

**WAR WSP
DYNŃ ÓLN
SKI+ ICY.**

ROCZNIK 2012

Nakład:

500 egzemplarzy

Wydawca:

Wardyński i Wspólnicy sp.k.

Redakcja:

Beata Niemczuk, Justyna Zandberg-Malec

Produkcja:

Aleksandra Oleśniak

Projekt graficzny:

Magda Wiśniewska i Bazyl Krasulak

Skład i druk:

Drukarnia Piotra Włodarskiego

© Copyright by Wardyński i Wspólnicy sp.k., 2012

Słowo wstępne	5	Zmiana wierzyciela lub dłużnika na podstawie cesji wierzycielności, <i>cessio legis</i> oraz przejęcia długu Jacek Bondarewski, Kinga Ziemnicka	49
Czy mogę Pana Prezesa zaprosić na obiad? Dominika Stępińska-Duch, Janusz Tomczak	7	Kiedy inwestor uzyskuje realny wpływ na sprawy spółki? dr Jarosław Grykiel, Maciej Szewczyk	51
Co zrobić, żeby nie kupić kota w worku – czyli o znaczeniu analizy prawnej w projektach transakcyjnych Izabela Zielińska-Barłózek	10	Zamówienia publiczne: moc wiążąca wyjaśnień Anna Prigan	53
Nowe zasady gry na rynku energetycznym Weronika Pelc	13	Odpowiedzialność za naruszenie przepisów prawa ochrony środowiska spowodowana działalnością związaną z poszukiwaniem i wydobywaniem gazu łupkowego Bartosz Kuraś, Joanna Szafrńska	55
Pokusy ukrytego nagrywania Agnieszka Lisiecka	16	Ostatnie trendy w kontroli koncentracji w Polsce Sabina Famirska	58
<i>Dual listing</i> Danuta Pajewska, Marcin Pietkiewicz	18	Niektóre ryzyka związane z zabezpieczeniem roszczeń w sporach patentowych Włodzimierz Szoszek	61
Skutki zaniechania zawiadomienia spółki o zbyciu udziałów Jacek Bondarewski, Kinga Ziemnicka	22	Nowe zasady prowadzenia działalności w zakresie eksploracji i eksploatacji węglowodorów Radosław Wasiak	63
Charakter prawny kart podarunkowych Krzysztof Wojdyło	24	Badanie ryzyka repriwatyzacyjnego jako niezbędny element procesu inwestycyjnego w nieruchomości w Polsce Krzysztof Wiktor, Leszek Zatyka	66
Zastaw na prawie ochronnym na znak towarowy to nie wszystko Anna Pompe	26	O kancelarii	69
Zgodność francuskiej <i>procedure de sauvegarde</i> z polskim porządkiem publicznym – zagadnienia praktyczne Michał Barłowski, Karol Czepukojć	28		
Dochodzenie i zaspokajanie roszczeń ze skargi pauliańskiej w postępowaniu upadłościowym Monika Hartung, Natalia Kobyłka	31		
Kłopotliwe ciasteczka Agnieszka Szydlik, Marek Szydłowski	34		
Gwarancje zatrudnienia pod lupą Sądu Najwyższego Agnieszka Lisiecka	37		
Praktyczne aspekty <i>bancassurance</i> w Polsce Michał Steinhagen, Krzysztof Wojdyło	39		
Zagraniczne fundusze inwestycyjne mają prawo do zwrotu polskiego podatku dochodowego Michał Nowacki, Dariusz Wasylkowski	42		
Koncepcja długu równoległego w praktyce polskiej Patrycja Jacaszek, Łukasz Szegda	46		

Szanowni Państwo,

Z przyjemnością oddajemy w Państwa ręce drugie już wydanie *Rocznika* naszej kancelarii. Tak jak w zeszłym roku zawiera on zbiór artykułów, dla których inspiracją były sprawy prowadzone przez naszych prawników na rzecz klientów polskich i zagranicznych.

Naszym zamiarem było stworzenie wyboru tekstów, wśród których znajdą coś dla siebie zarówno koledzy prawnicy, jak i przedsiębiorcy. Dlatego w zbiorze tym poruszamy kwestie wspólne dla większości przedsiębiorców i specyficzne dla poszczególnych branż, związane nie tylko z prawem, ale też z polską obyczajowością gospodarczą.

Klimat gospodarczy w Polsce, choć coraz korzystniejszy, nadal pozostawia sporo do życzenia. Do tego dochodzą zawirowania związane z ogólnoswiatowym spowolnieniem gospodarczym. W takich warunkach tym ważniejsza staje się rola prawnika jako stałego partnera i zaufanego doradcy przedsiębiorcy. Szczególnie cennym dobrem staje się też wiedza, pozwalająca uniknąć kosztownych zakłóceń w prowadzonej działalności. Tą wiedzą chcemy się z Państwem dzielić.

Pierwsze wydanie *Rocznika* spotkało się z bardzo życzliwym przyjęciem. Mamy nadzieję, że również w tym roku sprostamy Państwa wymaganiom.

Zapraszamy do lektury.

Tomasz Wardyński

Czy mogę Pana Prezesa zaprosić na obiad?

Dominika Stępińska-Duch



Janusz Tomczak



Zaproszenie kontrahenta na obiad może być elementem działań marketingowych, ale jeżeli towarzyszą mu – zrozumiałe dla zaproszonego – oczekiwania, że będzie to miało przełożenie na zawarcie kontraktu, może zostać uznane za korupcję (w tym również gospodarczą).

Pytanie (z pozoru niezwiązane z prawem) o dopuszczalność sformułowanej w tytule propozycji zostało nam ostatnio zadane kilkakrotnie, przez różnych klientów i w nawiązaniu do różnych sytuacji.

Pytających łączyła obawa, czy zapraszając przedstawicieli obecnego albo potencjalnego kontrahenta na obiad czy kolację, a w konsekwencji ponosząc koszty posiłku, nie narażają się na zarzut korupcji (posiłek traktowany jako korzyść).

Klienci, którzy zadawali wspomniane pytanie, wywodzili się zazwyczaj z krajów anglosaskich, gdzie walka z korupcją przebiega nieco inne formy niż w Polsce. W Stanach

Zjednoczonych czy w Wielkiej Brytanii firmy, których pracownicy dopuścili się zachowań korupcyjnych, ponoszą szczególnie dotkliwe konsekwencje finansowe, niezależnie od odpowiedzialności karnej, którą ponoszą sami sprawcy. Poza tym w obu tych krajach kładzie się szczególny nacisk na zwalczanie korupcji dotyczącej funkcjonariuszy państw obcych, w którą zaangażowane są podmioty kapitałowo lub organizacyjnie powiązane z ww. krajami. Celem ustawodawcy amerykańskiego i brytyjskiego jest bowiem przejrzystość zasad obowiązujących przy wchodzeniu na nowe rynki i nawiązywaniu kontaktów z instytucjami państw, w których lokalizowane są nowe inwestycje, a także wszelkiego rodzaju pośrednikami czy agentami. Aktem prawa międzynarodowego, który stanowi realizację tych celów, jest konwencja OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych z 1997 roku.

Anglosascy przedsiębiorcy, którzy zwracali się do nas ze wspomnianym zapytaniem, obawiali się więc nie tylko konsekwencji prawnych w Polsce, ale również, a może nawet bardziej, negatywnych konsekwencji w swoich krajach macierzystych.

Tymczasem w Polsce ostrze walki z korupcją wymierzone jest przede wszystkim w sprawców przestępstw – osoby fizyczne. Spółki – przedsiębiorcy w praktyce nie ponoszą odpowiedzialności, choć formalne podstawy ku temu istnieją. Stosowny akt prawny – ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zagrożone pod groźbą kary z 2003 roku – jest bowiem bardzo rzadko stosowany.

Przypomnieć jednak należy, że polski Kodeks karny zawiera regulacje dotyczące zarówno korupcji w sferze publicznej, z udziałem funkcjonariuszy publicznych i osób pełniących funkcje publiczne, jak i tzw. korupcji prywatnej czy też gospodarczej, która godzi w zasady uczciwej konkurencji. Zachowania w sposób nieuczciwy faworyzujące jednych uczestników obrotu kosztem drugih zostały szczegółowo opisane w art. 296a Kodeksu karnego.

Aby zatem właściwie ocenić prozaiczną z pozoru kwestię dopuszczalności zaproszenia na obiad, należy w istocie przeanalizować związek tego zdarzenia z charakterem obowiązków osoby zaproszonej, a więc cel zaproszenia. Nie bez znaczenia będzie tu również wartość posiłku.

Argumentem, który nakazuje nie bagatelizować problemu, jest ewolucja pojęcia osoby pełniącej funkcje publiczne jako podmiotu przestępstwa tzw. łapownictwa biernego (art. 228 § 1 Kodeksu karnego). O ile mniej więcej do końca lat 90. XX wieku królowała koncepcja, która pełnienie funkcji publicznych wiązała z charakterem czynności wykonywanych przez daną osobę (za osobę pełniącą funkcje publiczne uważano osobę, której czynności miały władczy, decyzyjny i publiczny charakter), o tyle obecnie orzecznictwo Sądu Najwyższego dość jednolicie wiąże pełnienie funkcji publicznych nie tylko z władczym charakterem podejmowanych decyzji w sferze publicznej, ale również z dysponowaniem majątkiem o charakterze publicznym. Takie stanowisko doprowadziło Sąd Najwyższy do uznania członka zarządu jednoosobowej spółki Skarbu Państwa za osobę pełniącą funkcję publiczną, a także do niewykluczenia uznania za osobą pełniącą funkcję publiczną prezesa zarządu banku, w którym Skarb Państwa posiadał udziały.

Zapraszając zatem prezesa spółki z większościowym udziałem Skarbu Państwa, należy liczyć się z możliwością traktowania tej osoby jako osoby pełniącej funkcję publiczną w rozumieniu Kodeksu karnego. Wtedy należy zwrócić uwagę, czy w instytucji, którą dana osoba reprezentuje, funkcjonują reguły postępowania na wypadek zdarzeń okolicznościowych. Pomoże to w sposób prawidłowy ustalić akceptowalne formy i granice zachowania.

Wydatki ponoszone w związku ze zdarzeniami okolicznościowymi, o charakterze reprezentacyjnym, takimi właśnie jak kontakt z kontrahentem przy obiedzie, nie mogą przekroczyć norm zwyczajowo przyjętych w danym kręgu kulturowym. Winny być przy tym oczywiście w sposób należyty udokumentowane i opisane. Ponadto powinny być też one adekwatne do okoliczności zdarzenia. Podobnej treści uwaga odnosi się do prezentów o charakterze promocyjnym, służących realizacji strategii marketingowej przedsiębiorcy.

Kluczowe znaczenie dla oceny charakteru spotkania zawsze będzie mieć jednak jego cel, a także możliwość powiązania go z konkretnymi czynnościami i obowiązkami osoby zapraszanej, np. organizacją przetargu, decyzją o wyborze kontrahenta itd. Dopiero w razie znalezienia powiązania przyczynowo-skutkowego zachodzić będzie poważne podejrzenie wystąpienia korupcji.

Obecnie w naszej praktyce coraz częściej stykamy się z przykładami korupcji prywatnej, czyli dotyczącej osób niepełniących funkcji publicznych. Niewykluczone, że ma to związek z presją odczuwaną przez przedsiębiorców w dobie kryzysu.

Mechanizmy korupcji prywatnej są stosunkowo proste. Jej sprawcami mogą być na przykład osoby, których wynagrodzenie oparte jest na systemie prowizyjnym. Korupcjogenne bywają też branże i środowiska, w których toczy się szczególnie zażarta walka konkurencyjna, a podpisanie kontraktu może oznaczać „być albo nie być” danego przedsiębiorcy. Problem ten jest szczególnie widoczny w relacjach drobnych przedsiębiorców z jednym dużym klientem, od którego są uzależnieni. Przykładem są tu sieci handlowe, których dostawcy bywają skłonni do zachowań stojących na granicy prawa, byle tylko zapewnić preferencyjność dla swoich towarów. W grę wchodzi nie tylko prezenty w postaci czekoladek, ale też fundowanie wycieczek zagranicznych czy innych bardzo drogich prezentów. Ten problem narasta, szczególnie w kryzysie, gdy presja na zdobycie kontraktu rośnie.

Do tego dochodzi cięcie kosztów w tych obszarach, które nie mają przełożenia na przychód, takich jak nadzór czy audyt. W efekcie trudniej może być dostrzec te zachowania, które stanowią nadużycia.

Na powszechność tego zjawiska wpływa też fakt, że zachowania korupcyjne w sferze niepublicznej nie są w Polsce przesadnie piętnowane. Tymczasem łapownictwo jest nie tylko naruszeniem zasad uczciwości czy moralności. Wybór tego, kto wręczył łapówkę, zamiast tego, kto przedstawił najlepszą ofertę, naraża bowiem na szkodę podmiot, w imieniu którego działa dokonujący wyboru. Szkody te niejednokrotnie liczone mogą być w milionach złotych, a w ostatecznym rozrachunku przekładają się rynkową cenę produktu końcowego.

Pozostaje jeszcze kwestia odpowiedzialności za nadużycia. Tu w grę wchodzi świadomość kadry zarządzającej, a także sprawne bądź mniej sprawne procedury wewnętrzne, które mogą pomóc w ustaleniu, czy odpowiedzialność ponosi tylko bezpośredni sprawca, czy też może dany proceder toczy się za przyzwoleniem innych, a jeśli tak, to jak wysoko w drabinie hierarchii sięga ta świadomość.

Trzeba tu podkreślić, że w przypadku braku odpowiednich regulacji odpowiedzialność mogą ponosić osoby odpowiedzialne za nadzór nad sprawcami nadużyć oraz osoby zarządzające całą firmą. Należy bowiem pamiętać, że polskie prawo zawiera mechanizmy, które przewidują daleko idącą odpowiedzialność karną osób zarządzających spółkami, związaną z tradycyjnie pojmowaną winą nieumyślną, a więc

lekkomyślnością i niedbalstwem.

Wracając jednak do naszego przykładu – trzeba odróżniać zachowania, których celem jest budowanie relacji, od tych, które mają na celu skłonienie kontrahenta do preferencyjnego potraktowania danego dostawcy towarów czy usług.

Reasumując, bezpośrednie spotkania, polegające także na wspólnym zjedzeniu obiadu czy kolacji, sprzyjają utrzymywaniu dobrych kontaktów z partnerami biznesowymi – również tymi, którzy dysponują środkami publicznymi. Nie należy popadać w histerię z powodu potencjalnych ryzyk odpowiedzialności karnej. Wystarczy – jak się wydaje – zachować zdrowy rozsądek albo pamiętać o dobrej zasadzie: „Jeśli nie wiesz, jak się zachować, zachowuj się przyzwoicie”.

Dominika Stępińska-Duch, adwokat, jest członkiem Zespołu Rozwiązywania Sporów i Arbitrażu

Janusz Tomczak, adwokat, jest członkiem Zespołu Rozwiązywania Sporów i Arbitrażu odpowiedzialnym za Praktykę Karną kancelarii

Co zrobić, żeby nie kupić kota w worku – czyli o znaczeniu analizy prawnej w projektach transakcyjnych

Izabela Zielińska-Barłózek



Jeszcze do niedawna prawie każdy projekt transakcyjny wiązał się z przeprowadzeniem analizy prawnej (zwanej *due diligence*) spółki – jeśli nabywane były prawa udziałowe, lub majątku spółki – jeśli nabywane były aktywa. Od pewnego czasu, głównie ze względu na sytuację gospodarczą, inwestorzy często albo rezygnują z przeprowadzenia badania prawnego, albo zdecydowanie ograniczają jego zakres, nawet w przypadku międzynarodowych projektów.

Inwestorzy zagraniczni często zakładają, że wystarczającym zabezpieczeniem jest zawarcie w umowie sprzedaży oświadczeń i zapewnień sprzedającego co do przedmiotu sprzedaży i stanu samej spółki oraz odpowiednie ukształtowanie konsekwencji podania nieprawdziwych oświadczeń i zapewnień.

Niestety z naszej praktyki wynika, że spory powstałe na gruncie roszczeń kupującego z tytułu naruszenia takich oświadczeń i zapewnień są długotrwałe i skomplikowane, a co za tym idzie także kosztowne. Powodem jest m.in. brak jednoznacznej kwalifikacji prawnej samych oświadczeń i zapewnień sprzedającego oraz odpowiedzialności za ich naruszenie na gruncie polskiego prawa. Ponadto klauzule umowne są zazwyczaj wynikiem długotrwałych negocjacji pomiędzy stronami, przez co stanowią one nielatwą podstawę do poznania intencji stron umowy.

Warto wskazać, iż w ostatnich latach zmienił się sposób przeprowadzania analiz prawnych. Zamiast kilkusetstronicowych opracowań stanowiących gruntowny opis badanej spółki tworzone są zwięzłe raporty (*executive summary reports*) przedstawiające te kwestie, które kupujący powinien poddać pod rozagę ze względu na rodzaj transakcji, podmioty w niej uczestniczące oraz charakter działalności nabywanej spółki.

Zidentyfikowane w trakcie analizy ryzyka prawne częstokroć znajdują odzwierciedlenie w wynegocjowanej cenie oraz w konstrukcji dokumentów transakcyjnych lub mają wpływ na wycofanie się przez inwestora z zamierzonej transakcji.

Due diligence bywa też bardzo przydatne w ustaleniu listy czynności, które muszą być podjęte lub o których strony muszą pamiętać przed ostatecznym zamknięciem transakcji.

Przykładem może być uzyskanie koniecznych zgód korporacyjnych po stronie zbywcy i nabywcy (np. zgody zgromadzenia wspólników na zbycie przedsiębiorstwa albo nieruchomości). Warto przy tym pamiętać, że zgodnie z polskim Kodeksem spółek handlowych brak zgody organów wymaganej ustawą skutkuje co do zasady nieważnością czynności prawnej.

Gdy przedmiotem zamierzonej transakcji są udziały, należy zbadać, czy na ich zbycie nie jest potrzebna zgoda spółki (przewidziana w umowie spółki). Jej brak co do zasady może skutkować nieważnością umowy zbycia.

Należy też pamiętać o zbadaniu obciążenia nabywanych udziałów. W większości przypadków umowy zastawu rejestrowego przewidują bowiem konieczność uzyskania zgody wierzyciela na zbycie udziałów obciążonych zastawem.

W zakresie zgód osób trzecich badaniu podlegają zawarte przez spółkę umowy, np. kredytu czy leasingu. Brak zgody banku na transakcję, jeśli zgoda ta jest wymagana, może spowodować postawienie kredytu w stan natychmiastowej wymagalności i konieczność jego całkowitej spłaty, zaś brak spłaty doprowadzić może do skorzystania przez bank z ustanowionych zabezpieczeń.

Niebagatelne znaczenie mają też tzw. klauzule *change of control* zawarte w kontraktach handlowych zawartych przez spółkę, której udziały mają być przedmiotem sprzedaży. Mogą one bowiem przewidywać ujemne skutki (najczęściej w postaci rozwiązania umowy) w przypadku nieuzyskania zgody drugiej strony na zmianę struktury właścicielskiej.

Przejdźmy jednak do obszarów, których w trakcie analizy prawnej nie można pomijać.

Jeżeli przedmiotem transakcji są prawa udziałowe w spółce, kluczowa jest analiza dokumentów korporacyjnych, w szczególności tych, na podstawie których przenoszony był tytuł prawny do udziałów (akcji).

Trzeba więc potwierdzić istnienie udziałów oraz ustalić, czy i jakie prawa są w nich inkorporowane. Zweryfikować należy też tytuł prawny, jaki sprzedający posiada do udziałów. Potwierdzenie uprawnienia sprzedającego do rozporządzania udziałami jest tym istotniejsze, że, co do zasady, nie jest możliwe ich nabycie w dobrej wierze (wyjątek, określony w art. 169 k.c., ma zastosowanie w przypadku sprzedaży akcji połączonej z wydaniem kupującemu dokumentu akcji).

Ponadto z domniemaniem prawdziwości danych wpisanych w Krajowym Rejestrze Sądowym nie wiążą się skutki podobne do tych przewidzianych dla tzw. rękopisów wiary publicznej mającej zastosowanie do treści ujawnionych w księgach wieczystych. Zbadanie informacji ujawnionych w KRS (w tym dotyczących aktualnych wspólników spółki) nie jest więc wystarczające do potwierdzenia posiadania tytułu prawnego do udziałów (akcji) spółki.

Zbadać należy także formę zbywania udziałów spółki w przeszłości. Artykuł 180 k.s.h. wymaga zachowania formy pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi. Niedochowanie tej formy skutkuje bowiem nieważnością czynności prawnej, jeśli umowa była zawarta po 1 stycznia 2001 roku (wcześniej wystarczyło zachować zwykłą formę pisemną).

W przypadku akcji konieczne jest zbadanie, czy spółka wydała akcjonariuszom dokumenty akcji i czy został dokonany właściwy wpis nabywcy do księgi akcji imiennych – brak tego wpisu co do zasady powoduje, że wobec spółki nabywca

nie jest akcjonariuszem i nie może skorzystać z uprawnień przysługujących akcjonariuszom. Istotny może być także sposób pokrycia akcji oraz termin wniesienia wkładów.

Typowy zakres analizy prawnej obejmuje również analizę aktywów (zbadanie tytułu prawnego do nieruchomości oraz obciążeń na ruchomościach i nieruchomościach), przysługujących spółce praw na dobrach niematerialnych o charakterze majątkowym, umów dotyczących finansowania spółki, kwestii pracowniczych czy spełnienia wymogów regulacyjnych (w tym z zakresu prawa ochrony środowiska i prawa ochrony konkurencji, a także posiadania i przestrzegania wymaganych koncesji i pozwoleń).

Z kolei zakres badania w przypadku transakcji typu *asset deal* (obejmującej aktywa spółki) w znacznym stopniu zależy od tego, jakie aktywa mają być przedmiotem transakcji (czy są to pojedyncze ruchomości lub nieruchomości, czy np. zakład produkcyjny lub jego część).

Przykładowo w ramach analizy obciążeń ruchomości spółki bada się m.in. zawarte umowy zastawu rejestrowego. Zbycie aktywów obciążonych zastawem rejestrowym wbrew zakazowi wynikającemu z umowy zastawniczej, o ile ten ujawniony był w rejestrze zastawów, powoduje co do zasady nieważność zbycia.

Jeśli spółka korzysta z nieruchomości na podstawie umów najmu, a niezakłócone korzystanie z tych nieruchomości jest istotne dla jej działalności, konieczne bywa przeanalizowanie warunków zawartych umów najmu, w tym terminów wypowiedzenia. Może się bowiem okazać, że umowy zawarte zostały na czas nieokreślony bez wskazania terminów ich wypowiedzenia. Wówczas, zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego, mogą one zostać rozwiązane nawet z miesięcznym okresem wypowiedzenia (jeśli czynsz płatny jest miesięcznie). Z kolei gdy umowy najmu zostały zawarte na czas określony, analizie trzeba poddać klauzule określające przypadki, w których umowa może zostać rozwiązana. Istotne jest też, czy umowa najmu została zawarta z datą pewną, gdyż jedynie wówczas spółka jako najemca ma pewność, iż w przypadku zmiany wynajmującego umowa nie zostanie wypowiedziana (z zachowaniem terminów ustawowych).

W ramach analizy kwestii pracowniczych bada się zawarte przez spółkę umowy cywilnoprawne i ryzyko przekwalifikowania tych umów w umowy o pracę (co rodziłoby konsekwencje podatkowe oraz w zakresie ubezpieczeń społecznych, a także możliwość dochodzenia od pracodawcy wypłaty dodatkowych świadczeń).

Nie można też pominąć zbadania zapisów zawartych przez spółkę umów handlowych pod kątem ich zgodności z przepisami ochrony konkurencji (analizie w tym zakresie podlegają w szczególności klauzule wyłącznej sprzedaży czy zakupu, klauzule zakazu konkurencji, ustalenia w zakresie polityki rabatowej). Konsekwencją naruszenia tych przepisów

może być bowiem nieważność poszczególnych klauzul lub nawet całych umów, a także nałożenie przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów kar pieniężnych w wysokości do 10% przychodów osiągniętych przez przedsiębiorcę w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

Ryzyk jest wiele i nie sposób zwrócić tu uwagi na wszystkie z nich. Pominięcie etapu *due diligence* lub przeprowadzenie go w ograniczonym zakresie często prowadzi do ujemnych konsekwencji dla kupującego i przykrych niespodzianek po zamknięciu transakcji.

Oczywiście należy pamiętać, że prawo polskie nie nakłada obowiązku przeprowadzania badania prawnego spółki przed zawarciem transakcji.

Warto jednak zauważyć, że jeśli przedmiotem transakcji są prawa udziałowe, to ewentualne uprawnienia kupującego z tytułu rękojmi i gwarancji dotyczą, co do zasady, nabywanych udziałów lub akcji. Nie obejmują one bezpośrednio roszczeń związanych z naruszeniem oświadczeń i zapewnień odnoszących się np. do przedsiębiorstwa spółki. Często też sprzedający ogranicza swoją odpowiedzialność z tytułu nieprawidłowych oświadczeń czy zapewnień, a kupujący nie jest w stanie wynegocjować korzystnych dla siebie klauzul umownych.

Dlatego w dobrze pojętym interesie nabywcy leży dostateczne rozeznanie się w sytuacji prawnej nabywanej spółki przed podjęciem ostatecznej decyzji o przeprowadzeniu transakcji.

Izabela Zielińska-Barłózek, radca prawny, jest jednym ze współników odpowiedzialnych za Grupę Transakcyjną oraz kieruje Zespołem Prawa Ochrony Środowiska

Nowe zasady gry na rynku energetycznym

Weronika Pelc



Przed Bożym Narodzeniem 2011 roku polski sektor energetyczny otrzymał od rządu prezent w postaci długo oczekiwanego pakietu projektów nowych ustaw energetycznych: Prawa energetycznego, Prawa gazowego oraz ustawy o odnawialnych źródłach energii (ustawa OZE). Mają one zastąpić wielokrotnie zmieniane Prawo energetyczne, regulujące obecnie cały sektor energetyki w Polsce, w tym elektroenergetykę, ciepłownictwo, sektor gazowy, sektor odnawialnych źródeł energii oraz koncesjonowanie obrotu paliwami. W razie uchwalenia pakietu nastąpią zmiany w zasadach działania sektora, zwłaszcza w systemie wsparcia odnawialnych źródeł energii.

Sektor energetyczny w Polsce cechuje duża koncentracja i przeważający udział spółek kontrolowanych przez Skarb Państwa. Ponieważ sektor ten przynosi znaczne dochody, traktowany jest jak rodowe srebro, których nie należy się pozbywać.

Takie podejście oraz kryzys finansowy ostatnich lat na światowym rynku skutecznie spowalnia, ogranicza lub niweczy plany prywatyzacyjne w odniesieniu do spółek sektora.

W efekcie na rynku elektroenergetycznym dominuje wąska grupa spółek zajmujących się zarówno wytwarzaniem, jak i sprzedażą oraz dystrybucją energii. Rynek gazowy zdominowany jest przez Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. prowadzące poprzez różne spółki z grupy działalność wydobywczą, sprzedaż oraz dystrybucję gazu ziemnego. Niezależnie od nich na rynku działają operatorzy elektroenergetyczny i gazowy w formie niezależnych spółek kontrolowanych w 100% przez Skarb Państwa. W segmencie ciepłowniczym oraz odnawialnych źródeł energii występuje większe zróżnicowanie własnościowe – w segmentach tych obecni są zarówno polscy, jak i zagraniczni inwestorzy branżowi.

Na kształt sektora dodatkowo wpływa polityka klimatyczna przyjęta przez Unię Europejską, a w szczególności obowiązki w zakresie ograniczenia emisji gazów cieplarnianych oraz uzyskania poziomu 15% energii z odnawialnych źródeł energii w końcowym zużyciu energii brutto w 2020 r. W kraju, którego energetyka niemal w 100% oparta jest o paliwa kopalne, głównie węgiel, wdrażanie polityki Unii Europejskiej wymusza zmiany w działaniu sektora.

Nowe Prawo energetyczne

Nowe Prawo energetyczne zawiera uporządkowaną pod względem redakcyjnym regulację sektorów elektroenergetycznego i ciepłowniczego w Polsce. Zasadnicza treść regulacji pozostała niezmienną lub uległa jedynie drobnym korektom. Sektor pozostaje regulowany przez system koncesji i obowiązek zatwierdzania taryf oraz nadzorowany przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (URE). Jednak przedsiębiorstwa ciepłownicze, które spełnią wymagania w zakresie efektywności, będą zwolnione z obowiązku przedkładania taryfy do zatwierdzenia Prezesowi URE.

Projekt ustawy przygotowuje grunt pod dalsze uelastycznianie rynku energii elektrycznej. Wprowadzono mechanizm ochrony tzw. odbiorców wrażliwych, czyli osób korzystających

z zasiłków pomocy społecznej. Przedsiębiorstwa energetyczne będą obowiązane do obniżania takim odbiorcom należności za energię elektryczną o określony w ustawie ryczałt. Sprzedaż awaryjna ma być realizowana nie przez sprzedawcę z urzędu, ale przez sprzedawcę awaryjnego wskazanego w generalnej umowie dystrybucyjnej. Wprowadzono też instytucję operatora systemu pomiarowego, który stworzy zbiór informacji pomiarowych i będzie nim zarządzał. Ma powstać informatyczny system opomiarowania wykorzystujący inteligentne liczniki. Operatorzy sieci dystrybucyjnych mają zainstalować inteligentne opomiarowanie na własny koszt do 2020 r. Docelowo rozliczenie wszystkich odbiorców ma się odbywać na podstawie danych o faktycznym zużyciu, a nie prognoz.

Operatorem systemu przesyłowego elektroenergetycznego w Polsce nadal będzie mógł być wyłącznie jeden podmiot – spółka w 100% kontrolowana przez Skarb Państwa i nadzorowana przez ministra właściwego do spraw gospodarki. Spółka ta ma też wyłączną kompetencję do zarządzania połączeniami z systemami innych państw. Wprowadzone zostały zasady alokacji zdolności przesyłowych połączeń z systemami państw niebędących członkami UE (analogiczne zasady dotyczące połączeń pomiędzy krajami UE reguluje rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 714/2009). Operator systemu przesyłowego elektroenergetycznego będzie musiał posiadać certyfikat niezależności potwierdzający jego niezależność od podmiotów prowadzących działalność w zakresie sprzedaży energii elektrycznej. Wymóg ten wynika z prawa UE.

Projekt przewiduje uproszczenia dla operatorów zamkniętych systemów dystrybucyjnych: zwolnienie z obowiązku przygotowywania planów rozwoju, instrukcji ruchu i eksploatacji sieci, przedkładania taryf do zatwierdzenia, przyłączania nowych odbiorców oraz opracowywania i aktualizowania standardowych profili zużycia. Regulacja ta realizuje postulaty tzw. energetyki przemysłowej, czyli przedsiębiorców prowadzących z przyczyn historycznych działalność operatorską na terenie swoich zakładów, dla których działalność ta jest działalnością uboczną.

Mają się też zmienić zasady wsparcia wysokosprawnej kogeneracji. Przedsiębiorstwa obrotu nie będą miały obowiązku zakupu energii z kogeneracji. Pozostaje w mocy system świadectw pochodzenia energii z kogeneracji i obowiązek zakupu tych świadectw oraz przedstawiania ich do umorzenia. Uprawnienie do samodzielnego rozliczania obowiązków związanych ze świadectwami pochodzenia energii z kogeneracji uzyskują przedsiębiorstwa zużywające znaczne ilości energii, dla których energia ta stanowi 15% kosztów. Będą też one zwolnione z obowiązku zakupu i przedstawienia świadectw pochodzenia do umorzenia w odniesieniu do zakupionej i zużytej energii w ilości powyżej 400 GWh rocznie.

Nowe Prawo gazowe

Prawo gazowe reguluje działalność w zakresie przesyłania, dystrybucji, sprzedaży, magazynowania, skraplania oraz regazyfikacji gazu ziemnego. Największą zaletą projektu jest wyodrębnienie i uporządkowanie regulacji sektora gazowego. Ustawa dotyczy jedynie gazu dostarczanego za pomocą systemu gazowego. Zaproponowano mechanizmy ochrony odbiorców wrażliwych poprzez obniżki należności za dostarczony gaz. Uregulowano tryb zmiany sprzedawcy gazu przez odbiorcę. Wprowadzono sprzedaż awaryjną w razie zaprzestania sprzedaży gazu odbiorcy przez dotychczasowego sprzedawcę. Utworzono kategorię odbiorcy chronionego, czyli odbiorcy w gospodarstwie domowym oraz świadczącego podstawowe usługi użyteczności publicznej (szkoły, przedszkola, placówki opieki zdrowotnej). Odbiorcy chronieni nie podlegają ograniczeniom w dostawach gazu, a podmioty dokonujące sprzedaży takim odbiorcom mają obowiązek utrzymywania zapasów gazu celem zapewnienia bezpieczeństwa dostaw. Generalnie system koncesjonowania i taryfowania ma ulec jedynie drobnym korektom. Zrezygnowano z pojęcia obrotu gazem – koncesjonowaniu podlegać będzie po prostu sprzedaż gazu. Sprzedawcy niedostarczający gazu do gospodarstw domowych będą mogli ustalać ceny gazu bez konieczności każdorazowego zatwierdzania taryf przez Prezesa URE. Taryfy będą mogły uwzględniać koszty przedsięwzięć związanych z rozwojem OZE lub wysokosprawnej kogeneracji, co wskazywałoby na wspieranie przez ustawodawcę budowy m.in. elektrociepłowni (z zastosowaniem wysokosprawnej kogeneracji) na gaz ziemny. Znika wymóg posiadania odrębnej koncesji na import gazu z zagranicy.

Prawo gazowe wdraża do polskiego systemu prawnego dyrektywę 2009/73/WE dotyczącą wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego. Wprowadzono certyfikację niezależności dla operatora systemu przesyłowego. Operatorem systemu przesyłowego na terenie Polski nadal może być tylko jedna spółka kontrolowana w 100% przez Skarb Państwa. Uregulowano także zasady zwolnienia nowej infrastruktury, w tym połączeń wzajemnych, z obowiązku zatwierdzania taryf oraz z konieczności zapewnienia dostępu osobom trzecim.

Nowa ustawa OZE

Projekt nowej ustawy OZE przewiduje istotną zmianę systemu wsparcia energii wytworzonej w odnawialnych źródłach energii. Jeżeli ustawa wejdzie w życie, przedsiębiorcy z tej branży będą musieli istotnie skorygować swoje biznesplany. Wprawdzie ma zostać utrzymany system świadectw pochodzenia energii z OZE (tzw. zielonych certyfikatów), ale zmienić ma się formuła obliczania opłaty zastępczej. Ma to być kwota 470 zł pomniejszona o średnią cenę sprzedaży energii w poprzednim roku kalendarzowym. Nieuchronny wzrost cen energii będzie więc prowadzić do spadku opłaty zastępczej, czyli spadku cen zielonych certyfikatów. Dodatkowo

świadczenia pochodzenia będą wydawane z określeniem współczynnika korekcyjnego zależnego od rodzaju instalacji OZE. Współczynniki te mają się kształtować od ok. 0,7 dla dużych farm wiatrowych oraz instalacji współspalania do 2 dla instalacji fotowoltaicznych. Współczynniki dla energii z mikroinstalacji będą powiększone o 0,5. Dodatkowo świadectwa pochodzenia będą przysługiwać jedynie przez 15 lat, licząc od oddania instalacji do użytku. Dla instalacji oddanych do użytku przed 1997 r. możliwe jest uzyskanie certyfikatów dla energii wytworzonej w zmodernizowanych częściach tej instalacji, jednak tylko przez 15 lat od daty oddania do użytku zmodernizowanej instalacji. Ogranicza to znacznie możliwość uzyskania świadectw pochodzenia dla energii wytworzonej w największych elektrowniach wodnych w Polsce.

Znika obowiązek zakupu energii wytworzonej w OZE, co oznacza, że będzie ona musiała konkurować z inną energią oferowaną na rynku. Pozostaje za to obowiązek zakupu energii wytworzonej w mikroinstalacjach OZE. Przewidziano też znaczne uproszczenia w działaniu podmiotów, które będą eksploatować mikroinstalacje na własne potrzeby, sprzedając odbiorcom zewnętrznym do 30% wytworzonej energii elektrycznej. Taka działalność nie będzie traktowana

jak działalność gospodarcza i nie będzie wymagała wpisu do żadnego rejestru. Jednocześnie przedsiębiorstwa obrotu energią będą obowiązane do zakupu energii wytworzonej w takiej niekomercyjnej mikroinstalacji za około dwukrotność średniej ceny energii. Mikroinstalacje sprzedające większą część lub całość energii podmiotom zewnętrznym jako prowadzące działalność gospodarczą będą podlegać wpisowi do rejestru wytwórców energii w mikroinstalacji prowadzonego przez Prezesa URE. Wytwarzanie energii elektrycznej w mikroinstalacji oraz biogazu rolniczego nie będzie wymagało koncesji.

Wejście nowych przepisów w życie

Projekty przewidują wejście nowych ustaw w życie od 1 lipca 2012 r. Najpierw jednak muszą się zakończyć trwające obecnie konsultacje społeczne. Potem ostateczne wersje ustaw będą musiały zostać przyjęte przez rząd, uchwalone przez Sejm i Senat, podpisane przez Prezydenta oraz opublikowane. Ponieważ regulacja dotyczy istotnych interesów wszystkich przedsiębiorstw sektora energetycznego, należy się spodziewać uwag i dyskusji na każdym z tych etapów. Oznacza to, że pakiet ustaw najprawdopodobniej nie wejdzie w życie wcześniej niż z początkiem 2013 roku.

Weronika Pelc, radca prawny, jest współnikiem odpowiedzialnym za Zespół Doradztwa dla Sektora Energetycznego

Pokusy ukrytego nagrywania

Agnieszka Lisiecka



Popularność ukrytego nagrywania rozmów rośnie. Jednym z celów takiego nagrywania jest pozyskanie materiału dowodowego na potrzeby dochodzenia ochrony naruszanych praw. W praktyce powstają wątpliwości i rozbieżne poglądy na temat legalności takiego nagrywania, dopuszczalności dowodu z nagrań w postępowaniu cywilnym, a także odpowiedzialności karnej, cywilnej i pracowniczej osoby potajemnie nagrywającej i wnioskującej o przeprowadzenie dowodu z takiego nagrania.

Do nagrywania może zasadniczo dojść w dwóch odmiennych sytuacjach, które determinują różne ich traktowanie. Rozmowa może być bowiem nagrywana bez wiedzy i zgody rozmówców albo przez osobę w niej nieuczestniczącą, albo przez jednego z uczestników rozmowy. W literaturze i orzecznictwie niewiele miejsca poświęcono wyraźnemu rozróżnieniu obu tych sytuacji.

Co więcej, konkluzje dotyczące oceny pierwszej sytuacji są łatwo przenoszone na drugą sytuację, co w konsekwencji prowadzi do ich nieuzasadnionego równego traktowania.

Jak zatem oceniać ukryte nagrywanie rozmowy przez jej uczestnika?

Rejestracja takiej rozmowy nie narusza przepisów Kodeksu karnego. Przepis art. 267 § 3 k.k. penalizuje sytuację, w której dana osoba w celu uzyskania informacji, do której nie jest uprawniona, zakłada lub posługuje się urządzeniem podsłuchowym, wizualnym albo innym urządzeniem lub oprogramowaniem. Osoba nagrywająca rozmowę, której sama jest uczestnikiem, w oczywisty sposób nie uzyskuje dostępu do informacji dla niej nieprzeznaczonej.

Mimo rozbieżnych poglądów w tym zakresie, nagrywanie takie nie narusza dóbr osobistych osoby nagrywanej, a konkretnie prawa do wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się – chronionych na podstawie przepisu art. 23 k.c. oraz art. 49 Konstytucji i obejmujących prawo do swobody wypowiedzi, wyboru rozmówcy i tajemnicy rozmowy. Fakt ukrytego nagrywania jest bowiem neutralny z punktu widzenia swobody wypowiedzi – ewentualne jej ograniczenie, jeśli wystąpi, nie będzie skutkiem samego faktu nagrywania. Rozmowa nagrywana jest przez jej uczestnika, do którego kierowana jest wypowiedź, a więc w żadnym razie takie nagranie nie koliduje również z prawem wyboru rozmówcy. Wreszcie takie nagranie i jego wykorzystanie jako dowodu w postępowaniu sądowym nie narusza tajemnicy rozmowy. Z tego punktu widzenia nagranie nie różni się zasadniczo od zeznań świadków. Uczestnicy lub obserwatorzy rozmowy, zeznający w charakterze świadków czy stron postępowania, mają obowiązek zeznawania zgodnie z prawdą. Nie ulega przy tym wątpliwości, iż osobie zeznającej zgodnie z prawdą w postępowaniu sądowym nie można postawić zarzutu naruszenia dóbr osobistych innych osób, gdyż sąd jest zobowiązany do ustalenia faktów w sposób jak najbardziej precyzyjny. Dopuszczenie dowodu z nagrania rozmowy pozwala często uniknąć zniekształceń czy błędnej interpretacji rozmowy przez świadków i pozwala sądowi dotrzeć do niezniekształconej informacji. Oczywiście takie nagranie, jak każdy inny dowód, podlega swobodnej ocenie sądu, a w tym przypadku

ocena taka powinna być wyjątkowo ostrożna i krytyczna. Oprócz weryfikacji autentyczności samego nośnika, winna uwzględniać okoliczność, iż osoba rejestrująca rozmowę mogła pokierować rozmową w pożądanym dla niej kierunku i sprowokować rozmówcę, a ponadto że sama rozmowa może być wyrwana z szerszego kontekstu. Jednakże nie różni się to zbyt od swobody w ocenie innych dowodów, np. zeznań świadków. Świadkowie mogą pewne elementy inaczej pamiętać, odmiennie akcentować czy być świadkami tylko części zdarzenia wyrwanego z kontekstu.

Pozostaje pytanie, czy nagranie takie może być dopuszczone jako dowód w postępowaniu cywilnym. Kodeks postępowania cywilnego nie zawiera w tym zakresie wyraźnego zakazu. Przeciwnie, przepis art. 308 k.p.c. zawiera jedynie ogólną regulację, iż sąd może dopuścić dowód m.in. z płyt lub taśm dźwiękowych i innych przyrządów utrwalających albo przenoszących obrazy lub dźwięki. Przepis art. 3 k.p.c. wysławia natomiast zasadę prawdy i stanowi, iż strony i uczestnicy postępowania obowiązani są dawać wyjaśnienia co do okoliczności sprawy zgodnie z prawdą i bez zatajania czegokolwiek. Skoro nagrywanie takie nie stanowi przestępstwa ani nie narusza wolności komunikowania się, przy jednoczesnym braku wyraźnych ograniczeń dowodowych dowód z takiego nagrania należy uznać za w pełni dopuszczalny.

W tym duchu wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 25 kwietnia 2003 r. (sygn. akt IV CKN 94/2001) wydanym na gruncie sprawy rozwodowej. Rok wcześniej, w wyroku z 10 maja 2002 r. (sygn. akt WA 22/02), Sąd Najwyższy uznał tego rodzaju dowód za w pełni dopuszczalny w procesie karnym. Jednak najnowsze orzeczenia sądów apelacyjnych wskazują, że poglądy w tym zakresie ewoluują w kierunku przeciwnym. Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 10 stycznia 2008 r. (sygn. akt I ACa 1057/2007) uznał, że takie nagranie jest dowodem niedopuszczalnym, ponieważ godzi w konstytucyjne prawo komunikowania się oraz zachodzi niewspółmierność między dobrem naruszonym a ważnym interesem. Sąd ten powielił argumentację zawartą w wyroku SN z 13 listopada 2002 r. (sygn. akt ICKN 1150/2000), w ogóle nie rozważając odmienności stanów faktycznych w obu sprawach. Tymczasem powoływany wyrok

SN dotyczył stanu faktycznego, w którym rozmowa została nagrana przez osobę niebędącą jej uczestnikiem.

Za niedopuszczalnością dowodu z ukrytego nagrania opowiedział się również Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 18 marca 2010 r. (sygn. akt ACa 10/2010). W tym jednak przypadku sąd dodatkowo powołał się na wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 5 lutego 2008 r. w sprawie Ramanauskas przeciwko Litwie (sygn. 74420/01) wydany w kontekście naruszenia przepisów warunkujących prowadzenie podsłuchu przez organy ścigania, a więc w sytuacji zupełnie nieprzystającej do tej, która zaistniała w zawiesz przed nim sprawie. Postępowanie karne reguluje co do zasady prawa i obowiązki jego stron (organów ścigania i oskarżonego) i ma gwarancyjny charakter w zakresie uprawnień tego ostatniego. Obowiązkiem organów, zgodnie z brzmieniem art. 7 Konstytucji, jest działać ściśle w granicach przyznanego im uprawnienia. Zatem, choć zakaz dopuszczalności tego rodzaju dowodów nie wynika z samych przepisów Kodeksu postępowania karnego, to jednak z faktu wprowadzenia jasno określonych przesłanek stosowania dozwolonego podsłuchu przez organy ścigania należy wywieść, że każde od nich odstępstwo będzie skutkowało niedopuszczalnością takiego dowodu. W żadnym jednak razie argumentacja powyższa nie może być automatycznie przenoszona na płaszczyznę rozważań na temat dopuszczalności nagrań dokonywanych przez osoby prywatne. Dlatego też z rozstrzygnięciami sądów apelacyjnych trudno się zgodzić.

W tym kontekście ryzykowna byłaby np. próba rozwiązania umowy o pracę z pracownikiem z powodu ukrytego nagrywania przezeń rozmów z pracodawcą lub ze współpracownikami, jeśli nagrania mają na celu dochodzenie przez pracownika jego praw. Przyczyna taka może zostać uznana za nieuzasadniającą rozwiązanie umowy o pracę.

Ukryte nagrywanie rozmowy przez uczestnika w celu sądowego dochodzenia praw, w przeciwieństwie do podsłuchu, nie stanowi przestępstwa, nie narusza też wolności komunikowania się. W konsekwencji, i przy jednoczesnym braku wyraźnych zakazów dowodowych, także dowód z takiego nagrania należy uznać za w pełni dopuszczalny.

Agnieszka Lisiecka, adwokat, jest współnikiem odpowiedzialnym za Zespół Prawa Pracy

Dual listing

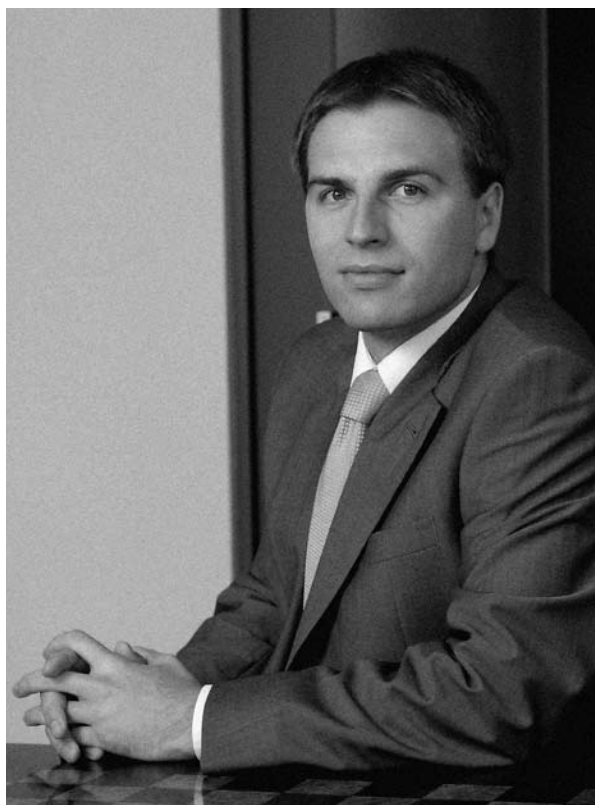
Danuta Pajewska



Dual listing to praktyka równoległego notowania akcji danej spółki na dwóch lub więcej giełdach papierów wartościowych. W ostatnich latach widać rosnące zainteresowanie spółek z Europy Środkowej i Wschodniej Giełdą Papierów Wartościowych w Warszawie (GPW) jako kolejnym rynkiem obrotu dla ich akcji, co jest efektem rosnącej pozycji GPW w tym regionie. Obecnie na GPW notowanych jest kilkadziesiąt spółek z siedzibą poza granicami Polski, przy czym dla części z nich GPW jest jednym z dwóch, a w niektórych przypadkach jednym z kilku rynków, na których notowane są ich akcje.

Głównym powodem ubiegania się przez spółki o równoległe notowania na kilku rynkach jest zwiększenie możliwości pozyskania kapitału, często na rynku, który jest większy niż rynek rodzinny. Wprowadzenie do obrotu na kolejnych rynkach państw należących do Unii Europejskiej (UE) akcji spółki, która jest już notowana na giełdzie w co najmniej

Marcin Pietkiewicz



jednym państwie członkowskim UE, stało się łatwiejsze również jeśli chodzi o warunki formalno-prawne. Należy jednak pamiętać, że notowanie akcji na dwóch rynkach wiąże się z ryzykiem mniejszej płynności akcji na jednym z tych rynków, możliwymi różnicami w cenie akcji pomiędzy rynkami, a także koniecznością uwzględniania przez spółkę specyfiki regulacji prawnych obu rynków przy zapewnieniu akcjonariuszom jednakowych uprawnień (np. w zakresie prawa głosu i uczestnictwa w walnych zgromadzeniach akcjonariuszy czy prawa do dywidendy).

Aby akcje spółki zagranicznej zadebiutowały na GPW, powinien zostać sporządzony i zatwierdzony prospekt emisyjny. Należy także dokonać odpowiednich czynności związanych z dematerializacją akcji i umieszczeniem ich w międzynarodowym systemie depozytowo-rozliczeniowym skorelowanym z systemem Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych (KDPW). Akcje muszą też spełniać warunki

dopuszczenia do obrotu na GPW, zwłaszcza w zakresie liczby akcji w obrocie i wartości emisji. Cały proces, w tym także sam prospekt emisyjny, powinien od samego początku uwzględniać aspekty prawne wynikające zarówno z przepisów państwa siedziby spółki (zwłaszcza jeżeli nie jest to państwo jednej z giełd, na której notowane będą akcje spółki), jak i z przepisów państw, w których funkcjonują rynki, na których akcje spółki będą notowane, w tym z przepisów państwa, w którym zatwierdzany ma być prospekt emisyjny.

Prospekt emisyjny – zatwierdzenie, notyfikacja, treść

Podstawowym warunkiem, który musi spełnić spółka (czy to polska, czy zagraniczna) w celu dopuszczenia jej akcji do obrotu na GPW, jest sporządzenie i zatwierdzenie prospektu emisyjnego przez właściwy organ nadzoru nad rynkiem kapitałowym.

Wybór kraju, w którym spółka zamierza zatwierdzić prospekt emisyjny, jest kluczową decyzją determinującą tryb i czas przeprowadzania całego procesu wprowadzenia akcji do obrotu na GPW.

Spółka zagraniczna z siedzibą w państwie należącym do UE, która chce zadebiutować na GPW, może wybrać jeden z dwóch scenariuszy:

- a. sporządzić prospekt i uzyskać jego zatwierdzenie w państwie UE będącym państwem jej siedziby, po czym notyfikować zatwierdzony prospekt w Polsce;
- b. albo sporządzić prospekt i uzyskać jego zatwierdzenie przez organ nadzoru w innym państwie członkowskim UE niż państwo siedziby spółki (o ile między tymi państwami zawarte jest porozumienie w sprawie przekazywania rozpatrywania wniosków o zatwierdzenie prospektów emisyjnych), a następnie notyfikować tak zatwierdzony prospekt w Polsce.

Natomiast spółki spoza UE chcące zadebiutować na GPW mogą sporządzić prospekt i uzyskać jego zatwierdzenie w Polsce, spełniając w tym zakresie warunki wynikające z prawa polskiego, albo sporządzić prospekt i uzyskać jego zatwierdzenie w innym niż Polska państwie UE, a następnie notyfikować zatwierdzony prospekt w Polsce.

W dalszych rozważaniach ograniczymy się do omówienia zagadnień, które będą miały szczególne znaczenie, gdy prospekt emisyjny jest zatwierdzony w innym państwie członkowskim UE niż Polska, a spółka rozważa wprowadzenie swych akcji do obrotu na dwóch rynkach, w tym na GPW, w połączeniu ewentualnie z ofertą publiczną akcji w Polsce.

Jednym z czynników wpływających na wybór kraju zatwierdzenia prospektu emisyjnego jest język prospektu. Jeżeli prospekt, w tym jego część finansowa, jest sporządzony w języku angielskim, to wyłącza to konieczność tłumaczenia całego prospektu na język polski. W tym przypadku

wymagane jest jedynie tłumaczenie podsumowania prospektu emisyjnego na język polski. Częściowo uzasadnia to wybór przez spółki tych jurysdykcji, gdzie prospekt może być złożony i zatwierdzony w języku angielskim.

Prospekt emisyjny spółki, która rozważa wprowadzenie akcji do obrotu na GPW, powinien zawierać polskie wątki dotyczące w szczególności warunków notowania akcji na GPW oraz przechowywania akcji w odpowiednim systemie depozytowym papierów wartościowych w sposób zapewniający KDPW rejestrowanie i rozliczanie transakcji mających miejsce na GPW. Jeżeli emitent rozważa ofertę publiczną akcji w Polsce, szczególnie istotne jest wskazanie ryzyk odnoszących się do warunków i trybu przeprowadzania oferty w Polsce, związanych z odwołaniem oferty lub jej zawieszeniem, a także z zasadami dystrybucji i przydziału akcji.

Z organizacyjnego punktu widzenia istotny jest sposób publikacji prospektu wraz z tłumaczeniem jego podsumowania. Polskie przepisy przewidują kilka sposobów publikacji prospektu, spośród których dla zagranicznych spółek optymalne będą:

- a. publikacja w postaci elektronicznej w sieci internet na stronie spółki i równocześnie na stronie instytucji finansowej oferującej akcje spółki;
- b. publikacja w postaci elektronicznej w sieci internet na stronie GPW; albo
- c. publikacja w postaci elektronicznej w sieci internet na stronie organu nadzoru państwa macierzystego emitenta.

O przyjętej metodzie publikacji prospektu należy uprzednio poinformować Komisję Nadzoru Finansowego. Wybrana metoda będzie miała również zastosowanie przy publikacji aneksów do prospektu lub komunikatów.

Dual listing z ofertą publiczną na GPW

W celu prawidłowego przygotowania oferty publicznej akcji zagranicznej spółki na GPW ważne jest ustalenie momentu powstania praw z nowo emitowanych akcji, a zwłaszcza tego, czy dla powstania tych praw wymagana jest rejestracja akcji w odpowiednim rejestrze spółek. Rozpoczęcie notowania akcji na GPW może bowiem nastąpić jedynie wtedy, gdy akcje te faktycznie i prawnie istnieją. W polskim systemie prawnym powstanie akcji wymaga rejestracji podwyższenia kapitału zakładowego spółki w rejestrze sądowym. Zasada ta nie występuje we wszystkich jurysdykcjach, a zatem ustalenie czynności i dokumentów poświadczających fakt zaistnienia praw z akcji jest kluczowe z punktu widzenia procedury ich dopuszczenia do obrotu na GPW.

Ponadto należy zapewnić, aby uchwały o emisji akcji zagranicznych spółek zawierały kluczowe elementy pozwalające GPW i KDPW na podjęcie decyzji o dopuszczeniu akcji do obrotu i ich dematerializacji.

Równoległe notowanie akcji na GPW i innej giełdzie

papierów wartościowych wymaga zatem uprzedniego skoordynowania czynności podejmowanych w celu dopuszczenia akcji do obrotu na obu rynkach. W tym celu zalecane jest jak najwcześniejsze rozpoczęcie procesu uzgodnień z GPW i KDPW.

Depozyt akcji – dematerializacja

Obrót akcjami na GPW prowadzony jest w formie zdematerializowanej, tzn. akcje spółek nie mają formy dokumentu, a własność akcji potwierdzają zapisy na rachunkach papierów wartościowych akcjonariuszy prowadzonych przez domy maklerskie i banki powiernicze.

Aby umożliwić obrót akcjami na GPW, spółka zagraniczna musi zawrzeć odpowiednie umowy, które zapewnią zdematerializowany system obrotu i rozliczania transakcji zawieranych na obu rynkach jednocześnie, w tym także możliwość przenoszenia przez inwestorów akcji pomiędzy oboma rynkami. KDPW współpracuje w powyższym zakresie z macierzystym dla spółki depozytariuszem i innymi zagranicznymi instytucjami depozytowo-rozliczeniowymi, aby zapewnione zostało płynne rozliczanie transakcji i wypłata dywidendy bez względu na to, na którym rynku akcje zostały nabyte.

Obowiązki informacyjne

W przypadku emitenta będącego spółką zagraniczną zakres informacji i terminy przekazywania ich do publicznej wiadomości w Polsce określają generalnie przepisy macierzystego państwa członkowskiego UE, w którym emitent ma siedzibę.

W przypadku spółek, których siedziba nie znajduje się na terytorium państwa członkowskiego UE, państwem macierzystym emitenta, którego przepisy będą określały zakres informacji i terminy ich przekazywania do publicznej wiadomości, jest państwo członkowskie UE, w którym będzie przeprowadzona oferta publiczna, albo państwo, w którym akcje będą dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym według wyboru emitenta lub wprowadzającego.

Wybór przez emitenta organu nadzoru w zakresie nabywania znacznych pakietów akcji

Ponieważ spółka zagraniczna, której akcje są dopuszczone do obrotu na GPW, może podlegać różnym regulacjom prawnym w zakresie zasad nabywania znacznych pakietów akcji i w określonych przypadkach ma ona prawo wskazać właściwy organ nadzoru, w ramach procesu przygotowania *dual listingu* należy dokonać stosownych ustaleń w tej kwestii. Informacja o wyborze organu nadzoru w zakresie nabywania znacznych pakietów akcji może być podana inwestorom już w samym prospekcie.

Podsumowanie

Oceniając wyłącznie ramy formalno-prawne wpływające na atrakcyjność *dual listingu* w Europie, można stwierdzić, że tworzą one wystarczające podstawy dla sprawnego i skutecznego przeprowadzania tego procesu w Polsce. Odrębną kwestią jest ocena rynkowych korzyści notowania akcji na różnych giełdach i możliwości pozyskania w ten sposób kapitału.

Danuta Pajewska, radca prawny, jest współnikiem odpowiedzialnym za Zespół Rynków Kapitałowych i Instytucji Finansowych

Marcin Pietkiewicz, radca prawny, jest członkiem Zespołu Rynków Kapitałowych i Instytucji Finansowych



portalprocesowy.pl

Skutki zaniechania zawiadomienia spółki o zbyciu udziałów

Jacek Bondarewski

Kinga Ziemnicka



Zawiadomienie o zbyciu udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością – niepozorna formalność, która powoduje doniosłe skutki dla spółek i wspólników. Ta czasami zaniedbywana lub bagatelizowana czynność może być powodem wadliwości działania organów spółki także wiele lat po dokonaniu zmiany wspólników.

Zgodnie z przepisami Kodeksu spółek handlowych o przejściu udziału, jego części lub ułamkowej części udziału na inną osobę oraz o ustanowieniu zastawu lub użytkowania udziału zainteresowani zawiadamiają spółkę, przedstawiając dowód przejścia udziału bądź ustanowienia na nim zastawu lub użytkowania. Przejście udziału, jego części lub ułamkowej części udziału oraz ustanowienie zastawu lub użytkowania jest skuteczne wobec spółki od chwili, gdy spółka otrzyma od jednego z zainteresowanych zawiadomienie o tym wraz z dowodem dokonania czynności (art. 187 § 1 k.s.h.).

Kluczowe w tym przepisie jest postanowienie o skuteczności wobec spółki przejścia udziału dopiero od chwili doręczenia spółce stosownego zawiadomienia wraz z dowodem dokonania czynności. Do czasu otrzymania takiego kompletnego zawiadomienia spółka uznaje za wspólnika wyłącznie podmiot lub osobę, która była jej wcześniej znana jako udziałowiec. Bezsporne jest, że w takim wypadku, pomimo dokonania czynności prawnej przenoszącej udziały na nowego wspólnika, spółka ma prawo wysłać wszelkie zawiadomienia do dawnego wspólnika. Ponadto – w przypadkach uzasadnionych prawnie – spółka ma prawo przyjmować świadczenia oraz dokonywać płatności (np. dywidendy) od i do wspólnika zbywającego udziały.

Problemy interpretacyjne pojawiają się natomiast w przypadku próby odpowiedzi na pytanie, kto do czasu skutecznego zawiadomienia spółki o zbyciu udziałów jest uprawniony do

występowania i głosowania na zgromadzeniu wspólników: dawny czy nowy wspólnik. Według niektórych poglądów do czasu zawiadomienia spółki o zmianie wspólnika nowy wspólnik nie może skutecznie podejmować uchwał (głosować na zgromadzeniu wspólników ani podejmować uchwał w trybie pisemnym). Odmierna interpretacja dopuszcza odbywanie zgromadzeń wspólników w trybie nieformalnym, czyli bez pisemnego zwołania przez zarząd spółki, który do czasu otrzymania prawidłowego zawiadomienia o zbyciu udziałów musiałby wysłać zawiadomienia do dawnego wspólnika.

Próbę rozstrzygnięcia, która z powołanych interpretacji jest prawidłowa, można podjąć odwołując się do innej regulacji Kodeksu spółek handlowych wprowadzającej dodatkowy obowiązek zawiadomienia spółki kapitałowej o powstaniu stosunku dominacji ze strony innej spółki. Zgodnie z art. 6 § 1 k.s.h. spółka dominująca ma obowiązek zawiadomić spółkę kapitałową zależną o powstaniu stosunku dominacji w terminie dwóch tygodni od dnia powstania tego stosunku, pod rygorem zawieszenia wykonywania prawa głosu z akcji albo udziałów spółki dominującej reprezentujących więcej niż 33% kapitału zakładowego spółki zależnej. W tym przepisie ustawodawca wprost przewidział, że brak dokonania wymaganego przez ustawę zawiadomienia powoduje częściową utratę (zawieszenie) prawa głosów z udziałów lub akcji. A zatem brak podobnej sankcji za naruszenie art. 187 § 1 k.s.h. może uzasadniać interpretację, że brak skutecznego zawiadomienia o zbyciu udziałów nie prowadzi do ograniczenia prawa głosu na zgromadzeniu wspólników.

Zdarzają się jednak poglądy odmienne, stwierdzające, że art. 6 k.s.h. jest w istocie przepisem łagodzącym ogólną i surową sankcję bezskuteczności zbycia udziałów wobec spółki do czasu jej zawiadomienia o tym fakcie. Przyjęcie takiej wykładni obu przepisów art. 6 oraz art. 187 k.s.h. oznaczałoby zatem, że w przypadku zaniechania obowiązkowego zawiadomienia spółki o zbyciu

udziałów nowy wspólnik nie ma możliwości wykonywania prawa głosu, natomiast w sytuacji uchybienia szczególnemu i dodatkowemu obowiązkowi zgłoszenia spółce powstania stosunku dominacji nowy wspólnik (będący spółką wypełniającą definicję spółki dominującej) jest ograniczony w prawie głosu do 33% posiadanych głosów.

Przyjęcie wykładni rygorystycznej, zgodnie z którą nowy wspólnik do czasu prawidłowego zawiadomienia spółki nie może skutecznie głosować na zgromadzeniu wspólników, powoduje istotny problem z podejmowaniem niezbędnych uchwał w spółce, w tym na przykład o powołaniu nowego zarządu. Dość częstą praktyką w przypadku zbycia udziałów skutkującego zmianą kontroli (dominacji) nad spółką jest ustąpienie lub odwołanie dawnego zarządu spółki. W przypadku rezygnacji lub odwołania zarządu i konieczności powołania nowego zarządu przez nowego wspólnika powstaje problem skutecznego głosowania nad uchwałą w sprawie powołania członków zarządu. Jeżeli taka uchwała zostanie podjęta przez nowego wspólnika przed doręczeniem spółce zawiadomienia o zbyciu udziałów, uchwała taka – w razie przyjęcia powołanej powyżej rygorystycznej wykładni naruszenia art. 187 § 1 k.s.h. – może być uznana za wadliwą. Oznacza to, że nawet w przypadku dalszej rejestracji tak powołanego zarządu w Krajowym Rejestrze Sądowym skuteczność powołania tego organu, a w konsekwencji uprawnienie do reprezentowania spółki, mogą zostać zakwestionowane.

Dalsze skutki utrzymywania takiego stanu rzeczy mogą być ujemne dla spółki, jak również dla interesów wspólników. Z tego względu należy bezwzględnie przestrzegać wymogów zawartych zarówno w art. 187 § 1, jak i w art. 6 k.s.h. Traktowanie omawianego wymogu zawiadomienia spółki jako zwykłej formalności, która co prawda nie wpływa na ważność samej umowy przenoszącej własność, ale istotnie wpływa na uprawnienia nowego wspólnika, jest nieostrożnością mogącą spowodować poważne konsekwencje prawne.

*Jacek Bondarewski, radca prawny, jest współautorem
współodpowiedzialnym z Zespołu Prawa Korporacyjnego,
Restrukturyzacji Spółek i Kontraktów Handlowych*

*Kinga Ziemińska, radca prawny, jest członkiem Zespołu Prawa
Korporacyjnego, Restrukturyzacji Spółek i Kontraktów Handlowych*

Charakter prawny kart podarunkowych

Krzysztof Wojdyło



Sieci handlowe coraz częściej decydują się na wydawanie lub współwydawanie kart podarunkowych, które służą ich posiadaczom do bezgotówkowego kupowania towarów oraz usług. Określenie natury prawnej tych instrumentów nie jest łatwe, zwłaszcza po wejściu w życie ustawy z 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych.

Termin „karta podarunkowa” został w niniejszym tekście użyty na oznaczenie rozwiązania, które przewiduje, iż klient sieci handlowej w zamian za dokonanie określonej wpłaty otrzymuje kartę na okaziciela, która upoważnia posiadacza takiej karty do dokonania zakupów o wartości odpowiadającej dokonanej przedpłacie, bez konieczności płacenia w momencie zakupu. Jako że karty podarunkowe są kartami na okaziciela, podmiot dokonujący zakupu przy użyciu karty podarunkowej niekoniecznie musi być tożsamy z podmiotem, który dokonał przedpłaty i nabył kartę. Karty podarunkowe są zazwyczaj akceptowane w jednej lub najwyżej kilku sieciach handlowych.

Warto podkreślić, iż istnieje wiele rozwiązań technicznych stosowanych przy wydawaniu kart podarunkowych. Kartą podarunkową, rozumianą jako instrument zapewniający wskazaną powyżej funkcjonalność, może być zarówno tradycyjny bon towarowy, karta magnetyczna, karta z technologią NFC, jak i karta wirtualna. Użycie konkretnej technologii może mieć wpływ na ocenę natury prawnej danej karty.

Przykładowe interpretacje

W trakcie używania kart podarunkowych mamy standardowo do czynienia z przynajmniej dwoma zdarzeniami, które mogą mieć znaczenie prawne. Pierwszym z nich jest wydanie karty podarunkowej, drugim – jej użycie przez posiadacza. Poszczególne interpretacje charakteru prawnego kart podarunkowych będą różniły się między sobą oceną natury prawnej tych zdarzeń.

Interpretacja I. Pierwszy stosunek prawny powstaje pomiędzy wydawcą karty podarunkowej a podmiotem nabywającym kartę w momencie jej wydania. Dla uproszczenia przyjmijmy, iż wydawcą karty jest jednocześnie jej docelowy akceptant.

Pierwsze skojarzenie prowadzi do wniosku, iż w tym momencie dochodzi do zawarcia umowy sprzedaży (lub zbliżonej do umowy sprzedaży umowy nienazwanej), której przedmiotem jest karta podarunkowa. Świadczenie nabywcy karty polegałoby w takim przypadku na zapłacie ceny za kartę oraz odbiorze karty, natomiast świadczenie sprzedawcy sprowadzałoby się do przeniesienia na nabywcę własności karty oraz wydania nabywcy karty. Taka interpretacja prowadziłaby do wniosku, iż wraz z wydaniem karty oraz zapłatą ceny dochodzi do sfinalizowania umowy sprzedaży (bądź zbliżonej do niej umowy nienazwanej) pomiędzy wydawcą karty a jej nabywcą. Jakkolwiek interpretacja ta jest atrakcyjna z uwagi na swoją prostotę, rodzi ona szereg trudnych do rozstrzygnięcia zagadnień w związku z dalszymi etapami funkcjonowania karty.

Jeżeli bowiem uznamy, iż wydanie karty i zapłata ceny za jej wydanie finalizuje stosunek prawny, następujące po nim używanie karty będzie musiało odbywać się w ramach odrębnych stosunków prawnych.

Zalóżmy na potrzeby tych rozważań, że karta w trakcie swojego funkcjonowania zmieniła właściciela. Nowy

właściciel udaje się do wydawcy karty w celu dokonania zakupów. Analizowana interpretacja zakłada, iż dochodzi wówczas do zawarcia nowej umowy sprzedaży, w której kupującym jest aktualny posiadacz karty, a sprzedawcą wydawca karty. Tym razem przedmiotem sprzedaży nie jest już jednak karta podarunkowa, lecz towary znajdujące się w asortymencie sprzedawcy. Zobowiązaniem sprzedawcy będzie przeniesienie na nabywcę własności towarów oraz ich wydanie, natomiast świadczenie nabywcy będzie polegało na zapłacie ceny oraz odbiorze towaru.

Zapłata ceny nastąpi w tym przypadku za pomocą karty podarunkowej, a więc w sposób bezgotówkowy. Czym w takim przypadku jest karta podarunkowa? Staje się ona *de facto* rodzajem środka płatniczego bądź instrumentu płatniczego. To bowiem za jej pomocą dokonywana jest zapłata ceny za nabywane od sprzedawcy towary. Użycie przez nabywcę karty podarunkowej skutkowałoby w takim przypadku umorzeniem jego zobowiązania do zapłaty ceny.

W omawianym przypadku sprzedawca dokonywałby więc dwóch odrębnych, niezależnych od siebie sprzedaży. Pierwsza umowa sprzedaży (bądź zbliżona do niej umowa nienazwana) dotyczyłaby karty podarunkowej, kolejna towaru. W obu przypadkach dochodziłoby do zapłaty ceny, przy czym w pierwszym przypadku dokonywałaby się ona za pomocą „tradycyjnych” środków płatniczych, a w drugim za pomocą karty podarunkowej. Okoliczność, iż sprzedawca dwukrotnie otrzymuje zapłatę ceny, może mieć znamienne skutki podatkowe.

Interpretacja II. Dublowanie się umów, do którego dochodzi w Interpretacji I, a które nie odpowiada biznesowym założeniom wprowadzenia kart podarunkowych, zmusza do poszukiwania konstrukcji pozwalających na zachowanie funkcjonalności kart podarunkowych przy jednoczesnym braku multiplikacji umów.

W tej interpretacji sprzedawca w momencie wydania karty podarunkowej zawiera z nabywcą karty umowę sprzedaży. Jej przedmiotem nie jest jednak karta podarunkowa, lecz towar znajdujący się w asortymencie sprzedawcy. Świadczenie sprzedawcy polega na zobowiązaniu (ograniczonym w czasie odpowiadającym terminowi ważności karty) do przeniesienia własności oraz wydania towaru (oznaczonego w sposób niezwykle ogólny – jako znajdujący się w asortymencie sprzedawcy towar o określonej wartości) na rzecz podmiotu legitymującego się kartą podarunkową. Zobowiązanie nabywcy karty polega na: (i) zobowiązaniu do zapłaty ceny; (ii) zobowiązaniu do odbioru towaru w terminie odpowiadającym terminowi ważności karty oraz (iii) do zapłaty zadatku w rozumieniu art. 394 Kodeksu cywilnego w wysokości 100% ceny. Umowa sprzedaży może być w takim przypadku zawarta również na rzecz osoby trzeciej, tj. każdorazowego posiadacza karty podarunkowej.

W momencie docelowego wydania towaru przez sprzedawcę

na rzecz posiadacza karty nie dochodzi – jak w przypadku Interpretacji I – do zawarcia oddzielnej umowy sprzedaży. Przeciwnie, nadal poruszamy się w obrębie pierwotnej umowy sprzedaży. Dopiero wraz z okazaniem karty podarunkowej w celu odbioru towaru dochodzi do zwolnienia się sprzedawcy ze zobowiązań z umowy sprzedaży zawartej z pierwotnym posiadaczem karty. Interpretacja II pozwala też sprzedawcy w sposób zgodny z prawem zachować środki otrzymane przez pierwotnego posiadacza karty w sytuacji, w której – z jakiegoś powodu – w ogóle nie dojdzie do wykorzystania karty podarunkowej. W takim przypadku, po upływie terminu ważności karty, sprzedawca będzie na mocy art. 394 Kodeksu cywilnego uprawniony do odstąpienia od umowy sprzedaży i zatrzymania otrzymanego zadatku. Kupujący nie wykonał bowiem w terminie swojego zobowiązania do odbioru towaru.

W omawianej interpretacji karta podarunkowa nie jest już środkiem płatniczym ani instrumentem płatniczym. Staje się po prostu znakiem legitymacyjnym w rozumieniu art. 921¹⁵ Kodeksu cywilnego, uprawniającym jej posiadacza do odbioru towaru.

Interpretacja III. W przypadku kart podarunkowych spełniających jednocześnie kryteria umożliwiające zakwalifikowanie ich jako instrumentów płatniczych możliwa jest jeszcze inna interpretacja. Pierwsza relacja prawna, jaka zawiązuje się pomiędzy pierwotnym nabywcą karty a jej wydawcą, nie będzie umową sprzedaży, której przedmiotem jest karta (jak w Interpretacji I), ani umową docelową sprzedaży towaru (jak w Interpretacji II), lecz umową, na podstawie której wydawany jest przedpłacony instrument płatniczy.

Instrument ten będzie zapewne w większości przypadków instrumentem na okaziciela, który może być przekazany innej osobie. W momencie kiedy posiadacz karty udaje się do sklepu w celu „realizacji” karty podarunkowej, dochodzi do zawarcia klasycznej umowy sprzedaży, w ramach której zapłata za nabywany towar dokonywana jest przy wykorzystaniu przedpłaconego instrumentu płatniczego.

W efekcie w ramach „funkcjonowania” karty podarunkowej dochodzi do zawarcia dwóch niezależnych od siebie umów: umowy o wydanie przedpłaconego instrumentu płatniczego oraz umowy sprzedaży. Jakkolwiek określenie charakteru środków, które przekazuje nabywca karty wydawcy przy okazji zawarcia umowy o instrument płatniczy, może rodzić pewne trudności, należy założyć, że środki te nie mogą być kwalifikowane jako zapłata ceny za nabywany od sprzedawcy towar. Prawo do dysponowania tymi środkami posiada bowiem nadal posiadacz karty, a nie sprzedawca. To w znaczący sposób odróżnia tę interpretację od Interpretacji I. Nie dochodzi bowiem do wspomnianej wcześniej dwukrotnej zapłaty ceny, która powodowałaby znaczące skutki podatkowe.

Zastaw na prawie ochronnym na znak towarowy to nie wszystko

Anna Pompe



Naczelną myślą przy zawieraniu umowy zastawu powinna być troska o zachowanie przedmiotu zastawu, jakim jest prawo ochronne na znak towarowy, przede wszystkim ze względu na łatwość utraty tego prawa.

Praktyka ostatnich kilku lat wskazuje, że banki coraz chętniej udzielają kredytów pod zastaw na prawach własności przemysłowej. Sytuacja taka nie dziwi, gdyż wartość rynkowa marek należących do polskich przedsiębiorców stale rośnie, co często idzie w parze z bardzo szybkim rozwojem całego przedsiębiorstwa. Znaki towarowe, które zyskały status cennych aktywów firmy, w sposób naturalny stają się doskonałym przedmiotem poręczenia za zobowiązania majątkowe zaciągnięte w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. Sprzyja temu profesjonalne zarządzanie portfolio znaków towarowych, dbałość o ich odpowiednią rejestrację i utrzymanie ochrony – standardy coraz powszechniej stosowane przez przedsiębiorców.

Znak towarowy jest jednak z wielu względów specyficznym przedmiotem zabezpieczenia, o czym powinny pamiętać przede wszystkim banki jako kredytodawcy. Abstrahując od kwestii prawnych, jednym z elementów tej specyfiki jest

podwyższona niepewność utrzymania wartości przedmiotu zabezpieczenia przez wieloletni okres trwania kredytu. We współczesnej gospodarce marka podatna jest bowiem na działanie wielu złożonych czynników i jej dewaluacja może nastąpić bardzo gwałtownie.

Banki również mają świadomość, że wartość znaków towarowych kreują ich właściciele, którzy wyłącznie zarządzają przedsiębiorstwem i jego publicznym wizerunkiem. Ryzyka te są brane pod uwagę przy każdej analizie kredytowej, ale czy banki w pełni zdają sobie sprawę, jak ogromny rzeczywisty wpływ na przedmiot zabezpieczenia ma kredytobiorca?

Zachowanie przedmiotu zastawu przez okres trwania umowy zastawu – niezależnie już od kondycji samego znaku towarowego – jest najważniejszą rzeczą, o którą musi zadbać bank, zawierając taką umowę. Nie jest to jednak kwestia tak oczywista, jak mogłoby się z pozoru wydawać.

Dla dalszych rozważań istotne są dwie okoliczności. Po pierwsze – prawo ochronne na znak towarowy jest prawem czasowym; dla jego zachowania wymagane jest złożenie w odpowiednim czasie wniosku o przedłużenie prawa i dokonanie opłaty urzędowej. Po drugie – zastaw można ustanowić na prawie do zarejestrowanego znaku towarowego, a także na prawie ze zgłoszenia znaku towarowego do rejestracji. W takim przypadku kredytobiorca musi wykazać dodatkową, szczególną staranność w działaniu przed Urzędem Patentowym, aby doprowadzić proces rejestracji znaku towarowego do końca.

Należy pamiętać, że aktywność w celu uzyskania prawa ochronnego, a następnie jego utrzymania będzie wymagana od kredytobiorcy z reguły po upływie kilku lat od momentu ustanowieniu zastawu. Znaki towarowe są bowiem rejestrowane na kolejne okresy dziesięcioletnie, a sam proces rejestracji znaku może trwać do dwóch i pół roku.

Dlatego w umowach zastawu często znajdują się zapisy, które mają zobowiązywać kredytobiorcę do starannego działania na rzecz utrzymania przedmiotu zastawu przez cały czas trwania umowy, w tym do wnoszenia opłat urzędowych i dokonania wszelkich innych czynności formalnych przed Urzędem Patentowym.

Bez względu na zapisy umowne bank – w razie bezczynności kredytobiorcy – może odwołać się do art. 330 k.c. Artykuł

ten przyznaje zastawnikowi szczególne uprawnienia do podejmowania wszelkich czynności i dochodzenia wszelkich roszczeń, które zmierzają do zachowania prawa, na którym ustanowiony został zastaw.

Tym samym bank powinien móc skutecznie dokonać przed Urzędem Patentowym tych czynności formalnych, które zmierzają do przedłużenia prawa ochronnego na zarejestrowany znak towarowy, przede wszystkim wnieść opłatę urzędową za kolejny okres ochrony. Z praktycznego punktu widzenia oczywiście bank powinien we własnym zakresie monitorować ważność poszczególnych znaków towarowych objętych zastawami, tak aby móc reagować przed upływem okresów ochrony.

W przypadku natomiast zastawu na zgłoszeniu znaku towarowego do rejestracji rzecz przedstawia się dla banku nieco inaczej, zarówno z praktycznego, jak i prawnego punktu widzenia. W procesie rejestracji znaku towarowego kluczowym momentem jest wydanie przez Urząd Patentowy tzw. decyzji warunkowej o udzieleniu prawa ochronnego i wezwanie zgłaszającego do uiszczenia opłaty urzędowej za pierwszy dziesięcioletni okres ochrony. Brak wniesienia opłaty skutkuje wygaśnięciem decyzji warunkowej i umorzeniem postępowania rejestrowego. O powyższych zdarzeniach bank może się dowiedzieć tylko od kredytobiorcy, który – jako zgłaszający znak towarowy – zostanie wezwany przez Urząd Patentowy do dokonania czynności w postępowaniu rejestrowym. Jednak gdyby zgłaszający nie dopełnił czynności formalnych, bank dowie się o tym *post factum*.

Należy nadmienić, że chociaż zasadnicza wątpliwość co do dopuszczalności ustanowienia zastawu na zgłoszeniu znaku towarowego do rejestracji została już – jak się wydaje – rozstrzygnięta, to pozostaje szereg innych zagadnień prawnych wymagających pogłębionej analizy.

Mogłoby się wydawać, że przepis art. 330 k.c. zabezpiecza żywotny interes banku w utrzymaniu przedmiotu zastawu, gdyż daje mu ustawową legitymację do podejmowania czynności niezbędnych do zachowania ważności praw ochronnych na znak towarowy.

Inne spojrzenie na to zagadnienie może jednak mieć Urząd Patentowy, kierując się przepisami ustawy Prawo własności przemysłowej. Art. 235 ust. 2 p.w.p. stanowi, że stroną w postępowaniu przed Urzędem Patentowym w sprawie uzyskania prawa ochronnego jest zgłaszający. Zgodnie z orzecznictwem sądów administracyjnych art. 235 ust. 2 p.w.p. stanowi *lex specialis* wobec ogólnych kryteriów przyznawania statusu strony sformułowanych w art. 28 k.p.a. Skutkuje to ograniczeniem liczby stron w postępowaniu przed Urzędem Patentowym wyłącznie do zgłaszającego.

Na tej podstawie Urząd Patentowy odmówił jednemu z banków, ujawnionemu w rejestrze znaków towarowych jako

zastawnik, uprawnienia do podjęcia czynności formalnych zamiast zgłaszającego; należy nadmienić, że zastaw był ustanowiony zarówno na zgłoszeniu znaku do rejestracji, jak i na już udzielonym prawie ochronnym na znak towarowy.

Powyższe stanowisko Urzędu Patentowego wydaje się nieuzasadnione i w rzeczywistości nie dotyczy problemu, jakim jest zbadanie uprawnień zastawnika (banku) na gruncie art. 330 k.c. Artykuł ten nie może bowiem być rozważany w kontekście przyznania zastawnikowi statusu strony w postępowaniu rejestrowym na równi ze zgłaszającym. Po pierwsze, uprawnienia zastawnika pozostają ograniczone jedynie do czynności zachowawczych wobec istniejącego prawa, po drugie zastawnik nie działa w charakterze strony, a jedynie na prawach strony, wykonując gwarantowane mu ustawowo uprawnienia własne.

Poruszone tu zagadnienie nie doczekało się rozstrzygnięć sądowych, zaś w literaturze przedmiotu zaledwie zaznaczono problem. Niemniej jednak wyraźnie opowiedziano się za uprawnieniem zastawnika do wniesienia opłaty za kolejne okresy ochrony zastawionych praw własności przemysłowej, wyprowadzając kompetencje ku temu z art. 330 k.c.

Dopóki jednak orzecznictwo sądów administracyjnych nie rozwieje wątpliwości i nie ustali się praktyka Urzędu Patentowego, należy już na etapie zawierania umowy zastawu skuteczniej zadbać o przyszłe uprawnienia banku do podejmowania działań w celu utrzymania prawa ochronnego na znaki towarowe. Takim instrumentem może być pełnomocnictwo udzielone bankowi przez zgłaszającego lub właściciela praw. Winno ono upoważniać do podejmowania określonych czynności zachowawczych wobec prawa i wyraźnie przewidywać, iż jest nieodwołalne do czasu zakończenia trwania umowy zastawu. Dopuszczalność udzielenia pełnomocnictwa nieodwołalnego w takich stanach faktycznych jak opisany została potwierdzona w orzecznictwie SN (np. V CSK 223/10).

Podsumowanie

Praktyka pokazuje, że interes banku i przedsiębiorcy w czasie obowiązywania wieloletniej umowy zastawu nie zawsze będzie się pokrywał, jeżeli chodzi o utrzymanie lub uzyskanie prawa na konkretny znak towarowy. W wielu przypadkach nawet nie zła wola, ale zwykły brak należytej staranności prowadzi do uchybienia terminom i wygaśnięcia prawa ochronnego. Z drugiej strony, wyłączny wpływ na kształtowanie prawa do znaku towarowego ma jego właściciel. Aby umowy zastawu na prawach ochronnych na znaki towarowe nie okazywały się w pewnym momencie dla banków tylko iluzorycznym zabezpieczeniem udzielanych przez nie kredytów, banki powinny ze szczególną uwagą podchodzić do specyfiki zastawianych praw, a także wdrażać własne, niezależne od kredytobiorcy systemy nadzorowania ważności tych praw przez cały okres obowiązywania umowy zastawu.

Anna Pompe, adwokat, jest współnikiem współodpowiedzialnym za Zespół Własności Intelektualnej

Zgodność francuskiej *procedure de sauvegarde* z polskim porządkiem publicznym – zagadnienia praktyczne

Michał Barłowski

Karol Czepukość



Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, iż uznanie na terytorium Polski francuskiej *procedure de sauvegarde*¹, będącej jednym z postępowań, do których stosuje się rozporządzenie nr 1346/2000², prowadzi do rezultatu zgodnego z polskim porządkiem publicznym. Pogląd ten został wyrażony w sprawach z udziałem spółki prawa polskiego, która objęta została *procedure de sauvegarde* w celu ochrony przed grożącą jej niewypłacalnością. Sąd Najwyższy uwzględnił argumentację spółki, która podnosiła brak podstaw do odmowy

uznania *procedure de sauvegarde* i jej rezultatów przez polskie sądy pierwszej i drugiej instancji.

¹ *Procedure de sauvegarde* jest procedurą przewidzianą przez francuski Kodeks handlowy - Code de commerce. Aktualny tekst tego aktu prawnego dostępny jest pod adresem: www.legifrance.gouv.fr.

² Rozporządzenie Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 roku w sprawie postępowania upadłościowego, które reguluje m.in. kwestię właściwości sądów oraz uznawania postępowań upadłościowych o skutkach transgranicznych w ramach terytorium Unii Europejskiej (z wyłączeniem Danii).

Wszczęcie postępowania *sauvegarde*

W 2008 roku francuski sąd handlowy otworzył *procedure de sauvegarde* (dalej: postępowanie *sauvegarde*) w stosunku do spółki, która swoją siedzibę statutową i zakłady produkcyjne miała na terytorium Polski. Spółka należała do grupy kapitałowej składającej się ze spółek mających siedziby na terenie kilku państw Unii Europejskiej, na której czele stała spółka prawa francuskiego. Francuski sąd handlowy uznał swoją właściwość do wszczęcia postępowania *sauvegarde* na podstawie rozporządzenia nr 1346/2000, gdyż w jego ocenie główny ośrodek podstawowej działalności spółki znajdował się we Francji.

Postępowanie *sauvegarde* zostało zainicjowane na wniosek spółki, gdyż wykazywała ona trudności, których nie była w stanie sama przezwyciężyć, a które doprowadzić mogły do zaprzestania wykonywania przez nią zobowiązań pieniężnych. Celem otwarcia postępowania *sauvegarde* było wsparcie procesu restrukturyzacji przedsiębiorstwa spółki oraz umożliwienie jej kontynuacji prowadzonej działalności gospodarczej i spłatę długów.

Automatyczne uznanie postępowania *sauvegarde* i jego skutków

Zgodnie z rozporządzeniem nr 1346/2000 wszczęcie postępowania *sauvegarde* wobec spółki podlegało automatycznemu uznaniu w Polsce oraz wywoływało zasadniczo skutki wynikające z prawa francuskiego, jako prawa państwa wszczęcia postępowania, bez potrzeby dopełnienia jakichkolwiek formalności przed polskimi sądami. Na podstawie przepisów francuskiego Kodeksu handlowego (zwanego dalej FKH) spółka została objęta zakazem zaspokajania wierzycieli, których roszczenia powstały przed datą wszczęcia postępowania *sauvegarde*, zaś wierzyciele ci nie mieli prawa dochodzenia swoich roszczeń o zapłatę na drodze sądowej.

Skutków tych nie zaakceptowała część wierzycieli spółki, w tym trzech wierzycieli będących powodami w omawianych tu sprawach rozpatrywanych przed Sądem Najwyższym. Wytoczyli oni przed polskimi sądami powództwa przeciwko spółce o zapłatę. Oś sporu pomiędzy wierzycielami a spółką dotyczyła dopuszczalności uznania na terytorium Polski postępowania *sauvegarde* i jego skutków.

Odmowa uznania postępowania *sauvegarde* i jego skutków

Wierzyciele spółki podnosili, że polskie sądy powinny odmawiać uznania wszczętego wobec spółki postępowania *sauvegarde* na podstawie art. 26 rozporządzenia nr 1346/2000. Uznanie to prowadzi bowiem do rezultatu, który pozostaje w oczywistej sprzeczności z polskim porządkiem publicznym, w szczególności z podstawowymi zasadami polskiego prawa upadłościowego i naprawczego oraz konstytucyjnie zagwarantowanym prawem własności. Podstawą wszczęcia

postępowania *sauvegarde*, zdaniem wierzycieli, były trudności finansowe grupy kapitałowej, do której należała spółka, i stojącej na jej czele spółki prawa francuskiego. Tymczasem zasadą polskiego prawa upadłościowego jest wszczęcie postępowania upadłościowego wobec dłużnika niewypłacalnego, a postępowania naprawczego wobec dłużnika zagrożonego niewypłacalnością, nie zaś z przyczyn leżących po stronie osoby trzeciej lub grupy takich osób. Zdaniem wierzycieli spółka nie była w sytuacji finansowej uzasadniającej objęcie jej postępowaniem *sauvegarde*, a wierzyciele ponosili negatywne konsekwencje trudności finansowych dotyczących grupy kapitałową, do której spółka należała (m.in. poprzez zaspokojenie ich roszczeń w ratach rozłożonych na 10 lat, podczas gdy spółka była w dobrej kondycji). Wierzyciele podnosili w szczególności, iż rozłożenie płatności na raty narusza konstytucyjnie im zagwarantowane prawo własności.

Z kolei spółka podnosiła, że polski sąd nie był uprawniony do ponownej merytorycznej oceny wniosku spółki o objęcie jej postępowaniem *sauvegarde* oraz wyroku francuskiego sądu orzekającego otwarcie postępowania *sauvegarde*. W szczególności polski sąd nie mógł ponownie weryfikować, czy spółka spełniała przesłanki objęcia jej postępowaniem *sauvegarde* w dacie wszczęcia tego postępowania (m.in. czy była dotknięta trudnościami finansowymi). Wynika to ze wspólnotowej zasady wzajemnego zaufania, jakim każdy sąd państwa członkowskiego UE powinien darzyć sądy innych państw członkowskich UE. Zasada ta ma priorytetowe znaczenie dla realizacji celów rozporządzenia nr 1346/2000. Merytoryczna ocena decyzji francuskiego sądu o wszczęciu postępowania *sauvegarde* dopuszczalna była wyłącznie w ramach kontroli instancyjnej dokonywanej przez francuskie sądy wyższych instancji. Wierzyciele nie skorzystali jednak z tej możliwości i pozbawili się w ten sposób prawa do podważania tego wyroku od jego strony merytorycznej. Spółka podnosiła, iż standardy postępowania *sauvegarde*, w oderwaniu od konkretnej sprawy, są zgodne ze standardami polskiego prawa upadłościowego i naprawczego, w szczególności w zakresie ograniczeń, jakie nakłada ono na uprawnienia wierzycieli (np. rozłożenie płatności zobowiązań dłużnika w czasie czy ograniczenie możliwości zaskarżenia przez wierzyciela orzeczenia o ogłoszeniu upadłości), oraz w zakresie podstaw do wszczęcia postępowania z przyczyn dotyczących osoby trzeciej (tak w FKH, jak i w polskim prawie upadłościowym i naprawczym jest to niedopuszczalne). Zdaniem spółki, aby odmówić uznania postępowania *sauvegarde* i jego skutków w trybie art. 26 rozporządzenia nr 1346/2000, nie wystarczy, aby wystąpiły jakiegokolwiek sprzeczności z prawem polskim. Sprzeczność musi dotyczyć fundamentów polskiego porządku publicznego i mieć oczywisty charakter³. Podstawą do odmowy uznania postępowania *sauvegarde* przez polski sąd

³ Tak: SN w postanowieniu z 21 kwietnia 1978 roku (IV CR 65/78, OSNCP 1979, Nr 1, poz. 12).

nie może być także ewentualne naruszenie przez francuski sąd przepisów FKH lub rozporządzenia nr 1346/2000, gdyż ocena w tym zakresie nie podlega kognicji polskich sądów.

Zdaniem spółki przepisy FKH i rozporządzenia nr 1346/2000 nie dawały podstaw do wszczęcia postępowania *sauvegarde* z przyczyn dotyczących osoby trzeciej lub grupy takich osób. Gdyby spółka wnioskowała o objęcie jej postępowaniem *sauvegarde* ze względu na trudności finansowe grupy kapitałowej, do której należy, lub spółki stojącej na jej czele, sąd francuski musiałby oddalić taki wniosek jako bezzasadny. Konstrukcja prawna przyjęta przez francuskiego ustawodawcę dla postępowania *sauvegarde*, jak już zasygnalizowaliśmy, jest w tym zakresie analogiczna do konstrukcji polskich postępowań upadłościowego i naprawczego, regulowanych ustawą z dnia 28 lutego 2003 roku – Prawo upadłościowe i naprawcze.

Spółka podnosiła także, że rozłożenie przez francuski sąd płatności na rzecz wierzycieli na raty nie narusza ich praw majątkowych. Dopuszczalne jest bowiem, zgodnie z Konstytucją RP, ograniczenie prawa własności w drodze

ustawy. Co więcej, Prawo upadłościowe i naprawcze, Kodeks cywilny oraz Kodeks postępowania cywilnego przewidują możliwość rozłożenia płatności na raty na mocy orzeczenia sądu.

Stanowisko polskich sądów powszechnych i Sądu Najwyższego

Sądy pierwszej instancji zajmowały rozbieżne stanowiska w trzech wspomnianych tu sprawach. Sądy drugiej instancji przychyliły się do stanowiska prezentowanego przez wierzycieli spółki i na podstawie klauzuli porządku publicznego z art. 26 rozporządzenia nr 1346/2000 odmówiły uznania postępowania *sauvegarde* i jego skutków na terytorium Polski. Spółka wniosła w tych sprawach do Sądu Najwyższego skargi kasacyjne na rozstrzygnięcia sądów drugiej instancji.

Sąd Najwyższy poparł stanowisko spółki i podzielił zasadniczo argumentację prezentowaną przez spółkę w toku procesu. Sąd stwierdził brak podstaw do odmowy uznania na terytorium Polski postępowania *sauvegarde* otwartego względem spółki⁴.

Michał Bartłowski, radca prawny, jest współnikiem odpowiedzialnym za Zespół Upadłości i Restrukturyzacji

Karol Czepukoń jest członkiem Zespołu Upadłości i Restrukturyzacji

⁴ SN w wyrokach z 16 lutego 2011 roku w sprawach o sygn. akt II CSK 326/10, II CSK 541/10 i II CSK 425/10.

Dochodzenie i zaspokajanie roszczeń ze skargi pauliańskiej w postępowaniu upadłościowym

Monika Hartung

Natalia Kobyłka



Wierzyciel, którego dłużnik próbuje uniknąć spłaty zobowiązań, przenosząc swój majątek na osobę trzecią, nie jest całkowicie bezradny, nawet jeśli ta osoba trzecia zdążyła ogłosić upadłość.

Coraz częściej zdarza się, że spółki zaciągają zobowiązania, których nie są potem w stanie spłacić, i próbują uciec przed wierzycielami, przenosząc swój majątek na inne spółki z grupy. Kodeks cywilny daje wierzycielom możliwość ochrony przed taką sytuacją poprzez znaną od czasów rzymskich instytucję skargi pauliańskiej (art. 527 i n. k.c.). Polega ona na możliwości zakwestionowania przed sądem czynności niesumiennej dłużnika wyzbywającego się majątku na rzecz osoby trzeciej, która jest w pełni świadoma, że dokonując tej czynności działa na szkodę

wierzycieli swojego kontrahenta. Sąd stwierdza wówczas bezskuteczność danej czynności prawnej względem dłużnika, co w konsekwencji umożliwia wierzycielowi prowadzenie egzekucji ze składników majątku, które na mocy zakwestionowanej czynności weszły do majątku osoby trzeciej, tak jakby nadal należały one do dłużnika. Problem pojawia się wtedy, gdy nabywca danej części majątku dłużnika ogłosi upadłość, zanim wierzyciel uzyska wyrok w postępowaniu ze skargi pauliańskiej lub tuż po jego uzyskaniu.

Z takim problemem zetknęliśmy się przy prowadzeniu sprawy na rzecz zagranicznego klienta, który uzyskał korzystny wyrok sądu arbitrażowego w Paryżu, a jego wykonalność stwierdzono następnie na terenie Polski.

Dnia 26 września 2011 r. zapadło precedensowe orzeczenie w tej sprawie: sąd upadłościowy uznał na liście wierzytelności wierzytelność wierzyciela pauliańskiego powstałą w momencie, kiedy spółka będąca dłużnikiem była już w upadłości.

W omawianej sprawie reprezentowaliśmy państwo, przeciwko któremu polska spółka (spółka A) wytoczyła postępowanie arbitrażowe przed trybunał w Paryżu, a po przegranej nie mogła spłacić nałożonych na nią ogromnych kosztów postępowania, gdyż w chwili zakończenia procesu znajdowała się na skraju niewypłacalności.

W trakcie analizy akt rejestrowych spółki A okazało się, że w czasie trwania postępowania arbitrażowego dokonała ona transakcji sprzedaży przedsiębiorstwa do innej polskiej spółki z grupy kapitałowej (spółki B), wyzbywając się tym samym prawie wszystkich aktywów. Transakcja dokonana została po cenie rażąco niskiej, co potwierdził syndyk spółki B, a sama spółka B wkrótce po przejęciu majątku spółki A ogłosiła upadłość. W takiej sytuacji należało rozstrzygnąć, czy przeciwko syndykowi masy upadłości spółki B można wytoczyć postępowanie o stwierdzenie bezskuteczności umowy zawartej przez upadłego z pokrzywdzeniem wierzyciela.

Przepisy Kodeksu cywilnego przewidują, że jeśli dłużnik dokona czynności prawnej z osobą trzecią z pokrzywdzeniem wierzyciela, dochodzenie stwierdzenia bezskuteczności danej czynności prawnej wobec wierzyciela odbywa się w drodze powództwa wytoczonego przeciwko osobie trzeciej. Jednocześnie przepisy prawa upadłościowego przewidują, że z dniem ogłoszenia upadłości postępowania sądowe dotyczące masy upadłości mogą być wszczęte i dalej prowadzone jedynie przeciwko syndykowi. Jednakże przepisy te przewidują również, że postępowania sądowe wszczęte przeciwko upadłemu przed dniem ogłoszenia upadłości o wierzytelność, która podlega zgłoszeniu do masy upadłości, mogą być podjęte przeciwko syndykowi tylko w przypadku, gdy w postępowaniu upadłościowym wierzytelność ta po wyczerpaniu określonego trybu nie zostanie umieszczona na liście wierzytelności.

Zestawienie tych dwóch grup przepisów doprowadziło do konkluzji, że możliwe były dwie drogi dochodzenia roszczenia: droga postępowania sądowego przeciwko syndykowi spółki B oraz droga postępowania upadłościowego i pozostawienie rozstrzygnięcia o skardze pauliańskiej sędziemu komisarzowi.

Fundamentalnym problemem był brak jasnych regulacji, jak powinno przebiegać zaspokojenie roszczenia w postępowaniu upadłościowym. W postępowaniu cywilnym wyrok stwierdzający bezskuteczność umowy przeniesienia przedsiębiorstwa, a następnie uzyskanie klauzuli wykonalności przeciwko osobie trzeciej umożliwia przystąpienie do egzekucji z majątku dłużnika znajdującego się u osoby trzeciej, który dzięki wyrokowi

ze skargi pauliańskiej traktowany jest tak, jakby nigdy z majątku dłużnika nie wyszedł. Co jednak w przypadku, gdy osoba trzecia jest w upadłości i przepisy Prawa upadłościowego i naprawczego (p.u. i n.) zabraniają przeprowadzania singularnych egzekucji? Prawo upadłościowe i naprawcze nie zawiera bowiem uregulowań wprost normujących sytuację wierzyciela pauliańskiego w takim postępowaniu, zatem posilkować należy się przepisami Kodeksu cywilnego, przy czym przepisy tych dwóch ustaw są równorzędne.

Ponieważ wierzytelność klienta nie była objęta postępowaniem upadłościowym wszczętym przed ogłoszeniem upadłości, nie było przeciwwskazań do wniesienia powództwa przeciwko syndykowi.

Pozew przeciwko syndykowi został jednak odrzucony. Sąd uznał, że jedyną drogą dochodzenia roszczenia ze skargi pauliańskiej jest, wobec ogłoszenia upadłości spółki B, zgłoszenie wierzytelności ze skargi pauliańskiej do masy upadłości. Sąd powołał także art. 182¹ k.p.c., który stanowi, że jeżeli postępowanie dotyczy przedmiotu wchodzącego do masy upadłości, a ogłoszono upadłość likwidacyjną, postępowanie ulega umorzeniu. Nadto sąd podniósł, że roszczenie ze skargi pauliańskiej jest szeroko rozumianym postępowaniem o przedmiot wchodzący w skład masy upadłości, mimo iż formalnie dotyczy ubezskutecznienia umowy. Jedyną drogą dochodzenia tego typu roszczeń jest zatem bezpośrednie zgłoszenie roszczenia o uznanie umowy za bezskuteczną do masy upadłości. Na postanowienie to wierzyciel wniósł zażalenie.

Sąd apelacyjny uwzględnił zażalenie i uchylił postanowienie o odrzuceniu pozwu, przekazując sprawę do ponownego rozpoznania.

W uzasadnieniu postanowienia sąd stwierdził, że roszczenie ze skargi pauliańskiej nie jest roszczeniem, które wprost dotyczy masy upadłości. Sąd podkreślił, że jeżeli powodowi służy określona wierzytelność w stosunku do masy, to może być ona zaspokojona jedynie w drodze zgłoszenia do masy, natomiast roszczenie ze skargi pauliańskiej służy jedynie ochronie tej wierzytelności, jakkolwiek po ogłoszeniu upadłości rozstrzygnięcie o bezskuteczności czynności wpływa na masę. Jednakże w ocenie sądu apelacyjnego nie można uznać, że wierzyciel dochodzi roszczenia wprost przeciwko masie upadłości. Sytuacja, w której wierzyciel po ogłoszeniu upadłości nie może dochodzić zaspokojenia roszczenia poza masą, jest szczególnie i powoduje niedopuszczalność zaspokojenia jakichkolwiek wierzytelności poza masą.

Wreszcie, zdaniem sądu apelacyjnego, droga sądowa ochrony wierzytelności jest dopuszczalna, tyle że powód nie ma legitymacji czynnej do wniesienia pozwu, a syndyk nie ma legitymacji biernej do występowania w sprawie, gdyż pozew należy skierować przeciwko beneficjentowi czynności (w trakcie postępowania przedmioty objęte zaskarżoną

czynnością zostały sprzedane przez syndyka w drodze przetargu).

W efekcie sprawa została przekazana do ponownego rozpoznania.

Po odrzuceniu pozwu w postępowaniu ze skargi pauliańskiej, z ostrożności procesowej powód zgłosił także wierzytelność do postępowania upadłościowego spółki B, poddając pod rozstrzygnięcie sądu upadłościowego orzeczenie o bezskuteczności wobec masy upadłości czynności dokonanej przez upadłego z osobą trzecią w celu pokrzywdzenia powoda.

Przygotowanie zgłoszenia wierzytelności nastroczało jednak kolejne problemy dotyczące zarówno fazy rozpoznawczej w postępowaniu upadłościowym, jak i etapu egzekucji świadczenia z masy.

Wierzytelnością przysługującą klientowi byłaby bowiem wierzytelność niepieniężna polegająca na możliwości zaspokojenia z masy upadłości wierzytelności pieniężnej wobec dłużnika, która w wyniku stwierdzenia bezskuteczności umowy może być zaspokojona z majątku upadłego. Wierzytelność ta przekształca się jednak z chwilą ogłoszenia upadłości w wierzytelność pieniężną, jak się wydaje, równą kwocie wierzytelności głównej wobec dłużnika.

Jednocześnie przepisy Kodeksu cywilnego w zakresie zaspokojenia roszczenia pauliańskiego przewidują, że wierzyciel może zaspokoić się z przedmiotów majątkowych, które wyszły z majątku dłużnika, z pierwszeństwem przed wierzycielami osoby trzeciej. Sugerowałoby to, że klient ma prawo do zaspokojenia jedynie ze składników przedsiębiorstwa oraz że powinien on zostać zaspokojony przed jakimikolwiek wierzycielami upadłego.

Wobec braku odpowiednich regulacji w prawie upadłościowym, najbardziej zbliżoną kategorią wierzycieli, których sytuacja była regulowana przez prawo upadłościowe, byli wierzyciele zabezpieczeni rzeczowo, gdyż wierzytelność klienta, podobnie jak wierzytelności wierzycieli rzeczowych, powinna zostać zaspokojona wyłącznie z określonych przedmiotów. Nadto wierzyciele rzeczowi zaspokajani są w pierwszej kolejności, a dopiero po ich zaspokojeniu reszta funduszy uzyskanych ze sprzedaży przedmiotów zabezpieczenia wchodzi do masy upadłości i podlega podziałowi pomiędzy pozostałych wierzycieli.

Ostatecznie wierzytelność została zgłoszona do masy upadłości ze wskazaniem, że zaspokojenie ma nastąpić poprzez zastosowanie w drodze analogii przepisów o zaspokajaniu wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo.

Wierzytelność, wyrażona w USD, pierwotnie została uznana na liście wierzytelności w kategorii III, jednakże syndyk dokonał jej przeliczenia na PLN według kursu z dnia ogłoszenia upadłości, a więc z daty, w której wierzytelność jeszcze nie istniała. Ponadto wierzytelność została pomniejszona o odsetki – zgodnie z art. 247 p.u. i n. – za okres od dnia otwarcia postępowania upadłościowego do dnia wymagalności wierzytelności.

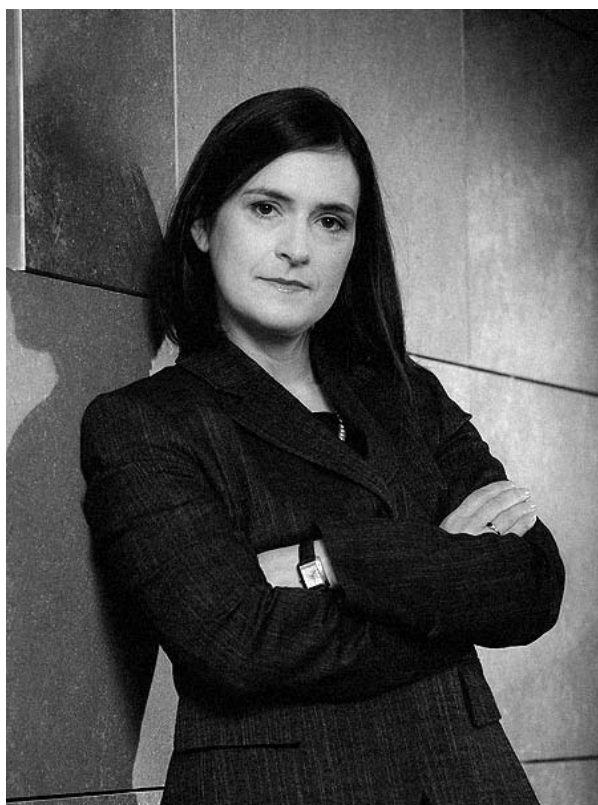
Na skutek wniesionego sprzeciwu (w którym wierzyciel podniósł, że wierzytelność powstała już po dacie ogłoszenia upadłości, więc nie ma można jej przeliczyć według kursu z daty ogłoszenia upadłości, a nie ma innej daty odpowiedniej do przeliczeń), sąd postanowił uznać całą wierzytelność w walucie obcej, co jest precedensem w polskim orzecznictwie, oraz nie pomniejszać wierzytelności o odsetki, a zatem nie zastosował art. 247 p.u. i n.

Monika Hartung, radca prawny, jest współnikiem współodpowiedzialnym za Zespół Rozwiązywania Sporów i Arbitrażu

Natalia Kobylka, radca prawny, jest członkiem Zespołu Prawa Korporacyjnego, Restrukturyzacji Spółek i Kontraktów Handlowych

Kłopotliwe ciasteczka

Agnieszka Szydlik



Automatyczne instalowanie plików cookies na komputerze użytkownika odwiedzającego daną stronę internetową może naruszać prawo do prywatności. Kwestię tę miała uregulować dyrektywa o e-Prywatności. Sęk w tym, jak ją implementować do prawa polskiego, tak by i wilk był syty, i owca cała.

Pojęcie „danych osobowych” podlegających ochronie na mocy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku o ochronie danych osobowych zostało zdefiniowane w tejże ustawie jako wszelkie informacje dotyczące osoby fizycznej, która jest zidentyfikowana lub możliwa do zidentyfikowania bez nadmiernych kosztów, czasu lub działań. Przez osobę możliwą do zidentyfikowania ustawa rozumie osobę, której tożsamość można określić bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności przez powołanie się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka specyficznych czynników określających jej cechy

Marek Szydłowski



fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne.

Rygorom ustawy podlega przetwarzanie danych osobowych, które są lub mogą być przetwarzane w zbiorach danych. Z kolei „przetwarzaniem” są wszelkie operacje wykonywane na danych osobowych, takie jak zbieranie, utrwalanie, przechowywanie, opracowywanie, zmienianie, udostępnianie i usuwanie, zwłaszcza w systemach informatycznych.

Ponieważ znaczną, o ile nie dominującą częścią przetwarzania danych osobowych jest ich przetwarzanie w związku z korzystaniem usług świadczonych drogą elektroniczną (w tym w internecie), należało rozstrzygnąć, w jakim zakresie przepisom o ochronie danych osobowych podlega adres IP oraz znajdujący się w komputerze użytkownika plik cookie.

Adresem IP określa się numer przyporządkowany

do urządzenia (komputera, drukarki) włączonego do sieci komputerowej, która używa do komunikacji protokołu IP (the Internet Protocol). Adres IP służy identyfikacji urządzenia w sieci oraz poza nią.

Adres IP nie jest jednak „numerem rejestracyjnym” komputera – nie identyfikuje jednoznacznie fizycznego urządzenia i może się zmieniać w trakcie jego użytkowania. Kilka urządzeń może też dzielić jeden publiczny adres IP. Można powiedzieć, że adres IP jest dla komputera tym, czym numer telefonu dla telefonu¹.

Zestawiając powyższe definicje, należy odpowiedzieć na pytanie, czy adres IP jest informacją dotyczącą osoby fizycznej, poprzez którą osoba fizyczna jest zidentyfikowana lub możliwa do zidentyfikowania bez nadmiernych kosztów, czasu lub działań – a więc czy przetwarzanie adresów IP podlega rygorom przepisów mających na celu ochronę danych osobowych.

Przed wszystkim należy zwrócić uwagę, że danymi osobowymi będą informacje, które pozwolą na bezpośrednie lub pośrednie zidentyfikowanie tożsamości osoby.

Analizą tego problemu zajęła się Grupa Robocza ds. ochrony danych powołana na mocy art. 29 dyrektywy 95/46/WE (tzw. Grupa Robocza art. 29). Jest to zespół zrzeszający organy regulacyjne w zakresie ochrony danych osobowych ze wszystkich krajów Unii Europejskiej. W wystosowanej przezeń Opinii 4/2007 w sprawie pojęcia danych osobowych² wskazuje się na zjawisko „niepowtarzalnej kombinacji”, które może prowadzić do „pośredniej identyfikacji”. Nawet jeśli dostępne czynniki identyfikujące nie pozwalają *prima facie* na wyodrębnienie konkretnej osoby, osoba ta może być „możliwa do zidentyfikowania”, jeśli informacje te, w połączeniu z innymi informacjami (którymi administrator danych dysponuje lub nie), pozwalają na odróżnienie tej osoby od innych.

Tak będzie na przykład w sytuacji, gdy użytkownik komputera posługuje się adresem e-mailowym zawierającym dane osobowe lub gdy powiązemy adres IP z danymi osobowymi udostępnionymi w e-sklepie.

Z tego względu zarówno Grupa Robocza art. 29, jak i Europejski Inspektor Ochrony Danych (European Union Data Protection Supervisor) uznają adresy IP za dane osobowe. Podobnie polski Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych stanął na stanowisku, że adresy IP są danymi osobowymi w przypadkach, gdy podmiot przetwarzający adres IP ma jednocześnie dostęp do danych łączących adres IP z innymi danymi identyfikującymi osobę. Uzyskanie takich danych może być efektem zainstalowania na komputerze tzw. ciasteczek, czyli plików cookies.

¹ Tak w definicji adresu IP przyjętej przez Electronic Privacy Information Centre (www.epic.org).

² http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pl.pdf

Plik cookie to plik, który jest instalowany na komputerze użytkownika podczas jego wizyty na danej stronie internetowej. Instalacja ta umożliwia rozpoznanie użytkownika podczas jego następnej wizyty na danej stronie. Rozpoznanie użytkownika może służyć różnym celom – z cookies korzystają np. niektóre serwisy bankowości elektronicznej. Najczęściej jednak cookies służą celom reklamy i promocji. Umożliwiają monitorowanie zachowań użytkownika sieci, zaliczenie go do określonego profilu użytkowników i zaserwowanie mu reklam dopasowanych do jego profilu. Takie działanie nazywane jest w świecie reklamowym reklamą behawioralną.

Trzeba zaznaczyć, że sam plik cookie nie zawiera danych osobowych. Natomiast dostawca usługi, która zainstalowała plik użytkownikowi, może skojarzyć dany plik z danymi osobowymi użytkownika komputera (jeżeli takie dane posiada), tak jak w przypadku adresu IP. Z tego powodu unijny ustawodawca w 2009 roku zajął się kwestią cookies, zgłaszając propozycję zmiany treści art. 5 (3) dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dalej: dyrektywa o e-Prywatności). Przed tą zmianą przeglądarki internetowe domyślnie akceptowały cookies, a użytkownik, który nie życzył sobie ich instalacji, musiał dokonać odpowiednich zmian w ustawieniach przeglądarki. Taka zasada, zwana „opt-out”, obowiązywała również w Polsce, ponieważ zezwalał na to przepis art. 173 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku – Prawo telekomunikacyjne. Jednak unijny ustawodawca uznał, że w takiej sytuacji użytkownicy nie są właściwie chronieni i w 2009 roku w treści art. 5 (3) dyrektywy o e-Prywatności został zapisany obowiązek uzyskania zgody abonenta lub użytkownika na instalację plików cookies wyrażonej w sposób przewidziany dyrektywą 95/46/WE dotyczącą ochrony danych osobowych.

Implementacja zmienionego art. 5 (3) dyrektywy o e-Prywatności stanowi jednak problem dla wielu państw członkowskich. Jego brzmienie jest bowiem niejasne, co umożliwia dokonywanie różnych wykładni. Zgodnie z jedną z nich użytkownik powinien wyrażać uprzednią zgodę na zainstalowanie każdego pliku cookie. Ponieważ jednak na niektórych stronach internetowych znajduje się po kilka plików cookies, istnieje ryzyko, iż wprowadzenie wymogu ich uprzedniej akceptacji sprawi, że użytkownicy zamiast czytać informację o kolejnym cookie będą automatycznie klikać w ikonkę „akceptuj”. Nie taki efekt zamierzał osiągnąć unijny ustawodawca. Nie było również jego celem pozostawienie stanu obecnego, w którym zmiana reguł dotyczących cookies wymaga zmiany ustawień przeglądarki internetowej. W praktyce oznacza to bowiem, że większość użytkowników pozostawia te ustawienia bez zmian, zgadzając się na instalację wszystkich cookies.

Propozycję rozwiązania tej sytuacji złożyło Interactive Advertising Bureau Polska (IAB), proponując przyjęcie instrumentu samoregulacyjnego branży internetowej, dotyczącego m.in. kwestii cookies. Zgodnie z postulatem IAB na wszystkich portalach, na których oprócz treści podstawowej znajdują się treści reklamowe zawierające cookies, powinna być umieszczana ikona, po której kliknięciu użytkownik zostałby przekierowany do strony www.youronlinechoices.eu. Strona ta zawiera informacje o plikach cookies i reklamie behawioralnej. Propozycja ta nie spotkała się jednak z uznaniem Grupy Roboczej art. 29. Wskazała ona m.in., że akceptowanie cookies przez użytkowników może następować dopiero po zapoznaniu się przez nich z informacjami, czym są cookies i jakie zagrożenia niosą, co oznacza, że do czasu zapoznania się z informacjami przez użytkownika cookies nie powinny być na jego komputerze instalowane.

Jakkolwiek postanowienia dyrektywy o e-Prywatności miały być transponowane do przepisów państw członkowskich do 25 maja 2011 roku, do 1 września 2011 roku odpowiednie przepisy zostały uchwalone jedynie w Estonii, Finlandii, Wielkiej Brytanii i Szwecji. W Polsce, jeszcze przed wyborami parlamentarnymi w październiku 2011 roku, Ministerstwo Infrastruktury przygotowało projekt nowelizacji przepisów ustawy Prawo telekomunikacyjne,

zawierający również propozycję zmiany jej art. 173 w celu zaimplementowania zmienionego brzmienia postanowień art. 5 (3) dyrektywy o e-Prywatności. Zgodnie z projektem rządowym abonent lub użytkownik końcowy miałby być informowany o celu zainstalowania pliku cookie, o sposobie korzystania z jego zawartości, o czasie przechowywania pliku cookie na urządzeniu abonenta lub użytkownika, jak również o nazwie podmiotu przetwarzającego dane. Co najistotniejsze, wszystkie powyższe informacje abonent musiałby otrzymać przed zainstalowaniem danego pliku cookie. Tęgo wymogu nie ma w dotychczasowym brzmieniu przepisu art. 173 Prawa telekomunikacyjnego, natomiast istniejący wymóg, aby żądana informacja taka była podana „jednoznacznie, w sposób łatwy i zrozumiały”, został pozostawiony bez zmian.

Należy jednak wskazać, że z takiej regulacji nie będzie jednoznacznie wynikać, że przed zainstalowaniem danego pliku cookie użytkownik musi udzielić zgody na jego instalację. Użytkownik będzie musiał jedynie być poinformowany o takiej instalacji. Propozycja IAB mogłaby zatem czynić zadość nowym wymogom ustawowym – pod warunkiem, że zamieszczenie ikonki wypełniałoby wymóg, że informacja została podana „w sposób łatwy i zrozumiały”. Niezależnie jednak od tego, jaki ostateczny kształt będzie miała implementacja tej części dyrektywy o e-Prywatności, wątpliwości prawne co do cookies pozostaną.

Agnieszka Szydlik, adwokat, jest członkiem Zespołu Prawa Ochrony Danych Osobowych, Zespołu Prawa Ochrony Środowiska oraz Grupy Transakcyjnej

Marek Szydłowski, radca prawny, kieruje zespołem Prawa Ochrony Danych Osobowych oraz zespołem Technologie, Media, Telekomunikacja

Gwarancje zatrudnienia pod lupą Sądu Najwyższego

Agnieszka Lisiecka



Gwarancje zatrudnienia, których tak chętnie domagają się związki zawodowe, są szkodliwe nie tylko dla pracodawcy, ale także dla konsumentów i Skarbu Państwa. Udzielenie takich gwarancji może także skutkować odpowiedzialnością cywilną i karną pracodawcy i osób działających w jego imieniu.

Gwarancje zatrudnienia to instytucja niemająca definicji legalnej. Nie została też wyraźnie uregulowana w przepisach powszechnie obowiązującego prawa pracy. Została natomiast ukształtowana praktyką procesów prywatyzacyjnych w Polsce po 1989 roku. Ogólnie rzecz ujmując, gwarancja taka oznacza zobowiązanie do nierozwiązania stosunków pracy przez z góry określony (kilku-, kilkunasto-, ale czasami nawet kilkudziesięcioletni) okres.

Zobowiązania takie są uzgadniane pomiędzy inwestorem a związkami zawodowymi działającymi

w prywatyzowanym przedsiębiorstwie w tzw. pakietach socjalnych (stanowiących załączniki do umów prywatyzacyjnych) i przybierają różne postacie. Mogą mieć m.in. charakter zakazu rozwiązywania stosunków pracy lub wypowiedzania zmieniająco warunków zatrudnienia z przyczyn nie dotyczących pracownika albo zakazu dokonywania jakichkolwiek zwolnień – niezależnie od ich przyczyny. Jeśli uzgadniane są wyjątki, dotyczą one najczęściej zwolnień dyscyplinarnych lub rozwiązania umowy w trybie porozumienia stron. W przypadku naruszenia gwarancji pakiety z reguły przewidują obowiązek wypłaty odszkodowania w wysokości wynagrodzenia pracownika za okres od dnia rozwiązania umowy do dnia obowiązywania gwarancji zatrudnienia.

Różne są losy zobowiązania w zakresie gwarancji zatrudnienia. Niekiedy tak uzgodnione z inwestorem gwarancje są przyjmowane przez prywatyzowane spółki – pracodawców jako zobowiązania własne, implementowane do układów zbiorowych, regulaminów. Stają się wówczas źródłem prawa pracy. Niekiedy natomiast obowiązują jedynie na podstawie samego pakietu socjalnego. Sąd Najwyższy przez długi czas zajmował niejednoznaczne stanowisko co do tego, czy takie pakiety socjalne stanowią źródło prawa pracy, a tym samym czy mogą stanowić podstawę dochodzonych przez pracowników roszczeń wobec spółki. Ostatecznie przeważał pogląd, że tego rodzaju zobowiązania zaciągnięte przez inwestora mają charakter źródła prawa pracy i wiążą pracodawcę.

Tymczasem długoletnie gwarancje zatrudnienia w ich najbardziej restrykcyjnej formie stanowią skuteczny hamulec koniecznych restrukturyzacji i zmian, które często decydują o sukcesie przedsięwzięcia gospodarczego. Są także hamulcem efektywnej i wartościowej pracy – mając gwarantowane zatrudnienie, pracownik może ograniczyć swoje zaangażowanie i efektywność pracy do minimum. Prowadzi to do spadku dyscypliny pracy oraz frustracji i niezadowolenia pracowników nieobjętych gwarancjami, co godzi w samą istotę stosunku pracy. Praca przestaje być wykonywana w sposób zgodny z oczekiwaniami pracodawcy, a pracownik sam decyduje, jak bardzo efektywny chce być. Niska wydajność i niezadowolenie pracodawcy z wyników

i sposobu wykonywania pracy nie stanowi przecież przyczyny dyscyplinarnego zwolnienia pracownika i w praktyce najczęściej nie wyłącza gwarancji zatrudnienia. Alternatywą jest restrukturyzacja i ryzyko roszczeń o odszkodowanie z tytułu naruszanych gwarancji zatrudnienia.

Z tych powodów gwarancje zatrudnienia należy uznać co do zasady za szkodliwe. W przypadku złej kondycji finansowej powodują one konieczność utrzymywania ukrytego bezrobocia lub rodzą ryzyko roszczeń o wypłatę milionowych odszkodowań, a w każdej sytuacji uniemożliwiają prowadzenie racjonalnej polityki personalnej. Nie znajdują one przy tym ani dostatecznego racjonalnego uzasadnienia dla pracodawcy, ani uzasadnienia społecznego. Koszt gwarancji zatrudnienia ponosi bowiem przedsiębiorstwo, pozostali pracownicy i na końcu konsumenci. Na początku łańcucha poszkodowanych jest jednak Skarb Państwa. Inwestor najczęściej bowiem wkalkulowuje koszt gwarancji zatrudnienia w cenę nabywanego przedsiębiorstwa.

Gwarancje zatrudnienia wziął pod lupę również Sąd Najwyższy. Na kanwie konkretnych spraw o wypłatę wysokich odszkodowań z tytułu naruszenia gwarancji zatrudnienia uznał takie roszczenia za niegodne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa lub zasadami współzycia społecznego oraz dopuścił możliwość ich miarkowania. Sąd Najwyższy dostrzegł brak proporcji między wysokością dochodzonych odszkodowań a doznaną szkodą, ale także oczywistą dysproporcję w odniesieniu do wysokości średniego i minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz stopy bezrobocia. Uwzględnił także wynikającą z założeń prawa pracy zasadę, że każda umowa o pracę może być rozwiązana za wypowiedzeniem, oraz obowiązujące w prawie pracy ustawowe okresy wypowiedzeń, okresy ochronne i wysokość odszkodowania za wadliwe rozwiązanie umowy o pracę. Wreszcie zauważył, że koszt takiego odszkodowania zostanie finalnie przerzucony na konsumentów spółki.

Sąd Najwyższy w swoich rozstrzygnięciach koncentruje się przede wszystkim na roszczeniach pracownika i to je kwestionuje, a nie samo zobowiązanie, które co do zasady uznaje za ważne. Dopuszcza jednak możliwość oceny takiego zobowiązania przez pryzmat obowiązujących przepisów prawa, w tym konstytucyjnej zasady proporcjonalności (art. 2 Konstytucji). Stanowisko takie uznać należy za w pełni zasadne. Uznanie niegodności roszczenia z zasadami

współzycia społecznego stawia bowiem pod znakiem zapytania ważność samego zobowiązania. Inaczej doszłoby do sytuacji, w której ważne zobowiązanie nie może być realizowane jako rodzące u źródła nieważne roszczenia. Konstrukcja taka byłaby niespójna systemowo. Dlatego też zobowiązania takie, niezależnie od miejsca ich regulacji, powinny podlegać ocenie przez pryzmat zgodności z obowiązującymi przepisami prawa, a także przez pryzmat zasad współzycia społecznego, jeśli zostały uregulowane w drodze czynności prawnej.

Niezależnie od roszczeń pracowników pamiętać należy o ewentualnej odpowiedzialności cywilnej i karnej pracodawców oraz działających w ich imieniu osób. Zagrożenie takie wydaje się realne, zważywszy na niedawno komentowane w mediach postępowanie karne wszczęte przeciwko osobom, które w imieniu Energi-Operatora S.A. podpisały wypowiedzenie umowy o pracę pracownika chronionego gwarancjami, wskutek czego pracownikowi temu wypłacono milionowe odszkodowanie. W komentowanej sprawie postawiono zarzut nieumyślnego spowodowania szkody wielkich rozmiarów, której wystąpienie co do zasady uzasadnia również obowiązek jej naprawienia. Jakkolwiek wspomniana sprawa dotyczyła szkody powstałej na skutek wypowiedzenia pracownikowi umowy, taką odpowiedzialność może uzasadniać już samo zaciągnięcie takiego zobowiązania. Wieloletnie zatrudnianie bez zapotrzebowania na pracę na określonym stanowisku jest bowiem równie szkodliwe, choć w tym przypadku szkoda finansowa jest trudniejsza do wykazania, bo jest rozłożona na raty pod postacią wynagrodzenia za pracę i ukryta pod pozorem wykonywania pracy.

Wspomniane stanowisko Sądu Najwyższego, jak też organów ścigania powinno skłaniać pracodawców i działające w ich imieniu osoby do wstrzemięźliwości w ustępstwach na rzecz związków zawodowych w zakresie żądań o ustanowienie niezasadnie długich gwarancji zatrudnienia. Może też służyć jako skuteczny argument w negocjacjach. Zagrożenie sporem zbiorowym i strajkiem nie powinno bowiem przeważać nad działaniem w granicach uzasadnionego interesu przedsiębiorstwa i obowiązującego prawa. Zaciągnięcie oraz realizacja zobowiązania długoletnich gwarancji zatrudniania jest bowiem nie tylko obciążeniem finansowym dla przedsiębiorstwa, ale też może w praktyce skutkować odpowiedzialnością cywilną i karną pracodawcy i osób działających w jego imieniu.

Agnieszka Lisiecka, adwokat, jest współnikiem odpowiedzialnym za Zespół Prawa Pracy

Praktyczne aspekty *bancassurance* w Polsce

Michał Steinhagen



Krzysztof Wojdyło



Ubezpieczenia oferowane w ramach *bancassurance* stały się w ostatnich latach niezwykle popularne. *Bancassurance* stanowi bardzo atrakcyjny – z biznesowego punktu widzenia – model dystrybucji produktów ubezpieczeniowych. W odniesieniu do niektórych rodzajów ubezpieczeń (np. kart kredytowych, kredytów konsumenckich) jest bodaj najczęściej stosowanym sposobem udzielania ochrony ubezpieczeniowej.

Sam termin *bancassurance* jest używany w różnych znaczeniach. Często stosuje się go na oznaczenie współpracy pomiędzy zakładami ubezpieczeń oraz bankami (choćby w zakresie wzajemnej promocji produktów). W niniejszym tekście przez pojęcie *bancassurance* rozumiemy szczególny rodzaj takiej współpracy, polegający na dystrybucji przez bank produktów ubezpieczeniowych zakładu ubezpieczeń.

Trzy podstawowe modele *bancassurance*

Analizując dotychczasowy rozwój *bancassurance* w Polsce,

można wyodrębnić trzy podstawowe modele dystrybucji produktów ubezpieczeniowych przez banki:

1. Bank jako ubezpieczający

Jest to model oparty na przewidzianej przez art. 808 Kodeksu cywilnego możliwości zawierania umów ubezpieczenia na cudzy rachunek. W takim przypadku bank działa jako ubezpieczający, który zawiera umowy ubezpieczenia grupowego z zakładem ubezpieczeń na rachunek swoich klientów. Model ten powoduje powstanie specyficznej konstrukcji prawnej, która przewiduje zaangażowanie co najmniej trzech podmiotów (zakład ubezpieczeń – ubezpieczający – ubezpieczony).

2. Bank jako pośrednik ubezpieczeniowy

Model ten przewiduje działanie banku jako pośrednika ubezpieczeniowego (polskie prawo rozróżnia dwa rodzaje

pośrednictwa ubezpieczeniowego – agenta oraz brokera). Bank działa w oparciu o ustawę z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym, która implementuje do polskiego prawa dyrektywę 2002/92. Z uwagi na to, iż działalność pośredników ubezpieczeniowych jest nadzorowana przez organy nadzoru, jest to model preferowany przez nadzór ubezpieczeniowy.

3. Bank jako jednocześnie ubezpieczający i ubezpieczony

Model ten można zastosować wyłącznie przy niektórych ubezpieczeniach, szczególnie przy ubezpieczeniach spłaty zadłużenia klienta z tytułu zobowiązań finansowych zaciągniętych w banku (np. spłata zadłużenia z tytułu kredytów konsumenckich). Bank w takim przypadku ubezpiecza własne ryzyko (braku spłaty zadłużenia), natomiast ekonomiczny ciężar ochrony ubezpieczeniowej banku jest przenoszony na klienta banku, który zazwyczaj w takich przypadkach jest zobowiązany do zwrotu bankowi kosztów opłacenia składki ubezpieczeniowej.

Wiele podmiotów, które uczestniczą w dystrybucji ubezpieczeń, chce uniknąć podlegania formalnemu nadzorowi organów nadzoru ubezpieczeniowego, co przewiduje konstrukcja oparta na pośrednictwie ubezpieczeniowym (model 2). Okoliczność ta powoduje, iż w praktyce bardzo popularnym rozwiązaniem jest konstrukcja opisana jako model 1. Dodatkowo jest to rozwiązanie elastyczne, ponieważ umożliwia zawarcie indywidualnie uzgodnionej umowy z zakładem ubezpieczeń, regulującej zasady wzajemnej współpracy pomiędzy bankiem i zakładem ubezpieczeń. Jednocześnie jednak to właśnie ta konstrukcja stwarza najwięcej wyzwań praktycznych. Poniżej wskazujemy przykłady takich wyzwań.

Wynagrodzenie ubezpieczającego

Bank podejmuje się dystrybucji produktów ubezpieczeniowych na rzecz zakładu ubezpieczeń, dążąc do udziału w przychodach wygenerowanych przez zakład ubezpieczeń z tytułu sprzedaży takich produktów. Cel ten jest najczęściej osiągany poprzez określenie w umowie pomiędzy bankiem a zakładem ubezpieczeń wynagrodzenia na rzecz banku uzależnionego od wartości przypisanej składki. W modelu 1 oznacza to jednak powstanie nienaturalnej sytuacji, w której bank, będąc ubezpieczającym (a więc formalnie stroną umowy ubezpieczenia oraz podmiotem zobowiązanym do zapłaty składki ubezpieczeniowej – więcej na ten temat poniżej), miałby jednocześnie otrzymywać od zakładu ubezpieczeń wynagrodzenie. Według organów nadzoru otrzymywanie przez bank wynagrodzenia w takim przypadku może stanowić obejście przepisów prawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym. Zakłady ubezpieczeń oraz banki próbują niekiedy uzasadnić wynagrodzenie należne

bankowi poprzez określenie czynności, których wykonanie zakład ubezpieczeń zleca bankowi (są to najczęściej czynności w zakresie szeroko pojętego administrowania ubezpieczeniem grupowym). Wielokrotnie jednak są to czynności, które zgodnie z ustawą o pośrednictwie ubezpieczeniowym mogą być wykonywane przez pośrednika ubezpieczeniowego. Okoliczność ta jest dodatkową przesłanką sugerującą, iż umowy te mogą stanowić próbę obejścia przepisów o pośrednictwie ubezpieczeniowym.

Zapłata składki

Kodeks cywilny stanowi wprost, iż w przypadku ubezpieczeń na cudzy rachunek roszczenie o zapłatę składki ubezpieczeniowej przysługuje zakładowi ubezpieczeń wyłącznie przeciwko ubezpieczającemu. W modelu 1 zakład ubezpieczeń może zatem dochodzić zapłaty składki wyłącznie od banku, a nie od ubezpieczonego klienta banku. Okoliczność ta musi zostać uwzględniona w umowie zawartej pomiędzy bankiem jako ubezpieczającym a zakładem ubezpieczeń. Wymagać będzie również zazwyczaj zawarcia odrębnej umowy z ubezpieczonym, na podstawie której będzie on zobowiązany do zwrotu bankowi składki zapłaconej z tytułu jego ubezpieczenia. Bank musi w odpowiedni sposób zabezpieczyć się przed ryzykiem konieczności zapłaty składki z tytułu ubezpieczenia określonego ubezpieczonego w sytuacji, gdy sam nie może wygzekwować od niego równowartości zapłaconej składki. Omawiany mechanizm zapłaty składki dodatkowo komplikują regulacje, które nakazują proporcjonalny zwrot składki w przypadku wygaśnięcia stosunku ubezpieczenia przed upływem okresu, na jaki została zawarta umowa (art. 813 Kodeksu cywilnego). Bank musi w takiej sytuacji zagwarantować ubezpieczonemu klientowi proporcjonalny zwrot świadczenia, które klient wpłacił bankowi tytułem pokrycia kosztów opłacenia składki ubezpieczeniowej. Uregulowanie powyższych zagadnień wymaga szczególnej precyzji z uwagi na dużą zazwyczaj liczbę ubezpieczonych uczestniczących w ubezpieczeniu grupowym. Warto również podkreślić, iż prawidłowe rozliczanie składek w ubezpieczeniach grupowych jest jednym z najbardziej wrażliwych zagadnień z perspektywy nadzoru ubezpieczeniowego.

Rozwiązanie umowy *bancassurance*

Podmioty współpracujące w ramach *bancassurance*, szczególnie w przypadku tych samych grup kapitałowych, nie zawsze zabezpieczają odpowiednio mechanizm wyjścia ze struktury kontraktowej stworzonej w ramach modelu 1. W przypadku konieczności zakończenia współpracy (np. w związku z podziałem grupy kapitałowej) może w praktyce dochodzić do szeregu trudności, zwłaszcza że w przypadku ubezpieczeń grupowych ubezpieczeniem może być objęte wiele tysięcy ubezpieczonych. Przykładowo w niektórych

przypadkach banki wpisują w treść długoterminowych umów kredytowych postanowienia odnoszące się do konkretnych umów ubezpieczeń grupowych. Rozwiązanie takiej umowy ubezpieczenia stwarza niekiedy konieczność aneksowania wielu tysięcy umów kredytowych. Należy również mieć na uwadze, iż rozwiązanie umowy nie może kolidować z interesami ubezpieczonych. Pomimo

rozwiązania umowy muszą mieć oni zagwarantowane wykonywanie ich uprawnień z tytułu ubezpieczenia grupowego. Zapewnienie wykonywania tych praw może wymagać zawarcia przez bank oraz zakład ubezpieczeń dodatkowego porozumienia regulującego zasady obsługi ubezpieczonych po wygaśnięciu umowy ubezpieczenia grupowego.

Michał Steinbagen, adwokat, jest odpowiedzialny za Zespół Prawa Ubezpieczeń

Krzysztof Wojdyło, adwokat, jest członkiem Zespołu Postępowań Regulacyjnych

Zagraniczne fundusze inwestycyjne mają prawo do zwrotu polskiego podatku dochodowego

Michał Nowacki

Dariusz Wasylkowski



Z dniem 1 stycznia 2011 r. do ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych wprowadzono zwolnienie podmiotowe dla zagranicznych funduszy inwestycyjnych posiadających siedzibę w Unii Europejskiej lub Europejskim Obszarze Gospodarczym i spełniających określone dodatkowe warunki. Wprowadzenie tego zwolnienia nie oznacza jednak, że zagraniczne fundusze inwestycyjne z UE/EOG nie miały do niego prawa przed 1 stycznia 2011 r. Co więcej również fundusze spoza UE/EOG mają szereg argumentów, by żądać objęcia ich zwolnieniem podatkowym zarówno przed, jak i po 1 stycznia 2011 r.

Do końca 2010 roku przepisy polskiej ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (ustawa o CIT) przewidywały

zwolnienie przedmiotowe z podatku dochodowego (CIT) jedynie dla funduszy inwestycyjnych działających na podstawie przepisów polskiej ustawy o funduszach inwestycyjnych. Polskie organy podatkowe na tej podstawie uznawały, że jedynie fundusze utworzone na podstawie polskiego prawa i z siedzibą w Polsce mają prawo do stosowania zwolnienia z CIT, które obejmuje wszystkie dochody funduszu, w tym dochody z dywidend i odsetek. Tym samym polskie organy podatkowe uznawały i uznają, że dochody zagranicznych funduszy inwestycyjnych (najczęściej dywidendy i odsetki) nie korzystały ze zwolnienia z opodatkowania (w przypadku tych funduszy opodatkowanie polegało najczęściej na pobraniu podatku u źródła przez podmiot wypłacający dywidendę/odsetki).

Polskie regulacje w tym zakresie były przez długi czas (co najmniej od marca 2007 roku) uznawane przez Komisję Europejską za sprzeczne z przepisami unijnymi ze względu na ich dyskryminujący charakter oraz ograniczanie swobód europejskich. W związku z tym Komisja wzywała Polskę do zmiany tych przepisów, co skończyło się wprowadzeniem nowych regulacji przez polskiego prawodawcę z dniem 1 stycznia 2011 r.

Unijne fundusze inwestycyjne miały i mają prawo do zwolnienia

Nowe zwolnienie (zmienione dodatkowo przepisami, które weszły w życie 4 grudnia 2011 r.) obejmuje instytucje wspólnego inwestowania posiadające siedzibę w UE lub EOG, które spełniają łącznie szereg dodatkowych warunków. Mimo wprowadzenia zwolnienia dla funduszy inwestycyjnych z UE/EOG do ustawy o CIT, Komisja Europejska po raz kolejny wezwala Polskę do zmiany przepisów podatkowych w tym zakresie, uznając, że przyznanie zwolnienia dla funduszy zagranicznych jedynie pod pewnymi warunkami, które nie obowiązują polskich funduszy, jest dyskryminujące.

Należy jednak podkreślić, że choć nowe przepisy w zakresie zwolnienia zagranicznych funduszy inwestycyjnych wprowadzono do ustawy o CIT dopiero 1 stycznia 2011 r., to również na gruncie wcześniej obowiązujących przepisów należy uznać, że dochody funduszy inwestycyjnych z UE powinny korzystać ze zwolnienia z CIT (w tym z podatku u źródła pobranego w Polsce). Stanowisko to wynika z faktu, że zagraniczne fundusze inwestycyjne z UE powinny być dla celów ustawy o CIT traktowane jako fundusze działające na podstawie przepisów polskiej ustawy o funduszach inwestycyjnych, ponieważ ustawa ta obejmuje swoim zakresem również zasady prowadzenia działalności na terytorium Polski przez zagraniczne fundusze inwestycyjne (rozumiane jako fundusze posiadające siedzibę w UE). Pogląd taki znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie polskich sądów administracyjnych.

Dodatkowo, na podstawie takiej wykładni przepisów, należy uznać, że także zagraniczne fundusze inwestycyjne posiadające siedzibę w UE, które nie spełniają warunków wprowadzonych do ustawy o CIT od 1 stycznia 2011 r., mają prawo do zwolnienia swoich dochodów z polskiego źródła na takich samych zasadach jak fundusze inwestycyjne posiadające siedzibę w Polsce.

Kwestia dyskryminacji zagranicznych funduszy inwestycyjnych w porównaniu do funduszy krajowych była też przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w sprawie przeciwko Portugalii. TSUE uznał, że zastrzegając korzystanie ze zwolnienia z podatku dochodowego od

osób prawnych jedynie na rzecz funduszy emerytalnych mających siedzibę na terytorium portugalskim, Portugalia uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy przepisów konstytuujących swobodę przepływu kapitału. Orzeczenie TSUE stanowi kolejny, bardzo istotny argument dla podatników w ewentualnych sporach z polskimi organami podatkowymi.

A co z dochodami funduszu inwestycyjnych z krajów trzecich?

Przepisy polskiej ustawy o CIT nie wprowadzają zwolnienia podatkowego dla funduszy inwestycyjnych posiadających siedzibę poza UE lub EOG. W tym kontekście powstaje wątpliwość, czy fundusze takie w ogóle mają prawo korzystać ze zwolnienia podatkowego w Polsce.

Na gruncie przepisów unijnych należy uznać, że swoboda przepływu kapitału, która powinna mieć podstawowe znaczenie w kontekście funduszy inwestycyjnych, obejmuje również podmioty z państw trzecich. Tym samym, jeśli polskie władze nie są w stanie obiektywnie uzasadnić (w tym w postaci tzw. przeważających względów interesu publicznego) wyłączenia funduszy inwestycyjnych z państw trzecich ze zwolnienia z CIT, to właśnie na podstawie swobody przepływu kapitału należy kwestionować ograniczenia w ustawie o CIT i uznać, że także fundusze inwestycyjne spoza UE/EOG powinny być zwolnione podmiotowo z opodatkowania CIT.

Skuteczność takiej argumentacji potwierdza praktyka podatkowa innych krajów. Przykładowo holenderskie organy podatkowe po długim sporze z kanadyjskim funduszem emerytalnym uznały argumentację podatnika i dokonały zwrotu podatku u źródła pobranego od wypłacanych temu funduszowi dywidend. Ponieważ argumentacja podatnika oparta była głównie na przepisach unijnych i zasadzie swobody przepływu kapitału, może być ona skuteczna również w przypadku podatków dochodowych pobieranych od funduszy inwestycyjnych spoza UE/EOG w innych krajach, w tym w Polsce.

Dodatkowo w odniesieniu do funduszy zagranicznych spoza UE/EOG pomocne mogą być również tezy powołanego orzeczenia TSUE w sprawie przeciwko Portugalii.

Jak odzyskać zapłacony podatek?

Należy uznać, że zarówno zagraniczne fundusze inwestycyjne posiadające siedzibę w UE/EOG, jak i te posiadające siedzibę w krajach trzecich, które zapłacili podatek dochodowy w Polsce i prawo do zwrotu tego podatku nie uległo jeszcze przedawnieniu, mają prawo i podstawy do odzyskania tego podatku (z końcem 2011 roku przedawnieniu uległ rok 2006, nie jest więc możliwe występowanie o zwrot podatku za ten okres i okresy wcześniejsze).

W tym celu należy wystąpić do polskich organów podatkowych z wnioskami o stwierdzenie nadpłaty podatku i o zwrot tej nadpłaty. Wnioski takie w każdym przypadku powinny być poprzedzone szczegółową analizą konkretnych stanów faktycznych oraz posiadanej przez podatników dokumentacji. Trzeba się jednak przygotować na to, że odzyskanie podatku będzie możliwe dopiero po

wygraniu sporu w tym zakresie z organami podatkowymi.

Artykuł porusza wyłącznie kwestię zagranicznych funduszy inwestycyjnych, ale podobny problem dotyczy również zagranicznych funduszy emerytalnych. Zaprezentowane powyżej poglądy znajdują co do zasady zastosowanie także w przypadku opodatkowania zagranicznych funduszy emerytalnych.

Michał Nowacki, radca prawny i doradca podatkowy, jest członkiem Zespołu Doradztwa Podatkowego

Dariusz Wasylkowski, adwokat, doradca podatkowy, jest współnikiem odpowiedzialnym za Zespół Doradztwa Podatkowego

dla
inwestora
dla bankowca
dla przedsiębiorcy
dla prawnika

www.portaltransakcyjny.pl

Koncepcja długu równoległego w praktyce polskiej

Patrycja Jacaszek

Łukasz Szegda



Dług równoległy (ang. *parallel debt*) jest konstrukcją prawną stosowaną przy finansowaniach międzynarodowych z udziałem wielu kredytodawców. W celu uproszczenia i ograniczenia kosztów obsługi kredytu oraz zabezpieczeń banki wybierają jeden podmiot, którego zadaniem jest administrowanie kredytami i zabezpieczeniami. Pod prawem polskim powstaje wtedy problem, jak ustrukturyzować wierzytelności oraz zabezpieczenia, by jeden podmiot „reprezentował” wiele banków przy ustanowieniu zabezpieczeń.

Zasada akcesoryjności zabezpieczeń w prawie polskim

Celem zabezpieczeń jest gwarantowanie spłaty zabezpieczanej przez nie wierzytelności (np. kredytu). W rezultacie zabezpieczenia związane są z taką wierzytelnością, co wyraża się w zasadzie akcesoryjności. Sama zasada doznaje

wyjątków i jest rozmaicie interpretowana, jednak pozostaje jedną z podstawowych reguł w sferze zabezpieczeń. Jednym z jej skutków jest powiązanie pozycji wierzyciela z danej wierzytelności i beneficjenta zabezpieczenia ustanowionego w związku z taką wierzytelnością.

Zasada akcesoryjności nie jest sformułowana w prawie, tylko pośrednio wynika z redakcji przepisów o konkretnych zabezpieczeniach. Teoretycznie można spróbować stworzyć na zasadzie swobody umów konstrukcję pozwalającą na reprezentowanie przez jednego agenta wielu wierzycieli przy ustanowieniu zabezpieczenia. Ryzyko zakwestionowania takiego zabezpieczenia jest jednak tak wysokie, że w praktyce żaden wierzyciel go nie podejmuje.

Problem niedostosowania polskiego prawa do kredytów konsorcjalnych dostrzegł także ustawodawca i podjął próby umożliwienia korzystania przez wielu wierzycieli

z jednego zabezpieczenia. W przypadku hipoteki i zastawu rejestrowego wprowadzono konstrukcję administratora, na rzecz którego ustanawiany jest jeden zastaw rejestrowy bądź hipoteka na zabezpieczenie wierzytelności wielu wierzycieli. Administrator nie stał się jednak remedium na problem multiplikacji zabezpieczeń przy kredytach konsorcjalnych. Po pierwsze funkcja administratora jest dostępna tylko dla dwóch typów zabezpieczeń, a przy dużych transakcjach wymagany jest zwykle szerszy ich wachlarz. Po drugie same przepisy regulujące funkcję administratora ograniczają jego zastosowanie praktyczne. Dlatego praktyka międzynarodowych transakcji finansowania przy udziale wielu wierzycieli wymagających polskich zabezpieczeń wypracowała inne rozwiązanie: konstrukcję długu równoległego.

Konstrukcja długu równoległego i jego dopuszczalność pod prawem polskim

Dług równoległy polega na wykreowaniu pojedynczej wierzytelności wobec agenta zabezpieczeń, która ekonomicznie odpowiada sumie wszystkich wierzytelności (tzw. wierzytelności podstawowych) wobec wielu wierzycieli z danego stosunku prawnego (np. umowy kredytowej), ale jest odrębna od nich pod względem prawnym. Efekt ten uzyskuje się poprzez zobowiązanie danego dłużnika do płatności na rzecz agenta kwoty, którą dłużnik jest winien łącznie wszystkim podmiotom finansującym na podstawie umowy kredytowej. Zatem zamiast zabezpieczać wielość podstawowych wierzytelności na rzecz wielu wierzycieli (i mnożyć zabezpieczenia), tworzy się, równoległe do wierzytelności podstawowych, jedną wierzytelność na rzecz jednego podmiotu. Według najczęstszej konstrukcji każda spłata wierzytelności podstawowych powoduje odpowiednie zmniejszenie długu równoległego wobec agenta zabezpieczeń.

Wierzytelność równoległa, jako wierzytelność pojedyncza, może być swobodnie zabezpieczana przez dozwolone zabezpieczenia. Zapewnia to spójność działań administracyjnych oraz egzekucyjnych w związku z zabezpieczeniami, gdyż wymaga działania wyłącznie jednego podmiotu w związku z jednym „kompletem” zabezpieczeń.

W polskiej praktyce dług równoległy powszechnie występuje jako wierzytelność wykreowana pod prawem obcym (głównie angielskim), ale zabezpieczana polskimi zabezpieczeniami. Powstaje zatem pytanie, czy wierzytelności powstałe na podstawie klauzuli długu równoległego rządzonej prawem angielskim mogą być zabezpieczane polskimi zabezpieczeniami.

Zgodność z prawem polskim

Po pierwsze, jak w każdym przypadku styczności z prawem obcym, należy zbadać, czy wybór prawa obcego dla

zabezpieczanej wierzytelności został przeprowadzony we właściwy sposób z punktu widzenia polskiego prawa (zazwyczaj wystarczy prosty test). Po drugie, należy się zastanowić, czy dana konstrukcja długu równoległego nie narusza podstawowych zasad polskiego porządku prawnego. Zgodnie z polskim prawem prywatnym międzynarodowym zastosowanie obcego prawa dla długu równoległego nie będzie możliwe, jeśli jego skutki są sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (ponadto zgodnie z rozporządzeniem Rady 44/2001 orzeczenie sądowe, np. zasadzające dług równoległy, nie może być uznane w Polsce, gdyby jego uznanie było oczywiście sprzeczne z polskim porządkiem publicznym). W świetle tej regulacji nasuwa się pytanie, czy zasada akcesoryjności, która uniemożliwia stworzenie pod prawem polskim konstrukcji analogicznej do długu równoległego, może być uznana za podstawową zasadę porządku prawnego. W naszej opinii taka kwalifikacja byłaby nieuzasadniona. Podstawowe zasady porządku prawnego to najbardziej podstawowe reguły, na których oparty jest cały system prawny danego kraju, natomiast zasada akcesoryjności jest jedynie konstrukcją doktryny cywilistycznej i doznaje wielu wyjątków oraz wyłączeń na gruncie samego prawa polskiego. Czy istnieją zatem inne czynniki, które zwiększają ryzyko zakwestionowania długu równoległego poddanego prawu obcemu przez polskie sądy? Przyjrzyjmy się orzecznictwu.

Orzecznictwo dotyczące długu równoległego

Pomimo powszechności zastosowania długu równoległego w praktyce, dorobek orzecznictwa jest w tym zakresie niewielki. Przede wszystkim należy wspomnieć o orzeczeniu Sądu Najwyższego z 9 października 2009 (IV CSK 145/09). Sąd Najwyższy orzekł w stanie faktycznym, w którym była zastosowana klauzula długu równoległego pod prawem obcym, i nie zakwestionował tej instytucji. Jednak jak wynika z orzeczenia, dług równoległy nie był kwestionowany przez skarżącego (sprawa dotyczyła kwestii upadłościowych), a Sąd Najwyższy rozpatruje skargę kasacyjną w zakresie jej zarzutów. Trudno zatem uznać, że to orzeczenie ostatecznie rozwiało wszystkie wątpliwości.

Znane są jednak przypadki, w których sądy niższych instancji odnosiły się bezpośrednio do kwestii długu równoległego. Na szczególną uwagę zasługuje orzeczenie sądu upadłościowego, w którym wprost rozważono dopuszczalność długu równoległego i zaakceptowano tę konstrukcję, a także uznano za ważne zabezpieczenia poddane prawu polskiemu a zabezpieczające angielski dług równoległy. W tym orzeczeniu sąd upadłościowy uznał na liście wierzytelności obie wierzytelności zasądzone w orzeczeniu angielskim – zarówno podstawową, jak i tę z długu równoległego (były zgłaszane jako odrębne wierzytelności, przy czym ta druga jako wierzytelność zabezpieczona). Sąd wprost też potwierdził, że istnienie

równoległej wierzytelności obok wierzytelności podstawowej nie narusza porządku Rzeczypospolitej Polskiej.

W przywołanym orzeczeniu sąd wielokrotnie podkreślił, że skoro spłata któregośkolwiek z długów (podstawowego bądź równoległego) automatycznie obniża kwotę drugiego długu o tę samą wartość, to nie ma możliwości „kumulacji” wierzytelności i doprowadzenia do zaspokojenia tej samej wierzytelności w podwójnej wysokości. Na podstawie tego postanowienia sąd zasugerował nawet analogię do rodzimej konstrukcji wierzytelności solidarnych, choć zaznaczył, że w przeciwieństwie do wierzytelności wierzycieli solidarnych dług podstawowy i równoległy są odrębnymi wierzytelnościami.

Zdecydowana większość postanowień o długu równoległym, z którymi spotkaliśmy się w praktyce, zawiera tego rodzaju zastrzeżenie o automatycznym obniżaniu się wierzytelności podstawowej po spłacie długu równoległego i odwrotnie. Takie postanowienie wydaje się naturalną konsekwencją celu wprowadzenia „sztucznego” długu równoległego – ma on służyć jedynie uproszczeniu schematu zabezpieczeń, nie zaś kreować kolejną „realną” wierzytelność.

Warto też zwrócić uwagę na orzecznictwo innych państw systemu prawa kontynentalnego, które również używają konstrukcji długu równoległego do ustanawiania zabezpieczeń. Ważne jest zwłaszcza orzeczenie francuskiego Sądu Najwyższego z 13 września 2011 r. w sprawie Belvedere. W tej sprawie dłużnik próbował kwestionować konstrukcję długu równoległego, wskazując, że ten mechanizm może prowadzić do podwójnej płatności tej samej wierzytelności, co byłoby niezgodne z porządkiem publicznym. Francuski Sąd Najwyższy oddalił ten zarzut, gdyż klauzula długu równoległego wyraźnie przewidywała automatyczne zmniejszanie długu podstawowego w miarę spłaty długu równoległego na rzecz agenta. Stanowisko to jest więc zbieżne ze wskazanym powyżej orzeczeniem polskiego sądu upadłościowego.

Podsumowując, dotychczasowe orzeczenia zasadniczo akceptują strukturę długu równoległego pod prawem angielskim, a w konsekwencji i polskie zabezpieczenia zabezpieczające taką wierzytelność. Rozwiązanie przyjęte przez praktykę wydaje się więc akceptowane przez sądy, co zwiększa pewność obrotu prawnego. Napawa optymizmem, że mimo braku odpowiedniej legislacji, praktyka sama wypracowuje coraz bardziej stabilną konstrukcję dla zaspokojenia oczekiwań rynku.

Patrycja Jacaszek jest członkiem Zespołu Bankowości i Finansowania Projektów

Łukasz Szegda, radca prawny, jest współnikiem odpowiedzialnym za Zespół Bankowości i Finansowania Projektów

Zmiana wierzyciela lub dłużnika na podstawie cesji wierzytelności, *cessio legis* oraz przejęcia długu

Jacek Bondarewski

Kinga Ziemnicka



W stosunkach gospodarczych zachodzi niekiedy potrzeba dokonania zmiany po stronie wierzyciela lub dłużnika i wstąpienia na ich miejsce osoby trzeciej, choć różne mogą być podstawy prawne takich zmian. Unormowania regulujące cesję wierzytelności, *cessio legis* oraz przejęcie długu umożliwiają dokonanie zmiany strony stosunku zobowiązaniowego i wstąpienie osoby trzeciej w prawa wierzyciela albo dłużnika, jednakże instytucje te dość często są mylone.

Cesja wierzytelności uregulowana w art. 509–517 Kodeksu cywilnego pozwala wierzycielowi na przeniesienie wierzytelności na osobę trzecią co do zasady bez zgody dłużnika, chyba że sprzeciwiałoby się to ustawie, zastrzeżeniu umownemu albo właściwości zobowiązania. Strony umowy

mogą zatem zastrzec, że przelew wierzytelności wymaga zgody dłużnika, jeżeli natomiast tego nie uczynią, to w świetle przepisów zgoda taka nie jest wymagana. Podstawę prawną do dokonania przelewu wierzytelności może stanowić umowa sprzedaży, zamiany, darowizny lub inna umowa zobowiązująca do przeniesienia wierzytelności na nabywcę. W takiej sytuacji zbywca wierzytelności ma jedynie obowiązek zawiadomić dłużnika o przelewie. Dopóki bowiem zbywca nie zawiadomi dłużnika o przeniesieniu wierzytelności, spełnienie świadczenia do rąk poprzedniego wierzyciela ma skutek prawny wobec nabywcy, chyba że w chwili spełnienia świadczenia dłużnik wiedział o przelewie.

Inaczej jest natomiast w przypadku przejęcia długu uregulowanego w art. 519–525 k.c., bowiem zmiana po stronie

dłużnika wymaga zawsze trójstronnego uzgodnienia. Różnica polega na tym, iż o ile w przypadku cesji wierzytelności dochodzi do przeniesienia praw, o tyle w przypadku przejęcia długu osoba trzecia w istocie przejmuje na siebie obowiązki dotychczasowego dłużnika. Należy mieć na uwadze, że w określonych sytuacjach zmiana dłużnika mogłaby pociągać za sobą niekorzystne skutki dla wierzyciela, na przykład w razie niewypłacalności podmiotu przejmującego dług, stąd na przejęcie długu potrzebna jest zgoda wierzyciela. W konsekwencji przejęcie długu może nastąpić:

1. przez umowę pomiędzy wierzycielem a osobą trzecią za zgodą dłużnika, albo
2. przez umowę między dłużnikiem a osobą trzecią za zgodą wierzyciela, z zastrzeżeniem, że zgoda wierzyciela jest bezskuteczna, jeżeli wierzyciel nie wiedział, że osoba przejmująca dług jest niewypłacalna.

Ewentualne przeniesienie praw i obowiązków wynikających z umowy należy zatem zawsze analizować z uwzględnieniem zasad dotyczących cesji wierzytelności i przejęcia długu. Innymi słowy, o ile cesja wierzytelności (praw) co do zasady nie wymaga zgody kontrahenta, o tyle zgoda ta jest wymagana do przejęcia długu (obowiązków) przez osobę trzecią.

Obok omawianych powyżej instytucji istnieje jeszcze *cessio legis*, czyli ustawowe, a nie umowne wstąpienie w prawa wierzyciela, zwane inaczej subrogacją ustawową, uregulowane w art. 518 k.c. Różnica pomiędzy cesją wierzytelności a subrogacją ustawową polega na tym, iż zmiana po stronie wierzyciela w przypadku subrogacji następuje z mocy prawa, natomiast cesja wierzytelności na podstawie umowy pomiędzy wierzycielem a nabywcą wierzytelności. Zgodnie ze wspomnianym art. 518 k.c. regulującym subrogację ustawową osoba trzecia, która spłaca wierzyciela, nabywa w określonych sytuacjach spłaconą wierzytelność do wysokości dokonanej zapłaty:

1. jeżeli płaci cudzy dług, za który jest odpowiedzialna osobiście albo pewnymi przedmiotami majątkowymi;
2. jeżeli przysługuje jej prawo, przed którym spłacona wierzytelność ma pierwszeństwo zaspokojenia;
3. jeżeli działa za zgodą dłużnika w celu wstąpienia w prawa wierzyciela; zgoda dłużnika powinna być pod nieważnością wyrażona na piśmie;
4. jeżeli przewidują to przepisy szczególne.

W powyższych przypadkach wierzyciel nie może odmówić przyjęcia świadczenia, które jest już wymagalne. Zatem w wyniku subrogacji ustawowej roszczenie pierwotnego wierzyciela zostaje zaspokojone, a w jego miejsce wstępuje osoba trzecia.

Subrogacja służy zatem zabezpieczeniu interesów osoby trzeciej, która dokonuje spłaty wierzyciela i w konsekwencji doprowadza do wygaśnięcia długu (do wysokości dokonanej zapłaty). O ile zatem w przypadku cesji wierzytelności to wierzyciel dokonuje przelewu wierzytelności, o tyle w przypadku subrogacji wstąpienie w prawa wierzyciela następuje na skutek spłaty wierzytelności przez osobę trzecią (działającą na przykład za zgodą dłużnika).

Zgodnie z poglądami doktryny istnienie umownego wyłączenia przenoszenia wierzytelności w drodze cesji nie stanowi prawnej przeszkody nabycia tej wierzytelności na skutek dokonania spłacenia wierzyciela, czyli na podstawie subrogacji ustawowej. Natomiast zakazy ustawowe przelewu wierzytelności wynikające z przepisów prawa odnoszą się również do subrogacji ustawowej¹.

Z powyższego zestawienia wynika, iż należy odróżnić:

- cesję wierzytelności polegającą na przeniesieniu przez wierzyciela na osobę trzecią przysługującej mu wierzytelności, co nie wymaga zgody dłużnika, chyba że strony inaczej się umówiły;
- przejęcie długu polegające na przeniesieniu obowiązków na osobę trzecią, co wymaga współdziału zarówno wierzyciela, jak i dłużnika;
- subrogację ustawową, polegającą na wstąpieniu przez osobę trzecią, w przewidzianych prawem przypadkach, w prawa wierzyciela na skutek spłacenia wierzyciela.

Zmiana strony umowy wzajemnej, zwłaszcza o charakterze długoterminowym, polegająca na zastąpieniu jednej ze stron przez osobę trzecią zazwyczaj łączy ze sobą cesję wierzytelności oraz przejęcie długu, gdyż w praktyce osoba trzecia najczęściej nabywa zarówno prawa, jak i obowiązki wynikające z umowy, co w konsekwencji powoduje konieczność uzyskania zgody kontrahenta.

Jacek Bondarewski, radca prawny, współnik współodpowiedzialny za Zespół Prawa Korporacyjnego, Restrukturyzacji Spółek i Kontraktów Handlowych

Kinga Ziemnicka, radca prawny, Zespół Prawa Korporacyjnego, Restrukturyzacji Spółek i Kontraktów Handlowych

¹ „Komentarz do Kodeksu cywilnego pod redakcją Krzysztofa Pietrzykowskiego”, 2005 r., t. II, s. 169.

Kiedy inwestor uzyskuje realny wpływ na sprawy spółki?

dr Jarosław Grykiel



Maciej Szewczyk



Przed wpisaniem do księgi akcyjnej inwestor nie jest jeszcze uważany przez spółkę za akcjonariusza i nie może korzystać z pełni praw udziałowych. Z literalnego brzmienia przepisów wynikałoby, że od chwili nabycia akcji do chwili uzyskania realnego wpływu na sprawy spółki muszą upłynąć co najmniej trzy tygodnie. W pewnych okolicznościach czas ten może jednak ulec znacznemu skróceniu.

Interesującym, a zarazem często lekceważonym zagadnieniem na gruncie polskich przepisów jest ustalenie chwili uzyskania pełni praw udziałowych przez nabywcę akcji imiennych w niepublicznej spółce akcyjnej.

W przypadku akcji imiennych, względem spółki, za akcjonariusza uważa się osobę, która jest wpisana do księgi akcyjnej.

Polski ustawodawca przewidział odpowiednią procedurę wpisu nabywcy do księgi akcyjnej, zgodnie z którą

nabywca akcji imiennych powinien wystąpić do zarządu spółki z wnioskiem o wpisanie go do księgi akcyjnej, załączając dokumenty uzasadniające dokonanie wpisu. Po otrzymaniu takiego wniosku zarząd powinien poinformować o planowanym wpisie do księgi akcyjnej osoby zainteresowane, wyznaczając im co najmniej dwutygodniowy termin na wniesienie ewentualnego sprzeciwu wobec wnioskowanego wpisu. Ewentualny sprzeciw powinien być złożony na piśmie, a jego terminowe wniesienie uniemożliwia wpisanie nabywcy do księgi akcyjnej do czasu wydania w tym zakresie stosownego rozstrzygnięcia przez sąd.

Dokonanie wpisu do księgi akcyjnej z naruszeniem powyższej procedury skutkuje wadliwością takiego wpisu oraz odpowiedzialnością członków zarządu.

Uprawniony z akcji imiennych ma prawo uczestniczenia w walnym zgromadzeniu, jeżeli został wpisany do księgi

akcyjnej co najmniej na tydzień przed odbyciem walnego zgromadzenia.

Z powyższych ogólnych zasad można na pierwszy rzut oka wywieść zatem trzy podstawowe wnioski.

Po pierwsze, do czasu przeprowadzenia opisanych procedur nabywca akcji imiennych, bez względu na to, czy uzyskał nieznaczny udział w kapitale zakładowym spółki, czy też stał się jej jedynym akcjonariuszem, nie jest jeszcze uważany przez spółkę za akcjonariusza. Tym samym nie może korzystać z pełni praw udziałowych (np. głosować na walnym zgromadzeniu).

Po drugie, od chwili zawiadomienia spółki o nabyciu akcji do chwili dokonania stosownego wpisu w księdze akcyjnej, a tym samym do chwili uznania nabywcy akcji za nowego akcjonariusza spółki muszą upłynąć przynajmniej dwa tygodnie.

Po trzecie, nabywca akcji imiennych może korzystać z pełni praw udziałowych, głosując na walnym zgromadzeniu, jedynie w przypadku, gdy był wpisany do księgi akcyjnej przynajmniej na tydzień przed odbyciem walnego zgromadzenia.

Automatyczne przyjęcie powyższych założeń prowadziłoby jednak do wniosku, że nawet nabywca stu procent akcji imiennych w spółce może uzyskać realny wpływ na sprawy spółki dopiero po upływie co najmniej trzech tygodni od dnia nabycia akcji (dwutygodniowego okresu od chwili zawiadomienia spółki o nabyciu akcji do momentu dokonania wpisu w księdze akcyjnej, oraz tygodniowego okresu od dnia wpisania akcjonariusza do księgi akcyjnej do dnia odbycia walnego zgromadzenia).

Takie wnioski, oparte jedynie na językowej wykładni obowiązujących przepisów, nie dają się jednak pogodzić z rezultatami ich wykładni celowościowej.

Czy zatem w przypadku nabycia akcji imiennych istnieje możliwość uzyskania przez nabywcę realnego wpływu na sprawy spółki wcześniej niż po upływie określonych wcześniej terminów?

Na tak postawione pytanie można, jak się wydaje (przynajmniej w odniesieniu do pewnych przypadków, np. nabycia stu procent akcji), udzielić odpowiedzi twierdzącej. W tym celu jednak (i) wszyscy dotychczasowi akcjonariusze spółki oraz (ii) nabywca akcji powinni wspólnie:

- dokonać powiadomień wymaganych przepisami prawa (względem siebie nawzajem oraz w stosunku do spółki);
- wniesić o dokonanie przez zarząd wpisu w księdze akcyjnej; a także
- zrzec się prawa do wniesienia sprzeciwu wobec wpisu nabywcy w księdze akcyjnej.

Za dopuszczalnością powyższego rozwiązania przemawiają następujące okoliczności.

Po pierwsze, powyższych czynności dokonują zarówno wszyscy dotychczasowi akcjonariusze, jak i nabywca akcji. Można zatem przyjąć, że o ile nie ma innych uprawnionych (a krąg uprawnionych ujmowany jest raczej wąsko i obejmuje właścicieli akcji oraz ewentualnie osoby, którym przysługują do akcji ograniczone prawa rzeczowe w postaci zastawu lub użytkowania), to poza tymi osobami nie ma innych podmiotów, które należałoby zawiadomić lub które miałyby jakiegokolwiek uprawnienia związane ze zbyciem akcji spółki.

Po drugie, każdy z uprawnionych, składając powyższe oświadczenia, zajmuje stosowne stanowisko w sprawie, tj. zrzeka się prawa do wniesienia sprzeciwu względem wpisania nabywcy do księgi akcyjnej spółki. Można zatem uznać, że wszelkie czynności wymagane prawem zostają prawidłowo dokonane.

Po trzecie, każdy z akcjonariuszy dokonuje wymaganych czynności jeszcze przed upływem terminów wskazanych w procedurach określonych w obowiązujących przepisach. Nie ma przy tym znaczenia, że wskazane terminy nie zaczęły jeszcze biec.

Można zasadnie twierdzić, że celem przepisów nakazujących zarządowi dokonanie powiadomień o planowanych zmianach w księdze akcyjnej oraz odczekanie tygodnia po wpisaniu nowego akcjonariusza do księgi akcyjnej jest zapewnienie należytej ochrony podmiotom, których interes prawny mógłby doznać uszczerbku wskutek dokonania wpisu niezgodnego ze stanem faktycznym i prawnym.

Każda procedura służy określonym celom. Nie jest wartością samą w sobie, której należałoby przestrzegać niezależnie od tego, czy cel, jakemu ma służyć, został już zrealizowany. Jeżeli zatem każdy z uprawnionych podmiotów bierze udział w złożeniu powyższych oświadczeń, to należy uznać, że tym samym akceptuje sam fakt ich złożenia. Trudno byłoby przedstawić przekonującą argumentację, że interes tych podmiotów doznaje uszczerbku w związku z dokonaniem wpisu w księdze akcyjnej. Za liberalną interpretacją obowiązujących przepisów, uwzględniającą cel ich wprowadzenia, opowiada się także orzecznictwo.

Zaprezentowane powyżej rozwiązanie wydaje się uzasadnione. Jest ono również aprobowane przez niektórych przedstawicieli doktryny, a także znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie. Każdy przypadek należy jednak badać osobno, unikając w tym zakresie automatycznego stosowania określonych reguł. Ponadto nie można oczywiście w pełni wykluczyć ryzyka polegającego na tym, że konkretny sąd rozpatrujący daną sprawę nie oprze się wyłącznie na literalnym brzmieniu przepisów czy postanowień przepisów wewnętrznych danej spółki (np. jej statutu).

*dr Jarosław Grykiel, radca prawny, jest członkiem Grupy Transakcyjnej
Maciej Szezwzyk, aplikant radcowski, jest członkiem Grupy Transakcyjnej*

Zamówienia publiczne: moc wiążąca wyjaśnień

Anna Prigan



Wykonawca nie poniesie negatywnych skutków z powodu niezastosowania się do wyjaśnień zamawiającego, jeżeli wyjaśnienia nie były połączone ze zmianą specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jeżeli treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) budzi wątpliwości, wykonawcy zgodnie z art. 38 ustawy – Prawo zamówień publicznych (u.p.z.p.) mogą zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Pytania zadane przez wykonawców mogą powodować konieczność zmiany treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. Jeżeli w wyniku zmiany treści SIWZ dokonanej przez zamawiającego nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert.

W sprawie będącej przedmiotem rozpoznania Krajowej Izby

Odwoławczej (wyrok z 12 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 683/11) jeden z wykonawców zauważył, że opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ nie obejmuje wszystkich elementów. Zadał więc pytanie zamawiającemu. W swoich wyjaśnieniach zamawiający przyznał, że opis przedmiotu zamówienia jest niekompletny i powinien obejmować jeszcze wykonanie dodatkowego elementu, na którego brak zwrócił uwagę wykonawca. Zamawiający ograniczył się wyłącznie do udzielenia i opublikowania swoich wyjaśnień, nie wprowadził jednak stosownych zmian do SIWZ.

Na etapie oceny ofert pojawił się problem. Okazało się bowiem, że część wykonawców złożyła oferty zgodnie z treścią SIWZ, nie uwzględniając treści wyjaśnień zamawiającego, a część ujęła w kalkulacji cenowej również dodatkowy element, którego wykonanie wynikało z wyjaśnień zamawiającego do SIWZ. W omawianym przetargu 100% kryterium oceny ofert stanowiła cena. Oferta najkorzystniejsza nie obejmowała wykonania dodatkowego elementu, który miał być objęty przedmiotem zamówienia zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego: wykonawca skalkulował cenę oferty wyłącznie w oparciu o treść SIWZ. Z tego powodu zamawiający odrzucił jego ofertę uznając, że jest ona niezgodna z SIWZ.

Wykonawca wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), która orzekła, że odrzucenie oferty było niezgodne z prawem. W wyroku z 12 kwietnia 2011 r. KIO wskazała, że art. 38 u.p.z.p. rozróżnia wyjaśnienia do SIWZ od zmiany SIWZ. Skoro zatem w przedmiotowym przypadku zamawiający nie wprowadził zmian do treści SIWZ, a wyłącznie poprzestał na wyjaśnieniach, to nie miał potem prawa obarczać wykonawcy negatywnymi skutkami nieuwzięcia w kalkulacji ceny ofertowej elementu, którego konieczność wykonania wynikała wyłącznie z treści wyjaśnień.

W świetle dotychczasowego orzecznictwa KIO, jak również zasad zamówień publicznych, trudno zgodzić się ze stanowiskiem KIO wyrażonym w tym orzeczeniu.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami zamawiający jest zobowiązany dokonać zmiany SIWZ, jeżeli tylko spostrzegł, że zapisy SIWZ nie oddają w pełni jego intencji, oczekiwań i potrzeb. Z drugiej jednak strony treść wyjaśnień udzielonych

przez zamawiającego miała wpływ na podjęcie przez wykonawców decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu oraz na zawartość ich ofert. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 18 grudnia 2002 r. (sygn. akt V Ca 1311/02), wyjaśnienia do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu. Taką wykładnię prezentowała do tej pory również KIO, wskazując, że:

- zmiany SIWZ, w tym w postaci wyjaśnień, wiążą i zamawiającego, i wykonawców, zaś wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji zastosowania się do wyjaśnień zamawiającego (wyrok KIO z 10 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 687/10);
- przekazując wyjaśnienia do SIWZ, zamawiający nie musi wyraźnie stwierdzić, że w powyższym zakresie dokonuje zmiany SIWZ, ponieważ wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SIWZ są wiążące dla wykonawców i stanowią ze swojej istoty uzupełnienie treści SIWZ, które wykonawcy muszą brać pod uwagę, sporządzając ofertę (wyrok KIO z 12 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 729/10);
- udzielając wyjaśnień, zamawiający nie musi za każdym razem pisać, że w danym zakresie modyfikuje

postanowienia specyfikacji, gdyż i bez takich formuł wykonawcy i zamawiający muszą się stosować do wyjaśnień (wyrok KIO z 2 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 917/10);

- zamawiający jest związany treścią odpowiedzi, jakich udziela (wyrok KIO z 17 listopada 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2401/10).

Wydaje się zatem, że opublikowanie wyjaśnień na stronie internetowej zamawiającego czyni je powszechnie obowiązującymi dla wykonawców przygotowujących oferty. Wykonawcy nie powinni pomijać treści udzielonych wyjaśnień, przygotowując swoje oferty. Ponieważ wraz z podaniem ich do publicznej wiadomości zamawiający jest związany treścią udzielonych wyjaśnień, to również z tym momentem ustaje stan niepewności co do interpretacji określonych zapisów SIWZ, a w konsekwencji wykonawcy są związani SIWZ z uwzględnieniem modyfikacji wynikających z odpowiedzi udzielonych przez zamawiającego. Nie negując obowiązku rzetelnego przygotowania SIWZ przez zamawiającego, należy przecież mieć na uwadze, że efektem udzielonego zamówienia powinno być uzyskanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia o właściwościach odpowiadających potrzebom zamawiającego.

Anna Prigan, radca prawny, jest członkiem Zespołu Infrastruktura, Transport, Zamówienia Publiczne

Artykuł został opublikowany w Rzeczpospolitej 11 czerwca 2011 r.

Odpowiedzialność za naruszenie przepisów prawa ochrony środowiska spowodowana działalnością związaną z poszukiwaniem i wydobywaniem gazu łupkowego

Bartosz Kuraś

Joanna Szafrńska



Od kar pieniężnych po decyzję o wstrzymaniu działalności, a nawet karę kilkuletniego pozbawienia wolności dla osób sprawujących funkcje kierownicze – podmiotom, które niezgodnie z prawem prowadzą poszukiwania i wydobywanie węglowodorów, grozi odpowiedzialność administracyjna, cywilna i karna.

Poszukiwanie i wydobywanie węglowodorów ze złóż niekonwencjonalnych, prowadzone niezgodnie z przepisami

prawa geologicznego i górniczego oraz przepisami prawa ochrony środowiska, może doprowadzić do negatywnych efektów środowiskowych. Przy prowadzeniu takiej działalności należy uwzględnić wiele szczegółów technologicznych związanych z zapotrzebowaniem na wodę do szczelinowania, utylizacją wód powracających i wypływających solanek, transportem materiałów, narzędzi i odpadów oraz zaopatrzeniem wiertni. Omawiana

działalność jest przy tym ściśle regulowana przez prawo, a naruszenie przepisów spowodować może pociągnięcie do odpowiedzialności prowadzącego ją podmiotu. Część problemów jest zresztą wspólna dla poszukiwania i wydobywania gazów ze źródeł konwencjonalnych, jak i niekonwencjonalnych.

Odpowiedzialność za naruszenie przepisów prawa ochrony środowiska reguluje wiele aktów prawnych, w szczególności ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie oraz ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze, która weszła w życie 1 stycznia 2012 r.

Odpowiedzialność administracyjna i naprawienie szkody w środowisku

Odpowiedzialność administracyjna przewidziana jest głównie dla osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej. W przypadku czynów przeciwko środowisku w praktyce znajduje zastosowanie w pierwszej kolejności.

Jednym z bardziej dotkliwych środków o charakterze administracyjnym jest możliwość wydania decyzji o wstrzymaniu działalności. W przypadkach stwierdzenia, że działalność prowadzona przez podmiot poszukujący gazu łupkowego lub ten gaz wydobywający powoduje pogorszenie stanu środowiska w znacznych rozmiarach lub zagraża życiu lub zdrowiu ludzi, organ ochrony środowiska zobowiązany jest wydać decyzję o wstrzymaniu działalności. Oprócz tego istnieje też możliwość wstrzymania fakultatywnego – np. w przypadku eksploatacji wiertni bez wymaganego pozwolenia emisyjnego oraz w przypadku naruszenia jego warunków. W pewnych przypadkach dopuszczalne jest również cofnięcie lub ograniczenie decyzji.

W ostatnich latach powszechnym instrumentem odpowiedzialności administracyjnej stają się kary pieniężne. Dzieje się tak, gdyż: (a) ich nałożenie nie wymaga zaangażowania organów ścigania i sądów, (b) sprawca czynu nie ma zapewnionych gwarancji prawnych, które są przewidziane w postępowaniu karnym, (c) do nałożenia kary wymagane jest jedynie wykazanie przez organ naruszenia prawa – nie jest konieczne udowodnienie winy i zaistnienia szkody.

W pewnych sytuacjach podmiot prowadzący poszukiwanie lub wydobywanie kopalin może być też obowiązany do przywrócenia środowiska do stanu poprzedniego, tj. do stanu sprzed jego działalności. Może to mieć miejsce w szczególności, gdy wystąpiła szkoda w środowisku lub podmiot prowadzący taką działalność negatywnie oddziałuje na środowisko. Naprawienie szkody w środowisku może wiązać się z bardzo wysokimi kosztami.

Odpowiedzialność cywilna

Do odpowiedzialności cywilnej mogą zostać pociągnięte zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne – sprawcy szkody. Przedmiotem ochrony jest nie tyle samo środowisko, ile przede wszystkim dobra indywidualne podmiotów.

Kluczową rolę w odpowiedzialności cywilnej odgrywa pojęcie szkody (np. zachorowanie na skutek szkodliwych emisji czy zniszczenie upraw). Obejmuje ono zarówno straty, które poszkodowany poniósł, jak i korzyści, które utracił na skutek zdarzenia powodującego stratę. Sprawca szkody będzie co do zasady obowiązany wobec poszkodowanego do jej naprawienia poprzez przywrócenie stanu poprzedniego albo poprzez zapłatę odszkodowania.

Przywrócenie stanu poprzedniego może nastąpić przez restytucję fizyczną i gospodarczą, tak aby rzeczy lub dobra odzyskały cechy i walory, jakie miały przed wyrządzeniem szkody. W szczególności, zgodnie z przepisami prawa geologicznego i górniczego, może to nastąpić poprzez przeniesienie na poszkodowanego własności gruntów, lokali, obiektów budowlanych, dostarczenie urządzeń, wody lub innych dóbr tego samego rodzaju. Oprócz roszczeń o naprawienie szkody prawo przewiduje również inne roszczenia, zwłaszcza o podjęcie środków zapobiegających zagrożeniu. Warto zwrócić uwagę, że zgodnie z przepisami prawa geologicznego i górniczego, jeżeli zakład górniczy prowadzony jest zgodnie z przyznaną koncesją i wymogami prawa geologicznego i górniczego, właściciel nie może sprzeciwić się zagrożeniom spowodowanym działalnością regulowaną, może jednak żądać naprawienia wyrządzonej szkody.

W przypadku odpowiedzialności cywilnej regułą jest, że odpowiedzialność ponosi przedsiębiorca prowadzący działalność poszukiwania lub wydobywania, która spowodowała szkodę. Jeżeli nie można tego ustalić, odpowiada przedsiębiorca, który w chwili ujawnienia szkody miał prawo prowadzenia tej działalności. Dopiero jeśli nie istnieje przedsiębiorca odpowiedzialny za szkodę albo jego następca prawny, odpowiedzialność ponosi Skarb Państwa.

Odpowiedzialność karna

Najsurowszym środkiem odpowiedzialności jest odpowiedzialność karna, obejmująca odpowiedzialność karną za przestępstwa i za wykroczenia. Najdotkliwsza jest odpowiedzialność karna za przestępstwa przeciwko środowisku, która dodatkowo została zaostrożona przepisami znowelizowanego Kodeksu karnego obowiązującymi od 10 czerwca 2011 roku.

Odpowiedzialność karna dotyczy w zasadzie tylko osób fizycznych. Tymczasem poszukiwanie i wydobywanie gazu łupkowego prowadzą z reguły osoby prawne. W przypadku popełnienia przestępstwa związanego z działalnością takiego podmiotu odpowiedzialność karną ponosić może nie tylko

sam bezpośredni sprawca (np. pracownik wykonujący określone zadanie), ale również osoby sprawujące funkcje kierownicze w spółce. Tak będzie na przykład w przypadku, gdy osoba pełniąca funkcje kierownicze nieodpowiednio kieruje zachowaniem innej osoby pozostającej niżej w strukturze organizacyjnej przedsiębiorstwa. W określonych przypadkach osoby kierujące spółką mogą również ponosić odpowiedzialność za zaniechanie.

Przepisy karne mogące mieć zastosowanie do działalności poszukiwania i wydobywania gazu ze złóż niekonwencjonalnych zawarte są w wielu aktach prawnych. Tytułem przykładu można wskazać przestępstwo zanieczyszczenia. Zgodnie z przepisami Kodeksu karnego zanieczyszczający wodę, powietrze lub powierzchnię ziemi substancją albo promieniowaniem jonizującym w takiej ilości lub w takiej postaci, że zagrazi życiu lub zdrowiu człowieka lub spowoduje istotne obniżenie jakości wody, powietrza lub powierzchni ziemi lub zniszczenie w świecie roślinnym lub zwierzęcym, będzie podlegać karze od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności. Jeśli natomiast opisane czyny zostaną popełnione w związku z eksploatacją instalacji działającej w ramach zakładu, w zakresie korzystania ze środowiska, na które wymagane jest pozwolenie (jak w przypadku działalności związanej z poszukiwaniem lub wydobywaniem gazu łupkowego), sprawca może zostać ukarany karą od 6 miesięcy do 8 lat.

Podsumowanie

Odpowiedzialność administracyjnoprawna dostarcza najwięcej i najczęściej stosowanych środków, które

charakteryzują się zróżnicowaną represyjnością, ale i wysoką skutecznością. W praktyce jednak należy zwrócić uwagę na selektywność stosowania kar administracyjnych. Niedofinansowanie organów administracji, braki kadrowe i wyposażenia technicznego uniemożliwiają pełną weryfikację zgodności z prawem danego postępowania. Stąd nie należą do rzadkości sytuacje, w których wśród kilku podmiotów dokonujących określonego naruszenia tylko jeden poniesie odpowiedzialność. Niemniej jednak poszukiwanie gazu łupkowego jest działalnością eksponowaną, na którą organy ochrony środowiska zwracają szczególną uwagę. Należy spodziewać się, że nie inaczej będzie z działalnością polegającą na wydobywaniu tego gazu.

Łatwość nakładania środków o charakterze administracyjnoprawnym, ich bezwzględny charakter (np. wstrzymanie działalności) oraz nakładanie ich przez organy pozasądowe powodują możliwość wystąpienia niebezpiecznych dla przedsiębiorcy sytuacji. Nierzadko konieczne jest kwestionowanie decyzji nakładających takie środki.

Odpowiedzialność cywilna za naruszenie przepisów prawa ochrony środowiska dotyczy sytuacji, w których podmiot (np. inny przedsiębiorca, osoba fizyczna) dozna szkody lub zagrożenia swoich praw i dóbr. Podmiot odpowiedzialny za szkodę jest zobowiązany do jej wyrównania lub przywrócenia stanu poprzedniego. Ostatecznością jest natomiast odpowiedzialność karna. Znajduje ona zastosowanie do wyjątkowo szkodliwych czynów przeciwko środowisku, rodzących najpoważniejsze skutki.

Bartosz Kuras jest członkiem Zespołu Prawa Ochrony Środowiska

Joanna Szafrńska, radca prawny, jest członkiem Zespołu Prawa Ochrony Środowiska

Ostatnie trendy w kontroli koncentracji w Polsce

Sabina Famirska



Opracowanie zbioru wskazówek określających sposób prowadzenia analizy koncentracji przez UOKiK, przeprowadzanie pogłębionych analiz ekonomicznych dotyczących zgłaszanych koncentracji, a także wprowadzenie dwustopniowej procedury oceny koncentracji zapowiada wydany przez UOKiK dokument *Polityka konkurencji na lata 2011-2013*. Odpowiednie zmiany mają zostać wprowadzone w 2013 roku.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wyposaża polski organ antymonopolowy, Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w uprawnienia pozwalające na kontrolę największych transakcji pod kątem ewentualnych zagrożeń dla stanu konkurencji na rynku. Kontrola koncentracji przeprowadzana przez Prezesa UOKiK jest kontrolą uprzednią (*ex ante*). Oznacza to, że transakcja spełniająca kryteria ustawowe musi zostać zgłoszona UOKiK

z odpowiednim wyprzedzeniem przed zakończeniem transakcji.

Podstawowym kryterium zgłoszenia jest kryterium obrotów generowanych przez strony transakcji. Mylny jest jednak pogląd często powtarzany przez przedsiębiorców, że zgłoszeniu do UOKiK podlegają jedynie transakcje zawierane pomiędzy konkurującymi między sobą przedsiębiorcami. Co do zasady polskiemu organowi antymonopolowemu powinny być zgłaszane wszelkie transakcje dotyczące przedsiębiorców, których łączny roczny światowy obrót przekracza 1 mld euro lub 50 mln euro w Polsce. Transakcja polegająca na nabyciu jakiejś części mienia, i to niekoniecznie mającej charakter zorganizowanej części przedsiębiorstwa, podlega zgłoszeniu pod warunkiem, że mienie to w którymkolwiek z dwóch ostatnich lat obrotowych generowało obrót przekraczający 10 mln euro. Progi dotyczą obrotów przedsiębiorców

uczestniczących w koncentracji, jak również ich grup kapitałowych. Oznacza to, że transakcja z udziałem podmiotu należącego do dużej grupy kapitałowej będzie prawie zawsze rodzić potrzebę zgłoszenia koncentracji do polskiego organu antymonopolowego.

Zgłoszeniu w Polsce podlegają również transakcje zagraniczne, a więc transakcje z udziałem podmiotów niemających siedziby w Polsce. W takim przypadku decydującą przesłanką jest to, czy strony transakcji generują jakiegokolwiek przychody w Polsce (np. mają tutaj spółkę zależną lub eksportują towary do Polski). Jeżeli takie przychody są osiągane, transakcja musi zostać zgłoszona do UOKiK.

Obowiązek zgłoszenia nie ma oczywiście charakteru bezwzględneho, gdyż polska ustawa przewiduje szereg od niego wyjątków. Najszerze zastosowanie ma tzw. wyłączenie *de minimis*. Dotyczy ono tylko jednego rodzaju koncentracji, a mianowicie koncentracji polegającej na przejęciu częściowej lub pełnej kontroli nad innym przedsiębiorcą, i ma zastosowanie w tych przypadkach, gdy obrót podmiotu przejmowanego nie przekroczył 10 mln euro w żadnych z dwóch ostatnich lat obrotowych. Niegdyś wyłączenie to budziło sporo kontrowersji, gdyż do obrotu podmiotu przejmowanego należało doliczyć obrót wszystkich podmiotów należących do jego grupy kapitałowej, czyli również stojących „wyżej” w hierarchii grupy (spółek dominujących) oraz spółek sióstr. Od 2007 roku do obrotu podmiotu przejmowanego dolicza się jedynie obroty jego spółek zależnych.

Dla praktyków zajmujących się prawem konkurencji istotnym udogodnieniem było opublikowanie w 2010 roku *Wyjaśnień w sprawie zgłaszania zamiaru koncentracji* Prezesowi UOKiK, w których polski organ antymonopolowy zebrał wiele praktycznych wskazówek dotyczących procedury zgłaszania koncentracji w Polsce. Po publikacji *Wyjaśnień* stało się jednak jasne, że konieczne byłoby również opracowanie dokumentu wyjaśniającego kryteria oceny poszczególnych transakcji przez Prezesa UOKiK. Na tę potrzebę odpowiada opublikowana w 2011 roku *Polityka konkurencji na lata 2011-2013*. Dokument ten nie pozostawia wątpliwości, że polski organ antymonopolowy w najbliższych latach będzie zwracał szczególną uwagę właśnie na koncentracje. Koncentracja w wielu sektorach polskiej gospodarki osiągnęła bowiem wysoki poziom i coraz więcej transakcji budzi poważne obawy dotyczące ich wpływu na konkurencję. W efekcie UOKiK wydaje coraz więcej decyzji warunkowych (czyli decyzji wyrażających zgodę na daną transakcję, ale pod pewnymi warunkami) oraz decyzji zakazujących dokonania koncentracji. Nowa tendencja wymaga od organu antymonopolowego wprowadzenia nowych rozwiązań.

Polityka konkurencji na lata 2011-2013 zapowiada opracowanie zbioru wskazówek określających sposób prowadzenia analizy

koncentracji przez UOKiK. Zawarte w nim wytyczne mają usprawnić proces rozpatrywania koncentracji, a przez to skrócić czas oczekiwania na decyzję oraz poprawić współpracę urzędu z przedsiębiorcami w trakcie pozyskiwania dodatkowych informacji nieprzedstawionych w zgłoszeniu.

W *Polityce konkurencji na lata 2011-2013* zapowiedziano również przeprowadzanie pogłębionych analiz ekonomicznych dotyczących zgłaszanych koncentracji. Choć w 2004 roku na potrzeby oceny koncentracji wprowadzono tzw. test istotnego ograniczenia konkurencji, w praktyce UOKiK nadal posługuje się tzw. testem dominacji, zwracającym szczególną uwagę na udziały rynkowe łączących się stron i fakt uzyskania pozycji dominującej przez nowo powstały podmiot. Tymczasem coraz bardziej skomplikowane koncentracje wymagają pogłębionej analizy ekonomicznej, która uwzględni nie tylko udziały rynkowe łączących się stron, ale także inne czynniki pozwalające na ocenę wpływu danej koncentracji na rynek w ramach testu istotnego ograniczenia konkurencji. Przeprowadzenie takiego testu wymaga jednak znajomości specyfiki rynku, a także zebrania danych ilościowych i jakościowych nie pochodzących od zgłaszającego. Dlatego też można zakładać, że w takich sprawach powszechną praktyką będzie przeprowadzenie badań rynkowych w szerszym zakresie, niż to czyniono dotychczas.

Potwierdzeniem opisanego trendu jest kilka ostatnich decyzji wydanych przez UOKiK, np. w sprawie *Empik/Merlin* (decyzja nr DKK-12/2011) dotyczącej połączenia spółek NFI Empik, właściciela sieci salonów *Empik* (m.in. sprzedaż książek, płyt z muzyką), *Smyk* (sprzedaż zabawek oraz ubrań dla dzieci) i sklepu internetowego *Empik.com* oraz spółki Merlin, wiodącego sprzedawcy internetowego oferującego produkty związane z kulturą. Przed wydaniem tej decyzji UOKiK przeprowadził największe w dwudziestoletniej historii urzędu badanie rynku, zbierając dane liczbowe oraz komentarze nt. koncentracji od konkurentów i kontrahentów łączących się stron (wydawnictw, dystrybutorów, sklepów internetowych sprzedających książki i płyty z muzyką oraz wytwórni muzycznych). Badanie potwierdziło, że koncentracja spowoduje istotne ograniczenie konkurencji na krajowych rynkach detalicznej sprzedaży internetowej książek niespecjalistycznych i płyt z muzyką oraz negatywnie wpłynie na krajowy rynek zakupu książek niespecjalistycznych. Zastosowany w sprawie test istotnego ograniczenia konkurencji doprowadził do wydania decyzji zakazującej koncentracji.

Z punktu widzenia efektywności działania organu antymonopolowego istotna jest także zapowiedź wprowadzenia dwustopniowej procedury oceny koncentracji. Obecnie ustawowym terminem na wydanie przez UOKiK decyzji w sprawie koncentracji są dwa miesiące kalendarzowe. Termin ten dotyczy wszystkich transakcji niezależnie od stopnia ich skomplikowania. Okres ten może być jednak

przedłużony, jeżeli UOKiK ma dodatkowe pytania lub wątpliwości dotyczące zgłoszenia. W efekcie często się zdarza, że UOKiK korzysta z możliwości przedłużenia czasu rozpatrywania sprawy. Istnieje wiele przykładów koncentracji, które były rozpatrywane o wiele dłużej niż 2 miesiące; w skrajnych przypadkach decyzje były wydawane nawet po upływie 8-9 miesięcy (oczywiście można również podać pozytywne przykłady spraw rozpatrywanych przed upływem ustawowego terminu). Tymczasem dla stron transakcji zbyt długi okres oczekiwania na rozstrzygnięcie może podważyć

sens transakcji. Dlatego też *Polityka konkurencji na lata 2011-2013* zapowiada wprowadzenie rozwiązań, które pozwolą na rozpatrywanie zgłoszenia koncentracyjnego w dwóch etapach. Pierwszy etap ma być zarezerwowany dla transakcji niemających dużego wpływu na stan konkurencji na rynku, natomiast drugi ma dotyczyć transakcji wymagających uważnej analizy ze względu na możliwość istotnego ograniczenia konkurencji, np. ze względu na wysokie udziały łączących się stron w rynku. Odpowiednie zmiany ustawowe mają zostać wprowadzone w 2013 roku.

Sabina Famirska, radca prawny, jest członkiem Zespołu Prawa Konkurencji

Niektóre ryzyka związane z zabezpieczeniem roszczeń w sporach patentowych

Włodzimierz Szoszuk



Postępowanie zabezpieczające jest w założeniu szybkim postępowaniem uproszczonym, którego celem jest doraźne uregulowanie sytuacji stron przed uzyskaniem ostatecznego rozstrzygnięcia sądowego. W skomplikowanych sporach patentowych uzyskanie zabezpieczenia może jednak wymagać przedstawienia obszernego materiału dowodowego, w tym opinii biegłych, co znacznie wydłuża czas postępowania.

W sporach o naruszenie praw własności intelektualnej strony bardzo chętnie sięgają po zabezpieczenie powództwa.

Zabezpieczenie bowiem:

- reguluje sytuację stron na czas procesu;
- gwarantuje wykonanie przyszłego wyroku;
- zapobiega skutkom nie do odwrócenia, jakie mogą powstać w czasie trwania procesu.

Ponadto, gdy roszczenia są udowodnione, utrzymanie zabezpieczenia w drugiej instancji jest zwykle zwiastunem przyszłego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd. Daje to powodowi ogromną przewagę w negocjacjach i zwykle pozwala zawrzeć korzystną ugodę.

Aby uzyskać zabezpieczenie roszczeń, uprawniony musi wykazać istnienie interesu prawnego i jedynie uprawdopodobnić swoje roszczenia. Roszczenie ma być wiarygodne, tj. powinny zostać przytoczone okoliczności wskazujące na jego istnienie. Wyjątkiem są sprawy o złożonym stanie faktycznym, najczęściej dotyczące naruszeń patentów, często farmaceutycznych czy biotechnologicznych, gdzie nie można się obejść bez opinii ekspertów i specjalistów.

W jednej z prowadzonych spraw mieliśmy okazję przejść przez niemal wszystkie meandry postępowania zabezpieczającego. Dowiodło ono, że – zanim dojdzie do rozpatrywania merytorycznego sprawy – kwestie związane z zabezpieczeniem niejednokrotnie zmuszają strony do szczególnej aktywności i zapobiegliwości, nie wyłączając wnoszenia ponownych wniosków o zabezpieczenie oraz prezentowania obszernego materiału dowodowego, w rezultacie czego postępowanie toczy się latami.

Stan faktyczny

Uprawniony eksportował do krajów europejskich duże ilości białka stosowanego m.in. jako cenny dodatek do pasz. Białko to otrzymywane jest na skalę przemysłową przy pomocy zmodyfikowanych genetycznie bakterii. Opracowanie tej – chronionej teraz stosownymi patentami – metody wymagało wielu lat badań.

Tymczasem okazało się, że na rynek europejski, w tym polski, trafia także dodatek do pasz pochodzenia chińskiego, produkowany – jak twierdził uprawniony – opatentowaną przez niego metodą.

Postępowanie zabezpieczające

Jednym z pierwszych kroków uprawnionego było wystąpienie z wnioskiem o zabezpieczenie jego roszczeń, tj. zakaz importu do Polski dodatku do pasz, zakaz wprowadzania go do obrotu oraz tymczasowe zajęcie kilkuset-tonowego transportu. W ramach uwiarygodnienia roszczeń do wniosku dołączono

oprócz posiadanych przez uprawnionego patentów, opinie ekspertów i badania niezależnych instytucji, które następnie posłużyły jako dowody w sprawie.

Wniosek uprawnionego, nie bez sprzeciwów ze strony obowiązanego, został uwzględniony i dodatek do pasz nie został dopuszczony na rynek.

Tymczasem obowiązany importował kolejny kilkusettonowy transport dodatku do pasz w zmienionym opakowaniu. Uprawniony, chcąc chronić swój interes, rozpoczął działania egzekucyjne na podstawie postanowienia o zabezpieczeniu zezwalającego na zajęcie spornego produktu.

Jednocześnie, z uwagi na ryzyko uchylenia czynności komorniczych i zwolnienia drugiego transportu dodatku do pasz uprawniony wystąpił z kolejnym wnioskiem o zabezpieczenie.

Wnikliwa analiza próbek kwestionowanego produktu potwierdziła, że znajdujący się w drugim transporcie dodatek do pasz wbrew informacjom umieszczonym na opakowaniu jest również produkowany metodą opatentowaną przez uprawnionego. Okoliczność tę uwzględnił sąd, wydając postanowienie o zabezpieczeniu drugiego transportu. Sąd stwierdził, że uprawniony dostatecznie uprawdopodobnił istnienie swoich roszczeń, wskazując ich podstawy prawne oraz faktyczne, a także dołączając do wniosku odpowiednią dokumentację.

Obowiązany i tym razem zaskarżył postanowienia o zabezpieczeniu, przedkładając kolejne ekspertyzy i analizy.

Sąd postawiony w obliczu przeciwnych dowodów prywatnych pochodzących z równie wiarygodnych i renomowanych źródeł zwolnił się z obowiązku zajęcia stanowiska w sprawie. Nie biorąc pod uwagę załączonych przez uprawnionego patentów, sąd uznał błędnie, że to nie on ma się wypowiedzieć w tej kluczowej kwestii. Sąd wskazał, że rozpatrywana materia jest wysoce specjalistyczna, a przedstawione przez strony opinie są wzajemnie sprzeczne, w związku z czym stanowisko powinni zająć biegli w rozprawie głównej. Sąd stwierdził, że w postępowaniu zabezpieczającym, tj. uproszczonym, nie rozstrzyga się sprawy merytorycznie, i zabezpieczenia uprawnionemu nie udzielił.

W rezultacie, po dwuletnim postępowaniu, zabezpieczenie wobec obydwu transportów dodatku do pasz upadło.

Opisane stanowisko sądu w istocie odbiera zabezpieczeniu powództwa rację bytu. Czyni tak ważną instytucję martwą, pozbawiając powoda możliwości ochrony jego praw. Jest to tym bardziej niepokojące, że spory patentowe zazwyczaj dotyczą ważnych interesów ekonomicznych.

Tymczasem w podobnym stanie faktycznym Sąd Apelacyjny w Warszawie 11 lutego 2011 r. (sygn. akt VI ACz 125/11) przyjął całkowicie odmienne stanowisko. Poczyniwszy ustalenia przede wszystkim na podstawie opisów patentowych, uznał, że opinie prywatne przekonują go o słuszności wniosku o zabezpieczenie i zabezpieczenia udzielił. Wytyczną dla sądu apelacyjnego było cytowane przezeń orzeczenie Sądu Najwyższego z 9 września 1961 r. (sygn. akt IV C54/61), iż „sąd winien poddać ocenie cały zgromadzony materiał dowodowy, o ile może mieć on znaczenie dla sposobu rozpoznania wniosku”.

Podsumowanie

Przebieg postępowania zabezpieczającego w opisanej sprawie, a zreferowaliśmy tylko jego część, skłania ku następującym wnioskom.

Po pierwsze, strony muszą się liczyć z tym, że – jak wynika z praktyki – w zawitych sprawach patentowych nie wystarczy uprawdopodobnić powództwo, co jest warunkiem ubiegania się o jego zabezpieczenie. Dlatego już na etapie postępowania zabezpieczającego należy raczej zmierzać do jego udowodnienia, choć niekoniecznie przedstawiając wszystkie dowody. Ważne jest też, by czynić to w taki sposób, aby sąd z łatwością przekonał się o zasadności roszczenia.

Po drugie, choć postępowanie zabezpieczające, zgodnie z intencją ustawodawcy, winno być szybkie, zmieniający się stan faktyczny może spowodować – jak w opisanej sprawie – jego znaczne wydłużenie, przeradzając je w odrębny i uciążliwy wątek. Z tego względu sięganie po tę instytucję wymaga rozważań.

Paradoksalnie więc instytucja, która ma służyć uprawnionemu, może mu szkodzić, odwlekając w czasie możliwość rozpoczęcia postępowania głównego i tym samym odsuwając w czasie merytoryczne rozstrzygnięcie sporu.

Włodzisław Szoszuć, adwokat, jest współnikiem współodpowiedzialnym za Zespół Własności Intelektualnej

Nowe zasady prowadzenia działalności w zakresie eksploracji i eksploatacji węglowodorów

Radostaw Wasiak



Uproszczenie i liberalizacja dotychczasowych rozwiązań, wzmocnienie pozycji przedsiębiorcy oraz dostosowanie polskich przepisów do wymogów prawa wspólnotowego to zalety nowej ustawy Prawo geologiczne i górnicze (PGG), która weszła w życie 1 stycznia 2012 r. Jej przepisy regulują m.in. działalność gospodarczą w zakresie poszukiwania, rozpoznawania i wydobywania węglowodorów ze złóż niekonwencjonalnych. W związku z doniesieniami o pokaźnych złożach tzw. gazu łupkowego na terenie Polski nowe przepisy mogą istotnie wpłynąć na perspektywę rozwoju gospodarczego kraju, które w znacznym stopniu uzależnione są od dostępności surowców naturalnych.

Złoża węglowodorów, podobnie jak złoża niektórych innych kopalin, bez względu na miejsce położenia objęte są prawem własności górniczej przysługującym wyłącznie Skarbowi Państwa.

Przedsiębiorca zainteresowany eksploracją i eksploatacją złóż węglowodorów zobowiązany jest do zawarcia ze Skarbem Państwa (reprezentowanym przez ministra właściwego ds. środowiska) umowy ustanowienia prawa użytkowania górniczego, będącego jedyną formą rozporządzania prawem własności górniczej. Umowa taka pod rygorem nieważności zawierana jest na piśmie, na czas określony do 50 lat. Ustanowienie prawa użytkowania górniczego następuje za wynagrodzeniem, którego wysokość i sposób zapłaty określa się postanowieniami umowy. Na podstawie umowy, w granicach określonych jej postanowieniami oraz przepisami prawa, przedsiębiorca może korzystać z przestrzeni objętej umową z pierwszeństwem przed innymi (w szczególności może wykonywać roboty geologiczne oraz wydobywać kopaliny ze złóż).

Zawarcie umowy użytkowania górniczego dotyczącej złóż węglowodorów następuje w wyniku postępowania przetargowego na udzielenie koncesji na poszukiwanie lub rozpoznawanie złóż węglowodorów oraz wydobywanie węglowodorów ze złóż.

Niezależnie od prawa użytkowania górniczego podmiot zamierzający rozpocząć wzmiankowaną działalność musi uzyskać koncesję odpowiadającą zakresowi planowanej działalności.

Koncesje udzielane są na czas oznaczony (od 3 do 50 lat) i uprawniają do prowadzenia działalności w określonej przestrzeni. W decyzji koncesyjnej określa się rodzaj i sposób wykonywania działalności, termin jej rozpoczęcia, a także inne wymagania, zwłaszcza w zakresie bezpieczeństwa publicznego i ochrony środowiska. Zawartość decyzji koncesyjnych zależy też od rodzaju działalności, np. koncesje na działalność wydobywczą wyznaczają muszą granice obszarów i terenów górniczych, a więc terenów, na których działalność koncesjonowana będzie prowadzona lub na które będzie wywierała negatywny wpływ.

Koncesja wygasa z upływem czasu, na jaki została udzielona, w przypadku śmierci lub likwidacji koncesjonariusza, jak również w przypadku zrzeczenia się koncesji. Ponadto organ koncesyjny może cofnąć koncesję lub ograniczyć jej zakres w przypadku naruszenia przez koncesjonariusza przepisów prawa lub wymagań koncesji.

Uzyskanie koncesji przez przedsiębiorcę nie zwalnia go z obowiązków określonych przepisami innych ustaw, w tym z obowiązku uzyskania innych decyzji, uzgodnień i opinii (np. pozwoleń na budowę czy decyzji związanych z ochroną środowiska). Ponadto podejmowanie jakiejkolwiek działalności uregulowanej PGG jest dozwolone wyłącznie w przypadku, gdy nie narusza ona przeznaczenia nieruchomości określonego w obowiązujących na danym obszarze aktach planistycznych oraz przepisach odrębnych.

Udzielenie tzw. koncesji węglowodorowych, poza przypadkami określonymi w PGG, poprzedza się przetargiem. Tryb przetargowy jest konsekwencją dostosowania przepisów prawa polskiego do wymagań tzw. dyrektywy węglowodorowej¹.

O zamiarze udzielenia koncesji organ koncesyjny (czyli minister właściwy ds. środowiska) informuje w drodze obwieszczenia publikowanego na stronie Biuletynu Informacji Publicznej i w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Warunki przetargu powinny mieć charakter niedyskryminujący i dawać pierwszeństwo najlepszym systemom prowadzenia działalności koncesjonowanej. Kryteria oceny ofert powinny obejmować techniczne i finansowe możliwości oferenta, proponowaną technologię prowadzenia prac oraz zaproponowaną wysokość wynagrodzenia z tytułu użytkowania górniczego.

Organ koncesyjny udziela koncesji zwycięzcy przetargu i niezwłocznie zawiera z nim umowę ustanowienia użytkowania górniczego, której szczegółowe warunki oraz wysokość wynagrodzenia należnego za ustanowienie użytkowania górniczego nie mogą odbiegać od warunków określonych w obwieszczeniu o zamiarze udzielenia koncesji. Koncesje węglowodorowe są ściśle związane z prawem użytkowania górniczego. Przeniesienie koncesji węglowodorowej na inny podmiot (pod pewnymi warunkami dopuszczalne) wiąże się z automatycznym przeniesieniem prawa użytkowania górniczego ustanowionego w związku z koncesją.

Koncesje węglowodorowe mogą być również udzielone na wniosek zainteresowanych podmiotów. O ewentualnych wnioskach organ koncesyjny jest zobowiązany poinformować w drodze obwieszczenia, jednocześnie umożliwiając innym podmiotom złożenie konkurencyjnych wniosków.

Poszczególne wnioski koncesyjne są porównywane w oparciu o kryteria analogiczne jak w procedurze przetargowej. Koncesja udzielana jest podmiotowi, którego oferta została oceniona najwyżej.

W drodze wyjątku koncesja węglowodorowa może być udzielona bez postępowania przetargowego. Dotyczy to koncesji udzielanych na prowadzenie działalności: na obszarach stale dostępnych znajdujących się w wykazie obszarów tego rodzaju, na obszarach, które były przedmiotem przetargów zakończonych nieudzieleniem koncesji, jak również na obszarach objętych koncesją, z której podmiot zrezygnował. Ponadto procedura przetargowa nie znajduje zastosowania w stosunku do koncesji na wydobywanie węglowodorów ze złóż objętych tzw. prawem pierwszeństwa. Zgodnie z PGG podmiot, który rozpoznał złożę kopalin i udokumentował je w stopniu umożliwiającym sporządzenie projektu zagospodarowania złoża, a także uzyskał decyzję o zatwierdzeniu dokumentacji geologicznej tego złoża, przez okres 5 lat od dnia doręczenia tej decyzji może żądać ustanowienia na swoją rzecz użytkowania górniczego w zakresie wydobywania kopalin ze złoża z pierwszeństwem przed innymi. Wyłączenie trybu przetargowego z uwagi na prawo pierwszeństwa ma istotne znaczenie dla podmiotów prowadzących działalność w zakresie poszukiwania, rozpoznawania i wydobywania węglowodorów. Rozwiązanie to gwarantuje przedsiębiorcom, którzy ponieśli koszty związane z rozpoznaniem złóż, możliwość uzyskania zysków na etapie ich eksploatacji.

Przedsiębiorca prowadzący prace geologiczne związane z poszukiwaniem i rozpoznawaniem węglowodorów sporządza dokumentację geologiczną obejmującą wyniki prac wraz z ich interpretacją, określeniem stopnia osiągnięcia zamierzonego celu oraz uzasadnieniem. Dokumentacja geologiczna powinna być przedstawiona właściwemu organowi administracji geologicznej (tu: ministrowi właściwemu ds. środowiska) do zatwierdzenia w drodze decyzji. Jak już wspomniano, zatwierdzenie dokumentacji geologicznej złoża kopalin skutkuje uzyskaniem przez przedsiębiorcę prawa pierwszeństwa.

Dokumentacja geologiczna jest źródłem informacji geologicznej, niezbędnej m.in. w procesie wydobywania kopalin. Prawo do informacji geologicznej przysługuje Skarbowi Państwa, który może ją odpłatnie udostępniać zainteresowanym podmiotom. Przedsiębiorcy, którzy ponieśli koszty prac geologicznych będących źródłem informacji geologicznej, uzyskują prawo do nieodpłatnego z niej korzystania. Dodatkowo przez okres 5 lat od dnia wygaśnięcia koncesji przedsiębiorcom takim przysługuje prawo wyłączności w korzystaniu z pozyskanych informacji.

Przepisy PGG regulują również szczegółowo zasady prowadzenia działalności w zakresie wydobywania węglowodorów ze złóż w ramach tzw. zakładu górniczego.

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 30 maja 1994 r., 94/22/WE, w sprawie warunków udzielania i korzystania z zezwoleń na poszukiwanie, badania i produkcję węglowodorów.

Eksploatacja kopaliny w ramach zakładu podlega ścisłej kontroli i jest prowadzona w oparciu o plan ruchu zakładu górniczego zatwierdzany przez właściwe organy nadzoru górniczego.

Z prowadzeniem działalności koncesjonowanej wiąże się również obowiązek ponoszenia opłat, których wysokość zależy od obszaru objętego koncesją (w przypadku koncesji na poszukiwanie i rozpoznawanie złóż) lub od rodzaju i ilości kopaliny wydobywanej ze złóż (w przypadku koncesji na wydobywanie). Dokładne stawki opłat określone zostały w PGG oraz w załączniku do ustawy.

PGG wzmacnia również pozycję przedsiębiorców eksplorujących i eksploatujących kopaliny. Mogą oni bowiem wykorzystywać za wynagrodzeniem nieruchomości osób trzecich niezbędne do prowadzenia działalności regulowanej, żądać wykupu nieruchomości położonej w obszarze górniczym w zakresie niezbędnym

do wykonywania działalności oraz nieodpłatnie wykorzystywać wody kopalniane dla zaspokojenia potrzeb zakładu górniczego. Chroniona jest też trwałość koncesji wydawanych na podstawie ustawy: ich nieważność nie może być stwierdzona po podjęciu działalności nimi regulowanej. Koncesje nie mogą być również uchylone (zmienione) w wyniku wznowienia postępowania, jeżeli od dnia podjęcia działalności regulowanej upłynął rok.

Nie sposób jeszcze ocenić, jaki będzie rzeczywisty skutek nowych regulacji, jaką wykładnię stosować będą właściwe organy oraz jak to wpłynie na opłacalność inwestycji w przedsięwzięcia węglowodorowe w Polsce. Z intencji wyrażanych w toku prac legislacyjnych oraz z zapowiedzi przedstawicieli administracji rządowej wynika jednak jednoznacznie, że wsparcie dla tego rodzaju inwestycji będzie w najbliższych latach jednym z priorytetowych zadań państwa.

Radosław Wasiak, adwokat, jest członkiem Zespołu Doradztwa dla Sektora Energetycznego

Badanie ryzyka reprivatyzacyjnego jako niezbędny element procesu inwestycyjnego w nieruchomości w Polsce

Krzysztof Wiktor

Leszek Zatyka



Przed nabyciem nieruchomości należy dokładnie zbadać jej stan prawny. Służą temu tzw. badania *due diligence*. Charakterystyczną cechą inwestowania w nieruchomości w Polsce jest jednak konieczność dodatkowego przeanalizowania tzw. ryzyka reprivatyzacyjnego, czyli możliwości wystąpienia przez dawnych właścicieli ze skutecznym roszczeniem o zwrot nieruchomości i wpływu takich roszczeń na planowaną inwestycję.

Nacjonalizacja i wywłaszczenia

Po zakończeniu II wojny światowej Polska przeszła głęboką zmianę ustroju politycznego i prawnego.

Władza komunistyczna podjęła decyzję o upaństwowieniu prawie wszystkich nieruchomości ziemskich, leśnych oraz przemysłowych. Upaństwowiono również nieruchomości Kościołów i innych związków wyznaniowych.

W przypadku tzw. nieruchomości warszawskich przejęciu podlegały wszystkie grunty, ale dawni właściciele mogli domagać się ustanowienia na ich rzecz prawa własności czasowej (obecnie użytkowania wieczystego). Prawo własności budynków znajdujących się na tych gruntach pozostawało przy byłych właścicielach gruntu.

Nieruchomości nieobjęte wprost nacjonalizacją były

wyłączane decyzjami administracyjnymi z powołaniem się na niezbędność realizacji ważnych zadań społecznych.

Upaństwowienie tych nieruchomości w przeważającej części następowało z naruszeniem wówczas obowiązującego prawa, co pozwala obecnie byłym właścicielom lub ich następcom prawnym na podejmowanie prób ich odzyskania.

Reprywatyzacja w Polsce

Państwo polskie nie przeprowadziło dotychczas procesu, który skutkowałby ostatecznym uregulowaniem stanu prawnego znacjonalizowanego mienia oraz zaspokojeniem roszczeń dawnych właścicieli, w szczególności nie wypłaciło odszkodowań. Prace nad ustawą reprywatyzacyjną toczyły się od początku lat 90. ubiegłego wieku, ale mimo kilkunastu przygotowanych projektów nie doprowadziły do wejścia tych przepisów w życie. Obecne polskie władze wstrzymały prace nad ustawą reprywatyzacyjną z powodu ogólnosiłowego kryzysu finansowego. Ocenia się bowiem, że zaspokojenie uzasadnionych roszczeń byłych właścicieli mogłoby kosztować budżet państwa nawet 60 mld złotych.

Tymczasem brak ustawowego rozwiązania kwestii reprywatyzacji skutkuje nieuregulowaniem stanu prawnego wielu nieruchomości w Polsce i brakiem pewności ich pochodzenia w obrocie, co niewątpliwie wpływa negatywnie na inwestycje i rozwój gospodarczy naszego kraju.

Reprywatyzacja odbywa się więc w toku postępowań administracyjnych i sądowych i w szeregu przypadków może ostatecznie prowadzić do odzyskania nieruchomości w naturze.

Ryzyko reprywatyzacyjne

Kwestie związane z reprywatyzacją i roszczeniami dawnych właścicieli są niezmiernie istotne z punktu widzenia inwestora. Ich zbagatelizowanie może skutkować nawet utratą praw do uzyskanej nieruchomości, a na pewno koniecznością zaangażowania się w wieloletnie postępowania sądowe i administracyjne. To zaś może bezpośrednio wpłynąć na możliwość, sposób i opłacalność realizacji wcześniej planowanej inwestycji.

Ryzyko reprywatyzacyjne w przeważającej większości przypadków związane jest z nabyciem nieruchomości bądź prawa użytkowania wieczystego od Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego bądź podmiotu, który uzyskał prawa do nieruchomości w drodze decyzji administracyjnej lub z mocy samych przepisów prawa. Ryzyko reprywatyzacyjne dotyczy w dużej części praw do nieruchomości nabywanych wraz z dawnym przedsiębiorstwem państwowym w toku procesu prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych.

W niektórych przypadkach, zwłaszcza gdy nieruchomość należała do dawnego przedsiębiorstwa państwowego, dawni właściciele mogą uzyskać korzystne rozstrzygnięcia

reprywatyzacyjne już po zakończeniu inwestycji na nieruchomości. Wtedy w zasadzie konieczne jest podjęcie przez inwestora rozmów i negocjacji z dawnymi właścicielami. W skrajnych bowiem przypadkach dawni właściciele mogą odzyskać grunt, na którym inwestor poczynił inwestycję, a w konsekwencji uzyskać prawo własności powstałego na gruncie budynku, mając jedynie obowiązek dokonania zwrotu nakładów poczynionych przez inwestora.

Część znacjonalizowanych nieruchomości została jednak rozdysponowana w sposób trwały i nieodwracalny. Takim przypadkiem jest nabycie praw do nieruchomości w drodze umowy cywilnoprawnej w formie aktu notarialnego, jeżeli nabycie nastąpiło od podmiotu wpisanego do księgi wieczystej jako właściciel bądź użytkownik wieczysty.

Jak badać ryzyko reprywatyzacyjne w Polsce

Zbadanie ryzyka reprywatyzacyjnego wymaga nie tylko ustalenia aktualnego stanu prawnego danej nieruchomości, ale również prześledzenia jej stanu prawnego przez cały okres od momentu przejścia jej przez państwo.

Taka analiza wymaga zgromadzenia dokumentacji własnościowej nieruchomości, akt znajdujących się w dawnych księgach hipotecznych, aktualnych księgach wieczystych, archiwach, urzędach, jak również akt szeregu postępowań komunalizacyjnych, postępowań uwłaszczeniowych czy też wywłaszczeniowych. W przypadku nieruchomości rolnych i zespołów parkowo-palacowych analiza obejmuje również dokumenty przedwojenne, często powstałe jeszcze w trakcie zaborów w XIX w., a więc obcojęzyczne.

Inwestor planujący nabycie praw do nieruchomości powinien ustalić, czy zostały wobec niej zgłoszone roszczenia dawnych właścicieli lub ich spadkobierców. Co do zasady brak zgłoszenia takich roszczeń, a w przypadku nieruchomości warszawskiej niezłożenie w trybie art. 7 dekretu warszawskiego wniosku o ustanowienie prawa własności czasowej do gruntu nieruchomości, otwiera drogę do skutecznego nabycia praw do nieruchomości bez względu nawet na późniejsze zgłoszenie takich roszczeń.

Stosunkowo korzystnie dla inwestorów przedstawia się sytuacja prawna nieruchomości rolnych. Dawni właściciele nieruchomości mogą bowiem skutecznie domagać się zwrotu jedynie pałaców, dworów i otaczających je parków, nie mogą natomiast uzyskać zwrotu pozostałej części majątku ziemskiego o charakterze rolniczym.

Bardziej złożone jest ustalenie ryzyka reprywatyzacyjnego w przypadku, gdy transakcja ma dotyczyć nabycia nieruchomości, która była własnością przedwojennych spółek. W takiej sytuacji bowiem roszczenia oraz prawa przysługują spółce jako osobie prawnej, a nie osobom fizycznym, chyba że dotyczy to przedwojennych spółek osobowych takich jak spółka jawna. Obecnie osoby, którym

przysługują uprawnienia udziałowców bądź akcjonariuszy w tych dawnych spółkach, mogą dokonywać ich reaktywacji i rejestracji, a następnie zgłaszać roszczenia tych spółek do nieruchomości.

Ocena ryzyka reprivatyzacyjnego obejmuje więc także ocenę, czy możliwe jest reaktywowanie spółki (dawnego właściciela nieruchomości). Czasem nie jest jednak możliwe ustalenie, czy zachowały się papiery wartościowe (akcje, księga udziałów) potwierdzające prawa korporacyjne w dawnych spółkach. Duża część takich papierów wartościowych została bowiem zniszczona w czasie wojny. Posiadanie tych papierów, które po wojnie powinny być zgłoszone do odpowiedniego rejestru, jest niezbędną podstawą do wszczęcia procedury reaktywacji spółki. Papiery wartościowe niezgłoszone w okresie powojennym mają obecnie znaczenie jedynie historyczne i kolekcjonerskie. Mimo to część dawnych spółek, reaktywowanych na podstawie takich dokumentów, domagała się w ostatnich latach zwrotu upaństwowionych nieruchomości, co prowadziło do nadużyć i spowodowało zwiększenie udziału instytucji państwowych w postępowaniach dotyczących reaktywacji przedwojennych spółek.

Należy też pamiętać, że część roszczeń przedwojennych spółek wygasła wskutek umów Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z innymi państwami (tzw. umów indemnizacyjnych), na podstawie których PRL wypłacił przedwojennym właścicielom tych spółek częściowe odszkodowania.

Byli właściciele nieruchomości wywłaszczonych na cele publiczne mogą obecnie domagać się ich zwrotu, jeżeli cel wywłaszczenia nie został osiągnięty albo nieruchomość stała się zbędna na cele określone w orzeczeniu wywłaszczeniowym. Jeśli wniosek o zwrot wywłaszczonej

nieruchomości nie został złożony, a inwestor jest zainteresowany jej nabyciem od Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, podmiot zbywający obowiązany jest zawiadomić o planowanej sprzedaży byłego właściciela lub jego spadkobierców, oferując im skorzystanie z prawa pierwszeństwa w jej nabyciu.

Zgłoszenie przez byłych właścicieli lub ich spadkobierców roszczeń reprivatyzacyjnych nie musi jednak oznaczać, że transakcja nabycia nieruchomości lub planowana na niej inwestycja obarczona jest ryzykiem wyższym niż zwykłe ryzyko gospodarcze. Audyt reprivatyzacyjny może bowiem wykazać, że roszczenia te są bezpodstawne albo też ich zaspokojenie może nastąpić jedynie przez wypłatę przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego odszkodowania pieniężnego, bez podważania aktualnego tytułu prawnego do nieruchomości. Wszystko zależy jednak od okoliczności konkretnej sprawy.

Podsumowanie

Przeważająca część inwestycji w nieruchomości jest finansowana kredytami bankowymi, których zabezpieczeniem jest hipoteka na nabywanej nieruchomości. Mając na uwadze ryzyko reprivatyzacyjne, banki przed udzieleniem kredytu wymagają od inwestorów przedstawienia co najmniej jednej opinii prawnej sporządzonej przez kancelarię prawną, której przedmiotem byłaby ocena ryzyka reprivatyzacyjnego.

Nie sposób obecnie ustalić, ile inwestycji w nieruchomości zostało wstrzymanych ani ilu inwestorów wycofało się z nich całkowicie z uwagi na zgłoszenie roszczeń do nieruchomości. Ponieważ jednak powojenny proces nacjonalizacji i wywłaszczania nieruchomości dotyczył przeważającej większości gruntów, można przypuszczać, że takich wstrzymanych inwestycji było niezwykle dużo.

Krzysztof Wiktor, radca prawny, kieruje Zespołem Reprivatyzacji

Leszek Zatyka, radca prawny, jest członkiem Zespołu Reprivatyzacji

O kancelarii Wardyński i Wspólnicy

Kancelaria Wardyński i Wspólnicy jest niezależną polską firmą prawniczą skupiającą ponad 130 prawników, w tym wielu uznanych ekspertów prawa.

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

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

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

Naszym klientom doradzamy w następujących dziedzinach:

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

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

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

Jesteśmy wydawcą Portalu Procesowego **www.PortalProcesowy.pl**, pierwszego w Polsce powszechnie dostępnego serwisu informacyjnego z tematyki postępowań sądowych, arbitrażowych i administracyjnych. Na początku 2012 roku swoją inaugurację miał także wydawany przez nas Portal Transakcyjny **www.PortalTransakcyjny.pl**, prezentujący podstawowe wiadomości dotyczące prawnej strony transakcji oraz informacje o najważniejszych zmianach aktów prawnych, kluczowych orzeczeniach sądowych i opiniotwórczych wypowiedziach przedstawicieli doktryny w tematyce fuzji i przejęć. Oba portale są dostępne w wersji polskiej i angielskiej.

Rocznik 2012

To już drugie wydanie Rocznika kancelarii Wardyński i Wspólnicy zawierającego zbiór tekstów autorstwa prawników kancelarii, poruszających zarówno kwestie wspólne dla większości przedsiębiorców, jak i specyficzne dla konkretnych branż.

Chcemy zwrócić Państwa uwagę na niektóre problemy związane z prowadzeniem działalności w Polsce oraz zaprezentować rozwiązania pozwalające uniknąć późniejszych komplikacji. Komentujemy także wybrane zagadnienia związane ze zmianami w prawie polskim i unijnym oraz z przenoszeniem na grunt polski rozwiązań stosowanych w międzynarodowej praktyce gospodarczej.

Pierwsze wydanie Rocznika, będące próbą zastąpienia tradycyjnych broszur materiałem wartościowym z perspektywy naszych klientów, spotkało się z bardzo życzliwym przyjęciem. Mamy nadzieję, że tegoroczna edycja również sprosta Państwa wymaganiom.

Zapraszamy do lektury Rocznika 2012 oraz do współpracy z naszą kancelarią.