

**WAR WSP
DYŃ ÓLN
SKI+ ICY.**

ROCZNIK 2015

Nakład:

1210 egzemplarzy

Wydawca:

WiW Services Sp. z o.o.

Redakcja:

Justyna Zandberg-Malec

Produkcja:

Aleksandra Włodarczyk

Projekt graficzny:

Magda Wiśniewska i Bazyl Krasulak

Skład i druk:

Drukarnia Piotra Włodarskiego

© Copyright by Wardyński i Wspólnicy sp.k., 2015

Słowo wstępne	5	Wpływ Rekomendacji U na rynek bancassurance w Polsce Michał Steinhagen, Łukasz Szymański	61
Internet rzeczy Krzysztof Wojdyło	7	Odpowiedzialność Skarbu Państwa za niewłaściwą implementację dyrektyw Unii Europejskiej Paweł Mazur, Piotr Gołędzinowski	64
Arbitraż czy sąd powszechny – odwieczny dylemat dr Marcin Lemkowski	10	Zdążyć przed upadłością Michał Bartowski	67
Jakie prawo dla spadku? Aldona Leszczyńska-Mikulska, Tomasz Krzywański	13	Telemedycyna transgraniczna – odległa wizja czy bliska przyszłość? dr Ewa Butkiewicz	70
Czy cyberprzestępczość stanowi realne zagrożenie dla obrotu gospodarczego? Janusz Tomczak	16	(R)ewolucja w obowiązkach informacyjnych spółek giełdowych Danuta Pajewska, Marcin Pietkiewicz	73
Wszystkie odcienie wsparcia dla działalności innowacyjnej w Polsce Joanna Prokurat	19	Kłopoty z pomocą publiczną Joanna Prokurat, Wojciech Marszałkowski	76
Sąd Najwyższy a orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE Agnieszka Krainńska	22	Transparentność raportów z badań klinicznych Joanna Krakowiak	79
Jednak nie wszystko można komercjalizować Marzena Białasik-Kendzior, Anna Pompe	25	Czym reprivatyzacja nie jest i gdzie leży ryzyko reprivatyzacyjne Stefan Jacyno	82
Kontrole ZUS wciąż na tropie umów o dzieło Agnieszka Lisiecka, Michał Nowacki	29	Kształt produktu jako znak towarowy dr Monika Żuraw	85
Odpowiedzialność przy korzystaniu z outsourcingu Danuta Pajewska	32	Granice ingerencji wspólników spółek kapitałowych w sprawy spółki Maciej Szewczyk, Anna Dąbrowska, Izabela Zielińska-Barłózek	88
Co grozi nabywcy nieruchomości przemysłowej? Bartosz Kuraś, Izabela Zielińska-Barłózek	35	Dostęp do drogi publicznej wcale nie tak oczywisty Iwona Kasperek, Tomasz Zasacki	92
Redukcja pracowników przy joint-venture podmiotów konkurencyjnych dr Szymon Kubiak	38	Nowe podejście do kryterium cenowego Anna Prigan	95
Mniej kłopotów z przetwarzaniem danych osobowych Sylvia Paszek, Agnieszka Szydlik, Katarzyna Żukowska	41	Sportowiec rozliczany jak przedsiębiorca? Kazimierz Romaniec	98
Czy ceny energii elektrycznej są za wysokie? Weronika Pelc, Marek Dolatowski	45	Nowa era polskiego węgla? Radosław Wasiak	101
Delegowanie atrakcyjne dla pracodawców zagranicznych Magdalena Świtajka	49	Konwersja wierzytelności na akcje dłużnika jako metoda restrukturyzacji Piotr Wcisło, Krzysztof Libiszewski	104
Gwarancja zapłaty w umowach o roboty budowlane Michał Wons	52	Wpływ dyrektywy ZAFI na polski rynek private equity Katarzyna Wójcik-Bąkowska	107
Gun jumping: ryzykowny falstart w transakcjach fuzji i przejęć Andrzej Madała	55	O kancelarii	111
„Poproszę o ryczałt za nocleg w kabinie” Łukasz Lasek, Agnieszka Lisiecka	58		

Szanowni Państwo,

zmienia się prawo, obyczajowość, otoczenie gospodarcze, sytuacja społeczno-polityczna. Część tych zmian rozpatrujemy w kategoriach potencjalnych korzyści, inne w kategoriach ryzyka – nie zawsze zresztą dobrze rozpoznając, do której grupy przypisać daną zmianę.

W tej płynnej rzeczywistości przedsiębiorca musi odnaleźć stabilność, która warunkuje powodzenie jego przedsięwzięcia gospodarczego. Musi zachować czujność, by podejmować właściwe decyzje, dostosowując swoje działania do zmian.

Paradoksalnie do dużych zmian łatwiej jest się dostosować. Są one szeroko komentowane, analizowane. Większym zagrożeniem mogą stać się sprawy z pozoru błahе albo dobrze rozpoznane, które łatwiej jest spuścić z oka i zaniedbać.

W naszych publikacjach wskazujemy obszary, na które warto zwrócić uwagę w najbliższych miesiącach. Piszemy o szansach i zagrożeniach, o zmianach legislacyjnych i zmianach w orzecznictwie. Czasem stawiamy pytania, na które nie ma jeszcze jednoznacznej odpowiedzi. To też pomaga bowiem naświetlić sytuację, czemu właśnie ma służyć nasz piąty już Rocznik.

Tomasz Wardyński

Internet rzeczy

Krzysztof Wojdyło

Świat, gdzie każdy nasz ruch jest odnotowywany, mierzony i analizowany na tysiące sposobów, powoli staje się rzeczywistością. Zjawisko zwane „internetem rzeczy” (Internet of Things) coraz śmielej dociera do naszego życia. W perspektywie najbliższych kilku lat zdecydowana większość urządzeń, którymi posługujemy się na co dzień, ma być na stałe podłączona do sieci. Raport OECD na temat internetu rzeczy szacuje, że w 2020 r. na stałe do sieci może być przyłączonych 500 miliardów różnych urządzeń, w tym 50 miliardów urządzeń mobilnych. Z jakimi wyzwaniami prawnymi wiąże się tak dynamiczne zwiększenie obecności internetu w naszym życiu?

Pojęcie „internet rzeczy” odnosi się do zjawiska polegającego na przyłączaniu do sieci coraz większej ilości urządzeń (przede wszystkim różnego rodzaju czujników, urządzeń pomiarowych, ale też np. sprzętu gospodarstwa domowego) w celu umożliwienia zdalnego przesyłania danych z tych urządzeń i do tych urządzeń. Bardzo często na określenie tego zjawiska używa się również pojęcia *Machine-to-Machine communication* (M2M). W niniejszym tekście pojęcia te będą używane zamiennie.

Dosyć zgodnie mówi się, że mamy do czynienia z kolejnym, bardzo ważnym etapem w rozwoju internetu, nadającym sieci nowe, nieznane do tej pory funkcjonalności. Do internetu są już podłączone nie



tylko komputery, tablety czy smartfony. Normą staje się podłączanie do sieci lodówek, termostatów, kosiarek czy różnego rodzaju czujników znajdujących się chociażby w środkach transportu. Technologicznym hitem są podłączone do internetu urządzenia mierzące różnego rodzaju funkcje życiowe, takie jak bransolety dla biegaczy czy czujniki mierzące fazy snu. Wiele z nich to zwykłe gadżety, które nie niosą ze sobą zbyt dużej wartości dodanej. Jednak wiele rozwiązań opartych na koncepcji internetu rzeczy już teraz wykazuje ogromny potencjał. Nie ulega również wątpliwości, że w najbliższym czasie pojawią się ich nowe, ciekawe i pożyteczne zastosowania.

Już teraz można wyodrębnić kilka kluczowych zastosowań internetu rzeczy. Podłączenie urządzeń do sieci pozwala tworzyć efektywniejsze i bezpieczniejsze rozwiązania w transporcie (zarządzanie flotą

pojazdów, logistyka, automatyczne przesyłanie informacji o zagrożeniach na drodze). Podłączenie do internetu mierników energii umożliwia skuteczne zarządzanie kosztami jej zużycia w domach czy zakładach produkcyjnych. Urządzenia monitorujące funkcje życiowe mogą z kolei służyć usprawnieniu procesów medycznych, a nawet ratować życie dzięki generowaniu ostrzeżeń o pogorszeniu stanu zdrowia.

Zagrożona prywatność

Istota internetu rzeczy oraz komunikacji M2M polega w dużej mierze na zapewnieniu transferu danych zebranych przez urządzenia wyposażone w odpowiednie czujniki. Dane te są transferowane do centrów analitycznych, które generują raporty użyteczne dla użytkowników końcowych. Można przyjąć, że proces zbierania danych, ich transferu oraz przetwarzania odbywać się będzie w sposób automatyczny, w zasadzie bez udziału czynnika ludzkiego. Tytułem przykładu można wskazać systemy przesyłania danych zbieranych przez czujniki montowane w samochodach. Zapewnienie odpowiednich kanałów komunikacji dla przesyłu tych danych umożliwi ich dostarczanie zarówno do producentów, jak i do innych zainteresowanych podmiotów. Operatorzy dróg mogą, przykładowo, na podstawie tych danych otrzymywać w czasie rzeczywistym informacje o stanie drogi, warunkach atmosferycznych na konkretnych odcinkach dróg czy przeszkodach w ruchu drogowym. Dane te jednocześnie mogą służyć za źródło informacji na temat położenia oraz zachowań poszczególnych osób kierujących pojazdami.

Nietrudno dojść do wniosku, że w zależności od tego, jakie dane są przesyłane oraz kto ma do nich dostęp, internet rzeczy może, obok niezaprzeczalnych korzyści, stanowić również ogromne zagrożenie dla naszej prywatności. Zagrożenia te są coraz powszechniej identyfikowane, chociażby w opiniach wydawanych przez Grupę Roboczą ds. Artykułu 29.

Wiele danych rejestrowanych przez urządzenia funkcjonujące w ramach M2M ma na pozór charakter czysto techniczny. Okazuje się jednak, że mogą być one bardzo konkretnym źródłem informacji na temat naszych nawyków i zachowań. Tak jest przykładowo z urządzeniami monitorującymi zużycie energii. Nowe podejście do ochrony danych osobowych zakłada, że tego rodzaju dane, nawet jeżeli są zanonimizowane i na pozór nie sposób przypisać

ich do konkretnych osób, mogą stanowić dane osobowe i podlegać prawnemu reżimowi ochrony tych danych. Okoliczność ta ma fundamentalne znaczenie, ponieważ w rezultacie modele biznesowe podmiotów korzystających z internetu rzeczy muszą uwzględniać konieczność zapewnienia realizacji praw i obowiązków wynikających z reżimu ochrony danych osobowych.

W praktyce oznacza to m.in. konieczność zapewnienia podmiotom, których dane są przetwarzane, dostępu do tych danych oraz, w określonych przypadkach, prawa do żądania ich usunięcia. Zapewnienie realizacji tych uprawnień przy bardzo dużej liczbie zaangażowanych podmiotów (często znajdujących się w różnych jurysdykcjach) może okazać się sporym wyzwaniem.

Należy też pamiętać, że podmiot przetwarzający dane osobowe musi mieć odpowiednią podstawę prawną do wykonywania związanych z tym czynności. W wielu przypadkach wymagana będzie zgoda podmiotu, którego dane będą przetwarzane. Zgoda ta, w przypadku danych wrażliwych, będzie wymagała formy pisemnej. Z uwagi na szeroki zakres danych wrażliwych może się okazać, że wiele podmiotów uczestniczących w komunikacji M2M przetwarza dane o takim właśnie charakterze.

Na producentach i podmiotach korzystających z urządzeń w ramach internetu rzeczy spoczną zatem nowe obowiązki, których, przynajmniej w takiej skali, do tej pory nie znali. Dotyczy to przykładowo producentów samochodów, którzy decydując się na korzystanie z rozwiązań M2M, będą musieli zapewnić realizację praw użytkowników samochodów związanych z ochroną ich danych osobowych. Będzie to wymagało zarówno stworzenia nowych rozwiązań infrastrukturalnych (np. w zakresie IT), jak i przygotowania odpowiednich rozwiązań prawnych.

Wyzwania regulacyjne oraz kontraktowe

Nie ma jednego uniwersalnego standardu technologicznego, który byłby używany do komunikacji pomiędzy urządzeniami w ramach M2M. W praktyce używa się wielu standardów. Największe wyzwania prawne wiążą się z tymi kanałami komunikacji, które są elementem regulowanego i nadzorowanego rynku. Dotyczy to w szczególności używania kanałów komunikacji opartych na bezprzewodowych sieciach komórkowych. Należy się spodziewać, że właśnie ten kanał będzie w najbliższym czasie szczególnie intensywnie eksploatowany.

Z perspektywy regulacji rynku telekomunikacyjnego dynamiczny rozwój internetu rzeczy może wiązać się z koniecznością uruchomienia dodatkowych częstotliwości w celu zapewnienia sprawnego przesyłania radykalnie zwiększonej ilości danych. Wielu regulatorów przeprowadziło już lub właśnie przeprowadza publiczne konsultacje w tym zakresie.

Innym bardzo ważnym zagadnieniem, z którym prędzej czy później mogą zostać skonfrontowani regulatorzy, jest konieczność wypracowania odpowiedniego modelu regulacyjnego, zapewniającego atrakcyjne warunki działania podmiotom, które produkują i wykorzystują znaczną ilość urządzeń uczestniczących w komunikacji M2M. Dotyczy to przykładowo producentów samochodów, którzy chcąc korzystać z dobrodziejstw M2M, mogą stanąć przed koniecznością instalacji milionów kart SIM w pojazdach oraz zapewnienia połączeń telekomunikacyjnych z tymi kartami. Przy takiej skali działalności pojawia się pytanie, czy producenci nie powinni być traktowani inaczej niż zwykli użytkownicy usług telekomunikacyjnych. Bez uzyskania statusu operatora telekomunikacyjnego (lub innego statusu regulacyjnego, którego wprowadzenie do systemu prawa rozważa się niekiedy w związku z internetem rzeczy) producenci nie mogą uczestniczyć w hurtowym rynku telekomunikacyjnym (np. w zakresie roamingu).

Ponadto radykalnie zwiększona liczba urządzeń przyłączonych do internetu tworzy wyzwania związane z koniecznością zapewnienia prawidłowej identyfikacji tych urządzeń. Wiele z nich będzie korzystało w tym celu z adresów IP. Tymczasem zasoby adresacji obecnej wersji protokołu IP (IPv4) już w tej chwili są na wyczerpaniu. Być może więc dynamika rozwoju internetu rzeczy doprowadzi do szybszej implementacji nowej wersji protokołu – IPv6.

Dla producentów urządzeń, które mają być podłączone do sieci, dużym wyzwaniem, wymagającym każdorazowo wnikliwej analizy regulacyjnej, jest zapewnienie dostępu tych urządzeń do sieci. W wielu przypadkach producenci będą instalowali w swoich urządzeniach karty SIM, które następnie będą dostarczane użytkownikom końcowym w ramach dystrybucji produktów. Może więc

powstać pytanie, czy dostarczając użytkownikom końcowym urządzenia z kartą SIM oraz zapewniając tym użytkownikom dostęp do sieci producent nie wykonuje regulowanej działalności telekomunikacyjnej. Ustalenie, że producenci prowadzą działalność telekomunikacyjną, wiązałoby się z koniecznością stosowania szeregu wymogów prawa telekomunikacyjnego.

Sprawne funkcjonowanie internetu rzeczy wymaga również stworzenia odpowiednich relacji kontraktowych, w które zaangażowanych może być kilka, a nawet kilkanaście podmiotów. W standardowym schemacie usługi opartej na koncepcji internetu rzeczy możemy mieć do czynienia z producentem urządzenia, operatorem telekomunikacyjnym zapewniającym przesył danych, producentem aplikacji zapewniającej przetwarzanie danych, użytkownikiem urządzenia oraz odbiorcą końcowym przetworzonych danych. Wymaga to zawarcia szeregu umów, które powinny rozstrzygać takie zagadnienia jak:

- obowiązki związane z zapewnieniem dostępu do sieci (w przypadku urządzeń mobilnych w grę wchodzi również uregulowanie roamingu),
- zasady korzystania z aplikacji,
- zasady przetwarzania danych osobowych,
- obowiązki w zakresie bezpieczeństwa danych oraz połączeń telekomunikacyjnych,
- zasady odpowiedzialności w przypadku niekształcenia danych lub nieprawidłowego wykonania usługi,
- zasady ponoszenia kosztów (np. kto i na jakich zasadach opłaca usługi operatora telekomunikacyjnego).

Nie ma wątpliwości, że dobrodziejstwa płynące z internetu rzeczy doprowadzą w najbliższych latach do bardzo dynamicznego rozwoju tego rynku. Będzie to rynek podlegający licznym zmianom w zakresie regulacji i różnego rodzaju standardów sektorowych. Należy się również spodziewać, że rozwój internetu rzeczy przyczyni się do powstania nowych, trudnych obecnie do przewidzenia zagadnień prawnych.

Krzysztof Wojdyło, adwokat, jest partnerem odpowiedzialnym za praktykę prawa nowych technologii

Arbitraż czy sąd powszechny – odwieczny dylemat

dr Marcin Lemkowski

Klienci często pytają, czy warto wprowadzić do zawieranej przez nich umowy zapis na sąd polubowny. Odpowiedź na to pytanie nie jest łatwa, gdyż zależy od wielu okoliczności, z których najważniejsze zostaną tu rozważone.

Podręczniki do procedury cywilnej niemal zgodnie wskazują, że arbitraż jako alternatywa rozwiązywania sporów jest korzystniejszy dla stron, ponieważ sprawy rozpoznawane są szybciej i kosztują strony mniej. Niestety, takie uogólnienie nie jest prawdziwe.

Szybkość

Szybkość postępowania arbitrażowego zależy od tego, jak sprawnie przebiegną wszystkie jego fazy. Jest ich więcej niż przed sądem powszechnym, bowiem skład trybunału arbitrażowego musi się najpierw ukonstytuować, która to faza w sądownictwie powszechnym nie występuje. Nominowane na arbitrów osoby muszą być niezależne od stron, dlatego zdarza się, że strony, kwestionując tę niezależność, przedłużają postępowanie w fazie wstępnej.

Faza polegająca na rozpoznawaniu sprawy, tj. na badaniu twierdzeń stron oraz prowadzeniu dowodów, zasadniczo szybciej przebiega w arbitrażu. Jest tak dlatego, że terminy rozpraw wyznaczane są w mniejszych odstępach niż w sądach powszechnych, w których coraz częściej rozprawy odbywają się co pół roku. W arbitrażu zależy to od dostępności arbitrów, niemniej sprawnie działający trybunał zbiera się co miesiąc czy co dwa. Ponadto w arbitrażu znacznie częściej niż w sądach państwowych wyznaczane są sesje kilkudniowe, co bardzo przyspiesza postępowanie.



Arbitraż jest jednoinstancyjny, co w praktyce przyspiesza wydanie orzeczenia o pół roku do roku, tyle bowiem zwykle trwa rozpoznanie apelacji w sądzie powszechnym.

Jednak sądownictwo polubowne jest następnie narażone na nadużywanie przez strony tzw. postępowań postarbitrażowych, wśród których prym wiedzie skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego. Jej wniesienie może prowadzić do wstrzymania wykonania orzeczenia i tym samym do przedłużenia całego postępowania. Orzeczenie w sprawie ze skargi może być zaskarżone apelacją i skargą kasacyjną, co w praktyce oznacza kolejne lata niepewności co do ostateczności rozstrzygnięcia, nawet jeśli statystycznie bardzo niewiele skarg o uchylenie wyroku sądu polubownego kończy się korzystnie dla skarżącego.

Koszty

Wszelkie uogólnienia co do kosztowności arbitrażu niestety również zawodzą. Przekonanie, że jest to sądownictwo tańsze, jest błędne, bo rzecz zależy od konkretnego przypadku.

Decydując się na zapis na sąd polubowny, należałoby zapoznać się z wysokością przewidywanych kosztów zarówno w przypadku sądu powszechnego, jak i arbitrażowego. Wymaga to jednak przewidzenia, jakiego rodzaju spory mogą się pojawić pomiędzy stronami i o jakiej wartości, bo to od niej będzie zależała wysokość opłat.

To oczywiście jest zadanie trudne, bo w dacie podpisania umowy strony na ogół nie zakładają, że zaistnieją między nimi jakieś spory. Niemniej doświadczenie może podpowiedzieć, gdzie są prawdopodobne punkty zapalne. Przykładowo, jeśli zawierała umowa to kontrakt ramowy, w którym przewiduje się składanie odrębnych zamówień na dostawę towaru, spory mogą dotyczyć braku zapłaty albo jakości towaru czy też terminowości dostaw. Wartość przedmiotu sporu równałaby się wobec tego wartości poszczególnych dostaw. Z kolei umowa mająca za przedmiot nieruchomości pozwala przypuszczać, że przyszłe spory do niej się odnoszące będą opiewały na wartość nieruchomości.

Zważywszy na to, że maksymalna opłata sądowa w sądzie powszechnym wynosi 100 000 zł, arbitraż może okazać się droższy, gdyż opłaty w postępowaniach arbitrażowych są często wyższe. Trzeba o tym pamiętać, aby nie zostać zaskoczonym w momencie kierowania sprawy do arbitrażu.

Inne są także reguły zwrotu kosztów przez stronę przegrywającą spór. W sądach powszechnych obowiązują w tym zakresie określone właściwymi przepisami reguły odnoszące się do tzw. stawek minimalnych, które mogą zostać zasądzone w maksymalnie sześciokrotnej wysokości. W sądownictwie arbitrażowym każdy regulamin określa te zasady inaczej.

Arbitrzy

W najczęściej spotykanej formule w polskiej praktyce arbitrażowej każda ze stron nominuje jednego arbitra, którzy następnie wyłaniają arbitra przewodniczącego. Wpływ na to, kto zasiądzie w składzie trybunału, to nieoceniona zaleta w porównaniu z sądownictwem powszechnym, w którym nie ma żadnych możliwości tego rodzaju. Strona może zatem nominować na arbitra wybitnego specjalistę, znawcę problematyki będącej przedmiotem sporu, o dużym doświadczeniu

i autorytecie. To niewątpliwie jeden z największych atutów sądownictwa polubownego.

Choć bowiem sędziowie sądów powszechnych zawsze są dobrze wykształconymi specjalistami w dziedzinie prawa, to jednak sama wiedza prawna może nie wystarczyć do rozwiązania trudnego, technicznego sporu. Sędziowie nie mogą bowiem wyspecjalizować się w określonego typu postępowaniach, gdyż na przeszkodzie temu stoją procesowe reguły rozpoznawania spraw według kolejności wpływu.

Który sąd arbitrażowy

W ramach klauzuli arbitrażowej strony decydują także o tym, który konkretnie sąd – stały czy powoływany tylko dla konkretnej sprawy – rozstrząsa spór. To pośrednio wpływa także na miejsce arbitrażu, język postępowania, a także regulamin, który w danym sądzie obowiązuje.

Ponownie, takiej możliwości nie daje sąd powszechny, gdzie wszystkie te kwestie są uregulowane w przepisach procedury. Wprawdzie często powód ma możliwość skorzystania z tzw. właściwości przemiennej, czyli wyboru jednego z kilku sądów właściwych, można też umówić się od razu, że spór będzie rozpatrywany przez sąd powszechny z danego miasta, ale kwestie takie jak język czy zasady postępowania nie podlegają żadnym odstępstwom od reguł ogólnych. Postępowanie toczy się po polsku i według Kodeksu postępowania cywilnego.

Kilka rad ogólnych

Zanim zatem zdecydujemy się na poddanie sprawy pod arbitraż – gdyż regułą jest sądownictwo państwowe – zastanówmy się nad powyższymi kwestiami, bo to one pozwolą określić, czy w danym przypadku lepiej podpisać klauzulę arbitrażową, czy nie. Ponadto warto też wziąć pod uwagę następujące zasady:

- jeśli bez klauzuli arbitrażowej można zostać pozwanym za granicą, a kontrahent godzi się na arbitraż w Polsce, wówczas warto wybrać arbitraż z uwagi na to, że prowadzenie sporu poza granicami kraju zawsze wiąże się z niedogodnościami;
- w sprawach, w których drugą stroną są podmioty publiczne (Skarb Państwa, jednostki samorządu, spółki z ich udziałem), dobrze jest – o ile są takie możliwości negocjacyjne – forsować klauzulę arbitrażową; pozwoli to uniknąć nieuzasadnionego przekonania o braku bezstronności sądu powszechnego w tego rodzaju sprawach;

- poddanie sprawy pod arbitraż warto rozważyć także w momencie pojawienia się sporu – często obie strony mogą dojść do wniosku, że takie rozwiązanie będzie dla nich lepsze;
- jeśli w sporze może być potrzebne drobiazgowo ustalanie stanu faktycznego sprawy z pomocą biegłych i świadków, sądownictwo polubowne może okazać się lepsze z uwagi na to, że faza postępowania dowodowego jest tutaj bardziej skondensowana ze względu na częstsze terminy rozpraw;
- warto pamiętać, że można poddać pod arbitraż jedynie część spraw, pozostawiając pozostałe w gestii sądu powszechnego; takie rozwiązanie też może okazać się najlepsze w okolicznościach sprawy.

Dylemat pozostaje

Niewątpliwie po przeczytaniu powyższych wskazań nadal pozostaje niedosyt: co w takim razie jest lepsze – arbitraż czy sąd powszechny? Niestety, w jednej sprawie warto podpisać klauzulę, a w innej lepiej będzie pozostać przy sądzie państwowym. W wielu z nich natomiast – i ten odsetek jest całkiem okazały – nawet staranne rozważenie wszystkich za i przeciw i tak nie rozwiąże sprawy, bo nie wszystko da się przewidzieć i zaplanować. Z tej perspektywy wybór arbitrażu czy sądu powszechnego pozostaje mimo wszystko do pewnego stopnia intuicyjny i nieweryfikowalny co do swej trafności, przynajmniej w momencie dokonywania zapisu na sąd polubowny.

dr Marcin Lemkowski, adwokat, praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych

Jakie prawo dla spadku?

Aldona Leszczyńska-Mikulska



Tomasz Krzywański



Rok 2015 będzie w Europie rokiem dużych zmian dla wszystkich osób zainteresowanych planowaniem spadkowym. 17 sierpnia 2015 r. zacznie bowiem obowiązywać rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/12, zwane popularnie rozporządzeniem spadkowym. Wprowadzi ono niemal jednolite w całej Europie zasady dotyczące m.in. prawa właściwego, jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach spadkowych.

Chociaż zagadnienie „prawa właściwego” jest problemem interesującym głównie prawników, to jednak warto poświęcić mu chwilę uwagi, bowiem może mieć decydujące znaczenie dla tego, co się stanie z naszym majątkiem po śmierci.

Sprawa jest prosta, jeśli spadkodawca urodził się, żył i zmarł w jednym państwie, a także pozostawił w nim cały swój majątek. Może się natomiast znacznie skomplikować w sytuacji, gdy elementy tej układanki rozsypane są po różnych państwach. Wtedy sukcesję majątkową należy planować bardzo ostrożnie, gdyż od tego, jakie prawo będzie właściwe, może zależeć np. ważność testamentu, wysokość zachowków (rekompensat dla osób nieobjętych ostatnią wolą zmarłego), zakres odpowiedzialności za długi spadkowe czy wreszcie to, kto i w jakim stopniu może dziedziczyć po zmarłym.

Jak było do tej pory?

Kwestię prawa właściwego dla spraw spadkowych regulowały do tej pory w Europie przepisy krajowe. Sąd danego państwa członkowskiego, o ile stwierdził swoją jurysdykcję (prawo do rozpoznania sprawy), w oparciu o krajowe regulacje oceniał, prawo jakiego państwa powinno się stosować dla danej sprawy spadkowej. W Polsce kwestię tę reguluje ustawa Prawo prywatne międzynarodowe z 2011 r.

W większości państw członkowskich (również w Polsce) powszechna była zasada, że prawem właściwym dla spraw spadkowych, w tym dla ważności rozrządzeń na wypadek śmierci (testamentu), właściwe było prawo ojczyste spadkodawcy. Jeśli zmarły miał podwójne obywatelstwo, a sprawę rozpoznawał sąd polski, obywatelstwo polskie miało w takim wypadku pierwszeństwo. Inaczej było, gdy spadkodawca pozostawił testament. Zgodnie z polskimi przepisami mógł on bowiem wybrać prawo właściwe dla sprawy spadkowej spośród prawa ojczystego, prawa miejsca zamieszkania oraz prawa miejsca swojego zwykłego pobytu z chwili sporządzenia testamentu lub z chwili śmierci. Jednak o możliwości sporządzenia danego rozrządzenia na wypadek śmierci (np. testamentu) i jego ważności decydowało zawsze prawo ojczyste.

W praktyce więc obywatele polscy – nawet jeśli od wielu lat mieszkali za granicą – napotykali istotną przeszkodę, jeśli chcieli sporządzić choćby testament wspólny razem z małżonkiem (nieważny według prawa polskiego), nie mówiąc już o wątpliwościach z wykorzystaniem trustów (na wypadek śmierci) – niezwykle popularnych w krajach anglojęzycznych. Również gdyby polski obywatel – pomimo obcej rezydencji – zawarł już za życia umowę o spadek po nim, umowa taka byłaby zgodnie z prawem polskim nieważna.

Dodatkowym utrudnieniem dla potencjalnych spadkobierców była również zawziętość i różnorodność przepisów w państwach członkowskich. W czasach rosnącej migracji zarówno osób, jak i mienia transgraniczne problemy prawne stawały się coraz częstsze i bardziej skomplikowane. Wielokrotnie skutkowało to dużymi trudnościami w ustaleniu prawa właściwego i odsyłaniem zainteresowanych od jednego prawa do drugiego.

Co się zmieni po 17 sierpnia 2015 r.?

W związku z powyższym postanowiono zmienić ten stan i wprowadzić jednolite dla całej Unii Europejskiej zasady ustalania prawa właściwego dla spraw spadkowych.

Przed wszystkim ustalono, że w świetle rosnącej mobilności obywateli ogólnym łącznikiem dla ustale-

nia prawa właściwego powinno być miejsce *zwykłego pobytu* zmarłego w chwili jego śmierci. Aby ustalić, gdzie się znajduje to miejsce, należy dokonać ogólnej oceny okoliczności życia zmarłego w latach poprzedzających jego śmierć, w szczególności czas trwania i regularność obecności zmarłego w danym państwie, a także warunki oraz powody tej obecności. Innymi słowy nie ma znaczenia, jakie są nasze intencje, lecz raczej liczy się to, gdzie wstajemy i gdzie kładziemy się do łóżka każdego dnia.

Co istotne, prawo wskazane na podstawie rozporządzenia spadkowego nie musi być wcale prawem państwa członkowskiego UE. Jeśli więc zmienimy miejsce zamieszkania na Stany Zjednoczone czy Tajlandię, to właściwe będzie prawo spadkowe tych krajów – również dla składników masy spadkowej zlokalizowanych w Polsce. Przy czym należy zastrzec, że w przypadku dziedziczenia nieruchomości sprawa nie jest niestety tak jednoznaczna. Często zdarza się bowiem, że przepisy w kraju miejsca stałego pobytu nakazują stosować prawo miejsca położenia tej nieruchomości dla spraw związanych z jej dziedziczeniem.

Pewne wątpliwości mogą się pojawić przy ustalaniu prawa właściwego dla osób, które dużo podróżują i wielokrotnie zmieniają miejsce swojego pobytu, jak np. przedstawiciele handlowi, menedżerowie czy sportowcy. W takim wypadku wydaje się, że miejsce zwykłego pobytu trzeba będzie oceniać podobnie jak rezydencję podatkową i brać pod uwagę czynniki takie jak to, gdzie znajdował się ośrodek ich życia rodzinnego, społecznego czy gospodarczego. W przypadkach zaś, gdy zmarły przeniósł się do innego państwa na krótko przed śmiercią, sąd rozpoznający sprawę będzie mógł zastosować prawo tego państwa, z którym zmarły był w oczywisty sposób bardziej związany.

Poza tym rozporządzenie nadal umożliwia spadkodawcom wybór w testamencie prawa właściwego dla ogółu spraw dotyczących jego spadku. Prawem takim może być prawo państwa, którego obywatelstwo posiada spadkodawca w chwili dokonywania wyboru lub w chwili śmierci. Jeśli ktoś ma więcej niż jedno obywatelstwo, może wybrać prawo każdego państwa, którego obywatelstwo posiada.

Jeśli testament – konieczna odpowiednia forma

Należy pamiętać, że w przypadku sporządzenia testamentu, niezależnie od tego, co w nim napiszemy, istotne jest również, jak to napiszemy – czyli konieczność zachowania odpowiedniej formy.

W tym zakresie rozporządzenie odnosi się do obowiązującej już w Polsce konwencji haskiej w przedmiocie

formy rozporządzeń testamentowych z 1961 r. Jeśli więc decydujemy się na spisanie testamentu, to musi być on zgodny pod względem formy przynajmniej z prawem miejsca, w którym sporządzono testament, albo z prawem ojczystym spadkodawcy, albo z prawem miejsca zamieszkania lub zwykłego pobytu spadkodawcy, albo – w przypadku nieruchomości – z prawem miejsca jej położenia. Brak dochowania odpowiedniej formy skutkować będzie nieważnością testamentu!

Warto przypomnieć, że w prawie polskim dopuszczalny jest testament własnoręczny (holograficzny) lub w formie aktu notarialnego. W szczególnych przypadkach można również sporządzić testament ustnie w obecności świadków i przedstawicieli organów administracji publicznej. Nie będzie zaś ważny testament sporządzony na komputerze i później podpisany przez spadkodawcę. W nowszej doktrynie prawniczej dopuszcza się natomiast możliwość spisania testamentu na tablecie, o ile zachowany zostanie wymóg własnoręczności (a więc z wykorzystaniem rysika, a nie klawiatury).

Wyjątek od reguły

Rozporządzenie spadkowe obowiązywać będzie w całej Unii Europejskiej – z wyjątkiem Wielkiej Brytanii, Irlandii i Danii. Jeśli więc właściwy dla rozpoznania kwestii spadkowej będzie sąd któregoś z tych państw, to zastosuje on swoje wewnętrzne regulacje zamiast rozporządzenia.

Z uwagi na popularność, jaką cieszy się w Polsce kierunek brytyjski, wskażemy kilka podstawowych reguł obowiązujących w prawie angielskim (przy czym np. w prawie szkockim obowiązują nieco inne zasady). Decydującą dla ustalenia prawa właściwego dla dziedziczenia jest w prawie angielskim tzw. zasada domicylu. Domicyl oznacza miejsce, do którego dana osoba zamierza powrócić i w nim żyć, nawet jeśli obecnie jej rezydencja znajduje się gdzieś zupełnie indziej. W praktyce ustalenie domicylu może więc powodować trudności, bowiem nie jest to miejsce zamieszkania, lecz raczej miejsce, z którym dana osoba jest w szczególny sposób związana. Wielka Brytania nie będzie więc raczej domicylem dla osób, które emigrują wyłącznie w celach zarobkowych – nawet jeśli planują zostać tam przez kilka, a nawet kilkanaście i więcej lat.

Co do zasady więc właściwym prawem spadkowym według angielskich przepisów będzie prawo domicylu. Odmienne zasady stosuje się natomiast dla nieruchomości. Jeśli w skład spadku wchodzi nieruchomość położona w innej jurysdykcji, to dla oceny skutków spadkowych w stosunku do niej należy zastosować prawo właściwe dla miejsca jej położenia. Kwestia ta dotyczy wielu osób, które na stałe zamieszkują w Wielkiej Brytanii, a na kontynencie, zwłaszcza we Francji, posiadają domy wakacyjne. Do tej pory prawem właściwym dla dziedziczenia tych nieruchomości było prawo francuskie. Rodziło to wiele problemów, bowiem przepisy francuskie (podobnie jak polskie) nakładają na spadkobierców obowiązek zachowku (*reserve*), którego z kolei nie przewiduje prawo angielskie (ale np. szkockie już tak). Wraz z wejściem w życie rozporządzenia spadkowego będzie można uniknąć tego problemu albo poprzez wybór prawa ojczystego, albo poprzez upewnienie się, że zastosowanie znajdzie prawo miejsca zwykłego pobytu.

Podsumowanie

Rozporządzenie spadkowe to niewątpliwie krok naprzód i duże ułatwienie dla osób, których życie osobiste czy majątek nie są zlokalizowane w jednym tylko kraju. Chociaż zacznie ono w pełni obowiązywać dopiero od sierpnia 2015 r., to już przed tą datą istnieje możliwość stosowania go przez osoby sporządzające testament.

Przygotowując więc sukcesję majątkową dla swoich potomków, dobrze jest mieć na uwadze nowe regulacje. Zwłaszcza że wprowadzają one zmiany nie tylko w zakresie prawa właściwego, ale też jurysdykcji sądowej oraz uznawania i stwierdzania wykonalności zagranicznych orzeczeń w sprawach spadkowych. Będzie również możliwe uzyskiwanie dokumentów – europejskich poświadczeń spadkowych, które wydane w jednym państwie będą mogły być łatwo wykorzystane w innych państwach członkowskich UE w celu poświadczenia dziedziczenia.

Warto więc wspólnie z prawnikiem rozważyć, czy spisany przez nas testament nie powinien zostać dostosowany do nowych regulacji. Natomiast dla osób, które do tej pory nie sporządziły testamentu, być może jest to sygnał, aby zastanowić się nad odpowiednim planowaniem spadkowym.

Aldona Leszczyńska-Mikulska, radca prawny, doradca podatkowy, doradztwo dla klientów indywidualnych

Tomasz Krzywański, doradztwo dla klientów indywidualnych

Czy cyberprzestępczość stanowi realne zagrożenie dla obrotu gospodarczego?

Janusz Tomczak

Niemal codziennie możemy przeczytać w prasie o cyberzagrożeniach na świecie. Nie ma tygodnia, żeby w którejś z gazet nie pojawił się artykuł o szpiegostwie komputerowym, o atakach hakerskich, o nowego typu złośliwym oprogramowaniu albo o skutkach nieszyfrowania przesyłanych wiadomości i dokumentów. Czy ryzyko nie jest jednak wyolbrzymione? Czy przedsiębiorca w Polsce ma się czego obawiać?

Wszystkie wiadomości o zagrożeniach w cyberprzestrzeni łączy wspólny mianownik. Incydenty komputerowe przeważnie mają międzynarodowy charakter, a pełen łańcuch zdarzeń jest niezwykle trudny do wyśledzenia. Ataki mają na celu kradzież danych lub godzą w tzw. infrastrukturę krytyczną (energetyka, transport, instytucje finansowe). Złożony, wielopoziomowy sposób ataku wskazuje przy tym na zaangażowanie nie tyle szalonych, uzdolnionych informatycznie nastolatków, jak to stereotypowo zwykło się przedstawiać, ile tajnych służb różnych państw.

Przez jakiś czas gorącym tematem w mediach było wykrycie w 2010 r. robaka komputerowego Stuxnet, który najprawdopodobniej służył do przejęcia kontroli nad infrastrukturą przemysłową Iranu, w tym nad elektrowniami atomowymi. Obecnie Symantec ostrzega przed złośliwym oprogramowaniem zwanym Regin. Znalaziono je na komputerach w Rosji i Arabii Saudyjskiej, a służy ono prawdopodobnie wyszukiwaniu istotnych, strategicznych informacji.

Niewątpliwie pasjonujące opisy incydentów, które przypominają wszystko to, co do tej pory trakto-



waliśmy jako science fiction, skłaniają prawnika do refleksji i pytania, co może obecnie zaoferować polski system prawny osobom, które padły ofiarą złożonego cyberataku.

Jak ma zareagować ktoś, kto zda sobie sprawę, że zarządzana przez niego firma od dłuższego czasu jest obiektem ataku typu ATP (*advanced persistent threat*), czyli celowanego, planowego, trwającego miesiącami wielopoziomowego działania służącego wykradzeniu danych (ataki te charakteryzują się starannym przygotowaniem, które często polega na rozpracowaniu struktury organizacyjnej i systemu bezpieczeństwa „obiekta”, po to by wprowadzić *malware* do systemu poprzez najsłabsze ogniwo, np. za pośrednictwem pracownika posługującego się w sposób nieroztropny urządzeniami mobilnymi).

Po pierwsze należałoby zadać sobie pytanie, czy „przeciętny przedsiębiorca” lub konsument jest w stanie sam zidentyfikować i opisać zdarzenie komputerowe, którego padł ofiarą. Czy może sam zdefiniować i zrozumieć negatywne następstwa incydentu? Być może osoby odpowiedzialne za bezpieczeństwo systemu komputerowego w dziale IT będą w stanie szybko wskazać przyczynę i skutek zdarzenia, ale konieczna może okazać się również pomoc firmy zajmującej się informatyką śledczą.

Po drugie, jeśli już zdiagnozujemy „chorobę”, pozostaje pytanie, co dalej. Czy znajdziemy odpowiednie remedia w systemie prawnym? Czy organy ochrony prawnej – policja, prokuratura – zdołają szybko i sprawnie zareagować? Czy uda nam się doprowadzić potencjalnego sprawcę przed oblicze wymiaru sprawiedliwości, by spotkała go należyta reakcja ze strony systemu prawa? Niestety, moim zdaniem, na chwilę obecną odpowiedź brzmi nie.

Często powtarzane stwierdzenie, że system prawny nie nadąża za zmianami rzeczywistości, jest szczególnie prawdziwe w przypadku spraw związanych z cyberbezpieczeństwem. Podczas gdy wymiana informacji ponad granicami państw odbywa się w czasie liczącym w setnych częściach sekundy, ustawodawca międzynarodowy mozolnie tworzy ramy współpracy w zakresie cyberbezpieczeństwa. Następnie trzeba latami czekać na ratyfikację negocjowanych traktatów przez państwa sygnatariuszy, jak to się stało w przypadku Konwencji Rady Europy o Cyberprzestępczości. Została ona sporządzona w Budapeszcie 23 listopada 2001 r. Polska ratyfikowała ją dopiero po 13 latach: 28 października 2014 r. Wtedy to Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej podpisał ustawę o ratyfikacji Konwencji Rady Europy o Cyberprzestępczości oraz ustawę o ratyfikacji Protokołu dodatkowego do Konwencji dotyczącego penalizacji czynów o charakterze rasistowskim lub ksenofobicznym popełnionych przy użyciu systemów komputerowych.

Na dodatek główne narzędzia prawne do walki z zagrożeniami z cyberprzestrzeni znajdują się w obszarze prawa karnego, a trzeba mieć świadomość, że obszar ten jest tradycyjnie najtrudniejszy do zharmonizowania na poziomie poszczególnych państw członkowskich, z uwagi na kulturowe i historyczne uwarunkowania. Jedną z głównych cech zaawansowanych ataków komputerowych jest transgraniczność. Tymczasem w zasadzie we wszystkie krajowe systemy prawa karnego wpisana jest zasada terytorialności, która oznacza, że orga-

ny ochrony prawnej mają kompetencje do działania wyłącznie w granicach terytorium danego państwa. Dlatego w większości spraw związanych z cyberbezpieczeństwem już na etapie postępowania dowodowego konieczna będzie współpraca z organami wymiaru sprawiedliwości innych państw w ramach tzw. pomocy prawnej. Zdarza się, że ze względu na niedoskonałość procedur pomoc taka ciągnie się miesiącami. W praktyce czas reakcji i umiejętność współpracy organów ścigania poszczególnych państw okazują się kluczowe (sukcesy na skalę europejską odnoszą jednostki policji specjalizujące się w zwalczaniu przestępczości pedofilskiej w sieci).

Nadzieje na poprawę bezpieczeństwa sieci w Europie można wiązać z projektem dyrektywy o bezpieczeństwie sieci i informacji (*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council concerning measures to ensure a high common level of network and information security across the Union*), który jest w tej chwili przedmiotem debat w Parlamencie Europejskim. Nakłada on szereg obowiązków związanych z utrzymaniem bezpieczeństwa na podmioty z sektora prywatnego. Istotne znaczenie ma również dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/40/UE z dnia 12 sierpnia 2013 r. dotycząca ataków na systemy informatyczne i zastępująca ramową Radę 2005/222/WSiSW (znów: czas implementacji do 4 września 2015 r.). Wprowadza ona m.in. odpowiedzialność osób prawnych, w których imieniu działali sprawcy naruszeń.

Na razie jednak, jeśli chodzi Polskę, biorąc pod uwagę szybkość reagowania, środki techniczne i finansowe, którymi dysponują organy ścigania, a także formalizm i czasochłonność procedur, które mają zmierzać do wymierzenia sprawiedliwości, musimy niestety dojść do wniosku, że nienadążanie systemu prawnego za zmianami rzeczywistości jest tu szczególnie jaskrawe. Choćby dlatego polski przedsiębiorca powinien bagatelizować potencjalnych zagrożeń.

Sporo się mówi o bezpieczeństwie infrastruktury krytycznej, bezpieczeństwie informatycznym państwa, odpowiedzialności przedsiębiorców działających w tym obszarze, zagrożeniach, które niesie za sobą chociażby dostępność urządzeń mobilnych.

Rynek usług informatycznych jest rozwinięty w takim stopniu, że przedsiębiorca bez problemu znajdzie rozwiązania adekwatne do swoich potrzeb. Niestety nie można powiedzieć tego samego o systemie ochrony prawnej. Na dodatek rozwiązania dostępne dla przedsiębiorcy nie będą dostępne dla

zwykłego Kowalskiego, z przyczyn przede wszystkim finansowych.

Trudno się oprzeć refleksji, że właśnie głos dotyczący interesu owego „zwykłego Kowalskiego” jest w tej dyskusji zbyt cichy albo wręcz pomijany. Owszem, pojawia się temat ochrony danych osobowych wobec obecnych zagrożeń, ale nie wystarczy płaszczyzna regulacyjna, która jest przedmiotem dość częstych rozważań. Chciałoby się dać każdemu instrumenty, którymi będzie mógł skutecznie i szybko egzekwować swoje prawa.

Jeśli weźmie się pod uwagę stopień złożoności działań podejmowanych przez sprawców cyberataków i możliwości techniczne, jakimi dysponują, odpowiedź na postawione w tytule pytanie musi być niestety twierdząca. Cyberprzestępczość stanowi realne zagrożenie dla obrotu gospodarczego, a system prawny w tej chwili nie zabezpiecza go w sposób należyty przed cyberatakami. Być może tym

można tłumaczyć wzmożone inicjatywy ustawodawcy europejskiego w tym zakresie w ostatnich latach.

Na razie, ponieważ kluczowe kwestie związane z cyberprzestępczością i cyberbezpieczeństwem nie zostały należycie uregulowane na poziomie unijnym i krajowym, a także wobec kłopotów z szybkością reakcji organów ścigania, największy nacisk trzeba położyć na prewencję. Należy bezwzględnie korzystać z narzędzi służących szyfrowaniu wiadomości i przesyłanych danych. Trzeba szkolić pracowników i uświadamiać im ryzyko związane z korzystaniem w pracy z urządzeń mobilnych i mediów społecznościowych. Należy pamiętać, że w praktyce to, co raz wprowadzimy do sieci, właściwie na zawsze w tej sieci pozostanie. Zdarza się, że źródłem potężnych problemów największych firm jest banalne z pozoru ludzkie niedopatrzenie. Najślabszym ogniwem jest bowiem człowiek.

Janusz Tomczak, adwokat, jest partnerem odpowiedzialnym za praktykę karną

Wszystkie odcienie wsparcia dla działalności innowacyjnej w Polsce

Joanna Prokurat

Polska stale poszerza paletę instrumentów ukierunkowanych na wspieranie innowacji. Obok możliwości finansowania ze środków publicznych na poziomie krajowym i unijnym, działalność innowacyjna może korzystać ze specjalnych instrumentów podatkowych. Zainteresowane podmioty mogą zestawiać je w różnych proporcjach, aby uzyskać najkorzystniejszy dla siebie efekt.

Finansowanie na poziomie krajowym

Polska jest największym beneficjentem funduszy UE w nowej perspektywie finansowej. Wspieranie działań, które bezpośrednio lub pośrednio przyczyniają się do powstawania i rozwoju innowacyjnych przedsięwzięć, stanowi jeden z głównych kierunków finansowania, czego wyrazem jest m.in. program pomocy horyzontalnej na działalność badawczą, rozwojową i innowacyjną. Spośród programów zarządzanych na poziomie krajowym z punktu widzenia prowadzenia działalności innowacyjnej największą rolę odegrają regionalne programy operacyjne przygotowane dla każdego województwa (31,28 mld euro) i ogólnopolski Program Operacyjny Inteligentny Rozwój (ok. 8,6 mld euro).

Przy alokacji środków pochodzących z ww. programów promowane będą projekty prowadzące do zwiększenia prywatnych nakładów na działalność badawczo-rozwojową (B+R) oraz przyczyniające się do rozwoju tzw. inteligentnych specjalizacji (kluczowych dziedzin nauki i obszarów gospodarki, stanowiących potencjał rozwojowy kraju i regionów), w szczególności realizowane we współpracy nauki i biznesu. Preferowane będą też kompleksowe przedsięwzięcia



innowacyjne „od pomysłu do przemysłu” (od badań podstawowych i stosowanych przez prace rozwojowe aż do wdrożenia) oraz zmierzające do stworzenia lub rozwoju infrastruktury B+R w przedsiębiorstwach.

Na gruncie krajowym przedsiębiorcy planujący inwestycje w sektorach priorytetowych, w tym działalność B+R, biotechnologiczną czy nowoczesne usługi, mogą także wnioskować o granty rządowe z tytułu utworzenia nowych miejsc pracy lub kwalifikowanych wydatków inwestycyjnych na podstawie Programu wspierania inwestycji o istotnym znaczeniu dla gospodarki polskiej na lata 2011-2020.

Finansowanie na poziomie UE

Projekty innowacyjne będą mogły korzystać również z programów bezpośrednio zarządzanych z poziomu Unii Europejskiej, w szczególności z:

- i. programu ramowego badań i innowacji Horyzont 2020 (ok. 80 mld euro),
- ii. programu na rzecz konkurencyjności przedsiębiorstw oraz MŚP COSME (ok. 2,3 mld euro).

W ich ramach wyasygnowano środki przewidziane na instrumenty finansowe dłużne i kapitałowe, w tym pożyczki, gwarancje, regwarancje oraz finansowanie kapitałowe, pośrednie (*mezzanine*) i hybrydowe.

Instrumenty podatkowe

• Ulga na nowe technologie

Ulga technologiczna uprawnia do odliczenia do 50% wydatków poniesionych na nabycie nowych technologii (umożliwiających wytwarzanie nowych lub udoskonalonych wyrobów lub usług oraz niestosowanych na świecie przez okres dłuższy niż ostatnich 5 lat, co potwierdza opinia niezależnej jednostki naukowej), ujętych w jej wartości początkowej dla celów podatku dochodowego, przy zachowaniu prawa do rozpoznania 100% odpisów amortyzacyjnych jako kosztów uzyskania przychodów.

Wynikająca z ulgi efektywna oszczędność na poziomie 9,5% dotyczy wszystkich wartości niematerialnych i prawnych. Obejmują one m.in. nabyte autorskie lub pokrewne prawa majątkowe, licencje, patenty i inne prawa określone w ustawie Prawo własności przemysłowej oraz know-how, a także koszty własnych prac rozwojowych zakończonych pozytywnym wynikiem, który może być wykorzystany na potrzeby działalności gospodarczej podatnika.

Nabycie nowej technologii (innej niż prace rozwojowe) powinno nastąpić na podstawie *umowy o przeniesienie* oraz *korzystanie z praw*, tj. może odbyć się w oparciu o umowę sprzedaży (zakupu) albo inną umowę rozporządzającą i uprawniającą do korzystania z nowej technologii. Nabycie może również nastąpić z mocy prawa, w tym w wyniku podjętej przez przedsiębiorcę współpracy z wynalazcą, np. jednostką badawczo-rozwojową.

Odliczeniu w ramach ulgi podlegają wydatki poniesione w roku wpisania nowej technologii do ewidencji wartości niematerialnych i prawnych i w roku poprzedzającym rok dokonania tego wpisu. Jeżeli podatnik osiąga za ten rok stratę podatkową lub wielkość dochodu podatkowego nie wystarcza na pełne odliczenie, odliczenia (w całości lub pozostałej nieodliczonej części) dokonuje się w zeznaniach za kolejno następujące po sobie trzy lata podatkowe.

Pomimo że ulga technologiczna skierowana jest do podatników nabywających nowe technologie, może być ona wykorzystywana przez podmioty samodzielnie prowadzące prace badawczo-rozwojowe lub współpracujące z nimi. Brakujący element nabycia nowej technologii może zostać zrealizowany przy współpracy z jednostką naukową lub przez podmiot współpracujący. Wreszcie oferowanie produktu spełniającego warunki uznania za nową technologię i uprawniającego nabywcę do zastosowania ulgi technologicznej powinno pozwolić na utrzymanie lub obniżenie ceny sprzedaży (dla nabywcy pomniejszonej o korzyści wynikające z zastosowania ulgi). W Sejmie znajduje się również projekt nowelizacji ustaw o podatku dochodowym, która ma wprost objąć omawianą ulgą podatników prowadzących działalność w sektorze nowych technologii.

• Koszty samodzielnie prowadzonych prac rozwojowych

Podatnicy samodzielnie prowadzący prace rozwojowe mogą sterować momentem rozpoznawania kosztów uzyskania przychodów, dostosowując go do potrzeb wynikających z aktualnie deklarowanej wysokości dochodu lub straty podatkowej.

Koszty takich prac, jako specyficzna kategoria wartości niematerialnych i prawnych wytwarzanych we własnym zakresie i niezależnych od przewidywanego okresu używania, mogą być rozliczane poprzez odpisy amortyzacyjne. W przypadku prac rozwojowych zakończonych wynikiem pozytywnym, który może być wykorzystany dla potrzeb działalności gospodarczej podatnika, a także jeżeli:

- i. produkt lub technologia wytwarzania są ściśle ustalone, a koszty tych prac są wiarygodnie określone,
- ii. techniczna przydatność produktu lub technologii została odpowiednio udokumentowana i na tej podstawie podatnik podjął decyzję o wytwarzaniu tych produktów lub o stosowaniu technologii,
- iii. z dokumentacji wynika, że przychody ze sprzedaży produktów lub zastosowania technologii pokryją przynajmniej koszty prac rozwojowych,

– koszty mogą być, wg wyboru podatnika, zamortyzowane w całości w ciągu 12 miesięcy, począwszy od miesiąca następującego po miesiącu, w którym zostały wprowadzone do ewidencji, lub w dowolnie wydłużonym okresie.

Jeżeli prace rozwojowe zakończą się wynikiem negatywnym albo pozytywnym, ale nie spełnią wszystkich ww. warunków, poniesione wydatki mogą być zaliczone bezpośrednio do kosztów uzyskania przychodu w miesiącu, w którym zostały poniesione, proporcjonalnie, począwszy od miesiąca poniesienia, w równych częściach w okresie nie dłuższym niż 12 miesięcy albo jednorazowo, w roku podatkowym, w którym doszło do zakończenia prac. Uwzględniając zasadę równości podatników, rozwiązania te powinny być dostępne również w odniesieniu do prac rozwojowych zakończonych pozytywnym wynikiem i spełniających ww. warunki.

• Centrum Badawczo-Rozwojowe

Podatnicy podatku dochodowego od osób prawnych (CIT) samodzielnie podejmujący działalność innowacyjną mogą uzyskać status centrum badawczo-rozwojowego (CBR).

CBR mogą tworzyć fundusz innowacyjności na pokrycie kosztów B+R lub kosztów związanych z uzyskaniem patentu na wynalazek. Po spełnieniu warunków ustawowych CBR może uznać za koszty uzyskania przychodów odpisy na fundusz innowacyjności już w chwili dokonania odpisu na ten fundusz (do wysokości 20% przychodów w danym miesiącu), bez czekania na wydatkowanie środków zgromadzonych na rachunku funduszu, który powinien nastąpić do końca roku podatkowego. Ponadto CBR mogą korzystać na zasadach pomocy *de minimis* ze zwolnienia z podatku od nieruchomości oraz podatku rolnego i leśnego w zakresie przedmiotów opodatkowania zajętych na cele prowadzonych przez nich badań i prac rozwojowych do wysokości 200 000 euro w okresie do trzech lat.

Status CBR mogą uzyskać w szczególności przedsiębiorcy prowadzący badania lub prace rozwojowe i osiągający przychody netto ze sprzedaży towarów, produktów i operacji finansowych za poprzedni rok obrotowy w wysokości co najmniej 1 200 000 euro. Co najmniej 20% tej kwoty powinny stanowić przychody netto ze sprzedaży własnych usług B+R.

• Specjalna Strefa Ekonomiczna

Podatnicy CIT, którzy poniosą minimum 100 000 zł kosztów inwestycyjnych lub zatrudnią co najmniej 50 nowych pracowników (konkretną wartość wyznacza lokalizacja i stopa bezrobocia w danym powiecie), mogą korzystać ze zwolnienia z CIT w przypadku prowadzenia działalności na terenie specjalnej strefy ekonomicznej na podstawie stosownego zezwolenia.

Podatnicy inwestujący w innowacje oraz prowadzący działalność w sektorze B+R (określonych w dziale 72 Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług) mogą liczyć na preferencyjne kryteria objęcia gruntu prywatnego w specjalnej strefie ekonomicznej.

Podatnicy działający w specjalnej strefie ekonomicznej mogą również korzystać z analogicznych jak CBR zwolnień z podatków lokalnych.

• 50% koszty uzyskania przychodów dla twórców

Przepisy ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych uprawniają do zastosowania przez twórców, w tym inżynierów, programistów i przedstawicieli wielu innych zawodów, 50% kosztów uzyskania przychodów, do kwoty 42 764 zł rocznie (w miejsce standardowych kosztów w wysokości 1 335 zł rocznie) w odniesieniu do twórczej części wykonywanej pracy i rozporządzenia prawami autorskimi. Pozwala to na podwyższenie wynagrodzenia netto bez dodatkowego obciążenia składką ZUS.

Co wybrać?

Innowacyjność kreuje nowy obraz świata. Aby się rozwijać, potrzebuje jednak określonej palety rozwiązań. Ustawodawca, dostrzegając wagę działalności innowacyjnej, wprowadził cały szereg instrumentów wsparcia. Podmioty prowadzące działalność w obszarze innowacji mogą zgodnie ze swoimi potrzebami łączyć dostępne środki, pamiętając jednak, by odbywało się to zgodnie z prawem pomocy publicznej i prawem podatkowym.

Joanna Prokurat, doradca podatkowy, praktyka podatkowa i praktyka prawa nowych technologii

Sąd Najwyższy a orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE

Agnieszka Kraińska

Sądy polskie nie zawsze pamiętają, że są związane podstawowymi zasadami prawa Unii Europejskiej wypracowanymi w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE oraz że na sądach krajowych spoczywa obowiązek jednolitej wykładni prawa unijnego. Co ciekawe, czasem sądy okręgowe radzą sobie z tym problemem lepiej niż Sąd Najwyższy. Dobrze obrazuje to kwestia tzw. notyfikacji technicznej.

Na terytorium Unii Europejskiej funkcjonuje rynek wewnętrzny obejmujący obszar bez granic wewnętrznych, gdzie zapewniony jest swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zapoczątkowanym słynnym wyrokiem w sprawie *Cassis de Dijon* swobodny przepływ towarów nakłada na państwo członkowskie obowiązek akceptacji produktów wytworzonych legalnie w pozostałych państwach członkowskich. Wyjątki od tego obowiązku dopuszczalne są wyłącznie w celu zabezpieczenia podstawowych interesów państwa, takich jak porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne, ochrona zdrowia i życia ludzi i zwierząt czy ochrona konsumenta (nadrzędne wymogi interesu ogólnego).

Jako że państwa członkowskie mają dużą skłonność do uzasadniania przeszkód dla traktatowych swobód wspomnianymi nadrzędnymi wymogami, Komisja Europejska w sposób prewencyjny nadzoruje legislację państw członkowskich pod kątem przepisów tworzących bariery w handlu i przepływie niektórych usług. Procedura ta uregulowa-



na jest w dyrektywie 98/34 dotyczącej notyfikacji przepisów technicznych.

Zasady notyfikacji technicznej

Dyrektywa dzieli przepisy techniczne na cztery grupy:

- specyfikacje techniczne (obowiązkowe cechy produktu lub jego opakowania),
- inne wymagania (określające warunki determinujące w sposób istotny skład, właściwości lub sprzedaż produktu, które wpływają na jego cykl życiowy po wprowadzeniu na rynek),
- zakazy produkcji, przywozu, wprowadzania do obrotu i stosowania,
- zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego (zasady podejmowania lub wykonywania usług społeczeństwa informacyjnego).

Zgodnie z dyrektywą państwa członkowskie obowiązane są zgłosić Komisji Europejskiej projektowane przepisy techniczne oraz ich zmiany i zawiesić prace nad nimi na okres trzech miesięcy, który może ulec przedłużeniu.

W tym czasie Komisja i państwa członkowskie wyrażają swoją opinię o projektowanym przepisie. Notyfikacje te można śledzić na stronie internetowej Komisji (<http://ec.europa.eu/enterprise/tris/pl>). Państwo członkowskie ma obowiązek zamieścić odniesienie do dyrektywy 98/34 w akcie prawnym, który został poddany notyfikacji technicznej.

Sankcje za naruszenie obowiązku notyfikacji

Naruszenie obowiązku notyfikacji technicznej zagrożone jest poważną sankcją. Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawach *CIA Security* i *Unilever* orzekł, że przepisy techniczne, wobec których państwa członkowskie nie dopełnią obowiązku notyfikacji technicznej albo naruszają procedurę notyfikacyjną, nie obowiązują. Co więcej, Trybunał we wspomnianych wyrokach wskazał, że podmioty prywatne mogą w sporze przed sądem krajowym, także w sprawach dotyczących praw i obowiązków wynikających z łączącej je umowy, podnieść argument braku lub nieprawidłowej notyfikacji przepisu technicznego, a sąd jest obowiązany odmówić stosowania takich przepisów. Trybunał uzasadnił, że tylko w ten sposób można zapewnić skuteczność (efektywność) prawa Unii Europejskiej.

Wdrożenie dyrektywy do prawa polskiego

Dyrektywa 98/34 została wdrożona do prawa polskiego rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych.

W odniesieniu do prawidłowości implementacji dyrektywy sądy polskie, w tym Sąd Najwyższy w wyroku I KZP 15/13, zauważyły, że § 5 pkt 5 rozporządzenia, wyłączający spod obowiązku notyfikacji przepisy mające na celu ochronę moralności publicznej lub porządku publicznego, nie znajduje oparcia w żadnym z przepisów dyrektywy 98/34, co zgodnie z zasadą pierwszeństwa stosowania prawa UE uniemożliwia ustawodawcy polskiemu powoływanie się na ten przepis.

Interpretacja obowiązku notyfikacji technicznej przez Sąd Najwyższy

W kontekście wykonywania przez Polskę obowiązku notyfikacji technicznej ogromne zdziwienie

budzić mogą dwa niedawne orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawach I KZP 15/13 i IV KK 183/13.

W pierwszej z tych spraw Sąd Najwyższy stwierdził, że naruszenie wynikającego z dyrektywy 98/34 obowiązku notyfikacji przepisów technicznych ma charakter naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być badana wyłącznie w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Wskazał również, że jeżeli w konkretnym postępowaniu sąd dochodzi do wniosku, że doszło do takiej wadliwości trybu ustawodawczego, może tylko zawiesić prowadzone postępowanie i skierować stosowne pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego. Do czasu zainicjowania tej kontroli lub podjęcia przez Trybunał Konstytucyjny stosownego rozstrzygnięcia brak jest podstaw do odmowy stosowania przepisów ustawy.

W drugiej z tych spraw Sąd Najwyższy zgodził się z przywołaną powyżej tezą pierwszego orzeczenia i stwierdził, że w przypadku niedochowania obowiązku notyfikacji konsekwencja w postaci niemożności stosowania przepisu nie wynika z żadnego wyraźnego przepisu dyrektywy 98/34 ani z żadnej regulacji traktatowej. Dodatkowo postawił tezę, że wyroki Trybunału Sprawiedliwości UE wiążą sądy krajowe w konkretnej sprawie rozpatrywanej przez Trybunał, zaś powoływanie się na te wyroki w innych sprawach dokonuje się wyłącznie w drodze uznania mocy argumentów prezentowanych przez ten Trybunał. Tym samym Sąd Najwyższy odmówił zastosowania się do wyroków Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawach *CIA Security* i *Unilever*.

Skutki interpretacji dokonanej przez SN

Przedstawione powyżej rozumowanie Sądu Najwyższego oznacza, że nie uznaje on za bezwzględnie obowiązujące podstawowych zasad prawa Unii Europejskiej wypracowanych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, czyli zasady pierwszeństwa i zasady bezpośredniego skutku. W opinii Sądu Najwyższego nie obowiązuje również spoczywający na sądzie krajowym obowiązek jednolitej wykładni prawa unijnego na całym terytorium UE, wynikający z dwóch poprzednich zasad i oparty o orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE. Tego typu rozumowanie podważa cały porządek prawny Unii Europejskiej i *de facto* uniemożliwia funkcjonowanie tej organizacji.

Jednakże wbrew temu, co stwierdził SN, w prawie unijnym istnieje fundamentalna zasada traktowania

towa, która stoi w sprzeczności z przedstawionym przez Sąd Najwyższy rozumowaniem. Jest to ujęta w art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej zasada lojalności, która nakłada na wszystkie organy państw członkowskich, w tym na sądy, obowiązek zapewnienia skuteczności (efektywności) prawa UE oraz nakazuje powstrzymanie się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu celów Unii.

Jeżeli zaś chodzi o zalecane przez Sąd Najwyższy oczekiwanie na wyrok Trybunału Konstytucyjnego, Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie *Simmenthal* stwierdził, że skuteczność prawa unijnego wymaga, by sąd krajowy nie stosował w razie konieczności żadnych sprzecznych z nim przepisów krajowych. W szczególności nie można wymagać od sądu krajowego oczekiwania na zniesienie tych przepisów w drodze ustawodawczej lub w jakimkolwiek innym trybie konstytucyjnym.

Odpowiedzialność odszkodowawcza Skarbu Państwa

Należy również podkreślić, że Sąd Najwyższy jest sądem ostatniej instancji w rozumieniu art. 267 akapit trzeci TFUE, na którym spoczywa traktatowy obowiązek zadania pytania prejudycjalnego Trybunałowi Sprawiedliwości UE, jeżeli w postępowaniu krajowym pojawi się kwestia interpretacji prawa unijnego. W podanych powyżej dwóch sprawach taka kwestia się pojawiła, ale pytanie prejudycjalne nie zostało zadane, a wydane w sprawach wyroki stoją w sprzeczności z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE.

Konsekwencją takiego działania może być odpowiedzialność odszkodowawcza Skarbu Państwa za naruszenie prawa Unii Europejskiej. W sprawie *Köbler* Trybunał Sprawiedliwości UE jednoznacznie przesądził, że zasada odpowiedzialności państwa za działania niezgodne z prawem UE obejmuje również przypadki wydania przez sąd krajowy ostatniej instancji orzeczenia sprzecznego z prawem unijnym.

Konsekwencje

Wspomniane dwa wyroki Sądu Najwyższego spotkały się z doskonale uzasadnioną krytyką niektórych sądów okręgowych, które odmówiły ich stosowania (np. Sąd Okręgowy w Gliwicach w sprawie VI KA 1080/13). Warto również zwrócić uwagę na postanowienie Sądu Okręgowego w Płocku z 25 września 2013 r., które zawiera wyczerpującą argumentację w kontekście zasad stosowania unijnych przepisów dotyczących notyfikacji technicznej (V Kz 190/13).

Jednakże istnieje ryzyko, że rozumowanie Sądu Najwyższego się utrwali, co może wywołać konsekwencje dla Skarbu Państwa w postaci postępowań odszkodowawczych przed sądami krajowymi, a także może być przedmiotem postępowania Komisji Europejskiej przeciwko Polsce.

Okazuje się, że kwestia notyfikacji technicznej może stanowić fascynujący przykład problemów interpretacyjnych związanych z prawem unijnym, z którymi zmaga się również Sąd Najwyższy.

Agnieszka Krainśka, radca prawny, praktyka prawa europejskiego

Jednak nie wszystko można komercjalizować

Marzena Białasik-Kendzior

Anna Pompe



Obserwując rynek można dojść do wniosku, że prawie wszystko może mieć swoje gospodarcze przeznaczenie. Przedsiębiorcy zawsze chętnie sięgali po nazwy geograficzne i różne symbole, w tym narodowe i historyczne. W Urzędzie Patentowym RP zgłoszono do tej pory ponad 3000 znaków towarowych zawierających słowo „Polska” lub jego tłumaczenie, najczęściej na język angielski lub francuski. Popularnością cieszą się także oznaczenia zawierające nazwy miast, zarów-

no dużych (Warszawa – ok. 350 znaków, Gdańsk – ponad 200 znaków), jak i całkiem małych. Trudno zliczyć znaki towarowe wykorzystujące herby, godła czy flagi. Jednak Urząd Patentowy może szybko ostudzić zapał przedsiębiorców w tym zakresie, chociaż nie nastąpiła żadna zmiana w obowiązujących przepisach prawnych.

Zgodnie z art. 131 ust. 2 ustawy z 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej spod rejestracji wyłączona jest ustawowo pewna grupa oznaczeń i symboli. Wśród nich znajdują się m.in. oznaczenia, które:

- zawierają nazwę lub skrót nazwy Rzeczypospolitej Polskiej bądź jej symbole (godło, barwy lub hymn), nazwy lub herby polskich województw, miast lub miejscowości, znaki sił zbrojnych, organizacji paramilitarnych lub sił porządkowych, reprodukcje polskich orderów, odznaczeń lub odznak honorowych, odznak administracji rządowej czy samorządu terytorialnego albo organizacji społecznych działających w ważnym interesie publicznym;
- zawierają skróty nazw bądź symbole (herby, flagi, godła) obcych państw, organizacji międzynarodowych, a także przyjęte w obcych państwach urzędowe oznaczenia, stemple kontrolne i gwarancyjne, jeżeli zakaz taki wynika z umów międzynarodowych.

Należy zaznaczyć, że takie oznaczenia można zarejestrować, jeżeli zgłaszający wykaże się uprawnieniem, w szczególności zezwoleniem właściwego organu albo zgodą organizacji na używanie oznaczenia w obrocie. Taki zapis nie rozwiązuje jednak rąk Urzędowi Patentowemu i zgłaszającym. W wielu przypadkach nie sposób bowiem uzyskać zezwolenia właściwego organu, a to z uwagi na brak uregulowań prawnych, które by taki organ wskazywały. Żaden organ państwowy czy samorządowy nie posiada kompetencji do wydawania zezwoleń na posługiwanie się w obrocie nazwą „Polska”. To samo dotyczy nazwy „Warszawa” i wielu innych miast, a także polskich symboli narodowych.

Podejście Urzędu Patentowego było dotąd liberalne, czego dowodzi duża liczba zarejestrowanych znaków zawierających wskazane elementy słowne lub graficzne. Podejście to zostało jednak zakwestionowane przez sądownictwo administracyjne przy okazji rozpoznawania spraw dotyczących użycia nazwy „Polska”. Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego opisana luka prawna nie stanowi przeszkody do stosowania przez Urząd Patentowy przepisów prawa nakazujących odmowę rejestracji znaku, jeżeli zgłaszający nie posiada stosownej zgody.

Pod wpływem orzecznictwa sądów Urząd Patentowy zmienił podejście do rejestracji znaków towarowych z elementami narodowymi lub geograficznymi, o czym oficjalnie informuje na spotkaniach szkoleniowo-informacyjnych. Oznacza to, że dopóki kwestia kompetencji w zakresie wydawania zezwoleń nie zostanie właściwie uregulowana (np. wskutek oczekiwanej nowelizacji Prawa własności przemysłowej), należy spodziewać się wielu

negatywnych decyzji Urzędu Patentowego dotyczących omawianych oznaczeń.

Ani nazwa państwa...

Przykładem zmiany podejścia może być odmowa udzielenia prawa ochronnego na znak towarowy GEO GLOBE POLSKA tożsamy w warstwie słownej z nazwą, pod którą zgłaszający prowadzi swoją działalność.

Podstawą odmowy było wykorzystanie w znaku słowa „Polska”. Urząd Patentowy przyjął, że użycie nazwy naszego kraju w formie rzeczownikowej jest niedopuszczalne, choć takiemu ograniczeniu nie podlega użycie przymiotnikowe, np. „Polska Szkoła Filmowa”, czy „Instytut Polskiej Myśli Ekonomicznej”.

Przy okazji tej sprawy NSA w wyroku z 23 lipca 2013 r. (II GSK 544/12) odniósł się do dwóch istotnych kwestii. Po pierwsze, fakt, że na obszarze Polski funkcjonuje bardzo dużo zarejestrowanych znaków towarowych ze słowem „Polska”, na co powoływał się zgłaszający, nie może stanowić podstawy do rejestrowania kolejnych. Po drugie, sąd uznał, że spod rejestracji wyłączona jest nie tylko nazwa Rzeczpospolita Polska, ale także wszelkie jej odmiany i skróty wskazujące na nasz kraj. Sąd podkreślił, że konsumenci nie mogą być wprowadzani w błąd co do okoliczności, że podmiot posługujący się danym oznaczeniem „korzysta z legitymacji, czy też swoistej uznawalności państwa polskiego”.

Chociaż nie wynika to bezpośrednio z przepisów ustawy Prawo własności przemysłowej, także próby rejestracji znaków towarowych wykorzystujących obcojęzyczne wersje nazwy naszego kraju spotkają się z odmową. Urząd Patentowy i sądy administracyjne są zgodne co do tego, że określenie „Poland” jest powszechnie używane jako oficjalne oznaczenie Rzeczypospolitej Polskiej i nawet odbiorcom nieznającym języka angielskiego będzie kojarzyło się z określeniem naszego państwa. Takie stanowisko nie pozostawia większych szans na rejestrację przez Urząd Patentowy np. znaków TRAVEL TO POLAND.PL, EMPLOYERS OF POLAND oraz JAGUAR KLUB POLSKA, czy znaku PARKER POLAND, który *notabene* został zarejestrowany przez Urząd Harmonizacji Rynku Wewnętrznego jako wspólnotowy znak towarowy ze skutkiem na terenie Polski.

Poza ramami niniejszych rozważań zostawiamy praktykę europejskiego urzędu rejestrowego, która także podlega ograniczeniom dotyczącym rejestrowania symboli państwowych (nie dotyczą one jed-

nak nazw państw, miast czy województw, lecz rejestracji herbów, flag, innych godeł państwowych, urzędowych oznaczeń i stempli kontrolnych i gwarancyjnych; art. 7 ust. 1 lit. h) i i) rozporządzenia Rady (WE) nr 207/2009).

...ani nazwy miejscowości

Takim samym ograniczeniom poddane są oznaczenia zawierające nazwy miast, miejscowości i województw. W sprawie dotyczącej znaku towarowego CASINO PALACE KONSTANCIN Urząd Patentowy zażądał stosownego zezwolenia, gdyż – jak wskazał – „Konstancin to wieś położona w województwie łódzkim, w powiecie łęczyckim, w gminie Góra Świętej Małgorzaty. Konstancin to również potoczna nazwa miejscowości Konstancin-Jeziorna w województwie mazowieckim”. Urząd nie wskazał, czy w takiej sytuacji zgoda powinna pochodzić od organów samorządu terytorialnego działających na terenie obu miejscowości, czy wystarczyłaby zgoda jednego z nich. Nawet jednak przy braku takich wątpliwości uzyskanie zgody właściwego organu stanowiłoby bardzo poważną przeszkodę dla zgłaszającego z powodów, o których była już mowa. Nazwa miasta lub miejscowości uniemożliwiła też rejestrację znaku AQUARELLA KONSTANCIN JEZIORNA, a także znaków wskazanych poniżej.



...ani symbole unijne

Przedsiębiorca, który chciałby zarejestrować znak wykorzystujący elementy należące do flagi państwowej, również powinien liczyć się z odmową Urzędu Patentowego. Tak wynika z wyroku NSA z 18 września 2012 r. dotyczącego znaku towarowego EURO SKLEP (II GSK 1156/11).



Urząd Patentowy na skutek sprzeciwu wniesionego przez Wspólnotę Europejską unieważnił znak, uznając, że pięć charakterystycznych gwiazdek koloru żółtego, ułożonych w łuk na niebieskim tle w oczywisty sposób imituje, z heraldycznego punktu widzenia, oficjalny symbol UE. „Ewentualne różnice kolorów oraz dodatkowe elementy w znaku, nie są istotne z punktu widzenia heraldycznego”. Dlatego znak ten „stwarza prawdopodobieństwo

wywołania u przeciętnych odbiorców towarów i usług wrażenia istnienia związku pomiędzy tym znakiem a Unią Europejską”. Sąd uznał stanowisko Urzędu Patentowego w tej sprawie za słuszne.

...ani barwy narodowe

Na kilka uwag zasługuje kwestia komercyjnego wykorzystania polskich symboli narodowych, które podlegają szczególnej ochronie na podstawie ustawy z dnia 31 stycznia 1980 r. o godle, barwach i hymnie Rzeczypospolitej Polskiej. Ustawa wprowadza zakaz umieszczania ich na przedmiotach przeznaczonych do obrotu handlowego. Dozwolone jest natomiast posłużenie się godłem lub barwami Rzeczypospolitej Polskiej w formie stylizowanej lub artystycznie przetworzonej. Bardzo trudno jest sprecyzować, jak daleko można się posunąć w kreacji artystycznej, aby nie narazić się na zarzut traktowania symboli narodowych bez należytego szacunku. W toku prac legislacyjnych przyjęto, że „za formę stylizowaną lub artystycznie przetworzoną należy rozumieć formę inną niż przewidziana w załącznikach 1 i 2 do ustawy, lecz nadal budzącą skojarzenia z symbolami RP”.

Zapewne niewiele to wyjaśnia przedsiębiorcom, którzy chcieliby komercjalizować barwy i godła narodowe w zakresie dopuszczonym przez prawo. Temat staje się szczególnie aktualny przy okazji wydarzeń o wymiarze narodowym, np. mistrzostw sportowych. Trafiają wtedy na rynek najróżniejsze towary odwołujące się do flagi, godła i nazwy kraju, poczynając od artykułów i gadżetów sportowych przez specjalne linie odzieżowe, kończąc na kubkach, długopisach czy nawet perukach w barwach narodowych.

Można mieć jednak obawy, czy przedsiębiorcy będą mogli zarejestrować oznaczenia stworzone na takie okazje. Polityka Urzędu Patentowego nie wydaje się spójna z przepisami ustawy o godle, barwach i hymnie Rzeczypospolitej Polskiej. Do takiego wniosku skłania uzasadnienie decyzji odmawiającej rejestracji znaku towarowego, który zawierał w swojej grafice wizerunek orła białego. Należy podkreślić, że wizerunek ten nie odwzorowywał wiernie godła Polski chronionego przepisami powołanej ustawy i na pewno mieścił się w pojęciu symbolu przetworzonego artystycznie. Mimo to Urząd Patentowy stwierdził, że obowiązujące przepisy służą gwarantowaniu państwu, jego organom i instytucjom monopolu na posługiwanie się symbolami państwowymi, a także gwarantują przeciętnemu kon-

sumentowi pewność, że napotkane w obrocie symbole państwowe używane są przez odpowiednie, uprawnione instytucje państwowe. NSA w wyroku z 21 kwietnia 2010 r. (II GSK 555/09) podzielił stanowisko Urzędu Patentowego w tej sprawie.

Jedynie rozwiązanie: wspólnotowy znak towarowy

Nie ze wszystkimi przytoczonymi rozstrzygnięciami można się zgodzić. Nie wydaje się słuszne stanowisko, zgodnie z którym użycie w oznaczeniu słowa „Polska” zawsze będzie łączone – jak to powiedział sąd – z legalizacją uzyskaną od państwa polskiego. Często użycie słowa „Polska” nie wiąże się z autorytetem państwa polskiego, lecz raczej z lokalizacją przedsiębiorstwa lub innymi oczywistymi związkami gospodarczymi z Polską. Konsumenci w większości przypadków prawidłowo odczytują intencje przedsiębiorców, gdyż znają realia życia gospodar-

czego i są przyzwyczajeni do szerokiej obecności tego słowa w nazwach przedsiębiorstw i na towarach.

Jakkolwiek symbole narodowe powinny być podane ochronie, jednak odmowa rejestracji takich znaków nie powinna być automatyczna. Należałoby oceniać na podstawie wszystkich elementów znaku, czy dochodzi do nadużycia autorytetu stojącego za danym symbolem. W przypadku niektórych symboli łatwiej będzie o niepożądane skojarzenia, ale jeżeli chodzi o nazwy państw, miast czy województw, wystąpią one o wiele rzadziej. Stawiany postulat wydaje się uzasadniony także faktem, że ustawodawca nie wyłączył całkowicie możliwości korzystania przez przedsiębiorców z oznaczeń nawiązujących do symboli narodowych. Chwilowo jednak przedsiębiorcy mogą szukać swojej szansy w unijnym systemie ochrony znaków towarowych.

Marzena Białasik-Kendzior, praktyka własności intelektualnej

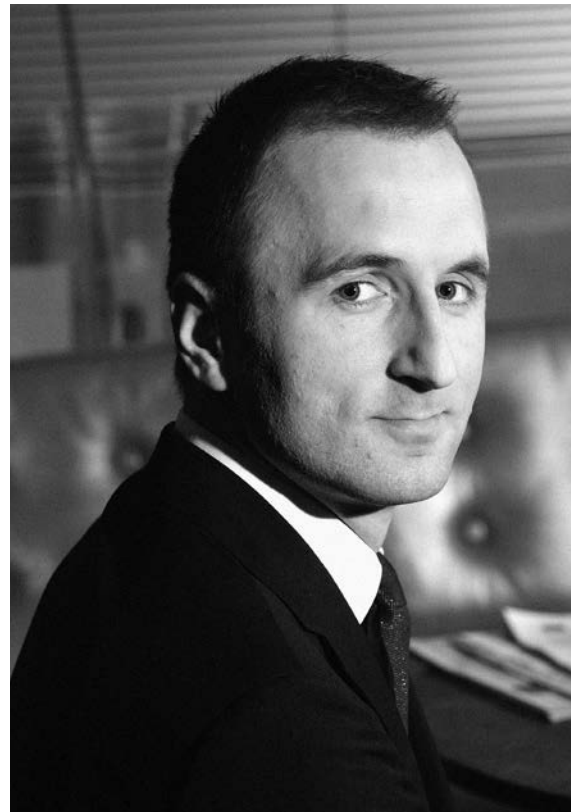
Anna Pompe, adwokat, jest współnikiem współodpowiedzialnym za praktykę własności intelektualnej

Kontrole ZUS wciąż na tropie umów o dzieło

Agnieszka Lisiecka



Michał Nowacki



W ubiegłym roku na celowniku ZUS znalazły się umowy o dzieło zawierane przez przedsiębiorców z osobami fizycznymi. Były one uznawane za umowy zlecenia. Działania ZUS spotkały się z głośnymi protestami przedsiębiorców. Czy ZUS ma prawo kwestionować przyjętą przez strony formę prawną współpracy? Czy wciąż można bezpiecznie zawrzeć umowę o dzieło, nie ryzykując sporu z ZUS?

Kontrolami ZUS zostali dotknięci przedsiębiorcy wszelkich branż, a kwestionowane były umowy

o dzieło niezależnie od ich przedmiotu. Za sprawą ZUS orzeczeniami sądów przekwalifikowane zostały umowy o dzieło, których przedmiotem były m.in. szkolenia, wykłady, czynności sportowe (trenerskie), pakowanie, pełnienie obowiązków członka zarządu, prace porządkowe, prace konserwacyjne i naprawcze, koszenie trawników, prowadzenie zajęć terapeutycznych, prace spawalnicze, usługi krawieckie i tłumaczenia. W zasadzie podejrzana jest każda umowa o dzieło.

Skąd problem?

Przekwalifikowanie umowy ma na celu ustalenie, że podlega ona obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym, a więc ubezpieczeniom emerytalnym, rentowym oraz wypadkowemu, a także ubezpieczeniu zdrowotnemu. O ile bowiem umowa o dzieło nie podlega tym ubezpieczeniom, o tyle umowa o świad-

czenie usług już tak. Prawo ZUS do takiej ingerencji w swobodę umów przesądził Sąd Najwyższy m.in. uchwałą z 27 kwietnia 2005 r. (II UZP 2/05) i wyrokiem z 4 sierpnia 2005 r. (II UK 16/05). W swoich orzeczeniach Sąd Najwyższy przyjął, że prawo kontroli ZUS w zakresie m.in. zgłoszenia do ubezpieczenia oraz prawidłowości i rzetelności obliczenia, potrącenia i płacenia składki oznacza przyznanie kompetencji do badania zarówno tytułu zawarcia umowy, jak i ważności jej poszczególnych postanowień i ich kwestionowania, jeśli pozostają w kolizji z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierzają do obejścia prawa.

Tak więc kontrolujący w protokole kontroli ustalają w pierwszej kolejności obowiązek podlegania obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym i ubezpieczeniu zdrowotnemu, a następnie ustalają przypis składki (czyli wysokość zaległych składek). Protokół kontroli staje się następnie podstawą do wydania stosownej decyzji ZUS, od której przysługuje odwołanie do sądu. Zanim jednak do tego dojdzie, kontrolowany płatnik składek może złożyć zastrzeżenia do protokołu kontroli i przedstawić środki dowodowe. Takie zastrzeżenia z założenia mają dać organowi możliwość reasumpcji swoich ustaleń, ale niestety w praktyce mają znaczenie czysto teoretyczne.

Niestety, kontrolujący nie są zbyt dociekliwi. Mają obecnie tyle pracy, że nie starcza im czasu na przejrzanie wszystkich kwestionowanych umów. Dlatego kilka przykładowych umów może zadecydować o przekwalifikowaniu dziesiątek, a nawet setek umów, często o istotnie odmiennej treści. Kontrolujący nie zawracają sobie nawet głowy ustaleniami w zakresie faktycznego sposobu wykonania umowy ani ostatecznego ich rezultatu, a na potwierdzenie swoich ustaleń przedstawiają najczęściej krótkie i wręcz formułkowe uzasadnienie faktyczne i prawne. Tymczasem oceny charakteru prawnego umowy, w szczególności w świetle obowiązującej zasady swobody umów, nie można dokonywać w oderwaniu od rzeczywistego zgodnego zamiaru stron, przedmiotu umowy, rezultatów prac oraz okoliczności wykonywania umowy. Kwestionowanie ustaleń stron, a tym samym odstępowanie od zasady swobody umów, jest bowiem możliwe tylko wtedy, gdy ustalenia te stoją w kolizji z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierzają do obejścia prawa (art. 58 k.c.).

Czym jest dzieło?

Dla porządku wypada przypomnieć, że zgodnie z kodeksową definicją przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania ozna-

zonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia. W przypadku umowy o dzieło istotne zatem jest osiągnięcie umówionego rezultatu bez względu na rodzaj, intensywność i staranność świadczonej w tym celu pracy. Cechą konstytutywną dzieła jest natomiast samoistność rezultatu, która wyraża się przez jego niezależność od dalszego działania twórcy oraz od osoby twórcy. Z chwilą ukończenia staje się ono niezależną od twórcy autonomiczną wartością w obrocie. Dzieło w tym znaczeniu należy odróżnić od efektów prac niemających takich cech. W praktyce dokonanie prawidłowej kwalifikacji dzieła okazuje się problematyczne.

Dzieło powinno mieć cechy indywidualne, ale nie musi być nowatorskie i – co bardzo istotne – nie musi też stanowić utworu w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 4 lutego 2004 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Utożsamianie dzieła z utworem jest jednym z najczęściej popełnianych błędów. Zdarza się, że błąd ten jest popełniany również przez kontrolujących. Na marginesie warto jednak wspomnieć, że jeśli dzieło spełnia warunki utworu, umowa o jego wytworzenie winna być kwalifikowana właśnie jako umowa o dzieło, bo ta umowa nazwana prawa cywilnego wydaje się najwłaściwsza dla tego rodzaju stosunku prawnego.

Cechą dzieła jest również to, że poddaje się ono tzw. sprawdzianowi na istnienie wad dzieła, co odróżnia je od usług i wyklucza możliwość uznania, że prace były realizowane na podstawie umowy o świadczenie usług. W każdym przypadku wadliwego wykonania dzieła zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia stosownych roszczeń na podstawie przepisów art. 636-638 k.c.

Z definicji dzieło powinno być oznaczone. Jednak przepis art. 627 k.c. wskazuje tylko na potrzebę „oznaczenia dzieła” w umowie, dopuszczając określenie świadczenia ogólnie, tak by można je było dookreślić w przyszłości na podstawie wskazanych w umowie podstaw lub zgodnie ze zwyczajem bądź zasadami uczciwego obrotu (art. 56 k.c.). Tak więc niesprecyzowanie parametrów dzieła w samej umowie nie wyklucza uznania umowy za umowę o dzieło. Nie ma też przeszkód, aby takiego doprecyzowania, dookreślenia dokonały same strony umowy na etapie jej realizacji.

Dla ustalenia charakteru prawnego umowy o dzieło nie powinna mieć również znaczenia forma wypłaty wynagrodzenia. Żaden z przepisów obowiązującego prawa nie przewiduje bowiem szczególnej, bezwzględnie wiążącej formy rozliczeń dla umowy o dzieło, której niezachowanie skutkowałoby przekwalifikowa-

niem umowy o dzieło na inny rodzaj umowy. Wręcz przeciwnie, przepisy obowiązującego prawa przewidują w tym zakresie różnorodność i swobodę sposobów rozliczeń (art. 628, art. 629, art. 632 k.c.). Powołane przepisy wskazują wprost, że wysokość wynagrodzenia za wykonanie dzieła można określić przez wskazanie podstaw jego ustalenia, a jeśli takich podstaw brak i nie można ustalić zwykłego wynagrodzenia za dzieło danego rodzaju, decydujące znaczenie dla określenia wynagrodzenia ma nakład pracy. Przyjęcie zatem do rozliczeń np. stawki godzinowej (która niewątpliwie uwzględnia element nakładu pracy niezbędny do wytworzenia dzieła) albo ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego należy uznać za w pełni zasadne i dopuszczalne sposoby rozliczania rezultatów prac będących przedmiotem umowy o dzieło.

W najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów niższych instancji zakwestionowano jednak długookresowe umowy o dzieło, w ramach których wykonywane były „świadczenia” powtarzalne (w szczególności świadczenia proste, nieskomplikowane). W takich przypadkach sądy, oceniając całokształt okoliczności, wzięły pod uwagę również takie elementy jak wynagradzanie za czas pozostawiania w gotowości, brak doprecyzowania dzieła w samej umowie i określenie przedmiotu umowy przez pryzmat samego rodzaju świadczenia. Jakkolwiek ocena zawsze zależeć będzie od okoliczności konkretnego przypadku, zbyt daleko idący byłby wniosek, że długookresowy stosunek prawny i powtarzalność świadczeń w sensie rodzajowym (np. opracowywanie projektów graficznych) wyklucza możliwość zawarcia umowy o dzieło. Decydujące dla oceny powinny być powstające w wyniku wykonania umowy konkretne, poszczególne rezultaty (np. konkretne projekty graficzne). Jeśli bowiem rezultaty poszczególnych prac spełniają cechy dzieła, to fakt, że są one realizowane w ramach długotrwałej relacji, nie powinien mieć żadnego znaczenia dla oceny charakteru prawnego takiego stosunku prawnego. W wielu przypadkach uzasadniony może okazać się wniosek, że strony w ramach realizacji tak ogólnie sformułowanej umowy o dzieło w istocie zawarły szereg umów o dzieło w zakresie poszczególnych dzieł. Umowa o świadczenie usług w takich sytuacjach mogłaby okazać się nie tylko niezgodna z intencją stron umowy, ale też wprost sprzeciwiać się naturze samego stosunku prawnego. Powyż-

sze nie stoi też w sprzeczności z poglądem, że stosunek prawny wynikający z umowy o dzieło nie ma charakteru zobowiązania trwałego (ciągłego), tylko jest zobowiązaniem do świadczenia jednorazowego. Żaden przepis nie zawiera przecież zakazu zawierania wielu umów o dzieło, nawet jeśli miałyby być inkorporowane w jednym dokumencie.

Co istotne, nawet jeśli zawarte umowy w istocie nie mogą być uznane za takie, których przedmiotem jest stworzenie dzieła, należy zwrócić uwagę, że nie zawsze właściwe będzie uznanie, że odpowiedzialny z tytułu składek ma być podmiot, na rzecz którego świadczone były usługi (w ramach odpowiedzialności płatnika). W wielu przypadkach osoba świadcząca usługę może przecież spełniać warunki do uznania jej za osobę prowadzącą pozarolniczą działalność gospodarczą – w takim przypadku to ta osoba jest zobowiązana do samodzielnego opłacania składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne.

Co dalej?

Niewątpliwie w praktyce zdarza się, że pod przykryciem umów o dzieło zawierane są umowy o świadczenie usług. Nie można więc odmówić ZUS prawa do badania takich umów oraz, w uzasadnionych przypadkach, do ich kwestionowania. Nie może to być jednak działanie automatyczne i oparte na powierzchownej analizie sprawy mającej na celu udowodnienie z góry postawionej tezy.

Czy obecna praktyka ZUS oznacza zatem zmierzch umów o dzieło? Wydaje się, że w żadnym przypadku nie powinna. Jednak konstruowanie tego typu umów w praktyce będzie wymagało dużej staranności i uprzedniej wnikliwej analizy. Ważne, aby z pola widzenia nie tracić cech konstytutywnych umowy o dzieło, a więc samego dzieła – rezultatu prac. Postulat ten należy za aktualny zarówno w odniesieniu do umawiających się stron, jak i organów stosujących prawo.

Umowy o dzieło, poprawnie skonstruowane i stosowane do właściwych sytuacji, ciągle mogą prowadzić do optymalizacji obciążeń publicznoprawnych. Pomimo pierwotnych planów ustawodawca nie zdecydował się na objęcie umów o dzieło składkami na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. W tym zakresie kierował się właśnie szczególnym charakterem umów o dzieło omówionym w tym artykule.

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

Michał Nowacki, radca prawny, doradca podatkowy, praktyka podatkowa

Odpowiedzialność przy korzystaniu z outsourcingu

Danuta Pajewska

Outsourcing służy głównie ograniczeniu kosztów, ale pozwala też skorzystać z wiedzy specjalistów w danej dziedzinie bez potrzeby tworzenia wewnętrznej komórki. Czasem odwrotnie: zlecamy na zewnątrz prace nieskomplikowane, dla których z łatwością znajdziemy wykonawcę bez konieczności tworzenia etatów i zarządzania wykonywaniem takiej usługi. Wystarczy zawrzeć umowę o świadczenie usług i mamy spokój. Ale czy na pewno?

W ramach outsourcingu zleca się dziś bardzo szeroki wachlarz usług. Najczęściej obejmuje on: usługi IT, usługi pracownicze (pozyskiwanie pracowników, rozliczenia płac, szkolenia, dokumentacja pracownicza), sprzedaż i marketing, obsługę klientów (call center), rachunkowość i administrację, w tym prowadzenie ksiąg, prowadzenie rozliczeń oraz logistykę (transport/dystrybucja, magazynowanie i składowanie, obsługa zamówień).

W procesie planowania i realizacji outsourcingu kluczowe znaczenie ma określenie jego celów, analiza kosztów, korzyści i ryzyk, a także prawne zabezpieczenie przebiegu procesu wyboru wykonawcy, tj. szczegółowe ustalenie zakresu usług, wybór wykonawcy oraz właściwe skonstruowanie i wynegocjowanie warunków umowy. Ważne jest, aby umowa outsourcingowa zapewniała możliwość kontroli wykonania i warunków odbioru prac, ochrony informacji oraz danych osobowych, ustalała warunki korzystania z pomieszczeń i sprzętu oraz precyzowała warunki i tryb rozwiązania umowy.



Nie bez znaczenia są kwestie zasad odpowiedzialności, bo wiąże się z tym korporacyjna odpowiedzialność zarządu za zlecenie działań firmy na zewnątrz. Zarząd spółki nie może delegować do firmy zewnętrznej swoich obowiązków i odpowiedzialności, a korzystając z outsourcingu jako wsparcia dla prowadzenia działalności, powinien to czynić w sposób maksymalnie bezpieczny dla firmy.

W przypadku gdy działalność outsourcingowa, tak ze strony biorcy jak i dawcy usługi, jest regulowana prawem i nadzorowana przez uprawnione organy, należy zapewnić bezwzględną zgodność z takimi regulacjami. Szczególne przepisy o odpowiedzialności towarzyszącej outsourcingowi usług zawierają ustawy regulujące działalność banków, domów maklerskich, zakładów ubezpieczeń oraz towarzystw funduszy inwestycyjnych. W przypad-

ku tych podmiotów umowa outsourcingu usług w zakresie, w jakim ich wykonanie ma związek z usługami świadczonymi dla klientów, nie może wyłączać ani ograniczać odpowiedzialności insourcera za szkody, jakie w wyniku jego usługi ponieśli klienci instytucji finansowej. Zawarcie takich ograniczeń odpowiedzialności w umowie spowoduje ich nieważność jako niezgodnych z prawem.

Takie rygory prawne w kwestii odpowiedzialności nie występują w przypadku innych podmiotów gospodarczych. Zakres odpowiedzialności wyznaczają postanowienia umowy, a jedynym ogranicznikiem są przepisy prawa cywilnego, które nie pozwalają wyłączyć umownie odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez insourcera umyślnie. W pozostałym zakresie można swobodnie określić odpowiedzialność za niewykonanie lub nieprawidłowe wykonanie usługi i ustalić ewentualną karę umowną, choć wysokość tej ostatniej powinna być ustalona na rozsądnym poziomie. Kara umowna jest niezależna od wysokości poniesionej szkody, ale jeżeli chcemy sobie zapewnić możliwość dochodzenia odszkodowania przewyższającego karę umowną, to takie prawo trzeba zapisać w umowie (w braku takiego postanowienia nie będziemy mogli żądać odszkodowania na zasadach ogólnych). Kara umowna nie może być rażąco wygórowana, bo insourcer będzie mógł żądać zmniejszenia kary umownej zwłaszcza w sytuacji, gdy wykona swoje zobowiązanie w znacznej części.

W ostatnim okresie weszły w życie przepisy ustaw o ułatwieniu dostępu do wykonywania niektórych zawodów regulowanych, które zdjęły szereg wcześniej występujących ograniczeń dotyczących świadczenia specjalistycznych usług. Oznacza to z jednej strony zwiększenie podaży usług na rynku, z drugiej zaś strony konieczność szczególnej staranności przy wyborze wykonawcy, bowiem zły wybór może pociągać za sobą negatywne konsekwencje dla spółki i jej organów zarządzających. Ryzyka korzystania z outsourcingu to przede wszystkim ryzyko reputacyjne i łączące się z nim ryzyko utraty klientów, a także ryzyko odpowiedzialności cywilnej i karnej tak dla firmy, jak i dla członków zarządu. Korzystanie z outsourcingu nie oznacza bowiem zdjęcia odpowiedzialności za skutki świadczonych usług. Wręcz przeciwnie, wzrasta konieczność kontrolowania ryzyka odpowiedzialności firmy wobec jej klientów lub pracowników za cudze działania.

Najbardziej jednoznacznie kwestię odpowiedzialności, oprócz wyżej wymienionych przepisów

dotyczących outsourcingu instytucji finansowych, reguluje ustawa o rachunkowości, stanowiąc, że kierownik jednostki ponosi odpowiedzialność za wykonywanie obowiązków w zakresie rachunkowości, w tym z tytułu nadzoru, również w przypadku gdy określone obowiązki zostaną powierzone innej osobie lub przedsiębiorcy. Jeśli kierownikiem jednostki jest organ wieloosobowy, a nie została wskazana osoba odpowiedzialna, odpowiedzialność ponoszą wszyscy członkowie tego organu.

Ustawa o ochronie danych osobowych przewiduje sankcje karne za nieuprawnione udostępnianie danych osobowych, brak ich zabezpieczenia bądź nierejestrowanie danych osobowych. Niezależnie od odpowiedzialności karnej istnieje ryzyko odpowiedzialności cywilnej za naruszenie dóbr osobistych. Niezbędne jest zatem ustalenie, w jakim zakresie insourcer będzie miał dostęp do chronionych prawem danych klientów, oraz odpowiednie zabezpieczenie tych danych. Umowa outsourcingowa powinna wprost zawierać postanowienia o powierzeniu insourcerowi przetwarzania danych tylko w celu wskazanym w umowie oraz zobowiązywać go do spełniania wymogów organizacyjnych i technicznych przewidzianych dla administratora danych. Podmiot outsourcingujący odpowiada za przetwarzanie danych przez insourcera.

Należy także zadbać o odpowiednią ochronę informacji chronionych takich jak tajemnica przedsiębiorstwa, informacja poufna lub zawodowa. Jeżeli dla wykonania usług niezbędne jest przekazanie takich informacji, powinno się to odbywać ostrożnie, w zakresie uzasadnionym rodzajem outsourcingowanych usług i z możliwością kontroli sposobu ochrony tych informacji.

Im większy i bardziej skomplikowany projekt outsourcingu usług, tym bardziej istotne jest zapewnienie, żeby umowa z podmiotem świadczącym usługi outsourcingowe zapewniała otrzymanie efektywnej usługi, zapewniającej bezpieczne osiągnięcie komercyjnych celów. Umowa powinna być zawarta na piśmie, żeby wyeliminować ewentualne dyskusje co do zakresu usług i odpowiedzialności stron. Taka umowa z uwagi na charakter i zakres przedmiotu czynności insourcera może być zakwalifikowana jako umowa zlecenia, świadczenia usług lub umowa o dzieło. W związku z tym generalnie podlegać będzie przepisom Kodeksu cywilnego. Nie wszystkie jednak przepisy prawa cywilnego mają charakter bezwzględnie obowiązujący, tak więc w dużej

mierze strony mogą dowolnie określić warunki umowy, w tym zwłaszcza określić warunki odpowiedzialności, przyczyny uzasadniające rozwiązanie umowy w trybie natychmiastowym lub warunki świadczenia usług w okresie wypowiedzenia.

Ważne jest, aby w umowie precyzyjnie określić zakres powierzonych czynności i związanych z nimi praw i obowiązków stron. Ma to istotne znaczenie dla ustalenia, czy umowa ma charakter starannego działania, czy jej efektem ma być konkretne dzieło. Zła jakość świadczonej usługi może powodować ryzyko działalności outsourcera, który w zdecydowanej większości przypadków nie będzie mógł się powoływać na fakt korzystania z usług podmiotów trzecich jako przyczynę zdarzeń, które

po jego stronie powodują ryzyko odpowiedzialności. Dlatego powinien zapewnić sobie możliwość stałej kontroli wykonywanej usługi, otrzymywania bieżących informacji o przebiegu usług, a także – w zależności od charakteru usługi – istnienie planu awaryjnego na wypadek przeszkód w świadczeniu usługi przez zleceniobiorcę. Konieczne jest również uzgodnienie, czy outsourcer może podzlecać wykonanie usługi, a jeśli tak, to na jakich warunkach i kto ponosi odpowiedzialność za jego działania.

Dbłość o staranne brzmienie umowy i zapewnienie kontroli jej wykonania zapewni firmie minimalizację ryzyk i odpowiedzialności w związku z faktem powierzenia części jej zadań podmiotowi trzeciemu.

Danuta Pajewska, radca prawny, jest partnerem odpowiedzialnym za praktykę outsourcingową oraz praktykę rynków kapitałowych i instytucji finansowych

Co grozi nabywcy nieruchomości przemysłowej?

Bartosz Kuraś



Izabela Zielińska-Bartożek



Nowe zasady odpowiedzialności za historyczne zanieczyszczenie powierzchni ziemi wymagają nowego podejścia do transakcji. Wprowadzone ostatnio zmiany wydają się krokiem w dobrym kierunku.

5 września 2014 r. weszła w życie ustawa z 11 lipca 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo ochrony środowiska oraz niektórych innych ustaw. Wprowadziła ona istotne zmiany w przepisach regulujących kwestię odpowiedzialności za szkodę w środowisku, w tym odpowiedzialności za historyczne zanieczyszczenie gleby.

Zmiany dotyczyły głównie systemu pozwoleń związanych z korzystaniem ze środowiska przez przedsiębiorców, w szczególności firm dysponujących pozwo-

leniami zintegrowanymi. Konieczność zmian wynikała z postanowień dyrektywy IED, czyli dyrektywy z 24 listopada 2010 r. w sprawie emisji przemysłowych (2010/75/UE). Jednym z jej celów jest zapewnienie, aby eksploatacja zakładów przemysłowych nie prowadziła do pogorszenia jakości gleby. Przy okazji postanowiono uporządkować istniejący system prawny dotyczący ochrony i rekultywacji powierzchni ziemi.

Dyrektywa IED i raporty początkowe

Dyrektywa IED nakłada na podmioty prowadzące instalacje, w których wykorzystuje się, produkuje lub uwalnia substancje powodujące ryzyko zanieczyszczenia, dodatkowe obowiązki w zakresie ochrony gleby i wód podziemnych. Najistotniejszym z nich wydaje się obowiązek przedstawienia raportu początkowego zawierającego informacje na temat zanieczyszczenia gleby i wód podziemnych,

a po zakończeniu działalności – obowiązek doprowadzenia gleby i wód podziemnych na terenie zakładu do stanu początkowego i niestwarzającego zagrożenia dla zdrowia i życia ludzi oraz dla środowiska.

Raporty początkowe mają być przedkładane wraz z wnioskiem o wydanie albo zmianę pozwolenia zintegrowanego. Mają one zawierać informacje o prowadzonej działalności (obecnej i przeszłej) oraz, co istotne, informacje dotyczące stanu zanieczyszczenia gleby, ziemi i wód podziemnych.

Wprowadzone przy okazji zmiany porządkują odpowiedzialność za zanieczyszczenie i liberalizują obowiązki związane z usunięciem historycznego zanieczyszczenia gleby. Będzie to z pewnością miało wpływ na ocenę ryzyka potencjalnych inwestorów nabywających nieruchomości lub spółki posiadające nieruchomości, zwłaszcza na terenach przemysłowych i poprzemysłowych.

Odpowiedzialność za zanieczyszczenie gleby do 5 września 2014 r.

System odpowiedzialności za zanieczyszczenie gleby przed zmianami stanowił dość skomplikowany i niespójny zespół przepisów różnych aktów prawnych. Do zanieczyszczania gleby i jej rekultywacji stosowano różne przepisy prawne, w zależności od rodzaju szkody w powierzchni ziemi, czasu, w którym zanieczyszczenie wystąpiło, sprawcy zanieczyszczenia oraz kategorii zanieczyszczonej gleby (grunty rolne i leśne, grunty związane z działalnością górniczą, grunty związane z działalnością stwarzającą ryzyko szkody w środowisku). Szczególnie uciążliwe było stosowanie przepisów ustawy Prawo ochrony środowiska uchylonych w 2007 r., ale dalej stosowanych na podstawie przepisów międzyczasowych.

Zgodnie z przepisami tejże ustawy władający powierzchnią ziemi (najczęściej właściciel albo użytkownik wieczysty), na której występuje zanieczyszczenie gleby lub ziemi spowodowane przed 30 kwietnia 2007 r., co do zasady był obowiązany do przeprowadzenia rekultywacji, nawet jeżeli nie był jego sprawcą. Natomiast w odniesieniu do zanieczyszczeń gleby wyrządzonych po tej dacie to podmiot korzystający ze środowiska, którego działalność spowodowała szkodę, co do zasady obowiązany był (i nadal jest) do naprawienia szkód wynikających z zanieczyszczenia.

Historyczne zanieczyszczenie gleby w ujęciu nowych przepisów

Istotne zmiany dotyczą właśnie odpowiedzialności za zanieczyszczenie gleby wyrządzone przed

30 kwietnia 2007 r. Wprowadzono definicję „historycznego zanieczyszczenia powierzchni ziemi”, która funkcjonowała wcześniej wśród praktyków i teoretyków prawa. Pojęcie to obejmuje w zasadzie szkody wyrządzone lub wynikające z działalności, która została zakończona przed 30 kwietnia 2007 r.

Władający powierzchnią ziemi, na której występuje historyczne zanieczyszczenie powierzchni ziemi, jest obowiązany do przeprowadzenia remediacji. Remediacja to w rozumieniu ustawy poddanie powierzchni ziemi działaniom mającym na celu usunięcie lub zmniejszenie ilości substancji powodujących ryzyko, kontrolowanie oraz ograniczanie ich rozprzestrzeniania się, tak aby teren zanieczyszczony przestał stwarzać zagrożenie dla zdrowia ludzi lub stanu środowiska, z uwzględnieniem obecnego i (o ile możliwe) planowanego w przyszłości sposobu użytkowania terenu. W uzasadnionych przypadkach remediacja mogłaby polegać na naturalnej regeneracji, jeżeli przynosi ona największe korzyści dla środowiska.

Remediacja zastąpiła wcześniejszy obowiązek rekultywacji, który co do zasady polegał na doprowadzeniu gleby do standardów jakości określonych w rozporządzeniu. Można zakładać, że remediacja będzie łatwiejsza oraz mniej kosztowna w realizacji od wcześniej obowiązującej rekultywacji.

Jeżeli remediacja okaże się konieczna, niezbędny będzie plan remediacji, w którym w pierwszej kolejności należałoby rozważyć możliwość usunięcia zanieczyszczenia, przynajmniej do poziomu dopuszczalnej zawartości w glebie i ziemi substancji powodującej ryzyko. Można jednak będzie odstąpić od usunięcia zanieczyszczenia, jeżeli nie występuje zagrożenie dla zdrowia ludzi i stanu środowiska, a koszty oczyszczania okazałyby się niewspółmierne wysokie do osiągniętych korzyści w środowisku.

Podmiot odpowiedzialny za przeprowadzenie remediacji

Władający powierzchnią ziemi może zwolnić się z obowiązku przeprowadzenia remediacji, np. jeżeli wykaże, że historyczne zanieczyszczenie powierzchni ziemi dokonane po dniu objęcia przez niego władania spowodował inny wskazany podmiot. Wówczas obowiązek przeprowadzenia remediacji spoczywa na sprawcy. Niestety nadal władający powierzchnią ziemi nie może zwolnić się z obowiązku przeprowadzenia remediacji poprzez wskazanie sprawcy zanieczyszczenia, jeżeli zanieczyszczenie nastąpiło przed dniem objęcia nieruchomości.

Identyfikacja historycznego zanieczyszczenia gleby i rejestr zanieczyszczeń

Ustawa wprowadziła dodatkowe regulacje prawne mające na celu zidentyfikowanie nieruchomości, na których występuje historyczne zanieczyszczenie powierzchni ziemi. Generalny Dyrektor Ochrony Środowiska obowiązany został do prowadzenia rejestru takich nieruchomości. Stan prawny sprzed 5 września 2014 r. również nakładał obowiązek prowadzenia rejestru, sporne jednak było, czy rejestr ten obejmować powinien zanieczyszczenia historyczne.

Obecnie obowiązujące przepisy wprost rozstrzygają, że osobny rejestr zawierać powinien m.in. informacje dotyczące potencjalnych oraz faktycznych historycznych zanieczyszczeń powierzchni ziemi, w tym informacje o ich charakterystyce, miejscu, czasie wystąpienia oraz aktualnym statusie terenu, na którym występują.

W przypadku transakcji dotyczących nieruchomości trzeba więc będzie sprawdzić, czy dana nieruchomość nie została oznaczona w rejestrze jako nieruchomość, na której występuje potencjalne lub rzeczywiste historyczne zanieczyszczenie powierzchni ziemi, i czy jest lub była prowadzona jej remediacja. Wzmianka taka może przekładać się na wartość przedmiotu transakcji. Brak wzmianki nie będzie jednak oznaczał braku omawianego ryzyka, gdyż może się zdarzyć, że dana nieruchomość mimo jej zanieczyszczenia nie została ujęta w rejestrze.

Organy ochrony środowiska obowiązane są przy tym identyfikować potencjalne historyczne zanieczyszczenia powierzchni ziemi, m.in. poprzez ustalenie działalności mogącej z dużym prawdopodobieństwem powodować historyczne zanieczyszczenie powierzchni ziemi, która była prowadzona na danym terenie przed 30 kwietnia 2007 r.

Starosta lub upoważniona przez niego osoba są uprawnieni do wstępu na dany teren w celu wykonywania badań zanieczyszczenia gleby i ziemi, a władający powierzchnią ziemi jest obowiązany umożliwić wykonywanie badań na terenie będącym w jego władaniu. Władający powierzchnią ziemi, na wniosek starosty, ma obowiązek przekazać wszelkie znajdujące się w jego posiadaniu informacje dotyczące poten-

cjalnego historycznego zanieczyszczenia powierzchni ziemi oraz jego możliwych źródeł.

Obowiązek zgłoszenia obciąża również co do zasady właściciela albo użytkownika wieczystego nieruchomości. Otóż władający powierzchnią ziemi, który stwierdził historyczne zanieczyszczenie powierzchni ziemi na terenie będącym w jego władaniu, jest obowiązany niezwłocznie zgłosić ten fakt regionalnemu dyrektorowi ochrony środowiska.

Wreszcie organ ochrony środowiska może w określonych sytuacjach nałożyć na dany podmiot obowiązek wykonania badań zanieczyszczenia gleby lub ziemi. Dotyczy to terenów, na których przed 30 kwietnia 2007 r. była prowadzona działalność mogąca z dużym prawdopodobieństwem powodować historyczne zanieczyszczenie powierzchni ziemi. Muszą przy tym istnieć przesłanki wskazujące na występowanie historycznego zanieczyszczenia powierzchni ziemi. Z takiego obowiązku wyłączone zostały podmioty korzystające ze środowiska posiadające pozwolenie zintegrowane, w którym określono sposób wykonywania badań zanieczyszczenia gleby i ziemi.

Podsumowanie

Nowe przepisy wprowadzają dość szczegółowe regulacje dotyczące identyfikacji historycznych zanieczyszczeń gleby i zapobiegania zanieczyszczeniom. Ich całościowa ocena możliwa będzie dopiero po wydaniu brakujących przepisów wykonawczych.

Wprowadzone zmiany poszły jednak w pożądanym kierunku. Jedną z ważniejszych zmian to zastąpienie dość bezwzględnego obowiązku prowadzenia rekultywacji obowiązkiem przeprowadzenia remediacji. Ustawodawca niestety nie zdecydował się na wprowadzenie możliwości zwolnienia się z odpowiedzialności nabywcy nieruchomości, na której już występuje historyczne zanieczyszczenie gleby, poprzez wskazanie sprawcy zanieczyszczenia. Taka możliwość istnieje jedynie w przypadku zanieczyszczeń, które wystąpiły po dniu objęcia władania. Niezależnie od powyższych zmian nadal zalecane jest uwzględnienie w dokumentach transakcyjnych i odpowiednie uregulowanie pomiędzy stronami transakcji ryzyka związanego z zanieczyszczeniem nieruchomości.

Bartosz Kuraś, praktyka prawa ochrony środowiska

Izabela Zielińska-Barłózek, radca prawny, jest współnikiem odpowiedzialnym za praktykę prawa ochrony środowiska

Redukcja pracowników przy joint-venture podmiotów konkurencyjnych

dr Szymon Kubiak

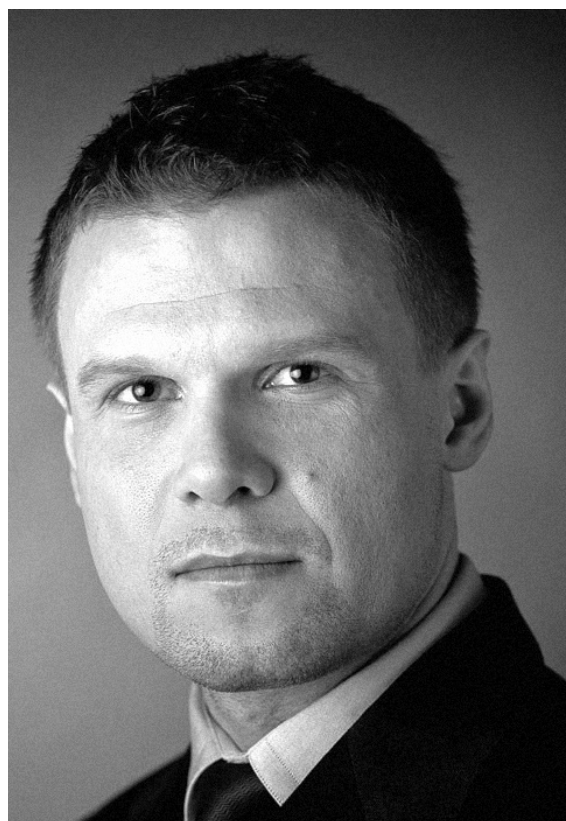
W realiach współczesnej globalizującej się gospodarki opartej na wiedzy konsolidacje przedsiębiorstw są dość powszechnym zjawiskiem – nierzadko także w przypadku dotychczasowych konkurentów. Naturalnym elementem takiej konsolidacji jest zwykle redukcja zatrudnienia. Jest ona dla łączących się konkurentów źródłem trudnych do wyeliminowania ryzyk prawnych. Czy ich sytuacja faktycznie jest patowa?

Wyobraźmy sobie planowane joint-venture między dotychczasowymi konkurentami: w kilkunastu jurysdykcjach (w tym w Polsce) spółki mają skonsolidować podstawową działalność z analogiczną działalnością prowadzoną dotychczas przez podmiot konkurencyjny.

Dla wielu osób może być zaskakujące, że w takim przypadku najciekawsze i zarazem najbardziej problematyczne mogą być nie kwestie z zakresu prawa konkurencji, ale właśnie z zakresu prawa pracy. Stanie się tak zwłaszcza, jeśli na poziomie spółek holdingowych, będących właścicielami podmiotów tworzących joint-venture, zawarto globalną ramową umowę transakcyjną ściśle określającą m.in. maksymalną liczbę pracowników, którą w krajach objętych umową każdy z podmiotów może wnieść do nowo tworzonej spółki joint-venture. W przypadku naszego hipotetycznego klienta liczba ta w Polsce jest niższa od liczby aktualnie przez niego zatrudnianych osób. Los pozostałych pracowników będzie więc raczej przesądzony.

Co wolno przed konsolidacją?

Opisany hipotetyczny stan faktyczny powoduje



pojawienie się szeregu pytań. Najistotniejsze z nich brzmi, czy w takiej globalnej umowie w ogóle można skutecznie określić liczbę pracowników, która zostanie „przeniesiona” (czy to automat, a więc w warunkach polskich na podstawie art. 23¹ Kodeksu pracy, czy też na podstawie przedstawionych i przyjętych ofert zatrudnienia, co w praktyce sprowadza się do rozwiązania stosunków pracy za porozumieniem stron w związku z otrzymaniem oferty zatrudnienia u nowego pracodawcy).

Odpowiedź na powyższe pytanie jest co do zasady negatywna. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem – zarówno Sądu Najwyższego na gruncie art. 23¹ Kodeksu pracy, jak i TSUE na gruncie dyrektywy 2001/23/WE – za nieskuteczne wobec pracowników uznać należy umowne określanie/modyfikowanie liczby pracowników podlegają-

cych w takim przypadku przejściu z mocy prawa do nowo tworzonego podmiotu. W Polsce przeprowadzenie zwolnień pracowników we wskazanych warunkach obarczone będzie wysokim ryzykiem naruszenia art. 23¹ § 6 Kodeksu pracy, zgodnie z którym przejście zakładu pracy lub jego części nie może stanowić przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie przez pracodawcę stosunku pracy.

Tymczasem biznesowe i operacyjne cele nowo utworzonego joint-venture najczęściej wymagają zawarcia tak skonstruowanej umowy. Do optymalnego prowadzenia działalności nowego podmiotu niezbędna jest bowiem określona liczba osób na określonych stanowiskach – i ani jednej osoby więcej.

Ryzyko wliczone w koszty

Czy są więc jakieś możliwości działania? Owszem. Można rozważyć rozwiązanie stosunków pracy np. za porozumieniem stron, najlepiej na wniosek pracownika (najczęściej wymaga to zastosowania dodatkowych zachęt finansowych). To jednak – z przyczyn, których omówienie przekraczałoby ramy tego artykułu – także nie jest opcją pozbawioną ryzyka.

Można też jako powód wypowiedzenia wskazać przyczyny całkowicie niezależne od przejścia zakładu pracy lub jego części. Jeśli jednak pracownik się odwoła, obrona takiej przyczyny przez pracodawcę przed sądem może nie być łatwym zadaniem.

Nawet prawników z wieloletnią praktyką zaskoczyć może gotowość klientów do akceptowania wysokiego poziomu ryzyka w tym zakresie. Ryzyko to jest przy tym traktowane jako całkowicie wtórne i podrzędne w stosunku do założeń biznesowych. Takie najwyraźniej są wymogi i realia współczesnej gospodarki.

Pułapki przy doborze pracowników

Kolejne pytanie, które musimy sobie zadać w omawianym stanie faktycznym, brzmi, czy poszczególni pracodawcy jeszcze przed utworzeniem joint-venture mogą dokonać selekcji pracowników do zwolnienia (w tym grupowego) w oparciu o określone „potrzeby biznesowe i operacyjne”, czyli posługując się samodzielnie ustalonymi kryteriami.

Odpowiedź nie jest oczywista, a problemy się potęgują. Pamiętajmy bowiem, że mamy do czynienia z podmiotami konkurencyjnymi, czyli należy się spodziewać trudności komunikacyjnych, braku zaufania, niechęci lub wręcz niemożności wymienienia się określonymi procedurami pracowniczymi

(np. w zakresie stosowanych systemów oceny pracowników). Do tego dojdzie może zupełny brak zgodności stosowanych dotychczas systemów i kryteriów oceny pracowników.

Prawnik doradcą personalnym

Sytuacja rzeczywiście staje się patowa. Nawet najmiejtniej przeprowadzony proces wyznaczenia kryteriów doboru pracowników, którzy będą mieli przejść do nowo tworzonego joint-venture (co dla pracowników niewybranych oznacza *de facto* dobór do zwolnienia grupowego), będzie obarczony istotnym ryzykiem zarzutu pozorności, gdyż jedynym autentycznym kryterium będzie wszak „potrzeba biznesowa/operacyjna” w ramach tworzonego joint-venture.

W tym miejscu pojawia się dodatkowe wyzwanie dla doradców prawnych zaangażowanych w takie transakcje. Muszą oni balansować pomiędzy sygnalizowaniem pojawiających się ryzyk a proponowaniem (o ile to w ogóle możliwe) nowatorskich i kreatywnych rozwiązań umożliwiających klientowi osiągnięcie docelowego modelu biznesowego. Takie działania niejednokrotnie wykraczają daleko poza ramy rozumianego *stricto* doradztwa prawnego, wkraczając raczej w obszar HR-u i doradztwa personalnego. Prawnicy zajmujący się sprawami z zakresu prawa pracy muszą bowiem mieć i taką wiedzę, aby sprostać dziś oczekiwaniom klientów.

Jakie więc mamy możliwości działania? Albo przeprowadzenie zwolnień przed utworzeniem joint-venture, ale w oparciu o jednolite i spójne kryteria doboru, ustalone przez wszystkich pracodawców, albo przeprowadzenie takich zwolnień po utworzeniu joint-venture (im dłuższy czas upłynie od momentu jego utworzenia, tym lepiej), dopiero gdy wszyscy pracownicy poszczególnych pracodawców staną się już pracownikami joint-venture. To drugie rozwiązanie jest zresztą optymalne ze względu na możliwość obiektywnego porównania przydatności pracowników dla funkcjonującej już spółki, z uwzględnieniem zarówno zaistniałej synergii, jak i problemów związanych z połączeniem kilku grup pracowników w nowym podmiocie.

Dopuszczalne wsparcie z zewnątrz

Trzeba przy tym pamiętać, że pracodawca dokonujący zwolnień z przyczyn ekonomicznych (niedotyczących pracowników), a więc na przykład w sytuacji połączenia działalności spółek poprzez utworzenie wspólnego joint-venture, powinien umieć wyka-

zać, że zastosował obiektywne, sprawiedliwe kryteria doboru pracowników do zwolnienia i wziął przy tym pod uwagę wszystkich pracowników, których dotyczą przyczyny zmuszające go do rozwiązania stosunków pracy. Jeżeli zostały ustalone zasady postępowania, a zwłaszcza kryteria doboru pracowników do zwolnienia, powinny być one zastosowane jednakowo do wszystkich pracowników. Jakikolwiek odstępstwa od przyjętych zasad wymagają bardzo mocnego i przekonującego uzasadnienia.

W tym kontekście niezwykle interesujące i przydatne jest orzeczenie Sądu Najwyższego z 1 czerwca 2012 r. (II PK 258/11) dotyczące właśnie prawa pracodawcy do wyznaczania kryteriów doboru pracowników do zwolnienia z pracy w ramach zwolnień grupowych.

Orzeczenie to zapadło w sytuacji, w której w związku z planowaną reorganizacją i konsolidacją działów sprzedaży dwóch spółek odbyła się ocena kompetencji pracowników obu spółek celem doboru do zwolnienia (na obszarze analizowanym przez sąd pracowało trzech przedstawicieli handlowych z każdej z konsolidujących się spółek; w wyniku konsolidacji obsługiwane przez nich rejonry zostały zdublowane, co wymagało odpowiedniej redukcji liczby przedstawicieli handlowych). Program oceny kompetencji został przeprowadzony przez podmiot zewnętrzny, który przygotował metodologię oceny pracowników zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą w tej dziedzinie (wybór firmy doradczej padł na tzw. assessment center, czyli centrum niezależnej oceny pracowników).

Sąd dopuścił, aby jako kryterium doboru pracowników do zwolnienia przyjąć jedynie ocenę ich kompetencji istotnych z punktu widzenia pracodawcy, z pominięciem, jako mniej doniosłych, innych kryteriów, takich jak dotychczasowy przebieg pracy

zawodowej, staż zatrudnienia, doświadczenie zawodowe czy formalne kwalifikacje (wykształcenie).

Pracodawca ma więc prawo tak wyznaczać kryteria doboru pracowników do zwolnienia z pracy w ramach zwolnień grupowych, aby wyselekcjonować pracowników posiadających cechy (kompetencje, predyspozycje, umiejętności) pożądane przez pracodawcę w nowych pokonsolidacyjnych okolicznościach.

Ogromne znaczenie dla praktyki ma fakt, że sąd pozytywnie ocenił rolę firm zewnętrznych w takim procesie – w szczególności oferujących usługi takie jak assessment center, umożliwiające kompleksową i zobiektywizowaną ocenę pracowników i dobór do zwolnienia w sposób ujednolicony w stosunku do obydwu łączących się podmiotów. Zgodnie z orzeczeniem pracodawca, typując pracowników do zwolnienia, może oprzeć się wyłącznie na ocenie dokonanej przez wyspecjalizowany, profesjonalny podmiot zajmujący się ocenianiem kompetencji pracowników i potrafiący dokonać obiektywnej oceny w oparciu o wypracowaną metodologię.

Dodatkową zaletą takiego rozwiązania jest możliwość zagwarantowania przez zewnętrznego usługodawcę poufności – bardzo istotnej, gdy joint-venture tworzą podmioty mocno konkurujące ze sobą na rynku. Naturalnym oczekiwaniem zaangażowanych pracodawców będzie bowiem podpisanie z firmą zewnętrzną wyjątkowo mocnych zobowiązań do zachowania poufności (tzw. *non-disclosure agreements*).

Praktyka pokazuje, że korzystanie z assessment center w takich przypadkach zyskuje na popularności. Jak bowiem czytelnik zapewne się domyśla, nasze rozważania w tym zakresie bynajmniej nie są czysto teoretyczne.

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

Mniej kłopotów z przetwarzaniem danych osobowych

Sylwia Paszek

Agnieszka Szydlik

Katarzyna Żukowska



Nowelizacja ustawy o ochronie danych osobowych, która weszła w życie 1 stycznia 2015 r., wprowadziła szereg zmian, z których najważniejsze dotyczą sposobu rejestrowania zbiorów danych osobowych, instytucji administratora bezpieczeństwa informacji oraz zasad transferu danych do krajów trzecich.

Celem nowych przepisów, wprowadzonych tzw. czwartą ustawą deregulacyjną, było m.in. ułatwienie prowadzenia działalności gospodarczej.

Kompetencje administratora bezpieczeństwa informacji

Znowelizowana ustawa uregulowała instytucję administratora bezpieczeństwa informacji (ABI). ABI będą odtąd rejestrowani w urzędzie Głównego Inspektora Ochrony Danych Osobowych. Zyskali też nowe kompetencje, m.in. do prowadzenia rejestru zbiorów danych osobowych, co dotychczas było wyłączną domeną GIODO.

Do końca 2014 r. ustawa o ochronie danych osobowych nakazywała administratorom danych wyznaczenie ABI, który miał nadzorować przestrzeganie zasad ochrony przetwarzanych danych osobowych. Zwolnieni z takiego obowiązku byli wyłącznie ci administratorzy danych, którzy sami wykonywali czynności zastrzeżone dla ABI (w doktrynie podnoszono pogląd, że zwolnienie to

dotyczyło wyłącznie osób fizycznych).

Od 1 stycznia 2015 r. administratorzy danych osobowych nie muszą powoływać ABI. Jeżeli go jednak powołają i zgłoszą do rejestru prowadzonego przez GIODO, to, co do zasady, nie będą musieli rejestrować w GIODO zbiorów danych osobowych (nie dotyczy to zbiorów zawierających dane wrażliwe). Jeżeli natomiast nie powołają ABI, będą wykonywać obowiązki dla niego zastrzeżone, z wyłączeniem prowadzenia rejestru zbiorów danych.

Na mocy przepisów przejściowych administratorzy bezpieczeństwa informacji wyznaczeni na podstawie przepisów obowiązujących do końca 2014 r. będą pełnić funkcję administratora bezpieczeństwa informacji w rozumieniu znowelizowanych przepisów do czasu zgłoszenia ich do rejestru prowadzonego przez GIODO, nie dłużej jednak niż do 30 czerwca 2015 r. Zasadny wydaje się pogląd, że także administratorzy bezpieczeństwa informacji, którzy nie zostaną zgłoszeni do GIODO, pełnić będą swoje funkcje do 30 czerwca 2015 r. na dotychczasowych zasadach.

Wymagania w stosunku do administratora bezpieczeństwa informacji

Administratorem bezpieczeństwa informacji w świetle znowelizowanej ustawy może być jedynie osoba, która:

- ma pełną zdolność do czynności prawnych oraz korzysta z pełni praw publicznych,
- ma odpowiednią wiedzę w zakresie ochrony danych osobowych,
- nie była karana za umyślne przestępstwo.

Wymogi te muszą spełniać także zastępcy administratora bezpieczeństwa informacji, jeżeli zostaną powołani.

Ustawodawca nie uregulował sposobu sprawdzania „odpowiedniej” wiedzy w zakresie danych osobowych, zdając się na mechanizmy rynkowe. Nie zastrzegł również wymogów dotyczących obywatelstwa polskiego. Na administratora bezpieczeństwa informacji można więc powołać obcokrajowca, oceniając jego zdolność do czynności prawnych oraz posiadanie pełni praw publicznych według jego prawa ojczystego.

Ponadto ustawa nakłada na administratora danych obowiązek zapewnienia ABI środków i odrębności organizacyjnej niezbędnej do niezależnego wykonywania zadań (wcześniej wynikało to jedynie

z dobrych praktyk). ABI powinien podlegać bezpośrednio kierownikowi jednostki organizacyjnej, a jeżeli administratorem danych jest osoba fizyczna – bezpośrednio tej osobie. Administratorzy danych powinni zatem zweryfikować, a w razie potrzeby odpowiednio dostosować swoje struktury organizacyjne.

Dopuszczono także wyraźnie możliwość powierzenia ABI innych obowiązków, pod warunkiem jednak, że nie naruszy to prawidłowego wykonywania zadań zastrzeżonych dla roli administratora bezpieczeństwa informacji.

Administrator danych ma 30 dni na zgłoszenie w GIODO powołania lub odwołania ABI. Nie jest jednak jasne, czy taka rejestracja ma charakter deklaracyjny czy konstytucyjny, tj. czy powołanie lub odwołanie ABI jest skuteczne w dacie wskazanej przez administratora danych, czy dopiero w dacie rejestracji w GIODO. Zasadny wydaje się pierwszy z tych poglądów, niemniej kwestia ta nie została jednoznacznie rozstrzygnięta w ustawie.

Rejestrowanie zbiorów danych

Dotychczasowe reguły nakazywały rejestrować w biurze GIODO niemal wszystkie posiadane bazy danych (prowadzone w formie elektronicznej i papierowej), niezależnie od rodzaju i rozmiaru prowadzonej działalności. Obowiązkowi temu mógł podlegać nawet wizytownik, o ile dane w nim przechowywane nie podlegały jednemu ze zwolnień z obowiązku rejestracji (takim zwolnieniem objęte są na przykład dane pracowników lub dane powszechnie dostępne).

Nowelizacja zwolniła z rejestracji w GIODO zbiory danych prowadzone bez wykorzystywania systemów informatycznych, o ile nie zawierają one danych wrażliwych.

Administratorzy danych osobowych, którzy powołali i zarejestrowali w GIODO administratora bezpieczeństwa informacji, nie muszą rejestrować zbiorów danych w GIODO (z wyjątkiem zbiorów zawierających dane wrażliwe). Administrator bezpieczeństwa informacji, po zarejestrowaniu w GIODO, jest bowiem zobowiązany do prowadzenia rejestru zbiorów danych osobowych.

Rejestr prowadzony przez ABI powinien zawierać opis cech zbioru zasadniczo odpowiadający zgłoszeniu zbioru danych do rejestracji w GIODO. Rejestr ten jest jawny. Przepisy znowelizowanej ustawy przewidują w tym zakresie odpowiednie stosowa-

nie przepisów dotyczących jawności rejestru zbiorów danych osobowych. Co do zasady oznacza to, że każdy ma prawo przeglądać rejestr prowadzony przez administratora bezpieczeństwa informacji.

Jeżeli rejestr jest prowadzony w postaci elektronicznej, ABI jest zobowiązany udostępnić go do przeglądania na stronie internetowej administratora danych lub udostępnić każdemu zainteresowanemu przeglądanie rejestru na stanowisku dostępowym w systemie informatycznym administratora danych znajdującym się w siedzibie tego administratora. Również gdy rejestr jest prowadzony w postaci papierowej, konieczne jest umożliwienie przejrzenia jego treści w siedzibie administratora każdej osobie zainteresowanej.

W praktyce zarejestrowanie zbioru danych w GIODO może więc okazać się dla przedsiębiorcy prostsze niż prowadzenie rejestru przez ABI w ramach własnej organizacji.

W odniesieniu do danych wrażliwych przepisy w zasadzie się nie zmieniły. Do przetwarzania w zbiorze danych wrażliwych niezbędna jest uprzednia rejestracja w urzędzie.

Obecnie zarejestrowane zbiory danych

Nie jest jasne, czy dotychczasowe rejestracje zbiorów danych w GIODO dokonane przez przedsiębiorców, którzy zdecydowali się na powołanie i zarejestrowanie ABI, będą podlegały wykreśleniu. Możliwa, choć niezgodna z duchem „deregulacji” wydaje się interpretacja nakazująca dalsze aktualizowanie lub zawnioskowanie o wykreślenie tych zbiorów. Bardziej pożądane byłoby uznanie, że zwolnienie z rejestracji zbiorów w GIODO oparte na prowadzeniu rejestru przez zarejestrowanego ABI obejmuje również zwolnienie z aktualizowania wpisów w rejestrze prowadzonym przez GIODO. Praktyka pokaże, które z tych rozwiązań znajdzie uznanie regulatora.

Przekazywanie danych osobowych do państw trzecich

Nowelizacja znacząco zmienia zasady przekazywania danych osobowych do państw trzecich, tj. poza obszar Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Tak jak dotychczas transfer danych do państw trzecich będzie mógł nastąpić, jeżeli państwo docelowe zapewnia na swoim terytorium odpowiedni poziom ochrony danych osobowych.

Nadal będzie więc można, bez dodatkowych zindywidualizowanych procedur administracyjnych,

przekazywać dane do państw trzecich, które Komisja Europejska, w drodze decyzji, uznała za zapewniające odpowiedni poziom ochrony (np. Szwajcaria), jak też do podmiotów z siedzibą w Stanach Zjednoczonych, zarejestrowanych w systemie Safe Harbour.

Nowością jest natomiast możliwość przekazania danych osobowych do podmiotu zlokalizowanego w państwie trzecim, bez konieczności uzyskania zgody GIODO, mimo braku uprzedniej oceny czy kwalifikacji pod kątem zapewnienia właściwego poziomu ochrony.

Transfer taki będzie możliwy pod warunkiem, że nastąpi na podstawie umowy zawartej pomiędzy stroną przekazującą i stroną otrzymującą dane, opartej o (i) standardowe klauzule umowne zatwierdzone przez Komisję Europejską, zgodnie z art. 26 ust. 4 dyrektywy 95/46/WE, lub (ii) wiążące reguły korporacyjne (*binding corporate rules*, BCR), tj. wewnętrzne polityki lub kodeksy dobrych praktyk przyjmowane w ramach międzynarodowych korporacji, zatwierdzone przez GIODO.

Dotychczas zawarcie przez strony transferu danych umowy o przekazaniu danych i zastrzeżenie najwyższych standardów ich ochrony nie mogło być samodzielną podstawą transferu tych danych do państwa trzeciego. Był to jedynie jeden z elementów stanu faktycznego, który oceniał GIODO, podejmując decyzję zezwalającą lub odmawiającą zezwolenia na transfer.

Polski ustawodawca zasadnie zrewidował istniejącą konstrukcję i doszedł do wniosku, że *w świetle decyzji Komisji Europejskiej zastosowanie standardowych klauzul umownych uznaje się za zapewniające odpowiednie gwarancje dla praw i wolności osoby, której dane dotyczą; dlatego w przypadku zastosowania w procesie przekazania danych do państwa trzeciego standardowych klauzul umownych nie ma uzasadnienia dla prowadzenia postępowania administracyjnego zmierzającego do uzyskania zgody organu ochrony danych osobowych (z uzasadnienia projektu nowelizacji).*

Analogiczny przymiot wyłącznej podstawy transferu przyznano wiążącym regułom korporacyjnym, pod warunkiem ich uprzedniego zatwierdzenia przez GIODO. BCR są instrumentem prawnym o charakterze generalnym, który ma być stosowany do wszystkich międzynarodowych transferów danych w kapitałowej grupie przedsiębiorstw. Jeżeli konkretne BCR są zatwierdzone przez GIODO, a trans-

fer jest dokonywany na warunkach w nich określonych, wówczas GODO nie musi wyrażać zgody na poszczególne transfery danych. Regułę zaprojektowano tak, aby odnosiła się także do międzynarodowych korporacji przetwarzających dane na zlecenie (w ramach umowy powierzenia, o której mowa w art. 31 ustawy o ochronie danych osobowych).

W procedurze zatwierdzenia konkretnych BCR GODO będzie musiał skonsultować się z pozostałymi organami ochrony danych osobowych w EOG, które rozpatrywały już zatwierdzenie tych samych reguł. GODO ma obowiązek wziąć pod uwagę ich rozstrzygnięcia, nie jest jednak nimi związany. Wydaje się to znaczącą wadą tego rozwiązania. Zasadne jest zatem stworzenie (już planowanego) systemu wzajemnego uznawania zatwier-

dzeń wydawanych przez organy ochrony danych osobowych. Poszczególne organy miałyby obowiązek wzajemnego uznawania decyzji dotyczących zatwierdzenia BCR, z zastrzeżeniem prawa odmowy wyłącznie w przypadkach wyraźnie wskazanych w przepisach prawa, o określonym stopniu istotności.

Niezależnie od istniejących niedoskonałości formalna liberalizacja zasad transferu stanowi ogromną ulgę dla korporacji. Przy dużej liczbie transferów danych w grupie, częstym tworzeniu nowych spółek i likwidacji innych lub zmianie zakresu ich działania, możliwość przekazania danych bez konieczności wielomiesięcznego oczekiwania na zgodę GODO znacząco ułatwi funkcjonowanie dużych organizacji.

Sylvia Paszek, radca prawny, praktyka ochrony danych osobowych

Agnieszka Szydlik, adwokat, praktyka ochrony danych osobowych

Katarzyna Żukowska, praktyka prawa pracy

Czy ceny energii elektrycznej są za wysokie?

Weronika Pelc



Odpowiedź na tytułowe pytanie zależy przede wszystkim od tego, czy jest się odbiorcą prądu, czy też jego producentem i sprzedawcą. Odbiorcy naturalnie uważają, że ceny energii elektrycznej są za wysokie. Z kolei producenci i sprzedawcy stoją na stanowisku, że ceny prądu są w Polsce za niskie i uniemożliwiają odpowiedni poziom inwestycji w infrastrukturę energetyczną.

Z punktu widzenia odbiorców energii elektrycznej ceny są zawsze za wysokie. Dotyczy to w szczególności wielkich odbiorców przemysłowych, dla

Marek Dolatowski



których koszt zakupu energii elektrycznej stanowi istotny element wszystkich kosztów, idący czasem w miliony złotych rocznie. Jak podnoszą odbiorcy przemysłowi, wysokie ceny energii utrudniają im konkurowanie na globalnym rynku.

Tymczasem zdaniem producentów i sprzedawców prądu ceny są tak niskie, że uniemożliwiają utrzymywanie infrastruktury energetycznej na należytym poziomie. Instytucje kredytowe mogą bowiem uznać wszelkie inwestycje w energetykę za zbyt ryzykowne i nie dające pewności zwrotu zainwestowanych środków ze względu na zbyt niskie potencjalne wpływy przedsiębiorstw energetycznych ze sprzedaży energii.

Problem dotyczy nie tylko polskiej energetyki. Jest on coraz częściej dyskutowany w całej Unii Europejskiej. Okazuje się bowiem, że przy coraz wyż-

szej produkcji energii z subsydiowanych źródeł odnawialnych energia wytwarzana w procesach spalania gazu lub węgla jest potrzebna tylko w niektórych godzinach doby, np. wtedy, gdy nie świeci słońce lub nie wieje wiatr. Tymczasem koszty okazjonalnego uruchamiania elektrowni gazowych czy węglowych są tak duże, że ceny takiej energii muszą być znacznie wyższe od aktualnych cen rynkowych. W przeciwnym razie istnienie takich elektrowni nie miałoby racji bytu.

W Polsce produkcja energii ze źródeł odnawialnych, wspieranych znacznymi dodatkowymi środkami finansowymi, nie wypiera jeszcze tradycyjnej energetyki z rynku. Jednak stosunkowo duża podaż energii, produkowanej w większości w starych i wyeksploatowanych źródłach węglowych, powoduje, że ceny nie rosną, a nawet okresowo spadają.

Sytuacja przypomina konkurowanie cenami na rynku korporacji taksówkowych wyposażonych w dwudziestoletni tabor samochodowy. Samochody jeszcze jeżdżą, a klienci cieszą się, że jest tanio, ale konkurencja cenowa nie pozwala ani odłożyć na zakup nowych samochodów, ani obsłużyć spłaty ewentualnego kredytu. Wiadomo, że większość samochodów przestanie działać w najbliższych kilku latach, a wtedy klientom przyjdzie przemieszczać się na piechotę.

Ile faktycznie kosztuje prąd

W ostatnich latach ceny energii elektrycznej w Polsce nie tylko nie rosły, ale nawet okresowo spadały. Z danych publikowanych przez Towarową Giełdę Energii wynika, że miesięczne średnioważone ceny energii elektrycznej na giełdzie dla transakcji na dzień następnny wynosiły: 179 zł/MWh w styczniu 2012 r., 171 zł/MWh w styczniu 2013 r., 150 zł/MWh w czerwcu 2013 r., 162 zł/MWh w styczniu 2014 r. i 180 zł/MWh w październiku 2014 r.

Według komunikatu Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki średnia cena sprzedaży energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym za rok 2013 wynosiła 181,55 zł/MWh, co stanowiło spadek w stosunku do roku 2012, gdy średnia cena energii kształtowała się na poziomie 201,36 zł/MWh. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki ma wiedzę o wszystkich transakcjach na rynku (a nie tylko o tych dokonywanych na towarowej giełdzie energii) i na tej podstawie wylicza średnią cenę i publikuje o niej informacje.

W chwili obecnej ceny energii elektrycznej nie są regulowane, z wyjątkiem cen dla odbiorców

w gospodarstwach domowych, tzw. grupy taryfowej G. Dla tej kategorii odbiorców wciąż obowiązują taryfy corocznie zatwierdzane przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. Zatwierdzając taryfy dla grupy G, Prezes Urzędu Regulacji Energetyki bierze pod uwagę konieczność ochrony gospodarstw domowych przed nadmiernym i nieuzasadnionym wzrostem cen.

Kosztowne certyfikaty

Należy jednak pamiętać, że na ceny energii elektrycznej składa się nie tylko koszt samej energii. Na cenę ostateczną każdej megawatogodziny wpływają także koszty rozmaitych systemów wsparcia. Podmioty sprzedające energię odbiorcom końcowym są bowiem zobowiązane kupować zielone, żółte, fioletowe, czerwone i białe certyfikaty w określonej przez ustawodawcę proporcji. Środki uzyskane z zakupu certyfikatów trafiają do przedsiębiorstw wytwarzających energię w odnawialnych źródłach energii (zielone certyfikaty), wysokosprawnej kogeneracji gazowej (żółte), wysokosprawnej kogeneracji metanowej (fioletowe), innej wysokosprawnej kogeneracji (czerwone) oraz przedsiębiorstw realizujących projekty efektywności energetycznej (białe). W październiku 2014 r. koszt certyfikatów kształtował się na poziomie około 170 zł/MWh dla zielonych certyfikatów, około 104 zł/MWh dla żółtych certyfikatów, około 60 zł/MWh dla fioletowych certyfikatów oraz około 10 zł/MWh dla czerwonych certyfikatów.

Ponieważ obowiązkowy zakup certyfikatów dotyczy jedynie ustawowo określonej części całego wolumenu energii sprzedawanej odbiorcom końcowym, ceny certyfikatów nie przekładają się bezpośrednio na cenę każdej dostarczonej megawatogodziny. Koszty systemów wsparcia, czyli „kolorów”, uwzględnia się tak, aby każda jednostka energii elektrycznej sprzedawana odbiorcom końcowym była nimi obciążona w tej samej wysokości. Jest to istotny element kosztowy. Z tego względu jedną z nowelizacji Prawa energetycznego wprowadzono możliwość ulgowego traktowania największych odbiorców przemysłowych co do konieczności ponoszenia kosztu zakupu kolorowych certyfikatów. Dokonywane przez takich odbiorców przemysłowych zakupy energii miały być w części zwolnione od obowiązkowego finansowania „kolorów”.

Według stanu na styczeń 2015 r. ulgi dla odbiorców przemysłowych nie weszły w życie, ponieważ nowelizacja notyfikowana Komisji Europejskiej jako program pomocy publicznej do tej pory nie

zyskała akceptacji unijnych urzędników. Być może stanie się tak w 2015 r., jednak po dokonaniu pewnych modyfikacji.

Co jeszcze kryje się w cenie

Na wysokość rachunku za energię elektryczną ma wpływ nie tylko sama cena za energię elektryczną (czynną, a czasem również bierną) oraz koszt zakupu certyfikatów. Naliczane są również opłaty od przedsiębiorstw energetycznych transportujących energię elektryczną od sprzedawcy do nabywcy. Przedsiębiorstwa transportujące energię to operator systemu przesyłowego (OSP) oraz operatorzy systemów dystrybucyjnych (OSD).

OSP (Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.) nalicza opłaty za transport energii (usługi przesyłania) zgodnie z taryfą zatwierdzoną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. Taryfę konstruuje się z kolei na zasadach określonych szczegółowo w Prawie energetycznym i przepisach wykonawczych do tej ustawy. Zgodnie z nimi opłata naliczana przez OSP (tzw. opłata przesyłowa) składa się z następujących stawek:

- stawki sieciowej – za przesyłanie energii elektrycznej pobieranej w przypadku fizycznego poboru energii z sieci przesyłowej – złożonej z dwóch składników:
 - składnika stałego – stanowiącego odpowiednik kosztów stałych utrzymania sieci z podziałem na moc umowną,
 - składnika zmiennego – liczonego od ilości przesłanej energii;
- stawki jakościowej – za korzystanie z krajowego systemu elektroenergetycznego, która odpowiada kosztom utrzymania standardów jakości i niezawodności dostaw, np. rezerwy mocy, oraz za zapewnienie dostaw na rynku bilansującym;
- stawki rynkowej – odpowiadającej kosztom rozliczenia wymiany energii elektrycznej między krajowym systemem elektroenergetycznym a systemami elektroenergetycznymi państw spoza UE.

Ponadto OSP pobiera tzw. opłatę przejściową (końcową) ustanowioną w celu pokrycia kosztów przedsiębiorstw energetycznych „osieroconych” w wyniku rozwiązania umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej. Opłata pobierana jest bezpośrednio od odbiorców przyłączonych do sieci przesyłowej oraz za pośrednictwem operatorów sieci dystrybucyjnych (jako płatników) w przypadku innych odbiorców końcowych.

Na poziomie obrotu detalicznego OSD pobierają opłaty dystrybucyjne w sposób podobny do opłat przesyłowych. Opłaty dystrybucyjne składają się bowiem z następujących stawek:

- stawki sieciowej – za dystrybucję energii elektrycznej – złożonej z dwóch składników:
 - składnika stałego – stanowiącego odpowiednik kosztów stałych na utrzymanie sieci z podziałem w zależności od odbiorcy energii na moc umowną albo w przypadku gospodarstw domowych (grupa taryfowa G) liczonego w zależności od układu pomiarowo-rozliczeniowego,
 - składnika zmiennego – liczonego od ilości przesłanej energii;
- stawki jakościowej – określanej na podstawie kosztów zakupu usług przesyłania energii elektrycznej od operatora systemu przesyłowego w części dotyczącej korzystania z krajowego systemu elektroenergetycznego;
- stawki abonamentowej – za odczytywanie wskazań układów pomiarowo-rozliczeniowych i ich bieżącą kontrolę.

Oprócz powyższych opłat OSD jako płatnik pobiera od odbiorców wspomnianą powyżej opłatę końcową i przekazuje ją do OSP.

Wreszcie sprzedawca energii może pobierać tzw. opłatę handlową za obsługę odbiorcy, np. za wystawianie faktur.

Uchwalona przez Sejm ustawa o odnawialnych źródłach energii przewiduje kolejną opłatę – tzw. opłatę OZE – mającą na celu pokrycie kosztów funkcjonowania nowego systemu wsparcia OZE. Ma być ona pobierana od odbiorców końcowych przyłączonych do sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej w zależności od ilości pobranej energii elektrycznej. Proces legislacyjny związany z nową ustawą OZE nie został zakończony w momencie przygotowywania tego artykułu, ale opłata na moment jego ukończenia miała wynieść 2,51 zł/MWh.

Ponadto sprzedaż energii elektrycznej podlega 23% stawce podatku VAT. Dodatkowo w handlu detalicznym pobierana jest akcyza wynosząca 20 zł za megawatogodzinę.

Rachunek rozszyfrowany

A zatem na standardowy rachunek za energię elektryczną średniego przedsiębiorcy opiewający na kwotę 20 650,42 zł netto składają się następujące składowe:

procent rachunku	składowa		opłata
79%	sprzedaż energii	opłata handlowa	181,09 zł / miesiąc
		sprzedana energia czynna	16 062,54 zł
21%	dystrybucja energii	opłata sieciowa stała	1 675,00 zł (naliczona od mocy umownej)
		opłata sieciowa zmienna	1 489,51 zł (naliczona od ilości pobranej energii czynnej)
		opłata jakościowa	805,89 zł (naliczona od ilości pobranej energii czynnej)
		opłata abonamentowa	13,10 zł / miesiąc
		opłata przejściowa	410 zł (naliczona od mocy umownej)
		pobrana energia bierna pojemnościowa	13,29 zł (naliczona od ilości energii)

Czy to dużo, czy mało – wszystko zależy od punktu widzenia. Warto jednak pamiętać, że niektóre oszczędności na dłuższą metę mogą się okazać pozorne.

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

Marek Dolatowski, adwokat, doradztwo dla sektora energetycznego

Delegowanie atrakcyjne dla pracodawców zagranicznych

Magdalena Świtajska

Obowiązujące regulacje prawne w zakresie prawa pracy, legalizacji pobytu i pracy cudzoziemców w Polsce oraz ubezpieczeń społecznych sprawiają, że delegowanie jest atrakcyjnym rozwiązaniem pozwalającym pracodawcom zagranicznym na szybkie i sprawne uruchomienie oraz rozwinięcie w Polsce działalności, której podstawą jest kapitał ludzki.

Polska jest popularna wśród zagranicznych inwestorów outsourcingujących w ramach grupy niektóre usługi, takie jak działalność centrów rozliczeniowych, dystrybucyjnych czy działalność typu call-center.

Podmioty tworzone w Polsce w celu realizacji tych usług opierają swoje funkcjonowanie w głównej mierze nie na zasobach materialnych, ale na pracy ludzkiej i know-how. Muszą zatem pozyskać odpowiedni personel i wyposażyć go w niezbędną wiedzę i umiejętności, aby móc realizować cele biznesowe zgodnie ze standardami grupy. Proces rekrutacji i szkolenia pracowników, zwłaszcza w podmiotach, które docelowo chcą zatrudniać kilkadziesiąt lub kilkaset osób, jest zaś długotrwały i pracochłonny, co w zasadzie wyklucza możliwość oparcia nowych struktur na pracownikach lokalnych.

Pracodawcy zagraniczni coraz chętniej zatem delegują swoich pracowników do nowo tworzonych spółek córek, wnuczek i oddziałów w Polsce, na krótkie – kilku lub kilkunastomiesięczne okresy. Pracownicy tacy, posiadający wiedzę, umiejętności i doświadczenie w zakresie prowadzonej przez pracodawcę zagranicznego działalności, zajmują się tworzeniem struktur, wdrażaniem proce-



dur wewnętrznych, rekrutowaniem pracowników lokalnych, ich szkoleniem i nadzorem nad funkcjonowaniem nowego podmiotu, do czasu jego „usamodzielnienia się”. Dzięki temu możliwe jest uruchomienie takiego podmiotu już w kilka tygodni po jego utworzeniu i zarejestrowaniu.

Delegowanie pracowników do Polski przez pracodawców zagranicznych jest przy tym rozwiązaniem atrakcyjnym nie tylko biznesowo, ale także prawnie.

Warunki pracy i płacy podczas delegowania

Odmienne niż w przypadku delegowania pracowników za granicę przez polskich pracodawców, delegowanie pracowników do pracy w Polsce przez pracodawców zagranicznych nie wiąże się z koniecznością stosowania do pracowników delegowanych wszystkich przepisów polskiego

prawa pracy. Warunki delegowania muszą jedynie uwzględniać tzw. minimalne warunki zatrudnienia, określone przepisami Rozdziału II Kodeksu pracy (art. 67¹-67⁴ k.p.). Pracodawca zagraniczny ma obowiązek zapewnić pracownikowi delegowanemu do Polski warunki zatrudnienia nie mniej korzystne niż wynikające z przepisów Kodeksu pracy oraz innych przepisów regulujących prawa i obowiązki pracowników w Polsce w zakresie:

- norm i wymiaru czasu pracy oraz okresów odpoczynku dobowego i tygodniowego,
- wymiaru urlopu wypoczynkowego,
- minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie odrębnych przepisów,
- wysokości dodatku za pracę w godzinach nadliczbowych,
- bezpieczeństwa i higieny pracy,
- uprawnień pracowników związanych z rodzicielstwem,
- zatrudniania młodocianych,
- zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu,
- wykonywania pracy zgodnie z przepisami o zatrudnianiu pracowników tymczasowych.

W praktyce zapewnienie przez pracodawców zagranicznych omawianych, minimalnych warunków zatrudnienia pracownikom delegowanym do Polski nie stwarza trudności. Warunki delegowania ustalane są w wystawianych pracownikom porozumieniach lub listach delegujących. Wprawdzie obowiązujące przepisy polskiego prawa pracy nie wymagają tworzenia takich dokumentów, jednak list lub porozumienie potwierdzające co najmniej fakt i okres delegowania są potrzebne do uzyskania zezwolenia na pracę, jeśli jest ono w danym przypadku wymagane.

Legalizacja pracy i pobytu

Również zasady i procedury dotyczące legalizacji pracy i pobytu pracowników delegowanych do Polski przez pracodawców zagranicznych sprawiają, że delegowanie jest dostępnym i stosunkowo łatwym rozwiązaniem dla pracodawców zagranicznych uruchamiających lub prowadzących działalność w Polsce. Pod względem wymogów i procedur w zakresie legalizacji pracy i pobytu w Polsce zatrudnienie pracowników na podstawie delegowania przez pracodawcę zagranicznego jest stosunkowo najszybszą i najłatwiejszą formą zatrudnienia pracowników zagranicznych w Polsce, m.in. z uwagi na brak wymogu uprzedniego oferowania zatrudnienia pracownikom lokalnym.

Obywatele Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego i Szwajcarii delegowani do Polski przez pracodawców zagranicznych nie mają w ogóle obowiązku uzyskania zezwoleń na pracę i pobyt ani wiz w celu wykonywania pracy i pobytu w Polsce w okresie delegowania – bez ograniczeń czasowych. Tacy pracownicy muszą jedynie zarejestrować swój pobyt w Polsce, jeśli czas ich delegowania i związanego z nim pobytu w Polsce przekracza trzy miesiące. Obowiązku tego należy dopełnić w następnym dniu po upływie trzech miesięcy od dnia wjazdu na terytorium Polski. Jest to jednak formalność – właściwy wojewoda rejestruje pobyt i wydaje stosowne zaświadczenie zazwyczaj od ręki, bez opłat.

Nieco więcej wymogów przepisy przewidują dla pracowników delegowanych niebędących obywatelami państw UE, EOG lub Szwajcarii. Przepisy nowej ustawy o cudzoziemcach (z 12 grudnia 2013 r.) nie wprowadziły w tym zakresie istotnych zmian. Pracownicy delegowani do Polski przez pracodawców zagranicznych nadal muszą posiadać dwa dokumenty – zezwolenie na pracę oraz dokument pobytowy (tj. wizę lub zezwolenie na pobyt czasowy), bez możliwości zastąpienia ich jednolitym zezwoleniem na pobyt czasowy i pracę. W praktyce jednak uzyskanie tych dokumentów jest łatwe i możliwe w stosunkowo krótkim czasie. Wprawdzie pracodawca zagraniczny musi uzyskać zezwolenie na pracę, które wydaje w Polsce wojewoda właściwy ze względu na miejsce delegowania, jednak pracodawca może w toku całego postępowania działać przez pełnomocnika. Do uzyskania zezwolenia wymagane są zaś podstawowe informacje o pracodawcy zagranicznym, podmiocie w Polsce oraz o pracowniku, a także podstawowe, potwierdzające je dokumenty (dokumenty z rejestrów, kopia paszportu, list delegujący). Zezwolenie jest wydawane co do zasady maksymalnie w ciągu miesiąca od złożenia kompletnego wniosku za opłatą wynoszącą 50-100 zł.

Dodatkowo pracownik delegowany niebędący obywatelem państwa UE, EOG lub Szwajcarii musi uzyskać wizę krajową w celu wykonywania pracy, wydawaną na podstawie uzyskanego zezwolenia na pracę. Pracownicy będący obywatelami USA, Kanady, Korei Południowej i innych państw, dla których przewidziano takie zwolnienie, mogą natomiast rozpocząć pracę w Polsce w ramach delegowania na podstawie uzyskanych zezwoleń na pracę, bez obowiązku posiadania wizy przez pierwsze 90 dni pobytu w Polsce. Obowiązek uzyskania wizy

(lub zezwolenia na pobyt czasowy) dotyczy dopiero dalszego okresu delegowania do Polski.

Ubezpieczenia społeczne

Obowiązujące przepisy unijne i międzynarodowe przewidują także istotne ułatwienia w zakresie ubezpieczenia społecznego pracowników delegowanych do Polski przez pracodawców zagranicznych. Pozwalają one pracownikom delegowanym pozostać w systemach ubezpieczeń państw wysyłających, w szczególności w przypadku delegowania na krótkie, kilkunastomiesięczne okresy.

I tak na przykład na podstawie m.in. rozporządzenia Rady (EWG) nr 1408/71, rozporządzenia Rady (EWG) nr 574/72, rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 883/2004 oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 987/2009 pracownicy delegowani do pracy w Polsce przez pracodawców prowadzących działalność w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub Szwajcarii, jeżeli co najmniej przez miesiąc przed oddelegowaniem do Polski podlegali ubezpieczeniom społecznym w kraju wysyłającym, przez okres delegowania nieprzekraczający 24 miesięcy podlegają nadal ubezpieczeniom społecznym w kraju wysyłającym. W celu potwierdzenia takiego uprawnienia pracodawca zagraniczny musi pozyskać z instytucji ubezpieczającej w kraju wysyłającym formularz A1, potwierdzający, że składki na ubezpieczenie społeczne pracownika są wpłacane do właściwej instytucji w kraju zatrudnienia i w związku z tym pracownik jest tam ubezpieczony. Posiadanie takiego dokumentu

zwalnia z opłacania składek na ubezpieczenie społeczne w Polsce.

Podobne rozwiązania przewidują także umowy międzynarodowe zawarte pomiędzy Polską a innymi państwami, m.in. Umowa o zabezpieczeniu społecznym między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki z 2 kwietnia 2008 r. czy Umowa o zabezpieczeniu społecznym między Rzeczpospolitą Polską a Kanadą z 2 kwietnia 2008 r. Umowa z USA przewiduje pozostawanie w amerykańskim systemie ubezpieczeń społecznych przez pracowników delegowanych do Polski na okres nieprzekraczający pięciu lat przez pracodawców prowadzących działalność i zatrudniających ich w USA. Pracownicy delegowani przez pracodawców prowadzących działalność i zatrudniających ich na terytorium Kanady pozostają w kanadyjskim systemie ubezpieczeń społecznych przez okres delegowania nieprzekraczający 60 miesięcy. Podobnie jak w przypadku delegowania w ramach UE czy EOG, w celu potwierdzenia podlegania amerykańskiemu czy kanadyjskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych pracodawca zagraniczny ma obowiązek uzyskać dla pracownika właściwy formularz potwierdzający podleganie ubezpieczeniu w kraju wysyłającym.

Obok regulacji dotyczących ubezpieczeń społecznych obowiązują także liczne umowy międzynarodowe, które pozwalają pracownikom delegowanym na unikanie podwójnego opodatkowania w związku z delegowaniem do Polski. Wszystko to sprawia, że delegowanie pracowników jest atrakcyjnym rozwiązaniem dla pracodawców zagranicznych, którzy chcą szybko rozwinąć działalność w Polsce.

Magdalena Świtajska, adwokat, praktyka prawa pracy

Gwarancja zapłaty w umowach o roboty budowlane

Michał Wons

Nie każda gwarancja bankowa czy ubezpieczeniowa należyście zabezpieczy wykonawcę robót budowlanych. Jaka powinna być treść tego dokumentu, aby rzeczywiście gwarantował wykonawcy zapłatę?

Gwarancja zapłaty, o której mowa w art. 649¹ § 1 Kodeksu cywilnego, jest instrumentem prawnym, który zabezpiecza roszczenia wykonawcy robót budowlanych o zapłatę wynagrodzenia za ich wykonanie przez inwestora. Inwestor ma wybór formy, w jakiej płatność zostanie zabezpieczona – może to być gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, a także akredytywa bankowa lub poręczenie banku udzielone na zlecenie inwestora. W praktyce najczęściej spotyka się dwie pierwsze formy. Są one szeroko stosowane i ugruntowane w obrocie gospodarczym, zapewniając bezpieczeństwo i skuteczność czynności prawnych podejmowanych przez kontrahentów.

Jednak nie każda gwarancja bankowa czy ubezpieczeniowa należyście zabezpieczy wykonawcę robót budowlanych.

W trosce o wykonawcę

Instytucja gwarancji zapłaty została wprowadzona odrębną ustawą z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji za roboty budowlane. W 2010 r. Trybunał Konstytucyjny zakwestionował konstytucyjność części przepisów tej ustawy, w związku z czym zostały one uchylone, a przepisy dotyczące gwarancji wprowadzono nowelą do Kodeksu cywilnego.

Celem istnienia tych przepisów jest ochrona wykonawców robót budowlanych, którzy częstokroć nie otrzymawszy zapłaty za wykonane roboty budowlane o znacznej wartości, sami byli zobowiązani do



zapłaty za materiały i wynagrodzenia na rzecz swoich podwykonawców, co doprowadzało ich do upadłości. Na gruncie obecnych przepisów wykonawca (przez co rozumieć należy także generalnego wykonawcę) ma prawo żądać od inwestora w każdym czasie – tj. w czasie obowiązywania umowy o roboty budowlane (roboty nie muszą być rozpoczęte) – gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy oraz robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy, zaakceptowanych na piśmie przez inwestora.

Kolejne artykuły Kodeksu cywilnego stanowią, że jeżeli wykonawca nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym niż 45 dni, może odstąpić od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia.

Odstąpienie inwestora od umowy spowodowane żądaniem wykonawcy, aby przedstawił mu gwarancję zapłaty, jest bezskuteczne.

Przepisy Kodeksu cywilnego nie określiły jednak minimalnej treści, jaką powinna mieć gwarancja zapłaty, aby skutecznie zabezpieczyć roszczenie wykonawcy.

W praktyce może się zdarzyć, że inwestor przedstawi np. dokument gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, który nie pozwoli wykonawcy skutecznie dochodzić zapłaty od gwaranta w przypadku, gdy inwestor odmówi należnej zapłaty. Jedyną linią obrony wykonawcy jest wówczas dowiedzenie, że taki dokument w rzeczywistości nie stanowi gwarancji zapłaty w rozumieniu art. 649¹ k.c.

Poniżej przedstawiamy trzy najważniejsze cechy, które powinien mieć taki dokument, aby stanowić rzeczywiste zabezpieczenie zapłaty dla wykonawcy.

Po pierwsze: nieodwołalna

Wykładnia celowościowa przepisu art. 649¹ k.c. prowadzi do wniosku, że gwarancja zapłaty musi realnie zabezpieczać zapłatę wynagrodzenia przysługującego wykonawcy. Ustawodawca nie pozwolił bowiem na wyłączenie stosowania tego przepisu w drodze swobody zawierania umów ani na odstąpienie przez inwestora od umowy o roboty budowlane z tego powodu, że wykonawca zażądał od niego przedstawienia gwarancji zapłaty.

Gwarancja bankowa, która może być odwołana w każdym czasie w całości, również w odniesieniu do zabezpieczenia wynagrodzenia za już wykonane roboty budowlane lub roboty budowlane nie wykonane, ale podlegające wykonaniu w myśl wiążącej strony umowy, nie spełnia swojej podstawowej funkcji gwarancyjnej.

Gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa nie powinna więc zawierać sformułowania, że może zostać odwołana przed upływem terminu jej obowiązywania. Sformułowanie, że gwarancja jest „nieodwołalna”, zostało recypowane z porządku prawnego *common law* do gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych udzielanych pod prawem polskim. Wprawdzie już z ogólnych zasad prawa cywilnego wynika, że oświadczenie woli, które zostało złożone adresatowi, nie może być odwołane bez jego zgody (art. 61 § 1 zd. 2 k.c.), ale zważywszy na to, jak istotne dla wykonawcy jest, aby zobowiązanie do wypłaty gwarantowanej kwoty było wymagalne w każdym czasie po zawarciu umowy,

w treści dokumentu wpisuje się wprost, że zobowiązanie to jest nieodwołalne.

Istotą ochrony prawnej wykonawcy wynikającej z art. 649¹ k.c. jest pewność, że wynagrodzenie zostanie mu zapłacone. Takie jest też cywilistyczne rozumienie „gwarancji” (czy to gwarancji bankowej, czy np. gwarancji jakości), która zawsze oznacza zabezpieczenie roszczeń jednej ze stron stosunku cywilnoprawnego.

Wydaje się, że zgodna z wymogami art. 649¹ k.c. byłaby gwarancja bankowa, która jest odwołalna, ale jedynie w odniesieniu do robót budowlanych, które jeszcze nie zostały wykonane i które nie będą podlegały wykonaniu w przyszłości. Inwestor mógłby wykorzystać prawo do odwołania gwarancji zapłaty np. w sytuacji, gdy jedna ze stron odstąpiła od umowy o roboty budowlane albo gdy zmienił się zakres robót określony w aneksie umowy o roboty budowlane, co spowodowało zmianę kwoty wynagrodzenia wykonawcy. Należy jednak mieć na względzie art. 649⁴ § 3 k.c., który wprowadził zasadę, że inwestor nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia pomimo niewykonania robót budowlanych, jeżeli wykonawca był gotów je wykonać, lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących inwestora.

Brak obowiązującego wzoru gwarancji zapłaty sprawia, że kwestia jej treści budzi wiele wątpliwości. Dlatego powyższa argumentacja może nie być już tak oczywista w sytuacji, gdy inwestorem zobowiązanym do przedstawienia gwarancji zapłaty jest Skarb Państwa, działający poprzez stworzone w celu realizacji inwestycji jednostki organizacyjne (np. GDDKiA). W naszej praktyce spotkaliśmy się z przypadkiem, w którym wykonawca otrzymał od inwestora publicznego gwarancję bankową zawierającą stwierdzenie, że może ona zostać w każdej chwili odwołana. Wykonawca odstąpił od umowy o roboty budowlane na podstawie art. 649⁴ k.c., a w oświadczeniu o odstąpieniu podniósł, że odwołalna gwarancja bankowa nie stanowi gwarancji zapłaty w rozumieniu art. 649¹ k.c. Inwestor natomiast podniósł, że takie odstąpienie stanowi nadużycie prawa, ponieważ w przypadku inwestora publicznego wykonawca nie musi obawiać się o swoje płatności.

Trudno jednak odmówić wykonawcy słuszności w twierdzeniu, że musi on mieć pewność, że gwarant rzeczywiście wypłaci świadczenie, a nie tylko zagwarantuje, że je wypłaci. Stąd wynika druga niezbędna cecha gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej.

Po drugie: bezwarunkowa

W dokumencie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej gwarant powinien zobowiązać się nie tylko nieodwołalnie, ale również „bezwarunkowo” do zapłaty określonej kwoty na rzecz beneficjenta gwarancji. Zapis ten jest ważny z dwóch powodów.

Przede wszystkim znacząco ułatwia uzyskanie wypłaty środków od gwaranta.

W obrocie prawnym spotyka się przypadki uzależnienia wypłaty od dołączenia do wezwania do zapłaty oświadczeń określonej treści (np. że inwestor nie zapłacił żądanej kwoty w terminie pomimo wezwania go na piśmie) lub przedłożenia określonych dokumentów (np. kopii wezwania do zapłaty wystosowanego do inwestora, kopii bezusterkowego protokołu odbioru przedmiotu robót budowlanych, oświadczenia wykonawcy, że kwota jest bezsporna). Im mniej takich „warunków” (w potocznym rozumieniu tego słowa), które muszą być spełnione, aby gwarant wypłacił środki, tym lepiej dla wykonawcy.

Ponadto zapis ten uwypukla istotną cechę gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej – abstrakcyjność wynikającego z niej zobowiązania. Gwarancja nie powinna zawierać jakichkolwiek warunków, które beneficjent musi spełnić, aby żądanie zapłaty zostało uznane przez gwaranta. Wypłata środków z gwarancji nie może zależeć od tego, czy np. kwota jest sporna lub czy inwestor i wykonawca różnią się w ocenie łączącego ich stosunku cywilnoprawnego. W przypadku idealnie abstrakcyjnego zobowiązania gwaranta środki zostaną wypłacone, nawet gdy będą nienależne, co nie wyklucza późniejszego dochodzenia ich zwrotu.

Większość gwarancji oferowanych przez banki lub towarzystwa ubezpieczeniowe zawiera wymóg uprzedniego zwrócenia się o zapłatę do inwestora i załączenia dowodu złożenia takiego wezwania wraz z oświadczeniem beneficjenta, że inwestor nie zapłacił żądanej kwoty w terminie. Zdarzają się jednak dużo bardziej rozbudowane wymogi do spełnienia przez beneficjenta. Im ich więcej, tym większe prawdopodobieństwo, że gwarant znajdzie jakieś

uchybień formalne w żądaniu zapłaty i odmówi wypłaty kwoty.

Po trzecie: płatna na pierwsze żądanie

Zobowiązanie do zapłaty sumy gwarancyjnej przez gwaranta „na pierwsze żądanie” (*upon first demand*) powoduje, że gwarant wypłaci świadczenie w terminie określonym w gwarancji, licząc od dnia otrzymania żądania zapłaty i niezależnie od tego, czy zabezpieczony tą gwarancją rezultat się ziszczył. W uchwale siedmiu sędziów z 16 kwietnia 1993 r. (III CZP 16/93) Sąd Najwyższy wskazał, że gwarant (bank lub towarzystwo ubezpieczeniowe) udzielający gwarancji opatrzonej klauzulą „na pierwsze żądanie”, podobnie jak przy klauzuli „bezwarunkowo”, nie może powołać się – w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty – na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona.

Sens tego rodzaju klauzul w umowie gwarancji bankowej polega m.in. na zabezpieczeniu beneficjenta nie tylko przed ryzykiem niewypłacalności jego kontrahenta (w tym wypadku – inwestora), lecz także przed ryzykiem długotrwałego i trudnego dochodzenia roszczeń, co jest szczególnie istotne przy umowie o roboty budowlane.

Tylko gwarancja „nieodwołalna, bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie” zapewni wykonawcy komfort, że jeśli inwestor nie realizuje w terminie swoich zobowiązań pieniężnych, wykonawca nie utraci płynności finansowej i będzie mógł się zwrócić do gwaranta o wypłatę należnej kwoty.

Oczywiście możliwych pułapek w treści dokumentów gwarancji bankowych czy ubezpieczeniowych jest znacznie więcej. Należy zwrócić uwagę m.in. na termin obowiązywania gwarancji, sposób wystosowania wezwania do zapłaty i doręczenia go gwarantowi czy zakres roszczeń objętych gwarancją.

Każdy projekt gwarancji zapłaty za roboty budowlane należy dokładnie sprawdzić przed jego zaakceptowaniem, aby nie okazało się, że wykonawca zaangażował znaczne środki w realizację kontraktu, po czym nie uzyskał należnego wynagrodzenia.

Michał Wons, radca prawny, praktyka nieruchomości i inwestycji budowlanych

Gun jumping: ryzykowny falstart w transakcjach fuzji i przejęć

Andrzej Madala

Przedsiębiorcy planujący znaczące fuzje i przejęcia muszą zawiadomić o tym zamiarze właściwy organ antymonopolowy. Przed uzyskaniem jego zgody nie mogą podejmować działań zmierzających do faktycznego dokonania transakcji, koordynacji prowadzonej działalności gospodarczej ani wymiany poufnych informacji. Za złamanie tego zakazu grożą przedsiębiorcom wysokie kary.

Wspomniany zakaz obowiązuje w całym okresie przejściowym, czyli w okresie między wykonaniem badania prawnego i finansowego partnera transakcyjnego (*due diligence*), zawarciem umowy transakcyjnej a zamknięciem transakcji.

Czym jest *gun jumping*?

Określenie *gun jumping* najlepiej chyba przełożyć jako falstart. Termin ten europejskie ustawodawstwa antymonopolowe zapożyczyły z długoletniej antytrustowej praktyki agencji antymonopolowych USA, tj. Departamentu Sprawiedliwości oraz Federalnej Agencji ds. Handlu. Pojęcie to obejmuje różnorodne działania mające ułatwić i przyspieszyć integrację gospodarczą między uczestnikami transakcji-koncentracji podejmowane w okresie przed wyrażeniem przez organ antymonopolowy zgody na dokonanie fuzji lub przejęcia i zamknięciem transakcji.

Przedwczesna integracja przedsiębiorców oraz pełna transparentność między nimi przed zamknięciem transakcji może prowadzić do zagrożeń dla konkurencji dla rynku. Jeśli bowiem transakcja ostatecznie nie dojdzie do skutku, strony będą wiedziały o sobie na tyle dużo, że dalsza ich rywalizacja będzie utrudniona, a ryzyko zмовy między nimi znaczące.



Nie są to rozważania czysto teoretyczne. W praktyce transakcyjnej zdarza się, że pomimo znacznego zaangażowania stron do sfinalizowania transakcji ostatecznie nie dochodzi. Jako przykład można wskazać sprawę planowanego nabycia Polpharmy S.A. przez spółkę farmaceutyczną Gedeon Richter. Pomimo wydania przez Prezesa UOKiK decyzji aprobującej koncentrację (decyzja DKK-52/2008 z 3 lipca 2008 r.) transakcja nie została sfinalizowana z powodu wycofania się z niej strony polskiej.

Organy antymonopolowe zakładają, że do czasu uzyskania zgody na dokonanie koncentracji (zamknięcie transakcji) przedsiębiorcy muszą pozostać konkurentami (lub niezależnymi kontrahentami), a stan konkurencji (lub niezależności) między nimi nie może zostać osłabiony w celu ułatwienia koncentracji.

Można wyróżnić dwa podstawowe rodzaje zachowań przedsiębiorców, które będą określane terminem *gun jumping*:

- faktyczne dokonanie koncentracji przed uzyskaniem zgody organu antymonopolowego (jeśli istnieje obowiązek notyfikowania zamiaru koncentracji), np. wykonywanie faktycznej kontroli nad przejmowanym przedsiębiorcą,
- wymiana lub jednostronne przekazywanie poufnych informacji handlowych przez przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji mogące skutkować koordynacją ich działalności gospodarczej.

Podstawy zakazu w krajowym i unijnym prawie antymonopolowym

Przedwczesna koordynacja działalności gospodarczej uczestników transakcji lub ich zbyt wczesna integracja narusza zakazy wynikające z prawa antymonopolowego i wiąże się z dalszymi negatywnymi konsekwencjami prawnymi. Przedsiębiorcy powinni pamiętać, że proces transakcyjny nie powoduje wyłączenia odpowiedzialności za *gun jumping*.

Obowiązujące przepisy antymonopolowego prawa polskiego oraz europejskiego prawa unijnego zawierają po dwie analogiczne podstawy prawne zakazujące działań przedsiębiorców określanych jako *gun jumping*. Pierwszą podstawą jest zakaz dokonania transakcji (koncentracji) przed uzyskaniem zgody organu antymonopolowego. Kolejną podstawą prawną jest zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję przez co najmniej dwóch niezależnych przedsiębiorców.

Kontrola koncentracji

Zgłoszeniu organom antymonopolowym (a więc Prezesowi UOKiK lub Komisji Europejskiej) podlegają tylko największe transakcje, które mogą potencjalnie wywierać istotny wpływ na konkurencję (odpowiednio na rynku polskim czy wspólnym rynku unijnym). W praktyce transakcje wymagające zgłoszenia organom antymonopolowym mogą przybierać różne formy prawne, które jednak stanowić muszą koncentrację w rozumieniu ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (prawo krajowe) lub rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (prawo unijne).

Miarą „wielkości” czy „istotności” koncentracji jest obrót przedsiębiorców uczestniczących w transakcji. Zarówno polskie, jak i europejskie prawo antymono-

polowe odwołuje się w tym względzie do ustalonych progów obrotów uzyskanych przez przedsiębiorców w roku obrotowym poprzedzającym rok dokonania koncentracji. Polskie prawo mówi o łącznym obrocie uczestników koncentracji przekraczającym równowartość 1 miliarda euro na świecie lub obrocie uzyskanym łącznie przez uczestników koncentracji na terytorium Polski przekraczającym równowartość 50 milionów euro (art. 13 ust. 1 ustawy). Zgłoszeniu Prezesowi UOKiK podlegają również koncentracje zagraniczne, które mogą wywołać skutek na terytorium Polski (art. 1 ustawy).

Z kolei wymiar unijny mają koncentracje, w których łączny obrót światowy uczestników transakcji, co do zasady, przekracza równowartość 5 miliardów euro, a obrót każdego z uczestniczących w niej przedsiębiorców w krajach Unii Europejskiej przekracza równowartość 250 milionów euro. Art. 1 rozporządzenia 139/2004 zawiera dodatkowe progi obrotowe i dalsze zasady konieczne do ostatecznego ustalenia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji do Komisji Europejskiej. Jeżeli transakcja ma wymiar unijny, przedłożenie zgłoszenia w Komisji Europejskiej jest obowiązkowe i wyłącza (co do zasady) obowiązek zgłaszania organom antymonopolowym państw członkowskich (np. Prezesowi UOKiK). Jest to tzw. zasada jednego organu (*one stop shop*).

Z obowiązku zgłoszenia organom antymonopolowym zamiaru koncentracji wynika ustawowy nakaz powstrzymania się przez przedsiębiorców od dokonania transakcji do czasu uzyskania zgody właściwego organu antymonopolowego (art. 97 ustawy oraz art. 7 rozporządzenia 139/2004). Co istotne, wykonaniem koncentracji (transakcji) będzie nie tylko zamknięcie transakcji pod względem formalno-prawnym (np. wykonanie umowy kupna-sprzedaży akcji przenoszącej własność 100% akcji spółki nabywanej na nabywcę), ale również wszelkie działania stron transakcji skutkujące faktycznym wykonywaniem kontroli (np. przez nabywcę nad spółką nabywaną przed ostatecznym nabyciem akcji). Zarówno polskie, jak i unijne prawo konkurencji definiuje bowiem przejęcie kontroli jako wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę.

Antykonkurencyjne porozumienia

Jedną z głównych zasad prawa antymonopolowego pozostaje zakaz zawierania przez niezależnych

przedsiębiorców porozumień ograniczających konkurencję, tj. porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku. Zakaz ten dotyczy w jednakowy sposób porozumień zawieranych między konkurentami, jak i między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność na różnych szczeblach obrotu (np. między dostawcą i dystrybutorem).

Zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień zawarty jest w art. 6 ustawy oraz w art. 101 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE). Oba akty prawne podają tożsame przykłady antykonkurencyjnych porozumień, które mogą polegać w szczególności na ustalaniu bezpośrednio lub pośrednio cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów czy na podziale rynków zbytu lub zakupu towarów. Powyższe zasady znajdują pełne zastosowanie w stosunku do przedsiębiorców uczestniczących w transakcjach fuzji i przejęć niezależnie od tego, czy transakcja jest koncentracją, która podlega kontroli antymonopolowej.

Sankcje za *gun jumping* w orzecznictwie organów antymonopolowych

Dokonywanie przez przedsiębiorców (nawet nieumyślnie) działań opisanych jako *gun jumping* może skutkować dotkliwymi sankcjami nakładanymi przez organy antymonopolowe. Przedsiębiorcy mogą zostać ukarani niezależnie od tego, czy transakcja ostatecznie została zaakceptowana przez organ antymonopolowy, czy też nie.

Komisja Europejska lub Prezes UOKiK mogą w takich przypadkach ukarać przedsiębiorców sankcjami finansowymi w wysokości nawet do 10% całkowitego przychodu osiągniętego przez danego przedsiębiorcę w roku poprzedzającym rok nałożenia kary (podstawami prawnymi takich sankcji są: art. 23 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003, które jest rozporządzeniem wykonawczym do TFUE, oraz art. 14 rozporządzenia 139/2004, a w polskim prawie antymonopolowym art. 106 ustawy).

W przypadku antykonkurencyjnej wymiany informacji czy przedwczesnej koordynacji działań rynkowych nie zostały wydane jeszcze (według najlepszej wiedzy autora) żadne decyzje skutkujące sankcjami finansowymi na szczeblu Komisji Europejskiej czy

Prezesa UOKiK. Nie oznacza to jednak, że organy antymonopolowe nie sprawdzają takich działań przedsiębiorców.

W dotychczasowej praktyce Komisji jako przykład można wskazać przeprowadzenie w grudniu 2007 r. niezapowiedzianej kontroli w siedzibach koncernów Ineos oraz Kerling (spółka zależna Norsk Hydro). Kontrola nie doprowadziła jednak do nałożenia na przedsiębiorców sankcji za *gun jumping* (zob. komunikat Komisji z 13 grudnia 2007 r., MEMO/07/573; transakcja ta została ostatecznie zaakceptowana przez Komisję, decyzja nr COMP/M.4734).

Można za to wskazać liczne przypadki nałożenia sankcji za niezgłoszenie zamiaru koncentracji (za brak zgłoszenia w ogóle lub za zgłoszenie koncentracji *post factum*). W praktyce krajowej chyba wszystkie takie decyzje dotyczyły braku zgłoszenia zamiaru koncentracji i zgłaszania koncentracji już po jej dokonaniu. Co roku Prezes UOKiK wydaje przynajmniej kilka tego typu decyzji. Jak dotąd kary nałożone na przedsiębiorców za brak zgłoszenia lub za zgłoszenie *post factum* nie przekraczały 80 000 zł (kara w wysokości 75 000 zł została nałożona na Kopalnię Węgla Brunatnego „Konin” S.A., decyzja Prezesa UOKiK nr DKK-78/2012 w sprawie utworzenia wspólnego przedsiębiorcy z Global Wind Energy Poland Sp. z o.o.).

Kary nakładane na przedsiębiorców przez Komisję Europejską są znacznie wyższe. W głośnych ostatnio sprawach dotyczących dokonania koncentracji przed wydaniem decyzji przez organ antymonopolowy Komisja nakładała na przedsiębiorców kary w wysokości 20 milionów euro. Chodzi o sprawę przejęcia przez belgijski Electrabel faktycznej kontroli nad francuską Compagnie Nationale du Rhone (decyzja Komisji nr COMP/M.4994 z 10 kwietnia 2009 r.) oraz o zbyt wczesne przejęcie kontroli przez Marine Harvest nad spółką Morpol (decyzja Komisji nr COMP/M.7184 z 23 lipca 2014 r.).

Wysokość kar wskazuje, że przedsiębiorcy przed uzyskaniem zgody organu antymonopolowego powinni powstrzymać się od wszelkich działań, które mogłyby zostać zakwalifikowane jako zmierzające do dokonania transakcji, skoordynowania działalności czy wymiany informacji poufnych. Pośpiech w tych sprawach może bowiem okazać się bardzo kosztowny.

„Poproszę o ryczałt za nocleg w kabinie”

Łukasz Lasek



Agnieszka Lisiecka



Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z 12 czerwca 2014 r. (II PZP 1/2014) stwierdził, że zapewnienie kierowcy samochodu ciężarowego odpowiedniego miejsca do spania w kabinie tego pojazdu podczas wykonywania przewozów w transporcie międzynarodowym nie stanowi zapewnienia przez pracodawcę „bezpłatnego noclegu”, a w rezultacie nie zwalnia pracodawcy z obowiązku wypłaty kierowcom ryczałtu za noclegi w kwo-

tach należnych pracownikom sfery budżetowej będących w zagranicznej podróży służbowej (w zależności od kraju ok. 25 – 40 euro za noc). Tezę tę Sąd Najwyższy powtórzył w uchwale z 7 października 2014 r. (I PZP 3/2014). Taka wykładnia może się jednak okazać bardzo kosztowna – nie tylko dla firm transportowych.

Uchwały zaraz po opublikowaniu uruchomiły lawinę pozwów wytaczanych firmom transportowym, często inspirowanych przez różne stowarzyszenia „ochrony praw kierowców”. Pracownicy i byli pra-

cownicy domagają się wypłaty „zaległych” ryczałtów za noclegi w kabinach samochodów za okres ostatnich trzech lat (bo taki jest okres przedawnienia tych roszczeń). Kwoty dochodzonych roszczeń mogą okazać się nie do udźwignięcia dla wielu przedsiębiorstw transportowych, oznaczając dla wielu z nich nawet bankructwo. Szacuje się, że całkowita kwota nieprzedawnionych roszczeń opiewa na ok. 2,5 mld zł.

Pogląd Sądu Najwyższego, jakkolwiek powodowany słusznymi pobudkami, jest wątpliwy. Po pierwsze, uzasadnienie poglądu wyrażonego w uchwale budzi szereg wątpliwości natury prawnej i jest mało przekonujące. Po drugie, uchwała SN w praktyce zamiast polepszać warunki noclegowe kierowców, a w konsekwencji bezpieczeństwo na drogach, w praktyce powoduje skutek przeciwny. Kierowcy bowiem nadal nocują w kabinach, traktując ryczałty za noclegi jako dodatkowy element wynagrodzenia, a pracodawcy pewnie powątpiewają w sensowność inwestycji w pojazdy z miejscami przystosowanymi do spania oraz bazy noclegowe na terenie Europy.

Tylko pozornie zatem kierowcy mogą zyskać na takiej wykładni. Ostatecznie na niej tracą – zarówno pod względem standardu noclegu, jak i w zakresie samych miejsc pracy. Tracą także polscy przewoźnicy, maleje bowiem ich konkurencyjność na europejskim rynku usług transportowych. Dlatego też pogląd zaprezentowany przez Sąd Najwyższy winien być zrewidowany, a kwestia „bezpłatnych noclegów” kierowców docelowo powinna zostać rozwiązana przez ustawodawcę.

Kontrowersje i (nie)oczekiwane skutki

Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa pracy pracownikowi (w tym kierowcy) w podróży służbowej przysługuje zwrot kosztów noclegu za okazaniem rachunku hotelowego (w wysokości limitowanej przepisami) bądź ryczałt za nocleg w razie braku takiego rachunku i braku zapewnienia bezpłatnego noclegu. Pracownik nie jest uprawniony natomiast do zwrotu kosztów lub ryczałtu, jeśli pracodawca zapewnił mu „bezpłatny nocleg”.

Dotychczas polskie sądy dopuszczały uznanie miejsca do spania w kabinie za „bezpłatny nocleg” pod warunkiem, że cechowało się ono odpowiednim standardem, umożliwiającym bezpieczny nocny wypoczynek. Uchwała II PZP 1/2014 Sądu Najwyższego pozbawia teraz sądy takiej swobody. Sąd Najwyższy uważa, że „bezpłatny nocleg” może być

zapewniony jedynie w hotelu, co kategorycznie dyskwalifikuje noclegi w kabinach.

Na poparcie swojego poglądu SN oferuje zaskakująco mało przekonujące argumenty. Wywodzi je z nieobowiązujących już tekstów rozporządzeń Ministra Pracy i Polityki Społecznej ustalających zasady zwrotu kosztów podróży służbowych pracowników sfery budżetowej (w których była mowa, że „za nocleg przysługuje pracownikowi zwrot kosztów w wysokości stwierdzonej rachunkiem hotelowym”). Na tej podstawie SN przyjmuje, że ustawodawca wymaga „bezpłatnego noclegu” w standardzie hotelowym.

Dobry sen = bezpieczeństwo na drodze

Wykładnia Sądu Najwyższego abstrahuje od zwykłego rozumienia pojęcia „nocleg”, które oznacza „wypoczynek nocny poza domem”. Jest przy tym sprzeczna z przepisami rozporządzenia UE nr 561/2006 promującymi bezpieczeństwo na drogach i konkurencję w usługach transportowych. Rozporządzenie to wprost dopuszcza, aby kierowcy odbieraliienne i skrócone tygodniowe okresy odpoczynku w pojeździe wyposażonym w „odpowiednie miejsce do spania”, z czego jasno i wprost wynika, że odpowiednio przystosowane kabiny zapewniają odpowiedni wypoczynek i gwarantują odpowiedni poziom bezpieczeństwa na drogach.

Brak uwzględnienia przy dokonywanej wykładni przepisów rozporządzenia Sąd Najwyższy usprawiedliwia tym, że przepisy o „bezpłatnych noclegach” nie dotyczą kwestii bezpieczeństwa na drogach. Jest to argumentacja błędna. Nie może być bowiem wątpliwości, że przepisy krajowego rozporządzenia w sprawie należności przysługujących pracownikom sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej nie tylko mają na celu kompensatę poniesionych wydatków związanych z podróżą. Służą one jednocześnie zapewnieniu kierowcom bezpiecznego i komfortowego wypoczynku i odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa na drogach. Paradoksalnie Sąd Najwyższy, stwierdzając, że przepisy rozporządzenia krajowego nie regulują kwestii BHP, w swojej argumentacji właśnie do tych kwestii się odwołuje i nimi uzasadnia swoje stanowisko.

Warto zwrócić uwagę, że prowadzone badania empiryczne potwierdzają, że noclegi w kabinach pojazdów zapewniają komfortowy sen. Do takich wniosków doszedł zespół naukowców Instytutu Badań Snu Uniwersytetu Południowej Australii (*Centre for Sleep Research, University of South Australia*).

lia). Badania prowadzone były na australijskich kierowcach i porównywały jakość snu (czas zasypiania, długość snu, liczba wybudzeń) kierowców w domu i w kabinach. Okazuje się, że między tymi lokalizacjami nie występowały zasadnicze różnice (D. Darwent, G. Roach, D. Dawson, *How well do truck drivers sleep in cabin sleeper berths?*, Applied Ergonomics 43 (2012), s. 442-446).

Sąd Najwyższy unika także dyskusji nad sensownością stosowania takiego standardu noclegowego w branży transportowej, której pracownicy odbywają podróże zagraniczne nieporównywalnie częściej niż pracownicy sfery budżetowej. Specyfika pracy kierowców powoduje, że większość czasu pracy spędzają oni w „podróżach służbowych” i śpią „po drodze” w różnych miejscach Europy. Rzadko jednak korzystają z hoteli i baz noclegowych swojego pracodawcy, co wynika głównie z faktu, że trudno jest skoordynować trasy z bazami noclegowymi. Co więcej, doświadczenie życiowe uczy, że na świecie występują zróżnicowane standardy hoteli, tak samo jak zróżnicowane mogą być standardy kabin i parkingów, na których odbywają się postoje. Nocleg w hotelu wcale nie musi gwarantować wyższego standardu niż odpowiednio przystosowana do tego kabina.

Kto straci na ryczałcie

Trzeba też zauważyć, że w większości przypadków postępowania wszczynane przez pracowników nie służą ochronie ich słusznym interesów (świadczeń, do których pracownicy czuliby się uprawnieni), lecz stanowią próbę uzyskania dodatkowego świadczenia, do którego pracownicy ci nigdy przedtem nie czuli się uprawnieni, zwłaszcza że większość z nich nigdy nie skarżyła się na noclegi w kabinach i je akceptowała.

Pogląd Sądu Najwyższego jest więc niespójny z przepisami rozporządzenia UE nr 561/2006, skutkuje obniżeniem konkurencyjności polskich przewoźników na rynku europejskim, a także powoduje obniżenie poziomu bezpieczeństwa na drogach. Ryczałt za noclegi wypłacane także wtedy, gdy kierow-

cy śpią w odpowiednio przystosowanych kabinach, stają się dodatkowym elementem wynagrodzenia, zwiększając koszty pracy i obniżając konkurencyjność polskich przewoźników. Co więcej, jeżeli przyjrzeć się skutkom uchwały Sądu Najwyższego w praktyce, to okaże się, że przyczynia się ona do obniżania standardu noclegowego kierowców, a co za tym idzie – do obniżenia poziomu bezpieczeństwa na drogach. Kierowcy nadal bowiem nocują w kabinach, a ryczałt za noclegi inkasują jako dodatek do pensji. Przewoźnicy natomiast stracili motywację, aby wyposażać swoje pojazdy w komfortowe miejsca do spania.

Konieczna zmiana prawa

Problem noclegów kierowców powinien zostać rozwiązany przez interwencję prawodawcy i zdefiniowanie pojęcia „bezpłatnego noclegu”, co wyeliminowałoby wątpliwości i zapewniłoby jednoznaczne jego rozumienie. Aktualny jest tutaj również postulat ustawowego określenia warunków technicznych kabinowych miejsc do spania, tak by mogły uchodzić za odpowiedni i godny. Jest to jednak sfera, która powinna doczekać się regulacji ustawowej, a nie tylko być rozstrzygana na poziomie przepisów wykładni przepisów wykonawczych dotyczących kompensowania wydatków związanych z podróżą służbową.

Do czasu interwencji ustawodawczej potrzebna jest natomiast wnikliwa i bardzo uważna analiza problemu na poziomie każdej konkretnej sprawy. Na chwilę obecną uprawniony jest pogląd, że sprawy dotyczące ryczałtów za noclegi w kabinach nie mogą być rozstrzygane bez odniesienia się do warunków panujących w kabinach pojazdów. Pomińcie tego zagadnienia nie da się pogodzić z literalną, systemową i celowościową wykładnią obowiązujących przepisów.

Proponowany kierunek zmian będzie mobilizować przedsiębiorstwa transportowe do podwyższania standardu noclegowego w kabinach, co w bardziej efektywny sposób poprawi warunki BHP pracy kierowców i ogólne bezpieczeństwo na drogach.

Łukasz Lasek, praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych

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

Wpływ Rekomendacji U na rynek bancassurance w Polsce

Michał Steinhagen



Łukasz Szymański



W czerwcu 2014 r. Komisja Nadzoru Finansowego wydała Rekomendację U dotyczącą dobrych praktyk w zakresie bancassurance. Jej celem miało być podniesienie standardów działania banków oferujących ubezpieczenia powiązane z usługami bankowymi. Banki (oraz współpracujący z nimi ubezpieczyciele) będą musiały dostosować się do nowej regulacji, choć zawiera ona wiele kontrowersyjnych postanowień. Czy zatem Rekomendacja U przyniesie zmierzch bancassuran-

ce w obecnym kształcie, czy raczej przysłuży się stabilizacji i rozwojowi tego typu produktów?

KNF zajęła się zagadnieniem bancassurance między innymi pod wpływem skarg od klientów dotyczących nieprawidłowości związanych z funkcjonowaniem produktów ubezpieczeniowych dystrybuowanych przez banki. Przyjęcie Rekomendacji poprzedzono konsultacjami z rynkiem, co teoretycznie powinno było doprowadzić do wypracowania konsensusu pomiędzy stanowiskami poszczególnych uczestników.

We wstępie Rekomendacji zaznaczono, że jest ona skierowana do banków współpracujących z zakładami ubezpieczeń, które oferują w zakresie swojej działalności różnego rodzaju ubezpieczenia. Warto

podkreślić, że dotyczy ona przede wszystkim podmiotów działających zgodnie z prawem polskim. Jednakże Komisja Nadzoru Finansowego wyraźnie podkreśliła, że oczekuje, iż do nowych standardów dostosują się również oddziały zagranicznych instytucji kredytowych działające w Polsce.

Na trosce o klienta straci właśnie klient?

Kluczową reformą z perspektywy banków jest kwestia wynagrodzenia banku związanego z produktami bancassurance. Obowiązujące przepisy nie regulują tego zagadnienia. W praktyce stosowano różne rozwiązania. Niekiedy bank, działając jako ubezpieczający w grupowej umowie ubezpieczenia na cudzy rachunek (w której wielu klientów jest ubezpieczonymi), pobierał jednocześnie wynagrodzenie od zakładu ubezpieczeń za swoje usługi związane z zawarciem i obsługą danej umowy ubezpieczenia. Często nie występował przy tym formalnie jako pośrednik ubezpieczeniowy, choć w praktyce wykonywał czynności charakterystyczne dla agenta ubezpieczeniowego.

W ten sposób, po pierwsze, omijano wymogi regulacyjne nałożone na pośredników ubezpieczeniowych (agentów i brokerów ubezpieczeniowych). Po drugie, banki otrzymywały (niekiedy bardzo wysokie) wynagrodzenie od ubezpieczycieli finansowane z opłaconych składek ubezpieczeniowych. Po trzecie zaś klient opłacał składkę najczęściej w celu zawarcia umowy ubezpieczenia, z której prawa i tak były przelewane na bank, celem zabezpieczenia ryzyka związanego z udzielanym jednocześnie kredytem (np. cesja z umowy ubezpieczenia nieruchomości na bank).

Ponieważ do ubezpieczyciela efektywnie trafiała tylko część składki ubezpieczeniowej, wiele wątpliwości rodził zakres oferowanych w ramach bancassurance ubezpieczeń, które niekiedy określały odpowiedzialność ubezpieczyciela węższą niż podobne ubezpieczenia indywidualne.

Zgodnie z nowymi zasadami niedopuszczalne jest jednocześnie, nawet tylko faktyczne występowanie w roli pośrednika ubezpieczeniowego i ubezpieczającego. Bank powinien jednoznacznie informować klienta, czy występuje w roli pośrednika ubezpieczeniowego czy ubezpieczającego. Jest to istotna zmiana. Co więcej, podobnie jak inne postanowienia Rekomendacji, ma ona charakter nie tyle doprecyzowujący czy interpretujący istniejące przepisy, ile *de facto* wprowadza nowe zasady w stosunku do obowiązujących przepisów.

Co więcej, zgodnie z Rekomendacją, bank działający jako ubezpieczający (a nie pośrednik ubezpieczenio-

wy) w ramach wynagrodzenia może otrzymywać środki wyłącznie od klienta, ale tylko w zakresie zwrotu kosztów związanych z zawarciem i obsługą umowy ubezpieczenia. Banki nie będą mogły zatem pobierać jakichkolwiek opłat od zakładu ubezpieczeń, a klient będzie zobowiązany pokryć tylko rzeczywiście poniesione koszty. Jest to istotna zmiana, w praktyce bowiem ogranicza możliwość uzyskania korzyści finansowych z tej usługi, czyniąc tym samym konstrukcję ubezpieczenia na cudzy rachunek, tak powszechnie obecnie wykorzystywaną, o wiele mniej atrakcyjną dla banków.

Naturalnym alternatywnym rozwiązaniem byłoby rozpoczęcie przez banki działalności w ramach pośrednictwa ubezpieczeniowego. Rekomendacja stanowi w tym zakresie jedynie, że wynagrodzenie banku z tytułu oferowanych produktów ubezpieczeniowych powinno być ustalane przy uwzględnieniu ponoszonych kosztów. Zasadniczą trudność związana jest jednak z szeregiem dodatkowych obowiązków, które muszą spełniać pośrednicy ubezpieczeniowi podlegający nadzorowi Komisji Nadzoru Finansowego na gruncie ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym.

Jak wiadomo, pośrednictwo ubezpieczeniowe może być świadczone albo przez agentów ubezpieczeniowych (którymi mogą być tylko osoby fizyczne, a więc poszczególni pracownicy banku), albo przez brokerów ubezpieczeniowych (którzy pod określonymi warunkami mogą działać jako osoby prawne). W obu wypadkach należy spełnić szczególnie wymogi, takie jak uzyskanie wpisu do odpowiedniego rejestru prowadzonego przez KNF, zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (multiagenci i brokerzy ubezpieczeniowi), odbywanie szkoleń, a w przypadku brokerów także zdanie egzaminu państwowego.

Spełnienie tych warunków zdecydowanie podnosi koszty banków w ramach bancassurance, obniżając wynagrodzenie uzyskiwane ze sprzedaży ubezpieczeń. Do kosztów tych należałoby także doliczyć koszty dostosowania systemów sprzedażowych i informatycznych banków do nowej struktury (przejście ze sprzedaży tanich w obsłudze ubezpieczeń grupowych na sprzedaż ubezpieczeń indywidualnych). Aby zahamować spadek wynagrodzenia banków, konieczne byłoby zwiększenie ich wynagrodzenia z tytułu sprzedaży ubezpieczeń. Zwiększenie wynagrodzenia może nastąpić, jak się wydaje, poprzez: (i) podniesienie składek ubezpieczeniowych przez ubezpieczycieli, (ii) zmniejszenie zakresu udzielanej

ochrony lub (iii) zwiększenie innych opłat ponoszonych przez klientów. Niezależnie od przyjętego modelu w praktyce oznacza to, że koszty wdrożenia Rekomendacji U tak naprawdę obciążą klientów.

Impuls do rozwoju uczciwej czy nieuczciwej konkurencji?

Kolejne postanowienia Rekomendacji dotyczą zagwarantowania klientom większej swobody wyboru produktu ubezpieczeniowego. Stosowane przez niektóre banki praktyki polegające na wymuszaniu zawarcia umowy ubezpieczenia z konkretnym ubezpieczycielem były do tej pory kwestionowane. Zgodnie z Rekomendacją U bank powinien akceptować ochronę ubezpieczeniową ustanowioną przez klienta bez udziału banku (indywidualna umowa ubezpieczenia) także w sytuacji, gdy bank oferuje możliwość skorzystania z takiej samej ochrony ubezpieczeniowej jako ubezpieczający w ramach umowy ubezpieczenia na cudzy rachunek. Jednocześnie jednak Rekomendacja umożliwia bankom odmowę akceptacji takiej indywidualnie zawartej umowy ubezpieczenia – między innymi wtedy, gdy nie spełnia ona wymaganego przez bank zakresu lub gdy poszczególne postanowienia umowy ubezpieczenia nie spełniają wymagań banku w zakresie ograniczenia ryzyka kredytowego.

Zapewne wbrew intencjom KNF zmiany te mogą stać się impulsem do działań nakierowanych na ograniczenie konkurencyjności. Skoro wprost określono zasady wskazujące, kiedy bank może narzucić zawarcie umowy ze wskazanym przez siebie, a nie wybranym przez klienta ubezpieczycielem, zachęca to do takiego określenia (w porozumieniu z ubezpieczycielem) oczekiwanego zakresu ochrony ubezpieczeniowej, którego nie spełnią polisy wystawiane przez inne zakłady ubezpieczeń. Należy mieć jedynie nadzieję, że takie próby, jeżeli wystąpią, będą miały charakter incydentalny. Pokazuje to jednak, jak niebezpieczne mogą być rekomendacje, które niepotrzebnie starają się nadmiernie regulować rynek.

Obowiązki informacyjne

Wzmoczone obowiązki informacyjne są kolejnym rozwiązaniem, które ma chronić klientów na gruncie Rekomendacji U. Banki mają zapewnić więcej

informacji na temat oferowanych produktów. Podkreślono także, że mają ich udzielać w możliwie najbardziej zrozumiałym sposobie. Komisja Nadzoru Finansowego stara się poprzez obowiązki informacyjne walczyć też z praktyką oferowania produktów ukrytych. Często zdarzały się przypadki, gdy klient dowiadywał się po fakcie, że do jednego produktu, np. do karty kredytowej, dołączono ubezpieczenie, co nie zostało jasno przedstawione w momencie podpisywania umowy.

Termin

Banki powinny dostosować się do Rekomendacji w terminie do 31 marca 2015 r. Termin ten może okazać się problematyczny dla wielu podmiotów, a wręcz nierealny w kontekście wypełnienia wszystkich wymogów. Trzeba tu wskazać przede wszystkim na potrzebę dostosowania systemów informatycznych i sprzedażowych oraz spełnienia wymogów regulacyjnych ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym w przypadku banków, które do tej pory działały wyłącznie jako ubezpieczający w konstrukcji grupowej umowy ubezpieczenia na cudzy rachunek.

Podsumowanie

Idee, które przyświecały Komisji Nadzoru Finansowego przy wydawaniu Rekomendacji U, są słuszne. Treść poszczególnych rekomendacji budzi jednak szereg wątpliwości. Jak wskazano powyżej, może ona niekiedy prowadzić do przeregulowania pewnych zagadnień lub powodować skutek odwrotny od zamierzonego. Przykładowo, mimo że jedną z przyczyn wdrożenia Rekomendacji U była troska o nieprofesjonalnych uczestników rynku, to właśnie oni mogą potencjalnie stracić na zmianach – przynajmniej finansowo.

Jeszcze innym zagadnieniem, wymagającym odrębnej analizy, jest kwestia faktycznego (choć nie formalnego) tworzenia przez Komisję Nadzoru Finansowego poprzez Rekomendację U nowego porządku prawnego, który bezpośrednio dotyka milionów uczestników rynku finansowego.

Obecnie trudno jeszcze przewidzieć, czy przyjęta Rekomendacja U doprowadzi do stabilizacji i rozwoju rynku, czy raczej przysporzy więcej wątpliwości związanych z bancassurance.

Michał Steinbagen, adwokat, praktyka prawa ubezpieczeniowego

Łukasz Szymański, radca prawny, praktyka bankowości i finansowania projektów

Odpowiedzialność Skarbu Państwa za niewłaściwą implementację dyrektyw Unii Europejskiej

Paweł Mazur



Piotr Gołędzinowski



We współczesnej gospodarce, w której regulacje prawne mają istotny wpływ na funkcjonowanie rynku, przedsiębiorcy często ponoszą straty wskutek nieprawidłowego działania organów państwa.

Dyrektywy są europejskimi aktami prawnymi adresowanymi do państw członkowskich. Wymagają one implementacji, co oznacza, że nakazują wprowadzenie określonych regulacji do krajowego porządku prawnego. Jeśli państwo nie wywiązuje się z tego obowiązku, wiążą one wyłącznie to państwo oraz podmioty, które można uznać za jego emanację. Dzieje się tak pod warunkiem, że postanowienia dyrektywy przyznają jednostkom określone upraw-

nienia, na które można powołać się w relacjach z państwem. Mówi się, że nieimplementowane dyrektywy po upływie terminu na ich wdrożenie mają skutek wertykalny, to jest w relacjach państwo – jednostka. Nie mają one jednak skutku horyzontalnego, czyli nie kreują praw i obowiązków w relacjach jednostka – jednostka.

Kiedy państwo wypłaci odszkodowanie za straty?

Brak możliwości powoływania się przez przedsiębiorców w ich wzajemnych relacjach na korzystne rozwiązania zawarte w dyrektywach, które nie zostały terminowo implementowane, niejednokrotnie powoduje realne pogorszenie ich sytuacji finansowej. Ponadto, chociaż takie dyrektywy wiążą państwo, ich skuteczność w relacjach z organami władzy nie zawsze jest zapewniona. Jeśli w porządku krajowym istnieją normy sprzeczne z treścią

dyrektyw, organy państwa często nadają pierwszeństwo regulacjom wewnętrznym, pomijając niewdrożone przepisy europejskie.

W takiej sytuacji jednostki mogą dochodzić od państwa odszkodowania za straty poniesione w wyniku nieterminowej implementacji przepisów unijnych. Możliwość dochodzenia tego rodzaju roszczeń jest potwierdzona zarówno na gruncie prawa europejskiego, jak i prawa polskiego.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej do powstania obowiązku odszkodowawczego po stronie państwa członkowskiego dochodzi wówczas, gdy:

- brak implementacji danej dyrektywy stanowi wystarczająco poważne naruszenie,
- dyrektywa przyznaje podmiotom krajowym konkretne uprawnienia, z których w wyniku działania lub zaniechania państwa członkowskiego nie mogą one korzystać oraz
- wystąpiła szkoda oraz istnieje związek przyczynowy pomiędzy brakiem implementacji dyrektywy i tą szkodą.

Nieco inaczej przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej zostały uregulowane na gruncie prawa polskiego. Zgodnie z art. 417 Kodeksu cywilnego podmioty dochodzące odszkodowania od Skarbu Państwa powinny wykazać, że:

- miało miejsce niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej,
- wystąpiła szkoda oraz istnieje związek przyczynowy pomiędzy działaniem organu władzy publicznej i tą szkodą.

Dodatkowe wymogi zawiera art. 417¹ Kodeksu cywilnego. Dokonuje on rozróżnienia pomiędzy szkodą wyrządzoną przez wydanie aktu normatywnego (§ 1) oraz szkodą spowodowaną niewydaniem takiego aktu (§ 4). W pierwszym przypadku uzyskanie odszkodowania wymaga stwierdzenia we właściwym postępowaniu niezgodności danego aktu prawnego z normami wyższego rzędu, a więc uzyskania tzw. prejudykatu potwierdzającego bezprawność działania państwa. Wymóg ten nie dotyczy natomiast ustalenia odpowiedzialności Skarbu Państwa za zaniechanie legislacyjne. Ustawa nie określa jednak, jakie orzeczenia mogą być uznane za prejudykat.

Biorąc pod uwagę, że przesłanki odpowiedzialności Skarbu Państwa na gruncie prawa europejskiego i prawa polskiego różnią się od siebie, pojawia się

pytanie o ich wzajemną relację. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał, że dochodzenie odszkodowania odbywa się zgodnie z procedurą obowiązującą przed sądem krajowym, przy czym zasady obowiązujące w prawie krajowym nie mogą być mniej korzystne dla jednostek niż reguły określone prawem unijnym.

Same szkody, czy może także korzyści?

Podczas dochodzenia roszczeń odszkodowawczych związanych z nieterminowym wdrożeniem dyrektywy szczególnie trudne może być udowodnienie wysokości poniesionej szkody.

Realizacja tego zadania wymaga wykazania, jak przedstawiałby się hipotetyczny stan rzeczy, gdyby w mocy pozostawały regulacje krajowe zgodne z dyrektywą. Tego rodzaju rozumowanie jest zazwyczaj bardzo skomplikowane i wymaga posiłkowania się licznymi założeniami. Ponieważ państwa członkowskie mają swobodę w sposobie implementacji dyrektywy, nie jest przesądzone, jaka byłaby treść regulacji wprowadzonych do porządku krajowego. Możliwe jest natomiast wskazanie minimalnego poziomu ochrony jednostki, który wynika z prawa europejskiego i który powinien być przyznany w prawie wewnętrznym.

Ponadto prawidłowa implementacja dyrektywy często radykalnie zmieniałaby sposób funkcjonowania danej gałęzi gospodarki. Brak stosownych danych może powodować, że przeprowadzenie obliczeń mających na celu wykazanie przybliżonej wysokości szkody będzie zadaniem karkołomnym. Na szczęście standard dowodu jest nieco obniżony przez art. 322 Kodeksu postępowania cywilnego, zgodnie z którym jeśli ścisłe udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione, sąd może zasądzić sumę, która jest odpowiednia według jego oceny.

Obliczając wysokość szkody, należy także wziąć pod uwagę, czy przedsiębiorca poszkodowany brakiem prawidłowej transpozycji dyrektywy osiągnął w wyniku tego zdarzenia jakiegokolwiek korzyści. Tego rodzaju przychody pomniejszą bowiem poniesiony uszczerbek majątkowy i, tym samym, wpłyną na wysokość możliwego do uzyskania odszkodowania.

Trzeba wykazać związek przyczynowy

Niemniej jednak nawet jeśli wysokość szkody może zostać wiarygodnie oszacowana, sądy często nadmiernie rygorystycznie podchodzą do obowią-

ku wykazania związku przyczynowego pomiędzy brakiem implementacji dyrektywy a tą szkodą. Sąd Najwyższy wypowiadał się już kilkakrotnie, że jeśli związek ten jest zbyt odległy, co oznacza, że w celu wykazania uszczerbku majątkowego konieczne jest uczynienie zbyt wielu założeń, szkoda ma charakter ewentualny i nie podlega naprawieniu na gruncie prawa polskiego.

Tego rodzaju restrykcyjne podejście budzi wątpliwości w świetle zasady efektywności prawa europejskiego, która ma fundamentalne znaczenie dla unijnego porządku prawnego. Państwa członkowskie, w tym ich sądy, zobowiązane są podejmować wszelkie działania, które są niezbędne dla zapewnienia przestrzegania regulacji unijnych. Ograniczenie wysokości odszkodowania za brak implementacji dyrektywy zachęca zaś państwa członkowskie do odwoływania wprowadzenia w życie rozwiązań, które są niekorzystne dla nich z finansowego punktu widzenia.

Szansa dla przewoźników kolejowych

Jako przykład zdarzenia skutkującego potencjalną odpowiedzialnością Skarbu Państwa wskazać można brak właściwej transpozycji przepisów dotyczących pobierania opłat za użytkowanie infrastruktury kolejowej znajdujących się w dyrektywie 2001/14/WE Parlamentu Europejskiego i Rady zmienionej dyrektywą 2004/49/WE. Trybu-

nał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 30 maja 2013 r. (C-512/10) przesądził, że polskie rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 27 lutego 2009 r. w sprawie warunków dostępu i korzystania z infrastruktury kolejowej nie spełniało kryteriów wskazanych w regulacji europejskiej.

Ten wyrok Trybunału może stanowić prejudykat w rozumieniu art. 417¹ § 1 Kodeksu cywilnego. Choć jego wydanie z pewnością stawia przewoźników w korzystnej sytuacji procesowej, trzeba pamiętać, że do uwzględnienia ich roszczeń konieczne będzie spełnienie wszystkich pozostałych, wskazanych powyżej przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej.

Sprawy trudne, ale z potencjałem

W chwili obecnej postępowania przeciwko Skarbowi Państwa w związku z naruszeniem przez Polskę obowiązku implementacji dyrektyw europejskich spotykane są stosunkowo rzadko i mają one charakter precedensowy. Są to sprawy wymagające od pełnomocników znajomości prawa unijnego, a często także bliskiej współpracy z ekspertami z zakresu nauk ekonomicznych oraz z kancelariami z innych państw członkowskich, w których doszło do analogicznych naruszeń regulacji europejskich. Wszystkie te czynniki przyczyniają się do wzrostu kosztów prowadzenia sprawy. Jednak w przypadku wielomilionowych strat gra może być warta świeczki.

Paweł Mazur, adwokat, jest współnikiem współodpowiedzialnym za praktykę postępowań sądowych i arbitrażowych

Piotr Gołędzinowski, radca prawny, praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych

Zdążyć przed upadłością

Michał Barłowski

Rok 2015 jest niewątpliwie rokiem przełomowym dla przedsiębiorców, którzy chcieliby zrestrukturizować działalność, gdyż to właśnie w tym roku w Polsce powinno wejść w życie nowe prawo restrukturyzacyjne i zmienione prawo upadłościowe. Jednocześnie wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej po doświadczeniach z kryzysem gospodarczym wdrożyły lub kończą wdrażać przepisy prewencyjne będące wrazem tzw. *rescue culture*.



Wspomniane przepisy prewencyjne w przypadku odpowiednio wczesnego wdrożenia winny zapobiec upadkowi przedsiębiorcy w myśl zasady, że mniej szkody doznaje otoczenie gospodarcze, gdy przedsiębiorca przeżywa trudności, niż gdy upada. Filozofia ta znalazła również swój wyraz w zmienionym rozporządzeniu Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego, które będzie miało zastosowanie do postępowań prewencyjnych i restrukturyzacyjnych i zgodnie z którym wtórne postępowania upadłościowe nie będą musiały mieć charakteru likwidacyjnego.

Jak było dotychczas

Obowiązujące w Polsce od 2003 r. przepisy prewencyjne – prawo naprawcze stanowiące część Prawa upadłościowego i naprawczego – nie sprawdziły się w praktyce. Przedsiębiorcy i zarządzający przedsiębiorstwami ich nie stosowali, doprowadzając przedsiębiorstwa do stanu niewypłacalności, co skutkowało w znakomitej większości przypadków niemożliwością skorzystania z procedury napraw-

czej. Nowe przepisy mają temu zaradzić i rozwiązać wiele problemów, z którymi dotychczas borykała się praktyka. Ma temu służyć m.in.:

- rozdzielenie prawa restrukturyzacyjnego i prawa regulującego upadłość – po to, aby procedury restrukturyzacyjne nie były w obrocie gospodarczym kojarzone z likwidacją przedsiębiorcy i z negatywnymi zjawiskami z tego wynikającymi,
- wprowadzenie nowych rodzajów postępowań restrukturyzacyjnych dostępnych dla przedsiębiorców wypłacalnych jak i niewypłacalnych – co umożliwi restrukturyzację przedsiębiorstw rokujących przywrócenie wypłacalności w oderwaniu od obecnego obowiązku stosowania procedury, która w maksymalnym stopniu winna zaspokoić wierzycieli,

- uproszczenie przepisów – co w konsekwencji ułatwi dostęp do sądu i skróci czas trwania postępowania,
- udzielenie nowych uprawnień wierzycielom – w myśl zasady, że im bardziej dłużnik jest pogrążony w trudnościach, tym mniejszy powinien mieć wpływ na działalność swojego przedsiębiorstwa, co znalazło swój wyraz m.in. w pozostawieniu zarządu własnego dłużnika (ang. *debtor in possession*) przy trzech z czterech procedur restrukturyzacyjnych, tj. z wyłączeniem postępowania sanacyjnego,
- rozszerzenie uprawnień rady wierzycieli.

Jak się wydaje, nie do końca poradzono sobie z olbrzymim wpływem, jaki na postępowania insolwencyjne – w szczególności te bardziej skomplikowane, czyli postępowanie układowe i sanacyjne – nadal będą mieć sędzia komisarz i sąd upadłościowy.

Postępowanie o zatwierdzenie układu

Najbardziej oczekiwane przez rynek rozwiązania to nowe (i zmienione) procedury restrukturyzacyjne. Mają one służyć jednemu celowi – zapobieżeniu ogłoszenia upadłości dłużnika. Wprowadzone będą cztery postępowania restrukturyzacyjne: postępowanie o zatwierdzenie układu, przyspieszone postępowanie układowe, postępowanie układowe i postępowanie sanacyjne.

Postępowaniem dającym największą swobodę dłużnikowi i zapewniającym najmniejszą ingerencję sądu będzie niewątpliwie postępowanie w sprawie zatwierdzenia układu. Może być ono dopełnieniem rozpowszechnionych w praktyce umów pomiędzy dłużnikiem a wierzycielami finansowymi (bankami), tzw. *standstill agreements*. Dłużnik, który przeżywa trudności finansowe, ma prawo zwrócić się do wierzycieli z propozycją zawarcia układu. W tym celu samodzielnie zbiera zgody (głosy) na zawarcie układu i przedstawia warunki jego wykonania. Aby zapewnić obiektywizm w postępowaniu i dać gwarancję prawidłowości wykonywania czynności, dłużnik zawiera umowę z doradcą restrukturyzacyjnym, który opiniuje projekt układu.

Po zebraniu maksymalnie dużej liczby pisemnych głosów za uchwałą (musi się za nią opowiedzieć większość uprawnionych do głosowania mających co najmniej 2/3 sumy wszystkich wierzytelności uprawniających do głosowania za układem w przypadku, gdy wierzytelności sporne nie przekraczają 15% wszystkich wierzytelności) sąd zatwierdzi przyjęcie układu. Jest to zatem postępowanie bar-

dzo odformalizowane, które w praktyce wydaje się wypełniać dotychczasową lukę w przepisach. Wadą tej procedury jest jednak brak możliwości zwrócenia się przez dłużnika do sędziego komisarza z wnioskiem o wstrzymanie nawet na krótki czas egzekucji z majątku dłużnika, gdyby taka egzekucja uniemożliwiła zawarcie układu.

Jako że to dłużnik decyduje o rozpoczęciu i wyborze procedury restrukturyzacyjnej, ten rodzaj postępowania sprawdzi się u dłużników, którzy prowadzą lub mogą prowadzić rentowną działalność podstawową, a jedynie przejściowe trudności uniemożliwiają im terminowe zaspokajanie wierzycieli finansowych. Ponieważ pisemny głos wierzyciela w sprawie uchwały dotyczącej układu jest ważny trzy miesiące od momentu jego wpłynięcia do sądu, szybkość procedowania będąca kluczowym elementem sukcesu przy zawieraniu układu wydaje się zapewniona.

W postępowaniu o zatwierdzenie układu albo w przyspieszonym postępowaniu układowym możliwe będzie zawarcie układu jedynie z wierzycielami, których wierzytelności mają zasadniczy wpływ na funkcjonowanie przedsiębiorstwa (układ częściowy). Wobec ograniczenia możliwości egzekucji przez wierzyciela zabezpieczonego tylko do aktywów, na których ustanowione zostało zabezpieczenie (co pod rządami obecnej ustawy jest dyskusyjne), układ częściowy będzie mógł dotyczyć również wierzyciela rzeczowego bez jego zgody na objęcie układem, o ile w wyniku układu będzie on zaspokojony w stopniu porównywalnym z tym, w jakim byłby zaspokojony ze sprzedaży przedmiotu, na którym posiada zabezpieczenia.

Rada wierzycieli

Oczekiwaną zmianą jest też rozszerzenie uprawnień rady wierzycieli. Zgodnie z nowymi przepisami na wniosek dłużnika albo trzech wierzycieli albo wierzyciela posiadającego (wierzycieli posiadających) co najmniej 20% ogólnej sumy wierzytelności sędzia komisarz będzie zobowiązany ustanowić radę wierzycieli. Do jej uprawnień należeć będzie szerszy niż dotychczas katalog zgód, bez których dana czynność będzie nieważna. Obejmować on będzie m.in. zezwolenie na sprzedaż majątku o wartości wyższej niż 100 tysięcy euro, ustanawianie zabezpieczeń na składnikach masy celem zabezpieczenia wierzytelności nieobjętych układem, a także zawieranie umów kredytu lub pożyczki celem umożliwienia bieżącego zaspokajania kosztów postępowania restrukturyzacyjnego. Uprawnieniem, które

może mieć wpływ na całe postępowanie restrukturyzacyjne, będzie prawo zmiany nadzorca sądowego albo zarządcy. Wymagana jest jednak w tym zakresie jednomyślność rady, gdy rada ma trzech członków, albo większość 4/5 przy pięcioosobowej radzie wierzycieli.

Istotną zmianą jest umożliwienie udzielenia nowego finansowania dłużnikowi za zgodą rady wierzycieli celem pokrycia bieżących kosztów postępowania bez ryzyka uznania takiej czynności za bezskuteczną w stosunku do masy (ang. *claw back*) w przypadku niezawarcia układu i w konsekwencji następczego otwarcia postępowania upadłościowego.

Od kiedy niewypłacalność

Niewątpliwie plusem nowych rozwiązań, jeżeli chodzi o prawo upadłościowe, jest odstępianie od bardzo rygorystycznej – aczkolwiek nie pozbawionej sensu – zasady, że przedsiębiorca niewypłacalny ma obowiązek złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości w terminie 14 dni od zaistnienia niewypłacalności. Dostosowanie się do tego wymogu w praktyce wiązało się z koniecznością precyzyjnego ustalenia, od kiedy przedsiębiorca jest niewypłacalny, co przy drugiej przesłance niewypłacalności, tj. przeważeniu zobowiązań nad wartością majątku, jest prawie niemożliwe. Niezbędne było też złożenie kompletnego wniosku ze wszystkimi załącznikami, gdyż tylko taki zwalnia – jeżeli złożony jest w terminie – z możliwej osobistej odpowiedzialności dłużnika lub jego reprezentanta za szkodę wyrządzoną wierzycielom opóźnionym złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości.

Zmianie uległa również sama definicja niewypłacalności. Jeżeli chodzi o przesłankę płynnościową, przyjęto, że dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli utracił zdolność wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań. Wprowadzono domniemanie, że dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli opóźnia się z zapłatą o ponad trzy miesiące. Nie chodzi już zatem o niezapłacenie dwóch faktur dwóch wierzycieli, jak to ma miejsce pod rządami Prawa upadłościowego i naprawczego, lecz o obiektywną niemożliwość ich zaspokojenia. Obalając domniemanie, dłużnik może zatem wykazać, nawet po upływie trzech miesięcy, że nadal jest wypłacalny.

Jeżeli chodzi o drugą przesłankę (zbytniego ubóstwa masy w stosunku do zobowiązań), przyjęto,

że wartość zbywcza (a nie bilansowa) majątku dłużnika może być przejściowo niższa niż suma jego wszystkich zobowiązań, lecz domniemywa się, że jeżeli stan ten trwa dłużej niż 24 miesiące, dłużnika należy uznać za niewypłacalnego.

Utrzymanie w polskich przepisach dwóch przesłanek determinujących stan niewypłacalności nie odbiega od rozwiązań przyjętych przez inne państwa Unii Europejskiej. Pomimo zmiany, która w praktyce rozwiązuje wskazane dylematy głównie poprzez wydłużenie terminów i możliwość wzruszenia domniemania, niedoprecyzowany pozostaje sposób ustalenia drugiej przesłanki niewypłacalności, w szczególności określenia wartości przedsiębiorstwa dłużnika na dany dzień. Nie odniesiono się również do istniejącej rozbieżności pomiędzy literą prawa a praktyką przy ogłaszaniu upadłości. Z jednej strony bowiem obydwie przesłanki niewypłacalności są formalnie równorzędne, a z drugiej przy ogłaszaniu upadłości bierze się pod uwagę głównie płynnościową przesłankę niewypłacalności.

Odpowiedzialność reprezentantów dłużnika

Warto wspomnieć, że nowe przepisy przenoszą na reprezentantów upadłego ciężar dowodu, że złożyli wniosek o ogłoszenie upadłości o czasie. Jednak nawet gdy tego nie dokonali, będą mogli obronić się, jeżeli wcześniej zostanie złożony wniosek o otwarcie przyspieszonego postępowania układowego albo postępowania układowego albo postępowania sanacyjnego, a szkoda wyrządzona wierzycielom będzie nieznaczna. Nowe regulacje rozszerzają stosowanie przepisów o możliwość pozbawienia reprezentanta dłużnika prawa prowadzenia działalności i zasiadania we władzach spółek również na osoby niebędące formalnie reprezentantami dłużnika, tj. na dyrektorów „faktycznych”, jeżeli ci ostatni istotnie przyczynili się do niezłożenia w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości.

Już na podstawie tych kilku przykładów widać, że przed przedsiębiorcami przeżywającymi trudności otwierają się nowe możliwości układania się z wierzycielami. Nowe przepisy restrukturyzacyjne to jednak nie tylko ułatwienia, ale też nowe wyzwania dla przedsiębiorców. Wybór właściwej procedury może mieć kluczowy wpływ na sukces restrukturyzacji, gdyż drugiej szansy po nieudanej restrukturyzacji przeważnie nie ma.

Michał Bartowski, radca prawny, starszy doradca, praktyka prawa upadłościowego i restrukturyzacji

Telemedycyna transgraniczna – odległa wizja czy bliska przyszłość?

dr Ewa Butkiewicz

Gwałtowny rozwój technologii informatycznych otworzył szeroko drzwi dla telemedycyny. Możliwość świadczenia usług medycznych na odległość wciąż czeka jednak na ramy prawne. Bez nich ani lekarze, ani pacjenci nie mogą mieć pewności, że usługi takie są legalne, bezpieczne i wykonywane zgodnie z wymaganymi standardami.

Telemedycyna nie jest zjawiskiem nowym. Pierwsze usługi, które dzisiaj nazywamy telemedycznymi, pojawiły się blisko 60 lat temu (mówi się nawet, że pierwszym zastosowaniem teletransmisji danych medycznych w Polsce była udana transmisja zapisu EKG dokonana w 1935 r. we Lwowie). Rozwinęły się one przy okazji podboju kosmosu w latach 60. XX wieku. Prowadząc łączność z astronautami dostępnymi wówczas środkami, monitorowano ich stan zdrowia i podstawowe parametry życiowe.

Do demokratyzacji usług telemedycznych przyczynił się rozwój internetu i komputeryzacja społeczeństw, a zwłaszcza niebywale szybkie rozpowszechnienie się telefonów komórkowych, w tym smartfonów, ale też smartwatchów i czujników, np. w formie bransoletek. Z myślą o nich stworzono tysiące aplikacji służących do stosowania lub wspomagania profilaktyki, diagnozowania, leczenia chorób czy rehabilitacji lub monitoringu stanu zdrowia.

Tworzenie ram prawnych

Usługi medyczne są działalnością regulowaną praktycznie we wszystkich krajach. Dlatego też absorpcja nowych technologii odbywa się w znacznie wolniejszym tempie niż w nieregulowanych sektorach



gospodarki, a stworzenie podążających za tym regulacji prawnych wymaga jeszcze dłuższego czasu.

Stworzenie ram prawnych dla funkcjonowania telemedycyny jako pełnoprawnej praktyki medycznej uważane jest powszechnie za jeden z warunków *sine qua non* rozpowszechnienia tego sposobu świadczenia usług medycznych. Przepisy jasno określające uprawnienie pacjenta, który decyduje się na usługę telemedyczną, oraz zapewniające mu określone środki ochrony w razie ich naruszenia podniosą zaufanie do takich procedur medycznych. Są to przecież usługi nowej, cyfrowej generacji, świadczone bez bezpośredniego kontaktu z lekarzem. Pacjenci, zwłaszcza w starszym wieku, mogą nie mieć zaufania do takiej formy badania, diagnozowania czy rehabilitacji. Dlatego tak ważne dla uzyskania szerszej społecznej akceptacji tych usług

są przepisy prawne wprost regulujące usługi telemedycyny jako legalne, bezpieczne i wykonywane zgodnie z wymaganymi standardami.

Personel medyczny z kolei, świadcząc usługi medyczne na odległość, też chciałby mieć pewność wynikającą z przepisów prawa, że działa legalnie, zgodnie z etyką zawodu, w poszanowaniu praw pacjenta i jego prywatności, a także zgodnie z wymogami sztuki, w oparciu o standardy i zatwierdzone procedury oraz przy użyciu sprzętu elektronicznego zapewniającego przestrzeganie tych standardów i procedur.

Przy coraz szerszej akceptacji i stosowaniu usług telemedycyny w rozmaitych formach (telediagnostyka, np. teleradiologia, telekonsultacja z lekarzem, telechirurgia z użyciem robotów medycznych, telerehabilitacja czy teleopieka wraz z telemonitoringiem) postrzega się je nie jako usługi, które będą wypierać i w przyszłości zastąpią obecnie funkcjonujący model leczenia oparty na kontakcie bezpośrednim pacjenta z lekarzem, ale jako usługi wspierające i ułatwiające pracę lekarzy, odciążające placówki służby zdrowia oraz wyrównujące poziom dostępu do świadczeń zdrowotnych.

Podstawy już są

Można stwierdzić, że wraz z wydaniem dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z dnia 9 marca 2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej (dyrektywa 2011/24/UE) w Unii Europejskiej przekroczono punkt krytyczny w tworzeniu regulacji prawnych dla telemedycyny.

• Dostęp do usług telemedycznych

Dyrektywa 2011/24/UE ustanawia reguły dla zapewnienia obywatelom państw członkowskich dostępu do transgranicznej opieki zdrowotnej, która powinna być bezpieczna, o wysokiej jakości, i której koszty powinny być refundowane. Przepisy dyrektywy 2011/24/UE stosuje się do świadczeń opieki zdrowotnej niezależnie od tego, jak jest ona zorganizowana, udzielana i finansowana (art. 1 ust. 2). Jedną z form udzielania takiej opieki zdrowotnej jest telemedycyna. Definiowana jest ona w dokumentach Komisji Europejskiej jako świadczenie usług zdrowotnych przy użyciu narzędzi teleinformatycznych w sytuacji, gdy pracownik służby zdrowia i pacjent (lub dwóch pracowników służby zdrowia) nie znajdują się w tym samym miejscu. Obejmuje ono bezpieczne przekazywanie danych medycznych i informacji w postaci tekstowej, dźwiękowej, obrazowej

lub w innej formie koniecznej dla stosowania prewencji, diagnozowania, leczenia i kontroli stanu zdrowia pacjentów.

Dyrektywa 2011/24/UE wskazuje wprost na telemedycynę w dwóch swoich postanowieniach. I tak ustanawia szczególną definicję „państwa członkowskiego leczenia” w przypadku telemedycyny. Państwem takim jest to państwo członkowskie, w którym ma siedzibę świadczeniodawca, gdy regułą ogólną jest terytorium państwa, na którym faktycznie sprawowana jest opieka zdrowotna (art. 3 pkt d). Dyrektywa wymienia także telemedycynę jako jedną z form świadczenia transgranicznej opieki zdrowotnej, uprawniającą do domagania się przez pacjenta zwrotu kosztów leczenia, z zastrzeżeniem spełniania warunków określonych właściwymi przepisami prawa państwa członkowskiego (art. 7 ust. 7).

• Swoboda przepływu usług telemedycznych

Dyrektywa potwierdza więc status telemedycyny jako usług, do których odnosi się traktatowa zasada swobody przepływu usług. Oznacza to, że obywatele państw członkowskich mogą korzystać z takich form świadczenia usług medycznych, a pracownicy służby zdrowia mogą je świadczyć.

Usługi telemedyczne są świadczone na takich samych zasadach jak inne usługi opieki zdrowotnej, a więc przez uprawnionych lekarzy i innych pracowników służby zdrowia. Istnieje też możliwość objęcia ich refundacją oraz obowiązuje wymóg respektowania praw pacjentów. Zasady powyższe są określane indywidualnie przez państwa członkowskie. W praktyce zatem wykonywanie pewnych usług może doznawać ograniczenia, np. w zakresie refundacji.

• Ochrona danych wrażliwych

Ze względu na posługiwanie się technologią teleinformatyczną, świadczenie usług za wynagrodzeniem, na odległość i na indywidualne żądanie usługobiorcy telemedycyna jest równocześnie usługą społeczeństwa informacyjnego. Stosuje się więc do niej przepisy wielu dyrektyw, w tym o e-handlu i o elektronicznej komunikacji.

Przy transgranicznych usługach telemedycznych nieodzowne jest przesyłanie i przetwarzanie danych dotyczących stanu zdrowia, czyli danych wrażliwych pacjenta. Dlatego świadczeniodawcy tych usług muszą zapewnić bezpieczeństwo takich danych, używając odpowiednich technologii i metod zapobiegających nieuprawnionemu

dostępowi do nich. W sprawie dalszego ujednoczenia zasad ochrony danych osobowych, również wobec funkcjonowania nowych rozwiązań informatycznych, np. *cloud computing*, wciąż toczą się prace w Komisji Europejskiej. Niewątpliwie podnoszenie standardów bezpieczeństwa oraz wprowadzenie skutecznych zabezpieczeń technicznych danych jest jednym z kluczowych warunków rozwoju usług telemedycznych. Zbyt duże jest ryzyko wiążące się z wyciekiem lub utratą danych pacjentów, np. wskutek włamania do systemu, aby świadczeniodawcy rozwijali szersze procedury telemedyczne, zwłaszcza transgraniczne.

A jak jest w Polsce?

W Polsce nie ma przepisów regulujących wprost świadczenie usług zdrowotnych na odległość. Nie ma też zakazów w tym obszarze. Mimo istniejącej luki prawnej oraz konserwatywnego sposobu regulacji wykonywania zawodu przez pracowników służby zdrowia niektóre instytucje badawcze czy szkoły wyższe wdrożyły projekty oparte na rozwiązaniach telemedycznych. Poza projektem kardiologicznym (telekonsultacja i telerehabilitacja) oraz projektem audiologicznym (telekonsultacja i teleopieka) projekty te mają jednak zasięg lokalny.

Dodatkową barierą w świadczeniu usług telemedycznych jest istotne opóźnienie we wprowadzeniu systemu informacji o ochronie zdrowia. Nowy termin na wdrożenie poszczególnych programów to rok 2017.

Projekt ustawy o zmianie ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia zawiera jednak bardzo ważne doprecyzowanie sposobu wykonywania zawodu przez lekarza, dopuszczając działania za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności (art. 4 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty) oraz przez personel pielęgniarski (art. 11 ust. 1). Również w ustawie

o działalności leczniczej projekt wprowadza zapis o możliwości udzielania świadczeń zdrowotnych za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności (art. 3 ust. 1).

Zmiany te niewątpliwie przyczynia się do usunięcia obaw pracowników służby zdrowia co do legalności wykonywania przez nich czynności zawodowych poprzez procedury telemedyczne.

Pozostaje jeszcze pacjent, którego należy wyedukować i przekonać do telemedycyny, a także zapewnić refundację takich procedur. NFZ ich nie refunduje. Wobec ograniczonego stosowania telemedycyny w Polsce brak jest badań wskazujących na skuteczność i warunki stosowania procedur telemedycznych u pacjentów, zwłaszcza w telekonsultacji czy w telechirurgii, a bez pozytywnej oceny efektów takich badań świadczenie zdrowotne nie może wejść do koszyka świadczeń refundowanych.

Ostatnie zmiany w ustawie o ochronie danych osobowych mogą przyczynić się do usuwania barier w telemedycynie. Przewidują one ułatwienia w przekazywaniu danych osobowych w ramach grupy przedsiębiorców lub do outsourcera po zatwierdzeniu przez GIODO wiążących reguł korporacyjnych dla takiej grupy, przy czym przedsiębiorcy mogą pochodzić z różnych państw członkowskich. Rozwiązanie to może ułatwić świadczenie transgranicznych usług zdrowotnych, w tym telemedycyny.

Wobec stopniowego usuwania stanu niepewności prawnej wizja szerokiego stosowania telemedycyny, w tym transgranicznej, się przybliża. Niemniej bez refinansowania ze środków przeznaczonych na opiekę zdrowotną oraz bez stosowania odpowiednio bezpiecznych technologii, kompatybilnych z odpowiednimi systemami w innych państwach członkowskich, telemedycyna – mimo jej wszystkich zalet i efektywności ekonomicznej – może pozostać jedynie świadczeniem marginalnym.

dr Ewa Butkiewicz, radca prawny, praktyka life science i postępowań regulacyjnych

(R)ewolucja w obowiązkach informacyjnych spółek giełdowych

Danuta Pajewska



Marcin Pietkiewicz



Spółki notowane na Giełdzie Papierów Wartościowych i na New Connect muszą się spodziewać istotnych zmian w zakresie zasad realizacji obowiązków informacyjnych. Dotyczą one w głównej mierze raportowania o zdarzeniach bieżących oraz raportowania okresowego. Zmiany te są efektem dalszego ujednocniania w ramach państw UE przepisów regulujących przepływ i wykorzystywanie informacji cenotwórczych na rynkach papierów wartościowych.

Informacje bieżące

Głównym źródłem omawianych zmian jest rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 kwietnia 2014 r. (UE) 596/2014 w sprawie nadużyć na rynku (rozporządzenie MAR), które zacznie obowiązywać spółki giełdowe od 3 lipca 2016 r. Rozporządzenie MAR będzie obowiązywać w państwach członkowskich bezpośrednio, tj. bez konieczności implementacji do prawa polskiego. Spowoduje to jednak konieczność zmiany niektórych obowiązujących dzisiaj przepisów, zwłaszcza przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi z 29 lipca 2005 r. określających zasady postępowania z informacjami poufnymi.

Należy się również spodziewać zmiany rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie informacji bieżących i okresowych przekazywanych przez emi-

tentów w części zawierającej katalog informacji bieżących. Z dniem rozpoczęcia obowiązywania rozporządzenia MAR zniknie bowiem obowiązek publikowania przez emitentów raportów bieżących, których zamknięty katalog znajduje się obecnie w rozporządzeniu w sprawie informacji bieżących i okresowych (są to np. informacje o zawarciu znaczących umów, zbyciu lub utracie znacznych aktywów, znaczących wyrokach i decyzjach sądowych). W ramach nowych zasad spółki giełdowe będą zobowiązane na bieżąco przekazywać do publicznej wiadomości wszystkie informacje dotyczące spółki lub jej akcji, które uznają za informacje poufne w rozumieniu rozporządzenia MAR.

Co to jest informacja poufna?

Definicja informacji poufnej w rozporządzeniu MAR w zasadzie niewiele różni się od dzisiejszej. Jest to nadal informacja określona w sposób precyzyjny, która nie została podana do wiadomości publicznej, dotycząca bezpośrednio lub pośrednio jednego lub większej liczby emitentów lub jednego lub większej liczby instrumentów finansowych, a która w przypadku podania do publicznej wiadomości miałaby prawdopodobnie znaczący wpływ na ceny tych instrumentów finansowych lub na ceny powiązanych pochodnych instrumentów finansowych.

Kluczowe pozostają nadal dwa elementy definicji informacji poufnej, tj.:

- **precyzyjność informacji**, przez co rozumie się informacje wskazujące na okoliczności lub zdarzenia, które istnieją lub można zasadnie oczekiwać, że zaistnieją, i są wystarczająco szczegółowe, aby można było wyciągnąć z nich wnioski co do prawdopodobnego wpływu tych okoliczności lub zdarzeń na cenę akcji oraz
- **cenotwórczy charakter informacji**, przez co rozumie się informacje, na podstawie których racjonalny inwestor podejmowałby swoje decyzje inwestycyjne.

Nowe przepisy regulują wprost sposób postępowania z informacjami mającymi za podstawę zdarzenia, które nie mają jednorazowego charakteru, lecz następują w etapach rozciągniętych w czasie (np. wieloetapowe transakcje przejęcia spółek). Informacją poufną może być każdy z etapów transakcji, jeżeli sam w sobie spełnia kryteria informacji poufnej. Przykładowo spółka będzie musiała rozważyć, czy podpisanie ze sprzedającym listu intencyjnego będzie miało charakter informacji poufnej, mimo że na tym etapie

ostateczna realizacja transakcji objętej listem intencyjnym nie jest przesądzona. Można stwierdzić, że w tym zakresie rozporządzenie MAR potwierdza praktykę organów sądowych i administracyjnych obserwowaną na rynku w ostatnim czasie.

Nowe obowiązki dla spółek giełdowych

Przedstawione powyżej zmiany spowodują, że spółki giełdowe będą zmuszone, w stopniu jeszcze większym niż dotychczas, skrupulatnie monitorować i analizować bieżące zdarzenia występujące w spółce oraz informacje dotyczące spółki pod kątem ich precyzyjności i prawdopodobnego cenotwórczego charakteru. Wszystkie zdarzenia lub okoliczności będą musiały zostać poddane osobnej ocenie, brak bowiem będzie listy zdarzeń, które niejako z założenia uznane są przez przepisy za informacje noszące znamiona informacji poufnej.

Zmiany te mają szczególne znaczenie dla spółek notowanych na New Connect, ponieważ obecnie spółki te nie mają obowiązku raportowania informacji poufnych, gdyż w zakresie obowiązków informacyjnych podlegają one wyłącznie regulacjom rynku New Connect. Nowe przepisy zakładają objęcie obowiązkiem przekazywania do publicznej wiadomości informacji poufnych również spółek notowanych w alternatywnym systemie obrotu, czyli na New Connect.

Można się spodziewać, że w nowej sytuacji z pomocą spółkom giełdowym może przyjść Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych (EUNGiPW), który jeszcze przed wejściem w życie rozporządzenia MAR może wydać wytyczne zawierające przykładowy otwarty katalog informacji mogących mieć charakter informacji poufnej.

Z drugiej strony można się zastanawiać, czy omawiane zmiany znacząco odmienią obecną sytuację na rynku w zakresie realizowania bieżących obowiązków informacyjnych przez spółki giełdowe. Należy podkreślić, że również obecnie pierwszorzędne znaczenie dla prawidłowego informowania rynku o zdarzeniach dotyczących spółki mają przepisy związane z przekazywaniem informacji poufnych, które swym zakresem obejmują wszelkie zdarzenia istotne dla działalności spółki, w tym te, które obecnie wskazane są w rozporządzeniu w sprawie informacji bieżących i okresowych. Wskazanie w tym rozporządzeniu listy zdarzeń, które muszą być przekazywane w formie raportu bieżącego, nie zwalnia bowiem spółek od oceny wszystkich innych zdarzeń (np. umów, których

wartość jest tylko nieznacznie mniejsza niż wartość zdefiniowanych w rozporządzeniu umów znaczących) pod kątem kryteriów właściwych dla informacji poufnej.

Informacje okresowe

Warto odnotować również zmiany w zakresie zasad raportowania okresowego spółek giełdowych wprowadzone dyrektywą 2013/50/UE Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającą dyrektywę 2004/109/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie harmonizacji wymogów dotyczących przejrzystości informacji o emitentach, których papiery wartościowe dopuszczane są do obrotu na rynku regulowanym. Skutkiem nowych regulacji unijnych będzie m.in. likwidacja obowiązku przekazywania raportów kwartalnych oraz wydłużenie terminów publikacji raportów okresowych. Raporty półroczne będą musiały być przekazane do publicznej wiadomości nie później niż do końca trzeciego miesiąca po zakończeniu półrocza, a więc do 30 września. Wydłużony zostanie również termin publicznej dostępności raportów rocznych i półrocznych z pięciu do dziesięciu lat.

Oznacza to, że nadal funkcjonować będą raporty roczne i półroczne, natomiast raporty kwartalne co do zasady mają być zniesione. W drodze wyjątku państwa macierzyste mogą zdecydować o pozostawieniu tych ostatnich pod warunkiem, że ze wzglę-

du na ich zakres sporządzenie raportu nie będzie stanowiło nieproporcjonalnego obciążenia finansowego dla spółek, w szczególności dla małych i średnich przedsiębiorstw, a treść informacji wymaganych w raporcie będzie proporcjonalna do czynników przyczyniających się do podejmowania decyzji inwestycyjnych przez inwestorów. Innymi słowy będą one dopuszczalne, jeżeli zakres wymaganych informacji będzie mógł być sporządzony bez nadmiernego obciążenia finansowego i jeżeli będzie miał rzeczywisty dodatkowy walor dla inwestorów. Niezależnie od powyższego uprawnienia, państwa macierzyste mogą nałożyć obowiązek przekazywania raportów kwartalnych na instytucje finansowe.

Dyrektywa przewiduje obowiązek implementacji powyższych zasad przez państwa członkowskie do listopada 2015 r.

Choć do wprowadzenia w życie i rozpoczęcia obowiązywania nowych zasad raportowania pozostało jeszcze trochę czasu, to spółki giełdowe już dziś powinny zacząć się przygotowywać do uporządkowania lub wdrożenia wewnętrznych procedur dotyczących postępowania z informacjami poufnymi. W pracach nad przygotowaniem tych procedur pomocne mogą się okazać zapowiadane wytyczne EUNGIPW oraz rekomendacje, nad którymi rozpoczęło już prace Stowarzyszenie Emitentów Giełdowych.

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

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

Kłopoty z pomocą publiczną

Joanna Prokurat



Od kilku lat dofinansowanie ze środków publicznych jest dla wielu przedsiębiorców szansą na rozwój biznesu. Nadchodzące lata także mogą okazać się tłuste, jednak nie dla wszystkich. Rośnie bowiem liczba przypadków kwestionowania prawidłowości pozyskania lub wydatkowania otrzymanej pomocy publicznej, co skutkuje obowiązkiem zwrotu pomocy wraz z odsetkami za zwłokę.

Wolumen pomocy publicznej udzielonej polskim podmiotom w ostatnich latach utrzymuje się na sta-

Wojciech Marszałkowski



łym poziomie, oscylując wokół kwoty 21 miliardów złotych rocznie. Liczba przypadków przyznania pomocy publicznej w Polsce w samym 2013 r. wyraźnie przekroczyła 300 000. Nawet jeśli okoliczności, które mogą powodować konieczność zwrotu otrzymanych przez beneficjenta środków występują w jednym przypadku na sto, prosta arytmetyka wskazuje, że takich przypadków jest ponad 3000 rocznie. Oczywiście każdy z nich jest inny. Poniżej opisujemy trzy przykładowe (i rzeczywiste) przypadki, w których uzyskana pomoc publiczna mogła zniknąć bez śladu.

Przykład A: Beneficjent pomocy publicznej nie jest zobowiązany do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w celu wyłonienia dostawców towarów lub usług dla celów realizacji projektu objętego dofinansowaniem. W procesie doboru podwykonawców

projektu zobowiązany jest jednak do stosowania reguł wyznaczonych w umowie o dofinansowanie, w tym do zgromadzenia przynajmniej trzech ofert w każdym postępowaniu ofertowym. Ponieważ na świecie istnieje tylko jeden dostawca, którego produkty odpowiada ją specyfikacji zamówienia (jest on przy okazji dawnym znajomym beneficjenta), beneficjent otrzymuje tylko jedną ofertę, na której podstawie zawiera umowę o dostawę towarów lub świadczenie usług. Kontrola projektu wykazuje niespełnienie wymogów wytyczonych przez umowę.

Prawo pomocy publicznej jako integralna część prawa konkurencji Unii Europejskiej zakłada, że środki pomocowe będą dystrybuowane m.in. zgodnie z zasadami przejrzystości, rynkowości i uczciwej konkurencji. Spełnienie tych zasad mają gwarantować procedury przewidziane przepisami i umowami o dofinansowanie, które podmiotom nieobjętym obowiązkiem stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych często nakazują m.in. zgromadzenie w postępowaniu ofertowym minimum trzech poprawnie skonstruowanych i kompletnych ofert oraz wybranie najkorzystniejszej spośród nich.

W praktyce stosowania prawa pomocy publicznej wykształciła się niepisana zasada, zgodnie z którą nieznaczne naruszenia procedur przewidzianych przez umowę o dofinansowanie można zazwyczaj sanować. Jeśli beneficjent lub instytucja kontrolująca wykazą nieprawidłowości polegające na zgromadzeniu mniejszej niż wymagana liczby ofert, konieczne jest jednak złożenie co najmniej pisemnego uzasadnienia, w tym np. oświadczenia, że ze względu na wyjątkowy czy wręcz nowatorski charakter projektu grono potencjalnych podwykonawców jest faktycznie ograniczone do jednego lub dwóch podmiotów. Zazwyczaj przygotowanie takiego pisma, w szczególności po wykryciu nieprawidłowości przez instytucję kontrolującą, wymaga przeprowadzenia kierunkowych badań rynkowych pod kątem istnienia innych wykonawców, w szczególności na rynkach lokalnych i krajowych, zaś w przypadku projektów o dużej wartości także na rynku europejskim.

Sytuacja może jednak istotnie się skomplikować, gdy jedynym oferentem i wybranym dostawcą towarów lub usług do realizacji projektu jest podmiot powiązany. Nawet jeśli instytucja pośrednicząca jest najlepiej nastawiona do beneficjenta, na drodze do porozumienia mogą stanąć przepisy rangi ustawowej, które niekiedy wprost zakazują zawierania umów podwykonawczych z podmiota-

mi powiązanymi kapitałowo, majątkowo, rodzinie, a nawet tylko faktycznie.

Jeszcze większą ostrożność powinny zachować podmioty zobowiązane w wyborze kontrahentów do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Orzecznictwo sądów administracyjnych jednoznacznie wskazuje, że w przypadku naruszenia procedur przewidzianych tymi przepisami, np. poprzez ustanowienie zbyt krótkiego terminu na składanie ofert bądź niewystarczającą specyfikację usług lub towarów, których nabycie jest planowane, beneficjent powinien liczyć się z wezwaniem do zwrotu otrzymanego dofinansowania wraz z odsetkami za zwłokę.

Przykład B: Grupa kapitałowa spółek prowadzi działalność m.in. w zakresie produkcji rolnej. W ramach dywersyfikacji biznesu spółki przez lata działalności odkupują grunty od rolników. Co roku każda ze spółek występuje do Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (ARiMR) o przyznanie płatności rolnodowiskowych. W kolejnym roku wszystkie spółki otrzymują decyzje odmowne, w których ARiMR stwierdza, że spółki funkcjonują w sztucznej strukturze pozwalającej na otrzymanie przez spółki płatności w zawyżonej wysokości, co pozostaje w sprzeczności z celami programu wsparcia. Zdaniem ARiMR wszystkie spółki należące do holdingu stanowią jedno gospodarstwo rolne i w związku ze schematem płatności – małe gospodarstwa dostają więcej, duże gospodarstwa dostają mniej – podział na spółki miał na celu wyłudzenie wyższych płatności.

Z punktu widzenia producenta rolnego taki zarzut stawiany w decyzji ARiMR niesie ze sobą istotne ryzyko finansowe – braku płatności w bieżącym roku oraz w latach kolejnych, a w skrajnych przypadkach kary administracyjne i obowiązek zwrotu płatności uzyskanych w latach poprzednich wraz z odsetkami.

Zgodnie z praktyką przyjętą przez ARiMR podstawą do zastosowania sankcji jest obiektywne istnienie sztucznej struktury w subiektywny sposób ukierunkowanej na pozyskanie środków o wartości wyższej niż należna, czyli w sposób sprzeczny z celami programu wsparcia.

Jednakże decyzja ARiMR nie stanowi ostatecznego rozstrzygnięcia, gdyż producent rolny może z nią polemizować – najpierw przed organem odwoławczym, a później przed sądem administracyjnym, szczególnie że powołana argumentacja ARiMR nie znajduje pełnego oparcia w prawie. Wykład-

nia obowiązujących przepisów prowadzi bowiem do wniosku, że na ARiMR spoczywa obowiązek udowodnienia także szeregu innych okoliczności, tj. że celem stworzenia sztucznych warunków było uzyskanie nienależnych płatności (zamiar o szczególnym zabarwieniu), a także że korzyści zostaną wykorzystane w sposób sprzeczny z celami dofinansowań (którymi są np. poprawa warunków bytowych na terenach wiejskich, zmniejszenie bezrobocia czy optymalizacja produkcji rolnej). Ta niezauważana przez ARiMR różnica odgrywa kluczową rolę dla producenta rolnego, szczególnie jeżeli struktura powstała z zupełnie innych przyczyn niż pozyskanie płatności rolnych (np. z powodu nabywania gruntów rolnych stanowiących własność Skarbu Państwa na terenie różnych województw), a pozyskane fundusze są faktycznie wydatkowane zgodnie z celami danego systemu wsparcia producentów rolnych.

Przykład C: Beneficjent realizuje projekt, w ramach którego otrzymuje dofinansowania etapowo – po zamknięciu kolejnej fazy projektu kieruje do instytucji pośredniczącej wnioski o wypłatę kolejnej transzy płatności. Instytucja przeprowadza kontrolę, która wykazuje, że część zamkniętego etapu projektu została zrealizowana nieprawidłowo. Beneficjent otrzymuje wezwanie do usunięcia nieprawidłowości pod rygorem odmowy wypłaty kolejnej transzy dofinansowania. W ocenie beneficjenta projekt zrealizowany został w sposób prawidłowy, a zastrzeżenia są bezpodstawne.

Większość umów o dofinansowanie zawiera zastrzeżenie, że w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości instytucja pośrednicząca jest uprawniona do natychmiastowego rozwiązania umowy o dofinansowanie, co skutkuje obowiązkiem zwrotu całości otrzymanej pomocy. W praktyce uprawnienie to jest wykorzystywane jedynie w odniesieniu do najpoważniejszych naruszeń. Jeśli stwierdzone nieprawidłowości nie pociągają za sobą konieczności rozwiązania umowy, instytucje zazwyczaj zwlekają z wezwaniem beneficjenta do zwrotu części dofi-

nansowania, oczekując, że ten dostosuje się do założeń. Beneficjent, który jest przekonany, że projekt był realizowany prawidłowo, oczekuje natomiast, że szybko otrzyma od instytucji zaskarżalne rozstrzygnięcie, które – w przypadku negatywnego stanowiska – będzie mógł następnie zaskarżyć do organu nadrzędnego.

Z momentem stwierdzenia, że sanowanie nieprawidłowości nie jest możliwe, beneficjent pomocy publicznej powinien zostać przez odpowiednią instytucję wezwany do zwrotu odpowiedniej części przyznanego dofinansowania lub wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności. Jednakże doręczenie takiego formalnego wezwania następuje często z istotnym opóźnieniem. A czas to pieniądz, w tym przypadku wyrażany rosnącą kwotą odsetek.

W takiej sytuacji beneficjent może jednak skorzystać z dostępnych instrumentów prawnych. Rozważyć można kilka rozwiązań z zakresu postępowania administracyjnego i cywilnego, jednak najtańszym i relatywnie szybkim sposobem jest złożenie skargi na nienależyte wykonywanie zadań przez instytucję w trybie skarg i wniosków przewidzianym w Kodeksie postępowania administracyjnego. Skarga powinna zostać złożona do organu nadrzędnego instytucji zarządzającej środkami publicznymi, którym zwykle jest Minister Gospodarki lub Minister Infrastruktury i Rozwoju.

Zdecydowana większość spośród tysięcy polskich podmiotów, które korzystają z pomocy publicznej, nie ma wątpliwości, że warto ubiegać się o dofinansowanie prowadzonej działalności. Beneficjenci powinni jednak przyswoić sobie obowiązujące uregulowania prawne, w tym proceduralne, a w razie problemów dostatecznie szybko reagować. W przeciwnym razie pomoc publiczna może nie przynieść spodziewanych korzyści, a nawet stać się źródłem wielu kłopotów.

Joanna Prokurat, doradca podatkowy, praktyka podatkowa i praktyka pomocy publicznej

Wojciech Marszałkowski, praktyka podatkowa i praktyka pomocy publicznej

Transparentność raportów z badań klinicznych

Joanna Krakowiak

Dane zawarte w raportach z badań klinicznych nad nowymi lekami zaczynają być stopniowo ujawniane do wiadomości publicznej, a nie – jak do tej pory – jedynie organom nadzorującym rynek farmaceutyczny. Europejska Agencja Leków oraz poszczególne firmy farmaceutyczne wychodzą w ten sposób naprzeciw oczekiwaniom pacjentów, lekarzy oraz naukowców. W tym kontekście pojawiają się pytania o zakres udostępniania danych i zasady korzystania z ujawnionych danych.

O wartości danych uzyskanych w badaniach klinicznych decyduje nie tylko liczony w milionach euro koszt ich sfinansowania, lecz przede wszystkim ryzyko zdrowotne, jakie podejmuje każdy z uczestników takiego badania. Ryzyko to jest adekwatne do spodziewanych korzyści terapeutycznych, jednak zawsze istnieje, ponieważ badanie kliniczne to eksperyment medyczny, którego wyniku nie da się przewidzieć. Uczestnik, podejmując świadomą zgodę na udział w badaniu, akceptuje ryzyko wystąpienia m.in. zdarzeń niepożądanych, których charakter nie jest jeszcze w pełni poznany.

Ujawnienie raportów z badań klinicznych daje w szczególności możliwość poznania szczegółowego przebiegu poszczególnych zdarzeń niepożądanych. Stwarza to szansę na lepsze zdiagnozowanie i leczenie trudnych przypadków klinicznych po zarejestrowaniu leku, ulepszenie protokołów kolejnych badań czy też podjęcie prób opracowywania leków „szytych na miarę” w ramach medycyny personalizowanej.



Pełne ujawnienie danych z badań klinicznych niesie ze sobą istotne zagrożenie, że zostaną ujawnione informacje poufne – z jednej strony tajemnice firm organizujących badania kliniczne, z drugiej zaś dane osobowe uczestników badań. Ochrona jednych i drugich informacji jest niezbędna, ponieważ w przeciwnym razie firmy przestałyby być skłonne do finansowania drogich badań nad nowymi lekami, a pacjenci nie wyrażaliby zgody na uczestniczenie w badaniach, które nie zapewniają poszanowania ich prywatności.

Polityka Europejskiej Agencji Leków

Europejska Agencja Leków (EMA) podjęła decyzję o proaktywnej publikacji raportów z badań klinicznych i opublikowała dokument *European Medicines Agency policy on publication of clinical data for medicinal products for human use* („Polityka EMA”).

Dokument ten reguluje zasady udzielenia dostępu do raportów z badań.

Od 2015 r. EMA, po wydaniu przez Komisję Europejską pozwolenia na dopuszczenie leku do obrotu w procedurze centralnej, będzie publikowała na swojej stronie internetowej fragmenty raportów z badań klinicznych, które nie zawierają tajemnic przedsiębiorstwa.

Aby uzyskać dostęp do danych, osoba fizyczna lub prawna będzie musiała zarejestrować się na stronie EMA. Po zalogowaniu się i akceptacji warunków użytkowania bazy EMA (*Terms of use*) użytkownik będzie mógł przeglądać dane na ekranie komputera. Ponadto osoby prowadzące badania naukowe oraz krajowe agencje oceny technologii medycznych, które podejmują decyzje refundacyjne, będą mogły dodatkowo zapisywać dane na własnych nośnikach, edytować (używając opcji „kopiuj/wklej”) i drukować dane.

Cel wykorzystania danych z badań klinicznych

Zgodnie z Polityką EMA z dostępu do opublikowanych danych można korzystać jedynie w celach niekomercyjnych, czyli innych niż uzyskanie pozwolenia na dopuszczenie leku do obrotu.

W praktyce nie można jednak wykluczyć, że nawet jeśli pierwotnym celem uzyskania dostępu do danych było prowadzenie niekomercyjnych badań naukowych, wskutek przetwarzania tak uzyskanych informacji oraz uzupełniania ich informacjami z własnych badań powstanie komercyjny projekt badawczy nowego leku, a następnie wniosek o rejestrację opracowanego w ten sposób leku.

Granicy pomiędzy niekomercyjnym a komercyjnym wykorzystaniem danych nie da się więc z góry precyzyjnie określić. Sposób wykorzystania publicznie udostępnionych danych może być źródłem wielu sporów pomiędzy firmami farmaceutycznymi oraz naukowcami z nimi współpracującymi.

EMA, niejako antycypując zarzewie przyszłych sporów, wskazała, że nie ponosi odpowiedzialności za naruszenia warunków użytkowania bazy EMA przez poszczególnych użytkowników. Poszkodowane firmy farmaceutyczne będą zatem musiały dochodzić swoich praw na gruncie przepisów dotyczących zasad uczciwej konkurencji bezpośrednio wobec osób, które naruszyły ich prawa.

Poufność komercyjna – gdzie się kończy tajemnica przedsiębiorstwa?

Polityka EMA określa, że tajemnicą przedsiębior-

stwa jest jakakolwiek informacja zawarta w raporcie z badań klinicznych, złożonym EMA przez wnioskodawcę lub właściciela pozwolenia na dopuszczenie leku do obrotu, która nie jest dostępna publicznie, a jej ujawnienie może naruszać uzasadnione interesy ekonomiczne wnioskodawcy lub właściciela pozwolenia na dopuszczenie leku do obrotu. Jest to definicja szeroka, ale może powodować spory, jakie interesy należy traktować jako uzasadnione, a jakie nie.

Opierając się na swojej dotychczasowej praktyce, EMA wskazuje, jakie części raportu z badań klinicznych mogą zawierać tajemnice przedsiębiorstwa. Są to np. szczegółowe dane dotyczące doboru próby, trójwymiarowego przedstawienia badanej molekuly czy też strategicznych kierunków programu badawczego, w ramach którego prowadzone było badanie.

Powyższe wytyczne EMA nie zwalniają jednak wnioskodawców ani właścicieli pozwoleń na dopuszczenie leku do obrotu od szczegółowego uzasadnienia, dlaczego określone fragmenty raportu mają być traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa i jako takie usunięte z udostępnianej publicznie wersji raportu.

Jeżeli EMA zakwestionuje zakres informacji określonych przez wnioskodawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, wnioskodawca ma prawo złożyć wnioski o wstrzymanie publikacji danych przez sąd. W takim przypadku rozpoczyna się spór sądowy o dozwolony zakres publikacji danych, a EMA, w czasie trwania sporu, udostępnia jedynie dane, których publikacja jest bezpieczna.

Poufność prywatna – gdzie się kończy ochrona danych uczestników badania?

Dane gromadzone w toku badań klinicznych mają charakter danych wrażliwych, ponieważ dotyczą stanu zdrowia. Już sam fakt uczestniczenia w badaniu określonego leku może zdradzać, na jaką chorobę cierpi dany pacjent. Ponadto w przypadku badań genetycznych wyniki badań świadczą o stanie zdrowia nie tylko uczestnika, ale również jego najbliższych. Poznanie tego rodzaju danych przez np. pracodawców lub towarzystwa ubezpieczeniowe mogłoby mieć niekorzystne konsekwencje dla osób, których te dane dotyczą, i przynieść im z tego tytułu realne straty. Podstawowymi zasadami prowadzenia badań klinicznych są dobro uczestników badania i poszanowanie ich praw. Dlatego jakiegokolwiek ujawnienie danych dotyczących indywidualnych uczestników

nie może następować z naruszeniem ich podstawowego prawa, tj. prawa do poszanowania prywatności. Dane przed ujawnieniem muszą podlegać anonimizacji i to w taki sposób, aby nawet pośrednio nie dało się zidentyfikować osoby, której te dane dotyczą.

Obecna wersja Polityki EMA nie reguluje sposobu ujawniania danych dotyczących indywidualnych uczestników, ale EMA zapowiada, że zmierzy się z tym wyzwaniem w drugiej części polityki dotyczącej ujawniania danych.

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

Czym reprivatyzacja nie jest i gdzie leży ryzyko reprivatyzacyjne

Stefan Jacyno

Polska jest chwalona za niezwykle udane przejście z gospodarki socjalistycznej do wolnorynkowej gospodarki kapitalistycznej. Jednocześnie Polska jest jedynym krajem z byłego bloku wschodniego, w którym kwestia restytucji znacionalizowanego mienia, przede wszystkim nieruchomości, nie została uregulowana, to znaczy nie wydano w tej sprawie żadnych aktów normatywnych.

Mimo braku ustawy reprivatyzacyjnej, a raczej w związku z tym brakiem, toczy się wiele postępowań reprivatyzacyjnych, reprivatyzacja jest stałym tematem dla publicystów, a tak zwane „roszczenia reprivatyzacyjne” budzą obawy inwestorów. Bo czy taka sytuacja nie stwarza poczucia braku pewności własności, braku przewidywalności, a przez to czy nie jest hamulcem normalnego rozwoju gospodarczego?

Czym nie jest reprivatyzacja

Zanim powiemy, czym jest reprivatyzacja w Polsce, musimy powiedzieć, czym ona nie jest. Otóż istotą reprivatyzacji w Polsce nie jest przekreślenie czy odwrócenie nacjonalizacji, ale jej kontrola. Chodzi o sprawdzenie, czy proces ten przebiegał praworządnie, to znaczy zgodnie z prawem, jakie obowiązywało w dacie dokonywania aktu nacjonalizacyjnego. Punktem odniesienia musi być prawo wówczas obowiązujące, a nie obecne standardy. Jako prawnicy, niezależnie od osobistych poglądów, musimy przyjąć do wiadomości stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wyrażone np. w postanowieniu z 28 listopada 2001 r. (SK 5/01):

Trybunał Konstytucyjny (...) stoi na stanowisku, że sprawa legalności działania władz państwowych narzuco-



nych Polsce w 1944 r. należy dziś do sfery ocen historycznych i politycznych. Oceny te nie mogą być przenoszone bezpośrednio na sferę ukształtowanych wówczas stosunków prawnych. Brak konstytucyjnoprawnej legitymacji takich organów jak PKWN, KRN, Rząd Tymczasowy, a także wątpliwa legitymacja później istniejących organów, nie może nieść konsekwencji w postaci ignorowania faktu, że efektywnie wykonywały one władzę państwową. Akty normatywne tych organów były podstawą rozstrzygnięć indywidualnych, które m.in. ukształtowały strukturę własnościową w obszarze własności rolnej, a także stosunki prawne w innych dziedzinach życia społecznego. Upływ czasu, który z punktu widzenia prawa nie jest zjawiskiem obojętnym, nadał tym stosunkom trwałość i dziś są one podstawą ekonomicznej i społecznej egzystencji znacznej części społeczeństwa polskiego.

Skontrolować praworządność, nie wymierzyć sprawiedliwość

Fakt, że w 1989 r. doszło do transformacji ustrojowej, sam przez się nie unieważnił aktów nacjonalizacyjnych. Akty prawne wydane bezpośrednio po wojnie tworzą część obecnego systemu prawnego, którego ciągłość datuje się od odrodzenia polskiego państwa w 1918 r. Władze, które powstały po drugiej wojnie światowej, nie odrzuciły systemu prawnego II Rzeczypospolitej. Stanowiły nowe prawo, ale w ramach istniejącego systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Podobnie system prawny III Rzeczypospolitej nie jest nowym, lecz stale rozwijanym tym samym systemem.

Realizacja roszczeń reprivatyzacyjnych nie jest aktem wymierzania sprawiedliwości, lecz kontrolą praworządności działania organów państwowych, czyli działania na podstawie i w granicach prawa, stosowanego zgodnie z jego treścią i zgodnie z powszechnie stosowanymi regułami wykładni prawa. Chodzi o sprawdzenie, czy postępowania w sprawach indywidualnych toczono były z poszanowaniem praw stron, zagwarantowanych przepisami postępowania administracyjnego.

Zrozumienie tej zasady pomoże właściwie ocenić z jednej strony to, czego mogą oczekiwać osoby dotknięte nacjonalizacją, a z drugiej to, czego mogą się obawiać obecni właściciele mienia pochodzącego z nacjonalizacji. Wbrew pozorom do realnego bezpośredniego konfliktu pomiędzy tymi dwoma grupami osób dochodzi bardzo rzadko. Jest tak dlatego, że zarówno jedna, jak i druga grupa miała do czynienia jedynie z państwem. To państwo dokonało aktu nacjonalizacji, pozbawiając własności dotychczasowych właścicieli, i następnie państwo dokonywało aktów zbycia tego majątku.

Co do zwrotu

Byli właściciele mogą liczyć na zwrot nieruchomości tylko wtedy, jeżeli bezprawnie znacjonalizowana nieruchomość nie została sprzedana, nie była przedmiotem zamiany lub wniesienia aportem do spółki kapitałowej. Sąd Najwyższy w uchwale z 15 lutego 2011 r. (III CZP 90/10) podjętej w składzie siedmiu sędziów przyjął, że rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych chroni nabywcę użytkownika wieczystego także w razie wadliwego wpisu w księdze wieczystej Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego jako właściciela nieruchomości. Oznacza to, że były właściciel nie może odzyskać własności także wtedy, jeżeli

nacjonalizację przeprowadzono wadliwie, ale zawarto umowę o oddaniu nieruchomości w użytkowanie wieczyste. Stanowi to wyraz konsekwentnej ochrony nabycia praw w dobrej wierze i zwiększa pewność obrotu. Natomiast wszędzie tam, gdzie doszło do naruszenia prawa i niemożliwy jest zwrot nieruchomości, właściciel może domagać się od państwa odszkodowania za utraconą nieruchomość.

Jeżeli zatem wadliwie znacjonalizowana nieruchomość została w przeszłości już przez kogoś nabyta w warunkach dobrej wiary, to obecnie składane wnioski reprivatyzacyjne nie mogą mieć wpływu na sytuację prawną takiej nieruchomości i nie stanowią żadnego zagrożenia dla aktualnego właściciela lub użytkownika wieczystego. Wnioski takie mogą tylko prowadzić do ustalenia we właściwym postępowaniu (administracyjnym lub sądowym, w zależności od rodzaju sprawy), że doszło do naruszenia przepisów nacjonalizacyjnych, i stanowić przez to podstawę do domagania się odszkodowania od państwa. Ponieważ, jak wspomniano na wstępie, brak jest szczególnych uregulowań reprivatyzacyjnych, odszkodowanie jest należne w pełnym wymiarze. Jest to niewątpliwie kosztowne, ale w pełni zgodne z powszechnie akceptowanymi zasadami prawa.

Dlatego też reprivatyzacja czy też roszczenia reprivatyzacyjne to zasadniczo relacja pomiędzy byłymi właścicielami (a raczej, z powodu upływu czasu, spadkobiercami właścicieli) a państwem, a nie pomiędzy byłymi i aktualnymi właścicielami.

Majątek przedsiębiorstw państwowych

Jest jednak sfera, którą należy wyraźnie wyróżnić, a która cechuje się wysokim ryzykiem i przez to koniecznością zachowania szczególnej staranności. Chodzi o nabywanie udziałów w spółkach powstałych w wyniku komercjalizacji przedsiębiorstw państwowych. Spółki takie są użytkownikami wieczystymi gruntów i właścicielami wzniesionych na nich budynków, ale ich tytuł nie wynika z dokonanego w dobrej wierze obrotu cywilnoprawnego, lecz z decyzji organów państwowych. Dwa zdania wyjaśnienia: do 1989 r. Skarb Państwa był właścicielem wszystkich, w tym znacjonalizowanych, nieruchomości państwowych. Przedsiębiorstwa państwowe jedynie zarządzały w imieniu Skarbu Państwa poszczególnymi nieruchomościami.

5 grudnia 1990 r. weszła w życie ustawa, na podstawie której przedsiębiorstwa państwowe uzyskały prawo użytkowania wieczystego posiadanych w zarządzie nieruchomości, nazwane potocznie

uwłaszczeniem przedsiębiorstw państwowych. Prawo to musiało być potwierdzone decyzją wojewody, która stanowiła podstawę wpisu do księgi wieczystej. Jeżeli następnie, na podstawie ustawy o komercjalizacji przedsiębiorstw państwowych, takie przedsiębiorstwo zostało przekształcone w spółkę prawa handlowego (akcyjną albo z ograniczoną odpowiedzialnością), to powstanie w ten sposób spółki oznaczało tylko zmianę formy osoby prawnej: przedsiębiorstwo państwowe stawało się spółką, natomiast w żaden sposób nie zmieniało to sytuacji prawnej majątku tejże osoby prawnej.

Ustawa o uwłaszczeniu przedsiębiorstw państwowych przewidywała jednak, że nabycie prawa użytkowania wieczystego nie może naruszać praw osób trzecich. Jeżeli więc były właściciel wykaże, że proces nacjonalizacji był wadliwy, to może doprowadzić do uchylecia decyzji wojewody potwierdzającej nabycie prawa użytkowania wieczystego. W ten sposób spółka utraci swój tytuł i będzie zmuszona zwrócić nieruchomości prawowitemu właścicielowi.

Jeżeli jednak spółka, która nawet wadliwie nabyła prawo użytkowania wieczystego, sprzeda to prawo, nabywca nie będzie w żaden sposób zagrożony słusznymi roszczeniami byłego właściciela – oczywiście jeżeli nabywał to prawo w dobrej wierze. Nawet jeżeli były właściciel będzie po takim nabyciu składać do księgi wieczystej zastrzeżenia i inne wnioski, to nie odniosą one względem nabywcy żadnego prawnego skutku. Niemniej, ze względów czysto technicznych, potrafią być przeszkodą w razie zamiaru dalszej sprzedaży albo np. w uzyskaniu kredytu, gdyż bank będzie (bezpodstawnie) obawiał się ryzyka utraty zabezpieczenia. Znane są nam wcale nie odosobnione przykłady uporczywe-

go składania całkowicie bezzasadnych wniosków do ksiąg wieczystych.

Trzeba jednak podkreślić, że rękojmią wiary publicznej ksiąg wieczystych chroni nabywców w dobrej wierze nieruchomości i prawa użytkowania wieczystego, ale nie nabywców udziałów w spółkach.

Ryzyko reprivatyzacyjne, rozumiane jako możliwość wystąpienia ze skutecznymi roszczeniami ze szkodą dla nabywcy, występuje tam tylko, gdzie dochodzi do nabycia udziałów w spółce, która powstała z przekształcenia przedsiębiorstwa państwowego. Są to obecnie już raczej przypadki rzadko spotykane.

Pierwszeństwo nabycia dla byłych właścicieli

Na zakończenie warto zwrócić uwagę na ryzyka dotyczące nabywania od podmiotów publicznych nieruchomości na przetargach. Otóż zarówno w ustawie o kształtowaniu ustroju rolnego, jak i w ustawie o gospodarce nieruchomościami przewidziane jest pierwszeństwo nabycia dla byłych właścicieli – niezależnie od tego, w jaki sposób utracili własność, choćby na podstawie prawidłowo przeprowadzonej nacjonalizacji. Właściciele ci muszą być powiadomieni o możliwości nabycia po cenie wywoławczej nieruchomości przeznaczonej do przetargu. Jeżeli ten tryb nie zostanie dochowany, były właściciel może skutecznie żądać stwierdzenia przez sąd nieważności umowy. Nie jest to roszczenie typowo „reprivatyzacyjne”, ale powoduje konieczność badania, w jaki sposób Skarb Państwa lub jednostka samorządowa stała się właścicielem nieruchomości wystawionej na przetarg i czy są dochowane wymagane procedury wobec byłych właścicieli, by wyeliminować ryzyko uznania za nieważną umowy nabycia.

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

Kształt produktu jako znak towarowy

dr Monika Żuraw

Kształty towarów, nawet tych codziennego użytku, stają się coraz bardziej fantazyjne. Dzięki temu są skutecznym narzędziem marketingu, a od ich estetyki często zależy sukces rynkowy przedsięwzięcia. Dobrą ilustracją jest wyścig producentów urządzeń mobilnych, którzy niemal co parę miesięcy zaskakują klientów nowym – coraz bardziej wystylizowanym – designem swoich produktów, zachęcając tym samym do częstej zmiany urządzeń. Kształty produktów niekiedy stają się tak bardzo rozpoznawalne, że automatycznie wskazują na producenta towaru, jak na przykład smukła butelka popularnego napoju. Pełnią one zatem wiele funkcji, podczas gdy podstawowa funkcja użytkowa schodzi w zasadzie na drugi plan.

Kształty produktu mogą ucieleśniać wiele praw własności intelektualnej. Mogą być chronione jako utwór, gdy cechuje je twórczy charakter, jako wzór użytkowy, gdy pełnią określoną funkcję użytkową, jako wzór przemysłowy, gdy ich zewnętrzna postać znacząco różni się od innych form obecnych na rynku, a nawet jako patent, gdy jest z nimi związane rozwiązanie techniczne.

Kumulacja ochrony w zakresie praw własności intelektualnej jest najczęściej dozwolona, a przepisy w określonej dziedzinie nie wyłączają stosowania przepisów dotyczących innego dobra własności intelektualnej. Z praktycznego punktu widzenia



kumulacja ochrony jest korzystna dla uprawnionego, gdyż intensyfikuje ochronę, pozwalając w konkretnym stanie faktycznym wybrać najkorzystniejszą strategię działania. Każdy z rodzajów ochrony jest przyznawany w innych okolicznościach i ma inny zasięg czasowy. Oczywiście jest, że nie zawsze do ochrony konkretnego kształtu można zastosować wszystkie rodzaje przepisów, jednak podjęcie działań mających na celu jak najszerszą ochronę kształtu produktu już od chwili jego zaprojektowania zwykle okazuje się korzystne dla producenta i warte wysiłku oraz nakładów.

Czy kształt może być znakiem towarowym?

W ostatnim czasie aktualna była dyskusja nad możliwością rejestracji kształtu produktu jako znaku towarowego. Zasadą jest możliwość rejestracji

znaków trójwymiarowych w taki sam sposób jak innych oznaczeń, które cechuje zdolność odróżniająca, tj. możliwość wskazywania pochodzenia z określonego przedsiębiorstwa. Obecnie w większości przypadków konieczne jest wykazanie tzw. wtórnej zdolności odróżniającej, tj. okoliczności, że kształt stał się rozpoznawalny dla klientów wskutek długiej obecności na rynku i intensywnych działań promocyjnych, co w przypadku naprawdę znanych kształtów nie jest trudne.

Rejestracja znaku kreuje szeroki monopol wykorzystania danego oznaczenia na rynku, co oznacza, że inni przedsiębiorcy nie mogą używać oznaczeń podobnych, a w omawianym przypadku podobnych kształtów towarów. Co więcej, ochrona znaku nie jest limitowana czasowo – ochronę znaku można bez przeszkód przedłużać o kolejne 10-letnie okresy, nawet gdy wygaśnie patent czy wzór przemysłowy. Uzyskanie takiej ochrony jest zatem bardzo korzystne dla uprawnionego. Z drugiej strony jest oczywiste, że w znacznym stopniu ogranicza to konkurencję.

Inne prawa własności intelektualnej są czasowe. Po upływie terminów przewidzianych przez stosowne przepisy dane dobro staje dostępne dla wszystkich uczestników rynku, co ma gwarantować rozwój technologiczny oraz kulturowy społeczeństw. Odnośnie do kształtów towarów koresponduje to również z zasadą wolności naśladownictwa, która ma służyć wolnej konkurencji, a w konsekwencji klientom, którzy będą mogli skorzystać z szerszej i tańszej oferty dóbr substytucyjnych.

Z powyższych względów ochrona kształtu towaru jako znaku towarowego doznaje ograniczeń. Przepisy wprost wyłączają rejestrację oznaczeń, które składają się wyłącznie z kształtu wynikającego z charakteru samych towarów, kształtu niezbędnego do uzyskania efektu technicznego oraz kształtu zwiększającego znacznie wartość rzeczy. Czytając powyższą regulację dosłownie, można rozumieć, że dotyczy ona tylko tych kształtów, którym można przypisać wyłącznie wyżej wymienione cechy, tj. kształtów banalnych, takich, które służą wyłącznie pełnieniu funkcji technicznej, oraz kształtów będących dziełami sztuki.

TSUE dba o konkurencję

Ostatnie orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE wydane odnośnie do kształtów produktów będących ikonami na rynku i z pewnością pełniących funkcję odróżniającą prowadzą jednak do

innych wniosków. W wyroku wydanym w sprawie klocka LEGO (C-48/09 P) stwierdzono, że choć klocki LEGO z pewnością ma charakter odróżniający i istnieją kształty zamienne, nie może być objęty rejestracją. Wpłynęłaby ona bowiem na dostępność rozwiązania technicznego dla innych przedsiębiorców. Podobny los spotkał kultowy głośnik firmy Bang & Olufsen przed Sądem (T-508/08), a to ze względu na fakt, że jego charakterystyczny kształt zwiększa znacznie wartość towaru. Niedopuszczalne jest zaś przyznanie wiecznego monopolu na używanie tak atrakcyjnych kształtów tylko przez jednego przedsiębiorcę. Trybunał podkreślił, że musi zostać zachowana równowaga między czasową ochroną przyznaną za innowacyjność a ochroną przyznaną za pełnioną funkcję oznaczania pochodzenia. W interesie ogólnym jest, aby te pierwsze po ustaniu ochrony przeszły do domeny publicznej. W identycznym tonie utrzymane jest orzeczenie dotyczące również sławnego krzeselka dla dzieci Tripp Trapp (C-205/13). W tym przypadku o niemożliwości rejestracji jako znaku towarowego również zdecydowała wartość estetyczna krzeselka, a dodatkowo fakt, że jego kształt w pewnym zakresie jest charakterystyczny dla towarów tego rodzaju.

W żadnej z wyżej omawianych spraw kształt produktu nie był wyłącznie uwarunkowany cechami, które zgodnie z przepisami wyłączałyby jego ochronę. Stanowisko zaprezentowane przez Trybunał w znaczącym stopniu zawęża możliwość rejestracji kształtu jako znaku towarowego przez szeroką (*contra legem?*) wykładnię podstaw odmowy rejestracji. W zasadzie większość kształtów będzie związana w mniejszym lub większym zakresie z funkcjonalnością, użytecznością czy wartością estetyczną towaru, dla którego rejestrowane jest oznaczenie. Oznacza to, że w wielu przypadkach oznaczenia takie nie zostaną zarejestrowane albo ich rejestracja zostanie unieważniona, nawet jeśli nie ma żadnych wątpliwości, że mają one zdolność odróżniającą. Takie podejście wydaje się sprzeczne z podstawową zasadą, że kształt może pełnić taką funkcję i w rzeczywistości w przypadku znanych towarów często ją pełni.

Ochrona coraz węższa

Orzeczenia Trybunału wpisują się w obecną tendencję zawężającego zakresu ochrony znaków towarowych. Na pierwszy plan wysuwa się interes ogólny wolności konkurowania. Interes ten uzasadnia dążenie, by ochrona na podstawie prawa znaków

towarowych nie prowadziła do przyznania ich właścicielom monopolu na rozwiązania użytkowe czy estetyczne, których mogliby poszukiwać klienci w towarach konkurencyjnych. Trybunał podkreśla także, iż wyłączne i stałe prawo, które nadaje znak towarowy, nie powinno służyć bezterminowemu przedłużaniu ważności innych praw. Z drugiej strony Trybunałowi umyka, że nieuznanie sławnych kształtów za znaki towarowe zachęca konkurentów do naśladownictwa zamiast do poszukiwania rozwiązań równie atrakcyjnych, lecz nie kopiujących pierwowzorów. Z pewnością nie sprzyja zatem zwiększeniu konkurencyjności oferty towarów zamiennych, co postuluje Trybunał.

Niespodziewany wyjątek: kostka Rubika

W świetle powyższego zaskakujące jest najnowsze rozstrzygnięcie dotyczące kształtu kostki Rubika wydane przez Sąd (T-450/09), które ma inny wydźwięk niż wyroki Trybunału. Nie dopatrzyl się on wyłącznie funkcjonalnego charakteru kształtu zabawki, jak miało to miejsce w przypadku klocka LEGO. W sprawie klocka LEGO badanie przeprowadzone przez TSUE doprowadziło do wniosku, że wypustki umieszczone na klocku są niezbędne do uzyskania zamierzonego efektu technicznego, tj. łączenia klocków. W sprawie kostki Rubika Sąd uznał, że nie istnieje żaden związek między zdolnością rotacji poszczególnych elementów kostki a istnieniem na powierzchni sześcianu będącego zgłoszeniem znaku towarowego grubych czarnych linii, odpowiadających krawędziom elementów rotacyjnych kostki Rubika. Z pewnością orzeczenie zostanie poddane korekcie przez Trybunał, który albo utrzyma swe dotychczasowe stanowisko, uchylając wyrok Sądu, albo je zliberalizuje, dając się przekonać argumentom zawartym we wskazanym wyżej wyroku, i uzna, że kształt kostki Rubika może być znakiem towarowym, co uniemożliwi produkcję podobnej zabawki innym konkurentom.

W Polsce bez etykiety?

Polskie orzecznictwo dotyczące rejestracji kształtów nie ma dużej tradycji i jest mało wyraziste. Ostatnio w zasadzie opiera się na wyłącznie na trendach wyznaczanych przez Trybunał. Uwagę przyciągnęły dwa spory: dotyczący kształtu dwukomorowego pojemnika na jogurt Fantasia i zielonej butelki płynu do czyszczenia Domestos. W pierwszej sprawie znak trójwymiarowy został unieważniony – ogólnie mówiąc – ze względu na banalność i funkcjonalność kształtu i w tym zakresie można w zasadzie przyznać słuszność rozstrzygnięciu. Wątpliwości budzi zaś druga sprawa, która – jak poprzednia – toczyła się wiele lat. W tym przypadku znak został wygaszony ze względu na rzekome nieużywanie, a nie unieważniony ze względu na przeszkody funkcjonalne czy banalność. Uznano bowiem, że sama butelka nie występuje w obrocie jako czysty trójwymiarowy kształt, jak w zgłoszeniu do rejestracji, lecz zawsze z etykietami. Z takim rozstrzygnięciem trudno się zgodzić. *De facto* stanowiłoby ono kolejną okoliczność uniemożliwiającą utrzymanie rejestracji kształtu jako znaku towarowego. Zwykle bowiem produkty, których kształty są zarejestrowane, mają więcej elementów – jak np. właśnie etykiety.

Wydaje się, że możliwość ochrony kształtów produktu jako znaku towarowego będzie coraz trudniejsza. W takich okolicznościach należy przywiązywać większą wagę do innych rodzajów ochrony i przede wszystkim – bez zwłoki – rejestrować kształty jako wzory przemysłowe. Dużego znaczenia nabiera też ochrona prawnoautorska, która również jest efektywna z punktu widzenia uprawnionego. Należy się zgodzić z ogólnym postulatem, że przyznając ochronę określonego dobru, trzeba brać pod uwagę różne interesy. Omawiane zagadnienie jest jednak ilustracją tego, jak trudne jest to w praktyce i jak bardzo subiektywna jest ocena konkretnego stanu faktycznego.

dr Monika Żuraw, radca prawny, praktyka własności intelektualnej

Granice ingerencji wspólników spółek kapitałowych w sprawy spółki

Maciej Szewczyk

Anna Dąbrowska

Izabela Zielińska-Bartożek



Wspólnicy mogą mieć zupełnie inną niż zarząd wizję tego, jak powinna działać spółka, jednak zgodnie z prawem to zarząd jest organem prowadzącym sprawy spółki kapitałowej i ją reprezentującym. Jaki wpływ mogą mieć wspólnicy na działania zarządu i jakie skutki może wywołać spełnianie ich żądań przez zarząd?

Jakkolwiek spółki kapitałowe (a więc spółka z o.o. i spółka akcyjna) mają status osób prawnych, a więc są wyposażone w zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych, to jednak nie są bytami

w pełni samodzielnymi i samoistnymi. Z natury spółki kapitałowej wynika bowiem istnienie kapitału przynależnego w określonych częściach podmiotom innym niż sama spółka – jej wspólnikom lub akcjonariuszom.

Co więcej, powstanie i istnienie spółki kapitałowej jest ściśle związane z określonym celem postawionym przed nią przez jej założycieli lub ukształtowanym w toku jej funkcjonowania przez wspólników lub akcjonariuszy.

Wyposażona w określony zespół środków (w szczególności zaś w kapitał) spółka ma ów cel realizować. Z racji swej odrębnej podmiotowości nie działa jednak za pośrednictwem wspólników (akcjonariuszy), lecz poprzez utworzone w tym celu organy (przede wszystkim zarząd i radę nadzorczą). Osoby wchodzące w skład tych organów mają prawny obowią-

zek działania w interesie spółki (a nie jej wspólników czy akcjonariuszy), z którym sprzężona jest odpowiedzialność za działanie na jej szkodę (a nie na szkodę wspólników czy akcjonariuszy).

Oznacza to, że wspólnicy (akcjonariusze) i członkowie organów spółki mogą mieć zupełnie odmienną wizję tego, jak spółka powinna realizować swoje cele.

Co więcej, interes spółki – osoby prawnej wcale nie musi być zbieżny z interesem wspólników (akcjonariuszy), którzy w tej spółce posiadają udziały kapitałowe – choćby nawet wspólnicy byli w tej kwestii jednomyślni i stanowczy.

Pojawia się zatem pytanie o granice, w jakich wspólnicy (akcjonariusze) mogą ingerować w sprawy spółki.

Podstawa: uregulowanie w umowie spółki lub statucie

Podstawowym sposobem takiej ingerencji jest odpowiednie ukształtowanie treści umowy spółki albo statutu. Umożliwia ono m.in. określenie (i następnie modyfikowanie) celu i przedmiotu działalności spółki, zasad dysponowania przez spółkę zyskiem oraz, o czym będzie mowa dalej, ustanawianie ograniczeń w samodzielności decyzyjnej zarządu. W zakresie, w jakim treść umowy spółki (statutu) jest zgodna z prawem, dopuszczalność takiej ingerencji wspólników (akcjonariuszy) nie budzi szczególnych wątpliwości.

Bardziej złożonym problemem jest ingerencja wspólników (akcjonariuszy) w prowadzenie spraw spółki.

Zgodnie z Kodeksem spółek handlowych organem prowadzącym sprawy spółki kapitałowej i ją reprezentującym jest zarząd. Działalność zarządu nie ma oczywiście charakteru uznaniowego – w tym znaczeniu, że jej granice są wyznaczane przede wszystkim przez przepisy prawa, umowę spółki (statut) oraz uchwały zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia).

W ograniczonej mierze: wpływ zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia)

W zakresie określonym w umowie spółki (statucie), a w enumeratywnie wskazanych przypadkach także w ustawie (np. zbycie przedsiębiorstwa spółki), dokonanie przez zarząd określonych czynności wymaga uzyskania zgody rady nadzorczej lub zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia).

Odpowiednie skonstruowanie katalogu czynności, dla których taka zgoda jest wymagana, w szczególności gdy jest ona udzielana na poziomie samych

wspólników (akcjonariuszy), pozwala tym ostatnim wywierać faktyczny wpływ na działania podejmowane przez zarząd. Należy jednak zwrócić uwagę, że jest to wpływ, który można określić mianem biernego. Możliwość wypowiedzenia się przez wspólników (akcjonariuszy) w danej sprawie pojawia się bowiem *de facto* dopiero w przypadku, gdy zarząd postanawia danej czynności dokonać i zwraca się o wyrażenie zgody na jej dokonanie.

Nie jest to więc narzędzie pozwalające wspólnikom (akcjonariuszom) narzucić zarządowi swoją wolę i wskazać czynności, które ten winien wykonać.

Ponadto, jak wskazuje się w literaturze, zakres spraw wymagających zgody rady nadzorczej lub wspólników (akcjonariuszy) nie może być zbyt szeroki. Nie mogą więc być nim objęte drobne czynności z zakresu bieżącej działalności spółki. Mogłoby to bowiem doprowadzić do paraliżu funkcjonowania zarządu (a pośrednio także samej spółki) oraz sprowadzić zarząd do roli czysto marionetkowej i pozornej.

Wreszcie, z zastrzeżeniem spraw, dla których zgoda wewnętrzna jest wymagana z mocy samej ustawy, naruszenie przez zarząd zastrzeżonego jedynie w umowie spółki lub statucie obowiązku uzyskania zgody nie powoduje nieważności czynności zarządu (co jednak nie wyklucza odpowiedzialności wewnętrznej członków tego organu).

Wydawanie poleceń zarządowi: co wolno w spółce z o.o., to nie w spółce akcyjnej

Czy jednak możliwe jest czynne wywieranie przez wspólników (akcjonariuszy) wpływu na działanie zarządu, a więc wydawanie zarządowi poleceń, by zachował się w określony sposób?

Regulacja kodeksowa odnosząca się do spółki akcyjnej wprost przesądza o niedopuszczalności wydawania zarządowi wiążących poleceń (art. 375¹ k.s.h.). Z kolei analogiczny przepis dotyczący spółki z o.o. (art. 219 § 2 k.s.h.) takiego zakazu w odniesieniu do zgromadzenia wspólników nie zawiera.

Zasadniczej przyczyny takiego zróżnicowania szukać należy u podstaw konstrukcyjnych tych spółek.

Spółka z o.o. jest bowiem uznawana za swego rodzaju formę pośrednią między spółkami osobowymi a modelową konstrukcją spółki kapitałowej, jaką w polskim systemie jest spółka akcyjna. W przeciwieństwie do tej ostatniej, a na podobieństwo rozwiązań mających zastosowanie do spółek osobowych, wspólnikom spółki z o.o. przysługują

(w braku odmiennej regulacji w treści umowy spółki) daleko idące prawa osobistej kontroli w stosunku do spółki, w tym prawo żądania wyjaśnień od jej zarządu (art. 212 § 1 k.s.h.).

Zarówno w literaturze, jak i w orzecznictwie przyjmuje się (choć oczywiście niejednomyślnie), że ustawowa regulacja poddająca członków zarządu ograniczeniom ustanowionym w uchwałach wspólników (art. 207 k.s.h.) oznacza w praktyce, że w braku odmiennych postanowień umowy spółki ustanawiane przez wspólników ograniczenia mogą mieć zarówno postać zakazów, jak i nakazów (poleceń) lub określonych wymagań, które powinny być spełniane przy dokonywaniu czynności prawnych przez zarząd.

Nie każde polecenie jest wiążące dla zarządu

Przywołana już norma art. 201 § 1 k.s.h. statuująca domniemanie kompetencji zarządu w zakresie prowadzenia spraw spółki i jej reprezentowania wydaje się kluczowa dla oceny, czy dane polecenie wydane zarządowi przez zgromadzenie wspólników mieści się w dozwolonych przez ustawę granicach. Niewątpliwie wydawanie zarządowi poleceń odnoszących się do nadmiernie szerokiego spektrum spraw nie daje się pogodzić z istotą spółki kapitałowej, której spraw wspólnicy nie prowadzą.

Tym samym nie sposób przyjąć, że każde polecenie wydane zarządowi przez zgromadzenie wspólników będzie mieć dla zarządu charakter wiążący. Oczywiście w razie niewykonania takiego polecenia zarząd lub jego „krnąbrny” członek może zostać przez zgromadzenie wspólników odwołany w oparciu o ogólną kompetencję zgromadzenia w tym względzie (art. 203 § 1 k.s.h.).

Należy jednak postawić pytanie o konsekwencje naruszenia przez zarząd nałożonego nań przez zgromadzenie wspólników nakazu (polecenia) oraz o odpowiedzialność członków zarządu z tym związaną.

Wydaje się, że podstawowym kryterium przesądzającym o tym, czy zarządowi wolno odmówić wykonania polecenia wspólników, jest to, czy takie polecenie jest zgodne z prawem, umową spółki i dobrymi obyczajami. Jeśli w danych okolicznościach którekolwiek z kryteriów nie jest spełnione, zarząd jest nie tyle zwolniony z obowiązku stosowania się do polecenia, ile wręcz zobligowany do odmowy jego spełnienia. To samo dotyczy poleceń, których realizacja może prowadzić do naruszenia prawa.

Jeśli zgromadzenie wspólników podejmie sprzeczną z umową spółki, prawem lub dobrymi obyczajami

uchwałę nakładającą na zarząd określony obowiązek działania, zarząd powinien ponadto taką uchwałę zaskarżyć w trybie art. 249 § 1 lub 252 § 1 k.s.h. w celu usunięcia wątpliwości w zakresie jej legalności.

Jeśli efektem jest szkoda spółki

Najwięcej wątpliwości budzi w praktyce zakres odpowiedzialności członków zarządu za skutki działań podjętych w wykonaniu poleceń wydanych przez zgromadzenie wspólników i, odpowiednio, skutki niewykonania takich poleceń.

Na gruncie Kodeksu spółek handlowych członkowie zarządu ponoszą odpowiedzialność cywilną względem spółki za szkodę wyrządzoną spółce zawinionym działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub z umową spółki (art. 293 k.s.h.). Jeżeli więc członek zarządu wykona polecenie zgromadzenia wspólników (przy założeniu, że uchwała zgromadzenia nie kwalifikowała się do jej zaskarżenia we wspomnianym wcześniej trybie) i w następstwie tego spółka poniesie szkodę, to wydaje się, że jego działaniu nie sposób będzie przypisać winy, a tym samym brak będzie podstaw do dochodzenia przez spółkę naprawienia szkody przez takiego członka zarządu.

Odpowiednio więc odmowa wykonania polecenia, skutek której spółka poniosła szkodę, może być (w przywołanych okolicznościach) uznana za zawinione działanie członka zarządu i stanowić podstawę jego odpowiedzialności.

Jedynie na marginesie należy zauważyć, że brak jest podstaw do przyjęcia, że zastosowanie się przez członka zarządu do polecenia wydanego mu przez zgromadzenie wspólników (o ile jest ono zgodne z powyższymi wymogami) zwalnia tego członka z odpowiedzialności względem wierzycieli spółki w trybie art. 299 k.s.h. (tj. odpowiedzialności na wypadek bezskuteczności egzekucji prowadzonej z majątku spółki). Ten ostatni przepis ma bowiem charakter bezwzględnie obowiązujący i nie może być pozbawiony skuteczności decyzją wspólników, w tym decyzją mającą postać uchwały-polecenia dla członków zarządu.

Wniosek: można wiele, byle z umiarem

Podsumowując powyższe rozważania, można przyjąć, że w szczególności w spółce z o.o. możliwość wpływania wspólników na prowadzenie spraw spółki jest dość znaczna. Jest to o tyle istotne, że to ten rodzaj spółki jest najczęściej spotykanym w obrocie instrumentem prowadzenia

działalności w ramach tzw. zgrupowań przedsiębiorstw (np. holdingów). Struktury takie tworzone są bowiem w celu realizowania przez poszczególne podmioty zależne zadań stawianych przed nimi przez podmiot dominujący. Zarazem odrębność prawna (i odrębna osobowość prawna) poszczególnych spółek-córek jest w takich strukturach nie

tylko celem samym w sobie, ale środkiem służącym realizacji określonego zamierzenia.

Pamiętać jednak należy, że nadmierne liberalne podejście do kwestii wpływu wspólników może prowadzić do wypaczania idei spółki jako osoby prawnej, a tym samym rodzić ryzyko uznania takiego wpływu za niedozwolone nadużycie prawa.

Maciej Szewczyk, radca prawny, praktyka transakcyjna

Anna Dąbrowska, radca prawny, jest partnerem w praktyce transakcyjnej

Izabela Zielińska-Barłózek, radca prawny, jest wspólnikiem współodpowiedzialnym za praktykę transakcyjną

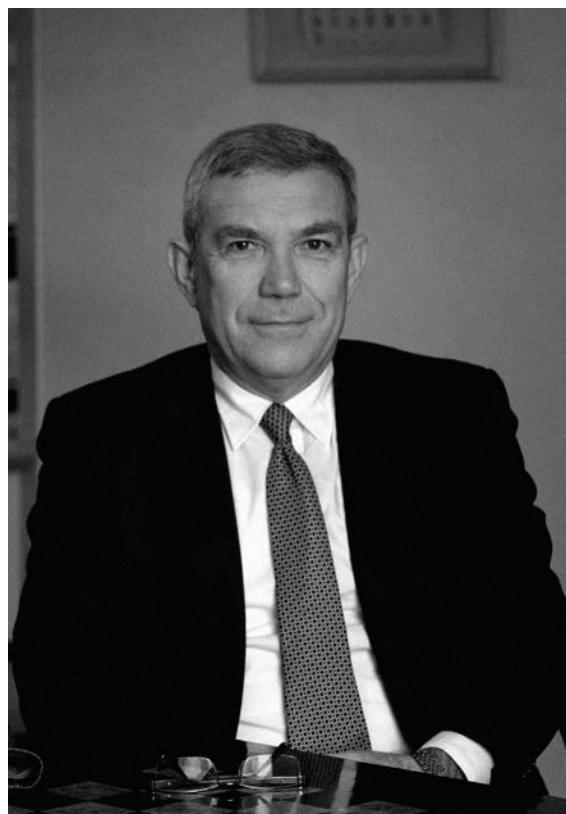
Dostęp do drogi publicznej wcale nie tak oczywisty

Iwona Kasperek



Chyba nikogo nie trzeba przekonywać, jak istotne znaczenie ma dostęp do drogi. Nieruchomość bez właściwego połączenia drogowego, choćby miała wszelkie inne walory, może być dla inwestora bezużyteczna. Droga to możliwość komunikacji i transportu. Najlepiej, żeby mógł z niej korzystać każdy, bez ryzyka, że właściciel w pewnym momencie zagrozi drogę bądź w inny sposób uniemożliwi korzystanie z niej. Takim kryteriom odpowiada droga publiczna.

Tomasz Zasacki



Tylko swobodny i wygodny dostęp do drogi publicznej daje inwestorowi gwarancję prawidłowego zagospodarowania nieruchomości i korzystania z tej nieruchomości.

Dostęp do drogi publicznej determinuje możliwość realizacji inwestycji nie tylko pod względem faktycznym. Obowiązek dostępu do drogi publicznej wynika również z przepisów prawa regulujących proces inwestycyjny.

Lokalizacja inwestycji w przypadku braku miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego następuje w drodze decyzji ustalającej warunki zabudowy. Zgodnie z art. 61 ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym jednym z warunków wydania takiej decyzji jest właśnie dostęp do drogi publicznej.

Na etapie nabywania nieruchomości możemy mieć do czynienia z koniecznością podziału nieruchomości w celu wydzielenia terenu pod inwestycję. Stosownie do art. 93 ust. 3 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami podział nieruchomości nie jest dopuszczalny, jeżeli projektowane do wydzielenia działki gruntu nie mają dostępu do drogi publicznej.

W świetle przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane przy projektowaniu obiektu budowlanego należy uwzględnić dostęp do dróg publicznych nie tylko inwestora, ale także osób trzecich. Obiekty budowlane należy projektować tak, aby osoby trzecie nie zostały pozbawione dostępu do drogi publicznej.

Projekt budowlany powinien zawierać m.in. oświadczenie właściciela zarządcy drogi o możliwości połączenia działki z drogą publiczną zgodnie z przepisami o drogach publicznych.

Należy przy tym zaznaczyć, że na mocy art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych budowa lub przebudowa dróg publicznych spowodowana inwestycją niedrogową należy do inwestora tego przedsięwzięcia.

Co to jest droga publiczna

Definicja drogi publicznej zawarta jest w ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych. Drogą publiczną jest droga zaliczona do jednej z podanych w ustawie kategorii dróg, z której może korzystać każdy, zgodnie z jej przeznaczeniem, z ograniczeniami i wyjątkami określonymi w tej ustawie lub innych przepisach szczególnych.

Drogi krajowe stanowią własność Skarbu Państwa.

Drogi wojewódzkie, powiatowe i gminne stanowią własność właściwego samorządu województwa, powiatu lub gminy.

Ustawa o drogach publicznych ustala, że zaliczenie danej drogi do określonej kategorii dróg następuje na podstawie rozporządzenia ministra właściwego do spraw transportu (w przypadku dróg krajowych) oraz uchwał organów właściwych jednostek samorządu terytorialnego.

Drogi, drogi rowerowe, parkingi oraz place przeznaczone do ruchu pojazdów, niezaliczone do żadnej z kategorii dróg publicznych i niezlokalizowane w pasie drogowym tych dróg, są drogami wewnętrznymi.

W związku z powyższym nie każda droga spełniająca funkcję ciągu komunikacyjnego może być uznana za

drogą publiczną. By zyskała taki status, musi zostać zaliczona w trybie przewidzianym w ustawie o drogach publicznych do jednej z kategorii dróg. Musi też być możliwe powszechne z niej korzystanie.

W naszej praktyce niejednokrotnie mieliśmy do czynienia z drogami, które pod względem technicznym odpowiadały wymogom dla określonych kategorii dróg. Drogi te spełniały też warunek powszechnej dostępności, bo stanowiły własność określonych gmin, ale, wobec braku stosownej uchwały, nie należały do dróg publicznych.

Trzeba pamiętać, że na terenie miast często stosuje się praktykę uznawania dróg wewnętrznych za ulice i nadawania im nazw. W Warszawie na przykład drogami wewnętrznymi są: ulica Włodarzewska w dzielnicy Włochy (na pewnym odcinku), ulica Marii Rodziewiczówny na Pradze czy ulica Szwarc-Bronikowskiego w dzielnicy Ursynów.

Jak ustalić, czy droga jest drogą publiczną

Teoretycznie do ustalenia statusu drogi powinny wystarczyć dane z ewidencji gruntów i budynków. Ewidencja gruntów i budynków obejmuje m.in. informacje dotyczące gruntów: ich położenia, granic, powierzchni, rodzajów użytków gruntowych oraz ich klas bonitacyjnych, oznaczenia ksiąg wieczystych itp.

Mapa ewidencyjna pozwala na ustalenie położenia, granic, rodzajów użytków gruntowych leżących w granicach nieruchomości oraz numerów działek ewidencyjnych. Z kolei rejestr gruntów, będący częścią opisową ewidencji gruntów, powinien zawierać informację, czy dana działka jest drogą publiczną. Powinna być podana kategoria drogi i jej numer.

Wyjaśniamy, że brak wpisów w odpowiednich rubrykach rejestru gruntów nie oznacza automatycznie, że badana droga jest drogą wewnętrzną, a nie publiczną. Rejestry gruntów w tym zakresie nie zawsze są aktualizowane.

Jeżeli z jakichkolwiek przyczyn nie mamy dostępu do ewidencji gruntów i budynków, dane zamieszczone na mapie ewidencyjnej możemy ustalić na podstawie dostępnych w internecie opracowań geodezyjnych i kartograficznych, takich jak ortofotomapa, zdjęcia satelitarne, mapy topograficzne itp.

Gdy nie można skorzystać z ewidencji gruntów i budynków bądź chcemy dane ewidencyjne zweryfikować, status drogi można ustalić na podstawie prawa dostępu do informacji publicznej. W tym celu należy wystąpić do właściwego zarządcy dróg

publicznych (właściwej jednostki samorządu terytorialnego, ministra bądź jednostek organizacyjnych powołanych do zarządzania drogami, takich jak Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie czy Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad). W ustaleniu właściwego zarządcy pomocne będą informacje ze stron internetowych właściwych jednostek oraz publikowane w internetowych serwisach prawnych akty prawne (rozporządzenia, uchwały) publikowane w dziennikach urzędowych (dzienniki ustaw, wojewódzkie dzienniki urzędowe).

Zapewnienie dostępu do drogi publicznej

Nieruchomość, która bezpośrednio przylega do drogi publicznej, w sensie prawnym ma zapewniony dostęp do tej drogi publicznej. Nie jest to jednak równoznaczne z możliwością bezpośredniego skomunikowania inwestycji z tą właśnie drogą. Na inwestorze ciąży obowiązek uzgadniania lokalizacji wjazdu/wyjazdu z nieruchomości z zarządcą drogi. W wyniku uzgodnień może okazać się, że teoretycznie atrakcyjna nieruchomość w rzeczywistości ma więcej wad niż zalet.

Posłużyć się tu można przykładami stacji benzynowej przy drodze krajowej na terenie praktycznie niezabudowanym. Wydawać by się mogło, że lokalizacja jest idealna. Jednak w związku z planowaną rozbudową drogi i koniecznością ochrony środowiska na dość długim odcinku drogi zainstalowano ekrany akustyczne, które odgrodziły stację od pasów ruchu. Połącznie z drogą krajową istniało, ale dojazd nie był bezpośredni, wymagał korzystania z dróg lokalnych o długości kilku kilometrów. Usytuowanie stacji benzynowej w takim miejscu utraciło sens.

Kolejny przypadek dotyczy realizacji osiedla mieszkaniowego. Planowana zabudowa była zgodna z miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego. Obszar inwestycji przylegał do drogi publicznej. Okazało się jednak, że przygotowana przez dewelopera koncepcja zagospodarowania terenu zakładała, że wjazd na osiedle nastąpi w miej-

scu, w którym miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego przewidywał przystanek autobusowy. Zarządca drogi nie uzgodnił oczywiście projektu. Deweloper musiał zmienić usytuowanie i zmniejszyć liczbę budynków, co zmniejszyło też zakładany zysk ze sprzedaży mieszkań.

Podkreślić należy, że brak bezpośredniego sąsiedztwa z drogą publiczną nie wyklucza posiadania bezpośredniego dostępu do takiej drogi. W obowiązujących przepisach przewidziano, że, w przypadku braku bezpośredniego dostępu do drogi publicznej, za dostęp do drogi publicznej uważa się również wydzielenie drogi wewnętrznej wraz z ustanowieniem na tej drodze odpowiednich służebności dla wydzielonych działek gruntu albo ustanowienie dla tych działek innych służebności drogowych, jeżeli nie ma możliwości wydzielenia drogi wewnętrznej.

W praktyce spotyka się nie tylko ustanawianie służebności, ale też zawieranie umów najmu czy innych umów o podobnym charakterze. Kolejny problem to przekonanie właściciela, by obciążyć swoją nieruchomość służebnością.

Jeśli właściciel nie zgodzi się na ustanowienie służebności, pozostaje droga sądowa.

Szczególnym rodzajem właścicieli są Skarb Państwa i jednostki samorządu terytorialnego. Do obciążenia takich nieruchomości służebnością wymagane jest zarządzenie wojewody bądź uchwała właściwej rady. Projekt uchwały przygotowują urzędnicy, drobiazgowo badając nieruchomość, która ma być obciążona. Działania te są przeważnie długotrwałe, chyba że potencjalny inwestor jest dla danej miejscowości atrakcyjny, bo np. zatrudni pracowników czy zaspokoi inne potrzeby lokalnej społeczności. Wówczas władze zwykle działają sprawniej.

Zasygnalizowane problemy wskazują, jak istotne jest badanie techniczne nieruchomości, które pozwala zidentyfikować potencjalne problemy z dostępem do drogi publicznej jeszcze przed transakcją. Nie zawsze bowiem to, co się wydaje oczywiste na pierwszy rzut oka, odpowiada rzeczywistości.

Iwona Kasperek, specjalista ds. nieruchomości i zagospodarowania przestrzennego, praktyka nieruchomości i inwestycji budowlanych

Tomasz Zasacki, adwokat, starszy doradca, praktyka nieruchomości i inwestycji budowlanych

Nowe podejście do kryterium cenowego

Anna Prigan

Znowelizowane Prawo zamówień publicznych zobowiązuje zamawiających do stosowania także pozacenowych kryteriów oceny ofert. Po pierwsze jednak taka możliwość istniała już pod rządami ustawy z 2004 r., a po drugie prawna zachęta może nie wystarczyć, jeśli nie pójdą za nią zmiany w praktyce.

Ustawa Prawo zamówień publicznych od samego początku obowiązywania, czyli od 2004 r., w art. 91 ust. 2 wskazywała, że możliwe są różne kryteria oceny ofert, a cena jest tylko jednym z nich (choć zastosowanie tego kryterium jest niezbędne). Oznacza to, że w realiach ustawy z 29 stycznia 2004 r., do dzisiaj wielokrotnie już nowelizowanej, instytucje zamawiające od samego początku miały możliwość stosowania ceny jako jednego z kilku kryteriów oceny ofert. Cena niekoniecznie musiała mieć przy tym najwyższą wagę: jej znaczenie przy ocenie ofert mogło być niższe niż znaczenie innych cech oferty. Jednak prawem prawem, a praktyką praktyką. Ta zaś pokazuje, że cena od zawsze jest ulubionym kryterium oceny ofert stosowanym przez zamawiających.

Jest tak z kilku powodów. Na pewno najłatwiej jest ocenić oferty, porównując ich ceny. Najłatwiej jest też przygotować postępowanie, nie analizując korzyści ofert pod innymi względami niż tylko cena. Poza tym zamawiający rozliczani z oszczędnego wydatkowania środków publicznych, wybierając najtańszą ofertę, najłatwiej mogli wykazać instytucjom kontrolującym, że są gospodarni.

Trzeba więc przyznać, że realia nie zachęcały zamawiających do wyboru ścieżki trudniejszej, czyli wni-



kliwego przygotowania się do postępowania i określenia takich kryteriów oceny ofert, które pozwoliłyby na wybór oferty najkorzystniejszej, a więc mającej najlepszy bilans ceny i kryteriów pozacenowych.

Po klęsce wielu projektów konstrukcyjnych realizowanych przed rokiem 2012, kiedy przed europejskimi mistrzostwami w piłce nożnej Polska była wielkim placem budowy, zarówno media, jak i doktryna huczały o konieczności rezygnacji z prymatu kryterium cenowego. Nie stało się to jednak wystarczającym bodźcem do zmiany niechlubnej praktyki wyboru ofert z zaniżoną ceną. Z tego względu psujący się rynek zamówień (szczególnie tych budowlanych) doczekał się interwencji ustawodawcy, który z mocą od 19 października 2014 r. zmienił zasady oceniania ofert pod kątem ich ceny.

Odejście od prymatu kryterium cenowego

Nowa regulacja nie zmieniła zasady, że kryterium oceny ofert jest cena lub cena łącznie z kryteriami pozacenowymi. Przykładowo wymienionymi kryteriami pozacenowymi, które należy stosować, są jakość, funkcjonalność czy parametry techniczne przedmiotu zamówienia, jego aspekty środowiskowe, społeczne i innowacyjne, kwestie związane z serwisem i terminem wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji.

Nowością jest natomiast wprowadzenie zasady, że kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert wyłącznie wówczas, gdy przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. Dodatkowo zamawiający będący jednostkami sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych bądź innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, jeśli chcą się posługiwać wyłącznie kryterium ceny, muszą wykazać w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Ograniczenie stosowania kryterium cenowego nie odnosi się do licytacji elektronicznej, gdzie ofertą najlepszą jest nadal oferta najtańsza.

Przekładając nowe regulacje na praktykę postępowań, można podsumować, że o ile przedmiot zamówienia nie jest powszechnie dostępny i nie ma ustalonych standardów jakościowych, to zamawiający ma obowiązek zastosować co najmniej dwa kryteria oceny ofert: cenę oraz któreś z kryteriów pozacenowych.

Znaczenia pojęć „powszechnie dostępny” oraz „ustalone standardy jakościowe” należy poszukiwać w dotychczasowym orzecznictwie na gruncie trybu postępowania w formie zapytania o cenę, z zachowaniem odrębności charakterystyki tego niekonkurencyjnego trybu. Zapytanie o cenę można stosować wyłącznie w przypadku dostaw i usług, zaś omawiana zasada minimum dwóch kryteriów oceny ofert ma zasadniczo zastosowanie również do robót budowlanych. W praktyce jednak należy się spodziewać, że przy zamówieniach na roboty budowlane zamawiającym łatwiej będzie wprowadzić drugie kryterium oceny ofert, choćby o znaczeniu marginalnym, niż udowodnić instytucjom kontrolującym, że przedmiot

zamówienia jest powszechnie dostępny i ma ustalone cechy jakościowe.

Kolejną konsekwencją wyłączenia zasady dwóch kryteriów dla nieskomplikowanych zamówień jest to, że zasada ta nie będzie mieć zastosowania w postępowaniach prowadzonych w trybie zapytania o cenę, bo jest to tryb przeznaczony dla prostych zamówień o ustalonych cechach jakościowych i dużej dostępności. Stosując zapytanie o cenę, zamawiający nie muszą zatem uzasadniać, czemu opierają się wyłącznie na kryterium ceny.

Cena nie jest najważniejsza, ale ma być tania

Obecne przepisy, wymuszając co prawda posłużenie się co najmniej dwoma kryteriami oceny ofert w zasadniczej liczbie przypadków, nie narzucają jednak zamawiającym wagi, którą należy przypisać kryterium dodatkowemu. Formalnie poprawne będzie zatem postępowanie, w którym cena odgrywa rolę zasadniczą (nawet 99% wagi), a kryterium pozacenowe jest wyłącznie „ozdobnikiem” o wadze 1%, niewpływającym zasadniczo na wynik postępowania. Inaczej może być jednak oceniony układ odwrotny (1% cena i 99% kryterium pozacenowe).

Pojawiające się przy okazji wejścia w życie nowelizacji opinie i komentarze, w tym opinia Urzędu Zamówień Publicznych, podkreślają, że zastosowanie kryteriów innych niż cena „nie powinno prowadzić do sytuacji, w której instytucje publiczne wydają więcej niż to konieczne środków publicznych, których nie mają w nadmiarze, płacąc za te właściwości przedmiotu zamówienia, których nie potrzebują”. Podejście takie, choć zasadniczo słuszne, będzie zniechęcać zamawiających do odważniejszego wartościowania ofert.

Osobiście jestem przeciwniczką znowelizowanego art. 91 p.z.p., chociaż równocześnie gorąco popieram stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert. Odejście od prymatu ceny jest w przypadku niektórych zamówień wręcz koniecznością. Skąd zatem niechęć do zasady dwóch kryteriów? Stąd, że zasadnicze czynniki blokujące bardziej kreatywne podejście do wyboru kryteriów oceny ofert są pozaprawne.

Prawo sobie, a praktyka sobie

Stosowanie więcej niż jednego kryterium oceny ofert jest możliwe już od 2004 r., a mimo to praktyka nie wykorzystywała tej możliwości. Zamawiający często deklarowali, że powstrzymuje ich skostniałe podejście instytucji kontrolujących. W obawie

o wyniki kontroli wolą opierać się na kryterium łatwo weryfikowalnym matematycznie, unikając w ten sposób posądzeń o stronniczość.

Jednak przypisywanie winy kontrolującym nie oddaje złożoności problemu. Cena niepodzielnie króluje w polskich przetargach także dlatego, że przygotowanie postępowania ze złożonym systemem oceny ofert jest trudniejsze: wymaga dobrego przygotowania postępowania, dogłębnej znajomości przedmiotu zamówienia, prawidłowego oszacowania jego wartości i zrozumienia, jakie jego cechy są obiektywnie najistotniejsze. Wprawdzie te postulaty powinno spełniać każde postępowanie, w którym wydawane są pieniądze publiczne, ale nie zawsze tak jest.

Wprowadzenie obowiązkowych kryteriów pozacenowych rodzi wątpliwości, czy ceny ofert nie poszybują w górę. Trzeba jednak podkreślić, że jedyną właściwą drogą, by rozwiać obawy o rozrzutne wydawanie środków publicznych, jest prawidłowe wdrożenie zasady efektywności. Aby uzyskać zamówienie najkorzystniejsze ekonomicznie, należy umiejętnie posługiwać się kryteriami oceny ofert: cena i jakość uzyskanego zamówienia muszą być zbalansowane. Nie da się tego efektu uzyskać ani ograniczając zamawiającym możliwość stosowania kryteriów pozacenowych, ani zmuszając ich do stosowania takich kryteriów.

Dla powodzenia nowej regulacji zasadnicze znaczenie będzie miało przede wszystkim wewnętrzne przekonanie zamawiających o słuszności stosowania kryteriów pozacenowych, a także ich umiejętność doboru właściwych kryteriów, które pozwolą uzyskać przedmiot zamówienia optymalny z punktu widzenia potrzeb zamawiającego.

Trzeba wspierać zamawiających

Nowe dyrektywy unijne, których implementacja jest w toku, postulują używanie przez zamawiających różnych kryteriów jakościowych. Ich katalog jest otwarty. Podkreśla się co prawda aspekty środowiskowe i społeczne, ale to oczywiste w świetle filarów budżetowania unijnego na lata 2014-2020.

Kładąc nacisk na różnorodność kryteriów oceny ofert, uwypukla się jednak wiodącą rolę ceny bądź efektywności kosztowej zamówienia. Te oczywiście słuszne postulaty, jeśli zostaną obudowane zniechęcającą wykładnią, mogą wstrzymywać zamawiających przed zmianą podejścia do kryteriów oceny ofert. Aby osiągnąć postęp w tej dziedzinie, trzeba wspierać zamawiających.

Nie da się osiągnąć efektywności w zamówieniach samym przepisem, bez równoczesnego promowania i wspierania dobrych praktyk, doszkalania zamawiających i uświadamiania im korzyści, jakie niesie stosowanie kryteriów pozacenowych. Istotnym postulatem jest również profesjonalizacja zamówień publicznych, czyli dążenie do tego, aby organizowanie postępowań było powierzone u zamawiających specjalistom w tej dziedzinie, wyszkolonym w efektywnym kształtowaniu warunków postępowania i doskonale zaznajomionym ze specyfiką danego przedmiotu zamówienia.

Istotną rolę w procesie dywersyfikacji kryteriów oceny ofert odegrają instytucje kontrolujące. To ich podejście w przeszłości hamowało stosowanie kryteriów pozacenowych i to one zadecydują o uznawaniu takich kryteriów w przyszłości. Na cenę oferty będą musiały spojrzeć szerzej: nie tylko pod względem korzyści, ale również kosztów, jakie będzie generować zamówienie, jeżeli cykl życia produktu jest krótki, serwis drogi i mało dostępny, a zastosowana technologia przestarzała bądź szkodliwa dla środowiska i społeczności. Uświadczenie takich aspektów zamówienia prowadzi do oczywistego wniosku, że w ujęciu długoterminowym oferta z najniższą ceną może nie być najtańsza.

Omawiana nowelizacja niesie ze sobą spore możliwości. Miejmy nadzieję, że za dobrą intencją nowej regulacji podąży praktyka. Zamawiający powinni czuć się wolni w doborze kryteriów oceny ofert, jeżeli tylko stosują kryteria obiektywne, odnoszące się do przedmiotu zamówienia, nie naruszające konkurencji oraz prowadzące do wyboru najkorzystniejszej ekonomicznie oferty.

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

Sportowiec rozliczany jak przedsiębiorca?

Kazimierz Romaniec

Rok 2014 przyniósł niespodziewaną zmianę w jednolitym dotąd podejściu sądów i organów administracyjnych do opodatkowania dochodów z zawodowego uprawiania sportu. Dotychczas sądy administracyjne orzekały, że przychody takie należy kwalifikować wyłącznie jako przychody z działalności wykonywanej osobiście. Minister Finansów stwierdził jednak, że można je też zaliczyć do przychodów z działalności gospodarczej.

W interpretacji ogólnej z 22 maja 2014 r. Minister Finansów stwierdził, że podatnik uzyskujący przychody z działalności wykonywanej osobiście z tytułów wymienionych w art. 13 pkt 2-8 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych („pdof”) może dla celów podatku dochodowego zaliczyć je do działalności gospodarczej, o ile zostały uzyskane w warunkach odpowiadających definicji działalności gospodarczej z art. 5a pkt 6 ustawy o pdof, i jednocześnie nie zachodzą łącznie przesłanki negatywne, o których mowa w art. 5b ust. 1 ustawy o pdof.

Jeżeli zatem zawodowy sportowiec świadczy na rzecz klubu sportowego usługi polegające na uprawianiu sportu za wynagrodzeniem, to przychody z tej działalności będą opodatkowane stawką podatku w wysokości 19%, jeżeli działalność ta:

- jest prowadzona we własnym imieniu bez względu na jej rezultat,
- jest prowadzona w sposób zorganizowany i ciągły,
- uzyskane z niej przychody nie są zaliczane do innych przychodów ze źródeł wymienionych w art. 10 ust. 1 pkt 1, 2 i 4-9 ustawy o pdof,



- spełnia przynajmniej jeden z poniższych trzech warunków:
 - zakłada odpowiedzialność zleceniobiorcy wobec osób trzecich za rezultat tych czynności,
 - czynności nie są wykonywane pod kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonych przez zlecającego te czynności,
 - wykonujący te czynności ponosi ryzyko gospodarcze związane z prowadzoną działalnością.

Powyższy pogląd został podtrzymany w interpretacji wydanej dla klubu piłkarskiego Lechia Gdańsk w odniesieniu do piłkarzy świadczących usługi polegające na profesjonalnym uprawianiu sportu

i trenerów świadczących usługi szkolenia piłkarzy na rzecz profesjonalnego klubu piłkarskiego.

Przedsiębiorczy żuźlowiec

Powyższe stanowisko jest pokłosiem głośniejszej sprawy byłego indywidualnego Mistrza Polski w motocyklowych wyścigach na żuźlu, któremu NSA odmówił prawa zaliczenia przychodów z zawodowego uprawiania sportu, traktowanego jako działalność wykonywana osobiście, do przychodów z prowadzonej przez niego działalności gospodarczej.

Podatnik zawodowo uprawiający wyścigi motocyklowe na żuźlu przypisał dochody z uczestnictwa w zawodach oraz prowadzonego przez siebie zorganizowanego zespołu żuźlowego do przychodów z działalności gospodarczej. Jego osobista działalność polegała bowiem nie tylko na uprawianiu sportu, ale też na organizowaniu działalności sportowej zespołu żuźlowego w ramach prowadzonego przez siebie przedsiębiorstwa, zarejestrowanego w ewidencji działalności gospodarczej.

Podatnik prowadził działalność na własny rachunek i we własnym imieniu, ponosząc wyłączną odpowiedzialność za jej wyniki. W zakresie tej odpowiedzialności mieściła się przede wszystkim odpowiedzialność cywilna wobec osób trzecich. Podatnik samodzielnie decydował o sposobie, terminie i okolicznościach wykonywanych usług. Świadczył usługi dla więcej niż jednego klubu, dla którego wykonywał działalność gospodarczą. Swoją działalność prowadził w sposób zorganizowany i ciągły, charakteryzowała się ona stałością i powtarzalnością przy zmiennych warunkach jej wykonywania. Cel jej prowadzenia był zarobkowy, przy czym stale występował element koniecznego pośredniczenia innych osób przy realizacji usług.

Działalność wykonywana osobiście oraz działalność gospodarcza stanowią odrębne źródła przychodów. W efekcie do dochodów z nich uzyskiwanych mają zastosowanie różne zasady opodatkowania. Ustawa enumeratywnie wskazuje rodzaje przychodów, które są uważane za pochodzące z działalności wykonywanej osobiście. Są to także przychody z uprawiania sportu, stypendiów sportowych czy przychody sędziów z tytułu prowadzenia zawodów sportowych.

W analizowanej sprawie przedmiotem wątpliwości była kwalifikacja przychodów do właściwego źródła w sytuacji, gdy przychody uzyskiwane przez podatnika są wymienione w katalogu przychodów z działalności wykonywanej osobiście, a jednocze-

śnie działalność podatnika spełnia warunki określone w definicji działalności gospodarczej.

Wbrew dotychczasowym interpretacjom i orzeczeniom

Wskazane powyżej interpretacje (majowa interpretacja ogólna i interpretacja dla Lechii Gdańsk) stoją w sprzeczności z jednolitym dotąd orzecznictwem sądów administracyjnych, które stwierdzały, że przychody z tytułu uprawiania sportu należy kwalifikować wyłącznie do przychodów z działalności wykonywanej osobiście. Sądy administracyjne akcentują przede wszystkim literalne brzmienie definicji działalności gospodarczej. W ich ocenie z przychodem z działalności gospodarczej mamy do czynienia w przypadku, kiedy przychód ten nie może zostać zaliczony do innych źródeł przychodów wymienionych w ustawie o pdof. Skoro zatem ustawa o pdof w art. 13 pkt 2 wymienia przychody z uprawiania sportu jako przychody z działalności wykonywanej osobiście, to nie mogą być one zaliczone do przychodów z działalności gospodarczej.

Minister Finansów zauważył, że „sądy administracyjne nie zawsze są konsekwentne, jeżeli chodzi o wykładnię definicji działalności gospodarczej dla celów podatku dochodowego. O ile bowiem w przypadku działalności sportowej wyinterpretowały z przepisów art. 5a pkt 6 i art. 13 pkt 2 ustawy PIT bezwzględną normę prawną wykluczającą możliwość zaliczenia przychodów z uprawiania sportu do działalności gospodarczej, to w przypadku innych grup zawodowych, osiągających przychody wymienione również w katalogu przychodów z działalności wykonywanej osobiście, nie stosują stricte językowej wykładni tych przepisów”.

Minister Finansów odwołał się do orzecznictwa sądów administracyjnych dotyczącego kwalifikacji dla celów podatku dochodowego przychodów pełnomocników świadczących obronę z urzędu oraz przychodów sędziów z tytułu prowadzenia zawodów sportowych, które „również wymienione są w katalogu przychodów z działalności wykonywanej osobiście, tak jak przychody z uprawiania sportu, a mimo to w wyrokach sądów administracyjnych prezentowany jest pogląd, że takie przychody mogą być zakwalifikowane do źródła – działalność gospodarcza, jeżeli uzyskiwane są w ramach działalności gospodarczej”.

Podstawy takiej interpretacji można znaleźć także w treści ustawy o pdof, która stanowi, że:

- przepis odnoszący się do działalności wyko-

nywanej osobiście nie dotyczy przychodów uzyskanych z tytułu wykonywania usług na podstawie umowy zlecenia lub umowy o dzieło, zawieranych w ramach prowadzonej przez podatnika działalności gospodarczej;

- spośród przychodów uzyskanych na podstawie tytułów wskazanych w art. 13 pkt 2-8 ustawy o pdof tylko przychody uzyskane na podstawie umów o zarządzanie przedsiębiorstwem, kontraktów menedżerskich lub umów o podobnym charakterze zawsze będą kwalifikowane jako uzyskiwane w ramach działalności wykonywanej osobiście, nawet jeżeli umowy te są zawierane w ramach prowadzonej przez podatnika działalności gospodarczej;
- płatnicy nie są obowiązani do poboru zaliczek od należności z tytułów, o których mowa w art. 13 pkt 2 i pkt 8, jeżeli podatnik złoży oświadczenie, że wykonywane przez niego usługi wchodzą w zakres prowadzonej działalności gospodarczej.

Moc wiążąca interpretacji ogólnej

Interpretacje ogólne nie działają wstecz i nie są wiążące. Zarówno podatników, jak i organy podatkowe lub organy kontroli skarbowej wiążą wyłącznie ustawy, nie zaś ich interpretacje. Publikacja interpretacji ogólnych ma jednak znaczenie dla określenia skutków zastosowania się do nich przed ich zmianą oraz wtedy, gdy nie zostaną one uwzględnione w rozstrzygnięciu sprawy podatkowej.

Zastosowanie się do interpretacji ogólnej przed jej zmianą nie może szkodzić temu, kto się do niej zastosował. Nieuwzględnienie przez organ interpretacji ogólnej w rozstrzygnięciu sprawy podatkowej powoduje, że adresat rozstrzygnięcia jest objęty ochroną. Odnosi się ona jednak tylko do sytuacji, gdy nie jest on zadowolony z rozstrzygnięcia i powołuje się na interpretację ogólną nieuwzględnioną przez ten organ w jego sprawie.

Interpretacje ogólne nie wiążą sądów i trybunałów, lecz w zakresie opisanym powyżej dotyczą tylko publicznej administracji finansowej. Sąd administracyjny – w przeciwieństwie do wydających indywidualne interpretacje organów podatkowych – nie jest związany ogólną interpretacją Ministra Finansów opublikowaną w Dzienniku Urzędowym Ministerstwa Finansów. Jest to szczególnie ważne

w sytuacji sprzeczności interpretacji ogólnej z wyrokiem NSA, jak to miało miejsce w sprawie żuźłowca.

Z perspektywy podatnika/płatnika istotne jest to, że przyjmując wykładnię prawa zaprezentowaną w interpretacji ogólnej Ministra Finansów, działa on zgodnie z zasadą zaufania do organów państwa, wyprowadzoną przez Trybunał Konstytucyjny z zasady państwa prawnego (z kolei Ordynacja podatkowa odsyła do zasady zaufania do organu podatkowego).

Niezastosowanie się przez organ podatkowy do urzędowej wykładni prawa dokonanej przez Ministra Finansów oznacza rażące naruszenie zasady prowadzenia postępowania podatkowego w sposób budzący zaufanie obywatela do prawa i organów podatkowych, co z kolei stanowi podstawę do wszczęcia przez podatnika postępowania odwoławczego, które w takim przypadku ma duże szanse powodzenia.

Co dalej?

Wskazane interpretacje mogą okazać się przełomowe dla branży sportowej. Minister, uznając, że przychody z tytułów wymienionych w art. 13 pkt 2-8 ustawy o pdof mogą być zaliczone do działalności gospodarczej, jeśli uzyskane zostały w warunkach odpowiadających definicji działalności gospodarczej, dał sportowcom, sędziom sportowym, trenerom, a także m.in. artystom, literatom i dziennikarzom możliwość opodatkowania dochodów podatkiem liniowym. W praktyce oznacza to, że podatnicy ci mogą płacić nie 32%, a 19% podatku.

Interpretacja wyraźnie podkreśla, że nie ma uzasadnienia dla odmiennej wykładni tych samych przepisów wobec różnych grup zawodowych. Należy jednak podkreślić, że skorzystanie z możliwości stworzonej przez wydaną interpretację będzie zależało od konsekwentnego wypełnienia warunków w niej postawionych. Na ile będzie to możliwe w ramach zasad, w których funkcjonują podmioty branży sportowej, pokaże nieodległa przyszłość. Nie bez znaczenia jest tu też sprzeczność interpretacji ogólnej z niedawnym orzeczeniem NSA w sprawie żuźłowca.

Na pewno szczególnie istotne jest zakończenie swoistej dyskryminacji pewnej grupy podatników z powodu wykonywania przez nich zawodu sportowca, który w dzisiejszym świecie spełnia te same funkcje społeczne co artysta czy rzemieślnik.

Nowa era polskiego węgla?

Radostław Wasiak

Przedstawiony przez Ministra Gospodarki projekt „Polityki Energetycznej Polski do 2050 r.” wskazuje, że czarne złoto pozostanie podstawowym surowcem energetycznym w Polsce. Sprzyjać mają temu również ustalenia unijnej polityki klimatyczno-energetycznej na lata 2020-2030. Uwarunkowania ekonomiczne, technologiczne i prawne każą się jednak zastanowić, czy w polskich instalacjach spalany będzie polski węgiel.

Prawo energetyczne nakłada na Ministra Gospodarki szereg obowiązków związanych ze sprawowaną przez niego funkcją naczelnego organu administracji rządowej w sprawach polityki energetycznej. Jednym z tych obowiązków jest opracowanie zatwierdzanej następnie przez Radę Ministrów polityki energetycznej kraju. Jej celem jest zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego kraju, wzrostu konkurencyjności gospodarki i jej efektywności energetycznej przy jednoczesnym zadbaniu o środowisko. Taki programowy dokument rozwoju polskiej energetyki jest opracowywany co cztery lata i powinien zawierać między innymi prognozę rozwoju na okres nie krótszy niż 20 lat.

W 2014 r. Minister Gospodarki przedstawił do konsultacji społecznych dokument pod nazwą „Polityka Energetyczna Polski do 2050 r.”. Jednym z priorytetowych celów nowej długofalowej polityki państwa w zakresie energetyki będzie dążenie do niezależności energetycznej poprzez efektywne zagospodarowanie rodzimych zasobów paliw stałych. Lokalnym złożom węgla kamiennego oraz węgla brunatnego przypisuje się charakter stabilizatorów bezpieczeństwa energetycznego.



Minister Gospodarki zakłada, że w długookresowej perspektywie polska energetyka rozwijać się będzie według scenariusza określonego mianem zrównoważonego. Zakłada on między innymi utrzymanie znaczącego udziału paliw stałych w strukturze surowcowej bilansu energetycznego Polski. Udział ten będzie musiał się zmniejszyć m.in. w związku ze wzrostem liczby instalowanych odnawialnych źródeł energii (w tym prosumenckich) subsydiowanych przez państwowe mechanizmy wsparcia, rozwojem infrastruktury służącej dostarczaniu gazu ziemnego z zagranicy (interkonektory oraz terminal LNG w Świnoujściu), a także planowanym wprowadzeniem do bilansu energetycznego energii jądrowej z planowanych instalacji o łącznej mocy 6000 MW. Niezależnie od oczekiwanego wzrostu ilości energii wytwarzanej z konkurencyjnych

surowców i źródeł, zakłada się, że węgiel na długie lata utrzyma pozycję dominującą w krajowym systemie energetycznym.

Plany przedstawione przez Ministra Gospodarki powinny pozytywnie wpłynąć na polski sektor węglowy. Zasoby węgla kamiennego w Polsce szacuje się na 66 mld ton. Są one zlokalizowane głównie w dwóch obszarach – w Górnośląskim i Lubelskim Zagłębiu Węglowym. Z uwagi na charakterystykę geologiczną złóż szczególnie obiecująca wydaje się obecnie eksploatacja i rozwój nowych zakładów górniczych w województwie lubelskim. Zlokalizowane tam złoża są położone relatywnie płytko. Ponadto znajdują się one na terenach niezurbanizowanych, co nie naraża inwestycji na dodatkowe koszty związane chociażby ze szkodami górniczymi szczególnie dotkliwymi w gęsto zabudowanych i zamieszkałych obszarach.

Zastanawiając się nad perspektywami rozwoju polskiego sektora energetycznego opartego na krajowych surowcach, nie sposób pominąć szeregu ryzyk, które mogą negatywnie wpłynąć na perspektywę eksploatacji węgla kamiennego w Polsce.

Polityka klimatyczna Unii Europejskiej

Jednym z głównych wyzwań dla polskiej energetyki (a więc i sektora wydobywczego) jest dostosowanie się do wymagań klimatycznych stawianych przez Unię Europejską. Dotyczą one w szczególności redukcji emisji dwutlenku węgla i innych szkodliwych substancji do atmosfery.

W październiku 2014 r. Unia Europejska zobowiązała się do dalszej redukcji emisji gazów cieplarnianych w porównaniu do stanu z 1990 r. o co najmniej 40% do 2030 r. Przyjęty cel niewątpliwie wpłynie na sytuację krajowego sektora energetycznego. Konieczność zmniejszenia emisji wiązać się bowiem musi z ograniczeniem wykorzystania węgla kamiennego.

Aby ograniczyć potencjalnie negatywne skutki dla krajowej gospodarki, przedstawiciele polskiego rządu zabiegali o uzyskanie dodatkowych przywilejów dla polskich przedsiębiorstw energetycznych. Jednym z nich jest przedłużenie obowiązywania systemu bezpłatnych uprawnień do emisji do 2030 r. Dotychczas obowiązujący system miał wygasać w 2019 r. Dodatkowo polskie przedsiębiorstwa mogą uzyskać dostęp do środków pochodzących ze sprzedaży uprawnień do emisji i zgromadzonych na tzw. rezerwie modernizacyjnej. Może to oznaczać dodatkowe 7,5 mld zł na realizację inwestycji w zakresie modernizacji źró-

deł wytwórczych. Powyższe ustalenia w zakresie przywilejów dla polskich przedsiębiorstw są jednak nadal niejasne. Nie wiadomo np., jakie podmioty będą mogły z nich skorzystać – czy tylko wytwórcy energii elektrycznej, czy też inni przedsiębiorcy. Wskazuje się również, że możliwa dodatkowa kwota na modernizację jest znikoma w porównaniu z kosztami realizacji inwestycji w energetyce.

Nowe inwestycje oraz technologie

Oparcie polskiej energetyki o węgiel wymagać będzie w najbliższych latach szeregu inwestycji mających na celu wybudowanie nowych lub zmodernizowanie już istniejących bloków węglowych. Nie jest to jednak podyktowane jedynie wymaganiami wspólnotowymi w zakresie ograniczeń emisji gazów cieplarnianych. Istotnym czynnikiem jest bowiem wiek aktualnie funkcjonujących źródeł wytwórczych. Blisko połowa z nich została wybudowana przed przeszło 30 laty, a kolejne 25% działa od co najmniej 20 lat. Ponieważ przewidywany okres eksploatacji tych bloków wynosi około 40 lat, w ciągu najbliższych kilkunastu lat, wyłącznie w celu utrzymania obecnej wielkości mocy wytwórczych, konieczne będzie wybudowanie nowych źródeł o mocy co najmniej kilkunastu GW.

Znaczna część inwestycji w nowe moce wytwórcze jest już realizowana. Ciężar inwestycji został przejęty przez największe polskie przedsiębiorstwa energetyczne, których większościowym udziałowcem pozostaje Skarb Państwa. Do największych trwających inwestycji zaliczyć można m.in. budowę nowych bloków węglowych w Kozienicach (1075 MW), Jaworznie (910 MW) i w Opolu (dwie jednostki węglowe o mocy 900 MW każda). W najbliższych latach spodziewać się można rozpoczęcia kolejnych inwestycji, w tym realizowanych przez inwestorów prywatnych, a także przy współudziale spółek węglowych. Jako przykład takiej perspektywicznej inwestycji wskazać można budowę Elektrowni Czeczot w miejscowości Wola (1000 MW), która ma być realizowana przy współudziale Kompanii Węglowej.

Nowo powstające bloki węglowe w polskich elektrowniach powinny ograniczyć emisję CO₂ o co najmniej 20%. Do dalszego ograniczenia emisji gazów cieplarnianych, charakterystycznej dla produkcji energii z węgla kamiennego, przyczynić powinien się rozwój nowych technologii w spalaniu tego paliwa określanych zbiorczo „technologiami czystego węgla”. Poza poprawą sprawności pro-

cesów przemiany energetycznej w procesie spalania węgla technologie te skupiają się również na rozwiązaniach mających na celu poprawę jakości samego paliwa węglowego (np. poprzez ograniczenie zawartości popiołu i siarki), a także na bezpośrednim usuwaniu zanieczyszczeń ze spalin. Do zwiększenia popytu na polski węgiel w dłuższej perspektywie przyczynić się może również rozwój takich technologii jak podziemne i naziemne zagazowywanie węgla, węglowe ogniwa paliwowe czy też technologie CCS (*Carbon Capture and Storage*) polegające na wychwytywaniu CO₂ ze spalin.

Ochrona krajowych producentów

Aby zakładany przez Ministra Gospodarki cel w postaci osiągnięcia przez Polskę samowystarczalności i bezpieczeństwa energetycznego w oparciu o wytwarzanie energii z węgla kamiennego mógł zostać zrealizowany, konieczne jest zagwarantowanie możliwości zaopatrzenia elektrowni w paliwo pochodzące z krajowych złóż. Zaprzestanie lub znaczące ograniczenie ich eksploatacji doprowadzić może do efektu przeciwnego od zakładanego przez twórców krajowej polityki energetycznej. Brak krajowego węgla może uzależnić polską energetykę od importu węgla z zagranicy.

Zastanawiając się nad perspektywami dalszego rozwoju tego sektora, nie można nie zwrócić uwagi na systematyczne zmniejszanie się ilości węgla kamiennego wydobywanego z krajowych złóż. W najłagodniejszym dotychczas 2011 r. polskie kopalnie wyprodukowały 76,4 mln ton węgla, a kolejne lata nie przyniosły zauważalnego wzrostu. W perspektywie 20 lat oznacza to dwukrotny spadek wielkości wydobycia. Równocześnie rośnie import węgla, głównie z Rosji, ale również z tak odległych krajów jak Australia. Odwrócenie tego trendu może być trudne i z pewnością będzie wymagało działań na różnych polach.

W 2014 r. podjęto szereg inicjatyw ustawodawczych mających służyć zwiększeniu konkurencyjności polskiego węgla na krajowym rynku. Pomijają one jednak najistotniejszy problem polskie-

go sektora węgla kamiennego, jakim są wysokie koszty eksploatacji polskich złóż, związane m.in. z kosztami pracy. Ochronie polskich wytwórców węgla kamiennego służyć ma natomiast nowelizacja ustawy o kontroli jakości paliw, która dotychczas dotyczyła wyłącznie paliw płynnych, a od listopada 2014 r. ma również być stosowana w odniesieniu do węgla kamiennego. Będzie on mógł być przedmiotem obrotu i spalania na krajowym rynku tylko jeżeli spełniać będzie odpowiednie warunki techniczne ustalane przez Ministra Gospodarki. Drugim rozwiązaniem mającym chronić krajowych producentów węgla mającą stać się koncesje na obrót węglem oraz na obrót węglem z zagranicą. Uzyskanie takiej koncesji wiązać się będzie z obowiązkiem uiszczenia wysokiego zabezpieczenia finansowego. Dodatkowo organ koncesyjny będzie mógł odmówić udzielenia koncesji w oparciu o przesłankę zagrożenia interesu i bezpieczeństwa państwa. Koncesjonowanie działalności na rynku obrotu węglem kamiennym doprowadzić ma do ograniczenia opłacalności importu węgla z zagranicy.

Zaproponowane rozwiązania mogą jednak okazać się przeciwnie skuteczne. Ekspert wskazuje bowiem, że parametry jakościowe importowanego do Polski węgla nie odbiegają od tych oferowanych przez polskich wytwórców. Z kolei koncesje na obrót węglem (o ile okażą się zgodne z prawem unijnym) mogą doprowadzić do wzrostu ceny surowca, a tym samym do wzrostu ceny energii z niego wytwarzanej. Nie pozostanie to bez wpływu na konkurencyjność sektora, który może wtedy zwrócić się w kierunku innych paliw, w szczególności coraz tańszego i łatwiej dostępnego gazu ziemnego.

Przed polską energetyką węglową stoją perspektywy dalszego stabilnego rozwoju. Liczba ryzyk i zagrożeń przed nią stojących jest jednak równa liczbie szans. Stabilny rozwój tego sektora zależeć będzie w znacznej mierze od możliwości zagwarantowania krajowych źródeł węgla po konkurencyjnej cenie.

Radosław Wasiak, adwokat, doradztwo dla sektora energetycznego

Konwersja wierzytelności na akcje dłużnika jako metoda restrukturyzacji

Piotr Wcisło



Krzysztof Libiszewski



Konwersja wierzytelności na akcje zadłużonej spółki przeznaczona do objęcia przez wierzycieli jest użyteczną metodą restrukturyzacji zadłużenia. Z tego powodu zyskuje ona coraz większe znaczenie w praktyce obrotu. Warto jednak pamiętać, że konwersja może być dokonywana w różny sposób i z uwzględnieniem różnych implikacji prawnych.

Konwersja wierzytelności na akcje dłużnika jest metodą restrukturyzacji zadłużenia, która ma niejednorodny charakter. Wyróżnić można konwersję

następującą automatycznie na mocy przepisów samego prawa po spełnieniu się określonych przesłanek, konwersję dokonywaną na podstawie układu dłużnika z wierzycielami przyjętego w ramach postępowania upadłościowego lub naprawczego, a także konwersję przeprowadzaną na mocy porozumienia stron na ogólnych zasadach prawa cywilnego.

Konwersja ustawowa

Przepisy prawa spółek przewidują automatyczną konwersję wierzytelności na akcje, polegającą na tym, że w przypadku ogłoszenia upadłości spółki kapitałowej w terminie dwóch lat od chwili zawarcia umowy pożyczki z jej akcjonariuszem jako pożyczkodawcą wierzytelność o zwrot takiej pożyczki zalicza się na kapitał zakładowy pożyczkobiorcy. Taki skutek prawny następuje na podstawie przepisów samego prawa, które mają charakter bezwzględnie

obowiązujący. Celem omawianej regulacji jest ochrona kapitału zakładowego spółki, a pośrednio także ochrona wierzycieli spółki niebędących jej akcjonariuszami, poprzez zmniejszenie wysokości zobowiązań spółki. Ma to zapewnić, że środki, którymi dysponuje spółka, nie zostaną uszczuplone na potrzeby zaspokojenia jej akcjonariuszy – pożyczkodawców kosztem innych wierzycieli.

Konwersja na mocy układu

Restrukturyzacja zadłużenia spółki poprzez konwersję wierzytelności na jej akcje jest regulowana także przepisami prawa upadłościowego. W tym przypadku konwersja jest dokonywana na mocy układu przyjmowanego w postępowaniu upadłościowym. Praktyka wskazuje, że układ zazwyczaj przewiduje równocześnie także inne sposoby restrukturyzacji w odniesieniu do pozostałej części zadłużenia upadłej spółki, takie jak umorzenie części tego zadłużenia, rozłożenie płatności na raty lub odroczenie terminu płatności.

Konwersja w postępowaniu upadłościowym następuje na mocy samego układu, bez konieczności dokonywania czynności o charakterze korporacyjnym przez spółkę lub jej walne zgromadzenie. W szczególności układ przyjęty na zgromadzeniu wierzycieli i prawomocnie zatwierdzony przez sąd upadłościowy zastępuje uchwałę walnego zgromadzenia w przedmiocie podwyższenia kapitału zakładowego upadłej spółki oraz umowę subskrypcyjną. Ponadto dokonanie konwersji na mocy układu przyjętego w postępowaniu upadłościowym nie wymaga sporządzenia prospektu emisyjnego w przypadku, gdy konwersja prowadzi do emisji akcji spełniającej przesłanki oferty publicznej, a także nie podlega zgłoszeniu o zamiarze koncentracji przedsiębiorców do organów ochrony konkurencji (chyba że w wyniku konwersji nastąpiłoby przejęcie kontroli nad konkurentem rynkowym).

Zgodnie z ogólnymi zasadami prawa korporacyjnego konwersja wymaga dla swojej skuteczności rejestracji w rejestrze przedsiębiorców na mocy postanowienia sądu rejestrowego właściwego dla upadłej spółki, wydanego w zwyczajnym postępowaniu rejestrowym. Konwersja polega bowiem na emisji na rzecz dotychczasowego wierzyciela nowych akcji w zamian za konwertowaną wierzytelność i podwyższeniu kapitału zakładowego dłużnika o wartość nominalną tychże akcji.

Analogicznie jak w przypadku konwersji dokonywanej na mocy układu zawartego w postępowaniu

upadłościowym przeprowadza się konwersję zadłużenia na akcje w przypadku zawarcia układu w postępowaniu naprawczym. Należy jednak zastrzec, że postępowanie naprawcze jest prowadzone na przedpolu stanu niewypłacalności dłużnika, tzn. zanim stanie się on upadły, i nie jest ono rodzajem postępowania upadłościowego w rozumieniu prawa. W konsekwencji układ obejmujący konwersję przyjęty w ramach postępowania naprawczego nie będzie pozwalał na odstąpienie od przygotowania prospektu emisyjnego w przypadku emisji akcji spełniającej kryteria oferty publicznej, a także będzie wymagał zgłoszenia koncentracji przedsiębiorców do organów ochrony konkurencji, jeżeli obrót podmiotów uczestniczących w konwersji osiągnie poziomy wskazane w przepisach o ochronie konkurencji.

Konwersja na ogólnych zasadach prawa cywilnego

Zgodnie z zasadą swobody umów możliwe jest także dokonanie konwersji wierzytelności na akcje dłużnika poza postępowaniem upadłościowym lub naprawczym, jeżeli dojdzie do porozumienia pomiędzy wierzycielem a dłużnikiem oraz akcjonariuszami dłużnika. W takim wypadku współdziałanie akcjonariuszy dłużnika jest bowiem konieczne dla podjęcia uchwały walnego zgromadzenia spółki – dłużnika w przedmiocie podwyższenia kapitału zakładowego, która jest niezbędna do przeprowadzenia emisji akcji przeznaczonych do objęcia przez konwertującego się wierzyciela.

W praktyce omawiana konwersja będzie dokonywana w ramach tzw. subskrypcji prywatnej akcji, ponieważ wówczas do objęcia nowych akcji dopuszczone będą tylko kwalifikowane podmioty, tj. określone wierzyciele spółki. Oznacza to, że od objęcia akcji w wyniku konwersji wyłączeni będą dotychczasowi akcjonariusze. Oni obejmują bowiem nowe akcje spółki w wykonaniu przysługującego im prawa poboru w ramach tzw. subskrypcji zamkniętych. Należy jednak zastrzec, że akcjonariusz może być zarazem wierzycielem spółki i uczestniczyć w konwersji przeprowadzanej w trybie subskrypcji prywatnej, jednak obejmuje on wówczas akcje, działając w charakterze wierzyciela spółki, a nie akcjonariusza. W toku konwersji akcji nie mogą objąć także nieoznaczeni adresaci, którzy obejmują akcje w ramach tzw. subskrypcji otwartych, skierowanych do ogółu.

Przeprowadzenie konwersji zadłużenia na akcje w trybie subskrypcji prywatnej będzie wymagało

wyłączenia prawa poboru akcjonariuszy do objęcia nowo emitowanych akcji. W tym celu konieczne jest podjęcie odpowiedniej uchwały walnego zgromadzenia spółki – dłużnika. Podkreślić należy, że zgodnie z regulacją prawa korporacyjnego warunkiem dopuszczalności wyłączenia prawa poboru jest to, aby leżało ono w interesie spółki. Można założyć, że co do zasady wyłączenie prawa poboru ze względu na dokonywanie konwersji zadłużenia na akcje jest w interesie spółki, ponieważ redukuje poziom jej zobowiązań, zwłaszcza gdy dotychczas wysokość tych zobowiązań stanowiła zagrożenie dla wypłacalności zadłużonej spółki. Można jednak wyobrazić sobie okoliczności faktyczne, w których wyłączenie prawa poboru może zostać uznane za nieleżące w interesie spółki, np. gdyby przeprowadzenie konwersji mogło prowadzić do jej wrogiego przejęcia przez konkurenta rynkowego.

Konwersja wierzytelności na akcje może zostać przeprowadzona poprzez wniesienie konwertowanych wierzytelności do kapitału zakładowego dłużnika jako wkład niepieniężny. Z przepisów prawa korporacyjnego nie wynika, aby wierzytelność wobec spółki nie miała zdolności aportowej. Wniesienie wierzytelności wobec spółki jako wkład niepieniężny nie może być uznane za sprzeczne z interesem spółki lub zagrażające zaspokojeniu jej wierzycieli, ponieważ prowadzi do zmniejszenia się zobowiązań spółki poprzez konfuzję, a w konsekwencji poprawia jej sytuację bilansową i płynnościową poprzez zmniejszenie ogólnego poziomu jej zadłużenia.

Dopuszczalne jest ponadto dokonanie konwersji w sposób pośredni poprzez umowne potrącenie wierzytelności spółki o pokrycie nowo emitowanych akcji wkładem pieniężnym z wierzytelnością konwertującego się wierzyciela. Należy jednak zauważyć, że w praktyce organów skarbowych, co do zasady, konwersję pośrednią kwalifikuje się jako faktyczne dokonanie konwersji bezpośredniej polegającej na wniesieniu konwertowanej wierzytelności jako wkładu niepieniężnego do kapitału zakładowego spółki – dłużnika wraz ze wszelkimi wią-

żącymi się z tym skutkami na gruncie prawa podatkowego.

Przykład udanej restrukturyzacji zadłużenia w drodze konwersji na akcje dłużnika: Polimex-Mostostal S.A.

W ostatnim czasie istotnym dla obrotu przypadkiem restrukturyzacji zadłużenia na ogólnych zasadach prawa cywilnego, tj. poprzez jego konwersję na akcje emitowane w ramach subskrypcji prywatnej, była restrukturyzacja spółki giełdowej Polimex-Mostostal S.A. Emisja nowych akcji w związku z konwersją nastąpiła na rzecz grupy banków, w której skład wchodziły PKO Bank Polski, Bank Pekao, Bank Ochrony Środowiska, Bank Zachodni WBK oraz Bank Millennium.

W wyniku konwersji wierzytelności banków doszło do objęcia przez nie łącznie 2 863 571 852 akcji serii R, wyemitowanych przez spółkę za łączną cenę emisyjną 501 125 074,10 zł. Zgodnie z raportem bieżącym Polimex-Mostostal S.A. cena emisyjna akcji serii R została opłaconą przez wierzycieli w drodze umownego potrącenia wierzytelności przysługujących bankom wobec spółki z tytułu zadłużenia finansowego z wierzytelnościami spółki o zapłatę ceny emisyjnej akcji serii R. Rejestracja podwyższenia kapitału zakładowego Polimex-Mostostal S.A. związane z omawianą konwersją została dokonana w dniu 22 października 2014 r. przez Sąd Rejonowy w Warszawie dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego.

Opisana konwersja była elementem szerokiego programu restrukturyzacji Polimex-Mostostal S.A., obejmującego także emisję przez spółkę obligacji zamiennych o łącznej wartości nominalnej 81,5 mln zł oraz obligacji zwykłych o łącznej wartości nominalnej 58,5 mln zł, tj. w łącznej wysokości 140 mln zł, które zostały objęte między innymi przez Agencję Rozwoju Przemysłu S.A. (kancelaria Wardyński i Wspólnicy była doradcą prawnym Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. w procesie tej restrukturyzacji).

Piotr Wcisło, adwokat, praktyka prawa korporacyjnego, restrukturyzacji spółek i kontraktów handlowych

Krzysztof Libiszewski, radca prawny, jest współnikiem odpowiedzialnym za praktykę prawa korporacyjnego, restrukturyzacji spółek i kontraktów handlowych

Wpływ dyrektywy ZAFI na polski rynek private equity

Katarzyna Wójcik-Bąkowska

Powstał wreszcie znacznie spóźniony projekt ustawy implementującej do polskiego porządku prawnego dyrektywę w sprawie zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (ZAFI). Powoli zbliżamy się zatem do odpowiedzi na pytanie, w jakim stopniu wpłynie ona na rynek *private equity* w Polsce.

Pod koniec listopada 2014 r. Komisja Europejska wezwała Polskę do jak najszybszego wdrożenia dyrektywy w sprawie zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (ZAFI), ponieważ termin na jej implementację do polskiego systemu prawnego minął w lipcu 2013 r. W marcu 2014 r. Minister Finansów przedstawił projekt założeń do ustawy o zmianie ustawy o funduszach inwestycyjnych oraz niektórych innych ustaw, a w połowie stycznia 2015 r. został w końcu opublikowany projekt tej ustawy.

Powodem uchwalenia dyrektywy był kryzys finansowy z 2008 r., za który obarczane są między innymi różnego rodzaju alternatywne fundusze inwestycyjne. Bojąc się, że historia się powtórzy, Komisja Europejska postanowiła zdyscyplinować sektor finansowy i poddać go daleko idącej regulacji oraz nadzorowi. Podkreślano, że na poziomie europejskim konieczne są ramy prawne regulujące nadzór wewnętrzny i zewnętrzny oraz funkcjonowanie ZAFI, aby zminimalizować ryzyko dla stabilności finansowej, inwestorów oraz innych uczestników rynku finansowego.

Przy okazji do jednego worka wrzucono wszelkie typy funduszy – począwszy od agresywnych hedgingowych stosujących skomplikowane strategie inwestowania oraz instrumenty pochodne i krótką sprzedaż, a skończywszy na funduszach *private equ-*



ity/ venture capital, które mają zupełnie inną, mniej ryzykowną politykę inwestowania. Oczywiście wzbudziło to ostry sprzeciw przedstawicieli tych funduszy oraz stowarzyszeń ich reprezentujących.

O czym właściwie mówimy?

Wspomniany projekt ustawy w ślad za dyrektywą przyjmuje, że alternatywne fundusze inwestycyjne (AFI) to przedsiębiorstwa zbiorowego inwestowania, które pozyskują kapitał od wielu inwestorów z myślą o inwestowaniu go zgodnie z określoną polityką inwestycyjną z korzyścią dla inwestorów oraz nie potrzebują zezwolenia na prowadzenie działalności na podstawie oddzielnych przepisów. Na polskim podwórku będą to specjalistyczne fundusze inwestycyjne otwarte oraz fundusze inwestycyjne zamknięte. ZAFI to osoby prawne (czyli podmioty posiada-

jące osobowość prawną), których działalność polega na zarządzaniu jednym lub więcej AFI.

Aby objąć zakresem podmiotowym ustawy jak najwięcej podmiotów, Minister Finansów dokonał dosyć karkołomnej interpretacji zapisów dyrektywy, uznając za ZAFI również AFI, jeżeli forma prawna AFI pozwala na zarządzanie wewnętrzne, a organ zarządzający AFI nie powołał zewnętrznego ZAFI. W rezultacie zakresem projektu ustawy objęto spółki kapitałowe w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych, w tym spółkę europejską (jako że mają one osobowość prawną – klasyfikacja mało kontrowersyjna) oraz spółki komandytowe i komandytowo-akcyjne (bezsprzecznie nieposiadające osobowości prawnej, ale będące bardzo popularną formą prowadzenia działalności wśród funduszy *private equity/ venture capital*). Spółki komandytowe i komandytowo-akcyjne są objęte zakresem projektu ustawy pod warunkiem, że jedynym komplementariuszem takiej spółki jest osoba prawna, która odpowiada za zarządzanie portfelem inwestycyjnym funduszu oraz ryzykiem. W takim wypadku komplementariusz będzie traktowany jako zewnętrzny zarządzający ZAFI.

Co ciekawe (i co nie ma źródła w dyrektywie), kościelne osoby prawne oraz osoby prawne innych związków wyznaniowych zostały bezpośrednio wyłączone z zakresu stosowania regulacji.

Czy diabeł faktycznie taki straszny?

Podstawowa zmiana polega na wprowadzeniu wymogu uzyskania zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego na prowadzenie działalności przez fundusze *private equity/ venture capital*.

Najważniejszym, z punktu widzenia większości funduszy, wyjątkiem od tej zasady jest wyjątek *de minimis*. ZAFI zarządzający mniejszymi funduszami, których wartość aktywów w portfelu nie przekracza 500 mln euro, jeśli nie stosują dźwigni finansowej i nie korzystają z prawa wyjścia z inwestycji w okresie pierwszych pięciu lat od powołania AFI, są wyłączeni spod obowiązku uzyskania zezwolenia, ale muszą zarejestrować się w KNF. Obowiązki nałożone na takie mniejsze fundusze dotyczyć będą głównie ładu korporacyjnego oraz zakresu udzielania informacji dotyczących między innymi głównych instrumentów finansowych w portfolio oraz strategii inwestycyjnej. Jak zwykle diabeł tkwi w szczegółach, ponieważ aby korzystać z benefitów nowej regulacji, a w szczególności z jednolitego paszportu, czyli możliwości zbierania funduszy i świadczenia usług w całej Europie, mniejsze fundu-

sze będą musiały także uzyskać zezwolenie na prowadzenie działalności.

ZAFI, prowadząc działalność nadzorowaną przez KNF, powinny zgodnie z projektem przestrzegać między innymi wymogów dotyczących:

- kapitałów – został wprowadzony obowiązek zwiększenia przez ZAFI kapitału własnego o kwotę dodatkową, odpowiednią do ryzyka roszczeń wobec ZAFI z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania jego obowiązków związanych z zarządzaniem AFI; alternatywnie ZAFI powinien zawrzeć odpowiednią umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej pokrywającą powyższe ryzyko;
- sposobu działania, w tym polityki wynagrodzeń osób zatrudnionych przez ZAFI, zapobiegania konfliktom interesów, wyodrębnienia specjalnej komórki organizacyjnej monitorującej zgodność działania z prawem oraz komórki audytu wewnętrznego;
- zarządzania ryzykiem;
- wyznaczania depozytariusza dla każdego zarządzanego AFI;
- szerokiego zakresu obowiązków informacyjnych dotyczących m.in. celu inwestycyjnego, polityki i strategii inwestycyjnej, ryzyk związanych z inwestowaniem i zarządzania ryzykiem płynności.

Projekt ustawy, w ślad za dyrektywą, kładzie duży nacisk na rolę depozytariusza – podmiot, którego rola i odpowiedzialność znacznie wzrasta na rynku usług finansowych. Od momentu skutecznej implementacji dyrektywy ZAFI będą musiały mieć depozytariusza aktywów AFI, który będzie prowadził rejestr ich aktywów oraz pełnił funkcje kontrolne. Powinny być to instytucje podlegające nadzorowi ostrożnościowemu, takie jak banki i domy maklerskie, a także Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych. Depozytariusze będą działali na podstawie oddzielnej umowy z ZAFI. Co ważne, depozytariusze ponosić będą odpowiedzialność za utracone aktywa funduszy, co zapewne wpłynie na koszt ich usług.

Projekt ustawy wprowadza zdumiewająco szeroki i niezwykle kontrowersyjny z punktu widzenia funduszy *private equity/ venture capital* katalog obowiązków związanych z przejęciem kontroli nad spółkami prywatnymi nienotowanymi na giełdzie poprzez nabywanie znacznych pakietów akcji lub udziałów. ZAFI zobowiązany jest do każdorazowego poinformowania KNF w przypadku nabycia

przez fundusz w spółce nienotowanej na giełdzie odpowiednio 10%, 20%, 30%, 50% lub 75% głosów w spółce.

O przejściu kontroli nad spółką (tzn. o nabyciu więcej niż 50% ogólnej liczby głosów w spółce) ZAFI musi poinformować KNF, spółkę oraz jej współników. Ponadto ZAFI musi poinformować KNF o źródłach pochodzenia środków finansowania nabycia, a spółkę i jej współników – o zamiarach dotyczących dalszego prowadzenia działalności spółki. Obowiązki te obejmują niezwykle wrażliwe informacje mające istotny wpływ na stan zatrudnienia oraz warunki pracy i płacy w spółce.

Projekt wprowadza także ograniczenia w dysponowaniu majątkiem podmiotu, nad którym została przejęta kontrola. W okresie 24 miesięcy od przejścia kontroli nie wolno dokonywać wypłat wynikających z prawa do udziału w zysku spółki, obniżać kapitału zakładowego, umarzać udziałów lub akcji, nabywać udziałów lub akcji własnych spółki, a także zwracać dopłat.

Nie jest jasne, ani tym bardziej obiektywnie uzasadnione, czemu ustawodawca tworzy instrumenty prawne ingerujące w sposób zarządzania spółkami portfelowymi funduszy, które stanowią majątek prywatny funduszy. Spółki te nie są spółkami publicznymi, a planowany zakres obostrzeń zaczyna być podobny, o ile nie większy, jak w przypadku spółek giełdowych.

Punkt widzenia zależy od punktu siedzenia

KNF, komentując wcześniejsze założenia do projektu ustawy, podkreślała, że zwiększony zakres jej kompetencji nadzorczych oraz rozszerzony katalog obowiązków po stronie uczestników rynku finansowego przyczynią się do wzrostu pewności i bezpieczeństwa inwestowania, zaś stały monitoring aktywności graczy rynkowych zapobiegać będzie kryzysom podobnym do tego z 2008 r.

Niewątpliwą korzyścią implementacji dyrektywy w Polsce będzie wprowadzenie „jednolitego paszportu europejskiego”. Dzięki niemu ZAFI z Unii Europejskiej, który ma pozwolenie na prowadzenie działalności w swoim kraju, będzie po spełnieniu określonych warunków uprawniony do sprzedaży jednostek uczestnictwa lub udziałów w zarządzanych przez siebie AFI wśród inwestorów bran-

zowych w rodzimym państwie członkowskim lub w innych krajach Unii Europejskiej.

Z kolei zdaniem funduszy *private equity/ venture capital* planowane regulacje negatywnie wpłyną na rynek i jego konkurencyjność.

Po pierwsze, ogromny sprzeciw budzi potraktowanie w taki sam sposób funduszy o różnych charakterach i sposobach działania. Nie można bowiem porównywać agresywnie, ryzykownie i krótkoterminowo inwestującego funduszu hedgingowego ze standardowym funduszem *private equity/ venture capital*, który nie stosuje produktów inżynierii finansowej, a co za tym idzie jego działalność obciążona jest znacznie niższym ryzykiem inwestycyjnym.

Po drugie, poprzez fundusze inwestują nie konsumenci, tylko profesjonalne podmioty prywatne, mające głęboką wiedzę na temat reguł i ryzyka związanego z inwestycjami, które nie potrzebują tak daleko idącej ochrony ze strony regulatora.

Po trzecie, wprowadzenie tak szerokiego katalogu obowiązków i ograniczeń dla funduszy *private equity/ venture capital* pogarsza ich pozycję rynkową w porównaniu z inwestorami branżowymi niepodlegającymi takim obostrzeniom, a co za tym idzie zakłóca konkurencyjność na rynku. W efekcie fundusze mogą nie stanowić już tak atrakcyjnej formy inwestowania.

Zakres obowiązków informacyjnych, szczególnie tych dotyczących finansowania nabycia oraz planów biznesowych, budzi ogromne obawy przed ich nieuprawnionym ujawnieniem osobom trzecim, które mogłyby storpedować całe przedsięwzięcie inwestycyjne.

Wymogi kapitałowe oraz potencjalna konieczność wykupienia polisy od odpowiedzialności cywilnej, a także koszty depozytariusza drastycznie zwiększą koszty funkcjonowania funduszy *private equity/ venture capital*, które w końcowym rozrachunku zostaną poniesione przez inwestorów.

Aby móc dokładnie przeanalizować wpływ ustawy na polski rynek *private equity*, musimy zaczekać na jej zastosowanie w praktyce. Ciekawe także, jaki poziom gorliwości będzie przejawiać KNF, monitorując (nie)przestrzeganie ustawy przez fundusze, oraz jakie konsekwencje ekonomiczne i rynkowe przyniosą takie zachowania.

Katarzyna Wójcik-Bąkowska, radca prawny, praktyka private equity

O kancelarii Wardyński i Wspólnicy

Kancelaria Wardyński i Wspólnicy została założona w 1988 roku. Czerpiemy z najlepszych tradycji kancelarii adwokackich w Polsce. Skupiamy się na biznesowych potrzebach naszych klientów, pomagając im znaleźć skuteczne i praktyczne rozwiązanie najtrudniejszych problemów prawnych.

Firma jest szczególnie ceniona przez klientów i konkurencję za swoje usługi w dziedzinie sporów, transakcji, własności intelektualnej, nieruchomości i reprivatyzacji.

Obecnie w firmie jest ponad 100 prawników świadczących obsługę prawną w języku polskim, angielskim, francuskim, niemieckim, hiszpańskim, rosyjskim, czeskim i koreańskim. Nasze biura znajdują się w Warszawie, Krakowie, Poznaniu i Wrocławiu.

Klientom doradzamy w następujących dziedzinach:

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

Dzielimy się wiedzą i doświadczeniem za pośrednictwem portalu dla prawników i przedsiębiorców (www.codozasady.pl), firmowego Rocznika, a także publikacji z serii „Prawo w praktyce”. Jesteśmy też wydawcą pierwszej polskojęzycznej aplikacji o tematyce prawnej na urządzenia mobilne (Wardyński+). Aplikację można pobrać nieodpłatnie w App Store i Google Play.

www.wardynski.com.pl

www.codozasady.pl

Wardyński+

