

**WAR WSP  
DYN' ÓLN  
SKI+ ICY.**

**ROCZNIK 2014**

**Nakład:**

1150 egzemplarzy

**Wydawca:**

Wardyński i Wspólnicy sp.k.

**Redakcja:**

Justyna Zandberg-Malec

**Produkcja:**

Aleksandra Włodarczyk

**Projekt graficzny:**

Magda Wiśniewska i Bazyli Krasulak

**Skład i druk:**

Drukarnia Piotra Włodarskiego

© Copyright by Wardyński i Wspólnicy sp.k., 2014

**Słowo wstępne**

O kosztach sądowych  
Monika Hartung

BIN sponsoring  
Krzysztof Wojdyło

Odpowiedzialność karna menedżera – czy to wystarczy?  
Janusz Tomczak

O zaletach gromadzenia dowodów zawczasu  
Włodzimierz Szoszk, Lena Marcinowska

Wspólnik ma prawo zbadać, jak sobie radzi spółka  
Jacek Bondarewski

Świadczenie wyrównawcze dla dystrybutora?  
dr Ewa Butkiewicz

Czy polskie sądy uwierzą w trust?  
Dariusz Wasylkowski, Wojciech Marszałkowski,  
Tomasz Krzywański

Energetyka w Polsce – jaki kierunek w 2014?  
Weronika Pelc, Marek Dolatowski

Dlaczego *compliance* jest ważny w prawie pracy?  
Agnieszka Lisiecka, Magdalena Świątajska

Konsekwencje wadliwej reprezentacji stron umowy  
dr Jarosław Grykiel, Maciej Szewczyk

Koncentracje przedsiębiorców – nowe zasady kontroli  
UOKiK  
Andrzej Madała

Jak kupić samolot?  
Paweł Mazur, Maciej Zych

Obligacje jako instrument pozyskiwania kapitału  
Danuta Pajewska

Ubezpieczenie oświadczeń i zapewnień jako sposób  
ochrony roszczeń z transakcji fuzji lub przejęć  
Michał Steinhagen

Można skutecznie przeciwdziałać nieuczciwym  
działaniom dłużników  
Adam Studziński, Jan Markiewicz

Restrukturyzacyjna kostka Rubika  
tłukasz Szegda

5 Odpowiedzialność za szkody w środowisku związane  
z wydobyciem surowców na obszarach morskich  
Dominik Wałkowski 55

7 Nabycie nieruchomości przeznaczonej na wynajem  
Stefan Jacyno 58

10 Aktualne wyzwania w sporach o znaki towarowe  
dr Monika Żuraw-Kurasiewicz 61

16 Jaki będzie rynek funduszy inwestycyjnych  
po implementacji dyrektywy ZAFI?  
Marcin Pietkiewicz 64

19 Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej  
Krzysztof Wiktor, Leszek Zatyka 67

22 Gdy zamawiający wymaga więcej, niż wykonawca  
zaoferował  
Mirella Lechna, Natalia Rutkowska 70

25 Interim manager – jeszcze pracownik czy też już nie?  
dr Szymon Kubiak 73

28 Ryzyka antymonopolowe w umowach franczyzowych  
Sabina Famirska 76

31 Skutki w VAT nieodpłatnego przeniesienia infrastruktury  
na rzecz gminy  
Przemysław Szymczyk 79

34 Czy będzie bojkot coli w polskich szkołach?  
Joanna Krakowiak 82

37 Przekazywanie danych osobowych do państw trzecich  
Agnieszka Szydlik, Sylwia Paszek 85

40 Wydobycie gazu i obrót gazem w Polsce  
Weronika Pelc, Radosław Wasiak 88

43 Kreowanie rażąco niskiej ceny – jak konkurencja  
zwalcza tańsze oferty  
Anna Prigan, Hanna Drynkorn 91

46 Kłopoty z zabezpieczeniem zobowiązań podatkowych  
Radosław Teresiak 94

49 O kancelarii 99

52



*Szanowni Państwo,*

prognozy ekonomiczne na 2014 rok napawają ostrożnym optymizmem, jednak warunki prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce wciąż są dalekie od ideału.

Prawo z oczywistych względów nie nadąża za praktyką gospodarczą. Zmusza to przedsiębiorców do poruszania się po nie zawsze pewnym gruncie.

W kilku obszarach planowane są nowelizacje – jedne oczekiwane, inne budzące niepokój. W innych dziedzinach z kolei panuje legislacyjny zastój, w związku z czym przedsiębiorcy muszą działać w granicach prawa utworzonego wiele lat temu, w całkiem innych realiach.

Nawet jednak dobrze znane i ugruntowane przepisy kryją trochę niespodzianek. Jedne z nich niosą szansę, którą warto wykorzystać, inne mogą rodzić ryzyko, którego warto być świadomym.

W gąszczu starych i nowych przepisów przyda się przewodnik. Chcielibyśmy, by takim właśnie przewodnikiem był dla Państwa nasz czwarty już Rocznik.

*Tomasz Wardyński*



# O kosztach sądowych

Monika Hartung

**Temidę, grecką boginię sprawiedliwości, dobrych obyczajów, porządku i prawa, tradycyjnie przedstawiano z zawiązanymi oczyma, trzymającą wagę i miecz — symbole sprawiedliwego, ale nieubłaganego prawa. Praktyka potwierdza, że Temida nie zawsze wszystko widzi, nie zawsze jest sprawiedliwa, za to zwykle nie przyznaje się do błędów. Dotyczy to i wydawanych wyroków, i postanowień o kosztach procesu.**



Koszty procesu w sprawach cywilnych to według art. 98 § 1 k.p.c. koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony. Obejmują one koszty sądowe, na które składają się opłaty sądowe i kancelaryjne oraz wydatki (np. koszty opinii biegłych), a także koszty strony występującej osobiście lub przez pełnomocnika niebędącego adwokatem, radcą prawnym lub rzecznikiem patentowym albo koszty związane z reprezentowaniem strony przez takiego profesjonalnego pełnomocnika. Aby roszczenie o zwrot kosztów zostało rozstrzygnięte, musi, z pewnymi wyjątkami, być zgłoszone do zamknięcia sprawy w tej instancji, której koszty dotyczą.

Rozstrzygnięcie o kosztach następuje w orzeczeniu kończącym postępowanie w instancji. Wyjątkiem jest uchylenie wyroku przez sąd odwoławczy i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. W takim wypadku o kosztach, w tym także o kosztach postępowania apelacyjnego, rozstrzyga sąd I instancji.

## Przegrywający płaci...

Zwrot kosztów procesu rządzi się określonymi zasadami. W praktyce najczęściej zastosowanie ma zasada odpowiedzialności za wynik procesu, co oznacza, że strona przegrywająca sprawę zobowiązana jest zwrócić przeciwnikowi koszty procesu, które obejmują koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw lub celowej obrony.

Przegrywając proces, który był rozpoznawany w kilku instancjach, strona ponosi całość kosztów za wszystkie instancje. Oznacza to, że jeśli powód wygrał w pierwszej instancji, a przegrał w drugiej, zaś jego skarga kasacyjna została przez Sąd Najwyższy oddalona, to musi on zrefundować pozwanemu poniesione przez niego koszty procesu za wszystkie trzy instancje. W takim przypadku koszty obejmą opłatę od apelacji, wszystkie wydatki poniesione przez pozwanego, np. na opinie biegłych, a także koszt zastępstwa procesowego przez profesjonalnego pełnomocnika za obie instancje oraz przed Sądem Najwyższym.

### ... także za błędy sądu

Niestety przegrywający proces zapłaci także za błędy sądu. Załóżmy, że pozwany wygrał w pierwszej instancji, ale wyrok na skutek apelacji powoda został uchylony z uwagi na błąd sądu I instancji (który np. nie rozpoznał istoty sprawy, przyjmując, że roszczenie jest przedawnione, a nie badając, czy ono w ogóle istnieje, albo przyjmując nietrafnie, że powód nie ma legitymacji procesowej). Następnie sąd I instancji powództwo uwzględnił, ale sąd apelacyjny na skutek apelacji pozwanego wyrok zmienił i powództwo oddalił. W takiej sytuacji powód jako przegrywający proces i zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik będzie musiał zwrócić pozwanemu koszty za wszystkie cztery instancje. Koszty te obejmą także opłaty sądowe od obu apelacji pozwanego.

Wprawdzie ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych przewiduje, że sąd z urzędu zwraca stronie opłatę od apelacji, zażalenia czy skargi kasacyjnej, jeżeli sąd odwoławczy lub Sąd Najwyższy uwzględnił środek zaskarżenia z powodu oczywistego naruszenia prawa, jednakże przepis ten jest w praktyce bardzo rzadko stosowany. Sądy odwoławcze wychodzą bowiem z założenia, że oczywiste naruszenie prawa oznacza sprzeczność z zasadniczymi i niepodlegającymi różnej wykładni przepisami prawa, przy czym wadliwość zaskarżonego orzeczenia jest zauważalna bez konieczności jego głębszej analizy. Pojęcie to jest wykładane bardzo wąsko. W naszej praktyce zdarzyło się, że sąd odwoławczy nie stwierdził oczywistego naruszenia prawa, nawet gdy sąd niższej instancji zasądził roszczenie od niewłaściwego podmiotu, który nie brał udziału w procesie.

Sąd nie stwierdził też takiego naruszenia i nie uwzględnił wniosku o zwrot opłaty od apelacji w sprawie, w której A wytoczył proces jako powód, po czym przelał wierzytelność będącą przedmiotem sporu na B, który chciał wstąpić do procesu w miejsce A. Z uwagi na brak zgody pozwanego B nie wstąpił ostatecznie do procesu, jednakże sąd, oddalając powództwo, wskazał jako powoda B. B, który nie był stroną sporu, złożył i opłacił apelację od tego wyroku, narażając się na jej odrzucenie z uwagi na to, że nie był stroną postępowania przed sądem I instancji. Sąd apelacyjny apelację rozpoznał, wyrok uchylił, jednak nie uznał, że doszło do oczywistego naruszenia prawa przez sąd I instancji, i oddalił wniosek o zwrot opłaty od apelacji na rzecz B.

Jakie zatem przepisy i w jaki sposób powinny zostać naruszone, aby możliwe było uznanie, że sąd niższej instancji oczywiście naruszył prawo? Orzecznictwo nie dostarcza odpowiedzi na to pytanie.

Stosowana wykładnia zasady odpowiedzialności za wynik procesu jest więc niesprawiedliwa zarówno dlatego, że ostatecznie przegrywający spór ponosi koszty procesu przeciwnika także za instancje, w których ten ostatni przegrał, jak i dlatego, że przepis nakładający obowiązek zwrotu opłaty sądowej w sytuacjach oczywistych błędów popełnianych przez sądy jest przepisem martwym. Potwierdza to tezę o niesprawiedliwości i niechęci Temidy do przyznawania się do błędów.

Rozstrzygając o kosztach, sąd może także uzupełniając zastosować zasadę zawinienia, kompensaty lub słuszności.

### Zasada zawinienia

Zasada zawinienia oznacza obowiązek poniesienia kosztów procesu przez powoda pomimo uznania słuszności jego powództwa, jeśli pozwany nie dał powodu do wytoczenia powództwa i uznał powództwo przy pierwszej czynności procesowej (najczęściej w odpowiedzi na pozew lub na pierwszej rozprawie, jeśli nie składał odpowiedzi na pozew). W takiej sytuacji przyjmuje się, że powód wytoczył powództwo w celu szykanowania pozwanego, za co zostaje „ukarany” obowiązkiem zwrotu pozwanemu kosztów procesu. Uznanie powództwa nie wymaga jednoczesnego spełnienia ani nawet zaoferowania spełnienia dłużnego świadczenia. Jednakże już spełnienie świadczenia w toku procesu nie uzasadnia nałożenia na powoda obowiązku zwrotu kosztów procesu. Zastosowanie zasady zawinienia wymaga, aby pozwany reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika złożył odpowiedni wniosek o zasądzenie kosztów od powoda. Jeżeli pozwany działa bez pełnomocnika, sąd stosuje tę zasadę z urzędu.

Kierując się tą zasadą sąd może także – z własnej inicjatywy – obciążyć kosztami stronę lub interwenienta, którzy w czasie procesu postępowali niesumienne lub oczywiście niewłaściwie, np. składali wyjaśnienia niezgodne z prawdą albo zatajali fakty lub dowody istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Zagrożenie obciążeniem kosztami ma przeciwdziałać przewlekłości procesu i jego nierzetelnemu prowadzeniu przez strony.

### Zasada kompensaty

Zasada kompensaty umożliwia sprawiedliwe rozłożenie kosztów postępowania pomiędzy obie strony w razie częściowego uwzględnienia żądań i częściowego ich oddalenia. W takim wypadku sąd może znieść wzajemnie koszty procesu. W konsekwencji każda ze



stron ponosi własne koszty albo koszty zostają stosunkowo rozdzielone. Do wzajemnego zniesienia kosztów dochodzi, gdy strony w takim samym lub zbliżonym zakresie wygrały i przegrały proces, a jednocześnie w takim samym stopniu poniosły koszty procesu. Wynik tej operacji nie powinien być jednak inny, niż gdyby sąd stosunkowo rozdzielał koszty w zależności od stopnia wygranej przez każdą ze stron.

Przykładowo sąd może znieść koszty postępowania, jeśli powód poniósł koszt opłaty sądowej od pozwu oraz koszty zastępstwa przez profesjonalnego pełnomocnika, a pozwany koszt opinii biegłego w kwocie zbliżonej do opłaty sądowej i koszt zastępstwa przez profesjonalnego pełnomocnika, po czym powód wygrał spór w 50%. Jeśli powód wygrał w większej części (np. 70%) niż pozwany (np. 30%), sąd powinien zliczyć wszystkie poniesione przez strony koszty procesu i procentowo je rozdzielić, zobowiązując pozwanego do zapłaty powodowi 40% kosztów.

Ponieważ stosowanie zasady kompensaty oparte jest o względy słuszności, sądy nie muszą ściśle arytmetycznie obliczać kwoty kosztów w stosunku do części powodztwa zasądzonej i oddalanej.

### **Zasada słuszności**

Zasada słuszności pozwala sądowi w wypadkach szczególnie uzasadnionych nie obciążać strony prze-

grywającej sprawę całością lub częścią kosztów procesu, jeżeli byłoby to trudne do pogodzenia z poczuciem sprawiedliwości. Przepis ten powinien być wykładany ściśle, choć brak jest jakichkolwiek wskazań, w jakich sytuacjach powinien on mieć zastosowanie. Możliwość zastosowania tej zasady zależy zatem od uznania sądu. Orzecznictwo głównie wskazuje przypadki, w których zasady słuszności nie należy stosować.

Przypadki zastosowania tej zasady nie zdarzają się często. Jako przykład odstąpienia przez sąd od obciążenia przegrywającego kosztami procesu można wskazać precedensowość sprawy lub zmianę przepisów w toku rozpoznawania sprawy.

Rekapitułując, u podstaw rozstrzygnięcia o kosztach procesu powinny leżeć względy słuszności, a sąd powinien umotywować postanowienie w tym zakresie. W praktyce najczęściej sądy wskazują artykuł stanowiący podstawę rozstrzygnięcia o kosztach, pomijając bardziej szczegółowe uzasadnienie, co utrudnia niekiedy zaskarżenie postanowienia o kosztach procesu. Wydaje się, że dominująca w rozstrzyganiu o kosztach zasada odpowiedzialności za wynik sporu powinna uwzględniać wynik postępowań w poszczególnych instancjach, co czyniłoby ją bardziej sprawiedliwą. A już na pewno strony nie powinny ponosić finansowej odpowiedzialności za błędy sądów.

*Monika Hartung, radca prawny, jest współautorką książki „Praktyka postępowania sądowego i arbitrażowego”*

# BIN sponsoring

Krzysztof Wojdyło

**Pośrednim skutkiem bardzo dynamicznego rozwoju rynku usług płatniczych jest powstanie nowych, skomplikowanych struktur prawnych, które mają umożliwić świadczenie usług płatniczych podmiotom nieposiadającym licencji na wykonywanie tego rodzaju usług. W tym celu wykorzystuje się licencje profesjonalnych podmiotów funkcjonujących na rynku usług płatniczych. Struktury takie określa się niekiedy mianem BIN sponsoringu.**



## Wyzwania na rynku usług płatniczych

Współczesny rynek usług płatniczych stawia przed podmiotami, które chcą w nim aktywnie uczestniczyć, dwa podstawowe wyzwania. Po pierwsze, nowoczesne instrumenty płatnicze to coraz częściej technologicznie zaawansowane rozwiązania, które wymagają wykorzystywania wielu kosztownych zasobów. Przygotowanie odpowiedniej infrastruktury umożliwiającej świadczenie usług płatniczych wymaga nawiązania relacji z wieloma podmiotami, takimi jak organizacje płatnicze, agenci rozliczeniowi, akceptanci, dostawcy rozwiązań informatycznych itp. Bez gwarancji odpowiedniej ilości przetwarzanych transakcji płatniczych inwestycja w tak skomplikowaną infrastrukturę może okazać się nieuzasadniona z ekonomicznego punktu widzenia.

Po drugie, coraz bardziej istotną barierą jest lawinowo rosnąca liczba regulacji rynku usług płatniczych. Kolejne pakiety regulacyjne pozwalają, z jednej strony, ustalić ramy prawne świadczenia usług płatniczych (w tym gwarancje prawne dla konsumentów), z drugiej jednak strony przyczyniają się do niezwykle skomplikowania regulacyjnego tych usług. Podmioty świadczące usługi płatnicze podlegają coraz bardziej rygorystycznemu nadzorowi. Muszą przestrzegać regulacji związanych z usługami płatniczymi, przeciwdziałaniem praniu pieniędzy, ochroną danych osobowych, prawem dewizowym itp. Zmierzenie się z tak znacznym obciążeniem regulacyjnym stanowi coraz większe wyzwanie.

## Rynek z wielkim potencjałem i zagrożeniami

Pomimo sporych wyzwań, jakie wiążą się ze świadczeniem usług płatniczych, jest to bez wątpienia bardzo atrakcyjny segment rynku. Wolumen transakcji płatniczych stale rośnie i najprawdopodobniej nie zmieni się to w najbliższym czasie. Jednocześnie z uwagi na dynamiczne zmiany otoczenia technologicznego transakcje płatnicze ze sfery gotówkowej coraz częściej przenoszą się do świata wirtualnego

obrotu bezgotówkowego. Podmioty chcące czerpać zyski z przeprowadzania transakcji płatniczych muszą zatem siłą rzeczy wdrożyć nowe rozwiązania technologiczne, pomimo kosztów, które mogą się z tym wiązać. Rynek usług płatniczych ewidentnie przechodzi obecnie jakościową zmianę. Jest to swoiste nowe rozdzanie, które stwarza szansę na zmianę udziałów poszczególnych podmiotów na rynku, a nawet na zaistnienie na tym rynku zupełnie nowych podmiotów.

Bardzo szybkie zmiany niosą ze sobą jednocześnie znaczące zagrożenia. Podmioty, które na czas nie dostosują swojej działalności do nowych sposobów świadczenia usług płatniczych, ryzykują utratę rynku i klientów. Z kolei podmioty, które postanawiają zainwestować spore środki w nowe rozwiązania technologiczne, ryzykują, że rozwiązania, w które inwestują, nie zyskają powszechnego uznania.

#### Idea BIN sponsoringu

Wszystko to stawia w trudnej sytuacji podmioty, które z uwagi na profil swojej działalności chciałyby uczestniczyć w rynku usług płatniczych, ale nie mają wystarczających zasobów, aby samodzielnie świadczyć te usługi. Bardzo często dotyczy to podmiotów świadczących już określone usługi finansowe, dla których usługi płatnicze, a w szczególności instrumenty płatnicze, mają być jedynie dodatkową usługą. Tak może być przykładowo w przypadku podmiotów udzielających pożyczek konsumenci, dla których instrumenty płatnicze mogą być po prostu atrakcyjnym kanałem dystrybucji produktów pożyczkowych. Również podmioty organizujące różnego rodzaju programy lojalnościowe lub wydające bony towarowe lub żywnościowe są zazwyczaj bardzo zainteresowane wydawaniem instrumentów płatniczych bez jednoczesnego ponoszenia ciężarów regulacyjnych oraz inwestycyjnych związanych z technologiami płatniczymi. Podmioty takie zazwyczaj poszukują do współpracy bardziej doświadczonego partnera w obszarze usług płatniczych, posiadającego wymagane zezwolenia na prowadzenie usług płatniczych.

Z drugiej strony, wejście we współpracę z innym podmiotem może okazać się bardzo atrakcyjne także dla licencjonowanych dostawców usług płatniczych. Dzięki tym podmiotom dostawcy usług płatniczych bezpośrednio lub pośrednio poszerzają swoje bazy klientów. Promują również wprowadzane przez siebie rozwiązania płatnościowe (np. w zakresie płatności mobilnych).

Takie partnerstwo jest zwane BIN sponsoringiem (od *bank identification numer* – unikatowego numeru identyfikującego bank).

#### Modele BIN sponsoringu

Nasze doświadczenie pokazuje, że nie ma jednego uniwersalnego modelu BIN sponsoringu. Szczegóły stosowanych rozwiązań zależą od specyfiki konkretnych usług płatniczych oraz potrzeb podmiotu, który wchodzi w relację prawną z licencjonowanym dostawcą usług płatniczych. Co do zasady jednak większość modeli jest oparta na założeniu, że określona usługa płatnicza (np. wydawanie instrumentów płatniczych) jest formalnie wykonywana przez licencjonowanego dostawcę usług płatniczych. To dostawca jest zatem stroną umowy z użytkownikiem usług płatniczych. Odpowiada on wobec użytkownika za spełnienie wszystkich wymogów regulacyjnych. W zależności od specyfiki świadczonej usługi może być również odpowiedzialny za wypełnienie obowiązków w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy.

Jednocześnie faktyczne czynności przygotowawcze do świadczenia usługi płatniczej, a często również obsługa wielu technicznych aspektów świadczenia usługi, są wykonywane przez podmioty świadczące usługę we współpracy z licencjonowanym dostawcą. Przykładowo, w przypadku usługi polegającej na wydawaniu kart płatniczych, podmioty takie odpowiadają za kontakty z użytkownikami (którymi najczęściej są ich klienci), a w przypadku instrumentów przedpłaconych dokonują faktycznych wpłat na rachunki przedpłacone oraz dostarczają użytkownikom instrumenty płatnicze.

Struktury BIN sponsoringu nie są bezpośrednio regulowane przez obowiązujące przepisy. Zastosowanie mają więc ogólne przepisy dotyczące outsourcingu, ochrony danych osobowych, praw autorskich itp.

W warstwie wizerunkowej usługi płatnicze świadczone w ramach BIN sponsoringu są zazwyczaj przedstawiane jako usługi co-brandowe. Bardzo często to logo podmiotu współpracującego z dostawcą usług płatniczych jest jednak eksponowane na pierwszym miejscu.

#### Na co należy uważać?

Brak bezpośrednich regulacji dotyczących BIN sponsoringu oraz często bardzo nowatorski charakter świadczonych usług rodzi wiele wyzwań prawnych. Na podstawie naszych doświadczeń możemy wskazać kilka wybranych zagadnień, które wydają nam się szczególnie interesujące.

Wbrew pozorom ustalenie charakteru prawnego relacji pomiędzy BIN sponsorem a podmiotem korzystającym z jego usług w ramach BIN sponsoringu wcale nie jest proste. Szczególne wyzwanie w tym kontekście stanowią przepisy o outsourcingu. W większości przypadków bardzo aktywny udział podmiotu zlecającego w wykonywaniu usług płatniczych będzie implikował traktowanie go jako outsourcera BIN sponsora. Wiąże się to oczywiście z określonymi konsekwencjami prawnymi dla takiego podmiotu. Przede wszystkim, chociażby w kontekście przepisów prawa bankowego dotyczących outsourcingu, będzie on mógł ponosić w pewnych okolicznościach odpowiedzialność za usługi płatnicze świadczone formalnie przez BIN sponsora.

W praktyce okazuje się jednak, że część modeli BIN sponsoringu dotyczących przedpłaconych instrumentów płatniczych na okaziciela nie jest oparta na modelu outsourcingu. BIN sponsor realizuje w takim przypadku jedynie zamówienie innego podmiotu i dostarcza mu określoną ilość kart na okaziciela, które są następnie dalej dystrybuowane przez ten podmiot. Podmiot ten występuje w charakterze klienta, a nie outsourcera BIN sponsora. W przypadku takich modeli warto dokonać bardzo wnikliwej analizy relacji BIN sponsora i podmiotu zlecającego w celu ustalenia, czy zakres czynności, które podmiot zlecający wykonuje na rzecz użytkowników usług płatniczych, albo ewentualny dostęp do danych stanowiących tajemnicę bankową nie powinien jednak skutkować stosowaniem przepisów o outsourcingu.

BIN sponsoring dotyczący przedpłaconych instrumentów płatniczych na okaziciela może wiązać się również z innym ciekawym zagadnieniem. Modele, które zakładają, że podmiot zlecający jest klientem BIN sponsora, zakładają też, że instrumenty płatnicze są emitowane dla podmiotu zlecającego. Ponieważ jest to najczęściej przedsiębiorca, BIN sponsorzy tworzą w stosunku do takich instrumentów mniej rygorystyczne pod względem prawnym warunki świadczenia usług płatniczych (obowiązujące przepisy pozwalają na to w odniesieniu do użytkowników niebędących konsumentami). W praktyce jednak instrumenty te są przez podmiot zlecający przekazywane dalej osobom fizycznym, które wykorzystują je dla celów niezwiązanych z działalnością gospodarczą. Okoliczność ta powoduje, że do tego rodzaju modelu należy podchodzić z dużą ostrożnością. Istnieje bowiem ryzyko, że z uwagi na niedostosowanie warunków świadczenia usług do charakteru ich ostatecznego użytkownika usługi zostaną uznane za niezgodne z prawem.

BIN sponsoring to niewątpliwie bardzo atrakcyjne rozwiązanie dla podmiotów nieregulowanych, które chcą czerpać korzyści z dynamicznie rozwijającego się rynku nowoczesnych usług płatniczych. Warto mieć jednak na uwadze, że rozwiązania stosowane przy okazji modeli biznesowych BIN sponsoringu powinny być poddawane wnikliwym analizom prawnym. Nowatorski charakter wielu spośród tych rozwiązań może bowiem kreować różne ryzyka prawne.

*Krzysztof Wojdyło, adwokat, praktyka usług płatniczych*

# Odpowiedzialność karna menedżera – czy to wystarczy?

Janusz Tomczak

**Z doniesień medialnych dotyczących korupcji dowiadujemy się zwykle o aresztowaniu tego, kto miał dawać, i tego, kto miał brać. Rzadko słyszymy o tym, kto miał na tym zyskać, z czyjej inspiracji sprawca złożył korupcyjną propozycję. W efekcie bardzo dolegliwe sankcje spotykają więc nie tego, kto faktycznie czerpał korzyści z bezprawnych działań.**



Tytuł i miejsce publikacji tego artykułu mogą sugerować, że dotyczy on karnoprawnych konsekwencji działań menedżera, a więc osoby zawodowo zajmującej się zarządzaniem działalnością podmiotów gospodarczych. Zagadnienie to było przedmiotem rozważań we wcześniejszych edycjach Roczника.

Tym razem chcę jednak zwrócić uwagę na problem szerszy, a mianowicie na nieprzystawanie istniejących regulacji i praktyki stosowania prawa do specyfiki obrotu gospodarczego, na brak możliwości właściwej reakcji na zdarzenia noszące znamiona przestępstw, których forum jest szeroko pojęty obrót gospodarczy.

## Prawo karne w praktyce gospodarczej

Polskie prawo karne stanowi o odpowiedzialności osób fizycznych; rozważania dotyczące osób prawnych to margines w nauce prawa karnego.

Ten stan rzeczy znacząco wpływa zarówno na sposób formowania prawnika już na etapie studiów prawniczych, jak i na praktykę wymiaru sprawiedliwości. Prokuratorzy i sędziowie często powtarzają, że proces karny dotyczy odpowiedzialności jednostki, a kwestie poboczne, takie jak okoliczności, w których jednostka ta działała, pośrednie konsekwencje jej działań, mają znaczenie drugorzędne.

Z doniesień medialnych o korumpowaniu funkcjonariusza publicznego dowiadujemy się zazwyczaj o aresztowaniu tego, kto miał dawać, oraz tego, kto miał brać. Rzadko, gdzieś w tle, pojawia się informacja dotycząca tego, kto miał na tym zyskać, skąd się wzięły pieniądze na łapówkę.

Skazanie dla osoby fizycznej może oznaczać katastrofę w każdym obszarze życia. Tymczasem obecne regulacje i praktyka stosowania prawa w sposób znacznie mniej dolegliwy piętnują osoby prawne (wszystko jedno w jakiej formie organizacyjnej pozo-  
stające) za to, że czerpały bądź mogły czerpać korzyści z przestępstw popełnianych przez osoby działają-



ce w ich imieniu bądź interesie, za to, że były inspiratorami, sponsorami tych bezprawnych działań.

Jest oczywiste, że tam, gdzie w grę wchodzi wielkie interesy, wielomilionowe kontrakty, gdzie uzyskanie zamówienia może stanowić o „być albo nie być” przedsiębiorstwa, presja na wynik, na ludzi biorących bezpośrednio udział w realizacji danego przedsięwzięcia nie jest ich wewnętrznym imperatywem, ale pochodzi z różnych szczebli organizacji.

I znów karniści powiedzą, że bardzo wiele zachowań konkretnych osób da się ująć w kategorii prawa karnego takie jak podżeganie, pomocnictwo czy też współsprawstwo. W praktyce jednak wskazywanie sprawców, podżegaczy, pomocników czy współsprawców sprowadza się do tego, co potocznie nazywa się „szukaniem kozła ofiarnego”, a nie dotyczy istoty problemu, którym często jest kultura korporacyjna sprzyjająca działaniom na granicy prawa bądź z nim sprzecznym. W zbyt wielu firmach zachęca się pracowników do agresywnych działań wobec konkurencji albo toleruje się zachowania bezprawne, gdyż „taka jest praktyka rynkowa” lub „tak działają wszyscy na rynku”.

### Sankcje dla przedsiębiorstw

Tymczasem w systemach prawnych, które od zawsze funkcjonują w warunkach gospodarki rynkowej, walka z przestępstwami w sferze obrotu gospodarczego przebiega dziś zupełnie inaczej. Dostrzec tam można silną tendencję, by sankcje uderzały nie tylko w osoby fizyczne, ale także w przedsiębiorstwa (spółki) jako organizacje.

Co więcej, owe systemy prawne wymuszają działania prewencyjne w ramach organizacji i uzależniają wysokość potencjalnych sankcji od reakcji tej organizacji na wykryte nieprawidłowości. Sankcje mogą być mniejsze, jeśli organizacja faktycznie wyciąga wnioski z przeszłości, jeśli uczy się na swoich błędach.

Prawdą jest, że w Polsce od 10 lat istnieje prawo, które dotyczy quasi-karnej odpowiedzialności spółek i innych organizacji nazywanych „podmiotami zbiorowymi”. Niestety przepisy tej ustawy nie przewidują rozwiązań podobnych do tych, o których mowa wyżej. Koncentrują się na przesłankach odpowiedzialności, procedurze i karach. W ustawie brak jest mechanizmów mitygowania kar czy środków zachęty do współpracy z organami ścigania, która pozwalałaby wypracować taki sposób funkcjonowania przedsiębiorstwa, aby znacząco ograniczyć ryzyko wystąpienia niepożądanych zjawisk (przestępstw) w przy-

szłości (co mogłoby prowadzić do zmniejszenia kary lub jej całkowitego uniknięcia, tak jak jest to możliwe chociażby w USA).

Sam model odpowiedzialności podmiotu zbiorowego jest również powszechnie krytykowany chociażby z uwagi na swoją czasochłonność (aby doprowadzić do stwierdzenia odpowiedzialności spółki trzeba przeprowadzić odrębną procedurę, której wszczęcie możliwe jest dopiero po zakończeniu postępowania karnego dotyczącego osoby fizycznej, z której działalnością wiąże się zaangażowanie podmiotu zbiorowego).

Kiedy doda się do powyższych spostrzeżeń informacje, że ustawa z 2002 roku w praktyce jest bardzo rzadko stosowana, a jednocześnie problem przestępczości gospodarczej staje się palący (można o tym przeczytać choćby w raporcie Prokuratora Generalnego dotyczącym przestępczości gospodarczej, dostępnym na stronie internetowej Prokuratury Generalnej), wyraźnie widać potrzebę zmiany obecnych regulacji.

Na taką potrzebę wskazuje też m.in. raport OECD *Phase 3 Report on implementing the OECD Anti-Bribery convention in Poland* z czerwca 2013 roku, który krytykuje Polskę za nieefektywność systemu (raport dostępny jest na [www.oecd.org](http://www.oecd.org)).

### Sankcje karne czy administracyjne?

Jedną z podstawowych dyrektyw wymiaru kary jest jej szybkość i nieuchronność. Powszechnie wiadomo, że polski system wymiaru sprawiedliwości w zakresie odpowiedzialności karnej jest zaprzeczeniem tych pryncypiów.

Dlatego warto poważnie rozważyć głosy, które domagają się zmiany niektórych regulacji wymuszających pożądane zachowania przy pomocy sankcji o charakterze karnym na takie, które przewidywałyby sankcje o charakterze administracyjnym. W niektórych obszarach rynku (obróć papierami wartościowymi) już widać taką zmianę. Nie wyklucza ona karania deliktów o najpoważniejszym charakterze przez sądy karne, ale prymat wiedzy regulator, który często wybiera drogę postępowania administracyjnego. Nie można oczywiście przy tej okazji pogubić gwarancji praw jednostki, które muszą być zachowane, nawet gdy wymierzana kara będzie mieć administracyjny, a nie karny charakter.

Za takim rozwiązaniem przemawia w szczególności szybkość postępowania administracyjnego oraz możliwość wymuszania zmian o charakterze syste-

mowym, dotyczących całej organizacji, a nie tylko poszczególnych jej członków.

„Odpowiedzialność karna menedżera” opiera się na założeniu, że sankcja karna wobec konkretnej osoby stanowi nie tylko karę, odpłatę za konkretny czyn, ale również naukę i komunikat dla wszystkich, że państwo nie akceptuje określonego rodzaju zachowań. Można wątpić, czy skazanie sprawcy przestępstwa gospodarczego (zazwyczaj po latach, z zawieszeniem wykonania kary) odnosi oczekiwany skutek wychowawczy i prewencyjny.

Zatem nie wykluczając odpowiedzialności karnej jednostki jako elementu niezbędnego w systemie prawa, należy zwrócić uwagę, że znacznie skuteczniejszym środkiem zapobiegawczym byłyby sankcje wymierzone przeciw przedsiębiorstwom, skonstruowane jako działania służące wymuszeniu na nich przestrzegania prawa, prewencji i eliminacji czynników ryzyka. Gdyby przedsiębiorstwom nie opłacało się zachęcanie pracowników do bezprawnych zachowań, być może zagadnienie „odpowiedzialności karnej menedżera” stałoby się znacznie mniej aktualne niż obecnie.

*Janusz Tomczak, adwokat, jest partnerem odpowiedzialnym za praktykę karną*

# O zaletach gromadzenia dowodów zawczasu

Włodzimierz Szoszuł    Lena Marcinowska

**Spory dotyczące naruszeń praw własności intelektualnej coraz częściej trafiają na wokandy. Należy spodziewać się, że zjawisko to będzie się nasilać, zwłaszcza wobec rozwoju internetu i nowych technologii. Ich ekspansja stwarza szersze niż dotychczas możliwości bezprawnego a zarazem łatwego kopiowania, np. za pomocą drukarek 3D, i przechwytywania wytworów własności intelektualnej.**

Rozważny i przewidujący przedsiębiorca musi wypracować koncepcję ochrony własności intelektualnej, decydując, co będzie chronił – znaki towarowe, wzory przemysłowe, wynalazki czy utwory – a także w jaki sposób będzie to czynił i na jakim obszarze. Konsekwentnie prowadzona polityka ochrony dóbr niematerialnych pozwoli nie zaprzepaścić wysiłków intelektualnych i finansowych, zainwestowanych w projektowanie nowych rozwiązań, oraz utrzymać wypracowywaną – często latami – renomę.

Rozważny przedsiębiorca powinien śledzić rynek, obserwować poczynania swoich konkurentów i sprawdzać, czy ich działania nie stanowią zagrożenia jego interesów. Tolerowanie naruszeń może bowiem dramatycznie pogorszyć sytuację uprawnionego lub wręcz uniemożliwić mu ochronę jego praw. Jeżeli więc naruszenie zaistnieje, należy ocenić





szanse powodzenia ewentualnych przeciwdziałań i szukać typowych rozwiązań: wezwać naruszcyciela do zaniechania działań naruszających, rozpocząć negocjacje, w ostateczności wszcząć postępowanie sądowe.

Przewidujący przedsiębiorca, mając to na uwadze, powinien gromadzić dowody, które mogą okazać się w takim przypadku niezbędne.

Postępowanie dowodowe w sprawach dotyczących ochrony dóbr niematerialnych podlega ogólnym regulom postępowania cywilnego, zgodnie z którymi wszystkie dowody należy zaprezentować w pierwszym piśmie procesowym, czyli w pozwie. Konieczne jest przy tym przedstawienie dowodów dotyczących nie tylko strony naruszającej, ale również samego uprawnionego i chronionego dobra.

#### **Autoportret uprawnionego – dowody dotyczące dochodzącego ochrony**

Przedsiębiorca powinien zatem dokumentować swoje działania dotyczące wprowadzania na rynek produktu, np. oznaczonego znakiem towarowym, którego ochrony dochodzi, czy ucieleśniającego chroniony wzór przemysłowy. Mogą to być materiały ilustrujące wprowadzenie na rynek, używanie danego wytworu własności intelektualnej i jego funkcjonowanie w obrocie, działania reklamowe i wydatki na nie, promocję, sprzedaż, kanały dystrybucji, nagrody, wyróżnienia, atesty, badania konsumenckie lub ankiety dotyczące produktu i jego funkcjonowania na rynku. Dowody te będą służyły np. wykazaniu pierwszeństwa użycia opakowania czy renomy danego znaku towarowego, a więc przesłanek koniecznych i ważnych z punktu widzenia dochodzonych roszczeń.

Rozpoczynając proces, należy pamiętać, że konieczne będzie przedstawienie materiałów często sięgających kilku lat wstecz, zwłaszcza wtedy, gdy wykazujemy, że nasze oznaczenie jest renomowane.

Jeśli powód będzie chciał przedstawić nowe dowody na dalszym etapie postępowania, będzie musiał uzasadnić powody, dla których nie zostały one przedłożone w pozwie.

#### **Poznaj przeciwnika – dowody dotyczące naruszenia**

Najistotniejsze jest udokumentowanie naruszenia i to już od momentu dowiedzenia się o nim. Optymalnym potwierdzeniem naruszenia jest dokonanie zakupu naruszającego towaru. Przygotowanie procesu jest często długotrwałe, dlatego warto zadbać o zdobycie aktualnych dowodów naruszenia. Dobrze

jest zobrazować jego skalę, np. przedstawić naruszające próbki nabyte w różnym czasie w różnych miejscach. Taki zabieg daje też szersze możliwości wyboru sądu, do którego uprawniony będzie kierował roszczenia. Konieczne jest dokumentowanie oferty i reklamy naruszcyciela, np. broszur, ofert internetowych, fotografii ze sklepów czy billboardów. Niekiedy może być konieczne przedstawienie dowodu np. na to, że kwestionowane towary nie zostały wyprodukowane przez uprawnionego. Najczęściej wystarczające jest wówczas oświadczenie uprawnionego, choć praktyka sądów bywa różna.

Podnoszenie roszczeń o usunięcie skutków naruszeń zasadniczo nie wymaga dodatkowych dowodów. Sam fakt dokonania naruszenia stanowi wystarczającą podstawę, aby np. nakazać publikację przeprosin lub sentencji wyroku. Tu jednak konieczne będzie wykazanie skali naruszenia, czasu jego trwania i intensywności. Od tych okoliczności zależy miejsce publikacji przeprosin, ich forma, częstotliwość itd. Z praktyki sądowej wynika, że publikacja zasądzana jest w tych mediach, za których pośrednictwem dokonano naruszenia, lub tych, które dotrą do potencjalnych konsumentów (np. prasa branżowa, lokalna). Stąd istotne będą wszelkie materiały dotyczące np. punktów sprzedaży naruszających produktów, eksportu czy sieci reklamy. Najbardziej dotkliwa i kosztowna jest publikacja w telewizji lub radiu. Tu jednak uprawniony powinien dysponować dowodami, że reklama produktów naruszających była tam właśnie prowadzona. Stosunkowo najprostsze jest udokumentowanie naruszeń w internecie. Wówczas publikacja przeprosin lub wyroku najprawdopodobniej będzie sprowadzać się do umieszczenia ich na stronie naruszcyciela.

Domaganie się zapłaty sumy pieniężnej na cel społeczny wymaga wykazania, że działanie naruszające było umyślnie lub nieumyślnie zawinione. Wystarczy, że pozwanemu można przypisać niedołężenie wymaganej staranności niezbędnej do uniknięcia możliwego skutku i wykazać, że jest on profesjonalistą, ma doświadczenie w danej branży. Można też przedstawić korespondencję czy umowy wskazujące, że pozwany kontaktował się z uprawnionym, współpracował z nim wcześniej, czyli był świadomy istnienia jego praw, a więc i ich naruszenia.

W sprawach z zakresu praw własności intelektualnej roszczenia finansowe są na ogół kwestią drugoplanową. Sprowadzają się one do żądania naprawienia szkody na zasadach ogólnych lub wydania bezprawnie uzyskanych korzyści. Zazwyczaj jednak są one dochodzone w odrębnym procesie, dopiero po

stwierdzeniu faktu naruszenia praw. Z dochodzeniem roszczeń finansowych wiąże się bowiem trudność ich precyzyjnego wyliczenia. Często wymaga to badania dokumentacji księgowej pozwanego za dany okres. Z reguły robi to biegły w procesie, co jest żmudne, kosztowne i przewlekłe. Późniejsze dochodzenie roszczeń finansowych jest więc kwestią taktyki. Stwarza szanse lepszej oceny sytuacji, daje czas na zebranie dodatkowych dowodów, a często na wynegocjowanie ugody, która pozwoli uniknąć konieczności powtórnego angażowania sądu.

### Jakie dowody można uzyskać od naruszcyciela

Dochodząc roszczeń związanych z naruszeniami praw własności intelektualnej, można mieć trudności z udowodnieniem niektórych podstaw faktycznych, np. rozmiarów i skali naruszającego działania czy źródeł pochodzenia towarów. Istotne dokumenty często znajdują się w posiadaniu pozwanego. Ustalenie pochodzenia naruszających towarów bądź usług czy też skali działalności naruszającej na podstawie powszechnie dostępnych źródeł bywa trudne, a czasem wręcz niemożliwe. W rzeczywistości tylko podmioty zaangażowane w działalność naruszającą dysponują takimi wiadomościami.

Narzędziem gromadzenia informacji o naruszcycielu jest instytucja **roszczenia informacyjnego** wprowadzona w ramach harmonizacji z wymogami dyrektywy 2004/48/WE do ustawy z 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (art. 286<sup>1</sup> ust. 1 pkt 2 i nast.). Przerzuca ona ciężar przedstawienia niektórych okoliczności sprawy na naruszcyciela, co stanowi znaczące ułatwienie procesowe dla uprawnionego. We wniosku o udzielenie informacji trzeba wykazać przysługujące wnioskodawcy prawa własności przemysłowej oraz uprawdopodobnić (a nie udowodnić) fakt ich naruszenia, a także wskazać, jakie informacje chce się uzyskać: nazwy i adresy producentów, wytwórców, dystrybutorów, dostawców lub innych posiadaczy towarów lub podmiotów świadczących usługi, a także odbiorców hurtowych i detalicznych,

informacje o ilości produkowanych, dostarczanych, otrzymywanych, zamówionych lub zbytych towarów lub usług i ich cenie. Wniosek może być złożony na każdym etapie toczącego się postępowania, w tym przed wytoczeniem powództwa.

Kierując się jednak ogólnymi regułami procesu cywilnego, uprawniony może domagać się, aby sąd zobowiązał pozwanego do ujawnienia zamówień, umów, faktur czy też ksiąg rachunkowych, dokumentujących sprzedaż lub produkcję naruszających towarów.

### Podsumowanie

Obecnie same oświadczenia i przedstawienie okoliczności sporu, w szczególności związanych z używaniem naruszającego znaku, wzoru czy patentu, okazują się często niewystarczające. Od uprawnionego wymaga się aktywności i inicjatywy w dostarczaniu dowodów. Powództwa coraz częściej są oddawane właśnie ze względów dowodowych. Na przykład wtedy, gdy powód „nie przedstawił dowodów na renomę tego znaku”, „nie dowiódł, że działania pozwanych w sposób bezpośredni naruszają jego interesy gospodarcze” lub „nie wskazał, w jakim zakresie jest rozpoznawalny na terenie Polski”.

Z praktyki wynika, że sądy – rozumiejąc cel instytucji roszczenia informacyjnego – stosunkowo chętnie, nawet przed wszczęciem procesu, przychylają się do wniosków uprawnionych o udzielenie informacji. Jednak to od naruszcycieli zależy, czy i w jakim zakresie zastosują się oni do postanowienia sądu. W postępowaniu egzekucyjnym istnieją wprawdzie instrumenty, które mogą sprawić, że postanowienie sądu zostanie wykonane. Sięgnięcie po nie może jednak być na tyle uciążliwe dla uprawnionego, że zniweczy korzyść, jaka ma płynąć z instytucji roszczenia informacyjnego, tj. szybkiego uzyskania dowodów w celu przygotowania powództwa.

Tak więc jedynie rzetelne i systematyczne zbieranie dowodów może ułatwić egzekwowanie praw na dobrach niematerialnych. Broń ta znajduje się w rękach samych uprawnionych.

*Włodzisław Szoszk, adwokat, jest współautorem odpowiedzialnym za praktykę własności intelektualnej*

*Lena Marcinoska, praktyka własności intelektualnej*

# Wspólnik ma prawo zbadać, jak sobie radzi spółka

Jacek Bondarewski

**Każdy wspólnik, niezależnie od liczby udziałów w spółce, może w każdej chwili przejrzeć księgi i dokumenty spółki, sporządzić bilans do własnego użytku lub zażądać wyjaśnień od zarządu. Może przy tym skorzystać z pomocy osób mających wiedzę ekspercką, na przykład prawnika lub biegłego rewidenta. Nie może jednak scedować swojego uprawnienia na inną osobę.**



Corocznym obowiązkiem zarządu każdej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, której działalność nie została zawieszona, jest przygotowanie sprawozdania finansowego dotyczącego minionego roku obrotowego oraz sprawozdania zarządu z działalności w roku obrotowym, który już się zakończył. Dokumenty te są jednym z podstawowych źródeł informacji o stanie finansowym oraz o działaniach gospodarczych i organizacyjnych spółki. Informacje te są dostępne dla wszystkich wspólników spółki, a także dla innych osób i podmiotów, albowiem roczne sprawozdanie finansowe i sprawozdanie zarządu podlegają obowiązkowi złożenia do akt rejestrowych spółki, które, co do zasady, są publicznie dostępne do przeglądania.

Roczne sprawozdanie finansowe i sprawozdanie zarządu nie zawierają jednak wszystkich informacji, które mogą być istotne dla wspólników spółki jako osób i podmiotów kapitałowo i organizacyjnie zaangażowanych w jej działalność. Ponadto okresy pomiędzy kolejnymi rocznymi sprawozdaniami spółki mogą być zbyt długie dla wspólników potrzebujących bieżącej lub okresowej informacji o stanie spraw spółki lub o wybranych aspektach jej funkcjonowania.

## Indywidualna kontrola spółki

Z tego względu przepisy Kodeksu spółek handlowych przewidują możliwość kontroli spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przez każdego wspólnika tej spółki, niezależnie od liczby posiadanych udziałów. W tym celu wspólnik – samodzielnie lub wraz z upoważnioną przez siebie osobą – może w każdym czasie przeglądać księgi i dokumenty spółki, sporządzić bilans do swojego użytku lub żądać wyjaśnień od zarządu.

Wprowadzając to uprawnienie, ustawodawca wyraźnie wskazał, że stroną aktywnie działającą w zakresie tej kontroli jest wspólnik, natomiast zarząd spółki jest adresatem żądania dotyczącego przeprowadzenia kontroli spółki i dostawcą informacji. Oznacza

to, że jeżeli wspólnik nie wystąpi z żądaniem udzielenia informacji, zarząd nie ma obowiązku sporządzania dla wspólników żadnych dodatkowych zestawień danych.

Widać więc, że jest to rozwiązanie odmienne od rocznych sprawozdań finansowych, które zarząd ma obowiązek sporządzać niezależnie od tego, czy wspólnicy spółki są w ogóle zainteresowani takimi danymi.

Ponadto w odpowiedzi na otrzymane żądanie od wspólnika zarząd udziela informacji temu konkretnemu wspólnikowi, a nie wszystkim wspólnikom spółki.

### **Możliwość odmowy**

Nie zawsze jednak zarząd spółki ma obowiązek udzielić wspólnikowi wszystkich informacji, których ten zażąda. Otóż zgodnie z treścią Kodeksu spółek handlowych zarząd może odmówić wspólnikowi wyjaśnień oraz udostępnienia do wglądu ksiąg i dokumentów spółki, jeżeli istnieje uzasadniona obawa, że wspólnik wykorzysta je w celach sprzecznych z interesem spółki i przez to wyrządzi spółce znaczną szkodę.

Nie oznacza to jednak ostatecznego pozbawienia wspólnika możliwości wykonania przysługującego mu prawa kontroli spółki. Jeżeli dojdzie do odmowy ze strony zarządu, wspólnik może żądać rozstrzygnięcia sprawy uchwałą wspólników. Oznacza to, że rozstrzygnięcie co do słuszności odmowy udzielenia przez zarząd określonych informacji jest przekazywane do kompetencji wspólników spółki działających kolegiałnie. Ustawodawca ustalił, że uchwała wspólników powinna być powzięta w terminie miesiąca od dnia zgłoszenia żądania.

### **Odwołanie do sądu rejestrowego**

Jeżeli wspólnicy potwierdzą w swej uchwale stanowisko zarządu lub uchwała w sprawie zasadności odmowy nie zostanie podjęta w przewidzianym ustawą trzydziestodniowym terminie, wspólnik, któremu odmówiono wyjaśnień lub wglądu do dokumentów bądź ksiąg spółki, może złożyć wniosek do sądu rejestrowego o zobowiązanie zarządu do udzielenia wyjaśnień lub udostępnienia do wglądu dokumentów bądź ksiąg spółki. Wniosek należy złożyć w terminie siedmiu dni od dnia otrzymania zawiadomienia o powołanej uchwale lub w ciągu siedmiu dni od upływu terminu, w którym uchwała taka powinna być podjęta.

Sąd rejestrowy oceni zasadność odmowy udzielenia informacji indywidualnie żądanej przez wspólnika lub odmowy wglądu w dokumenty spółki. W ramach

postępowania sądowego powinno być też możliwe wyjaśnienie, czy w istocie zachodzi uzasadniona obawa, że wspólnik wykorzysta uzyskane informacje w celach sprzecznych z interesem spółki. Ponadto sąd rejestrowy powinien ustalić, czy wykorzystanie w ten sposób informacji przez wspólnika może wyrządzić spółce szkodę i czy szkoda ta będzie znaczna. Wpływ na tę ocenę może mieć m.in. indywidualna sytuacja spółki (np. skala prowadzenia działalności przez spółkę) oraz okoliczności towarzyszące relacji pomiędzy wspólnikiem a spółką (np. fakt pozostawiania w sporze ze spółką).

### **Uprawnienie osobiste i nieprzenoszalne**

Prawo prowadzenia kontroli spółki przez wspólnika jest przypisane każdemu ze wspólników osobiście i z tego względu nie podlega przeniesieniu na inne osoby. Wspólnik nie może dokonać cesji tego prawa na inną osobę lub osoby. Ustawodawca zastrzegł jednak, że wspólnik może wykonywać prawo kontroli wspólnie z upoważnioną przez siebie osobą. Osobą taką może być prawnik, biegły rewident lub inny specjalista, którego wiedza może być przydatna lub niezbędna do właściwego rozumienia informacji o kontrolowanej spółce lub do prawidłowego interpretowania dokumentów zawierających dane o działalności spółki.

### **Ograniczenie prawa kontroli**

Omawiane prawo indywidualnej kontroli spółki przez wspólników może być ograniczone lub nawet całkowicie wyłączone. Ustawodawca zastrzegł jednak, że ograniczenie lub wyłączenie tego prawa może zaistnieć wyłącznie w sytuacji, gdy w danej spółce ustanowiona jest rada nadzorcza lub komisja rewizyjna. Ponadto wspomniane wyłączenie lub ograniczenie prawa kontroli musi zostać wprost przewidziane w umowie spółki. Oznacza to, że jeżeli wspólnicy mają być pozbawieni prawa do kontrolowania spółki lub jeżeli prawo to ma być ograniczone, to w spółce tej kontrola musi być wykonywana przez organ nadzoru, a umowa spółki musi ustanawiać zakres stosownych ograniczeń lub wyłączeń uprawnień wspólników. Wprowadzenie reglamentacji uprawnień do kontroli spółki przez wspólników na podstawie wyłącznie uchwały wspólników nie wystarczy do ograniczenia lub wyłączenia prawa do badania spraw spółki przez wspólników działających indywidualnie.

Jeżeli więc w danej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością jest powołany organ nadzoru, ale jednocześnie umowa spółki nie wyłącza ani nie ogranicza

uprawnień kontrolnych przysługujących wspólnikom, wspólnicy mogą zasięgnąć informacji o sprawach spółki działając samodzielnie, jak również mogą zapoznawać się z efektami prac kontrolnych prowadzonych przez radę nadzorczą lub komisję rewizyjną, dostępnymi w przygotowanych przez te organy sprawozdaniach i raportach.

Ustalając możliwość kontrolowania spółki przez działających indywidualnie wspólników albo przez funkcjonujące organy nadzoru (lub też na oba te sposoby równolegle), ustawodawca umożliwił osobom i podmiotom zaangażowanym kapitałowo w spółkę weryfikację działań zarządu i badanie spraw spółki, niezależnie od innych obowiązków sprawozdawczych spółki.

*Jacek Bondarewski, radca prawny, jest wspólnikiem wspól-  
odpowiedzialnym za praktyki prawa korporacyjnego,  
restrukturyzacji spółek i kontraktów handlowych*



# Świadczenie wyrównawcze dla dystrybutora?

dr Ewa Butkiewicz

**Jednym ze stałe powtarzających się pytań klientów rozprowadzających swoje produkty poprzez rozwiniętą sieć sprzedaży jest pytanie o konsekwencje ustania stosunku prawnego z pośrednikiem handlowym. Pytających interesują zwłaszcza konsekwencje finansowe, w kontekście uprawnień do świadczenia wyrównawczego.**



Jednoznaczna odpowiedź na tak postawione pytanie bez zbadania stanu faktycznego nie jest możliwa nawet w przypadku pośrednictwa w formie agenta handlowego, gdyż realizacja kodeksowego prawa agenta do żądania świadczenia wyrównawczego zależy od spełnienia kilku istotnych przesłanek.

Łatwiejsza wydawałaby się odpowiedź, jeśli pośrednikiem handlowym jest dystrybutor, który w przeciwieństwie do agenta nie może przecież powoływać się na zapisy Kodeksu cywilnego. Umowa dystrybucji jest bowiem tzw. umową nienazwaną i nie została szczegółowo uregulowana w polskim prawie cywilnym. Podobnie jest w większości ustawodawstw państw Unii Europejskiej (i poza nią), choć ostatnio można odnotować próby wprowadzania przepisów dotyczących dystrybucji do ustawodawstw niektórych państw. Przykładowo w Hiszpanii w czerwcu 2013 roku zaprezentowano nowy projekt kodeksu handlowego zawierający rozbudowaną regulację dotyczącą dystrybucji. Z kolei na Węgrzech 15 marca 2014 roku wchodzi w życie nowy kodeks cywilny wprowadzający regulację umowy dystrybucji i franczyzy.

Jednak udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy dystrybutor może żądać świadczenia wyrównawczego i czy sąd polski przychyliłby się do takiego żądania, wymaga głębszej analizy. Po pierwsze warto się przyrzec orzecznictwu sądów w różnych krajach. Po drugie należy wziąć pod uwagę *Draft Common Frame of Reference* (2009), czyli zunifikowane prawo europejskie o charakterze niewiążącym, uwzględniające, obok umowy agencyjnej i franczyzowej, również umowę dystrybucji.

## Czym jest świadczenie wyrównawcze?

Jest to stosunkowo nowa instytucja wprowadzona dyrektywą 86/653 w sprawie koordynacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek. Do polskiego Kodeksu cywilnego instytucja ta została wprowadzona nowelą z 2000 roku.

Roszczenie o świadczenie wyrównawcze przysługuje agentowi, o ile wystąpi z takim żądaniem, po rozwiązaniu umowy agencyjnej, jeśli:

- w czasie trwania umowy pozyskał nowych klientów lub doprowadził do istotnego wzrostu obrotów z dotychczasowymi klientami,
- dający zlecenie nadal czerpie znaczne korzyści z umów z tymi klientami, oraz
- za przyznaniem świadczenia przemawiają względy słuszności, zwłaszcza utrata przez agenta prowizji od umów z tymi klientami.

Innymi słowy jest to „oryginalny mechanizm zapewniający partycypację byłego agenta w korzyściach (*verba legis*: znacznych korzyściach) istniejących po stronie dającego zlecenie po ustaniu stosunku agencyjnego, gdy korzyści te zapewnił agent w wyniku swej aktywności w czasie trwania umowy” (wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna, IV CSK 650/2010). Mechanizm ten został wprowadzony w dyrektywie 86/653 celem ochrony słabszej strony umowy agencyjnej, tj. agenta. Stosowny przepis w dyrektywie i implementujące go przepisy krajowe mają charakter przepisów bezwzględnie wiążących. Co więcej, w ślad za orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości, uznaje się również „wymuszający” charakter przepisów o świadczeniu wyrównawczym. Gwarantuje to ochronę agentom działającym na terenie Unii Europejskiej, nawet jeśli umowa agencyjna podlega prawu państwa spoza Unii.

Warto podkreślić, że prawo agenta do dochodzenia świadczenia wyrównawczego nie zapewni automatyzmu w jego przyznawaniu. Przeprowadzenie dowodu na zaistnienie wymaganych prawem przesłanek (wskazanych wyżej), a w szczególności na przysporzenie „znacznych korzyści” dającemu zlecenie, może okazać się nader trudne. Podobne trudności mogą wystąpić przy wykazywaniu wysokości dochodzonego świadczenia, które ma odpowiadać finansowemu udziałowi agenta w korzyściach uzyskanych przez dającego zlecenie (tak: wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna, IV CSK 650/2010).

### Orzecznictwo sądów w państwach UE

Prawo państw Unii Europejskiej nie daje dystrybutorom podstaw do żądania świadczenia wyrównawczego. Wyjątkiem jest prawo belgijskie, w którym od 1961 roku funkcjonuje przepis gwarantujący dystrybutorom takie uprawnienie. Pomimo praktycznie jednolitych uregulowań prawnych, a raczej ich braku, w państwach Unii Europejskiej nie ma jednolitej linii orzeczniczej w sprawach o przyznanie świadczeń

wyrównawczych dystrybutorom po zakończeniu umowy dystrybucyjnej.

Dobrze utrwaloną przez wiele lat linię orzecznictwa prezentują sądy niemieckie, na których praktykę powoływał się raport Komisji z 1996 roku dotyczący stosowania art. 17 dyrektywy 86/653. Stosując one postanowienie o świadczeniu wyrównawczym dla agentów do dystrybutorów *per analogiam*, jeśli dystrybutor był zintegrowany z siecią sprzedaży dostawcy w sposób porównywalny do agenta oraz po zakończeniu umowy dystrybucyjnej dystrybutor przekazał dostawcy dane dotyczące swoich klientów.

Za przejaw „integracji” z siecią sądy niemieckie uważały m.in.:

- przydzielenie dystrybutorowi wyłączności na określonym obszarze,
- udostępnienie dystrybutorowi swoich znaków towarowych i/lub logo,
- nałożenie na dystrybutora obowiązku zakupu minimalnej ilości produktów i utrzymywania określonego poziomu zapasów,
- zobowiązanie dystrybutora do usług gwarancyjnych i serwisowych,
- udzielanie dystrybutorowi instrukcji w sprawie prowadzenia sprzedaży, wyglądu jego siedziby i magazynów,
- kontrolowanie działalności handlowej dystrybutora przez dostawcę,
- sporządzanie przez dystrybutora raportów rynkowych,
- promowanie dystrybutora jako „autoryzowanego sprzedawcy”.

Z kolei za przekazywanie dostawcy listy klientów dystrybutora sądy uznawały m.in. nałożenie na dystrybutora obowiązku sporządzania dokładnych raportów sprzedaży oraz przekazywanie dostawcy kopii faktur lub innych dokumentów zawierających dane nabywcy.

Poza zaistnieniem powyższych dwóch przesłanek, dystrybutor musiał spełnić również przesłanki odnoszące się do agenta (przysporzenie znacznych korzyści, z których dostawca wciąż korzysta), aby sądy niemieckie uznały roszczenie dystrybutora o świadczenie wyrównawcze.

Również w Grecji do roszczeń dystrybutorów o świadczenie wyrównawcze sądy stosują analogicznie przepisy dotyczące agentów handlowych. Co ciekawe, do dystrybutorów wyłącznych przepisy o świadczeniu wyrównawczym dla agentów są stosowane wprost, a nie analogicznie, jeśli tacy dystrybutorzy stanowili integralną część „organizacji han-



dlowej” dostawcy. Podstawą orzeczeń jest uznanie „odszkodowania za klientelę” za jedną z podstawowych zasad w greckim porządku prawnym.

Podobną linię orzeczniczą mają sądy hiszpańskie, austriackie czy duńskie. W ubiegłym roku zapadło pierwsze podobne w treści orzeczenie w Norwegii, przy czym postępowanie przed Sądem Najwyższym tego kraju nie jest jeszcze zakończone. W Szwajcarii już w 2008 roku Sąd Najwyższy zmienił wcześniejszą praktykę i przyznał, że dystrybutor wyłączny może mieć prawo do świadczenia wyrównawczego, jeśli jego działalność jest zintegrowana z procesem dystrybucji dostawcy i ma on ograniczoną swobodę działania jako dystrybutor wbrew formalnej niezależności.

Odmienne poglądy prezentują np. sądy w Holandii czy we Włoszech, opierając je na różnicy formalnej pomiędzy agentem a dystrybutorem działającym na własne ryzyko.

Sądy polskie często orzekały w sprawach roszczeń agentów po zakończeniu umowy agencyjnej, ale nie zmierzyły się jeszcze (brak przynajmniej publikowanych orzeczeń) z roszczeniem dystrybutora o świadczenie wyrównawcze. Można przypuszczać, że sięgnęłyby do praktyki niemieckiej, tak jak to już robiły, orzekając o wysokości świadczenia wyrównawczego dla agenta (wyrok Sądu Najwyższego I CK 207/05). Otwarta pozostaje kwestia, jakie przesłanki szczególnie sąd polski uznałby za decydujące przy zasądzaniu dystrybutorom świadczenia wyrównawczego i jakich dowodów ich zaistnienia wymagałby. Warto dodać, że obecnie doktryna nie widzi przeszkód w stosowaniu odpowiednich przepisów z zakresu umowy agencyjnej *per analogiam* do umowy dystrybucyjnej.

### Europejskie *soft law* w sprawach umów o pośrednictwo handlowe

Wspomniany już *Draft Common Frame of Reference* odzwierciedla – najogólniej rzecz ujmując – prawną rzeczywistość państw unijnych. Dlatego w projekcie zawarta jest regulacja umowy agencyjnej, franczyzowej i dystrybucji we wspólnej części IV.E. W otwierających ją przepisach ogólnych wyraźnie przewidziana jest *indemnity for goodwill*, a więc „odszkodowanie za klientelę”, mające zastosowanie wprost do tych trzech typów umów, jeżeli:

- strona umowy spowodowała istotne zwiększenie obrotów handlowych drugiej strony,
- druga strona wciąż czerpie korzyści z takiej działalności,
- a zapłata świadczenia wyrównawczego jest rozsądna.

Zgodnie z projektem (i dyrektywą 86/653) uprawnienie agenta do żądania odszkodowania za klientelę nie można wyłączyć umownie, natomiast jest to możliwe w stosunku do dystrybutora lub franczyzobiorcy.

Choć, jak wspomniano, *Draft Common Frame of Reference* ma charakter niewiążący, nie można nie docenić proponowanego rozwiązania, które może być jednym z modeli kształtowania praw i obowiązków stron w umowie dystrybucyjnej.

### Co robić?

Zarówno ukształtowane w niektórych państwach orzecznictwo, jak i europejskie *soft law* zdają się wskazywać na nieuchronne rozszerzenie klauzuli ochronnej przyznającej dystrybutorom prawo do świadczenia wyrównawczego. Racją bytu takiej klauzuli ochronnej jest przekonanie o słabszej pozycji dystrybutora wobec dostawcy, analogicznie do pozycji agenta. Czy to twierdzenie jest w pełni słuszne w sytuacji, kiedy stronami umowy dystrybucyjnej są przedsiębiorcy? Jeśli przyjmuje się, że konsument jest słabszą stroną w umowie ze sprzedawcą, bowiem nie ma wiedzy i umiejętności profesjonalisty, to na czym miałyby polegać „słabość” dystrybutora będącego przedsiębiorcą?

Dyskusja nad poruszonym zagadnieniem nie wydaje się więc bliska końca. Trzeba by bowiem znaleźć akceptowalne uzasadnienie dla wprowadzenia ochrony jednej strony kontraktu kosztem drugiej. Nie wydaje się to łatwe do pogodzenia z zasadą równości stron w umowach handlowych.

Niemniej, mając na względzie podejście sądów, rekomendowane jest takie kształtowanie stosunków z dystrybutorami, aby niezależność ich działania jako przedsiębiorców była oczywista. Wówczas bowiem trudniej będzie wykazać, że to właśnie dystrybutor był tą „słabszą” stroną umowy, zasługującą na szczególną ochronę po zakończeniu umowy dystrybucyjnej.

*dr Ewa Butkiewicz, radca prawny, jest współnikiem odpowiedzialnym za praktykę postępowań regulacyjnych*

# Czy polskie sądy uwierzą w trust?

Dariusz Wasylkowski Wojciech Marszałkowski Tomasz Krzywański

**W ostatnich latach wprowadzanie zachodnich wzorców do prawa polskiego następowało za zwyczaj za pośrednictwem prawa unijnego. Europa ma nam do zaoferowania zdecydowanie więcej, jednak po niektóre instytucje musimy sięgnąć sami. Jedną z nich, coraz śmielej pukającą do naszych drzwi, jest trust. Czy zostanie w Polsce powitany z radością?**

## **Nowa rzeczywistość, nowe rozwiązania**

W 2014 roku mija 10 lat od przystąpienia Polski do Unii Europejskiej. Szerokie otwarcie drzwi na Zachód spowodowało, że Polacy osiedlają

się i inwestujący poza granicami kraju coraz chętniej sięgają do rozwiązań prawnych oferowanych w innych państwach. Wzrastającą popularnością cieszą się zwłaszcza stosunki powiernicze – w tym anglosaski trust i bliźniacze instytucje kontynentalne. Na Zachodzie są one efektywnie wykorzystywane w procesie planowania majątkowego i organizacji kwestii spadkowych.

Trust jest jednak instytucją obcą polskiemu prawu. Skutkiem tego powstają wątpliwości, czy w sytuacji spornej, zwłaszcza w sprawach spadkowych, sąd w Polsce nie zaneguje struktury opartej na zagranicznych rozwiązaniach w obawie przed jej niezgodnością z prawem wewnętrznym.

Wątpliwość ta pozostawała dotychczas w sferze akademickiego dyskursu. Zważając jednak na internacjonalizację życia rodzinnego i zawodowego, możemy się spodziewać, że trust szybko wkroczy do polskich



sądów, a przede wszystkim stanie się atrakcyjną alternatywą dla krajowych metod zarządzania i sukcesji majątku.

### Trust godny zaufania

Trust jest rzeczywiście koncepcją godną uwagi. Konstrukcja – zazwyczaj trójstronna – pozwala na swobodne dysponowanie dobytkiem, w taki sposób, że zarząd majątkiem lub przedsiębiorstwem może zostać powierzony jednej osobie, podczas gdy bieżące zyski są akumulowane bądź rozdysponowywane na rzecz beneficjentów.

Istota trustu polega na możliwości przeniesienia własności majątku lub jego części przez ustanawiającego trust (*settlor*) na powiernika (*trustee*). Aktywa te nie wchodzi jednak do majątku prywatnego powiernika, lecz stają się częścią majątku powierniczego (odmianną posiadania zależnego). *Trustee* zobowiązuje się zarządzać nimi w określonym przez ustanawiającego celu. Zarówno cel, jak i sposób zarządzania trustem mogą być formowane w sposób swobodny.

Możliwe jest stworzenie trustu celowego (charytatywnego), a także wskazanie zindywidualizowanych beneficjentów (*beneficiary*), nie wyłączając założycieli, na rzecz których *trustee* zobowiązany jest świadczyć w sposób przewidziany w deklaracji trustu.

Co więcej, prawo anglosaskie daje możliwość ustalenia dogodnego momentu powstania trustu. W rezultacie trust można utworzyć jeszcze za życia ustanawiającego, na przykład w celu poprawy jakości zarządzania rozrzuconym po świecie majątkiem, czy też odsunąć tę chwilę aż do śmierci (*trust mortis causa*), aby efektywnie rozdysponować majątek pomiędzy spadkobierców.

Za przykład ilustrujący przydatność trustu niech posłuży sytuacja, w której bogaty właściciel przedsiębiorstwa chciałby, aby jego potomkowie partycypowali w zyskach firmy, przy jednoczesnym wyłączeniu ich od kierowania nią. Nigdy bowiem nie przejawiali oni zainteresowania rodzinnym biznesem ani nie odebrali odpowiedniego wykształcenia. Właściciel wolalby więc, aby po jego śmierci ważne decyzje co do przyszłości przedsiębiorstwa podejmowała osoba wyposażona w odpowiednie kompetencje. Trust daje taką możliwość. W odpowiedzi na oczekiwania klientów wykształcił się rynek wyspecjalizowanych usług powierniczych, a usługodawcy w ramach trustu oferują pomoc prawną, doradztwo inwestycyjne i opiekę profesjonalisty.

Dodatkowo prawo brytyjskie wypracowało bardzo wysokie standardy zarządzania trustami. Powiernik

w ramach czynności zarządu powinien wykazywać się starannością i dbałością właściwą dla rozsądnego i uważnego przedsiębiorcy. Najwyższe standardy gwarantuje ponadto fakt, że powiernicy podlegają kontroli sądowej, a w przypadku naruszenia postanowień trustu, nadużycia kompetencji bądź niedochowania standardów sąd może nakazać powiernikowi określone działanie, a w skrajnych przypadkach wyznaczyć nowego powiernika.

Zjednoczone Królestwo nie jest jedynym państwem umożliwiającym stworzenie trustu. Można wskazać szereg jurysdykcji, wliczając Stany Zjednoczone, Cypr, Maltę czy Irlandię Południową, w których założenie trustu nie jest obarczone problemami. Również w Europie kontynentalnej, w Niemczech, Włoszech, Luksemburgu i Szwajcarii, miejscowe systemy prawne, choć same nie zawierają instytucji trustu, mają do zaoferowania struktury powiernicze o zbliżonym charakterze albo uznają trusty stworzone pod prawem obcym.

### Ograniczenia

Zważając na szerokie spektrum możliwości, jakie daje trust, trudno dziwić się osobom, które zainspirowane prawem obcym chcą wdrożyć swoje pomysły w Polsce. Niestety polskie prawo ma niewiele do zaoferowania. Próżno szukać instytucji podobnej do trustu, a pojęcie „powiernictwa” budzi zazwyczaj skojarzenia z różnymi formami zabezpieczenia kredytu.

Konieczne jest więc sięgnięcie do rozwiązań zagranicznych. Jednakże tworzenie trustu w Polsce napotyka liczne przeszkody. Jednym z istotnych mankamentów ustanowienia tej konstrukcji przez obywatela polskiego jest trudność pogodzenia w jednej strukturze regulacji stosunków doczesnych oraz pośmiertnych. Podstawowe ograniczenia wynikają z faktu, że prawo polskie w pewnych sferach wymusza swoje zastosowanie względem osób posiadających obywatelstwo polskie, ograniczając zakres czynności prawnych, które mogą być podstawą do rozrządzenia majątkiem na wypadek śmierci. Ponadto tylko pewna ograniczona sfera zagadnień może być uregulowana w testamencie.

W odniesieniu do trustu funkcjonującego w Polsce zarządzającego np. nieruchomością, papierami wartościowymi lub przedsiębiorstwem nie da się także uciec od pewnych bezwzględnie obowiązujących norm prawa polskiego. O ile w sferze zobowiązaniowej ukształtowanie stosunków w znacznej mierze zależy od woli stron, zarówno w zakresie konkretnych obowiązków, jak i wyboru prawa właściwego dla danego stosunku, o tyle w trzech wskazanych powyżej sferach trzeba dostosować się odpowiednio

do przepisów prawa rzeczowego, ustawy o nadzorze nad rynkiem kapitałowym i finansowym czy przepisów Kodeksu spółek handlowych.

### Lepiej niż mogłoby się wydawać

Pomimo istotnych przeszkód stojących na drodze do ustanowienia trustu w naszej opinii dokonanie tego nie jest niemożliwe.

Przede wszystkim większość ograniczeń przewidzianych w rodzimych przepisach dotyczy trustu ustanowionego na wypadek śmierci. Nic nie stoi jednak na przeszkodzie, aby ustanowić trust za życia, wskazując jako beneficjentów np. siebie oraz innych członków rodziny. Stosunki zobowiązaniowe wewnątrz trustu podlegają bowiem prawu wybranemu przez ustanawiającego w umowie trustu, z zachowaniem pewnych ograniczeń wynikających z międzynarodowego charakteru stosunku. Co więcej, pomimo braku potwierdzenia w jurysprudencji wydaje się, że trust mógłby pozostać skuteczny nawet po śmierci *settlor*a. Trzeba jednak pamiętać, że sąd może w pewnych okolicznościach uznać utworzenie trustu za czynność zmierzającą do obejścia prawa. Tak może wydarzyć się w przypadku, gdy spadkodawca założył go w przededniu śmierci (założenie trustu mogłoby być bowiem próbą ucieczki spod reżimu polskiego prawa spadkowego) albo trust wyczerpuje cały lub prawie cały majątek *settlor*a. Rozstrzygnięcie uzależnione będzie od indywidualnej oceny konkretnego stanu faktycznego.

Poza tym w polskiej doktrynie pojawia się stanowisko, że nawet trust na wypadek śmierci jest możliwy do ustanowienia, jeśli tylko jego postanowienia są dostosowane do bezwzględnie obowiązujących przepisów spadkowych. W takiej sytuacji powiernika należałoby traktować jako spadkobiercę, a beneficjentów jako zapisobierców – zwykłych lub windykacyjnych – w zależności od charakteru świadczenia. Skutkuje to istotnymi ograniczeniami i de facto prowadzi do ustanowienia rozbudowanego testamentu. Można mieć jednak nadzieję, że w bliskiej przyszłości stan ten ulegnie zmianie.

Można zaryzykować stwierdzenie, że wskazane wyżej ograniczenia nie będą obowiązywać w sytuacji, gdy kwestię ważności umowy trustu rozpoznaje sąd obcy. Sąd zagraniczny, analizując sprawę z elementem obcym, stosuje bowiem własne normy kolizyjnoprawne. Mogą one zaś wskazywać na inny niż polski porządek prawny właściwy dla oceny konkretnej sprawy. Przykładowo trust ze skutkiem „na wypadek śmierci” ustanowiony przez Polaka mieszkającego na stałe w Anglii oceniany będzie przez pryzmat prawa angielskiego, gdyż jako właściwe wskazuje ono przepisy obowiązujące w „ostatnim miejscu zamieszkania”.

Problemów z ustanowieniem trustu nie będą też mieli cudzoziemcy mieszkający w Polsce oraz osoby, które z różnych względów zrzekły się polskiego obywatelstwa (bądź nigdy go nie potwierdziły). W stosunku do tego kręgu podmiotów prawo polskie nie znajdzie zastosowania jako prawo ojczyste, a w konsekwencji nie będą obowiązywać ograniczenia przewidziane przez prawo krajowe.

### Widoki na przyszłość

Instytucja trustu ma za sobą długą historię, a przed sobą świetlaną przyszłość. Pytaniem zasadniczym jest jednak, czy Polska będzie uczestniczyć w budowaniu tej przyszłości. W naszej ocenie zarządzanie majątkiem w oparciu o trust bądź podobną konstrukcję jest dobrym pomysłem, również w polskich realiach prawnych. W połączeniu z przewidzianą przez polskie prawo możliwością wyboru prawa innego niż polskie w odniesieniu do różnych stosunków prawnych trust pozwala kompleksowo uregulować doczesne sprawy majątkowe, a w przypadku śmierci uniknąć uciążliwych zachowków przewidzianych przez prawo polskie.

Wiele wskazuje na to, że polska jurysprudencja w najbliższym czasie stanie przed wyborem: wskoczyć do pędzącego wózka instytucji powierniczych czy pozostać na uboczu, zajmując konserwatywne pozycje. W naszej ocenie wpisanie się w ogólnoświatowy trend przyniesie zdecydowanie więcej korzyści niż zagrożeń, a najlepszym tego dowodem są doświadczenia innych państw.

*Dariusz Wasylkowski, adwokat, doradca podatkowy, współnik, doradztwo dla klientów indywidualnych*

*Wojciech Marszałkowski, Tomasz Krzywański, doradztwo dla klientów indywidualnych*



# Energetyka w Polsce – jaki kierunek w 2014?

Weronika Pelc Marek Dolatowski

**Planowany pakiet ustaw energetycznych wciąż się opóźnia. Tymczasem przyszły kształt rynku zależy w istotnym stopniu od regulacji w sektorze, które wpływają na decyzje o realizacji nowych inwestycji oraz na opłacalność i koszty prowadzonej działalności.**

Sektor energetyczny w Polsce dysponuje mocą osiągalną na poziomie około 35 tysięcy MW i wytwarza energię elektryczną w ilości około 160 tysięcy GWh. Niemal 90% energii elektrycznej pochodzi z węgla brunatnego i kamiennego. Udział energii odnawialnej rośnie jednak systematycznie. Ceny energii od kilku lat utrzymują się na stałym poziomie, a nawet okresowo nieznacznie spadają. Obecna średnia cena energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym to około

196 zł za MWh. W 2008 roku było to 155,44 zł za MWh, w latach 2009-2012 ceny wahały się w przedziale od 195,32 zł/MWh do 201,36 zł/MWh.

Na rynku dominują cztery największe grupy energetyczne kontrolowane przez Skarb Państwa, to jest PGE, Enea, Energa oraz Tauron, posiadające w swych strukturach spółki wytwarzania, dystrybucji i obrotu energią. Przyszły kształt rynku zależy w istotnym stopniu od regulacji w sektorze energetycznym, które wpływają na opłacalność i koszty prowadzonej działalności. Z jednej strony ustawodawca wspiera rozwój energii ze źródeł odnawialnych (OZE) poprzez system wsparcia, z drugiej obciąża produkcję z paliw kopalnych dodatkowymi kosztami, m.in. w postaci kosztów praw do emisji gazów cieplarnianych. Wynikający z tych działań wzrost cen energii może być jednak trudny do zaakceptowania w kraju, który chce z sukcesem konkurować na europejskich i globalnych rynkach. Koszty energii stano-



wią bowiem w Polsce istotną część kosztów działalności.

Rząd polski nie wycofuje się z programu budowy elektrowni jądrowych, który został zapoczątkowany parę lat temu i jest konsekwentnie, choć wolniej niż przewidywano, realizowany. Postępuje uwolnienie rynku energii, co oznacza, że większość odbiorców, poza odbiorcami w gospodarstwach domowych, może negocjować ceny energii elektrycznej i coraz częściej robi z tego prawa użytek.

### Ostatnia nowelizacja Prawa energetycznego

Od 2011 roku rząd pracuje nad pakietem nowych ustaw energetycznych, które mają regulować rynek energii elektrycznej, gazu oraz OZE. Przedłużające się prace nad nowym pakietem oraz wszczęte przez Komisję Europejską postępowanie przeciwko Polsce za brak implementacji przepisów unijnych zmusiły ustawodawcę do szybkiej noweli istniejącej ustawy Prawo energetyczne. Nowelizacja ustawy z 26 lipca 2013 r. przewiduje m.in.:

- Wprowadzenie kategorii odbiorców wrażliwych energii elektrycznej, za których uważane będą osoby, którym przyznano dodatek mieszkaniowy. Odbiorcy ci będą otrzymywać zryczałtowany dodatek energetyczny nie większy niż 30% limitu zużycia energii określonego w ustawie.
- Doprecyzowanie prawa odbiorców końcowych do wypowiedzenia umów sprzedaży energii elektrycznej. Odbiorca jest uprawniony do wypowiedzenia każdej umowy sprzedaży zawartej na czas nieokreślony oraz określony, z tym że wypowiedzenie tych drugich może wiązać się z koniecznością poniesienia kosztów przewidzianych w umowie. Wypowiedzenie wymaga pisemnego oświadczenia.
- Doprecyzowanie przepisów dotyczących kontroli legalności pobierania energii i możliwości wstrzymania dostaw energii oraz wprowadzenie procedury reklamacyjnej odbiorców w gospodarstwie domowym. Odbiorcy ci mogą złożyć reklamację na wstrzymanie dostaw energii przez przedsiębiorstwo energetyczne, a w przypadku jej negatywnego rozpatrzenia mogą wystąpić do stałego polubownego sądu konsumenckiego lub do Prezesa URE o rozpatrzenie sporu. Do czasu ewentualnego niekorzystnego dla odbiorcy rozpatrzenia sprawy przez sąd przedsiębiorstwo energetyczne zobowiązane jest dostarczać energię do odbiorców w gospodarstwie domowym, chyba że instalacja stwarza bezpośrednie zagrożenie życia, zdrowia lub środowiska.

- Wprowadzenie kategorii odbiorców przemysłowych, czyli przedsiębiorców z branż energochłonnych, którym umożliwiono samodzielne rozliczanie się z obowiązku przedstawienia do umorzenia świadectw pochodzenia oraz dla których przewidziano zmniejszenie tego obowiązku w zależności od udziału kosztów energii w wartości ich produkcji (to drugie jako pomoc publiczna po uprzedniej akceptacji przez Komisję Europejską).
- Doprecyzowanie zasad tzw. *unbundlingu* oraz wprowadzenie certyfikatów niezależności operatorów.
- Wprowadzenie certyfikatów dla instalatorów mikroinstalacji i małych instalacji OZE.

### Planowana ustawa o OZE

Wracając do pakietu, jego istotnym elementem ma być ustawa o OZE wprowadzająca ramy dla budowy i działania tych źródeł. Najwięcej kontrowersji wzbudza kształt systemu wsparcia, bez którego OZE nie są opłacalne. Aby OZE powstawały i działały, konieczna jest przewidywalność i stabilność tego systemu.

Obecny system wsparcia opiera się na tzw. zielonych certyfikatach. Oprócz ceny za wytworzoną energię OZE otrzymują certyfikaty, do których zakupu są ustawowo zobowiązane spółki obrotu energią. Cena zielonych certyfikatów nie jest stała i zależy od sytuacji na rynku. W lutym 2013 roku ich cena drastycznie spadła, osiągając około 40% poziomu z lat poprzednich. Od momentu załamania ceny certyfikatów systematycznie wzrastają, jednak nastąpiła utrata zaufania do obowiązującego systemu.

W listopadzie 2013 roku minister gospodarki ogłosił kolejny projekt ustawy o OZE z propozycją nowego systemu wsparcia opartego na wieloletnich umowach dostawy energii zawieranych w systemie aukcyjnym. Aukcje będą organizowane odrębnie dla małych źródeł do 1 MW oraz dla większych źródeł. W aukcjach obowiązywać będzie cena referencyjna energii, to jest maksymalna cena, powyżej której energia nie będzie kupowana. Cena ta dla OZE działających w chwili wejścia ustawy w życie zostanie ustalona na podstawie cen średnich sprzedaży energii elektrycznej i zielonych certyfikatów z przeszłości. Ceny referencyjne dla nowych instalacji będą określane przez Prezesa URE na podstawie analiz ekonomicznych sporządzonych przez jednostki doradcze lub naukowo-badawcze. Ceny referencyjne mają być różne dla różnych rodzajów instalacji (odrębnie ustalone dla energii z wiatru na lądzie, na morzu, energii geotermalnej,



z promieniowania słonecznego, hydroenergii, ze spalania biomasy, biogazu, biogazu ze składowisk odpadów oraz z oczyszczalni ścieków).

Z aukcji wyłączone zostaną instalacje spalania wielopaliwowego (poza dedykowanymi instalacjami spalania wielopaliwowego), instalacje wykorzystujące hydroenergię o mocy powyżej 5 MW oraz instalacje o mocy powyżej 50 MW wykorzystujące do wytwarzania energii elektrycznej biogaz rolniczy, biomase, biopłyny oraz biogaz, z wyjątkiem instalacji kogeneracyjnych o łącznej mocy cieplnej do 150 MWth.

Warunkiem uczestnictwa w aukcji będzie uprzednia pozytywna ocena projektu przez Prezesa URE zakończona wydaniem stosownego zaświadczenia. W tym celu będzie trzeba przedstawić dokumenty potwierdzające, że projekt będzie mógł być zbudowany, oraz wnieść kaucję w wysokości 30 złotych za 1 kW planowanej mocy źródła. Lista dokumentów obejmuje pozwolenia planistyczne, pozwolenia na budowę, umowę przyłączeniową, harmonogram realizacji przedsięwzięcia oraz kopię zaświadczenia instytucji finansowej o zdolności kredytowej podmiotu do realizacji inwestycji. Procedura prekwalfikacji nie jest wymagana w odniesieniu do przedsiębiorców posiadających w chwili wejścia w życie nowej ustawy działające odnawialne źródła energii oraz w odniesieniu do przedsiębiorców wytwarzających energię w mikroinstalacjach.

Do zakupu energii elektrycznej po cenie ustalonej w wyniku aukcji zobowiązany będzie tzw. sprzedawca zobowiązany. Będą to spółki obrotu, które według stanu na koniec sierpnia roku poprzedzającego sprzedały najwięcej energii elektrycznej odbiorcom końcowym. Sprzedawców zobowiązanych będzie wyznaczał w drodze decyzji do końca października każdego roku Prezes URE. Należy się spodziewać, że sprzedawcami zobowiązanymi będą spółki obrotu największych grup energetycznych, czyli PGE, Tauron, Energa i Enea. Każdy operator zamieści dane sprzedawcy zobowiązanego na swojej stronie internetowej. Sprzedawcy zobowiązani będą realizować politykę wspierania OZE nie tylko poprzez zakup energii od wytwórców wyłonionych w drodze aukcji, ale także przez zakup energii z mikroinstalacji wprowadzonej do sieci oraz energii wytworzonej w OZE uruchomionych przed wejściem w życie nowej ustawy.

Dodatkowe koszty wynikające z zakupu energii po cenach przekraczających ceny rynkowe będą rekompensowane sprzedawcom zobowiązanym przez Operatora Rozliczeń Energii Odnawialnej S.A. Podmiot ten będzie pokrywał ujemne saldo sprzedawców zobowiązanych środkami uzyskanymi z tzw. opłaty OZE. Opłata ta będzie pobierana od wszystkich odbiorców w systemie za pośrednictwem operatorów, a w szczególności operatora systemu przesyłowego. W ten sposób koszty wsparcia energii ze źródeł odnawialnych rozłożą się na wszystkich odbiorców.

Zgodnie z projektem wsparcie będzie udzielane przez nie więcej niż piętnaście lat od dnia wytworzenia po raz pierwszy energii w OZE i nie dłużej niż do 2035 roku. OZE funkcjonujące na rynku w chwili wejścia w życie nowej ustawy mogą dalej korzystać z dotychczasowego systemu wsparcia, z zastrzeżeniem wprowadzonych nową ustawą modyfikacji. Świadectwa pochodzenia będą wydawane przez okres maksymalnie 15 lat, licząc od wytworzenia energii po raz pierwszy i nie dłużej niż do końca 2035 roku.

Zgodnie z projektem ustawy o odnawialnych źródłach energii z końca stycznia 2014 roku nowy system wsparcia miałby obowiązywać po upływie 12 miesięcy od dnia wydania pozytywnej decyzji Komisji Europejskiej o zgodności przewidzianej w ustawie pomocy publicznej ze wspólnym rynkiem.

### Perspektywy na najbliższy rok

Jakie wnioski na rok 2014 można wysnuć dla polskiej energetyki? Przede wszystkim zmiany prawa zmierzają do dalszej liberalizacji rynku energii, a wzmocnienie ochrony odbiorców końcowych wskazuje na chęć uwolnienia cen energii również w stosunku do gospodarstw domowych. W zakresie polskiego *energy mix* klarowna zdaje się intencja rządu, by wspierać produkcję energii zielonej tylko do momentu osiągnięcia przez Polskę wymaganego pulapu określonego w umowach międzynarodowych. Z kolei perspektywa zbudowania elektrowni jądrowej, mimo przyjęcia przez rząd w styczniu 2014 roku Programu Polskiej Energetyki Jądrowej, jest nadal odległa. Na długie lata gwarantuje to węglowi dominującą pozycję w produkcji energii elektrycznej w Polsce.

*Weronika Pelc, radca prawny, jest współnikiem odpowiedzialnym za doradztwo dla sektora energetycznego*

*Marek Dolatowski, doradztwo dla sektora energetycznego*

# Dlaczego *compliance* jest ważny w prawie pracy?

Agnieszka Lisiecka   Magdalena Świtajska

***Compliance* w prawie pracy pozwala nie tylko zminimalizować ryzyko sankcji, ale także pokazać, że przedsiębiorca lub spółka jest pracodawcą świadomym, działającym transparentnie i zgodnie z prawem, co pozytywnie wpływa na jego wizerunek i odbiór przez pracowników oraz partnerów biznesowych.**

*Compliance* polega na zarządzaniu ryzykiem braku zgodności działalności podmiotu z wiążącymi wymogami prawnymi. W praktyce oznacza zespół działań mających na celu zapewnienie, aby obowiązujące przepisy, zasady i standardy były w odpowiednim

czasie identyfikowane i realizowane przez organizację, często w oparciu o wdrażane w tym celu regulacje wewnętrzne. *Compliance* ma ograniczać ryzyko sankcji, jakie mogą spotkać przedsiębiorcę w związku z nieprzestrzeganiem prawa.

*Compliance* jest dziedziną stosunkowo nową, jednak został już uregulowany w stosunku do instytucji finansowych i niebawem doczeka się uregulowania także dla instytucji ubezpieczeniowych. W praktyce, zwłaszcza w odniesieniu do organizacji z innych sektorów, obejmuje najczęściej obszary z zakresu m.in. prawa konkurencji, karnego i podatkowego czy prawa ochrony środowiska, a także prawa pracy.

## O naruszenie prawa pracy nietrudno

Prawo pracy wyróżnia się wysokim stopniem ingerencji ustawodawcy w stosunki między pracodawcą a pracownikiem oraz wysokim formalizmem swoich



instytucji, w związku z czym niemalże każda czynność związana z zatrudnieniem wiąże się z koniecznością spełnienia pewnych wymogów. Co więcej, sankcje związane z niezgodnością działalności przedsiębiorstwa czy spółki z przepisami prawa pracy mogą być bardzo dotkliwe, zarówno w wymiarze finansowym, jak i karnym czy administracyjnym. Niezgodność taka może ponadto zagrażać wizerunkowi i reputacji przedsiębiorstwa albo spółki nie tylko na rynku pracy, ale także wśród kontrahentów.

O naruszenie przepisów prawa pracy nie jest zaś wcale trudno. W praktyce pracodawcy, na przykład, często nie rozliczają godzin nadliczbowych pracowników zatrudnionych w systemie zadaniowego czasu pracy i w związku z tym nie prowadzą ewidencji czasu ich pracy. Mylnie uznają bowiem, że zatrudnienie w takim systemie wyłącza konieczność kompensowania nadgodzin. Jeśli takie niezgodne z prawem postępowanie pracodawcy dotyczy wszystkich lub dużej grupy pracowników, wystąpienie przez choćby jednego z nich z roszczeniem może wywołać i w praktyce często wywołuje lawinę analogicznych roszczeń innych pracowników. W zależności od skali nieprawidłowości, nawet przy uwzględnieniu trzyletniego okresu przedawnienia roszczeń ze stosunku pracy, może się to wiązać, zwłaszcza w dużych organizacjach, z wielomilionowymi kwotami do zapłaty.

#### **Zgodność z prawem od etapu rekrutacji...**

*Compliance* w prawie pracy zaczyna się już przed formalnym zatrudnieniem pracownika, na etapie jego rekrutacji i wyboru struktury zatrudnienia. Pracodawca musi przestrzegać nie tylko przepisów Kodeksu pracy regulujących zasady równego traktowania w zatrudnieniu, dotyczących również kandydatów do pracy, ale także przepisów Kodeksu pracy regulujących zakres pozyskiwania danych osobowych kandydatów do pracy. Naruszenie przepisów dotyczących równego traktowania grozi przede wszystkim odpowiedzialnością odszkodowawczą, zaś przepisów o danych osobowych – odpowiedzialnością administracyjną a nawet karną osoby pozyskującej takie dane kandydatów sprzecznie z prawem.

Pracodawca zatrudniający pracownika staje ponadto przed wyborem właściwej podstawy takiego zatrudnienia, a więc umowy o pracę lub innej formy, np. umowy cywilnoprawnej, co powinno być poprzedzone analizą związanych z tym wymogów prawnych i ryzyk. Wystąpienie przez pracownika lub grupę pracowników z roszczeniem o ustalenie, że pracodawcę i pracownika zatrudnionego na podstawie, na przykład, umowy zlecenia, łączył lub łączy w rzeczywi-

stości stosunek pracy, może skutkować daleko idącymi konsekwencjami. Uwzględnienie takiego roszczenia będzie skutkowało przede wszystkim koniecznością uregulowania wobec organów skarbowych i ZUS różnicy pomiędzy świadczeniami należnymi od wynagrodzenia ze stosunku pracy a faktycznie odprowadzonymi na podstawie zawartych umów, a także koniecznością uregulowania świadczeń należnych pracownikom w ramach stosunku pracy. Dalszą konsekwencją może być także odpowiedzialność pracodawcy za wykroczenie.

#### **...aż po zakończenie zatrudnienia**

*Compliance* w prawie pracy jest niezbędny także w okresie trwania zatrudnienia pracowników m.in. w zakresie wynagradzania, czasu pracy czy bezpieczeństwa i higieny pracy. Ma jednak istotne znaczenie również na etapie zakończenia zatrudnienia. Naruszenie wymogów dotyczących rozwiązywania umów o pracę (m.in. najbardziej problematycznego w praktyce wymogu prawidłowego sformułowania przyczyny rozwiązania umowy o pracę) lub nieprawidłowe rozliczenie się z odchodzącym pracownikiem może skutkować wniesieniem przez pracownika powództwa do sądu pracy. Już samo prowadzenie takiego procesu będzie angażowało czas i środki pracodawcy. Jeżeli zaś pracodawca, przeprowadzając zwolnienia grupowe, naruszy obowiązujące w tym zakresie przepisy, wysokość dochodzonych i zasądzonych łącznie roszczeń może stanowić dla niego istotny problem, zwłaszcza jeśli przeprowadzał zwolnienia z powodu trudnej sytuacji finansowej i obejmowały one dużą liczbę pracowników.

#### **Odpowiedzialność za działania pracowników**

*Compliance* w prawie pracy, podobnie jak w innych dziedzinach prawa, powinien zapewniać nie tylko zarządzanie ryzykami związanymi ze zgodnością z prawem działań samego pracodawcy, w tym wobec organów publicznych i pracowników, ale także zapewniać zgodność z prawem działań jego pracowników przy wykonywaniu przez nich ich obowiązków. Wobec osób trzecich to pracodawca ponosi odpowiedzialność za działania i zaniechania swoich pracowników, podejmowane przy wykonywaniu pracy, w tym za wyrządzone szkody.

Jest to doskonale widoczne w sprawach dotyczących wypadków przy pracy, spowodowanych nieprzestrzeganiem przez przełożonego lub innego kierującego pracownikami wymogów związanych np. z zasadami wykonywania określonych rodzajów prac czy wyposażania pracowników w środki ochro-

ny. W takich przypadkach to pracodawca ponosi odpowiedzialność cywilnoprawną wobec poszkodowanego pracownika i ma obowiązek naprawienia szkód, których wysokość może być znacząca, zwłaszcza jeśli w grę będzie wchodziła np. renta z tytułu niezdolności do pracy lub zwiększonych potrzeb.

Wprawdzie niezgodność z prawem działań pracowników przy wykonywaniu pracy nie zawsze będzie skutkowałą odpowiedzialnością karną czy finansową pracodawcy, jednak często będzie bezpośrednio lub pośrednio godziła w reputację pracodawcy. Klasycznym przykładem może być przyjmowanie czy wręczanie przez pracownika korzyści majątkowych organom publicznym lub klientom, w związku z wykonywanymi obowiązkami. Jest ono wprawdzie karalne dla pracownika, a nie pracodawcy, ale jego ujawnienie z pewnością nie wpłynie pozytywnie na wizerunek samego pracodawcy i jego renomę.

#### **Edukacja i kontrola**

*Compliance* w prawie pracy musi zatem obejmować także sprawny system monitorowania oraz kontroli działań i zaniechań pracowników. Powinien on przewidywać przede wszystkim możliwość i jawne dla pracowników zasady monitorowania służbowej korespondencji e-mail, korzystania z internetu i komputerów, a także bieżącej kontroli zawieranych przez

pracowników umów oraz dokonywanych płatności, a w podmiotach produkcyjnych i podobnych – okresowych kontroli z zakresu bhp.

Do skutecznej realizacji *compliance* w prawie pracy nie wystarczą jednak procedury i wewnętrzne regulacje. Nie wystarczą także stworzone specjalnie w tym celu stanowiska *compliance officerów* czy odrębne działy *compliance*. Jak bowiem pokazuje praktyka, choćby w sprawach wypadków przy pracy, największą przeszkodą na drodze do realizacji celów *compliance* jest brak pełnej świadomości pracowników co do praktycznego znaczenia nakładanych na nich nakazów i zakazów oraz ich skutków.

Zapis procedury zakazujący wręczania korzyści majątkowych nie zastąpi szkolenia, podczas którego pracownicy poznają konkretne przykłady sytuacji, których należy unikać, i realne skutki naruszeń. Podobnie wstępne czy okresowe szkolenie z zakresu bhp nie zastąpi uświadomienia pracownikom, że za sformalizowanymi wymogami stoi odpowiedzialność za czyjeś zdrowie i życie.

*Compliance* w prawie pracy spełnia zatem niezwykle istotne funkcje. Przede wszystkim chroni przedsiębiorcę przed sankcjami finansowymi, karnymi czy administracyjnymi. Dodatkowo wpływa pozytywnie na jego reputację wśród pracowników i partnerów biznesowych.

*Agnieszka Lisiecka, adwokat, jest współnikiem odpowiedzialnym za praktykę prawa pracy*

*Magdalena Świtajska, praktyka prawa pracy*



# Konsekwencje wadliwej reprezentacji stron umowy

dr Jarosław Grykiel    Maciej Szewczyk

**Nawet najlepiej skonstruowana umowa nie będzie skuteczna, jeżeli nie podpisze jej właściwa osoba. Takie uchybienie nie zawsze jest przy tym widoczne na pierwszy rzut oka.**

O tym, czy zawarta przez strony umowa jest skuteczna i stanowi ważne źródło ich wzajemnych praw i obowiązków, decyduje wiele elementów. Warto tu wspomnieć choćby o zachowaniu właściwej formy (np. formy aktu notarialnego przy zbyciu nieruchomości) czy o zawarciu w treści umowy określonego – minimalnego zakresu postanowień (np. zobowiązania do przeniesienia własności rzeczy – w umowie sprzedaży).

Kolejnym, bardzo często niedocenianym elementem, jest podpisanie umowy przez odpowiednio umoco-

wane osoby. Poniżej przedstawimy pokrótce główne ryzyka związane z uchybieniem zasadom prawidłowej reprezentacji stron umowy.

## Co trzeba sprawdzić przed zawarciem umowy

Zarówno na etapie poprzedzającym zawarcie umowy z kontrahentem, jak i w ramach przedtransakcyjnej analizy prawnej wiążących dany podmiot stosunków obligacyjnych należy przede wszystkim ustalić, czy osoby podpisujące umowę są (lub były) do tego należycie umocowane.

Gdy stroną umowy jest jednostka organizacyjna, trzeba zweryfikować co najmniej następujące okoliczności.

## Po pierwsze, kto jest uprawniony do reprezentacji strony przy zawieraniu określonej umowy

W przypadku osób prawnych (np. spółek kapitałowych), działających przez swoje organy, skuteczna





reprezentacja zależy w pierwszej kolejności od prawidłowego istnienia organu reprezentacji. Oznacza to w szczególności prawidłowy skład takiego organu (nie może to być tzw. organ kadlubowy, czyli organ nieposiadający dostatecznej liczby członków) jak również zachowanie wymogów związanych z właściwym sposobem reprezentacji. Tytułem przykładu, w odniesieniu do spółek kapitałowych, jeżeli zarząd jest wieloosobowy, a umowa spółki lub statut nie stanowią inaczej, do reprezentacji spółki konieczne jest współdziałanie dwóch członków zarządu lub jednego członka zarządu łącznie z prokurentem.

Z kolei w przypadku tzw. osób ustawowych czy ulomnych osób prawnych (o których mowa w art. 33<sup>1</sup> k.c.) sposób reprezentacji określają odpowiednie przepisy regulujące strukturę i sposób funkcjonowania tych podmiotów. Dotyczy to w szczególności spółek osobowych, w których prawo reprezentowania spółki co do zasady przysługuje, odpowiednio, każdemu ze wspólników spółki jawnej (niepozbawionych prawa reprezentowania spółki) i spółki partnerskiej (o ile w tej ostatniej nie ustanowiono zarządu), członkom zarządu spółki partnerskiej (na zasadach takich jak w spółce z o.o.) lub każdemu z komplementariuszy spółki komandytowej lub spółki komandytowo-akcyjnej (o ile z mocy umowy spółki albo prawomocnego orzeczenia sądu nie pozbawiono ich prawa reprezentowania spółki).

#### **Po drugie, czy osoba podpisująca umowę legitymuje się w chwili dokonywania tej czynności odpowiednim mandatem do reprezentacji strony**

Pod pojęciem mandatu rozumieć należy upoważnienie danej osoby do pełnienia funkcji członka organu w określonym czasie. Powstanie i wygaśnięcie mandatu zostało różnie uregulowane w przypadku różnych rodzajów osób prawnych. Kluczową przy tym kwestią jest to, że sam fakt ujawnienia danej osoby w rejestrze przedsiębiorców jako członka organu spółki nie przesądza o tym, czy dana osoba rzeczywiście posiada mandat do pełnienia swojej funkcji. Wcale nierzadko się bowiem zdarza, że spółka nie dopełni obowiązku powołania członka zarządu na kolejną kadencję (czyli przedłużenia jej mandatu), a osoba ta nadal pozostaje wpisana w rejestrze. Co ważne, z takim ujawnieniem członka organu spółki w rejestrze nie wiąże się (niewzruszalne) domniemanie prawdziwości ujawnionych w rejestrze danych – brak jest więc w tym przypadku ochrony drugiej strony transakcji, podobnej do ochrony wynikającej z tzw. rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych.

#### **Po trzecie, czy do zawarcia danej umowy konieczne było uzyskanie zgody właściwego organu**

Należy przy tym zwrócić uwagę na różne konsekwencje uchybienia obowiązkowi uzyskania takiej zgody. O ile bowiem brak zgody organu spółki kapitałowej wymaganej przez ustawę (np. zgody zgromadzenia wspólników na zbycie przedsiębiorstwa spółki z o.o., wymaganej na podstawie art. 228 pkt 3 k.s.h.) skutkuje, co do zasady, nieważnością czynności prawnej, o tyle nieuzyskanie zgody wymaganej jedynie na podstawie postanowień umowy spółki (statutu) nie powoduje takiej nieważności. Ten ostatni brak nie wyklucza jednak odpowiedzialności odszkodowawczej członków zarządu działających w sposób niezgodny z umową spółki (statutem).

#### **Po czwarte, czy osoby podpisujące umowę działały zgodnie z obowiązującym sposobem reprezentacji**

Sposób ten powinien być wskazany w rejestrze przedsiębiorców i odzwierciedlać właściwe postanowienia umowy spółki (statutu) albo też (w braku postanowień umownych) ogólne reguły ustawowe.

W przypadku reprezentacji strony przez pełnomocnika powyższa uwaga dotyczy sposobu reprezentacji strony przy udzielaniu pełnomocnictwa do działania w jej imieniu (tj. należy sprawdzić, czy pełnomocnictwo zostało podpisane przez osoby uprawnione).

#### **Skutki uchybienia zasadom reprezentacji stron**

Uchybienie zasadom reprezentacji stron przy zawieraniu umowy może wywoływać różne konsekwencje z punktu widzenia ważności nawiązanego przez strony stosunku prawnego.

W skrajnym przypadku konsekwencją takiego uchybienia będzie nawet sankcja bezwzględnej nieważności. Taka sytuacja może mieć miejsce w szczególności w razie nieprawidłowego zawarcia umowy między spółką kapitałową a członkiem jej zarządu. Przy zawieraniu tego rodzaju umowy spółki nie może bowiem reprezentować sam zainteresowany członek zarządu ani też inna osoba wchodząca w skład tego organu. Dla ważności takiej umowy spółkę powinien reprezentować pełnomocnik powołany uchwałą zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) lub rada nadzorcza.

Niewłaściwa reprezentacja strony będzie też skutkować bezwzględną nieważnością umowy, jeśli nie uzyskano zgody zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) lub rady nadzorczej na zawarcie

umowy w sytuacji, gdy wymóg uzyskania takiej zgody wynika z ustawy (np. w przypadku zbycia przedsiębiorstwa spółki), o ile upłynął już termin na uzyskanie zgody po zawarciu umowy.

Nieco łagodniejszą konsekwencją uchybień w zakresie reprezentacji jest tzw. sankcja bezskuteczności zawieszanej umowy. Jeżeli np. osoba dokonująca czynności prawnej w imieniu strony w ogóle nie posiada pełnomocnictwa lub przekracza zakres posiadanego umocowania, to dokonana przez nią czynność jest co do zasady objęta sankcją bezskuteczności zawieszanej. Od bezwzględnej nieważności czynności sankcję tę różni możliwość potwierdzenia dokonanej czynności przedstawiciela przez reprezentowaną stronę. Takie potwierdzenie „uzdrowia” bowiem pierwotnie wadliwą czynność, która traktowana jest jak gdyby od początku została dokonana w sposób prawidłowy (z dochowaniem zasad prawidłowej reprezentacji).

Wreszcie, w pewnych sytuacjach, niewłaściwa reprezentacja strony nie wpływa na ważność czy skuteczność dokonanej przez stronę czynności, a jedynie skutkować może odpowiedzialnością odszkodowawczą reprezentanta względem podmiotu reprezentowanego. W innych jeszcze przypadkach może wiązać się z konsekwencjami natury wewnątrzorganizacyjnej.

Dotyczyć to może np. dokonania czynności prawnej przez pełnomocnika, którego umocowanie wygasło. Jeżeli bowiem czynność byłego pełnomocnika miała się w zakresie dotychczasowego umocowania, a druga strona o wygaśnięciu umocowania nie wiedziała lub nie mogła się z łatwością dowiedzieć, to czynność taka jest ważna. Jednocześnie jednak dzia-

łanie byłego pełnomocnika pomimo wygaśnięcia umocowania może skutkować jego odpowiedzialnością odszkodowawczą względem mocodawcy.

#### A jak jest w praktyce...

Z praktyki obrotu wynika, że przedsiębiorcy rzadko weryfikują umocowanie osoby działającej za drugą stronę czynności prawnej. Regułą, zwłaszcza w obrocie nieprofesjonalnym lub tzw. półprofesjonalnym (np. pomiędzy drobnymi przedsiębiorcami nie korzystającymi z bieżącej pomocy prawnej i nieposiadającymi dostatecznej świadomości prawnej), jest zawieranie umów obarczonych co najmniej najłżeszą z wyżej określonych sankcji. Dopóki jednak wzajemne relacje kontrahentów układają się pomyślnie, w sposób zasadniczo zgodny z zapisanym w umowie (lub, wcale nierzadko, w sposób, w jaki obydwie strony pojmują treść łączącej je umowy – niezależnie od jej faktycznej treści), dopóty ewentualne uchybienia przy zawieraniu umowy nie mają praktycznego znaczenia. Oczywiście sytuacja zmienia się zasadniczo, jeśli między stronami dojdzie do sporu na tle wiążącej je umowy.

Aby uniknąć nieprzyjemnych niespodzianek lub konieczności podejmowania w stosunku do wadliwie zawartych umów dostępnych czynności zaradczych, warto więc zawczasu upewnić się, że umowa, którą ma podpisać konkretna osoba, będzie ważna. Warto przy tym pamiętać, że dostępne choćby za pośrednictwem internetu narzędzia, takie jak wyszukiwarka podmiotów figurujących w rejestrze przedsiębiorców (a więc w szczególności wszystkich spółek kapitałowych), pozwalają przeprowadzić podstawowe czynności weryfikacyjne nie tylko bez istotnych utrudnień, ale także bez ponoszenia jakichkolwiek kosztów.

*dr Jarosław Grykiel, radca prawny, Maciej Szcwarczyk, radca prawny, praktyka transakcyjna*

# Koncentracje przedsiębiorców – nowe zasady kontroli UOKiK

Andrzej Madała

**Planowana nowelizacja przepisów dotyczących kontroli konsolidacji rynkowej przedsiębiorców wprowadzi kilka istotnych oraz szereg mniejszych zmian w zakresie ustalania obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a także w samej procedurze notyfikacyjnej.**

Wszystkie znaki na niebie i ziemi wskazują, że w końcu nastąpią oczekiwane zmiany w obowiązującej regulacji antymonopolowej, tj. w ustawie

z 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów. Prace legislacyjne trwają już od dłuższego czasu i można się spodziewać, że nowe uregulowania zaczną obowiązywać w 2014 roku (w chwili pisania tego tekstu projekt rządowy, po pierwszym czytaniu w Sejmie, był procedowany w komisjach parlamentarnych).

Warto już teraz zwrócić uwagę na wybrane przewidywane zmiany w zakresie kontroli łączeń przedsiębiorców. Większość tych zmian ma swoją genezę w rozwiązaniach przyjętych w europejskim prawie kontroli koncentracji (w szczególności w przepisach rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw).

## **Przejęcie kontroli i nabycie mienia – nowy sposób obliczania podstawowych wielkości obrotów**

Koncentracja w zasadzie podlega zgłoszeniu Prezesa UOKiK, jeśli łączne roczne obroty jej uczestników przekraczają równowartość 1 miliarda euro na świecie lub 50 milionów euro w Polsce. Aktualnie przy weryfikacji tych progów należy brać pod uwagę nie tylko sumę obrotów uzyskanych przez bezpośrednich uczestników koncentracji, ale również przez ich całe grupy kapitałowe (zarówno nabywcy, jak i zbywcy) (art. 16 ustawy). Zasada ta będzie miała nadal zastosowanie do dwóch typów koncentracji, tj. połączenia dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorców (art. 13 ust. 2 pkt 1 ustawy) oraz utworzenia przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy (art. 13 ust. 1 pkt 3 ustawy).

Zmiany mają objąć dwa pozostałe rodzaje koncentracji, a więc koncentrację polegającą na przejęciu (bezpośredniej lub pośredniej) kontroli nad przedsiębiorcą (art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy) oraz koncentrację polegającą na nabyciu części mienia innego przedsiębiorcy (art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy).

W tych dwóch przypadkach w analizie obrotu nie będzie uwzględniana grupa kapitałowa zbywcy. Pod



uwagę będzie brany wyłącznie obrót grupy kapitałowej nabywcy (tu bez zmian) oraz obrót przedsiębiorcy nabywanego i jego spółek zależnych. Proponowana zmiana uwzględnia wielokrotnie podnoszony postulat, aby w badaniu obowiązku zgłoszenia nie brać pod uwagę siły ekonomicznej grupy kapitałowej zbywcy, gdyż nie ma to najmniejszego ekonomicznego uzasadnienia z punktu widzenia ochrony konkurencji.

W projekcie rządowym zawarto też szereg przepisów doprecyzowujących zasady obliczania obrotu przedsiębiorców w sytuacji, gdy uczestnicy koncentracji sprawują wspólną kontrolę nad innymi przedsiębiorcami lub wspólna kontrola sprawowana jest nad uczestnikami koncentracji. W takich sytuacjach obrót współkontrolujących lub współkontrolowanych będzie wliczany (proporcjonalnie) do obrotów uczestników koncentracji. Opracowano również projekt nowego rozporządzenia w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców. Zastąpi ono obecnie obowiązujące rozporządzenie Rady Ministrów z 17 lipca 2007 r. w sprawie obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji.

#### Więcej koncentracji bagatelnych

Nie każda koncentracja podlega obowiązkowi zgłoszenia, nawet jeśli jej uczestnicy przekraczają ustawowe progi wielkości obrotów. Przykładem są koncentracje bagatelne, w których obrót przedsiębiorcy nabywanego jest stosunkowo niewielki. W takich sytuacjach ustawa wyłącza obowiązek zgłoszenia.

W aktualnym stanie prawnym wyłączenie to obejmuje jedynie koncentracje polegające na przejściu kontroli, jeżeli obrót przedsiębiorcy, nad którym ma być przejęta kontrola, nie przekroczył na terytorium Polski równowartości 10 milionów euro w żadnym z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie (art. 14 pkt 1 ustawy).

Analogiczne rozwiązanie znajduje zastosowanie przy koncentracjach polegających na nabyciu części mienia innego przedsiębiorcy – jeżeli obrót generowany przez nabywane mienie w którymkolwiek z ostatnich dwóch lat na terytorium Polski nie przekroczył równowartości 10 milionów euro, taka koncentracja nie podlega zgłoszeniu (art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy) (tu próg bagatelności stanowi element samej definicji koncentracji).

Planowana nowelizacja obejmie zasadą bagatelności (i wyłączy spod obowiązku zgłoszenia) dwa pozostałe rodzaje koncentracji, tj. te polegające na tworzeniu wspólnego przedsiębiorcy oraz na połączeniu przedsiębiorców. Koncentracje takie nie będą pod-

legać zgłoszeniu, jeżeli łączny obrót uzyskany przez strony transakcji (włączając ich grupy kapitałowe) na terytorium Polski nie przekroczy równowartości 10 milionów euro w żadnym z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie.

Dzięki takiemu rozwiązaniu wszystkie rodzaje koncentracji byłyby traktowane w zasadzie równorzędnie, jeśli chodzi o stopień bagatelności (jednolity próg) i obowiązek dokonania zgłoszenia. Należy jednak zauważyć, że w przypadku koncentracji dotyczących przejścia kontroli i nabycia mienia bagatelność do równowartości 10 milionów euro odnosi się jedynie do przedsiębiorcy/mienia nabywanego. W przypadku połączenia oraz utworzenia wspólnego przedsiębiorcy ta sama wielkość progu bagatelności odnosić się będzie do grup kapitałowych co najmniej dwóch uczestników takich koncentracji.

#### Zastrzeżenia do koncentracji o potencjalnie negatywnych skutkach rynkowych

Nowością jest propozycja wprowadzenia do postępowania antymonopolowego instytucji zastrzeżeń do planowanej koncentracji. Prezes UOKiK będzie zobowiązany sformułować zastrzeżenia w sprawach, w których istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że koncentracja istotnie ograniczyłaby konkurencję na rynku. Przedstawione zastrzeżenia wymagałyby uzasadnienia, a przedsiębiorca mógłby ustosunkować się do zarzutów organu antymonopolowego w ciągu 14 dni od dnia doręczenia zastrzeżeń (z możliwością przedłużenia).

Zastrzeżenia byłyby przedstawiane przedsiębiorcy w trakcie postępowania w taki sposób, aby mógł się do nich ustosunkować przed wydaniem decyzji w sprawie (i ewentualnie zmodyfikować planowaną transakcję, tak by zniwelować jej antykonkurencyjne skutki).

Instytucja ta funkcjonowałaby niezależnie od tzw. zgody warunkowej (przedstawienia warunków umożliwiających wydanie decyzji zezwalającej na dokonanie koncentracji – art. 19 ustawy). W praktyce zastrzeżenia stanowiłyby etap poprzedzający przedstawienie warunków.

#### Dwuetapowe postępowanie notyfikacyjne

Obowiązujące przepisy przewidują jednoetapowe postępowanie antymonopolowe dla wszystkich spraw koncentracyjnych. Ustawowym terminem na wydanie decyzji w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji są 2 miesiące liczone od momentu wszczęcia postępowania przez Prezesa UOKiK (daty dokonania zgłoszenia) (art. 96 ust. 1 ustawy).



Dwumiesięczny termin można przedłużyć o określony czas potrzebny np. na udzielenie odpowiedzi na dodatkowe pytania Prezesa UOKiK, usunięcie braków czy uzupełnienie informacji i dokumentów przez zgłaszającego (zgłaszających) (art. 96 ust. 3 ustawy).

Podstawową zmianą będzie wprowadzenie w ramach procedury zgłoszenia zamiaru koncentracji postępowań dwuetapowych. Zasadą ma być zakończenie postępowania koncentracyjnego w terminie 1 miesiąca od daty wszczęcia postępowania. Miesięczny termin dotyczyłby spraw (koncentracji) nieskomplikowanych i niebudzących wątpliwości z punktu widzenia ochrony konkurencji. Prezes UOKiK szacuje, że ok. 80% decyzji koncentracyjnych wydawanych byłoby w ramach pierwszego etapu postępowania.

Koncentracje skomplikowane, istotnie wpływające na sytuację na rynkach właściwych (np. gdy zachodzi ryzyko wydania zgody warunkowej lub zakazu dokonania koncentracji) lub takie, w ramach których organ antymonopolowy musi przeprowadzić badanie rynku, podlegałyby dalszej procedurze w drugim etapie postępowania koncentracyjnego. Prezes UOKiK wydawałby postanowienie (z uzasadnieniem, bez możliwości zażalenia) o przedłużeniu terminu jego zakończenia o kolejne 4 miesiące. W takiej sytuacji postępowanie trwałoby łącznie (dwa etapy) 5 miesięcy, licząc od daty jego wszczęcia. Co istotne, każdy z etapów nowego postępowania mógłby zostać dodatkowo przedłużony na zasadach obecnie obowiązujących (np. z uwagi na żądanie przekazania dodatkowych informacji lub wyjaśnień formułowane w trakcie postępowania przez Prezesa UOKiK).

Planowane zmiany w zasadzie usankcjonują aktualną praktykę rozpatrywania spraw koncentracyjnych przez UOKiK. Obecnie postępowania antymonopolowe dotyczące koncentracji nieskomplikowanych, bez negatywnych skutków rynkowych, zamykane są zazwyczaj w okresie 4-6 tygodni, licząc od daty wszczęcia. Dzieje się tak pomimo obowiązują-

cego 2-miesięcznego terminu na wydanie decyzji i to nawet w przypadku dodatkowego przedłużenia terminu ustawowego. Z kolei sprawy skomplikowane w wielu przypadkach przekraczają nie tylko aktualnie obowiązujący termin, ale również proponowany w nowelizacji termin 5-miesięczny. Najlepszym przykładem jest decyzja warunkowa dotycząca koncentracji Auchan Polska/Real z 21 stycznia 2014 roku (nr DKK-4/2014), która została wydana po trwającym 10 miesięcy postępowaniu.

### **Opłaty zgłoszeniowe**

Zgodnie z projektem wysokość opłaty zgłoszeniowej (opłaty od wniosku o wszczęcie postępowania w sprawie koncentracji) ulegnie podwojeniu w przypadku przejścia sprawy koncentracyjnej do drugiego etapu postępowania. W projekcie nowego rozporządzenia wykonawczego do ustawy w sprawie zgłoszenia zamiaru zgłoszenia przedsiębiorców wysokość opłaty od rozpatrzenia wniosku zgłoszeniowego pozostawiono bez zmian, na poziomie 5 tys. zł. Jednak w przypadku wydania przez Prezesa UOKiK postanowienia o przedłużeniu terminu postępowania zgłoszeniowego o kolejne 4 miesiące (drugi etap) przedsiębiorca zobowiązany będzie uiścić dodatkową opłatę w wysokości również 5 tys. zł.

### **Nowe kwestionariusze WID**

Wspomniany projekt rozporządzenia wprowadza także dwa rodzaje kwestionariuszy zgłoszeniowych. Będą to wykazy informacji i dokumentów (WID) przygotowane o oparciu o kryterium występowania w danej sprawie rynków, na które koncentracja wywiera wpływ w układzie horyzontalnym (ryniki wspólne, w których łączny udział stron przekracza 20%) lub wertykalnym (którykolwiek z rynków typu dostawca-odbiorca, w którym udział przynajmniej jednej strony przekracza 30%). Kwestionariusz uproszczony będzie dotyczył spraw, w których koncentracja nie wywiera wpływu na żaden rynek. Kwestionariusz pełny obejmie pozostałe sprawy.

*Andrzej Madala, praktyka prawa konkurencji*



# Jak kupić samolot?

Paweł Mazur    Maciej Zych

**Zakup samolotu to poważna inwestycja – zarówno dla firmy, jak i dla klienta indywidualnego. Poza nakładem finansowym i wyzwaniem logistycznym z transakcją taką wiążą się liczne zagadnienia prawne. Dodatkowe komplikacje powstają, gdy sprzedawca jest podmiotem zagranicznym, czasem ulokowanym na drugiej półkuli. Aby wymarzony zakup nie stał się transakcją rodem z koszmarów, warto zadbać o umowne zabezpieczenie swoich interesów i dobre zaplanowanie inwestycji.**

## **Umowa – instrument ochrony nabywcy**

Nabycie samolotu na własność, czy to nowego, czy używanego, następuje oczywiście w drodze umowy sprzedaży. Ze względu na relatywnie duży koszt transakcji oraz specyficzne ryzyka, jakie się z nią wiążą, zawarcia takiej umowy nie należy traktować jako czystej formalności, potwierdzającej jedynie porozumienie stron co do ekonomicznych warunków transakcji. Umowa powinna odpowiednio zabezpieczać strony oraz klarownie rozkładać ich prawa i obowiązki. Powinna też uwzględniać szczególne ryzyka wiążące się z wymogami regulacyjnymi dotyczącymi eksploatacji statku powietrznego, gwarantować jego odpowiedni stan techniczny, określać warunki odbioru oraz zapłaty, a także ustalać prawo właściwe oraz sposób rozstrzygania sporów.

## **Samolot – dobro ściśle reglamentowane**

Źródłem wielu specyficznych formalności oraz obowiązków obciążających nabywców statków powietrz-



nych są szczególne rygory, jakie prawo wiąże z ich eksploatacją.

Ich podstawowym przejawem jest wymóg posiadania przez samolot świadectwa zdatności do lotu (*certificate of airworthiness*, czyli CofA) lub ewentualnie ograniczonego (*restricted*) świadectwa zdatności do lotu (tzw. RCofA). Bez nich statek powietrzny jest praktycznie uziemiony. Pomijamy pewne wyjątki dotyczące statków, dla których w ogóle nie wystawia się CofA lub które oczekują na jego wystawienie, w związku z czym podstawą do bieżącego użytkowania mogą być pozwolenia na loty (*permit to fly*, PtF).

Uzyskanie CofA i pierwszego poświadczenia zdatności do lotu (*airworthiness review certificate*, ARC) jest końcowym efektem procesu oceny zdatności, podczas którego sprawdza się szereg okoliczności i wydaje niezbędne dokumenty. Wśród tych dokumentów wymienić należy świadectwo zgodności statku z certyfikowanym typem (*statement of conformity*), zwane powszechnie EASA Form 52 od numeru wzorca Europejskiej Agencji Bezpieczeństwa Lotniczego (EASA). Warto też wspomnieć, że wszelkie koszty wymaganych prób czy inspekcji Urzędu Lotnictwa Cywilnego ponosi występujący o CoFA.

Trzeba też wziąć pod uwagę, że odmienności szczegółowych wymagań formalnych mogą wynikać ze różnicowania systemów i sposobów oceny zdatności w różnych krajach. W ramach Unii Europejskiej są one zasadniczo ujednolicone, a nad ich stosowaniem czuwa wspomniana EASA. Na potrzeby importu spoza Unii Europejskiej zdatność statku poświadczać powinno tzw. eksportowe świadectwo zdatności (ExCoFA).

W kontekście wymaganej dokumentacji trzeba też podkreślić, że nieco inaczej sytuacja przedstawia się w przypadku kupna samolotu nowego oraz używanego, gdyż ten ostatni powinien już dysponować CofA oraz ARC. W jego przypadku konieczne jest również poświadczenie o wyrejestrowaniu na rzecz poprzedniego właściciela.

#### **Dokumentacja – przezorny zawsze ubezpieczony**

Zważywszy na konsekwencje, jakie prawo wiąże z posiadaniem przez statek CofA oraz innych dokumentów, z perspektywy kupującego kluczowe znaczenie ma zapewnienie, że wraz z kupowanym statkiem powietrznym otrzyma całą konieczną dokumentację.

Dlatego przed transakcją należy się upewnić, jakich dokumentów wymagać będzie polski Urząd Lotnictwa Cywilnego dla danego modelu oraz zapewnić, że

umowa wymienia wprost te z nich, które pozyskuje się wprost od producenta lub poprzedniego właściciela. Ponadto powinno się przewidzieć prawo wglądu kupującego do całej dokumentacji statku powietrznego jeszcze przed ukończeniem transakcji, na analogicznych zasadach do inspekcji, o której mowa niżej. Są to na tyle istotne wymogi, że warto powiązać z ich naruszeniem nawet sankcję odstąpienia od umowy lub jej nieważności w życie.

#### **Inspekcja – konieczny krok przed zakupem**

Kolejną kwestią o podstawowym znaczeniu jest zapewnienie, że nabywany statek znajduje się w odpowiednim stanie technicznym, który powinien pozwalać na uzyskanie przezeń odpowiednio CofA lub ARC. Podstawowym środkiem zabezpieczenia jest tutaj umożliwienie kupującemu inspekcji jeszcze przed odbiorem statku, a przynajmniej przed definitywnym przejściem własności. Szczególnie w kontraktach dotyczących statków używanych praktykuje się precyzyjne określanie przedmiotu i metod inspekcji. Jeżeli strony zdecydują się w tym zakresie na lot próbny statku bez CofA, konieczne będzie uzyskanie osobnego pozwolenia na lot od odpowiedniego krajowego urzędu lotnictwa cywilnego. W przypadku statków nowych umowa powinna zawierać ponadto odpowiednie zapewnienia ze strony sprzedającego. Przy zakupie z drugiej ręki praktykuje się raczej formułę *as is – where is*, czyli poleganie przez nabywcę wyłącznie na własnej inspekcji, bez dodatkowych gwarancji poprzedniego właściciela.

Niezależnie od inspekcji przeprowadzanej przez kupującego warto odpowiednio zabezpieczyć się na wypadek odkrycia uprzednio istniejących wad technicznych przez inspektorów urzędowych, co uniemożliwiałoby wydanie CofA. Można np. zastrzec na taki wypadek możliwość odstąpienia od umowy. Naturalnie w przypadku samolotów nowych zabezpieczeniem stanu technicznego będzie gwarancja producenta. Dlatego też w przypadku nabycia z rynku wtórnego warto upewnić się, że umowa przenosi uprawnienia z gwarancji oraz że nabywca otrzyma odpowiednią dokumentację gwarancyjną.

#### **Odbiór – problem prawny i logistyczny**

Kolejnym zagadnieniem jest kwestia odbioru zakupionego samolotu. Zasadniczo nabywany statek powietrzny będzie musiał zostać przetransportowany (tj. najczęściej będzie musiał samodzielnie przelecieć) na to lotnisko, na którym będzie go przechowywał nowy właściciel. Rodzi to różnorakie problemy. Przede wszystkim trzeba poczynić odpowiednie usta-

lenia ze służbą nawigacyjną czy operatorem lotniska, a czasem także pozyskać PTF.

Określając termin odbioru, warto zapewnić sobie pewien luz na wypadek naglej niemożności przeprowadzenia lotu, np. z powodu warunków atmosferycznych lub braku zgody któregoś z uprawnionych organów. Od strony prawnej rodzi to potrzebę przemyślanego rozłożenia między strony ryzyka oraz kosztów związanych z transportem, a także z tymczasowym przechowywaniem statku w razie niemożliwości odbioru w ustalonym terminie. Zwykle obowiązkiem transportu obciąża się albo sprzedawcę, albo kupującego, z czym na ogół odpowiednio wiąże się moment przeniesienia własności statku oraz przejścia ryzyka jego utraty i uszkodzenia. Dwa najbardziej skrajne rozwiązania to z jednej strony odbiór statku w miejscu, gdzie jest obecnie przechowywany przez sprzedawcę (producenta) i dalszy transport na własny koszt i ryzyko nabywcy, a z drugiej strony odbiór statku dostarczonego na koszt i ryzyko sprzedawcy w docelowym miejscu przechowywania przez nowego właściciela. Między tymi dwiema skrajnościami istnieje wiele możliwości odmiennego rozłożenia praw i obowiązków, co należy wykorzystać, aby możliwie dobrze dostosować warunki odbioru do specyfiki transakcji.

#### **Zapłata – kiedy, jak i komu płacić?**

Kwestią ściśle związaną z odbiorem statku powietrznego jest wzajemne świadczenie kupującego – zapłata ceny. Ze względu na najczęściej międzynarodowy charakter transakcji szczególnego znaczenia nabiera tutaj sposób zapłaty.

Najprostszą formą rozliczenia, popularną w obrocie krajowym, jest oczywiście przelew bankowy. Natomiast metodą popularną w obrocie międzynarodowym jest zapłata przez akredytywę dokumentową (*letter of credit* lub L/C). Zaletą tej formy jest równoważne zabezpieczenie obu stron transakcji w taki sposób, że kupujący nie jest narażony na ryzyko zapłaty bez otrzymania swojego świadczenia, a sprzedający nie naraża się na wstrzymanie wypła-

ty po wydaniu towaru. Wadą jest natomiast większe skomplikowanie przygotowania transakcji oraz dodatkowa opłata, proporcjonalna do ceny.

Jeżeli jednak strony zdecydują się na takie warunki, trzeba bardzo precyzyjnie oznaczyć dokumentację potwierdzającą wypełnienie obowiązków, którą ma przedstawić sprzedawca, aby otrzymać wypłatę. Bank nie bada bowiem dokumentów merytorycznie, a jedynie sprawdza ich zgodność z wymogami otwierającego akredytywę (kupującego).

Metodą pozwalającą osiągnąć podobne skutki i łączącą się z podobnymi problemami jest otwarcie rachunku *escrow* i zdeponowanie na nim kwoty ceny, z poleceniem wypłaty po przedstawieniu przez sprzedawcę ustalonych wcześniej dowodów spełnienia świadczenia.

#### **Spór – jakie prawo i sądy?**

Choć zawierając umowę strony zakładają raczej, że do sporu nie dojdzie, to jednak zważywszy na wartość i skomplikowanie transakcji należy poważnie brać to pod uwagę. Dla wymiany międzynarodowej szczególne znaczenie ma kwestia prawa właściwego umowy oraz sądów lub trybunałów arbitrażowych, które będą rozpatrywać konflikty na jej gruncie. Jakkolwiek nie sposób podać tu jednej recepty, to jednak ogólnie można doradzić, by uregulować te kwestie umownie, a nie pozostawiać ich przypadkowi. W braku odmiennego postanowienia stron prawo może bowiem przewidywać nieoczekiwane lub subiektywnie niesprawiedliwe rozwiązania, nakazując np. kupcowi dochodzić wszelkich roszczeń przed sądem położonym na innej półkuli.

#### **... a to tylko wierzchołek góry lodowej**

Wyżej opisaliśmy tylko niektóre z bardziej typowych ryzyk związanych z zakupem samolotu. Każdy zakup to jednak osobna historia, rodząca specyficzne problemy. Na zróżnicowaną ocenę poszczególnych transakcji wpływa szereg innych czynników, takich jak sposób finansowania, siedziba stron, rodzaj statku powietrznego czy jego planowane przeznaczenie. Dlatego do każdej transakcji należy podejść indywidualnie.

*Paweł Mazur, adwokat, jest współnikiem odpowiedzialnym za praktykę prawa lotniczego*

*Maciej Zych, praktyka prawa lotniczego*

# Obligacje jako instrument pozyskiwania kapitału

Danuta Pajewska

**Planując pozyskanie funduszy, warto wziąć pod uwagę możliwość wyemitowania obligacji. Od strony formalno-organizacyjnej nie jest to proces bardzo skomplikowany, może być nawet prostszy niż uzyskanie kredytu. Emitent musi określić warunki emisji, wybrać rodzaj obligacji – ale przede wszystkim przekonać potencjalnych nabywców, że warto w nie zainwestować.**

Podmioty gospodarcze coraz częściej finansują się przez emisję dłużnych papierów wartościowych, w szczególności obligacji, które są papierem warto-

ściowym potwierdzającym istnienie długu pomiędzy emitentem (dłużnikiem) a obligatariuszami (wierzycielami). Środki pochodzące z emisji służą realizacji celu określonego przez emitenta, coraz częściej też celów spółek z grupy kapitałowej.

## Tryb oferowania

Obligacje mogą być emitowane prywatnie (gdy oferta nabycia przedstawiana jest maksymalnie 150 adresatom) lub publicznie (gdy propozycję nabycia kieruje się do więcej niż 150 adresatów lub do nieograniczonej ich liczby. Ofertę prywatną może przeprowadzić sam emitent bądź może on skorzystać z pomocy banku czy domu maklerskiego.

Obligacje mogą nie mieć formy dokumentu, zwłaszcza w przypadku, gdy emisja ma charakter publiczny, a obligacje mają być notowane na Catalyst – rynku obligacji Giełdy Papierów Wartościowych w Warszawie. Obecnie na tym rynku notowanych jest 130 obligacji korporacyjnych, 22 spółdzielczych i 17 komunalnych. Wprowadzenie obligacji na Catalyst zapewnia dostęp do szerokiego grona inwestorów oraz płynność obligacji.

## Rynek wtórny

Obligacje mogą być swobodnie zbywane na rynku wtórnym, tj. bezpośrednio pomiędzy zbywcą a nabywcą (w tzw. obrocie prywatnym), a także za pośrednictwem domu maklerskiego na rynku Catalyst, jeśli zostały wprowadzone do obrotu na giełdzie. Obligacja w formie materialnej musi być wydana obligatariuszowi; wydanie dokumentu musi też towarzyszyć nabyciu obligacji od zbywcy. W przypadku obligacji niemających formy dokumentów transakcja nabycia musi zostać zarejestrowana we właściwej ewidencji prowadzonej na podstawie umowy z emitentem przez Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych, dom maklerski lub bank.

## Warunki emisji i rodzaje obligacji

Prawidłowo wyemitowana obligacja powinna w szczególności zawierać: podstawę prawną emisji,





cel emisji (jeżeli jest określony), wartość nominalną i numer obligacji, opis świadczeń emitenta i warunki ich spełnienia, warunki oprocentowania oraz wykupu, zakres i formę zabezpieczenia albo informację o jego braku, miejsce i datę wystawienia oraz podpisy osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań w imieniu emitenta.

Jeśli chodzi o warunki oprocentowania, to w praktyce stosowane są następujące modele: oprocentowanie stałe, oprocentowanie zmienne lub emisja obligacji zerokuponowych. Obligacje ze stałym oprocentowaniem oznaczają ustalone i znane oprocentowanie w momencie emisji i zakupu przez obligatariuszy. Zmienne oprocentowanie ulega zmianie w kolejnych terminach płatności odsetek, w zależności od przyjętej w warunkach emisji stopy odniesienia, np. WIBOR. Obligacje zerokuponowe są emitowane i sprzedawane obligatariuszom poniżej wartości nominalnej, której pełna wartość wypłacana jest w chwili wykupu obligacji (przy takiej emisji nie występuje oprocentowanie).

Obligacje mogą być imienne lub na okaziciela, przy czym emitent może, w warunkach emisji, wprowadzić zakaz lub ograniczenie zbywania obligacji imiennej.

Emitent może ustanowić zabezpieczenia roszczeń obligatariuszy, np. w postaci hipoteki, zastawu, gwarancji czy poręczenia, ale w takim przypadku nie może wydać obligacji przed ustanowieniem takiego zabezpieczenia.

Jeżeli obligacja przyznaje obligatariuszowi prawo do udziału w zysku emitenta, szczegółowe warunki i zasady tego udziału powinny być określone w warunkach emisji, których tekst powinien być złożony w sądzie rejestrowym wraz ze wzmianką o prawie obligatariuszy do udziału w zysku. Rozporządzanie przez emitenta zyskiem w sposób sprzeczny z warunkami emisji jest bezskuteczne wobec obligatariuszy.

Spółka akcyjna może emitować obligacje uprawniające do objęcia akcji emitowanych w zamian za te obligacje (obligacje zamienne). Uchwała o emisji obligacji zamiennych i akcji wydawanych w zamian za te obligacje podlega zgłoszeniu do rejestru handlowego, ze wskazaniem maksymalnej wysokości podwyższenia kapitału akcyjnego.

Uchwała o emisji obligacji zamiennych powinna określać w szczególności zakres przyznawanego prawa oraz warunki jego realizacji, w tym rodzaj akcji wydawanych w zamian za obligacje, a także

maksymalną wysokość podwyższenia kapitału akcyjnego w drodze zamiany obligacji na akcje. Należy także pamiętać o obowiązku zgłoszenia przez obligatariuszy Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz innym organom zamiaru nabycia akcji w drodze zamiany obligacji na akcje, jeżeli obowiązek taki wynika z przepisów. W przypadku gdy emitentem takich obligacji jest spółka publiczna, należy zwrócić także uwagę na przepisy dotyczące takich spółek, które z nabyciem obligacji zamiennych na akcje wiążą obowiązki informacyjne dotyczące nabycia akcji lub obowiązek następczego ogłoszenia wezwania na akcje.

Spółka może emitować obligacje z prawem pierwszeństwa subskrybowania akcji spółki przed jej akcjonariuszami. Uchwała o emisji takich obligacji powinna określać liczbę akcji przypadających na jedną obligację oraz cenę emisyjną akcji lub sposób jej ustalenia, a także termin wygaśnięcia uprawnień obligatariuszy wynikających z prawa pierwszeństwa.

Gdy akcjonariuszom służy prawo poboru do objęcia nowych akcji, uchwała o emisji obligacji zamiennych lub obligacji z prawem pierwszeństwa powinna prawo to wyłączyć, aby umożliwić wykonanie uprawnień obligatariuszy.

Niektóre spółki, zwłaszcza te, których przedmiotem działalności jest zaspokajanie potrzeb społeczności lokalnych lub wykonywanie zadań z zakresu użyteczności publicznej, mogą emitować obligacje przychodowe dające obligatariuszowi prawo do zaspokojenia jego roszczeń z pierwszeństwem przed innymi wierzycielami emitenta z przychodów lub z majątku przedsięwzięć sfinansowanych ze środków uzyskanych z emisji obligacji lub innych przedsięwzięć określonych przez emitenta. Wierzytelności tworzące przychody, do których pierwszeństwo przysługuje obligatariuszom obligacji przychodowych, nie mogą być przedmiotem zabezpieczenia zastawem ani przedmiotem cesji.

### **Propozycje zmian do ustawy o obligacjach**

Warto zwrócić uwagę na podjętą ostatnio inicjatywę zmiany przepisów dotyczących obligacji. Jesienią 2013 roku do konsultacji międzyresortowych i branżowych trafił przygotowany przez Ministerstwo Finansów projekt nowej ustawy o obligacjach. Przedwiduje on kilka zmian w stosunku do obecnie obowiązujących przepisów.

Zaproponowano między innymi wprowadzenie instytucji zgromadzenia obligatariuszy, którego istotnym uprawnieniem byłaby możliwość zmiany warun-



ków emisji po zakończeniu emisji obligacji. Obecnie niektórzy emitenci wprowadzają taką instytucję do warunków emisji, ale zmiana przepisów ugruntowałaby prawnie pozycję takiego zgromadzenia.

Projekt przewiduje też prawo emisji obligacji przez specjalnie do tego celu utworzone spółki celowe, a także rozszerza krąg podmiotów uprawnionych do emisji obligacji o podmioty mające siedzibę poza Polską z ustaleniem sądu właściwego do rozstrzyga-

nia sporów w Polsce. Inne nowatorskie propozycje to obligacje podporządkowane (podporządkowanie roszczeń wobec emitenta innym jego wierzytelnościom) oraz obligacje wieczyste z nieokreślonym terminem wykupu, a jedynie określeniem świadczenia w postaci odsetek.

W chwili pisania tego tekstu omawiany projekt był na etapie konsultacji. Jego wejście w życie jest więc uzależnione między innymi od efektów tych konsultacji.

*Danuta Pajewska, radca prawny, jest współnikiem odpowiedzialnym za praktykę rynków kapitałowych i instytucji finansowych*

# Ubezpieczenie oświadczeń i zapewnień jako sposób ochrony roszczeń z transakcji fuzji lub przejęć

Michał Steinhagen

**Ograniczeniu ryzyk związanych z nabyciem przedsiębiorstwa lub spółki służy szczegółowe badanie i zamieszczenie w umowie oświadczeń i zapewnień. Co jednak, gdy po dokonaniu transakcji okaże się, że oświadczenia sprzedającego były nieprawdziwe?**

Kupujący może żądać naprawienia szkody, ale w praktyce zaspokojenie jego roszczeń bywa trudne i czasochłonne. Stąd, w celu zabezpieczenia nabywcy, umowa przewiduje niekiedy zatrzymanie przez kupującego części ceny lub jej wpłatę na rachunek depozytowy. Jest to jednak rozwiązanie niechętnie przyjmo-

wane przez sprzedającego, który chce otrzymać całą kwotę ceny przy dokonaniu transakcji. Warto wówczas rozważyć ubezpieczenie oświadczeń i zapewnień sprzedającego złożonych w umowie.

Ubezpieczenie oświadczeń i zapewnień (tzw. ubezpieczenie *warranties and indemnities*, W&I) przenosi na osobę trzecią (ubezpieczyciela) ryzyko związane z nieprawdziwością zapewnień sprzedającego. Może je zawrzeć zarówno sprzedający, jak i kupujący.

Gdy ubezpieczonym jest sprzedający, chroni się on w ten sposób przed odpowiedzialnością wobec kupującego za naruszenie oświadczeń i zapewnień. Ubezpieczyciel wypłaca stosowne odszkodowanie bezpośrednio kupującemu albo zwraca sprzedającemu kwotę wypłaconą przez niego z tego tytułu. Ubezpieczenie może być szczególnie przydatne, gdy sprzedający chce:

- uwolnić środki, które musiałby przeznaczyć na zabezpieczenie roszczeń z umowy,
- uatrakcyjnić proponowane warunki transakcji i uzyskać wyższą cenę,
- ograniczyć negocjacje dotyczące oświadczeń i zapewnień.

Gdy ubezpieczonym jest kupujący, ubezpieczenie to zabezpiecza naprawienie szkody wynikającej z nieprawdziwości zapewnień sprzedającego. Kupujący może uzyskać odszkodowanie bezpośrednio od ubezpieczyciela, nie dochodząc go od sprzedającego. Ubezpieczenie W&I może być przy tym użyteczne, gdy:

- sprzedający nie chce złożyć określonych oświadczeń lub nie jest skłonny zabezpieczyć finansowo złożonych przez siebie zapewnień,
- ustalony okres odpowiedzialności sprzedającego z tytułu zapewnień jest niewystarczający dla kupującego,
- kupujący chce uatrakcyjnić swoją ofertę przetargową, oczekując niższego poziomu zabezpieczeń.



Przykładowo, gdy fundusz *private equity* uczestniczy, jako potencjalny kupujący, w przetargu na sprzedaż przedsiębiorstwa lub spółki, wykupując ubezpieczenie W&I uzyska przewagę konkurencyjną nad innymi oferentami. Może bowiem zaoferować wyższą cenę zakupu, a jednocześnie zadowolić się mniejszym zabezpieczeniem odpowiedzialności sprzedającego z tytułu naruszenia oświadczeń i zapewnień. Zależnie od sytuacji, zamiast zabezpieczenia na poziomie 25% wartości transakcji kupującemu może wystarczyć zabezpieczenie odpowiadające nawet 1% ceny sprzedaży. Sprzedający chętniej zawrze umowę z takim nabywcą, który zażąda niższych kar umownych, zgodzi się na zapłatę całości ceny przy zamknięciu transakcji lub zrezygnuje z jej wpłaty na rachunek *escrow*. Kupującemu łatwiej będzie zaproponować takie warunki, gdy będzie miał gwarancję, że osoba trzecia (ubezpieczyciel) pokryje szkody związane z ewentualnym naruszeniem oświadczeń i zapewnień sprzedającego.

Z kolei ten sam fundusz *private equity*, wychodząc ze spółki, będzie zainteresowany jak najszybszym zamknięciem danej inwestycji. Nie chcąc blokować części ceny lub innych środków na zabezpieczenie potencjalnych roszczeń kupującego, może zamiast tego zaproponować kupującemu ubezpieczenie W&I. Koszt takiego ubezpieczenia będzie zwykle niższy niż koszty innych form zabezpieczenia, a jednocześnie fundusz będzie mógł uznać inwestycję za zakończoną.

Często gdy inwestor kupuje spółkę, jej dotychczasowi właściciele nadal pozostają w zarządzie. Gdyby okazało się, że ich oświadczenia złożone w umowie sprzedaży były nieprawdziwe, dochodzenie roszczeń od sprzedających będących obecnie członkami zarządu mogłoby zaburzyć funkcjonowanie całej spółki. W takiej sytuacji rozwiązaniem dla inwestora (kupującego) może być ubezpieczenie W&I, dzięki któremu nie będzie on musiał dochodzić odszkodowania od sprzedających, lecz skieruje swe roszczenia do zakładu ubezpieczeń.

Ubezpieczenie W&I będzie również dobrym rozwiązaniem dla zagranicznego inwestora, który chce ograniczyć ryzyko związane ze specyfiką odmiennej jurysdykcji. Mimo że większość transakcji jest poprzedzona badaniem *due diligence*, zagraniczni inwestorzy obawiają się niekiedy nieprzewidywanych problemów prawnych, związanych zwłaszcza z odpowiedzialnością wobec organów administracji państwowych, nieuregulowanym stanem nieruchomości czy odpowiedzialnością za zanieczyszczenie środowiska.

W praktyce ubezpieczenie W&I częściej zawiera ją kupujący. Zależnie od ustaleń stron, sprzedający może także zawrzeć ubezpieczenie (jako ubezpieczający), wskazując kupującego jako ubezpieczonego. Ubezpieczającym może być także przejmowana spółka.

Ubezpieczenie W&I jest przygotowywane indywidualnie na potrzeby danej transakcji. Szczegółowe warunki ubezpieczenia, jego zakres, wysokość sumy ubezpieczenia, składki i okres ubezpieczenia podlegają negocjacjom. Jednakże nie w każdej transakcji ubezpieczyciel zgodzi się udzielić ochrony. Przede wszystkim ochrony udziela się zwykle przy transakcjach o wartości nie niższej niż 1 milion EUR. Ponadto zawarcie ubezpieczenia zależy od oceny ryzyka przez ubezpieczyciela. Stąd jest ono poprzedzone niezależnym badaniem prowadzonym przez zakład ubezpieczeń.

Ubezpieczeniem można objąć wszystkie zapewnienia sprzedającego albo tylko ich część. W praktyce często ogranicza się ubezpieczenie do wybranych kwestii, np. podatkowych, sporów sądowych, ochrony środowiska itp.

Ubezpieczenie W&I może być bardzo przydatne, gdy w nabywanej spółce powstały problemy podatkowe. Zważywszy na to, że przepisy podatkowe często budzą poważne wątpliwości, a ich wykładnia przez organa skarbowe bywa zaskakująca, trwający spór podatkowy lub kontrola skarbową może być „bombą zegarową” dla nabywcy spółki. Z kolei sprzedający niechętnie udzielają zabezpieczenia na wypadek roszczeń kupującego związanych z odmiennym od oczekiwanego rozstrzygnięciem podatkowym. Wówczas może dojść nawet do zablokowania transakcji, gdyż każda ze stron będzie obawiała się ryzyka, jakie może wynikać z przyjęcia na siebie odpowiedzialności za rozstrzygnięcie kwestii podatkowych. W takim przypadku dobrym rozwiązaniem może być ubezpieczenie W&I. Co ważne, zależnie od okoliczności sprawy ubezpieczyciel może wystawić ubezpieczenie nawet wówczas, gdy spór podatkowy już trwa.

Ubezpieczenie W&I może być zawarte na każdym etapie negocjowania transakcji, a także po jej zawarciu. W praktyce najlepsze rezultaty daje przygotowanie ubezpieczenia już we wstępnej fazie transakcji. Trzeba przy tym pamiętać, że ubezpieczyciel musi mieć czas na zbadanie przedmiotu transakcji pod kątem ubezpieczanych oświadczeń i zapewnień. Gdy transakcja jest poprzedzona badaniem *due diligence* przeprowadzonym przez wiarygodną kancelarię prawną, ubezpieczyciel zwykle ogranicza się do

analizy raportu *due diligence* oraz wskazanych w nim kwestii. Skraca to czas potrzebny na przygotowanie warunków ubezpieczenia.

Okres ubezpieczenia zwykle pokrywa się z okresem odpowiedzialności określonym w umowie. W praktyce nie jest on dłuższy niż 10 lat.

Ponieważ ubezpieczenie W&I jest przygotowywane indywidualnie dla każdej transakcji, może ono odzwierciedlać warunki odpowiedzialności przewidziane w umowie sprzedaży. Jest to bardzo dogodne rozwiązanie, bo dzięki temu można uniknąć dodatkowych sporów interpretacyjnych wynikłych np. ze stosowania innej terminologii, odmiennych zakresów odpowiedzialności bądź prawa innego państwa.

Suma ubezpieczenia, tj. kwotowy limit odpowiedzialności ubezpieczyciela, zależy od woli stron. Najczęściej odpowiada ona 20%-50% wartości transakcji. Składka ubezpieczeniowa jest płacona jednorazowo, a jej wysokość obecnie waha się od 0,75% do 2% sumy ubezpieczenia.

Ubezpieczenia W&I są popularne zwłaszcza w Europie Zachodniej i Stanach Zjednoczonych. W ostatnich latach tym rodzajem ubezpieczenia jest też objętych coraz więcej transakcji dotyczących spółek z Europy Środkowej i Wschodniej. Najczęściej ubezpieczają je zagraniczne zakłady ubezpieczeń. Dzięki wzrastającej popularności ubezpieczeń W&I można liczyć na to, że przeciętna wysokość składki będzie spadać.

*Michał Steinbagen, adwokat, jest odpowiedzialny za praktykę prawa ubezpieczeniowego*

# Można skutecznie przeciwdziałać nieuczciwym działaniom dłużników

Adam Studziński Jan Markiewicz

**Presja ekonomiczna coraz częściej popycha zagrożonych niewypłacalnością dłużników ku nielegalnym sposobom unikania realizacji zobowiązań. Aby wyprowadzić w pole wierzycieli, wykorzystują oni proste w swej naturze, ale zawile prawnie struktury. Coraz więcej wierzycieli musi zatem podejmować batalię prawną, by zapobiec takim działaniom dotychczasowych kontrahentów.**

Powszechnie znanych sposobów na uniknięcie spłaty wierzytelności jest wiele. Internet pelen jest ofert szczególnego rodzaju firm doradczych, które bez

owijania w bawełnę proponują pomoc w ucieczce przed wierzycielami. Przyjęta przez nieuczciwego dłużnika metoda zależy najczęściej od jego planów na przyszłość. Poniżej opiszemy dwie struktury wykorzystywane przez dłużników chcących mniej lub bardziej jawnie kontynuować działalność gospodarczą w Polsce. Chodzi o przedsiębiorców, których pierwotna działalność uległa nadmiernemu zadłużeniu, dlatego chcą ją rozpocząć na nowo, wykorzystując dotychczas zdobyty majątek i rozpoznawalność na rynku.

## Działanie zza parawanu

Jedną z takich metod jest tworzenie spółek-parawanów. Jak wiadomo, przedsiębiorca, który nie może podolać zadłużeniu, powinien ogłosić upadłość, zakończyć działalność i pozostawić majątek przedsiębiorstwa do dyspozycji wierzycieli. Tymczasem nieuczciwy dłużnik, zamiast ogłosić upadłość, two-





rzy przy pomocy rodziny lub innych zaufanych osób nową spółkę, która ma posłużyć jako parawan dla kontynuacji dotychczasowej działalności.

Wkrótce zaczyna się systematyczny transfer rzeczywistej działalności dłużnika do nowo założonego podmiotu. Nowa spółka wykorzystuje sieć klientów i współpracowników oraz *know-how* tej dotychczasowej. Równocześnie nieuczciwy dłużnik spłaca tylko wybranych, kluczowych wierzycieli, z którymi chce utrzymać dobre relacje, lub też tych, którzy mają ustanowione zabezpieczenie (hipotekę, zastaw) na najważniejszych składnikach zadłużonego przedsiębiorstwa. Spłata niektórych wierzycieli następuje w połączeniu z przejściem od nich przez spółkę-parawan wierzytelności wobec zadłużonego podmiotu.

Następnie spółka-parawan kupuje od zadłużonego podmiotu najważniejsze, niezbędne dłużnikowi aktywa trwale, ale nie całe przedsiębiorstwo (gdyby nabyła całe przedsiębiorstwo, ponosiłaby też odpowiedzialność za długi związane z jego prowadzeniem). Rozliczenie ceny następuje przez potrącenie z wierzytelnością nabytą w drodze spłaty z za parawanu niektórych wierzycieli. W ten sposób świadomie uniemożliwia się niespłaconym wierzycielom wyegzekwowanie wierzytelności od pierwotnie działającego podmiotu, bo ten nie posiada już wartościowego majątku. Tymczasem nieuczciwy dłużnik kontynuuje dotychczasową działalność, nierzadko w tym samym miejscu, często pod bardzo podobną firmą (zwłaszcza gdy nominalnym właścicielem spółki-parawanu jest ktoś z jego najbliższej rodziny).

Inny schemat działalności z za parawanu polega na założeniu przy pomocy podstawionych osób zagranicznej spółki (najczęściej typu *offshore*), która na podstawie umów dzierżawy lub najmu zawartych w formie aktu notarialnego (wprawdzie na czas ograniczony, ale na wiele lat) przejmuje w zarząd istotną część lub nawet całość dotychczasowego przedsiębiorstwa dłużnika. Umowy takie, co do zasady, są wiążące nawet po zbyciu rzeczy i praw objętych dzierżawą/najmem. Czynsz za dzierżawę/najem jest w takich przypadkach zwykle odroczony lub podlega potrąceniu z fikcyjnymi nakładami remontowymi lub inwestycyjnymi. Wierzyciele muszą wówczas prowadzić egzekucję z majątku obciążonego drastycznie obniżającymi jego wartość umowami (potencjalny nabywca nie jest zainteresowany nabyciem składników majątku, którymi nie będzie mógł władać przez wiele lat).

### Rozpuszczanie aktywów

Kolejna metoda polega na „rozpuszczeniu aktywów”. Aktywa zadłużonego przedsiębiorstwa zostają przetransferowane do kilku nowych spółek, zwykle w formie wniesienia aportu. Uzyskane przez zadłużony podmiot udziały w konglomeracie nowych spółek poddaje się następnie dewaluacji, np. przez ich „rozwodnienie” (przez odpowiednie podwyższenie kapitału tych spółek i jego objęcie przez jeszcze inny podmiot kontrolowany przez dłużnika), a następnie umorzenie. Wierzyciele pozostają niezaspokojeni, bo w zadłużonym przedsiębiorstwie nie znajdują już nic wartościowego. Tymczasem konglomerat nowych spółek, zarządzany przez podmiot pozostający pod kontrolą dłużnika, cały czas pozostaje w stałych, mniej lub bardziej sformalizowanych stosunkach gospodarczych i wspólnie realizuje cele biznesowe dawnego przedsiębiorstwa. Kiedy dłużnik uzna, że niebezpieczeństwo działań wierzycieli z jakis powodów ustalo, podejmuje próbę ponownego scalenia swego przedsiębiorstwa w jednym podmiocie.

### Jak się bronić

Niestety polski wymiar sprawiedliwości powoli i z trudem uczy się przeciwdziałania opisanym praktykom. Złożone, często międzynarodowe struktury tworzone w celu ucieczki z majątkiem są wciąż nowością dla sądów i organów egzekucyjnych. Nie wypracowano do tej pory praktyki orzeczniczej, która pozwalałaby wyjść poza ciasne ramy podmiotowości prawnej, by dostrzec prawdziwy gospodarczy sens łańcuchów transakcji służących pokrzywdzeniu wierzycieli. Daleko prawu i praktyce polskiej do metod wykształconych w angielskim czy amerykańskim systemie prawnym, gdzie zgodnie z doktryną *piercing the corporate veil* (znaną też jako *mere continuance* lub *ultra vires*) sąd orzekający w sprawie może pominąć prawną odrębność poszczególnych spółek, jeśli wyzyskana została tylko w celu dokonania bezprawnej transakcji. Anglosaskie sądy mogą też swobodnie nakładać na nierzetelnych dłużników dowolne obowiązki, „zamrażać” ich aktywa na całym świecie (*international freezing injunctions*) czy też zakazywać im wszczynania postępowań sądowych mających na celu utrudnienie wierzycielom dochodzenia długu (*anti-suit injunctions*).

Na terenie Polski wierzyciele dysponują tradycyjnymi instytucjami prawnymi i procesowymi. Nie oznacza to jednak, że są bezsilni. Zmasowane i skoordynowane działania zwykle pozwalają skutecznie przeciwstawić się nawet najbardziej przemyślnym konstrukcjom stworzonym przez dłużników.

Istnieje szereg instrumentów operacyjnych i prawnych, które mogą uchylić skutki ucieczki z majątkiem. Wiemy z kryminalów, że nie ma zbrodni doskonalej. Nie ma też takiego nieuczciwego działania, które nie zostawia po sobie śladów i dowodów świadczących o bezprawnym celu tych czynów. Fikcyjne umowy, pozorne transakcje, drenaż majątku czy sztuczne kreowanie podmiotów nie tak trudno jest rozpoznać. Działania obronne należy rozpocząć od znalezienia i zabezpieczenia dowodów świadczących o rzeczywistym charakterze i celu działań podjętych przez nieuczciwego dłużnika. W tym celu sięgnąć należy po:

- wywiad detektywistyczny, krajowy i zagraniczny (*asset investigation*),
- badanie i gromadzenie dowodów w ramach śledczej rachunkowości oraz informatyki (*forensic*),
- analizę ekspertów w zakresie finansów, ekonomiki przedsiębiorstw oraz wyceny majątku,
- weryfikację zdarzeń gospodarczych z punktu widzenia prawa podatkowego i ograniczeń regulacyjnych wynikających z przepisów prawa publicznego (pomocne tu będą postępowania administracyjne służące zweryfikowaniu rzeczywistego przebiegu zdarzeń gospodarczych).

Gdy już ustalimy, jakie działania podjął nierzetelny dłużnik, należy przejść do właściwych działań prawnych. Do dyspozycji wierzyciela są:

- instrumenty cywilnoprawne, takie jak roszczenie o ustalenie nieważności umowy zdziałanej w celu pokrzywdzenia wierzycieli, skarga pauliańska, tj. roszczenie o uznanie czynności prawnej za bezskuteczną względem wierzyciela, zabezpieczenie i egzekucja roszczeń w sytuacji zagrożenia ucieczką z majątkiem,
- instrumenty karnoprawne – inicjowanie, prowadzenie lub monitoring postępowań karnych w zakresie przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu; dochodzenie i egzekwowanie naprawienia szkody w ramach spraw karnych,
- instrumenty prawa upadłościowego – uruchamianie i prowadzenie postępowań upadłościowych lub o zakaz pełnienia funkcji członka

zarządu lub prowadzenia działalności gospodarczej.

Stosowanie instrumentów pomocniczych i prawnych powinno się odbywać jednocześnie. Bardzo ważne jest też skoordynowanie działań operacyjnych i prawnych oraz – niemal zawsze – pośpiech.

### Narzędzia prawa karnego

Bardzo skutecznym sposobem dochodzenia zapłaty zobowiązań – o czym nie wszyscy wiedzą – może być droga karnoprawna. W ramach sprawy karnej, w której dłużnikowi stawia się zarzut przestępczego pokrzywdzenia wierzyciela, ten ostatni może i powinien wnioskować o orzeczenie wobec sprawcy środka karnego obowiązku naprawienia szkody. Jeśli sąd skazuje sprawcę/dłużnika (lub jego poplecznika) za przestępstwo, które spowodowało szkodę, to musi w wyroku nałożyć na skazanego obowiązek naprawienia szkody (i coraz częściej tak właśnie się dzieje).

Obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem może być nałożony solidarnie na wszystkich skazanych (wówczas każdy z nich odpowiada wobec wierzyciela do pełnej wysokości obowiązku odszkodowawczego zasądzonego w wyroku karnym). Wyrok karny stanowi tytuł wykonawczy, tak jak ten uzyskany w postępowaniu cywilnym. Po uzyskaniu klauzuli wykonalności może być on egzekwowany przez pokrzywdzonego na drodze postępowania egzekucyjnego prowadzonego przez komornika. Do roszczenia o naprawienie szkody spowodowanej przestępstwem nie stosuje się przepisów prawa cywilnego o przedawnieniu roszczeń.

Warto też wskazać, że od przyjęcia lub wypełnienia obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem sąd karny może uzależnić zawieszenie wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności (art. 72 § 2 Kodeksu karnego). W praktyce może to mieć duże znaczenie. Niewielu jest dłużników tak zdeterminowanych nie płacić swych zobowiązań, by poświęcić za to swą wolność osobistą. Jeżeli bowiem dłużnik uchyli się od obowiązku wykonania kary (tj. ma możliwość naprawienia szkody w całości lub choćby w części, ale tego nie czyni), sąd może odwieść nałożoną na tę osobę karę pozbawienia wolności.

*Adam Studziński, adwokat, jest odpowiedzialny za praktykę dochodzenia trudnych wierzycielności*

*Jan Markiewicz, praktyka dochodzenia trudnych wierzycielności*

# Restrukturyzacyjna kostka Rubika

Łukasz Szegda

**Przyglądając się polskiemu rynkowi restrukturyzacji zadłużenia i trudnych kredytów, można było poczynić w ostatnim czasie kilka ciekawych obserwacji. Naszą szczególną uwagę zwróciło sześć czynników, które w 2013 roku stale były widoczne w restrukturyzacjach, w takiej czy innej konfiguracji. Pojawiały się one, mieszały i – jak z kolorami na ścianach kostki Rubika – tylko ich prawidłowe ułożenie mogło zagwarantować końcowy sukces w sprawie.**



Dla praktyków restrukturyzacyjnych część z tych obserwacji nie będzie zapewne zaskoczeniem, ale dla przedsiębiorców mogą to nie być kwestie oczywiste i stale warto o nich przypominać.

## Kolor żółty – sprawy się komplikują

Jedną z głównych tendencji jest rosnący stopień skomplikowania transakcji restrukturyzacyjnych. Wynika on w dużej mierze z komplikowania samych transakcji finansowania. Spółki coraz częściej finansują się z wielu różnych źródeł, z użyciem różnych instrumentów od wielu różnych podmiotów. Szeroki wachlarz możliwości w tym zakresie przestał być dostępny tylko dla największych i najlepszych spółek. Do tradycyjnego długu bankowego (który zresztą też stale się komplikuje wraz ze zwiększaniem palety bankowych produktów kredytowych) coraz częściej dochodzą obligacje, *hedging*, *factoring*, *leasing* czy *cash pooling*. Do tego można dodać finansowanie przez fundusze *private equity*, fundusze *mezzanine*, jak również agencje wspierania eksportu czy międzynarodowe instytucje finansowe wspierające rozwój (takie jak EBOiR czy EBI). To skutkuje coraz bardziej złożonymi relacjami pomiędzy wierzycielami.

W takim stanie rzeczy uzgadnianie restrukturyzacji jest o wiele trudniejsze. W uzgodnieniach musi bowiem brać udział wiele podmiotów o różnym charakterze, interesach i profilu ryzyka (dług zabezpieczony a niezabezpieczony, kredyt z najwyższym pierwszeństwem a dług podporządkowany). To też wydłuża uzgadnianie restrukturyzacji. Strony miewają trudność nawet z uzgodnieniem tzw. umowy *stand-still*, czyli porozumienia przygotowującego grunt pod właściwą restrukturyzację (inna sprawa, że zmotywowało to praktyków restrukturyzacyjnych do podjęcia prac nad akceptowalnym rynkowo wzorem takiej umowy).

Aby zapanować nad taką wielością podmiotów i interesów, jeden z wierzycieli (lub ich grupa) musi przyjąć na siebie wiodącą rolę w procesie restrukturyzacji. Większy wysiłek konieczny jest po stronie spółki. Istotne jest też wprowadzenie zasad usprawniających

proces decyzyjny wśród wierzycieli (np. zwiększenie spraw głosowanych większością zamiast jednomyślnie).

### Kolor zielony – *cash is king*

Pojawienie się w spółce problemów finansowych często odcina ją od źródeł finansowania bieżącej działalności. Banki zamrażają otwarte wcześniej linie kredytu obrotowego, factorzy nie palą się do dalszego finansowania. Jeden problem finansowy generuje spiralę kolejnych. Dlatego tak istotne w procesie restrukturyzacji jest zapewnienie dłużnikowi stałego finansowania jego normalnej działalności, zarówno na etapie uzgadniania umowy restrukturyzacyjnej, jak i po jej zawarciu.

Oczywiście można zrozumieć niechęć do zwiększania zaangażowania w spółkę, która może nie spłacić już zaciągniętych długów. Jednak właśnie podjęcie większego ryzyka i finansowanie bieżącej działalności, czy to w postaci kredytu obrotowego, czy to linii gwarancyjnej, czy to zwiększenia kapitału zakładowego spółki z przeznaczeniem przychodów na finansowanie bieżące, często jest kluczowe dla powodzenia procesu restrukturyzacji.

Zachętą niech będzie to, że odważni są często nagradzani. Podmiot dostarczający bieżące lub dodatkowe finansowanie niekiedy zyskuje uprzywilejowaną pozycję wśród wierzycieli spółki, np. przez uzyskanie zabezpieczeń z najwyższym pierwszeństwem lub szczególnych praw (np. prawa wyznaczenia przedstawicieli w organach dłużnika).

Istotność kwestii finansowania bieżącej działalności w restrukturyzacji została wskazana twórcom nowej regulacji restrukturyzacyjnej i ma w niej znaleźć odzwierciedlenie.

### Kolor czerwony – stara prawda o ryzykownych inwestycjach

Problemy finansowe spółki mogą brutalnie zweryfikować poziomy ryzyka przyjęte przez jej wierzycieli. Udzielający finansowania niezabezpieczonego lub o niższym pierwszeństwie wobec innych wierzycieli finansowych (np. kredytu typu *mezzanine* lub nabywcy niezabezpieczonych obligacji) w trakcie restrukturyzacji muszą często nastawić się na dalsze pogorszenie swego profilu ryzyka. Szczególnie gdy poziom długu jest za duży, w związku z czym konieczna jest redukcja długu. Wówczas wierzyciele z niższym pierwszeństwem muszą niekiedy konwertować swój dług w spółce na udziały w niej. Mieliśmy okazję obserwować, jak fundusze *mezzanine* lub obligatariusze musieli

zamieniać swój kredyt na kapitał albo zgadzać się na obniżenie potencjalnego zysku.

### Kolor niebieski – sprzedaż złych kredytów

Dla banków alternatywą wobec restrukturyzacji trudnego kredytu jest jego sprzedaż z dyskontem. Z naszych obserwacji wynika, że banki znacznie zintensyfikowały swoje wysiłki w tym zakresie. Wiąże się to również z procesem poprawiania bilansów banków i ich wskaźników wypłacalności w związku z nowymi regulacjami, a czasem z łączeniem się banków. Stąd istotna część działań dotyczących trudnych kredytów polegała właśnie na sprzedaży ich do wyspecjalizowanych podmiotów (np. funduszy sekurytyzacyjnych lub *bedgingowych*). W transakcjach, przy których doradzaliśmy, nabywcami były częściej podmioty krajowe niż zagraniczne. Spotykaliśmy się zarówno z transakcjami na portfelu wielu kredytów, jak i na poszczególnych – zwykle tych większych – wierzytelnościach. Zainteresowanie takimi transakcjami w naszej ocenie stale rośnie.

### Kolor pomarańczowy – diabeł tkwi w szczegółach

Zaskakująco często strony, uzgadniając restrukturyzację na poziomie biznesowym, pomijały pewne z pozoru mniej istotne kwestie prawne. Niestety, wkrótce okazywało się, że efektem jest konieczność zrewidowania założeń uzgodnionej już transakcji, a to z uwagi na nowe istotne czynniki ryzyka.

Przykładowo, strony transakcji nie uwzględniły zasady, że przeniesienie kredytu zabezpieczonego hipoteką wymaga przerejestrowania samej hipoteki. Problem ten wskazaliśmy po zleceniu nam przygotowania dokumentacji wcześniejszego porozumienia biznesowego, zgodnie z którym w ramach restrukturyzacji część kredytu miała zostać przeniesiona na inny bank. Zawieszenie skutku przeniesienia kredytu hipotecznego do czasu rejestracji zmian w księdze wieczystej (co może zająć nawet kilka miesięcy) miało tu oczywiście bardzo istotny wpływ na harmonogram zamknięcia oraz na rozłożenie ryzyka pomiędzy stronami.

W innym przypadku wierzyciel, stwierdziwszy naruszenie jednego ze wskaźników finansowych w umowie kredytowej, dość agresywnie negocjował z kredytobiorcą dalszy tryb działania, gdyż był przekonany, że dokumentacja pozwala mu zablokować rachunki dłużnika już w momencie naruszenia. Tymczasem okazało się, że umowa uzależnia to nie tyle od samego „Naruszenia”, ile od wystąpienia „Przypad-



ku Naruszenia”, czyli „Naruszenia” nienaprawione go w określonym terminie. A że termin na naprawę wskaźnika był niestandardowo długi, to wierzyciel, po zwróceniu mu uwagi na tę „drobną” różnicę w obu pojęciach, musiał nieco spuścić z tonu w rozmowach z dłużnikiem.

#### **Kolor biały – restrukturyzacja restrukturyzacji**

Ostatnio spotkaliśmy się też z kilkoma przypadkami, w których strony musiały renegocjować warunki restrukturyzacji. Przyczynami były niekorzystna (wobec zakładanych) zmiana warunków rynkowych, nieuzyskanie przez spółkę istotnego zlecenia albo wcześniejsze przyjęcie zbyt optymistycznych założeń.

Przykładowo, spółka naruszała wskaźniki finansowe, bo nie przyjęto marginesu bezpieczeństwa na wypadek pogorszenia się rynku lub sytuacji spółki. Źródłem kłopotów mogło też być wybranie zbyt agresywnego profilu spłaty kredytów, w efekcie czego spółka nie była w stanie wygenerować w danym czasie wystarczających środków (nawet starając się realizować zobowiązania do zbywania niekluczowych aktywów) do spłaty zobowiązań.

Oczywiście przyjęcie ostrzejszych wymogów może umożliwić szybsze uzgodnienie warunków restrukturyzacji. Może to być szczególnie atrakcyjny argument w czasach, gdy negocjacje często nadmiernie się przedłużają. Jednak trzeba mieć świadomość, że przyjęcie zbyt rygorystycznych wymogów lub zbyt optymistycznych założeń może skutkować koniecz-

nością powrotu stron do stołu negocjacji i „urealnienia” restrukturyzacji w świetle zmienionej sytuacji rynkowej.

#### **Perspektywy na 2014 rok?**

Nie mam wątpliwości, że proces komplikowania się transakcji finansowania będzie postępował, a zatem procesy restrukturyzacyjne też mogą być coraz trudniejsze. Jest też element niepewności związany z szykowanym prawem restrukturyzacyjnym, które ma wprowadzić nieznane u nas wcześniej procedury restrukturyzacyjne.

Wracając więc do wyjściowej analogii, można oczekiwać, że w wielu restrukturyzacjach standardową kostkę Rubika (3x3x3) zastąpi jej trudniejsza wersja – kostka 4x4x4 (zwaną Zemstą Rubika). I choć trudno sobie wyobrazić stopień skomplikowania i ilość kombinacji takiej kostki (mając na względzie, że standardowa kostka ma aż 43 tryliony kombinacji), to jednak daje się ona ułożyć i można się tego nauczyć. Potrzeba będzie jednak nieco więcej wiedzy, cierpliwości i czasu (klasyczną kostkę Rubika rekordziści układają w około 6 sekund, natomiast Zemsta Rubika zajmuje im nieco ponad 25 sekund).

Żeby jednak zakończyć bardziej optymistycznie, w 2014 roku oczekiwana jest poprawa sytuacji ekonomicznej. Choć więc sama restrukturyzacyjna kostka Rubika może się skomplikować, to mam nadzieję, że przynajmniej rzadziej nam przyjdzie po nią sięgać.

*Lukasz Szegda, radca prawny, jest współnikiem odpowiedzialnym za praktykę bankowości i finansowania projektów*



# Odpowiedzialność za szkody w środowisku związane z wydobywaniem surowców na obszarach morskich

Dominik Wałkowski

**Rozwój technologii w dziedzinie offshore oraz zmiany klimatyczne powodujące topnienie lodu arktycznego sprzyjają poszukiwaniu i pozyskiwaniu złóż surowców poza obszarami tradycyjnie kojarzonymi z taką działalnością. Szczególnie dynamicznie przejawia się to na obszarach morskich, gdzie działalność prowadzona jest w coraz trudniejszych warunkach.**



Atrakcyjność złóż w rejonach arktycznych zachęca największe koncerny do ryzykownych inwestycji, budzących obawy nie tylko z punktu widzenia środowiska naturalnego, ale także bezpieczeństwa światowego. Nie do końca jasna jest bowiem sytuacja geopolityczna i prawnomiędzynarodowa tych obszarów. Nawiązując do dziewiętnastowiecznej „gorączki złota” (*gold rush*) w Stanach Zjednoczonych, dzisiejszą wzmożoną aktywność w poszukiwaniu i rozpoznawaniu złóż w rejonach polarnych określa się mianem *cold rush*.

Obecna technologia pozwala bezpiecznie podejmować działalność w trudnych rejonach i na dużych głębokościach. Mimo to wypadki są powszechne, a ich przyczyną często są błędy ludzkie. Nie można też zapominać, że przy tego typu działalności nie wystarczy zapobiegać poważnym awariom. Trzeba również zapewnić instrumenty, które w razie wycieku pozwolą niezwłocznie podjąć kroki w celu usunięcia skutków katastrofy. Tego ostatniego aspektu często się nie dostrzega, a wczesne zatrzymanie wycieku ma kluczowe znaczenie w kontekście rozmiaru grożącej szkody ekologicznej.

## Nie tylko *Macondo*

Wypadki związane z działalnością wydobywczą na obszarach morskich są niestety powszechne, co potwierdzają choćby statystyki prowadzone przez brytyjski *Department of Energy and Climate Change* (DECC).

Doniosłe skutki miała katastrofa platformy *Piper Alpha*, do której doszło w 1988 roku. Życie straciło wtedy 167 osób. Po tym wypadku podjęto szereg działań mających zwiększyć bezpieczeństwo takiej działalności. Szkody w środowisku potraktowano jednak drugorzędnie. Na pierwszy plan wysunęła się bowiem liczba ofiar i katastrofalny wpływ tego wydarzenia na funkcjonowanie przemysłu wydobywczego.

O szkodach w środowisku dyskutowano za to po wypadku platformy *Ekořisk Bravo* na Morzu Północ-

nym w 1977 roku, skutkującym największym wyciekiem w tym rejonie, czy też po katastrofalnym w skutkach zdarzeniu na platformie *IXTOC-1* w Zatoce Meksykańskiej.

W ostatnich latach, 21 sierpnia 2009 roku, miał miejsce wypadek na platformie *Montara* (Morze Timor, okolice północno-zachodniej Australii). Kilka miesięcy później doszło do powszechnie znanej z doniesień medialnych katastrofy platformy *Deepwater Horizon (Macondo)*, a w 2011 roku – do wycieku na platformie *Gannet Alpha* na wodach Morza Północnego.

### Prawo na morzu

Obszary morskie są rejonem szczególnie wrażliwym ze względów politycznych i prawnych. Działalność wydobywcza na obszarach morskich ma specyficzny charakter i wciąż stanowi pewną nowość. To zaś sprawia, że z trudem daje się ona ująć w klasyczne instrumenty prawa morza, wypracowywane przez stulecia w drodze zwyczaju.

Podstawową regulacją w tej dziedzinie jest Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza. W myśl jej przepisów suwerenność państw nadbrzeżnych rozciąga się poza terytorium lądowe i wody wewnętrzne jedynie na przyległy pas morza, który powszechnie określa się mianem morza terytorialnego. Pas ten ma szerokość do 12 mil morskich (ok. 22 km) i wchodzi w skład terytorium państw nadbrzeżnych. Do obszarów morskich zalicza się również wyłączną strefę ekonomiczną (*exclusive economic zone*, EEZ), która jednak nie stanowi terytorium państwa. Jest to obszar znajdujący się poza granicami morza terytorialnego i przylegający do tego morza, który podlega specjalnemu reżimowi prawnemu. Państwa nadbrzeżne mają w wyłącznej strefie ekonomicznej suwerenne prawa w celu badania, eksploatacji i ochrony zasobów naturalnych. Państwa nadbrzeżne mają ponadto wyłączne prawo budowania oraz wydawania pozwoleń i przepisów dotyczących budowy, eksploatacji i wykorzystywania instalacji i konstrukcji dla powyższych celów.

Nieco odmienną specyfikę ma tzw. szelf kontynentalny. W dużym uproszczeniu można powiedzieć, że obejmuje on dno morskie i podziemie obszarów podmorskich, które rozciąga się poza morzem terytorialnym na całej długości naturalnego przedłużenia terytorium lądowego aż do zewnętrznej krawędzi obrzeża kontynentalnego. Państwo nadbrzeżne wykonuje suwerenne prawa w odniesieniu do szelfu kontynentalnego w celu jego badania i eksploatacji jego zasobów naturalnych. Prawa państwa nadbrzeżnego do

szelfu kontynentalnego nie wpływają na status prawny wód pokrywających szelf.

Pelnią suwerenności w regulowaniu działalności gospodarczej na obszarach morskich państwa dysponują zatem jedynie w wąskim obrębie morza terytorialnego. Wprawdzie zakres uprawnień państw w odniesieniu do EEZ i szelfu kontynentalnego jest bardzo szeroki, ale natura wycieków olejowych, które nie znają granic, oznacza, że rozwiązanie problemu odpowiedzialności za szkody w środowisku leży w gestii norm prawa międzynarodowego.

### Międzynarodowa ochrona środowiska morskiego

Ochrona środowiska morskiego realizowana jest wieloma instrumentami, przede wszystkim regionalnymi: od konwencji OSPAR (Konwencja o ochronie środowiska morskiego Północno-Wschodniego Atlantyku), przez konwencję barcelońską (Konwencja o ochronie środowiska morskiego i regionu przybrzeżnego Morza Śródziemnego) po konwencję helsińską (Konwencja o ochronie środowiska morskiego obszaru Morza Bałtyckiego).

Instrumenty te nie odnoszą się jednak bezpośrednio do odpowiedzialności za szkody w środowisku. W tym zakresie istnieje *Offshore Pollution Liability Agreement* (OPOOL), będący dobrowolnym porozumieniem między zainteresowanymi podmiotami prowadzącymi działalność wydobywczą na obszarach morskich. Pierwotnie porozumienie to dotyczyło wyłącznie Wielkiej Brytanii, jednakże później zakres jego obowiązywania objął obszary znajdujące się w obrębie jurysdykcji Danii, Niemiec, Francji, Irlandii, Holandii, Norwegii, Wyspy Man, Wysp Owczych i Grenlandii, jednakże z wyłączeniem instalacji *off-shore* zlokalizowanych na Morzu Bałtyckim i Morzu Śródziemnym. Reżim ten jest jednak stosunkowo ograniczony.

Na gruncie prawa międzynarodowego podstawą odpowiedzialności za szkody olejowe jest Międzynarodowa konwencja o odpowiedzialności cywilnej za szkody spowodowane zanieczyszczeniem olejami (*International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage*, CLC). Ten instrument poświęcony jest jednak wyciekom pochodzącym ze statków, co w dużej części eliminuje możliwość zastosowania takich rozwiązań do działalności wydobywczej na morzu. Mimo to kwestia klasyfikacji poszczególnych instalacji i platform mobilnych jako statków powoduje szereg kontrowersji prawnych.

Bardziej adekwatna do specyfiki działalności *offshore* miała być Konwencja o odpowiedzialności cywilnej

wynikającej z rozpoznawania i wydobywania surowców mineralnych z dna morskiego (*Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage resulting from Exploration for and Exploitation of Seabed Mineral Resources*) z 1 maja 1977 roku, która jednak nie weszła w życie.

Reżim odpowiedzialności prawnej jest więc zatem dalece niewystarczający. W szczególności brakuje kompleksowej regulacji, analogicznej do przyjętego w Stanach Zjednoczonych *Oil Pollution Act* (1990).

### Inicjatywa Unii Europejskiej

Ze względu na trudności związane z podjęciem odpowiedniej inicjatywy na gruncie prawa międzynarodowego, przyjęcia wymaganych rozwiązań podjęła się Unia Europejska. I tak nowością jest dyrektywa 2013/30/UE z dnia 12 czerwca 2013 roku w sprawie bezpieczeństwa działalności związanej ze złożami ropy naftowej i gazu ziemnego na obszarach morskich, która kładzie szczególny nacisk na ochronę środowiska.

Dyrektywa ustanawia minimalne wymogi w dziedzinie zapobiegania poważnym awariom wynikającym z działalności związanej ze złożami ropy naftowej i gazu ziemnego na obszarach morskich.

Jednym z najistotniejszych elementów dyrektywy jest wprowadzenie pełnej odpowiedzialności za szkody w środowisku. Podmiot, który uzyska koncesję, ma ponosić finansową odpowiedzialność za zapobieganie szkodom wyrządzonym środowisku spowodowanym działalnością prowadzoną przez adresata koncesji, operatora instalacji lub w ich imieniu oraz za usuwanie tych szkód.

W celu zapewnienia skuteczności powyższych rozwiązań zmodyfikowana została dyrektywa 2004/35/WE w sprawie odpowiedzialności za środowisko w odnie-

sieniu do zapobiegania i zaradzania szkodom wyrządzonym środowisku naturalnemu (tzw. dyrektywa szkodowa). Po modyfikacji dyrektywa ta obejmie również szkody wyrządzone na obszarach poza terytorium państw członkowskich, na których prowadzi się poszukiwanie i eksploatację złóż. To zaś oznacza, że obecny reżim odpowiedzialności za szkody w środowisku zostanie poszerzony na wszystkie wody morskie aż do najdalej położonego obszaru, na którym państwo członkowskie ma lub wykonuje prawa jurysdykcyjne. W praktyce zatem dyrektywa szkodowa będzie dotyczyć szkód na obszarze obejmującym również EEZ.

Państwa członkowskie mają dwa lata na wydanie przepisów transponujących postanowienia dyrektywy do krajowych porządków prawnych. Wydaje się, że nowa dyrektywa może być najskuteczniejszym z wymienionych wyżej środków prawnych, o ile jej skuteczność nie zostanie ograniczona ze względu na niejasności wynikające z pokrywających się częściowo reżimów odpowiedzialności.

Dla przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie poszukiwania i wydobywania złóż na obszarach morskich wprowadzenie dyrektywy oznacza konieczność ponownej oceny ryzyka prowadzenia takiej działalności. Dyrektywa szkodowa wykracza bowiem poza klasyczne rozumienie szkody, odnosząc się również wprost do szkód wyrządzanych gatunkom chronionym i siedliskom przyrodniczym.

Można jedynie ubolewać, że podobnych rozwiązań nie przewiduje się obecnie w odniesieniu do obszarów arktycznych. Postanowienia dyrektywy mogły się ograniczyć jedynie do postulatu aktywnego propagowania najwyższych norm w odniesieniu do bezpieczeństwa środowiskowego w tym wrażliwym i wyjątkowym ekosystemie.

*Dominik Wałkowski, адвокат, praktyka prawa ochrony środowiska*

# Nabycie nieruchomości przeznaczonych na wynajem

Stefan Jacyno

**Nieruchomość oddana w najem jest opleciona wieloma relacjami prawnymi. Tymczasem tylko niektóre umowy zawarte przez poprzedniego właściciela przechodzą na nabywcę. Inne trzeba będzie zawrzeć na nowo. Od pewnych zobowiązań z kolei nie będzie można się uwolnić.**

Obiekt wynajęty to nie tylko umowy najmu wraz z zabezpieczeniami w postaci kaucji, gwarancji, poręczeń czy poddaniu się egzekucji. To także umowy kredytowe, hipoteki, służebności, ubezpieczenia,

umowy o dostawę energii, ciepła, wody i odbiór ścieków, wywóz nieczystości, usługi teleinformatyczne, umowy o zarządzanie, ochronę, utrzymywanie czystości, nadzór techniczny, usługi reklamowe itp.

Przeniesienie własności jest umową tylko dwustronną, pomiędzy poprzednim i nowym właścicielem. Skutek tej czynności względem innych osób następuje automatycznie, z mocy samego prawa, tylko w zakresie praw rzeczowych i stosunków najmu. Wszelkie inne umowy wymagają różnych czynności prawnych takich jak przelew praw i obowiązków (za zgodą wierzyciela) bądź wypowiedzenia umów dotychczasowych i zawarcia nowych.

## Prawa rzeczowe

Wraz z własnością przechodzą wszelkie prawa rzeczowe wpisane do księgi wieczystej. Nabywca będzie musiał na przykład pogodzić się z tym, że przez jego nieruchomość przechodzą przewody przesyłające media do innych nieruchomości, jeśli ustanowiono służebność przesyłu, ale będzie też mógł korzystać z ustanowionej wcześniej przez sąsiada służebności drogi.

Możliwe jest nabycie obiektu z obciążeniami hipotecznymi. W praktyce jednak kupujący zawsze spłaca z ceny dług sprzedawcy, dotychczasowy wierzyciel wyraża zgodę na wykreślenie hipoteki i w to miejsce kupujący wpisuje hipotekę na rzecz swojego banku. Obciążenie hipoteczne powoduje nie tyle prawną, ile praktyczną potrzebę zawierania umów odnoszących się do hipoteki, a przede wszystkim do umów tymi hipotekami zabezpieczonych.

## Dostawcy mediów i usług

W zakresie dostaw mediów, odbioru ścieków czy usług teleinformatycznych właściciel każdej funkcjonującej nieruchomości ma pozawierane umowy z odpowiednimi przedsiębiorstwami. Są one regulowane ustawami takimi jak Prawo energetyczne,





ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, Prawo telekomunikacyjne. Wszystkie te regulacje nakładają na stosowne przedsiębiorstwa obowiązek zawierania takich umów. Wystarczy, że nabywca zgłosi się jako nowy właściciel nieruchomości. Nic nie dzieje się jednak automatycznie, każda ze stron musi dochować określonych formalności, by nie doszło do zakłóceń w zakresie dostaw czy choćby rozliczeń.

### Ubezpieczenia

Prawa z umowy ubezpieczenia mogą być przeniesione na nabywcę, jeżeli umowa ubezpieczenia tak przewiduje lub ubezpieczyciel wyrazi zgodę. W innych przypadkach ubezpieczenie wygasa z chwilą zbycia nieruchomości.

### Obsługa budynku

Nabywca nieruchomości może zechcieć kontynuować dotychczasowe umowy o zarządzanie, utrzymanie czystości, pielęgnację terenów zielonych, ochronę itp. Konieczne jest wówczas zawarcie trójstronnego porozumienia, w którym dojdzie do przelania praw i obowiązków na nowego właściciela, ze zwolnieniem z długu właściciela dotychczasowego za zgodą świadczącego usługę. Nabywca może jednak woleć innego zarządzającego czy inną firmę ochrony i ma prawo nakazać, by dotychczasowi wykonawcy tych usług niezwłocznie usunęli się z obiektu.

Inną rzeczą jest odpowiedzialność dotychczasowego właściciela. Jeżeli umowa zawarta była na czas oznaczony albo zawiera postanowienia o wypowiedzeniu z zachowaniem określonego okresu, to w razie niezgodnienia tych kwestii dotychczasowy właściciel musi liczyć się z możliwością podnoszenia roszczeń odszkodowawczych przez „porzuconą” firmę.

Trzeba też ustalić, czy umowa z firmą zarządzającą ma charakter pakietowy, to znaczy czy firma ta podjęła się wszelkich usług we własnym imieniu, czy też miała tylko pełnomocnictwo do zawierania umów z firmami specjalistycznymi w imieniu właściciela. W pierwszym przypadku, w razie zamiaru utrzymania *status quo*, wystarczy zawarcie wspomnianej trójstronnej umowy. W przeciwnym razie konieczne będzie zawieranie nowych umów ze wszystkimi dostawcami usług.

### Umowy najmu

Istotą transakcji na rynku nieruchomości komercyjnych jest uzyskanie przychodu z najmu. Art. 678 Kodeksu cywilnego stanowi, że nabywca nieruchomości oddanej w najem wstępuje w stosunek najmu.

Staje się z mocy samego prawa wynajmującym, czyli może żądać od najemcy, by ten uiszczał czynsz na jego rzecz. Wystarczy zawiadomienie najemcy o zmianie wierzyciela.

Przepis ten stanowi wyjątek od zasady, że umowa wiąże tylko te strony, które ją zawierały. Tym różni się stosunki obligacyjne (zobowiązaniowe) od rzeczowych, które wiążą każdorazowego właściciela rzeczy. Skoro więc wstąpienie w stosunek najmu jest wyjątkiem od zasady, to nie może być interpretowane rozszerzająco. Kodeks cywilny nie mówi o wstąpieniu w umowę najmu, lecz w stosunek najmu. Oznacza to, że dla nabywcy wiążące jest tylko to, co w umowie nazwanej przez strony umową najmu kształtuje stosunek najmu. Żadne inne postanowienia nie będą dla nabywcy wiążące bez wyraźnego z jego strony oświadczenia woli względem najemcy, że je przyjmuje.

Dokument obejmujący umowę najmu może regulować wiele innych spraw niezwiązanych z najmem albo związanych tylko pośrednio. Dla nabywcy nie będą one wiążące. Przykładem mogą być postanowienia dotyczące przedłużenia najmu. Jeżeli mają one charakter umowy przedwstępnej jednostronnie zobowiązującej, to nie jest to element kształtujący stosunek najmu, lecz dotyczy przyszłej umowy najmu. Najemca nie będzie miał roszczenia o zawarcie kolejnej umowy najmu do nowego właściciela, gdyż ten zobowiązania takiego nie podejmował względem najemcy. Zatem zapewnienie kontynuacji takiego zobowiązania wymaga złożenia oświadczenia przez nowego właściciela. To samo może dotyczyć klauzuli umownej, zgodnie z którą okres najmu na tych samych warunkach może być przedłużony na mocy jednostronnego oświadczenia najemcy. Taka klauzula ma charakter oferty zmiany umowy najmu. Jeżeli jednak w chwili składania oświadczenia o przedłużeniu okresu najmu właścicielem będzie kto inny niż składający ofertę, można twierdzić, że nowy właściciel nie jest związany nieprzyjętą jeszcze ofertą złożoną przez poprzedniego właściciela.

Poprzedni właściciel, o ile nie zostanie z tego wyrażnie zwolniony, pozostaje odpowiedzialny względem najemców za wszystkie zobowiązania, które nie są elementami stosunku najmu. Podobnie zobowiązania najemcy, które są objęte umową najmu, ale nie są elementem kształtującym stosunek najmu, mogą okazać się nie do wyegzekwowania przez nowego właściciela. Te kwestie wymagają wzmożonej uwagi przed podjęciem decyzji o nabyciu.

Nowy właściciel ma prawo wypowiedzieć umowy najmu zawarte na czas oznaczony, jednak najem-



ca będzie chroniony, jeżeli wylegitymuje się umową zaopatrzoną datą pewną. Każdy najemca może w dowolnym czasie uzyskać datę pewną u notariusza. Czynność ta nie wymaga zawiadomienia drugiej strony, a zatem nabywca nigdy nie będzie wiedział, czy jego wypowiedzenie okaże się skuteczne. Często sposobem zabezpieczenia roszczeń z tytułu najmu jest poddanie się egzekucji z aktu notarialnego. Nie można wykluczyć, że w razie sporu sądowego sporządzenie aktu poddania się egzekucji z tytułu wymienionej w akcie umowy najmu może zostać uznane za spełnienie wymogu uzyskania daty pewnej.

### **Zabezpieczenie zapłaty czynszu i innych świadczeń**

Płatności z tytułu czynszu i świadczeń dodatkowych korzystają z ustawowego prawa zastawu na rzeczach ruchomych najemcy wniesionych do przedmiotu najmu (art. 670 Kodeksu cywilnego), a ponadto mogą być zabezpieczone gwarancją bankową, poręczeniem, kaucją gotówkową czy poddaniem się egzekucji. Nie ma wątpliwości, że zbędne jest przenoszenie zastawu ustawowego, przysługującego z mocy art. 670 k.c. Podobnie jest z zabezpieczeniem w postaci dobrowolnego poddania się egzekucji z aktu notarialnego. Art. 788 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego umożliwia uzyskanie klauzuli wykonalności przez nowego właściciela po wykazaniu dokumentem urzędowym przejścia na niego wierzytelności. Nie będzie to trudne, gdyż nabycie nieruchomości zawsze jest dokonywane aktem notarialnym, który jest traktowany jako dokument urzędowy.

Poręczenie udzielone najemcy także może być egzekwowane przez nowego właściciela. Przyjmuje się, że umowny przelew wierzytelności powoduje przejście poręczenia, zatem przejście wierzytelności z mocy prawa spowoduje taki sam skutek. Stwierdzenia tego nie można jednak zastosować mechanicznie względem gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej. Art. 82 Prawa bankowego stanowi, że przelew wierzytelności z gwarancji bankowej powinien nastąpić wraz z zabezpieczoną wierzytelnością. Nie wyłącza to jednak przeniesienia wierzytelności bez zabezpieczenia gwarancją.

W przeciwieństwie do poręczenia gwarancja bankowa nie jest traktowana jako zobowiązanie akcesoryjne. Stąd wstąpienie w stosunek najmu i przejście wierzytelności z tytułu czynszu i opłat nie powoduje automatycznego przejścia uprawnień z gwarancji bankowej. Wymaga to dodatkowych czynności prawnych. W zależności od treści gwarancji będzie to albo przelew ze strony poprzedniego właściciela, albo nowa gwarancja wystawiona na zlecenie najemcy.

Powyżej tylko zasygnalizowaliśmy bogactwo problemów mogących wystąpić przy sprzedaży obiektu oddanego w najem. Problemy te mnożą się jeszcze, gdy chodzi o nabycie w celu oddania w najem (*sale and leaseback*) albo w leasing. Wówczas wstąpienie z mocy prawa nabywcy (finansującego) w stosunek najmu stanowi istotne utrudnienie, powodujące konieczność zawierania szeregu dodatkowych umów, wymagających współdziałania najemców.

### **Badanie roszczeń reprivatyzacyjnych**

Na koniec trzeba wspomnieć o badaniu roszczeń reprivatyzacyjnych. Takie badanie jest uzasadnione tylko w rzadkim już przypadku, gdy obiekt zbywa przedsiębiorstwo państwowe lub spółdzielnia. Jeżeli natomiast prawo użytkowania wieczystego lub własności było w przeszłości przedmiotem obrotu i w chwili przenoszenia tych praw nie były zgłoszone żadne roszczenia ujawnione w księdze wieczystej lub znane nabywcy, to nabycie nastąpiło w dobrej wierze. Nabywca jest wówczas chroniony rękojnią wiary publicznej ksiąg wieczystych. Nawet gdyby okazało się, że zgłoszone roszczenia są w pełni uzasadnione, nie będzie to stanowiło żadnego zagrożenia dla nabywcy. Roszczenia byłych właścicieli zaspokoić państwo w formie odpowiedniego odszkodowania.

Do zachowania dobrej wiary wystarczy zbadanie treści księgi wieczystej. Nabywca nie musi przeszukiwać archiwów ministerialnych i miejskich. Wbrew tym zasadom inwestorzy często żądają szczegółowych badań, a polscy prawnicy, zniewoleni anglosaskimi wzorcami, wykonują te niepotrzebne czynności, powiększając nakład czasu i pracy niezbędnej do obsługi transakcji.

*Stefan Jacyno, adwokat, jest współnikiem odpowiedzialnym za praktykę nieruchomości i inwestycji budowlanych oraz praktykę reprivatyzacyjną*

# Aktualne wyzwania w sporach o znaki towarowe

dr Monika Żuraw-Kurasiewicz

**Sporów dotyczących znaków towarowych jest w Polsce coraz więcej. Nie mają one jeszcze tak długiej historii i bogatego orzecznictwa jak w innych krajach europejskich, a spraw, które trafiają do sądów, w szczególności cywilnych, nadal jest stosunkowo niewiele. Nie są już one jednak taką nowością jak jeszcze kilka lat temu.**

Specyfiką przepisów prawa znaków towarowych jest duża elastyczność ich wykładni. Przesłanki naruszenia bowiem, takie jak ryzyko konfuzji, uszczerbek

w zdolności odróżniającej znaku lub czerpanie korzyści z jego renomy, wymagają dookreślenia. Nawet podobieństwo znaków i towarów nie poddaje się łatwej obiektywizacji. Dlatego też określenie granic ochrony, tj. ustalenie granic pomiędzy sferą wyłączności uprawnionego a swobodą wykorzystania oznaczeń podobnych przez osoby trzecie, należy przede wszystkim do sądów. Od ich oceny zależy, czy dane użycie zostanie uznane za naruszające. Interpretacja prawna pojęć takich jak ryzyko konfuzji czy nawet renoma znaku lub podobieństwo oznaczeń najczęściej odbiega od ich intuicyjnego rozumienia.

Prawo znaków towarowych rozwija się zatem dynamicznie. Nie trzeba zmieniać przepisów, aby zakres ochrony przyznanej uprawnionemu podlegał znaczącym modyfikacjom. W orzecznictwie widoczne są wyraźne tendencje – albo do stosunkowo szerokiego wyznaczania zakresu ochrony do znaku, albo do jego zawężania na korzyść osób trzecich i szeroko pojętej wolności konkurencji. Obecnie – zarówno w orzecznictwie wspólnotowym, jak i polskim – zaznacza się wyraźnie ten drugi trend. Oznacza to, że uprawnionym trudniej jest uzyskać ochronę: rzadziej stwierdzone jest podobieństwo oznaczeń, ryzyko konfuzji czy naruszenie renomy.

## Dwutorowość postępowania

Sprawy o znaki towarowe rozstrzygają w Polsce sądy administracyjne i cywilne. W tych pierwszych toczą się sprawy związane z rejestracją znaków; najczęściej dotyczą one unieważnienia znaków ze względu na istnienie kolizji z wcześniejszymi prawami. Sądy cywilne z kolei rozstrzygają spory o ochronę znaków towarowych, gdy osoba trzecia używa oznaczenia, które – w ocenie powoda – narusza sferę jego wyłączności. Dualizm ochrony przyjęty w polskim systemie prawnym nie służy jednolitości orzecznictwa i często utrudnia uprawnionym prowadzenie spraw. Muszą toczyć się one dwutorowo, i – co jest z tym związane – wymagają podwójnych nakładów, gdy spory są



od siebie niezależne. Unieważnienie rejestracji znaku nie jest bowiem tożsame z zakazem jego używania. Wygrana w sporze cywilnym nie wpływa zaś na ważność rejestracji znaku.

Sądy akcentują niezależność reżimów prawnych. Często podkreślają, że spór o rejestrację znaku może mieć inny wynik niż spór o używanie kolizyjnego oznaczenia, gdyż z innej perspektywy ocenia się przeszkody rejestracji znaku, a z innej naruszenie znaku w wyniku używania oznaczenia kolizyjnego. W postępowaniu administracyjnym uwzględnia się znak w formie zgłoszonej do rejestru, podczas gdy w sporze cywilnym oceniany jest sposób jego używania wraz z wieloma towarzyszącymi temu używaniu okolicznościami.

Stosunkowo od niedawna jest przesądzone, że sam fakt rejestracji oznaczenia, które jest używane w obrocie, nie wyłącza naruszenia (wyrok SN z 23 października 2008 r., V CSK 109/08 w sprawie Okpol). Do rzadkości należą sprawy, w których sądy cywilne dostrzegają zasadność oczekiwania na wynik postępowania administracyjnego przed wydaniem wyroku. W praktyce jednak kierują się wytycznymi zawartymi w wyrokach sądów administracyjnych. Wynik jednego sporu może zatem wpływać na rozstrzygnięcie drugiego, jeśli rozstrzygnięcia wydawane są w zbliżonych terminach. Bolączką obu rodzajów postępowań jest nadal ich długotrwałość i możliwość ponownego rozpoznawania tej samej sprawy kilka razy przez organ lub sąd I instancji. Do uchylenia decyzji i wyroków wydanych w I instancji stosunkowo łatwo prowadzą dostrzeżone przez sąd II instancji uchybienia procesowe, a niekoniecznie błędna ocena merytoryczna sprawy.

### **Zawężanie zakresu ochrony**

W polskim orzecznictwie wyraźnie widać już trend do zawężającej ochrony znaków towarów. Jeszcze niedawno sądy polskie uznały, że używający oznaczenia Velux narusza renomę znaku towarowego Okpol w sytuacji, gdy zbieżna była tylko grafika znaków (sygn. akt V CSK 109/08). W sprawie dotyczącej oznaczenia Mastercook przedstawiającego opakowanie przyprawy do potraw stwierdzono ryzyko konfuzji ze znakiem towarowym Vegeta w sytuacji, gdy zbieżność polegała na ogólnym podobieństwie opakowań, w tym kolorystyki, a poszczególne elementy, w tym oznaczenia słowne, były różne (wyrok NSA z 12 października 2010 r., sygn. akt II GSK 849/09). W najnowszych wyrokach sądy surowo oceniają podobieństwo znaków i towarów, często stwierdzając, że jest ono zbyt małe do wywołania ryzyka konfuzji.

Niezmiennie dominujące znaczenie przypisuje się przy tym oznaczeniom słownym. Nawet duża zbieżność graficzna oznaczeń nie musi prowadzić do stwierdzenia naruszenia, gdy nieco inny jest element słowny. Z drugiej strony elementy graficzne mogą być uznane za wyłączające podobieństwo oznaczeń kombinowanych, nawet gdy elementy słowne są w dużym stopniu zbieżne.

Trudniej jest też uzyskać ochronę dla znaków renomowanych. Zasady oceny stosowane przez polskie sądy korelują z najnowszymi rozstrzygnięciami sądów wspólnotowych, w których wymagane jest tak samo duże podobieństwo oznaczeń jak w przypadku oceny ryzyka konfuzji. Oznacza to, że wykluczenie ryzyka konfuzji pociąga za sobą najczęściej wyłączenie naruszenia renomy znaku. Pierwszym etapem badania jest ocena podobieństwa, której dokonuje się, uwzględniając te same kryteria co w przypadku ryzyka konfuzji. Zgodnie z dotychczasową wykładnią do stwierdzenia naruszenia praw do znaku renomowanego wystarczyło, aby sporne oznaczenie jedynie wywoływało skojarzenia z wcześniejszym znakiem renomowanym, co zakładało znacznie mniejszy stopień podobieństwa niż w przypadku ryzyka konfuzji. Najnowsze orzecznictwo znacząco zawęża ochronę przyznaną znakom renomowanym. Nadal jednak stwierdzenie naruszenia nie wymaga wykazania, że działania osoby trzeciej używającej spornego oznaczenia rzeczywiście doprowadziły do powstania negatywnych konsekwencji dla znaku renomowanego, w tym uszczerbku w jego zdolności odróżniającej lub jego renomie. Nadal wystarczą argumenty, że istnieje prawdopodobieństwo wystąpienia takich uszczerbków.

### **Znaczenie stanu faktycznego**

Ocena naruszenia prawa do znaków towarowych jest oceną normatywną. O zaistnieniu naruszenia powinny decydować kryteria prawne wypracowane w orzecznictwie, a nie okoliczności faktyczne. Wystąpienie ryzyka konfuzji nie jest bowiem warunkowane rzeczywistymi pomyłkami klientów polegającymi na wyborze innego produktu niż zamierzony. Ostatnio widać jednak tendencję do oceny naruszenia w kontekście rzeczywistych warunków rynkowych, takich jak kanały dystrybucji, ceny czy różnice jakości towarów opatrzonych porównywanymi oznaczeniami. W jednym z wyroków sąd okręgowy stwierdził, że – pomimo podobieństwa oznaczeń – nie zachodzi ryzyko konfuzji, gdyż towary pozwanego sprzedawane są wyłącznie w sieci jego sklepów, podczas gdy tożsame rodzajowo produkty powoda w sieci tej nie występu-

ją. Sąd apelacyjny stwierdził jednak słusznie, że inny kanał sprzedaży towarów nie eliminuje ryzyka konfuzji (por. uzasadnienie postanowienia SN z 7 grudnia 2012 r., sygn. akt II CZ 152/12). W innym wyroku za jedną z okoliczności wyłączających ryzyko konfuzji uznano fakt, że produkty powoda i pozwanego są oferowane w innych działach tych samych sklepów samoobsługowych (por. wyrok SA z 27 sierpnia 2013 r., sygn. akt I ACa 67/13).

### Rygory dotyczące dowodów

Ostatnio można także zaobserwować zwiększony rygorizm odnośnie do dowodów przedstawianych przez strony. W obu rodzajach postępowań – administracyjnym i cywilnym – obowiązek udowodnienia zasadności żądania spoczywa na uprawnionym do znaku. Okoliczności wymagających wykazania w sporze jest dużo. Jako że ocena naruszenia czy przeszkód rejestracji jest normatywna, do tej pory – w zasadzie – wystarczyło przedstawienie okoliczności sporu, w szczególności związanych z używaniem spornego znaku. Tymczasem ostatnio zapada coraz więcej wyroków, w których sądy stwierdzają, że dochodzący ochrony nie udowodnił swych żądań. Problemem może być nawet wykazanie, że towary są podróbione. Dotychczas wystarczyło uzasadnione oświadczenie uprawnionego, że towary oznaczone spornym znakiem nie zostały wyprodukowane w jego przedsiębiorstwie. Obecnie zdarza się, że sądy dążą do potwierdzenia tego faktu przez biegłych sądowych. Ci z kolei, wydając opinię, muszą wykorzystywać informacje uzyskane od powoda. Powołanie biegłego jest zatem najczęściej zbędne i niepotrzebnie przedłuża postępowanie, znacząco zwiększając jego koszty. Zdarza się również nadal – choć nie jest to tendencją dominującą – że biegły ma decydować o istnieniu ryzyka konfuzji w konkretnej sprawie, chociaż – jak wyżej wspomniano – ryzyko konfuzji

na gruncie prawa znaków towarowych nie jest okolicznością faktyczną.

### Badania rynkowe jako dowód w sprawie

Rygoryzm dowodowy sprawia, że strony coraz częściej sięgają po badania rynkowe w celu wykazania naruszenia swoich praw. Do tej pory badania zwykle miały wykazać poziom znajomości znaku towarowego wśród polskich klientów oraz jego renomę. Ocena samego ryzyka konfuzji – jako ocena normatywna – pozostawiona była sądowi. Obecnie na potrzeby procesu bada się, czy może dojść do rzeczywistych pomyłek. Taki dowód, złożony najczęściej przez powoda, zostaje poddany ocenie sędziowskiej wraz z innymi dowodami.

Rzetelnie przeprowadzone badanie rynkowe najczęściej potwierdza ocenę sprawy dokonaną w oparciu o kryteria teoretyczne. Z tej perspektywy badania rynkowe można ocenić jako zbędne i niepotrzebnie zwiększające koszty procesu. Z drugiej strony mogą skutecznie podważyć argument pozwanego, że powód nie udowodnił żądania. Praktyka korzystania z badań rynkowych jest stosunkowo nowa i nie wykształciły się zasady ich oceny.

Podsumowując, należy stwierdzić, że spory o znaki towarowe nie należą w Polsce do łatwych. Konieczne jest przedstawienie rozbudowanej argumentacji i bogatego materiału dowodowego. Orzecznictwo nie jest jednolite, niemniej jednak w coraz większym stopniu uwzględnia dorobek orzecznictwa wspólnotowego. Wskazane trudności nie mogą jednak zniechęcać uprawnionych do dochodzenia ochrony ich znaków. Wygrany spór najczęściej ma znaczenie prewencyjne i pozwala wyeliminować inne podobne naruszenia. Z kolei brak szybkiej reakcji na naruszenie znaku lub kolizyjną rejestrację może grozić utratą prawa albo zawężeniem ochrony.

*dr Monika Żuraw-Kurasiewicz, radca prawny, praktyka własności intelektualnej*



# Jaki będzie rynek funduszy inwestycyjnych po implementacji dyrektywy ZAFI?

Marcin Pietkiewicz

**Zasada swobodnego przepływu usług na europejskim rynku funduszy inwestycyjnych obejmuje coraz więcej podmiotów. Na poziomie wspólnotowym zharmonizowano już zasady działania UCITS, czyli funduszy typu otwartego, oraz ostatnio alternatywnych funduszy inwestycyjnych. Rok 2014 powinien przynieść implementację w Polsce dyrektywy w sprawie zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (dyrektywa ZAFI).**



## Fundusze inwestycyjne w prawie wspólnotowym

Wspólnotowe regulacje rynku funduszy inwestycyjnych można podzielić na te dotyczące funduszy UCITS oraz te dotyczące alternatywnych funduszy inwestycyjnych (tzw. AFI).

Fundusze UCITS to fundusze typu otwartego, które wykupują jednostki uczestnictwa na żądanie ich posiadaczy z aktywów funduszu, co jest możliwe dzięki inwestowaniu w płynne aktywa finansowe na zasadzie dywersyfikacji ryzyka. Unijny rynek funduszy typu UCITS został zunifikowany przez kolejne dyrektywy, z których ostatnią jest tzw. UCITS IV (dyrektywa 2009/65/WE z 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe). Nowelizacja ustawy o funduszach inwestycyjnych z marca 2013 roku implementuje postanowienia UCITS IV do polskiego prawa.

Natomiast do kategorii AFI zalicza się cała gama funduszy niespełniających kryteriów uznania ich za UCITS, które pozyskują kapitał od inwestorów z zamiarem inwestowania go zgodnie z określoną polityką inwestycyjną w celu uzyskania korzyści dla tych inwestorów. W 2013 roku rozpoczęła się unifikacja przepisów poszczególnych państw członkowskich w zakresie funkcjonowania funduszy alternatywnych, przybierających rozmaite formy prawne i organizacyjne, które nie podlegały do tej pory jednolitej regulacji w Unii Europejskiej. W konsekwencji nie było jednolitości co do możliwości oferowania uczestnictwa w takich przedsięwzięciach inwestycyjnych w innych państwach członkowskich niż państwo ich siedziby. Termin implementacji dyrektywy upłynął 22 lipca 2013 r., a Polska jest w grupie krajów, które nie przeprowadziły implementacji na czas.

## Fundusze inwestycyjne w prawie polskim

Polskie prawo rozróżnia trzy podstawowe rodzaje funduszy inwestycyjnych: fundusze inwestycyjne otwarte (FIO), specjalistyczne fundusze inwestycyjne otwarte (SFIO) oraz fundusze inwestycyjne



zamknięte (FIZ). Fundusze z pierwszej kategorii, tj. fundusze inwestycyjne otwarte, są w świetle prawa wspólnotowego kwalifikowane jako fundusze typu UCITS. Oczekiwana implementacja dyrektywy ZAFI spowoduje, że jej zasadom podlegać będzie tworzenie, zarządzanie i wprowadzanie do obrotu funduszy inwestycyjnych zamkniętych.

We wrześniu 2013 roku opublikowane zostały założenia projektu ustawy o zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi. Choć projektowane założenia mogą się jeszcze zmienić, opublikowany dokument wskazuje kierunek podejścia ustawodawcy do implementacji dyrektywy ZAFI.

#### **Po implementacji dyrektywy ZAFI: kto będzie AFI?**

Dyrektywa ZAFI definiuje fundusze alternatywne poprzez określenie przedmiotu ich działalności, którym jest pozyskiwanie kapitału od inwestorów w celu inwestowania go zgodnie z określoną polityką inwestycyjną z korzyścią dla tych inwestorów. Kwestię formy prawnej, podobnie jak w przypadku dyrektywy UCITS, pozostawiono do decyzji państw członkowskich.

O ile przy implementacji dyrektywy UCITS IV nie było wątpliwości, że za fundusze typu UCITS zostaną uznane polskie fundusze otwarte, o tyle nie jest obecnie jasne, które z polskich funduszy należy uznać za AFI. Do kategorii AFI zaliczać się będą fundusze inwestycyjne zamknięte. Powstaje pytanie, czy tak samo powinny zostać zakwalifikowane specjalistyczne fundusze inwestycyjne otwarte. Biorąc pod uwagę założenia do projektu ustawy o zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi, SFIO najprawdopodobniej zostaną zaliczone do AFI, ze względu na podobieństwo do FIZ w zakresie możliwości wprowadzenia ograniczonego statutowo kręgu podmiotów, które mogą nabywać jednostki uczestnictwa w funduszu, oraz ograniczeń w zakresie żądania odkupu jednostek uczestnictwa.

#### **Nowe możliwości sprzedaży jednostek zagranicznych AFI w Polsce**

W chwili obecnej prowadzenie działalności polegającej na zbiorowym inwestowaniu środków uzyskanych od inwestorów w drodze propozycji uczestnictwa w takim przedsięwzięciu może być w Polsce wykonywane albo przez fundusze inwestycyjne utworzone zgodnie z ustawą o funduszach inwestycyjnych, albo przez fundusze zagraniczne typu otwartego, które zostały notyfikowane Komisji Nadzoru Finansowego

zgodnie z zasadami dyrektywy UCITS IV. Inne zagraniczne fundusze inwestycyjne nie mogą oferować swoich jednostek lub udziałów inwestorom w Polsce. Wyjątkiem są sytuacje, gdy oferta będzie dokonywana na podstawie zatwierdzonego prospektu emisyjnego, a oferowane produkty będzie można uznać za papiery wartościowe lub gdy będą one sprzedawane wyłącznie z inicjatywy inwestora z Polski, a nie w związku z jakiegokolwiek rodzaju ofertą skierowaną przez fundusz do inwestorów na terenie Polski.

Dyrektywa ZAFI przynosi znaczące zmiany w tej kwestii. Otóż ZAFI, które mają zezwolenie na prowadzenie działalności w swoim macierzystym państwie członkowskim UE, będą mogły oferować w Polsce jednostki uczestnictwa lub udziały zarządzanych przez siebie funduszy pod warunkiem zawiadomienia o tym Komisji Nadzoru Finansowego (za pośrednictwem macierzystego organu nadzoru) (art. 32 dyrektywy ZAFI). Po przeprowadzeniu powyższej procedury ZAFI będą mogły oferować w Polsce jednostki uczestnictwa lub udziały inwestorom profesjonalnym (np. bankom czy funduszom inwestycyjnym). Możliwość skorzystania z tej procedury należy uznać za dopuszczalną dla podmiotów zagranicznych uznanych w swym państwie macierzystym za zarządzające funduszami alternatywnymi w oparciu o zasadę bezpośredniej skuteczności dyrektyw ukształtowaną w licznych orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE. Oczywiście warunkiem będzie przeprowadzenie w państwie macierzystym procedury notyfikacyjnej w oparciu o art. 32 dyrektywy ZAFI.

Dyrektywa ZAFI stanowi, że państwa członkowskie mogą wprowadzić przepisy umożliwiające oferowanie jednostek uczestnictwa lub udziałów AFI z innych państw członkowskich UE również inwestorom detalicznym. Treść projektu założeń do ustawy implementującej dyrektywę ZAFI wskazuje, że polski ustawodawca będzie w tej kwestii raczej zachowawczy i nie rozszerzy możliwości oferowania jednostek uczestnictwa lub udziałów alternatywnych funduszy na inwestorów detalicznych na zasadach podobnych, jak ma to miejsce wobec inwestorów profesjonalnych.

#### **Przejście TFI na zasady dyrektywy ZAFI**

W związku z proponowanym uznaniem TFI za ZAFI istniejące towarzystwa zarządzające funduszami, które będą traktowane jako AFI (np. funduszami inwestycyjnymi zamkniętymi), będą musiały dostosować swą działalność do nowych wymogów i będą musiały wystąpić z wnioskiem o uzyskanie zezwolenia na wykonywanie działalności ZAFI. Dyrektywa

wymaga, aby dostosowanie działalności podmiotów takich jak TFI nastąpiło do 22 lipca 2014 r. Ze względu na opóźnienie implementacji dyrektywy twórcy projektu założeń ustawy postanowili odstąpić od daty 22 lipca 2014 r. i przyjąć, że TFI będą miały rok na dostosowanie swej działalności do nowych przepisów, poczynwszy od momentu faktycznej implementacji dyrektywy ZAFI. W tym czasie TFI powinny również wystąpić do Komisji Nadzoru Finansowego o wydanie zezwolenia na prowadzenie działalności jako ZAFI, czyli jako zarządzający alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi.

W świetle powyższego obowiązek występowania o nowy rodzaj zezwolenia przez obecnie istniejące i działające TFI może budzić praktyczne wątpliwości oraz wywołać pewien niepokój wśród uczestników rynku. W skrajnym wypadku TFI, które nie uzyskają zezwolenia na prowadzenie działalności jako ZAFI, będą musiały zaprzestać zarządzania funduszami uznanymi za alternatywne fundusze inwestycyjne. Alternatywą byłoby rozwiązanie dopuszczające dalsze prowadzenie działalności na podstawie dotychczasowego zezwolenia przez TFI, które z jakichkolwiek przyczyn nie uzyskają licencji ZAFI, z zastrzeżeniem, że nie będą one mogły korzystać z pewnych udogodnień przyznanych ZAFI dyrektywą (takich jak

możliwość notyfikowania zamiaru sprzedaży jednostek w innym państwie członkowskim UE).

Ponadto, w świetle przepisów dyrektywy ZAFI, zarządzający alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi o małych portfelach (mniej niż 100 000 000 EUR) powinni być zwolnieni z większości obowiązków wynikających z dyrektywy. Tacy zarządzający powinni mieć możliwość działania na podstawie wpisu do rejestru zarządzających, bez konieczności uzyskiwania zezwolenia. Jednakże z treści założeń do projektu ustawy implementującej dyrektywę wynika, że z tego zwolnienia nie będą mogły korzystać polskie TFI, niezależnie od wielkości portfela.

Nadchodząca implementacja dyrektywy ZAFI niesie ze sobą szereg wyzwań i może wprowadzić duże zmiany w funkcjonowaniu i strukturze niepublicznego rynku inwestycji w przedsięwzięcia zbiorowego inwestowania w Polsce. Pierwszą tego oznaką jest właśnie przełamanie zasady prymatu polskich funduszy inwestycyjnych zamkniętych, która zamykała dotychczas drogę do szerszego oferowania w Polsce zagranicznych funduszy inwestycyjnych innych niż fundusze typu UCITS (fundusze otwarte). Teraz jest już to możliwe w stosunku do inwestorów profesjonalnych. Pozostałe zmiany już niebawem.

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

# Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej

Krzysztof Wiktor    Leszek Zatyka

**Odpowiedzialność majątkowa władzy publicznej za szkody wynikające z jej funkcjonowania ewoluowała w ciągu ostatnich kilkudziesięciu lat. Zmiany te zmierzają w kierunku rozszerzenia odpowiedzialności Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego, a w konsekwencji, przynajmniej teoretycznie, w kierunku polepszenia sytuacji prawnej poszkodowanych.**

Skarb Państwa i jednostki samorządu terytorialnego są największymi podmiotami prawnymi w kraju. Są obecne niemal w każdej sferze życia i działalności osób fizycznych i prawnych. Z jednej strony wykonu-

ją władzę administracyjną, z drugiej zaś są uczestnikami normalnych stosunków cywilnoprawnych.

W niniejszym artykule zajmiemy się analizą odpowiedzialności powyższych podmiotów publicznych związanej z pełnieniem przez nie funkcji władczych.

Skarb Państwa wykonuje funkcje władcze w drodze ustawodawczej (tworzenie prawa), wykonawczej (m.in. wydawanie decyzji administracyjnych) i sądowej. Jednostki samorządu terytorialnego wykonują władzę publiczną przede wszystkim w drodze wykonawczej, w niewielkim zaś stopniu w związku z tworzeniem prawa (akty prawa miejscowego).

W każdej z tych dziedzin może dojść do naruszenia praw podmiotów prywatnych, skutkującego powstaniem szkody w ich majątku.

Na skutki wadliwych działań władzy publicznej szczególnie narażone są podmioty prowadzące działalność gospodarczą. Na każdym kroku stykają się one z przedstawicielami władzy publicznej – czy to



podczas inwestycji budowlanych (uzyskiwanie decyzji o warunkach zabudowy i pozwoleń na budowę od funkcjonariuszy administracji samorządowej), czy to sprowadzając towary z zagranicy (funkcjonariusze celni), czy to podczas kontroli podatkowych (funkcjonariusze skarbowi).

Wystąpienie do władzy publicznej z wnioskiem o wydanie decyzji, zezwolenia, zgody czy udzielenie koncesji zwykle jest poprzedzone długimi przygotowaniem, poniesionymi wydatkami, a nierzadko zawarciem umów kredytowych czy innych umów rodzących zobowiązania finansowe.

Niezgodne z prawem decyzje administracyjne mogą prowadzić do zablokowania szykowanej transakcji czy inwestycji, utraty płynności finansowej przedsiębiorcy, a nawet do jego upadku czy likwidacji. Powszechnie znane są przypadki upadku dużych firm (nawet liderów w swojej branży), które na skutek wadliwych działań organów podatkowych, celnych lub prokuratury zmuszone zostały do zaprzestania działalności gospodarczej. Wadliwe działania władzy publicznej w takich przypadkach często wiązały się z pojawieniem się negatywnej opinii o przedsiębiorcy w mediach, co skutkowało utratą dobrego imienia wśród kontrahentów i klientów.

Znane są też przypadki, gdy w trakcie wieloletnich i bez uzasadnienia przewlekanych postępowań administracyjnych następowały zmiany (w sytuacji podmiotu gospodarczego, warunkach rynkowych bądź przepisach prawa), które czyniły planowaną inwestycję nieopłacalną bądź niemożliwą do zrealizowania.

### **Działania zabezpieczające**

Przedsiębiorcy nie zawsze zdają sobie sprawę z możliwości naprawienia szkód spowodowanych wadliwymi działaniami władzy publicznej. Dlatego nie podejmują właściwych działań zabezpieczających przyszłe roszczenia odszkodowawcze.

Do takich działań należy uzyskanie stwierdzenia niezgodności z prawem niewydania orzeczenia lub decyzji. Takie stwierdzenie (czy to w postaci decyzji administracyjnej, czy też orzeczenia sądowego) będzie stanowiło tzw. prejudykat, warunkujący uzyskanie odszkodowania. W celu zabezpieczenia roszczeń warto też na bieżąco kompletować odpowiednią dokumentację, ekspertyzy oraz inne informacje, gdyż ich uzyskanie dopiero na etapie występowania z roszczeniem odszkodowawczym może być niemożliwe bądź bardzo trudne.

Brak działań zabezpieczających może uniemożliwić bądź utrudnić uzyskanie odszkodowania w przyszłości, nawet pomimo ewidentnego wystąpienia szkody.

### **Zakres odpowiedzialności podmiotów publicznych**

Zakres odpowiedzialności podmiotów publicznych wynika z przepisów Kodeksu cywilnego oraz (w odniesieniu do szkód powstałych przed 1 września 2004 r.) Kodeksu postępowania administracyjnego. Zakres ten zmieniał się na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat i obejmował coraz to szersze przejawy działalności władzy publicznej.

Na taki kierunek zmian wpływała postępująca demokracja kraju, ale też bardzo bogate orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz Trybunału Konstytucyjnego, w szczególności związane z reprivatyzacją.

Podmioty publiczne odpowiedzialne są za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej. Niezgodne z prawem działania władzy publicznej to działania sprzeczne z konkretnymi przepisami prawa, a więc działania bezprawne.

Władza publiczna odpowiedzialna jest za powstałą szkodę w pełnej wysokości, tj. w postaci szkody rzeczywistej oraz utraconych korzyści.

Szkodą rzeczywistą jest zmniejszenie aktywów bądź zwiększenie pasywów, a więc faktyczne koszty, wydatki i straty, które poszkodowany poniósł w związku z podejmowaniem działań w celu zrealizowania planowanej inwestycji. Szkoła w postaci utraconych korzyści wynika z kolei z niezrealizowania planowanej inwestycji. Poszkodowany może oczekiwać naprawienia szkody w postaci utraconego zysku, na jaki mógłby liczyć w przypadku jej zrealizowania.

Najczęstszą przyczyną szkody związanej z działaniami władzy publicznej jest wydanie wadliwej ostatecznej decyzji administracyjnej lub prawomocnego orzeczenia sądowego. Naprawienia takiej szkody można żądać po stwierdzeniu we właściwym postępowaniu ich niezgodności z prawem.

Przykładowo szkodę poniesie inwestor – deweloper, który poczyni wydatki na wybudowanie osiedla mieszkaniowego w oparciu o uzyskaną decyzję o pozwoleniu na budowę, a następnie w postępowaniu administracyjnym zostanie stwierdzona nieważność tej decyzji. Inwestor może wówczas dochodzić zwrotu zarówno poniesionych kosztów, jak i utraconych korzyści z uwagi na niesprzedanie wybudowanych lokali w zaplanowanym terminie.



Inwestor – deweloper poniesie też szkodę, jeśli organ administracji nie wyda decyzji o warunkach zabudowy lub decyzji o pozwoleniu na budowę w czasie przewidzianym przepisami prawa (z uwagi na przewlekłość), albo w ogóle jej nie wyda mimo istnienia podstaw prawnych do jej wydania. Również w tym przypadku inwestor mógłby dochodzić naprawienia szkody w postaci poniesionych kosztów oraz utraconych korzyści, oczywiście po stwierdzeniu we właściwym postępowaniu niezgodności z prawem niewydania orzeczenia lub decyzji.

Najrzadszym, a zarazem najtrudniejszym przypadkiem jest sytuacja, gdy szkoda powstaje w związku z wydaniem aktu normatywnego (przepisów prawa). Jej naprawienia można żądać dopiero po stwierdzeniu we właściwym postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym niezgodności tego aktu z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą. Również niewiele jest przypadków dochodzenia naprawienia szkody wyrządzonej przez niewydanie aktu normatywnego, jeśli obowiązek jego wydania przewidziany jest w przepisach prawa. Niezgodność z prawem niewydania tego aktu stwierdza sąd rozpoznający sprawę o naprawienie szkody.

Poszkodowany zawsze musi wykazać związek przyczynowy pomiędzy szkodą a wadliwymi działaniami bądź zaniechaniami władzy publicznej. Odpowiedzialność władzy publicznej powstaje, gdy bez wadliwych działań podmiotów publicznych poszkodowany zrealizowałby inwestycję i uzyskał oczekiwany dochód.

Należy przy tym również pamiętać, że władza publiczna ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła. Wysokość szkody może zostać ograniczona, jeśli poszkodowany sam przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody.

Poszkodowany w postępowaniu sądowym musi również wykazać wysokość szkody oraz fakt bezprawności działań bądź zaniechań władzy publicznej poprzez wskazanie konkretnych przepisów prawa, które zostały przez nią naruszone.

Nie sposób policzyć przypadków, w których wadliwe działania władzy publicznej doprowadziły do nie-

zrealizowania inwestycji, utraty płynności finansowej przez przedsiębiorcę czy też do jego upadłości. Rosnąca z roku na rok liczba spraw sądowych, których przedmiotem jest naprawienie szkody spowodowanej funkcjonowaniem władzy publicznej, pokazuje jednak, że problem ten jest powszechny.

### Korzyści wychowawcze

W tym kontekście nie można zapominać o elemencie „wychowawczym” egzekwowania praw na drodze sądowej. Im więcej przedsiębiorców będzie domagać się naprawienia szkód spowodowanych wadliwymi działaniami władzy publicznej, tym więcej funkcjonariuszy publicznych będzie lepiej przestrzegać prawa i obowiązujących procedur. Pomocna powinna tu być ustawa z dnia 20 stycznia 2011 r. o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa. Zgodnie z jej przepisami funkcjonariusz publiczny ponosi odpowiedzialność majątkową za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu władzy publicznej. Warunkiem poniesienia tej odpowiedzialności jest stwierdzenie w drodze wyroku czy decyzji administracyjnej faktu naruszenia prawa i wadliwego działania funkcjonariusza publicznego, jak również wypłacenie przez podmiot władzy publicznej odszkodowania poszkodowanemu.

Dodatkowym skutkiem roszczeń odszkodowawczych kierowanych do władzy publicznej może być powstanie bardziej przyjaznych i przewidywalnych warunków prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce. Roszczenia takie są bowiem legalną formą nacisku na władzę publiczną (i bezpośrednio na funkcjonariuszy publicznych) w celu faktycznego przestrzegania prawa ustanowionego przecież przez tę samą władzę publiczną.

Sądy przychylniej patrzą dziś na tych, którzy starają się dochodzić odszkodowań od władzy publicznej. Jeszcze kilka lat temu takie procesy były w dużej mierze skazane na przegraną. Obecnie sądy powszechne rozumieją, że władza swoim działaniem lub zaniechaniem może wyrządzić szkodę majątkową podmiotom prywatnym, co z kolei w warunkach gospodarki wolnorynkowej negatywnie wpływa na interesy gospodarcze państwa.

*Krzysztof Wiktor, radca prawny, jest partnerem współodpowiedzialnym za praktykę reprivatyzacyjną*

*Leszek Zatyka, radca prawny, praktyka reprivatyzacyjna*



## Gdy zamawiający wymaga więcej, niż wykonawca zaoferował

Mirella Lechna Natalia Rutkowska

**Umowy zawierane w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego objęte są szczególnym reżimem prawnym. Ich treść i interpretacja są ściśle związane z tym, co zamawiający zamówił, a wykonawca zaoferował na etapie przetargu. Co jednak w sytuacji, gdy w trakcie wykonywania umowy zamawiający uważa, że żądał więcej?**

Obowiązek przeprowadzenia złożonej procedury przetargowej wynika z konieczności zagwarantowania, aby podmiot dysponujący środkami publicznymi wydał je efektywnie i zgodnie z prawem. W trakcie takiej procedury zamawiający, w zgodzie z ustalonymi wcześniej warunkami udziału w postępowaniu oraz

opisem przedmiotu zamówienia (zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia), porównuje oferty i wybiera tę najkorzystniejszą.

Wspomniana gwarancja stanowiłaby wyłącznie pustą obietnicę, gdyby po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający i wykonawca mogli dowolnie ukształtować treść umowy obejmującej przedmiot zamówienia. Stąd też ustawa Prawo zamówień publicznych wprowadza w art. 140 ograniczenie, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Oferta zgłoszona przez wykonawcę i opis przedmiotu zamówienia są ze sobą ściśle powiązane. Oferta powinna odpowiadać opisowi przedmiotu zamówienia, zawierając tym samym zapewnienie, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany w kształcie wymaganym przez zamawiającego. Oznacza to, że świadczenie, które wykonawca będzie realizował na podstawie umowy, powinno być odzwierciedle-



niem opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków zawartych w dokumentacji przetargowej. Pełna zgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a zapisami umowy jest kluczowa z tego względu, że umowa w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia podlega unieważnieniu.

### Potencjalne problemy

Sytuacja może się skomplikować, jeśli w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający nie wyraził precyzyjnie wszystkich elementów zamówienia. Przykładowo zamawiający przewidział, że obowiązkiem wykonawcy zamówienia będzie opracowanie cudzego utworu chronionego prawem autorskim, ale nie wskazał, że prawa wyłączne do tego utworu pozostają przy osobie trzeciej, w związku z czym wykonawca w cenie oferty nie kalkulował kosztu nabycia tych praw.

Innym przykładem może być sytuacja, w której zamawiający dowodzi, że wykonawca musi ponieść niewymienione wprost w opisie przedmiotu zamówienia koszty wynikające ze stosunku obligacyjnego pomiędzy zamawiającym a osobą trzecią, wywodząc ten obowiązek z ogólnego obowiązku wykonania inwestycji pod klucz.

W obliczu takich rozbieżności obie strony umowy w sprawie udzielenia zamówienia przedstawiają własną interpretację co do zakresu obowiązków wykonawcy. Przy tej okazji strona publiczna ma tendencję do przedstawiania kategorię stanowiska w przedmiocie interpretacji umowy. Obserwuje się pewien nacisk na przyjęcie interpretacji zamawiającego jako wiążącej.

Taki sposób prowadzenia dialogu na linii zamawiający – wykonawca jest jednak całkowicie nieuzasadniony. O ile w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można mówić o pewnego rodzaju autorytarnej władzy zamawiającego, decydującego o wyborze wykonawcy, o tyle z chwilą zakończenia postępowania przetargowego i rozpoczęcia realizacji umowy strony przechodzą na grunt stosunków cywilnoprawnych, co przekłada się na istniejącą między nimi równość i partnerstwo. Zamawiający nie ma zatem prawa przenosić swoich władczych uprawnień z etapu przetargu na etap realizacji umowy, a wykonawca nie ma obowiązku wykonywać poleceń zamawiającego, które są niezgodne z umową.

### Prawo w obronie wykonawcy

W przypadku niejasnego opisu przedmiotu zamówienia oraz nieprecyzyjnej treści umowy, bez względu na przyjęty sposób interpretacji, ich treść nie

może być analizowana w oderwaniu od podstawowych reguł Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z art. 29 ust. 1 p.z.p. zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Za prawidłowość i kompletność opisu przedmiotu zamówienia odpowiada zatem zamawiający. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z niedokładności tego opisu. Linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej wyraźnie wskazuje, że niestaranne i niejasne zapisy SIWZ, czyli specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która zawiera opis przedmiotu zamówienia, nie mogą być interpretowane w sposób niekorzystny dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, a wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za błędy zamawiającego. Stąd też, jeśli zamawiający przedstawi zbyt krótki, niedokładny opis przedmiotu zamówienia, to zamawiającego obciążają negatywne konsekwencje nieuwzięcia w ofercie wykonawcy wszystkich elementów, jakich zamawiający oczekiwał.

W zakresie interpretacji umowy w sprawie zamówienia warto wspomnieć, że zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych (np. wyrok Sądu Najwyższego z 17 czerwca 2009 r., sygn. akt IV CSK 90/09) wykładnia jej treści nie jest ograniczona specyficznym reżimem jej zawarcia i odbywa się na takich samych zasadach jak w przypadku każdej umowy pomiędzy podmiotami prywatnymi. Przepisy Prawa zamówień publicznych w szczególności nie wyłączają możliwości dokonania wykładni takiej umowy na podstawie reguł Kodeksu cywilnego, a zwłaszcza art. 65 k.c. zgodnie z którym w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Reguła ta gwarantuje, tak jak w przypadku art. 29 ust. 1 p.z.p., że w przypadku wątpliwości wynikających z niejasnych i nieprecyzyjnych postanowień umowy, nie dających usunąć się w drodze wykładni, nie można ich tłumaczyć na niekorzyść strony, która nie redagowała umowy.

Wykonawca zatem, mając na uwadze ochronę swoich interesów, nie powinien przyjmować na siebie żadnych obowiązków, które wykraczają poza to, co zagwarantował w ofercie. W przeciwnym razie naraża się na często dotkliwe dla siebie konsekwencje. Z jednej strony, realizując określone zadania bez podstawy prawnej, wykonuje je bez ochrony, która przysługiwałaby mu na podstawie umowy. Z drugiej strony pono-

si dodatkowe koszty, których nie uwzględnił w proponowanej przez siebie i wiążącej go cenie ofertowej.

#### **Gdy porozumienie nie jest możliwe**

Jeżeli wykonawca nie zgadza się na proponowane rozszerzenie przedmiotu zamówienia, pozostaje mu wejście w spór z zamawiającym i rozwiązanie go na drodze sądowej. W tego typu sporze sytuacja wykonawcy jest o tyle korzystna, że to zamawiający musi wykazać, że obowiązek, którego wykonania wymaga od wykonawcy, w ogóle istnieje i wynika zarówno z opisu przedmiotu zamówienia, jak i z umowy.

Gdyby okazało się, że zamawiający, niezadowolony z wejścia w spór, utrudnia wykonawcy realizację umowy lub zaniedbuje własne obowiązki względem

wykonawcy (np. wstrzymuje wypłatę wynagrodzenia), wykonawca także nie pozostaje bez ochrony. W tego typu sytuacjach można formułować zarzut braku współpracy po stronie zamawiającego przy realizacji umowy lub zarzut nienależytego wykonania zobowiązań ciążących na zamawiającym. Wiąże się to z możliwością naliczenia kar umownych lub domagania się odszkodowania, a nawet odstąpienia od umowy.

Wykonawca, który nie uzyska zamówienia na prace dodatkowe, a mimo to podejmuje się obowiązków, do których nie był zobowiązany, może mieć uzasadnione podstawy, aby domagać się zwrotu dodatkowych kosztów, które poniósł bez ważnej podstawy prawnej. Może się on bowiem oprzeć na cywilistycznej konstrukcji bezpodstawnego wzbogacenia.

*Mirella Lechna, radca prawny, jest współnikiem odpowiedzialnym za praktykę infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP*

*Natalia Rutkowska, praktyka infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP*

# Interim manager – jeszcze pracownik czy też już nie?

dr Szymon Kubiak

**Menedżer tymczasowy (interim manager, IM) to najczęściej osoba o bardzo wysokich kwalifikacjach, pełniąca rolę zewnętrznego eksperta do zadań specjalnych, który przychodzi do firmy w ściśle określonym celu. Celem takim może być np. postawienie spółki na nogi w sytuacji, w której problemy przerastają jej kierownictwo. Interim manager to osoba tymczasowo zarządzająca przedsiębiorstwem, częścią przedsiębiorstwa lub danym projektem.**



Potrzeba zaangażowania interim managera pojawia się najczęściej, gdy organizacja (pracodawca) dokonuje określonej transformacji – kiedy np. trzeba się zmierzyć z kryzysem lub gdy firma staje przed koniecznością zmiany, a w organizacji brakuje osób właściwych do jej przeprowadzenia. Może to być zarówno potrzeba prozaicznej poprawy wyników, przeprowadzenia restrukturyzacji zatrudnienia, jak i stworzenia czegoś zupełnie od podstaw. Projekty realizowane przez interim managerów trwają przeważnie od ok. 3 miesięcy do 1 roku.

Interim managerowie to bezsprzecznie profesja elitarna. Jest ona najpopularniejsza w Niemczech, gdzie jest ok. 10 tys. interim managerów. Na rozwiniętym rynku brytyjskim jest ich ok. 5-7 tys., a w Polsce ich liczbę szacuje się na ledwie 200-300 naprawdę doświadczonych osób, gdyż usługi tego typu zaczęły zyskiwać popularność w naszym kraju relatywnie niedawno.

Najistotniejsze w tej profesji jest doświadczenie i takie cechy jak umiejętność zarządzania projektami i ludźmi, samodzielność, analityczność, asertywność, zdolność zbudowania w krótkim czasie bardzo silnego autorytetu i wizerunku eksperta, mobilność, przedsiębiorczość i zorientowanie na cel. Co ciekawe, orientacja na relacje z ludźmi może w pewnych projektach (takich jak restrukturyzacje pracownicze) wręcz utrudniać interim managerowi osiągnięcie celu.

## Podstawa zatrudnienia

Formy zatrudnienia interim managera zaliczyć można do szeroko rozumianych tzw. elastycznych form zatrudnienia. Z perspektywy prawnika praktyka zajmującego się prawem pracy warto zastanowić się nad charakterem i cechami stosunku prawnego łączącego interim managera ze spółką, w której wykonuje on swoje zadania. Odpowiedź na pytanie, czy najwłaściwsze do nawiązania umowy z interim managerem będzie zatrudnienie pracownicze, czy też może cywilnoprawne, wcale nie jest taka oczywista.



W mojej ocenie najwłaściwszą formą takiego zatrudnienia nie będzie jednak umowa o pracę, lecz umowa cywilnoprawna. Jest tak z co najmniej kilku powodów, które najłatwiej będzie prześledzić, analizując kluczowe cechy pracy/usługi wykonywanej przez interim managera.

- a) **Osobiste świadczenie pracy** – związane zdecydowanie z wysokimi indywidualnymi kwalifikacjami, które decydują o wyborze i zaangażowaniu konkretnej osoby. Moim zdaniem za co najmniej wątpliwą uznać należy możliwość skorzystania przez interim managera z „zastępcy”. Wynika to jednak w tym przypadku raczej z kluczowego znaczenia cech indywidualnych, a nie z „osobistości” świadczenia pracy cechującej stosunek pracy.
- b) **Odpłatność** – wynagrodzenie interim managera co do zasady jest *stricte* powiązane z wymogiem osiągnięcia określonego rezultatu. Niższy stały element miesięczny (nie zawsze zresztą występujący; niekiedy też wynagrodzenie wypłacane jest z mniejszą częstotliwością niż w okresach miesięcznych wymaganych przez Kodeks pracy) niejednokrotnie jest mniej istotny od kluczowej dla poborów interim managera „premii za rezultat” – np. określonej jako procent podniesienia wartości przedsiębiorstwa na koniec realizowanego projektu. Per saldo wynagrodzenia interim managerów są średnio o 50-100% wyższe od wynagrodzeń menedżerów zatrudnionych na „etacie”. W umowie interim managera najczęściej określa się ściśle ustalony cel (np. zwiększenie rentowności/poziomu sprzedaży do danego poziomu w ściśle określonym czasie). Zwyczajowo interim manager gwarantuje sobie w umowie suwerenną decyzyjność w zakresie narzędzi, których może użyć celem osiągnięcia uzgodnionego rezultatu. Dlatego należy uznać, że interim manager wręcz bezpośrednio ponosi ryzyko gospodarcze związane z wykonywanymi zadaniami, co jak powszechnie wiadomo nie jest dopuszczalne w ramach stosunku pracy.
- c) **Terminowość stosunku prawnego** – współpraca z interim managerem z założenia nawiązywana jest na z góry ustalony czas, przeznaczony na wykonanie ściśle określonych zadań. Okres pozostawania bez pracy interim manager poświęca na poszukiwanie kolejnego projektu lub na inne cele, np. prywatne. Oczywiście tę samą cechę będzie miała także terminowo-

wa umowa o pracę lub też umowa o wykonanie określonej pracy.

- d) **Podporządkowanie** – w przypadku interim managerów można ewentualnie mówić o podporządkowaniu zbliżonym nie tyle do klasycznego ścisłego podporządkowania pracowniczego (stanowiącego konstytutywną cechę stosunku pracy), ile raczej do tzw. „podporządkowania autonomicznego” dopuszczonego przez Sąd Najwyższy w orzecznictwie w szczególności w przypadku zatrudniania członków zarządu na podstawie umów o pracę. Jakkolwiek bowiem zakres swobody decyzyjnej pozostawionej interim managerowi zazwyczaj jest duży, nie implikuje to co do zasady suwerennego przejścia całościowego zarządzania przedsiębiorstwem bez jakiegokolwiek nadzoru. Można jednak uznać, że wykraczającą poza podporządkowanie w ramach stosunku pracy, immanentną cechą pracy świadczonej przez interim managera jest jej samodzielność.
- e) **„Czas pracy”** – w obecnie obowiązującym Kodeksie pracy nie istnieje w zasadzie system czasu pracy, który dałoby się w pełni dopasować do rygorystycznych wymogów pracy interim managera, świadczącego pracę najczęściej w godzinach zdecydowanie przekraczających normy kodeksowe. Ta konkluzja może wydawać się radykalna z perspektywy wyjątków dotyczących pracowników zarządzających zakładem pracy w imieniu pracodawcy, ale przecież nawet ci pracownicy nie mogą stale wykonywać pracy w nielimitowanych godzinach i z naruszeniem kodeksowych okresów odpoczynku. Natomiast dla interim managera praca – w skrajnych przypadkach – nawet w warunkach 24/7 nie jest absolutnie niczym wyjątkowym.

Nie można oczywiście zupełnie wykluczyć możliwości prawidłowego skonstruowania zatrudnienia interim managera na podstawie umowy o pracę, jednak odpowiedniejsze będzie moim zdaniem zatrudnienie cywilnoprawne. Decydująca wydaje się większa elastyczność i gwarantowana swoboda stron w kształtowaniu umowy cywilnoprawnej, która zwyczajnie lepiej współgra z charakterem pracy interim managera niż stosunek pracy. Oczywiście także to rozwiązanie nie jest całkiem pozbawione ryzyka. Do takiej konkluzji prowadzi analiza orzecznictwa sądowego, zwłaszcza dotyczącego tzw. kwestii przekwalifikowania cywilnoprawnych kontraktów menedżerskich zawieranych z członkami zarządu.



Wymogi współczesnej dynamicznej gospodarki opartej na wiedzy sprawiają, że katalog aranżacji prawnych wykorzystywanych do świadczenia pracy/usług przez interim managerów jest bardzo szeroki. Obejmuje on także inne formy, poczynając od zatrudnienia interim managera jako pracownika tymczasowego i udostępnienia go pracodawcy-użytkownikowi, przez różne formy outsourcingu, aż do tzw. samozatrudnienia.

### **Zalety interim managerów**

Podsumowując, na pewno nie warto obawiać się tej nowatorskiej na polskim rynku metody wspomagania zarządzania. Jak pokazują doświadczenia wielu przedsiębiorstw, w przeważającej liczbie przypadków nieufność z nią związana relatywnie szybko przeradza się w entuzjazm spowodowany wynikami osiągniętymi dzięki jej zastosowaniu.

Dlaczego interim managerowie bywają aż tak skuteczni? Otóż menedżerowie zatrudnieni w danej firmie „od zawsze” są w jakimś stopniu zawsze nastawieni na przetrwanie i uwikłani w relacje pracownik-pracodawca. Dlatego też pewnych istotnych dla firmy spraw mogą już zwyczajnie nie zauważać, wpisując się w utarte „korposchematy”.

Aby przełamać nieufność, angażując interim managera pracodawca można dodatkowo zabezpieczyć swoje interesy – stosując np. zobowiązanie do zachowania poufności lub też klasyczną umowę o zakazie konkurencji. Z uwagi jednak na krótkotrwałość projektów realizowanych przez interim managera pojawić się może wtedy pytanie, czy zaangażowanie się w projekt obwarowany takimi restrykcjami będzie nadal dla interim managera opłacalne i jaka będzie jego ewentualna odpowiedzialność za naruszenie takiej umowy... ale to już temat na zupełnie inny artykuł.

*dr Szymon Kubiak, radca prawny, partner, praktyka prawa pracy*

# Ryzyka antymonopolowe w umowach franczyzowych

Sabina Famirska

**Franczyza jest jedną z popularniejszych form dystrybucji w Polsce. Według danych Polskiej Organizacji Francyzodawców w 2013 roku w Polsce funkcjonowało ok. 930 sieci franczyzowych. W 2013 roku liczba placówek franczyzowych miała przekroczyć 54 tys. Decyzja UOKiK w sprawie *Sphinx* z 25 czerwca 2013 roku każe jednak zadać pytanie, czy silna relacja handlowa łącząca francyzodawcę i francyzobiorcę nie rodzi zbyt dużych zagrożeń antymonopolowych podających w wątpliwość sens wspólnego przedsięwzięcia.**



Umowa franczyzy należy do kategorii tzw. umów nienazwanych. Ani w Kodeksie cywilnym, ani w innych przepisach obowiązującego prawa ten typ umowy nie został zdefiniowany. Przepisy prawa antymonopolowego definiują natomiast system dystrybucji franczyzowej. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 roku w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję określa go jako system dystrybucji, w którym dystrybutor bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się odsprzedać zakupione od dostawcy towary objęte porozumieniem wertykalnym, wykorzystując udostępnione przez niego, w zamian za wynagrodzenie, prawa własności intelektualnej i przemysłowej lub *know-how*.

W prawie unijnym znajdziemy bardziej rozwinięte wskazówki dotyczące dystrybucji franczyzowej. Warto jednak odnotować, że na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat podejście Komisji Europejskiej do franczyzy ulegało zmianom. W latach 80. Komisja Europejska dość znacząco zasygnalizowała odmienności tej formy dystrybucji, regulując ją w odrębnym akcie prawnym – rozporządzeniu Komisji Wspólnot Europejskich nr 4087/88 z dnia 30 listopada 1988 roku w sprawie zastosowania artykułu 85 ust. 3 Traktatu do umów franchisingu. Było ono poświęcone wyłącznie tej formie współpracy gospodarczej. Z czasem uznano jednak, że franczyza może być traktowana jak każde inne porozumienie dystrybucyjne i nie zasługuje na odrębną regulację. Obecnie odmienności tej formy współpracy gospodarczej są rozpoznawane w wydanych przez Komisję Europejską Wytocznych w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2010 roku oraz w praktyce orzeczniczej.

## Co wolno francyzodawcy

Niezależnie od zaszłości historycznych nie wzbudza kontrowersji konstatacja, że franczyza jest jedną z form dystrybucji zawierającą specyficzne i wyróżniające ją cechy. Cechą charakterystyczną tej formy dystrybucji jest ścisła współpraca pomiędzy twórcą (francyzodawcą) i członkami sieci (francyzobiorcami) oraz ujednolicenie sposobu dystrybucji towarów (usług) w jej ramach. Francyzodawca przyzna-

je określone prawa franczyzobiorcom, jednocześnie nakładając na nich obowiązek prowadzenia działalności zgodnie z jego koncepcją i modelem biznesowym. Z reguły umowa franczyzy zawiera zobowiązanie do używania jednolitej nazwy i szyldów oraz zapewnienia spójnego wyglądu lokali, przekazania przez francyzodawcę francyzobiorcy *know-how* (przy czym polska definicja systemu dystrybucji franczyzowej dopuszcza przekazanie jedynie praw własności intelektualnej i przemysłowej, ale już niekoniecznie *know-how*), a także udzielania francyzobiorcy stałej pomocy handlowej i technicznej przez cały okres trwania umowy.

W Wytycznych Komisji Europejskiej dotyczących ograniczeń wertykalnych przyjęto, że przeniesienie lub umożliwienie korzystania z praw własności intelektualnej i *know-how* usprawiedliwia wprowadzenie szeregu klauzul umownych ograniczających w pewnym stopniu swobodę francyzobiorcy. Ograniczenia te mają za zadanie ochronę wspólnego przedsięwzięcia oraz zapewnienie ściślejszej współpracy pomiędzy członkami sieci.

Dozwolone są zatem postanowienia, które zobowiązują francyzobiorcę do nieangażowania się w podobną działalność (w zasadzie klauzula taka dopuszcza wprowadzenie w umowie franczyzy zakazu konkurencji), podobnie jak postanowienia zobowiązujące francyzobiorcę do nieujawniania osobom trzecim *know-how*, o ile nie znajduje się w ono domenie publicznej. Wolno też zobowiązać francyzobiorcę do przekazania francyzodawcy wszelkich doświadczeń zgromadzonych podczas realizacji umowy i przyznać francyzodawcy oraz innym członkom sieci licencji niewyłącznej na *know-how* wynikające z tych doświadczeń. Francyzobiorca może także zostać zobowiązany do niewykorzystania *know-how*, na które udzielił licencji, do celów innych niż franczyza. Komisja Europejska dopuszcza również zobowiązanie francyzobiorcy do:

- informowania francyzodawcy o naruszeniach praw własności intelektualnej, na które udzielił licencji,
- podjęcia prawnych działań przeciwko osobom naruszającym te prawa lub do wspierania francyzodawcy w działaniach prawnych przeciwko takim osobom,
- nieprzenoszenia praw i obowiązków wynikających z umowy franczyzy bez zgody francyzodawcy.

Jednocześnie Komisja Europejska zaznaczyła, że postanowienia umowne nie mogą zawierać ograni-

czeń konkurencji mających taki sam przedmiot jak porozumienia wertykalne, które nie podlegają zwolnieniu na mocy tzw. rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych (np. ustalanie minimalnych cen odsprzedaży).

W rezultacie reguły oceny umów franczyzowych w zakresie najpoważniejszych ograniczeń (*hardcore restrictions*), w szczególności ustalania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży, w zasadzie nie różnią się od oceny zwykłych umów dystrybucyjnych. Wszelkiego rodzaju postanowienia umowne dotyczące cen detalicznych sprzedawanych towarów będą generowały znaczące ryzyka antymonopolowe. Dla konsumenta przyzwyczajonego do unifikacji cen towarów sprzedawanych w ramach sieci franczyzowych może to być sytuacja trudna do zaakceptowania.

Powstaje też pytanie, czy należałoby zastosować odmienne zasady w stosunku do tych sieci, w których dystrybucja towarów odbywa się częściowo w ramach sieci franczyzowej, a częściowo poprzez własną sieć producenta (tak jak w przypadku restauracji McDonalds). Na razie odpowiedź jest negatywna. Tego rodzaju sieci muszą liczyć się z tym, że ustalenie cen detalicznych odsprzedaży może spotkać się ze zdecydowaną reakcją organu antymonopolowego.

### Co na to UOKiK

W decyzji *Sphinx* Prezes Urzędu wyraził się pozytywnie o systemach dystrybucji franczyzowej. Jednocześnie stwierdził, że ta pozytywna ocena *w żaden sposób nie zwalnia przedsiębiorców z zakazu ustalania sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży, które są bezwzględnie zakazane*. Prezes UOKiK nie wykluczył natomiast teoretycznej możliwości zaakceptowania niektórych klauzul zawieranych w umowach dystrybucyjnych, stanowiących tzw. niezbędne ograniczenia (*ancillary restraints*), jeżeli klauzule są w sposób obiektywny i bezpośredni są związane oraz niezbędne do zawarcia i funkcjonowania franczyzy oraz do skutecznej realizacji celów franczyzy.

Chociaż decyzja UOKiK milczy w tej kwestii, należy też przyjąć, że niektóre postanowienia umowne mogłyby skorzystać z tzw. indywidualnego zwolnienia spod ogólnego zakazu porozumień ograniczających konkurencję w trybie art. 8 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów. Uzyskanie takiego zwolnienia wymagałoby wykazania pozytywnych efektów takiego ograniczenia, w szczególności jego prokonsumenckiego charakteru. Powyższa konstatacja ma o tyle ograniczone praktyczne znaczenie, że zastosowanie instytucji nie-

zbędnych ograniczeń lub indywidualnego zwolnienia jest niezwykle rzadkie, a dla podmiotu powołującego się na te prawne instrumenty – niezwykle utrudnione.

W decyzji *Sphinx* wskazano, że tak jak w przypadku zwykłej dystrybucji, w sieciach franczyzowych dopuszczalne byłoby niewiążące rekomendowanie cen odsprzedaży lub ustalanie cen maksymalnych, które jednak nie mogą być w rzeczywistości cenami minimalnymi lub sztywnymi. Jak się wydaje, obecny stan prawny pozwala odwołać się w relacjach francyzodawca-francyzobiorca do instytucji cen maksymalnych, które z jednej strony pozwalają na ściślejszą kontrolę cen odsprzedaży stosowanych przez francyzobiorców, a z drugiej generują ograniczone ryzyko antymonopolowe w świetle ww. orzecznictwa. Wymagałoby to odrębnej analizy w każdym konkretnym przypadku, w szczególności oceny udziałów rynkowych francyzodawcy i francyzobiorców.

Dla porządku należy zaznaczyć, że do tej pory franczyza cieszy się umiarkowanym zainteresowaniem polskiego organu antymonopolowego. Tej formie dystrybucji poświęcono niewiele decyzji administracyjnych. Warto jednak zaznaczyć, że decyzje te dotyczyły porozumień cenowych dotyczących ustalania cen detalicznych w sieci franczyzowej i w każdej z nich jednolicie przyjmowano, że wszelkiego rodzaju próby wpływania na ceny odsprzedaży przez francy-

zodawcę są niezgodne z prawem. W decyzjach tych nie dokonywano jednak daleko idącej analizy natury umów franczyzowych. W zasadzie ich ocena nie odbiegała od oceny zwykłych powiązań o charakterze wertykalnych łączącej producenta (sprzedawcę) z dystrybutorem towaru.

Powstaje zatem pytanie, czy w kontekście przepisów antymonopolowych ma sens odróżnienie franczyzy od innych form dystrybucji, czy jest to zabieg zupełnie bez znaczenia. Na pytanie to należy odpowiedzieć twierdząco. Franczyza jest charakterystyczną i odmienną od innych form porozumień wertykalnych formą dystrybucji, której desygnaty można z łatwością określić, odnosząc się do uregulowań polskich i unijnych. Podobnie w świetle praktyki obrotu trudne byłoby przyjęcie, że jest to zwykła forma współpracy gospodarczej. Z pewnością zakres dopuszczalnych zachowań w sieci franczyzowej jest szerszy aniżeli w przypadku innych form współpracy dystrybucyjnej. Dotyczy to nie tylko wymienionych wyżej akceptowanych przez Komisję Europejską ograniczeń, ale także innych obszarów współpracy, takich jak nałożenie na francyzobiorcę określonych obowiązków związanych z prowadzeniem wspólnych akcji marketingowych czy obowiązku przekazywania francyzodawcy informacji dotyczących wielkości sprzedaży i generowanego obrotu.

*Sabina Famirska, radca prawny, praktyka prawa konkurencji*

# Skutki w VAT nieodpłatnego przeniesienia infrastruktury na rzecz gminy

Przemysław Szymczyk

**Opodatkowanie darmowego przekazania drogi lub innych elementów infrastruktury zależy od tego, kto jest właścicielem gruntu, na którym infrastruktura ta spoczywa: czy inwestor, czy gmina.**

Inwestorzy budowlani, poza realizacją zasadniczego przedsięwzięcia, bardzo często wykonują szereg dodatkowych prac związanych ze wznoszeniem towarzyszącej infrastruktury technicznej, jak sieci komunikacyjne, wodociągowe czy kanalizacyjne. Po zakończeniu inwestycji urządzenia te są zazwyczaj nieodpłatnie przenoszone na rzecz gminy, co wynika z zawartych umów lub obowiązujących przepisów. Przykładowo, zgodnie z ustawą o drogach publicznych (art. 16), budowa lub przebudowa drogi spowodowana inwestycją niedrogową należy do inwestora

tego przedsięwzięcia, a szczegółowe warunki budowy lub przebudowy drogi (w tym jej przekazania przez przedsiębiorcę) określa umowa między zarządcą dróg (najczęściej gminą) i inwestorem.

W praktyce pewne wątpliwości rodzi kwestia podatkowego potraktowania powyższych czynności. Z punktu widzenia podatku VAT podstawowe znaczenie ma zakwalifikowanie darowizny infrastruktury jako dostawy towaru lub świadczenia usługi.

Według ustawy o podatku od towarów i usług (art. 7 ust. 2) każde nieodpłatne przekazanie przez podatnika towarów należących do jego przedsiębiorstwa (niezależnie od tego, czy realizowane jest na cele związane, czy też niezwiązane z prowadzonym przedsiębiorstwem) podlega opodatkowaniu, jeśli podatnikowi przysługiwało w całości lub części prawo do obniżenia podatku należnego o podatek naliczony od tych towarów (ważne jest wyłącznie posiadanie takiego prawa, a nie rzeczywiste skorzystanie z niego). Innymi słowy, przy nieodpłatnym przeniesieniu infrastruktury bez znaczenia pozostaje ewentualny związek przekazywanych obiektów lub urządzeń z działalnością gospodarczą inwestora, ponieważ w każdym przypadku (gdy tylko istniało prawo do odliczenia) czynność taka będzie traktowana na równi z odpłatną dostawą i zostanie objęta podatkiem VAT.

Jeżeli zatem inwestor oddaje gminie drogę dojazdową, przyłącze wodociągowe lub inne urządzenia wybudowane na jego własnym gruncie, będziemy mieli do czynienia z dostawą towarów (tj. gruntu wraz z naniesieniami), którą należy opodatkować. Ponieważ jednak gmina, zgodnie z umową, nabywa infrastrukturę pod tytułem darmym, rzeczywisty koszt podatku obciąży inwestora, który w momencie nieodpłatnego przeniesienia będzie zobowiązany wystawić fakturę wewnętrzną i naliczyć sobie podatek VAT (23%). Podstawę opodatkowania w tym przypadku stanowi koszt wybudowania infrastruktury, określony na dzień nieodpłatnego jej przekazania.

Inaczej sytuacja wygląda przy nieodpłatnym świadczeniu usług. Podlega ono opodatkowaniu wyłącznie





wtedy, gdy nie jest związane z działalnością gospodarczą podatnika (art. 8 ust. 2 ustawy o VAT). Ponieważ w zdecydowanej większości przypadków istnieje wyraźny związek pomiędzy przekazywaną infrastrukturą a główną inwestycją, podatek VAT nie będzie naliczany.

Zgodnie ze stanowiskiem organów podatkowych, jeśli dane przedsięwzięcie (np. budowa drogi) realizowane jest na gruncie będącym własnością gminy, wówczas nie można uznać, że przekazanie takiej inwestycji gminie wypełnia znamiona dostawy towaru (w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy o VAT). Według bowiem wyrażonej w Kodeksie cywilnym zasady *superficies solo cedit* (art. 48 i art. 191) budynki i inne urządzenia trwale związane z gruntem należą do części składowych gruntu, a zatem stanowią własność właściciela tego gruntu. Nie ulega wątpliwości, że infrastruktura (w szczególności drogowa) wznoszona przez inwestora na terenie gminnym również jest trwale związana z gruntem, a przez to należy do gminy. Nie może zatem stanowić odrębnego przedmiotu własności, co oznacza, że inwestor, który ją wybudował, nigdy nie stanie się jej właścicielem i nie będzie mógł nią rozporządzić, dokonując dostawy towaru. W świetle powyższego nieodpłatne przekazanie gminie infrastruktury wybudowanej na należącym do niej gruncie kwalifikuje się jako świadczenie usług, ponieważ według ustawy o VAT (art. 8 ust. 1) za takie trzeba uznać każde świadczenie niebędące dostawą towaru (por. pismo Izby Skarbowej w Warszawie z 24 listopada 2011 r., IPPP2/443-1046/11-2/MM). W tej sytuacji ma miejsce jedynie przekazanie przez inwestora poniesionych nakładów (czyli świadczenie usługi), a nie przeniesienie prawa do rozporządzania towarem jak właściciel (tj. dostawa towaru).

Podobne wnioski dotyczą nieodpłatnego przekazania inwestycji w postaci przyłącza wodociągowego, kanalizacyjnego itp. Otóż zgodnie z Kodeksem cywilnym (art. 49 § 1) urządzenia służące do doprowadzania lub odprowadzania płynów, pary, gazu, energii elektrycznej oraz inne urządzenia podobne nie należą do części składowych nieruchomości, jeżeli wchodzi w skład przedsiębiorstwa. Osoba, która poniosła koszty budowy takich urządzeń i jest ich właścicielem, może żądać, aby przedsiębiorca, który przyłączył urządzenia do swojej sieci, nabył ich własność za odpowiednim wynagrodzeniem, chyba że w umowie strony postanowiły inaczej. Z żądaniem przeniesienia własności tych urządzeń może wystąpić także przedsiębiorca.

Oznacza to, że powyżej wskazane urządzenia przestaną być częścią składową gruntu w momencie ich podłączenia do sieci będącej własnością przedsiębiorstwa. Zatem inwestor, przekazując nieodpłatnie wybudowane przyłącze, nie występuje w roli jego właściciela, gdyż jest ono już wtedy częścią sieci należącej do lokalnego przedsiębiorstwa (np. gminnego). Nie można więc w tej sytuacji mówić o dostawie towaru, a jedynie o świadczeniu usługi, bowiem dochodzi wyłącznie do przekazania poniesionych nakładów, a nie do ekonomicznego władztwa nad rzeczą.

Jeśli zatem inwestor nie chce ponosić dodatkowego ciężaru w postaci podatku VAT, powinien rozważyć budowę infrastruktury na cudzym gruncie (np. należącym do gminy). Pozostaje wówczas jedynie do wykazania związek przekazywanych urządzeń z prowadzoną działalnością gospodarczą, co w większości przypadków nie powinno stanowić problemu.

Dodatkowo przedsiębiorcy wciąż przysługuje wtedy pełne prawo do odliczenia podatku VAT naliczonego przy nabyciu towarów i usług niezbędnych do wybudowania darowanej infrastruktury. Zgodnie bowiem z ustawą o VAT (art. 86 ust. 1) podatnik może dokonać powyższego odliczenia w zakresie, w jakim nabywane towary i usługi są wykorzystywane do wykonywania czynności opodatkowanych, a zatem o ile istnieje związek między ich zakupem i prowadzoną działalnością gospodarczą. Ponieważ wznoszona i przekazywana infrastruktura najczęściej stanowi istotny element głównej inwestycji (np. ułatwia dostęp do budowanego centrum handlowego, a przez to wpływa na liczbę potencjalnych klientów), istnieje bezpośredni związek przyczynowy między wydatkami na jej powstanie (a przez to podatkiem naliczonym) i czynnościami opodatkowanymi, które wykonuje inwestor. Daje to pełną podstawę do dokonania odliczeń podatku naliczonego przy ponoszeniu wydatków na wzniesienie infrastruktury.

Możliwość ta (dokonanie odliczeń) jest także odzwierciedleniem jednej z fundamentalnych reguł konstrukcji podatku VAT – zasady neutralności. Jej istota polega na zakazie obciążania działalności podatnika kosztem nieodliczalnego podatku VAT, naliczonego przy nabyciu (wytworzeniu) towarów i usług służących tej działalności.

Nie istnieją zatem żadne ustawowe przeszkody, aby dokonać obniżenia podatku w związku z nabywanymi towarami i usługami przeznaczonymi na budowę nieodpłatnie przekazywanej infrastruktury, która to usługa nie podlega podatkowi VAT. Powyższe stanowisko prezentowane jest także w orzecznictwie

i interpretacjach organów podatkowych (m.in. wyrok WSA w Warszawie z 13 lutego 2007 r., sygn. III SA/Wa 3630/06 oraz interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej z Poznania z 11 marca 2010 r., sygn. ILPP1/443-1563/09-4/AI).

Jeśli jednak w okresie 5 lat (w przypadku zaś nieruchomości – 10 lat) nastąpi zmiana stopnia wykorzystania infrastruktury do celów działalności gospodarczej (w szczególności infrastruktura zacznie służyć wykonywaniu czynności zwolnionych lub niepodlegających podatkowi VAT), inwestor będzie zobligowany dokonać stosownej korekty podatku naliczonego odliczonego przy jej wytworzeniu.

Reasumując, w aktualnym stanie prawnym każde nieodpłatne przekazanie infrastruktury podlega opo-

datkowaniu podatkiem VAT. Jedyny wyjątek dotyczy infrastruktury wzniesionej na cudzym gruncie (w szczególności należącym do gminy), ale pod warunkiem, że przekazanie urządzeń wiąże się z prowadzoną przez inwestora działalnością gospodarczą. W takiej sytuacji nie następuje dostawa, a więc przeniesienie prawa do rozporządzania towarem jak właściciel, gdyż gmina, z racji posiadanego prawa własności gruntu, będzie także właścicielem wszystkich jego części składowych, w tym wybudowanej infrastruktury. Jeżeli jednak nie ma takiej możliwości, ponieważ grunt stanowi własność przedsiębiorcy, warto zastanowić się nad sprzedażą urządzeń za symboliczną złotówkę. Pozwoli to znacznie zminimalizować podstawę opodatkowania, a tym samym kwotę należnego podatku VAT.

*Przemysław Szymczyk, praktyka nieruchomości i inwestycji budowlanych*

# Czy będzie bojkot coli w polskich szkołach?

Joanna Krakowiak

**W sejmie dyskutowany jest projekt zmian do ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Ma on na celu eliminację z oferty sklepików szkolnych żywności uznawanej za niezdrową oraz zakazanie wszelkich form promocji tego rodzaju żywności na terenie placówek oświatowo-wychowawczych. Czy to zapowiedź ciężkich czasów dla producentów przysmaków ulubionych przez dzieci i zniechędzenia przez ekspertów od zdrowego żywienia?**



## Słodko-słony problem

WHO od lat alarmuje, że odsetek dzieci otyłych stale wzrasta. Nie jest to problem jedynie amerykański, ale również europejski, w tym polski. Choć naukowcy biją na alarm, że dzieci stają się coraz grubsze, rodzice zwykle ignorują ten problem, uznając, że z lekkiej nadwagi dziecko z wiekiem wyrośnie. Naukowcy odpowiadają, że ignorowana nadwaga może się pogłębiać (niechłubnym rekordzistą jest chiński trzylatek ważący 60 kg) i doprowadzić do poważnych chorób dietopochodnych jak np. cukrzyca czy nadciśnienie. Zjawisko nadmiernej konsumpcji żywności, która spożywana bez umiaru staje się niebezpieczna dla zdrowia, jest potęgowane przez nierozważnie prowadzoną reklamę. Może to oznaczać, że w przyszłości adresatami roszczeń o odszkodowanie za zrujnowanie zdrowia niewłaściwą dietą nie będą rodzice, tylko koncerny żywnościowe, które zawczasu nie zmieniają metod promocji swoich produktów.

## Stygmatyzacja niektórych produktów żywnościowych?

Zgodnie z projektem zmian do ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia na terenie przedszkoli, szkół podstawowych, gimnazjalnych oraz innych placówek oświatowo-wychowawczych i opiekuńczo-wychowawczych ma być zakazana sprzedaż niektórych kategorii środków spożywczych, które zostały uznane przez ustawodawcę za niezdrowe, lub które, jeżeli są konsumowane w nadmiernych ilościach, mogą być dla dzieci niezdrowe. Przykładowo są to słodczyce zawierające więcej niż 10 g cukru na 100 g produktu, dania typu fast food lub instant o zawartości sodu przekraczającej 300 mg sodu na 100 g produktu, napoje gazowane i niegazowane z dodatkiem cukrów i syntetycznych barwników czy też napoje energetyzujące i izotoniczne.

Zakazana ma być również reklama tego rodzaju produktów oraz, co szczególnie istotne, ich serwowanie w szkolnych i przedszkolnych stołówkach.

Gdyby się okazało, że zakazane produkty są reklamowane, sprzedawane lub serwowane, to dyrektor pla-

cówki miałby prawo wypowiedzenia umowy z podmiotem, który zakaz złamał (np. najemcą sklepu szkolnego czy też firmą cateringową dostarczającą posiłki) w trybie natychmiastowym. Z kolei organy inspekcji sanitarnej miałyby prawo nałożyć na podmiot łamiący zakaz karę pieniężną w wysokości do trzydziestokrotnego przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w roku poprzedzającym nałożenie kary.

Informacje niezbędne do ustalenia, czy produkt może być sprzedawany w szkole czy przedszkolu, nie zawsze znajdują się na etykietach. W takiej sytuacji zachodziłaby potrzeba skierowania zapytania do producenta, czy produkt spełnia wymagania stawiane żywności oferowanej w szkołach i przedszkolach. W razie wątpliwości należałoby także szczegółowo zbadać skład produktu w laboratorium, np. w zakresie poziomu sodu, cukru czy też obecności tłuszczów typu trans. Wydaje się jednak, że w praktyce dyrektorzy szkół nie mają ani doświadczenia, ani środków finansowych, aby rzetelnie zbadać każdy produkt, który trafia do sklepu szkolnego.

### **Zakaz sprzedaży to broń obosieczna**

Zakazy sprzedaży niektórych rodzajów żywności w szkołach obowiązują w kilku państwach świata, np. w Kanadzie, na Łotwie, we Francji czy w Wielkiej Brytanii. Francja, podobnie jak stan Nowy Jork, wprowadziła dalej posunięte restrykcje, ponieważ zakazała skierowanej do dzieci reklamy niektórych rodzajów żywności.

W Polsce, jak pokazują przykłady zakazów dotyczących sprzedaży alkoholu, narkotyków czy papierosów, jednym ze skutków wprowadzenia takiego zakazu może być zwiększenie popytu na zakazane produkty. Ryzyko powstania takiej właśnie reakcji u dzieci jest o tyle istotne, że zakazane produkty żywnościowe będą nadal dostępne w sklepach znajdujących się poza szkołami, a co więcej nadal będą mogły być intensywnie promowane w mediach.

### **Co dalej z reklamą żywności kierowaną do dzieci?**

Obecnie wizerunek dziecka może pojawiać się na etykietach i w reklamach żywności w zasadzie bez ograniczeń i to bez względu na to, czy reklamowana żywność powinna być przez dzieci spożywana. W tym zakresie przepisy prawa są na tyle liberalne, że z wyjątkiem szczególnych przypadków, np. komunikatów wywierających nadmierną presję na rodziców czy wręcz stanowiących szantaż emocjonalny, w większości przypadków udział dziecka w reklamie żywności nie jest kwestionowany.

W efekcie dzieci występują nawet w reklamach żywności przeznaczonej wyłącznie dla dorosłych, jak np. kawa. Taka liberalna praktyka przynosi producentom zyski z tytułu zwiększonej sprzedaży, ale nie da się wykluczyć, że długofalowo może spowodować straty.

Udział dziecka w reklamie zwykle sugeruje bowiem, że produkt jest dla niego odpowiedni. Co więcej, nieostrożnie sformułowany komunikat reklamowy może być odebrany przez dziecko, lub rodzica decydującego o diecie dziecka, jako zachęta do praktycznie nieograniczonej konsumpcji produktu. Czy w takiej sytuacji producenci żywności, szczególnie takiej, której spożywanie w nadmiarze może być szkodliwe dla zdrowia dzieci, mogą być pewni, że nie zostaną w przyszłości pozwani przez rodziców lub dorosłe już dzieci o zadośćuczynienie np. z tytułu otyłości lub zapadnięcia na chorobę dietopochodną jak cukrzyca czy nadciśnienie? Co prawda z prawnego punktu widzenia udowodnienie przed sądem, że uszczerbek na zdrowiu powstał w wyniku nadmiernego spożycia reklamowanego produktu, byłoby niezwykle trudne, jednak niezależnie od treści ewentualnego wyroku sądu straty wizerunkowe w przypadku nagłośnienia sprawy przez media byłyby ogromne i trudne do naprawienia.

### **Kluczowa rola producentów żywności**

Ani całkowity zakaz sprzedaży, reklamy i spożywania niektórych rodzajów produktów w szkołach, ani powszechne stosowanie wizerunku dziecka w reklamach produktów nieprzeznaczonych dla dzieci nie są korzystne dla producentów oraz konsumentów żywności.

Producenci żywności, którzy chcą skierować reklamę swoich produktów do dzieci lub wykorzystać ich wizerunek w reklamie, powinni zweryfikować projekt takiej reklamy co najmniej pod kątem następujących kryteriów:

- czy reklama nie wykorzystuje łatwości dzieci,
- czy reklama bezpośrednio nie nawołuje dzieci do nabywania produktów i czy nie zachęca dzieci do wywierania presji na rodziców lub inne osoby w celu skłonienia ich do zakupu reklamowanego produktu,
- czy reklama nie nadużywa zaufania dzieci do rodziców lub nauczycieli.

Jak pokazuje raport WHO przygotowany w ramach projektu Stan Mark (*project on standards for marketing*

*food and beverages to children in Europe*), wiodący producenci żywności opracowują szczegółowe zasady dotyczące sposobu promowania swoich produktów wobec dzieci – i to nie tylko w sklepikach szkolnych, ale również w internecie, w tym na portalach społecznościach, w filmach w ramach *product placement* czy też podczas wydarzeń sportowych w ramach ich sponsoringu.

Biorąc pod uwagę ogólnoświatowe tendencje do ograniczania marketingu żywności kierowanego do dzieci, należy uznać, że posiadanie własnych firmowych zasad dotyczących tego aspektu działalności oraz skrupulatne weryfikowanie kampanii reklamowych z udziałem dzieci i kierowanych do dzieci jest dziś podstawowym wymogiem stawianym odpowiedzialnym producentom żywności.

*Joanna Krakowiak, radca prawny, praktyka life science i postępowań regulacyjnych*



# Przekazywanie danych osobowych do państw trzecich

Agnieszka Szydlik Sylwia Paszek

**Wskutek globalizacji gospodarki oraz związanej z nią konieczności przekazywania danych pomiędzy spółkami w grupie wzrosło praktyczne znaczenie przepisów regulujących transfer danych osobowych do państw trzecich.**

Tendencję tę wzmaga dodatkowo rozpowszechnienie outsourcingu rozmaitych sfer działalności przedsiębiorców do osób trzecich, w tym działających w państwach trzecich. Rozpoczęcie korzystania z usług realizowanych w chmurze przesądziło, że przekazywanie danych do krajów trzecich stało się chlebem powszednim przedsiębiorców. Tym samym chlebem

powszednim stała się również konieczność zapewnienia, że dane osobowe czy to pracowników, czy to dostawców i klientów są przekazywane do państw trzecich w zgodzie z prawem.

## Odpowiedni poziom ochrony danych

Dla porządku przypomnijmy, że państwa trzecie to państwa nienależące do Europejskiego Obszaru Gospodarczego (grupy państw obejmującej państwa członkowskie Wspólnoty Europejskiej z wyłączeniem Chorwacji oraz Norwegię, Islandię i Liechtenstein).

Pomijając przekazywanie danych na podstawie zgody osoby zainteresowanej (co w większości przypadków nie jest możliwe ze względów praktycznych), przekazanie danych osobowych do państwa trzeciego może



mieć miejsce, jeśli państwo docelowe zapewnia na swoim terytorium tzw. odpowiedni poziom ochrony danych osobowych (art. 47 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych).

Uznaje się, że odpowiedni poziom ochrony zapewniają kraje, co do których Komisja Europejska wydała decyzję stwierdzającą, że państwo to zapewnia poziom ochrony danych adekwatny do poziomu przewidzianego w dyrektywie 95/46/WE z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (decyzje wydano m.in. w stosunku do Szwajcarii, Kanady, Argentyny, Wysp Owczych, Andory, Wyspy Man i Nowej Zelandii). Podobny status mają podmioty w Stanach Zjednoczonych posiadające certyfikat Safe Harbor (nadawany przez amerykański Departament Handlu). W obu przypadkach przekazanie danych nie wymaga dodatkowego badania poziomu ochrony ani uzyskiwania decyzji zezwalającej Głównego Inspektora Ochrony Danych Osobowych (GIODO).

#### **Badanie poziomu ochrony**

W innych sytuacjach przekazanie jest uwarunkowane pozytywnym wynikiem badania poziomu ochrony w państwie docelowym przekazania. Nie jest konieczne, aby ochrona w kraju trzecim była taka sama jak w Polsce. Istotne jest to, czy analogiczne są podstawowe zasady ochrony. Wśród zasad tych jest zasada przetwarzania danych wyłącznie w oznaczonym celu i zakresie, a także zasady związane z zastosowaniem środków zapewniających bezpieczeństwo danych na poziomie określonym unijnymi regulacjami czy też rzeczywistą możliwością realizacji przez podmiot danych uprawnień takich jak prawo do poprawiania i żądanie usunięcia danych.

Odpowiednia ochrona w państwie docelowym jest zapewniona wówczas, gdy to państwo docelowe (a nie tylko spółka otrzymująca dane) zapewnia na swoim terytorium odpowiedni poziom ochrony. Uznaje się bowiem, że sama spółka otrzymująca dane nie jest w stanie zapewnić odpowiedniego poziomu ochrony w państwie docelowym. W efekcie administrator danych, który zamierza przekazać dane do państwa trzeciego, nie może przekazać tych danych na tej tylko podstawie, że zawarł ze spółką otrzymującą dane umowę, która zobowiązuje tę spółkę do zachowania określonego poziomu ochrony. Poziom ochrony jest bowiem identyfikowany (oceniany) na podstawie całokształtu warunków przekazania i przetwarzania danych – w relacji pomiędzy podmiotami, ale także w kontekście systemu

państwowego kraju docelowego. Warto zauważyć, że w ostatnim czasie europejskie organy zajmujące się ochroną danych osobowych kwestionowały rejestrację w systemie Safe Harbor jako samodzielną podstawę przekazywania danych. Zwracano uwagę, że system Safe Harbor opiera się na deklaracji przedsiębiorcy co do zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony, przy czym państwo spełnienia tej deklaracji nie weryfikuje.

#### **Weryfikacja przez GIODO**

Weryfikacja, czy dla planowanego transferu został zapewniony odpowiedni poziom ochrony, należy do GIODO i następuje w toku postępowania o wydanie administratorowi danych zezwolenia na ich przekazanie do konkretnego podmiotu w konkretnym państwie trzecim. Rozpatrując wniosek, GIODO bada całokształt okoliczności towarzyszących zamierzonemu przekazaniu: charakter danych, cel i czas trwania planowanych operacji przetwarzania, przepisy prawa obowiązujące w danym państwie trzecim oraz stosowane w tym państwie środki bezpieczeństwa i zasady zawodowe, zastosowanie środków technicznych ochrony różnego typu czy też klauzule umowne.

Umowa o powierzenie przetwarzania danych zawarta pomiędzy administratorem danych i spółką otrzymującą dane stanowi zatem element podlegający badaniu łącznie z innymi elementami.

Zamieszczenie w umowie tzw. klauzul modelowych opracowanych przez Komisję Europejską (decyzja Komisji z 5 lutego 2010 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych podmiotom przetwarzającym dane mającym siedzibę w krajach trzecich na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady) z pewnością będzie mieć znaczenie dla wyniku oceny przez GIODO. Nie oznacza jednak automatyzmu pozytywnej oceny i nie oznacza, że GIODO musi wyrazić zgodę na przekazanie danych do państwa trzeciego.

#### **Wiążące reguły korporacyjne**

Podobnie ma się rzecz z zastosowaniem tzw. wiążących reguł korporacyjnych (*Binding Corporate Rules*, BCR) w zakresie ochrony danych osobowych. Koncept BCR opracowały europejskie organy ochrony danych zrzeszone w ramach Grupy Roboczej Art. 29 ds. Ochrony Danych. Szereg dokumentów przygotowanych przez Grupę Roboczą Art. 29 i dotyczących wiążących reguł korporacyjnych zawiera informacje o kryteriach, którym powinny odpowiadać reguły,

oraz o procedurze zatwierdzenia reguł przez krajowe organy kontroli ochrony danych osobowych.

Working Paper (Dokumenty Robocze) o numerach WP 74, WP 107, WP 108, WP 153, WP 154 i WP 155 odnoszą się do wiążących reguł korporacyjnych właściwych dla administratorów danych, a Dokumenty Robocze o numerach WP 195 i WP 204 dotyczą reguł dla podmiotów przetwarzających dane.

Wiążące reguły korporacyjne to wewnętrzne reguły dotyczące ochrony prywatności i bezpieczeństwa danych, przyjmowane w grupie powiązanych spółek działających w różnych jurysdykcjach. Ich celem jest zagwarantowanie, że przetwarzanie i przekazywanie danych pomiędzy takimi spółkami będzie odbywało się zgodnie z wymogami określonymi w przepisach Unii Europejskiej dotyczącymi ochrony danych.

Początkowo wiążące reguły korporacyjne służyły jako podstawa wymiany danych pomiędzy administratorami danych. Wymiany takiej często dokonują globalne korporacje, w których przetwarzanie danych klientów wymaga niejednokrotnie przesłania danych do podmiotów z grupy działających w krajach, które nie zapewniają odpowiedniego poziomu ochrony danych.

Następnym krokiem było wyjście naprzeciw potrzebom podmiotów, które przetwarzają dane osobowe jedynie w zakresie zleconym przez administratora danych, na przykład w wyniku realizowania zleceń w ramach kontraktów outsourcingowych.

Podobnie w przypadku podmiotów dostarczających usługi w chmurze legitymowanie się wiążącymi regułami korporacyjnymi pozwala przyjąć, że realizując usługi podmioty te będą zapewniać odpowiedni poziom ochrony danych. Tym samym nie narażą usługobiorcy na zarzut działania niezgodnego z wymogami art. 31 ustawy o ochronie danych osobowych, który nakazuje, aby administrator danych

mógł kontrolować sposób przetwarzania danych przez przetwarzającego.

Procedura przyjęcia wiążących reguł korporacyjnych wymaga, aby zostały one zatwierdzone przez organy ochrony danych osobowych. Zasadniczo podmiot wiodący w grupie powinien złożyć wniosek o zatwierdzenie reguł do organu właściwego ze względu na jego siedzibę. Organ ten, zwany wiodącym, będzie miał za zadanie zbadać poprawność reguł i włączyć w procedurę ich zatwierdzania inne organy ochrony danych UE, właściwe ze względu na siedziby innych spółek w grupie przyjmujących reguły.

Niestety w aktualnym stanie prawnym Polska nie może w sposób wiążący włączyć się w procedurę zatwierdzania reguł w ramach systemu wzajemnego uznawania wiążących reguł korporacyjnych. Na podstawie obowiązujących przepisów Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych może jednak rozpatrzyć pozytywnie wniosek, w którym polski podmiot wystąpi o zgodę na transfer danych w oparciu o wiążące reguły korporacyjne. W sytuacji, w której reguły zostały uprzednio zatwierdzone przez inny organ ochrony danych w UE, uzyskanie takiej zgody można uznać za pewne. Niedogodnością pozostaje konieczność przedstawiania w postępowaniu administracyjnym wszelkich dokumentów w języku polskim.

Należy się jednak spodziewać, że przyjęcie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, nad którego projektem od dwóch lat toczą się prace legislacyjne, pozwoli na automatyczne rozpoznawanie wiążących reguł korporacyjnych zatwierdzonych w innym państwie UE. W Polsce, która jest znaczącym rynkiem dla podmiotów realizujących usługi outsourcingowe, ułatwienie to będzie miało duże znaczenie.

*Agnieszka Szydlik, adwokat, Sylwia Paszek, radca prawny, praktyka ochrony danych osobowych*

# Wydobycie gazu i obrót gazem w Polsce

Weronika Pelc    Radosław Wasiak

**Na rynku gazu sporo się dzieje. Z jednej strony prowadzone prace legislacyjne zmierzają do zwiększenia kontroli państwa nad działalnością wydobywczą. Z drugiej strony rynek obrotu gazem coraz szybciej się liberalizuje.**

Polska zużywa więcej gazu niż wynosi krajowe wydobycie. Jak wynika z danych Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, mniej niż 1/3 z około 15 tysięcy milionów m<sup>3</sup> gazu zużywanych rocznie w Polsce pochodzi ze źródeł zlokalizowanych w naszym kraju. Ogromna większość odbiorców, niemal 95% rynku gazu, zaopatruje się w gaz u tego samego dostawcy, to jest Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A. Firma ta realizuje dostawy przede wszystkim w oparciu o gaz z wydobycia krajowego oraz gaz kupowany od spółki z grupy Gazprom w ramach umowy długoterminowej.

**Projekt ustawy zmieniającej zasady poszukiwania i wydobycia gazu**

Od dłuższego czasu trwają prace legislacyjne nad zmianą obecnego systemu regulacji działalności w zakresie poszukiwania i wydobywania węglowodorów ze złóż. Z punktu widzenia inwestorów niepokojące może być dążenie do zwiększenia kontroli nad prowadzoną działalnością wydobywczą.

Pierwotne plany legislacyjne zakładały powołanie całkowicie nowego podmiotu, Narodowego Operatora Kopalń Energetycznych (NOKE), sprawującego nadzór nad działalnością regulowaną i pobierającego część zysków z tej działalności. Podmiot ten, mający formę spółki prawa handlowego stanowiącej własność Skarbu Państwa, miał obligatoryjnie partycypować w każdej koncesji na wydobywanie węglowodorów ze złóż, poprzez udział zarówno w kosztach, jak i w zyskach z działalności. Ostatecznie Ministerstwo Środowiska pod naporem krytycznych uwag ze strony branży wydobywczej zrezygnowało z tego





pomysłu. Nie oznacza to jednak, że nie dojdzie do zwiększenia nadzoru nad działalnością regulowaną. Zgodnie z zapowiedziami będzie on jednak tak jak dotychczas realizowany przez służby nadzoru geologicznego oraz inspekcje ochrony środowiska. Kompetencje tych organów w zakresie kontroli działalności wydobywczej mają ulec rozszerzeniu. Dodatkowo partycypacja Skarbu Państwa w zyskach z działalności wydobywczej zapewniona będzie przez odrębne ustawy podatkowe wprowadzające specjalne daniny w postaci podatków zarówno od ilości wydobytej kopaliny, jak i od zysków osiąganych z działalności koncesjonowanej.

### **Nowa procedura koncesyjna**

Udzielenie koncesji węglowodorowej będzie wymagało przeprowadzenia postępowania przetargowego wszczynanego z urzędu lub na wniosek zainteresowanych podmiotów. Organ koncesyjny samodzielnie uzgodni warunki przyszłej koncesji z odpowiednimi podmiotami oraz uzyska decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach przyszłej inwestycji. Następnie organ koncesyjny opublikuje ogłoszenie o wszczęciu postępowania, w którym sprecyzuje techniczne oraz finansowe warunki udzielenia koncesji.

Postępowanie przetargowe zostanie podzielone na cztery etapy. W pierwszej kolejności podmiot zainteresowany podjęciem działalności wydobywczej powinien wystąpić z wnioskiem o przeprowadzenie postępowania kwalifikacyjnego w celu ustalenia, czy podmiot taki znajduje się pod kontrolą korporacyjną państwa trzeciego (niebędącego państwem członkowskim UE, EFTA lub NATO) lub jego podmiotu albo obywatela. W przypadku istnienia takiej kontroli trzeba będzie ustalić, czy może ona zagrażać bezpieczeństwu państwa. Postępowanie kwalifikacyjne prowadzone ma być przy współudziale instytucji nadzoru finansowego oraz służb wywiadowczych i kontrwywiadowczych.

Podmioty, które uzyskają pozytywną ocenę kwalifikacyjną, w drugiej fazie przetargu otrzymają zaproszenie do złożenia oferty. Nowym rozwiązaniem będzie możliwość złożenia wspólnej oferty przez więcej niż jeden podmiot. Dotychczas koncesja mogła być bowiem udzielana wyłącznie na rzecz jednego przedsiębiorcy. W przypadku wspólnego wniosku o udzielenie koncesji konieczne będzie wyznaczenie jednego podmiotu, który w całym procesie pełnić będzie funkcję operatora i który będzie zobowiązany do wykonywania praw i obowiązków wynikających z koncesji względem organów administracji publicznej. Dodatkowo członkowie konsorcjum

uzgodnią między sobą procentowy podział kosztów prac.

Przy ocenie ofert będzie brane pod uwagę doświadczenie oferentów w działalności wydobywczej, ich potencjał techniczny i finansowy, proponowane technologie, harmonogram prac oraz wysokość wynagrodzenia z tytułu użytkowania górniczego. Wyboru najkorzystniejszej oferty dokona specjalnie powołana komisja przetargowa, która o swojej decyzji poinformuje organ koncesyjny.

Na podstawie wyników przetargu organ koncesyjny udzieli koncesji na rzecz podmiotu, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Koncesja przyznawać będzie wyłączne prawo do prowadzenia działalności wydobywczej w określonym obszarze na czas określony od 10 do 30 lat.

### **Nowe zasady prowadzenia działalności koncesjonowanej**

Zmienia się również zasady prowadzenia działalności regulowanej, która podzielona zostanie na fazę rozpoznania oraz fazę wydobywania. Faza rozpoznania ma trwać do 5 lat i może być jednorazowo przedłużona o maksymalnie 2 lata. Ma to zmobilizować koncesjonariuszy do szybszego prowadzenia prac poszukiwawczych i rozpoczęcia wydobywania. Zaniechanie lub spowolnienie prac może stanowić podstawę uchylecia koncesji. Przejście do fazy wydobywczej wymagać będzie uzyskania decyzji inwestycyjnej wydawanej na podstawie rezultatów prac poszukiwawczych. Faza wydobywcza trwać będzie do czasu upływu ważności koncesji. Może ona być jednak przedłużana każdorazowo na okres do 5 lat, aż do czasu całkowitego wyeksploatowania zasobów złoża.

Zmiana zasad koncesjonowania działalności wydobywczej może wpłynąć na pozycję podmiotów już działających na rynku. Co do zasady koncesje wydane przed datą wejścia w życie nowelizacji zachowają ważność do upływu terminu, na jaki zostały wydane. Podmioty posiadające koncesję na poszukiwanie i rozpoznawanie węglowodorów będą mogły ją przekształcić w koncesję na poszukiwanie i wydobywanie węglowodorów ze złóż. Warunkiem będzie pozytywne zakończenie postępowania kwalifikacyjnego. Przedsiębiorcy, którzy nie zdecydują się na przekształcenie koncesji, zachowają obecnie obowiązujące prawo pierwszeństwa do eksploatacji rozpoznanego złoża na podstawie koncesji na wydobywanie. Jego wykonanie też będzie jednak uzależnione od wyników postępowania kwalifikacyjnego.



### Liberalizacja rynku gazu

W 2013 roku w Polsce wzrosło tempo liberalizacji rynku gazu. Od wejścia w życie nowelizacji prawa energetycznego w dniu 11 września 2013 roku przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się obrotem gazem są obowiązane do sprzedaży gazu na giełdach towarowych. Obowiązek sprzedaży gazu na giełdzie, czyli tzw. obligo giełdowe, wynosiło w 2013 roku 30% gazu wprowadzonego do sieci przesyłowej. Od 1 stycznia 2014 roku wynosi ono 40%, zaś z początkiem 2015 roku będzie to już 55%. Regulacja ta sprawia, że powoli pojawia się giełdowy rynek obrotu gazem. Możliwość obrotu gazem na Towarowej Giełdzie Energii S.A. istniała już od końca 2012 roku, jednak ilość i wolumen zawieranych transakcji były minimalne.

Odbiorcy końcowi uzyskali możliwość wypowiedzenia umów dotyczących dostaw gazu zawartych na czas nieoznaczony bez ponoszenia dodatkowych kosztów za pisemnym oświadczeniem. Odbiorcy końcowi mogą także wypowiedzieć umowy zawarte na czas określony za zapłatą kosztów i odszkodowań przewidzianych w treści umowy. Operatorzy muszą umożliwić odbiorcy gazu zmianę sprzedawcy nie później niż w terminie 21 dni od dnia poinformowania operatora o zawarciu umowy z nowym sprzedawcą gazu. Zmiany te umożliwiają skuteczne działanie na rynku innym niż PGNiG S.A. spółkom obrotu.

Obowiązek zatwierdzania przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki taryf na gaz ziemny dla wszystkich grup odbiorców, w tym również na rynku hurtowym, był postrzegany jako jedna z głównych barier dla rozwoju konkurencyjnego rynku gazu. W lutym 2013 roku Prezes URE stwierdził, że segment hur-

towego obrotu gazem ziemnym może zostać uznany za rynek konkurencyjny, a dalsze utrzymywanie dotychczasowych zasad zatwierdzania taryf ograniczałoby wzrost jego płynności. W związku z tym zwolnił przedsiębiorstwa energetyczne z obowiązku przedkładania do zatwierdzenia taryf stosowanych w obrocie hurtowym. Wcześniej decyzje indywidualne o zwolnieniu z obowiązku zatwierdzania taryf były wydawane przedsiębiorstwom posiadającym koncesję na ich wniosek. Prezes URE zwolnił też przedsiębiorstwa energetyczne posiadające koncesję na obrót paliwami gazowymi lub obrót gazem ziemnym z zagranicą z obowiązku przedkładania do zatwierdzenia taryf dla gazu ziemnego w postaci skroplonej (LNG). Jesienią 2013 Prezes URE zapowiedział, że będzie zwalniał z obowiązku przedkładania do zatwierdzania taryf dla sprzedaży gazu ziemnego odbiorcom końcowym, którzy w poprzednim roku kalendarzowym zużyli co najmniej 25 mln m<sup>3</sup>. Powinno to nastąpić na początku 2014 roku. Wówczas obowiązek przedkładania do zatwierdzenia taryf dotyczyłby jedynie taryf z cenami sprzedaży gazu dla odbiorców niespełniających przesłanek ilościowych konsumpcji gazu, jak również dla odbiorców w gospodarstwach domowych.

Opisywane zmiany służą z jednej strony umocnieniu roli państwa w sektorze wydobywania węglowodorów, a z drugiej strony stworzeniu konkurencyjnego rynku gazu dającego odbiorcom możliwość wybrania dostawcy gazu i negocjowania cen.

Rynek wciąż oczekuje na nowe prawo gazowe, które kompleksowo uregulowałoby funkcjonowanie rynku gazu i rozwiązało istniejące problemy dotyczące m.in. magazynowania gazu.

*Weronika Pelc, radca prawny, jest współnikiem odpowiedzialnym za doradztwo dla sektora energetycznego*

*Radosław Wasiak, adwokat, doradztwo dla sektora energetycznego*

# Kreowanie rażąco niskiej ceny – jak konkurencja zwalcza najtańsze oferty

Anna Prigan Hanna Drynkorn

**Celem uregulowań nakazujących stosowanie procedur zamówień publicznych podczas zamawiania dostaw, usług i robót budowlanych jest zapewnienie, by pieniądze publiczne były wydawane efektywnie. Z jednej strony chcemy, żeby urzędnicy kupowali tanio. Ale z drugiej nie chcemy, żeby realizowane zamówienia były niskiej jakości.**

Granica pomiędzy ceną niską a rażąco niską jest cienka, a regułą w przetargach jest operowanie w bli-

skich rejonach tej granicy. Po kilku głośnych medialnie porażkach projektów realizowanych ze środków publicznych zarzut wyboru przez zamawiającego oferty z rażąco niską ceną jest nośny i chętnie wykorzystany przez wykonawców.

Niewątpliwie wybór oferty z zaniżoną ceną musi prowadzić do problemów na etapie wykonywania umowy. Choć jednak w opinii publicznej obecne jest przekonanie, że zamawiający celowo nie zauważają podejrzenia niskich cen ofert, to nie jest chyba tak źle. Po pierwsze błędy niechlubnych projektów przeszłości nauczyły, że nie warto wybierać oferty z dumpingową ceną. Po drugie działania legislacyjne i edukacyjne (te ostatnie przede wszystkim prowadzone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych) promują pojęcie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie,



czyli zawierającej najlepszy stosunek ceny do innych kryteriów. Po trzecie wreszcie, i najważniejsze, oferta dumpingowa psuje rynek, a jako taka musi zostać przez rynek wyeliminowana. Z tego względu, nawet jeżeli nie widzi jej zamawiający, to oferta z rażąco niską ceną nie pozostanie niezauważona przez wykonawców.

### Weryfikacja ceny oferty

Badając ofertę, zamawiający musi przeanalizować ją także pod kątem rażąco niskiej ceny, a gdy ustali, że cena ta jest rażąco niska, musi tę ofertę odrzucić. Najniższa cena jest nadal najbardziej popularnym kryterium oceny ofert. Przykładowo w sektorze budowlanym w około 90% przetargów cena jest jedynym kryterium wyboru oferty.

Weryfikowanie realności i adekwatności zaoferowanej ceny odbywa się na dwóch płaszczyznach: w powiązaniu z innymi cenami zaoferowanymi w przetargu i w porównaniu z wyceną zamawiającego przygotowaną przed wszczęciem postępowania. Zamawiający sam ocenia, czy niska cena badanej oferty nosi znamiona „rażąco niskiej ceny”, o której mówi ustawa Prawo zamówień publicznych. Jednakże ewentualne odrzucenie oferty musi poprzedzać procedura wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w tej kwestii. Przed odrzuceniem jego oferty wykonawca może więc uzasadnić wysokość zaoferowanej ceny i przedstawić argumenty oraz dowody, które dowiodą, że jej niski poziom wynika z racjonalnej kalkulacji i nie stwarza zagrożenia dla zamawiającego.

Należy pamiętać, że zamawiający, wzywając do wyjaśnienia ceny, musi zadbać o precyzję sformułowań, aby wykonawca nie miał wątpliwości, które elementy jego oferty mające wpływ na wysokość ceny budzą wątpliwości. Z drugiej strony zamawiający nie może ingerować w sposób skalkulowania ceny i odnosić zarzutów zaniżenia ceny do jednego lub tylko niektórych elementów ceny, jeśli inne elementy zamówienia zaoferowano drożej i ogólna cena oferty kształtuje się na poziomie rynkowym. Ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień każdorazowo musi być dokonana w odniesieniu do ceny oferty brutto (a nie cen elementów oferty). Ponadto wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. (czyli nie w trybie badania wystąpienia rażąco niskiej ceny, ale w trybie wyjaśniania innych aspektów oferty) muszą zostać uwzględnione w ustaleniach zamawiającego przy badaniu, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską.

### Oręż dla konkurentów

Ocena zamawiającego co do tego, czy cena oferty jest rażąco niska czy nie, może być, i często jest, weryfikowana w postępowaniu odwoławczym. Tak jak odrzucenie oferty z powodu niskiej ceny może być zakwestionowane przez wykonawcę, który ją złożył, tak samo uznanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, może być przedmiotem odwołania każdego wykonawcy, który ma w tym interes prawny. Na obecnym bardzo konkurencyjnym rynku zamówień walka wykonawców o co ciekawsze projekty bardzo często jest realizowana na płaszczyźnie zarzutów dotyczących rzetelności kalkulacji ceny. Efekt takich działań należy ocenić co do zasady pozytywnie, chociaż nie odbywa się to bezkosztowo (i nie chodzi tylko o koszt postępowania odwoławczego, ale też o czas przedłużającej się procedury). Zdarzają się jednak przykłady bezzasadnego podważania w odwołaniach cen zwycięskich ofert.

Nawet w przypadku braku podstaw cenę konkurencyjnej oferty łatwo jest zakwestionować (co nie oznacza, że odwołanie okaże się skuteczne). Odwołania w takich przypadkach oparte są na wybranych elementach ceny oferty. Składający je zasadniczo wiedzą, że nie wygrają odwołania, ale liczą na takie przedłużenie procedury wyboru, żeby znacznie utrudnić lub nawet uniemożliwić realizację zamówienia w terminach określonych w ogłoszeniu. Inną korzyścią dla nich może być poznanie tajemnicy przedsiębiorstwa zwycięskiego wykonawcy, aby wykorzystać ją dla własnych celów.

### Jaka cena jest rażąco niska

Na częstotliwość podnoszenia przez ubiegających się o zamówienie wykonawców zarzutu rażąco niskiej ceny wpływa nieprecyzyjność tego pojęcia oraz brak jego definicji ustawowej. Należy zauważyć, że wśród wszystkich okoliczności, które wywołują obowiązek odrzucenia oferty przez zamawiającego, właśnie występowanie rażąco niskiej ceny w ofercie jest przesłanką najbardziej niedookreśloną, a tym samym dającą najszerze pole do interpretacji.

Można założyć, że rażąco niska cena dla każdego będzie oznaczała cenę znacząco odbiegającą od realiów rynkowych. Jednak na próżno szukać w ustawie punktu odniesienia, który pomógłby jednoznacznie dokonać kwalifikacji ceny oferty. Co prawda z biegiem lat doktryna i orzecznictwo wypracowały pewne standardy postrzegania ceny jako rażąco niskiej, ale nie są one dostatecznie sprecyzowane, w szczególności biorąc pod uwagę surową konsekwencję złożenia

oferty z rażąco niską ceną, która prowadzi do eliminacji wykonawcy z przetargu.

Punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są następujące czynniki: (i) wartość przedmiotu zamówienia określona przez zamawiającego, (ii) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, a także (iii) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych, jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej. O ile dwa pierwsze elementy można precyzyjnie określić na podstawie dokumentacji postępowania, o tyle ostatni z nich pozostawia szerokie pole do interpretacji. Dlatego w praktyce tak łatwo jest konstruować zarzuty dotyczące ceny.

Przykładowe (czyli nie wszystkie) obiektywne czynniki pozwalające poprawnie ocenić adekwatność ceny do przedmiotu zamówienia to oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane przez wykonawcę rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy czy też wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

#### Konieczność odsłonięcia kart

W razie odrzucenia oferty jako rażąco niskiej ciężar udowodnienia wiarygodności zaproponowanej ceny spoczywa na wykonawcy, od którego pochodzi ta oferta. Nie może się on powoływać na fakt, że wątpliwości zamawiającego nie zostały poparte żadnymi dowodami. Inaczej jest, gdy cenę oferty kwestionuje konkurencja wykonawcy w ramach postępowania odwoławczego wymierzonego przeciwko czynnościom podjętym przez zamawiającego. Wówczas to odwołujący musi wykazać słuszność zgłaszanych zarzutów. Każdorazowo jednak podjęcie obrony ceny swojej oferty powoduje konieczność ustosunkowania się do sposobu skalkulowania ceny przy dokonanych przez wykonawcę określonych założeniach, którymi w normalnych warunkach nie dzieliliby się ani z zamawiającym, ani ze swoją konkurencją.

W celu wykazania poprawności wyliczeń i przyjętych założeń, które szczególnie łatwo jest kwestionować

w projektach wysoce skomplikowanych, wykonawca broniący swojej oferty często nie uniknie ujawnienia okoliczności i danych, które stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Obrona oferty w takim przypadku oznacza konieczność przekazania zamawiającemu wrażliwych informacji, co niechybnie wiąże się z poniesieniem pewnej straty. Oczywiście kluczowe jest zastrzeżenie wyjaśnień dotyczących ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a gdy sprawa jest już na etapie odwołania – zawnioskowanie o utajnienie jego akt. Niestety jednak z momentem ujawnienia, nawet tak wąskiemu gronu jak zamawiający i skład rozpoznający odwołanie, wykonawca traci nadzór nad utrzymywaną w poufności informacją i może liczyć wyłącznie na rozsądek i wyczucie zamawiającego oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Podmioty te muszą pamiętać, że obnażenie tajemnic przedsiębiorcy w jednym postępowaniu przetargowym odbija się na jego konkurencyjności we wszystkich kolejnych postępowaniach, nie wspominając o innych szkodach, jakie może spowodować informacja w rękach osób niepowołanych.

#### Planowane zmiany

Na szczęście ustawodawca, zauważając niejednoznaczność regulacji, planuje doprecyzować przepisy odnoszące się do badania wiarygodności cen proponowanych przez wykonawców. W projekcie nowelizacji przewidziano rezygnację z pojęcia „rażąco niskiej ceny” i zastąpienie go bardziej opisowym określeniem właściwości cen, które winny podlegać badaniu. Planowane zmiany zakładają, że zamawiający będzie wzywał do złożenia wyjaśnień wykonawcę, który zaproponował cenę, która wydaje się zbyt niska i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami przetargowymi lub wynikającymi z przepisów prawa. Inna też, bo dwuetapowa, miałaby być procedura badania ceny budzącej wątpliwości zamawiającego. Gdyby zamawiający uznał, że wyjaśnienia wykonawcy są niewystarczające, na drugim etapie mógłby przeprowadzić z wykonawcą dodatkowe konsultacje na temat budzących wątpliwości kwestii.

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



# Kłopoty z zabezpieczeniem zobowiązań podatkowych

Radosław Teresiak

**Zabezpieczenie zobowiązania podatkowego na majątku podatnika służy zapewnieniu choćby częściowej skuteczności przyszłej egzekucji. Instytucja ta w obecnym kształcie rodzi jednak wiele kontrowersji. Po pierwsze organy podatkowe zawyżają kwotę przyszłego zobowiązania podatkowego, co doprowadziło wiele podmiotów do utraty płynności finansowej. Po drugie organy te nagminnie wydają decyzje zabezpieczające na wniosek organu kontroli skarbowej, co nie znajduje oparcia w prawie.**



Zgodnie z Ordynacją podatkową zobowiązanie podatkowe może być zabezpieczone na majątku podatnika (lub majątku wspólnym małżonków) przed terminem płatności, jeżeli zachodzi uzasadniona obawa, że nie zostanie ono wykonane, zwłaszcza gdy podatnik trwale nie uiszcza wymagalnych zobowiązań publicznoprawnych lub zbywa majątek, co może utrudnić lub udaremnić egzekucję. Tego rodzaju zabezpieczenie dokonywane jest w toku postępowania podatkowego lub kontroli podatkowej, przed wydaniem decyzji:

- ustalającej wysokość zobowiązania podatkowego,
- określającej wysokość zobowiązania podatkowego,
- określającej wysokość zwrotu podatku.

## Kiedy obawa jest uzasadniona

Zasadniczą przesłanką zabezpieczenia na majątku podatnika jest stwierdzenie, że zachodzi uzasadniona obawa, że zobowiązanie podatkowe nie zostanie wykonane lub że podatnik nie zwróci nadwyżki podatku naliczonego nad należnym.

Jak stwierdził w wyroku z 20 listopada 2012 roku Naczelny Sąd Administracyjny (sygn. akt: I FSK 2120/11), *Uzasadniona obawa, o której mowa w art. 33 § 1 o.p., to taka, która ma swoje źródło w obiektywnie stwierdzonym stanie faktycznym sprawy. Sam rozmiar uszczerpków podatkowych i skala nieprawidłowości w księgach podatkowych nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do twierdzenia przez organy podatkowe, że przyszłe zobowiązanie podatkowe nie zostanie wykonane. (...) Należy mieć również na uwadze sytuację finansową podatnika, w tym wielkość jego majątku mogącego pokryć ewentualne przyszłe zobowiązania publicznoprawne.*

Przyczyną wydania decyzji o zabezpieczeniu nie może być więc sama wysokość przewidywanego zobowiązania podatkowego. Organ podatkowy jest zobowiązany odnieść tę kwotę do sytuacji finansowej podatnika – jego aktualnych dochodów i stanu majątkowego.

W praktyce tak ukształtowana przesłanka zachęca organy podatkowe do określania kwoty przyszłego (ewentualnego) zobowiązania podatkowego w możliwie najwyższej wysokości.



Ustawodawca nie przyznał przy tym podatnikom żadnych dodatkowych gwarancji, które zapobiegałyby nadużyciom ze strony organów. Choć instytucja zabezpieczenia ewentualnych zobowiązań podatkowych ma charakter szczególny, podatnikowi przysługują jedynie zwykłe środki odwoławcze.

W efekcie zdarza się, że podatnik traci płynność finansową, nim zdoła wnieść skargę do sądu administracyjnego, a w efekcie ogłasza upadłość lub likwidację.

### Potrzebna nowelizacja

Dlatego należałoby postulować wprowadzenie zmian, których celem powinno być z jednej strony odejście od mechanizmu preferującego ustalanie przez organy maksymalnej kwoty ewentualnego zobowiązania podatkowego, a z drugiej strony zakreszenie granic czasowych, w których może obowiązywać decyzja o zabezpieczeniu.

Wystarczyłoby np. zobowiązać organ podatkowy do uiszczenia podwyższonych odsetek od nadwyżki przekraczającej rzeczywistą kwotę zobowiązania podatkowego. „Karne” odsetki obowiązywałyby organ podatkowy do rzetelnego określania ewentualnego zobowiązania podatkowego, a jednocześnie stanowiłyby rekompensatę dla podatnika.

Ramy czasowe, w których mogłaby obowiązywać decyzja o zabezpieczeniu ewentualnych zobowiązań podatkowych, powinny być powiązane z terminem wydania decyzji: a) ustalającej wysokość zobowiązania podatkowego, b) określającej wysokość zobowiązania podatkowego, c) określającej wysokość zwrotu podatku. Jeżeli decyzje te nie zostałyby wydane w określonym terminie, decyzja zabezpieczająca wygasalaby z mocy prawa. Zapewniałoby to faktycznie czasowy charakter decyzji o zabezpieczeniu.

### Co ma UKS do US

Warto by też jednoznacznie określić możliwość wydawania decyzji o zabezpieczeniu ewentualnych zobowiązań podatkowych przez organy kontroli skarbowej.

Dotychczas przyjęło się, że jeśli postępowanie kontrolne prowadził organ kontroli skarbowej (dyrektor urzędu kontroli skarbowej), składał on wniosek do organu podatkowego o wydanie takiej decyzji, wskazując jako podstawę prawną wniosku art. 155a § 2 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (u.p.e.a.).

Jednak decyzja o zabezpieczeniu ewentualnych zobowiązań podatkowych wydawana jest w toku postępo-

wania podatkowego, a jedynie wykonywana na podstawie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Dlatego przepisy regulujące „techniczne” aspekty wykonania decyzji o zabezpieczeniu nie mogą modyfikować właściwości rzeczowej organów podatkowych ani wprowadzać szczególnych procedur w zakresie wydania decyzji o zabezpieczeniu.

W szczególności z art. 155a § 2 u.p.e.a. nie można wywieść wniosku, że stanowi on podstawę prawną dla organów kontroli skarbowej do wystąpienia z wnioskiem o wydanie decyzji o zabezpieczeniu, a organom podatkowym umożliwia wydanie takiej decyzji w sytuacji, gdy nie prowadzą one postępowania podatkowego lub kontroli podatkowej.

Po pierwsze decyzja o zabezpieczeniu wydawana jest w toku postępowania podatkowego, zaś organ podatkowy, działając na wniosek organu kontroli skarbowej, nie prowadzi postępowania podatkowego i nie ma nawet wglądu w akta postępowania kontrolnego prowadzonego przez organ kontroli skarbowej. Decyzja organu podatkowego zapada więc na podstawie nieweryfikowanych informacji organu kontroli skarbowej.

Tymczasem wymóg, aby decyzję o zabezpieczeniu wydawał organ podatkowy prowadzący postępowanie podatkowe, ma jak się wydaje głęboki sens prawny. W wielu bowiem przypadkach zabezpieczenie potencjalnych zobowiązań podatkowych prowadzi do utraty przez podatnika płynności finansowej, a w konsekwencji do likwidacji działalności gospodarczej, i to zanim wysokość zobowiązania podatkowego zostanie ustalona lub określona w decyzji, chociażby organu podatkowego pierwszej instancji. W związku z powyższym organy podatkowe, wydając decyzję o zabezpieczeniu ewentualnych zobowiązań podatkowych, powinny ze szczególną starannością analizować zebrany w toku postępowania podatkowego materiał dowodowy, aby zarówno ustalić konieczność dokonania zabezpieczenia, jak i dokładnie określić przybliżoną kwotę zobowiązania podatkowego. Spełnienie tego wymogu jest możliwe wyłącznie w sytuacji, gdy organ dokonujący zabezpieczenia ma możliwość analizy materiału dowodowego znajdującego się w aktach postępowania podatkowego.

Po drugie wniosek organu kontroli skarbowej, choć stanowi dla organu podatkowego podstawę uzasadniającą wydanie decyzji zabezpieczającej, nie podlega żadnej weryfikacji, jako że nie jest pismem procesowym. Ponadto, w praktyce, wniosek o zabezpieczenie stanowi pierwsze pismo w sprawie, w którym organ

kontroli skarbowej artykułuje stwierdzone przez siebie nieprawidłowości. Zawarte w nim ustalenia są jednak często niezrozumiałe nie tylko dla strony, ale również dla organu podatkowego, który ma wydać decyzję o zabezpieczeniu.

### Przełomowy wyrok

Pojawia się więc pytanie o prawidłowość dotychczasowej praktyki, która nie wynika z żadnej normy prawnej, a wywołuje daleko idące konsekwencje dla strony postępowania kontrolnego.

W precedensowym wyroku z 11 czerwca 2013 roku (sygn. akt VIII SA/Wa 187/13) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie uznał, że organy kontroli skarbowej mają kompetencje do wydania decyzji o zabezpieczeniu potencjalnych zobowiązań podatkowych, zgodnie z art. 33 Ordynacji podatkowej.

Sąd w pierwszej kolejności wskazał, że decyzja o zabezpieczeniu zobowiązania podatkowego jest wydawana w toku postępowania podatkowego, a więc w oparciu o przepisy Ordynacji podatkowej. Nie podlega ona tym samym uregulowaniom ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Nie jest więc właściwe powoływanie przez organ kontroli skarbowej artykułu 155a u.p.e.a. jako podstawy prawnej wniosku do organu podatkowego o wydanie decyzji o zabezpieczeniu. Dopiero wydanie decyzji o zabezpieczeniu przez właściwy organ, na podstawie art. 33 Ordynacji podatkowej, może stanowić podstawę do wszczęcia postępowania zabezpieczającego na wniosek organu kontroli skarbowej, zgodnie z art. 155a § 2 u.p.e.a.

Sąd wskazał, że byłoby naruszeniem zasad postępowania, *gdyby to organ kontroli skarbowej prowadząc postępowanie kontrolne gromadził i wprowadzał na jego podstawie wnioski o potrzebie zastosowania art. 33 § 2 Ordynacji*

*podatkowej, skutkujące skierowaniem do naczelnika urzędu skarbowego wniosku o wydanie decyzji o zabezpieczeniu, a organ podatkowy (naczelnik urzędu skarbowego), działając na tej podstawie jako swego rodzaju organ wykonawczy, ograniczał się tylko do wydania decyzji na podstawie wniosku dyrektora urzędu kontroli skarbowej. To organ wydający decyzję ma spełnić zasadniczą rolę w gromadzeniu i ocenie materiału dowodowego dotyczącego okoliczności będących podstawą wydania decyzji.*

Ponadto sąd wskazał na treść art. 31 ustawy o kontroli skarbowej. Zgodnie z normą tam zawartą w zakresie nieuregulowanym w ustawie należy uważać organ kontroli skarbowej za organ podatkowy, a postępowanie kontrolne za równoznaczne z postępowaniem podatkowym i odpowiednio stosować przepisy ustawy podatkowej. W konsekwencji sąd zauważył, że skoro w danej sprawie było prowadzone postępowanie kontrolne przez organ kontroli skarbowej, to należy przyjąć, że do tego postępowania ma bezpośrednio zastosowanie art. 33 Ordynacji podatkowej. Jeśli więc organ podatkowy wyda decyzję o zabezpieczeniu w trybie art. 33 Ordynacji podatkowej na wniosek organu kontroli skarbowej prowadzącego postępowanie kontrolne, prowadzi to do naruszenia przepisów o właściwości i nieważności wydanej decyzji.

Dlatego, nie zaprzeczając zasadności istnienia regulacji umożliwiającej organom kontroli skarbowej zabezpieczanie potencjalnych zobowiązań podatkowych, należy postulować, aby korzystając z treści art. 31 ustawy o kontroli skarbowej zabezpieczenia dokonywały organy kontroli skarbowej, które prowadzą postępowanie kontrolne. Dzięki temu organy te wezmą odpowiedzialność za wydane decyzje o zabezpieczeniu, co ukróci stosowanie procedury nieznajdującej oparcia w przepisach Ordynacji podatkowej i ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

*Radosław Teresiak, doradca podatkowy, praktyka podatkowa*





### O kancelarii Wardyński i Wspólnicy

Kancelaria Wardyński i Wspólnicy jest niezależną polską firmą prawniczą skupiającą ponad 100 prawników, w tym wielu uznanych ekspertów prawa.

Świadczymy usługi doradztwa prawnego dla polskich i międzynarodowych podmiotów gospodarczych, instytucji finansowych oraz organów administracji publicznej. Rozwiązujemy najtrudniejsze problemy prawne naszych klientów.

Czerpiemy z najlepszych tradycji kancelarii adwokackich w Polsce. W codziennej pracy dla klientów kierujemy się takimi wartościami jak zaangażowanie, rzetelność, zaufanie i transparentność.

Korzystamy, między innymi dzięki naszemu zaangażowaniu w liczne międzynarodowe organizacje prawnicze i biznesowe, z najlepszych światowych praktyk zarządzania firmami prawniczymi. Wierzymy, że jest to z pożytkiem dla naszych klientów.

Naszym klientom doradzamy w następujących dziedzinach:

|                                       |                          |                                       |
|---------------------------------------|--------------------------|---------------------------------------|
| bankowość i finansowanie projektów    | ochrona danych osobowych | prawo upadłościowe                    |
| dochodzenie trudnych wierzytelności   | ochrona zdrowia          | <i>private equity</i>                 |
| doradztwo dla klientów indywidualnych | outsourcing              | reprivatyzacja                        |
| fuzje i przejęcia                     | podatki                  | restrukturyzacja                      |
| infrastruktura, transport             | pomoc publiczna          | rozwiązywanie sporów i arbitraż       |
| instytucje finansowe                  | praktyka karna           | rynki kapitałowe                      |
| kontrakty w obrocie profesjonalnym    | prawo energetyczne       | sprzedaż detaliczna i sieci sprzedaży |
| <i>life science</i>                   | prawo europejskie        | technologie, media, telekomunikacja   |
| nieruchomości i inwestycje budowlane  | prawo konkurencji        | ubezpieczenia                         |
| obsługa korporacyjna                  | prawo lotnicze           | usługi płatnicze                      |
|                                       | prawo ochrony środowiska | własność intelektualna                |
|                                       | prawo pracy              | zamówienia publiczne i PPP            |
|                                       | prawo sportowe           |                                       |

Na potrzeby klientów zagranicznych wyodrębniliśmy wyspecjalizowane zespoły: Czech Desk, French Desk, German Desk, Korean Desk, Russian Desk i Spanish Desk.

Nasze biura znajdują się w Warszawie, Poznaniu, Wrocławiu, Krakowie oraz Brukseli.

Kancelaria jest wydawcą Portalu Procesowego [www.portalprocesowy.pl](http://www.portalprocesowy.pl) prezentującego aktualności i analizy z tematyki postępowań sądowych, arbitrażowych i administracyjnych, oraz Portalu Transakcyjnego [www.portaltransakcyjny.pl](http://www.portaltransakcyjny.pl) opisującego prawne aspekty transakcji fuzji i przejęć na polskim rynku. Oba portale są dostępne w wersji polskiej i angielskiej.

Kancelaria jest też wydawcą aplikacji Wardyński+, pierwszej polskojęzycznej aplikacji o tematyce prawnej na iPada i Androida. Aplikacja jest dostępna bezpłatnie w App Store i Google Play.



