontrolować transakcje z udziałem przedsiębiorców, którzy mogą odgrywać znaczącą rolę konkurencyjną na danym rynku, pomimo że w momencie dokonywania koncentracji generują stosunkowo niewielki obrót lub nie generują

go wcale. Mogą to być np. startupy, przedsiębiorstwa dostarczające kluczowe produkty lub usługi dla innej gałęzi przemysłu, a także podmioty mające dostęp do aktywów o istotnym znaczeniu dla konkurencji (jak np. surowce, infrastruktura, dane czy prawa własności intelektualnej) czy też prowadzące istotne badania i posiadające innowacyjne rozwiązania.

Z kolei w 2023 r. weszły w życie **unijne przepisy dotyczące monitorowania wpływu państw trzecich na właściwe funkcjonowanie rynku wewnętrznego**. Wprowadziły one m.in. mechanizm badania i kontroli przez Komisję Europejską subsydiowania przez państwa trzecie planowanej działalności gospodarczej przedsiębiorstw (zarówno prywatnych, jak i państwowych) w UE. Nowe kompetencje Komisji dotyczą dwóch sfer działalności gospodarczej – zamówień publicznych (patrz artykuł na s. 25) oraz kontroli koncentracji przedsiębiorstw.



rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny

Kontrola subsydiów zagranicznych – ramy prawne w zakresie kontroli koncentracji

Subsydia zagraniczne mogą spowodować zakłócenie konkurencji, w szczególności jeśli koncentracja skutkuje zmianą kontroli nad unijnymi przedsiębiorstwami. Stąd wprowadzenie mechanizmów kontrolnych, które pozwalają Komisji badać, skąd pochodzą środki finansowe dające przewagę konkurencyjną przedsiębiorstwom zagranicznym, właśnie w zakresie koncentracji przedsiębiorstw.

Przepisy rozporządzenia odnoszą się do typowych transakcji zdefiniowanych jako „koncentracje” w przepisach prawa ochrony konkurencji. Będą to transakcje dotyczące:

- **połączenia** dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorstw lub części przedsiębiorstw,
- **przejęcia kontroli** nad innym przedsiębiorstwem lub jego częścią w drodze zakupu papierów wartościowych lub aktywów lub w drodze umowy lub w jakikolwiek inny sposób,
- **utworzenia wspólnego przedsiębiorcy**, czyli spółki joint venture pełniącej w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego.

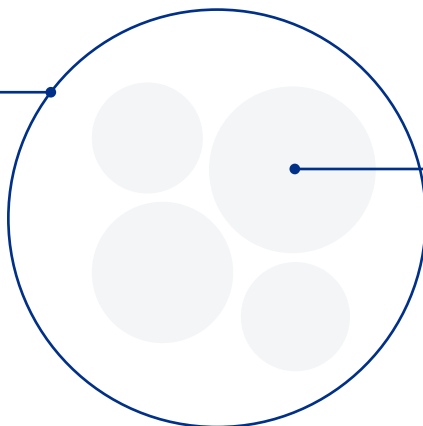
Obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji dotyczy transakcji, które spełniają łącznie następujące kryteria:

- co najmniej jedno z łączących się przedsiębiorstw, przejmowanych przedsiębiorstw lub spółek joint venture ma siedzibę w Unii i generuje w UE łączny obrót w wysokości co najmniej 500 mln euro w roku obrotowym poprzedzającym koncentrację, oraz
- uczestniczące w koncentracji przedsiębiorstwa otrzymały razem od państw trzecich **łączny wkład finansowy w wysokości powyżej 50 mln euro w okresie trzech lat poprzedzających zawarcie umowy, ogłoszenie publicznej oferty lub nabycie pakietu kontrolnego** (w przypadku przejęcia kontroli dotyczy to nabywcy lub nabywcy i przejmowanego przedsiębiorcy; w przypadku połączenia – łączących się przedsiębiorców; a w przypadku utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa – przedsiębiorstw tworzących spółkę joint venture oraz tej spółki joint venture).

OBOWIĄZEK ZGŁOSZENIA ZAMIARU KONCENTRACJI (ZASADA OGÓLNA)

50 mln euro wkładu od państw trzecich

Wszyscy uczestnicy otrzymali łącznie od państw trzecich >50 mln euro w ciągu ostatnich trzech lat



500 mln euro obrotu w UE

Co najmniej jeden z uczestników ma siedzibę w UE i generuje w UE co najmniej 500 mln euro obrotu

Pojęcie wkładu finansowego zostało zdefiniowane w rozporządzeniu szeroko, obejmując swoim zakresem obszerny wachlarz środków wsparcia, a nie tylko same transfery pieniężne (np. zwolnienia podatkowe czy dostawy towarów lub usług).

Co istotne, przez wkład finansowy przekazany przez państwo trzecie należy rozumieć zarówno środki wsparcia przekazane przez instytucje rządowe szczebla centralnego, jak i przez pozostałe organy publiczne, zagraniczne podmioty publiczne, a także podmioty prywatne, których działania można przypisać państwu nienależącemu do UE. Obostrzenia dotyczą również międzynarodowych przedsiębiorstw z siedzibą w UE, które otrzymały dotacje z krajów trzecich.

Postępowanie zgłoszeniowe i znaczące uprawnienia Komisji

Komisja ma szerokie uprawnienia dochodzeniowe w zakresie kontroli koncentracji przedsiębiorstw z udziałem subsydiów zagranicznych i jest jedynym organem uprawnionym do stosowania przepisów rozporządzenia 2022/2560.

Z własnej inicjatywy (z urzędu) Komisja może m.in.:

- badać informacje z dowolnych źródeł (np. z państw członkowskich, od osób fizycznych lub prawnych, związków przedsiębiorstw itd.) dotyczące domniemanych subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny,
- przeprowadzać wszelkie konieczne kontrole przedsiębiorstw i związków przedsiębiorstw w państwach członkowskich UE, w tym przeszukiwać pomieszczenia i środki transportu kontrolowanych, przesłuchiwać przedstawicieli lub członków personelu przedsiębiorstwa w celu uzyskania wyjaśnień oraz badać księgi i inne rejestry związane z prowadzoną działalnością gospodarczą i sporządzać kopie takiej dokumentacji,
- przeprowadzać badanie rynku w konkretnym sektorze i żądać przekazania wszelkich niezbędnych informacji od wskazanych przedsiębiorstw lub ich związków,
- żądać przekazania wszelkich niezbędnych informacji dotyczących postępowań w toku nie tylko od stron postępowania, ale również od innych przedsiębiorstw lub ich związków, a także od państw członkowskich oraz od państw trzecich.

SUBSYDIUM ZAGRANICZNE

wkład finansowy, wniesiony pośrednio lub bezpośrednio przez państwo trzecie (spoza Unii), który przysparza korzyści co najmniej jednemu przedsiębiorstwu lub co najmniej jednej branży w Unii.

Subsydia zagraniczne podlegają przepisom rozporządzenia 2022/2560, jeżeli mogą (nawet potencjalnie) zakłócić konkurencję w ramach UE.

Dodatkowo Komisja może przeprowadzać kontrole na terytorium państwa trzeciego (poza Unią), jednak pod warunkiem, że rząd tego państwa został oficjalnie powiadomiony i nie zgłosił sprzeciwu wobec planowanej kontroli.

Co do zasady **kontrola koncentracji na podstawie rozporządzenia 2022/2560 jest kontrolą *ex ante*** – zobowiązane do tego podmioty zgłaszają zamiar koncentracji. Do dokonania uprzedniego zgłoszenia dowolnej koncentracji, nawet jeśli planowana koncentracja nie spełnia kryteriów zgłoszeniowych, może również wezwać sama Komisja w dowolnym momencie przed jej dokonaniem. Dzieje się tak w przypadku, gdy KE podejrzewa, że danym przedsiębiorstwom w okresie ostatnich trzech lat poprzedzających koncentrację mogły zostać przyznane subsydia zagraniczne.

Dodatkowo Komisja może przeprowadzić kontrolę dokonanej już koncentracji spełniającej kryteria zgłoszeniowe, ale niezgłoszonej uprzednio przez stronę/strony transakcji do weryfikacji (**kontrola *ex post***), albo zgłoszonej Komisji po jej wezwaniu do dokonania zgłoszenia. Jeśli Komisja w takim przypadku stwierdzi zakłócenie konkurencji na rynku, może nakazać uczestnikom koncentracji **przywrócenie stanu sprzed dokonania koncentracji** w możliwie największym stopniu (np. przez rozwiązanie koncentracji lub – gdy to nie jest możliwe – przez inne środki odpowiednie dla przywrócenia takiego stanu).

W przypadku gdy (i) istnieją wystarczające przesłanki wskazujące, że wkład finansowy stanowi subsydlum zagraniczne, które zakłóca rynek wewnętrzny oraz (ii) istnieje ryzyko wystąpienia poważnej i nieodwracalnej szkody dla konkurencji, **Komisja może zastosować w stosunku do uczestników danej koncentracji tzw. środki tymczasowe**. Katalog tych środków jest otwarty. Może to być np. zobowiązanie do:

- zaniechania niektórych inwestycji,
- udzielenia licencji na aktywa nabyte za pomocą subsydiów zagranicznych,
- udzielenia dostępu do elementów infrastruktury (obiekty badawcze, zdolności produkcyjne, infrastruktura kluczowa), które zostały nabyte lub są wspierane za pomocą subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny.

Co do zasady uczestnicy planowanej transakcji muszą **wstrzymać się od dokonania koncentracji przed zgłoszeniem i do czasu wydania przez KE rozstrzygnięcia w sprawie lub upływu terminu na wydanie takiego rozstrzygnięcia (efekt zawieszający)**.

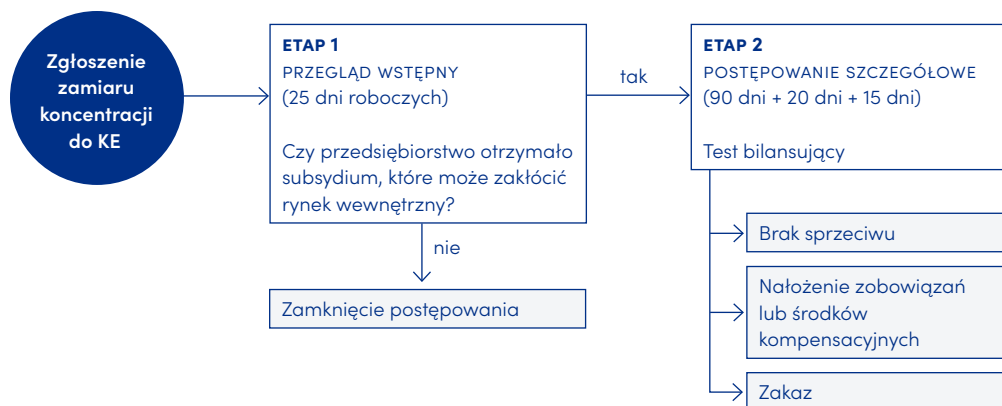
Postępowanie zgłoszeniowe jest **postępowaniem dwuetapowym**. Po zgłoszeniu zamiaru koncentracji następuje etap pierwszy, tj. **przeгляд wstępny**. To postępowanie powinno zostać zakończone w ciągu 25 dni roboczych. W tym czasie Komisja albo zamyka postępowanie, albo wydaje decyzję o wszczęciu postępowania szczegółowego (drugi etap). Przy podejmowaniu decyzji co do dalszego postępowania Komisja kieruje się tym, czy dane przedsiębiorstwo otrzymało subsyduum zagraniczne i czy może ono zakłócić rynek wewnętrzny.

Postępowanie szczegółowe powinno zakończyć się w ciągu 90 dni roboczych od daty jego wszczęcia. Komisja może je jednak przedłużyć maksymalnie o dodatkowe 20 dni roboczych. Jeśli uczestnicy koncentracji proponują nałożenie zobowiązań, okres postępowania szczegółowego zostaje wydłużony o 15 dni roboczych. Zarówno w pierwszej, jak i w drugiej fazie postępowania do czasu trwania postępowania nie wlicza się okresów oczekiwania na uzupełnienie braków zgłoszenia czy przedstawienia dodatkowych informacji żądanych przez Komisję.

W toku postępowania szczegółowego Komisja przeprowadza dalszą ocenę subsyduum zagranicznego, stosując **tzw. test bilansujący**, tj. bada zarówno negatywne, jak i pozytywne skutki danego subsyduum zagranicznego na rynku wewnętrznym w odniesieniu do odpowiednich celów polityki UE.

Po przeprowadzonym postępowaniu Komisja może wydać następujące rozstrzygnięcia w sprawie:

- decyzję o niezgłaszaniu sprzeciwu do danej koncentracji (jeżeli skutki pozytywne przeważają nad zakłóceniami rynku),
- decyzję nakładającą zobowiązania lub środki kompensacyjne (jeżeli nałożone środki zaradcze kompensują negatywne skutki koncentracji), lub
- decyzję zakazującą dokonania koncentracji w przypadku stwierdzenia, że subsyduum zagraniczne zakłóca rynek wewnętrzny.



Zakres środków kompensacyjnych i zobowiązań będących w gestii Komisji jest rozległy i obejmuje przykładowo:

- udzielenie dostępu do elementów infrastruktury (obiekty badawcze, zdolności produkcyjne, infrastruktura kluczowa),
- zmniejszenie mocy produkcyjnych lub obecności na rynku,
- zaniechanie niektórych inwestycji,
- zbycie niektórych aktywów,
- zwrot subsydium zagranicznego.

W skrajnych przypadkach **KE może zażądać nawet rozwiązania danej transakcji.**

Przedsiębiorcy, którzy nie zastosują się do przepisów rozporządzenia, muszą liczyć się z **wysokimi karami finansowymi**. Jeśli nie zgłoszono koncentracji podlegającej zgłoszeniu, albo jeśli dokonano koncentracji przed uzyskaniem stanowiska Komisji lub wbrew wydanej decyzji zakazującej, Komisja może nałożyć na przedsiębiorstwa karę finansową w wysokości do 10% ich łącznego obrotu za poprzedzający rok obrotowy. Dodatkowe kary finansowe w wysokości do 1% obrotu mogą zostać nałożone za przekazywanie Komisji niepoprawnych lub wprowadzających w błąd danych.

Nowe obowiązki i wyzwania dla przedsiębiorców

Kontrola subsydiów zagranicznych przez KE znacząco zmienia i komplikuje uwarunkowania transakcyjne. Nowe regulacje znacząco obniżają też pewność prawną dla przedsiębiorców. Komisja może ich wezwać do dokonania odpowiedniego zgłoszenia, jeżeli tylko podejrzewa, że dana transakcja może mieć negatywny wpływ na stan konkurencji na rynku UE.

Dla przedsiębiorców, w szczególności spoza UE (ale również dla globalnych grup kapitałowych z siedzibą w UE), oznacza to konieczność badania obowiązku zgłoszenia nowych transakcji / inwestycji w obrębie UE. Co istotne, wymogi rozporządzenia dotyczą nie tylko przedsiębiorców z krajów takich jak Federacja Rosyjska czy CHRL, ale obejmują również USA, Japonię, Koreę Południową, Kanadę czy Tajwan – czyli pozaeuropejskie duże gospodarki wolnorynkowe, których przedstawiciele odpowiadają za znaczną część transakcji na rynku unijnym.

Żeby ustalić obowiązek zgłoszenia, trzeba gromadzić i przetwarzać dużą ilość danych dotyczących wkładów finansowych (subsydiów) otrzymywanych od podmiotów spoza UE. Biorąc pod uwagę bardzo szeroką definicję subsydiów (obejmującą również pożyczki czy dostawy towarów lub usług), wiąże się to z dużym nakładem sił i środków. Ma to istotne znaczenie w odniesieniu przede wszystkim do dużych grup kapitałowych liczących niekiedy po kilkadziesiąt czy więcej podmiotów. Tego typu wymogi mogą stanowić szczególnie problem dla funduszy inwestycyjnych i ich struktur kapitałowych (gdzie przepływ informacji pomiędzy różnymi podmiotami bywa z reguły ograniczony).

Na dodatek tylko przedstawienie wszystkich wymaganych informacji i dokumentów powoduje, że Komisja uzna zgłoszenie za pełne i postępowanie może się rozpocząć. Formularz zgłoszeniowy (FS-CO) jest w tym zakresie bardzo szczegółowy.

Możemy się spodziewać, że znaczenie rozszerzonych mechanizmów kontroli koncentracji przedsiębiorców w Unii Europejskiej jeszcze wzrośnie. Aktualnie są one nieodłącznym elementem w planowaniu transakcji M&A, w szczególności transakcji międzynarodowych.

Z sądu państwowego do arbitrażu

1 lipca 2023 r. weszła w życie kolejna, obszerna nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego. Zmiany mają przyspieszyć rozpoznawanie spraw sądowych. Dotyczą one zarówno przepisów ogólnych, jak i postępowania rozpoznawczego, zabezpieczającego, egzekucyjnego, a także arbitrażowego. W tym artykule oceniam zmiany wprowadzone do części piątej Kodeksu postępowania cywilnego dotyczące sądu polubownego.



MONIKA HARTUNG

radca prawny, wspólnik, praktyka postępowań
sądowych i arbitrażowych

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



arbitraż

Co do zasady dokonywane w ostatnich latach zmiany Kodeksu postępowania cywilnego dotyczące postępowania arbitrażowego zmierzają w dobrym kierunku. Poszerzają katalog sporów, które mogą być rozstrzygane przez sądy polubowne, ograniczają liczbę instancji w postępowaniach postarbitrażowych, a także tworzą zachęty do zawierania zapisów na sądy polubowne.

Przekierowanie sprawy do arbitrażu

Zmiana z lipca ubiegłego roku pozwala stronom przekierować spór wniesiony do sądu państwowego do rozstrzygnięcia przez sąd polubowny. Podobne rozwiązania były dyskutowane w wielu krajach, w tym w Wielkiej Brytanii, Francji i we Włoszech. W każdym przypadku miały stanowić remedium na zatory w sądach państwowych.

Przed ubiegłoroczną zmianą konwersja była możliwa na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, jednakże obecnie przewidziana jest wprost i została „zinstytucjonalizowana”.

Dodany art. 1161¹ k.p.c. uprawnia strony do przekierowania sprawy do arbitrażu – aż do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia sporu. W tym celu strony muszą zawrzeć umowę arbitrażową po powstaniu sporu, zwaną kompromisem (*submission agreement*). Przepisy księgi piątej Kodeksu postępowania cywilnego przewidują podobne rozwiązania w indywidualnych sprawach z zakresu prawa pracy oraz sporach związanych z umowami z udziałem konsumentów. Określają też wymagania, które muszą zostać spełnione, aby kompromis w tych sprawach był ważny.

Wprowadzenie art. 1161¹ k.p.c. oraz lokalizacja tego przepisu wskazują, moim zdaniem, na dopuszczalność objęcia tym przepisem także indywidualnych spraw pracowniczych oraz sporów z umów z udziałem konsumentów. Wszak skoro sprawa zawisła w sądzie państwowym, to wymóg zawarcia umowy arbitrażowej po

powstaniu sporu jest spełniony. Różnica w porównaniu z innymi sprawami będzie polegała jedynie na obowiązku zawarcia kompromisu z zachowaniem szczególnych wymagań przewidzianych w tego rodzaju sprawach.

Zakres i skutki konwersji

Jeśli strony zdecydują się przekierować sprawę z postępowania sądowego do arbitrażu, będą zobowiązane przedłożyć sądowi państwowemu treść uzgodnionego zapisu na sąd polubowny, który powinien obejmować wyraźne porozumienie stron co do poddania konkretnie określonego sporu rozstrzygnięciu przez sąd polubowny oraz wskazywać przedmiot sporu lub stosunek prawny, z którego spór wyniknął. Zasadne wydaje się także, aby strony odwołały się do podstawy prawnej zapisu, którą stanowi art. 1161 § 1 k.p.c., oraz wskazały sąd, przed którym toczy się spór, i sygnaturę sprawy.

Sąd obowiązany jest ocenić, czy zapis nie jest sprzeczny z prawem i zasadami współżycia społecznego oraz czy nie zmierza do obejścia prawa, względnie czy nie jest nieważny lub bezskuteczny. Oznacza to, że dopuszczalność zawarcia kompromisu będzie oceniana analogicznie jak cofnięcie pozwu, uznanie powództwa, zrzeczenie się lub ograniczenie roszczenia oraz zawarcie ugody w postępowaniu pojednawczym lub przed sądem ochrony konkurencji i konsumentów.

W praktyce wydaje się, że zawierając kompromis strony – w celu uniknięcia wątpliwości i ewentualnej obstrukcji w przyszłości – powinny szerzej uregulować zasady, na jakich przekazują spór do rozstrzygnięcia sądowi polubownemu, szczególnie że zakres takich regulacji zależeć będzie od stadium postępowania przed sądem państwowym, w którym spór zostanie przekazany. Wszak konwersja dopuszczalna jest do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia sporu, a więc także w postępowaniu odwoławczym.

Zasadne jest, by strony określiły miejsce arbitrażu, ponieważ jeśli nie wybiorą prawa właściwego dla umowy arbitrażowej, to właśnie prawo miejsca arbitrażu będzie stosowane dla oceny jej skutków oraz określi zakres ingerencji sądów państwowych w postępowanie arbitrażowe i wydany wyrok. Warto także uzgodnić, czy postępowanie ma być prowadzone przed sądem polubownym



UMOWA ARBITRAŻOWA PO POWSTANIU SPORU (TZW. KOMPROMIS) POWINNA WSKAZYWAĆ:

- wyrażne porozumienie stron co do poddania konkretnego sporu rozstrzygnięciu przez sąd polubowny
- przedmiot sporu lub stosunek prawny, z którego spór wyniknął
- podstawę prawną zapisu na arbitraż (art. 1161 § 1 k.p.c.)
- sąd, przed którym toczył się spór, i sygnaturę sprawy
- miejsce arbitrażu
- zasady proceduralne (wymiana pism, doręczenia)
- zakres wykorzystania dowodów przeprowadzonych przed sądem powszechnym

instytucjonalnym, czy *ad hoc*, a także iluosobowy zespół orzekający ma rozstrzygać spór. Możliwe także jest uzgodnienie zasad proceduralnych, według których postępowanie arbitrażowe powinno być prowadzone, np. zasad wymiany pism procesowych czy doręczeń. Przede wszystkim jednak – z uwagi na odmienności postępowania arbitrażowego w tym zakresie – strony powinny ustalić zakres wykorzystania w postępowaniu arbitrażowym dowodów już przeprowadzonych przed sądem państwowym. Możliwie jak najszersze wykorzystanie dowodów z postępowania sądowego obniży koszty arbitrażu i pozwoli uniknąć ich ponownego ponoszenia.

Przykładowo w postępowaniu przed sądem polubownym to strona musi zapewnić obecność świadka na rozprawie, a sąd nie ma możliwości przymusowego jego sprowadzenia. Sytuacja ta może spowodować ograniczenie listy świadków o te osoby, których obecności strona nie będzie w stanie zapewnić. Niezależnie od tego celowe i ograniczające koszty może być uzgodnienie oparcia wyroku sądu arbitrażowego na nagraniach zeznań świadków, które złożyli oni przed sądem państwowym.

W arbitrażu inne zasady rządzą także dowodem z opinii biegłych. Co do zasady to strony przedstawiają opinie biegłych, które jednak nie są traktowane – jak to ma miejsce w postępowaniu przed sądem państwowym – jako dowód z dokumentu prywatnego, a więc jako jedynie stanowisko strony składającej taką opinię, lecz jako opinia biegłego. Zespół orzekający wyjątkowo jedynie wyznacza biegłego, przy czym nie jest on ograniczony w wyborze biegłego listą biegłych sądowych.

Jeśli sąd pozytywnie oceni zawarty przez strony kompromis, umorzy on postępowanie na zgodny wniosek stron. Nie wydaje się, aby przesłanką umorzenia musiał być zgodny wniosek stron. Zawierając skutecznie kompromis, strony uchyliły jurysdykcję sądu państwowego co do konkretnego sporu, a więc sąd ten nie jest już uprawniony do rozstrzygnięcia sporu, zatem wniosek jednej ze stron powinien być wystarczającą podstawą dla umorzenia postępowania przed sądem państwowym.

Umorzenie postępowania, wobec treści art. 744 § 1 k.p.c., pociąga za sobą niedogodność w postaci upadku wcześniej orzeczonego zabezpieczenia, a w konsekwencji aktualizuje wynikającą z art. 746 § 1 k.p.c. możliwość dochodzenia naprawienia szkody wyrządzonej wykonaniem zabezpieczenia. Nie wydaje się, aby taki skutek umorzenia był zamierzony przez ustawodawcę. Uchylenie tego ryzyka wymagałoby jedynie niewielkiej zmiany art. 746 § 1 k.p.c. poprzez wyłączenie z jego zakresu spraw przekierowanych na podstawie art. 1161¹ k.p.c. do sądu polubownego przy określeniu terminu, w jakim powód zobowiązany byłby wszcząć postępowanie przed sądem polubownym (tzn. należałoby określić, przez jaki czas po prawomocnym umorzeniu postępowania przed sądem państwowym udzielone zabezpieczenie pozostawałoby w mocy). Byłaby to konstrukcja analogiczna jak w przypadku art. 733 § 1 k.p.c., który określa, w jakim czasie powód, który uzyskał zabezpieczenie przed wszczęciem postępowania, ma obowiązek wnieść pozew, aby zabezpieczenie nie utraciło mocy.

Art. 1161¹ § 2 k.p.c. stanowi także, że termin przedawnienia roszczeń przekierowanych z sądu państwowego do sądu arbitrażowego rozpoczyna bieg na nowo od dnia uprawomocnienia się postanowienia o umorzeniu postępowania. Dotychczas przeważało stanowisko, że z uwagi na brak regulacji analogicznej jak w przypadku zwrotu pozwu – która wprost stanowi, że pozew zwrócony nie wywołuje żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z wniesieniem pisma procesowego do sądu – umorzenie postępowania nie uchyła materialnoprawnych skutków wniesienia pozwu, w tym przerwy przedawnienia. Odrębna regulacja w art. 1161¹ § 2 k.p.c. może pogłębić wątpliwości co do skutków umorzenia postępowania.

Dopełnieniem ww. regulacji jest art. 1165 § 1¹ k.p.c., zgodnie z którym sąd zobowiązany jest z urzędu odrzucić pozew lub wniosek o wszczęcie postępowania nieprocesowego, jeżeli dotyczy on



JEŚLI SĄD POZYTYWNE OKREŚLI KOMPROMIS:

- sąd państwowy umarza postępowanie
- upada wcześniej orzeczone zabezpieczenie – przeciwnik może dochodzić naprawienia szkody wyrządzonej wykonaniem zabezpieczenia
- termin przedawnienia roszczeń rozpoczyna bieg na nowo
- nie będzie już można wystąpić z powództwem w tej samej sprawie przed sądem powszechnym
- sąd zwraca $\frac{3}{4}$ opłaty sądowej – ale nie inne poniesione koszty

sporu, który był przedmiotem sprawy umorzonej na podstawie art. 1161¹ § 2 k.p.c. Celem tej regulacji jest wykluczenie ponownego badania przez sąd państwowy sporu będącego przedmiotem sprawy umorzonej w związku z zawarciem kompromisu. Jeżeli strony zdecydują się na konwersję, ale rozstrzygnięcie sądu polubownego nie będzie dla nich satysfakcjonujące, nie będą mogły wystąpić ponownie z powództwem przed sądem powszechnym.

Koszty sądowe w przypadku konwersji

Konsekwencją wprowadzenia do Kodeksu postępowania cywilnego art. 1161¹ k.p.c. jest także zmiana ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, która przewiduje zwrot $\frac{3}{4}$ opłaty sądowej w przypadku umorzenia postępowania na zgodny wniosek stron przed sądem pierwszej instancji, w następstwie zawarcia przez strony zapisu na sąd polubowny. Rozwiązanie to, jakkolwiek uzasadnione, może okazać się niesatysfakcjonujące dla stron, a w konsekwencji osłabić skłonność do przekierowywania spraw zawisłych przed sądami państwowymi do sądów polubownych. Jeśli przed sądem państwowym przeprowadzono już postępowanie dowodowe w części lub w całości, co spowodowało powstanie kosztów (np. zwrot kosztów stawiennictwa świadków, koszt opinii biegłego itp.), koszty takie – jak należy przyjąć – będą także przedmiotem orzeczenia sądu państwowego i zostaną poniesione przez strony. Brak jest niestety przepisów regulujących zasady poniesienia takich kosztów, a zasady orzekania o kosztach przewidziane w Kodeksie postępowania cywilnego nie wydają się adekwatne do sytuacji, w której dojdzie do przekierowania sporu do arbitrażu.

Podsumowanie

Podsumowując, komentowaną zmianę Kodeksu postępowania cywilnego oceniam jako zmierzającą we właściwym kierunku, jednak wymaga ona dopracowania w odniesieniu do:

- zabezpieczenia powództwa uzyskanego przed przekierowaniem sprawy,
- możliwości umorzenia postępowania na wniosek jednej ze stron,
- regulacji dotyczących rozstrzygnięcia o kosztach postępowania przed sądem państwowym poniesionych do czasu konwersji.

Wydaje się również, że konwersja powinna być dopuszczalna jedynie w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji. Konwersja w postępowaniu odwoławczym jest finansowo nieatrakcyjna – wszak koszty postępowania dowodowego ponoszone są w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, a ewentualne koszty dowodów uzupełniających są zazwyczaj marginalne. Także czas rozstrzygnięcia spraw w pierwszej instancji jest znacząco dłuższy z powodu konieczności przeprowadzenia postępowania dowodowego. Zatem konwersja postępowania sądowego w drugiej instancji nie przyspieszy rozstrzygnięcia, szczególnie że wyrok sądu polubownego może być przedmiotem postępowania sądowego ze skargi o jego uchylenie, co wymaga dodatkowego czasu i zazwyczaj wstrzymuje także jego wykonanie. Wreszcie przekazanie sprawy znajdującej się w drugiej instancji budzi wątpliwości proceduralne, w szczególności związane ze statusem wyroku wydanego przez sąd pierwszej instancji. Kodeks postępowania cywilnego nie reguluje wprost tej sytuacji, zatem nie jest pewne, czy umorzenie postępowania na skutek konwersji wymaga uprzedniego uchylenia wyroku sądu pierwszej instancji i czy następuje to na wniosek czy z urzędu.

Skoro celem wprowadzonej zmiany księgi piątej Kodeksu postępowania cywilnego jest odciążenie sądów państwowych, które zwłaszcza w dużych miastach są nadmiernie obciążone dużą liczbą spraw i w których czas od wszczęcia postępowania do wydania orzeczenia jest długi, to przekonanie stron do skorzystania z konwersji wymaga jak najszybszego uchylenia ww. przeszkód oraz stworzenia szerszych zachęt do wyboru tego trybu.

Arbitraż: recepta na sprawny sąd

rozmowa z Moniką Hartung,
radcą prawnym, współnikiem
w praktyce postępowań sądowych
i arbitrażowych kancelarii Wardyński
i Wspólnicy, Przewodniczącą Rady
Arbitrażowej Sądu Arbitrażowego
przy Krajowej Izbie Gospodarczej



MONIKA HARTUNG

radca prawny, wspólnik,
praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych,

Przewodnicząca Rady Arbitrażowej Sądu
Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



arbitraż

REDAKCJA

SAKIG to jeden z głównych sądów arbitrażowych nie tylko w Polsce, ale także w Europie. Jak wynika ze statystyk, do sądu wpływa ok. 200 spraw rocznie, średni czas ich rozpoznawania to 9–10 miesięcy, a tylko 1% wyroków jest uchylanych w drodze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego. Nasuwa się pytanie, jaka jest recepta na dobrze działający sąd.

MONIKA HARTUNG

Na pewno ważna jest renoma sądu – którą należy pielęgnować. SAKIG jest najstarszym ogólnogospodarczym sądem arbitrażowym w Polsce. Dłuższe tradycje mają tylko bardzo wyspecjalizowane sądy morskie, czyli Izba Wełny i Izba Bawełny w Gdyni.

Do tego dochodzi doświadczenie arbitrów oraz sprawność działania sekretariatu złożonego z pięciu bardzo skrupulatnych, pracowitych i doświadczonych osób. Jeśli chodzi o średni czas rozpoznawania spraw, to bardzo ważna jest dyscyplina. A znikoma liczba uchylanych wyroków świadczy o wysokim poziomie tego orzecznictwa.

Bardzo ważne jest też wsparcie technologii. W tej chwili przechodzimy na doręczenia elektroniczne. Rozważamy całkowite odstąpienie od papierowych doręczeń – poza oczywiście pismem wszczynającym i wyrokiem, które muszą być w formie papierowej. Również biegli pracują na materiałach zdigitalizowanych. To nie tylko usprawnia postępowanie, ale również obniża koszty.

Siłą naszego sądu jest też Rada Arbitrażowa, której przewodniczącą od 1 stycznia 2023 r. Składa się ona z 13 osób, samych praktyków, niektórych z tytułami profesorskimi. Są w niej ludzie z ogromnym doświadczeniem, ale też młodzi prawnicy, którzy mają entuzjazm, siłę i chęć doskonalenia. Wiele robimy dla promocji sądownictwa arbitrażowego. Opowiadamy o praktycznych aspektach postępowania arbitrażowego – od momentu wpływu pozwu albo wezwania na arbitraż (bo to są dwa pisma, za pośrednictwem których można wszcząć spór), przez posiedzenie organizacyjne, pisemne zeznania świadków, opinie biegłych, rozprawę, pisma podsumowujące,

aż po wyrok. Ostatnio dwukrotnie spotykaliśmy się w tym celu z prawnikami przedsiębiorstw.

Organizujemy też konferencje, między innymi we współpracy z Uniwersytetem Warszawskim. Ostatnie dotyczyły postępowania dowodowego, a konkretnie zaktualizowanych wytycznych IBA, a także postępowań sądowych i arbitrażowych w sprawach z umów o roboty budowlane, co jest gorącym tematem.

Zorganizowaliśmy też dwie edycje międzynarodowej konferencji Solidarity Arbitration and Mediation Days – we współpracy z kolegami z sądów i stowarzyszeń arbitrażowych z Ukrainy, Austrii, Szwecji, Szwajcarii i Niemiec. W trakcie pierwszej konferencji zebraliśmy ponad 20 tys. euro na stypendia dla młodych ukraińskich prawników. Mam nadzieję, że druga przyniosła jeszcze więcej środków na ten cel.

Jak wyglądają relacje z innymi sądami i stowarzyszeniami arbitrażowymi? Czy praktykowana jest wymiana doświadczeń?

Przez długi czas istniała rywalizacja między Sądem Arbitrażowym przy Konfederacji Lewiatan i Sądem Arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczej. To wynikało z tego, że Sąd Arbitrażowy przy Konfederacji Lewiatan narodził się poniekąd w związku z niedostatkami proceduralnymi w SAKIG-u. Ale od wielu lat przyjaźnię się z obecnym prezesem sądu, profesorem Marcinem Asłanowiczem, którego bardzo cenię, więc nawet gdybyśmy chcieli, to nie jesteśmy w stanie nieczysto rywalizować ze sobą. Współpracowaliśmy zresztą przy Solidarity Arbitration and Mediation Days i innych wydarzeniach.

Środowisko arbitrażowe jest bardzo wąskie, więc drapieżna konkurencja jest kompletnie bez sensu. Trzeba się skupić na promocji, doskonaleniu procedury i prawa oraz edukacji arbitrażowej. Choć trudno ukrywać, że sądy arbitrażowe – a jest ich w Polsce ponad 50, przy różnych instytucjach – rywalizują między sobą. Dlatego takim ewenementem była konferencja Solidarity Arbitration and Mediation Days, którą wspierało wiele instytucji arbitrażowych.

Łatwiejsza jest współpraca międzynarodowa. Podpisaliśmy porozumienie o współpracy z SCC. A dawno temu w ramach Lewiatana razem z prof. Beatą Gessel zrobiliśmy konferencję polsko-austriacką, z VIAC-iem.

Czy efektem takich spotkań z in-house'ami i konferencji bywają zmiany w regulaminie sądu, tak by lepiej odpowiadał on oczekiwaniom uczestników arbitrażu?

O tak. Regulaminy są co jakiś czas jest nowelizowane. Jakież 5 lat temu był duży ruch w instytucjach arbitrażowych w tym zakresie. Teraz też pracujemy nad zmianą. Chodzi o to, żeby z jednej strony uelastyczyć postępowanie, a z drugiej strony wprowadzić mechanizmy i narzędzia, które pozwolą jeszcze sprawniej czasowo i kosztowo to postępowanie prowadzić.

W komisji do spraw regulaminu mamy arbitrów z bardzo dużym doświadczeniem: profesorów Wojciecha Popiołka i Andrzeja Szlęzaka, Karla Pörnbachera, który jest prawnikiem niemieckim, i dr Marię Hauser-Morel, która przez lata pracowała w ICC, a obecnie praktykuje w Paryżu. Szefem komisji jest Michał Kocur, który ma doświadczenie i jako arbiter, i jako counsel.

Wypracowane zmiany będziemy oczywiście konsultować ze środowiskiem arbitrażowym i użytkownikami, czyli przede wszystkim z in-house'ami, ale też z prawnikami transakcyjnymi, bo to oni piszą umowy i wpisują do nich klauzule jurysdykcyjne. Zależy nam na spotkaniach z tymi środowiskami, żeby ich przedstawiciele znali różnice pomiędzy sądownictwem państwowym i arbitrażowym i mieli pod ręką argumenty, które pozwolą zachęcić mocodawców do zapisu na arbitraż.

Zanim zostałam przewodniczącą, nie docierało do mnie, jak niewielka jest wiedza o arbitrażu – również wśród prawników. Dlatego moim priorytetem jest szerzenie tej wiedzy – nie tylko wśród in-house'ów i prawników transakcyjnych, ale również wśród adwokatów, radców prawnych, aplikantów i studentów.

Czym w takim razie jest arbitraż i jakie ma przewagi nad sądownictwem powszechnym?

O tym można by mówić tydzień. Ale w skrócie: zaletami arbitrażu są szybkość, poufność i koszty.

Arbitraż jest postrzegany jako postępowanie drogie, co nie jest prawdą. Opłaty w arbitrażu są niższe od opłat sądowych, gdy wartość przedmiotu sporu mieści się w przedziale od 1,12 mln zł do 24,58 mln zł. Ponadto opłaty w arbitrażu mogą być niższe od opłat sądowych, nawet gdy wartość przedmiotu sporu przekroczy 50 mln zł, jeżeli strony ograniczą liczbę arbitrów z trzech do jednego.

A co do poufności – w arbitrażu nie ma rozpraw publicznych. Żeby ktoś poza stronami, na przykład aplikant, mógł uczestniczyć w rozprawie, muszą wyrazić zgodę zarówno strony, jak i arbitrzy. Jedynymi osobami dodatkowymi w trakcie rozprawy są świadkowie – i pewnie warto się zastanowić, czy można to jakoś uszczelnić. Ale świadkowie nie wiedzą wiele, bo zeznają o faktach, o których mają wiedzę w związku ze sprawą, więc nie znają całkowicie przebiegu postępowania i treści wyroku.

Wyroki nie są też publikowane. Wprawdzie dążymy do tego, żeby je publikować po zanonimizowaniu, ale nie ma zgody stron. Dlatego rozważamy publikowanie składów – w imię transparentności, żeby nie było podejrzeń, że cały czas sędzimy w tych samych składach.

Bo arbitrów w SAKIG-u jest koło 200?

Tak, jest ich koło 200 na liście, ale lista jest w sumie bez znaczenia. Zasadą jest, że każda ze stron wybiera dowolnego arbitra, a ci arbitrzy wybierają przewodniczącego. Zgodnie z regulaminem przewodniczący powinien być wybrany z listy arbitrów, ale jeżeli tak nie jest, to arbitrzy zgłaszają to Radzie i Rada zatwierdza arbitra spoza listy. Sama byłam jedną z pierwszych osób zatwierdzonych na przewodniczącą, choć nie byłam na liście.

Obawiam się, że na liście są prawie wyłącznie prawnicy, a to nie jest dobry pomysł. Powinni być też na przykład inżynierowie. Tak jest w Sądzie Arbitrażowym przy SIDIR-ze, czyli Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców.

Bardzo często jest tak, że strony albo nie wyznaczają arbitra, albo proszą o jego wyznaczenie Radę Arbitrażową. To bardzo zbliża postępowanie arbitrażowe do postępowania przed sądem państwowym. My nie losujemy wprawdzie arbitrów, tylko jest Komitet Nominacyjny, który zapoznaje się ze sprawą, zastanawia się, jakie trzeba spełniać kwalifikacje, i rekomenduje arbitra, a Rada go zatwierdza. Albo nie.

Czy można powiedzieć, że SAKIG się specjalizuje w jakichś sprawach?

Na pewno w sprawach gospodarczych. Jako sąd trochę ucierpieliśmy po znacznym ograniczeniu zapisów na SAKIG przez podmioty publiczne, ale to było jakieś 10 lat temu. Nie wiem, o co chodziło,

nie było mnie wtedy we władzach, ale rozmawiamy w tej chwili z podmiotami publicznymi, żeby przywrócić to zaufanie, które wcześniej mieli do sądu arbitrażowego. Myślę, że jesteśmy na dobrej drodze i że zapisy na arbitraż będą się pojawiać. One oczywiście się przekształcają w sprawy przeciętnie po upływie trzech do pięciu lat. Ale tak czy inaczej trzeba zadbać o to, żeby tych spraw było więcej i żeby miały odpowiedni kaliber. I o tym rozmawiamy też.

A jakich głównych bolączek sądownictwa powszechnego można uniknąć dzięki arbitrażowi?

Nadmiernego sformalizowania, ponieważ zespół orzekający w zasadzie całą procedurę ustala ze stronami. Wygląda to w ten sposób, że jak już się ukonstytuuje zespół orzekający, to przewodniczący przygotowuje postanowienie organizacyjne. W postanowieniu wskazuje się strony i rundy pism, czyli kiedy wpłynął pozew, odpowiedź na pozew, albo wniosek i odpowiedź na wniosek. Ustala się ze stronami, ile tych rund pism będzie.

Moim zdaniem wystarczają pozew, odpowiedź na pozew i pisma podsumowujące, ale generalnie strony lubią mieć jeszcze replikę i duplikę. Ustala się więc terminy na wnoszenie tych pism, sposób doręczeń, sposób procedowania ze świadkami i z biegłymi, datę wydania orzeczenia.

Orzeczenie co do zasady należy wydać w 9 miesięcy od wpływu pozwu, co jest bardzo trudne do utrzymania, bo czasami 3 miesiące albo dłużej zabiera ukonstytuowanie się zespołu orzekającego, jeśli np. pojawiają się wnioski o wyłączenie arbitra lub arbitrów. Jeżeli przewodniczący wie, że tego terminu nie dotrzyma, musi zawiadomić o tym dyrektora generalnego sądu, który musi wyrazić na to zgodę, albo przynajmniej przyjąć do wiadomości, że termin wydania wyroku zostanie przesunięty. To wszystko także jest uzgadniane ze stronami w postanowieniu organizacyjnym.

Oczywiście ustalamy między innymi maksymalny termin na zgłaszanie wniosków dowodowych, żeby strony nie miały możliwości bezzasadnie przedłużać postępowania, składając wnioski dowodowe w „ostatniej chwili”. Ale nie jest tak, że sąd arbitrażowy czy zespół orzekający oddała wszystkie wnioski złożone po terminie, co jest właściwie standardem w sądzie państwowym i co skutkuje tym, że do sądu składa się wiele niepotrzebnych akt, żeby czegoś nie przeoczyć. W arbitrażu tego nie ma. Owszem, może

być zwrot pozwu, ale to naprawdę w wyjątkowych sytuacjach. Na pewno stopień sformalizowania jest dużo bardziej przyjazny dla pełnomocników.

Inna jest też sama atmosfera i sposób prowadzenia sprawy, choćby ze względu na brak togi. Jest dużo mniej emocji, krótszy dystans. Co oczywiście nie przekłada się na orzeczenie. Zazwyczaj jest trzech arbitrów – a w sądach powszechnych w czasie pandemii składy jednoosobowe rozpoznawały nawet środki za skarżenia. Dopiero niedawno przywrócono obowiązek składów trzyosobowych.

Poza tym, co bardzo istotne, istnieje możliwość orzekania *ex aequo et bono*, czyli nie na podstawie prawa, tylko zgodnie z ogólnymi zasadami sprawiedliwości. To się zresztą bardzo rzadko zdarza w SAKIG-u, bo i tak arbitraż jest związany tylko najistotniejszymi przepisami prawa bezwzględnie obowiązującymi.

Ale czy to znaczy, że strony powinny być bardziej świadome? Bo to jednak jest spory ciężar, żeby sobie samemu zaprojektować tę procedurę.

Nie, strony zazwyczaj dostają od przewodniczącego projekt postanowienia organizacyjnego, które zwykle ma 10 stron, i są proszone o złożenie uwag. Inny jest też w ogóle sposób komunikacji. Nie „zobowiązuje się strony”, tylko zespół orzekający uprzejmie prosi. I strony mogą zaproponować poprawki.

Potem mamy posiedzenie organizacyjne, najczęściej online, i strony zgłaszają swoje uwagi. Przewodniczący je odnotowuje, uzgadnia ostateczną wersję postanowienia z arbitrami i przekazuje stronom. Zazwyczaj uwzględnia się jeśli nie wszystkie, to większość uwag. Taka jest elastyczność procedury.

Niestety czasami strony wbrew arbitrom same wydłużają terminy – na przykład na pisma. Arbitrzy proponują termin miesięczny, a strony proszą o trzy miesiące. To się bardzo często zdarza.

SAKIG rozpoznaje około 200 spraw rocznie, mieszcząc się w regulaminowym terminie 9 miesięcy. A gdyby liczba spraw znacznie wzrosła? Jaka jest pojemność sądu arbitrażowego?

Moglibyśmy rozpoznawać ok. 600 spraw rocznie. W tym momencie limituje nas tylko obowiązek nagrywania i fakt, że mamy obecnie dwie sale, które to umożliwiają. Bo listę arbitrów mamy bardzo

szeroką. I przy założeniu, że odbywa się jedna rozprawa dziennie – bo te rozprawy w sądzie arbitrażowym też są inne – to przez rok możemy spokojnie prowadzić 600 spraw.

Ale tych spraw po prostu nie ma aż tyle. Do nas – w porównaniu z innymi sądami arbitrażowymi w Polsce – wpływa ich naprawdę sporo. Ogromny wpływ spraw ma ukraiński sąd arbitrażowy, właśnie na poziomie 600 spraw. Tyle że oni zajmują się wyłącznie sprawami międzynarodowymi. U nas większość spraw jest krajowych.

Czyli tak naprawdę głównie niska świadomość społeczna powoduje, że tych spraw nie jest jeszcze więcej.

Tak.

Arbitraż nie ma żadnych wad?

Za wadę można uznać kontrolę sądową, czyli skargę o uchylenie, ale zaskarżanych jest mniej niż połowa wyroków, a ryzyko uchylecia wyroku jest bardzo małe. W Szwajcarii strony mogą wyłączyć skargę, ale my bardzo lubimy się kłócić. Proszę jednak zauważyć, że więcej niż połowę orzeczeń uczestnicy wykonują dobrowolnie.

Wadą mogą być też niezbyt dokładnie sporządzone uzasadnienia, bo one nie są tak restrykcyjnie określone jak te w wyroku sądu powszechnego, gdzie zgodnie z art. 327¹ § 2 k.p.c. należy podać podstawę faktyczną i prawną rozstrzygnięcia. W wyroku arbitrażowym wystarczy podać motywy rozstrzygnięcia. No ale w razie niedostatków uzasadnienia mamy skargę o uchylenie.

Niezbyt dobre jest też to, że składający skargę o uchylenie może złożyć wnioski o wstrzymanie wykonania wyroku. Po takim wniosku sąd wstrzyma wykonanie nadania klauzuli wykonalności wyrokowi sądu arbitrażowego do czasu rozpoznania skargi.

Z ciekawostek – są też sądy czysto prywatne, nad którymi powinna być jakaś minimalna kontrola, bo zdarzają się już nawet nie tyle wybryki natury, ile oszustwa, czyli wydawanie za pieniądze wyroków niemożliwych do wykonania. Przykładem może być tzw. Europejski Sąd Arbitrażowy w Ciechanowie. Ten brak kontroli można uznać za wadę.

Z kolei zaletą na pewno jest jednoinstancyjność postępowania. Oczywiście strony mogą się umówić na dwie instancje, bo mamy elastyczność zasad, ale to jest moim zdaniem nieporozumienie. Strony musiałyby same określić zasady postępowania, zakres

zaskarżenia, ogólnie sposób procedowania w tej drugiej instancji. No i traci się na szybkości.

Normalnie tempo rozstrzygnięcia w arbitrażu jest dużo szybsze. Niech to będzie nawet nie 9 miesięcy, ale rok. Potem drugi rok na rozpatrzenie skargi o uchylenie, bo te orzeczenia zapadają dość szybko. A orzeczenie sądu apelacyjnego z definicji jest prawomocne (choć oczywiście można wnieść jeszcze skargę kasacyjną). Więc *per saldo* mamy dwa lata na sprawę.

Na dodatek sądy państwowe praktycznie nie uchylają wyroków arbitrażowych. I podobno sędziowie, którzy te skargi rozpoznają, są pod wrażeniem jakości orzecznictwa naszego sądu. Ale ja sama piszę wyroki po 60 stron. Myślę, że po prostu arbitrzy się przykładają, też z uwagi na własne nazwiska. Taki wyrok łatwo potem zidentyfikować, chociażby po inicjałach arbitrów.

W arbitrażu inaczej podchodzi się też do opinii prywatnych ekspertów, z którą przychodzą strony. Przed sądem powszechnym taka opinia nie stanowi dowodu zastępującego opinię biegłego sądowego, co jest bolączką tego postępowania. U nas ekspert to ekspert.

Zaletą jest też to, że nie ma losowania sędziów, bo nie łąduje się przypadkowo w jakiejś strasznie skomplikowanej sprawie.

Arbiter może odmówić prowadzenia sprawy?

Nawet obowiązkowo, jeżeli jest konflikt interesów. Są tak zwane *soft law*, które pomagają zweryfikować ten konflikt. I arbiter albo sam ustępuje, albo ujawnia tę okoliczność i strony mogą zadawać pytania. Sama dwukrotnie miałam taką sytuację. Raz strony zadawały pytania i nie złożyły wniosku o wyłączenie, a za drugim razem ustąpiłam z funkcji arbitra.

A czy arbitrzy są związani żądaniem strony?

Tak, podobnie jak w sądzie państwowym nie mogą orzekać ponad żądanie. Podobnie jak sąd państwowy muszą też powiadomić stronę o zmianie podstawy prawnej rozstrzygnięcia. Jeżeli np. strona domaga się zasądzenia na podstawie umowy, a arbiter mówi, że to będzie nienależne świadczenie, to musi o tym uprzedzić i pozwolić się stronom wypowiedzieć.

Są też takie fundamentalne zasady jak na przykład zasada równości, czyli strony mają prawo przedstawić swoje stanowiska i być

wysłuchane przez trybunał arbitrażowy. Jest zasada niedyskryminacji, a na przykład przejawem dyskryminacji jest zapisanie w klauzuli arbitrażowej możliwości wyboru dla jednej ze stron między sądem państwowym a powszechnym. Trochę takich zasad jest.

Mówi się, że zawód sędziego to korona zawodów prawniczych, że sędziami powinni być tylko ludzie z dużym doświadczeniem prawniczym i życiowym. Czy w przypadku arbitrów jest podobnie?

Ja bym polemizowała. Kiedyś też wychodziłam z założenia, że to powinna być korona zawodu, ale teraz widzę, że w tej koronie mogą chodzić całkiem młodzi ludzie. Myślę, że to jest kwestia warsztatu i tego, co ludzie mają w głowie. To nie jest tak, że jak ktoś ma lat 60, to jest mądrzejszy od kogoś, kto ma lat 40. Liczy się wiedza, doświadczenie – ale też entuzjazm, oddanie się tej pracy, przyłożenie się, jakość, transparentność. No i jednoznaczne podejście do konfliktu interesów.

Na koniec muszę zadać pytanie: czy prowadzenie sądu arbitrażowego to dobra zabawa?

To jest duży wysiłek, duża satysfakcja i duża odpowiedzialność.

Rozmawiała Justyna Zandberg-Malec

Polityka podatkowa przez małe p

Żyjemy w czasach wyrafinowanej dyplomacji podatkowej, koordynacji systemów fiskalnych w skali globalnej i szumnych deklaracji o walce z nielegalnym nieopodatkowaniem, a także nieopodatkowaniem zupełnie legalnym, ale tak samo niepożądanym przez administrację skarbową. Wielka polityka podatkowa nie schodzi z pierwszych stron gazet. Codzienne obcowanie z prawem podatkowym pozwala jednak sądzić, że aktywną politykę podatkową państwo może prowadzić także w skali mikro – ku satysfakcji podatników. Mamy kilka postulatów.



WOJCIECH MARSZAŁKOWSKI
adwokat, partner, praktyka podatkowa



SANDRA DERDOŃ
adwokat, doradca podatkowy, praktyka podatkowa

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



podatki

Osobom, które na co dzień mają do czynienia z prawem podatkowym, nasze postulaty wydadzą się zupełnie banalne. Nie chodzi nam jednak o innowacyjność. Większość problemów prawa podatkowego została już kiedyś nazwana, skrytykowana lub napiętnowana. Chcielibyśmy raczej zebrać te postulaty w jednym miejscu i zadać pytanie, czy państwo może te postulaty przyjąć za własne i przestrzegać tak wzbogaconej polityki podatkowej w toku stano- wienia i egzekwowania prawa.

Naszym zdaniem czasem będzie to wymagało konsekwencji i rozwiniętej analityki, a czasem jedynie porzucenia konformizmu. Nie jest to jednak nic, z czym polska administracja nie mogłaby dać sobie rady.

Planuj, przygotuj i działaj

Słowa w śródtytule zostały użyte w nieprzypadkowej kolejności. Ostatnie doświadczenia podatników z wdrożeniem Krajowego Sys- temu e-Faktur pokazują, jak ważna jest ta kolejność. Powszechnie krytykowany krótki okres wyznaczony podatnikom na przygoto- wanie się do wejścia w życie nowych przepisów okazał się również zbyt krótki dla administracji publicznej na prawidłowe wdrożenie systemu. Decyzję Ministra Finansów o odroczeniu wejścia w życie przepisów podatnicy przyjęli z ulgą. Również ci, którzy ponieśli już nakłady na wdrożenia, nie powinni dotychczasowej inwestycji uznać za straconą.

Nie zawsze jednak dalekie od doskonałości planowanie i przygo- towanie do wejścia w życie przepisów pozostaje finansowo neutralne dla gospodarki. Dość powiedzieć, że uchylone na ostatnią chwilę regulacje dotyczące tzw. pośrednich transakcji rajowych czy wie- lokrotnie przekładane i modyfikowane regulacje dotyczące poboru podatku u źródła od płatności transgranicznych spowodowały, że

przedsiębiorcy (czyli gospodarka) ponieśli ogromny niepotrzebny koszt, który nie został i nigdy nie zostanie im zwrócony.

Planowanie i dobre przygotowanie do zmiany przepisów pozwoli ograniczyć inflację prawodawczą oraz koszty zarówno po stronie administracji, jak i podatników.

Pisz krótko i rozważnie

Tworzony przez administrację skarbową katalog źródeł poznania prawa i intencji prawodawcy niezmiennie ewoluuje. Doceniamy wybrane przejawy tej twórczości. Przykładowo w obszarze cen transferowych pracownicy Ministerstwa Finansów i Krajowej Administracji Skarbowej stworzyli lub współtworzyli liczne dokumenty, które bywają bardzo pomocne przy analizie przepisów.

Twórcza swoboda musi jednak znajdować oparcie w przepisach. Pewność prawa wymaga na przykład, by sposoby, w jakie administracja skarbowa komunikuje się z podatnikami, wynikały z przepisów i miały określoną moc prawną. Publikacje takie powinny być zwarte i w miarę możliwości kumulować wszystkie istotne informacje w jednym miejscu. Katalog dostępnych instrumentów jest już dość szeroki i obejmuje indywidualne i ogólne interpretacje podatkowe, objaśnienia podatkowe, a także np. objaśnienia stanowiące załączniki do rozporządzeń. W takich okolicznościach nie wydaje się niezbędne dodatkowe publikowanie informatorów, list często zadawanych pytań i odpowiedzi (*frequently asked questions*, FAQ) ani komunikatów na stronach internetowych (te ostatnie często są publikowane na ostatnią chwilę). Poleganie na przepisach będzie miało także ten efekt, że wydawane dokumenty będą musiały trzymać się określonych ram i nie będą mogły mieć działania prawotwórczego.

Ponad wszystko jednak administracja powinna unikać praktyki wydawania projektów objaśnień, jak w przypadku podatku u źródła. Wydano dwa projekty, spośród których żaden nie doczekał się końcowej wersji. Na dodatek, gdy podatnicy powołują się na projekt objaśnień w pismach procesowych, organom zdarza się odpowiadać, że te objaśnienia nie są dobrym punktem odniesienia, a o ich wadliwości świadczy choćby to, że nigdy nie weszły w życie.

Nie bądź nadmiernie kreatywny

Popularnym problemem prawa podatkowego jest jego działanie wstecz. Nierzadko w uzasadnieniu nowelizacji legislator wskazuje, że proponowana zmiana ma charakter techniczny lub organizacyjny, gdyż poprzednie brzmienie przepisu już wcześniej wyrażało pewną zasadę.

Aktualnie szczególnie popularna jest reinterpretacja norm dotyczących podatku u źródła. Można spotkać się z poglądem, że wyrażony w przepisach datowanych na 2019 r. wymóg, by płatnicy wypłacający odsetki działali z należytą starannością przy badaniu profilu odbiorcy tych odsetek, obowiązywał w polskim porządku prawnym w aktualnym kształcie już w ubiegłym tysiącleciu. Propagowanie takiego poglądu zmierza jedynie do celu fiskalnego i pozostaje daleko od zasad wykładni prawa.

Praktykę tę legislator, administracja i sądy powinni porzucić. W odmiennym wypadku prawo podatkowe będzie dla podatników całkowicie nieprzewidywalne.

Nie upieraj się bez końca

Naturą urzędników przeprowadzających kontrole u podatników jest się z tymi podatnikami spierać. Spory z administracją podatkową mogą trwać ponad dekadę, a rozbieżność poglądów wyrażanych przez podatników i administrację różnie rezonuje w sądach administracyjnych, skutkując nierzadko niespójnym orzecznictwem. Wówczas, niestety dość późno, rozstrzygnąć taką niespójność może Naczelny Sąd Administracyjny w stosownej uchwale.

Są jednak sytuacje, gdzie upór administracji wydaje się nieuzasadniony i całkowicie niespójny z wieloletnim jednolitym dorobkiem sądów administracyjnych obydwu instancji.

Stykają się z tym niekiedy podatnicy występujący do Szefa Krajowej Informacji Skarbowej z wnioskiem o wydanie interpretacji indywidualnej. Przykładowo jeśli podatnik zadaje pytanie, czy posiadane przez niego prawo udziałowe jest papierem wartościowym w rozumieniu ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych i czy jego zbycie będzie opodatkowane w określony sposób, organ

będzie starał się zmusić podatnika do samodzielnej odpowiedzi na pierwsze z tych pytań. Praktykę tę od lat piętnują sądy administracyjne, a organ interpretacyjny nad tym piętnem przechodzi do porządku dziennego.

Problem może wydawać się błahy, ale ma on bardzo doniosłe konsekwencje, gdyż w praktyce ogranicza on moc ochronną interpretacji indywidualnych, które w Polsce są podstawowym instrumentem zabezpieczania interesów podatnika.

Podatki nie mogą być obszarem wysokiego ryzyka

Trudność w uzyskaniu w pełni chroniącej interpretacji podatkowej jest ściśle powiązana z szerszym problemem. W Polsce prawo podatkowe jest obszarem wysokiego ryzyka. I nie jest to nasza opinia. To statystyka. Jeśli co roku około 30 tysięcy osób i podmiotów decyduje się wystąpić do Szefa Krajowej Informacji Skarbowej o wydanie interpretacji indywidualnej, oznaczać to może, że te osoby i podmioty nie mają zaufania do polskiego systemu podatkowego i osób go reprezentujących.

Niekiedy wystąpienie z wnioskiem o wydanie interpretacji podatkowej to rynkowy standard transakcyjny. Zasadniczą jednak przyczyną, dla której liczba wniosków jest tak duża, jest niewątpliwie złożoność systemu podatkowego i zwykła ostrożność. Pytanie brzmi – czy tak być musi?

Doświadczenie uczy, że w sprawach spornych, gdzie podatnicy merytorycznie nie zgadzają się z administracją podatkową co do interpretacji norm prawnych, a administracja postanawia rozstrzygnąć ten problem w ramach postępowania karnego skarbowego [sic!], popularnym pytaniem podczas przesłuchań osób podejrzanych jest: czy wystąpili państwo w tym zakresie z wnioskiem o wydanie interpretacji podatkowej, a jeśli nie to czemu?

W naszej ocenie zaufanie do systemu podatkowego i racjonalnej wykładni norm prawnych – a tym samym niewystępowanie w każdej sprawie z wnioskiem o interpretację indywidualną – powinno być normą, a nie okolicznością, która w przypadku sporu w oczach administracji obciąża podatnika.



W Polsce prawo podatkowe jest obszarem wysokiego ryzyka. I nie jest to nasza opinia. To statystyka.

Nie nadużywaj

Polityka podatkowa z pierwszych stron gazet oscyluje w znacznej mierze wokół nadużywania prawa podatkowego przez międzynarodowe korporacje i środków przeciwdziałania temu zjawisku. Mniej uwagi poświęca się nadużywaniu prawa przez administrację podatkową. Jednym z wyjątków jest głośno dyskutowany temat wszczynania przez administrację skarbową postępowań karnych skarbowych ze skutkiem w postaci zawieszenia biegu terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego. Pozwala to administracji na obejście przepisów i prowadzenie postępowań podatkowych latami. Zachowanie to spotkało się z krytyczną oceną składu 7 sędziów NSA, ale w praktyce składy sędziowskie są dość pobłażliwe dla praktyk organów.

Nie jest to jedyny przypadek nadużywania prawa. Czy to z niefrasobliwości, czy umyślnie, organy kontrolne oraz prowadzące postępowania przygotowawcze chętnie występują do podatników o udostępnienie dokumentów objętych tajemnicą zawodową i chcą przesłuchiwać świadków niezależnie od ograniczeń procesowych. Podatnik skonfrontowany z takimi oczekiwaniami administracji zmuszony jest podjąć aktywną obronę.

Nie da się tego pogodzić z zasadą, że organy obowiązane są działać na podstawie i w granicach prawa. Zasada ta wymaga, by pewne oczekiwania administracji nigdy nie były artykułowane.

Udroźnij ścieżki

Żaden z dotychczasowych postulatów nie wymaga zmian w przepisach. Nasz ostatni postulat jest jednak wyjątkiem.

Dziś prawo podatkowe w bardzo niewielu przypadkach umożliwia polubowne rozwiązywanie sporów. Tymczasem rzeczywistość gospodarcza ewoluuje i staje się coraz mniej zerojedynkowa. Spory podatkowe potrafią trwać nadmiernie długo, a podatnicy i administracja mają ograniczone zasoby. Dlatego na kolejnym etapie ewolucji polskiego prawa podatkowego konieczne będzie wprowadzenie instytucji polubownego rozstrzygnięcia sporów.

Lekcje wyciągnięte z przeszłości nakazują jednak, aby wprowadzenie ugód podatkowych zostało przeprowadzone zgodnie z zasadą „planuj, przygotuj i działaj” – i to w tej właśnie kolejności.

Czy wewnętrzne postępowania wyjaśniające są poufne?

Tajemnica adwokacka – i bliźniacza jej tajemnica radcowska – są zwykle opisywane na tle postępowań sądowych. Klientów coraz częściej interesuje jednak zastosowanie tych instytucji w innym kontekście: wewnętrznych postępowań wyjaśniających zleczanych kancelariom. Choć bieżące uregulowanie tajemnicy adwokackiej i radcowskiej nie odnosi się wprost do takiego kontekstu, odpowiedzi na pytania z tym związane można poszukiwać w interpretacji przepisów i doświadczeniach zagranicznych.



BARTOSZ TROCZYŃSKI

adwokat, praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



spory sądowe

Wzór z Anglii: ochrona zależy od tego, w jakim celu stworzono dokument...

Jeden z lepiej rozwiniętych mechanizmów ochrony informacji wymienianych między klientem a jego pełnomocnikiem wypracowała praktyka angielska. Rozróżnia się tam tajemnicę procesową (*litigation privilege*) i doradcą (*legal advice privilege*). Tajemnica doradcza obejmuje informacje wymieniane między klientem a prawnikiem na potrzeby doradztwa prawnego. Tajemnica procesowa różni się od niej tym, że obejmuje też informacje wymieniane z osobami trzecimi, ale jej zastosowanie wymaga spełnienia dodatkowego warunku: głównym celem wymiany tych informacji musi być prowadzenie sporu sądowego lub przygotowanie się do niego. Uznaje się, że taka sytuacja może mieć miejsce tylko jeśli w chwili wymiany informacji spór już trwa albo można się go spodziewać.

W kontekście postępowań wyjaśniających oznacza to, że dokumenty od zewnętrznych ekspertów, np. raporty z audytów finansowych sporządzone na potrzeby takiego postępowania nie są chronione, chyba że zostały sporządzone na potrzeby trwającego lub grożącego sporu sądowego. Nie ma natomiast znaczenia to, że dokumenty takie zostały przekazane prawnikom – czy to elektronicznie, czy też w oryginałach. Wbrew wyobrażeniom, które czasami dzielają klienci, rozpoczynając współpracę z kancelarią, nie jest tak, że już samo umieszczenie prawnika wśród adresatów mejla, do którego załącza się określony dokument, nadaje mu automatycznie status prawnie chronionej tajemnicy. Liczy się faktyczne znaczenie tego dokumentu dla toczącego się lub grożącego sporu sądowego.

W jednej z głośnych spraw angielskie organy ścigania prowadziły dochodzenie w sprawie podejrzeń korupcji z udziałem spółki paliwowej i zażądały od niej, aby wydała dokumenty sporządzone w toku wewnętrznego postępowania wyjaśniającego, jakie sama

przeprowadziła w celu wyjaśnienia tych podejrzeń. Spółka odmówiła, wskazując, że dokumenty te sporządziła na własne potrzeby, właśnie w celu przygotowania się do spodziewanego śledztwa i mogącego nastąpić po nim procesu karnego. Sąd drugiej instancji doszedł do wniosku, że spółka mogła spodziewać się procesu karnego już w chwili, w której organy ścigania zainteresowały się podejrzanymi nieprawidłowościami i dopiero rozpoczęły dochodzenie w tym zakresie, mimo że nie postawiły jeszcze nikomu żadnych zarzutów niezbędnych do rzeczywistego rozpoczęcia procesu karnego.

←
sprawa *Serious Fraud Office przeciwko Eurasian Natural Resources Corporation*

... lub co znajduje się w jego treści

Jeśli powiązanie dokumentu z żadnym sporem nie istnieje lub nie uda się go udowodnić przed sądem, a jest to dokument wymieniony między klientem a prawnikiem, można nadal poszukiwać jego ochrony, powołując się na tajemnicę doradczą. W tym jednak kontekście brany pod uwagę jest jeszcze inny aspekt, mianowicie to, czy informacje, co do których ma być zastosowana ochrona, zawierają w sobie element doradztwa prawnego, czy też dotyczą wyłącznie faktów. Dowolność w tym względzie mogłaby prowadzić do absurdalnego wniosku, że dla zatajenia dokumentów wystarczyłoby zlecić prawnikowi udzielenie porady prawnej, a następnie przesłać mu cały swój dysk.

Wprowadzenie wymaganego warunku oznacza w praktyce prywatnych dochodzeń, że tajemnicą doradczą nie są objęte automatycznie ani wszystkie dokumenty, które klienci przekazują prawnikom do przeanalizowania (np. umowy lub księgi rachunkowe), ani też wszystkie dokumenty, które prawnicy przekazują klientom (np. dokumenty robocze sporządzane w toku postępowań, o ile nie są to projekty lub streszczenia opinii prawnych). Tym bardziej ochrony takiej nie uzyskają raporty i analizy doradców niebędących prawnikami, w stosunku do których ochrona tajemnicy doradczej nigdy nie znajduje zastosowania.

W tym kontekście szerszym echem odbiła się sprawa, w której udziałowcy banku, pozywając go w związku z nieprawidłowościami, jakie wcześniej wykrył regulator rynku finansowego, zażądali, aby sąd zobowiązał ten bank do wydania zapisów rozmów przeprowadzonych z jego pracownikami przez prawników w ramach

prywatnego postępowania wyjaśniającego. Sąd stanął na stanowisku, że tego typu notatki nie należą do kategorii dokumentów objętych tajemnicą doradczą, jeśli nie ujawniają wydzwiku porady, jaką otrzymał od prawnika klient.

Zasady w Polsce: zależy, kto pyta i kto odpowiada

W Polsce podstawową kategorią ochrony poufnych kontaktów klienta z prawnikiem jest tajemnica adwokacka i radcowska, wyrażone jako obowiązek tych profesjonalnych pełnomocników do zachowania w tajemnicy wszystkiego, o czym dowiedzieli się od klienta w związku z udzielaniem pomocy prawnej. Na gruncie procedury cywilnej i karnej dopuszczane są jednak pewne wyjątki. Przewidują one, że jeśli dojdzie do przesłuchania adwokata lub radcy w sporze cywilnym, to ten może odmówić odpowiedzi na pytanie lub wydania dokumentów tylko jeśli tajemnica, którą miałby tym sposobem wyjawić, jest „istotna”. Z kolei w sprawach karnych sądy i organy ścigania nawet w takim przypadku mogą zwolnić pełnomocnika z obowiązku dochowania tajemnicy, jeśli jest to konieczne dla „dobra wymiaru sprawiedliwości” i nie ma innych dowodów, które pozwoliłyby ustalić określone okoliczności.

Pełna ochrona poufności przewidziana jest tylko na gruncie procedury karnej w stosunku do informacji uzyskanych przez obrońcę albo pełnomocnika osoby zatrzymanej. Jest to tzw. tajemnica obrończa, która stanowi uzupełnienie prawa do obrony. Przyjmuje się, że prawo do obrony w postępowaniu karnym przysługuje osobie, wobec której organy ścigania zakończyły śledztwo i wniosły do sądu akt oskarżenia lub postawiły zarzuty w toku trwającego jeszcze śledztwa lub podjęły jakiegokolwiek czynności skierowane na jej ściganie, choćby jeszcze przed postawieniem zarzutów. Oznacza to właściwie, że zastosowanie tajemnicy obrończej jest uzależnione od takich samych warunków jak w przypadku angielskiej tajemnicy procesowej: proces musi być już w toku lub musi zachodzić obawa jego wszczęcia, a o tej można mówić, jeśli czynności organów ścigania wskazują na to, że organy te podejrzewają określoną osobę o popełnienie czynu. Odmiennie jednak od angielskiej tajemnicy procesowej polska tajemnica obrończa nie rozciąga się na komunikację z osobami trzecimi.



Pełna ochrona poufności przewidziana jest tylko na gruncie procedury karnej w stosunku do informacji uzyskanych przez obrońcę albo pełnomocnika osoby zatrzymanej. Jest to tzw. tajemnica obrończa, która stanowi uzupełnienie prawa do obrony.

Dodatkowe utrudnienie w zapewnieniu pełnej ochrony poufności wynika stąd, że przepisy nie przyznają klientowi prawa do odmowy udzielenia odpowiedzi lub wydania dokumentu na tej podstawie, że mogłoby to naruszyć tajemnicę adwokacką lub radcowską. Choć Trybunał Konstytucyjny podniósł, że obowiązkowi zachowania tajemnicy przez pełnomocników towarzyszy prawo ich klientów do zachowania w dyskrekcji pewnych informacji, a Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał brak poufności stosunków prawnika z klientem za naruszenie prawa do rzetelnego procesu ustanowionego Europejską Konwencją Praw Człowieka, nie usuwa to zupełnie ryzyka, że organy zainteresowane poznaniem tajemnicy pełnomocnika mogą próbować dotrzeć do niej za pośrednictwem klientów. Dowodzi tego zresztą wydany już po wspomnianych orzeczeniach wyrok jednego z sądów administracyjnych, który uznał, że skoro do zachowania tajemnicy zobowiązany jest pełnomocnik, to pozyskanie jego korespondencji z klientem w wyniku przeszukania

←
wyrok TK z 22 listopada 2004 r., sprawa SK 64/03

←
wyrok ETPC z 6 grudnia 2012 r., sprawa Michaud przeciwko Francji, skarga Nr 12323/11, Nb. 117–118

siedziby klienta przez ABW nie narusza tego obowiązku. Taka interpretacja zupełnie podważa poufność relacji klienta z prawnikiem i oznacza, że dokumenty stanowiłyby tajemnicę adwokacką lub radcowską nie ze względu na ich treść, lecz ze względu na to, czy znajdują się w kancelarii, czy poza nią. Omawiane rozstrzygnięcie zostało ostatecznie uchylone (choć z innych przyczyn), pokazuje jednak, że ryzyko takiej wykładni przepisów jest realne.

Z drugiej strony niezasadne byłoby przyjęcie, że skoro pełnomocnik ma zachować w poufności wszystko, czego dowiedział się od klienta, to klienta nie można pytać o nic, co przekazał swojemu adwokatowi lub radcy prawnemu. Klient mógłby w ten sposób wyłączyć całą swoją dokumentację z ewentualnego procesu przez samo to, że udostępnił ją swojemu pełnomocnikowi. Równie trudny do zaakceptowania jest wniosek, że skoro tajemnica adwokacka i radcowska obejmuje to, co klient przekazał pełnomocnikowi, to nie mieści się w jej zakresie porada prawna, którą to pełnomocnik przekazał klientowi. To z kolei prowadziłyby do uznania, że np. organy ścigania mogłyby dowolnie zapoznawać się z tym, jak pełnomocnik ocenił ryzyko odpowiedzialności karnej klienta, co oczywiście godziłoby w prawa do rzetelnego procesu i obrony gwarantowane przez Konstytucję i Europejską Konwencję Praw Człowieka.

Angielskie rozwiązanie w polskich butach

Odpowiedzią na takie mankamenty systemowe może być implementowanie reguł przyjętych przez sądy angielskie co do tajemnicy doradczej, a więc zapewnienie zarówno pełnomocnikowi, jak i samemu klientowi faktycznej możliwości odmowy wyjawienia informacji, którymi się wymienili, jeżeli ich treść zdradziłaby cokolwiek na temat samej porady udzielonej klientowi. Wypadki, w których dokumenty zawierające elementy opinii prawnej miałyby zostać uzyskane od adwokatów i radców, powinny być kwalifikowane jako zagrażające istotnej tajemnicy na gruncie procedury cywilnej lub wykraczające poza (lub wręcz naruszające) dobro wymiaru sprawiedliwości na gruncie procedury karnej. Natomiast przypadki, w których dokumenty zawierające elementy opinii prawnej miałyby zostać uzyskane od klienta lub osób trzecich, powinny być oceniane

pod kątem możliwego naruszenia konstytucyjnych i konwencyjnych praw do rzetelnego procesu i obrony.

Na podstawie powyższych uwag możliwe jest ostrożne przyjęcie ujętych w tabeli wniosków na temat zakresu ochrony, jaką może dać tajemnica adwokacka i radcowska w kontekście wewnętrznych postępowań wyjaśniających.

Rodzaj dokumentu	Możliwy zakres ochrony
Raporty kończące prywatne dochodzenia oraz inne dokumenty obejmujące ocenę profesjonalnych pełnomocników	Co do zasady nie powinny być możliwe do uzyskania ani od tych pełnomocników, ani od klienta, na którego zlecenie działali, z uwagi na konieczność zapewnienia prawa do rzetelnego procesu i obrony.
Dokumenty robocze niezawierające elementów porady prawnej, ale stworzone przez profesjonalnych pełnomocników na podstawie informacji od klienta (np. notatki z rozmów z pracownikami)	Nie można żądać ich wydania od pełnomocników, ponieważ zawierają fakty, o których dowiedzieli się w związku z udzielaniem porady. Wiedzę o faktach opisanych w tych dokumentach można jednak pozyskać w inny sposób, np. przez przesłuchanie na rozprawie tych samych pracowników, z którymi przeprowadzono wywiady w toku postępowania wyjaśniającego.
Dokumenty źródłowe pochodzące od klienta i korespondencja, wraz z którą przesłano je prawnikom do przeanalizowania w ramach postępowania wyjaśniającego	Nie mogą być uzyskane od profesjonalnych pełnomocników – jako dokumenty obejmujące fakty, o których pełnomocnicy dowiedzieli się w związku ze świadczeniem porady prawnej – ale mogą być pozyskane od samego klienta, bo nie zawierają oceny prawnej.
Dokumenty pozyskane na potrzeby wewnętrznych postępowań wyjaśniających od osób trzecich (np. ekspertyzy i wyniki audytów), a także dokumenty przekazane tym osobom	Nie są chronione w żaden sposób przez przepisy o tajemnicy profesjonalnego pełnomocnika, choć w zakresie, w jakim takim osobom trzecim przekazane zostały dokumenty zawierające opinie prawne profesjonalnych pełnomocników, organy państwa powinny powstrzymać się od ich uzyskania, aby zagwarantować klientowi prawo do obrony i rzetelnego procesu.

Ekomarketing czy ekościema?

Grupa świadomych ekologicznie konsumentów rośnie. Coraz więcej osób zwraca uwagę na to, jak produkcja towaru wpływa na klimat i środowisko naturalne. To oczywiście przekłada się na trendy zakupowe. Przedsiębiorcy chętnie podchwycili „zielony” przekaz reklamowy. Niestety, ekoreklama bywa w rzeczywistości ekościemą. Jako „naturalne” czy „przyjazne środowisku” reklamuje się produkty, których skład i sposób produkcji mają niewiele wspólnego z ekologią. W natłoku haseł reklamowych i zielonych emblematów trudno jest odróżnić produkty faktycznie wyprodukowane z poszanowaniem środowiska. Skala tego zjawiska nie jest marginalna, o czym świadczy zainteresowanie licznych organizacji konsumenckich oraz organów unijnych.



LENA MARCYNOSKA-BOULANGÉ

adwokat, partner, praktyka własności intelektualnej



DR MONIKA A. GÓRSKA

radca prawny, partner, praktyka własności
intelektualnej

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



Grzechy główne ekoreklamy

Artykuł powstał na kanwie prelekcji autorek podczas webinarium „Marketing w zgodzie z ESG – co powinieneś wiedzieć?” organizowanego wspólnie z British Polish Chamber of Commerce (BPCC)

Przekaz reklamowy rozumiemy szeroko – nie tylko jako slogan reklamowy, ale także wygląd opakowania, w tym etykietę, zapewnienia o produkcie i reklamę. Produkt, który ma być ekologiczny, prezentowany jest najczęściej w zielonych kolorach, na tle przyrody, a jego etykieta zawiera często roślinne motywy graficzne.

Już w 2007 r. raport agencji TerraChoice przygotowany na podstawie badań konsumenckich w Ameryce Północnej wskazywał „grzechy główne”, które sprawiają, że mamy do czynienia z ekociemą. Są to m.in.:

- błędne lub nieprawdziwe informacje na temat cech produktu albo jego oddziaływania na środowisko,
- ogólne i nieprecyzyjne stwierdzenia oraz opisy lub pominięcie niektórych informacji (np. rzeczywistego wpływu produktu na środowisko),
- pozycjonowanie produktu jako ekologicznego ze wskazaniem, że cechą wyróżniającą ofertę przedsiębiorcy na tle konkurencji jest przestrzeganie wymogów prawa (np. twierdzenie, że dezodorant nie niszczy warstwy ozonowej, bo nie zawiera chlorofluorowęglowodorów, podczas gdy ich stosowanie jest zabronione przez prawo od lat).



BŁĘDNE
INFORMACJE



NIEPRECYZYJNE
STWIERDZENIA



CHWALENIE SIĘ
PRZESTRZEGANIEM PRAWA

Ekogroszek, czyli „ekologiczny węgiel”

W Polsce najbardziej znanym przykładem greenwashingu jest produkt **ekogroszek**. Określenie ekogroszek, jak się wskazuje, miało nawiązywać do niskiej ceny i podkreślać ekonomiczność produktu. Jednak przedrostek „eko” powoduje, że konsumenci odbierają nazwę handlową produktu jako wskazującą na przyjazne środowisku, proekologiczne cechy towaru. Przekaz ten podkreślają „zielone” elementy etykiet, np. zielone listki, drzewa, użycie koloru zielonego. Tymczasem z badań przeprowadzonych przez Fundację Client Earth wynika, że ekogroszek trudno uznać za produkt przyjazny środowisku i zdrowiu ludzkiemu. Nazwa produktu wprowadza odbiorców w błąd – sugeruje bowiem „zielone” cechy produktu, których ten nie posiada.

Z tego powodu, między innymi, wspomniana Fundacja Client Earth podjęła działania prawne, w tym wszczęła postępowanie sądowe przeciwko producentom i dystrybutorom ekogroszku. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zlecił zaś kontrolę zgodności produktów ekogroszek z normami. Dodatkową trudnością w przypadku ekogroszku jest wpisanie tego określenia do rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie wymagań jakościowych dla paliw stałych. Podjęto próbę zmiany wskazanego rozporządzenia, jednakże bezskutecznie – określenie ekogroszek nadal widnieje w tym akcie, choć doprecyzowano, że jest to nazwa handlowa.

Ekogroszek to nazwa handlowa określająca paliwo stałe produkowane z węgla kamiennego lub brunatnego przeznaczone do produkcji energii cieplnej w kotłach retortowych.

Mylące „zielone” zapewnienia

W listopadzie 2023 r. Europejska Organizacja Konsumentów (BEUC) przygotowała raport „Unbottling greenwashing. Lifting the lid on plastic bottle recycling claims”. W dokumencie wskazano najczęściej spotykane zapewnienia reklamowe na plastikowych butelkach. Można je podzielić na dwie grupy:

- „W 100% nadaje się do recyklingu” (ENG: 100% recyclable)
- „100% z recyklingu” (ENG: 100% recycled)

Przeciętny konsument mógłby odczytać takie hasła jako zapewnienie, że butelka w całości nadaje się do przetworzenia albo pochodzi z przetworzonych materiałów – zwłaszcza że przekaz wzmacniany

jest użyciem na butelkach „zielonych” grafik i elementów etykiety. Tymczasem powyższe oświadczenia nie są w pełni prawdziwe. Nie wszystkie elementy plastikowej butelki mogą być wykonane z materiałów pochodzących z recyklingu (np. zakrętki czy wieczka butelek). Zakwestionowano zatem jako wprowadzające w błąd takie hasła jak: „Ta butelka powstała w 100% z recyklingu”, „Butelka w 100% z recyklingu”, „Jestem w 100% z plastiku z recyklingu”.

W przywołanym raporcie BEUC zakwestionowano również użycie różnych „ekologicznych” logotypów – w postaci zielonych liści czy obrazów natury – nawiązujących do zamkniętych pętli obiegu np. plastiku. Logotypy mogą sugerować neutralność dla środowiska, niekończący się obieg plastiku, a nawet pozytywny wpływ na środowisko.

Labirynt prawny

Nie ma jednego kompleksowego aktu prawnego, który kompleksowo odpowiedziałby na pytanie, co jest dozwolone, a co nie. Działania przedsiębiorcy mogą być oceniane z punktu widzenia różnych przepisów, np. dotyczących zwalczania nieuczciwej konkurencji i przepisów konsumenckich, w tym bezpośrednio obowiązujących regulacji unijnych. Liczba tych przepisów będzie się zresztą stale zwiększać. Różne gremia są zgodne, że trzeba ucywilizować zapewnienia o ekologicznych cechach produktu, a działania w tym zakresie podejmowane są z dużym natężeniem na różnych szczeblach i w różnych organizacjach.

Przykładem są prace nad **dyrektywą w sprawie oświadczeń środowiskowych**, która jest jednym z elementów Europejskiego Zielonego Ładu. Ma ona doprowadzić m.in. do tego, by oświadczenia środowiskowe były weryfikowalne np. danymi naukowymi. Zanim przedsiębiorca zareklamuje swój produkt jako ekologiczny, będzie musiał dokonać stosownej oceny, w tym m.in. zebrać materiał dowodowy świadczący o prawdziwości danego twierdzenia. Podobne wymogi dotyczyć będą oznaczeń ekologicznych i systemów oznakowania ekologicznego.

→
dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie uzasadniania wyraźnych oświadczeń środowiskowych i informowania o nich

”

Zanim przedsiębiorca zareklamuje swój produkt jako ekologiczny, będzie musiał dokonać stosownej oceny, w tym m.in. zebrać materiał dowodowy świadczący o prawdziwości danego twierdzenia.

→
dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniająca dyrektywy 2005/29/WE i 2011/83/UE w odniesieniu do wzmocnienia pozycji konsumentów w procesie transformacji ekologicznej poprzez lepsze informowanie i lepszą ochronę przed nieuczciwymi praktykami

Trwają również prace nad **dyrektywą o wzmocnieniu pozycji konsumentów w procesie transformacji ekologicznej**. Zaktualizowane przepisy mają umożliwić konsumentom podejmowanie świadomych i przyjaznych dla środowiska wyborów przy zakupie produktów oraz wzmocnić ochronę konsumentów przed niewiarogodnymi lub fałszywymi oświadczeniami środowiskowymi, zakazując wprost praktyk noszących znamiona greenwashingu. Wśród praktyk handlowych uznawanych za działania nieuczciwe i wprowadzające w błąd dyrektywa wymienia przykładowo:

- formułowanie ogólnego twierdzenia dotyczącego ekologiczności, mimo że przedsiębiorca nie jest w stanie wykazać uznanej wysokiej efektywności ekologicznej istotnej dla tego twierdzeń,
- przedstawianie wymogów nałożonych na mocy prawa na wszystkie produkty należące do danej kategorii produktów na rynku unijnym jako cechy wyróżniającej ofertę przedsiębiorcy.

Warto również zwrócić uwagę na aktywność Rady Reklamy działającej na rzecz samoregulacji branży. Dbą ona o to, by przekaz reklamowy był uczciwy oraz zgodny ze standardami określonymi przez Kodeks Etyki Reklamy. W 2023 r. Rada rozszerzyła kodeks o zapisy dotyczące tzw. reklamy środowiskowej. Poświęcono im cały osobny rozdział (rozdział v). Można pokusić się o stwierdzenie, że zawarte tam zasady powinny przyswoić każdy przedsiębiorca bez względu na to, czy kodeks znajduje wobec niego zastosowanie. Kodeks precyzuje obecnie, jakim językiem powinna posługiwać się reklama środowiskowa. Wskazuje też m.in., że reklama środowiskowa powinna odnosić się do konkretnego produktu albo usługi, a reklamodawca nie może rozszerzać skutku reklamowego na całą swoją działalność.

O czym pamiętać?

Aktywność unijnego ustawodawcy oraz innych organizacji przekonuje, że czasy „ekościemy” odchodzą do lamusa. Przed przedsiębiorcami będą stawiane nowe wymagania. Dlatego już teraz warto wdrożyć nie tylko nowoczesne systemy chroniące środowisko, ale także dobre praktyki działu reklamy i marketingu, aby nie narazić

się na przykre niespodzianki – prawne i PR-owe. Warto, aby już dziś przedsiębiorca:

- unikał grzechów głównych ekościemy,
- opracował i aktualizował wytyczne dotyczące działań marketingowych, w tym co do oświadczeń i zapewnień; niech będą one oparte na faktach, precyzyjne i weryfikowalne,
- przed kampaniami reklamowymi przeprowadził „eko-compliance” w zakresie prawdziwości i uczciwości przekazu reklamowego (nawet jeśli kampanię przygotowuje na jego zlecenie agencja marketingowa),
- opracował właściwe modele odpowiedzi i reakcji na negatywny odbiór danej reklamy czy posądzenie o greenwashing.

W drodze ku zrównoważonym środowiskowo przedsiębiorstwom

Unia Europejska wkrótce będzie wymagać od przedsiębiorców, by aktywnie identyfikowali ryzyka związane ze zrównoważonym rozwojem w swoich operacjach i łańcuchach dostaw, a także wdrażali działania, które pozwolą ograniczyć te zagrożenia i zapobiegać ich wystąpieniu. Służą temu przyjęte już i dopiero planowane akty prawne – dyrektywa CSRD, rozporządzenie zwane potocznie Taksonomią oraz projektowana dyrektywa CSDD. Wśród przedsiębiorców rośnie zatem zainteresowanie sprawami samokontroli środowiskowej.



PROF. ZW. DR HAB. MAREK GÓRSKI

radca prawny, starszy doradca,
praktyka prawa ochrony środowiska



DR ADRIANNA OGONOWSKA

radca prawny, praktyka prawa ochrony środowiska

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



ochrona środowiska

Dyrektywa CSRD



dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2464 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 537/2014, dyrektywy 2004/109/WE, dyrektywy 2006/43/WE oraz dyrektywy 2013/34/UE w odniesieniu do sprawozdawczości przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju



dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/34/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie rocznych sprawozdań finansowych, skonsolidowanych sprawozdań finansowych i powiązanych sprawozdań niektórych rodzajów jednostek, zmieniająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/43/WE oraz uchylająca dyrektywę Rady 78/660/EWG i 83/349/EWG

Obowiązuje od 5 stycznia 2023 r. Państwa członkowskie UE powinny wdrożyć jej przepisy do 6 lipca 2024 r. Implementacja dyrektywy CSRD do polskiego porządku prawnego jeszcze nie nastąpiła.

Dyrektywa CSRD ustanawia nowe ramy sprawozdawczości w zakresie zrównoważonego rozwoju (ESRD). Wprowadza jednolite standardy raportowania i poszerza krąg podmiotów zobowiązanych do raportowania ESG.

Dyrektywa CSRD nie jest pierwszym aktem prawnym, który zobowiązuje przedsiębiorstwa do ujawniania innych niż finansowe wskaźników umożliwiających ocenę działalności spółki. Już w 2014 r. ustawodawca unijny uchwalił **dyrektywę dotyczącą ujawniania danych niefinansowych** (Non-Financial Reporting Directive). Jej postanowienia zostały zaimplementowane do polskiego porządku prawnego poprzez nowelizację ustawy o rachunkowości. Efektywność tej regulacji okazała się jednak niższa niż oczekiwano. Krąg podmiotów objętych obowiązkowym raportowaniem niefinansowym był bowiem znacznie ograniczony. Dało to asumpt do dalszych prac w tym kierunku.

Dyrektywa CSRD nie jest formalnie związana z ochroną środowiska. Jej podstawą prawną są przepisy związane z urzeczywistnieniem swobody przedsiębiorczości w ramach unijnego rynku wewnętrznego i harmonizacją ustawodawstw.

W praktyce dyrektywa CSRD nie wprowadziła nowego aktu prawa, lecz dokonała zmiany w czterech istniejących aktach UE. Ważne są tu w szczególności zmiany dotyczące dyrektywy 2013/34/UE w odniesieniu do sprawozdawczości przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju.

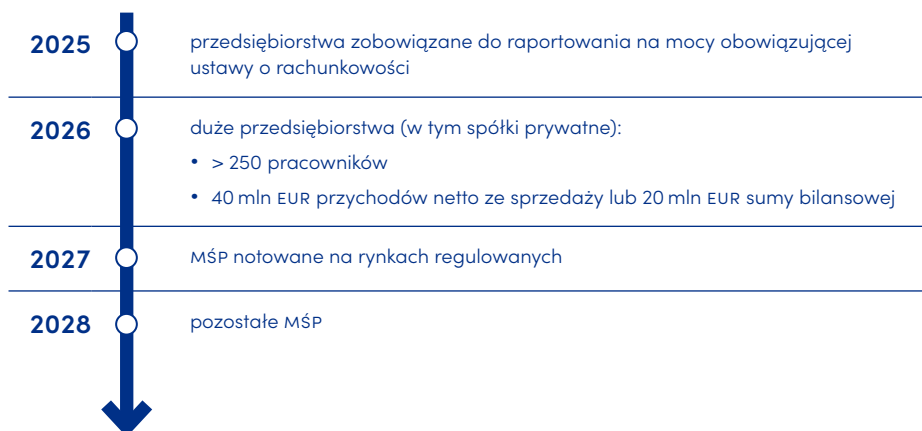
Dyrektywa CSRD:

- rozbudowuje bądź ustala standardy sprawozdawczości finansowej, w tym w zakresie ochrony środowiska i ogólnie zrównoważonego rozwoju; zakres takiej sprawozdawczości będzie bardzo szeroki, wymagający specjalistycznej wiedzy i staranności w przygotowaniu odpowiednich informacji,
- zmienia wybrane zasady dotyczące wymaganych badań rocznych sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych, rozbudowuje wymagania dotyczące atestacji sprawozdawczości,
- dookreśla wymagania w zakresie niezależności, obiektywizmu, poufności i tajemnicy zawodowej w odniesieniu do atestacji sprawozdawczości w zakresie zrównoważonego rozwoju.

W 2025 r. przedsiębiorstwa, które na mocy obowiązującej ustawy o rachunkowości są zobowiązane do raportowania, będą ujawniać informacje o zrównoważonym rozwoju za rok 2024 w oparciu o nowe wytyczne CSRD. W kolejnym etapie, w 2026 r., swoje raporty opublikują duże przedsiębiorstwa (w tym spółki prywatne), które obecnie nie podlegają dyrektywie w sprawie sprawozdawczości niefinansowej, a spełniają łącznie dwie z trzech przesłanek:

- zatrudniają ponad 250 pracowników (średnia liczba zatrudnionych w danym roku obrotowym),
- osiągają 40 mln EUR przychodów netto ze sprzedaży,
- osiągają 20 mln EUR sumy bilansowej.

Małe i średnie spółki (MŚP) notowane na rynkach regulowanych ujawnią swoje dane w 2027 r., jednak pozostałe MŚP mogą odroczyć obowiązek raportowania do 2028 r. Ustawodawca unijny przewiduje ponadto, że MŚP należy również umożliwić przekazywanie informacji zgodnie ze standardami proporcjonalnymi do ich zdolności i zasobów. Na szczególną uwagę zasługuje treść motywu 18 dyrektywy CSRD, gdzie wprost wskazano, że MŚP nienotowane na rynku regulowanym mogą korzystać z tych proporcjonalnych standardów na zasadzie dobrowolności. Standardy dla MŚP będą stanowiły punkt odniesienia dla jednostek objętych zakresem stosowania dyrektywy przy ustalaniu, jak szczegółowych informacji na temat zrównoważonego rozwoju MŚP mogą zasadnie żądać od dostawców i klientów w swoich łańcuchach wartości.



Sprawozdawczość w zakresie zrównoważonego rozwoju ma obejmować kwestie związane ze zrównoważonym rozwojem oraz informacje niezbędne do zrozumienia, w jaki sposób kwestie związane ze zrównoważonym rozwojem wpływają na rozwój, wyniki i sytuację jednostki. Kwestie te zostały dość szczegółowo wymienione w zmienionej treści art. 19a dyrektywy 2013/34, obejmując m.in.:

- krótki opis modelu biznesowego i strategii biznesowej jednostki, w tym odporność modelu biznesowego i strategii biznesowej jednostki na ryzyka odnoszące się do kwestii związanych ze zrównoważonym rozwojem,
- opis określonych w czasie i ustanowionych przez jednostkę celów dotyczących kwestii związanych ze zrównoważonym rozwojem, w tym w szczególności – o ile to danej jednostki dotyczy – bezwzględnych celów redukcji emisji gazów cieplarnianych co najmniej na lata 2030 i 2050,
- opis roli organów administrujących, zarządzających i nadzorujących w odniesieniu do kwestii związanych ze zrównoważonym rozwojem oraz ich wiedzy eksperckiej i umiejętności,
- opis opracowanych i prowadzonych polityk jednostki w odniesieniu do kwestii związanych ze zrównoważonym rozwojem,
- opis procesu należytej staranności wdrożonego przez jednostkę.

Ostatnie z wymienionych zagadnień zostanie rozbudowane w dyrektywie CSDD, o której dalej.

Taksonomia

Rozporządzenie przyjęte 18 czerwca 2020 r., obowiązuje bezpośrednio od 1 stycznia 2022 r.

Wytyczne rozporządzenia mają być stosowane m.in. w publikowanych sprawozdaniach niefinansowych.

Celem rozporządzenia było stworzenie klasyfikacji (taksonomii) działalności gospodarczej zrównoważonej pod względem środowiskowym. Wcześniej nie było bowiem jasnych, jednolitych kryteriów umożliwiających ocenę, jaką działalność gospodarczą można uznać za zrównoważoną, wspierającą osiągnięcie neutralności klimatycznej.

Zgodnie z art. 8 Taksonomii spółki podlegające obowiązkowi raportowania w zakresie zrównoważonego rozwoju publikują informacje na temat tego, w jaki sposób i w jakim stopniu ich działalność jest związana z działalnością gospodarczą, która kwalifikuje się jako zrównoważona środowiskowo. Taksonomia w art. 9 określa cele środowiskowe wymagające realizacji. Do celów tych należą:

- łagodzenie zmian klimatu,
- 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.

W ramach realizacji tych celów spółki objęte obowiązkiem sprawozdawczości w zakresie zrównoważonego rozwoju ujawniają informacje, które wskazują:

- jaki procent ich obrotu pochodzi z produktów lub usług związanych z działalnością gospodarczą, która kwalifikuje się jako zrównoważona środowiskowo,
- jaki procent ich nakładów inwestycyjnych oraz wydatków operacyjnych odpowiada aktywom lub procesom związanym z działalnością gospodarczą, która kwalifikuje się jako zrównoważona środowiskowo.

Aby więc móc uznać działalność gospodarczą danego podmiotu za zrównoważoną środowiskowo w świetle Taksonomii, należy



rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/852 z dnia 18 czerwca 2020 r. w sprawie ustanowienia ram ułatwiających zrównoważone inwestycje, zmieniające rozporządzenie (UE) 2019/2088

wskazać proporcje przychodów, wydatków operacyjnych (OpEx) i nakładów inwestycyjnych (CapEx), które pochodzą z działalności zrównoważonych środowiskowo w stosunku do tych, które zrównoważone środowiskowo nie są.

Ocenę działalności jako zrównoważonej środowiskowo należy dokonywać na podstawie art. 3 i art. 9 Taksonomii, przy czym działalność kwalifikuje się jako zrównoważona środowiskowo, jeśli:

- wnosi istotny wkład w realizację co najmniej jednego z celów środowiskowych wskazanych powyżej,
- nie wyrządza poważnych szkód dla żadnego z celów środowiskowych wskazanych powyżej,
- jest prowadzona zgodnie z minimalnymi gwarancjami określonymi w art. 18 Taksonomii,
- spełnia techniczne kryteria kwalifikacji, które zostały ustanowione przez Komisję zgodnie z art. 10 ust. 3, art. 11 ust. 3, art. 12 ust. 2, art. 13 ust. 2, art. 14 ust. 2 lub art. 15 ust. 2 Taksonomii.

Dyrektywa CSDD

→ projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie należytej staranności przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju oraz zmieniającej dyrektywę (UE) 2019/1937

Dyrektywa CSDD będzie musiała zostać zaimplementowana do krajowych porządków prawnych. Zgodnie z obecnym brzmieniem projektu państwa członkowskie będą miały dwa lata od dnia wejścia w życie dyrektywy na przyjęcie przepisów wykonawczych i administracyjnych niezbędnych do jej wykonania. Przepisy wykonawcze zostaną obowiązywać w ciągu trzech lat od przyjęcia dyrektywy CSDD.

Negocjacje w sprawie ostatecznego kształtu dyrektywy dotyczącej należytej staranności w łańcuchach dostaw rozpoczęły się w połowie 2023 r.

Obecny projekt dyrektywy CSDD nakłada na niektóre duże przedsiębiorstwa obowiązek zachowania należytej staranności w zakresie praw człowieka i ochrony środowiska, obejmującej:

- identyfikację rzeczywistego i potencjalnego negatywnego wpływu,
- włączenie należytej staranności do polityki przedsiębiorstw,
- zapobieganie negatywnemu wpływowi lub jego łagodzenie,
- ustanowienie procedury składania skarg,
- monitorowanie środków i polityki
- sprawozdawczość.

”

Kluczowe dla osiągnięcia celów porozumień międzynarodowych dotyczących ochrony klimatu jest włączenie do ich realizacji sektora prywatnego, który powinien uwzględniać kwestie środowiskowe w swoich strategiach inwestycyjnych.

Podejmowane przez przedsiębiorców działania mające na celu realizację obowiązków wynikających z dyrektywy CSDD powinny być oparte na ryzyku, tj. proporcjonalne do prawdopodobieństwa i dotkliwości potencjalnych negatywnych skutków, przy uwzględnieniu m.in. ich skali i zakresu.

Podstawowym obowiązkiem przedsiębiorcy ma być dochowanie należytej staranności (*due diligence*) w podejmowaniu działań związanych z ochroną praw człowieka i ochroną środowiska. Chodzi o zapobieganie niekorzystnym skutkom i naprawianie niekorzystnych skutków powstających wskutek prowadzonej działalności w zakresie, w jakim cele ochronne są gwarantowane prawnie. Zakres ten został wskazany w załączniku nr 1 do projektu, który wylicza trzynaście grup obowiązków opartych na wskazanych regulacjach prawnych, m.in.:

- obowiązek uniknięcia lub zminimalizowania negatywnego wpływu na różnorodność biologiczną, wynikający z art. 10b Konwencji o różnorodności biologicznej z 5 czerwca 1992 r.,
- zakaz produkcji i stosowania substancji chemicznych wymienionych w załączniku A do Konwencji sztokholmskiej w sprawie trwałych zanieczyszczeń organicznych z 22 maja 2001 r.,
- zakaz wywozu odpadów niebezpiecznych lub innych poza UE, wynikający z art. 1 ust. 1 i 2 Konwencji bazylejskiej o kontroli transgranicznego przemieszczania i usuwania odpadów niebezpiecznych z 22 marca 1989 r.

Chyba najważniejszym środowiskowym celem przepisów projektu jest założenie, że w zakresie ochrony klimatu – oprócz konkretnych działań, które powinni podjąć wszyscy sygnatariusze porozumień międzynarodowych dotyczących tych kwestii (w tym Unia Europejska i jej państwa członkowskie) – za kluczowe dla osiągnięcia celów tych porozumień uznaje się włączenie do ich realizacji sektora prywatnego, który powinien uwzględniać kwestie środowiskowe w swoich strategiach inwestycyjnych. Przepisy projektu stwarzają narzędzia prawne zapewniające włączenie biznesu w realizację celów polityki klimatycznej. Postanowienia projektu odnoszą się także do odpowiedzialności przedsiębiorstw z tytułu naruszania ogólnego obowiązku dochowania należytej staranności środowiskowej, w tym stosowania adekwatnych środków prewencyjnych. Projekt dookreśla też wymagania precyzujące wykonywanie tego obowiązku.

Projekt przewiduje także specyficzną formułę nadzoru nad wypełnianiem przez zobowiązane przedsiębiorstwa ich obowiązków dotyczących należytej staranności w zakresie przestrzegania praw człowieka i wymagań ochrony środowiska. Założono bowiem, że przedsiębiorstwa powinny zapewnić osobom i organizacjom możliwość bezpośredniego składania do nich skarg w przypadku uzasadnionych obaw dotyczących rzeczywistych lub potencjalnych niekorzystnych skutków dla praw człowieka i środowiska.

Warto również zauważyć, że największe spółki, zobowiązane do raportowania również w obszarze swoich łańcuchów dostaw, będą *de facto* zmuszone pozyskiwać te dane również od MŚP. Dlatego też najbliższe lata pokażą, w jakim zakresie MŚP faktycznie będą ujawniać dane.

Perspektywy i podsumowanie

Wchodzące właśnie w życie nowe obowiązki przedsiębiorców związane ze sprawozdawczością środowiskową to dopiero początek zmian. Wręcz rewolucyjny charakter będzie miało przyjęcie i wdrożenie przepisów zawartych w projekcie dyrektywy CSDD. Przepisy projektu zmierzają bowiem wyraźnie nie tylko do urealnienia egzekucji obowiązków środowiskowych, ale również do zobowiązania przedsiębiorców, by nie tylko podporządkowywali się skonkretyzowanym obowiązkom związanym z ochroną środowiska, ale też na bieżąco uwzględniali w prowadzonej działalności kompleksowo rozumiane wymagania dotyczące zrównoważonego rozwoju.

Zbieg odpowiedzialności karnej i administracyjnej w prawie ochrony środowiska

Z podwójną odpowiedzialnością (zbiegiem odpowiedzialności) mamy do czynienia, gdy jakiś stan faktyczny jest negatywnie oceniany w ramach co najmniej dwóch reżimów prawnych. Przykładowo przedsiębiorca może odpowiadać zarówno na gruncie prawa karnego (np. w postaci aresztu), jak i prawa administracyjnego (np. w postaci administracyjnej kary pieniężnej). Dotyczy to w szczególności prawa ochrony środowiska, w którym od wielu lat obserwuje się wzrost liczby zarówno sankcji karnych, jak i administracyjnych.



MAŁGORZATA PIEKARSKA

adwokat, praktyka prawa ochrony środowiska



KAROL MAĆKOWIAK

praktyka prawa ochrony środowiska

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



ochrona środowiska

Sytuacje, w których dochodzi do zbiegu odpowiedzialności pomiędzy różnymi reżimami prawnymi, budzą uzasadnione wątpliwości. Mogą bowiem prowadzić do naruszenia konstytucyjnej zasady zakazującej powtórnego karania za to samo (*ne bis in idem*), a tym samym do naruszenia zasady proporcjonalności i adekwatności wymierzanych sankcji. Nie zmienia to jednak faktu, że w obecnym stanie prawnym zbiegi odpowiedzialności wcale nie są rzadkością. Nawiasem mówiąc, zbieg odpowiedzialności może wystąpić także na gruncie jednego reżimu prawnego. Takim przypadkom ustawodawca stara się jednak zdecydowanie przeciwdziałać.

W prawie ochrony środowiska od wielu lat obserwuje się wzrost liczby zarówno sankcji karnych, jak i administracyjnych. Ostatnim projektem prawa unijnego, który przewiduje wprowadzenie nowych typów przestępstw przeciwko środowisku oraz zaostrzenie karalności już istniejących, jest dyrektywa w sprawie ochrony środowiska poprzez prawo karne, która ma zastąpić dyrektywę 2008/99/WE. Sukcesywnie wzrasta również liczba administracyjnych kar pieniężnych oraz innych środków finansowo-prawnych w ochronie środowiska. Prowadzenie działalności gospodarczej wiąże się zatem z rosnącym ryzykiem poniesienia odpowiedzialności na gruncie różnych reżimów prawnych. Co więcej, poniesienie odpowiedzialności w jednym reżimie w żaden sposób nie uwalnia od ryzyka poniesienia odpowiedzialności w ramach innego reżimu.

Zbieg odpowiedzialności a zakaz powtórnego karania

Rozpatrując problematykę zbiegu odpowiedzialności karnej i administracyjnej, należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na zasadę *ne bis in idem*. W doktrynie tłumaczy się ją jako „Nie dwa razy w tej samej sprawie”. Zasada ta jest wprawdzie charakterystyczna

dla prawa karnego, ale powinna być brana pod uwagę również w rozwiązywaniu problemu podwójnej represyjności.

Choć w polskiej Konstytucji zasada *ne bis in idem* nie została wprost wyrażona, to Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie wywodził ją z zasady państwa prawnego, wyrażonej w art. 2 Konstytucji. Istota zasady *ne bis in idem* wyraża się w tym, że niedopuszczalne jest zarówno wielokrotne karanie za popełnienie tego samego czynu, jak i ponowne wszczęcie postępowania przeciwko tej samej osobie w tej samej sprawie.

Zasada *ne bis in idem* w doktrynie i orzecznictwie rozumiana jest szeroko. Obejmuje zatem nie tylko zbieg odpowiedzialności w ramach reżimu prawa karnego, ale również zbiegi odpowiedzialności karnej z odpowiedzialnością administracyjną. Warunkiem zastosowania zasady *ne bis in idem* w sytuacji zbiegu odpowiedzialności karnej i administracyjnej jest to, że sankcja administracyjna musi mieć charakter represyjny. W takiej sytuacji może wystąpić bowiem nadmierna represyjność, co nie będzie zgodne z zasadą proporcjonalnej reakcji karnej.

W polskim systemie prawa nie ma jednak ogólnej reguły, która umożliwiałaby zastosowanie zasady *ne bis in idem* w sytuacji zbiegu odpowiedzialności karnej i administracyjnej. Nie istnieją w tym zakresie żadne reguły kolizyjne ani specjalny tryb, który wykluczałby zaistnienie podwójnej karalności. Z omawianym problemem wielokrotnie mierzył się Trybunał Konstytucyjny, z którego orzecznictwa wynika, że zbieg odpowiedzialności karnej i administracyjnej jest zasadniczo dopuszczalny i nie narusza zasady *ne bis in idem*. Przytoczony pogląd uzasadnia się tym, że sankcje na gruncie prawa karnego i administracyjnego mają inne cele i pełnią odmienne funkcje. Mogą wystąpić jednak sytuacje, w których odpowiedzialność administracyjna sprowadza się w istocie do odpowiedzialności represyjnej. W takiej sytuacji podwójne ukaranie jako naruszające zasadę *ne bis in idem* nie może być akceptowane. Każda sytuacja, w której występuje zbieg odpowiedzialności karnej i administracyjnej, musi być zatem rozpatrywana indywidualnie. Należy się również liczyć z tym, że ostateczne rozstrzygnięcia w tego rodzaju sprawach zapadną dopiero w Trybunale Konstytucyjnym.



art. 2 Konstytucji

”

Jeśli przeciwko tej samej osobie i w związku z tym samym czynem prowadzono – niezależnie od siebie – postępowanie karne oraz postępowanie administracyjne, a w rezultacie tych postępowań orzeczone zostały odpowiednie sankcje, należy zbadać, czy w tym konkretnym przypadku nie doszło do zbiegu odpowiedzialności represyjnej.

Różnice pomiędzy odpowiedzialnością prawną w reżimie administracyjnym i karnym

W doktrynie oraz orzecznictwie trafnie wskazuje się na trzy podstawowe różnice pomiędzy odpowiedzialnością na gruncie norm prawa administracyjnego a odpowiedzialnością na gruncie norm prawa karnego.

Po pierwsze, do ponoszenia odpowiedzialności karnej są zdolne wyłącznie osoby fizyczne. Jedynym wyjątkiem od tej zasady pozostają regulacje przyjęte na gruncie [ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych](#). Z kolei na gruncie prawa administracyjnego odpowiedzialność ponoszą przede wszystkim osoby prawne oraz inne jednostki organizacyjne. Odpowiedzialność administracyjna osób fizycznych ma w prawie ochrony środowiska jedynie ograniczone znaczenie.

Po drugie, poniesienie odpowiedzialności karnej powiązane jest z ustaleniem winy sprawcy przestępstwa lub wykroczenia. Brak zawinienia wyłącza bowiem odpowiedzialność karną. Jest to zasada fundamentalna dla prawa karnego, która wyrażona została w art. 1 § 3 k.k., zgodnie z którym nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu. Odpowiedzialność w prawie administracyjnym ma z kolei charakter obiektywny. Oznacza to, że sam fakt wystąpienia określonego stanu co do zasady prowadzi do poniesienia odpowiedzialności. Wina sprawcy nie odgrywa tutaj zasadniczego znaczenia.

Po trzecie, w reżimie odpowiedzialności karnej sprawca odpowiada przed sądem powszechnym. W ramach postępowania karnego przysługują mu określone uprawnienia, w tym istotne prawa o charakterze gwarancyjnym. Niektóre z tych gwarancji wyrażone zostały w Konstytucji. Są to przykładowo [prawo do obrony](#) czy [domniemanie niewinności](#). W przypadku naruszenia norm prawa administracyjnego stosowną sankcję wymierzy w pierwszej kolejności organ administracji w drodze decyzji. Dopiero jeśli taka decyzja zostanie zaskarżona, będzie ona podlegać kontroli pod względem legalności przez właściwy sąd administracyjny. Co istotne, w postępowaniu przed organem administracji brak jest wielu gwarancji, które przysługują oskarżonemu w procesie karnym.

Warto jeszcze zauważyć, że istnieje niebezpieczna tendencja do zaostrzania odpowiedzialności administracyjnej, która w swej

←
ustawa z 28 października 2022 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary

←
art. 1 § 3 k.k.

←
art. 42 ust. 2 Konstytucji
art. 42 ust. 3 Konstytucji

istocie ma wyłącznie represyjny charakter. Chodzi tutaj w szczególności o administracyjne kary pieniężne, których wysokość z reguły zdecydowanie przekracza wysokość grzywien nakładanych w postępowaniu karnym. Oznacza to, że ustawodawca przenosi bardziej surowe sankcje do administracyjnego reżimu prawnego, który nie chroni podejrzanych o naruszenie w sposób podobny do prawa karnego. Chodzi tutaj o wspomniany już brak konieczności badania winy (odpowiedzialność obiektywna) oraz wymierzanie sankcji przez organ administracji (zamiast niezawisłego i niezależnego sądu).

ART. 182. K.K.

§ 1. Kto zanieczyszcza wodę, powietrze lub powierzchnię ziemi substancją albo promieniowaniem jonizującym w takiej ilości lub w takiej postaci, że może to zagrozić życiu lub zdrowiu człowieka lub spowodować istotne obniżenie jakości wody, powietrza lub powierzchni ziemi lub zniszczenie w świecie roślinnym lub zwierzęcym w znacznych rozmiarach, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 2. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 działa nieumyślnie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3.

ART. 194 UST. 1 PKT 6 USTAWY O ODPADACH

Administracyjną karę pieniężną wymierza się za dokonanie zrzutu olejów odpadowych do wód, gleby lub ziemi, wbrew zakazowi, o którym mowa w art. 93.

Przykład zbiegu w ustawach środowiskowych

Niejednokrotnie w polskich regulacjach mamy do czynienia ze zbiegiem odpowiedzialności karnej z administracyjną bądź zbiegiem odpowiedzialności w tym samych reżimach prawnych (np. w ramach reżimu prawa karnego). Jak już wspomniano, ustawodawca jest daleki od „podwójnego” sankcjonowania za to samo, jednak nie zawsze okoliczności i znaczenie czynu (zdarzenia) pozwalają odstąpić od podwójnego ukarania. *De facto* można założyć, że ze zbiegiem odpowiedzialności mamy do czynienia w sytuacjach mających znaczenie dla środowiska, zdrowia, życia i bezpieczeństwa obywateli, a także transparentności funkcjonowania organów związanych z działalnością reglamentowaną.

Przykładem zbiegu przepisów karnych i administracyjnych jest art. 182 Kodeksu karnego i art. 194 ust. 1 pkt 6 ustawy o odpadach.

W zakresie art. 182 k.k. § 1 warunkiem karalności sprawcy jest umyślność jego działania oraz obiektywny rozmiar niebezpieczeństwa, jakie to działanie spowodowało. Nie chodzi o samo przekroczenie obowiązujących norm dotyczących dopuszczalnej wielkości immisji szkodliwych dla środowiska. Skala zagrożenia wyraża się bowiem w tym, że działanie podmiotu zanieczyszczającego ma potencjalny wpływ na życie i zdrowie ludzkie oraz stan środowiska naturalnego.

Natomiast w przypadku naruszenia art. 194 ust. 1 pkt 6 ustawy o odpadach organ nie będzie badał umyślności podmiotu naruszającego. Jeśli doszło do zrzutu olejów odpadowych, zostanie wymierzona administracyjna kara pieniężna. W tym przypadku

odpowiedzialność nie jest oparta na zasadzie winy, lecz ma charakter czysto obiektywny.

Co więcej, jeśli zrzut olejów doprowadzi jednocześnie do niebezpieczeństwa stypizowanego w art. 182 k.k., to odpowiednie organy ścigania podejmą postępowanie. I znajdujemy się w sytuacji, gdzie za ten sam czyn, za to samo zdarzenie możemy ponieść podwójną odpowiedzialność.

Na szczęście prawo zawiera furtki bezpieczeństwa, takie jak art. 189d pkt 3 k.p.a., z którego wynika, że przy wymierzaniu kary administracyjnej organ bierze pod uwagę uprzednie ukaranie za to samo przestępstwo.

ART. 189D. PKT 3 K.P.A.
Wymierzając administracyjną karę pieniężną, organ administracji publicznej bierze pod uwagę uprzednie ukaranie za to samo zachowanie za przestępstwo, przestępstwo skarbowe, wykroczenie lub wykroczenie skarbowe.

Uwagi podsumowujące

Zbiegów odpowiedzialności, takich jak wskazany powyżej, w krajowych regulacjach jest więcej. Dlatego jeśli przeciwko tej samej osobie i w związku z tym samym czynem prowadzono – niezależnie od siebie – postępowanie karne oraz postępowanie administracyjne, a w rezultacie tych postępowań orzeczone zostały odpowiednie sankcje, należy zbadać, czy w tym konkretnym przypadku nie doszło do zbiegu odpowiedzialności represyjnej. Jeśli tak, można odwoływać się w ramach postępowania administracyjnego do zasady *ne bis in idem*.

Nie zawsze jednak zbieg odpowiedzialności karnej i odpowiedzialności administracyjnej zostanie oceniony negatywnie, jako niezgodny z zasadą proporcjonalności. Wynika to z faktu, że funkcje kar w postępowaniu karnym są zasadniczo odmienne od funkcji sankcji w postępowaniu administracyjnym. Dlatego pozostaje wierzyć, że ustawodawca (polski i unijny) działa racjonalnie i podwójna odpowiedzialność zawsze będzie wyjątkiem i odstępstwem od ogólnych reguł, a organy administracji, organy ścigania oraz sądy będą w sposób właściwy i racjonalny egzekwować odpowiedzialność przewidzianą w poszczególnych reżimach prawnych.

Ryzyka sporów sądowych w obszarze ESG

Rośnie liczba regulacji z zakresu ESG. Rośnie też świadomość społeczna, że przedsiębiorcy powinni przestrzegać zasad zrównoważonego rozwoju. Dlatego coraz więcej podmiotów gospodarczych może być narażonych na ryzyko sporów sądowych w tym obszarze. A tego rodzaju roszczenia mogą wpłynąć na ocenę, czy osoby zarządzające spółkami prawidłowo wywiązują się ze swoich obowiązków. Czego mogą dotyczyć takie spory i jak zminimalizować ich ryzyko?



PIOTR GOŁĘDZINOWSKI

radca prawny, partner, praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych



WERONIKA NALBERT

advokat, praktyka ochrony konkurencji i konsumentów, zespół ESG i zrównoważonego rozwoju

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



ESG i zrównoważony
rozwój



spory sądowe

Czego mogą dotyczyć spory?

Do tej pory większość sporów sądowych z zakresu zrównoważonego rozwoju koncentrowała się na kwestiach zmian klimatycznych i wpływu na środowisko. Analizując sprawy toczące się w Polsce oraz za granicą, można zauważyć, że roszczenia wnoszone są zarówno przez indywidualnych powodów, grupy osób poszkodowanych, jak i przez organizacje pozarządowe.

Dotychczas znaczną część pozwów klimatycznych kierowano przeciwko spółkom z sektora energetycznego prowadzącym wysokoemisyjną działalność lub przeciwko podmiotom finansującym ich operacje. Pozwy te mogą na przykład polegać na **dochodzeniu odszkodowań z tytułu zmian klimatycznych** w oparciu o twierdzenie, że dana firma przyczynia się do takich zmian poprzez emisję znacznych ilości gazów cieplarnianych.

Celem powództw często jest także nakłonienie danego podmiotu, by wdrożył skuteczną politykę klimatyczną, zaprzestał wspierania rozwoju sektora paliw kopalnych albo podjął jeszcze ambitniejsze działania w obszarze ochrony środowiska.

Powództwo może być także skutkiem publikowania wprowadzających w błąd informacji lub niepełnego wypełniania obowiązków informacyjnych w stosunku do akcjonariuszy. Nie można także wykluczyć ryzyka pociągnięcia do odpowiedzialności członków władz spółki poprzez dochodzenie przez akcjonariuszy odszkodowań za szkodę wyrządzoną spółce przy sprawowaniu zarządu lub nadzoru.

Kwestie ESG pojawiają się również w sporach na gruncie umów, do których włączane są postanowienia z obszaru zrównoważonego rozwoju (np. do umów dostawy czy umów produkcyjnych). To zaś coraz częściej prowadzi do sporów między spółkami w związku z obowiązkiem stosowania odpowiednio wysokich standardów.

Pojawiają się także powództwa wytaczane przez spółki przeciwko państwom. Przykładem jest sprawa, w ramach której w 2019 r.

→
Saúl Luciano Lliuya
przeciwko RWE

→
Les Amis de la Terre
France, Notre Affaire
à Tous, Oxfam France
i inni przeciwko BNP
Paribas

ClientEarth, Surfrider
i Zero Waste France
przeciwko Danone

austriacka spółka Strabag i dwa podmioty z nią stowarzyszone złożyły **pozew wynikający ze zmian legislacyjnych dotyczących energii odnawialnej**, w tym produkcji morskiej energii wiatrowej, które miały spowodować, że powodowie porzucili swoje projekty morskiej energii wiatrowej, a tym samym ponieśli szkodę na skutek działania państwa.

Ale bywa też tak, że to państwa pozywają spółki za szkody wyrządzone w środowisku naturalnym. I tak np. w 2016 r. indonezyjskie Ministerstwo Środowiska i Leśnictwa pozwało firmę prowadzącą plantację palm olejowych **za pożary obejmujące obszar 1 626 hektarów**, argumentując, że pozwany celowo je wzniecił, aby oczyścić teren pod plantację, podczas gdy działania te stanowiły poważne zagrożenie dla środowiska, biorąc pod uwagę, że dotyczyły obszaru torfowisk. Indonezyjskie sądy uwzględniły powództwo, zasądając odszkodowanie od pozwanej spółki.

W przyszłości możliwe są także spory wyłącznie pomiędzy państwami. We wrześniu 2022 r. Vanuatu zaproponowało, aby Zgromadzenie Ogólne ONZ zwróciło się do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości o opinię doradczą, która określiłaby, jakie w świetle prawa międzynarodowego są zobowiązania państw, które historycznie odpowiadają za największy procent emisji gazów cieplarnianych, wobec krajów najbardziej dotkniętych zmianami klimatu. Do poszkodowanych należą przede wszystkim niewielkie państwa wyspiarskie na Pacyfiku, które wkrótce mogą zostać całkowicie zalane przez podnoszące się wody oceanu. Natomiast w grudniu 2022 r. Antigua i Barbuda oraz Tuvalu wystąpiły do Międzynarodowego Trybunału Prawa Morza o wydanie opinii doradczej wskazującej, jakie obowiązki państw co do ochrony klimatu wynikają z Konwencji o prawie morza. Jeśli tego rodzaju opinie doradcze zostaną w przyszłości wydane, mogą one posłużyć do formułowania roszczeń przez państwa dotknięte zmianami klimatycznymi przeciwko tym krajom, które w największym stopniu przyczyniają się do zmian klimatu.



Strabag i inni przeciwko Niemcom



indonezyjskie Ministerstwo Środowiska i Leśnictwa przeciwko PT Waringin Agro Jaya

”

Członkowie zarządu
powinni być świadomi
swojej odpowiedzialności za
wdrażanie w spółce nowych
obowiązków wynikających
z regulacji dotyczących
zrównoważonego rozwoju,
zaś pracownicy powinni
wiedzieć, jakie ich obowiązki
mogą wiązać się ze
szczególnym ryzykiem.

Jak minimalizować ryzyko powstania sporu

Przede wszystkim wdrażanie zasad zrównoważonego rozwoju do działalności przedsiębiorstwa warto potraktować jako szansę oraz możliwość zbudowania przewagi konkurencyjnej, nie zaś jako przykrą konieczność, zagrożenie lub wydatek. Przygotowując strategię ESG można zrozumieć, jakie ryzyka z obszaru zrównoważonego rozwoju wiążą się z działalnością danego podmiotu. Dzięki temu można będzie w wyprzedzeniu podjąć działania mitygujące. Strategia ESG, która jest dopasowana do potrzeb danego przedsiębiorstwa oraz zintegrowana z jego strategią biznesową, stanowi narzędzie, które pozwoli zawczasu uniknąć potencjalnych zagrożeń oraz dostosować działalność do zmieniającego się otoczenia.

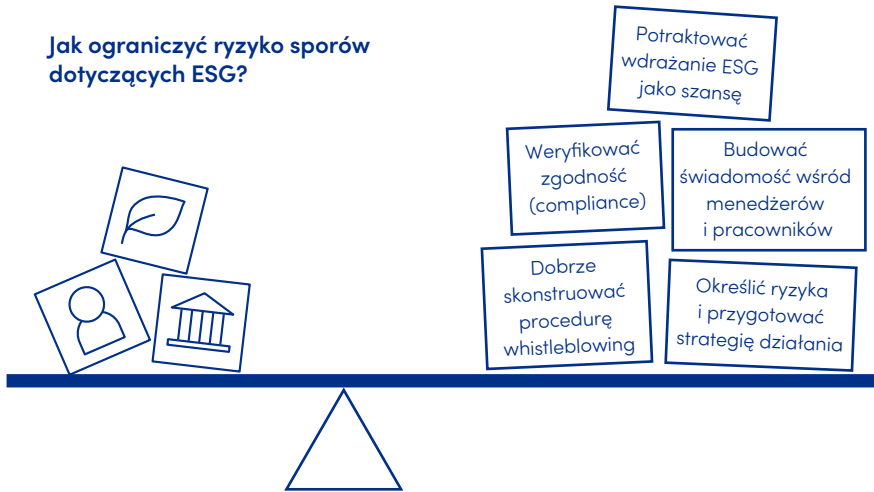
Ważne jest również bieżące weryfikowanie zgodności prowadzonej działalności z przepisami z obszaru zrównoważonego rozwoju, ale także wdrażanie niewiążących zaleceń czy **wytycznych wydawanych przez organizacje międzynarodowe**.

Aby zapobiegać ryzykom, trzeba również budować świadomość w obszarze zrównoważonego rozwoju wśród menedżerów. Członkowie zarządu powinni być bowiem świadomi swojej odpowiedzialności za wdrażanie w spółce nowych obowiązków wynikających z regulacji dotyczących zrównoważonego rozwoju (np. obowiązek raportowania), zaś pracownicy powinni wiedzieć, jakie ich obowiązki mogą wiązać się ze szczególnym ryzykiem (np. ryzyko greenwashingu jest szczególnie istotne z punktu widzenia pracowników zajmujących się przygotowaniem komunikacji marketingowej lub projektowaniem opakowań).

Podmioty, na rzecz których świadczy pracę co najmniej 50 osób, już wkrótce będą musiały ustalić wewnętrzną procedurę zgłaszania naruszeń prawa i podejmowania działań następczych, czyli tzw. procedurę whistleblowingową. Dobrze skonstruowana procedura pozwoli szybciej wychwytywać ewentualne naruszenia, a tym samym podejmować działania zaradcze na odpowiednio wczesnym etapie.

←
np. Wytyczne OECD
dla przedsiębiorstw
wielonarodowych

Jak ograniczyć ryzyko sporów dotyczących ESG?



Możliwe podstawy prawne roszczeń

Na gruncie polskiego prawa istnieje szereg przepisów, które mogą być wykorzystane jako podstawa do formułowania roszczeń w zakresie ESG.

→
art. 323 ustawy Prawo ochrony środowiska

W pierwszej kolejności warto zwrócić uwagę na art. 323 ustawy Prawo ochrony środowiska, zgodnie z którym każdy, komu przez bezprawne oddziaływanie na środowisko bezpośrednio zagraża lub została wyrządzona szkoda, może żądać od podmiotu odpowiedzialnego za to zagrożenie lub naruszenie przywrócenia stanu zgodnego z prawem, a w razie gdyby było to niemożliwe lub nadmiernie utrudnione, może on żądać zaprzestania działalności powodującej to zagrożenie lub naruszenie.

→
art. 435 k.c.

Ponadto zgodnie z art. 435 Kodeksu cywilnego prowadzący na własny rachunek przedsiębiorstwo lub zakład wprawiany w ruch za pomocą sił przyrody (pary, gazu, elektryczności, paliw płynnych itp.) ponosi odpowiedzialność za szkodę na osobie lub mieniu, wyrządzoną komukolwiek przez ruch przedsiębiorstwa lub zakładu, chyba że szkoda nastąpiła wskutek siły wyższej albo wyłącznie z winy poszkodowanego lub osoby trzeciej, za którą nie ponosi odpowiedzialności. Przy tym Prawo ochrony środowiska wskazuje, że w niektórych przypadkach przepis ten stosuje się także do zakładów, które nie są wprowadzane w ruch za pomocą sił przyrody.

Ponadto odpowiedzialność odszkodowawcza podmiotu naruszającego standardy ESG może być wywodzona z art. 415 Kodeksu cywilnego, który przewiduje, że każdy kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia.

←
art. 415 k.c.

Brak implementacji lub niewłaściwa implementacja standardów ESG może także doprowadzić do odpowiedzialności członków zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej lub likwidatora na podstawie art. 293 Kodeksu spółek handlowych, zgodnie z którym osoby te odpowiadają wobec spółki za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki, chyba że nie ponoszą winy. Z takim roszczeniem odszkodowawczym w imieniu spółki mogą także wystąpić jej udziałowcy lub akcjonariusze w ramach tzw. *actio pro socio*. Udziałowcy i akcjonariusze mają narzędzie w postaci art. 296 § 4a Kodeksu karnego, zgodnie z którym mogą oni złożyć wniosek o ściganie przestępstwa działania na szkodę spółki, inicjując postępowanie karne przeciwko członkom zarządu.

←
art. 293 k.s.h.

←
art. 296 § 4a k.k.

Istotną kwestią związaną z potencjalnymi sporami sądowymi są działania określane jako greenwashing. Jest to sytuacja, w której firmy, podając nieprawdziwe informacje, utrudniają konsumentom i inwestorom podejmowanie świadomych decyzji. Co istotne, w zakresie greenwashingu powinni się mieć na baczności nie tylko przedsiębiorcy, którzy oferują swe produkty bądź usługi konsumentom (kara do 10% rocznego obrotu spółki), bowiem w stosunkach między przedsiębiorcami greenwashing może być uznany za czyn nieuczciwej konkurencji. To zaś może być źródłem potencjalnych powództw odszkodowawczych ze strony innych przedsiębiorców w oparciu o przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z powołaniem na wprowadzające w błąd oznaczenia towarów lub usług czy rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji o przedsiębiorstwie w celu przysporzenia korzyści.

←
ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów

←
ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Galimatias z tytułami gier

Mimo chwilowych zawirowań gamedev jest jednym z najpopularniejszych i najbardziej dochodowych źródeł rozrywki. To także złożone środowisko biznesowe, stawiające twórców, deweloperów i wydawców gier przed ogromną liczbą problemów prawnych. Nasze doświadczenia z ostatnich lat uwiadcniają kilka, naszym zdaniem, niepokojących trendów mających znaczenie dla branży. Jednym z nich jest coraz bardziej restrykcyjne i niespójne podejście urzędów, nazwijmy je ogólnie patentowych, do rejestrowania tytułów lub nazw gier jako znaków towarowych.



LENA MARCINOSKA-BOULANGÉ

adwokat, partner,
praktyka własności intelektualnej



DR MONIKA A. GÓRSKA

radca prawny, partner,
praktyka własności intelektualnej

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



własność intelektualna



gaming

Artykuł powstał na kanwie prelekcji auterek podczas Game Industry Conference 2023

„Trademarks – it’s never been easier to get one!”

W artykule posłużymy się przykładami z Europejskiego Urzędu ds. Własności Intelektualnej (EUIPO), który odgrywa istotną rolę w procesie rejestracji znaków towarowych. Duża część branży – także polskiej – decyduje się bowiem właśnie na rejestrację znaku unijnego.

Nie będziemy tu omawiać zalet, procedury czy kosztów rejestracji tytułu gry jako znaku towarowego. Wartość dodana i opłacalność takiej ochrony to sprawa oczywista, a głośne przykłady z branży gamedev z ostatnich lat pokazały, że to słuszne podejście. Chcemy tu jedynie przedstawić kontrowersyjną naszym zdaniem praktykę urzędów, która wywołuje wrażenie niepewności prawa.

Jakie oznaczenia nie uzyskają ochrony

Wyjaśnijmy na wstępie – niektóre oznaczenia po prostu nie uzyskują ochrony jako znak towarowy. Przede wszystkim ochronie nie może podlegać oznaczenie pozbawione **zdolności odróżniającej**. To na niej się skupimy.

Oznaczenie będzie pozbawione zdolności odróżniającej, jeśli wyłącznie opisuje towary lub usługi, wskazuje bezpośredni związek z tymi towarami czy usługami, a odbiorca dostrzega w oznaczeniu – bez namysłu, w sposób wyraźny i obiektywny – istotne cechy czy właściwości towaru lub usługi.

To, czy oznaczenie ma zdolność odróżniającą, ocenia się po pierwsze w odniesieniu do towarów lub usług, dla których jest ono zgłaszane, a po drugie przez pryzmat właściwego kręgu odbiorców takich towarów lub usług. Przypomnijmy, że w branży gamedev mamy do czynienia (w uproszczeniu) z towarami w postaci oprogramowania gier wideo i usługami polegającymi na dostarczaniu lub udostępnianiu gier wideo. Grono odbiorców tych towarów i usług jest szerokie. Gry weszły do głównego nurtu rynkowego,

wyrok Sądu UE →
z 10 października 2019 r.,
T700/18 w sprawie
DUNGEONS

a ich odbiorcami jest ogół społeczeństwa, konsumenci ze wszystkich grup wiekowych, niezależnie od płci czy znajomości branży.

Klasycznym przykładem oznaczenia pozbawionego zdolności odróżniającej, chociaż z nieco innego rynku, było słowne oznaczenie GRA zgłoszone do rejestracji w Urzędzie Patentowym RP m.in. dla kart do gry. Urząd słusznie odmówił rejestracji, uznając, że znak nie ma zdolności odróżniającej. Odbiorcy postrzegaliby go jako zwrot wyłącznie opisujący rodzaj towaru i jego kluczowe właściwości. Trudno się z taką oceną nie zgodzić.

Podobnie niekontrowersyjnym przykładem było zgłoszenie w UE jako znaku towarowego słowno-graficznego oznaczenia GAME TOURNAMENTS, m.in. dla *oprogramowania do gier wideo*.



Dla anglojęzycznego odbiorcy (a to jego perspektywa jest istotna z uwagi na zgłoszenie w UE) słowo „game” (gra) oznacza „czynność lub sport zwykle wymagający umiejętności, wiedzy lub szczęścia, w którym przestrzega się ustalonych zasad i próbuje wygrać z przeciwnikiem lub rozwiązać zagadkę”, a słowo „tournament” (turniej) oznacza „zawody sportowe, w których gracze, którzy wygrali mecz, rozgrywają kolejne mecze w ramach zawodów, dopóki nie pozostanie tylko jedna osoba lub drużyna”. Między znakiem a grami wideo (czyli towarami, dla których go zgłoszono) istnieje zatem wystarczająco bezpośredni i konkretny związek. Tym samym znak ma dla tych towarów charakter opisowy, a zatem nie zasługuje na rejestrację.

Kolejnym przykładem może być nieudana próba rejestracji w UE słownego oznaczenia STAKE, m.in. dla *usług gier hazardowych online; Usługi kasyn online i zakładów sportowych online*. Anglojęzyczny konsument (to jego perspektywa jest istotna z uwagi na zgłoszenie w UE) będzie rozumiał oznaczenie STAKE (stawka, udział, pula) jako pieniądze, które gracz ma do dyspozycji na gry hazardowe. Postrzegalby to oznaczenie jako informujące, że ww. usługi pozwalają obliczyć kwotę (czyli właśnie stawkę), którą można zaryzykować (postawić) w grze hazardowej. W związku z tym oznaczenie opisuje rodzaj tych zgłoszonych usług i nie ma dla nich charakteru odróżniającego.

←

Z.101968

←

wyrok Sądu UE
z 26.10.2022 r., T-776/21

←

decyzja EUIPO
z 5.07.2023 r. w sprawie
ZTUE 018840166

→ gra

→ game tournaments

→ stake

Dyskusyjne tendencje w decyzjach odmawiających ochrony

Zasada, że oznaczenia pozbawione zdolności odróżniającej, opisowe, wskazujące wyłącznie na cechy, właściwości czy przeznaczenie towaru lub usługi nie mogą uzyskać ochrony jako znak towarowy, jest absolutnie słuszna.

Jednak coraz częściej urzędy oceniają zdolność odróżniającą (i stwierdzają jej brak) w oparciu o zbyt daleko idące kryteria. W decyzjach EUIPO odmawiających rejestracji (lub stwierdzających nieważność) znaków towarowych dostrzegamy bowiem dwie dyskusyjne tendencje.

Pierwsza to ocena zdolności odróżniającej oznaczenia przeznaczonego dla gier wideo przez jego odniesienie do **treści gry lub wyobrażenia o niej**, a nie w odniesieniu do **rodzaju towaru**, jakim jest gra wideo jako taka (lub związane z nią usługi).

Wątpliwości – nie tyle co do rezultatu, ile co do sposobu przeprowadzenia oceny zdolności odróżniającej – wzbudziła przykładowo sprawa słownego oznaczenia COMMANDOS zgłoszonego do rejestracji w UE m.in. dla *oprogramowania do gier komputerowych i dostarczania gier komputerowych on-line*. EUIPO uznał oznaczenie za bezpośrednio informujące konsumentów, że oprogramowanie *umożliwia korzystanie z gier wojennych z udziałem komandosów*, a zatem bezpośrednio **opisuje treść** towarów i usług. W konsekwencji nie ma zdolności odróżniającej i nie może być zarejestrowane jako znak towarowy.

Innym dyskusyjnym przykładem jest sprawa słownego znaku towarowego CYBERPUNK. Znak został zarejestrowany m.in. dla

→
wyrok Sądu UE
z 6.09.2023 r., T-425/22

oprogramowania do gier i usług w zakresie gier. Dopiero następnie spotkał się z zarzutem braku zdolności odróżniającej, podniesionym we wniosku o unieważnienie. EUIPO unieważnił znak, uznając m.in., że CYBERPUNK będzie postrzegany jako **opisujący treść** gier lub to, do czego gra się odnosi. Wskazał, że gry komputerowe są osadzone w określonym świecie, a znak CYBERPUNK informuje, że świat ten jest futurystyczny, zdominowany przez komputery i gry o takim uniwersum będzie oczekiwał odbiorca.

Niezależnie od wielu innych kwestii, odwoływanie się przy ocenie zdolności odróżniającej do fabuły gry lub wyobrażeń na jej temat może budzić wątpliwości. Zdolność odróżniającą należy przecież oceniać w odniesieniu do zgłoszonego towaru (gry), jaki ma być opatrzony znakiem, a nie w odniesieniu do jego „zawartości” czy treści. Taka wykładnia wydaje się zbyt daleko idąca.

Druga pojawiająca się w orzecznictwie tendencja to przypisywanie grom przy ocenie zdolności odróżniającej cech lub właściwości, które w ogóle nie wydają się dla nich powszechne. W jednej ze spraw EUIPO uznał np., że wznawianie gier jest bezpośrednio związane z ich naturą i jest ich istotną cechą. Konstatacja ta – nie wchodząc w szczegóły – stała się podstawą odmowy rejestracji znaku, urząd uznał bowiem, że oznaczenie interpretowane w kontekście gier będzie wskazywać właśnie tę cechę. Można mieć wątpliwości, czy rzeczywiście wznawienie jest nierozzerwalnie związane z naturą gier i będzie tak rozpoznawane przez właściwy krąg odbiorców, który – przypomnijmy – jest szeroki. Sama okoliczność, że niektóre gry dostępne na rynku mogą być wznawionymi wersjami wcześniejszych gier, nie wydaje się uzasadniać twierdzenia, że wznawianie gier jest ich trwałą czy powszechną cechą.

Szczypta fantazji nie zaszkodzi

Podane przykłady ilustrują pewne dyskusyjne tendencje w przeprowadzaniu oceny zdolności odróżniającej. Naszym celem nie było podważanie decyzji organów, ale odnotowanie praktyk i warunkowań, które wpływają na proces rejestracji tytułów gier jako znaków towarowych.

Z uwagi na rosnącą konkurencyjność rynku coraz trudniej jest wybrać nazwę gry, która zostanie uznana za dystynktywną,

←
nieostateczna
decyzja EUIPO z 5.05.
2023 r. w sprawie
znaku ZTUE.15991342,
sprawa w toku

a jednocześnie nie będzie kolidowała z wcześniejszymi prawami. Na dodatek praktyka urzędów, w tym EUIPO, w zakresie rejestracji znaków wydaje się bardziej restrykcyjna niż jeszcze jakiś czas temu – zwłaszcza przy towarach lub usługach, które są relatywnie nowe (jak np. gry, dobra wirtualne czy kryptoaktywa). Praktyka ta jest też coraz mniej spójna, a decyzje coraz bardziej nieprzewidywalne. Wpływa to na swobodę i pewność branży w kreowaniu nazw gier i prowadzeniu działalności.

Prawidłowość niektórych założeń oceny zdolności odróżniającej oznaczeń przeznaczonych dla gier budzi wątpliwości. Praktyki urzędów należałoby poddać przegładowi i dyskusji, a przede wszystkim ujednoczyć. Przesłanki wyłączające możliwość rejestracji znaku nie powinny być interpretowane w sposób rozszerzający. Nie powinno się wykluczać udzielenia prawnej ochrony w sytuacji, gdy nie wynika to z obowiązujących przepisów prawa. Ocena zdolności odróżniającej znaku towarowego powinna być adekwatna do realiów rynkowych.

Tymczasem jednak, aby uniknąć uznania oznaczenia za pozbawione zdolności odróżniającej, a tym samym odmowy lub podważenia jego rejestracji, doradzamy (choć prawo wprost tego nie wymaga), aby tytuł gry miał walory artystyczne. Dobrze, by był fantazyjny, pomysłowy, oryginalny lub – jeśli nie jest to możliwe – został opatrzony dodatkowymi elementami, które obronią jego zdolność odróżniającą. Oczywiście wszystko to ma swoje konsekwencje, których zgłaszający znak musi mieć świadomość. Sugerujemy, aby na poszukiwanie i wybór tytułu gry poświęcić więcej czasu, dokonując jego pogłębionej weryfikacji (tzw. *trademark clearance*). Profesjonalne doradztwo, także prawne, coraz częściej będzie nieodłącznym elementem tego procesu.

Zapraszamy do gry

O prawie w branży gier nie tylko piszemy artykuły. Czasem opowiadamy o nim w lżejszej formie. W naszym interaktywnym przewodniku **GameDev CEO simulator** przygotowanym w konwencji gry można się wcielić w postać Kreatywnej, Kierowniczką, Księgowego lub Konsultanta, żeby sprawdzić, jakie pułapki prawne czyhają w branży gier. Jeden z naszych bohaterów mierzy się z misją dotyczącą właśnie znaków towarowych.



GAMEDEV CEO SIMULATOR

Plik najlepiej otworzyć w programie Adobe Acrobat.

wardynski.com.pl/publikacje/opracowania/game-dev-ceo-simulator

Pakiet farmaceutyczny a ochrona danych regulacyjnych produktów leczniczych

Prace nad unijnym pakietem farmaceutycznym dopiero nabierają tempa, a już widać, jak mocne kontrowersje budzi ten projekt. Główna oś sporu dotyczy ochrony danych regulacyjnych leków. Ochrona ta rekompensuje ogromne nakłady finansowe na opracowanie nowych leków, ale z drugiej strony opóźnia rejestrację ich tańszych odpowiedników. Reforma ma zmienić czas trwania tej ochrony i uzależnić ją od spełnienia dodatkowych warunków.



JOANNA KRAKOWIAK

radca prawny, partner odpowiedzialny za praktykę
life sciences i ochrony zdrowia



MARCIN RYTEL

adwokat, praktyka life sciences i ochrony zdrowia

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



26 kwietnia 2023 r. Komisja Europejska oficjalnie ogłosiła plany gruntownej rewizji unijnego prawa farmaceutycznego (tzw. „pakiet farmaceutyczny”). Zmiany miałyby dotknąć m.in. obszaru ochrony danych regulacyjnych. Ochrona danych regulacyjnych, obok ochrony patentowej, to znany od wielu lat mechanizm wspierania i stymulowania innowacyjności w sektorze farmaceutycznym.

W pakiecie farmaceutycznym proponuje się nowy kompromis dotyczący sposobu obliczania okresów ochronnych. Ma on pogodzić wiele sprzecznych ze sobą interesów, w szczególności interes pacjentów (którzy chcą mieć dostęp do leków innowacyjnych, ale też szybszy dostęp do tańszej terapii produktami nieoryginalnymi) oraz interes firm innowacyjnych (które dokonują znaczących nakładów finansowych na prace badawcze nad nowymi lekami w nadziei na zwrot inwestycji na etapie komercjalizacji produktu).

Ochrona danych regulacyjnych leków obecnie

Ochrona danych regulacyjnych (*regulatory data protection*), nazywana też wyłącznością danych (*data exclusivity*) lub okresem ochrony prawnej danych, to okres, w którym wnioskujący o dopuszczenie leku do obrotu nie może wykorzystywać wyników badań klinicznych cudzego produktu oryginalnego do uzyskania rejestracji własnego produktu generycznego w procedurze uproszczonej (tj. na podstawie odniesienia do chronionych badań produktu referencyjnego). Okres ten aktualnie wynosi 8 lat od dnia wydania pierwszego pozwolenia na dopuszczenie do obrotu referencyjnego produktu leczniczego w którymkolwiek z państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Wyłączność danych jest uzupełniana ochroną rynkową (*market protection*) zwaną też okresem ochrony obrotu. Ochrona rynkowa polega na tym, że nie można wprowadzić do obrotu leku

generycznego zarejestrowanego z wykorzystaniem uproszczonej procedury (tj. w oparciu o dane cudzego produktu oryginalnego). Ochrona rynkowa trwa 10 lat, czyli o dwa lata dłużej niż ochrona danych rejestracyjnych. W okresie dwóch lat pomiędzy upływem ochrony danych rejestracyjnych a upływem ochrony rynkowej odpowiednik leku oryginalnego nie może być wprowadzany do obrotu, lecz może być przedmiotem procedur rejestracyjnych zmierzających do wprowadzenia produktu na rynek tuż po wygaśnięciu okresu ochrony rynkowej.

Ochrona danych rejestracyjnych i ochrona rynkowa (określane łącznie mianem „ochrony regulacyjnej”) stanowią odrębny reżim prawny, równoległy do ochrony patentowej (która trwa co do zasady 20 lat).

Obecnie obowiązujące okresy ochrony regulacyjnej określa się mianem zasady „8+2+1”:

- osiem lat ochrony danych rejestracyjnych,
- plus dwa lata ochrony rynkowej,
- plus jeden rok ochrony rynkowej (nowe wskazanie).

Ochrona danych regulacyjnych trwa osiem lat. Po niej podmiot odpowiedzialny za lek oryginalny może jeszcze liczyć na dwa lata ochrony rynkowej, z możliwością wydłużenia o dodatkowy rok w przypadku zarejestrowania nowego wskazania, w odniesieniu do którego przewiduje się znaczące korzyści kliniczne w porównaniu z istniejącymi terapiami.

OBECNIE OBOWIĄZUJĄCE OKRESY OCHRONY REGULACYJNEJ



RDP ochrona danych regulacyjnych, nazywana też wyłączością danych (z ang. *regulatory data protection*)

MP ochrona rynkowa (z ang. *market protection*)

■ okres podstawowy

■ ewentualne wydłużenie okresu ochrony

Skrócenie czy przedłużenie okresów ochronnych?

O to właśnie toczy się spór pomiędzy przedstawicielami firm innowacyjnych i generycznych. Pacjenci potrzebują dostępu do tańszych odpowiedników leków innowacyjnych, ale ich potrzeby nie zostaną zaspokojone bez innowacyjnych terapii. Potrzebny jest więc balans pomiędzy skuteczną ochroną regulacyjną innowatorów a prawem do wejścia na rynek producentów leków generycznych. Jest to też niezwykle istotne dla przedsiębiorców działających w Polsce. Mimo że nasz przemysł farmaceutyczny w dużym stopniu opiera się o produkcję generyków, to jednak coraz częściej środki finansowe uzyskiwane z tego obszaru działalności są inwestowane właśnie w badania nad nowymi lekami.

Zmiana czasu trwania ochrony danych regulacyjnych dla leków to jedna z najważniejszych i najczęściej komentowanych propozycji znajdujących się w pakiecie farmaceutycznym. Projekt opublikowany w kwietniu 2023 r. przewiduje skrócenie ogólnego okresu wyłączności danych z ośmiu do sześciu lat. Jednak ten ogólny okres może ulec wydłużeniu, o ile spełnione zostaną dodatkowe warunki.

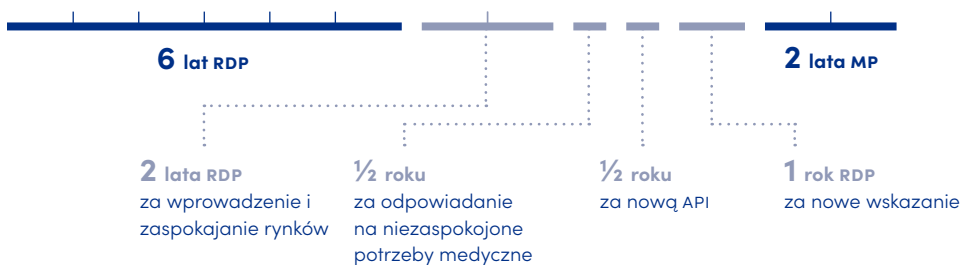
W omawianej propozycji Komisji wprowadzono zasadę, którą można określić jako „6+x+2”:

- sześć lat ochrony danych rejestracyjnych,
- plus ewentualne przedłużenie ochrony danych rejestracyjnych (x),
- plus dwa lata ochrony rynkowej.

Wydłużenie 6-letniego okresu ochrony danych rejestracyjnych byłoby możliwe:

- **o 2 lata** – za spełnienie kryterium wprowadzania do obrotu i zaspokajania rynków, polegającego na tym, że w ciągu **dwóch lat od uzyskania pozwolenia** (trzech lat, gdy podmiotem odpowiedzialnym jest MŚP/organizacja non-profit/podmiot posiadający mniej niż pięć centralnie zarejestrowanych leków w ramach swojej grupy kapitałowej) w odniesieniu do wszystkich rynków państw członkowskich, w których obowiązuje pozwolenie lekowe (w przypadku rejestracji centralnej – we wszystkich 27 państwach członkowskich), lek został wprowadzony do obrotu i jest w sposób ciągły dostarczany w ilościach i prezentacjach zaspokajających potrzeby pacjentów na tych rynkach,

- **o 6 miesięcy** – za spełnienie kryterium odpowiadania na niezaspokojone potrzeby zdrowotne (*unmet medical needs*), polegającego na tym, że co najmniej jedno wskazanie leku dotyczy chorób poważnie upośledzających lub zagrażających życiu, a w UE nie ma zarejestrowanego leku na tę chorobę (lub istnieje zarejestrowany lek na tę chorobę, ale zachorowalność lub śmiertelność jest wciąż wysoka), a ponadto stosowanie leku mającego korzystać z wydłużenia skutkuje znacznym zmniejszeniem zachorowalności lub śmiertelności,
- **o 6 miesięcy** – za spełnienie kryterium nowej substancji czynnej, polegającego na tym, że dany lek zawiera nową substancję czynną, a jego badania kliniczne zostały przeprowadzone z wykorzystaniem odpowiedniego komparatora (tzn. skutecznego i dostępnego na rynku leku porównawczego, wykorzystywanego w badaniu klinicznym w celu porównania z lekiem badanym), zgodnie z wytycznymi naukowymi dostarczonymi przez Europejską Agencję Leków,
- **o 1 rok** – za spełnienie kryterium nowego wskazania, polegającego na tym, że podmiot odpowiedzialny uzyska rejestrację nowego wskazania, a przedstawione dane wskazują na znaczącą korzyść kliniczną w porównaniu do istniejących terapii (z tego wydłużenia można skorzystać tylko jeden raz),
- **o 1 rok** – za wykorzystanie vouchera, zwanego także bonem (*data exclusivity voucher*), uzyskiwanego za opracowanie tzw. nowego antybiotyku („priorytetowego leku przeciwdrobnoustrojowego” nowej kategorii, o nowym mechanizmie działania, zawierającego dotychczas niezarejestrowaną substancję czynną przełamującą w znaczącym stopniu lekooporność i skuteczną przeciw poważnej infekcji). Co ciekawe voucher ma być przenoszalny, tzn. firma, która uzyska voucher za swój lek, nie będzie musiała skorzystać z przywileju dłuższej ochrony danych rejestracyjnych w stosunku do tego leku, za który go uzyskała, lecz będzie go mogła przekazać innemu swojemu leкови lub nawet przenieść go na inną firmę (odpłatnie lub nieodpłatnie). Skorzystanie z vouchera miałooby być możliwe tylko wobec leku zarejestrowanego centralnie i tylko w okresie pierwszych czterech lat trwania jego ochrony danych rejestracyjnych. Instytucja vouchera ma mieć charakter ograniczony – ma funkcjonować nie dłużej niż przez 15 lat lub do chwili wydania łącznie 10 voucharów (w zależności od tego, co nastąpi najpierw).



RDP	ochrona danych regulacyjnych, nazywana też wyłączością danych (z ang. <i>regulatory data protection</i>)	 okres podstawowy
MP	ochrona rynkowa (z ang. <i>market protection</i>)	 ewentualne wydłużenie okresu ochrony
API	substancja czynna	

W ramach pakietu farmaceutycznego ogólny okres ochrony danych rejestracyjnych może zatem trwać od 6 do 10 lat (do 11 lat przy skorzystaniu z vouchera).

Projekt pakietu farmaceutycznego z kwietnia 2023 r. przewiduje ponadto wprowadzenie szczególnego przypadku udzielenia odrębnego okresu ochrony danych rejestracyjnych trwającego 4 lata. Dotyczy to leków obecnych już na rynku, które na skutek nowych badań okazują się skuteczne w nowym wskazaniu (*repurposed medicinal products*). Ze wspomnianego 4-letniego okresu ochrony danych rejestracyjnych może skorzystać lek, który spełnia następujące warunki:

- został zarejestrowany jako produkt generyczny i nie korzystał dotąd z ochrony danych (albo minęło 25 lat od pierwszego pozwolenia),
- uzyska nowe, niezarejestrowane dotąd w UE wskazanie, zapewniając tym samym znaczącą korzyść kliniczną, co jest potwierdzone badaniami.

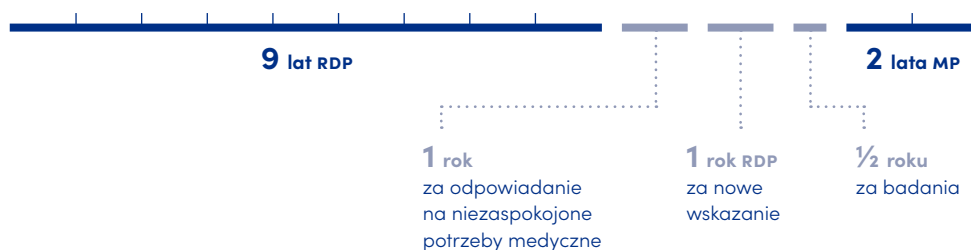
Jak się skończy batalia o sposób uregulowania ochrony danych regulacyjnych?

Nadal nie wiadomo, jakie zmiany zostaną ostatecznie przyjęte w prawie unijnym. Obecnie nad wyjściową propozycją Komisji Europejskiej trwają prace w Parlamencie Europejskim. Jedną z rozważanych przez unijny Parlament propozycji legislacyjnych zakłada zmodyfikowanie wersji pierwotnej propozycji nowych przepisów i uregulowanie ochrony danych regulacyjnych zgodnie z zasadą, którą można określić jako „9+x+2”.

Jej kluczowym elementem jest wydłużenie podstawowego okresu ochrony prawnej danych do 9 lat (tj. o 1 rok dłużej niż obecnie i o 3 lata dłużej niż w propozycji Komisji z kwietnia 2023 r.). W zamian za to proponuje się zrezygnowanie z 2-letniego przedłużenia za spełnienie kryterium wprowadzania do obrotu i zaspokajania rynków.

Nie oznacza to jednak, że dostępność leków na rynkach państw członkowskich miałyby zejść na dalszy plan. Planuje się bowiem wprowadzenie dla podmiotów odpowiedzialnych nowego obowiązku złożenia w dobrej wierze wniosku o refundację leku na wniosek państwa członkowskiego.

JEDEN Z ROZWAŻANYCH PRZEZ PARLAMENT EUROPEJSKI SPOSOBÓW UREGULOWANIA OKRESÓW OCHRONNYCH



RDP ochrona danych regulacyjnych, nazywana też wyłączością danych (z ang. *regulatory data protection*)

MP ochrona rynkowa (z ang. *market protection*)

■ okres podstawowy

■ ewentualne wydłużenie okresu ochrony

”

Projekt farmaceutyczny to nie tylko wyłączność danych. Mniej kontrowersyjne zmiany to w szczególności przyspieszenie procedur rejestracji leków, wprowadzenie e-ulotki czy też zmiany wynikające z dbałości o środowisko naturalne.

Omawiana propozycja przewiduje ponadto inne mechanizmy kompensujące usunięcie wspomnianego wyżej 2-letniego przedłużenia. Za spełnienie kryterium odpowiadania na niezaspokojone potrzeby zdrowotne miałyby się uzyskiwać 12-miesięczne przedłużenie (zamiast wcześniej proponowanego 6-miesięcznego przedłużenia). Ponadto zliberalizowano by kryterium dotyczące prowadzenia badań zgodnie z wytycznymi Europejskiej Agencji Leków, za które przysługuje 6-miesięczne przedłużenie okresu wyłączności danych, poprzez usunięcie z niego wymogu, aby badana formuła zawierała nową substancję czynną.

Co dalej z pakietem farmaceutycznym?

Trzeba pamiętać, że projekt farmaceutyczny to nie tylko wyłączność danych. Jest ona istotnym elementem planowanej reformy, ale bynajmniej nie jedynym. Mniej kontrowersyjne zmiany to w szczególności przyspieszenie procedur rejestracji leków, wprowadzenie e-uletki czy też zmiany wynikające z dbałości o środowisko naturalne.

Uwzględniając szerokie podejście do planowanej reformy, nie należy tracić z pola widzenia pytania, czy poszukiwanie nowego kompromisu w zakresie wyłączności danych to jedyny i wystarczający mechanizm pobudzania (i zatrzymywania) innowacji w UE, w szczególności biorąc pod uwagę pogłębiającą się przepaść pomiędzy USA a Europą oraz dużą aktywność Chin na tym polu.

Przyjęcie i wdrożenie tak dużej reformy jak pakiet farmaceutyczny wiąże się z wielomiesięczną procedurą na szczeblu UE, a następnie krajowym. Poszczególne rozwiązania mogą ulegać zmianom. Spodziewać się można, że pierwsze czytanie pakietu farmaceutycznego nastąpi po zaplanowanych na czerwiec 2024 r. wyborach do Parlamentu Europejskiego. Czas pokaże, czy zaproponowane przez Unię Europejską rozwiązania mają szansę odpowiedzieć na potrzeby sektora farmaceutycznego, a przede wszystkim pacjentów w UE.

Zespół badawczy w badaniach klinicznych – co mówi prawo

Przepisy krajowe i unijne regulujące prowadzenie badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi koncentrują się na obowiązkach sponsora badania i głównego badacza. Właściwie nie zawierają odniesień do zespołu badawczego realizującego poszczególne zadania w ramach badania. Tymczasem to zespół odpowiada za efektywną realizację badania klinicznego. Jakie zasady rządzą jego funkcjonowaniem?



DR EWA BUTKIEWICZ

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



LENA MARCINOSKA-BOULANGÉ

adwokat, partner, praktyka własności intelektualnej



KAROLINA ROMANOWSKA

adwokat, praktyka danych – gospodarka oparta na danych

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



własność
intelektualna



ochrona danych
osobowych



life sciences

Badanie kliniczne służy sprawdzeniu bezpieczeństwa i skuteczności działania nowego leku. Jest to przedsięwzięcie biznesowe wymagające dużych nakładów finansowych, właściwego współdziałania zainteresowanych podmiotów w procesie jego realizacji oraz przestrzegania zasad etycznych i przepisów prawa.

Zasady zebrane w Dobrej Praktyce Klinicznej wymagają, aby finansujący badanie sponsor (lub w jego imieniu organizacja prowadząca badanie kliniczne na zlecenie – CRO) zawarł pisemną umowę z badaczem i z ośrodkiem badawczym. W takiej umowie strony potwierdzają, że będą przestrzegać obowiązujących standardów i przepisów prawnych, a w kwestiach nieuregulowanych przez przepisy precyzują inne swoje obowiązki i uprawnienia, w tym – co szczególnie ważne – prawa do osiągniętych wyników badań. Coraz więcej miejsca w standardowych umowach o badanie kliniczne zajmują też regulacje dotyczące ochrony danych osobowych.

Kwalifikacje zespołu badawczego

Prowadzenie badań klinicznych wymaga udziału wielu osób. Spośród nich tylko badacz ma status prawny określony w przepisach. Brakuje przepisów dotyczących pozostałych członków zespołu badawczego – poza tymi wskazującymi ogólne kryteria ich doboru.

Wzmianka o zespole badawczym znajduje się w Dobrej Praktyce Klinicznej, gdzie wśród obowiązków badacza wymienia się *zaangażowanie do przeprowadzenia badania klinicznego osób posiadających odpowiednio wysokie kwalifikacje zawodowe, wiedzę naukową i doświadczenie w pracy z pacjentami, niezbędne do przeprowadzenia badania klinicznego.*

Zgodnie z obowiązującym w całej Unii Europejskiej rozporządzeniem 536/2014 badacz musi być lekarzem lub wykonywać zawód, który w danym państwie jest uznawany za kwalifikujący do

rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 536/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi oraz uchylenia dyrektywy 2001/20/WE



pełnienia funkcji badacza (prawo polskie umożliwia prowadzenie badania klinicznego również przez pielęgniarkę). Udokumentowany opis kwalifikacji, znajomości zasad dobrej praktyki klinicznej i doświadczeń badacza jest częścią składanego do odpowiedniego urzędu wniosku o pozwolenie na prowadzenie badania.

Członkowie zespołu badawczego mogą z kolei – zgodnie z rozporządzeniem 536/2014 – zdobywać odpowiednie kwalifikacje w drodze kształcenia, szkolenia lub doświadczenia. Ocena tych kwalifikacji i decyzja o wyborze danej osoby do zespołu badawczego należy wyłącznie do głównego badacza.

Rozporządzenie 536/2014 nakłada na głównego badacza obowiązek wyznaczenia zadań członkom zespołu badawczego w sposób, który nie zagraża bezpieczeństwu uczestników badania oraz wiarygodności i odporności danych uzyskanych w badaniu. Rozporządzenie przewiduje jednak odpowiedzialność cywilną i karną nie tylko sponsora czy badacza, ale też osób, którym sponsor przekazał zadania.

Skład i rola zespołu badawczego

Zespół badawczy jest zespołem osób profesjonalnie i praktycznie przygotowanych do wykonywania zadań przydzielonych i nadzorowanych przez głównego badacza, w celu realizacji badania klinicznego zgodnie z protokołem badania, umową o badanie kliniczne i zasadami określonymi w przepisach prawa, w sposób rzetelny i przy poszanowaniu praw pacjentów.

Skład zespołu badawczego zależy od zadań postawionych przed nim w protokole danego badania. Z reguły potrzebne są osoby o różnych kwalifikacjach. Podstawowy skład zespołu tworzą:

- **główny badacz**, który formuje zespół i nadzoruje jego pracę, będąc odpowiedzialnym za prawidłowe przeprowadzenie badania,
- **współbadacz** – lekarz przeprowadzający procedury medyczne przewidziane w protokole badania,
- **pielęgniarka** wykonująca procedury medyczne i czynności dla niej przewidziane w protokole badania i/lub zadania wskazane przez głównego badacza, wspierające realizację badania (np. prowadzenie dokumentacji medycznej, choć to zadanie

- może również wykonywać np. sekretarka medyczna – członek zespołu),
- **koordynator** badania i **monitor** badania (czasami funkcja koordynatora przechodzi w funkcję monitora) czuwający nad prawidłowym przygotowaniem i realizacją badania,
 - **farmaceuta** – odpowiadający za przyjęcie, przechowywanie i wydawanie badanego leku zgodnie z protokołem i obowiązującymi przepisami.

W miarę potrzeb do zespołu włączani mogą być technicy medyczni, laboranci, statystycy, informatycy czy jeszcze inni specjaliści. Niekiedy zalicza się do zespołu badawczego personel administracyjny obsługujący np. płatności dla wykonawców. Naszym zdaniem nie jest to prawidłowe, ponieważ takie zadania nie są przewidziane w protokole badania.

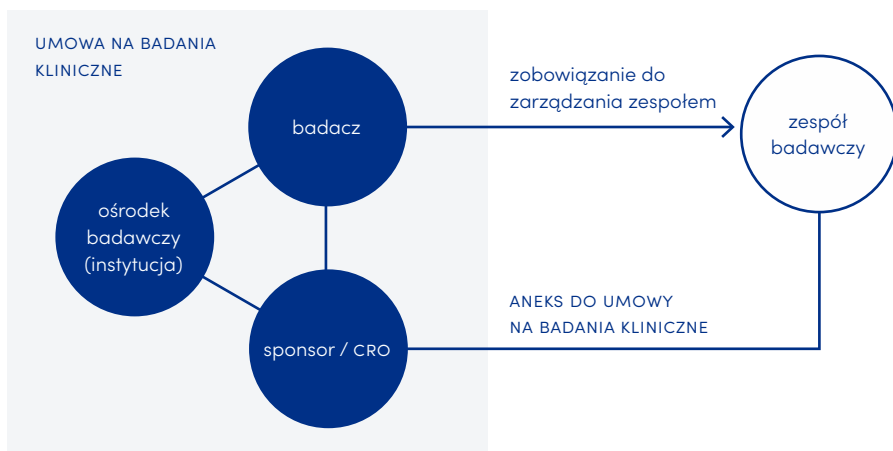
Zgodnie z przepisami główny badacz musi zapoznać członków zespołu badawczego z protokołem badania, przeprowadzić szkolenia w miarę potrzeb oraz powierzyć członkom zespołu wykonywanie odpowiednich zadań w jego zastępstwie. W praktyce więc to członkowie zespołu badawczego mają bezpośredni kontakt z uczestnikami badania i z ich dokumentacją medyczną (współbadacz, pielęgniarka), z dokumentacją badania powstającą w trakcie badania (sekretarka medyczna, monitor), a nawet z raportowanymi wynikami badań (współbadacz).

Członkowie zespołu badawczego podlegają więc zasadniczo takim samym rygorom obowiązującym w prowadzeniu badania klinicznego jak główny badacz.

Obowiązki zespołu badawczego

Przepisy powszechnie obowiązującego prawa niewiele mówią na temat statusu zespołu badawczego. Dlatego rolę, zadania i zakres odpowiedzialności członków zespołu określają umowy na badania kliniczne.

W zasadzie nie spotyka się umów, w których stroną są członkowie zespołu badawczego. Umowy na badania kliniczne mają z reguły charakter trójstronny.



Powinności zespołu badawczego zwykle są określane poprzez zobowiązanie badacza, by zapoznał członków zespołu z odpowiednimi obowiązkami przewidzianymi dla badacza w umowie o badanie kliniczne, które zostaną im przekazane do wykonania, oraz spowodował, aby każdy członek zespołu badawczego wywiązywał się ze swoich zadań. Formalnie więc to główny badacz powinien odbierać od każdego członka zespołu badawczego zobowiązanie do prawidłowego wykonywania obowiązków zgodnie z protokołem badania i postanowieniami umowy o badanie kliniczne.

Niekiedy jednak sponsorzy czują się bezpieczniej, gdy odbiorą od członków zespołu badawczego bezpośrednio przez nich podpisane zobowiązania do przestrzegania szczególnie ważnych postanowień umowy o badanie kliniczne. Oświadczenia te mogą stanowić załączniki do umowy o badanie kliniczne. Takim postanowieniem jest np. klauzula dotycząca zapobiegania korupcji, którą muszą podpisać wszyscy członkowie zespołu badawczego. W ten sposób sponsor uwiarygadnia fakt, że wyniki badania zostały osiągnięte w sposób rzetelny i uczciwy, co ułatwia procedurę rejestracyjną i w konsekwencji dostęp do rynku nowego leku. To samo dotyczy klauzul zobowiązujących do przestrzegania poufności w realizacji badania klinicznego czy przejścia na sponsora niektórych praw związanych z wynikami badań.

Prawa własności intelektualnej

W trakcie badania klinicznego może powstać szereg praw na dobrach niematerialnych, np. wnioski z badań, dokumentacja i raport końcowy czy wynalazki. Dlatego umowy na prowadzenie badań klinicznych zawierają zwykle klauzule, na podstawie których ośrodki badawczy (instytucja) oraz badacz przenoszą na sponsora lub na CRO prawa własności intelektualnej powstałe podczas badania.

Z reguły badacz zostaje także zobowiązany przez sponsora lub CRO, by uzyskać wszelkie prawa i upoważnienia od pozostałych członków zespołu badawczego (zwłaszcza od tych kluczowych i najbardziej twórczych) w taki sposób, by skutecznie przenieść je na sponsora lub CRO lub udzielić im dalszych upoważnień. Trzeba tu precyzyjnie zadbać o ciągłość uprawnień (tzw. *chain of ownership*).

Zapisy dotyczące praw własności intelektualnej są istotne przede wszystkim z punktu widzenia sponsora lub CRO. To oni są bowiem głównymi interesariuszami tych zapisów. Wadliwość postanowień dotyczących praw własności intelektualnej może ograniczać możliwość wykorzystania rezultatów badań i dokumentacji czy korzystania z wynalazków.

W praktyce badania kliniczne prowadzone są często w wielu jurysdykcjach, a umowy są przygotowywane według międzynarodowego standardu. Siłą rzeczy uniwersalne umowy, w przeważającej większości, nie uwzględniają specyficznych i dość formalistycznych wymogów polskiego prawa co do rozporządzania prawami własności intelektualnej.

Specyfiką prawa polskiego jest m.in. konieczność precyzyjnego wymieniania w umowie, na jakich polach eksploatacji następuje przeniesienie autorskich praw majątkowych. Nie wystarczy ogólny zapis (typowy dla porządków anglosaskich), że wszelkie prawa służą sponsorowi lub CRO. Wyraźnie uregulować należy także kwestię praw zależnych, które – upraszczając – związane są z wykonywaniem i rozpowszechnieniem opracowań (np. tłumaczeniem dokumentacji badania).

Często pomijana jest również specyfika osobistych praw autorskich i płynące z niej dla umowy konsekwencje. Osobistym uprawnieniem autorskim będzie np. uprawnienie badacza lub członków zespołu do oznaczenia dokumentacji imieniem i nazwiskiem lub

możliwość ingerowania w treść lub formę utworu. Autorskich praw osobistych nie można przenieść. Sponsor lub CRO może wykonywać osobiste prawa autorskie członków zespołu badawczego, ale do tego konieczny jest odpowiedni zapis w umowie. Należy także precyzyjnie uregulować moment nabycia praw, kwestię wynagrodzenia i obowiązków sponsora (lub CRO) co do konieczności rozpowszechniania utworów lub jej braku.

Umowy na badania kliniczne powinny także regulować kwestie związane z ubieganiem się o ochronę wynalazków, jeśli takowe powstaną w ramach badania. Co do zasady, powyższe uprawnienie przysługuje twórcy (lub twórcom). Zwykle jednak strony umawiają się, że to sponsor (lub CRO) będzie mieć prawo ubiegania się o ochronę (patentową), co jest uzasadnione celem i istotą umowy. O ile powyższe jest zwykle dość szczegółowo regulowane, o tyle pomijane bywa, że nawet w takiej sytuacji twórcy wynalazku (np. badaczowi lub członkowi zespołu) przysługuje wynagrodzenie za korzystanie z wynalazku. Kwestię tę można jednak uregulować w umowie odmiennie.



Należy rekomendować, aby umowa na badania kliniczne miała tradycyjną formę pisemną (tzw. *wet ink signature*). Choć bywa to technicznie uciążliwe, zapewnia wyższy poziom bezpieczeństwa.

→
rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE

Pewnym zaskoczeniem dla stron umów na badania kliniczne, zwłaszcza podmiotów zagranicznych (sponsor, CRO), jest to, że ważne **przeniesienie autorskich praw majątkowych pod prawem polskim wymaga formy pisemnej lub kwalifikowanego podpisu elektronicznego** (w rozumieniu tzw. rozporządzenia eIDAS). Wymiana PDF-ów, podpisów DocuSign i innych tego typu nie spełnia tego wymogu. W praktyce, pomimo dynamicznego rozwoju form elektronicznych, wiele podmiotów działających w Polsce w branży badań klinicznych nie dysponuje tego rodzaju podpisem. Wobec jego braku należy rekomendować, aby umowa na badania kliniczne miała tradycyjną formę pisemną (tzw. *wet ink signature*). Choć bywa to technicznie uciążliwe, zapewnia wyższy poziom bezpieczeństwa.

Ochrona danych osobowych

→
rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE

Prowadzenie badań klinicznych łączy się nieodzownie z przetwarzaniem danych osobowych – zarówno osób biorących udział w badaniu klinicznym (pacjentów), ich rodzin, jak i członków zespołu badawczego. Oznacza to, że podmioty zaangażowane w prowadzenie badań klinicznych muszą przestrzegać **przepisów z zakresu ochrony danych osobowych, w szczególności przepisów RODO**. W praktyce status tych podmiotów na gruncie RODO budzi szereg wątpliwości, a postanowienia umowne w tym zakresie często wymagają żmudnych negocjacji.

Jeśli chodzi o przetwarzanie danych osobowych osób biorących udział w badaniu klinicznym (pacjentów) oraz ich rodzin, zgodnie ze stosunkowo ugruntowanym stanowiskiem:

- sponsor uznawany jest za administratora danych,
- badacz jest uznawany za podmiot przetwarzający dane w imieniu sponsora (o ile protokół badania został opracowany wyłącznie przez sponsora; jeśli badacz ustala treść protokołu wspólnie ze sponsorem, to wtedy w pewnych okolicznościach można uznać te podmioty za współadministratorów),
- instytucja – w zależności od okoliczności faktycznych – może również w pewnym zakresie (np. w odniesieniu do niektórych celów przetwarzania danych, którego dokonuje sponsor) zostać uznana za podmiot przetwarzający (działający np. w imieniu sponsora).

Wiąże się to z koniecznością umownego uregulowania przepływu danych pomiędzy tymi podmiotami zgodnie z RODO, a także z koniecznością wykonania obowiązku informacyjnego przez sponsora wobec pacjenta i jego rodziny (ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki stosunku z pacjentem, bowiem sponsor ma jedynie dostęp do spseudonimizowanych danych), stosownie do wymogów art. 13 i 14 RODO. Niemniej jednak ostateczne ustalenie statusu stron w świetle wymogów RODO zależy od analizy okoliczności faktycznych i postanowień umowy o badania kliniczne.



[art. 13 i 14 RODO](#)

Podobnie określenie statusu osób będących członkami zespołu badawczego wymaga szczególowej analizy danych okoliczności faktycznych. Czasami członkowie zespołu badawczego przetwarzają dane osobowe osób biorących udział w badaniu klinicznym na podstawie upoważnienia do przetwarzania danych (np. udzielonego przez głównego badacza), a w innych przypadkach mogą zostać uznani za podmiot przetwarzający dane w rozumieniu art. 28 RODO (w imieniu głównego badacza lub sponsora) i konieczne może być zawarcie z nimi umowy powierzenia danych. Trzeba także pamiętać o przypadkach, w których to właśnie dane osób z zespołu badawczego będą podlegały przetwarzaniu (np. przez sponsora). W takiej sytuacji sponsor musi wykonać obowiązek informacyjny wobec tych osób (stosownie do art. 13 i 14 RODO). Może być także potrzebna umowa powierzenia – np. pomiędzy sponsorem a badaczem, jeśli badacz odbiera od członków zespołu oświadczenia w imieniu sponsora.



[art. 28 RODO](#)

Zdarzenia kolejowe – czy odpowiada za nie także zarządca infrastruktury kolejowej?

Wypadki kolejowe kojarzą się głównie z kolizją dwóch pojazdów mechanicznych: pociągu z samochodem. W takich sytuacjach najczęściej odpowiedzialność obciąża kierującego autem (np. umyślny przejazd przez tory kolejowe pomimo zapalanej czerwonej sygnalizacji). Niemniej, jak wskazuje Państwowa Komisja Badań Wypadków Kolejowych, czasami wina kierującego może być ograniczona. Dobrym przykładem są błędnie zaprojektowane rogatki, które – jeśli np. ograniczały percepcję kierującego podczas manewru drogowego – mogą do pewnego stopnia obniżyć jego winę.



DR MACIEJ KIELBOWSKI

adwokat, partner, praktyka postępowań sądowych
i arbitrażowych



MATEUSZ KOSIOROWSKI

adwokat, koordynator praktyki ubezpieczeniowej

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



ubezpieczenia

Skoro za funkcjonowanie rogatek odpowiada zarządca infrastruktury kolejowej, powstaje zasadnicze pytanie: jak na tle regulacji deliktowej kształtuje się jego odpowiedzialność cywilnoprawna? Odpowiedź na to pytanie jest również istotna w kontekście ubezpieczenia OC, gdyż wówczas odpowiedzialność ubezpieczyciela jest ukształtowana akcesoryjnie – towarzystwo odpowiada zatem na tożsamej zasadzie co ubezpieczony podmiot.

Zarządca odpowiada na zasadzie ryzyka

Odpowiedzialność zarządcy infrastruktury kolejowej oparta jest na zasadzie ryzyka, zgodnie z art. 435 § 1 k.c.:

art. 435 § 1 k.c.

Prowadzący na własny rachunek przedsiębiorstwo lub zakład wprawiany w ruch za pomocą sił przyrody (pary, gazu, elektryczności, paliw płynnych itp.) ponosi odpowiedzialność za szkodę na osobie lub mieniu, wyrządzoną komukolwiek przez ruch przedsiębiorstwa lub zakładu, chyba że szkoda nastąpiła wskutek siły wyższej albo wyłącznie z winy poszkodowanego lub osoby trzeciej, za którą nie ponosi odpowiedzialności.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego tłumaczy się, że:

wyrok SN z 31 maja 2017 r., V CSK 511/16

dla możliwości zastosowania art. 435 k.c. konieczne jest wyjaśnienie, czy globalny cel pracy przedsiębiorstwa uzależniony jest od użycia sił przyrody oraz czy korzystanie z tych sił stanowi *conditio sine qua non* istnienia przedsiębiorstwa w tym sensie, że cała jego struktura, system organizacji pracy dostosowany jest do sił przyrody, jakimi się ono posługuje. Szybki rozwój techniki zmusza do stałej weryfikacji poglądów w tym zakresie.

W tym samym wyroku – wydanym w sprawie, której jedną ze stron był właśnie zarządca infrastruktury kolejowej – stwierdzono wprost, że *PKP Polskie Linie Kolejowe s.A. jest przedsiębiorstwem wprawianym w ruch za pomocą sił przyrody, o którym stanowi art. 435 § 1 k.c.*

Jest to spójne z uchwałą tego samego sądu z 26 lipca 2017 r., w której uzasadnieniu podniesiono m.in, iż

nie budzi wątpliwości, że realizacja przez PKP PKL podstawowych zadań określonych w ustawie, a zwłaszcza utrzymywanie infrastruktury kolejowej w stanie umożliwiającym prowadzenie ruchu kolejowego wymaga wykorzystania energii elektrycznej na dużą skalę (sieci trakcyjne, pojazdy i maszyny niezbędne do rozwoju, konserwacji i modernizacji linii kolejowych), co oznacza, iż PKP PKL prowadzi na własny rachunek przedsiębiorstwo wprawiane w ruch za pomocą sił przyrody w rozumieniu art. 435 k.c.

←
uchwała SN z 26 lipca
2017 r., III CZP 30/17

Co ciekawe, nawiązano przy tym wprost do uzasadnienia cytowanego wyroku SN z 31 maja 2017 r. – konkludując przy tym, że *w rozpatrywanym przypadku „ruch” przedsiębiorstwa to w istocie udostępnienie i utrzymywanie dostępności określonego odcinka linii kolejowej do prowadzenia ruchu kolejowego*. Trudno się nie zgodzić z tak przedstawioną wykładnią norm prawnych, jak i z tak wyłożonym pojęciem „ruchu przedsiębiorstwa”.

Skoro więc stwierdzono wprost, że w ramach art. 435 § 1 k.c. odpowiada największy polski zarządca infrastruktury kolejowej, to tym samym, posługując się *argumentum a maiori ad minus*, w pełni uzasadniona jest konstatacja, że także „mniejsi” zarządcy infrastruktury kolejowej mogą odpowiadać na podstawie tego przepisu.

W konsekwencji, aby zwolnić się od odpowiedzialności, zarządca musi wykazać w toku postępowania dowodowego, że szkoda nastąpiła wskutek siły wyższej albo wyłącznie z winy poszkodowanego lub osoby trzeciej, za którą nie ponosi odpowiedzialności.

Co interesujące, we wspomnianej już uchwale SN wyjaśniono, że ww. przesłanka egzoneracyjna ma zastosowanie także wtedy, gdy *istnieją podstawy do przyjęcia, że szkoda nastąpiła z wyłącznej winy osoby trzeciej, za którą nie ponosi odpowiedzialności*, choćby osoba ta nie została zidentyfikowana. W uzasadnieniu powyższej

←
PKP Polskie Linie Kolejowe s.A. odpowiada za zarządzanie państwową siecią kolejową, w tym linie kolejowe o długości 18 634 km oraz 11 603 przejazdy kolejowo-drogowe

←
uchwała SN z 26 lipca
2017 r., III CZP 30/17

uchwały Sąd Najwyższy zgodził się przy tym z założeniem sądu kierującego pytanie o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego, że *indywidualizacja osoby trzeciej nie jest konieczna, jeżeli istnieją dostatecznie mocne podstawy do przyjęcia, że szkoda została wyrządzona zawinionym zachowaniem osoby „z zewnątrz”, za którą prowadzący przedsiębiorstwo nie ponosi odpowiedzialności.*

→
art. 415 k.c.

Oczywiście w postępowaniach sądowych zarządca infrastruktury kolejowej może podjąć próbę przekonania sądu orzekającego, że jego odpowiedzialność winna opierać się na normie wynikającej z art. 415 k.c., zgodnie z którą kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia. Jest to o tyle istotne, że ww. przepis ustanawia podstawową formułę odpowiedzialności deliktowej na zasadzie winy, w której inaczej kształtuje się ciężar dowodu (niekorzystnie dla podmiotu występującego z roszczeniem, gdyż wówczas to powód musi wykazać wszelkie przesłanki odpowiedzialności deliktowej, w tym m.in. winę czy bezprawność działania/zaniechania).

Niemniej wydaje się, że linia orzecznicza Sądu Najwyższego jest na ten moment stabilna, więc tego rodzaju próba nie powinna być skuteczna. Stąd też, aby w pełni lub częściowo zwolnić się z odpowiedzialności deliktowej, zarządca infrastruktury kolejowej winien albo udowodnić zaistnienie wspomnianej wcześniej przesłanki egzoneracyjnej, albo wykazać w toku postępowania dowodowego, że poszkodowany przyczynił się przynajmniej w jakimś zakresie do powstania szkody (lub też powiększył jej rozmiary).

Ten drugi przypadek wiąże się z instytucją miarkowania szkody, należącej do tzw. uznania sędziowskiego. Jej zastosowanie jest uzależnione od wystąpienia obiektywnych (a nie subiektywnych) kryteriów oceny stanu faktycznego. Kluczowa wówczas może być opinia biegłego sądowego, np. z zakresu rekonstrukcji wypadków, który przykładowo zweryfikuje, czy doszło do naruszenia zasad bezpieczeństwa w ruchu kolejowym. Warto przy tym pamiętać, że przyczynić się do powstania szkody można także na skutek zaniechania, np. gdy nie dokonano przeglądu poszczególnych instalacji (bądź elementów technicznych) lub odstąpiono od ich naprawy.

”

Aby w pełni lub częściowo
zwolnić się z odpowiedzialności
deliktowej, zarządca
infrastruktury kolejowej winien
albo udowodnić zaistnienie
przesłanki egzoneracyjnej,
albo wykazać w toku
postępowania dowodowego,
że poszkodowany przyczynił
się przynajmniej w jakimś
zakresie do powstania szkody.

Drzewa przy torach również mogą spowodować szkodę

Innym przypadkiem, w którym może zaistnieć odpowiedzialność zarządcy infrastruktury kolejowej, jest kolizja pojazdu szynowego z drzewem (lub konarem), które upadło na tory kolejowe. To zarządca jest odpowiedzialny za drzewa i krzewy usytuowane w sąsiedztwie linii kolejowej. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury wskazuje wprost, że **drzewa nie powinny być usytuowane w odległości mniejszej niż 6 metrów od dolnej krawędzi nasypu (albo górnej krawędzi przekopu, bądź zewnętrznej krawędzi rowów bocznych) lub od skrajnej szyny.**



rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 7 sierpnia 2008 r. w sprawie wymagań w zakresie odległości i warunków dopuszczających usytuowanie drzew i krzewów, elementów ochrony akustycznej i wykonywania robót ziemnych w sąsiedztwie linii kolejowej, a także sposobu urządzania i utrzymywania zastłon odśnieżnych oraz pasów przeciwpożarowych

Co interesujące, przez wiele lat odległość ta nie mogła być mniejsza niż 15 metrów. Jak się wskazuje na rządowej stronie internetowej regulatora rynku kolejowego – Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego:

w latach 2015–2019 doszło do ponad 3000 sytuacji potencjalnie niebezpiecznych spowodowanych uszkodzonymi lub powalonymi drzewami. W przypadku ponad 1000 tych sytuacji, drzewa te znajdowały się pasie 15 m od osi skrajnego toru. W okresie tym doszło także do 149 zdarzeń kolejowych: incydentów i wypadków, które spowodowane zostały przez przewrócenie drzewa czy odpadnięcie gałęzi. W przypadku tej grupy zdarzeń kolejowych możemy mówić o zdecydowanie wyższym poziomie zagrożeń dla bezpieczeństwa ruchu kolejowego. W wyniku bowiem ich zaistnienia (odmiennie niż w przypadku sytuacji potencjalnie niebezpiecznych), dochodzi już do materializacji ryzyka oraz negatywnych następstw. Warto również zwrócić uwagę, że przyczyną aż 99 zdarzeń kolejowych było drzewo rosnące w pasie 15 m.



tinyurl.com/5aktja6v

W tym kontekście warto wyjaśnić, że zmniejszenie szerokości pasa wolnego od drzew i krzewów wynikało m.in. z faktu, że zarządcy nie zawsze byli w stanie wypełnić powyższy obowiązek. Nierzadko drzewo rosło na terenie, wobec którego nie mieli oni skutecznego tytułu prawnego, a w konsekwencji nie mogli wyciąć ani przesańczyć drzewa albo w inny skuteczny sposób spowodować usunięcia ewentualnego zagrożenia z jego strony. Najczęściej ponosili wówczas odpowiedzialność odszkodowawczą właśnie na mocy art. 435 § 1 k.c. – chyba że byli w stanie skutecznie przeprowadzić dowód

w zakresie zwolnienia się od odpowiedzialności (co było – i nadal jest – trudne do wykazania w toku postępowania dowodowego).

Zdaje się, że wspomniana zmiana byłaby kluczowa w sytuacji przyjęcia odpowiedzialności zarządcy infrastruktury kolejowej w oparciu o normę z art. 415 k.c. (czyli w oparciu o zasadę winy). Niemniej, mając na uwadze obecnie ukształtowaną linię Sądu Najwyższego i wykładnię norm prawnych wynikających z art. 435 § 1 k.c., zmiana ta może w niektórych przypadkach spowodować, że możliwe będzie skuteczne wykazanie przesłanki egzoneracyjnej, a tym samym zwolnienie zarządcy infrastruktury kolejowej z jego odpowiedzialności odszkodowawczej. Może to dotyczyć np. sytuacji, gdy osoba trzecia będzie prawnie zobligowana do usunięcia drzewa będącego niedaleko pasa linii kolejowej, czego ostatecznie zaniecha tuż przed zdarzeniem kolejowym.

Czy będą nas zwalniać algorytmy?

Z rozwiązań opartych na sztucznej inteligencji korzystamy już od lat, czasem nawet nie zdając sobie z tego sprawy, choćby podczas rozmowy z wirtualnym asystentem czy używając wyszukiwarek internetowych. Rozwiązania oparte na sztucznej inteligencji wkraczają też na rynek pracy. Pozwalają one organizacjom m.in. usprawnić powtarzalne i stosunkowo nieskomplikowane procesy, którymi dotychczas zajmowali się wykwalifikowani pracownicy. Wszystko wskazuje na to, że ten proces będzie postępował. Spójrzmy na to oczami prawników-praktyków HR.



DR SZYMON KUBIAK

radca prawny, LL.M. (Harvard), współnik
współodpowiedzialny za praktykę prawa pracy



NATALIA GAŁĄZKA

praktyka prawa pracy

więcej artykułów na ten temat znajdziesz
na portalu Co do zasady i na blogu HRlaw.pl



[prawo pracy](#)



[HRlaw.pl](#)

→
Badanie Jak polskie firmy wdrażają AI zostało przeprowadzone na zlecenie EY Polska w okresie sierpień – wrzesień 2023 r. na próbie 501 dużych i średnich przedsiębiorstw działających w branżach produkcyjnej, usługowej i handlowej.

Jak wynika z przeprowadzonego przez EY badania **Jak polskie firmy wdrażają AI**, rodzime organizacje już implementują rozwiązania oparte o sztuczną inteligencję: 20% z nich zakończyło ten proces, a kolejne 42% jest w jego trakcie. Można się spodziewać, że wraz z rozwojem technologii te liczby będą się zwiększać, co nasili związane z tym problemy i wątpliwości prawne.

Stosowanie AI w zatrudnieniu

Niewątpliwie AI oferuje szereg rozwiązań, które mogą być użyteczne dla pracodawców. Wiele organizacji wykorzystuje AI w procesach rekrutacyjnych: chatboty coraz częściej wspierają ludzkich headhunterów w poszukiwaniu najlepszych kandydatów, a specjalne programy analizują dokumenty aplikacyjne według określonych kryteriów. AI może także wspomóc organizacje w procesie oceny pracowników, czy nawet w toku zwolnień indywidualnych i grupowych (poprzez ewaluację zatrudnionych w oparciu o określone kryteria doboru do zwolnienia).

Wprowadzaniu algorytmów w obszarze HR-u towarzyszyło oczekiwanie, że przyczynią się one do kreowania środowiska pracy wolnego od typowo ludzkich uprzedzeń. Odpowiedzialność za obiektywną ocenę miała być scedowana na algorytm. Okazało się jednak, że podejmowanie zautomatyzowanych decyzji rodzi bardzo poważne wątpliwości, m.in. związane z potencjalną dyskryminacją. AI może bowiem replikować lub nawet pogłębiać już istniejące nierówności ze względu na sposób działania algorytmu albo stronniczość danych, z których korzysta.

Przykładem jest szeroko komentowana sprawa Amazonu (sprzed blisko dekady), którego algorytmy, analizując kandydatury osób zgłaszających się do pracy, przy selekcji kandydatów dyskryminowały kobiety. System bazował bowiem na istniejących

danych o zatrudnieniu, a z faktycznej dysproporcji płci w branży technologicznej wyciągnął wniosek, że to mężczyźni są preferowanymi kandydatami do pracy na stanowiskach związanych z IT.

W innym przykładzie w wyniku pierwotnego błędu przełożonego, który w systemie IT nie oznaczył umowy pracownika jako zakwalifikowanej do przedłużenia, algorytm wyzwolił cykl zautomatyzowanych decyzji sukcesywnie blokujących pracownikowi dostęp do wszystkich systemów, z kartą dostępową do biura włącznie, i *de facto* doprowadził do zwolnienia pracownika. Odkręcenie sytuacji zajęło przełożonym ponad 3 tygodnie, a na koniec sfrustrowany pracownik i tak zdecydował się na zmianę pracodawcy.

Co na to przepisy?

Analizując problem dyskryminacji algorytmicznej na gruncie polskich przepisów, należy w pierwszej kolejności przypomnieć, że **pracownicy powinni być równo traktowani** w zakresie nawiązania i rozwiązywania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, w szczególności bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony, zatrudnienie w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy.

Jednocześnie przepisy Kodeksu pracy istotnie ograniczają zakres danych osobowych pracowników, które pracodawca może przetwarzać. Narzędzia oparte na sztucznej inteligencji stosowane w zatrudnieniu także zasadniczo nie powinny więc bazować na informacjach wykraczających poza ten katalog. Co więcej, na gruncie RODO osoba, której dane dotyczą (tutaj: pracownik) **ma prawo do tego, by nie podlegać decyzji, która opiera się wyłącznie na zautomatyzowanym przetwarzaniu**, w tym profilowaniu, i wywołuje wobec tej osoby skutki prawne lub w podobny sposób istotnie na nią wpływa. Co do zasady unijne prawo ochrony danych osobowych wymaga, by ostatecznie słowo w przypadku takiego przetwarzania należało do człowieka (tzw. ludzka asysta – *human-in-command*).

←
art. 183a § 1 k.p.

←
art. 22 ust.1 RODO

W tym zakresie należy wspomnieć także o trwających na szczeblu unijnym pracach nad aktem o sztucznej inteligencji (AI Act), który określa m.in. kategorie zakazanych systemów AI. Co istotne dla pracodawców, w ten sposób zaklasyfikowano zasadniczo systemy przeznaczone do wykrywania stanu emocjonalnego osób w sytuacjach związanych z miejscem pracy. W ramach AI Act proponuje się również, aby przed oddaniem do użytku lub użyciem systemu sztucznej inteligencji wysokiego ryzyka w zakładzie pracy obowiązkowe było poinformowanie zatrudnionych o wdrożeniu takiego systemu. Jako system sztucznej inteligencji wysokiego ryzyka AI Act klasyfikuje przy tym m.in. systemy wykorzystywane właśnie w obszarze HR-u, w tym np. do przeglądania lub filtrowania aplikacji czy oceny kandydatów w trakcie rozmów kwalifikacyjnych lub testów, a także systemy przeznaczone do monitorowania i oceny efektów pracy pracowników.

→
druk 2642, komisyjny projekt ustawy o zmianie ustawy o związkach zawodowych)

Co ciekawe, podobne propozycje pojawiały się już w polskim procesie legislacyjnym. W Sejmie poprzedniej kadencji procedowany był wzorowany na przepisach hiszpańskich *projekt ustawy, który przewidywał obowiązek pracodawcy udzielenia związkom zawodowym informacji dotyczących parametrów, zasad i instrukcji, na których opierają się algorytmy lub systemy sztucznej inteligencji, które mają wpływ na podejmowanie decyzji, a które mogą mieć wpływ na warunki pracy i płacy, dostęp do zatrudnienia i jego utrzymanie, w tym profilowanie*. Projekt spotkał się z niejednoznaczną oceną i nie został uchwalony, jednak prace mają być kontynuowane w Sejmie obecnej kadencji.

→
Executive Order on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence z 30 października 2023 r.

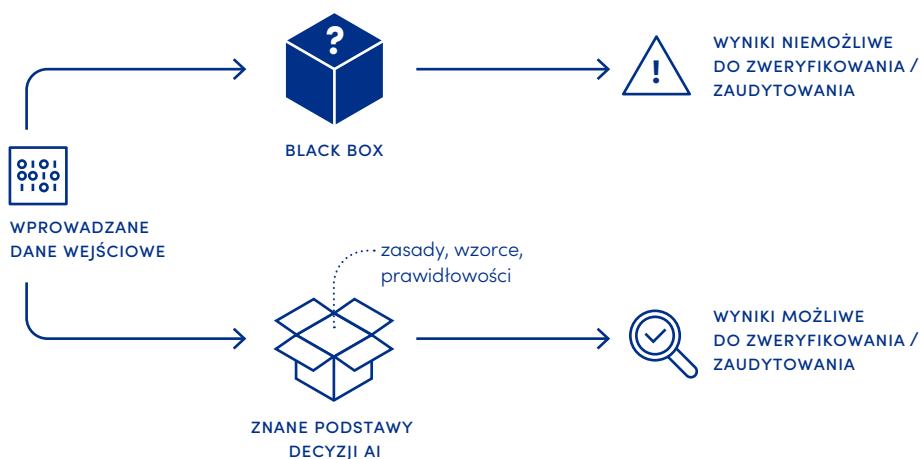
Choć RODO w połączeniu z przepisami Kodeksu pracy już teraz ogranicza możliwość wykorzystywania narzędzi AI w miejscu pracy, należy podkreślić, że kwestia możliwości stosowania AI w zatrudnieniu pozostaje na ten moment w znacznej mierze nadal nieuregulowana. Choć pewnych wskazówek mogą dostarczać np. niedawno wydane *amerykańskie rozporządzenie wykonawcze* czy AI Act, pracodawcy działający na rodzimym rynku pracy muszą na razie nadal opierać się przede wszystkim na wewnętrznych regulacjach oraz tzw. dobrych praktykach. W szczególności pracodawcy korzystający z dobrodziejstw AI powinni upewnić się, że gromadzą i wykorzystują dane pracowników w sposób w pełni zgodny z obowiązującymi przepisami. Spodziewamy się jednak, że polskie i unijne przepisy dotyczące AI w obszarze HR będą się dynamicznie rozwijały.

Problemy praktyczne

W praktyce największym wyzwaniem wydaje się samo wykrycie ryzyka potencjalnego nierównego traktowania przez algorytm. Brak transparentności narzędzi opartych na sztucznej inteligencji (tzw. *black box problem*, czyli problem czarnej skrzynki) sprawia bowiem, że pracodawcy wdrażający rozwiązania oparte na AI często nie są świadomi ich potencjalnego niepożądanego działania.

W tym zakresie nadal pojawia się więcej pytań niż już sprawdzonych w praktyce (także sądowej) odpowiedzi. Jeśli bowiem nie potrafimy zweryfikować, w jaki sposób AI dochodzi do swoich wniosków, to powinniśmy do tych wniosków stosować zasadę (bardzo) ograniczonego zaufania – zwłaszcza biorąc pod uwagę ryzyko tzw. halucynowania sztucznej inteligencji, czyli podawania przez nią zmyślonych odpowiedzi i rozwiązań tak kategorycznie, jakby były one sprawdzone i prawdziwe. Czy pracodawca może w ogóle oczekiwać gwarancji prawidłowego (czytaj – niedyskryminującego) działania takich systemów od ich dostawców? Jest to o tyle istotne, że brak świadomości nieprawidłowego działania algorytmu nie będzie zwalniał pracodawców z odpowiedzialności (a przynajmniej nie w pełni).

PROBLEM CZARNEJ SKRZYNKI



A może niebawem upowszechni się wymóg audytowania takich systemów (wprowadzony już np. przepisami stanowymi w Nowym Jorku)? Jak jednak audytować *black box*? Na tak zadane pytanie na jednej z poważnych międzynarodowych konferencji HR-owych padła odpowiedź, że innym, „lepszym” *black boxem*. Bardziej racjonalne wydają się jednak audyty oparte na bardzo dużej liczbie przeprowadzanych „prób” pozwalających ustalić, czy przy wprowadzonych danych wejściowych algorytm nie będzie generował np. dyskryminujących wyników albo powierzchownych wyników w przypadkach, w których wymagana jest pogłębiona analiza. A może na potrzeby zastosowań HR-owych będzie należało poskromić czy też istotnie ograniczyć kreatywność takiego algorytmu?

Próbie odpowiedzi daje tutaj wspomniana w poprzednim akapicie pionierska (obowiązująca od 5 lipca 2023 r.) amerykańska ustawa (NYC Local Law 144-21) dotycząca tzw. rozwiązań AEDT (*Automated Employee Decision Tools*) wykorzystywanych do selekcji kandydatów do pracy. Ustawa wprowadza wymóg corocznego audytu antydyskryminacyjnego takich rozwiązań, skupiając się przede wszystkim na tych istotnie ograniczających lub wręcz wyłączających rolę człowieka. Celem takiego audytu ma być wyeliminowanie dyskryminacji opartej przykładowo o pochodzenie etniczne, płeć czy wiek kandydata. Wprowadzenie podobnych regulacji planują także inne amerykańskie stany, np. New Jersey.

W Polsce nie stosuje się jeszcze powszechnie sztucznej inteligencji w sposób, który wymagałby podobnego audytu – to jednak zapewne bardzo szybko się zmieni. Generatywna sztuczna inteligencja dopiero zyskuje u nas popularność. Jednocześnie stopień jej skomplikowania sprawia, że zapewne w jej przypadku trudniej będzie wykryć dyskryminację algorytmiczną. Dlatego, biorąc pod uwagę postępujący rozwój technologiczny, wydaje się, że rodzima legislacja może pójść w podobnym kierunku jak ten proponowany przez amerykańskiego ustawodawcę.

O problem dyskryminacji algorytmicznej postanowiliśmy zapytać samą zainteresowaną – czyli sztuczną inteligencję. Chat GPT na pytanie zadane w tytule odpowiedział, że sztuczna inteligencja sama w sobie nie dyskryminuje pracowników, natomiast do dyskryminacji może dojść, jeżeli algorytmy, dane i instrukcje dostarczone podczas jej programowania zawierają uprzedzenia.

”

Sztuczna inteligencja sama w sobie nie dyskryminuje pracowników, natomiast do dyskryminacji może dojść, jeżeli algorytmy, dane i instrukcje dostarczone podczas jej programowania zawierają uprzedzenia.

Z tą odpowiedzią trudno się nie zgodzić. Na pewno więc wskazań algorytmów nie można traktować bezkrytycznie jako prawdy objawionej.

Przeciwdziałanie dyskryminacji algorytmicznej – aspekty praktyczne

Mając na uwadze ryzyko potencjalnej stronniczości algorytmów, pracodawcy powinni przede wszystkim zadbać o rzetelną weryfikację danych dostarczanych do systemów opartych na sztucznej inteligencji oraz regularnie sprawdzać takie narzędzia pod kątem ewentualnych błędów popełnianych przez algorytm.

To pierwsze zadanie może w praktyce doznawać jednak istotnych ograniczeń. Wydaje się bowiem, że w większości przypadków to nie sam pracodawca, lecz dostawca rozwiązań będzie decydował o zakresie danych wejściowych. Z tego względu AI Act wymaga od dostawcy systemu AI wysokiego ryzyka, by zapewnił zgodność takiego systemu z obowiązującym prawem oraz regularnie przeprowadzał ocenę ryzyka w tym zakresie.

Z perspektywy pracodawców w takim wypadku kluczowa wydaje się codzienna współpraca działów HR i IT, a także, być może, odpowiednie postanowienia gwarancyjne w umowach z dostawcami tego typu rozwiązań. W przypadku systemów AI wysokiego ryzyka pracodawcy będą musieli także zapewnić, by nad wykorzystywaniem tego typu rozwiązań czuwał człowiek (*human oversight*) oraz spełnić pozostałe obowiązki wskazane w art. 29 AI Act. Dodatkowo pracodawcy, którzy chcą rozpocząć korzystanie z rozwiązań opartych na AI, powinni uwzględnić związane z tym obowiązki na gruncie ochrony danych osobowych – jest to jednak zagadnienie, które zasługuje na odrębny artykuł.

Ponownie oddając głos AI, którą zapytaliśmy o sposoby przeciwdziałania dyskryminacji algorytmicznej – pracodawcy powinni wybierać systemy, które potrafią wyjaśnić swoje decyzje oraz umożliwiać osobom, których dotyczą decyzje algorytmiczne, przekazanie informacji zwrotnych dotyczących tego typu decyzji. Dodatkowo AI zapytana o sposoby przeciwdziałania dyskryminacji sugeruje, że zapobieganie tzw. stronniczości algorytmów jest rolą... ludzi – programistów, analityków danych i ekspertów

dziedzinowych. Wygląda na to, że AI nie jest jeszcze gotowa wziąć odpowiedzialności za swoje decyzje. Tym bardziej więc organizacje powinny zachować szczególną ostrożność w stosowaniu rozwiązań opartych na sztucznej inteligencji w obszarze tak wrażliwym jak HR. AI nie zastąpi jeszcze intuicji doświadczonego i dobrze znającego swoich pracowników menedżera.

Z drugiej strony, choć założenia AI Act zdają się temu zaprzeczać, złożoność algorytmów i ich ciągła ewolucja sprawiają, że postulat *human-in-command* może niestety już wkrótce okazać się coraz trudniejszy do wdrożenia w praktyce i generatywna AI będzie nie tyle zapewniać wsparcie, ile podejmować decyzje za pracodawców. To może być kwestia bardzo bliskiej przyszłości.

Nowe formy zabezpieczenia roszczeń pracowników żądających przywrócenia do pracy

22 września 2023 r. weszły w życie zmiany w Kodeksie postępowania cywilnego dotyczące spraw z zakresu prawa pracy. Dają one możliwość zabezpieczenia roszczeń pracowników o przywrócenie do pracy poprzez nakazanie dalszego zatrudnienia do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia sporu.



DR HAB. MARCIN WUJCZYK

radca prawny, współnik współodpowiedzialny
za praktykę prawa pracy

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady i blogu HRlaw.pl:



[prawo pracy](#)



[HRlaw.pl](#)

Długo trwające postępowania sądowe często skutkowały tym, że pracownicy, którzy zdążyli znaleźć nowe zatrudnienie, rezygnowali z roszczeń o przywrócenie do pracy, zamieniając je na żądanie odszkodowania (często limitowanego do wysokości trzymiesięcznego wynagrodzenia za pracę). Przeciwdziałać temu mają nowe regulacje wprowadzone do Kodeksu postępowania cywilnego w art. 755⁵, które przyznają pracownikowi prawo żądania zabezpieczenia dochodzonego roszczenia przez nakazanie dalszego zatrudnienia go przez pracodawcę do czasu prawomocnego zakończenia postępowania.

Komu przysługuje zabezpieczenie

Z zabezpieczenia mogą skorzystać pracownicy, którzy:

- podlegają szczególnej ochronie oraz
- żądają uznania wypowiedzenia umowy o pracę za bezskuteczne albo przywrócenia do pracy.

Pracownikami podlegającymi szczególnej ochronie będą wszyscy, wobec których przepisy wprowadzają dodatkowe ograniczenia w zakresie rozwiązywania umowy o pracę. Są to m.in.:

- szczególnie chronieni działacze związkowi,
- członkowie rady pracowników,
- członkowie europejskiej rady zakładowej,
- społeczni inspektorzy pracy,
- pracownicy w okresie urlopu macierzyńskiego, ojcowskiego, rodzicielskiego czy wychowawczego,
- pracownice w ciąży.

Z uprawnienia do zabezpieczenia roszczeń mogą również skorzystać pracownicy zwolnieni w okresie zwolnienia lekarskiego czy urlopu wypoczynkowego.

Prawo do zabezpieczenia przysługuje wyłącznie pracownikom, którzy występują z roszczeniem o uznanie wypowiedzenia stosunku pracy za bezskuteczne lub o przywrócenie do pracy. Z prawa tego nie będą mogli natomiast skorzystać zatrudnieni, którzy wystąpią wyłącznie z roszczeniem o odszkodowanie z tytułu niezgodnego z prawem rozwiązania stosunku pracy.

Kiedy wniosek pracownika zostanie uwzględniony

Nakazanie spółce dalszego zatrudnienia pracownika uzależnione jest od dwóch warunków:

- uprawdopodobnienia dochodzonego roszczenia (poprzez wskazanie okoliczności faktycznych i podstawy prawnej),
- braku oczywistej bezzasadności dochodzonego roszczenia.

Roszczenie jest uprawdopodobnione, jeżeli na pierwszy rzut oka istnieje znaczna szansa na jego istnienie, co nie wyklucza tego, że po głębszej analizie stanu faktycznego i prawnego wniosek może okazać się niezasadny. Można wskazać na dwa aspekty uprawdopodobnienia. Po pierwsze – okoliczności faktyczne, na których opiera się roszczenie. Okoliczności te powinien przedstawić wnoszący o udzielenie zabezpieczenia, a ich istnienie ma być prawdopodobne w świetle dowodów przedstawionych przez uprawnionego. Po drugie – podstawa prawna roszczenia, która powinna być prawdopodobna w tym znaczeniu, że dochodzone roszczenie znajduje podstawę normatywną.

Artykuł 755⁵ k.p.c. przewiduje również przesłankę negatywną udzielenia zabezpieczenia. Jest nią stwierdzenie, że roszczenie jest oczywiście bezzasadne. Roszczenie można uznać za oczywiście bezzasadne, jeśli jego brak jest widoczny dla każdego prawnika bez konieczności pogłębionej analizy prawnej i faktycznej. Istnienie takiej oczywistej bezzasadności daje podstawę sądowi do odmowy udzielenia zabezpieczenia.

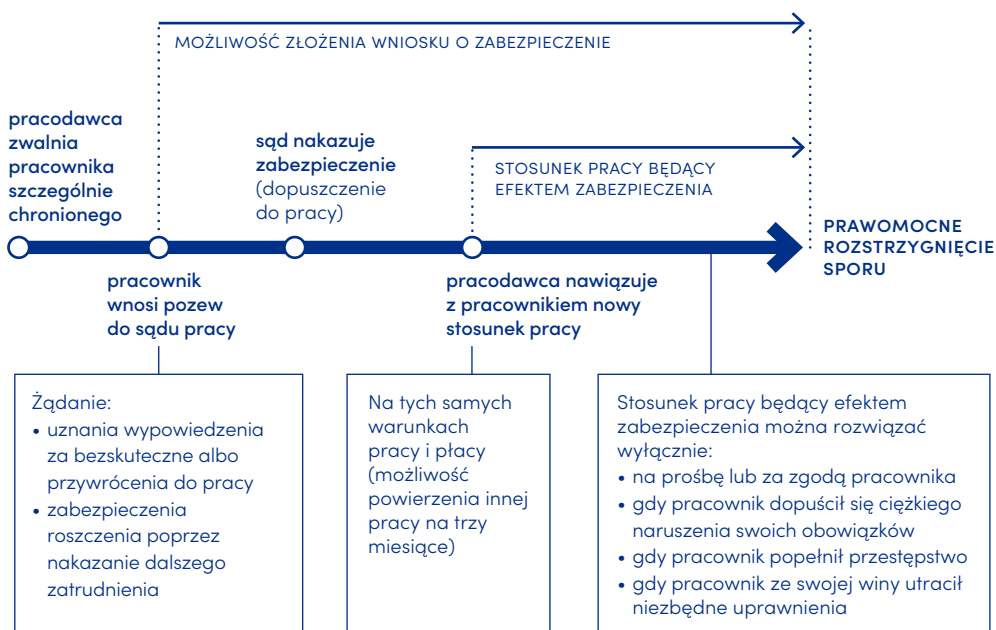
Termin na wystąpienie z wnioskiem o udzielenie zabezpieczenia

Wniosek o udzielenie zabezpieczenia z art. 755⁵ k.p.c. może być złożony na każdym etapie postępowania. Oznacza to, że można go złożyć zarówno wraz z pozwem, jak i już po jego przedłożeniu. Wniosek może być złożony również po wydaniu nieprawomocnego wyroku, a przed wydaniem apelacji oraz w toku toczącego się postępowania apelacyjnego.

Możliwość ubiegania się o zabezpieczenie i jego udzielenie ustaje natomiast wraz z wydaniem prawomocnego wyroku.

Powstaje pytanie, czy analizowana forma zabezpieczenia może być udzielona jeszcze przed wszczęciem postępowania (tak jak inne formy zabezpieczenia). W mojej ocenie taka możliwość jest wykluczona, gdyż mogłoby to prowadzić do zaspokojenia roszczeń byłego pracownika, mimo że ten ostatecznie nie wystąpi z roszczeniem.

ZABEZPIECZENIE ROSZCZENIA O PRZYWRÓCENIE DO PRACY



”

Samo postanowienie
o zabezpieczeniu
nie skutkuje restytucją
stosunku pracy.
Zobowiązuje jedynie
pracodawcę, by umożliwił
dalsze zatrudnienie.

Wykonanie zobowiązania

Samo postanowienie o zabezpieczeniu nie skutkuje restytucją stosunku pracy. Zobowiązuje jedynie pracodawcę, by umożliwił dalsze zatrudnienie. Powinno nastąpić to poprzez nawiązanie nowego umownego stosunku pracy.

Powstaje pytanie, na jakich warunkach powinno nastąpić nawiązanie takiego stosunku. Celem zabezpieczenia w postaci dalszego zatrudnienia jest umożliwienie realizacji roszczenia pracownika jeszcze przed wydaniem wyroku w związku z dużym prawdopodobieństwem zasadności jego roszczeń. Roszczenia te mogą być zaspokojone wówczas, jeśli pracownik będzie wykonywał pracę na tym samym stanowisku co w momencie wręczenia oświadczenia o rozwiązaniu umowy o pracę. W konsekwencji postanowienie sądu o udzieleniu zabezpieczenia poprzez nakazanie dopuszczenia do pracy ma ten skutek, że stosunek pracy nawiązany w jego wykonaniu powinien obejmować te same warunki pracy i płacy co obowiązujące na gruncie umowy, od której rozwiązania pracownik się odwołuje.

Status pracownika w okresie zabezpieczenia

Fakt, że wykonanie postanowienia o zabezpieczeniu następuje w formie nawiązania nowego stosunku pracy, oznacza, że zastosowanie znajdą w pełni uprawnienia i obowiązki stron stosunku pracy wynikające z Kodeksu pracy. W szczególności należy dopuścić możliwość powierzenia pracownikowi innego rodzaju pracy na okres trzech miesięcy zgodnie z odpowiednimi regulacjami prawa pracy.

Od powyższej zasady należy wprowadzić jeden wyjątek. Pracodawca nie może rozwiązać stosunku pracy nawiązanego w wyniku wykonania postanowienia. Prowadziłoby to do ubezskuteczenia efektywności postanowienia o zabezpieczeniu.

Nie oznacza to jednak, że stosunek pracy powstały w wyniku zabezpieczenia nie może zostać nigdy rozwiązany.

Taka możliwość istnieje po pierwsze, jeśli sam pracownik rozwiąże stosunek pracy, składając oświadczenie o rozwiązaniu umowy (za wypowiedzeniem lub bez wypowiedzenia) albo wyrażając zgodę na podpisanie porozumienia rozwiązującego.

Po drugie pracodawca będzie mógł rozwiązać stosunek pracy w przypadku, jeśli postanowienie o zabezpieczeniu zostanie uchylone. Obowiązany może żądać uchylecia prawomocnego postanowienia o udzieleniu zabezpieczenia wyłącznie, jeżeli wykaze, że po udzieleniu zabezpieczenia zaistniały przesłanki do rozwiązania umowy o pracę z winy pracownika bez zachowania okresu wypowiedzenia, czyli:

- ciężkie naruszenie przez pracownika podstawowych obowiązków pracowniczych,
- popełnienie przez pracownika w czasie trwania umowy o pracę przestępstwa, które uniemożliwia dalsze zatrudnianie go na zajmowanym stanowisku, jeżeli przestępstwo jest oczywiste lub zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem,
- zawiniona przez pracownika utrata uprawnień koniecznych do wykonywania pracy na zajmowanym stanowisku.

Warto wskazać, że ustawodawca wyraźnie zastrzegł, że zmiana postanowienia o udzieleniu zabezpieczenia w innych przypadkach jest niedopuszczalna.

Egzekucja i zaskarżalność postanowienia o udzieleniu zabezpieczenia

Postanowienie o udzieleniu zabezpieczenia podlega wykonaniu w drodze egzekucji. Klauzula wykonalności nadawana jest postanowieniu z urzędu. Sąd powinien doręczyć pracodawcy postanowienie, aby ten mógł je dobrowolnie wykonać. Niemniej sąd – na wniosek uprawnionego pracownika – może w postanowieniu o udzieleniu zabezpieczenia zagrozić obowiązanemu pracodawcy nakazaniem zapłaty określonej sumy pieniężnej na rzecz takiego pracownika na wypadek naruszenia obowiązków określonych w tym postanowieniu.

Na postanowienie w przedmiocie zabezpieczenia, niezależnie od rodzaju rozstrzygnięcia, przysługuje zażalenie do sądu drugiej instancji.

Finansowy warzywniak

29 sierpnia 2023 r. została uchwalona ustawa o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem rozwoju rynku finansowego oraz ochrony inwestorów na tym rynku. Wprowadziła ona zmiany aż w 32 różnych ustawach, w związku z czym w trakcie konsultacji nazywana była pieszczotliwie „warzywniakiem”. Aby z naszego tekstu nie zrobić takiego „warzywniaka”, zwrócimy uwagę tylko na wybrane nowe przepisy. Sygnalizujemy jednak, że zmiany dotyczą wielu nieporuszanych tu kwestii (m.in. w przepisach podatkowych, ubezpieczeniowych i prawa bankowego).



DANUTA PAJEWSKA

radca prawny, starszy doradca,
odpowiedzialna za praktykę rynków
kapitałowych i instytucji finansowych

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



rynki kapitałowe

Ustawa o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych

Prospekt

→
art. 27 ust. 1a ustawy
o ofercie publicznej

Do ustawy dodany został przepis art. 27 ust. 1a, który ma „zdiscyplinować” emitentów w zakresie staranności przygotowania kompletnej dokumentacji dla Komisji Nadzoru Finansowego do zatwierdzenia prospektu emisyjnego. Przepis ten jednoznacznie wskazuje, jakie wady w złożonym do KNF wniosku spowodują pozostawienie go bez rozpoznania, jeżeli emitent w terminie 7 od wezwania Komisji nie uzupełni braków. Za istotne braki uznane jest niezamieszczenie wymaganych przepisami informacji finansowych, tj.:

- sprawozdania finansowego,
- sprawozdania biegłego rewidenta z badania lub odpowiednio raportu z przeglądu.

W uzasadnieniu do nowelizacji Komisja podkreśliła, że powyższy przepis ma na celu ukrócenie złej praktyki rynkowej polegającej na składaniu prospektu, który nie zawiera kluczowych informacji niezbędnych nie tylko do jego zatwierdzenia, ale nawet do jego weryfikacji pod kątem kryteriów wynikających z przepisów prawa UE. To w interesie emitenta jest złożenie kompletnej i spójnej dokumentacji, a tym samym umożliwienie Komisji szybkie rozpoznanie wniosku i zatwierdzenie prospektu.

→
art. 51 ust. 3 ustawy
o ofercie publicznej

Zmiana w art. 51 ust. 3 ustawy zrównuje skutek decyzji w sprawie zatwierdzenia prospektu z decyzją w sprawie zatwierdzenia aneksu. Obie decyzje podlegają teraz natychmiastowemu wykonaniu i nie przysługuje od nich prawo złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy.

Rozszerzenie uprawnień nadzorczych KNF

Nowe brzmienie art. 68 ust. 1 pkt 5 wzmacnia środki nadzorcze KNF w ramach nadzoru nad wykonywaniem obowiązków, o których mowa w rozdziale 4a regulującym kwestie polityki wynagrodzeń i sprawozdań o wynagrodzeniach w spółkach publicznych. Spółki te zobowiązane są m.in. do przyjęcia oraz opublikowania na swojej stronie internetowej polityki wynagrodzeń członków zarządu i rady nadzorczej. Rozszerzone uprawnienia pozwalają KNF żądać od spółki informacji oraz wydawać jej zalecenia w odniesieniu do naruszeń wykonywania ww. obowiązków.

←
art. 68 ust. 1 pkt 5 ustawy
o ofercie publicznej

Zmiana wprowadzona do art. 68 ust. 1b i ust. 2 pozwala KNF żądać informacji od emitentów, których akcje wycofano z obrotu, jeśli żądanie dotyczy zdarzeń i okoliczności, które miały miejsce w okresie, gdy akcje emitenta były dopuszczone do obrotu regulowanego lub alternatywnego lub były przedmiotem ubiegania się o dopuszczenie do obrotu na tych rynkach. Na żądanie KNF osoby wchodzące w skład organów zarządzających lub nadzorczych emitenta albo pozostające z nim w stosunku pracy – lub będące odpowiednio likwidatorem, syndykiem ustanowionym w postępowaniu upadłościowym lub zarządcą ustanowionym w postępowaniu restrykturyzacyjnym – są obowiązane niezwłocznie udzielić KNF pisemnych lub ustnych informacji i wyjaśnień, a także sporządzić i przekazać KNF kopie dokumentów i innych nośników informacji, aby umożliwić Komisji wykonywanie zadań nadzorczych. Obowiązek ten spoczywa również na biegłym rewidencie oraz osobach wchodzących w skład organów zarządzających firmy audytorskiej lub pozostających z tą firmą w stosunku pracy.

←
art. 68 ust. 1b i ust. 2
ustawy o ofercie
publicznej

KNF otrzymała także uprawnienie do żądania informacji od podmiotów nienadzorowanych, będących stroną umowy, transakcji lub porozumienia z emitentem papierów wartościowych. W uzasadnieniu do tego przepisu wskazano, że *dzięki temu zwiększy się efektywność prowadzonego nadzoru w odniesieniu do manipulacji na rynku oraz ujawniania informacji poufnej, w następstwie możliwości podwójnej weryfikacji informacji przedstawionych przez podmiot nadzorowany* – intencja jasna, komentarz zbędny.

KNF musi też informować spółkę prowadzącą rynek regulowany o sposobie rozpatrzenia zawiadomienia o ujawnionym istotnym przypadku naruszenia obowiązków wynikających z rozporządzenia MAR przez emitentów z alternatywnego systemu obrotu (ASO).

Dodanie tego przepisu pozwoli prowadzącemu ASO na otrzymywanie informacji zwrotnej na temat spraw prowadzonych przez KNF z jego zawiadomienia, co zapewni efektywniejszy nadzór nad wypełnianiem przez emitentów obowiązków wynikających z rozporządzenia MAR.

Ustawa o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi

Sekurytyzacja

→
o sekurytyzacji piszemy też w artykule na s. 229

Ustawa o funduszach zmieniła nazwę funduszu dotychczas funkcjonującego pod nazwą „fundusz sekurytyzacyjny” na „fundusz wierzytelności”, wprowadzając stosowne zmiany w rozdziale 3 opisującym charakter i zasady funkcjonowania tego funduszu. W ślad za tą zmianą dokonano zmiany nazwy funduszu w innych ustawach, które odnosiły się do funduszu sekurytyzacyjnego, w tym m.in. w Prawie bankowym.

W uzasadnieniu do zmiany wskazano, że przyczyną była chęć zlikwidowania zbieżności w nazewnictwie instytucji prawa polskiego oraz prawa unijnego, których definicje mają różne zakresy, jak również chęć uniknięcia potencjalnych wątpliwości co do relacji pomiędzy przepisami prawa polskiego i unijnego. Dzięki zmianie zachowane zostały dotychczas funkcjonujące na gruncie prawa polskiego konstrukcje funduszy inwestycyjnych inwestujących w wierzytelności (z ekspozycją na ryzyko związane z wierzytelnościami). W razie spełnienia przesłanek zawartych w [rozporządzeniu 2017/2402](#) do działalności funduszy inwestycyjnych czy innych podmiotów zastosowanie będą miały właściwe w tym zakresie przepisy prawa unijnego. W uzasadnieniu wskazano jednak, że z uwagi na ograniczone doświadczenia związane ze stosowaniem przepisów rozporządzenia 2017/2402 i brak utrwalonej praktyki w tym zakresie na obecnym etapie przedwczesne byłoby proponowanie dalej idących zmian w zakresie funduszy sekurytyzacyjnych (funduszy wierzytelności).

→
rozporządzenie 2017/2402 w sprawie ustanowienia ogólnych ram dla sekurytyzacji oraz utworzenia szczególnych ram dla prostych, przejrzystych i standardowych sekurytyzacji

ASI – alternatywne spółki inwestycyjne

Ustawa wprowadziła liczne zmiany dotyczące funkcjonowania zarządzających alternatywnymi spółkami inwestycyjnymi oraz oferowania i obrotu prawami uczestnictwa ASI. Zmiany te w szczególności przesądzają, że inwestorem ASI może być tylko klient profesjonalny w rozumieniu ustawy o funduszach inwestycyjnych.

Ponieważ kwestia ta budziła wątpliwości interpretacyjne co do tego, czy przepis dotyczy wszystkich trybów nabywania akcji, Urząd KNF i Ministerstwo Finansów 1 września 2023 r opublikowały wspólny komunikat o treści:

W tym zakresie należy wyjaśnić, że celem wprowadzonych zmian jest uregulowanie obrotu prawami uczestnictwa ASI przede wszystkim z punktu widzenia możliwości ich nabywania przez klientów detalicznych poza obrotem zorganizowanym. Zmiany te nie odnoszą się więc do takich akcji wyemitowanych przez ASI, które w dniu wejścia w życie ustawy są dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym lub wprowadzone do alternatywnego systemu obrotu. Nie należy więc interpretować wprowadzonych przepisów w sposób prowadzący do wykluczenia takich ASI z obrotu zorganizowanego. Wprowadzone przepisy ograniczające zbywalność praw uczestnictwa (akcji) ASI znajdą natomiast zastosowanie do takich akcji ASI, które nie są dopuszczone do obrotu zorganizowanego.

Taka interpretacja oznacza dopuszczenie możliwości nabywania i zbywania akcji ASI w obrocie zorganizowanym (jako obrocie wtórnym) przez klientów detalicznych.

Ustawa o nadzorze nad rynkiem finansowym

Interpretacje KNF

Ustawa reguluje prawo podmiotów rynku finansowego do składania do KNF wniosku o wydanie interpretacji co do zakresu i sposobu stosowania przepisów ustawowych oraz aktów wykonawczych w ich indywidualnej sprawie. Wniosek może dotyczyć wyłącznie produktów i usług, które mają na celu rozwój innowacyjności rynku finansowego. Wniosek o interpretację powinien zawierać wyczerpujący

opis stanu faktycznego lub zdarzenia przyszłego, którego ma dotyczyć interpretacja Komisji, oraz własne stanowisko podmiotu.

→
art. 11 b ust. 4 ustawy
o nadzorze nad
rynkem finansowym

Zmieniony ust. 4 w art. 11b stanowi, że interpretacja Komisji jest wydawana bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w terminie 45 dni od dnia złożenia wniosku o jej wydanie, a w przypadkach szczególnie skomplikowanych – nie później niż w terminie 60 dni od dnia złożenia wniosku.

Niewydanie interpretacji przez Komisję w podanych terminach uznaje się za potwierdzenie stanowiska podmiotu składającego wnioski. Interpretacja Komisji nie jest wiążąca, ale zastosowanie się do interpretacji Komisji nie może stanowić podstawy do nałożenia przez Komisję sankcji administracyjnej.

→
art. 11c ustawy
o nadzorze nad
rynkem finansowym

Dodany został przepis art. 11c regulujący kwestię prawa udostępniania przez podmiot informacji o działaniach podejmowanych wobec niego lub w zakresie mającym do niego zastosowanie w ramach nadzoru nad rynkiem finansowym, a w szczególności informacji o:

- nadzorze sprawowanym przez Komisję,
- interpretacjach wydanych na wniosek danego podmiotu,
- odpowiedziach i stanowiskach, które podmiot uzyskał.

Publikowane przez podmiot informacje nie mogą być wykorzystane w celu wywołania przekonania, że produkty lub usługi oferowane przez ten podmiot są wolne od ryzyka albo poziom ryzyka jest znacząco niższy, lub że Komisja gwarantuje wywiązanie się tego podmiotu ze zobowiązań z tego tytułu.

W przypadku naruszenia powyższego zakazu Komisja wydaje podmiotowi zalecenie zaprzestania określonego sposobu posługiwania się daną informacją. W terminie 7 dni od dnia otrzymania zalecenia podmiot może zgłosić zastrzeżenia wobec tego zalecenia. Zgłoszenie zastrzeżeń wstrzymuje obowiązek wykonania zalecenia do czasu podjęcia przez Komisję czynności. W przypadku zgłoszenia zastrzeżeń Komisja może cofnąć zalecenie, wydać nowe zalecenie albo nakazać, w drodze decyzji, wykonanie zalecenia. Decyzję taką Komisja może wydać także w przypadku, gdy podmiot nie zgłosi zastrzeżeń w terminie i nie wykona zalecenia.

W przypadku niezastosowania się do decyzji Komisja może nałożyć na ten podmiot karę pieniężną w wysokości nieprzekraczającej 500 000 zł.

Usprawniona procedura pre-pack na horyzoncie

W grudniu 2022 r. Komisja Europejska przedstawiła projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie harmonizacji pewnych aspektów prawa dotyczącego niewypłacalności. Jej wdrożenie, choć nadal odległe, ma na celu dalszą harmonizację postępowań insolwencyjnych w państwach członkowskich UE, wzrost ich efektywności oraz lepszą ochronę interesów wierzycieli. Istotnym elementem projektowanych rozwiązań jest znane polskiemu prawu upadłościowemu postępowanie w trybie przygotowanej likwidacji (określane czasami jako „pre-pack”). Jego celem jest likwidacja (sprzedaż) przedsiębiorstwa dłużnika albo jego znaczących aktywów wraz z ogłoszeniem upadłości.



JAKUB KOKOWSKI

adwokat, doradca restrukturyzacyjny,
praktyka restrukturyzacji i upadłości

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



upadłości i restrukturyzacje

Proponowane regulacje wprowadzają istotne i nowatorskie zmiany z perspektywy polskiego prawa upadłościowego, dlatego warto zapoznać się z nimi, zanim zostaną implementowane zarówno w ramach europejskiego, jak i krajowego porządku prawnego.

Pre-pack według polskiego prawa upadłościowego

W polskim prawie przygotowana likwidacja polega na sprzedaży przedsiębiorstwa dłużnika lub jego zorganizowanej części lub składników majątkowych stanowiących znaczną część przedsiębiorstwa na rzecz nabywcy wskazanego przez dłużnika albo wierzyciela składającego wniosek o ogłoszenie upadłości.

Pre-pack jest nierozzerwalnie związany z ogłoszeniem upadłości. Sąd upadłościowy, ogłaszając upadłość, zatwierdza jednocześnie warunki sprzedaży aktywów dłużnika, wskazując co najmniej nabywcę i cenę. Podstawą zatwierdzenia warunków sprzedaży jest wycena składników majątkowych sporządzona przez biegłego sądowego wybranego przez podmiot wnioskujący o pre-pack. Sąd ma obowiązek zatwierdzić warunki sprzedaży, jeżeli oferowana cena jest **wyższa** niż kwota możliwa do uzyskania w postępowaniu upadłościowym na zasadach ogólnych, a więc w ramach likwidacji prowadzonej przez syndyka po ogłoszeniu upadłości (najczęściej z wykorzystaniem czasochłonnej procedury przetargowej). Sąd może również zatwierdzić pre-pack, jeżeli cena jest **zbliżona** do kwoty możliwej do uzyskania w postępowaniu upadłościowym. Zawarcie umowy przenoszącej własność aktywów dłużnika następuje już po ogłoszeniu upadłości między syndykiem a nabywcą zatwierdzonym przez sąd.

Gdy procedura pre-pack weszła do polskiego prawa upadłościowego (1 stycznia 2016 r.), zainteresowanie omawianym trybem likwidacji było duże. Wielu niewypłacalnych dłużników szukało

inwestorów, żeby możliwie szybko upłynnić majątek w ramach postępowania upadłościowego. Jednak po kilku miesiącach obowiązywania nowych przepisów okazało się, że choć zatwierdzenie warunków sprzedaży następuje stosunkowo szybko, to postanowienie sądu zatwierdzającego pre-pack bywa zaskarżane przez innych uczestników postępowania (np. wierzycieli zabezpieczonych na zbywanych składnikach), co powoduje istotne (wielomiesięczne) wydłużenie całej procedury, która w ten sposób przestaje być atrakcyjna dla nabywcy.

Wprawdzie przepisy prawa upadłościowego pozwalają wydać inwestorowi przedsiębiorstwo lub inne składniki objęte przygotowaną likwidacją jeszcze przed uprawomocnieniem się postanowienia zatwierdzającego pre-pack, jednak niepewność co do ostatecznego rozstrzygnięcia sądu w zakresie zatwierdzenia warunków sprzedaży odstraszała inwestorów. Obawiali się też oni odpowiedzialności za zarządzenie mieniem, które ostatecznie wcale nie musiało stać się ich własnością. Dlatego nie chcieli inwestować czasu i pieniędzy w niepewną i długotrwałą procedurę nabywania tzw. trudnych aktywów.

Na dodatek z dniem 1 grudnia 2021 r. wprowadzono zmiany w zakresie przygotowanej likwidacji. Miały one zabezpieczyć interesy wierzycieli, ale w praktyce dodatkowo wydłużyły całe postępowanie poprzedzające ogłoszenie upadłości i zatwierdzenie warunków sprzedaży. W rezultacie procedura pre-pack w polskim wydaniu jest instytucją marginalną, stosowaną incydentalnie w sytuacji, gdy w zasadzie wszyscy uczestnicy postępowania upadłościowego – a więc dłużnik i wierzyciele – są zgodni co do tego, że szybka sprzedaż majątku po cenie oferowanej przez inwestora jest dla nich korzystna. Wobec sprzeczności interesów różnych grup wierzycieli jest to oczywiście sytuacja bardzo rzadka. Nowy kształt przygotowanej likwidacji jest zatem pożądanym rozwiązaniem dla polskiego prawa.

Dwa etapy nowej procedury

Według założeń projektu dyrektywy postępowanie w trybie przygotowanej likwidacji ma się składać z dwóch etapów: etapu przygotowawczego i etapu likwidacji.

←
dyrektywa w sprawie
harmonizacji
pewnych aspektów
prawa dotyczącego
niewypłacalności

→
Doradcę dłużnik
wybierze według
własnego uznania na
zasadach rynkowych,
a sąd jedynie potwierdzi
ten wybór.

W etapie przygotowawczym sąd na wniosek dłużnika wyznaczy podmiot monitorujący, którym według polskiego prawa będzie osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego. Na tym etapie dłużnik z pomocą doradcy będzie poszukiwał nabywcy swojego przedsiębiorstwa lub jego części. Celem jest przedstawienie sądowi do zatwierdzenia już w ramach drugiego etapu (likwidacji), będącego właściwym postępowaniem upadłościowym, najlepszej oferty, która powinna być wyłoniona w procedurze konkurencyjnej, przejrzystej, sprawiedliwej i spełniającej standardy rynkowe.

Zatwierdzenie oferty przez sąd uzależnione jest od złożenia oświadczenia przez podmiot monitorujący, że najlepsza oferta nie stanowi oczywistego naruszenia kryterium ochrony najlepszych interesów wierzycieli. Podmiot monitorujący ocenia więc, czy sprzedaż przedsiębiorstwa dłużnika wybranemu oferentowi nie pogorszy istotnie sytuacji wierzycieli w porównaniu z tradycyjną likwidacją masy upadłości przez syndyka w ramach postępowania upadłościowego. Odpowiedzialność w zakresie oceny kryterium wyboru najlepszej oferty spoczywa na podmiocie monitorującym, którego stanowisko będzie kluczowe dla sądu przy zatwierdzaniu oferty.

Założenia dyrektywy pozostawiają państwowym członkowskim możliwość określenia procedury, która wyłoni najlepszą ofertę w ramach etapu przygotowawczego. Dopuszczalna jest sytuacja, w której złożona zostanie tylko jedna oferta. Uznaje się wówczas, że oferta ta odzwierciedla biznesową cenę rynkową. Możliwe jest jednak zawsze przeprowadzenie aukcji po rozpoczęciu etapu likwidacji. Aukcja rozpoczyna się w terminie dwóch tygodni od otwarcia etapu likwidacji i trwa nie dłużej niż cztery tygodnie. Aukcja ma charakter publiczny, a punktem wyjścia jest oferta wybrana przez podmiot monitorujący w ramach etapu przygotowawczego.

Na żądanie dłużnika, znajdującego się w stanie niewypłacalności albo zagrożenia niewypłacalnością sąd – w trakcie etapu przygotowawczego, po wysłuchaniu podmiotu monitorującego – będzie mógł zawiesić egzekucję skierowaną przeciwko dłużnikowi.

Wprowadzenie dwóch etapów przygotowanej likwidacji jest dobrym rozwiązaniem. Pierwszy etap, który ma w istocie charakter pozasądowy (sąd wyznacza jedynie podmiot monitorujący), służy poszukiwaniu inwestora. Inwestor na tym etapie może przeprowadzić *due diligence* wybranych aktywów. Na drugim etapie dochodzi jedynie do zatwierdzenia wyboru oferty przez sąd, który

wciąż może odmówić zatwierdzenia sprzedaży, jeżeli nie zostały spełnione kryteria wyboru najlepszej oferty.

Istotną nowością jest ograniczenie skutku zawieszającego zaskarżenia postanowienia sądu o zatwierdzeniu sprzedaży do sytuacji, w której skarżący złoży zabezpieczenie odpowiednie do pokrycia szkód spowodowanych wstrzymaniem realizacji tej sprzedaży. Takie ukształtowanie prawa do zaskarżenia postanowienia sądu o zatwierdzeniu sprzedaży może dalece usprawnić procedurę pre-pack, gdyż to właśnie składanie zażaleń przez wierzycieli czy samych dłużników było głównym czynnikiem wydłużającym postępowanie. Obowiązek zabezpieczenia może być jednak wyłączony w przypadku osób fizycznych składających zażalenie na postanowienie sądu zezwalające na sprzedaż. Wierzyciele oraz udziałowcy dłużnika zachowują też prawo do bycia wysłuchanym przed zatwierdzeniem przez sąd warunków sprzedaży.

Szczególne skutki sprzedaży w ramach przygotowanej likwidacji

Projekt dyrektywy podtrzymuje skutek egzekucyjny sprzedaży przedsiębiorstwa dłużnika, co oznacza, że jego nabywca nie będzie odpowiadał za długi czy zobowiązania podatkowe, które powstały przed nabyciem aktywa. Projektodawca dyrektywy zastrzega jednak, że nabywca może wyraźnie zgodzić się na rozszerzenie swojej odpowiedzialności.

Kontrowersyjnym rozwiązaniem jest natomiast automatyczne scedowanie na nabywcę przedsiębiorstwa umów niewykonanych przez dłużnika, które są niezbędne do kontynuowania działalności dłużnika, nawet bez zgody kontrahenta dłużnika będącego stroną tych umów (z ograniczeniem dotyczącym umów zawartych przez podmioty konkurujące z nabywcą). Choć sąd może indywidualnie wyłączyć tę regułę np. w przypadkach, w których rozwiązanie umowy leży w interesie przedsiębiorstwa dłużnika lub jego części, to należy uznać, że jest to propozycja zbyt daleka idąca. Narusza ona w istocie skutek egzekucyjny nabycia aktywów w postępowaniu upadłościowym, z którym wiąże się, co do zasady, brak przejęcia jakichkolwiek zobowiązań. Przymusowe przejęcie niewykonanych umów powoduje sztuczne związanie nabywcy przedsiębiorstwa



Dłużnik lub wierzyciel

- składa wniosek o ogłoszenie upadłości
- wskazuje nabywcę przedsiębiorstwa / zorganizowanej części przedsiębiorstwa / składników stanowiących znaczną część przedsiębiorca

Biegły sądowy na podstawie prywatnego zlecenia od dłużnika lub wierzyciela

- wycenia składniki majątkowe (= sprawdza, jaką kwotę można uzyskać w ramach likwidacji prowadzonej przez syndyka w postępowaniu upadłościowym na zasadach ogólnych)

Sąd upadłościowy

- ogłasza upadłość
- zatwierdza warunki sprzedaży aktywów dłużnika, jeśli zgodnie z wyceną biegłego sprzedaż na rzecz nabywcy da większą lub zbliżoną kwotę do tej, którą mógłby uzyskać syndyk w postępowaniu upadłościowym na zasadach ogólnych

Umowa między syndykiem a nabywcą zatwierdzonym przez sąd

Inni uczestnicy postępowania mogą zaskarżyć postanowienie (wielomiesięczne wydłużenie procedury)

Etap przygotowawczy

- Dłużnik wybiera doradcę restrukturyzacyjnego
- Sąd na wniosek dłużnika wyznacza doradcę (= podmiot monitorujący)
- Dłużnik z pomocą doradcy szuka nabywcy
- Dłużnik przy akceptacji doradcy przedstawia sądowi najlepszą ofertę

Etap likwidacji

- Podmiot monitorujący składa oświadczenie, że najlepsza oferta nie narusza kryterium ochrony najlepszych interesów wierzycieli
- Sąd zatwierdza ofertę, jeśli spełnione są kryteria, po wysłuchaniu wierzycieli i udziałowców dłużnika

Opcjonalnie: ograniczona czasowo (do 6 tygodni) aukcja publiczna, w której inni inwestorzy niż wybrani przez dłużnika mogą złożyć ofertę wyższą niż wybrana w etapie przygotowawczym

Postanowienie można zaskarżyć, jeśli skarżący złoży zabezpieczenie pokrywające szkody spowodowane wstrzymaniem sprzedaży

dłużnika z jego dotychczasowym partnerem, którego nabywca nigdy nie wybrał ani nie sprawdził, co istotnie ogranicza jego swobodę działalności gospodarczej.

Pozytywną propozycją jest natomiast możliwość uzyskania przez podmiot monitorujący finansowania przejściowego dla dłużnika, które następnie – w postępowaniu upadłościowym – będzie korzystało z pierwszeństwa wobec innych wierzycieli, a także umożliwi potrącenie wierzytelności z tytułu finansowania z ceną, która miałyby być zapłacona za nabywane w ramach przygotowanej likwidacji aktywa dłużnika, jeżeli finansujący podmiot stanie się zarazem oferentem i nabywcą aktywów. Prawo potrącenia z ceną za nabycie likwidowanych w procedurze pre-pack aktywów będą mieli też wierzyciele zabezpieczeni na tych aktywach, jeżeli zdecydują się złożyć ofertę (oferta z zaliczeniem wierzytelności na poczet ceny nabycia). Potrącenie będzie dopuszczalne pod warunkiem, że wartość ich roszczeń jest znacznie niższa od wartości rynkowej przedsiębiorstwa. Wskazane uprawnienie nie będzie jednak dotyczyć innych wierzycieli niż zabezpieczeni rzeczowo, co od wielu lat postulowane jest w polskiej praktyce postępowań upadłościowych.

Podsumowanie

Ostateczny kształt dyrektywy oraz sposób jej wdrożenia do polskiego prawa upadłościowego zdecydują, czy nowe rozwiązania zwiększą efektywność samej procedury i umożliwią szybsze zlikwidowanie aktywów niewypłacalnego dłużnika i zaspokojenie jego wierzycieli. Przyjęta formuła dwuetapowego postępowania (z ograniczonym udziałem sądu) jest bardzo dobrym krokiem zmierzającym do odformalizowania procesu wyboru oferenta z pomocą licencjonowanego doradcy restrukturyzacyjnego, a następnie jego zatwierdzenia przez sąd w skróconej procedurze z ograniczonym prawem zaskarżenia przez wierzycieli.

Obowiązujące przepisy polskiego prawa upadłościowego z pewnością mogłyby skorzystać na założeniach projektowanej dyrektywy, zwłaszcza jeśli chodzi o uproszczenie sądowej części procedury pre-pack i skuteczność jej finalizacji poprzez nieodwołalne przeniesienie na nabywcę prawa własności do nabywanych aktywów.

Kiedy transakcja to już sekurytyzacja i co to może oznaczać

Sekurytyzacja to zamiana wierzytelności na płynne środki finansowe lub przeniesienie ryzyka spłaty wierzytelności na podmiot trzeci. Obecnie regulacja tego procesu ma charakter wybiórczy i obejmuje tylko niektóre ze struktur spotykanych na rynku. Tymczasem kwalifikacja transakcji jako sekurytyzacji wiąże się z dodatkowymi obowiązkami dla jej uczestników.



PATRYK JACKIEWICZ

praktyka bankowości i finansowania projektów



DANIEL SMARDUCH

adwokat, wspólnik, praktyka bankowości
i finansowania projektów

więcej artykułów na ten temat
znajdziesz na portalu Co do zasady:



Wierzytelności pieniężne, rozumiane jako uprawnienie do otrzymania zapłaty od klienta lub kontrahenta, to istotny składnik aktywów przedsiębiorstwa. Pojawiają się wszędzie tam, gdzie nie dochodzi do natychmiastowej zapłaty. Czasami w formie kredytu czy pożyczki (banki, instytucje pożyczkowe), innym razem w formie kredytu kupieckiego (producenci lub dostawcy towarów) czy też odroczenia zapłaty za towary lub usługi nabywane przez konsumentów (*buy now, pay later*).

To, czy i kiedy w miejsce wierzytelności przedsiębiorca otrzyma pieniądze, ma duże znaczenie w kontekście płynności finansowej i powodzenia prowadzonej działalności. Nic dziwnego, że transakcje mające za przedmiot wierzytelności nie są na rynku niczym nowym ani nietypowym. Wierzytelności stanowią przedmiot zabezpieczenia finansowania od banku lub specjalistycznych funduszy (są obciążane zastawem lub przenoszone na zabezpieczenie), ale są też zbywane w zamian za zapłatę (np. faktoring). Ryzyko braku spłaty tych wierzytelności stanowi często osobny element różnych umów, na podstawie których początkowy wierzyciel lub podmiot trzeci może odpowiadać za to, że dłużnik dokona zapłaty.

Przygotowując się do przeprowadzenia transakcji, których przedmiotem są wierzytelności, należy sobie zadać pytanie, czy transakcja w formie i treści, która nas interesuje, nie złapie się w ramy regulowanych form zarządzania wierzytelnościami. W tym artykule skupimy się na kwalifikacji takiej transakcji jako sekurytyzacji (tradycyjnej lub syntetycznej), co wpływa na zakres obowiązków pierwotnych wierzycieli, nabywców wierzytelności oraz inwestorów finansujących to nabycie.

Najistotniejsze dla prawidłowego zaklasyfikowania transakcji jako sekurytyzacji są jej struktura oraz podział ryzyka pomiędzy uczestnikami transakcji. Drugorzędne znaczenie będzie miał charakter wierzytelności, a nawet to, czy są to wierzytelności spłacane czy też wierzytelności niepracujące.

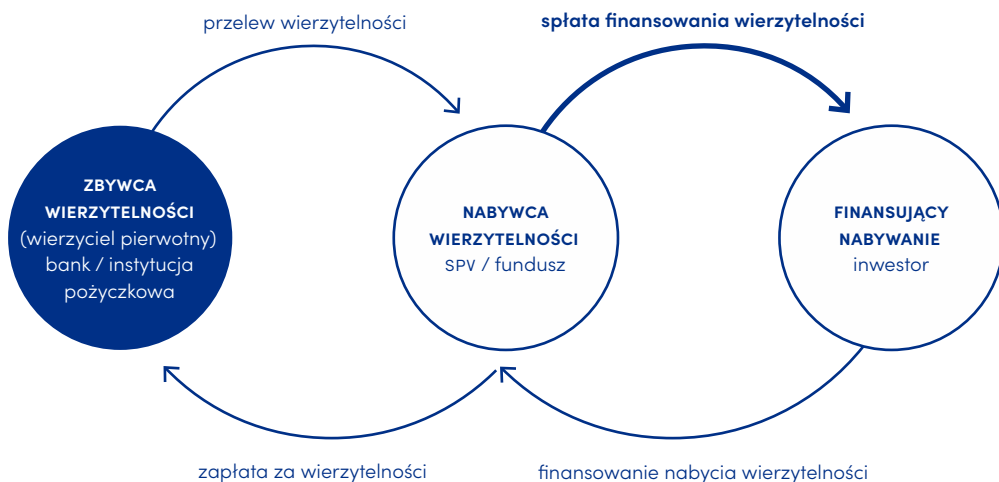
Czym jest sekurytyzacja?

Sekurytyzacja nie ma jednej prostej definicji. Pod tym określeniem kryje się przede wszystkim proces ekonomiczny polegający na zamianie wierzytelności na płynne środki finansowe lub przeniesieniu ryzyka spłaty wierzytelności na podmiot trzeci. Na ten proces składać się może szereg czynności prawnych. Szczególne definicje sekurytyzacji mogą znajdować się w aktach prawnych, natomiast na chwilę obecną trudno uznać, że jakikolwiek akt prawny kompleksowo reguluje proces sekurytyzacji wierzytelności.

Cały proces składa się przeważnie z trzech etapów:

1. z majątku dotychczasowego wierzyciela zostaje wyodrębniony zbiór aktywów finansowych, czyli pewnych wierzytelności wobec dłużników. Nie ma tutaj znaczenia to, czym się zajmuje pierwotny wierzyciel – może to być bank, instytucja pożyczkowa lub producent towarów albo usługodawca zupełnie nie związani z rynkiem finansowym,
2. wierzytelności te lub ryzyko z nimi związane zostają przeniesione na podmiot trzeci,
3. podmiot trzeci pokrywa wartość nabywanych wierzytelności środkami pochodzącymi od inwestorów, których finansowanie zabezpieczone jest wierzytelnościami nabytymi przez ten podmiot od pierwotnego wierzyciela.

RYS. 1 UPROSZCZONY SCHEMAT TRANSAKCJI SEKURYTYZACYJNEJ



→
W transakcji sekurytyzacyjnej może też uczestniczyć windykator czy tzw. serwisier, który odpowiada za relacje z dłużnikami wierzytelności i którym może być oryginalny wierzyciel – np. producent bądź bank.

→
rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/2402 z dnia 12 grudnia 2017 r. w sprawie ustanowienia ogólnych ram dla sekurytyzacji oraz utworzenia szczególnych ram dla prostych, przejrzystych i standardowych sekurytyzacji, a także zmieniające dyrektywy 2009/65/WE, 2009/138/WE i 2011/61/UE oraz rozporządzenia (WE) nr 1060/2009 i (UE) nr 648/2012

→
III CZP 101/07

Uproszczony schemat transakcji sekurytyzacyjnej przedstawiamy na rysunku 1. W praktyce bierze w niej udział **znacznie więcej podmiotów**, ale dla potrzeb tego artykułu takie uproszczenie jest jak najbardziej właściwe. Najważniejsze jest, żeby uświadomić sobie, że przedmiotem umowy muszą być wierzytelności, a nabywca tych wierzytelności lub ryzyka musi być finansowany przez zewnętrzne podmioty.

Sekurytyzacja w ujęciu prawnym została zdefiniowana na poziomie unijnym w **rozporządzeniu 2017/2402** i właśnie z tą regulacją wiążą się ryzyka, na które chcemy zwrócić uwagę. W prawie polskim sekurytyzacja nie ma definicji legalnej. Jej regulacja była kiedyś szczątkowa oraz rozproszona w kilku aktach prawnych – głównie w ustawie o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi oraz Prawie bankowym, ale po zmianach z września 2023 r. pojęcia dotyczące sekurytyzacji zostały z tych aktów prawnych usunięte i zastąpione innymi terminami (np. fundusz sekurytyzacyjny dzisiaj nazywa się funduszem wierzytelności – patrz też s. 217). Projektodawca tych zmian uzasadniał je potrzebą zagwarantowania spójności porządku krajowego z rozporządzeniem, tak aby ten sam termin prawny nie był różnie rozumiany w tym samym porządku prawnym.

Warto wspomnieć także, że ekonomiczne ujęcie w definiowaniu sekurytyzacji przyjmował również Sąd Najwyższy, stwierdzając, że sekurytyzacja jest

procesem ekonomicznym mającym za cel uzyskanie środków finansowych z wierzytelności przez emisję papierów wartościowych, których wykup zabezpieczają sekurytyzowane wierzytelności. Myślą przewodnią tego procesu jest stworzenie sytuacji, która pozwala na zmniejszenie ryzyka inwestorów lokujących środki w tak zabezpieczonych papierach, czyniąc je bardziej atrakcyjnymi i pozwalając zwiększyć ich wartość. Następuje to przez powołanie odrębnego podmiotu prawnego, którego sytuacja i pozycja ekonomiczna gwarantuje wyższą wiarygodność kredytową niż posiadana przez podmiot zainteresowany pozyskaniem środków z posiadanych wierzytelności (inicjatora sekurytyzacji).

Analiza krajowych regulacji oraz sposobu działania funduszy inwestycyjnych prowadziła do wniosku, że działalność funduszy

sekurytyzacyjnych (dzisiaj funduszy wierzytelności) jest sekurytyzacją w rozumieniu ekonomicznym i może, ale nie musi, wypełniać znamiona sekurytyzacji, o której mowa w rozporządzeniu 2017/2402.

Warto zaznaczyć jednak, że istnieją transakcje sekurytyzacyjne, które nie są sekurytyzacjami w rozumieniu rozporządzenia 2017/2402. Z prawnego punktu widzenia dla oceny ryzyk oraz obowiązków stosowania rozporządzenia będzie miało znaczenie wypełnienie przez transakcję przesłanek tam wskazanych. Jeżeli transakcja nie mieści się w zakresie definicji sekurytyzacji zawartej w rozporządzeniu 2017/2402, nie oznacza to, że jest transakcją zakazaną albo nie jest sekurytyzacją w rozumieniu ekonomicznym. Do takiej transakcji nie znajdują jednak zastosowania szczególne obowiązki opisane w rozporządzeniu.

Sekurytyzacja w rozporządzeniu 2017/2402

Zgodnie z rozporządzeniem 2017/2402 sekurytyzacja oznacza transakcję, w wyniku której ryzyko kredytowe związane z wierzytelnością (lub wierzytelnościami) ulega podziałowi na transze charakteryzujące się wszystkimi następującymi cechami:

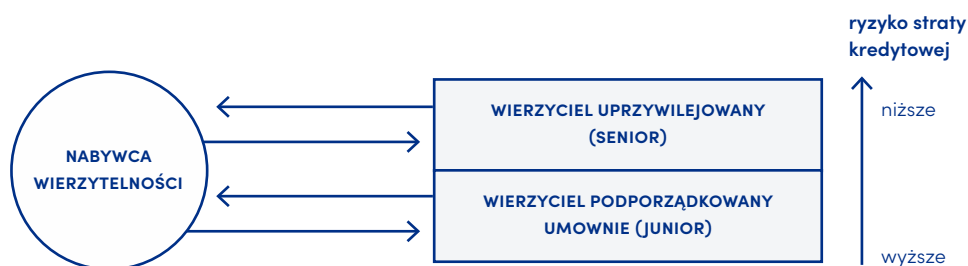
- płatności w ramach transakcji zależą od dochodów z wierzytelności,
- hierarchia transz określa rozkład strat w czasie trwania transakcji,
- transakcja nie stanowi finansowania specjalistycznego o cechach wskazanych w [rozporządzeniu 575/2013](#).

Co ciekawe, rozporządzenie 2017/2402 zupełnie abstrahuje od emisji papierów wartościowych. Oznacza to, że sposób, w jaki finansowane jest nabywanie wierzytelności lub ryzyka kredytowego – czy to za pomocą pożyczki, obligacji czy też certyfikatów inwestycyjnych – nie ma znaczenia dla oceny, czy mamy do czynienia z sekurytyzacją.

Istotną cechą jest za to tzw. transzowanie ryzyka kredytowego. Polega ono na ustaleniu hierarchii transz, która określa rozkład strat w czasie trwania transakcji. Transza to w rozporządzeniu ustalony umownie segment ryzyka kredytowego związanego z wierzytelnościami, gdy pozycja w takim segmencie wiąże się z większym



rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012



lub mniejszym ryzykiem straty kredytowej niż pozycja o tej samej kwocie w innym segmencie. Innymi słowy, istotne znaczenie ma to, czy w wyniku umowy jeden inwestor ma większe ryzyko braku spłaty finansowania niż inny inwestor. Przykładowo – emitowane są dwie klasy (lub więcej klas) papierów wartościowych, gdzie zwrot z inwestycji jest alokowany pomiędzy klasy papierów zgodnie z ich uprzywilejowaniem. Najbardziej uprzywilejowane transze (*senior*) jako pierwsze otrzymują przepływy pieniężne, które pozostają po opłaceniu kosztów transakcyjnych. Pozostałe saldo zostaje następnie rozdzielone pomiędzy transze o niższym pierwszeństwie (*mezzanine* i *junior*). W przypadku strat zachodzi mechanizm odwrotny – w pierwszej kolejności i najbardziej tracą transze o najniższym pierwszeństwie. Dopóki wszystkich inwestorów traktujemy tak samo – albo jeśli różnice nie wynikają z ustaleń umownych, ale np. strukturalnych (jeden inwestor obejmuje udziały (*equity*), a drugi udziela pożyczki) – warunek transzowania nie będzie spełniony. Typowo jednak ten problem może się pojawić, jeżeli jeden z finansujących zawrze umowę podporządkowania spłaty swojego finansowania spłacie innego inwestora (np. bank udziela kredytu, a wspólnik udzieli pożyczki podporządkowanej). Mogą się pojawić również scenariusze znacznie bardziej skomplikowane z użyciem różnych zabezpieczeń oraz umów między inwestorami.

Inna cecha sekurytyzacji opisanej w rozporządzeniu 2017/2402 to uzależnienie płatności od dochodów z tytułu wierzytelności. Taki wymóg należy odnosić do źródła spłaty finansowania przez podmiot, który nabywa wierzytelności lub ryzyko kredytowe. Jeżeli źródłem spłat mogą być tylko spłaty wierzytelności w przeciwieństwie

do np. prowadzonej przez taki podmiot działalności gospodarczej, to przesłanka będzie spełniona. Istotne jest tutaj rozróżnienie sytuacji, w której finansowane jest przedsięwzięcie gospodarcze, np. budowa fabryki, w ramach którego dochodzi do nabycia wierzytelności w wyniku ustaleń biznesowych zaangażowanych podmiotów, ale finansujący bank czy wspólnik nie upatrują źródła spłaty w nabytej wierzytelności, ale w działalności samej fabryki i zdolności kredytowej samego kredytobiorcy. Wyrazem takiego powiązania będzie niejednokrotnie ograniczenie odpowiedzialności nabywcy wierzytelności wobec inwestorów w ten sposób, że płatności dla inwestorów stają się należne tylko o ile nabywca otrzyma wcześniej płatności z tytułu wierzytelności.

Negatywną przesłanką, która uniemożliwia zakwalifikowanie transakcji jako sekurytyzacji w rozumieniu rozporządzenia (nawet jeśli spełnione są poprzednie dwie przesłanki), jest tzw. finansowanie specjalistyczne polegające na udzielaniu finansowania spółkom celowym, z tą różnicą, że finansowane są nabycie aktywów rzeczowych lub operowanie takimi aktywami. Celem tej przesłanki jest usunięcie ryzyka, że takie finansowania – np. *project finance*, *asset finance* itp. (pomimo istniejącego tam transzowania oraz zależności pomiędzy zdolnością do spłaty finansowania a możliwością generowania przepływów przez finansowane aktywa) – będą kwalifikowane jako sekurytyzacja.

Podkreślić należy, że kwalifikacja transakcji jako sekurytyzacji jest niezależna od rodzaju wierzytelności, które są przedmiotem transakcji. Nie ma znaczenia, czy są to wierzytelności handlowe, pożyczkowe czy też leasingowe, wierzytelności do podmiotów trzecich czy wierzytelności wewnątrzgrupowe. Również bez znaczenia pozostaje to, czy są to wierzytelności w pełni pracujące i terminowo obsługiwane przez dłużników, czy też wierzytelności, w których doszło do zaprzestania spłacania przez dłużnika.

Taki sposób definiowania transakcji sekurytyzacyjnej może rodzić praktyczne problemy dla niektórych podmiotów, np. zbywców wierzytelności. Okazuje się bowiem, że istotna część przesłanek, np. dotycząca sposobu finansowania transakcji przez nabywcę może być poza ich wiedzą i kontrolą. Można sobie zatem wyobrazić sytuację, gdy nieświadomy niczego zbywca wierzytelności nawet nie wie, że ciąży na nim obowiązki wynikające z rozporządzenia.

Tradycyjna, a może syntetyczna?

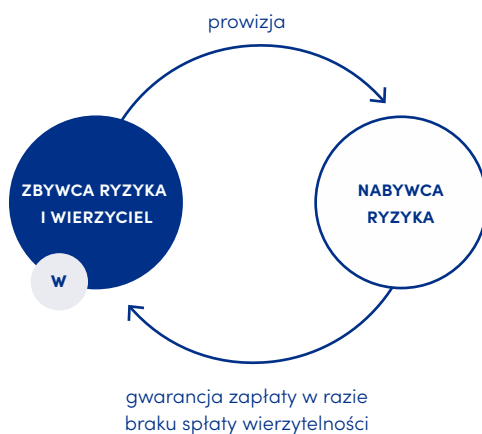
Rozporządzenie wyróżnia dwa rodzaje sekurytyzacji: zwykłą (tradycyjną, pozabilansową) i syntetyczną (bilansową). Główna różnica polega na sposobie przeniesienia ryzyka kredytowego z pierwotnego wierzyciela na nabywcę. W ramach pierwszej z nich ryzyko związane z przenoszonymi wierzytelnościami zostaje przeniesione poprzez wyjęcie tych wierzytelności z majątku zbywcy (wierzyciela pierwotnego) i przeniesienie ich do majątku nabywcy (np. SPV). Konieczne jest zatem dokonanie przelewu tych wierzytelności.

W ramach sekurytyzacji syntetycznej przeniesienie ryzyka kredytowego odbywa się przy użyciu kredytowych instrumentów pochodnych lub gwarancji, a wierzytelności będące przedmiotem sekurytyzacji pozostają w majątku wierzyciela pierwotnego. Zakłada więc ona zbycie określonego ryzyka bez konieczności przeniesienia aktywów i wyodrębnienia ich z majątku inicjatora. Dzieje się to poprzez stworzenie po stronie zbywcy prawa do otrzymywania określonych świadczeń w przypadku braku spłaty sekurytyzowanych wierzytelności.

RYS. 3 SEKURYTYZACJA TRADYCYJNA



RYS. 4 SEKURYTYZACJA SYNTETYCZNA



W wierzytelności

W kontekście sekurytyzacji syntetycznej szczególnie ważnym trzeba być w przypadku nietypowych produktów finansowych, o czym przekonał się przedsiębiorca zajmujący się handlem, który chciał skrócić termin otrzymywania zapłaty od swoich kontrahentów. Umówił się on z instytucją finansową, że ta będzie udzielała jego kontrahentom pożyczek na zapłatę faktur tego sprzedawcy. Instytucja zażądała, żeby sprzedawca przyjął na siebie część ryzyka, udzielając gwarancji do wysokości 15% finansowania. Struktura ta, wobec przejścia ryzyka kredytowego w drodze gwarancji, została uznana przez nadzorcę europejskiego za sekurytyzację syntetyczną.

Konsekwencje kwalifikacji transakcji jako sekurytyzacji

Kwalifikacja transakcji jako sekurytyzacji wiąże się z dodatkowymi obowiązkami dla uczestników, w tym zwłaszcza inwestorów, zbywcy wierzytelności/ryzyka oraz nabywcy wierzytelności.

Podstawowym obowiązkiem inwestora jest dochowanie należytej staranności, zarówno przed objęciem danej pozycji sekurytyzacyjnej, jak i w trakcie jej posiadania. Zobowiązany do tego jest jedynie inwestor instytucjonalny w rozumieniu rozporządzenia, czyli np. zakład ubezpieczeń, zarządzający alternatywnym funduszem inwestycyjnym (ZAFI) lub instytucja kredytowa.

Przed wejściem w posiadanie pozycji sekurytyzacyjnej inwestor instytucjonalny przeprowadza analizę *due diligence*, która pozwala mu ocenić ryzyka. Bada on charakterystykę ryzyka danej pozycji i ekspozycji bazowych, cechy strukturalne sekurytyzacji – w tym kolejność płatności, wsparcie jakości kredytowej i płynności – oraz odnoszące się do konkretnej transakcji definicje niewykonania zobowiązania.

Na etapie posiadania pozycji sekurytyzacyjnych inwestor musi mieć odpowiednie procedury monitorowania zgodności sekurytyzacji z warunkami badanymi na etapie *due diligence*, w tym monitorowania przeterminowania pozycji, występowania naruszeń, windykacji i pokrycia należności zabezpieczeniem. Dodatkowo zobowiązany jest prowadzić testy warunków skrajnych w kontekście przepływów pieniężnych i zabezpieczeń oraz zapewniać sprawozdawczość wewnętrzną i odpowiednią znajomość pozycji i ekspozycji bazowych.

Zbywcy wierzytelności i nabywcy wierzytelności zobowiązani są udostępniać inwestorom, potencjalnym inwestorom i właściwym organom nadzorczym (w Polsce będzie to Komisja Nadzoru Finansowego):

- informacje na temat ekspozycji bazowych,
- całą dokumentację istotną dla zrozumienia transakcji – w tym umowy zbycia aktywów, cesji, nowacji, przeniesienia aktywów lub dotyczące instrumentów pochodnych i gwarancji,
- miesięczne albo kwartalne sprawozdania,
- informacje o wszelkich znaczących zdarzeniach, takich jak istotne naruszenia obowiązków określonych we wcześniej wymienionych dokumentach albo zmiana charakterystyki ryzyka sekurytyzacji lub ekspozycji bazowych, która może mieć istotny wpływ na dochody z tytułu sekurytyzacji,
- informacje o przypadkach, gdy sekurytyzacja przestaje spełniać wymogi stawiane prostym, przejrzystym i standardowym sekurytyzacom – o ile wcześniej zgłoszono spełnianie tych wymogów.

Na inicjatorach (wierzycielach pierwotnych) ciąży jeszcze jeden istotny obowiązek – zatrzymanie ryzyka. Polega ono na stałym zatrzymywaniu istotnego udziału gospodarczego netto w sekurytyzacji wynoszącego nie mniej niż 5%. W drodze wyjątku obowiązek zatrzymania ryzyka może spoczywać na jednostce obsługującej wierzytelności (np. podmiocie zarządzającym portfelem wierzytelności), w przypadku gdy przedmiotem sekurytyzacji są wierzytelności niepracujące.

Podsumowanie

Objęcie transakcji sekurytyzacyjnych przynajmniej częściową regulacją w rozporządzeniu 2017/2402 sprawia, że każdy, kto przystępuje do transakcji mającej za przedmiot wierzytelności lub ryzyko kredytowe, powinien zadać sobie przynajmniej kilka podstawowych pytań o jej strukturę i parametry. Analizując treść rozporządzenia, nie da się bowiem uniknąć wrażenia, że podlegać mu może więcej transakcji niż pierwotnie planowano, a na pewno więcej niż podpowiada niejednemu przedsiębiorcy intuicja.

NASZE PUBLIKACJE

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.

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.

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.

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.

komentarzRODO.pl

Nasza tegoroczna nowość. Na bieżąco aktualizowany komentarz prawny online do RODO. Skupiamy się na tych aspektach, które w praktyce budzą najwięcej wątpliwości.

Co do zasady. Studia i analizy prawne

Czasopismo naukowe. Zabieramy głos w sprawach ważnych prawniczo i społecznie. Chcemy pozytywnie oddziaływać na doktrynę prawniczą. Łamy czasopisma są otwarte dla przedstawicieli całego środowiska prawniczego.

arbitraż
bankowość i finansowanie projektów
budownictwo
compliance
cyberbezpieczeństwo
doradztwo dla klientów indywidualnych
doradztwo i postępowania regulacyjne
energetyka i przemysł energochłonny
ESG i zrównoważony rozwój
fintech i blockchain
gospodarka morska
gospodarka oparta na danych
handel i dystrybucja
handel międzynarodowy
instytucje finansowe
inwestycje infrastrukturalne
kolej
kontrakty budowlane i FIDIC
kontrakty w obrocie gospodarczym
life sciences
lotnictwo
media i reklama
motoryzacja
nieruchomości
nowe technologie
ochrona danych osobowych, w tym RODO
ochrona dóbr osobistych
ochrona konkurencji i konsumentów
ochrona środowiska
ochrona wierzycieli
ochrona zdrowia
odszkodowania od władzy publicznej
outsourcing
podatki
postępowania wewnętrzne

prawo europejskie
pomoc publiczna i fundusze UE
prawo pracy i globalna mobilność
prawo spółek, w tym spółek publicznych
private equity
produkcja
produkty luksusowe
przestępczość gospodarcza
rachunkowość korporacyjna
reprzywatyzacja
restrukturyzacje
rolnictwo
rynkı kapitałowe
sektor zbrojeniowy
sport
spory sądowe i pozasądowe
startupy
transakcje
transport, logistyka, spedycja
ubezpieczenia
upadłości
własność intelektualna
zamówienia publiczne i PPP